

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 16

Özel Sayı

2014



PROF. DR.
HAKAN PEKCANİTEZ'E
ARMAĞAN

II

ISSN 1303-6963

İZMİR - 2015



Prof. Dr. Hakan PEKCANITEZ



**DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**

Cilt / Volume : 16

Özel Sayı / Special Issue

Yıl / Year : 2014

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

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

ISSN : 1303 - 6963

II

İzmir - 2015

DOKUZ EYLÜL ÜNİVERSİTESİ YAYINLARI

HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Prof. Dr. Hakan PEKCANİTEZ'e Armağan - II

Cilt: 16 Özel Sayı Yıl: 2014

Yayın No: 09.1300.0000.000/BY.015.060.776

ISSN: 1303-6963

1. Baskı

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

Sorumlu Müdür : Prof. Dr. Sevilay UZUNALLI

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

Yayının Türü : Yerel Süreli - 6 ayda bir 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 ağabey*in dekanlık dönemi ise, Fakültenin kendini bulduğu bir dönemdir. O dönemde yapılanların tamamının sayılıp dökülmesine gerek yoktur. Ancak, benim de içinde bulunduğum bazı önemli değişim-dönüşümlerin mutlaka belirtilmesinde yarar vardır.

Bu dönemde,

- bütün niyet ve çabalara rağmen, düzetilememiş-düzenlenememiş olan Fakülte Kütüphanesi, şahsımın Kütüphane Komisyonu başkanlığına getirilmesinin ardından adetâ bir kitap 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 Pekcantez'in Özgeçmişi | XXXV |
| <i>Biography of Prof. Dr. Hakan Pekcantez</i> | |
| <i>Die Biographie von Prof. Dr. Hakan Pekcantez</i> | |
| Prof. Dr. Hakan Pekcantez'in Eserleri | XXXIX |
| <i>Publications of Prof. Dr. Hakan Pekcantez</i> | |
| <i>Die Veröffentlichungen von Prof. Dr. Hakan Pekcantez</i> | |

ANILAR / MEMOIRS / ERINNERUNGEN

| | |
|--|------|
| Prof. Dr. Bilge UMAR | XLV |
| Biraz Anı Biraz Hukuk | |
| <i>A Little Memoir, A Little Law</i> | |
| Prof. Dr. Ramazan ARSLAN | LIII |
| Değerli Meslektaşım Prof. Dr. Hakan Pekcantez | |
| <i>My Dear Colleague Prof. Dr. Hakan Pekcantez</i> | |
| Prof. Dr. M. Polat SOYER | LV |
| Hakan İçin (Yetersiz de Olsa) Birkaç Söz | |
| <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
Sending Questionary to a Witness in Civil Procedure Law
- Doç. Dr. İbrahim AŞIK** 611-630
 Hakimin Yargılama Faaliyeti Sebebiyle Devlete Karşı Açılan Tazminat Davasına İlişkin Yargıtay Büyük Genel Kurulunun Bir Kararı Üzerine Düşünceler
On The Decision of The Court of Appeal Related to the Action of Damages Because of the Judicial Activities of the Judge
- Doç. Dr. Murat ATALI** 631-652
 Hizmet Tespit Davasının Sosyal Güvenlik Kurumuna İhbarı
Notice of Proceeding to Social Security Institution in Action for Fixing of Period of Service
- Doç. Dr. Ahmet BAŞÖZEN** 653-694
 Güncel Yargıtay Kararları Işığında İhtiyati Tedbirlerde “Yaklaşık İspat” ve “İhtimal” Kavramı
The Concepts of “Presumptive Evidence” and “Probability” in Provisional Injunctions in Light of the Current Decisions of the Supreme Court of Appeals
- Doç. Dr. Güray ERDÖNMEZ** 695-755
 HMK. m.57/1, c Hükümü Çerçevesinde İhtiyari Dava Arkadaşlığının Mümkün Olduğu Haller
Cases Where Simple Joinder is Applicable According to Civil Procedure Code art.57/1-c
- Assoc. Prof. Dr. James R. MAXEINER**..... 757-778
Arş. Gör. Nefise Gökçen GÜRCAN (Çev.)
Arş. Gör. Mehmet Akif GÜL (Çev.)
 Amerikan Kuralı: Aslan Payını Alır
The American Rule: Assuring the Lion His Share
- Doç. Dr. İbrahim ÖZBAY**..... 779-811
 Yargıtay’ın Son Kararları Işığında Hakem Kararlarına Karşı Açılacak İptal Davasına İlişkin HMK m. 439 Hükümünün Zaman Bakımından Uygulanması
In The Viewpoint of Supreme Court Decisions with Regard to Time of Action for Nullity Related To Turkish Civil Procedure Code Art. 439

| | |
|---|------------------|
| Doç. Dr. H. Özden ÖZKAYA-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 İradî 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 MERAĞLI 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 İnsanının 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</i> | |
| <i>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</i> | |
| <i>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</i> | |
| <i>Adulthood in the Framework of the Amendments of the Act</i> | |
| <i>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</i> | |
| <i>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 Kanunîlik 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 Kanunîliği 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> | |

MEDENÎ USÛL HUKUKU - II

^HKARŞI TARAF TAHMİL OLUNAN AVUKATLIK ÜCRETİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

*Yrd. Doç. Dr. Cengiz Topel ÇELİKOĞLU**

GİRİŞ

Avukatlık ücreti, tarafın davranışları ve avukatın rol veya işlevi bakımından, yargılama üzerinde farklı etkiler meydana getirme potansiyeline sahiptir. Bu yüzden, dava stratejileri açısından önemli bir faktör olduğu kadar, yargılama masraflarının dağıtımı veya denkleştirilmesi yaklaşımları çerçevesinde, avukatlık ücreti çoğu hukuk sisteminde mahkeme usullerinin afaki kullanılmasının caydırılması ve dolayısıyla adalete erişim planlanmasının bir aracıdır da¹.

Hukukumuzda, avukatlık ücreti, bazı irtibatlı konuları ele alan az sayıda makale bir tarafa bırakılırsa, genellikle ücret kararlaştırmaları çerçeve-

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* UÜHF Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi ve İstanbul Barosu Mensubu (Av.)

¹ Bu hususlarda bkz. M. **Reimann**, “Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: A Synthesis”, Cost and Fee Allocation in Civil Procedure, Springer, Heidelberg 2012, pp. 3-57, p. 2, 29-31; T. D. **Rowe**, “Predicting The Effects of Attorney Fee Shifting”, Law and Contemporary Problems [Winter 1984], Vol. 47:1, pp. 139-171 (“Effects of Fee Shifting”); G. B. **Shepherd**, “The Impacts of the European Rule for Fee-Shifting on Litigation Behavior”, Balancing of Interests: Liber Amicorum Peter Hay Zum 70.Geburtstag (Ed. H-E. Rasmussen-Bonne/R. Freer/W.Luke/W. Weitnauer), Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2005, pp. 381-387. Avukatlık kurallarının Usul Hukuku'nun bir parçası olduğu yönünde ayrıca bkz. D. **Luban**, “The Sources of Legal Ethics”, The Rabel Journal of Comparative and International Private Law [1984], 48.Jahrg. H.2, pp. 245-288, özellikle p. 267; C. T. **Çelikoğlu**, Medeni Usul Hukukunda Avukatın Delil Toplaması, 3.Baskı, Ankara 2014, s. 29, 56.

sinde ortaya çıkan anlaşmazlıklar temelinde incelenmiştir. Yukarıdaki bağlam bakımından doktrindeki yazarlarımızın sistematik eserlerinde konuya haliyle genel olarak değinilmektedir. Yabancı Literatürde ise, konu, milenyum öncesindeki A.B.D usul reformları sırasında, onun aşağıda açıklayacağımız genel kuralı olan “American Rule”ın (“Pay your own way”) buna alternatif teşkil eden “European Rule” (“loser pays”) yönünde değiştirilmesi önerileri çerçevesinde tartışılmıştır².

Ülkemizde son zamanlarda birbiri ardına devreye sokulan ve bazıları itibarıyla da hazırlıkları devam ettiği anlaşılan temel kanun değişikliklerinden sonra, bugünlerde 1136 Sy. Av.K’da da revizyon hazırlığı yapılmaktadır. Bu meyanda, Bakanlıkça hazırlanan yeni Av.K Tasarısı Taslağı (Av.KTT) kamuoyuna sunulmuştur³.

Hukukumuz’da dar anlamdaki avukatlık ücreti ve sorumlusu yargılama masrafları meyanında hükümlerle belirlenmektedir. Bu itibarla, Av.K değişik (02.05.2001 T. ve 4667 Sy. K. m.77) m. 164/V hükmündeki, mahkemece karşı tarafa tahmil edilen avukatlık ücretinin lehine hüküm verilen taraf avukatına aidiyetini havi düzenleme avukatlık ücretine kimin yararına hükmedileceği bağlamında bazı tartışmalara yol açmıştır.

Söz konusu tartışmalara da cevaben 6100 Sy. HMK m. 330 hükmü avukatlık ücretinin taraf yararına ve ona muzafen hükmedileceğini tasrih etmiştir. Bu düzenlemenin, söz konusu tartışmayı sona erdirdiği belirtilebilir. Bununla birlikte, Doktrin’de bu düzenlemenin Av.K m. 164/V hükmünü ilgası konusunda bazı tereddütler beyan edildiği gibi, halen avukat-müvekkil ilişkisi bakımından bu hükmün emredici olup olmadığı da tartışmalıdır. Bu

² **Shepherd**, p. 381. Bu konu Uluslararası Karşılaştırmalı Hukuk Akademisi (IACL)’nin 21-31.07. 2010 tarihlerinde icra olunan 18. toplantısının da ana temasını teşkil etmiştir. Katılımcıların milli hukuk sistemlerindeki düzenlemeleri tanıtan ülke raporları ve bunları değerlendiren genel raportörün raporu yakın zaman önce kitap halinde yayımlanmıştır (Cost and Fee Allocation in Civil Procedure-A Comparative Study [Ed. M. Reimann], Springer, Heidelberg 2012). Ülke raporlarının bazıları yazarları tarafından münferit olarak da yayımlanmış olup makalede yararlanılanlar ilgili atıflarda belirtilmiştir).

³ T.C. Adalet Bakanlığı, Kanunlar Genel Müdürlüğü, Görüşe Sunulan Kanun Tasarısı Taslakları, Avukatlık Kanunu Taslağı <<http://www.kgm.adalet.gov.tr/DUYURU/AVUKATLIK%20KANUNU%20TASLAGI.pdf>> (ET:30.08.2014).

düzenlemenin Av.KTT’da aynen muhafaza edilmiş olmasına (m.49/8) bakılırsa, sözkonusu tartışma ve tereddütler bu defa ters istikamette devam edecek gibidir. Dolayısıyla, yeni Usul Kanunumuz olan 6100 Sy. HMK’nın ve Av.K’nın ilgili düzenlemeleri ve Av.KTT düzenleme önerileri, karşı tarafa tahmil olunan avukatlık ücretinin hukuki niteliğinin araştırılmasına vesile teşkil ediyor. Böyle bir çalışma, kanımızca, avukatlık kuralları ile usul hukuku arasındaki ilişkiye dikkat çekilmesinin yanısıra, karşı tarafa ücret tahminine ilişkin kurallar incelenmeyecek olsa da, yargılamada masraf-ücret tahminine ilişkin meseleler bakımından uygulamaya katkı sağlayabilir.

Belirtilen amaçlarla, kaleme aldığımız bu makalede konu medeni usul hukuku açısından incelenecektir. İncelemede, öncelikle, hareket noktası teşkil eden avukatlık ücreti ve yargılama masrafı kavramları hakkında bazı genel bilgileri aktarıp yargılama ve avukatlık ücreti masraflarından sorumluluğa ilişkin mukayeseli hukuktaki modeller anahatlarıyla tanıtacağız. Bunu takiben, konu, Hukukumuz’da karşı tarafa masraf-ücret tahminine ilişkin genel kuralın ihdas ve yürürlük sebebi araştırılarak karşı tarafa tahmil olunan avukatlık ücretinin hukuki niteliği hakkında ulaştığımız kanaatin ortaya konulduğu ve nihayet buna bağlı sonuçlara da değinilen bir izlekte ele alınmaya çalışılacaktır⁴.

I. AVUKATLIK ÜCRETİ VE YARGILAMA MASRAFI KAVRAMLARI

A. Avukatlık Ücreti Kavramı

Avukatlık ücreti, 1136 Sy. Av.K’da, “avukatın hukuki yardımının karşılığı olan meblağ veya değer...”, şeklinde tanımlanmaktadır (Av.K m. 163/I). Sözkonusu “karşılığa” hak kazanacak olan avukat ile ondan hukuki yardım talebinde bulunan kişi/müvekkil arasında özel hukuka ilişkin akdi bir

⁴ Makalede, konuya ilişkin temel kavramlar hakkında bazı kanunlarımızda veya literatürümüzde benimsenen yeni terminoloji yerine, yenisindeki bazı kelimelerin farklı anlamlarının daha önde olanları bakımından, eski terminoloji ve böyle olmayanlar bakımından da yeni terminoloji kullanımı tercih edilmiştir (Örneğin, ‘yargılama gideri’ yerine: ‘yargılama masrafı’; ‘yargılama gideri yükletilmesi’ yerine ‘yargılama masrafı tahmili’ terimleri kullanılmıştır. Yine, “ihdas” terimi bunun yerine kullanılan “konuluş” terimine yeğlenmişken, “meriyet” yerine yürürlük terimi tercih edilmiştir).

ilişki mevcut olup⁵ bu ilişki 4667 Sy. Kanun'la husule getirilen değişiklikle Hukukumuzda avukatlık sözleşmesi olarak adlandırılmıştır⁶.

Avukatlık sözleşmesinin belirli bir hukuki yardıma yönelik olarak tanzım edilmiş olması gerekir (Av.K, m. 163/I). Avukatın müvekkiline “hukuki yardımı” avukatlık hizmeti olarak da ifade edilebilir⁷. Avukatlık sözleşmesinin kurucu unsuru olan “hukuki yardım”ın ve dolayısıyla avukatlık hizmetinin konusunu Hukukumuzda kanunen belirlenen avukatlık faaliyet alanları ve esasları çizmektedir⁸. Bununla birlikte, Kanunda (Av.K, m. 35) belirlenen avukatlık faaliyet alanları, bazı konularda tekel hakkı da tanınmış olan surette, oldukça geniştir⁹. Bu açıdan, avukatlık sözleşmesinin kapsamına, dava ve icra takipleri ile çekişmesiz yargılama işlerinin yanısıra, hukuki

⁵ N. **Berkin**, Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1980, s. 224; M. **Sungurtekin Özkan**, Avukatlık Mesleği -Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 4. Baskı, İzmir 2013, s. 217. Vekil ile müvekkil arasında genel hükümlerin uygulanacağını tasrih eden mülga HUMK m. 424/son cümle hükmü HMK'ya alınmamış olmakla birlikte anılan durum değişmiş değildir; bkz. HMKT m. 334 Gereğesi, para. 2 (A. C. **Budak**, Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, 2. Baskı, İstanbul 2009, s. 297); **Çelikoğlu**, s. 95, 100, 104. Hukukumuzda Avukatlık sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin görüşler hakkında ayrıca bkz. K. E. **Gökyayla**, Avukatlık Sözleşmesinin Avukatın Azli ve İstifasıyla Sona Ermesi, Ankara 2007, s. 15-19. Söz konusu akdi ilişkinin hukuki niteliği hukuk sistemleri itibarıyla farklılık arzedebilir. Bu hususta bkz. V. **Başpınar**, “Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı 2004, ss. 463-478, s. 464.

⁶ Bkz. Ö. **Günergök**, Avukatlık Sözleşmesi, 3. Baskı, Ankara 2013, s. 23 dn. 3 de belirtilen yazarlar. Esasen içerik açısından değişiklik öncesi dönem itibarıyla da durum farklı değildi; H. **Burcuoğlu**, “Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti ile İlgili Önemli Bazı Sorunlar”, TBB, Y. 2003, S. 49, ss. 49-82, s. 51. Avukatlık sözleşmesine, özel kanun olması itibarıyla, öncelikle Av.K ilgili hükümleri ve hüküm bulunmayan hallerde BK'nın öncelikle vekalet akdi hükümlerinden başlayarak işgörmeye ilişkin hükümler ile bunlarda düzenlenmeyen hallerde Avukatlık Meslek Kuralları uygulanacaktır; N. **Aday**, Avukatlık Hukukunun Esasları, 2. Baskı, İstanbul 1997, s. 89; **Günergök**, s. 35; **Burcuoğlu**, s. 49, 50; **Başpınar**, s. 468.

⁷ Yarg. İBK, 29.05.1957, E.1957/4, K.1957/16 (B. N. **Kurdoğlu**, Karşı Vekalet Ücreti, Ankara 2013).

⁸ F. **Müderrişoğlu**, Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi, Ankara 1974, s. 19; **Günergök**, s. 37; **Burcuoğlu**, s. 75.

⁹ Bu hususta ayrıntılı bilgi için bkz. **Çelikoğlu**, age, 2. Baskı (2012), s. 96-115.

görüş verme, özel ve kamusal kişi ve kurumlar nezdinde işlem tesisi ve takibi, yargısal usuller dışındaki alternatif uyuşmazlık çözüm yolunda yardım gibi hukuki hizmetlerin tümü dahil olabilmektedir¹⁰.

Esasen, kökü avukatlığın kurumsallaşmaya başladığı dönemlere giden surette, “avukatlık” denildiğinde bununla kastedilen yargısal usullerde müvekkil hak ve menfaatlerinin hatalı kararlardan korunmasına yönelik temsil ve savunma faaliyetidir¹¹. Avukatlık ücreti hakkındaki meseleler de genellikle sözkonusu yargısal süreçlerde üstlenilen müvekkil temsil ve savunma faaliyetine ilişkindir. Dolayısıyla, avukatlık ücretine esas avukatlık hizmetinin konusu, devlet mahkemeleri ile tahkim heyetleri önünde cereyan eden yargılamalardaki ve bunu ikame veya ikmal eden icra süreçlerindeki, müvekkil temsil ve savunmasıyla sınırlı olarak ele alınabilir. Nitekim, literatürde ve Hukukumuzda, avukatlık faaliyet alanının diğer kategorilerini teşkil eden hukuki danışmanlık hizmeti bakımından danışmanlık ücreti, yine iş-işlem takibi hizmetine ilişkin olarak da vekalet ücreti kavramlaştırılmaları mevcuttur¹².

Avukatlık hizmeti, Roma Hukuku’nun Justinianus döneminden beri, kural olarak karşılıksız değildir¹³. Avukatlık kurumunu ihtiva etmeyen hukuk sistemleri bir kenara bırakıldığında, modern dönemde ortaya çıkan farklı usul sistemlerini benimsemiş hukuk düzenlerinin tümü meyanında

¹⁰ **Günergök**, s. 37; **Burcuoğlu**, s. 75; **M. Aydın**, Avukatlık Ücreti, 5. Baskı, Ankara 2010, s. 22.

¹¹ Bkz. **Çelikoğlu**, age, 2. baskı (2012), s. 112-115.

¹² Hukukumuzda temsil ve savunma faaliyeti dışındaki, avukatlık faaliyet tekeli alanında bulunan, diğer avukatlık hizmetleri ücreti bakımından da asgari ücret belirlenmesi tercih edilmiş ve Avukatlık Ücret Tarifesinde bunlara ayrıca yer verilmektedir; bkz. AAÜT [2014], (RG: 28.12.2013/28865). Alman Avukatlık Ücreti Kanunu’nda (RVG) münhasıran temsil ve savunma faaliyetine yönelik avukatlık ücreti düzenlenilip diğer avukatlık hizmetlerine ilişkin ücretin tarafların sözleşmelerine ve borçlar hukuku bırakılmış olmasının da bu paralelde olduğu belirtilebilir; **N. Cahill BL**, “Comparative Research Paper on Legal Costs”, The Ireland Working Group of Legal Cost, Research Paper, February 2005, pp. 73/73, p. 71, 72.

¹³ Bkz. **W. Pfennigstorf**, “The European Experience with Attorney Fee Shifting”, Law and Contemporary Problems [Winter 1984], Vol. 47:11, pp. 37-124, p. 41, fn. 12, 13 (Yazar Roma Hukuku’nda başlangıçta ve hatta Klasik Dönem’in ilk iki yüzyılında günümüzdeki anlamda yargılama masrafı ve avukatlık ücretinin mevcut olmadığını belirtiyor).

Hukukumuz bakımından da durum böyledir¹⁴. Avukatlık hizmetinin karşılığı, avukatlık ücreti olarak adlandırılmaktadır¹⁵.

Kanaatimizce, avukatlık ücreti kavramı, yukarıda belirttiğimiz nedenle, yargısal prosedürler ile onu ikame ve ikmal eden süreçlerde müvekkil haklarını hatalı kararlardan korumaya ilişkin temsil ve savunma hizmeti teminiyle ilişkilendirilip bu hizmetin karşılığı olarak sınırlandırılmış olsa iyi olurdu. Aslında, 4667 Sy. Kanunla tadil edilmeden önceki haliyle, Av.K, m. 163 hükmünde yer alan “vekalet hizmetinin karşılığı” şeklindeki avukatlık ücreti tanımı da temsil ve savunma faaliyeti çerçevesindeydi¹⁶. Bu açıdan, Yeni düzenlemedeki “hukuki yardımının karşılığı” şeklindeki ücret tanımı itibarıyla, geniş ve dar anlamda avukatlık ücreti ayrımı yapmak gerekecektir. Zira, avukatlık faaliyet tekel alanına giren iş ve işlemlerin tümü avukatın “hukuki yardımı”nın konusunu oluşturabilir¹⁷.

Belirtilen bakımdan, dar anlamıyla avukatlık ücreti, aksi kararlaştırılmış olmadıkça, avukatın müvekkile yargısal usuller ve icra-infaz süreçlerinde temin ettiği hukuki koruma hizmetine mukabil avukata ödenmesi gereken karşı edimdir; şeklinde tanımlanabilir.

Kıta Avrupası usul sistemini benimsemiş taşıyıcı ülkeler hukuklarının yanısıra, Hukukumuzda da avukatlık ücretinin kararlaştırılmasında, dava sonucuna katılmalı ücret belirleme (*pactum cuota litis-contingency fee*) yasağından başka, asgari ve azami tutar yasakları mevcut olup (Av.K, m. 164)¹⁸ bunun dışında; dava veya yargılama konusuna göre sabit ücret (*fixed fee*), hizmet saati itibarıyla süreye göre değişken ücret (*hourly fee*), başarıya göre değişken ücret (*conditional fee*), şeklindeki ücret belirleme esasları münferiden veya karma olarak uygulanabilmektedir (Av.K, 163/I)¹⁹.

¹⁴ Bkz. Çelikoğlu, s. 89, dn. 283 civarı; Başpınar, s. 466-467.

¹⁵ Berkin, s. 219; Aydın, s. 51; M. S. Sarısözen, “Müvekkille Kararlaştırılan Vekalet Ücreti ve Dava Gideri Olarak Karşı Tarafa Hükmedilen Vekalet Ücretinin Emrediciliği Sorunu”, FÜHFD, Y. 2013, C. 1, S. 1, ss. 91-111, s. 91.

¹⁶ Aydın, s. 51.

¹⁷ Aydın, s. 52.

¹⁸ Bkz. Sungurtekin Özkan, s. 235-270.

¹⁹ Mukayeseli hukukta avukatlık ücreti kararlaştırma şekilleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. V. G. Maurer/R. E. Thomas/P. A. De Booth, “Attorney Fee Arrangements: The

Avukatlık ücreti avukatlık sözleşmesinin diğer bir kurucu unsuru olup zorunlu olmamakla birlikte genellikle para cinsinden kararlaştırılır²⁰. Makul bir avukatlık ücretinin yargılama konusunun değeri ile ölçülü olması genel olarak kabul edilmektedir. Bu açıdan, avukatlık hizmeti “piyasası”nın işleyişi olağan iktisadi faktörlerden bağımsız bir düzenleyici müdahaleyi gerektirir²¹. Hukukumuzda malvarlığı haklarından doğan davalara şamilen oransal bir üst sınır getirilmiş olup aşan kısma ilişkin ücret anlaşması geçersizdir (Av.K, m. 164/II)²².

Aradaki akdi ilişki sözkonusu karşı edimin yükümlüsünün bu ilişkinin diğer tarafı olan ve avukattan hizmet alan kişi olmasını gerektirir. Bununla birlikte, asli avukatlık faaliyeti olarak yargısal usullerde verilen temsil ve savunma hizmeti bakımından, pek çok Usul Kanunu avukattan hizmet alanın sözkonusu ediminden bu usullere başvurmakta haklılığı ölçüsünde kendisine karşı hizmet verilmesi istenilen kişiyi de sorumlu kılabilen veya buna endeksli belirli bir meblağı ödeyebilmektedir (sZPO, art.95/3-b; dZPO, § 91/2; CCP, art.695/7, 699)²³.

Belirtilen bakımdan, Hukukumuzda, avukatlık ücreti, müvekkilce avukata ödenmesi kararlaştırılan ve yargılamada aleyhine karar verilen

US an Western Perspectives”, Northwestern J. Int. Law & Business [Winter 1999], Vol. 19:2, pp. 272-329, p. 286 vd.

²⁰ **Başpınar**, s.469, 470. Kanundaki tanımı itibarıyla, “*meblağ veya değeri ifade eder*” lafzı bakımından, “değer” ibaresine yer verilmesiyle ücretin müddeabihin değeri üzerinden belirli bir oran şeklindeki kararlaştırmanın da dolaylı olarak para cinsinden kararlaştırmayı ifade ettiği yönünde bkz. **Burcuoğlu**, s. 66.

²¹ **C. Hodges/S. Vogenauer/M. Tulibacka**, “Costs and Funding of Civil Litigation: A Comparative Study (December 2005)”, Oxford University Legal Research Paper Series, Paper No: 55/2009, pp. 119/119 (Ekler hariç: pp. 48/48), p. 34-para. 134.

²² Av. K m.168 hükmü uyarınca hazırlanan kanuni tarife avukatlık sözleşmesinde kararlaştırılabilecek asgari hadde ilişkin olup mesleği korumaya yöneliktir; **Aday**, s. 18.

²³ Metin içi atıfta bulunulan İsviçre, Almanya ve Fransa Medeni Usul Kanunları İngilizce metinleri için sırasıyla bkz. Swiss Civil Procedure Code (<http://www.admin.ch/ch/e/rs/2/272.enpdf/admin.ch/ch/d/as/index.html>); (The German) Code of Civil Procedure (as promulgated on 5 December 2005 GBI Federal Law Gazete, I page 3022; 2006 I page 431; 2007 I page 1781; 2009 I page 3145), Federal Ministry of Justice in Cooperation with Juris GmbH (<http://www.juris.de>); The French Code of Civil Procedure (Translated by Christian Dood), Oceana Publications, New York 2004.

tarafça lehine karar verilen tarafa ödenmesine hükmolunan şeklinde, iki ayrı kategoride ele alınıp²⁴ iki ayrı türü olduğu kabul edildiği gibi²⁵; bunların ayrı kurumlar olduğu da ileri sürülmüştür²⁶. Bu ayrımın yargılama masrafı meyanında aleyhine karar verilen tarafa tahmil olunan karşı taraf avukatlık ücretinin hukuki niteliğine bakılarak yapıldığını sanmıyoruz. Bu açıdan, kanımızca, bu incelemede araştıracağımız yargılama ve avukatlık ücreti masrafı tahmiline ilişkin kuralın ihdas veya yürürlük sebebi ve karşı taraf avukatlık ücretinin hukuki niteliği belirleyicidir.

B. Yargılama Masrafı Kavramı

Kendisinin varlık sebebiyle ilişkilendirilen adaleti temin edebilecek yargılama faaliyeti devletin asli görev ve hizmetlerinden olup bu hizmetin maliyeti aslında vatandaşların ödedikleri vergilerden oluşan devlet bütçesinden karşılanmaktadır²⁷. Bununla birlikte, hukuk yargılamasında kural olarak taraf menfaatlerinin önplanda olması nedeniyle²⁸, dini ve prelegal sistemler dışında²⁹ “adalet” kural olarak parasız değildir. Günümüzde, devletin yargılama hizmeti karşılığında belirli bir katılma payı ödenmesini istemesi genellikle uygun ve gerekli görülmektedir³⁰.

²⁴ Bkz. **Müderrişoğlu**, s. 89; **Aydın**, s. 27, 349.

²⁵ Bkz. B. **Kuru/R. Arslan/E. Yılmaz**, Medeni Usul Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2013, s. 703; H. **Pekcanitez/O. Atalay/M. Özkes**, Medeni Usul Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2013, s. 984.

²⁶ Bkz. **Berkin**, s. 866; **Başpınar**, s. 464.

²⁷ A. **Karşlı**, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2013, s. 743.

²⁸ **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 980.

²⁹ Bkz. **Pfennigstorf**, p. 41. Prelegal terimi için bkz. G. C. **Hazard/A. Dondi**, Legal Ethics: A Comparative Study, California 2004, p. 258.

³⁰ E. **Yılmaz**, “Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti”, ABD, Y. 1984, S. 2, ss. 200-224, s. 208; **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 981; **Karşlı**, s. 743. Bununla birlikte, ülkemizin de (HK, m. 33, 123) aralarında olduğu pek çok hukuk sisteminde iş hukuku ve tüketici hukuku davaları bakımından harç muafiyeti tanınmaktadır; bkz. M. **Reimann**, “Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: A Syntesis”, Cost and Fee Allocation in Civil Procedure- A Comparative Study (Ed. M. Reimann), Springer, Heidelberg 2012, pp. 3-57, p. 10. Fransa ve İsveç’te kural olarak mahkeme harcı alınmadığı yönünde ayrıca bkz. **Hodges/Vogenauer/Tulibacka**, p. 11- para. 25.

Yargılama faaliyeti, genel nitelikteki devlet mahkeme organizasyonu masraflarına mahsuben ödenen meblağdan başka, somut yargılamaya ilişkin masrafları da gerektirir. Bu açıdan, terminolojide yargılama masrafı terimi, yargı harçlarının yanısıra, yargılamada iletişim ve tahkikat masrafları ile vekille temsil olunulan yargılamalardaki avukat tutma masraflarını ifade etmektedir³¹.

Belirtilen bakımdan, yargılama masrafı terimi, avukatlık ücretinin kapsama dahil edilmediği ve tahkikat masrafları meyanında delil toplama masraflarının da avukatlık ücreti kapsamında kaldığı Anglo-Amerikan (Common Law) hukuk sisteminin taşıyıcısı olan ABD ve birkaç ülke dışında, pek çok hukuk sistemi bakımından geçerli olan surette, mahkeme harcı ve tahkikat masraflarının yanı sıra avukatlık ücreti masrafından oluşan yargılama maliyeti unsurlarını tanımlamaktadır³². Söz konusu unsurlar Hukukumuzda kanunen belirlenmiştir (HMK, m. 323). Buna göre, yargılama masrafları, yargılama faaliyetini teminen devletin yargı mercilerini işler halde tutma maliyetine kanuni katılma payının yanısıra, mahkeme önündeki hukuki korunma talebinin dermeyanı ve neticelendirilebilmesi için tarafların mahkeme vasıtasıyla veya bizzat sarfettiği formal masraflardır. Bu açıdan, yargılama masrafları hakkında kategorik olarak mahkemenin ve tarafların masrafları şeklinde bir ayırım da yapılabilir³³.

Mahkemenin masrafları meyanında, devletin genel yargılama masraflarına katılım payı olarak mahkeme usullerini meşgul edenlerden alınan

³¹ **Yılmaz**, s. 200, 206; **Cahill BL**, p. 73; **Reimann**, p. 5.

³² Bkz. **Hodges/Vogenaer/Tulibacka**, p. 11- para. 22. Avukatların buradaki rolü nedeniyle, tahkikat masraflarının da avukatlık ücretinin içinde yer aldığı hususunda ayrıca bkz. **Reimann**, p. 21.

³³ Bu şekilde bkz. S. **Üstündağ**, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 765, 766. Dar ve geniş anlamda yargılama masrafı şeklinde bkz. **Yılmaz**, s. 200. Üçlü bir ayırım için [i) harçlar, ii) masraflar, iii) vekalet ücreti] bkz. İ. H. **Karafakih**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Ankara 1952, s. 242; dördlü bir ayırım için [i) harçlar, ii) iştirak eden ücretleri, vekalet ücreti, iv) belge tasdik masrafları] bkz. N. **Bilge/E. Önen**, Medeni Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1978, s.329. İsviçre Medeni Usul Kanunda da mahkeme ve taraf masrafları ayırımı mevcut olmakla birlikte burada aslında taraflarca karşılanacak olan (sZPO, art 102/1, 2) tahkikat masrafları mahkemenin masrafları arasında sayılmıştır (sZPO, art. 95).

resmi hizmet bedeline yargı harcı denilmektedir³⁴. Yargı (ve icra) harçları “prosedür kullanım bedeli” olarak nitelenebilir. Bu bedel, devletin mahkeme organizasyon maliyetinden o yargılamaya düşen kısmın tamamı değil, mahkeme organizasyonun sürdürülebilirliğini teminen onları meşgul eden kişilere belirli bir oranda yansıtılmasından ibarettir³⁵. Harç alma oranı vaki müracaatın neticelenme şekli veya süreçteki adımlara ve mahkemeden beklenen hukuki korumaya ilişkin usuli talebin kabul edilip edilmemesine göre de değişkenlik arzedebilir³⁶. Bu açıdan, müracaat sırasında yargı harcına ilişkin kısmi bir ödeme yargılamanın başlatılması ve sürdürülmesi için zorunlu olup bakiyesi usuli talebin kabulü halinde kararla birlikte veya infaz sırasında ödenebilmektedir (Harçlar K, m. 26, 27, 28, 127, 129). Harç yükümlüsü Hukukumuzda kural olarak kanunen belirlenmekte olup harç alma oranları Kanunun verdiği yetkiyle İdarece düzenlenebilmektedir (Harçlar K, m. 11, 15, 21, 138).

Somut yargılama masrafları meyanında, iletişim ve tahkikat masrafları bunlara ilişkin araçlara başvurulmasını isteyen tarafça bizzat veya mahkeme aracılığıyla sarfolunmakta ve prosedüre müracaat veya sürece iştirak sırasında önceden belirlenen bir tutarın avans olarak işlem öncesinde ödenmesi gerekebilmektedir (HMK, m. 120/2, 324; sZPO, art.98, 101)³⁷.

Avukatlık ücret “masrafı” ise, esasen kendisini avukatla temsil ettiren kişi tarafından araya mahkeme girmeksizin genellikle doğrudan sarfedilir.

³⁴ **Yılmaz**, s. 200, 201.

³⁵ **Yılmaz**, s. 207. Harç alma oranlarından mahkeme ve icra usullerine erişim planlaması aracı olarak yararlanılmaktadır; bu yüzden yargı harçları yüksek veya düşük belirlenebilir; bkz. M. S. **Özbek**, Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı, Ankara 2013, s.39-42. Söz konusu yansıtma oranı bakımından, örneğin İngiltere’de, organizasyon masraflarının sadece %20 si devlet hazinesinden karşılanıp %80’nin harç olarak kullanıcılardan alındığı; Avrupa’da Almanya ile Avusturya ve Yunanistan, Avrupa dışında da Çin ve Taiwan gibi ülkelerde maliyetin kullanıcılara nisbeten düşük oranda yansıtıldığı yönünde bkz. **Hodges/Vogenaer/Tulibacka**, p. 12-para. 26 ve p. 18-para. 62; A.B.D, Japonya ve Kore’de de oldukça düşük oranda harç alındığı yönünde bkz. **Reimann**, p. 9, 16.

³⁶ Bkz. **Hodges/Vogenaer/Tulibacka**, agy. p. 12- para. 27.

³⁷ Ayrıntılı bilgi için bkz. E. **Kılıçoğlu**, “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Gider Avansına İlişkin Düzenlemeleri Hakkında Değerlendirmeler”, Kazancı Hukuk Dergisi, Kasım-Aralık 2012, S. 99-100, ss. 43-126, s. 47-63; **Özbek**, s. 54-79.

Yargılama masrafları arasında avukatlık ücretine yer veren hukuk sistemleri bakımından, bunun diğer masraflara nazaran aslanpayını teşkil ettiği belirtilmektedir³⁸. Hukukumuzda, karşı tarafa avukatlık ücreti tahmili de asgari tarifedeki tutarların azami üç katıyla sınırlanmıştır (Av.K, m. 169)³⁹.

Söz konusu yargılama masraflarına katlanması bakımından hukuk sistemleri yargılama neticesine veya yargılama öncesi ya da sırasındaki tutumuna göre karşı tarafa yükleme veya sarfeden ve olumsuz tutum takınan taraf üzerinde bırakma şeklinde farklı yaklaşımlara sahip olabilmektedir⁴⁰. Bu açıdan, kategorik olarak veya kalemler itibarıyla değişkenlik de arzede bilmekle birlikte, yargılamanın hitamı öncesi ve sonrası itibarıyla taraflar arasında yargılama masrafı yükümlüsü ve sorumlusu ayırımından bahsetmek mümkündür⁴¹. Burada, yargılama masraflarından sorumluluk yargılamada lehine karar verilmiş tarafın yükümlüsü olduğu masrafların onun üzerinde bırakılmayıp aleyhine karar verilen tarafa tahmil olunmasını ifade etmektedir⁴².

II. YARGILAMA VE AVUKATLIK ÜCRETİ MASRAFLARINDAN SORUMLULUĞA İLİŞKİN YAKLAŞIMLAR

A. Hukukumuzda Yargılama ve Avukatlık Ücreti Masrafından Sorumluluğa İlişkin Temel Düzenleme

Avukatlık ücretinin yükümlüsünün avukattan hukuki koruma hizmeti almak üzere onunla avukatlık sözleşmesi akdeden kişi -müvekkil- olduğunda

³⁸ Bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s.703; **Hodges/Vogenaue/Tulibacka**, p. 18-para. 63 ve p. 19- para. 74; **Reimann**, p. 16.

³⁹ Mukayeseli hukukta karşı tarafa tahmil olunacak avukatlık ücretini belirleme aracı olarak resmi tarife dışında, dava değerinin belirli bir oranı ve emsal ücret kriterleri de kullanılabilir; bkz. **Reimann**, p. 6 (Yazar, Kıta Avrupası'nda birinci kriterin Alman Hukuk Ailesi ülkeleri, ikinci kriterin Latin Hukuk Ailesi ülkeleri, üçüncü kriterin de Nordik Hukuk Ailesi ülkeleri tarafından kullanıldığını belirliyor).

⁴⁰ Bkz. aşağıda, II. A. 1.

⁴¹ Vergi Hukukunda illeti farklı olmakla birlikte nisbeten benzetilebilecek şekilde vergi yükümlüsü ve sorumlusu ayırımı mevcuttur (Vergi Usul Kanunu, m. 8; Damga Vergisi Kanunu, m. 24, 25; HK, m. 128). Ayrıntılı Bilgi için bkz. A. **Gerçek**, Kamu Alacaklarının Takip ve Tahsili Hukuku, 2. Baskı, Bursa 2011, s. 32-52.

⁴² Benzer şekilde bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 992.

tereddüt yoktur. Bununla birlikte, Usul Kurallarımız avukatla temsil olunan davalarda kural olarak aleyhine karar verilen tarafın karşı tarafa diğer yargılama masraflarının yanı sıra formal olarak belirlenmiş tarifeye göre belirli bir avukatlık ücreti ödemesine hükmedilmesini amirdir (HMK, m. 323/ğ, 326, 330, 332/1; Av.K, m. 169)⁴³.

İçeriğinde aleyhine karar verilen tarafa yargılama masrafları meyanında avukatlık ücreti tahminine ilişkin bir lafz geçmemekle birlikte, Doktrin’de de öyle kabul edildiği üzere, Hukukumuzda karşı tarafa yargılama ve avukatlık ücret masrafı tahmininin hukuki dayanağı yukarıda belirtilen usul kurallarından HMK, m. 326 hükmüdür⁴⁴. Bu açıdan, HMK m. 326/1 hükmü Hukukumuzda tahmile ilişkin genel kural niteliğinde olup⁴⁵ mülga HUMK m. 417/1 hükmünün karşılığı olarak muhafaza edilmiştir⁴⁶.

HMK m. 326 düzenlemesi: “Kanunda yazılı haller dışında, yargılama masraflarının aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verileceği”ni (fik.1); “iki taraftan her biri kısmen haklı çıkarsa, yargılama masraflarının tarafların haklılık durumuna göre paylaşılacağını (fik.2)”;⁴⁷ amirdir. Kanun’un m. 323/ğ hükmü de vekille takip edilen davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekalet ücretini yargılama masrafları arasında saymıştır. Buna göre, Kanun yargılama ve avukatlık ücreti masraflarını kural olarak davanın esası açısından başarısız olan tarafa yüklemektedir. Bu meyanda, usuli talebinden feragati halinde davacı ve yargılamanın ilerlemiş bir safhasında talebi kabul eden davalı da başarısız kabul edilmektedir (HMK, m. 312/1).

⁴³ HMK, m. 323/1: “Yargılama masrafları şunlardır”; 323/1-ğ: “Vekille takip olunan davalarda kanun gereğince takdir olunacak vekalet ücreti,”; HMK, m. 326/1: “Kanunda yazılı haller dışında yargılama masraflarının aleyhine hüküm verilen taraftan alınmasına karar verilir”; Av.K, m. 169: “Yargı mercilerince karşı tarafa yükletilecek avukatlık ücreti, avukatlık ücret tarifesinde yazılı miktardan az ve üç katundan fazla olamaz”.

⁴⁴ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 707; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 993; **Karşlı**, s. 743.

⁴⁵ Yargıtay da emsal nitelikteki bir kararında sözkonusu hükmü karşılayan HUMK m. 417/1 hükmünü ‘yargılama harç ve masraflarının davada haksız çıkmış olan tarafa yükletilmesine ilişkin ana kural’ olarak nitelemiştir; bkz. Yarg. HGK, 28.01.2004, E. 14-38, K.45 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası <<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>> [ET: 30.08.2014]).

⁴⁶ HMKT, Madde Gerekeçesi, m. 330 (**Budak**, s. 294).

Dikkat edilirse, Kanun'da masrafın “alınmasına karar verileceği” tasrih olunmakla yetinilmiştir. Bununla birlikte, bu hususta verilecek olan kararın hüküm fıkrasının yargılama masraflarına ilişkin kısmı olduğu (HMK, m. 297/1-ç); ‘alınmasına’ lafzının negatif anlamıyla birlikte düşünüldüğünde sözkonusu tarafın yargılama masrafına mahkum edilmesini mutazammın olduğu; anlaşılmaktadır. Esasen, bu düzenlemenin HUMK'daki karşılığı olan m. 417/I hükmü ‘taraftan istifa olunmasına karar verilir’ şeklinde olup ‘istifa’ kelimesi ödeme anlamını da havi olan vefa kökünden gelmekle; ‘alma’ anlamının yanı sıra, ‘ödetme’ anlamı da vardır⁴⁷. Dolayısıyla, mezkur hükümdeki ‘alınmasına karar verilir’ ibaresini ‘ödetilir’ şeklinde anlamak mümkündür. Nitekim, yargılama masrafları hakkındaki kararın hüküm fıkrasında ne şekilde formüle edileceğini belirten HMK m. 332/2 hükmünde ‘yargılama masrafının hangi tarafa tahmil olunduğunun gösterilmesi’ni tasrih etmesi de buna işaret etmektedir. Yargılama masrafları her iki tarafça da sarfolunmuş olabileceğinden, burada ödetilecek olan tabiatıyla lehine karar verilmiş olan tarafinkiler ve bu meyanda davanın kabulü kararı bakımından bakiye nisbi harçtır. Dolayısıyla, Hukukumuzda, karşı tarafa ücret tahminine dayanak teşkil eden temel düzenlemenin HMK m. 326/1 hükmü olduğu açıktır.

Sözkonusu düzenlemeyle bağlantılı olarak, Av.K m. 169 hükmü ise, tahmil edilecek avukatlık ücreti masrafı tutarının “götürü” olarak belirlenmesine matufen, yargılamada aleyhine karar verilen tarafın sorumluluğu tahtında ona “ödetilebilecek” makul avukatlık ücretinin sınırlarını çizmektedir. Dolayısıyla bu hüküm de karşı tarafa tahmile ilişkin genel kuralın uygulanışını gösteren destekleyici düzenleme mahiyetindedir.

Kanunda genel kuraldaki çözümden ayrılan düzenlemeler ihtiva eden bazı kurallar da vardır.

Belirtilen bakımdan, tarafın gereksiz masrafa ve yargılama maliyetinin artmasına sebebiyet vermesi halinde dava sonucundan bağımsız olarak yargı harcı haricindeki yargılama masraflarından kısmen veya tamamen sorumlu tutulabileceğini amir olan HMK m. 327/1 hükmü temel kuralın (m. 326) uygulanmasını sınırlandıran veya engelleyen bir düzenlemedir. Bu düzenle-

⁴⁷ F. Devellioğlu, Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat (Ed. A. S. Güneşal/M. Çiçekler), 26. Baskı, Ankara 2010, s. 523, 1332.

mede yeralan kusurlu sebebiyetin özel görünüm biçimlerini aksettiren ve tarafların yanı sıra şahit ve bilirkişilerinkine de sari olan benzer düzenlemeler de mevcuttur (HMK, m. 101, 182, 213, 253, 269)⁴⁸. Yine, davanın sıfat yokluğu nedeniyle reddinde, davalının davacıyı yanıltarak kendisine husumet tevcihine sebep olup lehine karar verilmesini kendi kusuruyla sağlamış olması halinde, davayı kaybetmesine rağmen davacıya yargılama masrafı tahmil edilmeyeceğini havi HMK m. 327/2 hükmü de benzer bir engelleyici düzenlemedir. Keza, dava ikamesine sebebiyet vermemiş olan davalının ilk duruşmaya dek dava konusu iddia/talebi kabul etmesi halinde de yargılama masrafı tahmil olunamayacağını havi HMK m. 312/2 hükmü de bu defa kusursuzluğun dikkate alınması suretiyle genel kuralın uygulanmasını engelleyici bir diğer düzenlemedir.

Diğer taraftan, davanın konusuz kalması halinde başlangıçtaki haklılık durumuna göre ve davanın açılmamış sayılması veya sonuçlandırılmamış görevsizlik-yetkisizlik-gönderme kararları halinde de davacı aleyhine yargılama masrafına hükmolunmasını havi HMK m. 331 hükümleri, esasen genel kuraldaki çözüme alternatif teşkil etmeyip paralel düzenlemeler olarak belirtilebilir.

Kanunda benimsenen yargılama ve avukatlık ücreti masraflarından sorumluluğa ilişkin yaklaşımının niteliğinin tayininde, yukarıda belirtilen tali nitelikli kurallar değil genel kural niteliğindeki HMK m. 326 düzenlemesi belirleyicidir. Bu açıdan, aşağıda tanıtılacak olan yaklaşım modelleriyle mukayesede sözkonusu düzenlemeyi temel almak gerekir⁴⁹.

B. Mukayeseli Hukukta Yargılama ve Avukatlık Ücreti Masraflarından Sorumluluğa İlişkin Temel Modeller

Yargılamada avukatla temsil olunan taraf yararına avukatlık ücreti takdirinde veya lehine karar verilmiş olan bir müvekkilin avukatına ücret borcunun ifasında, hukuk sistemleri tarafların bu husustaki anlaşmasından yargılamanın sonucunun dikkate alınmasına dek uzanan farklı yaklaşım-

⁴⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 996.

⁴⁹ Çıkarım ve değerlendirmelerde nadir olan değil galip olan vasfa itibar olunur (Mecelle, m. 42 [İ. Vural/S. Özcan, sadeleştirilmiş Mecelle, İstanbul 1995, s. 29]).

larına sahiptir. Bir hukuk sisteminde bu yaklaşımlardan biri temel çözüm olarak benimsenmekle birlikte, belirtmek gerekir ki; bu da, mutlak olmayıp yargılama derecesi veya bazı davalar ya da masraf kalemleri bakımından genel kuralın benimsediği çözümden ayrılabilinmektedir⁵⁰.

Yine de, belirtilen özellik hatırda tutularak bir teorik çerçeve elde edebilmek üzere, hukuk sistemlerinde benimsenen farklı çözümleri baskın özellikleri itibarıyla kategorize ederek yargılama ve avukatlık ücreti masraflarından yükümlülük veya sorumluluk modelleri⁵¹ olarak ifade etmek mümkün ve yararlıdır⁵².

1. “Masraflar Tarafların Üzerinde Kalsın” (“Pay Your Own Way”)

Dahil olduğu hukuk sistemi içindeki istisnai konumuna⁵³ işaret eder şekilde, A.B.D Hukukunda yargılama sonucundan bağımsız olarak, kendisini avukatla temsil ettiren her bir taraf kural olarak sadece kendi avukatlık ücreti

⁵⁰ Bkz. **Reimann**, p. 5. A.B.D Hukuku’ndaki genel kuralın istisna kategorileri hakkında bkz. **ROWE**, “Effects of Fee Shifting”, p.141. Yargılama derecesi itibarıyla farklı çözümler bakımından, İspanyol hukukunda istinaf derecesinde “Amerikan Kuralı” benimsenmişken ilk derece yargılamasında “kaybeden öder” kuralının cari olması ilginç bir örnektir; bkz. **F. Lopez Simo/J. A. Torres Lana**, “Replies of Spanish Reporters to the Questionnaire About Cost and Fee Allocation in Civil Procedure”, *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure a Comparative Study* (Ed. M. Reimann), Springer, Heidelberg 2012, pp. 259-267. Dava bazında farklılaşma itibarıyla, kural olarak “kaybeden öder” modelini benimseyen bazı ülkeler bakımından, aile hukuku uyumsuzluklarında bu çözümün uygulanmadığı yönünde bkz. **Reimann**, p.10; aile hukuku uyumsuzluklarında İsviçre Hukukunda hakime takdir yetkisi tanıyan bir düzenleme de mevcuttur (sZPO, art. 107/1-c).

⁵¹ Bkz. **Rowe**, “Effects of Fee Shifting”, p. 140; **Reimann**, p. 5.

⁵² **Reimann**, p. 33. Reimann, bir hukuk sisteminde benimsenen temel modele istisnaen kullanılan diğer yaklaşımları ve nüansları da dikkate alarak sözkonusu modelleri tahmil ekseninde: i) Kuvvetli Tahmil (Major Shifting), ii) Kısmen Tahmil (Partial Shifting), iii) Zayıf Tahmil (Minor Shifting), şeklinde kategorize etmektedir (**Reimann**, p. 5).

⁵³ Anglo-Amerikan usul sistemini takip eden Kanada ve tarihi orijini olan İngiliz Hukukunda bu model benimsenmemiştir; Kanada için bkz. **H.Patrick Glenn**, “Cost and Fees in Common Law Kanada and Quebeck”, *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure A Comparative Study* (Ed. M. Reimann), Springer, Heidelberg 2012, pp. 99-109; İngiltere ve Galler için bkz. **R. Moorheard**, “Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: Report for England and Wales, aynı yayın, p. 117-127.

yükümlülüğünü yerine getirir⁵⁴. Bu yüzden “American Rules” olarak da adlandırılmış olan⁵⁵ bu modelde, yargısal usullerde tarafların avukatla temsilinde kaybeden tarafa, kural olarak, avukatlık ücreti ödetilmesi yaklaşımı kabul edilmemiştir⁵⁶. Dolayısıyla, avukatlık ücreti yargılama masrafları arasında yer almaz. Bununla birlikte, fiilen uygulanmasa da, harç ve sair yargılama masrafları ve bazı hallerde tarafları disipline etmek üzere avukatlık ücreti tahminine ilişkin kurallar mevcuttur⁵⁷. Buna göre, mahkemelerin yargılamada aleyhine karar verilen tarafı, kendini avukatla temsil ettirmiş olan diğer tarafın avukatına karşı yükümlülüğünü kısmen veya tamamen ikame edebilecek veya katmerlendirecek surette, karşı tarafın avukatlık ücretinden sorumlu tutma kararı vermeleri sözkonusu değildir. Bu yaklaşımın, avukatların ücretlerini kendi müvekkillerinden almalarının normal olduğu; dava ikamesini engellemediğinden adalete erişim bakımından daha işlevsel olduğu ve böylece tarafların mahkeme önünde adil bir şekilde hesaplaşabileceği; gerekçeleriyle savunulageldiği belirtilmektedir⁵⁸.

⁵⁴ Bu model usulün kötüye kullanımı gibi bazı sınırlı hallerde karşı taraf avukatlık ücretine mahkumiyete ilişkin az sayıdaki usul kurallarının karşıt kavramı çerçevesinde uygulamadan doğmuştur; bkz. J. R. **Maxeiner**, “The American ‘Rule’: Assuring the Lion His Share”, *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure A Comparative Study* (Ed. M. Reimann), Heidelberg 2012, pp. 287-305 (Bu yayında yer alan metin A.B.D ülke raporu olup <<http://ssrn.com/abstract=18066042>> internet adresinden ulaşılabilir). Makalede sonraki atıflar bu metinden takip edilebilir; bkz. pp. 22/22, p. 2, 6/22).

⁵⁵ J. Y. **Gotanda**, “Awarding Costs and Attorneys' Fees in International Commercial Arbitrations”, *Michigan Journal of International Law* (August 1999), Vol. 21:1, pp. 1-50, p. 10.

⁵⁶ Tarihi gelişimi hakkında bkz. J. **Leubsdorf**, “Toward a History of the American Rule on Attorney Fee Recovery”, *Law and Contemporary Problems* [Winter 1984], Vol. 47:1, pp. 9-36. Kuralın ihdas ve yürürlük sebebi bakımından ‘kamu düzeninin özel hukuk usulleriyle temini’ düşüncesinin merkezi öneme sahip olduğu yönünde bkz. **Hodges/Vougenaur/Tulibacka**, p. 23-para. 90 ve p. 40-para. 158. Uygulama ve istisnaları hakkında ayrıca genel olarak bkz. **Maxeiner**, agy.

⁵⁷ **Maxeiner**, p. 11/22; **Reimann**, p. 9. Aynı yönde Japon Hukukunda bkz. M. **Wagatsuma**, “Cost and Fee Allocation in Civil Procedure”, *Cost and Fee Allocation in Civil Procedure A Comparative Study* (Ed. M. Reimann), Heidelberg 2012, pp. 195-201, p. 195,196.

⁵⁸ Bkz. **Leubsdorf**, p. 28; J. F. **Vargo**, “The American Rule on Attorney Fee Allocation: The Injured Person’s Access to Justice”, *The American University Law Review* [1993], Vol. 42, pp. 1568-1636, p. 1634, 1635.

2. “Kaybeden Öder” (“Loser Pays” / “Two Way Fee Shifting” [İki Yönlü Tahmil])

Roma Hukuku’ndan günümüze intikal eden⁵⁹ bu model genellikle Kıta Avrupası sistemini benimseyen ülkelerde uygulanmaktadır⁶⁰. Bu yüzden, “European Rule” olarak adlandırılabilir olmakla birlikte⁶¹, bu model Anglo-American literatüründe “English Rule” veya “two way fee shifting” olarak bilinmektedir⁶². Bu modelde, kural olarak, yargılamada aleyhine karar verilen “kaybeden” tarafın, “kazanan” diğer tarafın yargılamanın işleyişine ilişkin masraflarının yanı sıra, avukatlık ücretinden de sorumlu tutulması esastır. Tarafların kısmen haklı görülmesi halinde sözkonusu sorumluluk buna nisbeten kısmi olarak belirlenecektir. Hukuk sistemlerinde bu kuralı benimseyen ülkeler arasında farklı tercihler de mevcut olmakla birlikte, haksız çıkan tarafa ödetecek avukatlık ücreti tutarı genellikle formal olarak belirlenen tarife üzerinden belirlenmektedir⁶³.

Bu modeli ifade eden “kaybeden öder” kuralının Roma Hukukundaki ihdas gerekçesi, ‘haklı olmadığı mahkeme kararıyla anlaşılan “kaybeden taraf”ın, hukuki konumunda ısrar ederek, yargılamada hatalı davranmış olduğu’ varsayımıyla açıklanmıştır⁶⁴.

Kıta Avrupası sistemini benimseyen ülkelerin yanısıra, bazı nüanslarla İngiliz Hukukunda da bu model kullanılmaktadır⁶⁵. Son olarak “Avrupa Küçük Talepler Usulü Tüzüğü”nde de bu model benimsenmiştir (m. 16)⁶⁶.

⁵⁹ İlk defa Doğu Roma imparatoru Zenon tarafından Milattan Sonra 430 yılında emrolunan olunan bu uygulama 50 yıl sonraki Justinien Koduna alınarak kurallaştırılmıştır (Pfennigstorf, p. 42).

⁶⁰ Bkz. Reimann, p. 6, 36. A.B.D dışında pek çok ülkede benimsendiği yönünde bkz. Hodges/Vogenaer/Tulibacka, p. 6-finding 8.

⁶¹ Krş. Pfennigstorf, p. 44 (Yazar bu terimi yeknesaklık arzetmediği gerekçesiyle tercih etmiyor).

⁶² Pfennigstorf, p. 46.

⁶³ Gotanda, p. 7.

⁶⁴ Pfennigstorf, p. 42, fn. 21.

⁶⁵ Reimann, p. 6. İngiliz Hukukunda bu modelin tacizkar ve temelsiz davaları caydırma düşüncesiyle kabul edildiği yönünde bkz. Pfennigstorf, p. 43, fn. 29.

⁶⁶ Avrupa Parlamentosu ve Konseyinin “Avrupa Küçük Talepler Usulüne İlişkin 11 Temmuz 2007 Tarihli Tüzüğü (Regulation [EC] No 861/2007 of the European

Bu modelin, yargılamanın asli işlevinin uyuşmazlık çözümünden çok maddi hukukun temini olarak kabul edildiği usul sistemlerinde, daha adil olduğu ileri sürülmektedir⁶⁷.

3. “Tek Yönlü Tahmil” (“One Way Fee Shifting”)

Bu modele göre, davayı kazanması halinde davacının avukatlık ücreti masrafı davalıya tahmil olunmakla birlikte, kaybetmesi halinde davacı davalı tarafın avukatlık ücretini ödemeye mahkum edilmemektedir. Bu şekilde, yargılamanın onun lehine sonuçlanması kaydıyla ve fakat münhasıran davacı lehine karşı taraf ücretine hükmolunması sözkonusudur⁶⁸. Ortaya çıktığı A.B.D Hukuku’nda, bu modelin ihdası kamu yararının önplanda olduğu bazı alanlarda dava açılması özendirilerek arzu edilmeyen davranış kaynaklarının ıslahı ve özel hukuk davası yoluyla kamu düzeninin tesisi düşüncesiyle ilişkilendirilmektedir⁶⁹. Bazı A.B.D eyaletlerinde tıbbi sorumluluk davalarını da kapsayan bir dizi özel kanun uyarınca uygulandığı belirtilen⁷⁰ bu model, genel kuralın “kaybeden öder /çift yönlü tahmil” modeli yönünde olduğu Japon Hukukunda da, bedensel yaralanmalı haksız fiil davalarında kullanılmaktadır⁷¹.

4. “Akdi Tahmil” (“Agreements Allocating Litigation Cost and Fees”)

Bazı hukuk sistemlerinde, potansiyel bir uyuşmazlığın taraflarının uyuşmazlık vukuunda ihtiyaç duyabilecekleri avukatlık hizmeti bakımından,

Parliament and of the Council of 11 July 2007 Establishing a European Small Claims Procedure)”, Çeviren: A. A. Güralp, H. Konuralp Armağanı, Ankara 2009, ss. 618-630.

⁶⁷ A. Bruns, “Third -Party Financing of Litigation:Civil Justice Friend or Foe?”, George Mason University Law&Economics Center Working Paper, 21 December 2011, pp. 29/29, p. 2/29.

⁶⁸ Vargo, p. 1589, 1590.

⁶⁹ Bkz. Leubsdorf, p. 25 ve özellikle 30; Maxeiner, p. 15-16/22; Hodges/Vogenauer/Tulibacka, p. 6-finding 8.

⁷⁰ Vargo, p. 1629; Hodges/Vogenauer/Tulibacka, p. 6-finding 8; Maxeiner, p. 16/22; (Vargo ABD’ de, temel kuralın -“Amerikan Rule”- en önemli istisnasını sözkonusu modelin benimsendiği 2000 adet civarındaki özel kanunların teşkil ettiğini belirtiyor; bkz. Vargo, p. 1588, 1629).

⁷¹ Maxeiner, p. 15/22, fn. 37.

birinin diğerinin avukatlık ücretinden ne şekilde sorumlu olabileceğini yargısal usulleri işleten mercileri de bağlayıcı şekilde akden kararlaştırmalarına izin verilebilmektedir⁷². Bu yaklaşım oradaki temel kurala istisna kategorileri arasında A.B.D Hukukunda da benimsenmiştir⁷³. Aslında, Hukukumuzda uygulaması olmamakla birlikte mülga HUMK m. 417/II hükmü uyarınca buna cevaz verilmiş idi⁷⁴.

Söz konusu imkan bazı hukuk sistemlerinde de tahkim yargılaması bakımından kabul edilmiştir⁷⁵. Dolayısıyla, yargılama masrafları meyanında avukatlık ücretinin sorumlusunun kim olacağını emredici olarak düzenlenmediği hukuk sistemleri bakımından tarafların mahkemeyi de bağlayıcı olarak anlaşmaları diğer bir ücret tahmil modeli teşkil etmektedir.

Belirtilen surette, akdi tahmil modelinde, mahkeme veya hakem heyetinin verdiği kararda yargılama masrafları arasında re'sen avukatlık ücreti tahminine hükmetmesi söz konusu değildir. Buna göre, taraflar avukatlık hizmeti bedelinin aralarındaki anlaşmaya göre tazmin edilmesi veya tarafların herbirinin kendi üzerinde bırakılması zımında anlaşabilmekte ve bu anlaşma mahkeme veya tahkim heyetince de dikkate alınmaktadır⁷⁶.

⁷² Daha belirgin olarak Anglo-Amerikan usul sistemi ve karma usul sistemleri bakımından kabul edilen yargılama sürecinin akdi olarak inşası hakkında genel olarak bkz. K. E. **Davis/H. Hershkoff**, "Contracting for Procedure", New York University School of Law Public Law&Legal Theory Research Paper Series (July 2011), Working Paper Series, N.11-51, <<http://www.ssrn.com/abstract=1892914>> (ET:30.08.2014), pp. 59/59.

⁷³ Bkz. **Vargo**, p. 1578.

⁷⁴ **Üstündağ**, s. 774. Mülga HUMK m. 417/II hükmünde avukatlık ücreti tahmininde taraflar arasındaki bir sözleşme hükmünün dikkate alınacağı tasrih olunmuştur. HMK'da bu düzenleme muhafaza olunmamıştır.

⁷⁵ **Gotanda**, p. 9, 11 (Yazar A.B.D, Avustralya ve İsrail ile HUMK dönemi itibarıyla ülkemizi -Rabi Koral'a atfen- de örnek göstermektedir; bkz. p. 9, fn. 33). İsviçre Hukukunda da bu yaklaşımın geçerli olduğu yönünde bkz. M. **Scherer/M. Davidowicz**, "Arbitration Guide -Switzerland", International Bar Association, Arbitration Committee, March 2012, pp.23/23, p.16/23 <<http://www.international-arbitration-attorney.com/wp-content/uploads/switzerlandarbitration-guideba-arbitration-committeematthias-scherermartin-davidowiczlei.pdf>> (ET: 30.08.2014).

⁷⁶ Örnek olarak Çin Hukukunda bkz. X. **Jianguo/T. Xin**, "Cost and Fee Allocation in Civil Procedure: China National Report", Tsinghua China Law Rev [2012]. Vol. 4, Issue 43, pp. 45-68, p. 45, 53.

III. KARŞI TARAFYA AVUKATLIK ÜCRETİ TAHMİLİNİN HUKUKİ SEBEBİ

Karşı tarafa yargılama ve avukatlık ücreti masrafı tahminine ilişkin genel kuralımız olan HMK m. 326 hükmünde yukarıda tanıtılan sorumluluk modellerinden “kaybeden öder” yaklaşımı benimsenmiştir. Bu modeli aksettiren Hukukumuzdaki kuralın ihdas veya yürürlük sebebinin⁷⁷ tayininde, aşağıda değineceğimiz kanunun hazırlık çalışmalarından ve kuralın kaynağı olan HUMK dönemindeki literatürümüzden genel bir fikir edinilebilmekle birlikte, tatminkar bir sonuca ulaşmak mümkün olmamaktadır⁷⁸. Bunun için, öncelikle mukayeseli hukukta sözkonusu kurumu açıklayan teorilere göz-atmak yararlı olacaktır.

A. “Kaybeden Öder” Modelini Açıklayan Teoriler

Literatürde, “Kaybeden Öder” modeli bakımından, basite irca edildiğinde, kategorik olarak başlıca üç teori veya gerekçeden bahsedilmektedir⁷⁹:

⁷⁷ Hukuki sebep mesnet kural itibarıyla belirlenebileceği gibi hukuki nitelik de kanımızca mesnet kuralın ihdas ve yürürlük sebebinden çıkarılabilir. Bununla kastettiğimiz kuralın ihdasında kanunkoyucunun dikkate aldığı ve zamanla değişebilecek olan korunan yararın kanunun yürürlüğü süresince bu kuralın mevzuatta muhafazası bakımından arkasındaki kamu iradesine ve daimi rızaya göre halen geçerli görülen güncel halidir. Bu hususta bkz. S. Ş. **Ansay**, Hukuk Bilimine Başlangıç, 7. Baskı, Ankara 1958, s. 99.

⁷⁸ HUMK dönemi ilgili literatürümüz hakkında bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 979, 980.

⁷⁹ Bkz. **Pfennigstorf**, p. 65-67 (Yazar, ABD Hukuku’nda Rowe’un genel kuralın istisnaları bakımından muhtemel gerekçeler olarak belirttiği saiklerin -biri [kamu yararı] dışında- Avrupa’da da kabul edildiğini söylüyor ve 1500 yıllık yetişkin bir kurum olarak nitelediği ve “Fee Shifting” veya “European Rules” terimleriyle ifade ettiği söz konusu model bakımından yukarıda belirttiğimiz teoriler üzerinde duruyor). Söz konusu teoriler: i) cezalandırma teorisi, ii) tazminat teorisi, iii) kötüniyetli ve gayriciddi iddia-talep ve savunmaların caydırılması, şeklinde de ifade edilmektedir; bkz. **Gotanda**, p. 5. A.B.D’deki genel kuralın (“Amerikan Rule”) istisnasını teşkil eden ve pek çok eyalet düzenlemelerinde yer alan tahmil kuralının gerekçeleri hakkında ayrıca bkz. T. D. **Rowe**, “The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview (‘Fee Shifting’)”, Duke Law Journal [1982], pp. 651-680, p. 653-666 (Yazar, belirtilen istisnai düzenlemeleri bakımından: i-fairness and indemnity/doğruluk ve telafi, ii-compensation for legal injury/hukuki zararın tazmini, iii-punitive fee shifting/cezalandırma, iv-private

i) Tazmin sorumluluğu, ii) Cezalandırma ve caydırma, iii) Pozitivist yaklaşım. Bir görüşe göre, kaybeden öder kuralının ihdasında, tarihsel olarak, mahkeme usullerinin haksız ve aşırı kullanımının cezalandırılması asli bir saik iken; daha sonra, tazmin sorumluluğu esasları yargılamanın tarafları arasındaki usuli ilişkiye aktarılmıştır⁸⁰. Sonraki bu yaklaşımın (tazmin sorumluluğu) milenyum öncesinden bu yana mukayeseli hukukta kabul gördüğü belirtilmektedir⁸¹. Bunun yanı sıra, bazı Kanunlar bakımından, sözkonusu modele ilişkin kuralın ihdasında, usul ekonomisi-işbirliği-davada iyiniyet gibi, adalet sistemine ilişkin objektif sebeplerin temini amacı da dikkate alınmıştır⁸².

Cezalandırma-caydırma teorisi, tarafların, ihmalden öte bir fütursuzlukla dermeyan ettiği surette redde mahkum bulunan bir iddia-talep veya savunmayla mahkemeye geldiği için, suçlanabilmesi temelinde masraf tahmilini hakettiğini kabul etmektedir⁸³. Neticeten, bu teori temelde tarafların yargılama öncesi davranışları üzerinde odaklanmaktadır. Bu açıdan, takibat başlatma kararı veya talebe direnme, dostane çözüm için işbirliği yapmama gibi uyumsuzluk taraflarına atfı kabil sübjektif konulardaki olumsuz tutumlar caydırılmak üzere cezalandırma sebebi olarak görülmüştür⁸⁴. Cezalandırma-caydırma teorisi hukuki sebebin kusursuz sorumluluğa dayalı olduğu davalar bakımından adil olup caydırma fikrinin de diğer bir meşrulaştırıcı gerekçe olarak kabul edilebileceği; ancak, iyiniyetli “masum” taraflar üzerindeki etkiler bakımından adilliğinin sorunlu olduğu; yönünde eleştirilmektedir⁸⁵.

attorney general theory/özel hukuk savcılığı-kamu yararı, v-affecting relative strengths of parties/tarafların güçlerinin dengelenmesi-yargılamanın kontrolü, vi-economic incentives generally/genel ekonomik saikler, şeklinde belirlediği altı gerekçeyi üç temel argüman [equity/hakkaniyet; litigant incentives/taf saikleri; externalities/dışsal Saikler] etrafında toplamaktadır [p. 652]).

⁸⁰ **Pfennigstorf**, p. 66; **Gotanda**, p. 5.

⁸¹ Bkz. **Gotanda**, p. 5, 6-fn. 16. İtalyan, Fransız ve Alman Kanunlarında bu yaklaşımın hakim olduğu yönünde bkz. **Pfennigstorf**, p. 67- fn. 179-181.

⁸² **Pfennigstorf**, p. 66.

⁸³ **Pfennigstorf**, p. 67; **Gotanda**, p. 5.

⁸⁴ **Endemann**, p. 505-506 (**Pfennigstorf**, p. 66, fn. 176’ dan naklen); **Gotanda**, p. 6-fn. 18, 19.

⁸⁵ Bkz. **Pfennigstorf**, p. 67.

Tazminat teorisine göre, mahkemelik olan taraflar hukuken hakkı olan bir surette ve karşı taraftan herhangi bir varlık değeri unsuru elde etmesinin veya buna karşı koymanın meşruiyeti dairesinde, hakkının tahakkuku için, herhangi bir masraf zararına uğramamalıdır⁸⁶. Bu teorinin, ona irca edilemeyecek olmakla birlikte düzeltici adalet kavramıyla ilişkilendirilmesi mümkündür. Nitekim, sözkonusu teori “tam değer” (“full value” - “net-of-cost”) terimiyle açıklanmaktadır. Bu açıdan, prosedür-süreç maliyeti nedeniyle, meşru görülemeyecek olan bir uyumsuzluk yüzünden mahkemeye başvurmaya zorlanan bir davacının noksansız elde etmeye yetkili olduğu hakkından azının eline geçmesine kayıtsız kalınmaması; haklı olmayan bir talep ileri süren bir kişiye karşı kendisini başarılı bir şekilde savunan bir davalının da herhangi bir finansal kayba uğratılmaması; düşüncesi hakimdir⁸⁷. Bu teori de, tarafların iynetlerine rağmen, haklılığı karşılıklı olarak ileri sürülebilir olan sınırdaki durumlar bakımından ikna edici gücünün zayıf olduğu; şeklinde eleştirilmiştir⁸⁸.

Pozitivist teori kategorisindeki gerekçeler bakımından ise, karşı tarafa masraf tahmininin, mahkemelere erişimin planlanmasının sonucu; yargılama taraflarının içinde yer aldıkları usuli ilişkiden doğan yükümlülük; işin mahiyetinin gereği veya usul sistemi ya da kökü asırlara dayanan uygulama icabı; olduğu, şeklindeki açıklamalarla yetinilmekte olup böyle olmasının tabii olduğu belirtilmektedir⁸⁹.

Yakın zaman önce yapılan bir araştırmanın bulguları, “kaybeden öder” modeli kapsamındaki genel tahmil kuralının pek çok hukuk sisteminde ilke bazında doğru görüldüğünü; masraf tutarı ile dava riski ve sonucun öngörülebilirliğine bağlı olarak etkinin büyüklüğü değişse de, sözkonusu kuralın yargılama öncesinde ve sırasında sulhü teşvik ettiği yönünde bazı delillerin mevcut olduğunu tesbit etmektedir⁹⁰.

⁸⁶ Gotanda, p. 6- fn. 17.

⁸⁷ Pfennigstorf, p. 66; Gotanda, p. 6.

⁸⁸ Bkz. Pfennigstorf, p. 67.

⁸⁹ Bkz. Pfennigstorf, p. 67, 68 (Yazar bu hususta Baumbach-Lauterbach, Klein ve Endeman’a atıfta bulunuyor; fn. 183-186).

⁹⁰ Bkz. Hodges/Vogenauer/Tulbacka, p. 39-para. 156.

B. Hukukumuzdaki Tahmil Kuralının İhdas ve Meriyet Sebebi

Hukukumuzda da kabul edildiğini belirttiğimiz tahmil / “kaybeden öder” kuralının benimsenmesinde, yukarıda kısaca açıklanmaya çalışılan “kaybeden öder” modeline ilişkin muhtemel gerekçe veya teorilerden acaba hangisi etkili olmuş olabilir? Bu açıdan Hukukumuzdaki genel kuralın ihdas ve meriyet sebebi incelenmek gerekir.

Aşağıda bu husus irdelenecek olup mukayeseli hukukta sözkonusu modeli gerekçelendiren sözkonusu görüşleri: i) tazmin teorisi, ii) yaptırım teorisi, iii) sistem icabı teorisi, şeklinde ifade edeceğiz.

1. Tazmin Teorisi Açısından İrdeleme

Doktrinde, POSTACIOĞLU yargılama masraflarının “kaybeden” tarafa tahmilinin, ‘kazanan tarafın mümkün mertebe munzam bir külfete katlanmadan hakkına kavuşmasını temin’ düşüncesiyle izah edilebileceğini belirtmiştir⁹¹. Bu fikir, HMK yargılama masrafı tahmiline ilişkin genel kuralın (m. 326) kanunlaştırma çalışmaları kapsamındaki komisyon müzakereleri sırasında, bu kanun tasarısı taslağını hazırlayan bilim komisyonu başkanı PEKCANITEZ tarafından ‘yargılama sonunda haksız çıkan tarafın diğer tarafın bu yargılama nedeniyle sarfettiği tüm masrafları ödemesi gerektiği’ şeklinde ifade edilmiş⁹²; yargılama masrafı meyanında avukatlık ücreti tahmiline ilişkin olarak sözkonusu yaklaşım yine aynı yazar ve bilim komisyonu üyesi ÖZEKES tarafından da (yargılama nedeniyle) verilen zararın tazmini sebebine isnad ettirilmiştir⁹³. Yargıtay da aşağıda irdeleneceğimiz eski tarihli bir İBK da karşı tarafa ücret tahmilinin haksız fiil hukuki sebebine dayalı olduğunu belirttikten sonra, nisbeten yeni tarihli emsal nitelikli bir HGK kararında karşı tarafa yargılama masrafı tahmilini, biraz farklı olarak, “diğer tarafın gider yapmasına haksız olarak sebebiyet verme”

⁹¹ İ. E. Postacioğlu, Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 1975, s. 672.

⁹² TBMM, HMKT, Adalet Komisyonu Müzakereleri, Tutanak Müdürlüğü, 11.02.2009 Tarihli Toplantı Kayıtları (s. 14.30, ss. 7/7), s. 5/7.

⁹³ TBMM Tutanak Müdürlüğü, Sıra Sayılı “HMKT” Adalet Komisyonu Müzakereleri, 11.02.2009 Tarihli Toplantı Kayıtları (s. 15.30, ss. 6/6), s. 1, 2/7.

saikiyle açıklamıştır⁹⁴. UMAR bu Yarg. İBK'nı da eleştirip burada istisnai bir kusursuz sorumluluk halinin kabul edildiğini ileri sürmüştür⁹⁵. KARSLI da, Hukukumuzda mesnet tahmil kuralını ihtiva eden Kanun gerekçesi doğrultusunda⁹⁶, tahminin yargılamada haklı çıkmanın tabii bir sonucu olduğunu belirtmektedir⁹⁷.

Belirtmek gerekir ki, genel kuralı destekleyen kurallar arasında sayılabilecek olan Av.K m. 169 madde başlığındaki ve HMK m. 332/2 hükmü düzenlemesindeki (HUMK dönemi itibarıyla m. 416 hükmündeki) "tahmil" kelimesi, Hukukumuzdaki masraf-ücret tahmiline ilişkin genel kuralın (HMK, m. 326) ihdas amacı bakımından, sebep olduğu avukatlık ücretinin karşı tarafa tazmin ettirilmesi yaklaşımının benimsenmiş olabileceğini düşündürmektedir.

Yargılama masrafları arasında yer bulan avukatlık ücretinin ortaya çıkması öncelikle o yargılamada yer alan tarafın kendisini bir avukatla temsil ettirmesine bağlıdır (HMK, m. 323/ğ). Bu açıdan, o, müvekkile verilen avukatlık hizmeti nedeniyle gündeme gelmekte⁹⁸ olup ortada bir avukatlık sözleşmesi mevcuttur. Avukatlık sözleşmesi ücretsiz de akdolanabilmekle birlikte bu istisnaidir. Sözkonusu sözleşme ilişkisinin kurulması bakımından asıl sebep mahkeme usulünü kullanmaya duyulan ihtiyaç olsa da, prosedüre bizzat müracaat halinde, tabiatıyla karşı tarafa avukatlık ücreti tahmili sözkonusu değildir. Buna göre, karşı tarafa avukatlık ücreti tahmili bakımından belirleyici olan şey tarafın bir avukatla o yargılamaya yönelik temsil ve savunma hizmeti verilmesini konu edinen avukatlık sözleşmesi akdetmiş

⁹⁴ Yarg. HGK, 18.11.2009, E.18-421, K.526 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay önceki tarihli bir HGK kararında da, "bir dava sırasında haksız davranışta bulunan her kimsenin haksız davranışlarının bütün sonuçlarından, bunları önceden bilmesi mümkün olsun veya olmasın, sorumlu tutulması(nın) hukukun genel kurallarından" olduğunu içtihat etmiştir; bkz. 01.05.2002, E.2002/4-277, K.2002/344 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

⁹⁵ B. Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 910.

⁹⁶ Bkz. HMKT, Madde (330) Gerekçesi (Budak, s. 294).

⁹⁷ Karşı, s. 743.

⁹⁸ Danıştay, 4.D, 27.02.2009, E.K. 2009/2465-1048 (İ. H. Duman, <<http://www.ilkerduman.av.tr/makaleoku.aspx?id=600&avukatıngünceli>> (ET:30.08.2014)).

olmasıdır. Tarafın adli yardım kurumu yoluyla temsil olunması halinde de üçüncü kişi yararına akdolunan avukatlık sözleşmesi mevcut olup⁹⁹ durum esasen farklı değildir. Başka bir ifadeyle karşı tarafa avukatlık ücreti tahmininin ön şartı ortada bir avukatlık sözleşmesi mevcudiyetidir. Dolayısıyla, karşı tarafa avukatlık ücreti tahmini bakımından altta yatan sebebin lehine karar verilen tarafın avukatlık masrafı sarfetmek zorunda bırakılması olduğu ileri sürülebilir. Buna göre, sözkonusu kuralın sebebi tazmin ettirme saikidir; fakat, burada, acaba hangi sorumluluk türü caridir?

Sözkonusu “zararın” yargılama sırasında cereyan etmesi karşısında, bunun taraflar arasında yargılama öncesindeki hukuki ilişkiye bağlanamayacağı belirgindir¹⁰⁰. Kaldı ki, bazı menfi tesbit davalarında olduğu gibi, taraflar arasında yargılama öncesinde herhangi bir maddi hukuk ilişkisi de bulunmayabilir. Yargılama ilişkisi usuli olup maddi hukuka ilişkin olmakla akit içi bir sorumluluk halinden de bahsedilemeyeceğine göre, burada ancak akit dışı bir sorumluluk ilişkisinin sözkonusu edilebileceği açıktır. Fakat, sözkonusu akitdışı sorumluluk ilişkisi bunun hangi nevine isnat ettirilebilir?

Belirtilen bakımdan, Yargıtay yukarıda belirtilen İBK’da sözkonusu tazmin gereğinin haksız fiil sorumluluğundan neşet ettiğini ileri sürmüştü¹⁰¹ de, bu tür sorumluluk bakımından özellikle ‘kusur’ ve ‘hukuka aykırılık’ unsurlarının (TBK, m. 49/I) tahakkuk etmesi zordur. Zira, davacı ve davalı olmak anayasal bir hak olup Anayasamızda herkesin meşru yollardan davalı ve davacı olabileceği tasrih olunmuştur (TCAY, m. 36). Dolayısıyla, mahkemede iddia/talep veya savunma dermeyanı kural olarak hukuka aykırılık arzemediği gibi; davayı kaybeden kişi kural olarak kusurlu sayılmaz¹⁰². Bu açıdan, Kanunda aleyhine karar verilenin iddia savunma hakkını suistimali hali zaten ayrıca düzenlenmiştir (HMK, m. 329, 327/2). Dolayısıyla, yargılamada aleyhine karar verilen tarafa yargılama masrafı meyanında avukatlık ücreti tahminini haksız fiil hukuki sebebine dayandırmaya imkan yoktur.

⁹⁹ Çelikoğlu, s. 89, dn. 282 ve s. 100, dn. 333.

¹⁰⁰ Krş. Yarg. İBK, 29.05.1957, E.1957/4, K.1957/16 (B. N. Kurdoğlu, Karşı Vekalet Ücreti İçtihadı Birleştirme Kararlarının İncelenmesi, Ankara 2013, s. 129).

¹⁰¹ Bu yönde bkz. Yarg. İBK, 13.04.1949, E. 1949/1, K.1949/6 (Kurdoğlu, s. 92-97).

¹⁰² Postacıoğlu, s. 662.

Esasen, Yargıtay'ın nisbeten yakın tarihli HGK kararının da, belirgin olmakla birlikte sözkonusu İBK paralelinde olmadığı belirtilebilir.

Sözkonusu akitdışı tazmin sorumluluğunun UMAR'ın ileri sürdüğü gibi kusur ve hukuka aykırılık şartı ihtiva etmeyen 'sebeplilik' olması muhtemeldir. Sorumluluk hukukunda, sebebiyet sorumluluğu illiyet bağının mevcudiyeti halinde hukuka uygun sayılan fiillerden sorumluluğu da kapsayacak şekilde geniş içeriğe sahip olan bir kusursuz sorumluluk kategorisidir¹⁰³. Ancak, sarfedenin mutlak nitelikli bir hakkı ihlal edilmiş veya zarar verme kasdıyla husule getirilmiş değilse, failin hukuka uygun bir müdahalesi sırasında fiile maruz kalanın masrafları yansıma zararı teşkil etmekte; dolaylı zarar kabilinden olan yansıma zararının ancak tazmin yükümü içeren açık bir kanuni dayanak mevcudiyeti halinde istenebileceği kabul edilmektedir¹⁰⁴. Bununla birlikte, kusursuz sorumluluğun sadece doğrudan zararlarla sınırlı olmayıp dolaylı zararları da kapsayacağı savunulmuştur¹⁰⁵.

Kusursuz sorumluluğun dayanaklarından birisi de hakkaniyet mülahasasıdır. Buna göre, bir zarara kusuru olmaksızın sebep olan kimse hakkaniyet gerektiriyorsa bu zararı tazmin etmesi veya paylaşması ondan beklenebilir¹⁰⁶. Yargılamada lehine karar verilen tarafın hakkına ulaşmak için sarfettiği masraflar nedeniyle ancak dava yoluyla elde edebildiği hakkına noksan gelmesine katlanmak zorunda kalması adil olmayacaktır. Aleyhine karar verilmesiyle sabit kabul edilmesi gerektiği üzere, madem ki haksız çıkmıştır; öyleyse, kararlarla teyid olunan hukuki ilişkideki haklılık durumu muvacehesinde malvarlığına yargılama masraflarıyla hanelerinden getirilmemelidir. Dolayısıyla, hakkaniyet mülahasası "kaybeden" tarafın "kazananın" sarfettiği yargılama masraflarını üstlenmesini gerektirir.

Diğer taraftan, karşı tarafa ücret ve sair masraf tahmininde tazmin görüşünün aleyhine bazı özellikler de mevcuttur. Yargılama masraflarına

¹⁰³ H. **Hatemi**, Söleşmedışı Sorumluluk Hukuku, İstanbul 1994, s. 71.

¹⁰⁴ **Hatemi**, s. 48.

¹⁰⁵ H. **Tandoğan**, Kusura Dayanmayan Söleşmedışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981, s. 16 (Yazar haksız ihiyati tedbir tazminatına ilişkin İİK m.259 hükmünü örnek göstermiştir).

¹⁰⁶ **Tandoğan**, s. 5.

mahkemece re'sen hükmolunması nedeniyle bu meblağ bakımından talep şartı aranmamakta olup sözkonusu avukatlık ücretinin de re'sen takdir olunması esası benimsenmiştir; öyle ki, hataen avukatlık ücretine hükmolunmayıp kararın bu şekliyle kesinleşmesi halinde ayrı dava ikamesiyle hüküm altına alınmasına da cevaz yoktur (HMK, m. 332/1)¹⁰⁷. Buna göre, tazminat sorumluluğu bakımından, yargılamada re'sen tahakkuk yönündeki kuralın tasarruf ilkesi gereklerine(HMK, m. 24) aykırılığı izaha muhtaç kalmaktadır.

2. Yaptırım Teorisi Açısından İrdeleme

HMK m. 327/1 hükmünde yargılamada dürüstlük kuralına aykırı usuli işlem tesisi halinde ihlalkar tarafın yargı harcı haricindeki yargılama masraflarına mahkum edilmesi kabul edilmiştir. Bu kuralının hukuki nitelikçe yaptırım olduğu belirtilebilir. Zira, kanunkoyucu, tarafın yargılama sırasındaki davranışları üzerinde durmakta olup burada doğru bir karar verilmesi için sağlanması gereken yargılama disiplininin korunması amacı güdülmektedir¹⁰⁸.

Aleyhine karar verilen tarafa yargılama masrafları meyanında avukatlık ücreti tahmininde ise, aleyhine karar verilmekle haksız olduğu varsayılabilir tarafın yargılama öncesi tutumu tahmil sebebidir. Aleyhine karar verildiğine göre, artık yargılamanın başında aldığı konumun kural olarak haksız olduğu varsayılmakta ve bundaki ısrarıyla yargılamaya ve dolayısıyla masrafa sebebiyet vermiş olduğu kabul edilmektedir¹⁰⁹. Dolayısıyla, o da sözkonusu haksız ısrarıyla hukuk sisteminin düzenine olumsuz etkide bulunmuş; haklı iddia/talep veya savunmaya haksız olarak karşı koyup diğer tarafın haklılığının tesbitini geciktirerek onun ve kamunun menfaatini haleldar etmiştir. Nitekim, ikame olunan haklı bir iddia/talebe karşı haksız olabilecek bir savunma dermeyanı bakımından, dava ikamesine sebebiyet vermemiş olarak yargılamanın ilk duruşmasında davalı tarafın bunda ısrar etmeyip

¹⁰⁷ Yarg. İBK, 29.05.1957, E.1957/4, K.1957/16 (Kurdoğlu, s. 129). Sözkonusu yaklaşım Roma Hukuku'nda da mevcuttur; bkz. Pfennigstorf, p. 42.

¹⁰⁸ M. Özkes, "Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Aleyhine Hükmedilecek Vekalet Ücreti", MİHDER, Y. 2005, S. 1, ss. 29-49, s. 33.

¹⁰⁹ Bkz. yukarıda, II. A. 2.

talebi kabul etmesi halinde, o, yargılama masrafı ödemeye mahkum edilme-yecektir (HMK, m. 312/2). Bu açıdan bakıldığında, aleyhine karar verilen tarafın sözkonusu davranışının bir hukuki yaptırım (medeni ceza) “hakket-tiği” düşünülebilir.

Hukukumuzda, ücret tahmiline benzer bir düzenleme olarak icra huku-kundaki yersiz takip ve “haksız” itiraz tazminatı müessesesi açısından hukuki niteliğin yaptırım olduğu belirgindir¹¹⁰. Burada, her ne kadar adında tazminat ibaresi geçmekte ise de, ilgili prosedürlerde aleyhine karar verilen tarafın karşısında yer alan alacaklı veya borçlunun yararına sözkonusu “tazminata” karar verilirken, herhangi bir zararın bahis konusu edilmediği (İİK, m. 67/II, 68/VII, 68a/VIII), dikkate alındığında, bu müessesenin hukuki niteliğinin yaptırım olduğu belirtilebilir. Tabiatıyla, bu müessese bakımından haklı çıkan tarafın avukatla temsil edilmiş olması şartı sözkonusu olmayıp yargılamanın neticesinde karşı tarafın aleyhine karar verilmiş olması yeterlidir. Bu müesseseye yer verilmesi bakımından, tarafların yersiz alacak takibi veya “haksız” borç inkarı halinde cezalandırılarak böylece başkalarının takip usullerinin kötü niyetli veya takibe karşı korunma usullerini “haksız” kullan-masının caydırılması suretiyle, geniş anlamda usul ekonomisi temini ve tarafların sulhe teşviki düşüncesi mevcuttur¹¹¹. Sözkonusu saikler yargıla-mada aleyhine karar verilen karşı tarafa masraf- ücret tahmili bakımından nisbeten de olsa sözkonusu edilebilir.

Belirtilen bakımdan, inceleme konusu tahmil kuralımızın haksız iddia-savunma dermeyanını önlemek ve böylece tarafların usulün “haksız” kulanı-mını caydırmak saikiyle medeni bir ceza olarak benimsenmiş olabileceği akla gelebilir. Bu açıdan, Av.K değişik m. 164/V hükmünde tahmilli ücretin lehine karar verilen tarafı temsil etmiş olan avukata ait olacağı belirtilmekle, tahmilli ücretin tarafın tazmin hakkına bağlı olmayabileceği de düşünüle-bilir. Bununla birlikte, Hukukumuzda tahmil kuralının uygulanmasında -bazı

¹¹⁰ İ. E. **Postacıoğlu**, “İcrada İnkaz Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilafli Noktalar”, Makaleler ve Karar İncelemeleri (Ed. A. Yeşilirmak), İstanbul 2011, ss. 471-488, s. 471, 472 (“İnkaz Tazminatı”); S. **Üstündağ**, İcra Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2004, s. 109.

¹¹¹ **Postacıoğlu**, “İnkaz Tazminatı”, s. 472; B. **Kuru/R. Arslan/E. Yılmaz**, İcra ve İflas Hukuku, 25. Baskı, Ankara 2011, s. 170.

“dava”lar dışında¹¹²- aleyhe karar verme sebebine göre bir ayırım yapılmaksızın, kural olarak aleyhe karar verilen her durumda lehine karar verilmiş olan taraf yararına karşı tarafa avukatlık ücreti tahmil olunmaktadır¹¹³. Medeni ceza/hukuki yaptırım tatbikinde yükümlülük niteliğindeki bir usuli kuralın ihlal edilmiş olması gerekir¹¹⁴. Tahmile maruz kalan tarafın davayı kaybetmesi hali maddi hukuk kuralı ihlaline veya en fazla külfet nitelikli bir usuli kural ihlaline işaret edebilir. Av.K (4667 Sy. K, m. 77) değişik m. 164 hükmü yasalasma sürecindeki teşrii metinlerde herhangi bir gerekçe açıklanmamakla tahmilli ücreti taraf-müvekkil malvarlığı unsuru arasında kabul eden önceki haline ilişkin ihdas sebebinin geçerli görülmesi muhtemel olduğu gibi, kanun metninde tahmilli ücretin müvekkilin malvarlığı unsuru olmaktan çıkarıldığını gösteren bir içerik yokluğu da dikkate alındığında, bunun bir usul kuralı olmadığı¹¹⁵ sonucuna ulaşılabilmektedir. Dolayısıyla, tahmil kuralının cezalandırma -caydırma gerekçesine dayandırılması da zordur.

3. “ Sistem İcabi” Teorisi Açısından İrdeleme

Karşı tarafa ücret tahmilini açıklayan teoriler arasında yukarıda belirttiğimiz pozitivist yaklaşım bakımından, kanunkoyucunun usul sistemi tercihinin sonucu olarak bu kuralın kabul edildiği; bunun sözkonusu modelin verimli işleyebilmesi için sistemin yapısal bir unsuru olarak tasarlanmış

¹¹² Örnekler ve emsal içtihatlar hakkında bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 853-855. Örneğin özellik arzeden ortaklığın giderilmesi “davası”nda yargılama konusu olan uyumsuz ortak malın aynı üzerinde değil ortaklığın sona erdirilmesi isteği hususundadır. Bununla birlikte, davacının ortaklığın sona erdirilmesi isteğini kabul etmeyip davaya sebebiyet vermesine rağmen -çift taraflı dava niteliğinde olduğu gerekçesiyle- davanın kabulü halinde, davacının yanısıra, yargılamada kendisini avukatla temsil ettirmiş olan davalı yararına da avukatlık ücretine hükmolunmaktadır; emsal Kararlar için bkz. Z. **Yılmaz**, Hukukta Yargılama Giderleriyle Harç ve Vekalet Ücreti, Ankara 2000, s. 203.

¹¹³ Alman ve Avusturya Medeni Usul Kanunlarında da [ösZPO, § 41(1); dZPO, § 91 (1)], aynı şekilde katı bir tahmil kuralı benimsenmiştir; bkz. **Pfennigsdorf**, p. 47.

¹¹⁴ Bkz. M. R. **Belgesay**, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 4. Baskı, İstanbul 1956, s. 151-153.

¹¹⁵ Bkz. HMKT, m. 334 Gerekçesi, para. 3 (**Budak**, s. 297). Bu hususa aşağıda (Başlık IV) tekrar dönülecektir.

olduğu; yönündeki açıklamalar itibarıyla sistem ve hal icabı şeklinde belirtebileceğimiz pozitivist teori açısından söylenebilecek fazla bir şey yoktur.

Roma Hukuku orijinli “Kaybeden Öder” modeli, onun devamı sayılan, Kıta Avrupası hukuk ve usul sisteminin yargılama ve avukatlık ücret masrafi dağıtım-denkleştirme çözümüdür¹¹⁶.

Hukukumuzda, hukuk düzeninin çağdaştırılması zımında Mecelle’den sonraki reformlar sırasında gerek maddi hukuk ve gerek de şekli hukuk itibarıyla Kıta Avrupası sistemi benimsenmiştir¹¹⁷. Bu meyanda, şekli hukukun temel kodifikasyonları kapsamında o sistemin taşıyıcı ülkelerinin ilgili kanunlarından iktibasen sözkonusu tahmil kuralları Hukukumuzda girmiş (HUMK, m. 423/I-6, 417/I; 3499 Sy. EAv.K, m. 131/I-1.c.)¹¹⁸; Önceki Hukukumuz’un etkilerinden de azade olmaksızın zaman içinde oluşan medeni usul muktesebatı çerçevesinde, sözkonusu genel kural muhafaza edilmiştir (1136 Sy.Av.K, m. 169; HMK, m. 323/ğ, h, 326/1).

Sistematik iktibas çerçevesinde, kuralın ihdas sebebi bakımından bilinçli bir tercihten bahsedilemez. Bu açıdan, sözkonusu kuralın başlangıçta usul sistemi icabı kabul edildiği ileri sürülebilir de; sonraki muhafazası bakımından, kuralın yürürlüğü itibarıyla, varsayılmak gereken milletin daimi rızasının altında yatan saikin pozitivist görüşle tam olarak açıklanamayacağı kabul etmek gerekir. Belirtilen bakımdan, sözkonusu tahmil kuralının, aşırı talep ve karşı talep veya savunma dermeyeranlarını önleyerek sistemin işlerliğinin teminini hedefleyen, yapısal unsur olarak kabul edilmiş olması da tali bir saik teşkil edebilir.

4. Hukukumuzdaki Tahmil Kuralının Kusursuz Sorumluluklu Tazmin Gereğiyle Kabul Edilmiş Olması

Yukarıdaki mülahaza ve açıklamalar göstermektedir ki; yargılamada aleyhine karar verilen tarafa yargılama masrafları meyanında avukatlık

¹¹⁶ Bkz. yukarıda II. A. 1. b.

¹¹⁷ Bkz. Çelikoğlu, s. 112 ve dn. 4’de belirtilen yazarlar; hukuk gelenekleri ve usul-yargılama sistemleri hakkında ayrıca bkz. age, s. 113-140.

¹¹⁸ TBMM, HMKT Adalet Komisyonu Müzakereleri (M. Özkes), TBMM Tutanak Müdürlüğü, 11.02.2009 Tarihli Toplantı Zabıtları (saat :15.30), ss. 6/6, s. 1/6.

ücreti tahmili, lehine karar verilenin avukat tutmak zorunda bırakılmış olmasından kaynaklanmaktadır. Buna göre, Hukukumuzdaki sözkonusu tahmil kuralı (HMK, m. 326), lehine karar verilen tarafın ona verilen avukatlık hizmeti edimine karşı ‘ücret ödeme borcunun ifasını kolaylaştırma’ ve hatta bu sebeple onun ‘malvarlığında meydana gelecek azalmayı telafi etme’ saikiyle kabul edilmiştir¹¹⁹.

Yargılama masrafları içinde aslanpayını teşkil eden avukatlık ücreti tahmili yoluyla aşırı talep veya savunma dermeyanlarını caydırarak tarafların erdemine katkıda bulunmanın yanısıra, hatta belki ondan ziyade, haklılığı zayıf ya da didişme temayüllü iddia-talep ve savunma sahibi tarafların sulhe teşvikiyle, kıt adli kaynakların onu daha fazla hakedecek olanlara teksifi de kanunkoyucunun gözettiği bir diğer amaç olabilir. Nitekim, mukayeseli hukukta, yargılamada tarafa masraf tahmiline ilişkin bir kuralın benimsenmesinde tek bir gerekçeye dayanılmasının şart olmadığı; sözkonusu tahmil kuralını destekleyen farklı saiklerin bir arada bulunabileceği ileri sürülmüştür¹²⁰. Belirtilen bakımdan, Hukukumuzda da, kanunkoyucunun karşı avukatlık ücreti tahmil kuralını hem bir tazmin sorumluluğunun yerine getirilmesi ve hem de tarafların “terbiyesi” veya mahkemeye erişim planlaması saikiyle ihdas ettiği de ileri sürülebilirdi. Fakat, bu yön daha ziyade kuralın sebebi değil ondan hasıl olacak yan bir çıktı olarak gözetilmiş gibidir.

Diğer taraftan, kanunda tahmil edilecek avukatlık ücretinin taraf ve avukatı arasında kararlaştırılan tutar üzerinden belirlenmeyip tarifedeki tutarla üzerinden sınırlandırılması ilk bakışta tazminat hukuki sebebine

¹¹⁹ Nitekim, bu husus Hukukumuzdaki ilk avukatlık kanunu olan 1876 tarihli “Dava Vekilleri Nizamnamesi”nde “dava sahibi(nin) davanın rüyeti için tayin etmiş olduğu vekilin tarife mucibince lazımgelen ücretini mahkumünaleyhten talebe hakkı olduğu”nu tasrih eden m.21 hükmüne yer verilmiş olmasından da anlaşılmaktadır; bkz. TBB, Türkiye’de Savunma Mesleğinin Gelişimi-Metinler İstanbul 1972, C. I, s. 7 (TBB, “Metinler”, C. I-II). Nizami mahkemeler döneminden itibaren ilk usul kanunumuz olan 1879 tarihli Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu yargılama masrafi düzenlemesi mevcudiyeti tesbit olunamamaktadır (Bkz. B. **Apaydın**, “1296/1879 Tarihli Usul-i Muhakeme-i Hukukiye Kanunu”, KHD, Y. 2005, S. 34-35, ss. 114-131). Bu tesbit doğru ise, HUMK meriyetine dek yargılama masrafları bakımından sözkonusu Nizamname düzenlemesi tatbik edilmiş olsa gerektir.

¹²⁰ Bkz. **Rowe**, “Fee Shifting”, p. 678.

aykırı görünebilirse de; öyle değildir. Zira, zarar gören kişi zararı artırmakla yükümlüdür (TBK, m. 52/I hükmüne kıyasen). Dolayısıyla, standart avukatlık hizmetinin temin edilebileceği bir ücreti aşan masrafın tazmini haklı görülemez. Avukatlık devlet garantili mesleklerdendir¹²¹. Bu açıdan, ruhsatlı herhangi bir avukatın standart hizmet verebileceğinin kabulü gerekir. Avukatlık asgari ücret tarifesi meslek düzeni ve hizmet kalitesinin muhafazası için kamusal olarak belirlenmektedir (Av.K, m. 168)¹²².

Neticeten, masraf zararının objektif olarak belirlenmesi ve hakime olağanüstü haller için bir takdir yetkisi de verilmiş olması (Av.K, m. 169) karşısında, sözkonusu durum diğer sorumluluk hallerinde de uygulanan tazminat esaslarına aykırı değildir.

Tazminat sorumluluğu saiki bakımından sözkonusu tahmil kuralının kusur sorumluluğuna dayanmadığı Kanunda bu halin ayrıca düzenlemiş olmasından çıkarsanabilir. Kaldı ki, usulden red halinde de öyle olduğu gibi¹²³, esastan verilen hükümler bakımından gerek fiili meseleye ilişkin ispat külfetinin yerine getirilmemiş olmasına istinaden red ya da kabul hallerinde - re'sen araştırmaya tabi olanlar da dahil olarak- ve gerek de hukuki meselenin kuşkulu olması nedeniyle red halinde, herhangi bir ayırım yapılmaksızın aleyhine karar verilen tarafa kural olarak avukatlık ücreti tahmil olunmaktadır¹²⁴. Gerek fiili mesele ve gerek hukuki mesele bakımından haklılığın baştan öngörülemeyeceği surette, tarafın kusursuzluğuna delalet edebilecek olan bu hallerde dahi kuralın tatbik edildiği¹²⁵ dikkate alındı-

¹²¹ **Sungurtekin Özkan**, s. 50, 219.

¹²² **Aday**, s. 16.

¹²³ Bu hale ilişkin istisnalar için bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 855-857.

¹²⁴ Re'sen araştırmaya tabi davalarda tahmili hakim takdirine bırakan kanunlar [ösZPO, § 45a(1);dZPO, § 93a] vardır; bkz. **Pfennigstorf**, p. 53-fn. 103; hukuki meselenin kuşkulu olması hali de Nordik (Kuzey Avrupa) ülkeler Kanunlarında tahmil kuralına istisna teşkil etmekte ve tarafların kendi masraflarına katlanmalarına karar verilmektedir; bkz. age, p. 50 dn. 75. Fransız, İtalyan ve bazı İsviçre kanton Kanunlarında hakime genel şekilde "iyi bir sebep" mevcudiyeti halinde tahmil kuralını uygulamama yetkisi verildiği yönünde ayrıca bkz. age. p. 48

¹²⁵ Yargıtay HUMK döneminde verdiği ve bugün de geçerli olduğunu belirtebileceğimiz emsal nitelikli bir kararında, esastan verilen kararlar bakımından tahmil kuralının uygulanmayacağı halleri tahdidi şekilde saymış olup yukarıda belirtilen haller kuralın

ğında, sözkonusu tazminin kusursuz sorumluluk türüne ilişkin olduğu belirgindir.

Belirtilen bakımdan, kural olarak kusursuz sorumluluk esasları hakkında da aranabilecek olan hukuku aykırılık unsurunun tahakkuk etmesi şartı mutlak değildir. Dolayısıyla, davacı veya davalı olmanın iddia-savunma hakkı gibi usuli-yargısal bir temel hakkın kullanılmasının gereği olması karşısında, ortada kanunen yasaklanmış bir fiilin husule getirilmiş olmaması ve tarafın iddia-talep veya savunma dermeyanının hukuka uygun bir müdahale teşkil etmesi burada bir engel teşkil etmeyecektir. Nitekim, Hukukumuzda, benzer bir hali tanımlayan haksız ihtiyati haciz tazminatı bakımından da kusursuz sorumluluk nevi caridir¹²⁶. Keza, burada, lehine karar verilmiş olan tarafın yükümlüsü olduğu yargılama masraflarının tazmini gereken zarar teşkil edip etmediği de bir handicap teşkil etmez. Zira, bu sorumluluk türünde, dolaylı zararlar meyanında yansıma zararlarının da tazminine cevaz verilmektedir¹²⁷. Diğer taraftan, yine bu sorumluluk türünde de aranan illiyet bağı bakımından ise, bunun karine olarak mevcut olduğunu kabul etmek mümkündür; zira, aleyhine karar verilen taraf, bizatihi yargılamanın başındaki konumundaki ısrarı nedeniyle lehine karar verilmiş tarafın masraflarına sebebiyet vermektedir; dolayısıyla, zarara uğrayan tarafın buna sebep olan yargılamanın cereyanı vakiasını ayrıca ortaya koyması gerekmez¹²⁸.

Şu halde, geriye tarafın tasarruf ilkesi hilafına re'sen tazmin edilmesine teorik bir gerekçe bulmak kalıyor; ki, bu da mevcut bir davada ortaya çıkan masraf zararına ilişkin kuvvetle muhtemel olan bir tazminat talebi bakımından sonraki yargılamaya kapıyı açık tutmamaya matufen, HMK, m. 332/1 hükmünü usul ekonomisi ilkesi lehine bir istisna olarak kabul etmek olabilir. Bu açıdan, kanunkoyucunun davaların tevalisini arzu etmemesinin sözkonusu istisna bakımından yeterli bir gerekçe teşkil ettiği belirtilebilir.

uygulanmasına mania teşkil etmediği tasrih edilmiş olmaktadır; bkz. Yarg. HGK, 28.01.2004, E.14-38, K.45 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹²⁶ **Tandoğan**, s. 16; **M. Özekes**, *İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz*, Ankara 1999, s. 395.

¹²⁷ **Hatemi**, s. 48; **Özekes**, "İhtiyati Haciz", s. 407.

¹²⁸ İlliyet bağı karinesi hakkında bkz. **Hatemi**, s. 49-54.

Neticeten, Hukukumuzda karşı avukatlık ücreti tahmininin kusursuz sorumluluk kabilinden bir tazmin sorumluluğuna dayandığı sonucuna ulaşmak mümkündür¹²⁹. Buna göre, karşı tarafa avukatlık ücreti tahmili taraf avukatlık ücretinden bağımsız olan ayrı bir kurum olmadığı gibi, müvekkil avukatlık ücreti ve karşı tarafa tahmil olunan avukatlık ücreti şeklinde bir ayırım da zaruri değildir.

IV. KARŞI TARAF AVUKATLIK ÜCRETİNİN TAZMİNAT NİTELİĞİNDEN DOĞAN BİR SONUÇ OLARAK TAHMİLİ TARAF YARARINA HÜKMOLUNMASI

Mahkeme usullerinin işlevi gereğince, yargılamada tesbit olunan veya tanıtırlan ya da tesis olunan maddi hukuka ilişkin hak ve yükümlülükler, ilgili tarafa bahşen veya tahmilen, hüküm fıkrasında gösterilir (HMK, m. 297/2 [HUMK, m. 388/II]). Kesin hüküm ondan beklenen faydayı böylece yerine getirebilecektir. Yukarıda ortaya koyduğumuz üzere, Hukukumuzda yargılama ve avukatlık ücret masrafının tazminat niteliğinde kabul edilmesinin tabii bir sonucu olarak tazmin hakkının masrafı sarfeden tarafa ait olduğu izahtan varestedir. Kanunkoyucu, lehine karar verilen tarafın sözkonusu tazmin hakkının, davaların tevalisini önlemeye matufen ve usul ekonomisini teminen, aynı yargılamada dikkate alınması esasını kabul etmiş; üstelik, tasarruf ilkesine bir istisna oluşturup, tarafın talepte bulunmuş olmasını da aramamıştır (HMK, m. 330, 332 [HUMK, m. 426]). Dolayısıyla, yukarıda tesbit ettiğimiz üzere, maddi hukuktan doğan yargılama ve avukatlık ücreti masraflarına ilişkin hak ve yükümlülükler de onlara sahip olan tarafa muzafen hüküm altına alınacaktır.

Hukukumuzda, Av.K m. 164/V hükmünün evvelce “...*aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti avukata aittir*” şeklindeki düzenlemeden “*aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça*” kısmının çıkarılmasını ve “*Bu ücret iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez*” cümlesinin eklenmesini mutazammın 02.05.2001 T. ve 4667 Sy. Kanunla böylece değiştirilmesi akabinde, karşı taraf avukatlık

¹²⁹ Alman İtalyan ve Fransız Kanunlarında da aleyhine karar verilen tarafa avukatlık ücreti tahmininde tazminat hukuki sebebinin kabul edildiği yönünde bkz. **Pfennigstorf**, p. 67.

ücretinin -sözkonusu değişik düzenleme uyarınca- lehine karar verilen tarafı yargılamada temsil edip savunmuş olan avukat adına ve yararına hükmolunması gerektiği ileri sürülmüş¹³⁰ olup bu görüş bir müddet uygulama da görmüştür. Yargıtay'ın Av.K değişik m. 164/V hükmünü avukat-müvekkil arasındaki iç ilişkiye yönelik bir düzenleme olduğunu tesbiten tahmilli ücretin vekil-avukat adına ve yararına hükmolunmasını mutazammın olmadığını kabul etmesine¹³¹ rağmen, sözkonusu görüş özellikle baro çevrelerinde yakın zaman öncesine dek savunulmaktaydı¹³².

Av.K'da sözkonusu düzenleme değişikliğinden sonra kodifike edilip yürürlüğe sokulan HMK m. 330 hükmünde karşı taraf avukatlık ücretinin taraf yararına hükmolunacağı tasrih olunmasıyla, bu hükmün Av.K m. 164/V hükmünü ilga ettiği¹³³ ileri sürülmüştür. Bununla birlikte, bu düzenlemenin avukat-müvekkil arasındaki ilişkiye yönelik olduğu vurgulanarak, yargılamada avukatlık ücreti tahmine Usul Kanunu gereğince taraf yararına hükmolunacağı; fakat, Av.K m. 164/V hükmü uyarınca da, lehine karar verilen tarafça tahsil edilecek avukatlık ücretinin -aksi kararlaştırılmış olmadıkça¹³⁴- vekil avukata verileceği¹³⁵; kabul edilmektedir.

¹³⁰ Bkz. AB Hukuk Kurultayı (2004), Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti Müzakereleri (H. **Burcuoğlu**), Ankara 2004, s. 509.

¹³¹ Yarg. HGK, 02.07.2003, T.5-453, K.481; CGK, 22.06.2004, E. 2004/1-117, K.2004/148; Yarg. HGK, 07.04.2004, E.2004/12-213, K. 2004/215; Yarg. 4 HD, 01.02.2005, E.2004/3256, K.2005/609; Yarg. 5 HD, 17.03.2005, E.K. 2005/2657-2817; Yarg. 8 HD, 10.03.2005, E. 2004/5196, K.2005/2425(Kazancı İçtihat Bilgi Bankası).

¹³² TBMM, HMKT Adalet Komisyonu Müzakereleri ([Müzakereci {A. İYİMAYA} sözkonusu düzenlemenin hükmün tarafa muzafen verileceği düzenlemesine istisna teşkil edebileceğini beyan etmiştir]; [Diğer bir müzakereci {Y. TUNÇ} da bakiye harcın ödemesinde Hazine lehine hüküm verilmesinin kuralın istisnası bakımından emsal teşkil ettiğini beyan etmiştir]), TBMM Tutanak Müdürlüğü, 11.02.2009 Tarihli Toplantı Zabıtı (saat: 15.00), ss. 8/8, s. 8. Teyiden ayrıca bkz. HMKT, m. 334 hükmüne ilişkin Adalet Komisyonu Notu.

¹³³ **Umar**, s. 919. Tereddütü davet ettiği yönünde bkz. **Karşlı**, s. 750.

¹³⁴ **Pekantez/Atalay/Özekes**, s.989; **Aydın**, s.345; **Sarisözen**, s. 98, 100, 110. HMK öncesi dönem itibarıyla aksi görüşte bkz. **Başpınar**, s. 514.

¹³⁵ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, "Usul", s. 708; **Sungurtekin Özkan**, s. 334; **Karşlı**, s. 750; Baro çevrelerinde halen aksinin kararlaştırılmayacağı da savunulmaktadır; bkz. S. **Güner**, Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti, Ankara 2014, s. 367.

Av.K m. 164/V hükmünde karşı taraf vekalet ücretinin avukata aidiyeti yönündeki düzenlemeyi Hukukumuzda yargılama masrafları meyanında avukatlık ücreti tahminine ilişkin genel kural (HMK, m. 326) doğrultusunda açıklamak zarureti vardır. Zira, sözkonusu Av.K hükmü Hukukumuzda karşı tarafa ücret-masraf tahmininin hukuki sebebini ve niteliğini değiştiren bir içeriğe sahip değildir. Bu düzenleme, sistematik yorum yöntemi gereğince¹³⁶, diğer kanunlarla birlikte ve kanunda bulunduğu kısım çerçevesinde anlamlandırılmalıdır¹³⁷. Sözkonusu hükmün, Av.K da avukat-müvekkil ilişkisini düzenleyen avukatlık sözleşmesine ilişkin hükümler arasında bulunması ve avukatlık sözleşmesinin kurucu unsuru olan avukatlık ücretinin kararlaştırılmasına ilişkin maddede yer alması dikkate alındığında, bu düzenlemenin yargılamada aleyhine karar verilen tarafın lehine karar verilen tarafa olan tazmin yükümlülüğüne ilişkin bir tahmil kuralı niteliğinde olmadığı belgindir¹³⁸.

Neticeten, Av.K m. 164/V hükmü yürürlüğe girdiği tarihte meri olan HUMK m. 426 hükmünü ilga etmiş olmadığı gibi, bilahire yürürlüğe giren HMK m. 330 hükmünün de Av.K m. 164/V hükmünü ilga etmesi sözkonusu değildir. Yine, yasalarsa Av.KTT m. 49/8 düzenlemesi de HMK m. 330 hükmünü ilga etmeyecektir¹³⁹.

¹³⁶ Sistematik yorum hakkında bkz. K. Gözler, Hukukun Genel Teorisine Giriş, Ankara 1998, s. 169-170.

¹³⁷ Bkz. E. Zitelman, Kanun Koyma Sanatı (Çev. S. Ş. Ansay), Ankara 1950, s.11; Gözler, s. 153, dn. 17 ve s. 169.

¹³⁸ Doktrin’de, bu özellik, sözkonusu hükmün avukat-müvekkil arasındaki iç ilişkiye ilişkin olduğu şeklinde, ifade edilmiştir; bkz. dn. 133 ve 134 de belirtilen yazarlar.

¹³⁹ Bu düzenlemenin tarihi gelişimi şöyledir: Başlangıçta, 3499 Sy. EAv.K döneminde vekil-müvekkil arasında avukatlık ücreti ‘karşı tarafa tahmil olunan ücret’ şeklindeki belirlemelerin “avukatlık ücret mukavelenamesinin muayyen bir meblağı ihtiva etmesi gerektiği”ne ilişkin kurala (EAv.K, m. 129) aykırılığı nedeniyle geçersiz olduğuna ilişkin içtihatları (Yarg. İBK, 23.05.1960, E.1960/11, K.1960/10 [Kurdoğlu, s. 140-145]) bertaraf etme saikinden yola çıkıldığı anlaşılmaktadır (Konya Milletvekili F. Özfakih ve 21 Arkadaşının Avukatlık Kanunu Teklifi [2/54 Sy.] Madde 169 Gereçesi: “Eski görüşe göre [ücret Sözleşmesindeki kararlaştırma itibarıyla] mahkeme ve icra dairelerince takdir olunacak ücretin avukata mı yoksa müvekkile mi aid olacağı hususunda ihtilaflar doğduğundan maddeye icra ve mahkemelerce karşı tarafa yükletilen ücretin [öyle kararlaştırıldığı] avukata aid olacağı esası kabul edilmiştir [TBB,

Kanunkoyucunun karşı tarafa tahmil olunan avukatlık ücretini lehine karar verilen tarafı hüküm anında temsil eden avukata hasretmesi pekala mümkündür. Bunun için, sözkonusu ücretin tazminat değil yaptırım niteliğinde olduğunun tasrih edilmesi ve lehine karar verilen tarafın avukatlık masraf zararı için ayrıca talepte bulunmasına ve gereğinde dava ikame edebilmesine mani olan içtihadı birleştirme kararlarını hükümden düşürecek bir içeriğin kanun metninde yer alması gerekir¹⁴⁰. Bu şekildeki bir düzenleme,

“Metinler”, C. II, s. 162]). Şöyleki, 1136 Sy. Av.K hazırlık çalışmaları kapsamında, sözkonusu Avukatlık Kanunu Teklifinin (2/54 Sy) “Başarıya göre ücretin kararlaştırılabilmesi” başlıklı m.169/II (“Mahkeme ve icra dairelerince hasım tarafa yükletilecek avukatlık ücretinin avukata ait olacağı şeklindeki bir şartın kabulü caiz olduğu gibi, ancak davanın müvekkil lehine neticelenmesi halinde avukatın ücret isteyebileceği hakkındaki şart da muteberdir” [TBB, “Metinler”, C. II, s. 217]) düzenleme önerisi 1136 Sy. Av.K’ya temel teşkil eden Hükümet Tasarısı’nın (23.01.1967 T. 71/64/372 Sy.) “Ücret sözleşmesinin kapsamı” başlıklı m. 164/IV hükmüne “Avukatla müvekkil arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça tarifeye müsteniden hasma tahmil olunacak avukatlık ücreti müvekkile aittir” şeklinde aksetmiştir. Bu öneri Hükümet Gerekçesi’nde : “Son fıkra, kaideten müvekkile aid olması gereken bir meblağ için bu kaidenin teyidinden başka, aksine yazılı sözleşmenin de caiz bulunduğuna işaret etmektedir” şeklinde izah edilmiştir (Hükümet gerekçesi, Onuncu Kısım [TBB, “Metinler”, C. II, s. 112]). Bununla birlikte, sözkonusu öneri “Avukatla iş sahibi arasında aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça tarifeye dayanarak karşı tarafa yüklenecek avukatlık ücreti avukata aittir” şeklinde yasalaşmıştır (TBB, “Metinler”, C. II, s. 405). Tasarıdaki önerinin niçin değiştirilerek kabul edildiği hakkında meclis komisyonu raporunda, redaksiyona tabi tutulduğunun belirtilmesi dışında, herhangi bir izah verilmemiştir (24.06.1967 T. ve 2 K. Sy. Millet Meclisi Geçici Komisyon Raporu, Onbirinci Kısım [TBB, “Metinler”, C. II, s. 266]). Belirttiğimiz bu düzenleme (Av.K m. 164/IV), son olarak 4667 Sy. K. m.77 hükmüyle ‘aksine yazılı sözleşme bulunmadıkça’ kısmı çıkarılıp takas - mahsup ve haczolunamayacağı havi 2.cümle eklenerek, araya giren fıkra ilavesiyle bugünkü halini (Av.K m. 164/V) almıştır. Değişiklik kanununa temel alınan Hükümet Tasarısı Gerekçesinde bu son değişiklik bakımından da bir açıklama yapılmamıştır (Bkz. TBMM, 21. Dönem, 413 Sıra Sayılı avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Teklifi ile Adalet Komisyonu Raporu, ss. 96/96 [Hükümetin Teklif Ettiği Metin, s.71/96; Tasarı Madde 52 Gerekçesi, s.7/96; Adalet Komisyonu Raporu {24.04.2000 T. ve 24 K.Sy}, s. 58/96]) <<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss413m.htm>> (ET.11.09.2014). Av.KTT’da da, mevcut hükmün aynen muhafazası önerilmektedir (m. 49/8).

¹⁴⁰ Krş. AB Hukuk Kurultayı (2004), Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti Müzakereleri (Müzakereci: H. Burcuoğlu), s. 509.

kanımızca, yargılama içi bir unsura ilişkin olmakla ve maddi hukuk ilişkisine sari olmamakla hükmün tarafa muzafen tesis olunması kuralına aykırı düşmez. Ancak, bunun kusursuz sorumlu “kaybeden”in hak arama maliyetini artırmak pahasına göze alınması herhalde kolay değildir. Bu açıdan, hukuk sistemi adına tahakkuk ettirilen bir yaptırım parasının avukata ödenmesinin niçin benimsenebileceği bakımından bulunabilecek sebeplerin, yargılama-daki yeri itibarıyla, avukatı hukuk sisteminin görevlisi haline getirebileceğinin de hesaba katılması gerekecektir¹⁴¹.

Diğer taraftan, Av.K m. 164/V hükmünün emredici olup olmadığı tartışmaları bakımından belirtmek gerekir ki, bu tartışma hükmün lafzi yorum temelinde anlamlandırılmasından kaynaklanmaktadır. Söz konusu Kanun hükmü esasen taraf ve avukat arasındaki avukatlık sözleşmesi çerçevesinde müvekkilin avukata olan ücret borcunun ifasını teminat altına almaya matuf bir düzenlemedir; dolayısıyla, bu hüküm tahmilli ücretin sözleşmeden bağımsız olarak her halukarda avukata verilmesini de gerektirmez¹⁴². Aksi, Av.K m. 164/V hükmünün tahmili ücreti adeta kanuni bir başarı primi niteliğinde şarta bağlı bir ücret unsuru şeklinde sözleşmeyle kararlaştırılan ücrete ilaveten avukata ödenmesi gereken ilave ücret olarak kabul ettiği anlamına gelir ki; böyle bir kabul hükmün ikinci cümlesinden çıkan anlama uygun değildir. Bu açıdan, sözkonusu düzenlemeyi münhasıran “avukata aittir” ibaresinin lafzi anlamıyla değil hükmün son cümlesiyle birlikte mantıki yorum çerçevesinde anlamlandırmak gerekir.

Belirtilen bakımdan, sözkonusu düzenlemenin son cümlesinde ‘tahmilli ücretin müvekkilin borcu nedeniyle haczolunamayacağı ve takasa konu edilemeyeceği’ nin tasrih olunması Av.K m. 164/V düzenlemesinin bir teminat hükmü olarak kabul edilmesi gerektiğini göstermektedir¹⁴³. Kanunkoyucu tahmilli avukatlık ücreti üzerinde bunun avukatın malvarlığına dahil

¹⁴¹ Avukatın yargılamadaki yeri ve rolü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Çelikoğlu, s. 37-65.

¹⁴² Benzer şekilde bkz. Kurdoğlu, s. 149.

¹⁴³ Bu husus Kanun Tasarı Gerekçesinde 165 ve 166. maddelerin avukatlık ücretini temin eden hükümler olduğu şeklinde belirtildiği gibi, Meclis Komisyon Raporunda açıkça bu hükümler ilişkilendirilmiştir; bkz. Avukatlık Kanunu Tasarısı (23.01.1967 T. ve 71/64/372 Sy.) Gerekçesi, Kısım 10 (TBB, “Metinler”, C. 2, s. 113); Geçici Komisyon Raporu (24.06.1967 T. ve 2 Sy.), m. 166 (TBB, “Metinler”, C. 2, s. 266).

edilmesi mesabesinde bir hak tanımak isteseydi, müvekkilin borcu için avukatın malvarlığına dahil bir değer haczi mümkün olmadığına göre, Kanunda onun haczolunamayacağına ve takasa konu edilemeyeceğine yer verilmemiş olması gerekirdi¹⁴⁴. Bu açıdan, burada, avukatlık ücreti alacağının tahsilini garanti etmek üzere, tarafın malvarlığına dahil olan bir değer üzerinde -adeta rehin hakkı tesis edercesine- avukat lehine bir haciz ve takas yasağı kuralı konulmuştur¹⁴⁵. Dolayısıyla, bu düzenlemeyle, sadece iç ilişki-deki avukatlık ücreti borcunun ifasını teminen, avukatın ortaya çıkmasına vesile olduğu bu müvekkil malvarlığı unsurundan tatmin edilmesi garanti edilmek istenmektedir. Söz konusu ihdas amacı Kanunun m. 166/III hükmüne bakıldığında belirginleşmektedir¹⁴⁶.

Neticeten, yargılamada lehine karar verilen tarafın yargılama ve avukatlık ücret masrafı onun nam ve hesabına kural olarak aleyhine karar verilen tarafa tahmil olunmaktadır; karşı tarafa tahmil olunan avukatlık ücretinin -adeta kanuni bir başarı primi olarak- sözleşmeyle kararlaştırılan avukatlık ücretine eklenmesi zımında müvekkilce tahsil olup avukata verilmesi ya da avukatça vekaleten tahsil olunduktan sonra alıkonulması söz konusu değildir. Kanun sadece avukatın sözleşmede kararlaştırılan ücretini teminen tahmilli ücretin onun istifadesine “tahsis” edilmesini mutazam-

¹⁴⁴ **Aydın**, s. 361; Yarg. CGK, 22.06.2004, E.2004/1-117, K.2004/148 ve 14.06.2005, E.2005/1-66, K.2005/65 (Kazancı İçtihat Bilgi Bankası); **Sarısozen**, s. 102.

¹⁴⁵ **Aydın**, s. 361.

¹⁴⁶ Lehine karar verilen taraf tahmilli ücreti bizzat veya başka bir avukat marifetiyle tahsil etmek üzere davayı kaybeden taraf aleyhine ilamlı takip başlattığında, tarafı yargılamada temsil etmiş olan ve ilamda adı geçen avukatın, Av.K m. 166/III hükmüne istinaden, bu takipten icra memuru marifetiyle haberdar edilmesi ve bu husustaki bildirim tebliğ edilmedikçe takibin ilerletilmemesi gerekmektedir. Buna göre, burada, vekil avukatın müvekkilin tahmilli ücretin tahsiline ilişkin kanuni takiplerden haberdar edilmesi şeklinde tahaddüs eden bir usuli hak tanındığı belirtilebilir. Vekil avukat, kendisine yapılan söz konusu formal bildirim üzerine, müvekkil ücret borcunu ifa etmiş değilse, avukatlık sözleşmesinden doğan alacak haklarını almak için bu meblağdan tatmin edilmek üzere harekete geçebilecektir. Vekilin müvekkilin takip dosyasındaki alacak hakkına ihtiyati haciz tatbik ettirebileceği şeklinde bkz. B. **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, Ankara 1984, s. 3725; **Sungurtekin Özkan**, s. 335. Esasen, söz konusu düzenlemenin revizyonuyla vekil avukata tahmilli ücret üzerinde kanuni rehin hakkı şeklinde bir maddi hak tanınması mümkündür.

mındır. Aksi bir yorum Kanunkoyucunun tarafların irade özerkliğine müdahale ettiği anlamına gelir ki, bu da, böyle bir müdahaleyi haklı gösterecek sebep yokluğunda, Anayasa'ya (m. 48/I) aykırılık teşkil edecek olmakla¹⁴⁷, kanunların Anayasa'ya uygun olarak yorumlanması ilkesine uygun düşmeyeceğinden kabul edilemez.

SONUÇ

Özellikle fiili mesele bakımından ispat zafiyeti bulunan ve hukuki meselenin vazıh olmadığı hallerde davalıklar için her zaman kolayca göze alınamayabilecek nahoş bir risk olarak, yargılamada -iddia-savunma hakkı hilafına- aleyhine karar verilen tarafa tahmil olunan avukatlık ücretinin niteliği hakkında, bu incelemede ulaştığımız ve bazı çıkarımlarla birlikte metin içinde belirttiğimiz sonuçlar aşağıdaki şekilde özetlenebilir.

Karşı tarafa yargılama ve avukatlık ücreti tahmili bakımından Hukukumuzda kabul edilen genel kural (HMK, m. 326) kusursuz sorumluluğa dayalı bir masraf tazmin yükümlülüğü öngörmektedir. Diğer yargılama masraflarına nazaran, avukatlık ücreti bakımından burada tam bir tazmin esası benimsenmiş olmayıp kazanan tarafın avukatına ödediği ücretin oluşturduğu masraf formal olarak sınırlandırılmıştır (Av.K, m. 169). Söz konusu sınırlama, borç doğuran diğer sebepler ve bu meyanda kusursuz sorumluluk hallerine de şamil olan haksız olarak masrafa sokulmanın zararı artırmama yükümlülüğüne (TBK, m. 52/I) ilişkin maddi hukuk kuralıyla da uyumludur.

Neticeten, karşı tarafa tahmil olunan avukatlık ücreti hukuki nitelikçe tazminattır. Bu açıdan, yargılamada aleyhine karar verilen tarafa avukatlık ücreti tahmili yerine, “avukatlık ücret masrafı” tahmilinden söz etmek daha doğrudur. Buna bağlanabilecek hukuki sonuçlar meyanında, karşı taraf avukatlık ücretine ancak taraf yararına hükmolunabilir. Söz konusu hukuki niteliğin dolaylı bir sonucu olarak, müvekkil avukatlık ücreti – karşı tarafa

¹⁴⁷ AYM nisbeten eski bir kararında, AY m. 2, 5 ve 36 hükümlerine aykırılık iddiası yönünden yapılan inceleme neticesinde, avukatlık ücreti kararlaştırılırken söz konusu “kanuni başarı prim”inin gözönünde tutulmasını engellemediği gerekçesiyle, bu düzenlemeyi Anayasaya aykırı bulmamıştır; AYM, 03.03.2004, E.2004/8, K.2004/28 (RG: 26.02.2005/25739).

tahmil olunan avukatlık ücreti ayrımı ancak pedagojik bir öneme sahip olabilir.

Hukukumuzda yakın zaman öncesine dek karşı tarafa ücret tahminine ilişkin genel kuralla irtibatlandırılan Av.K m. 164/V hükmü Doktrinde ve Yargıtay içtihatlarında benimsendiği üzere avukat-müvekkil ilişkisine ilişkin bir maddi hukuk normudur. Bununla birlikte, kabul edilenin aksine, öyle ihdas olunmak istenmiş olabilirse de, karşı tarafa tahmil olunan avukatlık ücreti masrafının lehine karar verilen taraf avukatına “kanuni bir başarı primi” olarak ödenmesini mutazammın değildir. Bu açıdan, pek de başarılı formüle edilememiş olan sözkonusu hükmün bir “teminat” düzenlemesi mahiyetinde olduğunu ve bu şekilde bir yürürlük sebebine sahip olabileceğini kabul etmek gerekir. Bu açıdan, kanımızca, müvekkil lehine tahmil olunan karşı taraf avukatlık ücreti üzerinde, lehine karar verilen tarafı hüküm anında temsil eden avukatın sözleşmeyle kararlaştırılan ücret alacağını teminen onun lehine bir kanuni rehin hakkı tanınması mümkündür; bunun için hükmün son cümlesi de mevcut metinden çıkarılmalıdır.

Baro çevrelerince dile getirilen, yargılamada karşı taraf avukatlık ücretinin avukat adına hükmolunması yönünde bir değişiklik, adalete erişim ve avukatın yargılamadaki yeri bakımından problemlili olup mukayeseli hukuktaki seyre de uygun düşmeyen marjinal bir çözüm olacaktır.

Kaynakça*

- Aday**, Nejat; Avukatlık Hukukunun Esasları, 2. Baskı, İstanbul 1997.
- Ansay**, Sabri Şakir; Hukuk Bilimine Başlangıç, 7. Baskı, Ankara 1958.
- Aydın**, Murat; Avukatlık Ücreti, 5. Baskı, Ankara 2010.
- Başpınar**, Veysel; “Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti”, Ankara Barosu Hukuk Kurultayı (2004), Ankara 2004, ss. 463-478.
- Belgesay**, Mustafa Reşit; Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 4. Baskı, İstanbul 1956.
- Berkin**, M. Necmeddin; Tatbikatçılara Medeni usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1980.
- Bruns**, Alexander; “Third- Party Financing of Litigation:Civil Justice Friend or Foe?”, George Mason University Law&Economics Center Working Paper (December 2012), pp. 29/29, <<http://www.masonlee.org/site/files/2011/07/Paper-Third-Partyfinancing-Bruns.pdf>> (ET:30.08.2014).
- Budak**, Ali Cem; Karşılaştırmalı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı, 2. Baskı, İstanbul 2009.
- Burcuoğlu**, Haluk; “Avukatlık Sözleşmesi ve Avukatlık Ücreti ile İlgili Önemli Bazı Sorunlar”, TBBD, Y. 2003, S. 49, ss. 49-82.
- Cahill**, BL Nessa; “Comparative Research Paper on Legal Costs”, The Ireland Working Group of Legal Cost, Research Paper, February 2005, pp. 73/73 <http://www.justice.ie/en/JELR/Pages/Research_papers_on_legal_costs> (ET: 30.08.2014).
- Çelikoğlu**, Cengiz Topel; Medeni Usul Hukukunda Avukatın Delil Toplaması, 3. Baskı, Ankara 2014.
- Devellioğlu**, Ferit; Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat (Ed. A. S. Güneyçal/M. Çiçekler), 26. Baskı, Ankara 2010.

* İncelemede doğrudan yararlanılmayıp bakılması tavsiye edilen yayınların künyesi metin içinde belirtilmiş olup Kaynakça’da bunlara yer verilmemiştir. Mevzuat kaynakları bakımından da alındıkları yer metin içinde (tekrar edenler bakımından ilk atıfta) belirtilmekle yetinilmiştir.

- Gotanda**, John Yukio; “Awarding Costs and Attorneys’ Fees in International Commercial Arbitrations”, *Michigan Journal of International Law* (1999), Vol. 21, pp. 1-50.
- Gözler**, Kemal; *Hukukun Genel Teorisine Giriş*, Ankara 1998.
- Günergök**, Özcan; *Avukatlık Sözleşmesi*, 3. Baskı, Ankara 2014.
- Hatemi**, Hüseyin; *Sözleşmedışı Sorumluluk Hukuku*, İstanbul 1994.
- Hodges**, Christopher/**Vogenauer**, Stefan/**Tulibacka**, Magdalena; “Cost and Funding of Civil Litigation : A Comparative Study (December 2005), *Oxford Legal Studies Research*, Paper No. 55-2009, pp. 119/119, <http://www.ssrn.com/abstract=1511714> (ET: 30.08.2014).
- Karşlı**, Abdurrahim; *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. Baskı, İstanbul 2013.
- Kurdoğlu**, Bülent Nuri; *Karşı Vekalet Ücreti*, Ankara-İçtihadı Birleştirme Kararlarının İncelenmesi, Ankara 2013.
- Kuru**, Baki; *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. IV, Ankara 1984.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; *İcra ve İflas Hukuku*, 25. Baskı, Ankara 2011.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; *Medeni Usul Hukuku*, 24. Baskı, Ankara 2013, (“Usul”).
- Leubsdorf**, John; “Towards a History of the Ameican Rule on Attorney Fee Recovery”, *Law and Contemporary Problems* (Winter 1984), Vol. 47:1, pp. 9-36.
- Maurer**, Virginia G./**Thomas**, Robert E./**Debooth**, Pamela A.; “Attorney Fee Arrangements: The US and Western Perspectives”, *Northwestern Journal of International Law&Business* (Winter 1999), Vol. 19:2, pp. 273-329.
- Maxeiner**, James R.; “The American ‘Rule’: Assuring the Lion His Share”, <http://ssrn.com/abstract=18066042> (ET:30.08.2014)
- Müderrişoğlu**, Feridun; *Avukatlıkta Vekalet ve Ücret Sözleşmesi*, Ankara 1974.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet; *Medeni Usul Hukuku*, 14. Baskı, Ankara 2013.

- Özbek**, Mustafa Serdar; Hukuk Yargılama Usulünde Gider Avansı, Ankara 2013.
- Özekes**, Muhammet; “Yargılamada Dürüstlük Kuralına Aykırı Davranan Taraf Aleyhine Hükmedilecek Vekalet Ücreti”, MİHDER, Y. 2005, S. 1, ss. 29-49.
- Özekes**, Muhammet; İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, (“İhtiyati Haciz”).
- Pfennigstorf**, Werner; “The European Experience With Attorney Fee Shifting”, Law and Contemporary Problems [Winter 1984], Vol. 47:1, pp. 37-124.
- Postacıoğlu**, İlhan E.; Medeni Usul Hukuku, 6. Baskı, İstanbul 1975.
- Postacıoğlu**, İlhan E.; “İcrada İnkâr Tazminatı Üzerine Düşünceler ve Bazı İhtilafli Noktalar”, Makaleler ve Karar İncelemeleri (Ed. A. Yeşilirmak), İstanbul 2011, ss. 471-488, (“İnkâr Tazminatı”).
- Reimann**, Mathias (Ed.); Cost and Fee Allocation in Civil Procedure- A Comparative Study, Springer, Heidelberg 2012.
- Rowe**, Thomas D.; “The Legal Theory of Attorney Fee Shifting: A Critical Overview”, Duke Law Journal, Vol. 1982, pp .651-680, (“Fee Shifting”).
- Rowe**, Thomas D.; “Predicting the Effects of Attorney Fee Shifting”, Law and Contemporary Problems [Winter 1984], Vol. 47:1, pp. 139-171, (“Effects of Fee Shifting”).
- Sarısözen**, Murat Serhat; “Müvekkille Kararlaştırılan Vekalet Ücreti ve Dava Gideri Olarak Karşı Tarafa Hükmedilen Vekalet Ücretinin Emrediciliği Sorunu”, FÜHFD, Y. 2013, C. I, S. 1, ss. 91-111.
- Shepherd**, George B.; “The Impacts of the European Rule for Fee Shifting on Litigation Behavior”, Balancing of Interests: Liber Amicorum Peter Hay Zum 70.Geburtstag (Ed. H-E. Rasmussen-Bonne/R. Freer/W.Luke/W. Weitnauer), Verlag Recht und Wirtschaft GmbH, 2005, pp. 381-387 (<http://www.ssrn.com/abstract=871248>).
- Sungurtekin Özkan**, Meral; Avukatlık Mesleği-Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 4. Baskı, İzmir 2013.

- Tandoğan**, Haluk; Kusura Dayanmayan Sözleşmedışı Sorumluluk Hukuku, Ankara 1981.
- Umar**, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.
- Üstündağ**, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000, (“Usul”).
- Üstündağ**, Saim; İcra Hukukunun Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2004 (“İcra”).
- Vargo**, John F.; “The American Rule on Attorney Fee Allocation: The Injured Person’s Access to Justice”, The American University Law Review (1993), Vol. 42, pp. 1567-1636.
- Yılmaz**, Ejder; “Yargılama Giderlerinin İşlevi ve Sosyal Hukuk Devleti”, ABD, Y. 1984, S. 2, ss. 200-224, s. 208.
- Zitelman**, E.; Kanun Koyma Sanatı (Çev. S. Ş. Ansay), Ankara 1950.

Kurumsal Kaynaklar

- AB: Hukuk Kurultayı 2004, “Avukatlık Sözleşmesi ve Ücreti Panel Müzakereleri”, Ankara 2004, ss. 509-520.
- ADALET BAKANLIĞI: Avukatlık Kanun Tasarısı Taslağı, Kanunlar Genel Müdürlüğü, Görüşe Gönderilen Tasarılar (2014).
- TBB: Türkiye’de Savunma Mesleğinin Gelişimi- Metinler, C. 1-2, İstanbul 1972.
- TBMM: 21. Dönem, 413 Sıra Sayılı Avukatlık Kanununda Değişiklik Yapılması Hakkında Dair Kanun Tasarısı ve Kanun Teklifi Metinleri ve Gerekçeleri ile Adalet Komisyon Raporu.
- TBMM: HMKT Adalet Komisyonu Müzakereleri, Tutanak Müdürlüğü, 11.02.2009 T. ve 15.00, 15.30 Saatli Toplantı Tutanakları.

Kısaltmalar

| | |
|---------------|--|
| AAÜT | : Avukatlık Asgari Ücret Tarifesi |
| AB | : Ankara Barosu |
| ABD | : Ankara Barosu Dergisi |
| A.B.D | : Amerika Birleşik Devletleri |
| age | : Adı geçen eser |
| agy | : Adı geçen yayın |
| Art. | : Article (madde) |
| Av.K | : 1136 Sy. Avukatlık Kanunu |
| Av.KTT | : Avukatlık Kanunu Tasarısı Taslağı |
| bkz. | : Bakınız |
| C. | : Cilt |
| c. | : Cümle |
| CGK | : Ceza Genel Kurulu |
| CCP | : Code de Civil Procedure (Fransız Medeni Usul Kanunu) |
| Dn. | : Dipnot |
| dZPO | : Deutschland Zivil Prozess Ordnung (Alman Medeni Usul Kanunu) |
| E. | : Esas |
| Ed. | : Editor (hazırlayan) |
| ET | : Erişim tarihi |
| fık. | : Fıkra |
| Fn. | : Footnot (Dipnot) |
| FÜHFD | : Fatih Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| HK | : 213 Sayılı Harçlar Kanunu |
| HD | : Hukuk Dairesi |
| HGK | : Hukuk Genel Kurulu |
| HMK | : 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu |

| | |
|---------------|---|
| HMKT | : Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı |
| HUMK | : Mülga 1086 Sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu |
| İBK | : İçtihadları Birleştirme Kararı |
| K. | : Karar |
| KHD | : Kazancı Hukuk Dergisi |
| m. | : Madde |
| MİHDER | : Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi |
| ösZPO | : Österreich Zivil Prozess Ordnung (Avusturya Medeni Usul Kanunu) |
| p. | : Page (sahife) |
| Para. | : Paragraf |
| pp. | : Page to page (sahifeden sahifeye) |
| s. | : Sahife |
| ss. | : Sahifeden sahifeye |
| S. | : Sayı |
| Sy | : Sayılı |
| sZPO | : Switzerland Zivil Proses Ordnung (İsviçre Medeni Usul Kanunu) |
| TBB | : Türkiye Barolar Birliği |
| TBBD | : Türkiye Barolar Birliği Dergisi |
| TBK | : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu |
| TBMM | : Türkiye Büyük Millet Meclisi |
| TCAY | : Türkiye Cumhuriyeti Anayasası |
| RG | : Resmi Gazete |
| Vol. | : Volume (Cilt) |
| Y. | : Yıl |
| Yarg. | : Yargıtay |

^HYETKİ ŞARTLARININ GENEL İŞLEM KOŞULU DENETİMİ

Yrd. Doç. Dr. Evrim ERİŞİR^{,**}*

GİRİŞ

Günümüzde yetki sözleşmeleri, genel işlem koşullarının vazgeçilmez bir parçası hâline gelmiştir. Hemen hemen her standart sözleşmede yetki şartları yer almakta, genel işlem koşulu kullanan¹, usûlî avantajlar elde etmek maksadıyla kesin olmayan yetki kurallarından saparak karşı tarafı kanunen tâbi olduğu yerdeki mahkemeden uzaklaştırmaktadır.

Genel işlem koşulu denetimi ilk kez 2003 yılında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a eklenen 6. madde ve Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik sayesinde haksız şart denetimi ile açık bir düzenlemeye kavuşturulmuştur. Ardından yetkili mahkemenin genel işlem koşulları içinde kullanan tarafından tek yanlı olarak belirlenmesinin yarattığı olumsuz sonuçlara Hukuk Muhakemeleri Kanunu önlem almak istemiş, yalnız tacir ve kamu tüzel kişilerinin yetki sözleşmesi akdedebilmelerine izin vermiştir. Nihayet Türk Borçlar Kanunu'nda genel işlem koşulu denetimi, maddî hukuk sözleşmesi-usûl sözleşmesi ayrımı yapılmaksızın tüm sözleşmelere teşmil edilmiştir.

Çalışmamızda tacir-tüketici yetki şartlarının haksız şart denetimi ile tacir-tacir yetki şartlarının genel işlem koşulu denetimi, tüketicilerin yetki sözleşmesi akdetmesine izin verilmeyişi nedeniyle tacir-tacir yetki şartlarının

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

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

** Konuyu kendisi ile tartışma imkânına sahip olduğum; fikir, değerlendirme ve eleştirilerinden istifade ettiğim Değerli Hocam Prof. Dr. Yeşim M. Atamer'e teşekkür ediyorum.

¹ Çalışma boyunca "kullanan" "genel işlem koşulu kullanan", "karşı taraf" ise onun karşı âkidi anlamında kullanılacaktır.

denetimine ağırlık verilmek suretiyle ayrı ayrı ele alınacaktır. Milletlerarası yetki sözleşmeleri, konunun farklı dinamiklerinin olması itibariyle çalışmanın kapsamı dışında bırakılmıştır.

Tacir-tacir yetki şartlarının genel işlem koşulu denetiminden önce yetki şartının hangi unsurlara sahip olması hâlinde genel işlem koşulu niteliğine bürüneceği, bu unsurların ispatına ilişkin meseleler ile birlikte değerlendirilecektir. Sonrasında, Türk Borçlar Kanunu m. 20 vd. ekseninde yetki şartının yürürlük, yorum ve içerik denetiminin ne şekilde yapılacağı genel işlem koşullarının en etkin denetim aracı olan içerik denetimine ağırlık verilerek ayrı ayrı incelenecektir. İçerik denetiminde, yetki sözleşmesinin tarafları arasındaki menfaat dengesinin bozulup bozulmadığı, içeriğinde yoğun bir adalet içeriği bulunan kesin olmayan yetki kuralları orijin alınarak yetki şartlarının muhtelif içeriğine ve etkilerine göre ihtimaller dâhilinde tartışılacak; eşit oldukları varsayılan tacirlerin genel işlem koşulu denetimine ihtiyaçlarının bulunup bulunmadığı üzerinde ayrıca durulacaktır.

Yürürlük ve içerik denetiminin genel işlem koşulu kullanan aleyhine sonuçlanması hâlinde gündeme gelen yazılmamış sayılma ve hükümsüzlük yaptırımlarının dava içerisinde ileri sürülmesi ve hâkim tarafından incelenmesinde, Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşulu denetiminin tüm sözleşmelerde resen yapılması çağrısına, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yetki sözleşmelerini oturttuğu "*münhasırlık*" "*tacir olmayanlara yasaklama*" ve "*ilk itiraz üzerine denetim*" üç sütunu ile karşılık verip vermediği, maddî hukuk ile medenî usûl hukukunun deyim yerindeyse yollarının ayrılıp ayrılmadığı, olan hukuk çerçevesinde değerlendirilecek, olması gereken hukuk bakımından ise İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu, Alman Medenî Usûl Kanunu ve ATAD içtihatları içtihatları çerçevesinde de legeferenda önerilerde bulunulacaktır.

Çalışmamız, 1 Temmuz 2012 tarihinden önceki akdedilen yetki şartlarının bu tarihten sonra açılan davalarda denetime tâbi olup olmadığının incelenmesi ile sona erecektir.

A. Tacir-Tüketici Yetki Şartlarının Haksız Şart Denetimi

Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, Önceki Kanun'da olduğu gibi (m. 6) tüketici işlemlerinde haksız şart denetimini sözleşme

hükümünün maddî hukuka veya usûl hukukuna ilişkin olması arasında ayırım yapmaksızın hükme bağlamıştır (m. 5). Kanun, sınırlayıcı olmamak üzere haksız şart olduğu kabul edilen sözleşme şartlarının belirlenmesinde Bakanlık yönetmelik çıkarmaya yetkilendirmiş (m. 5/9), haksız şartların, sözleşme metinlerinden çıkarılması veya kullanılmasının önlenmesi için gerekli tedbirleri almakla yükümlü kılmıştır (m. 5/8).

Hükümün Hükümet Gerekçesinde 5 Nisan 1993 tarihinde kabul edilmiş olan “Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Kötüye Kullanılabilir Kayıtlara İlişkin Avrupa Birliği Yönergesinin” (93/13/AET) ekinde yer alan haksız şartlar listesinin Yönetmelik’te de yer alacağı ifade edilmiştir. Nitekim 2003 tarihli Önceki Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik bu Yönerge’den tercüme edilerek hazırlanmıştır².

17 Haziran 2014 tarihinde yürürlüğe giren Yeni Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ekinde, Önceki Yönetmelik takip edilerek tüketicinin “mahkemeye gitme imkânını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar” doğrudan haksız şart olarak nitelendirilmek suretiyle (Ek 1/1n) taraflar arasındaki hak ve yükümlülüklerde dürüstlük kuralına aykırı düşecek bir dengesizliğin olduğu peşinen kabul edilmiştir. Yetki şartı, tüketicinin mahkemeye gitme imkânını ortadan kaldırmamakta, ancak kendi yerleşim yeri veya işlemin yapıldığı yer dışında, bilhassa satıcı veya sağlayıcının yerleşim yeri mahkemesine başvurmayı zorunlu kılması itibariyle mahkemeye gitme imkânını zorlaştırmakta³, dolayısıyla sınırlandırmaktadır⁴.

² Yönetmelik’in kabul edilmesinden önceki dönemde konunun Avrupa Birliği’ndeki gelişimi için bkz. **Budak**, GİŞ, s. 771-773.

³ **Umar**, s. 68. “22. Sözleşmeden doğan tüm hukukî ihtilaflarda satıcı-sağlayıcının bulunduğu yerdeki mahkemeyi yetkili kılan bu türden bir şart, tüketiciyi yerleşim yerinden muhtemelen çok uzakta bir mahkemenin münhasır yetkisini tanımaya mecbur bırakmaktadır. Bu durum, mahkemeye başvurusunu zorlaştırabilmektedir. Değeri düşük olan ihtilaflarda tüketicinin mahkemeye başvurusu için gerekli masraflar, ürkütücü bir etkiye sahip olabilmekte ve onu, yargı yoluna yönelmekten veya kendisini gerçekten müdafaa etmekten alıkoyabilmektedir. Bu suretle, böyle bir şart, Yönerge’nin ekindeki N. 1 q’da sayılan tüketicinin mahkeme önünde hukukî çareye başvurma imkânını elinden almaya veya bu imkânı zorlaştırmaya yönelen veya böyle bir sonucu olan haksız şartlar grubuna dâhil olmaktadır.” ATAD, 27.6.2000, C-240/9 C-244/98’e kadar/Océano Grupo Editorial ve Salvat Editores (NJW 2000, 2571, 2572). “44. Ön karar yargılama-sının konusunu oluşturduğu üzere, bir sözleşme şartının 93/13/AET Yönergesi gereğince

Mahkemeye gitme imkânının zorlaştırıldığı her durumu, başka bir ifade ile tüketiciyi yargıya başvurmadan alıkoyacak şartları, sınırlandırma olarak kabul etmek gerekir. Kanun, haksız şartların hükümsüz olduğunu hükme bağladığı ve tüketici işlemlerindeki tüketiciyi yerleşim yerinde veya işlemin yapıldığı yerde dava açmaktan alıkoyan yetki şartları, kanımızca Yönetmelik tarafından peşinen haksız görüldüğü için, hükümsüzlük yaptırımına tâbi olacaktır⁵.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 17, yalnız tacirler veya kamu tüzel kişilerinin yetki sözleşmesi akdedebilmelerine izin vermiştir. Tüketicinin

haksız olarak nitelendirilmesi için gerekli kriterleri karşılayıp karşılamadığının tespiti, ulusal mahkemenin işidir. Bu konuda ulusal mahkeme, tüketici ile satıcı veya sağlayıcı arasında akdedilen ve özel surette müzakere edilmemiş bir sözleşmedeki, satıcı-sağlayıcının yerleşim yerinin bulunduğu yerdeki mahkemenin münhasır yetkisini sağlayan şartın haksız olarak değerlendirilebileceğini dikkate almalıdır.” ATAD (4. Daire), 4.6.2009, C-243/08/Pannon GSM/Erzsébet Sustinké Györf(NJW 2009, s. 2367, 2368).

⁴ Kullananın yerleşim yerinin kararlaştırıldığı bir yetki şartının haksız şart niteliğinde olduğu hakkında bkz. **Çınar**, s. 235. Yetki kuralları tüketici aleyhine sınırlandırıcı mahiyette ise tüketiciyi bağlamayacağı yönünde bkz. **Ermenek**, s. 595, 596. Tüketiciyi yerleşim yeri dışında ve sözleşme ilişkisi ile bağlantısı olmayan bir yerde davasını takip etmek durumunda bırakacak yetki şartlarının haksız şart niteliğinde olduğu yönünde bkz. **Budak**, Yetki, s. 21.

⁵ Önceki Kanun’da haksız şartların tüketiciyi bağlamayacağı ifade ediliyordu. Buna karşılık, Önceki Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik m. 7’de haksız şartların açıkça batıl olduğu düzenlenmiş idi. Doktrinde Kanun’un esnek hükümsüzlük yaptırımını; Yönetmeliğin ise yokluk, butlan ve kısmî butlan yaptırımını düzenlediği, Yönetmeliğin bu hâliyle Kanun’a aykırı olduğu görüşü ileri sürülüyordu (**Kocayusufpaşaoğlu**, s. 251; **Açıkgöz**, s. 377. Kesin hükümsüzlük görüşü için bkz. **Atamer**, Açılımlar, s. 318. Yönetmelik’te hem butlan hem de yokluktan söz edilmesinin çelişkili olduğu, burada kesin hükümsüzlükten söz edildiğinin kabulünün gerekeceği yönünde bkz. **Sirmen**, s. 128. Tek taraflı bağlamazlık görüşü için bkz. **Ermenek**, s. 596 dn. 85). Esnek hükümsüzlük görüşü çerçevesinde, tüketici, yetki sözleşmesinde belirtilen yer mahkemesinde dava açabilir; ancak tüketiciye karşı dava açamazdı. Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun’da bu sefer haksız şartların kesin olarak hükümsüzlüğünden söz edilmektedir (m. 5/II). Kısmî hükümsüzlük değerlendirmesi için bkz. **İnal**, s. 617. Tek taraflı bağlamazlık değerlendirmesi için bkz. **Aslan**, s. 324. Yeni hüküm çerçevesinde, HMK m. 17 tüketicilerin yetki sözleşmesi akdetmelerine izin vermiş olsaydı, haksız şart niteliğinde olsa bile, tüketici yetki sözleşmesinde belirtilen yer mahkemesinde dava açarsa, davalı satıcı/sağlayıcı/kredi verenin ilk itirazı üzerine mahkemenin yetkisizlik kararı vermesi gerekecekti.

imzaladığı genel işlem koşulları arasında yer alan yetki şartının haksız şart olmasının da, yetki sözleşmesinin tüketici tarafından yapılmasının sonucu da hükümsüzlüktür⁶. Yetki şartında belirtilen yer mahkemesinde açılan davada hâkim, mahkemenin yetkili olup olmadığını incelerken haksız şart denetiminden önce, yetki sözleşmesinin tacir veya kamu tüzel kişisi tarafından yapılıp yapılmadığını inceleyecektir. Bu nedenle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, bir yönüyle haksız şart denetimini ikinci plana itmiş; diğer yönüyle haksız şart denetimine göre tüketiciye daha etkin bir koruma sağlamıştır⁷. Ancak mahkemenin yetkili olmadığı kesin yetki dışında ancak ilk itiraz yolu ile ileri sürebileceği için, yetki şartının ister Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 17'ye göre isterse Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5'e göre haksız şart olmasından ötürü hükümsüzlüğü tüketici tarafından ileri sürülmediği sürece resen dikkate alınamayacaktır⁸. Hâkimin resen denetim yetkisi, Türk Borçlar Kanunu'na göre yapılacak genel işlem koşulu denetiminde de önem arz ettiği için, mesele aşağıda ayrıca değerlendirilecektir⁹.

Haksız şart niteliğindeki yetki şartlarının sözleşmelerden ayıklanmasının, satıcı/sağlayıcı/kredi verenin bu türden sözleşme şartlarına yer vermelerinden alkoyulmalarının en etkin yolu, tüketici örgütlerinin açacakları topluluk davalarıdır¹⁰. Tüketicilerin tarafı olduğu yetki şartları, sözleşmenin

⁶ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 178; **Kuru/Budak**, s. 5; **Bolayır**, HMK, s. 133; **Taşpınar Ayvaz-HMK**, s. 225; **Sungurtekin Özkan**, s. 43. **Pekcanitez**, Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde, yetki sözleşmelerinde yetkili kılınan mahkemenin, genellikle kuvvetli olan tarafın aslında yetkili olmayan mahkemeyi, karşı tarafa kabul ettirmesi şeklinde yapıldığı için, tüketicilerin yetki sözleşmesinin tarafı olmamaları gerektiğini savunuyordu (**Pekcanitez**, Tüketici Mahkemeleri, s. 148).

⁷ **Budak**, yetki sözleşmesini yalnız tacirlerin akdedebilmesine yönelik getirilen kriteri eleştirmekte, İsviçre Hukuku model alınarak özel korunmaya muhtaç grupların tespitini önermektedir (**Budak**, Yetki, s. 9).

⁸ **Kuru**, C. I, s. 576; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 156; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 187; **Görgün**, s. 84; **Bolayır**, HMK, s. 139; **Belgin Güneş**, s. 207; **Ulukapı**, s. 166.

⁹ Bkz. aşa. C, II.

¹⁰ “*Yargısal denetim*” kenar başlığını taşıyan Önceki Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik m. 8, meşru menfaati olan gerçek veya tüzel kişilerin, genel olarak kullanılmak üzere hazırlanmış standart sözleşmelerde yer alan haksız şartların kullanılmasının önlenmesi için dava açabileceğini düzenliyordu (Bu konuda bkz. **Atamer**, Açılımlar, s. 319-322; **Aslan**, s. 327. Böyle bir düzenlemenin yönetmelik ile

içeriğine dâhil olsa ve sözleşme adaletini bozmasa dahi geçersiz olur. Böyle bir yetki şartı -aşağıda Türk Borçlar Kanunu'na göre içerik denetimi bahsinde ele alınacağı üzere- tacir olmayanların kanunen yetkili mahkemelerden koparılmasının yetki kurallarının adalet içeriğinden biri olması nedeniyle içerik denetimine de takılacak ve haksız şart olarak kabul edilecektir¹¹. Örneğin, yetki sözleşmesi tacirler ve olmayanlar arasında ayırım yapmıyorsa, genel işlem koşullarında yer alan yetki şartı, kullanan tarafından yalnız tacirlere sunulduğu iddia edilse bile saydamlık kuralı çerçevesinde geçersiz olmalıdır¹². Genel işlem koşullarındaki haksız yetki şartları genel olarak tüketicileri ilgilendirdiği için tüketici örgütleri, kullananı yetki şartını kullanmaktan men etmek için Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 73/6'ya dayanarak tüketici mahkemesinde topluluk davası açabilir. Anılan hüküm tüketici örgütlerine “*bu Kanuna aykırı durumun önlenmesi veya durdurulmasına yönelik*” sıfat bahsettiği ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu arasında topluluk davası bakımından özel kanun-genel kanun ilişkisi bulunduğu için, tacir-tüketici yetki şartlarının Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre geçersizliği kanımızca topluluk davası ile ileri sürülemez¹³.

yapılmasının eleştirisi için bkz. **Zevkliler/Aydoğdu**, s. 162). Hükümden gerçek ve tüzel kişilerin açabilecekleri davanın türünün ne olduğu tam olarak anlaşılıyordu. İlk etapta, tüzel kişilerin topluluk davası açabilecekleri düşünebilirdi. Ancak gerçek kişilerin de hukukî korunma talep edebilecek olmaları, hükmün yorumlanmasını zorlaştırıyordu. Yönetmelik, ya Anglo-Amerikan Hukuku'nda olduğu gibi gerçek kişilere toplu dava açmada sıfat ya da tarafı olduğu bir sözleşmede yer alan haksız şarta kullananın men'ini istemekte hukukî yarar bahsetmişti. 17 Haziran 2014 tarihinde yürürlüğe giren Yeni Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik, Önceki Yönetmelik m. 8'e yer vermemiştir.

¹¹ **Schmidt** in Ulmer/Brandner/Hensen, Teil 3 (4) Gerichtsstandskalusel, N. 1. Böyle bir yetki sözleşmesinin aynı zamanda kanunda öngörülen yetki kurallarından sapıldığı için içerik denetimi ile de hükümsüz olduğu sonucuna varılabiliyorsa topluluk davası açılacağına ilişkin karşı.Stein/Jonas/**Bork**, § 38 N. 60; Erman/**Roloff** BGB, § 307 N. 115. Tüketicilerin tarafı oldukları yetki şartlarının, içerik denetimini düzenleyen § 307 BGB'yi de ihlâl edebileceğine ilişkin benzer yönde bkz. **Hau** in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Klauseln G 144.

¹² Staudinger/**Schlosser**, § 307 N. 472.

¹³ **Erişir**, s. 347. Tüketici birliklerinin adil olmayan genel işlem koşullarına karşı açabilecekleri önleme davası hakkında ayrıca bkz. **Budak**, GİŞ, s. 766. Yazar, Tüketicici-

B. Yetki Şartlarının Türk Borçlar Kanunu m. 20 vd.'na Göre Yürürlük, Yorum ve İçerik Denetimi

Türk Borçlar Kanunu m. 20 vd.'nda öngörülen denetim tüm yetki şartlarına şamil değildir. Yetki sözleşmelerinin yürürlük, yorum ve içerik denetimine tâbi olabilmesi için öncelikle yetki sözleşmesinin bir genel işlem koşulu niteliğinde olması gerekir. Bir yetki sözleşmesi, Türk Borçlar Kanunu m. 20'nin ifadesi ile *“yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümlerinden”* birini teşkil ediyorsa, genel işlem koşulu niteliğindedir.

Aşağıda öncelikle bir yetki sözleşmesinin genel işlem koşulu niteliğinde kabul edilebilmesi varlığı aranan unsurlar ele alınacak; yetki şartının genel işlem koşulu olduğu tespit edildikten sonra yürürlük, yorum ve içerik denetiminin ne şekilde yapılacağı değerlendirilecektir.

I. Yetki Şartının Genel İşlem Koşulu Kabul Edilmesi İçin Varlığı Aranan Unsurlar

1. Bir Sözleşmenin Koşullarından Birini Oluşturması

Genel işlem koşulları, sözleşmenin diyalektik bir süreçten geçerek değil, tek bir tarafın hâkimiyetinde şekillendirilmiş içeriğini oluşturur. Sözleşme koşulları arasında, sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların hangi yer veya yerdeki mahkemelerde çözümleneceği de varsa, bu durumda yetki şartından söz edilir¹⁴. Yetki şartının hangi tür sözleşme içinde yer aldığı önemli değildir. Zira genel işlem koşulu denetiminde sözleşmenin türü önem arz etmez¹⁵.

nin Korunması Hakkında Kanun'dan önceki bir tarihte, tüketici birliklerine dava açma yetkisinin tanınmasının gerekli olduğunu savunmaktadır (s. 776).

¹⁴ Postacıoğlu, s. 161; Kuru, C. I, s. 556; Bilge/Önen, s. 202; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 153; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 182; Akıncı, s. 55; Karşlı, Muhakeme, s. 274; Bolayır, Yetki Sözleşmesi, s. 52, 53; Umar, s. 71; Yılmaz, s. 201; Görgün, s. 82; Ulukapı, s. 165.

¹⁵ Atamer, GiŞ, s. 62; Baş, s. 283.

2. Sözleşmenin Kurulmasından Önce Tek Yanlı Olarak Düzenlenmiş Olması

Diğer sözleşme koşulları ile birlikte yetkili mahkemenin neresi olacağı da sözleşmenin kurulmasından önce belirlenmiş olmalıdır. Yetkili mahkeme sözleşmenin kurulmasından önce, kullananın karşı taraf ile sözleşmenin kurulmasından sonra bir uyuşmazlık çıktığında hangi mahkemenin yetkili olacağını müzakere etmeye dönük bir taslak hazırlamak amacıyla değil, belirlediği mahkemeyi karşı tarafa kabul ettirmek amacıyla belirlenir¹⁶.

Amaç, kullanan için avantajlı yerdeki mahkemeyi yetkili kılmak olduğuna göre, yetki şartının genel işlem koşulu olabilmesi için tek yanlı hazırlanmış olması gerekir. Her ne kadar Türk Borçlar Kanunu m. 20'nin lafzında "tek yanlı" yerine "tek başına" ifadesi yer alsada, taraflardan birince kaleme alınması, yetki şartının genel işlem koşulu olabilmesi için zorunlu değildir¹⁷. Metnin, örneğin sözleşme örneklerinden yararlanılarak hazırlanması durumunda yetki şartı genel işlem koşulu olabilecektir. Ancak sözleşme örneğinin, bir tarafça diğer tarafa müzakere etmemek amacıyla sunulması ile iki tarafın da bu sözleşme örneğini kullanma konusunda anlaşmaları arasında ayırım yapmak gerekir. İkinci ihtimalde sözleşme örneği, genel işlem koşulu olarak nitelendirilemez¹⁸.

Yetki şartının sözleşmede büyük puntolarla, farklı renkte, altı çizili olarak yazılmış olması ya da sözleşmenin ekinde yer alması, genel işlem koşulu kabul edilmesine engel değildir (TBK m. 20/1 c. 2).

3. İleride Birden Fazla Benzer Sözleşmede Kullanma Amacıyla Düzenlenmiş Olması

Kullananın çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacı ile hareket etmesinin temelinde, sözleşmeyi kim ile akdederse etsin, ne tür bir uyuş-

¹⁶ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 156; Atamer, GİŞ, s. 65, 66; Eren, s. 219; Atamer, Yeni TBK, s. 14; Aşık, s. 15, 16; Canbeldek, s. 223; Aydoğdu, GİŞ, s. 54. *Tanrıver*, tacir-tacir olmayan arasında akdedilen yetki sözleşmelerinde güçlünün zayıf olana daima iradesini empoze etme olasılığına işaret etmektedir (*Tanrıver*, s. 642).

¹⁷ Havutçu, İçerik Denetimi, s. 76; Oğuzman/Öz, s. 165; Aslan, s. 318, 319; Kılıçoğlu, s. 117; Zevkliler/Aydoğdu, s. 160; Atamer, Yeni TBK, s. 15; Altop, s. 36; Nomer, s. 57; Baş, s. 285; Doğan, s. 463; Ulusan, s. 1222; Aydoğdu, GİŞ, s. 54.

¹⁸ Atamer, Yeni TBK, s. 18.

mazlık meydana gelirse gelsin, hangi yerdeki mahkemenin uyuşmazlığı çözeceği hususunda pazarlık etmek istememesi, başka bir deyişle kendi belirleyeceği yer mahkemesinde dava açmak ve kendisine dava açılmasını istemesi yatar. Kullananın ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacı bulunmakla beraber, o bu amacını gerçekleştiremeyip başka hiçbir sözleşmede kullan(a)mamışsa, yetki şartı yine de genel işlem koşulu niteliğini kazanmış olur¹⁹.

Bir tacirin akdettiği her sözleşmede yetki şartına yer vermesi, yetki şartlarını tek başına genel işlem koşulu hâline getirmez. Yetki sözleşmesinin geçerlilik koşullarından birinin uyuşmazlığın kaynaklandığı hukukî ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması (HMK m. 18/2) olduğu göz önünde bulundurulduğunda, ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacının, yetki şartı belirli bir hukukî ilişkiden doğacak uyuşmazlık ile irtibatlı ise mevcut olduğu kabul edilebilir.

Kullanılan sözleşme metinlerinin özdeş olmaması yetki şartının genel işlem koşulu sayılmasını engellemez (TBK m. 20/2). Kullanıcı, aynı sözleşme ilişkisinden doğacak uyuşmazlıklarda aynı yer/yerler mahkemesinin yetkili olmasını öngörüyorsa, farklı ifadeler kullansa da genel işlem koşulu denetimine tâbi olacaktır. Buna karşılık, yetki şartının kapsadığı uyuşmazlıklar konu itibarıyla her sözleşmede farklı ise veya farklı yerdeki mahkemelerin yetkisine yer verilmişse “ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacı” gerçekleşmiş olmaz.

4. Sözleşmeyi Hazırlayan Tarafından Sözleşmenin Kapsamına Dâhil Olabilmesi Amacıyla Karşı Tarafa Sunulmuş Olması

Yetki şartını karşı tarafın müdahale etmesine imkân vermeksizin sözleşmenin içeriğine dâhil etmek suretiyle o sözleşmeden doğacak uyuşmazlıkların çözümünde kendi belirlediği yer mahkemesinde dava açma zorunluluğu altına sokarak usûlî bir avantaj yaratmak isteyen kullanıcı, yetki şartını karşı tarafa sunmalıdır. Burada karşı tarafın genel işlem koşullarını imzalamaya zorlanması gerekmez. Kullanıcının, genel işlem koşullarını karşı

¹⁹ **Atamer**, GİŞ, s. 67, 68; **Havutçu**, İçerik Denetimi, s. 84; **Eren**, s. 218; **Atamer**, Yeni TBK, s. 16; **Baş**, s. 286; **Gümüş**, s. 52.

tarafa sunarak sözleşme içeriğini, bu arada yetkili mahkemeyi tartışma imkânının bulunmadığını göstermesi yeterlidir²⁰.

5. Olumsuz Koşul: Yetkili Mahkemenin Neresi Olacağına Müzakere Edilmemiş Olması

Tarafların karşılıklı müzakere ederek uyuşmazlığın hangi yerdeki mahkemede çözümleneceği konusunda anlaşmaları ile meydana gelen bireysel sözleşmeler için, yetki şartı matbu olarak birden fazla kullanmak amacıyla tek bir tarafça kaleme alınmış olsa bile genel işlem koşulu denetimi gündeme gelmeyecektir²¹. Sözleşme koşulları tek yanlı olarak düzenlenmiş olsa da, karşı taraf sözleşmenin içeriğinin birlikte belirlenmesinde söz sahibi olmuş veya kullananın bu koşulların pazarlık edilerek değiştirilebilmesine açık olması sayesinde söz sahibi olabilecek duruma gelmiş ise, ilgili sözleşme hükmü genel işlem koşulu olarak kabul edilmeyecektir²². Kullanan, yetkili mahkemeyi kendisi belirlemiş olsa da, karşı tarafa belirttiği mahkemeden başka yerdeki bir mahkemeyi teklif edebilme fırsatını veriyor, karşı taraf da alternatifler sunuyorsa, yetki şartı genel işlem koşulu hâline gelmemiş olacaktır. Belirtmek gerekir ki, her ne kadar, karşı tarafın sunduğu müzakere fırsatından fiilen yararlanmak gerekli değil ise de, kullananın yetki şartına özellikle işaret etmesi, sonuçlarını açıklaması, hatta karşı tarafın sorularını yanıtlaması tek başına bireysel anlaşma için yeterli değildir²³. Yetki şartının genel işlem koşulu niteliğinde sayılmaması için, karşı tarafın kullanan tarafından çizilen çerçevenin dışına çıkabilme, yani belirlenen yetkili mahke-

²⁰ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 155; Atamer, GİŞ, s. 72; Havutçu, İçerik Denetimi, s. 75, 76; Kılıçoğlu, s. 117; Atamer, Yeni TBK, s. 17, 18; Baş, s. 287; Topuz, s. 1141; Gümüş, s. 52.

²¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 158; Atamer, GİŞ, s. 73, 74; Atamer, Yeni TBK, s. 20; Doğan, s. 462; Gümüş, s. 52; Büyüksagis, s. 680. Bu son yazar, İsviçre ve Alman Hukuku dışında farklı hukuk sistemlerindeki ve Avrupa Birliği Hukuku'ndaki gelişmeleri dikkate alarak müzakere edilmiş-edilmemiş ayrımını eleştirmekte, müzakere edilmiş sözleşme hükümlerinin hâkimin müdahale alanından çıkarılmaması gerektiğini savunmaktadır (s. 689 vd.).

²² Havutçu, İçerik Denetimi, s. 88; Atamer, Açılımlar, s. 297; Havutçu, GİŞ, s. 34; Atamer, Yeni TBK, s. 21, 22.

²³ Atamer, Yeni TBK, s. 22, 26.

meyi değiştirebilme ya da yetki şartını sözleşmeden çıkarabilme imkânına sahip olması gerekir.

Kullanan, karşı tarafa bazı hükümlerin üzerine çizebilme imkânı vermişse, her somut olay farklı bir değerlendirmeyi gerektirmekte ise de kanımızca yetki şartının prensip olarak müzakere edildiği kabul edilmelidir. Esasen karşı tarafın böyle bir ihtimalde yetki şartı yerine uygulama alanı bulacak genel ve özel yetkili mahkemelerin neresi olduğunu bilememesi normal bir durum olmakla beraber, yetki sözleşmesinin tacir veya kamu tüzel kişilerince akdedilebileceği dikkate alındığında, hukukî olarak kolaylıkla danışmanlık alabilmesi beklenen tacir veya kamu tüzel kişinin böyle bir bilgisizliği makul karşılanmayacaktır²⁴.

6. Yetki Şartının Genel İşlem Koşulu Olmasına İlişkin İspat Sorunları

Yetki şartının genel işlem koşulu olduğunu ispat yükü kime düşer? Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 190'e göre "*ispat yükü, kanunda bir düzenleme bulunmadıkça, iddia edilen vakıya bağlanan hukukî sonuçtan lehine hak çıkaran tarafa aittir.*"

Yetkinin kesin olmadığı hâllerde davalının yetki ilk itirazını, davacının ise mahkemenin bilakis yetkili olduğunu ileri sürmesi ile mahkemenin yetkili olup olmadığı, taraflar arasında çekişmeli hâle gelir. Talep sonucunu haklı kılan vakıalarda olduğu gibi usûl hukukunu ilgilendiren meselelerde de ispat faaliyeti yürütülür. Yetki ilk itirazı bir ön sorun teşkil eder ve ön sorunun incelenmesinden evvel taraflarca delil ikame edilir (HMK m. 164/2)²⁵.

²⁴ Tartışmalar için bkz. **Atamer**, Yeni TBK, s. 22, 23.

²⁵ "Davalı usulünce yetki itirazında bulunmuştur. (...) Ön sorunun incelenmesi Hukuk Muhakemeleri Kanununun 164. maddesinde gösterilmiştir. Davalının yetki itirazı mahkemece hadise şeklinde incelenmeden karara bağlanmıştır. Bu nedenle, mahkemece davalının yetki itirazının Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 222. vd. maddeleri hükümlerine paralel olan Hukuk Muhakemeleri Kanununun 164. maddesinde gösterilen şekilde incelenmesi için taraflara yetki konusunda delillerini gösterme olanağı tanınarak, gösterildiği takdirde toplanarak; gerçekleşecek sonucuna göre yetki itirazı hakkında bir karar verilmesi gerekirken eksik incelemeyle yazılı şekilde karar verilmiş olması bozmayı gerektirmiştir." 2. HD, 1.2.2012, 6867/1827 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

Mahkemenin tarafların iradelerinin yetkisiz bir mahkemeyi yetkili kılma konusunda birleşmesi nedeniyle yetkili olduğu vakıasına bağlanan hukukî sonuçtan, yani davanın kanunen yetkisiz mahkemede de görülebilecek olmasından lehine hak çıkararak, hukukî korunma talep edendir. Dava açan, yetki sözleşmesini ibraz ederek delil ikame yükünü yerine getirir. Hâkim, yetki sözleşmesinin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hükme bağlanan geçerlilik koşullarının tamam olduğu sonucuna varırsa, kendisinde geçici bir kanaat oluşur. İşte karşı taraf bu geçici kanaati sarsmak için karşı ispat faaliyetine girişecek (HMK m. 191), bu bağlamda önce yetki şartının genel işlem koşulu olduğunu, ardından yazılmamış sayılması gerektiğini veya hükümsüz olduğunu ileri sürebilecektir.

Genel işlem koşulunun denetiminin varlığı için aranan sözleşme hükmünün genel işlem koşulu olabilmesine ilişkin unsurlar esas itibariyle karşı tarafın lehinedir. Zira bu denetim sonucunda ortaya çıkacak yetki şartının yazılmamış sayılma veya hükümsüzlük sonucundan lehine hak çıkararak olur²⁶. Bu durumda, yetki şartının genel işlem koşulu olduğunun ispatsız kalmasının riskini prensip olarak yetki itirazında bulunan taşımaktadır²⁷. Davanın karşı tarafça yetki şartında belirtilmeyen yerdeki mahkemede açılması, davalının yetki şartına dayanarak ilk itirazda bulunması hâlinde de, denetim yapabilmeyen temel koşulu olan yetki şartının genel işlem koşulu olmasından lehine hak çıkararak karşı taraftır.

Genel işlem koşulunun olumsuz koşulu olan “*yetkili mahkemenin neresi olacağına müzakere edilmemiş olması*” hakkında Türk Borçlar Kanunu'nda ispat yüküne ilişkin bir düzenleme olmamakla beraber, kanımızca Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5/3'teki kanunî karinenin kıyasen uygulanması mümkündür²⁸:

²⁶ Birden fazla kullanım amacının olduğunu kullananın değil, karşısındakinin ispatlaması gerektiği hakkında bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 233; **Atamer**, Yeni TBK, s. 17.

²⁷ **Atamer**, beklentinin çok yüksek tutulmaması gerektiğini, ortada matbu bir metin var ve ifadesi o sözleşmeye özgü değilse, bu durumda birden fazla kullanım niyeti olan bir metnin varlığının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir (**Atamer**, Yeni TBK, s. 17).

²⁸ **Atamer**, Yeni TBK, s. 24, 25; **Açıkgöz**, s. 371 dn. 666. **Uluslan**, doğrudan TBK m. 21/1'in önceden hazırlanan sözleşme şartlarının müzakere edilmediğine dair karinenin varlığına işaret ettiği görüşündedir (s. 1225). **Aydoğdu**, TBK'nin gerekçesinden hareket ederek karineyi kabul ediyor (**Aydoğdu**, GİŞ, s. 61). Müzakere edilmiş olduğunu ispat

“Bir sözleşme şartı önceden hazırlanmış ve standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmeyi düzenleyen, bir standart şartın münferiden müzakere edildiğini iddia ediyorsa bunu ispatla yükümlüdür.”

Bir an için böyle bir kanunî kıyasa karşı çıkılsa bile, standart sözleşmenin müzakere edilmediği, hayat tecrübesi kurallarına dayanarak fiilî karine olarak kabul edilebilir. Davalının karine temeli olan “müzakere edilmeme” olgusu hakkında iddia yükünü yerine getirmesi yeterlidir (HMK m. 190/2 c. 1). Bunun üzerine davacı, davalının yetki şartının müzakere edilmemiş olduğu, dolayısıyla genel işlem koşulunun mevcut olduğu konusunda oluşturduğu geçici kanaati sarsmak için aksini ispat faaliyetine girişecektir (HMK m. 190/2 c. 2). Aksini ispat faaliyetinde davacı, yetki şartının müzakere edildiği vakiasının hukukî fiil olması itibariyle kesin delille ispata (HMK m. 200) tâbi olmaksızın her türlü delille, özellikle tanık beyanı ile desteklenmese bile Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 199’da örnekseyici olarak sayılan elektronik posta, ses ve görüntü kaydı gibi belgelerden biri ile ispat edebilecektir²⁹. Ancak davacı, genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin ilk bakışta senet olarak kabul edilebilecek sözleşme kaydına delil olarak dayanamayacaktır. Zira Türk Borçlar Kanunu m. 20/3 bu kayıtların tek başına, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmadığını öngörmektedir. Bu tür bir sözleşme hükmünün de bir genel işlem koşulu olması³⁰ ve yürürlük denetimi ile prensip olarak yazılmamış sayılacak olması itibariyle, senedin temel unsuru olan “*senedin bir vakıa hakkında açıklamayı (bir irade beyanını) içermesinden*³¹” söz edilemeyecek, bu kayıt senet olarak nitelendirilemeyecektir.

yükünün kullanana düştüğü hakkında ayrıca bkz. **Büyüksagis**, s. 687. TKHK’deki karine hakkında ayrıca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 245, 246; **Zevkliler/Aydoğdu**, s. 161; **Aslan**, s. 321, 322. Müzakere edilmeme karinesi için ayrıca bkz. **Gümüş**, s. 62, 63.

²⁹ **Açıkgöz**, s. 373 dn. 670. “Yazılı” delil başlangıcını arayan farklı bir görüş için bkz. **Aydoğdu**, GİŞ, s. 60.

³⁰ **Atamer-Yeni TBK**, s. 21; **Baş**, s. 281. **Ulusan**, burada sözleşme hükümlerinin yine de genel işlem şartı olma niteliğini sürdürdüğüne ilişkin bir teyit hükmü getirildiğini belirtmektedir (s. 1223).

³¹ **Kuru**, C. II, s. 2074; **Bilge/Önen**, s. 554; **Pekcantez/Atalay/Özkes**, s. 725.

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un kıyasa elverişli bir başka hükmü de, “sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemeyeceğidir” (m. 5/3)³². Genel işlem koşullarından bazılarının müzakere edilmiş olması, yalnız o sözleşme koşullarını genel işlem koşulu olmaktan çıkarır; müzakere edilmiş diğer sözleşme hükümleri denetime girer. Bu çerçevede, sorumsuzluk kaydı hakkında müzakere yürütülmüşken, yetkili mahkemenin neresi olacağı taraflar arasında tartışılmamışsa, yetki şartı denetlenebilecektir. Tersî durumda yetki şartı, genel işlem koşulu olarak kabul edilmeyecektir.

II. Yetki Şartlarının Yürürlük Denetimi

Yürürlük denetimi, genel işlem koşullarının sözleşmenin içeriğine dâhil olup olmadığının denetlenmesini konu edinir. Bir sözleşme hükmünün genel işlem koşulu olduğundan hareketle, onun sırf müzakere edilmediği için sözleşmenin içeriğine dâhil olmadığı söylenemez. Yürürlük denetimini düzenleyen Türk Borçlar Kanunu m. 21, sözleşmenin yapılması sırasında kullananın karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlaması ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesi hâlinde, genel işlem koşulunun müzakere edilmemiş olsa bile sözleşmenin içeriğine dâhil olacağını düzenlemektedir.

Yetki şartını sözleşmenin içeriğine dâhil etme, kullanan açısından iki aşamalıdır: Kullanan öncelikle, kendisi tarafından birden çok kez kullanılmak üzere hazırlanan sözleşme metninin genel işlem koşullarını içerdiği hakkında bilgi vermelidir. Burada amaç, karşı tarafın kabul beyanından evvel genel işlem koşulunun mevcut olduğu, kabul beyanı üzerine bu koşullar ile de bağlı olacağı hakkında bilgilendirilmesidir. Bu açıdan, Kanun'da “*bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip*” ifadesi, sözleşme metnindeki hükümlerin niteliği hakkında bilgi vermek olarak anlaşılmalıdır. Yoksa kullananın yetki şartı da dâhil olmak üzere tek tek kendisinin kaleme aldığı sözleşme hükümlerini karşı tarafa açıklama yükümlülüğü

³² **Atamer**, Yeni TBK, s. 25. **Aydoğdu**, işin niteliğinden ve genel işlem koşulunun özelliğinden, ayrıca TBK m. 20/3'den hareketle aynı sonuca varıyor (**Aydoğdu**, GİŞ, s. 65).

yoktur³³. Başka bir söyleyişle, yetki şartının sözleşmenin içeriğine dâhil olması için, kullananın sözleşmede yetki şartına yer verildiğine işaret etmesi, münhasırlık gibi yetki şartının hüküm ve sonuçları hakkında bilgi vermesi gerekli değildir³⁴.

Kullanan ikinci aşamada ise, karşı tarafa yetki şartını da içeren sözleşmenin içeriğini öğrenme imkânı sağlamalıdır. Kullanan, karşı tarafa bu imkânı, içinde yetki şartı bulunan sözleşme metninin bir nüshasını ya elden teslim ederek ya da e-mail gibi elektronik araçlarla ulaştırarak sağlar³⁵. Buna karşılık, kullanan, sözleşmenin diğer hükümlerini karşı tarafa sunmuşken, yetki şartını sunmamışsa ya da -işletmeler arasındaki ticarî ilişki uzun zamandan beri süregeliyor olsa bile- yetki şartına metnin arka yüzünde yer verilmiş, ancak ön yüzünde buna işaret edilmemişse, yetki şartı yürürlük denetimine takılacaktır³⁶.

³³ **Atamer**, Yeni TBK, s. 28; **Gümüş**, s. 54. Genel işlem koşulları hakkında genel açıklamaların yeterli olmayacağı, kullananın diğer tarafı genel işlem koşullarının içeriğini öğrenme imkânı sağlayacak şekilde ve kapsamda bilgilendirmiş olması gerektiği görüşü için bkz. **Kılıçoğlu**, s. 119. Tacir-tüketici yetki şartlarında, kullananın tüketiciyi yetkili mahkeme konusunda aydınlatması ve yetki şartının içeriğini anlamasına fırsat vermesinin gerekliliğine ilişkin karşı. **Çınar**, s. 234.

³⁴ Büyük işletmelerle yapılan basılı sözleşmelerdeki genel şartlar içindeki yetki şartları zahmetsizce okunabilecek bir tarzda basılmış değil ise, bunların zayıf olan taraf için geçersiz olduğu yönünde **Kuru**, C. I, s. 561. Yetki şartının karşı tarafça açıkça kabul edildiği belgelenmedikçe geçerli olmayacağı, kullananın yetki şartını daha büyük ve koyu harflerle dizmesi ve yerine göre ayrıca imza altına alması gerekliliği hakkında karşı. **Budak**, Yetki, s. 22. Karşı tarafın okuyup anlayamayacağı ya da rahatça görüp okuyabileceği şekilde yazılmamış olan genel işlem koşulu niteliğindeki yetki şartına geçerlilik tanınmaması gerektiği yönünde bkz. **Bolayır**, Yetki Sözleşmesi, s. 54, 137. Bu konuda ayrıca bkz. **Sargın**, s. 168; **Bolayır**, HMK, s. 133. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre yerleşim yeri mahkemesinden feragat etmenin geçerliliği, kullananın karşı tarafın sözleşmenin geri kalan içeriğinin yanında yerleşim yeri mahkemenin yetkisiz olacağını onayladığını kabul etmekte haklı olmasına bağlıdır (BGE 124 III 134).

³⁵ **Bolayır**, Yetki Sözleşmesi, s. 137; **Atamer**, Yeni TBK, s. 27, 29; **Yelmen**, s. 86.

³⁶ **Staudinger/Schlosser**, § 307 N. 474; **Thüsing** in GrafvonWestphalen, Gerichtsstandsklausel, N. 12; **Hau** in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Klauseln G 145. Bu konuda bkz. BGH, 21.12.1989 (NJW-RR 1990, s. 959). Kararda, taraflardan biri sözleşmenin kararlaştırılan içeriğinin tam bir özetinin gönderilmesini talep etmiş ve bunun üzerine karşı taraf, genel işlem koşullarından yalnız rizikoya kimin katlanacağına ilişkin

Kullanan bu iki aşamayı da tüketmiş olsa, Türk Borçlar Kanunu m. 21/2’de sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları olarak ifade edilen “*şasırtıcı genel işlem koşullarının*” sözleşmenin içeriğine dâhil olmasını sağlayamaz. Yalnız tacir veya kamu tüzel kişilerinin akdedebilecekleri yetki şartı, bilhassa kullananın yerleşim yerinin veya ifa yeri mahkemesinin seçilmesi hâlinde-kanımızca- prensip olarak “*işlem hayatı açısından normal sayılan veya işletmecinin tavırları nedeniyle somut sözleşmede normal kabul edilebilecek*”³⁷ bir genel işlem koşuludur, dolayısıyla şasırtıcı şart değildir³⁸. Bugün yetki şartları genel işlem koşullarının adeta mütemmim cüzü hâline gelmiştir ve kendisi de çoğu zaman genel işlem koşulu kullanan bir tacir, sözleşmenin hükümlerinden birinin yetki şartı olduğunu bilebilecek durumdadır³⁹.

hükme vâkîf olmuşa, yalnız bu hükmün genel işlem koşulu olarak sözleşmenin kapsamına girdiği, yetki şartının dâhil olmadığı ifade edilmektedir.

³⁷ **Atamer**, Yeni TBK, s. 30. Bu konuda ayrıca bkz. **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 237, 238; **Reisoğlu**, s. 113; **Kuntalp**, s. 95, 96; **Altıp**, s. 40, 41; **Antalya**, s. 309; **Sirmen**, s. 116; **Topuz**, s. 1150-1153; **Havutçu**, GİŞ, s. 40, 41; **Doğan**, s. 467, 468. Bu son yazar, karşı tarafın tüketici olmaması, ekonomik açıdan oldukça güçlü bir kuruluş olması hâlinde, getirilen korumanın izahının güç olduğunu belirtmektedir.

³⁸ Münch-Komm/**Patzina** ZPO, § 38 N. 22; Musielak ZPO/**Heinrich**, § 38 N. 12; PG/**Lange**, § 38 N. 7. Bir sözleşme şartının işlem hayatında normal (alışılmış) olup olmadığı taraflar arasında ihtilafli ise şüphesiz delillerin ikame edilip inceleneceği bir ispat faaliyeti gündeme gelecektir. Neyin alışılmış neyin alışılmamış olduğunun ampirik olarak anlaşılabilir bir vakıa olması itibarıyla esasen tarafların -bir ticarî örfün mevcut olmasında olduğu gibi- delil ikame etmeleri gerektiğini belirten **Schlosser**’in bugüne değin böyle bir delilin ikame edildiği bir olayın bulunmadığını; bu nedenle mahkemelerin alışılmış veya alışılmamış hususunda tecrübelerine dayanarak karar vermelerinin bir örf-adet hukuku kuralı olarak görülebileceğini belirtmesi, genel işlem koşulu niteliğindeki yetki şartlarının geçerliliğine ilişkin yargı kararlarını bu değerlendirmesi bakımından öğretici bir illüstrasyon olarak nitelendirmesi manidardır (Staudinger/**Schlosser**, § 305 c N. 10, 11). Genel işlem koşullarındaki yetki şartlarını ayırım yapmaksızın şasırtıcı şart olarak değerlendiren görüş için bkz. **Gümüş**, s. 55.

³⁹ Staudinger/**Schlosser**, § 307 N. 474 ve § 305 c N. 11; Erman/**Roloff**BGB, § 307 N. 116; Münch-Komm/**Patzina** ZPO, § 38 N. 22; **Hau** in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Klauseln G 145. Kullananın merkezi veya şubesinin bulunduğu yerin seçilmesi hâlinde, yetki şartının şasırtıcı olmayacağı, buna karşılık yavru ortaklığın bulunduğu yer mahkemesinin seçiminin şasırtıcı olacağı yönünde bkz. **Bamberger/Roth/Schmidt**, § 305 c N. 38.

Kullananın içeriğinde yetki şartı da bulunan genel işlem koşullarının varlığı hakkında açıkça bilgi verip bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamamasının sonucu, Kanun'un ifadesi ile “yazılmamış sayılmadır” (TBK m. 21). Yazılmamış sayılma ile kastedilen -kanımızca- hükümsüzlük olmayıp tarafların karşılıklı irade beyanlarının yetki şartı noktasında uyuşmaması; bu suretle yetki şartının sözleşmenin içeriği hâline gelmemesidir⁴⁰. **Kocayusufpaşaoğlu**'nun yazılmamış sayılan genel işlem koşullarını “maç kadrosuna alınmayan, saha kenarında maça etkisi olmayan yedek oyuncu” olarak tabir etmesi⁴¹, yazılmamış sayılan yetki şartlarına tam da uymaktadır. Gerçekten yetki şartı, her ne kadar kadroya (sözleşmeye) girememişse de, kullananın davasını yine de yetki şartında belirtilen yer mahkemesinde açması üzerine davalının yetki ilk itirazında bulunmaması suretiyle maçın ilerleyen bölümlerinde oyuna dâhil olması muhtemel bir yedek oyuncu gibidir.

Yazılmamış sayılan genel işlem koşullarına rağmen taraflar objektif esaslı noktalar üzerinde anlaşmışlarsa, kullanan yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez (TBK m. 22). Böyle bir düzenleme olmasaydı dahi, usûl sözleşmelerinin geçerliliğinin maddî hukuk sözleşmelerinin bağımsızlığı karşısında, kullanan yazılmamış yetki şartı olmasaydı sözleşmeyi yapmayacak olduğunu, dolayısıyla sözleşmenin tümünün batıl olduğunu ileri süremezdi⁴².

⁴⁰ **Atamer**, Yeni TBK, s. 31, 32; **Sirmen**, s. 115. **Yalçın**, “yürürlük denetimi kriterlerine aykırı genel işlem şartlarının sözleşme içeriğinden dahi sayılmaması” şeklinde özel bir geçersizlik türüne taraftardır (s. 46 dn. 16). **Yelmen**, yazılmamış sayılmayı sözleşmeler için söz konusu olan yaptırım türleri açısından değerlendirmenin isabetli olmayacağını belirtmektedir (s. 105, 106). Genel işlem koşulu olarak nitelendirilen hükümlere mahsus yokluk derecesine çıkmış hükümsüzlük görüşü için bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 167, 168. Yokluk türünde bir yaptırımın söz konusu olduğu yönünde bkz. **Kılıçoğlu**, s. 119; **Gümüş**, s. 55, 56; **Topuz**, s. 1165, 1166. Bu son yazar, yazılmamış sayılmanın aynı zamanda bir kanunî faraziye olduğunu belirtmektedir. Kısmî yokluk görüşü için bkz. **Eren**, s. 221; **Aydoğdu**, GİŞ, s. 76. Kesin hükümsüzlük görüşü için bkz. **Ulusan**, s. 1224; **Doğan**, s. 466. Kısmî hükümsüzlük görüşü için bkz. **Hatemi/Gökyayla**, s. 62. Esnek hükümsüzlük görüşü için bkz. **Antalya**, s. 310. Tek taraflı bağlamazlık görüşü için bkz. **Budak**, Yetki, s. 22; **Aslan**, s. 324.

⁴¹ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 229.

⁴² Usûl sözleşmelerindeki butlanın maddî hukuk sözleşmelerini etkilemeyeceği hakkında bkz. **Taşpınar**, İspat, s. 256.

III. Yetki Şartlarının Yorum Denetimi

Türk Borçlar Kanunu, genel işlem koşulunun içeriği, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, bir yorum kuralı getirerek müphem sözleşme hükmünün kullananın aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanacağını düzenleyerek (m. 23), belirsizliğin sorumluluğunu genel işlem koşulu kullananın omzuna yüklemiştir⁴³.

Yorum denetiminin yetki şartlarında esas itibariyle önemi haiz olmadığı söylenebilir. Yetki şartında belirtilen uyuşmazlığın kaynaklandığı hukukî ilişki veya ilişkiler hakkında meydana gelebilecek yorum farklılıkları, yorum denetiminden ziyade, yetki sözleşmesinin usûlî geçerlilik koşullarına ilişkindir. Zira uyuşmazlığın kaynaklandığı hukukî ilişki veya ilişkilerin belirli veya belirlenebilir olması, yetki sözleşmesinin geçerlilik koşuludur (HMK m. 18/2).

Yorum denetimi olsa olsa yetki sözleşmesinin münhasır karakterde olup olmadığının tayininde rol oynayabilir. Yetki sözleşmesinde kararlaştırılan yer mahkemesinin yetkisi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra taraflar aksini kararlaştırmadıkça münhasırdır (HMK m. 17 c. 2). Böyle açık bir düzenleme yapılmamış olsaydı, genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisinin baki kalıp kalmadığı hakkında yapılacak farklı yorumlardan, kullananın aleyhine ve karşı tarafın lehine olan tercih edilecek ve kanunen yetkili mahkemelerin yetkisi dışlanmamış olacaktı⁴⁴. Ancak yine de yetki şartının münhasır olmadığı yönünde ifadelere yer verilmişse, tarafların aksini kararlaştırmış olup olmadıkları konusundaki belir-

⁴³ **Oğuzman/Öz**, s. 171; **Havutçu**, İçerik Denetimi, s. 152; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 239; **Kılıçoğlu**, s. 120; **Atamer**, Yeni TBK, s. 35, 36.

⁴⁴ Alman Hukuku'nda bu yönde bkz. **Hau** in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Klauseln G 146. Almanya'da Schleswig İstinaf Mahkemesi kararına konu olan olayda taraflar genel işlem koşulu niteliğinde Kassel'in her iki taraf için de yetkili mahkeme olduğunu kararlaştırmışlardır. Yerleşim yeri Kassel olan satıcı (kullanan), yerleşim yeri Eckernförde olan alıcıya karşı Eckernförde'de dava açmış, davalı yetki itirazında bulunmuştur. İlk derece mahkemesinin yetki itirazını kabul etmesinden sonra istinaf mahkemesi, sözleşmedeki kapalılığın düzenleyen aleyhine yorumlanacağına ilişkin § 305c BGB'ye müraعات etmiş, yetki sözleşmesinde kararlaştırılan davacının yerleşim yerinin münhasır yetkili olmadığı sonucuna varmıştır (OLG Schleswig, 21.6.2006, NJW 2006, s. 3361).

sizlik, kullanan aleyhine yorumlanmalı ve kanunen yetkili mahkemelerin yetkisi sürmelidir⁴⁵.

IV. Yetki Şartlarının İçerik Denetimi

Türk Borçlar Kanunu'nun "içerik denetimi" kenar başlığını taşıyan 25. maddesinde genel işlem koşullarına, dürüstlük kurallarına aykırı olarak, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konulamayacağı hükmüne bağlanarak sözleşme adaletini sağlayabilmek adına⁴⁶ içerik denetimi tüm sözleşmeler, bu arada yetki şartları için düzenlemeye kavuşturulmuştur. Şu hâlde, yetki şartı genel işlem koşulu niteliğinde ise, yürürlük denetimi yanında, içerik denetimine de tâbi olacaktır⁴⁷.

Yetki şartlarının içerik denetimi yapılırken ilk etapta, kararlaştırılan yer veya yerlerdeki mahkemelerin, karşı tarafın

- aleyhine olup olmadığı,
 - durumunu ağırlaştırıp ağırlaştırmadığı
- ayrı ayrı değerlendirilmelidir.

Yetki şartının karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı olduğu sonucuna varılırsa, ayrıca dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı incelenmelidir. Şu hâlde, yetki şartının örneğin, kanunen yetkili olmayan bir mahkemenin yetkili kabul edilmesinden ve karşı tarafın yerleşim yerinden

⁴⁵ Umar, s. 67; Budak, Yetki, s. 5; Canbeldek, s. 227, 228, dn. 125.

⁴⁶ Hatemi/Gökyayla'ya göre, akit serbestisi ilkesi akit adaleti ilkesi ışığında anlam kazanır. Akit adaletini sağlayabilmek ve somut olayda taraflar arasındaki dengeyi kurabilmek için genel işlem şartları kuramı akit adaleti ilkesinin bir uygulama alanı olarak ortaya çıkmıştır (s. 60). İçerik denetimi ile sözleşme adaletinin gerçekleştirileceği, irade özerkliğinin hâkim tarafından yeniden kurulduğu hakkında ayrıca bkz. Antalya, s. 287; Özel, s. 72, 73; Yağcıoğlu, s. 3058. Haksız şart denetimi bakımından aynı yönde bkz. Zevkliler/Aydoğdu, s. 163; Aslan, s. 311; İnal, s. 611.

⁴⁷ Kuru/Budak, s. 16. Delil sözleşmeleri bakımından ayrıca bkz. Atamer, GİŞ, s. 283-285; Çiftçi, s. 145; Arslan, s. 68; Taşpınar Ayvaz, HMK, s. 246, 247. Alman Hukuku'nda da yetki şartları içerik denetimine tâbidir (Assmannin Wiczorek/Schütze, vor § 253 N. 146; Münch-Komm/Patzina ZPO, § 38 N. 22; Schmidt in Ulmer/Brandner/Hensen, Teil 3 (4) Gerichtsstandskalusein, N. 3; Hau in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Klauseln G 148; PG/Lange, § 38 N. 7; Musielak ZPO/Heinrich, § 38, N. 12).

başka bir yer mahkemesinde dava açmak zorunda bırakılmasından ötürü aleyhe veya durumu ağırlaştırması, tek başına yetki şartının içerik denetimine takılmasına yol açmaz; yetki şartının aleyhe veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırmasının dürüstlük kuralına da aykırı olması gerekir⁴⁸.

1. Yetki Şartının Karşı Tarafın Aleyhine veya Onun Durumunu Ağırlaştırıcı Nitelikte Olması

Düşük bir ihtimal olmakla beraber, yetki şartında karşı tarafın yerleşim yeri mahkemesi yetkili kılınmışsa, şüphesiz karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı bir durumdan söz edilemeyecek, dürüstlük kuralı bakımından ayrıca bir incelemeye gerek kalmayacaktır. Buna karşılık, karşı tarafın kanunen yetkili mahkemeler ile bağını koparan tüm yetki şartlarının prensip olarak aleyhe olduğunu kabul etmek gerekir. Zira bu suretle karşı taraf, Anayasa m. 36 ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi m. 6'da yer alan adil yargılanma hakkının vazgeçilmez unsuru olan tabii hâkiminden uzaklaşmaktadır⁴⁹. Anayasal teminat altındaki temel bir yargılama ilkesinden sapılması, yargılamayı daha baştan gayri adil kıldığına göre, karşı tarafın da durumunu ağırlaştırmasa bile aleyhine olduğu şüphesizdir⁵⁰. Hatta İstanbul, İzmir gibi birden çok yargı çevresinin bulunduğu büyükşehir statüsündeki il merkezlerinde karşı tarafın kanunen yetkili olmayan mahkemede dava açmak zorunda kalması ya da ona karşı dava açılması da tabii hâkim ilkesi çerçevesinde onun aleyhinedir. İstisnaen de olsa kanunen yetkili olmayan mahkemede dava açmak zorunda kalan veya kendisine karşı dava açılanın özel koşulları, yetki şartını onun aleyhine kılmayabilir ya da durumunu ağırlaştırmayabilir. Örneğin, uyuşmazlık ortaya çıktıktan sonra karşı tarafın, yetki şartında belirtilen yerdeki bir avukata vekâlet vermesi dışında, karşı tarafın hâli hazırdaki vekilinin bürosunun yetki şartında belirtilen yerde

⁴⁸ **Baş**, s. 291.

⁴⁹ **Aslan**, s. 338. "Tarafların yetki sözleşmesi yapma hürriyetine (Anayasa m. 48, I) hiçbir sınır konulmazsa, sosyal ve ekonomik bakımdan güçlü olan taraf sosyal ve ekonomik bakımdan zayıf olan tarafı istediği şekilde bir yetki sözleşmesi yapmaya zorlayabilir ve böylece onu tabii hâkiminden uzaklaştırabilir." (**Kuru**, C. I, s. 556; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 153).

⁵⁰ **Budak**, Yetki, s. 22; **Aslan**, s. 338.

bulunması hâlinde, yetki şartının karşı tarafın aleyhine veya onun durumu ağırlaştırıcı nitelikte olduğu söylenemez.

2. Yetki Şartının Dürüstlük Kuralına Aykırı Olması

İçerik denetiminin ikinci etabında, karşı tarafın aleyhine veya onun durumunu ağırlaştırıcı nitelikteki yetki şartının dürüstlük kuralına aykırı olup olmadığı değerlendirilecektir⁵¹.

Dürüstlük kuralına aykırılık incelemesi, esasen aleyhe veya durumu ağırlaştırıcı sözleşme hükmünün, taraflar arasındaki adil sözleşme dengesini bozup bozmadığını konu edinir. Bu açıdan, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5/1, "tüketiciyle müzakere edilmeden sözleşmeye dâhil edilen ve tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde dürüstlük kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme şartı" olarak yaptığı haksız şart tanımı ile Türk Borçlar Kanunu m. 25'e nazaran içerik denetimini daha somut bir şekilde ortaya koymuştur.

a. Yetki Şartlarının Dürüstlük Kuralına Aykırılığının Değerlendirilmesinde Ek Kriter: Kesin Olmayan Yetki Kuralları

Dengenin ne zaman kurulduğu ve ne zaman bozulduğu ancak ek kriterler yardımı ile tespit edilebilir⁵². Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5/6 ve 7 şü hükümleri ile bu ek kriterlere yer vermiştir:

(6) Bir sözleşme şartının haksızlığı; sözleşme konusu olan mal veya hizmetin niteliği, sözleşmenin kuruluşunda var olan şartlar ve sözleşmenin diğer hükümleri veya haksız şartın ilgili olduğu diğer bir sözleşmenin hükümleri dikkate alınmak suretiyle sözleşmenin kuruluş anına göre belirlenir.

(7) Sözleşme şartlarının haksızlığının takdirinde, bu şartlar açık ve anlaşılır bir dille yazılmış olmak koşuluyla, hem sözleşmeden doğan

⁵¹ Genel işlem koşulları içinde yer alan yetki şartının dürüstlük ilkesine aykırı sonuçlar doğurması hâlinde geçerli olmayacağı yönünde bkz. **Budak**, Yetki, s. 21.

⁵² **Atamer**, Yeni TBK, s. 42. Türk Borçlar Kanunu'nun ek kriterlere yer vermeyişinin eleştirisi için bkz. **Havutçu**, İçerik Denetimi, s. 217; 668; **Başalp**, s. 235 dn. 44; **Altop**, s. 43, 44; **Sirmen**, s. 122; **Havutçu**, GİŞ, s. 44; **Uluslan**, s. 1228.

asli edim yükümlülükleri arasındaki hem de mal veya hizmetin piyasa değeri ile sözleşmede belirlenen fiyat arasındaki dengeye ilişkin bir değerlendirme yapılamaz.

Diğer yandan, Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik yürürlüğe konulmuş, Yönetmeliğin ekinde yer alan listede örnekseyici olarak sayılan şartlar haksız şart olarak kabul edilmiştir (Yön. m. 5/4). Yukarıda ifade edildiği üzere, Yönetmelik ekindeki baştan dürüstlük kuralına aykırı kabul edilen genel işlem koşulları arasında, “*mahkemeye gitme veya başka başvuru yollarını kullanma imkânını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar*” da sayılmıştır⁵³.

Genel işlem koşulunun dürüstlük kuralına ne zaman aykırı olduğu konusunda hâkime yön veren bir başka düzenleme, Türk Ticaret Kanunu m. 55/1 f’de yer almaktadır⁵⁴. Haksız rekabet olarak kabul edilen dürüstlük kuralına aykırı işlem şartlarının kullanılması şu şekilde somutlaştırılmıştır:

“Özellikle yanıltıcı bir şekilde diğer taraf aleyhine;

- 1. doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılan, veya*
- 2. sözleşmenin niteliğine önemli ölçüde aykırı haklar ve borçlar dağılımını öngören (...)*”

Yetki şartlarının içerik denetimine esas Türk Borçlar Kanunu m. 25’te ek kriterlere yer verilmeyişi bizim de katıldığımız bir görüşçe hüküm içi boşluk olarak kabul edilmekte, boşluğun Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun ve Türk Ticaret Kanunu’nda anılan hükümleri ile doldurulması önerilmektedir⁵⁵. Ancak Tüketici Sözleşmelerinde Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin ekinde peşinen haksız olarak damgalanan “*mahkemeye gitme*

⁵³ Bkz. yuk. A başlığı altında yapılan açıklamalar.

⁵⁴ **Atamer**, Yeni TBK, s. 43, 44; **Gümüş**, s. 58.

⁵⁵ **Atamer**, Yeni TBK, s. 43; **Baş**, s. 277, 292, 293. **Yağcıoğlu**, TTK m. 55/1 f’nin açık içerik denetim ölçütleri geliştirilmesinde, örnek teşkil etmesi açısından önem taşıdığını belirtmekte, TBK’nın gerekçesinde sürekli Alman Medeni Kanunu’na atıf yapılmasından ötürü, orada ve İsviçre’de Haksız Rekabet Kanunu çerçevesinde benimsenen ölçütlerden ve izlenmesi gereken yoldan yararlanılmasını önermektedir (s. 3066, 3067 dn. 14, 3087, 3096).

veya başka başvuru yollarını kullanma imkânını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar” tacir-tacir işlemlerinde Türk Ticaret Kanunu m. 55/1 f’deki ek kriterler göz önünde bulundurulmaksızın baştan hükümsüz sayılmaz⁵⁶. Zayıf konumda olduğu varsayılan tüketiciye haksız şart denetimi ile mutlak bir koruma sağlanması gerekli görülen Yönetmelik ekindeki koşulların, sözleşme adaletinin genel işlem koşulu kullanan güçlü tacir lehine bozulduğu tacir-tacir işlemlerinde sözleşmenin içeriğini değiştirme fırsatı tanınmayan tacir için de potansiyel tehlike arz edebileceği, bu nedenle içerik denetimine bilhassa tâbi tutulması gerektiği söylenebilir. Şu hâlde, tacir-tacir işlemlerinin içerik denetiminde yol gösterici olabilecek Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ekindeki kayıtlar, bilhassa mahkemeye başvuru yollarını kullanma imkânını ortadan kaldıran veya sınırlandıran şartlar arasında olan yetki şartları, tacir-tacir işlemlerinin içerik denetiminde doğrudan hükümsüz olarak nitelendirilemese de, diğer bir yönüyle kullananın hak arama yolunu kolaylaştırdığı için sözleşme adaletini bozma ihtimali yüksek sözleşme şartları olarak görülmelidir⁵⁷.

Türk Ticaret Kanunu’nda belirtilen iki kriterden ilki olan, *doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılma*, her hukuk kuralının taraflar arasındaki menfaat çatışmasını onların menfaatlerini dengelemek, yani bir menfaat üstün tutulurken diğerine sırtını dönmek suretiyle adilane bir şekilde sona erdirdiği; bu nedenle, her hukuk kuralının özünde hukuk düzeni tarafından üstün tutulan adalet değerlerinin bulunduğu gerçeği üzerine bina edilmiştir. İşte bu adalet değerlerinden genel işlem koşulları aracılığı ile sapılması, dengenin bozulmuş olabileceği hususunda deyim yerindeyse tehlike çanlarını çalan tokmak işlevi görmektedir⁵⁸.

Yetki şartlarının dürüstlük kuralına aykırılığının değerlendirilmesinde bu ilk kriter esas alınmalıdır. Zira Hukuk Muhakemeleri Kanunu, tarafların

⁵⁶ **Atamer**, Yeni TBK, s. 43.

⁵⁷ Alman Hukuku’nda **Hau** da 93/13 Yönergesi’nde dürüstlüğe aykırılık karinesi içinde görülen mahkemeye başvuruyu zorlaştıran koşulların yalnız tüketicinin hak arama yolunu zorlaştırmadığı, aynı zamanda kullananın hak arama yolunu kolaylaştırdığını konu edinmesinden, tacir-tacir işlemlerinde de dikkate alınması gereken bir adalet içeriği çıkarmaktadır (**Hau** in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Klauseln G 149).

⁵⁸ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 248; **Atamer**, Yeni TBK, s. 44, 45; **Başalp**, s. 233; **Gümüş**, s. 50.

menfaatlerine ve dava konusuna en uygun yeri tespit ettiği⁵⁹, her biri farklı bir değer yargısına (adalet içeriğine) sahip, oldukça ayrıntılı hükümler sevk etmiş (m. 5-16), bazılarında kesin yetki kuralı öngörmeyerek bunlardan sapılmasına belirli koşullar içinde izin vermiştir. Şu hâlde, yetki şartlarında denetim kriteri, kanunun belirlediği kesin olmayan yetki kurallarıdır⁶⁰.

b. Kesin Olmayan Yetki Kurallarından Ayrılan Tacirlerin İçerik Denetimi ile Korunma İhtiyaçları

Kanun koyucunun, menfaat dengesini tacir veya kamu tüzel kişisi olmayanların yetki sözleşmesi akdetmesine izin vermeyerek kurduğu, bu suretle kesin olmayan yetki kurallarından sapılıp sapılamayacağı meselesini yetki sözleşmesinin geçerlilik koşullarını belirlerken değerlendirdiği, hâkimin dengenin bozulup bozulmadığı hakkında inceleme yapmasını istemediği düşünülebilir. Gerçekten yetki sözleşmesi tacirlerce geçerli olarak yapılabildiğine göre, onların kesin olmayan yetki kurallarından ayrılmalarının sözleşme adaletini de bozmayacağı, sapmayı haklı kılacak sebeplere dayanılmasına gerek olmadığı varsayılmış olabilir⁶¹. Tacir-tacir işlemleri lehine yapılan bu tercih, ilk bakışta tacirlerin hâkimin sözleşmeye müdahalesine gerek olmaksızın menfaatlerini en iyi şekilde koruyabilecekleri şeklinde okunabilir.

⁵⁹ **Aşık**, s. 12.

⁶⁰ **Atamer** haklı olarak şekli anlamda yasa niteliğini taşıyan hukuksal düzenlemelerin de içerik denetiminde hâkim tarafından dikkate alınacağını belirtmektedir (**Atamer**, **Açılımlar**, s. 306). Delil sözleşmelerinin içerik denetiminde HMK m. 193/2'deki "*ispat hakkının kullanımını imkânsız kılma veya fevkalâde güçleştirmenin*" esas alınması gerektiği yönünde bkz. **Taşpınar Ayvaz**, HMK, s. 247, 248. **Arslan**, genel işlem koşulu olarak değil, müzakere edilerek bireysel sözleşme olarak akdedilmiş delil sözleşmesinin "*ispat hakkının kullanımını imkânsız kılma veya fevkalâde güçleştirme*" kriterine göre bu sefer HMK çerçevesinde geçersiz olacağını belirtmektedir (s. 69).

⁶¹ Stein/Jonas/**Bork**, § 38 N. 59. Yalnız tacirlerin yetki sözleşmesi akdedebilecek olmaları, onların bu konuda korunmaya ihtiyaçlarının bulunmadığını gösterdiği yönünde bkz. BeckOK ZPO/**Toussaint**, § 38 N. 21. Ticarî standart sözleşmelerde Türk Borçlar Kanunu m. 20 vd.'na göre genel işlem koşulu denetiminin yapılamayacağı, tacirin Türk Ticaret Kanunu m. 55/1 f'ye göre haksız rekabet hükümlerine göre korunacağı yönünde bkz. **Antalya**, s. 294-296. Korumanın tarafların her ikisinin de konularında uzman tacir veya ticarî işletme olduğu durumlarda gerçekleşmeyeceği yönünde bkz. **Özel**, s. 71.

İçerik denetiminin aleyhindeki bir başka argüman, yetki sözleşmesinin prensip olarak münhasır karakteri haiz olmasıdır. Artık yetki sözleşmeleri kanunen yetkili olmayan mahkemenin yetkili kılınmasına indirgenmemekte, tacirlerin aralarındaki uyuşmazlığın hangi yer veya yerdeki mahkemelerde çözümlenmesini serbestçe tayin edebilmelerine izin verilmekte, bu suretle medenî usûl hukukunda sınırlı geçerliliği bulunan irade özerkliği genişletilmiş olmaktadır⁶². 1 Ekim 2011'den sonra tacirler arasındaki bir uyuşmazlığın çözümünde bir mahkemenin -kesin yetkili olması bir kenara bırakılacak olursa- yetkili olup olmadığı incelenirken ne genel ne de özel yetki kurallarına; evveleminde ortada geçerli bir yetki sözleşmesinin bulunup bulunmadığına bakılacaktır. Şu hâlde, mahkemelerin yetkisinin kanunla düzenlenmesini emreden Anayasa m. 142'ye rağmen, tacirler veya kamu tüzel kişileri söz konusu olduğunda, hangi yerdeki mahkemenin yetkili olacağıın tarafların seçimine bırakıldığını, genel ve özel yetki kurallarına tarafların uyuşmazlığın belirli yer veya yerlerdeki mahkemede çözümlenmesi iradesinin yokluğu hâlinde müracaat edileceğini söylemek mümkündür. Yetkili mahkemenin neresi olduğunu en iyi tayin edebilecek olanın, tarafların menfaatlerini tartarak bir tercihte bulunan kanun koyucunun değil, rasyonel hareket ettiği, menfaatlerini en etkin bir şekilde koruduğu varsayılan tacirler olduğunu kabul eden bir sistemde, tacirlerin yetki şartının menfaat dengesini bozup bozmadığının incelenmesine ihtiyaç duymadıkları da çıkarılabilir.

Nihayet kesin olmayan yetkinin ilk itiraz sebebi teşkil etmesinden ötürü denetimin ancak talep edilmesi hâlinde yapılabilecek olması, yetki sözleşmesini yalnız tacirlerin akdedebilmeleri ile sözleşmenin münhasır karakterini tamamlamaktadır.

Her şeyden önce belirtmek gerekir ki, yetki sözleşmelerinde olduğu gibi mevzuatın taraflara mevcut hukuk kurallarından sapma imkânını vermesi, genel işlem koşulu denetimini peşinen bertaraf etmez⁶³.

İçerik denetiminin karşısındaki argümanların özünde, hukukî ilişkide zayıf tarafın bulunmadığı yatmaktadır. Gerçekten Hukuk Muhakemeleri Kanunu, yetki sözleşmelerine kişi itibarıyla sınır getirip tacir-tacir yetki

⁶² **Canbeldek**, s. 228.

⁶³ **Atamer**, Açılımlar, s. 314.

sözleşmelerine cevaz verirken tacirlerin kendi aralarındaki hukukî ilişkilerde hukuken eşit konumda sayılabileceklerinden⁶⁴ hareket etmiştir. Bunun sonucunda belirli yer veya yerdeki mahkemeleri yetkili kılma konusundaki seçimin tacirin kendisi için en rasyonel olduğu, müzakere edebilmeye muktedir tacirin yetkili mahkemenin belirlenmesi karşılığında karşı taraftan bir menfaat elde edebileceği, bu suretle tarafların hâkimin denetimini gerektirmeyecek kadar sağlıklı iradeleri ile sözleşmenin içeriğini kendileri için en adil şekilde belirledikleri varsayılmaktadır.

Tacirler her durumda eşit ve yetkili mahkemenin neresi olacağını müzakere ederek tam bir irade uyuşması içinde kararlaştırabiliyor olsalardı, bu ideal durum karşısında sözleşmeye müdahale edilmemesi doğru bir tercih olurdu. Ne var ki, tacirler arası işlemler çoğu zaman genel işlem koşulları ile yürütülmekte, yetkili mahkeme/mahkemeler, kesin olmayan yetki kuralından ayrılma iradesi müzakere edilip en uygun yetkili mahkeme tespit edilerek değil⁶⁵, bir tarafın yetki şartını diğer tarafa dayatması ile ortaya çıkmaktadır⁶⁶. Bilhassa bayilik almak veya ürününü hipermarketlerde satmak

⁶⁴ “Tacirler veya kamu tüzel kişileri kendi aralarındaki hukukî ilişkilerde her ikisi de hukuken eşit konumda sayılabilirler. (...) Tacirlerle kamu tüzel kişilerinin kendi aralarında, yapmış oldukları işlemlerde, belirtildiği gibi, daha zayıf konumda olan bir taraf yoktur. Kural olarak her iki tarafı da eşit kabul etmek mümkündür. Bu kimseler, kanunda belirtilen şartlara uygun olmak kaydı ile, aralarında yetki sözleşmesi yapabileceklerdir. Taraflar ayrıca, yapmış oldukları yetki sözleşmesi ile, yetkili kıldıkları bir veya birden fazla mahkemenin yetkisinin, münhasır yetki olup olmadığını da kararlaştırabileceklerdir.” (Hükümet Gerekçesinden).

⁶⁵ “Usuli eşitlik, üzerinde serbestçe pazarlık yapılabilecek, bu nedenle de bir sözleşmede edim değişimine konu olabilecek bir olgu değildir.” (Taşpınar, İspat, s. 233).

⁶⁶ Yeni toplumsal ve ekonomik gelişmelerin, sözleşenlerin bilgi düzeyi, ekonomik güçleri ve sözleşme içeriğini müzakere etme olanakları gibi koşullarda varsayılan eşitliğin ve bağımsızlığın, aslında genel işlem koşulları bağlamında genel olarak bulunmadığını ortaya koyduğu yönünde bkz. Başalp, s. 227. Taraflardan birinin üstün ekonomik ve sosyal gücünün diğer tarafın iradesinin serbestçe oluşumunu engellediği hâllerde yetki anlaşmasına geçerlilik tanınamayacağı hakkında bkz. Sargın, s. 49, 166. Yazara göre, yetki anlaşmasını geçersiz kılanın taraflardan birinin üstün ekonomik veya sosyal gücüne sahip olması değil, mevcut eşitsizliğin özgür iradenin oluşumuna engel olmasıdır (s. 50). Sadece pazarlık edilerek belirlenen sözleşme içeriğinin tarafların hak ve borçları arasındaki en ideal dengeyi ifade ettiği yönünde bkz. Atamer, GİŞ, s. 20. Yazar haklı olarak taraflar arasında güç dengesinin bozulduğu bütün hâllerde ekonomik açıdan en

isteyen tacir sıfatını haiz KOBİ'lerin, bayilik verecek kadar büyümüş bir şirket veya hipermarket ile yetkili mahkemenin neresi olacağı konusunda eşit seviyede pazarlık gücüne sahip olduğu söylenemez. Rize'de çay üreten bir limited şirketin, çayını hipermarketler dışında satarak piyasaya tutunması oldukça güçtür. Rize'deki bu limited şirketin merkezi İstanbul'da olan hipermarket ile gireceği hukukî ilişkide her halükârda İstanbul mahkemelerinde dava açmak veya açılan davada kendisini savunmak durumunda kalmasında, Kanun'un tacirlerin yetki sözleşmesi akdetmesine izin vererek bir menfaat dengesi kurduğunu söylemek zordur⁶⁷. Bu nedenle, sınırlı bir çerçevede de olsa tacirlerin tüketicilerden pek de farklı bir konumda olmadıkları, ya ticaret yapamamak ya da kullananın seçtiği yerdeki mahkemeyi kabul etmek arasında tercihte bulunmak zorunda oldukları göz önüne alındığında, yetki sözleşmesi akdedilirken kullananın seçtiği yer mahkemesinin sözleşme adaletini bozma ihtimaline açık kapı aralanmalıdır⁶⁸. Kısaca, tacirlerin de alelade bir tüketici kadar olmasa da genel işlem koşullarına karşı korunma ihtiyacı vardır⁶⁹. Genel işlem koşullarında olduğu gibi, kanunun tasvir ettiği

elverişli sonucun sözleşme yoluyla elde edilmesi imkânının ortadan kalktığı, taraflardan birinin kendi lehine şekillendirdiği sözleşme ile gücünü pekiştirdiğini belirtmektedir (Atamer, Açılımlar, s. 295). Tarafların fiilen eşit durumda olmamaları hâlinde liberal ekonomik modelin yetersizliği hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Havutçu, İçerik Denetimi, s. 30 vd.; Atamer, Kriterler, s. 105 vd. TBK'nın genel işlem koşullarına ilişkin hükümleri ile daha güçlü tarafça önceden hazırlanmış ve çeşitli hükümler içeren bir sözleşme metnini imzalayan tarafın, kendi aleyhine olan hükümleri de kabul etme iradesine sahip olmadığı karinesinin getirildiği görüşü için bkz. Oğuzman/Öz, s. 167.

⁶⁷ Tarafların pazarlık iktidarının eşit olmaması nedeniyle kullananın istediği gibi sözleşme içeriğini şekillendirmesi olgusunun tacir-tacir işlemlerinde de söz konusu olabildiği, özellikle bayilik ilişkisinde ve hipermarketlerin tedarikçileri ile olan ilişkilerinde olduğu gibi karşı tarafın sözleşmeyi başka birisi ile kurma özgürlüğüne sahip olmadığı hâllerde genel işlem koşulu denetimi yapılmasının önemi hakkında bkz. Atamer, Kriterler, s. 120-126. Bu konuda ayrıca bkz. Aydoğdu, Uygulama, s. 597 dn. 90 ve 600 vd.

⁶⁸ Karşılı, yeni kurulmuş az sermayeli ve kısıtlı imkânları olan bir ticaret şirketinin yine kendisi gibi tacir olan bir bankayla yaptığı işlemde aynı derecede kuvvetli sayılamayacağına belirtmekte, genel olarak zayıfı güçlüye karşı koruyan bir düzenlemeyi önermektedir (Karşılı, Muhakeme, s. 278. Aynı yönde bkz. Belgin Güneş, s. 214).

⁶⁹ Kuntalp, s. 92; Baş, s. 276 dn. 1; Yelmen, s. 72, 73; Aydoğdu, Uygulama, s. 597 ve 600 vd.; Yağcıoğlu, s. 3071; Aydoğdu, GİŞ, s. 34, 38. Yetki şartları özelinde bkz. Umar, s. 67, 68; Karşılı, Muhakeme, s. 278. Yetki şartı içeren genel işlem koşullarının

eşitlik ve müzakereye dayalı ideal durumdan sapılan hâllerde dengenin yeniden kurulması için müdahale haklı bir temele oturmaktadır.

Tacir-tacir işlemlerinde tarafların bazı hâllerde eşit konumda olamayabilecekleri, bu nedenle korunmaya ihtiyaç duyabilecekleri, Türk Borçlar Kanunu'nun genel işlem koşulu denetiminde tacir-tüketici ve tacir-tacir işlemleri arasında ayırım yapmaması⁷⁰ ile de gerekçelendirilebilir. Sözleşmede menfaat dengesinin tacirlerden biri aleyhine bozulmuş olmasına da hükümsüzlük sonucunu bağlayan maddî hukukun müdahale çağrısına, amaçlarından birisi de maddî hukuku gerçekleştirmek olan medenî usûl hukuku da tacir-tacir usûl sözleşmelerini içerik denetimine tâbi tutmak suretiyle karşılık verebilir.

Son olarak, yetki sözleşmesinin yazılı şekilde yapılma mecburiyetinin altında yatan sebep de tacirlerin de korunmaya ihtiyacının olup olmadığı meselesinde yol göstericidir. Yetki sözleşmelerinde adı yazılı şeklin aranması, tabîî hâkimden vazgeçildiği için tarafları düşünmeye ve dikkatli davranmaya sevk etmeyi amaçlamaktadır⁷¹. Yalnız yetki sözleşmesinde değil, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenlenen üç usûl sözleşmesinde de

kullanılmasına karşı ilaveten §§ 305'e göre tacirlerin de güçlü bir korunma ihtiyaçlarının bulunduğu hakkında bkz. **Hau** in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Klauseln G 144. Buna karşılık, bir Alman İstinaf Mahkemesi kararında tacirin genel bir korunma ihtiyacının bulunmadığı, onun da kendisini koruyabilecek genel işlem koşulu kullanabilecek olması ile temellendirilmektedir (OLG Schleswig, 21.6.2006, NJW 2006, s. 3362).

⁷⁰ **Altop**, s. 35; **Doğan**, s. 460, 461; **Havutçu**, GİŞ, s. 32; **Aydoğdu**, Uygulama, s. 592; **Yağcıoğlu**, s. 3073; **Gümüş**, s. 51.

⁷¹ **Üstündağ**, Salahiyet, s. 318; **Aşık**, s. 29; **Bolayır**, Yetki Sözleşmesi, s. 134; **Bolayır-HMK**, s. 138; **Belgin Güneş**, s. 205. Usûl işlemlerinde şeklin amacının hasmın savunma hakkını layıkıyla kullanabilmesi olduğu, yetki sözleşmelerinin yazılı şekilde yapılması ile tarafları hususi bir şekilde teyakkuza sevk etmenin amaçlandığı hakkında bkz. **Postacıoğlu**, s. 160, 337. Kamu düzenini ilgilendiren şekil kurallarının amacının işlemi yapan kişiyi düşünmeye sevk etmek olduğu hakkında bkz. **Üstündağ**, Yargılama, s. 427. Delil sözleşmesi için getirilen şekil şartının amacının tarafları düşünmeye sevk etmek olduğu yönünde bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, Usul, s. 381. Şeklin amacının tarafları düşünmeye sevk etmekten ziyade, müdafaa hakkının layıkıyla kullanılabilmesi olduğu; ancak bazı muameleler bakımından düşünmeye sevk etme amacının bulunduğu yönünde bkz. **Karşlı**, Muhakeme, s. 409, 424. Bu konuda ayrıca bkz. **Karşlı**, Usulî İşlemler, s. 74 vd.

(yetki, delil, tahkim), yazılı şekil şartının getirilmesi⁷², yalnız işlem güvenliğini tesis etmek ile değil⁷³, aynı zamanda borçlar hukukunda olduğu gibi tarafların silahların eşitliği çerçevesinde sahip oldukları “silahların” bazılarını yitirecek olmalarının sonuçlarını iyi analiz etmelerinin istenmesi ile açıklanabilir. Kanun bir yandan yalnız tacirlere münhasır yetki sözleşmesi akdetme imkânı bahşederken, diğer yandan müessesenin gücünün güçsüzü sömürmesi tehlikesini taşıdığını, sözleşme özgürlüğünün kötüye kullanılabileninden hareketle geçerlilik koşulu öngörerek tacirlerin de korunmaya ihtiyaç duyabileceklerini kabul etmiştir⁷⁴.

c. Kesin Olmayan Yetki Kurallarından Önemli Ölçüde Sapma

Burada yanıtı aranacak asıl mesele, sapma olup olmadığından ziyade, sapmanın *önemli ölçüde* olup olmadığıdır⁷⁵. Bu çerçevede yetki şartında, genel ve özel yetki kurallarından farklı bir yer mahkemesinin yetkilendirilmesinin, taraflar arasında kanunun kurduğu menfaat dengesini önemli ölçüde bozup bozmadığı araştırılmalıdır. Örneğin, genel yetkili mahkemenin davalının yerleşim yeri mahkemesi olduğu (*actorsequitur forum rei*) kuralının (HMK m. 5), kanun koyucunun terazisinde davalının menfaatlerinin ağır basmasına yol açan adalet içeriğinde, bir yandan davacının hüküm altına aldırma istediği talep sonucunun davanın açıldığı tarih itibarıyla bir

⁷² Delil sözleşmesinin geçerli bir şekilde kurulabilmesi için adi yazılı şekil yerine mahkeme önünde tutanağa geçirilecek ve imza altına alınacak irade beyanları da yeterlidir (HMK m. 193/1).

⁷³ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 257.

⁷⁴ Amaç, tarafların düşünmeye sevk edilerek korunması ise, kanımızca koruma, genel işlem koşulu denetiminin resen yapılması suretiyle etkin kılınabilir. Bu konuda bkz. aşa. C, II, 2.

⁷⁵ **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 247; **Atamer**, Yeni TBK, s. 49, 50; **Baş**, s. 297; **Aslan**, s. 320, 321. **Serozan**, müşterinin çıkarlarını ölçüsüzce çiğneyen, nalıncı keseri benzeri bencil koşullardan söz etmektedir (s. 668). **Reisoğlu**, karşı taraf ölçüsüz biçimde zarara uğrar ise genel işlem koşullarının hükümsüz sayılabileceğini, aksi takdirde müşterilerin diledikleri takdirde sözleşmedeki aleyhe hükümlere karşı dava yoluna gidebilecekleri, bu durumun bankacılık işlemleri bakımından önemli bir belirsizlik ve risk oluşturacağını ileri sürmektedir (s. 116, 117).

iddiadan öteye geçememesi⁷⁶, diğer yandan davacının davaya uzun müddet hazırlanabilecek olmasına karşılık, davalının kısa süre içinde cevap dilekçesi verme mecburiyetinin en azından onun yerleşim yerinde yargılanması ile dengelenebilecek olması⁷⁷ bulunmaktadır. Kanun'un menfaat dengesini, kendisine karşı hak iddia edilen açısından en tabii, en beklenebilir olanın, hak iddia edenin, karşı tarafın kendisini en kolay, en basit, en masrafsız şekilde müdafaa edebileceği yer olan yerleşim yerine gelerek dava açması olarak kurmasında, temelinde mahkemelerin yetkisinin kanunla düzenlenmesi mecburiyeti (AY m. 142), tabii hâkim ilkesi (AY m. 37) ve adil yargılanma hakkı (AY m. 36) olan, oldukça yoğun bir adalet içeriği görmek mümkündür⁷⁸. Bilhassa adil yargılanma hakkının unsurlarından olan hakkaniyete uygun olarak yargılanma, yani silahların eşitliği olarak ifade edilen tarafların eşit bir biçimde iddia ve savunmada bulunmaları, nihayetinde eşit biçimde hükme etki edebilmeleri⁷⁹, kanunen yetkili mahkemeden başka bir yerde yapılan yargılamayı yürütmek zorunda kalmaları durumunda zorlaşmaktadır⁸⁰. Gerçekten davacının yerleşim yerine gitmek zorunda kalan davalının davayı kaybetmesi hâlinde katlanacağı yargılama gideri ve seyahat

⁷⁶ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 164; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, Usul, s. 86; **Karsh**, Muhakeme, s. 264; **Sungurtekin Özkan**, s. 39.

⁷⁷ **Hau** in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Klauseln G 149. Yazar davalının yerleşim yerini esas alan §§ 12, 13 ZPO'nun adalet içeriğinin tacir-tacir işlemlerinde de dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.

⁷⁸ Staudinger/**Schlosser**, § 307 N. 474; Erman/**Roloff** BGB, § 307 N. 116; **Schmidt** in Ulmer/Brandner/Hensen, Teil 3 (4) Gerichtsstandskalusein, N. 4; **Hau** in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Klauseln G 149.

⁷⁹ **Pekcanitez**, Adil Yargılama, s. 46; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 383, 384; **Görgün**, s. 222; **Ulukapı**, s. 127.

⁸⁰ **Sungurtekin Özkan**, s. 39. "Kanunkoyucu genel yetkili mahkemeyi, (davalının değil) davacının yerleşim yeri mahkemesi olarak benimsemiş olsa idi; başka bir yerde bulunan davalı (en azından) duruşma günlerinde davanın açıldığı mahkemenin bulunduğu yere bizzat gitmek zorunda kalacak ve böylece hem zaman kaybedecek hem de seyahat ve gerekirse orada kalma giderleri ödeyecekti yahut bir avukat vasıtasıyla kendisini temsil ettirecek ve avukatlık ücreti ödeyecekti. Böyle bir durum, herhangi bir neden yokken davacının lehine olacak ve davalı kendisini baskı altında hissedebilecekti." (**Yılmaz**, s. 100, 101). "Usuli yük, yükümlülük ve yetkilerin dağılımı simetrik (orantılı) değildir. Örneğin, davalıyı esas alan yetki düzenlemesi bunu gösterir." (**Taşpınar**, İspat, s. 231).

masrafları artmaktadır. Ayrıca kanunen yetkili mahkemedan uzaklaşma, duruşmaya gelememe ihtimalini beraberinde getirmektedir. Duruşmaya mazeretsiz gelmemenin ise yoklukta yapılan işlemlere karşı koyamamak şeklinde ağır bir sonucu vardır (HMK m. 150). Yine karşı tarafın teksif ilkesine takılması, süreleri kaçırması, maddî hukuka aykırı karar verilmesi riskini arttırmaktadır.

Keza uyumsuzluk konusuna veya delillere yakın olma gibi adalet içeriğini mündemiç özel yetki kurallarından sapma da gerçeğe aykırı karar verilme riskini arttırmaktadır.

Karşı tarafı kanunen tâbi olduğu yerden başka bir yerde usûl ilişkisinin tarafı olmaya mecbur bırakmak, onun yargısal bir temel hakkına müdahale teşkil etmektedir. Denetlenecek genel işlem koşulunun, alelade bir hakka değil, yargısal bir temel hakka ilişkin olması, kesin olmayan yetki kurallarından sapılmasının prensip olarak önemli ölçüde olduğu tespitini yapmayı haklı kılmaktadır. Bu nedenle, kanunen yetkili mahkemedan uzaklaştırılan karşı tarafın menfaatlerinin prensip olarak üstün tutulması esas olmalıdır⁸¹.

Sapmanın önemli ölçüde olması hâlinde, içerik denetimini her halükârda kullanan aleyhine sonuçlandırmak doğru olmaz. Somut olay adaletini sağlayabilmek için kullananın sapmayı gerekçelendirme kapısı da açık tutulmalıdır. Kullananın hakkını gerçekleştirme veya kendisini savunmasını kolaylaştırmak dışında yetki seçimine dair haklı bir menfaatini ortaya koyması gerekir⁸². Ancak sapılan kanun hükmünün adalet değeri ne kadar geniş, hükme yüklenen anlam ne kadar derinse, kullananın sapmayı gereke-

⁸¹ “Ayrıca işletme tarafından müdahale edilen hakların niteliği de dikkate alınmak gerekir. Yetkili mahkeme, ispat yükü, sorumluluk kuralları gibi özel bir adalet içeriği olan kurallardan sapılmış olması halinde genellikle karşı tarafın haklarının ağır bastığı kabul edilir.” (Atamer, Yeni TBK, s. 51). Yazar, müşteriye tabii hâkiminden uzaklaştırarak yasal düzenden sapan yetki şartlarının kamu düzenine aykırı olduğunu belirtmektedir (Atamer, GİŞ, s. 283). *Konuralp* de delil sözleşmelerinin genel işlem koşulu denetiminde, hak arama hürriyeti ve savunma hakkını referans almaktadır (s. 64). Usûl sözleşmeleri ile prensip olarak sözleşmenin zayıf tarafının menfaatlerinin tehlikeye düştüğü, sözleşmesinin dengesinin bozulduğu hakkında ayrıca bkz. *Akipek Öcal*, s. 332. Delil sözleşmeleri bakımından farklı bir değerlendirme için bkz. *Yalçın*, s. 139.

⁸² Staudinger/*Schlosser*, § 307 N. 474; *Schmidt* in Ulmer/Brandner/Hensen, Teil 3 (4) Gerichtsstandskalusein, N. 4.

lendirmesi de o kadar zor olmalıdır⁸³. Başka bir deyişle, kullananın getireceği argümanların hâkimde uyandıracağı kanaatin ölçüsü (ispat ölçüsü) yüksek tutulmalıdır.

Alman Hukuku'nda yetki şartının karşı tarafın menfaatlerini makul olmayan ölçüde haleldar edip etmediği tespit edilirken, yetki şartının kullananın haklı bir menfaatine ya da ticarî örf-adete dayandırılıp dayandırılmayacağına açıklığa kavuşturulması gerektiği, kullananın uyuşmazlığın taraflardan biri için genel yetkili mahkemeye, ifa yeri mahkemesine veya sözleşme müzakerelerinin yürütüldüğü yer mahkemesine taşınabilmesini konu edinen ticarî örf'e dayanabileceği, kullananın yerleşim yerinin⁸⁴ veya ifa yerinin seçilmesinin haklı menfaat olup karşı tarafın durumunu makul olmayan ölçüde ağırlaştırmadığı, bu nedenle prensip olarak geçerli olduğu, yalnız bazı özel durumlarda içerik denetimine takılacağı kabul edilmektedir⁸⁵. Hatta daha da ileri gidilerek birden çok yer mahkemesi içinden kullanana seçim hakkı tanıyan yetki şartları dahi geçerli görülmekte⁸⁶; kullananın yerleşim yeri veya ifa yerine çok uzak olmayan bir büyük şehrin kararlaştırılması hâlinde, bu yerde kanun yolu denetiminin yapılacak olmasında veya uzman avukatların bulunmasında dahi haklı bir menfaatin bulunduğu düşünülmektedir. Buna karşılık, sözleşmenin kurulması, edimlerin ifası ve tarafların yerleşim yeri ile bağlantısı bulunmayan yer mahkemesi seçimi

⁸³ **Atamer**, Açılımlar, s. 309, 310; **Atamer**, Yeni TBK, s. 51; **Baş**, s. 297.

⁸⁴ **Schmidt**, kullananın yerleşim yeri seçiminin dengeyi bozduğu görüşünün, taraflara belirli bir çerçevede açık bırakılan ve şaşırtıcı şart olarak görülme yetkili mahkeme seçimini aşırı derece kısıtladığını belirtmektedir (**Schmidt** in Ulmer/Brandner/Hensen, Teil 3 (4) Gerichtsstandskalusein, N. 4).

⁸⁵ Erman/**Roloff** BGB, § 307 N. 116; Palandt/**Grüneberg**, § 307 N. 93; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 37 N. 20; Münch-Komm/**Patzina** ZPO, § 38 N. 22; **Schmidt** in Ulmer/Brandner/Hensen, Teil 3 (4) Gerichtsstandskalusein, N. 4. Bu türden yetki şartlarının prensip olarak geçersiz olmadığını ifade eden **Schlosser**, meseleye diğer yazarlardan farklı olarak kategorik olarak yaklaşmamakta, kullananın haklı bir sebebi varsa ve karşı taraf ciddi bir zarara uğramayacaksa, onun yerleşim yeri dışında bir yerin kararlaştırılmasının yetki şartını hükümsüz kılmayacağını; ticarî örf ve adet, kullananın yerleşim yerinin belirlenmesini haklı kılsa bile, özel durumların ayrıca değerlendirileceğini belirtmektedir (Staudinger/**Schlosser**, § 307 N. 473 475).

⁸⁶ Staudinger/**Schlosser**, § 307 N. 475.

ile⁸⁷, kullananın merkezi dışında işlerinin yoğunlaştığı ve avukatının/avukatlarının bulunduğu yer mahkemesi seçimi hükümsüzdür⁸⁸.

Bizim hukukumuzdan farklı olarak Alman Hukuku'nda yetki sözleşmelerinin münhasır olduğu karinesi açıkça düzenlenmemiştir. Kullanan kendi yerleşim yerini belirlemiş ve karşı tarafı bunu kabul etmeye mecbur tutmuş olsa bile, prensip olarak kanunen yetkili mahkemelerin yetkisi sona ermemektedir. Bir ihtilaf ortaya çıktığında kullanan, yetki şartı gereğince kendi yerleşim yerinde dava açabilecekken, karşı tarafın en azından özel yetkili mahkemelere de müracaat edebilecek olması, sözleşme adaletini yine de kanunen yetkili olmayan mahkemede dava açabilecek kullanan lehine bozsa da, sapmanın bir dereceye kadar gerekçelendirilmesi mümkün olabilmektedir.

Hukukumuzda ise yetki sözleşmelerinin prensip olarak diğer mahkemelerin yetkisine son vermesi, karşı taraf bakımından çok ağırdır⁸⁹ ve hâkimin müdahalesini gerektirecek net bir denge bozukluğu vardır⁹⁰. O, hem kendi-

⁸⁷ Erman/**Roloff** BGB, § 307 N. 116.

⁸⁸ Staudinger/**Schlosser**, § 307 N. 475; PG/**Lange**, § 38 N. 7. OLG Hamburg, 26.3.1999 (NJW-RR 1999, s. 1506). Ancak kararda, kullananın seçtiği bu yer, yakın olması itibarıyla karşı tarafı önemli ölçüde zarara uğratmayacaksa (olayda: 60 km.) yetki şartının geçerli olacağı ifade edilmektedir.

⁸⁹ **Kuru**, münhasır yetki sözleşmelerinin sosyal ve ekonomik bakımdan güçlü olanlar tarafından kolaylıkla kötüye kullanılabileceğini belirtmektedir (**Kuru**, C. I, s. 573 dn. 486). Yazar görüşünü HMK Tasarısı'nı değerlendirirken kanunen yetkili mahkemelere güvensizlik ifade edeceği, bu nedenle kamu düzenine aykırı düşeceği gerekçesi ile sürdürmüştür (**Kuru**, Değerlendirme, s. 63). **Karşlı**, düzenlemenin İsviçre Hukuku'nda olduğu gibi yetki sözleşmesi akdetme imkânının herkese tanındığı, ancak sözleşmenin prensip olarak münhasır etkili olmadığı şekilde olması gerektiği görüşündedir (**Karşlı**, Muhakeme, s. 279). Yetki sözleşmelerinin münhasır etkili olmasına karşı çıkan aynı yönde görüş için bkz. **Umar**, s. 65. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu tasarısı hâlinde iken, münhasır yetkinin kabul edilebileceğinin belirtilmesinin daha uygun olduğu görüşünü ileri sürmüşlerdir (**Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, Tasarısı, s. 26).

⁹⁰ Tacir-tacir genel işlem koşullarında yer alan münhasır yetki şartlarının hükümsüz olduğu görüşü için bkz. **Umar**, s. 68. Tacirlerin eşit konumda oldukları ve taraflardan herhangi birinin çıkarının zarar görmesinin söz konusu olmadığı, münhasır yetkili mahkeme tesis etmenin menfaatler dengesine uygun olduğu yönünde bkz. **Bolayır**, Yetki Sözleşmesi, s. 163; **Bolayır**, HMK, s. 143.

sinden hak talep edildiğinde kendisi için elverişli olmayan, kullananın yerleşim yerindeki mahkemede kendisini savunmak zorunda kalmakta hem de kullandan hak talep ettiğinde gerçeğe ulaşmayı kolaylaştıran, -sözleşmeden doğan para alacaklarında olduğu gibi bazen de kendi yerleşim yerinde dava açılmasına izin veren- özel yetki kurallarından yararlanmaktan mahrum kalmaktadır. Az yukarıda ifade edildiği üzere, genel yetkili mahkemeden alıkonulmak, bir yargısal temel hakka müdahale teşkil ettiği, genel işlem koşullarının içerik denetiminde temel hakların özündeki değerler ile bunların yansıma etkisi de dikkate alındığı için⁹¹, münhasıran kullananın yerleşim yerinin kararlaştırıldığı yetki şartlarının kanunî düzenlemeden önemli ölçüde saptığı, kullanan haklı bir sebebi veya ticarî örf-adeti ispat etmediği sürece içerik denetimi sonucunda hükümsüz sayılması gerektiği kanaatindeyiz.

Yine her iki tacirin yerleşim yeri dışında özel yetki kurallarınca da öngörülmemiş yer mahkemesinin kararlaştırıldığı yetki şartları prensip olarak hükümsüzlük yaptırımına tâbi olmalıdır. Kararlaştırılan yerin tarafların avukatlarının orada olmaları koşulu ile sözleşmenin akdedildiği⁹² veya sözleşme görüşmelerinin yürütüldüğü yer olması, bu yer kullananın yerleşim yeri olsa bile, sapmayı haklı gösteren bir sebep olarak kabul edilebilir.

Nadiren karşılaşılabilecek olsa da, genel işlem koşulları içinde münhasır olmayan bir yetki şartı varsa, kullananın yerleşim yeri yetkili kılınmış olsa bile sapmanın önemli ölçüde olmadığı kabul edilebilir.

Keza özel yetkili mahkemelerden biri ile birlikte kullananın yerleşim yeri seçimi dürüstlük kuralına aykırı görülmemelidir.

Nihayet yetki şartında karşı tarafın kanunen tâbi olduğu mahkemeler ile bağlantısı olmayan birden fazla yer mahkemesi kararlaştırılmış, seçim hakkı kullanana tanınmışsa da yetki şartı içerik denetimine takılmalıdır⁹³.

Davanın belirli bir yer veya yerlerdeki -örneğin kullananın yerleşim yerinde- görülmesi ticarî örf ve adet hâline gelmişse, şüphesiz bu yetki şartı-

⁹¹ MünchKomm/Wurmnest BGB § 307 N. 53.

⁹² **Hau** in Wolf/Lindacher/Pfeiffer, Klauseln G 149.

⁹³ Sözleşmeyle seçim hakkının taraflardan birisine bırakılmasının mümkün olduğuna ilişkin karşı. **Aştık**, s. 38.

nın içerik denetimi sonucunda hükümsüzlüğüne karar verilemeyecektir⁹⁴. Nitekim Türk Ticaret Kanunu m. 2'nin karşıt kavramından, ticarî örf ve adetin mahkemenin yargısına esas olacağı; ayrıca irade açıklamalarının yorumunda teamüllerin de dikkate alınacağı çıkarılabilir. Kullananın yerleşim yeri lehine bir ticarî örf ve adet varsa, bir tacirin başka bir tacir ile girdiği sözleşme ilişkisinde yetkili mahkeme noktasında sözleşme adaletinin bozulduğunu ileri sürememesi gerekir. Ancak kullananın yerleşim yerini yetkili kılan yetki şartının tüm tacir-tacir işlemleri bakımından ticarî örf ve adet olduğu uzun süren toplu bir uygulama sonucunda oluşmadığından, ayrıca uyulmasının zorunlu olduğu yolunda yaygın bir inanç yerleşmemiş bulunduğundan bugün itibariyle söylenemez⁹⁵. Tam tersine davalının yerleşim yeri **Postacioğlu**'nun ifadesi ile “*âdeta Usul Hukukunun tabii hukukunu teşkil edecek derecede, zaman ve mekân içinde yaygın bir kaide mâhiyetini haizdir*”⁹⁶.” Olsa olsa kullananın kendi yerleşim yerinin yetkili kılınmasını konu edinen Türk Ticaret Kanunu m. 2/2 anlamında bir bölgeye veya bir ticaret dalına özgü ticarî örf ve adete dayanması mümkün olabilmelidir.

⁹⁴ Belirtmek gerekir ki, buradaki ticarî örf ve adetin konusu, genel işlem koşulları içinde yetki şartlarının olması değil, bu yetki şartlarında belirli yerdeki mahkemenin yetkili kılınmasıdır. Yetki şartlarının yürürlük denetimi bahsinde ele alındığı üzere, bugün kendisi de genel işlem koşulu kullanan tacirler için bu koşullar arasında yetki şartının yer alması normaldir. Normal olmayan kanımızca münhasıran kullananın yerleşim yerinin yetkili kılınmasıdır.

⁹⁵ Genel olarak tüm genel işlem koşulları için bu yönde bkz. **Arkan**, s. 86.

⁹⁶ “Bunun sebebi ve izahı pek basittir: asıl olan herkesin hukuk kaidesine uygun tarzda hareket ettiğidir. Dâvacı, davalı tarafından hakkının ihlal edildiğini ileri sürmek mevkiinde olduğuna göre, aslın hilâfını iddia ediyor demektir. Başka bir deyişle, dâvacı haklı olduğunu ispat edinceye kadar haksız farz olunmaktadır. Binaenaleyh, bu mülâhaza icabı ispat yükü dâvacıya tahmil edildiği gibi, taraflardan birinin diğerinin ayağına gitmesi mevzuunda bu külfet de davacıya terettüp eder. Zira henüz haksızlığı sâbit olmayan dâvalıya asgari zahmet ve masraf yüklemek düşüncesi, dâvacının başlıca zahmet ve masraflarını deruhte etmesini ve dâvalının ikametgâhına gitmesini icap ettirir. İşte bundan dolayıdır ki, kanun, m. 9'da, bu kaideyi aslî bir kaide olarak sevk etmiş ve “her dava ikame edildiği tarihte müddeaaaleyhin Kanunu Medenî mucibince ikametgâhı addolunan mahal mahkemesinde bakılır” demiştir. Dâvacı, dâvasını dâvalının dâva tarihindeki ikametgâhı mahkemesine götürmekle kendisine terettüp eden mükellefiyet yerine getirmiş olur.” (**Postacioğlu**, s. 150).

Türk Hukuku'nda genel işlem koşulu içinde kullananın yerleşim yerini yetkili kılan yetki kayıtları ticarî örf-adet seviyesinde görülecek olursa, kanımızca yetki sözleşmesi ile birden fazla yer mahkemesi yetkilendirilebildiğine göre (HMK m. 17), en azından her iki tacirin yerleşim yerinin seçilmiş olması hâlinde yetki şartı geçerli olmalıdır. Bir yandan tarafların yerleşim yerlerinde dava edilmeleri yolunun tamamen kapatılmaması, diğer yandan her iki tarafın da kendi yerleşim yerlerinde dava açılabilir olması ile, silahların bir kısmı yitirilmiş olsa da, burada kaybın eşit olmasından ötürü yine de silahların eşitliği ilkesine uygun hareket edilmektedir.

Yetki şartında münhasıran kullananın yerleşim yeri kararlaştırılmış olsa da, taraf rollerine ve dava edilen edime göre yetki şartı içerik denetimine takılmayabilir. Örneğin, satım sözleşmesinin genel işlem koşulu niteliğindeki hükümlerinin yanında, sözleşmeden doğacak ihtilaflarda satıcı kullananın yerleşim yeri yetkili kılınmışsa, ifa yerinin kararlaştırılmamış olması ihtimalinde, satıcı semenin ödetilmesini kendi yerleşim yerindeki mahkemede dava edebilir. Zira satıcının yerleşim yeri aynı zamanda ifa yeri olması itibarıyla yetki şartı olmasaydı da yetkili olacaktı. Kanun hükümlerini tekrar eden bu türden genel işlem koşulları denetime tâbi değildir⁹⁷. Keza alıcı ayıplı ifadan ötürü uğradığı zararın ödetilmesini kullananın yerleşim yerinde dava etmek durumunda kalıyorsa da genel yetkili mahkemenin davalının yerleşim yeri mahkemesi olması nedeniyle ortada kanun hükümlerini tekrar eden bir genel işlem koşulu bulunacaktır. Bu ihtimalde alıcı ifa yeri kararlaştırılmadığı için kendi yerleşim yerinde dava açmaktan mahrum kalıyor olsa da, kesin olmayan yetki kurallarından sapmanın önemli ölçüde olduğu söylenemez.

Yetki şartının içerik denetimi sonucunda dürüstlük kuralına aykırı olduğu tespit edildiğinde yaptırımın ne olacağı Türk Borçlar Kanunu m. 25'te açıkça düzenlenmemiştir. Kanımızca yetki şartı hükümsüzlük yaptırımına tâbi olmalıdır⁹⁸. Şüphesiz kullanan kendisine yetki şartında belirtilen

⁹⁷ Staudinger/Schlosser, § 307 N. 473; Atamer, Açılımlar, s. 313; Kılıçoğlu, s. 117; Sirmen, s. 123.

⁹⁸ Oğuzman/Öz, s. 170; Eren, s. 223; Antalya, s. 318; Baş, s. 302; Havutçu, GİŞ, s. 45; Gümüş, s. 59; Özel, s. 77. Kısmî kesin hükümsüzlük görüşü için bkz. Yelmen, s. 157, 158. İçerik denetiminin yaptırımının kesin hükümsüzlük olduğunu savunan Nomer,

yerde dava açıldığında yetki ilk itirazında bulunursa, hükümsüzlüğü ve yetki ilk itirazını ileri sürme hakkını açıkça kötüye kullanmış olacak ve dürüstlük kuralına aykırılıktan ötürü (TMK m. 2) içerik denetimi yapılamayacaktır⁹⁹.

C. Yetki Şartının Yazılmamış Sayıldığı veya Hükümsüzlüğünün İleri Sürülmesi ve İncelenmesi

I. Yazılmamış Sayıldığı veya Hükümsüzlüğünün Yetki İlk İtirazı ile İleri Sürülmesi

Kullanan, yazılmamış sayılan veya hükümsüz olduğu düşünülen genel işlem koşulu niteliğindeki yetki şartına dayanarak kanunen yetkili olmayan mahkemede dava açarsa, karşı taraf ancak cevap dilekçesi ile birlikte yetki ilk itirazında bulunarak yetki şartının denetimini yaptırabilir (HMK m. 19/2 c. 1).

Karşı taraf genel işlem koşulu niteliğindeki yetki şartının hükümsüz olduğunu düşünerek yetki şartında belirtilmemiş, ancak kanunen yetkili mahkemede dava açarsa, davalı kullananın davanın yetki şartı gereğince münhasır yetkili mahkemede açılmadığı iddiası ile ileri süreceği yetki ilk itirazı üzerine de yetki şartının genel işlem koşulu niteliğinde olup olmadığı, niteliğinde ise yürürlük, yorum ve içerik denetimi gündeme gelebilir.

Yetki ilk itirazının geçerliliği yetkili mahkemeyi; birden fazla yetkili mahkeme varsa seçtiği mahkemeyi bildirme koşuluna bağlıdır (HMK m. 19/2 c. 2). Başka bir söyleyişle, yalnız mahkemenin yetkisiz olduğunu ileri sürmek, yetki şartının geçerliliğinin incelenmesine, bu bağlamda genel işlem koşulu denetimine elvermez. Zira yetki itirazı bu durumda Kanun gereğince dikkate alınmaz (HMK m. 19/2 c. 3).

esnek hükümsüzlüğün de değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir (s. 57). Bir usûl sözleşmesinde dürüstlüğe aykırı hükümlerin yaptırımının maddî hukuk hükümlerine başvuru olarak butlan olması gerektiği yönünde bkz. **Taşpınar**, İspat, s. 255 dn. 152. Yazılmamış sayılma görüşü için bkz. **Kılıçoğlu**, s. 121.

⁹⁹ Tek taraflı hükümsüzlük görüşü için bkz. **Aydoğdu**, GİŞ, s. 135, 136. **Budak**, taraflardan birinin tacir olmadığı yetki sözleşmesinin hükümsüzlük değil, tek taraflı bağlamazlık yaptırımına tâbi olduğu görüşündedir. Bu durumda, -örneğin tüketicinin- yetki sözleşmesinde belirtilen yerde açtığı davada tacirin yetki sözleşmesinin geçersizliğine dayanarak ileri sürdüğü yetki itirazı reddedilecektir (**Budak**, Yetki, s. 11, 12).

Yetki itirazında yetkili mahkeme olarak gösterilen mahkemenin yetkisinin -yetki şartının hükümsüz olması, bu nedenle kanunen yetkili mahkemelerde dava açılması gerektiği örneğinde olduğu gibi- gerekçelendirilmesi de gerekli midir? Bu soruya verilecek yanıt, yetki itirazında bulunup yetkili mahkemenin gösterilmesi ile açıkça talep edilmese de hâkimin genel işlem koşulu denetimini resen yapıp yapamayacağına ışık tutacaktır.

Hâkim, bir hukukî işlemin hükümsüzlüğünü itiraz temeli olması itibarıyla resen dikkate alır¹⁰⁰. Ancak bunun için itirazın dayandığı maddî vakıaların taraflarca hâkime aksettirilmesi ya da taraflarca açıkça dayanılmasa da dosya kapsamından anlaşılması gerekir. Hâkim bu maddî vakıanın hakkın doğumuna engel olduğunu, yani etkisini resen dikkate alır¹⁰¹. Davalı usûlüne uygun bir yetki itirazında bulunduğu anda, yetki şartının tacir-tacir işlemi olmamasına veya genel işlem koşulu denetimi sonucunda yazılmamış sayıldığına veya hükümsüz olduğuna dayanmasa bile hâkim dosya kapsamından yetki şartının davacıya mahkemenin bulunduğu yerde dava açma yetkisi tanımadığını anlayabilir¹⁰². Bu nedenle, davacı mahkemenin bilakis yetkili olduğunu cevaba cevap dilekçesinde belirtmişse, savunmanın somutlaştırılması yükü yerine getirilmesine (HMK m. 194), yani yetkisizliği doğuran sebebi belirtilmesine gerek yoktur. Ancak usûl hukuku ile ilgili ihtilaflar da taraflar arasında ispat faaliyetinde bulunulmasını gerektirir. Bu bağlamda, hâkimde oluşan geçici kanaate karşı diğer tarafın karşı ispat faaliyetinde

¹⁰⁰ **Postacıoğlu**, s. 274; **Kuru**, C. II, s. 1770; **Bilge/Önen**, s. 454; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 305; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 535; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, Usul, s. 254; **Karlı**, Muhakeme, s. 510; **Umar**, s. 452; **Görgün**, s. 189; **Ulukapı**, s. 253. “Hakkın kötüye kullanıldığı savunma olarak ileriye sürülmüş olmasa dahi bu husus defî değil itiraz olarak kabul edildiğinden hakim, dava dosyasından anlaşılacak böyle bir durumu resen göz önüne almak zorundadır (Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun 04.11.1964 gün 1964/2-953 Esas ve 1964/640 K. sayılı ilamı ile 14.02.1951 tarih ve 1949/17 E, 1951/1 K. sayılı; 8.11.1991 tarih 1990/4 Esas, 1991/13 K. sayılı Yargıtay İçtihatı Birleştirme Kararları)” HGK, 20.10.2010, 6-404/533 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰¹ **Postacıoğlu**, s. 274.

¹⁰² Yetki ilk itirazında bulunulmuşsa, taraflar arasında yetki şartının münhasır karakterde olup olmadığı tartışılıyorsa, hâkimin bundan önce tacir olmayanların aksettikleri yetki sözleşmeleri ile tacir-tacir işlemlerinde genel işlem koşulları arasında yer alan münhasır yetki sözleşmelerinin geçersizliğini resen dikkate alması gerektiğine ilişkin bkz. **Umar**, s. 67, 68.

bulunmasına izin verilmesi (HMK m. 191), hukukî dinlenilme hakkının gereğidir (HMK m. 27). Davacı pekâlâ karşı tarafın tacir sıfatını haiz olduğunu; kanunen yetkili mahkemeden sapılmasının haklı bir sebebe dayanmadığını ileri sürebilir. Bunun için mahkeme Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 138'e göre dosya üzerinden karar verebilecek olsa da, davacının yetki şartının hükümsüzlüğünden ötürü sürpriz bir kararla karşılaşmaması için davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde muhtemel hukukî sebebe işaret edip uyarı yükümlülüğünü yerine getirerek¹⁰³ davacıyı açıklama yapmaya davet etmeli, tarafları ön incelemesi duruşmasında dinlemelidir.

II. Yetki Şartının Yazılmamış Sayıldığı veya Hükümsüzlüğünün Hâkim Tarafından Resen Dikkate Alınıp Alınmayacağı Meselesi

1. Olan Hukuk Bakımından

Yazılı şekil şartına bağlı bir sözleşmenin şekil şartına uyulmadan yapılmış olması (TBK m. 12/2), sözleşmenin kanunun emredici hükümlerine, ahlaka, kamu düzenine aykırı olması (TBK m. 27) durumunda hükümsüzlük, ilgili tarafça ileri sürülmesi de, dosya kapsamından anlaşılabiliriyorsa hâkim tarafından resen dikkate alınır. Sonucu yazılmamış sayılma veya hükümsüzlük olan genel işlem koşulu denetiminin emredici karakteri haiz olduğunda ve hâkim tarafından resen yapılabilmesinde de tereddüt edilmemelidir¹⁰⁴. Genel işlem koşulları arasında yer alan usûl sözleşmeleri de, etkilerini maddî hukuk alanında gösteren hükümlerden farklı muameleye tâbi olmamalıdır. Hafif ihmalden sorumlu olunmayacağına ilişkin genel işlem koşulu, tazminat alacaklısının alacaklı sıfatını ortadan kaldırmakta; ispat hakkını ölçüsüz bir şekilde sınırlandıran genel işlem koşulu niteliğindeki delil sözleşmesi alacak hakkının ispatını zorlaştırmaktadır. Her iki ihtimalde de sonuç esas itibarıyla aynıdır: Malvarlığında eksilme meydana gelmenin zararının, karşı tarafa tazminat ödetilmesi yolu ile giderilememesidir. Genel

¹⁰³ Özekes, s. 187; Karaaslan, s. 213.

¹⁰⁴ Oğuzman/Öz, s. 167, 168; Altop, s. 37; Antalya, s. 288; Ulusan, s. 1121; Aydoğdu, GlŞ, s. 76. Haksız şart denetimi için aynı yönde bkz. Zevkliler/Aydoğdu, s. 165. Alman Hukuku'nda bu yönde bkz. Staudinger/Schlosser, vor § 307 N. 25, 26.

işlem koşulu denetimi, -koşulları mevcut ise- hak sahibinin hakkını gerçekleştirilmesi, kendisine karşı hak iddia edilenin kendisini etkin bir şekilde müdafaa etmesine yönelik engelleri ortadan kaldırmayı amaçlamaktadır.

Maddî hukuk sözleşmeleri ile usûl sözleşmelerinin genel işlem koşulu denetimindeki müşterek hedefe rağmen, usûl hukukundan doğan savunma sebeplerinin ileri sürülmesi ve incelenmesinden kaynaklanan düzenlemeler, usûl sözleşmelerinin denetimi ile maddî hukuk sözleşmelerinin denetiminin bir bütün olarak ele alınmasına engel olmaktadır. Etkilerini maddî hukukta meydana getiren ve genel işlem koşulları içinde yer alan bir sözleşmenin hükümsüzlüğü resen tespit edilip dava esastan reddedilebilir. Buna karşılık, etkilerini usûl hukukunda meydana getiren yetki sözleşmesinin geçerli olup olmadığı meselesi ile yetkisizliğe resen karar verilip verilemeyeceği meselesinin dahi birbirinden ayrı ele alınması gerekir. Bir an için mahkeme yetki sözleşmesinin geçersiz olduğunu resen tespit edebiliyor olsa bile, yetkisizlik kararı veremez¹⁰⁵. Zira yetkisizlik kararının verilebilmesinin temel koşulu, davalının ilk itiraz ileri sürmesi, yani yetkisizlik kararı verilmesini açıkça talep etmesidir. Kesin yetkinin dava şartı (HMK m. 114/1 ç), kesin olmayan yetkinin ilk itiraz (HMK m. 116/1 a) olarak farklı muameleye tâbi tutulmasına, kesin olmayan yetkide yetkisizlik kararı verilmesi noktasında hâkimin pasif kılınmış olduğu dışında başka bir anlam yüklemek mümkün gözükmemektedir.

Hâkim resen yetkisizlik kararı veremese de, onun en azından yetki şartının yürürlük, yorum ve içerik denetimini resen yaparak yazılmamış olduğu veya hükümsüzlüğünü tespit etmesi mümkün müdür? Bu soruya olumlu yanıt verilecek olsa dahi, davalının yetki şartının yazılmamış olmasına veya hükümsüzlüğüne rağmen yine de yetki itirazında bulunmayarak

¹⁰⁵ “Mahkeme, yetkili olup olmadığını kendiliğinden (resen) gözetemez; yetki itirazı yalnız ilk itiraz olarak ileri sürülebilir. Davacı yetki (ilk) itirazında bulunamaz; bu hak yalnızca davalıya tanınmıştır.” 4. HD, 18.9.2002, 5354/9547 (YKD 2033/1, s. 20). Dava yetki sözleşmesinde kararlaştırılmamış yerdeki mahkemede açılırsa da mahkeme resen yetkisizlik kararı veremez: “HMK’nın 17. maddesinde düzenlenen yetki sözleşmesi ile kararlaştırılan mahkemenin yetkisi kamu düzenine ilişkin ve kesin bir yetki kuralı olmadığı gibi (...) HMK’nın 19/2. maddesi ve İİK’nın 265. maddesi gözetilmeksizin re’sen yetkisizlik kararı verilmesi doğru olmamış (...)” 11. HD, 27.3.2013, 4633/6098 (Ateş, C. I, s. 152).

yetkisiz mahkemeyi yetkili hâle getirmesi ve işin esasına girilmesini sağlaması olasıdır. Yine mahkeme yetki şartının genel işlem koşulu denetimini yetki itirazı ileri sürülmesine de resen yapmaya yetkili ise, bu yetkisini çok kısıtlı bir zaman dilimi içinde yapabilecektir. Gerçekten mahkemenin yetki ilk itirazının ileri sürülmeyerek yetkili hâle gelmesi cevap dilekçesinin verilmesi ile gerçekleşeceğine göre, yetki şartının genel işlem koşulu denetimi de davanın açıldığı tarih ile cevap dilekçesinin verildiği tarih arasında yapılabilecektir. Hatta mahkemenin genel işlem koşulu denetimini davalının dikkatini çekmek, ona yetkili olmadığını işaret etmek için yapacağı düşünüldüğünde, daha cevap dilekçesi tebliğ edilmeden hem yürürlük hem yorum hem de içerik denetimini dava dilekçesini alır almaz yapması, tensip tutanağında da denetimin sonucunu belirterek dava dilekçesini yetki şartının yazılmamış sayıldığı veya hükümsüzlüğüne ilişkin ara kararı ile tebliğ etmesi gerekir. Ne var ki, taraflar arasında diyalektik bir süreç içerisinde cereyan etmesi beklenen böyle bir denetimi, davacının ön sorun hakkında Kanun'da özel surette düzenlenen hukukî dinlenilme hakkını (HMK m. 164/2) ihlâl etme pahasına yapmak ve alelacele sonuçlandırmak doğru olmadığı gibi, Kanun'un mahkemenin yetkisini incelemesine dair getirdiği sistem ile de bağdaşmaz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, yetki sözleşmesinin akdedilip akdedilmemesi arasında ayırım yapmaksızın yetkisiz mahkemenin davalının içtinabına bağlı olarak yetkili kılınması yolunu açmakla (HMK m. 19/4), yetki konusunda bir uyumsuzluğun çıkmasına da ancak davalının harekete geçmesi hâlinde izin vermiş; yetki şartının hüküm ve sonuç doğurduğunu tartışmalı hâle getirmenin yolunu ilk itiraz ileri sürmek olarak belirlemiştir. Başka bir deyişle, mahkemenin resen denetim yaparak yetki şartının yazılmamış veya hükümsüz olduğuna işaret etmek suretiyle taraflar arasında bir uyumsuzluğa meydan vermemesi; bu suretle, aleyhe sonuçtan kaçınmak için ilk itiraz ileri sürülmediği sürece, tüm genel işlem koşulları için resen yapılması arzu edilen denetimden imtina etmesi istenmiştir. Şu hâlde, mahkemenin yetkili olmayışı, genel işlem koşulu niteliğindeki yetki şartının yazılmamış sayıldığı veya hükümsüz olduğundan kaynaklanması hâlinde de, davalının ilk itiraz ileri sürmesi aranacaktır¹⁰⁶.

¹⁰⁶ Davalı usûlüne uygun bir şekilde yetki itirazında bulunmazsa, yetki şartının genel işlem koşulu denetimi yapılamayacağı gibi, yetki sözleşmesinin Hukuk Muhakemeleri

Usûl hukukuna ilişkin savunma sebeplerinden olan ilk itirazların ileri sürülmesi esasen bir haktır. Kanun, ilk itirazın cevap dilekçesi dışında ileri sürülmesine hiçbir şekilde izin vermediği için¹⁰⁷, yetki ilk itirazının cevap dilekçesi ile ileri sürülmemesi hakkı sükût ettirir¹⁰⁸, yani ilk itiraz ileri sürme hakkından nihaî ve geri alınamaz, hata, hile, ikrah gibi iradeyi sakatlayan sebeplere dayanarak dahi ortadan kaldırılamaz feragat sonucu ortaya çıkar. Davalının bu haktan feragat etmesinin ihtimal dâhilinde olduğu bir aşamada genel işlem koşulu denetimi yapılmaması gerekir. Haktan sükût etmesinden sonra da, sözleşmenin diğer hükümleri için genel işlem koşulu denetiminin tahkikat aşamasında yapılması ve sözleşme hükümlerinden bazılarının yazılmamış sayılmasına veya hükümsüzlüğüne karar verilmesi hâlinde dahi, davalının yetki şartının denetiminin yapılmasını istemesi, hâkimin de yetki şartını resen denetlemesi mümkün olmamalıdır.

Mahkemenin yetki şartının genel işlem koşulu denetimini resen yapmamasının bir başka açıdan, davalının yetki itirazı ileri sürmemesi ile zımnî bir yetki sözleşmesinin meydana geldiği görüşü ile temellendirilmesi düşünebilir. Gerçekten yetki itirazında bulunmak, bir zımnî irade beyanı olarak kabul edilip cevap dilekçesinde mahkemenin yetkisiz olduğunun ileri sürülmemesi suretiyle taraflar arasında zımnî bir yetki sözleşmesi akdedilmiş oluyorsa¹⁰⁹, yetki şartı genel işlem koşulu denetimine takılacak bile olsa,

Kanunu'nda düzenlenen diğer geçerlilik koşulları da resen incelenemeyecektir (**Bolayır**, Yetki Sözleşmeleri, s. 173; **Umar**, s. 73). Hatta davanın geçerli bir yetki sözleşmesine rağmen kanunen yetkili mahkemede açılması hâlinde de yetki sözleşmesinin varlığı resen dikkate alınamayacaktır (**Üstündağ**, Yargılama, s. 421. İsviçre Hukuku'nda bu yönde bkz. BK ZPO-**Berger**, Art. 17 N. 49).

¹⁰⁷ **Üstündağ**, kanunumuzun teksif ilkesinin en sert şeklini kabul etmiş olduğunu, bazı sebeplerin varlığı hâlinde zamanında ileri sürülemediği olan ilk itirazların sonradan ileri sürülmesi için imkân dahi tanıma lüzumunu duymadığını belirtmektedir (**Üstündağ**-Yargılama, s. 215). “Davalı on günlük cevap süresinden sonra yetki itirazında bulunursa, davacı süre aşımına karşı koymasa bile bu süre hak düşürücü nitelikte olduğundan, mahkeme, yetki itirazını kendiliğinden süre aşımından dolayı reddetmekle yükümlüdür.” HGK, 25.1.2006, 11-659/15 (MİHDER 2006/2, s. 1015-1018).

¹⁰⁸ **Postacioğlu**, s. 169; **Kuru**, C. I, s. 586; **Umar**, s. 82; **Yılmaz**, s. 215; BK ZPO-**Berger**, Art. 18 N. 4.

¹⁰⁹ **Kuru**, C. I, s. 559; **Üstündağ**, Yargılama, s. 216; **Bilge/Önen**, s. 202; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 156, 157; **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s. 183; **Akıncı**, s. 55; **Bolayır**, Yetki

tarafların zımnî irade beyanları ile bu sefer geçerli bir yetki sözleşmesi akdedebilme imkânları sürdüğünden, hâkimin resen denetim yapmaması gerekir¹¹⁰. Kanımızca yetki itirazında bulunmamakla taraflar arasında zımnî bir yetki sözleşmesi kurulmadığı için, genel işlem koşulu denetiminin resen yapılamaması bu şekilde temellendirilemez. Bir kere, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 18, yetki sözleşmesinin geçerliliğini adî yazılı şekle tâbi tutmuştur. Cevap dilekçesi vermemek veya cevap dilekçesinde mahkemenin yetkisiz oluşunu ileri sürmemek, iradenin Kanun'un aradığı şekilde beyan edilmiş sayılması için yeterli değildir¹¹¹. Sonra, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 19/4, yetkisiz mahkemenin, tarafların iradelerinin zımnî uyuşması ile değil, davalının süresi içinde ve usûlüne uygun olarak yetki itirazında bulunmaması ile yetkili hâle geleceğini öngörmektedir. Şu hâlde yetkisiz mahkemenin yetkisi tarafların farazî iradelerinin bu yönde olmasından değil, kanun gereği doğmaktadır^{112,113}.

Mahkemenin yetkisiz olduğunun cevap dilekçesinde ileri sürülmemesinin hakkı sükût ettirmesinin, davalının yetkisizliğe dayanmadan işin esasına girmesine Kanun'un bağladığı bir sonuç olup olmadığını irdelenmesini gerektirmektedir. Zira cevap dilekçesi vererek davanın reddini haklı kılacak

Sözleşmesi, s. 144; **Karlı**, Muhakeme, s. 276; **Umar**, s. 73; **Görgün**, s. 84; **Yılmaz**, s. 216; **Canbeldek**, s. 219; **Ulukapı**, s. 167.

¹¹⁰ Yetki itirazında bulunmama da zımnî bir irade beyanı varsa, münhasır etkili geçerli bir yetki sözleşmesine rağmen sözleşmede belirtilmeyen yerdeki mahkemede dava açılması üzerine davalının ilk itirazda bulunmaması durumunda, yine zımnî irade beyanı ile yeni bir yetki sözleşmesi akdedilmiş olunacaktır.

¹¹¹ **Aşık**, s. 32; **Sungurtekin Özkan**, s. 44.

¹¹² **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, Usul, s. 108; **Aşık**, s. 33.

¹¹³ İsviçre Hukuku'nda **Berger**, yetki itirazının ileri sürülmemesi, zımnî yetki sözleşmesini meydana getiriyor olsaydı, dava devam ederken iradeyi sakatlayan sebeplere dayanarak sözleşmenin iptalinin talep edilebileceğini (BK ZPO-**Berger**, Art. 18 N. 4) belirtmektedir. Bu görüş takip edildiğinde, tahkikat aşamasında genel işlem koşulu denetimi sonucunda yetki şartı için de yazılmamış sayılma veya hükümsüzlük sonucu ortaya çıkarsa, ortada esaslı bir saik hatası olduğundan bahisle (TBK m. 32) zımnî yetki sözleşmesinin de iptal edebilmesi olanaklı hâle gelirdi. Ne var ki, kesin bir usûlî durumun meydana gelmesinden, yani belirli bir usûl kesitinden sonra irade fesadına dayanarak iptal imkânı sona erer (**Üstündağ**, Salahiyet, s. 317; **Taşpınar**, İspat, s. 252-254; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, Usul, s. 177; **Aşık**, s. 40; **Belgin Güneş**, s. 200).

esasa veya usûle ilişkin savunmada bulunan, ancak mahkemenin yetkili olup olmadığına değinmeyen davalının mahkemenin yetkisini tanıdığı, genel işlem koşulu denetimi yapılmasını istemediği varsayılacak olsa da, cevap dilekçesi vermeyerek davacının tüm iddialarını, bu arada geçerli bir yetki şartı sayesinde esasen yetkisiz bir mahkemenin yetkili olduğunu inkâr etmiş, bu sayede yetki şartının genel işlem koşulu denetimi yolunu da açmış olur mu? Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu döneminde bir görüş, cevap dilekçesi vermeyen davalının mahkemenin yetkisini kabul etmiş sayılmayacağını, mahkemenin resen yetkili olup olmadığını inceleyebileceğini savunuyordu¹¹⁴. Hukukumuzda olduğu gibi kesin olmayan yetki için mahkemenin yetkili olmadığına prensip olarak davalının dayanmasını arayan İsviçre Hukuku'nda davalı, mahkemenin yetkisiz olduğu itirazını ileri sürmeksizin işin esasına karşı savunma yaparsa, onun mahkemenin yetkisizliğini ileri sürmekten feragat ettiği kabul edilmekte (Einlassung), mahkeme yetkili hâle gelmektedir (SchZPO Art. 18). Buna karşılık davalı, dava dilekçesine karşı kayıtsız kalarak esas hakkında savunma yapmamışsa, mahkemenin yetkisini tanımış olmaz. Bu durumda, mahkeme yetkili olup olmadığını resen inceleyebilir¹¹⁵. Bir yandan Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 19 f. 2 ve 4, diğer yandan m. 115/1, yetki itirazının cevap dilekçesi ile birlikte veya hiç cevap dilekçesi vermemek suretiyle ileri sürülmemesine, yetki itirazının dikkate alınmayacağı sonucunu bağlayarak yetkisizliğin resen incelenmesi yolunu cevap dilekçesinin verilmemesinde de kapatmıştır¹¹⁶. Bu durumda, cevap dilekçesi vermeyen davalı, davacının ileri sürdüğü tüm vakıaları inkâr etmişken (HMK m. 128), yetki şartının sözleşmenin kapsamına dâhil olmadığı veya dürüstlük kuralına aykırı olduğundan bahisle hüküm ve sonuç doğurmadığını ileri sürmekten feragat etmiş sayılmaktadır.

Türk Hukuku'nda yetki şartının resen genel işlem koşulu denetimine izin verilmediği yönündeki kanaatimiz, ilk itiraz ileri sürüldüğünde yapılacak denetimde yazılmamış sayılacak veya hükümsüzlüğü tespit edilecek

¹¹⁴ Üstündağ, Yargılama, s. 216. Karşı yönde bkz. **Kuru**, C. I, s. 578; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, Usul, s. 108 dn. 103; **Umar**, s. 73, 74.

¹¹⁵ BK ZPO-**Berger**, Art. 18 N. 19; **Heddingerin** Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Art. 18 N. 13. Bu konuda ayrıca bkz. **Bolayır**, Yetki Sözleşmesi, s. 146-148.

¹¹⁶ **Budak**, Yetki, s. 3.

yetki şartlarının ilk itiraz ileri sürülmeyerek yazılmış sayıldığı ve geçerli hâle geldiği şeklinde anlaşılmalıdır. Başka bir deyişle, ilk itiraz ileri sürülmesi ile gerçekte yazılmamış veya hükümsüz yetki şartı sözleşmenin içeriğine dâhil olmaz veya bu şart geçerli kılınmaz; yalnız yazılmamış sayılma veya hükümsüzlük ancak belirli bir usûl kesitine kadar ileri sürülebilir. Bu usûl kesitinden sonra yetkisiz mahkemenin yetkili hâle gelmesi, ortada geçerli hâle gelen bir yetki sözleşmesi olduğu için değil, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 19/4 gereğince dir.

2. Olması Gereken Hukuk Bakımından

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'da 2003 yılında yapılan değişiklikle tüketici işlemlerinde sözleşme adaletini bozan haksız şartların denetlenmesinin yolu açılmıştır. Türk Borçlar Kanunu sözleşmenin türü ve tarafı bakımından bir ayrıma gitmeden tüm sözleşme ilişkilerinin genel işlem koşulu denetimini öngörerek¹¹⁷ sözleşme adaletinin dürüstlük kuralına aykırı genel işlem koşullarının ayıklanması suretiyle tesis edilmesini bir hedef olarak ortaya koymuştur. Buna karşılık, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yazılmamış sayılma veya hükümsüzlüğün ileri sürülmesinde sert teksif ilkesi benimsenmiştir. Bu durum, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ilk itiraz üzerine incelemeye izin veren yetki ve tahkim sözleşmeleri bakımından, Türk Borçlar Kanunu'nun tayin ettiği hedeften ayrılmak istediği ile açıklanabilir¹¹⁸. Kanun koyucunun bu tercihinin altında gerçek usûl sözleşmelerinin

¹¹⁷ Aslan, s. 317.

¹¹⁸ Yetki ve tahkim şartlarının denetiminde pasif bir hâkim yeğlenmiş olmakla beraber, diğer usûl sözleşmelerinde, örneğin ispat hakkını tamamen ortadan kaldıran veya ölçüsüz olarak kısıtlayan delil sözleşmelerinde denetimin resen yapılmasına bir engel bulunmamaktadır. Genel işlem koşulu denetiminde hâkimin önüne gelen ispata ilişkin şartı incelerken kamu düzenine aykırılığın derecesine ve ağırlığına göre resen harekete geçeceği yönünde bkz. Taşpınar, İspat, s. 244. Delil sözleşmelerinin genel işlem koşulu denetimini ele alan Konuralp, münhasır delil sözleşmelerine verilen global kabulün, dava ve savunma hakkının kullanılması imkânını esaslı ölçüde zedeliyorsa, geçersiz sayılması gerektiğini belirtmektedir (s. 67). İspat hakkını sınırlandıracak şekilde akdedilen delil sözleşmelerinin genel işlem koşulu denetimi sonucunda hükümsüz sayılması gerektiği yönünde bkz. Çiftçi, s. 170. Delil sözleşmelerinin, genel işlem şartlarının geçerliliğinin bağlı olduğu koşullara göre düzenlenmesi gerektiği yönünde bkz. Sungurtekin Özkan, s. 126.

kurulması ve geçerliliğine borçlar hukukuna ilişkin hükümlerin ancak kıyasen uygulanabilmesi¹¹⁹, yetki itirazında bulunulmamasında olduğu gibi kesin ve bağlayıcı bir usûlî durum meydana gelmişse, maddî hukuk kurallarının bertaraf edilebilecek olması yatmaktadır. Genel işlem koşulu denetiminin tüm sözleşmelerde yapılmasına yönelik irade ve bunun altında karşı tarafın korunma düşüncesi ile ilk itiraz sistemi bir bütün oluşturmamaktadır¹²⁰. Yalnız etkilerini maddî hukukta doğuran sözleşmeler değil, usûl sözleşmelerinin de genel işlem koşulları içinde yer alması hâlinde, bunlar tarafların yazılmamış sayılma veya hükümsüzlüğe dayanıp dayanmadıklarına bakılmaksızın resen denetlenebilmelidir. Medenî usûl hukukunun usûl sözleşmelerinin karakteristiğinden hareketle denetime mani olmaktan ziyade, yargılamanın makul sürede sonuçlanması gibi başkaca dinamikleri ile genel işlem koşulu denetimini dengeleme işlevi vardır. Bu dengenin tacir-tacir olmayan (bilhassa tüketici) işlemleri ile tacir-tacir işlemlerinde farklı şekilde kurulması düşünülebilir. Aşağıda teksif ilkesinden bütünüyle ayrılmadan, ancak kesin ve bağlayıcı bir usûlî durum da meydana getirmeden resen denetimin nasıl yapılabileceği üzerinde durulacaktır.

a. Tacir-Tüketici İşlemlerinde

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 17, tüketicilerin ister genel işlem koşulu olsun ister müzakereye konu edilen bireysel sözleşme niteliğinde olsun, yetki sözleşmesi akdetmesine izin vermemiştir. Hükümün Hükümet

¹¹⁹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 256, 257; **Bolayır**, Yetki Sözleşmeleri, s. 48; **Aşık**, s. 20, 21; **Taşpınar Ayvaz**, HMK, s. 231. Yetki sözleşmenin kuruluşu ve geçerliliğinin usûl hukukuna tâbi olması gerektiği yönünde bkz. **Ulukapı**, s. 164, 175. Yetki sözleşmesini usûl hukuku sözleşmesi kabul eden ve sözleşmenin önce HMK'ya, bunun dışında irade fesadı gibi hâllerde TBK'ya tâbi olduğunu savunan görüş için bkz. **Kuru**, C. I, s. 555; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 152; **Görgün**, s. 82. Yetki sözleşmesinin bir usûl hukuku sözleşmesi olduğu, kuruluşu ve geçerliliği bakımından maddî hukuka, etkileri bakımından usûl hukukuna tâbi olduğu görüşü için bkz. **Karlı**, Muhakeme, s. 84; **Budak**, Yetki, s. 16. Bu son görüşün eleştirisi için bkz. **Umar**, s. 68, 69. Yetki sözleşmesini borçlar hukuku sözleşmesi kabul eden görüş için bkz. **Üstündağ**, Salâhiyet, s. 313; **Postacıoğlu**, s. 160 dn. 13; **Bilge/Önen**, s. 201.

¹²⁰ Tacir ile tacir olmayanların akdettikleri yetki sözleşmesinin geçersizliğinin resen dikkate alınmaması bakımından aynı yönde bkz. **Aşık**, s. 42.

Gereğesinde tacir olmayanların tacirler karşısındaki güçsüz konumunun haklı kıldığı korunma ihtiyacına iltihaki sözleşmeler özelinde vurgu yapılmıştır¹²¹. Hatta tacir olmayanların yetki sözleşmesi akdetmelerine izin verilmeyişine genel işlem koşullarının neden olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. İrade özerkliğine müdahale eden kanun koyucu, tacir olmayanların kanunen yetkili mahkemelerinden koparılmasına izin vermeyerek denetimi hâkime bırakmadan kendisi yapmış, tacir olmayanların menfaatlerine üstünlük tanıyarak 17. maddeye yoğun bir adalet içeriği yüklemiştir. Bu yoğun adalet içeriğine rağmen, hükümsüzlüğün resen dikkate alınması noktasında tacir-tacir işlemleri ile tacir-tüketici işlemleri arasında ayırım yapılmamıştır. Sözlü yapılmış bir tacir-tacir yetki sözleşmesine de adî yazılı şekilde yapılmış tacir-tüketici yetki sözleşmesine de hâkimin müdahale etmesine izin verilmemiştir¹²². Tacirlerin yetki sözleşmesi akdedebilmelerinde, bu sözleşmenin prensip olarak münhasır karakterde olmasında korumaya ve hükümsüzlüğün resen dikkate alınabilmesine ihtiyaç duymadıkları varsayımı, madalyonun öteki yüzünde tüketicilerin menfaatlerini koruyamadıkları ve bunun sonucunda hükümsüzlüğün kendilerine işaret edilmesine ihtiyaç duydukları sonucunu da barındırmaktadır¹²³.

¹²¹ “Tacirler veya kamu tüzel kişileri, diğer bir gerçek kişiye göre, daha güçlü konumda bulunmaktadır. Daha zayıf konumda olan kimselerin daha güçlü olan tacir veya kamu tüzel kişilerine karşı, korunma ihtiyacı ortaya çıkmıştır. Özellikle iltihakî sözleşmelerle bu durum daha da belirginleşmektedir. Tüketiciler, satıcı veya hizmet sunucu şirketlere karşı, hiçbir pazarlık şansı olmaksızın, sadece kendilerine uzatılan sözleşmeye imza atarak, şirket veya kamu tüzel kişisi tarafından konulan şartları, bu arada, yetki şartını da kabul etmek zorunda kalmaktadırlar.” *Umar*, yetki sözleşmesine getirilen sınırlamanın temelinde güçlü kişi ve kuruluşların, kendilerine işi düşen güçsüz insanların önüne serip imzalattıkları “tip mukavele” türü sözleşmelerde kendi işlerine gelen içerikte yetki şartına yer vermelerinin yattığını belirtmektedir (s. 64, 65). *Pekantez/Atalay/Özkes*, HMK’den sonra satıcı ve hizmet sunucusu kişilerin tüketicilere sundukları sözleşmeyi imzalatarak yetki sözleşmesi yapamayacaklarını, buna rağmen yapılan yetki sözleşmelerinin geçersiz olacağını belirtmektedirler (s. 179).

¹²² *Karşı*, yetki itirazında bulunulmaması ile meydana gelen zımnî yetki sözleşmesinin arzu edilen sonuçların elde edilmesine engel olduğu görüşündedir (*Karşı*, Muhakeme, s. 282).

¹²³ Burada amacın sözleşmeyi hükümsüz kılarak güçsüzü korumak olduğu yönünde bkz. *Umar*, s. 73.

Tüketicinin tabîî hâkiminden uzaklaştırılmasına resen müdahale kapısını arayabilecek Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun da net bir tavır almaktan kaçınmış; -tartışmalı olmakla beraber- kanımızca tüketici mahkemeleri ile tüketici hakem heyetleri arasında farklı düzenlemeler yapmıştır. Tüketici hakem heyetlerinin yetki alanı devlet yargısında kesin yetki kurallına benzer şekilde düzenlenmişken¹²⁴, tüketici mahkemelerinde tüketicinin yerleşim yerinin özel yetkili mahkeme olarak kabul edilmesi ile yetinilmiş, bu suretle genel işlem koşullarındaki yetki şartlarına karşı tüketiciye etkin bir koruma sağlama amacının tam olarak gerçekleşmesine engel olunmuştur.

Avrupa Birliği Hukuku ile uyumun sağlanması amacıyla büyük ölçüde tercüme edilerek mevzuatımıza alınan yönergelerden birisi olan 5.4.1993 tarihli Haksız Şartlara İlişkin 93/13/AET sayılı Konsey Yönergesi'ni yorumlayan Avrupa Toplulukları Adalet Divanı, istikrarlı kararları ile haksız şart denetiminin resen yapılacağını, denetim sonucunda sözleşme koşulunun -örneğin, Yönerge ekinde peşinen haksız şart olarak kabul edilen tüketicinin dava açma veya başka herhangi bir hukukî yola başvurma hakkını ortadan kaldıran veya zorlaştıran şartlarından olan yetki şartının- haksız şart niteli-

¹²⁴ Tüketici hakem heyetlerine başvurular tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu veya tüketici işleminin yapıldığı yerdeki tüketici hakem heyetine yapılabilir (TKHK m. 68/3). Farklı yorumlanmaya da müsait olmakla beraber, kanımızca Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki kesin olmayan yetki düzenlemelerinin karakteristiği olan ayrı yazılan -de bağlacının kullanılmayışından, devlet yargısına benzer şekilde burada bir kesin yetkinin öngörüldüğü çıkarılabilir. Bu durumda, yetki sözleşmesinin tarafının tacir olmaması hem de yetkinin kesin olmasından ötürü hükümsüzlük söz konusu olacaktır. Tüketici hakem heyeti hem başvurunun yetki alanına girmediğini resen dikkate alabilecek hem de yetki sözleşmesinin geçerli olup olmadığını karşı tarafın ileri sürmesine gerek olmaksızın inceleyebilecektir. **Tutumlu**, Önceki Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği döneminde haklı olarak hakem heyetlerinin dosyayı doğrudan yetkili hakem heyetine göndermesi gerektiğini belirtmekte idi (s. 51). Buna karşılık **Ermenek**, hakem heyetinin yetkili olup olmadığını incelemesini, dolayısıyla yetki sözleşmesinin geçersizliğini davalının yetkisizliği ileri sürmesine bağlamakta idi (s. 597). Gerek tüketici hakem heyetinin yetki alanı dışında kalan başvuruları doğrudan ilgili hakem heyetlerine veya kuruluşlara iletceğini düzenleyen Önceki Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 5/4, gerekse tüketici hakem heyetinin yetki alanı dışında kalan başvuruları, tüketicinin başvuru yapabileceği yerleri de belirterek başvuru sahibine iade edeceğini öngören Yeni Tüketici Hakem Heyetleri Yönetmeliği m. 6/5, tüketici hakem heyetlerine başvurunun yetki alanı dışında kalmasını resen dikkate alma yetkisi vermektedir.

ğinde olduğu sonucuna varılırsa, hâkimin işaret etme ödevi çerçevesinde bunu tüketiciye bildireceğini, tüketicinin bunun üzerine geçersizliğe dayanabileceğini kabul etmektedir.

“25. Divan, haksız bir sözleşme koşulunun sonucuna ilişkin olarak, Mostaza Claro kararında (Slg. 2006, I- 10421 = NJW 2007, s. 135 = EuZW 2006, s. 734Rdnr. 36), Topluluk kanun koyucusunun tüketicinin korunmasının öneminden ötürü Yönerge'nin 6/I. maddesinde satıcı veya sağlayıcının tüketici ile kararlaştırdığı sözleşmedeki haksız şartların “tüketici için bağlayıcı olmadığını” öngördüğünü ortaya koymuştur. Burada sözleşmenin taraflarından birisinin zayıf konumundan ötürü sözleşmenin taraflarının hak ve yükümlülükleri arasındaki şekli dengeyi maddi bir denge ile ikâme etmeyi ve onların eşitliğini yeniden tesis etmeyi amaçladığı emredici bir hüküm söz konusudur.”

28. Tüketici sözleşmelerindeki haksız şartlar hakkında 5 Nisan 1993 tarihli ve 93/13/AET sayılı Konsey Yönergesi m. 6/I, haksız sözleşme şartının tüketici için bağlayıcı olmadığı ve buna tüketicinin önceden dayanmasının gerekli olmadığı şeklinde yorumlanmalıdır.

33. Ulusal mahkeme bu yükümlülüğü yerine getirir, ancak tüketici mahkemenin bilgi vermesinden sonra suistimali ve bağlayıcı olmamayı ileri sürmek istemezse, tartışmalı şartı Yönerge'ye göre uygulanamaz kılamaz.

35. Ulusal mahkeme, sözleşme şartının haksızlığını, gerekli hukuksal ve vakıalara ilişkin temellere sahip olur olmaz, resen incelemekle yükümlüdür. Mahkeme böyle bir şartın haksız olduğu kanaatinde ise, tüketici buna karşı çıkmadığı takdirde şartı uygulanamaz kılar. Ulusal mahkemeye bu yükümlülük kendi yetkisini incelerken de düşer.”ATAD (4. Daire), 4.6.2009, C-243/08/Pannon GSM/Erzsébet Sustinkné Györf¹²⁵

“36. 93/13 sayılı Yönerge m. 6/I ve m. 7/I, bir sözleşme şartının haksızlığını resen tespit eden ulusal mahkemenin bu tespitten sonuçlar çıkarabilmesi için, hakları hakkında bilgilendirilen tüketicinin, anılan şartın geçersiz kılınması talebini beklemek zorunda olmadığı şeklinde yorumlanmalıdır. Ancak çekişmeli yargılama ilkesi, sözleşme şartının haksızlığını resen tespit eden ulusal mahkemeye genel olarak tarafları bu konuda bilgi-

¹²⁵ Kararın Alıncası için bkz. NJW 2009, s. 2367, 2368.

lendirmek ve onlara suistimali ulusal usûl hükümlerinde bunun için öngörülen şekilde çekişmeli olarak ele alma fırsatını tanımakla yükümlü kılmaktadır.” ATAD (1. Daire), 21. 2. 2013 - C-472/11 (Banif Plus Bank Zrt/Csaba Csipai ve diğerleri)¹²⁶

“26. Tüketicilerin bu türden şartların haksızlığını kendilerinin ileri sürmek zorunda olmaları, Yönerge m. 6’nın üye devletlerin haksız şartların tüketiciler için bağlayıcı olmamasını öngörmelerine yönelik hedefine ulaşmasına engeldir. Müddeabihin değerinin düşük olduğu davalarda, avukatlık ücretleri ihtilafli meblağa nazaran daha yüksek olabilmekte, bu durum tüketiciyi haksız bir şarta karşı kendisini müdafaa etmekten alıkoymaktadır. Gerçi pek çok üye devletin usûl kanunları, bu türden ihtilaflarda münferiden kendini müdafaa etme hakkını tanımaktadır. Ancak tüketicinin karşı şartın haksızlığını her şeyden evvel bilgisizliğinden ötürü ileri sürememesinde küçümsenemeyecek bir tehlike mevcuttur. Bundan ötürü tüketici yalnız ulusal mahkemeye bu türden bir şartı resen inceleme imkânı tanınırsa etkin bir biçimde korunabilir.

27. Bunun dışında, Yönerge ile getirilen sistem, kanun sözcüsünün nihaî taleplerinde belirttiği üzere, tüketici ve satıcı/sağlayıcı arasındaki eşitsizliğin ancak sözleşmenin taraflarından bağımsız üçüncü bir yanın aktif müdahalesi ile telafi edilebileceğinden hareket etmektedir.

28. Fransız hükümetinin belirttiği üzere, önleme tedbiri olarak tüketici menfaatlerine zarar veren suistimallere dayanan belirli topluluk davalarına izin verilmesi beklenen bir sistemde, haksız şart içeren belirli bir sözleşmeye ilişkin ihtilafı inceleyen mahkemenin, bu şarta yalnız tüketicinin suistimali ileri sürmemesinden ötürü engel olamamasının tasavvur edilmesi güçtür.

32. Bütün bunlardan sonra, ulusal mahkeme bu Yönerge’den önce veya sonra sevk edilen ulusal hükümleri uygularken, olabildiğince Yönerge’nin lafzı ve ruhunu dikkate alarak yorum yapmak zorundadır. Yönergeye uygun yorum gerekliliği bilhassa, ulusal mahkemenin ona haksız şart ile kararlaştırılan yetkisini resen reddetme imkânı sağlayan yoruma öncelik verme-

¹²⁶ Kararın Almancası için bkz. NJW 2013, s. 987.

sini aramaktadır.” ATAD, 27.6.2000, C-240/9 C-244/98’e kadar/Océano Grupo Editorial ve Salvat Editores¹²⁷

“38. Yönerge ile tüketicilere sağlanan korumaya dayanan kamu yararının mahiyeti ve önemi ayrıca ulusal mahkemenin bir sözleşme şartının haksızlığını resen inceleyebilmesini ve bu suretle tüketici ve satıcı-sağlayıcı arasındaki dengesizliği gidermek zorunda olmasını haklı kılmaktadır.” ATAD (1. Daire), 26.10.2006, C-168/05 Elisa Maria Mostaza Claro/Centro Móvil Milenium SL¹²⁸

Avrupa Birliği’ne aday ülke statümüz, esasen bu içtihatların dikkate alınmasını gerektirmektedir. Tüketici mevzuatımız esas itibariyle Avrupa Birliği Hukuku’na göre şekillendirildiğine göre, resen denetim ve işaret etme ödevine dair içtihatlar dikkate alınarak tacir-tüketici yetki şartlarının genel işlem koşulu denetiminin etkinleştirilmesi için bugün için de de legeferenda önerilerde bulunulabilir. Bu bağlamda, ilk itiraz prosedürünün gözden geçirilmesi, bilhassa resen denetime imkân verecek şekilde hâkimin aktif kılınması düşünülebilir. Bu öneri, tacir-tacir yetki şartlarının denetimi için de geçerli olduğu ve aşağıda açıklanacağı için, burada ayrıntısına girilmeyecektir¹²⁹.

İlk itiraz sisteminde genel işlem koşulu denetimini etkinleştirecek bir revizyondan ziyade, kanımızca tüketici uyuşmazlıklarında kesin yetki kuralı getirilebilir, bunun için de ya tüketici hakem heyetlerinin yetki alanını tüketicinin yerleşim yerinin bulunduğu veya tüketici işleminin yapıldığı yer ile sınırlayan hüküm (TKHK m. 68/3) tüketici mahkemelerine teşmil edilebilir ya da tüketicinin açacağı davada taraflardan birinin yerleşim yerinin veya merkezinin bulunduğu yeri, satıcı/sağlayıcı/kredi verenin açacağı davada davalının yerleşim yeri mahkemesini yetkili kılan¹³⁰; aynı zamanda,

¹²⁷ Kararın Almancası için bkz. NJW 2000, s. 2571, 2572

¹²⁸ Kararın Almancası için bkz. NJW 2007, s. 135.

¹²⁹ Bkz. aşa. C, II, 2, b.

¹³⁰ Tüketicinin korunabilmesinin kendisine yalnız hak tanınması ile değil, bu hakkına kavuşması için önüne çıkan maddî ve şeklî hukuka ilişkin engellerin kaldırılması ile sağlanabileceği, bu engellerden birinin de tüketicinin kendi yerleşim yeri mahkemesinde dava açma imkânının tanınmaması nedeniyle satıcının yerleşim yerinde dava açmak zorunda olmasıdır (**Pekcanitez**, Tüketici Mahkemeleri, s. 147).

yetki itirazında bulunulmayarak işin esasına girildiğinde mahkemenin yetkili olup olmadığının incelenememesine (Einlassung) tüketiciler bakımından istisna getiren İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu m. 32 ve 35'ten yararlanılabilir¹³¹. Her iki ihtimalde de hâkim yetkili olup olmadığını resen inceleyebileceği için, tüketicinin taraf olduğu yetki sözleşmesinin hükümsüzlüğünü de resen dikkate alabilecektir.

b. Tacir-Tacir İşlemlerinde

Tacirlerin akdettikleri yetki sözleşmelerine karşı genel işlem koşulu denetimine ihtiyaçlarının bulunup bulunmadığı meselesi ile hâkimin genel işlem koşulu denetimini resen yapıp yapamayacağı aynı düzlemde değerlendirilmelidir. Tacirlerin yetki sözleşmesi akdederken eşit konumda oldukları varsayımı, yetki sözleşmesinin münhasır karakteri ve yetkisizliğin ancak ilk itiraz üzerine incelenebilmesi, içerik denetiminin aleyhine argümanlar olarak kabul edilirse, şüphesiz hâkime de resen denetim yetkisi verilmemelidir. Buna karşılık, yukarıda savunduğumuz üzere¹³², tacirlerin -bilhassa KOBİ'lerin- korumaya ihtiyaç duydukları kabul edilirse, olması gereken hukuk bakımından bir yandan resen denetim kapısı aralanabilir, diğer yandan maddî hukukun içerik denetimi ile sözleşme adaletinin tesisi için müdahale çağrısına ilk itiraz rejimindeki sert teksif ilkesi yumuşatılarak karşılık verilebilir.

Tacir-tacir yetki şartları için de de legeferenda önerdiğimiz resen genel işlem koşulu denetimi, tacir-tüketici işlemlerinin aksine kesin yetki kuralı getirilmesi ya da kesin olmayan yetkinin de dava şartı hâline getirilmesi olarak anlaşılmalıdır. Denetim yolunun açılması için kanımızca doğru çözüm, ilk itiraz rejiminde daha esnek bir düzenleme yapıp teksif ilkesinin yumuşatılmasıdır. Bu konuda, avukatla temsil zorunluluğunun bulunmadığı sulh mahkemelerinde hâkimin mahkemenin yetkili olmadığına işaret etme

¹³¹ İsviçre Hukuku'nda tüketiciler yetki sözleşmesinin tarafı olabilirler. Bu suretle, satıcı/sağlayıcı/kredi verenin açacağı davaların tüketicinin yerleşim yerinde açılması zorunluluğundan sapılabilir. Ancak sözleşmenin geçerli olması için, uyumsuzluğun meydana gelmesinden sonra akdedilmesi gerekir (SchZPO Art. 35). Bu konuda bkz. **Bolayır**, HMK, s. 132 dn. 3; **Budak**, Yetki, s. 9, 10.

¹³² Bkz. yuk. B, IV, 2, b.

yükümlülüğünü düzenleyen Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 504. paragrafi model alınabilir¹³³. İsviçre Hukuku'na benzer şekilde Alman Hukuku'nda da davalının yetki itirazında bulunmadan işin esasına girmesi hâlinde, mahkeme yetkisizliğine karar veremez (§ 39 ZPO). Ancak bu kural, avukatla temsil zorunluluğunun olduğu asliye mahkemeleri için getirilmiştir. Sulh mahkemelerinde hâkim, davanın başında yetkili olup olmadığını inceleyecek, yetkisiz olduğuna kanaat getirirse, yetkisiz olduğunu ve yetki itirazında bulunmadan işin esasına girmesinin sonuçlarını davalıya hatırlatacaktır. Hukukumuzda da hâlen istisnâî düzenlemeler dışında avukatla temsil zorunluğu bulunmamaktadır. Genel işlem koşulu denetiminin yetki şartlarında da etkin bir şekilde yapılabilmesi için, hâkimin Türk Hukuku'nda da aktif kılınması, bu çerçevede yetki ilk itirazı ileri sürülmesi dahi denetimi dilekçelerin karşılıklı verilmesi aşamasında yapması, denetim sonucunda yetki şartının yazılmamış sayıldığını veya hükümsüzlüğünü tespit ederse, doğrudan yetkisizlik kararı vermeden bunu davalıya bildirmesi önerilebilir. Bunun üzerine, davalı dilerse ilk itiraz ileri sürerek mahkemenin yetkisizlik kararı vermesini sağlayabilir; dilerse ilk itiraz ileri sürmeyerek mahkemeyi yetkili hâle getirebilir. Bu suretle, sözlü akdedilmiş taşınmaz satım sözleşmesine dayalı olarak açılan davada davalı dayanmasa da hükümsüzlük resen tespit edilip dava esastan reddedilirken, yetki şartlarının hükümsüzlüğünde yine de ilk itiraz ileri sürülmesi aranarak medenî usûl hukukuna özgü kesin ve bağlayıcı bir usûlî durum meydana getirme yolu aralanabilir.

İlk itiraz rejiminde esneklik sağlanması hâlinde, yetki şartının yazılmamış sayılması veya hükümsüzlüğü, davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde resen dikkate alınabilecektir. Yetki şartının yazılmamış sayılması veya hükümsüzlüğü, "hukukî açıdan belirsizlik nedeniyle uyuşmazlığın aydınlatılmasının zorunlu kıldığı bir durum" olarak kabul edilebilir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 31, böyle bir durumda hâkime davayı aydınlatma ödevi yüklemiştir. Davayı aydınlatma ödevi kapsamında hâkim, belirsizliğin giderilmesi için tarafa soru sorabilir, taraftan delil göstermesini isteyebilir. Her

¹³³ *Alangoya*, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nı değerlendirirken 504. paragrafi önermiştir (*Alangoya*, Değerlendirme, s. 39). Tacir veya kamu tüzel kişisi olmayanlara bir hatırlatma yapılmasının uygun olacağına ilişkin aynı yönde bkz. *Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım*, Tasarı, s. 27; *Taşpınar Ayvaz*, HMK, s. 226.

ne kadar anılan hükümde açıkça belirtilmemiş olsa da, işaret etme ödevi de davayı aydınlatma ödevinin bir parçasıdır¹³⁴. Nitekim hâkimin soru sorma ve delil gösterilmesini isteme dışında, işaret etme ödevinin de bulunduğu hükümün Hükümet Gerekçesinde belirtilmiştir¹³⁵.

Yetki sözleşmesinin geçersizliğine işaret etmek, hâkim açısından tarafa yol gösterme ya da görüşünü açıklama olarak da değerlendirilmemelidir. Hâkimin her görüşünü açıklaması değil, kanunen gerekmediği hâlde görüşünün açıklaması bir ret sebebidir (HMK m. 36/1 b). Hâkim, yapılacak bir değişiklik ile yetkisiz olduğuna işaret etme yetkisine sahip olursa, onun yetki sözleşmesinin hükümsüzlüğünü resen dikkate alması bir itiraz temeli olması itibariyle kanunen gerekli olacaktır¹³⁶.

Mahkemenin yetkisiz olması hâlinde hâkimin işaret etme ödevi yerine, ilk itirazın haklı bir sebep varsa sonradan ileri sürülmesi yolunun açılması da de legeferenda önerilebilir. Bu konuda, tahkimde hakemlerin yetkili olmadığının en geç cevap dilekçesinde ileri sürülmesi gerekirken, hakem veya hakem kurulunun gecikmenin haklı sebebe dayandığı sonucuna varmaları hâlinde, süresinde ileri sürülmeyen itirazı kabul etmelerine imkân veren Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 422/4'ten yapılacak bir düzenlemede yetki

¹³⁴ Hâkimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde uyarı yükümlülüğü hakkında bkz. **Özekes**, s. 187. **Karaaslan**, HMK'da yer alan hâkimin davayı aydınlatma ödevinin hâkimin uyarma, bilgilendirme gibi değişik faaliyetleri bakımından bir üst kavram olarak kullanılmaya uygun olduğunu belirtmekte, gerekçedeki işaret ve müzakere etmeyi bir ödev olarak değerlendirmektedir (s. 29, 37). **Meriç**, HUMK döneminde m. 75'te açıkça düzenlenmemiş olsa da hâkimin işaret etme fonksiyonunun bulunduğu görüşündedir (s. 406).

¹³⁵ “Maddede, hâkimin maddî anlamda davayı sevk yetkisi düzenlenmektedir. Mukayeseli hukuktaki gelişim sonucu, günümüzde, bununla hâkimin taraflara sorular sorma, işaret ve müzakere etme ödevi anlaşılmaktadır. Bununla hâkim, olayın ve hukukî uyumsuzluğun olgusal ve hukukî boyutlarını gerekli olduğu ölçüde taraflarla birlikte ele alabilecek, tarafların zamanında uyumsuzluğun çözümü için önemli vakıaların tamamı hakkında açıklama yapmalarını, özellikle ileri sürülen vakıalardaki eksiklikleri tamamlamalarını, delilleri ikame etmelerini ve gerekli talepleri ileri sürmelerini sağlayabilecektir.” (Hükümet Gerekçesinden).

¹³⁶ **Yılmaz**, olan hukuk bakımından yetki itirazında bulunulmaması hâlinde, mahkemenin davalıya yetki itirazında bulunma hakkını hatırlatması ve onu bu yönde itirazda bulunmaya zorlamasını ret sebebi olarak değerlendirmektedir (s. 217).

şartlarının genel işlem koşulu denetiminde de yararlanılabilir. Örneğin, yetki şartının diğer genel işlem koşulları ile birlikte yazılmamış olduğunun sonradan anlaşılması, haklı sebep olarak görülüp davalıya sonradan da yetki ilk itirazında bulunma imkânı verilebilir. Şüphesiz ilk itirazın haklı sebeple sonradan ileri sürülmesine ön inceleme aşaması ile sınırlandırma getirmek gerekir. Tahkikat aşamasında da ilk itirazda bulunulabilmesine izin verilirse, yetkisizlik kararı verilmesi, dosyanın yetkili mahkemeye gönderilmesi ve yargılamaya yetkili mahkemede devam edilmesinin yol açacağı zaman kaybı, yetki şartlarının genel işlem koşulu denetiminden umulan faydanın önüne geçecektir. Bu nedenle, haklı sebeple yetki ilk itirazının en geç ön inceleme aşamasında ileri sürülmesi yönünde bir değişiklik, tıpkı hak düşürücü ve zamanaşımı süreleri gibi genel işlem koşulu denetiminin de tahkikata başlamadan önce yapılabilmesi (HMK m. 142) ile tamamlanabilir.

D. Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlük Tarihi Olan 1 Temmuz 2012'den Önce Akdedilen Yetki Şartlarının Genel İşlem Koşulu Denetimi

Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarih olan 1 Temmuz 2012'den önce genel işlem koşulları arasında yer alan yetki şartları için bu tarihten sonra açılacak davalarda genel işlem koşulu denetimi yapılabilir mi?

Yukarıda ifade edildiği üzere, yetki sözleşmelerinin geçerliliğine Hukuk Muhakemeleri Kanunu doğrudan, Türk Borçları Kanunu ise niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulanır¹³⁷. Yetki sözleşmesinin adı yazı şeklinde ve yalnız tacir veya kamu tüzel kişilerinince yapılabilmesi, temlini Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda bulan geçerlilik koşullarıdır. Bu koşulların mevcut olup olmadığı hakkında usûl kurallarının zaman itibarıyla uygulanması hükmü (HMK m. 448) dikkate alınmalıdır. Buna karşılık, Hukuk Muhakemeleri Kanunu, özünde bir geçerlilik denetimi olan genel işlem koşulu denetimi hakkında bir düzenleme içermediğinden¹³⁸, boşluk Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5 ve Türk Borçlar Kanunu m.

¹³⁷ Bkz. yuk. C, II, 2.

¹³⁸ Usûl hukukunun maddî hukuk karşısında müstakil olup kendi kendine yeten bir hukuk dalı olmadığı, bu nedenle usûl sözleşmelerinin münhasıran usûl hukuna tâbi olması gerektiği fikrinin doğru olmadığı hakkında bkz. **Karşlı**, Usulî İşlemler, s. 238, 239.

20 vd. kıyasen uygulanarak doldurulacaktır. Bu durumda, genel işlem koşulu denetimi için maddî hukuk kurallarının zaman itibariyle uygulanma hükümleri de kıyasen uygulanacaktır.

6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önceki fiil ve işlemlere, bunların hukuken bağlayıcı olup olmadıklarına ve sonuçlarına, bu fiil ve işlemler hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse, kural olarak o kanun hükümlerinin uygulanacağını öngörmektedir¹³⁹. Bu durumda, 1 Temmuz 2012 tarihinden önce tacir veya kamu tüzel kişilerinin tacirlerle akdettiği yetki şartlarının Türk Borçlar Kanunu m. 20 vd. hükümlerine göre denetlenmesi esasen mümkün olmayacaktır. Ancak anılan Kanun'un 2. maddesinde ayrıksı bir düzenlemeye gidilerek Türk Borçlar Kanunu'nun kamu düzenine ve genel ahlâka ilişkin kurallarının, gerçekleştikleri tarihe bakılmaksızın, bütün fiil ve işlemlere uygulanacağı hükme bağlanmıştır. Şayet Türk Borçlar Kanunu m. 20 vd. hükümleri kamu düzenine ilişkin kurallar olarak nitelendirilecek olursa, ikinci madde uygulama alanı bulacak ve Kanun'un yürürlüğe girmesinden önceki yetki kayıtları da denetlenebilecektir.

Özünde taraflar arasındaki eşitsizliklerin giderilmesi, zayıfın korunması olan hükümlerin prensip olarak bireysel menfaatleri aşarak kamu düzenini ilgilendirdiği kabul edilmektedir. Bir yandan meselenin sözleşme ilişkilerinde genel işlem koşulu kullanımının bireysel sözleşme yapılmasının önüne geçecek kadar toplumun çok geniş bir kesimini ilgilendirmesi, diğer yandan denetimin müzakere yolunun baştan kapatılmış olması nedeniyle taraflar arasındaki sözleşme adaletinin bozulmuş olabileceği ihtimali ve bunun sonucunda zayıf konumdaki karşı tarafın korunması düşüncesi üzerine bina edilmiş olması karşısında, içerik denetiminin kamu düzenini ilgilendirdiği

¹³⁹ Maddî hukuk sözleşmelerinin geçerliliklerinin yapıldıkları tarihteki kanuna göre belirleneceği hakkındaki zaman bakımından uygulama hükümlerinin kıyasen yetki sözleşmelerine de uygulanması gerektiği yönünde bkz. **Budak**, Yetki, s. 16. Yetki sözleşmelerinin geçerliliğinin -özel bir zaman itibariyle uygulama hükmü yoksa- akdedildiği tarihteki hukuka, etkilerinin ise yeni hukuka tâbi olduğu yönünde bkz. **BK ZPO-Berger**, Art. 17. N. 81; **Assmann** in **Wieczorek/Schütze**, vor § 253 N. 145. Aynı yönde bir İsviçre Federal Mahkeme kararı için bkz. **BGE 129 III 80**.

açıktır¹⁴⁰. Türk Borçlar Kanunu m. 20'in Hükümet Gerekçesindeki şu ifadeler de kamu düzeni fikrini ortaya koymaktadır:

“(...) Böylece, söz konusu hükümlerin uygulama alanının sadece tüketicilerle sınırlı kalması önlenmiştir. (...) birey önüne konulan metin karşısında, sadece “evet” ya da “hayır” diyebilecek, buna karşılık, “evet, ama” seçeneğinden yoksun olacaktır. Hizmet ya da edimden hiç yararlanmamanın söz konusu olmaması ve “evet, ama” deme olanağı bulunmaması karşısında, bireyin bu tür sözleşmelerin uygulanmasında kanunla korunması zorunluluğu ortadadır. Tasarıda, genel işlem koşullarının tâbi olduğu geçerlilik kuralları, bunlara aykırılığın yaptırımları ve genel işlem koşullarının yorumlanması gibi konuların açıklığa kavuşturulması amacıyla, bütün sözleşmeleri kapsayacak emredici genel hükümler şeklinde düzenlenmesi zorunlu görülmüştür.”

Bu durumda, 1 Temmuz 2012 tarihinden önceki yetki şartlarının bu tarihten sonra açılacak davalarda davalının ilk itirazı üzerine içerik denetimine tâbi olmasında, yani Türk Borçlar Kanunu m. 20 vd.'nin derhal uygulanmasında, eski kanun zamanında kurulmuş yetki şartlarına yeni kanunun derhal müdahale etmesinde¹⁴¹ şüphe edilmemelidir¹⁴².

¹⁴⁰ **Ermenek**, s. 604. “Sözleşme ilişkilerinde zayıf tarafı korumayı amaçlayan, emredici kanun hükümlerinin (İş Kanunları, Tüketici Kanunları), sırf sözleşme bu hükümler yürürlüğe girmeden önce akdedildi diye uygulanmayacağını kabul etmek, kamu yararını gözetmeyen ve eşitlik ilkesine aykırı olurdu.” (**Baysal**, s. 499). İsviçre Hukuku'nda tüketici işlemlerindeki genel işlem koşullarının hükümsüzlüğü, kamu düzenine aykırılık çerçevesinde değerlendirilmektedir (BK-**Kramer**, Art. 20 N. 293, 354, 377).

¹⁴¹ Kanunların zaman açısından yürürlüğüne ilişkin olarak ortaya atılan kanunların geçmişe etkili olma yasağı ve kazanılmış hak teorisi ile kanunların derhal yürürlüğe girmesine ilişkin modern teoriyi karşılaştıran **Baysal**, haklı olarak modern teoriyi üstün tutarak kanunların derhal uygulandığından söz etmekte, kamu düzeninden sayılan yeni kanunların geçmişe yürümesinden değil, derhal uygulanmasından bahsetmektedir (s. 498).

¹⁴² Karşı tarafı tabii hâkiminden ayıran yetki şartlarının kamu düzenine aykırı olduğu yönünde bkz. **Atamer**, GİŞ, s. 283. Buna karşılık, yürürlük ve yorum denetiminin kamu düzenini ilgilendirdiğini söylemek güçtür (**Atamer**, Yeni TBK, s. 70, 71; **Yelmen**, s. 78, 79; **Aydoğdu**, GİŞ, s. 157, 158). Önceki sözleşmelere yürürlük denetiminin yapılması, içerik denetimine ve yorum kuralına ilişkin hükümlerin uygulanması görüşü için bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 171.

Ne var ki, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra verdiği kararlarında, salt genel işlem koşullarına aykırılığın, kamu düzeni ve genel ahlak kapsamında bulunmadığını kabul etmiştir¹⁴³.

¹⁴³ “Mahkemece, iddia ve dosya kapsamına göre 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun 20 ve devamı maddelerinde düzenlenen genel işlem koşullarına ilişkin kuralların emredici nitelikte olması, içeriğinin yasa tarafından doğrudan düzenlenmesi karşısında, 01 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe giren 6101 sayılı Türk Borçlar Kanunu Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un, “Geçmişte Etkili Olma” kuralını düzenleyen 2., 3., 4. ve 7. maddeleri bir arada yorumlandığında, genel işlem koşullarına ilişkin düzenlemenin ne zaman akdedilmiş olurlarsa olsunlar 6098 sayılı TBK'nun hükümlerine tabi olduğu gerekçesiyle TBK'nun 20'ci maddesindeki düzenlemeye aykırı olarak imzalanmış davaya konu banka kredi sözleşmesi uyarınca yapılan ihtiyati haciz talebinin reddine karar verilmiştir.

Kararı, ihtiyati haciz talep eden vekili temyiz etmiştir.

İstem ihtiyati haciz kararı verilmesine ilişkin olup, yukarıda yapılan özetten de anlaşılacağı üzere ihtiyati haciz kararına dayanak yapılan kredi sözleşmesinin mülga 818 sayılı Yasa'nın yürürlükte olduğu tarihte düzenlendiği ve keza kredinin de o zaman verildiği taraflar arasında çekişmesizdir. Bu durumda anılan Kanun'un yürürlüğüne ilişkin 6101 sayılı Kanun'un 4. maddesinin işbu uyuşmazlıkta uygulanması mümkün bulunmadığından mahkemenin bu yöndeki gerekçesine itibar olunamaz. Yürürlük Kanunu'nun 1. maddesi hükmüne göre de olayda temerrüt, sona erme ve tasfiye söz konusu olmadığından, salt genel işlem şartlarına aykırılık, kamu düzeni ve genel ahlak kapsamında bulunmadığı gibi olayda 7. maddenin uygulanma koşulları da yer almadığından mahkemece İİK 257. maddedeki koşullar oluşup oluşmadığı değerlendirilerek karar vermek gerekirken yazılı şekilde ihtiyati haciz talebinin reddine karar verilmesi bozmayı gerektirmiştir.” 11. HD, 22.10.2012, 14300/16819 (Yayımlanmamıştır).

“Dava; ihtiyati haciz istemine ilişkin olup ihtiyati haciz kararına dayanak yapılan sözleşme, 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun yürürlük tarihi olan 01/07/2012 tarihinden önce imzalanmış ve kredi de anılan tarihten önce kullanılmıştır. Anılan kanunun yürürlük kanunu olan 6101 sayılı Kanun'un 1 inci maddesi hükmüne göre, uyuşmazlığa uygulanması gereken kanun 818 sayılı Mülga Borçlar Kanunu hükümleridir. Kredi sözleşmelerinin imza tarihinin ve kredinin kullanılması tarihinin 01/07/2012 tarihinden önce olması nedeni ile uyuşmazlıkta 6101 sayılı Yasa'nın 4 üncü maddesinin uygulanması söz konusu edilemeyeceği gibi yeni Borçlar Kanunu ile düzenlenen genel işlem koşullarına aykırılık da; Yürürlük Kanunu'nun 2 inci maddesi kapsamında değerlendirilemez. Yürürlük Kanunu'nun 7 nci maddesi hükümlerinin uygulanması da söz konusu olmadığından, mahkemece ihtiyati haciz koşullarının oluşup oluşmadığının 2004 sayılı İ.İ.K.'nun 257 ve devamı maddeleri uyarınca değerlendirilmesi gerekirken yerinde

Ele aldığımız zaman itibariyle uygulama meselesi gibi, Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a 2003 yılında dâhil edilen haksız şart denetiminin, değişikliğin yürürlüğe girdiği tarihten önceki tüketici işlemleri için de yapılıp yapılmayacağı tartışılmış idi. Yargıtay o dönemde vermiş olduğu kanımızca hatalı kararı ile önceki tarihli sözleşmeler için haksız şart denetimi yapılamayacağına hükmetmişti¹⁴⁴. Yargıtay, hem haksız şart ve genel işlem koşulu denetimi hakkında özel bir düzenlemenin bulunmadığı dönemde genel işlem koşulu denetimine en uygun kriterin kamu düzenine aykırılık olduğunu¹⁴⁵ göz ardı etmiş hem de "(...) bu kanun ile tüketici korunurken aynı zamanda kamu düzeninin sağlanması amaçlanmış olduğundan, kanunun doğrudan kamu düzeni ile ilgili olduğunda hiç tereddüt edilmemelidir." içtihadı¹⁴⁶ ile ciddi bir çelişkiye düşmüştü.

Katılmamakla birlikte, Yargıtay'ın genel işlem koşulu denetiminin zaman itibariyle uygulanması ile ilgili içtihadının, haksız şart denetiminin zaman itibariyle uygulanması ile ilgili içtihadı ile aynı yönde olduğu belirtilmelidir.

SONUÇ

1. Tüketicuyu yerleşim yerinde veya işlemin yapıldığı yerde dava açmaktan alıkoyan yetki şartları, hem HMK m. 17'ye hem de TKHK m. 5'e göre hükümsüzdür. Tüketicilerin yetki sözleşmesi akdedememeleri, haksız

bulunmayan gerekçelerle istemin reddi kararı verilmesi doğru olmamış ve mahkeme kararının bozulmasına karar vermek gerekmiştir." 11. HD, 10.9.2012, 14299/16795 (Yayımlanmamıştır). Aynı yönde bkz. 11. HD, 6.3.3013, 2482/4162 (**Karadağ**, s. 20-21); 13. HD, 8.5.2014, 8117/14752 (**Karadağ**, s. 74-77).

¹⁴⁴ "4077 sayılı yasanın 6 ve 10. maddelerindeki değişiklik 6.3.2003 tarih ve 4822 sayılı kanun ile getirilmiş olduğundan, maddi hukuk ile ilgili yasada yapılan değişikliklerin önceden kurulmuş ve icra edilmiş sözleşmelere de şamil edilmesi mümkün değildir. (...) Böyle olunca, taraflar arasındaki sözleşme, 4077 sayılı yasada yapılan 6.3.2003 tarihli değişiklikten önce olduğundan, uyuşmazlığın şekli bakımından yapıldığı tarih itibariyle hukuki düzenlemeye aykırı olmayan sözleşme hükümlerine göre çözümlenmesi zorunludur." 13. HD, 13.12.2005, 12251/18463 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁴⁵ **Atamer**, GİŞ, s. 200-203; **Havutçu**, İçerik Denetimi, s. 213; **Kocayusufpaşaoğlu**, s. 256, 257; **Aydoğdu**, GİŞ, s. 158.

¹⁴⁶ 13. HD, 25.9.2008, 3492/11120 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

şart denetimine göre daha etkilidir. Ancak mahkeme, yetki şartının hükümsüzlüğünü yetki itirazında bulunulmadığı sürece resen dikkate alamaz.

2. *Yetki şartının genel işlem koşulu niteliğine bürünmesine* ilişkin olarak,

- yetki şartının kapsadığı uyuşmazlıklar konu itibariyle her sözleşmede farklı ise veya farklı yerdeki mahkemelerin yetkisine yer verilmişse “*ileride çok sayıda benzer sözleşmede kullanma amacı*” gerçekleşmiş olmaz.
- karşı taraf, belirlenen yetkili mahkemeyi değiştirebilme ya da yetki şartını sözleşmeden çıkarabilme imkânına sahip olmadığı sürece, yetki şartı genel işlem koşulu niteliğindedir. Yetki şartının genel işlem koşulunun unsurlarına sahip olduğu, yetki şartının yazılmamış sayılması veya hükümsüzlüğü hakkında ispat yükü karşı tarafa (âkide) düşer. “*Yetkili mahkemenin neresi olacağıнын müzakere edilmemiş olması*” hakkında Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 5/3’teki karşı taraf lehine getirilen karine kıyasen uygulanabilir. Ayrıca standart sözleşmenin müzakere edilmediği, hayat tecrübesi kurallarına dayanarak fiilî karine olarak da kabul edilebilir. Kullanan, yetki şartının müzakere edildiğini ortada bir hukukî fiil bulunduğu için takdiri delillerle de ispat edebilir.

3. *Yürürlük denetimine* ilişkin olarak, yetki şartının sözleşmenin içeriğine dâhil olması için, kullananın sözleşmede yetki şartına yer verildiğine işaret etmesi, münhasırlık gibi yetki şartının hüküm ve sonuçları hakkında bilgi vermesi gerekli değildir. Yalnız tacir veya kamu tüzel kişilerinin akdebilecekleri yetki şartı, bilhassa kullananın yerleşim yerinin veya ifa yeri mahkemesinin seçilmesi hâlinde prensip olarak şaşırtıcı şart değildir.

4. *Yorum denetimine* ilişkin olarak, yetki şartının münhasır olmadığı yönünde ifadelere yer verilmişse, tarafların aksini kararlaştırmış olup olmadıkları konusundaki belirsizlik, kullanan aleyhine yorumlanmalı ve kanunen yetkili mahkemelerin yetkisi sürmelidir.

5. İçerik denetimine ilişkin olarak,

- karşı tarafın kanunen yetkili mahkemeler ile bağını koparan tüm yetki şartları prensip olarak karşı tarafın aleyhinedir.
- yetki şartlarının dürüstlük kuralına aykırılığının değerlendirilmesinde Türk Ticaret Kanunu m. 55/1 f'de ifadesini bulan “*doğrudan veya yorum yoluyla uygulanacak kanuni düzenlemeden önemli ölçüde ayrılma*” kriterinden hareketle, içeriğinde yoğun bir adalet içeriği bulunan “*kesin olmayan yetki kurallarından önemli ölçüde sapılıp sapılmadığı*” değerlendirilmelidir.
- tacirlerin -bilhassa KOBİ'lerin- kanunun tasvir ettiği eşitlik ve müzakereye dayalı ideal durumdan sapılan hâllerde dengenin yeniden kurulması için genel işlem koşullarına karşı içerik denetimi yolu ile korunmaya ihtiyaçları vardır.
- yetki şartının alelade bir hakka değil, yargısal bir temel hakka ilişkin olması, kesin olmayan yetki kurallarından sapılmasının prensip olarak *önemli ölçüde* olduğu tespitini yapmayı haklı kılmaktadır. Meğer ki kullanan, sapmayı haklı bir gerekçe ile temellendirmemiş olsun.
- yetki sözleşmelerinin diğer mahkemelerin yetkisine prensip olarak son vermesi, karşı taraf bakımından çok ağırdır ve hâkimin müdahalesini gerektirecek net bir denge bozukluğu vardır. Genel yetkili mahkemeden alıkonulmak, bir yargısal temel hakka müdahale teşkil ettiği için, münhasıran kullananın yerleşim yerinin kararlaştırıldığı yetki şartlarının kanunî düzenlemeden önemli ölçüde saptığı, kullanan haklı bir sebebi veya ticarî örf-adeti ispat etmediği sürece içerik denetimi sonucunda hükümsüz sayılmalıdır.
- kullananın yerleşim yerini yetkili kılan yetki şartının tüm tacir-tacir işlemleri bakımından ticarî örf ve adet olduğu, bunlar uzun süren toplu bir uygulama sonucunda oluşmadığından, ayrıca uyulmasının zorunlu olduğu yolunda yaygın bir inanç yerleşmemiş bulunduğundan ötürü bugün itibariyle söylenemez.

6. *Olan hukuk bakımından,*

- Hukuk Muhakemeleri Kanunu, yetki sözleşmesinin mevcut olup olmadığına bakılmaksızın yetkisiz mahkemenin davalının içtinabına bağlı olarak yetkili kılınması yolunu açmakla (HMK m. 19/4), yetki konusunda bir uyuşmazlığın çıkmasına da ancak davalının harekete geçmesi hâlinde izin vermiş; yetki şartının hüküm ve sonuç doğurduğunu tartışmalı hâle getirmenin yolunu ilk itiraz ileri sürmek olarak belirlemiştir. Bu nedenle, yetki şartının genel işlem koşulu denetimi, davalı tarafından yetki ilk itirazında bulunulmadığı sürece resen yapılamaz. Ancak davalı yetki itirazında bulunup yetkili mahkemeyi göstermişse, açıkça talep etmese de hâkim genel işlem koşulu denetimini resen yapabilir.
- Hukuk Muhakemeleri Kanunu ilk itiraz sistemi ile Türk Borçlar Kanunu'nun tayin ettiği genel işlem koşulu denetiminin tüm sözleşmelerde yapılması hedefinden ayrılmıştır. Bu hedefin temel dinamiği olan karşı tarafın korunma düşüncesi ile ilk itiraz sistemi bir bütün oluşturmamaktadır.

7. *Tacir-tüketici yetki şartlarında olması gereken hukuk bakımından,*

- tercihen ya tüketici hakem heyetlerinin yetki alanını düzenleyen Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 68/3 ya da tüketicinin açacağı davada taraflardan birinin yerleşim yerini veya merkezinin bulunduğu yeri, satıcı-sağlayıcının açacağı davada davalının yerleşim yeri mahkemesini yetkili kılan; aynı zamanda, yetki itirazında bulunulmayarak işin esasına girildiğinde mahkemenin yetkili olup olmadığının incelenememesine tüketiciler bakımından istisna getiren İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu m. 32 ve 35'ten yararlanılabilir.
- ikinci ihtimalde, tüketici hukuku mevzuatının temelini oluşturan Avrupa Birliği Hukuku'nu yorumlayan Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'nın haksız şart denetiminin resen yapılacağını, denetim sonucunda sözleşme koşulunun haksız şart niteliğinde olduğu sonucuna varılırsa, hâkimin işaret etme ödevi çerçevesinde bunu tüketiciye bildireceğini, tüketicinin bunun üzerine geçersizliğe dayanabileceğini kabul ettiği istikrarlı içtihatları takip edilebilir.

8. Tacir-tacir yetki şartlarında *olması gereken hukuk bakımından*, ya avukatla temsil zorunluluğunun bulunmadığı sulh hukuk mahkemelerinde, hâkimin mahkemenin yetkili olmadığına işaret etme yükümlülüğünü düzenleyen Alman Medenî Usûl Kanunu'nun 504. paragrafı model alınabilir ya da hakem veya hakem kurulunun gecikmenin haklı sebebe dayandığı sonucuna varması hâlinde, süresinde ileri sürülmeyen itirazı kabul etmelerine imkân veren Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 422/4'ye paralel bir hüküm ihdas edilerek ilk itirazın haklı bir sebep varsa sonradan -en geç ön inceleme aşamasında- ileri sürülmesinin yolu açılabilir.

9. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin içtihatlarının aksine, 1 Temmuz 2012 tarihinde önce akdedilen yetki şartları, kamu düzenini ilgilendirmesi nedeni ile yetki şartlarının genel işlem koşulu denetimine kıyasen uygulanacak 6101 sayılı Yürürlük Kanunu m. 2 çerçevesinde içerik denetimine tâbi olmalıdır.

Bibliyografya

- Açıköz, Osman:** Tüketicinin Korunması Çerçevesinde Mobil Haberleşme Abonelik Sözleşmelerinde Genel İşlem Koşulları, İstanbul 2013.
- Akıncı, Ziya:** Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik, Ankara 2002.
- Akipek Öcal, Şebnem:** Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunda Yer Alan Haksız Sözleşme Şartları İle Türk Borçlar Kanununda Yer Alan Genel İşlem Koşullarının Bankacılık Sektörü Açısından Değerlendirilmesi, 2. Tüketici Hukuku Sempozyumu, İstanbul 2013, s. 331-340.
- Alangoya, Yavuz:** Medeni Usulün Amacı ve Sosyal Karakteri Açısından Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın Bazı Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 2006, s.33-54, (Değerlendirme).
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis:** Medenî Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009, (Usul).
- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Önerileri, İstanbul 2006, (Tasarı).
- Altıp, Atilla:** Genel İşlem Koşulları, Türk Borçlar Kanunu Sempozyumu, Derleyen: Doç. Dr. Murat İnceoğlu, İstanbul 2012, s. 27-44.
- Antalya, O. Gökhan:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, İstanbul 2012.
- Arkan, Sabih:** Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, Ankara 1998.
- Arslan, Ramazan:** Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Delil Sözleşmesi Konusunda Getirdiği Yenilikler, Bankacılar Dergisi Özel Sayı 2013, s. 67-71.
- Aslan, İ. Yılmaz:** Tüketici Hukuku, 4. Baskı, Bursa 2014.
- Atamer, Yeşim M.:** Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, 2. Bası, İstanbul 2001, (GİŞ).

- Atamer**, Yeşim M.: Genel İşlem Koşulu mu Bireysel Pazarlıkla Kurulan Sözleşme mi? Tüketici ve Tacir İşlemleri Açısından Karşılaştırmalı Olarak Başvurulabilecek Değerlendirme Kriterleri, Yeni Türk Borçlar Kanunu ve Yeni Türk Ticaret Kanunu Sempozyumu, İstanbul 2013, s. 103-137, (Kriterler).
- Atamer**, Yeşim M.: Yeni Türk Borçlar Kanunu Hükümleri Uyarınca Genel İşlem Koşullarının Denetlenmesi-TKHK m. 6 ve TTK m. 55, f. 1 ile Karşılaştırmalı Olarak, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s. 9-73, (Yeni TBK).
- Atamer**, Yeşim M.: Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun m. 6, Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik ve Yeni Borçlar Kanunu Taslağı m. 18a-f, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 291-331, (Açılımlar).
- Ateş**, Mustafa: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargıtay İlke Kararları, C. I, Ankara 2014.
- Aşık**, İbrahim: Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Yetki Sözleşmesi, TBBD 2011 S. 97, s. 11-48.
- Aydoğdu**, Murat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanununda Düzenlenen Genel İşlem Koşullarının Kişi Bakımından Uygulama Alanı, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C. I, İzmir 2013, s. 571-621, (Uygulama).
- Aydoğdu**, Murat: Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının ve Tüketici Hukuku'nda Haksız Şartların Denetimi, Ankara 2014, (GİŞ).
- Bamberger**, Heinz Georg/**Roth**, Herbert/**Schmidt**, Hubert: BGB Band 1, 3. Auflage, München 2012.
- Başalp**, Nilgün: Sözleşme Özgürlüğünün Sözleşme Adaletinin Sağlanması Amacıyla Hakimin Müdahalesi Yoluyla Korunması: İçerik Denetiminin Hukuki Temelleri Hakkında Bazı Değerlendirmeler, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, s. 221-238.
- Baysal**, Başak: Kanunların Zaman Açısından Yürürlüğü, Prof. Dr. Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara 2004, s. 475-503.

- BernerKommentar** SchweizerischeZivilprozessordnung, Band 1, Bern 2012 (BK ZPO-**Berger**, Bernhard).
- BernerKommentar**, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Allgemeine Bestimmungen, Bd. VI/1/2/1a, Inhalt des Vertrages, Art. 19-22 OR, Bern 1991 (BK-**Kramer**, Ernst A.).
- Baş**, Ece: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda Genel İşlem Koşulu Kavramı ve İçerik Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 276-306.
- Beck'scher** Online-Kommentar ZPO, 2014 (BeckOK ZPO/**Toussaint**, Guido).
- Belgin Güneş**, Derya: Yetki Sözleşmeleri, İBD 2012/5 s. 197-221.
- Bolayır**, Nur: Medenî Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul 2009, (Yetki Sözleşmeleri).
- Bolayır**, Nur: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmeleri, İBD Eylül-Ekim 2011, s. 131-147, (HMK).
- Bilge**, Necip/**Önen**, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara 1978.
- Budak**, Ali Cem: Mukayeseli Hukukta Tüketicinin Gayriadil Sözleşme Hükümlerine ve Özellikle Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, Yasa Hukuk Dergisi 1991/6, s.765-777, (GİŞ).
- Budak**, Ali Cem: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmesi, MİHDER 2012/1, s. 1-25, (Yetki).
- Büyüksagis**, Erdem: İçerik Denetiminin Müzakere Edilmemiş Sözleşme Hükümleriyle Sınırlanması Üzerine Mostazo Claro'nun Düşündükleri, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C. I, İzmir 2013, s. 675-711.
- Canbeldek**, Özlem: Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Kanunu Işığında Yetki Sözleşmeleri, MİHDER 2012/2, s. 199-233.
- Çınar**, Ömer: Tüketici Hukukunda Haksız Şartlar, İstanbul 2009.

- Çiftçi, Pınar:** Bir Hukuk Genel Kurulu Işığında Özellikle Medenî Usûl Hukuku Açısından Delil Sözleşmelerinin Geçerliliği Sorunu, Prof. Dr. Bilge Umar Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı 2009, C. I, s. 129-182.
- Doğan, Gül:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşulları, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 459-473.
- Eren, Fikret:** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Baskı, Ankara 2014.
- Erişir, Evrim:** Yürürlükteki ve Yeni Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Tüketici Örgütlerinin Açabilecekleri Topluluk Davaları, 3. Tüketici Hukuku Sempozyumu-Sektörel Bazda Tüketici Hukuku ve Uygulamaları, Ankara 2014, s. 340-354.
- Erman** Bürgerliches Gesetzbuch I, 13. Auflage, Köln 2011 (Erman/**Roloff**, Stefanie BGB).
- Ermenek, İbrahim:** Yargı Kararları Işığında Tüketici Sorunları Hakem Heyetleri ve Bu Alanda Ortaya Çıkan Sorunlara İlişkin Çözüm Önerileri, GÜHFD 2013/1-2, s. 563-630.
- Görgün, Şanal:** Medenî Usûl Hukuku, 3. Bası, Ankara 2014.
- Grafvon Westphalen, Friedrich:** Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke 35. Ergänzung, München 2014 (**Thüsing**, Gregorin GrafvonWestphalen, Gerichtsstandsklausel).
- Gümüş, Mustafa Alper:** 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun Şerhi, C. I, İstanbul 2014.
- Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre:** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012.
- Havutçu, Ayşe:** Açık İçerik Denetimi Yoluyla Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması, İzmir 2003, (İçerik Denetimi).
- Havutçu, Ayşe:** 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun Genel İşlem Şartlarına İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi, İz. BD Nisan 2011, s. 29-46, (GİŞ).
- İnal, Tamer:** Tüketici Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2014.

- Karaaslan**, Varol: Medeni Usul Hukukunda Hakimin Davayı Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013.
- Karadağ**, Özgür: Haksız Şartlar, Ankara 2014.
- Karşlı**, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012, (Muhakeme).
- Karşlı**, Abdurrahim: Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler, İstanbul 2001, (Usulî İşlemler).
- Kılıçoğlu**, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Ankara 2013.
- Kocayusufpaşaoğlu**, Necip: Borçlar Hukukuna Giriş Hukukî İşlem Sözleşme, C. I, 6. Bası, İstanbul 2014.
- Konuralp**, Halûk: Medenî Usul Hukukunda İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları, Ankara 1999.
- Kuntalp**, Erden: Bankalar ve Genel İşlem Koşulları, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s. 81-102.
- Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Kanun Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 2006, s. 57-85, (Değerlendirme).
- Kuru**, Baki/**Budak**, Ali Cem: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler, İBD Eylül-Ekim 2011, s. 3-43.
- Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I ve II, 6. Baskı, İstanbul 2001.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: Medenî Usûl Hukuku, 25. Baskı, Ankara 2014.
- Meriç**, Nedim: Hakimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, Prof. Dr. Bilge Umar Armağanı, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Özel Sayı 2009, C. I, s. 377-424.
- Musielak**, Hans Joachim: Zivilprozessordnung, 11. Auflage, München 2014 (Musielak ZPO/**Heinrich**, Christian)
- Münchener Kommentar** zum BGB, Band 2, 6. Auflage, München 2012 (MünchKomm/**Wurmnest**, Wolfgang BGB).
- Münchener Kommentar** zur Zivilprozessordnung, Band 1, 4. Auflage, München 2013 (Münch-Komm/**Patzina**, Reinhard ZPO).

- Nomer**, Halûk N.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12. Bası, İstanbul 2012.
- Oğuzman**, M. Kemal/**Öz**, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 12. Bası, İstanbul 2014.
- Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenme Hakkı, Ankara 2003.
- Özel**, Çağlar: Tüketicinin Korunması Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Palandt** Bürgerliches Gesetzbuch, 71. Auflage, München 2010 (Palandt/**Grüneberg**, Christian).
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.
- Pekcanitez**, Hakan: Tüketici Mahkemeleri, İBD 1996/4-5-6, s. 141-162, (Tüketici Mahkemeleri).
- Pekcanitez**, Hakan: Medeni Yargıda Adil Yargılama, İz. BD Nisan 1997, s. 35-61, (Adil Yargılama).
- Postacıoğlu**, İlhan E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975.
- Prütting**, Hanns/**Gehrlein**, Markus: ZPO Kommentar, 4. Auflage, Köln 2012 (PG/**Lange**, Jerome).
- Reisoğlu**, Seza: Banka Uygulamaları Açısından Yeni Borçlar Kanununun Genel İşlem Koşulları ve Eleştirisi, Bankacılar Haziran 2011, s. 108-117.
- Rosenberg**, Leo/**Schwab**, Karl Heinz/**Gottwald**, Peter: Zivilprozessrecht, 17. Auflage, München 2010.
- Sargın**, Fügen: Milletlerası Usûl Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996.
- Serozan**, Rona: Yeni Borçlar Kanunu'ndaki Hukuki İşlemin (Özellikle Sözleşmenin) Oluşmasıyla İlgili Kurallardaki Yenilikler, Prof. Dr. Şener Akyol'a Armağan, İstanbul 2011, s. 663-672.
- Sirmen**, A. Lâle: Tüketici Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, Türk Hukukunda Genel İşlem Şartları Sempozyumu, Ankara 2011, s. 109-134.

- Staudingers** Kommentar zum BGB, Buch 2 §§ 305-310; UKlaG, Neubearbeitung, Berlin 2006 (Staudinger/Schlosser, Peter).
- Stein/Jonas** Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Auflage, Band 1, Tübingen 2003 (Stein/Jonas/Bork, Reinhard).
- Sungurtekin Özkan**, Meral: Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013.
- Sutter-Somm**, Thomas/**Hasenböhler**, Franz/**Leuenberger**, Christoph: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich 2013 (**Heddinger**, Martin in Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger).
- Tanriver**, Süha: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'nın 1 ilâ 122. Maddelerinde Yer Alan Düzenlemeler ve Bunların Genel Çerçevede Değerlendirilmesi, AÜHFD 2008/3, s. 635-664.
- Taşpınar**, Sema: Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001, (İspat).
- Taşpınar Ayvaz**, Sema: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK) Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013, (HMK).
- Tekinay**, Selâhattin Sulhi/**Akman**, Sermet/**Burcuoğlu**, Halûk/**Altop**, Atillâ: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, İstanbul 1993.
- Topuz**, Murat: 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Genel İşlem Koşullarında Kapsam (Yürürlük) Denetimi, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 1138-1174.
- Ulmer**, Peter/**Brandner**, Erich/**Hensen**, Horst-Diether: AGB-Recht Kommentar, 11. Auflage, Köln 2011 (**Schmidt**, Harry in Ulmer/Brandner/Hensen).
- Ulukapı**, Ömer: Medenî Usûl Hukuku, Konya 2014.
- Ulusan**, İlhan: Türk Borçlar Kanunu'ndaki Genel İşlem Şartlarına İlişkin Yeniliklerle İlgili Bazı Düşünceler, Prof. Dr. Mustafa Dural'a Armağan, İstanbul 2013, s. 1219-1228.
- Umar**, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Üstündağ**, Saim: Medeni Usul Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları, İÜHFM 1962/1-4, s. 310-339, (Salahiyet).

- Üstündağ**, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Baskı, İstanbul 2000, (Yargılama).
- Wieczorek/Schütze** ZPO Band 4,4. Auflage, Mörlenbach 2013 (**Assmann**, Dorotheain Wieczorek/Schütze).
- Wolf**, Manfred/**Lindacher**, Walter/**Pfeiffer**, Thomas: AGB Recht Kommentar, 5. Auflage, München 2009 (**Hau**, Wolfgang in Wolf/Lindacher/Pfeiffer).
- Yağcıoğlu**, Ali Haydar: Yeni İsviçre Haksız Rekabet Kanunu'nda Genel İşlem Koşullarının Açık İçerik Denetimi (UWG Art. 8), Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, C. II, İzmir 2013, s. 3057-3098.
- Yalçın**, Onur: Banka Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Geçerliliği, Ankara 2006.
- Yelmen**, Adem: Türk Borçlar Kanunu'na Göre Genel İşlem Şartları, Ankara 2014.
- Yılmaz**, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2013.
- Zevkliler**, Aydın/**Aydoğdu**, Murat: Tüketicinin Korunması Hukuku, 3. Baskı, Ankara 2004.

Kısaltmalar Cetveli

| | |
|---------------|--|
| AET | : Avrupa Ekonomik Topluluğu |
| AGB | : Allgemeine Geschäftsbedingungen |
| Art. | : Artikel |
| ATAD | : Avrupa Toplulukları Adalet Divanı |
| AÜHFD | : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| AY | : Anayasa |
| aşa. | : aşağıda |
| BGB | : Bürgerliches Gesetzbuch |
| BGE | : Bundesgerichtsentscheidungen |
| BGH | : Bundesgerichtshof |
| bkz. | : bakınız |
| c. | : cümle |
| C. | : cilt |
| dn. | : dipnot |
| GÜHFD | : Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| HD | : Hukuk Dairesi |
| HGK | : Hukuk Genel Kurulu |
| HMK | : Hukuk Muhakemeleri Kanunu |
| HUMK | : Hukuk Usûlü Muhakemeleri Kanunu |
| İBD | : İstanbul Barosu Dergisi |
| İÜHFM | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası |
| İz. BD | : İzmir Barosu Dergisi |
| K. | : karar |
| karş. | : karşılaştırınız |
| KOBİ | : Küçük ve Orta Boy İşletme |
| m. | : madde |
| MİHDER | : Legal Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Dergisi |

| | |
|---------------|--|
| N. | : kenar numarası |
| NJW | : NeueJuristische Wochenschrift |
| NJW-RR | : NJW Rechtsprechungs-Report |
| OLG | : Oberlandesgericht |
| OR | : Obligationenrecht |
| SchZPO | : Schweizerische Zivilprozessordnung |
| TBBD | : Türkiye Barolar Birliği Dergisi |
| TBK | : Türk Borçlar Kanunu |
| TKHK | : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun |
| TTK | : Türk Ticaret Kanunu |
| s. | : sayfa |
| vd. | : ve devamı |
| Yön. | : Yönetmelik |
| ZPO | : Zivilprozessordnung |

^HHAKEM YARGILAMASINDA BAĞLANTILI DAVALAR

*Yrd. Doç. Dr. İbrahim ERMENEK**

GİRİŞ

Medenî yargılama hukuku alanında birden fazla dava bazen usul ekonomisi ilkesinin bazen adalete erişim hakkının bir gereği olarak, bazen de çelişkili kararlar verilmesini önlemek amacı ile birlikte görülebilmektedir. Davaların bu şekilde birlikte görülmesi, çoğu kere her üç amacın da aynı anda gerçekleşmesine hizmet etmektedir. Ancak, bu davaların birlikte görülmesi ya taraflar nedeniyle ya da dava konusu nedeniyle aralarında bir bağlantı bulunması şartına bağlıdır. Bu şekilde birlikte görülecek olan davaları ifade etmek üzere, İdari Yargılama Usulü Kanunu madde 38'in üst başlığından da esinlenerek, bağlantılı davalar ifadesi kullanılmıştır. Davalar arasında bağlantı bulunması sadece davaların birlikte görülmesi bakımından değil, birlikte görülen davaların ayrılması bakımından da önemli olduğundan, yeri geldikçe davaların ayrılması müessesesi de değerlendirme konusu yapılmıştır.

Bağlantılı davaların kapsamına giren dava çeşitlerinin bazıları ve dava arkadaşlığı medenî yargılama hukuku bağlamında monografik çalışmaları konu edilmiş olmakla birlikte, meseleye hakem yargılaması bağlamında değinilmemiştir. Bağlantılı davaların hakem yargılamasında gösterdiği özellikleri ve bu alanda ortaya çıkan sorunları tespit etmek ve bu sorunlara çözüm önerileri sunmak amacıyla üzerinde durduğumuz mesele makale konusu olarak seçilmiştir. Bağlantılı davaların hakem yargılamasında gösterdiği özellikler, iradî tahkime ilişkin en temel düzenlemelerin yer aldığı

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: ermenek33@gmail.com

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri dikkate alınarak incelenmiştir. Ancak tarafların tahkim sözleşmelerinde, bazı tahkim kurumlarının yargılama hukuku kurallarına atıf yapabileceği düşünülerek, yaygın olarak kullanılan bazı tahkim kurumu kuralları çerçevesinde bağlantılı davaların gösterdiği özellikler üzerinde de durulmuştur. Bu çalışmadan maksat öncelikli olarak bağlantılı davaların hakem yargılamasında gösterdiği özelliklerin ve bu alanda ortaya çıkan sorunların tespiti ve bu sorunlara ilişkin çözüm önerileri ortaya konulması olduğundan, bağlantılı davalara ilişkin olarak detaylı bir inceleme yapılmamıştır. Bu çerçevede bağlantılı davaların kapsamı, uygulama alanı ve bağlantı kavramının anlam ve içeriğine yönelik bazı tespit ve değerlendirmelerin yapılması ile yetinilmiştir.

A. Hukuk Yargılamasında Bağlantılı Davalar

I. Genel Olarak

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda doğrudan doğruya bağlantılı davalar başlığı altında düzenlenmiş bir hüküm yoktur. Buna karşın İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun 38'nci maddesi "bağlantılı davalar" üst başlığını taşımaktadır. Ancak söz konusu hüküm incelendiğinde "bağlantılı davalar" ibaresi ile, görülmekte olan ve aralarında bağlantı bulunan birden fazla davanın birleştirilmesinin kastedildiği anlaşılmaktadır. Başka bir ifade ile, İdari Yargılama Usulü Kanunu madde 38 "bağlantılı davalar" başlığı altında görülmekte olan birden fazla davanın birleştirilmesi koşullarını düzenlemiştir. Bu hali ile söz konusu hüküm, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 166'ncı, mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun ise 45'nci maddesine yer alan davaların birleştirilmesine ilişkin düzenlemelere karşılık gelmektedir. Ancak, kanımızca "bağlantılı davalar" ibaresi, idarî yargılama hukukuna nazaran hukuk yargılamasında çok daha geniş bir anlama sahiptir. Bu çerçevede hukuk yargılaması bağlamında, objektif dava birleşmesi, dava arkadaşlığı, karşı dava, aslî müdahale davası ve davaların birleştirilmesine ilişkin hükümler bağlantılı dava ibaresi içerisinde değerlendirilmelidir.

İşaret ettiğimiz bu müesseselerin tamamında bağımsız birer dava konusu yapılabilecek aynı veya farklı yöndeki birden fazla talep tek bir dava dosyası içerisinde incelenip değerlendirilmekte ve dava sonunda bütün

talepler için birlikte hüküm kurulmaktadır. Ancak, bu taleplerin birlikte incelenip değerlendirilebilmesi için aralarında bağlantı bulunması şarttır. Bu bağlantı bazen talebin konusu ile davanın tarafı arasında ortaya çıkarken, bazen de bizzat talepler arasında ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de, objektif dava birleşmesinde bu bağlantı dava konusu edilen taleplerin birbiri ile olan ilişkisinden bağımsız olarak doğrudan doğruya talep konusu ile davanın tarafları arasında ortaya çıkarken; dava arkadaşlığı, aslî müdahale davası ve karşı davada davanın taraflarının kendi aralarındaki ilişkisinden bağımsız olarak hem talepler arasındaki ilişki ve hem de talepler ile davanın tarafları arasındaki ilişki nedeniyle ortaya çıkmaktadır. Buna karşın, bu bağlantı, davaların birleştirilmesinde doğrudan doğruya talepler arasındaki ilişki kaynaklanmaktadır. Bu çerçevede ortaya çıkan bağlantı ilişkisi taleplerin sebebine bağlı olarak ortaya çıkabileceği gibi sonucuna bağlı olarak da ortaya çıkabilmektedir¹.

II. Bağlantı Kavramının İçeriğine Yönelik Bazı Tespitler

1. Davaların Birlikte Görülmesi Bağlamında Bağlantı Sorunu:

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan ve bağlantılı davalar kapsamında mütalaa ettiğimiz müesseselerden “bağlantı” ibaresine sadece karşı dava (HMK md. 132/1-b) ve davaların birleştirilmesine (HMK md. 166/4) ilişkin olarak işaret edilmiştir². Karşı davaya ilişkin düzenlemede” bağlantı”

¹ Davaların sonucuna bağlı olarak ortaya çıkabilecek bağlantı hallerine, kısmî dava ile ek dava arasındaki ilişki, asıl alacağa ilişkin dava ile faize ilişkin alacak davası arasındaki ilişki örnek olarak verilmektedir. Bkz, Baki **Kuru**; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, İstanbul 2001, s. 3412.

² Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 111’de düzenlenmiş olan “terditli davalar” için de, talepler arasında hukuki veya ekonomik bir bağlantı bulunması şarttır, ibaresine yer verilmişse de; bu tip davalarda talepler arasında kurulan aslilik - ferilik ilişkisi nedeni ile dava sadece taleplerden birisi yönünden kabul edilebileceğinden, bu davalar bağlantılı davalar kapsamında değerlendirilmemiştir. Ayrıca, terditli davanın temeli ister tek bir vakiyaya dayandırılmış olsun isterse birden fazla vakiyaya dayandırılmış olsun, dava sonunda davacının taleplerinden en fazla birisinin kabulü yönünde karar verilebileceğinden, diğer bağlantılı dava hallerinden farklı olarak burada taleplerin çokluğu dava sayısında çokluğa neden olmamaktadır.

ibaresinden ne anlaşılması gerektiği belirtilmemiş olmakla birlikte, her iki talep arasında takas veya mahsup ilişkisi bulunması veyahut talepler arasında bağlantı bulunması karşı davanın bir koşulu olarak kabul edilmiştir. Söz konusu hükmün madde gerekçesinde, burada kullanılan bağlantı ibaresinden asıl talep ile karşı davada ileri sürülen talebin aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğmuş olması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte olmasının anlaşılması gerektiğine işaret edilmiştir³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun davaların birleştirilmesine ilişkin 166'ncı maddesinde, "davalar arasında bir bağlantı bulunması" davaların birleştirilmesi koşulu olarak düzenlendikten sonra (HMK md. 166/1); aynı maddenin 4'ncü fıkrasında davalar arasında bağlantı bulunması ibaresinden ne anlaşılması gerektiğine işaret edilmiştir. Bu düzenlemeye göre, davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması ya da biri hakkında verilecek hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması halinde bağlantı varsayılmaktadır. Aynı husus mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 45/3'te, davaların aynı sebepten doğması veya biri hakkında verilen hükmün diğerini etkileyecek nitelikte bulunması halinde bağlantı varsayılır, şeklinde ifade edilmişti. Bu durum İdari Yargılama Usulü Kanunu'nun bağlantılı davalar başlıklı 38'nci maddesinde ise, aynı maddî veya hukuki sebepten doğan ya da biri hakkında verilecek hüküm diğerini etkileyecek nitelikte olan davalar bağlantılı davalardır şeklinde düzenlenmiştir. Nihayet, meselenin anlaşılabilmesi bakımından işaret edilmesi gereken diğer bir husus da, ihtiyarî dava arkadaşlığının koşulları arasında yer alan Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 57/1-c bendidir. Bu bent hükmü ile, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 43/1-2 bendinde yer alan, "davaların her biri hakkında aynı sebepten neşet etmesi" ibaresi genişletilerek "davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması" şekline dönüştürülmüştür. Böylelikle dava arkadaşlığının bu koşulu ile davaların birleştirilmesinin bağlantı koşulu arasında bir paralellik sağlanmıştır.

Davalar arasında bağlantı bulunduğunun kabul edilebilmesi için, "davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması", "davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması" ve "davaların aynı maddî veya hukuki sebepten doğmuş olması" ibareleri ile

³ Bkz., HMK md. 132'nin Hükümet Gerekçesi.

ne kastedildiğinin açıklığa kavuşturulması gerekir. Genel olarak bağlantı ibaresi ile kastedilen, iki dava arasındaki ortak unsurlardır⁴. Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden önceki dönemde, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 43/2’de yer alan “davanın her biri hakkında aynı sebepten neşet etmesi” ve madde 45/3’te yer alan “davaların aynı sebepten doğması” ifadelerinden hareketle işaret ettiğimiz sorun çözülmeye çalışılmıştır. Bu bağlamda, söz konusu hükümler tercüme edilirken asıllarında bulunan “benzer sebep” ibaresinin unutulduğu ve bu nedenle davaların benzer sebepten kaynaklanması halinde de bu davaların birleştirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür⁵. Ayrıca madde hükmünün açık olmamasına binaen, buradaki aynılık ile kastedilenin hem davanın temeline ilişkin vakıaların hem de hukuki sebeplerin aynılığı olduğu yönündeki yaklaşımlar da; bu yaklaşımların kabulünün davaların birleştirilmesi ve ihtiyarî dava arkadaşlığına ilişkin hükümlerin uygulanmasını son derece daraltacağı gerekçesi ile haklı olarak eleştirilmiştir⁶. Bu dönemde doktrinde ağırlıkta olan görüş, Kanunda kastedilen dava sebebi kavramı ile, maddî vakıaların kastedildiği⁷, dolayısıyla dava konusu vakıanın ortak olması halinde hukuki sebepler farklı da olsa davaların birleştirilebileceği yönünde oluşmuştur⁸. Bu görüşle bağlantılı olarak, uygulama, davaların aynı veya benzer hukuki nedenden kaynaklanıp kaynaklanmadığına bakılmaksızın, farklı maddî sebeplerden kaynaklanan davaların birlikte görülmemesi yönünde şekillenmiştir. Objektif dava birleşmesi ise bu kuralın istisnası olarak nitelendirilmiştir⁹. Gerçekten de kanun

⁴ İlhan **Postacıoğlu**; Davaların Birleştirilmesi, Makaleler ve Karar İncelemeleri, İstanbul 2011, s. 105, (**Postacıoğlu**, Birleştirme); Arif **Bayram**; Birlikte Dava Açılmasında Davaların Aynı Sebepten doğmuş Olmasının Anlamı, Adalet Dergisi, C. LXVII, 1977/3-4, (s. 282-295), s. 282.

⁵ **Postacıoğlu**, Birleştirme, s. 106; **Bayram**, s. 284, 285; **Kuru**, s. 3412; Necip **Bilge/Ergun Önen**; Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978, s. 249.

⁶ **Bayram**, s. 283; **Kuru**, s. 3412; **Bilge/Önen**, s. 249, 250.

⁷ Dava sebeplerinin hukuki nedenler olduğu görüşü için, Bkz., İlhan **Postacıoğlu**; Davanın ve Kaziyi Muhkemenin Unsuru Olarak Hukukî Sebep, Makaleler ve Karar İncelemeleri, İstanbul 2011, (s. 67-96), s. 82 vd, (**Postacıoğlu**, Sebep).

⁸ Ömer **Ulukapı**; Medenî Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991, s. 127; **Bayram**, s. 283.

⁹ **Ulukapı**, s. 129; **Bayram**, s. 284.

koyucu objektif dava birleşmesi için dava konusu edilen talepler arasında her hangi bir bağlantının varlığı şartını aramamaktadır (HMK md. 110).

Hukuk Muhakemeleri Kanunu ise, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlükte olduğu dönemde ortaya çıkan sorunları ve tereddütleri gidermek için, "benzer sebep" kavramını da madde metnine dahil etmiştir (HMK md. 57/1-c; 166/4). Ancak özellikle ihtiyarî dava arkadaşlığına ilişkin olarak "davaların temelini oluşturan vakıaların" ve "hukuki sebeplerin" aynılığının veya benzerliğinin her iki unsur için de birlikte mi yoksa ayrı ayrı mı araştırılması gerektiği açık değildir. Bu çerçevede iki unsuru birbirine bağlarken "ve" bağlacı kullanılması "aynılık" veya "benzerliğin" her ikisi içinde aynı anda bulunması gerektiği izlenimini doğurmaktadır¹⁰. Ancak bu şekilde yapılacak bir yorum ihtiyarî dava arkadaşlığının uygulama alanını daha da daraltacaktır. Oysa, söz konusu hükmün gerekçesinden "benzer sebep" ifadesinin madde metnine alınması ile ihtiyarî dava arkadaşlığına ilişkin hükümlerin uygulanma alanının genişletilmesinin amaçlandığı anlaşılmaktadır. Şayet, söz konusu hükümde yer alan "veya birbirine benzer olması" ibaresinde kullanılan "veya" bağlacı dolayısıyla daha önce kullanılan "ve" bağlacının etkisizleştirildiği; bu nedenle "aynılık" veya "benzerliğin" her iki unsur açısından da birbirinden bağımsız olarak araştırılması gerektiği yönünde yapılacak bir yoruma itibar edilirse, bu defada sadece hukuki sebeplerin benzerliğine dayanarak (vakıaların aynılığına veya benzerliğine bakılmaksızın) iki davanın birlikte açılması usul ekonomisi ilkesine hizmet etmeyeceği gibi, çelişkili kararlar verilmesinin engellenmesine de hizmet etmeyecektir. Bu çerçevede, davaların temelini oluşturan vakıaların

¹⁰ Nitekim ihtiyarî dava arkadaşlığına ilişkin mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 43/2'nci maddesinde yer alan düzenlemeden hareketle Postacıoğlu, bu halde ihtiyarî dava arkadaşlığının hem davayı doğuran maddî vakıanın hem de davanın dayandığı hukuki sebebin aynı olması halinde söz konusu olabileceğini ileri sürmektedir. Bkz., **Postacıoğlu**, Birleştirme, s. 106; Aynı yönde, Yavuz **Alangoya**; Medenî Usul Hukukunda Dava Ortaklığı (Tarafların Taaddüdü), İstanbul 1999, s. 78, 79, (**Alangoya**, Dava Ortaklığı); Diğer taraftan Alangoya, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 43/2'nin mehz Kanunun 37'nci maddesinde yer alan benzer sebep kavramını izah ederken, benzer sebep nedeni ile ihtiyarî dava arkadaşlığının söz konusu olabilmesi için sadece fiilî sebeplerin benzerliğinin kafi olmadığını, ayrıca hukuki sebeplerde de bir benzerlik bulunması gerektiğine işaret etmektedir. Bkz., **Alangoya**, Dava Ortaklığı, s. 80, 81.

aynılığı veya benzerliği, hukuki sebeplerin aynılığı veya benzerliğinden bağımsız olarak tek başına dava arkadaşlığına neden olabilir. Buna karşın temeldeki maddî vakıalar arasındaki bir aynılık veya benzerlik dikkate alınmaksızın salt hukuki sebebin aynılığı veya benzerliği çerçevesinde kurulacak bir bağlantı, ihtiyarî dava arkadaşlığına amacı dışında bir işlev yüklenmesi anlamına gelir¹¹. Bu nedenle söz konusu düzenlemenin de Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 166/4'te yer alan “davaların aynı veya birbirine benzer sebeplerden doğması” şeklinde anlaşılması yerinde olur.

Diğer yargılama kollarında ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında davalar arasında bağlantı bulunması farklı kapsam ve içerikte değerlendirilmektedir. Bu çerçevede, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtüzüğü'nün 42'nci maddesi, başvuruların birleştirilmesi ve eş zamanlı olarak incelenmesi başlığını taşımaktadır. Bu düzenlemeye göre; Daire, tarafların isteği üzerine veya resen, iki veya daha fazla başvuruların birleştirilmesine karar verebilmektedir. Bu hükümle iki farklı husus düzenlenmiştir. Bunlardan birisi davaların birleştirilmesi, diğeri ise davaların eş zamanlı olarak görülmesidir. Bu çerçevede Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvuran taraflar farklı olsa bile, pasif taraf aynı ise başvuruları birleştirebildiği gibi¹²,

¹¹ Alangoya, mehz Kanun'da yer alan “benzer sebep” ibaresinin HUMK'a alınmamasına rağmen, benzer sebeplere dayalı olarak HUMK hükümleri çerçevesinde ihtiyarî dava arkadaşlığının mümkün olup olmadığını irdelerken, usul hukuku bakımından geniş bir irtibat kavramına vasil olmak gerektiğine, bu çerçevede maddî hukuk irtibatı derecesi üzerinde durulmaması gerektiğine işaret ettikten sonra; iki veya daha fazla davanın birlikte görülmelerinde ayrı ayrı görülmelerine nazaran daha esaslı bir usuli menfaatin bulunması halinde usuli irtibatın varsayılması gerektiğine işaret etmiş ve her iki dava için aynı yönde karar verilmesinin gerektiği hallerde usuli bir menfaatin var olacağına dikkati çekmiştir. Ancak, daha sonra aynı yönde karar verilmesinin gerekli olup olmadığının ise davaların vakıasına göre belirleneceğini, bu durumda ise bir maddî hukuk irtibatının yine de rol oynayacağını belirtmiştir. Bkz, **Alangoya**, Dava Ortaklığı s. 87.

¹² Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kara yolları genel müdürlüğünce yapılan kamulaştırma işlemine karşı açılan kamulaştırma bedeline itiraz davasına ilişkin başvuru ile, aynı şekilde Devlet Hava Meydanları ve Devlet Su İşleri Tarafından yapılan kamulaştırma işlemlerine karşı açılan kamulaştırma bedeline itiraz davasına karşı farklı kişiler tarafından yapılan başvuruları AHİM, “Olaylar ve esasa ilişkin gündeme getirdikleri meseleler bakımından davalar arasındaki benzerliğe istinaden” birleştirmiştir. Bkz, Sever ve diğeri - Türkiye Davaları, 9879/02, 16232/02 ve 27175/02 nolu ve

başvuruya konu edilen davaların konusu ve ihlal olgularındaki benzerliği de dikkate alarak birleştirme kararları verebilmektedir¹³.

Anayasa Mahkemesi Anayasa yargısı bağlamında yapılan anayasa aykırılık başvurularını birleştirilirken aralarında hukuki irtibat bulunması şartını aramaktadır. Bu kararlarında Mahkeme hukuki irtibat kavramını tanımlamakla birlikte, bu yönde verdiği kararları incelendiğinde hukuki irtibat ile, iptali istenilen normun ortak olmasının kastedildiği anlaşılmaktadır¹⁴. Bireysel başvuru yolunda verdiği birleştirme kararlarında ise, “başvuruların konu bakımından aynı hukuki nitelikte bulunması”¹⁵, “başvuruların kişi ve konu yönünden irtibatlı” olması gibi gerekçelere dayanmaktadır¹⁶.

İdari Yargılama Usulü hukukunda ise bağlantıyı ifade etmek üzere, “maddi bağıllık” ve “hukuki bağıllık” kavramları kullanılmaktadır. Bu çerçevede “maddi bağıllık” ile kastedilen, dava konusu işlem ya da eylemin aynı

20.11.2007 Tarihli dava, bkz. <http://www.kararara.com/aihm/turkce2/aihm11394.htm>, e.t: 05.03.2014.

¹³ Bkz., Mehmet Ali Kaplan ve diğerleri - Türkiye Davası, 3224/05, 4884/05, 9504/05, 9545/05,9568/05, 9600/05, 9658/05, 9695/05, 9720/05 ve 13516/05 nolu davalar, 16.12.2008 Tarihli karar, bkz. <http://www.yargitay.gov.tr/aihm/upload>, e.t: 05.03.2014; aynı şekilde Necip Kendirci ve diğerleri – Türkiye Davası, 10582/02, 1441/03, 7420/03 nolu davalar ve 03.04.2007 Tarihli karar, bkz. <http://www.kararara.com/aihm/turkce3/aihm11747.htm>, e.t: 05.03.2014; Kaya ve diğerleri – Türkiye Davası, 56370/00, 69879/01, 73757/01 nolu ve 20.11.2007 Tarihli davalar, karar metinleri için bkz. <http://www.kararara.com/aihm/turkce2/aihm11357.htm>, e.t:05.03.2014.

¹⁴ Bu konudaki benzer kararlar için bkz., Any. Mah.06.02.2013 Tarih ve 2011/123 E. ve 2013/26 K. Sayılı karar ve 08.11.2012 Tarih ve 2011/87 E. ve 2012/176 K. Sayılı kararlar için bkz., <http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr>, e.t: 08.03.2014.

¹⁵ Bkz. Any. Mah. 02.04.2014 Tarih ve 2014/3986 Başvuru Numaralı Kararı, www.anayasa.gov.tr e.t: 30.04.2014 (twitter kararı); Aynı şekilde bkz, 29.05.2014 Tarih ve 2014/4705 Başvuru Numaralı Youtube.com Kararı için, www.anayasa.gov.tr, e.t: 04.06.2014; 18.06.2014 Tarih ve 2013/7800 Başvuru Numaralı Karar (Kamuoyunda Balyoz Davası olarak biline), www.anayasa.gov.tr, e.t: 30.06.2014.

¹⁶ Bkz., Any. Mah. 19/12/2013 Tarih ve 2013/817 Başvuru Numaralı Karar, www.anayasa.gov.tr, e.t: 05.03.2014 (birden fazla mirasçı tarafından kamulaştırma bedeline itiraz davası sonucunda yapılan başvuru); benzer karar için Any. Mah. 26.03.2013 Tarih ve 2012/403 Başvuru Numaralı Kararı, www.anayasa.gov.tr, e.t: 05.03.2014.

veya birbiri ile ilgili olması iken; “hukuki bağlılık” ile kastedilen dava kapsamında uygulanması söz konusu olan hukuki düzenleme ve işlemlerin aynı olmasıdır¹⁷.

Amerikan hukukunda bağlantının varlığı ifade edilirken, maddi sebep (sorun) veya hukuki sebebin (sorun) ortak olması aranmaktadır. Amerikan hukukunda maddî sebep ve hukuki sebep kavramlarının içeriğinin, bu kavramların kapsamının genişliği ve hizmet ettiği müessesenin amacını layığıyla karşılayacak terimlerin kullanılmamış olması dolayısıyla, tam olarak doldurulmadığı ifade edilmektedir¹⁸. Bu ülke hukukunda maddî sebeple (ya da sorunla) kastedilen, genel itibari ile tarafların bir dava içerisinde iddia ve savunma aracı olarak ileri sürdükleri, ispat araçları ile desteklenmiş somut ve münferit unsurlardır. Bağlantılı davalar bakımından hukuki sebep (ya da sorun) ise genel itibari ile, hukuki yorum kurallarına uygun olarak yapılacak bir değerlendirme sonucunda, her iki uyumsuzluğu doğuran, doğru tespit edilmiş somut ve münferit vakıalar hakkında aynı hukuk kurallarının uygulanacağı sonucuna varılmasıdır¹⁹. Burada mahkeme, somut ve münferit vakıalar ile soyut ve genel hukuk kurallarını eşleştirerek hukuki sorunu tespit etmektedir. Başka bir ifade ile mahkeme, birden fazla uyumsuzluğa konu olan bir veya daha fazla vakıanın hukuk dünyasında karşılığını bulmak için, aynı soruların cevabını arıyorsa hukuki sorun ortak olduğu sonucuna varılmalıdır.

2. Davaların Ayrılması Bağlamında Bağlantı Sorunu

Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda yer alan bağlantılı davalar ile ilgili bir diğer müessese ise davaların ayrılmasıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu

¹⁷ Melikşah **Yasin**; İdari Yargıda Bağlantılı Davalar, E-Akademi, Şubat 2007, S.60, prg.11, 33, www.e-akademi.org, e.t: 12.11.2012; Oğuz **Sancakdar**; İdari Yargıda Tek Dilekçe ile Dava Açılması (Karşılaştırmalı Hukuki Analiz), s. 228, 229, <http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz9-2/osancakdar.pdf>, e.t: 05.06.2014; Turgut **Candan**; Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara 2009, s. 875; Arzu **Ulusoy**; İdari Yargıda Bağlantılı Davalar, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C. XV, 2012/1, (s. 185-195), s. 186, 187.

¹⁸ William **Twining**; Narrative and Generalizations in Argumentation About Question of Fact, SouthTexas Law Review 40 1999, (s. 351-365) s. 353 vd.; Peter **Tillers**; The Value of Evidence in Law, Ireland Legal Quarterly1988 /2, <http://tillers.net/VoE.htm>, e.t: 12.10.2013; Robin J. **Effron**; The Shadow of Joinder, Brooklyn 2012, s. 772.

¹⁹ **Twining**, s. 353, 354; **Effron**, s. 772.

madde 167’de (karşı dava için madde 132/2 ve 133/2’de) her ne kadar davaların ayrılması bakımından bağlantılı olup olmama yönünden bir hüküm öngörülmemişse de, bu husus davaların ayrılması müessesesinin buraya kadar işaret ettiğimiz “davalar arasında bağlantı bulunması” kavramı ile ilişkisi olmadığı anlamına gelmez. Zira, kanun koyucu davaların ayrılması müessesesini, buraya kadar işaret ettiğimiz bağlantılı davaların en baştan birlikte açılacağı veya daha sonradan birleştirileceği ihtimaline binaen düzenlemiştir. Bu hususun en önemli delilini, Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 167’de yer alan “birlikte açılmış veya sonradan birleştirilmiş davalar” ibaresi teşkil etmektedir. Bu tip davalarda aslolan, özellikle çelişkili karar verilmesinin önlenmesi için, bu davaların birlikte görülmesidir. Ancak bu davalar ayrıldığında, usul ekonomisi ilkesi gereği, yargılamanın daha iyi yürütülmesi mümkün olacaksa davaların ayrılmasına karar verilmektedir. Şu halde aralarında bağlantı bulunan davaların ayrılması istisnaî niteliktedir.

Kanun koyucu aralarında bağlantı bulunmayan davaların birlikte açılabilirliğini farzetmediğinden, Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 167’de aralarında bağlantı bulunmayan davaların birlikte açılması halinde ayırma kararı verilmesine ilişkin bir hükme yer verilmemiştir. Ancak, bu gibi hallerde davaların birlikte görülmesi koşulları oluşmadığından derhal ayırma kararı verilmelidir. Zira, aralarında bağlantı bulunan davalardan farklı olarak, burada davaların ayrı ayrı görülmesi istisna değil kuraldır. Bu ihtimalde, davaların ayrılmasının gerekçesi usul ekonomisi ilkesi değil, daha özel bir koşul olan davaların birlikte görülmesi şartlarının oluşmamış olmasıdır. Bu iki gerekçe arasındaki fark, usul ekonomisi söz konusu olduğunda davaların ayrılmasına karar verilmesi hâkimin takdir yetkisinde iken (HMK md. 167), koşulları oluşmaksızın davalar birlikte açılmışsa davaların ayrılmasının zorunlu olmasıdır. Bu hususun tipik örneğini Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 132/2 hükmü oluşturmaktadır. Bu hükme göre, koşulları oluşmaksızın karşı dava açılmışsa hâkim davaların ayrılmasına karar vermek zorundadır. Son tahlilde, aralarında bağlantı olmayan davaların birlikte görülmesi çok zor olacağından, dolaylı olarak bu gerekçenin de usul ekonomisi ilkesine hizmet ettiği söylenebilir.

B. Hakem Yargılamasında Bağlantılı Davalar

I. Genel Olarak

Bir hukuki uyuşmazlığın çözümü için aslolan Devlet mahkemelerine başvuru olmakla birlikte, istisnai olarak bu mahkemelerde cereyan eden yargılamalara ikame bir yargılama biçimi olarak tahkim müessesesi kabul edilmiştir²⁰. Tahkim yoluna başvurmakla taraflar bir yandan aralarındaki uyuşmazlığın uzman kişilerce hızlı, çabuk ve pratik bir şekilde çözülmesini amaçlarken, diğer taraftan da yasal sınırlar içerisinde Devlet mahkemelerinin yetkisini tümü ile ortadan kaldırmayı amaçlamaktadırlar²¹. Hiç kuşku yok ki, tarafların tahkim yolunu tercih etmelerinin en önemli nedenlerinden birisi de, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak hukuk kurallarını ve hatta hukuk düzenini sözleşme serbestisi içerisinde belirleyebilmeleridir²². Uyuşmazlığın tahkim yolu ile giderilmesini isteyen taraflar, söz konusu uyuşmazlığın doğrudan bir kurumsal tahkim merkezi tarafından o merkezin tahkim kuraları çerçevesinde çözülmesini isteyebilecekleri gibi, iç hukuk tahkim usulleri çerçevesinde çözülmesini de isteyebilirler.

²⁰ Yavuz **Alangoya**; Bir Tebliğ Dolayısı ile Hakem Mahkemesinin Direnmesi Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Nihal ULUOCAK'a Armağan, İstanbul 1999, (s. 1-15), s. 6 (**Alangoya**, Direnme Kararı); Rasih **Yeğengil**; Tahkim, İstanbul 1974, s. 95; Ramazan **Arslan/Süha Tanrıver**; Yargı Örgütü, Ankara 2001, s. 214; Ali **Yeşilirmak**; Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem -Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011, s. 55.

²¹ **Alangoya**, Direnme Kararı, s. 6; **Arslan/Tanrıver**, s. 214; Süha **Tanrıver**; Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara 2007, s. 113, (**Tanrıver**, Derdestlik); Serhat **Sarisözen**; Hakem Yargılaması, İstanbul 2005, s. 6; İzzet **Karadaş**; Ulusal İç Tahkim, Ankara 2013, s. 21; Ejder **Yılmaz**; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, s. 1669, (**Yılmaz**, Şerh); **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s. 1064; Ziya **Akıncı**; Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2013, s. 3, (**Akıncı**, Milletlerarası Tahkim).

²² **Alangoya**, Direnme Kararı, s. 6; **Arslan/Tanrıver**, s. 214; Âlim Taşkın; Hakem Sözleşmesi, Ankara 2005, s. 8; **Sarisözen**, s. 6; Fakat, tahkimde gerek taraflarca irade özgürlüğünün kullanılması ve gerekse hakemlerin yargılamayı uygun buldukları şekilde yürütme konularındaki takdir yetkisi sınırsız değildir. Bu hususlar, adil yargılanma hakkı ve tahkimde kamu düzeninden sayılan usuli ilkelere saygı prensibi tarafından sınırlandırılmaktadır. Bkz., **Yeşilirmak**, s. 104; **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s. 1078, 1079; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 30, 162.

Taraflar hangi tahkim usulünü seçmiş olurlarsa olsunlar, bu alanda ortaya çıkan usul hukuku sorunlarının çözülebilmesi için öncelikle tahkim usulleri çerçevesinde yürütülen faaliyetlerin bir yargılama faaliyeti niteliğinde olup olmadığının tespiti gerekir. Hakem yargılamasında da, hakemler işlevsel olarak bir soyut hukuk kuralını bir somut olaya uygulamakta, taraf-sız ve bağımsız bir yargılama faaliyeti yerini getirmektedirler²³. Hâkimlerin resmi sıfatları ve görevlerini sürekli olarak ifa etme zorunluklarından kaynaklanan haller dışında, hakemler de yargılama faaliyeti sırasında hâkimlerle aynı yetkilere sahiptir. Hakemler tarafından verilen kararlar da tıpkı Devlet mahkemeleri tarafından verilen kararlar gibi icra kabiliyetine sahiptir ve maddî anlamda kesin hüküm teşkil eder²⁴. Şu halde hakem yargılamasında da, dava açılmasından hükmün kesinleşmesine kadar belirli usul kurallarına riayet edilmesi zorunludur. Bu çerçevede hangi usul hukuku kurallarına riayet edilmesi gerektiği bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır²⁵.

Ülkemizde tahkim yargılama usulünün düzenlendiği iki temel kanun olan Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerine bakıldığında işaret ettiğimiz meselenin çözümüne ilişkin açık

²³ **Alangoya**, Direnme Kararı, s. 12; **Yeşilirmak**, s. 77; Oğuz **İmregün**; Hakem Kararlarının İcrası ve Tekemmülü, IV. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Bildiriler ve Tartışmalar, 29 Kasım-4 Aralık 1965, s. 169; Ünal **Tekinalp**; Hakem Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti Konusunda Düşünceler, IV. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Bildiriler ve Tartışmalar, 29 Kasım-4 Aralık 1965, s. 16; M. Kamil **Yıldırım**; Yatırım Sözleşmelerinden Doğan İhtilaflar Hakkında Uluslararası Çözüm Merkezi (ICSID) ve ICSID’de Arabuluculuk, II.Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 2009, (s. 359-369), s. 360, (**Yıldırım**, Yatırım Sözleşmeleri); Nevhis **Deren Yıldırım**; Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul 2004, s. 23 vd., (**Deren Yıldırım**, Tahkim).

²⁴ **Alangoya**, Direnme Kararı, s. 11; **Arslan/Tanrıver**, s. 218; **Yeğengil**, s. 322 vd; **Yıldırım**, Yatırım Sözleşmeleri, s. 360; İbrahim **Özbay**; Hakem Kararlarının Temyizi, Ankara 2004, s. 69 (**Özbay**, Hakem Kararlarının Temyizi); **Karadaş**, s. 46; Serhat **Sarısözen**; Medenî Usul Hukukunda Hakem Yargılaması, İstanbul 2005, s. 6; **Pekcantez/Atalay/Özekes**, s. 1066.

²⁵ Konu hakkında daha geniş bilgi için bkz., Selçuk **Öztek**; Ulusal Tahkimde Uygulanacak Yargılama Usulü, II.Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 2009, (s. 339-358), s. 339 vd, (**Öztek**, Ulusal Tahkim); Yaşar **Karayalçın**; Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü, Batider, C. XIX, 1998/3, (s. 1-52), 1 vd.

hükümler yoktur. Bu bağlamda, mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 525'te, "hakemler, hilafına mukavele olmadıkça tahkikatın şeklini ve müddetini tayin ederler" biçiminde bir ifade kullanılmışken; Milletlerarası Tahkim Kanunu'nu madde 8'in 1'nci fıkrasında, " taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama kurallarını, bu Kanunun emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilirler" ifadesine yer verilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 424'ün birinci cümlesinde, " taraflar, hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama usulüne ilişkin kuralları, bu kısmın emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla, serbestçe kararlaştırabilir ya da tahkim kurallarına yollama yaparak belirleyebilir" denilmek suretiyle aynı hususa işaret edilmiştir.

II. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Öngörülen Tahkim Hükümleri

Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu madde 525'te, aksine mukavele olmadığı hallerde hakemlerin tahkikatın şeklini tayin edebileceklerine işaret edilmişken; Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 424'ün ikinci cümlesinde, taraflarca aksine bir sözleşme yapılmadığı müddetçe hakem veya hakem kurulunun tahkim yargılamasını Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkim kısmı hükümlerini gözeterek uygun bulduğu şekilde yürüteceğine işaret edilmiştir. Diğer taraftan aynı Kanun'un 444'ncü maddesinde, bu kısımda (tahkim kısmında) düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun diğer hükümlerinin uygulanmayacağına açıkça yer verilmiştir.

İşaret ettiğimiz düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, hangi usul hukuku kurallarının uygulanacağı konusunda, kanunda öngörülen emredici hukuk kurallarına aykırılık olmamak kaydıyla, önceliğin taraf iradesinde olduğunu söylemek mümkündür. Bu çerçevede, bağlantılı davalara ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulup bulamayacağı, tarafların belirlediği ülkenin usul hukuku kurallarında veya yollamada buldukları tahkim kurallarında bu konuda bir düzenleme olup olmadığına bakarak belirlenmelidir.

Taraflar arasında yapılan tahkim sözleşmesinde uygulanacak usul hukuku kurallarının kararlaştırılmamış olması halinde, uyuşmazlığın niteliğine göre ya Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümleri ya da Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Ancak her iki kanun hükümlerinde de tahkim yargılaması sırasında bağlantılı davalara ilişkin hükümlerin uygulanabileceğine dair bir düzenleme yoktur. Bu çerçevede sorun Hukuk Muhakemeleri Kanunu açısından değerlendirildiğinde, Kanun'un 444'ncü maddesine verilecek anlam çok önemlidir. Meseleye ilişkin olarak söz konusu düzenleme, bu Kanun'da hüküm bulunan hallerde, aksine bir düzenleme olmadıkça, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağına işaret etmektedir. Ancak, bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Söz konusu düzenlemenin aksinden, bu Kanun'da hüküm bulunmayan hallerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun uygulanacağı sonucuna varılabileceği düşünülebilirse de, kanımızca Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 424'ün son cümlesi bu sonuca ulaşılmasına engeldir. Zira söz konusu hüküm, tarafların uygulanacak usul hukuku kurallarını kararlaştırmamış olmaları halinde, bu kuralları belirleme yetkisini hakem ya da hakem kuruluna vermiştir. Bu çerçevede hakem ya da hakem heyeti Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin usul hükümleri ile yetinerek bir yargılama yapabileceği gibi, bu kısım hükümlerini gözeterek kendisinin uygun bulduğu bir şekilde de yargılamayı yürütebilir. Bu bağlamda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yer alan bağlantılı davalara ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması mümkün olmalıdır. Fakat, pratik olarak hakem yargılamasında, Devlet mahkemelerinde yapılan yargılamalara nazaran, özellikle bağlantılı davalar kapsamında değerlendirdiğimiz davaların birleştirilmesi ve ayrılmasına ilişkin hükümlerin uygulanması oldukça zordur. Bu hususun gerekçelerine aşağıda değinilecektir.

III. Milletlerarası Tahkim Kanunu Hükümleri

Milletlerarası Tahkim Kanunu madde 12'nin (C) bendinde, uyuşmazlığın taraflar arasındaki sözleşme hükümlerine veya tarafların kararlaştırdıkları maddî hukuk hükümlerine göre çözüleceği belirtildikten sonra, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, uyuşmazlığın çözümü bağlamında

bir devletin maddî hukuk kurallarının seçilmiş olmasının o ülkenin usul hukuku kurallarının da seçilmiş olduğu anlamına gelmeyeceğine açıkça işaret edilmiştir. Diğer taraftan bu Kanun'un madde 8/A-2'nci fıkrasında, tarafların hakem veya hakem kurulunun uygulayacağı yargılama hukuku kurallarını kararlaştırmamış olmaları halinde, tahkim yargılamasının Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine göre yürütüleceğine açıkça yer verilmiştir. Ayrıca, aynı Kanun'un 17'nci maddesinin 1'nci fıkrasında, bu Kanunla düzenlenen konularda, aksine hüküm bulunmadıkça, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağına açıkça yer verilmiştir.

İşaret ettiğimiz düzenlemeler birlikte değerlendirildiğinde, hangi usul hukuku kurallarının uygulanacağı konusunda, kanunda ön görülen emredici hukuk kurallarına aykırılık olmamak kaydıyla, öncelik taraf iradelerindedir. Bu çerçevede Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkim kısmı için yaptığımız tespitler burası için de geçerlidir. Taraflar arasında yapılan tahkim sözleşmesinde uygulanacak usul hukuku kurallarının kararlaştırılmamış olması halinde, uyuşmazlığın niteliğine göre Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümleri uygulanacağı hallerde, bağlantılı davalara ilişkin hükümlerin uygulanıp uygulanmayacağı konusunda, Milletlerarası Tahkim Kanunu madde 17/1'e verilecek anlam önemlidir. Meseleye ilişkin olarak söz konusu düzenleme, bu Kanunda hüküm bulunan hallerde, aksine bir düzenleme olmadıkça, Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanmayacağına işaret etmektedir. Ancak, burada da Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda hüküm bulunmayan hallerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanıp uygulanmayacağına ilişkin bir düzenleme yoktur. Kanımızca, bu nokta da aksi ile kanıt yöntemi ile bu Kanun'da hüküm olmayan hallerde Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı şeklinde bir sonuca varmaya Milletlerarası Tahkim Kanunu madde 8/A'nın 2'nci fıkrası engeldir. Zira, söz konusu hüküm taraflarca uygulanacak usul hükümlerinin kararlaştırılmamış olması halinde, hakem ya da hakem kurulunun tahkim yargılamasını bu Kanun hükümlerine göre yürüteceğini emredici olarak düzenlemiştir²⁶. Bu noktada, model Kanun olan UNCITRAL Tahkim Kural-

²⁶ Turgut Kalpsüz; Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2010, s. 101, 102; Meseleye ilişkin olarak Akıncı, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda uygulanacak hüküm bulunma-

larından farklı olarak, hakemlere davayı uygun buldukları şekilde yürütme yetkisi verilmemiştir²⁷. Bu düzenlemeden de anlaşılacağı üzere, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı müddetçe, çözümü Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun kapsamı alanına giren uyuşmazlıklarda bağlantılı davalara ilişkin hükümlerin uygulanması mümkün görülmemektedir. Ancak, burada özellikle, ihtiyari dava arkadaşlığı, objektif dava birleşmesi ve davaların ayrılması müesseselerinin, daha üstün bir yargılama normu olan ve dayanağını Anayasa'nın 141/4'ncü maddesinden alan usul ekonomisi ilkesinin bir gereği olarak uygulanabilmesi gerekir. Zira bu ilke yargılama faaliyetinin özünde olan bir ilkedir. Bir yerde yargılama faaliyeti varsa, doğal olarak usul ekonomisi ilkesi de olmalıdır. Ancak, bu ilkenin sınırları söz konusu yargılamanın (tahkim yargılamasının) amacı dikkate alınarak belirlenmelidir²⁸. Bu noktada, ihtiyari dava arkadaşlığı ve objektif dava birleşmesi müesseseleri uygulanırken, özellikle tahkim müessesesinin amacı da dikkate alınarak, bu yolla çözülecek uyuşmazlıkların tamamının tahkim sözleşmesi kapsamında olduğuna dikkat edilmelidir.

Diğer taraftan, hem bir uyuşmazlığın tahkimde çözülmesinde, hem hakemlerin seçiminde hem uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak maddî hukuk kurallarının ve hem de usul hukuku kurallarının tespitinde, kanunda öngörülen emredici hükümler dışında, tarafların iradesi mutlak bir etki

ması halinde hakemlerin kendilerinin kural koyabileceğini ileri sürmektedir. Bkz., **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 164.

²⁷ **Yeşilirmak**, s. 210.

²⁸ Ulaştığımız bu sonucu desteklemek adına şu örnek verilebilir; Lila Marianne Nordström-Janzone, Aira Marja Nordström-Lehtinen/Hollanda davasında başvuru, hakemlerden birisinin tarafsız ve bağımsız olmaması nedenine dayanarak Sözleşmenin 6'ncı maddesinin ihlali gerekçesi ile AIHM'e başvurmuşlardır. Mahkeme, bu çerçevede başvuruyu adil yargılanma hakkının unsurlarından olan "aleniyet ilkesi" çerçevesinden de değerlendirmiş ve tarafların tahkim sözleşmesi imzalamakla ulusal mahkemeler tarafından gözetilmesi gereken bu ilkeden feragat etmiş oldukları sonucuna varmıştır. Bkz, AHİM'in 28101/95 Başvuru numaralı, 27.10.1996 tarihli Kararı ve bu Kararın değerlendirmesi için, Murat **Özsunay**; Tahkim Yargılamasının Temel İlkeleri ve "Adil Yargılama" İlkesi Bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi, Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul 2004, (s. 67-80), s. 78, 79, (**Özsunay**, Tahkimde Adil Yargılanma).

göstermektedir. Bu tip sözleşmeler yapmakla taraflar, nasıl ki Devlet mahkemelerinde yapılan yargılama dolayısıyla ortaya çıkan dezavantajları bertaraf ediyorlarsa aynı şekilde onun sağladığı bir takım güvencelerden de vazgeçmektedirler²⁹. Bu çerçevede taraflar, özellikle davaların birleştirilmemesi dolayısıyla ortaya çıkma ihtimali olan çelişkili kararlar verilmesi riskini ve hatta davaların ayrılmamasına bağlı olarak yargılama sırasında ortaya çıkabilecek riskleri daha en baştan kabul etmiş olmaktadır. Benzer şekilde, Devlet mahkemelerinde yapılan yargılamanın aksine, hakem önünde yapılan yargılamalarda verilen çelişkili kararların genel hukuk düzenine ilişkin değil, sadece taraflar arasında geçerli olan hukuk düzenine ilişkin sonuçlar doğuracağı da unutulmamalıdır.

IV. Bazı Milletlerarası Tahkim Kurumları Kuralları Çerçevesinde Bağlantılı Davalar

1. ICC Tahkim Kuralları Çerçevesinde Bağlantılı Davalar

a. Genel Olarak

Uyuşmazlığın tarafları yapmış oldukları tahkim sözleşmesinde Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kurallarının uygulanmasını isteyebilirler. Milletlerarası ticarete işbirliğinin sağlanması ve milletlerarası ticaret şartlarının iyileştirilmesi amacıyla kurulan ICC Tahkimi, prensip olarak farklı ülke vatandaşı olan kişiler arasındaki uyuşmazlıkların, başka ülke vatandaşı olan hakemlerce çözülmesine hizmet etmektedir³⁰. Ancak tahkim hukukumuz açısından, gereke Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 424 ve gerekse Milletlerarası Tahkim Kanunu madde 8/A fıkrası hükümleri çerçevesinde ülkemiz vatandaşlarının da yaptıkları tahkim sözleşmelerinde, bu tahkim kurallarına atıf yapmaları halinde, aralarındaki uyuşmazlığın bu kurallar çerçevesinde çözülmesi mümkündür. Fakat, bu halde dahi taraflar uyuşmazlığın bizzat ICC Tahkim Divanı vasıtasıyla çözüleceğini kararlaştırmamış-

²⁹ **Özsunay**, Tahkimde Adil Yargılanma, s. 78, 79.

³⁰ Feyiz **Erdoğan**; Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ankara 2004, s. 147; Yavuz **Kaplan**; Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara 2002, s. 83; Ergin **Nomer/Nuray Ekşi/Günseli Gelgel**; Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2000, s. 83; Halil **Yılmaz**; Uluslararası Tahkim Örgütlenmeleri, ABD 2004/2, (s. 75-104), s. 94, (**Yılmaz**, Tahkim).

larsa, sadece ICC Tahkim Kurallarının uygulanacağına atıf yapmış olmaları, tahkimin ad hoc niteliğini değiştirmez.

ICC Tahkim Kuralları ister bir kurumsal tahkim olarak bizzat Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları çerçevesinde oluşturulan hakem heyetlerince uygulansın isterse de ad hoc tahkim heyetlerince uygulansın, bu kurallar çerçevesinde davaların birleştirilmesi mümkündür. ICC Tahkim Kurallarının 8'nci maddesinde, çok taraflı davaların açılabilceğini kabul etmekle dava arkadaşlığına ilişkin hükümlerin, 9'ncü maddesinde ise birden fazla sözleşmeden kaynaklanan davaların birlikte açılmasına imkân verilmekle objektif dava birleşmesine ilişkin hükümlerin ve 10'ncü maddesinde tahkim davalarının birleştirilmesini düzenlemekle davaların birleştirilmesine ilişkin hükümlerin, bu tahkim kuralları çerçevesinde de işlerlik kazanabileceğine açıkça işaret edilmiştir.

b. Dava Arkadaşlığı ve Objektif Dava Birleşmesi Nedeniyle Davaların Birlikte Görülmesi

ICC Tahkim Kurallarının 8'nci maddesinde çok taraflı davaların açılabilceğı, 9'ncü maddesinde ise birden fazla sözleşmeden kaynaklanan davaların birlikte açılabilceğı düzenlenmiştir. İşaret ettiğimiz bu düzenlemeler çerçevesinde dava arkadaşlığına ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için, öncelikle birden fazla kişinin en başta birlikte dava açması veya birden fazla kişiye karşı birlikte dava açılmış olması gerekir. İkinci olarak ise, bu şekilde açılan davaların birlikte görülmesi için tarafları bağlayan tek bir tahkim sözleşmesinin bulunduğu konusunda, madde 6/3 çerçevesinde davaya bakan hakem heyetinin ya da madde 6/4i uyarınca Tahkim Divanının tatmin edilmesi gerekir. Başka bir ifade ile bu madde hükmünün uygulanabilmesi için uyuşmazlığın bütün taraflarını bağlayan tek bir tahkim sözleşmesinin bulunması şarttır. Tahkim Kurallarının 9'ncü maddesinde ön görülen birden fazla sözleşmeye dayalı talepler madde 6/3, 6/7 ve 23/4'teki koşulları sağlamış olmak kaydıyla birlikte ileri sürülebilirler. Bu çerçevede, davacı birden fazla sözleşmeden kaynaklanan ve aralarında bağlantı bulunan taleplerini tek bir tahkim davasında ileri sürebilir. Bunun için ICC Tahkim Kuralları çerçevesinde bu taleplerin birden fazla farklı nitelikte sözleşmeler içerisinde ileri sürülüp sürülmediğinin bir önemi yoktur.

Buraya kadar üzerinde durduğumuz hem dava arkadaşlığı ve hem de objektif dava birleşmesine ilişkin hükümlerin uygulanabilmesi için, ICC Tahkim Kuralları madde 6'nın 3 ve 7'nci fıkraları ile madde 23'ün 4'ncü fıkrasında öngörülen koşulların da gerçekleşmiş olması gerekir. Bu çerçevede daha en başta, taleplerin objektif dava birleşmesi veya dava arkadaşlığı şeklinde ileri sürülmesi halinde, davalı tarafından davaya cevap verilmesi üzerine, objektif dava birleşmesi ve dava arkadaşlığının koşullarının bulunup bulunmadığı tahkim davasına bakacak hakem heyetince karara bağlanır. Buna karşın, davalı davaya cevap vermez veya verdiği cevapta tahkimde ileri sürülebilecek bütün iddia ve savunmalarının tek bir tahkimde incelenerek karar verilmesini talep ederse, objektif dava birleşmesi ve dava arkadaşlığının koşullarının bulunup bulunmadığının hangi mercii tarafından kararlaştırılacağı Genel Sekreterin bu hususu Tahkim Divanına sevk edip etmemesine göre değişmektedir. Şayet Genel Sekreter bu hususu Tahkim Divanına sevk etmezse, bu konudaki karar davaya bakan hakem heyetince (ICCTK md. 6/3); aksi halde ise, Tahkim Divanınca verilmesi gerekir (ICCTK md. 6/4). Ayrıca bu hükümlerin uygulanabilmesi için, görev belgesinin imzalanıp henüz Divan tarafından onaylanmamış olması da şarttır. Şayet görev belgesi imzalanmış ve Divan tarafından onaylanmışsa, bu aşamadan sonra söz konusu hükümlerin uygulanması, davaya bakan hakem heyetinin, yeni talebin mahiyetini, tahkimin bulunduğu aşamayı ve diğer ilgili hususları göz önüne alarak vereceği karara bağlıdır (ICCTK md. 8/1; 23/4). Başka bir ifade ile görev belgesi Divan tarafından onaylandıktan sonra, hakem heyeti davalının talebini kabul etmek zorunda değildir; bu konuda hakem heyetinin bir takdir yetkisi vardır; fakat hakem heyeti bu takdir yetkisini kullanırken, tahkimin bulunduğu aşamayı, yeni talebin mahiyetini ve diğer hususları göz önüne almak zorundadır. Bu şekilde yapılan bir değerlendirme sonucunda söz konusu talebin reddine karar verilirse, ret kararı bu taleplerin yeniden ileri sürülemeyeceği anlamına gelmez. Taraflar ilgili taleplerini sonraki başka davalarda tekrar ileri sürebilirler (ICCTK md. 6/7).

c. Davaların Birleştirilmesi

ICC Tahkim Kurallarının 10'ncü maddesi "tahkim davalarının birleştirilmesi" başlığını taşımaktadır. Bu düzenlemede öncelikle iki husus dikkati

çekmektedir. Bunlardan ilki tahkimde davaların birleştirilebilmesi için taraf talebi şarttır. Davaya bakan hakem ya da hakem heyeti veya Tahkim Divanı kendiliğinden davaların birleştirilmesine karar veremez. Dikkati çeken ikinci husus ise, davaların birleştirilmesine karar verme yetkisinin, davaya bakan hakem ya da hakem heyetinde değil, Tahkim Divanında olmasıdır. Bu bağlamda, işaret ettiğimiz düzenlemede öngörülen diğer koşullar mevcut olsa bile, Divan davaların birleştirilmesine karar vermek zorunda değildir. Bu konuda Divanın bir takdir yetkisi vardır. Ancak, Divan, bu yetkisini kullanırken, öncelikli olarak Tahkim Kuralları madde 10'da sayılan diğer şartları taşıyor olmak kaydıyla, bir veya daha fazla hakemin birden fazla tahkim davası için atanmış ya da onaylanmış olup olmadığı, atama veya onaylama işleminin yapılmış olması halinde bu işlemlerin aynı kişi için yapıp yapılmadığı gibi hususlarla birlikte diğer ilgili bütün hususları dikkate almalıdır (ICCTK md. 10/2).

ICC Tahkim Kuralları madde 10 çerçevesinde Tahkim Divanının davaların birleştirilmesine karar verebilmesi için öncelikli olarak şu üç husustan birisinin varlığı şarttır. Bunlardan ilki tarafların davaların birleştirilmesini kabul etmesi gerekir. Ancak bu husus bağlamında şu noktaya tekrar işaret edelim ki, tarafların birleştirmeyi kabul etmesi davaların birleştirilmesine karar verilebilmesi için tek başına yeterli değildir, Tahkim Divanının da davaların birleştirilmesini uygun bulması gerekir (ICCTK md. 10/2). Bu çerçevede özellikle tarafların aralarında maddî veya hukuki bir bağlantı olmayan birleştirme taleplerinin reddedilmesi tahkim yargılamasında usul ekonomisinin gerçekleştirilmesi için yerinde olacaktır. Davaların birleştirilebileceği bir diğer hal, farklı tahkim davalarındaki taleplerin hepsinin aynı tahkim sözleşmesinden kaynaklanmış olmasıdır. Bu çerçevede tahkim davaları arasında bir bağlantının varlığından bahsedilebilir. Davaların birleştirilebileceği üçüncü hal ise, tahkim davalarının taraflarının taleplerinin farklı tahkim sözleşmelerinden kaynaklanması halidir. Bu halde davaların birleştirilebilmesi için, tahkim davalarının taraflarının aynı olması ve bu davalara konu olan uyuşmazlıkların aynı hukuki ilişkiden kaynaklanması şarttır. Bu koşullardan birisinin varlığı halinde Tahkim Divanı Tahkim Kuralları madde 10'un 2'nci fıkrasında öngörülen halleri de dikkate alarak davaların birleştirilmesine karar verebilir. Şayet davaların birleştirilmesine karar verilmişse, birleştirilen davalar, taraflarca aksi kararlaştırılmadığı sürece, ilk başlayan tahkim davası üzerinden yürütülür (ICCTK md. 10/2 son cümle).

2. ICSID Tahkiminde Bağlantılı Davalar

a. Genel Olarak

ICSID, bu anlaşmaya taraf olan ülkelerle yine anlaşmaya taraf olan diğer bir ülkenin yatırımcı kişileri arasında³¹ ortaya çıkabilecek uyuşmazlıkları uzlaştırma veya tahkim yöntemi ile çözmek amacıyla, başvuruları gönüllülük esasına göre kabul eden Dünya Bankası bünyesinde oluşturulmuş bir kuruluştur³². Başvuru gönüllülük esasına göre olmakla birlikte, başvuru yapıldığı andan itibaren taraflar tek taraflı olarak başvuru yönündeki iradelerini geri çekemezler³³. Bu noktada önemle vurgulanması gereken hususlardan birisi de, ICSID sözleşmesine taraf olan bütün ülkelerden, dava konusu edilen uyuşmazlığın tarafı olmasalar dahi, ICSID Tahkimi sonucunda verilen kararı kabul etmeleri ve ona uymalarının beklenmesidir (ICSID md. 53/1, 54/1)³⁴.

ICSID Tahkim Kurallarına göre de tarafların tahkim yargılamasında uygulanacak kuralları belirleme yetkisi vardır. Başka bir ifade ile uygulanacak usul kurallarının taraflarca belirlenmesi konusundaki irade serbestisi

³¹ Ayrıca 10.04.2006 Tarihinde yürürlüğe giren ve ICSID'in yetki şartlarını genişleten ek kurallarla (additional facility rules - ek mekanizma tahkimi (ek imkân kuralları)) birlikte, sözleşmeye taraf olmamakla birlikte uyuşmazlığın tarafı olan ülkenin temsil ettiği veya yatırımcı kişinin tabiiyetinde bulunduğu ülkenin sözleşmeye taraf olmaması halinde dahi ICSID'in bu fonksiyonlarını yerine getirebileceği kabul edilmiştir, bkz, **Yıldırım**, Yatırım Sözleşmeleri, s. 364, 365.

³² **Yılmaz**, Tahkim, s. 87; **Kaplan**, s. 80; Rıfat **Erten**; ICSID Tahkimi, Batider 1998/4, (s. 207-228), s. 211; Aşlı **Yıldırım**; Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Taraf Olduğu Yatırım İhtilafları, ICSID ve UNCITRAL Tahkimleri, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", İstanbul 2009, (s. 289-308), s. 290, 291, (**Yıldırım**, ICSID); Yeşilirmak, s. 174; Dikran M. **Zenginkuzucu**; Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID) in Kuruluşu ve İşlevi, İstanbul 2012, s. 88.

³³ Ziya **Akıncı**; Yurtdışındaki Yatırımcılarımızın Korunması Açısından ICSID Tahkimi, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", İstanbul 2009, (s. 277-287) s. 279, (**Akıncı**, ICSID); **Yıldırım**, ICSID, s. 301; **Zenginkuzucu**, s. 88.

³⁴ **Yıldırım**, ICSID, s. 292; **Yıldırım**, Yatırım Sözleşmeleri, 363; **Yeşilirmak**, s. 175; Cansu **İste**; ICSID Tahkiminde Ev Sahibi Ülkenin Mevzuat Değişikliğinden Kaynaklanan Yatırım Uyuşmazlıkları, İstanbul 2013, s. 98.

burada da geçerlidir³⁵. Şayet taraflar, uygulanacak usul hukuku kurallarını belirlememişlerse, yargılama sözleşmenin 41-47'nci maddeleri hükümlerine göre yürütülecek ve ayrıca onay tarihinde yürürlükte bulunan tahkim kuralları uygulanacaktır. Söz konusu tahkim kuralları ICSID Sözleşmesinin eki mahiyetindedir³⁶. Tarafların uygulanacak hukuku tespit etmemiş olmaları halinde hangi hukuk kurallarının uygulanacağı sözleşmenin 42'nci maddesinde düzenlenmiştir. Bu düzenleme ile öncelikle, hakem heyetinin uygulanacak hukukun belirsizliği veya bu konuda bir boşluğun varlığı nedeni ile bir uyuşmazlığa bir çözüm getirmeyebileceğinin hüküm altına alındığına işaret edelim. Bu çerçevede hakem heyeti öncelikli olarak tarafların anlaştıkları hukuk kurallarını uygulayacaktır. Şayet taraflar, hangi hukuk kuralının uygulanacağı konusunda anlaşmamışlarsa, o zaman hakem heyeti uyuşmazlığı taraf devletlerin (hüküm ve açıklık bulunması halinde ev sahibi devlet), onların kanunlar ihtilafı kuralları da dâhil, hukuk kurallarına göre çözecektir. Ayrıca, uyuşmazlığın çözümünde uluslararası hukukun temel ilkeleri de dikkate alınacaktır. Bütün bunlara rağmen taraflar uygulanacak hukuku kararlaştırmamış olsalar dahi, sonradan uyuşmazlığın hakkaniyete göre çözülmesini isterlerse, hakemler uyuşmazlığı hakkaniyet kuralları çerçevesinde çözmelidirler. Ayrıca tahkimde yargılama usulünün düzenlendiği 44'ncü madde hükmü çerçevesinde de taraflar uygulanacak usul hukuku kurallarını serbestçe kararlaştırabilirler. Şayet taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, hakem heyeti uyuşmazlığı ICSID Sözleşmesinin tahkim kısmına ilişkin hükümler ve dava açıldığı sırada yürürlükte olan ek tahkim kurallarına göre çözecektir. Fakat bu noktada, ortaya çıkan sorun bu madde hükmünde düzenlenen hiçbir ihtimalin kapsamına girmiyorsa, o zaman hakem heyeti (ya da hakem) soruna kendisi çözüm bulacaktır.

Uyuşmazlığa uygulanacak hukuk bağlamında, taraflar hangi hukukun uygulanacağına ikili yatırım anlaşmalarında veya imzalayıp onayladıkları çok taraflı yatırım anlaşmalarında işaret etmişlerse, davalar arasında bağlantı olup olmadığı ve bu bağlamda davaların birleştirilmesi veya ayrılmasına ilişkin kuralların uygulanıp uygulanmayacağı bu sözleşme hükümlerine veya o sözleşme ile yetkili kılınan hukuka göre belirlenecektir.

³⁵ **Yıldırım**, Yatırım Sözleşmeleri, s. 365; Jeswald W. **Salacuse**; The Law of Investment Treaties, New York 2010, s. 382, 383.

³⁶ **Yıldırım**, Yatırım Sözleşmeleri, s. 365; **Yeşilirmak**, s. 175.

b. NAFTA Sözleşmesi Kurallarına Göre Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılması

NAFTA'nın "Yatırım" başlıklı 11. Kısımında Anlaşmanın uygulama alanı itibariyle kapsamı belirlenmiş ve Anlaşmanın taraf devletlerden birisi ile bir diğer taraf devletin yatırımcısı arasındaki yatırım uyuşmazlıkları bakımından uygulanma kabiliyetini haiz olduğu ifade edilmiştir. Anlaşma, iki veya daha fazla yatırım ya da yatırımcıdan kaynaklanan birden ziyade uyuşmazlığın ve tahkim prosedürünün ortaya çıkmasını da muhtemel göreyerek, belirtilen hususu 1126 maddesi kapsamında ele almıştır.

NAFTA'nın 1126 maddesi uyarınca; NAFTA kapsamında ikame edilen iki veya daha fazla davanın birleştirilip birleştirilmeyeceği sorunu, ICSID Genel sekreterliği tarafından tayin edilen ve üç hakemden oluşan Birleştirme Hakem Heyeti (*Consolidation Tribunal*) tarafından karara bağlanmaktadır. Söz konusu heyetin bir üyesi yatırımcının tabiiyetinde, bir üyesi ev sahibi devletin tabiiyetinde olmalıdır. Hakem heyetine başkanlık yapacak üyenin ise NAFTA taraflarının dışında bir ülkenin tabiiyetinde olması gerekir. Bununla birlikte hakem heyetinin tüm üyeleri, kural olarak, ICSID Hakem Kurulundan (*ICSID Panel of Arbitrators*) seçilmelidir. ICSID Hakem Kurulundan seçilebilecek uygun hakem bulunamaması ihtimalinde, Genel Sekreterliğin bu Kurulun dışından da seçim yapabilmesi mümkün kılınmıştır. Ancak bu ihtimalde dahi, Hakem heyetinin başkanının ICSID Hakem Kurulundan seçilmesi bir mecburiyet olarak öngörülmüştür.

NAFTA Sözleşmesinin 1126 maddesinde, Birleştirme Hakem Heyetinin (*Consolidation Tribunal*) karar verme yetkisinin sınırları da tespit edilmiştir. Buna göre Birleştirme Hakem Heyeti, iki veya daha fazla davanın kısmen veya tamamen birleştirilip birleştiremeyeceğine karar verme yetki-siyle teçhiz edilmiştir. Bu kararın verilmesi sırasında Birleştirme Hakem Heyetinin dikkate almakla yükümlü olduğu iki temel kriter bulunmaktadır:

- (a) Dava konusu edilen farklı iddialar hukuken veya fiilen müşterek bir sorunu ihtiva ediyor olmalıdır.
- (b) Birleştirme, dava konusu edilen iddiaların adil ve etkin biçimde çözüme kavuşturulması amacıyla hizmet etmelidir.

NAFTA Sözleşmesinin 1126. maddesi hükmünün, on yıldan uzun bir süreden bu yana uygulamasına tesadüf edilmemiştir. Bununla birlikte söz konusu hükmün en önemli uygulaması *Corn Products International, Inc. v. United Mexican States*^{37,38} ve *Archer Daniels Midland Company and Tate & Lyle Ingredients Americas, Inc. v. United Mexican States*³⁹ davalarında yaşanmıştır. Söz konusu davalarda oluşturulan Birleştirme Hakem Heyeti, davalı tarafın davaların birleştirilmesi talebi üzerine, NAFTA Sözleşmesi madde 1126 bağlamında meseleyi tartışmıştır. Söz konusu düzenleme çerçevesinde davaların birleştirilebilmesi için, tarafların iddialarının aynı maddî veya hukuki soruna ilişkin olması ve ayrıca davaların birleştirilmesinin uyumsuzluğun adil ve etkin bir şekilde çözülmesine hizmet etmesi gerekmektedir. Bu koşulların birlikte bulunması halinde Birleştirme Hakem Heyeti davaların birleştirilmesine karar verebilmektedir. Söz konusu uyumsuzluk çözümü için tarafların anlaşması ile oluşturulan Birleştirme Hakem Heyeti, tarafların bu konudaki iddia ve savunmalarını yazılı ve sözlü olarak sunmalarından sonra, davacıların birleştirme talebine karşı çıkmalarını da dikkate alarak; sorunun maddî ve hukuki sebebinin ortak olduğunu tespit etmekle birlikte (her iki davada, özünde vergi oranlarının artırılması suretiyle, tıpkı gizli kamulaştırmalarla olduğu gibi, yabancı yatırımcılara ayrımcılık yapıldığı ve böylelikle NAFTA sözleşmesinin ihlal edildiği iddiasına dayanmaktadır), bu davaların birleştirilmesinin davanın etkin ve adil çözümüne hizmet etmeyeceği gerekçesi ile birleştirme talebini reddederek, her iki davanın ayrı ayrı görülmesine karar vermiştir.

c. ICSID Sözleşmesi Kapsamında Görülen Davalarda Davaların Birleştirilmesi ve Ayrılmasına Karar Verilip Verilemeyeceği Sorunu

Davalar arasında bağlantı bulunması veya davaların birleştirilmesi ve ayrılması konusunda ICSID Sözleşmesinde bir düzenleme olmadığı gibi,

³⁷ Peter D. Cameron; *International Energy Investment Law*, New York 2010, s. 166, 167; Campbell McLachlan QC/Laurence Shore/Matthew Weiniger; *International Investment Arbitration Substantive Principles*, New York 2010, s. 34, 35.

³⁸ Bkz., <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, ICSID Case No. ARB(AF)/04/1.

³⁹ Bkz., <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, ICSID Case No. ARB(AF)/04/5.

ICSID Tahkim Kurallarında da bu yönde bir düzenleme yoktur. Her ne kadar doktrinde⁴⁰ ICSID Sözleşmesi madde 42/1’de akit devletlerin hukukunun uygulanacağı ibaresi ile maddî hukuk kurallarının kastedildiği kabul ediliyorsa da; kanımızca aynı düzenleme ile hakem heyetinin, tarafların aksini kararlaştırmamış olması halinde, bu tahkim prosedüründe uygulanabilecek uluslararası hukukun genel ilkelerini de dikkate almak zorunda olduğu hüküm altına alındığından⁴¹, usul hukukunun temel prensipleri de bu bağlamda değerlendirilmelidir. Bu çerçevede Uluslararası Adalet Divanı Statüsünün 38’nci maddesinde sayılan haller, bu konudaki temel ilkeler olarak kabul edilmektedir. Bu ilkeler arasında, “uygar uluslarca kabul edilmiş temel hukuk ilkeleri” de yer almaktadır. Bu çerçevede adil yargılanma hakkının uluslararası kabul görmüş bir temel hukuk ilkesi olduğunda tereddüt etmemek gerekir. Bu bağlamda olmak üzere, adil yargılanma hakkının gerçekleştirilmesi için davaların birleştirilmesi veya ayrılması bir zorunluluk teşkil ediyorsa, bu tahkim usulünde de davaların birleştirilmesine ve ayrılmasına karar verilebilmelidir. Meseleye ilişkin olarak, ICSID Sözleşmesi madde 52/1’de, hakem kararlarının iptalini gerektiren haller arasında işaret edilen, temel bir usul kuralından sapma hali de⁴² görüşümüze dayanak teşkil etmektedir. Temel bir usul kuralına uyulmamış olması, yargılamanın dürüstlüğü ve adilliğini etkileyecek, taraflardan birisini ilgili kuralın sağladığı koruma ya da çıkardan mahrum edecek derecede ağır ise, bir temel usul kuralından sapmadan bahsedilmektedir⁴³. Böylelikle, ICSID Sözleşmesi madde 44 çerçevesinde hakem heyeti (ya da hakem), ICSID Sözleşmesinin tahkim kısmında ve ek tahkim kurallarında hüküm olmayan bir konuda soruna çözüm bulmuş olacaktır. Ayrıca, ICSID tahkimi sonucunda verilen kararlar dava

⁴⁰ **Salacuse**, s. 383; **Salih Tuysun**; ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, İzmir 2007, s. 93; **Yıldırım**, Yatırım Sözleşmeleri, s. 366; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 52.

⁴¹ **Zenginkuzucu**, s. 124; **Tuysun**, s. 93, 94.

⁴² **Rudolf Dolzer/Christoph Schreuer**; Principles of International Investment Law, New York 2008, s. 278, 279; **M. Sornarajah**; The International Law on Foreign Investment, New York 2011, s. 287; ayrıca iç tahkimde benzer şekilde, hakemlerin verdiği kararlarda ki ağır usul hatalarının bir temyiz nedeni teşkil etmesinin kamu düzeninin bir gereği olduğu görüşü hakkında, bkz., **Karayalçın**, s. 39.

⁴³ **Zenginkuzucu**, s. 145; **Tuysun**, s. 123, 124.

konusu uyuşmazlığa taraf olmayan üye devletler için de bağlayıcı olduğundan, özellikle zorunlu hallerde davaların birleştirilmesi ve ayrılmasına karar verilmesi çelişkili kararlar verilmesinin önüne geçerek, bu tahkim usulüne duyulan güveni daha da arttırıcı bir rol oynayacaktır.

ICSID Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde görülen davalar bakımından davaların birleştirilmesinin tartışılabileceği en önemli dava gruplarından birisi, Suez, Sociedad General de Aguas de Barceleno A.S. and Interagua Servicios Integrales de Agua S.A- Argentina Republic⁴⁴, Aguas Cordebasas A.S ve Suez, Sociedad General de Aguas de Barceleno A.S. - Argentina Republic⁴⁵, Suez Sociedad General de Aguas de Barceleno A.S. and Vivendi Universal S.A- Argentina Republic⁴⁶ davalarıdır. Bu davalar, Arjantin'de 1999 yılında meydana gelen ekonomik kriz sonucunda, Arjantin'in Amerikan Doları ile ödeme yapmaktan vazgeçerek, ödemeleri Arjantin para birimi üzerinden yapmaya karar vermesine ve bir takım tarife değişikliklerine bağlı olarak ortaya çıkan zararların tazminine ilişkindir. Bu davaların tamamı aynı hakem heyeti tarafından görülmüş, davalının hakemlerden birisini reddetmesi üzerine bütün davalar için hakemin reddinin yerinde olup olmadığı birlikte değerlendirilmiştir. Ancak hakem heyeti, tarafların iddiaları aynı veya benzer maddî ve hukuki sorunlara dayanmasına rağmen, davaları birleştirmeksizin (belki de bu konuda taraf talebi olmadığından) davaları birbirine paralel olacak şekilde yürütmüştür⁴⁷. Ancak, bu davalarda dava arkadaşlığına ilişkin hükümlerin uygulanması bağlamında bir sorun çıkmadığı anlaşılmaktadır.

⁴⁴ Bkz., <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, ICSID Case No: ARB/03/17.

⁴⁵ Bkz., <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, ICSID Case No: ARB/03/18.

⁴⁶ Bkz., <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>, ICSID Case No: ARB/03/19.

⁴⁷ Bu davalardaki davahılar, Fransa, İspanya ve Birleşik Krallığın tabiiyetinde bulunan şirketlerdir ve davalar her bir ülkenin Arjantin ile arasında bulunan ikili yatırım antlaşması çerçevesinde görülmektedir. Taraflar bu sözleşmeler ile uyuşmazlığın ICSID Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde çözülmesini de kararlaştırmışlardır. Taraflar aralarında hangi hukukun uygulanacağını kararlaştırmadığından, Hakem Heyeti burada uygulanacak hukuku ICSID sözleşmesi madde 42/1 çerçevesinde belirlemiştir. Ayrıca burada, Birleşik Krallıkla olan antlaşma da, hakem heyetinin oluşumu konusunda UNCITRAL Tahkim Kurallarına da atıf yapıldığından, bu konuda ilgili tahkim kuralları da dikkate alınmıştır.

Davaların birleştirilmesi açısından tartışılabilir diğer bir dava grubu ise Türkiye'nin de taraf olduğu ve kamuoyu tarafından "Libananco Davası" olarak bilinen dava grubudur. Aslında siyasi nedenlerden dolayı Libananco ismi ön plana çıksa, ICSID'de aynı hukuki nedenlere ve vakıalara dayanarak açılan üç dava vardır. Bunlar sırasıyla, "Cementownia "Now a Hute" S.A. and Republic of Turkey"⁴⁸, " Libananco Holdings Limited CO. and Republic of Turkey"⁴⁹ ve "Europe Cement Investment & Trade S.A. and Republic of Turkey"⁵⁰ davalarıdır⁵¹. Bu davalar Enerji Şartı Sözleşmesinin 26/1'nci maddesinde uyuşmazlık çözümleri için sunulan başvuru alternatiflerine bağlı olarak aynı Sözleşmenin madde 26/4-a bendi çerçevesinde ICSID'e taşınmıştır. Enerji Şartı Sözleşmesinin beşinci bölümünde 26 ila 28'nci maddeler arasında uyuşmazlık çözüm yöntemleri düzenlenmiştir⁵². Ancak söz konusu düzenlemeler arasında davalar arasında bağlantı bulunmasına ilişkin bir hüküm yoktur. Bu nedenle, üzerinde durduğumuz ICSID Tahkim Kuralları burada da uygulanacaktır. Bu davalar açısından üzerinde durulması gereken ilk husus, her üç davanın da aynı maddî vakıalara ve hukuki nedenlere dayanarak açılmış olmasıdır. Buna rağmen, Arjantin Davasından farklı olarak,

⁴⁸ Bkz., <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents>, ICSID Case No. ARB 06/02.

⁴⁹ Bkz., <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents>, ICSID Case No. ARB 06/08.

⁵⁰ Bkz., <http://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents>, ICSID Case No. ARB 07/02.

⁵¹ Bu davaların tahkim sürecine ilişkin ayrıntılı tespit ve değerlendirmeler için Bkz., Alper Çağrı **Yılmaz**; Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması, İstanbul 2013, s. 134 vd., (**Yılmaz**, Enerji Yatırımları).

⁵² Enerji Şartı Sözleşmesi bağlamında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözüm yöntemleri için Bkz., Bernardo M. **Cremades**; Arbitration under the ECT and other Investment Protection; Parallel Arbitration Tribunals and Awards, Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty, New York 2006, (304-314), s. 304 vd.; Richard **Happ**; Arbitration under the ECT and other Investment Protection; The Nykomb Case in Light of Recent ICSID Jurisprudence, Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty, New York 2006, (315-330), s. 315 vd.; Ali Kemal **Klavuz**; Enerji Antlaşmaları Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü, GÜHFD., C. XIII, Y. 2009/1-2, (s. 179-215), s. 185 vd.; Sedat **Çal**; Enerji Şartı Sözleşmesi ve Yatırım Tahkimi, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu "Tahkim", İstanbul 2009, (s. 327-339), s. 332 vd.

her bir uyuşmazlık için ayrı ayrı hakem heyetleri oluşturulmuştur. Üzerinde durulacak ikinci husus, her üç davada da, davacıların Türkiye tarafından Kepez Elektrik A.Ş. ve Çukurova Elektrik A.Ş.'ye tanınan imtiyazların kaldırılması tarihinden önce hisse sahibi olduklarını ispatlayamamaları nedeniyle, kendilerinin yatırımcı olmadıklarını ve dolayısıyla yapılmış bir yatırım da bulunmadığından davacı talepleri açısından yetkisizlik kararı verilmiş olmasıdır. Ancak hakem heyetleri aynı davalarda Türkiye tarafından talep edilen tazminat taleplerini de esastan incelemiştir. Bu talebin esastan incelenmesi, ICSID'de görülen davalarda karşı dava kurumunun uygulanabilir olduğunu göstermesi açısından önemlidir. Bu davalar açısından üzerinde durulması gereken üçüncü husus, "Europe Cement Investment & Trade S.A. and Republic of Turkey" davasında, davacı taleplerini red gerekçeleri arasında, hâlihazırda derdest olan diğer iki dava ve aynı konuya ilişkin olarak UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre açılmış dördüncü bir davadaki (Polska Energetyka and Republic of Turkey Davası)⁵³ iddialar çerçevesinde, davacıların tüm bu davalardaki toplam hisse oranının ÇEAŞ'ın %130'una Kepez'in ise %125'ine tekabül ettiği yönündeki davalı savunmasına da yer vermiş olmasıdır. Bu çerçevede hakem heyeti tarafından, tarafları farklı olan ve henüz kesin hükme bağlanmamış olan farklı davalar arasında kurulan bağlantı dikkate alınmış ve fakat buna rağmen (belki de davalı tarafından talep edilmediğinden) davaların birleştirilmesi yönünde bir karar verilmiştir. Bu şekilde, en baştan beri birer paravan şirket oldukları bilinen davacılarından yargılama giderlerini tahsilinin mümkün olmaması nedeni ile, Türkiye fazladan on milyon dolarlarla ifade edilen vekâlet ücretlerine katlanmak zorunda kalmıştır.

3. UNCITRAL Tahkim Kuralları Çerçevesinde Bağlantılı Davalar

Değişik politika, sosyal yapı ve kültüre sahip olan taraflar arasında çıkacak uyuşmazlıkların çözüme kavuşturulması için, Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu tarafından oluşturulan ve tahkim tüzüğüne

⁵³ Enerji şartı sözleşmesi madde 26/4 hükümlerine göre, yatırımcı uyuşmazlık için bir tahkim yolunu tercih ediyorsa, tahkim yolu olarak, ICSID Tahkim Usulü, UNCITRAL Tahkim Usulü ya da Stockholm Ticaret Odası Tahkim Enstitüsü Usullerinden birisini seçebilmektedir.

bağlanan kurallar bütünü UNCITRAL Tahkim usulü olarak adlandırılmaktadır⁵⁴. Söz konusu düzenlemeler Türk hukuku açısından hem Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkime ilişkin hükümlerine hem de Milletlerarası Tahkim Kanunu hükümlerine dayanaklık etmektedir⁵⁵. ICC ve ICSID Tahkimlerinden farklı olarak, UNCITRAL Tahkim Kuralları ad hoc tahkim usullerinde geçerli olduğundan, bu kurallar çerçevesinde yürütülen tahkim prosedürü belirli bir merkez tarafından izlenip, denetlenmez⁵⁶.

UNCITRAL Tahkim kuralları çerçevesinde de uyuşmazlığın çözümüne uygulanacak hukukun tespiti bakımından irade serbestisi ilkesi geçerlidir (UNCITRAL TK md.1). Bu çerçevede, taraflarca belirlenen usul hukuku kuralları aralarında bağlantı olan davaların birlikte açılmasına, sonradan birleştirilmesine ve birleştirilen davaların ayrılmasına imkân veriyorsa, ilgili usul hukuku kuralları çerçevesinde davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına karar verilebilir. Uygulanacak usul kurallarının taraflarca kararlaştırılmadığı hallere ilişkin olarak ise, UNCITRAL Tahkim Kuralları arasında davaların birleştirilmesi veya ayrılmasına yönelik hükümlerin uygulanacağına yönelik doğrudan bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Ancak, bu tahkim usulünde de bağlantılı davalara ilişkin bir takım hükümler sevk edilmiştir (Bkz., UNCITRAL TK md 17/5, 21/3, 21/4, 22/1). Ayrıca, davaların birleştirilmesi ve ayrılmasına karar verilebileceğini destekleyici mahiyette olmak üzere adil yargılanma hakkı ve usul ekonomisi ilkesini ilgilendiren açık düzenlemeler mevcuttur (Bkz, UNCITRAL TK md. 17/1).

Tahkim yargılamasına ilişkin kurallar, UNCITRAL Tahkim Kurallarının üçüncü bölümünde (md. 17-32) düzenlenmiştir. Bu düzenlemeler çerçevesinde hakem heyeti, tarafların uygulanacak tahkim usulünü kararlaştırmamış olmaları halinde, taraflara eşit davranılması ve onlara yargılamanın

⁵⁴ Kemal **Dayınlarlı**; UNCITRAL Kurallara Göre Uzlaşma ve Tahkim, Ankara 2007, s. 9, 10; Yavuz **Alangoya**; “UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği Hakkında”, Prof. Dr. İlhan E. **Postacıoğlu**'na Armağan, 1990, (s. 1-41), s. 1, (**Alangoya**, Uncitral).

⁵⁵ Her iki Kanun da, “birkaç istisna dışında esas olarak 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanunu benimsemiştir”, bkz Hukuk Muhakemeleri Kanunu Genel Gereçesi; ancak, Uncitral Tahkim Kurallarında 2010 yılında önemli bir revizyon yapılmıştır. Söz konusu revizyon hakkında geniş bilgi için bkz, Ergun **Özsunay**; 21.Yüzyıl Tahkim Hukukunda Üç Önemli Reform, İstanbul 2014, s. 5 vd., (**Özsunay**, Reform).

⁵⁶ **Erdoğan**, s. 137.

her hangi bir aşamasında iddia ve savunmalarını ortaya koyma imkânının verilmesi şartıyla, tahkimi uygun bulunduğu tarzda yürütme konusunda bir takdir yetkisine sahiptir (UNCITRAL TK md. 17/1). Ancak, bu takdir yetkisi sınırsız değildir. Her şeyden önce bu yetkiyi, UNCITRAL Tahkim Kurallarının emredici hükümleri sınırlamaktadır (UNCITRAL TK md.17/1 birinci cümle). Hakem heyetinin takdir yetkisini sınırlayan bu genel halin yanı sıra onu sınırlandıran bir takım özel nedenler de vardır. Bu nedenlerden ilki, belirlediği usul kurallarının taraflar arasındaki eşitliği bozacak ve onların hukuki dinlenilme hakkını ortadan kaldırmayacak mahiyette olmasıdır (UNCITRAL TK md.17/1 birinci cümle). Diğer bir özel sınırlama nedeni, usul ekonomisi ilkesine riayettir (UNCITRAL TK md.17/1 ikinci cümle). Son sınırlama nedeni ise, taraflar için etkin ve adil bir yargılamanın yapılacağı bir yöntemin tercih edilmesi gerekliliğidir (UNCITRAL TK md.17/1 ikinci cümle).

İşaret ettiğimiz bu düzenlemeler çerçevesinde, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa, hakemlerin davaların birleştirmesine karar vermesine veya daha baştan birlikte açılmış olan davaların ayrılmasına karar vermesine bir engel yoktur. Yeter ki adil yargılanma hakkı veya usul ekonomisi ilkesi davaların birleştirilmesini veya ayrılmasını gerekli kılsın. Ulaştığımız bu sonucu destekleyici argümanlardan birisi UNCITRAL Tahkim Kuralları madde 17'nin 5'nci fıkrası hükmüdür. Bu hükme göre, taraflardan birisinin talebi üzerine hakem heyeti, tahkim anlaşmasına taraf olmak kaydıyla, bir veya birden fazla kişinin davaya taraf olarak katılmasına izin verebilmektedir. Ancak, böyle bir katılmanın davanın taraflarına (katılan üçüncü kişi dahil) zarar vermeyecek nitelikte olması gerekir⁵⁷. Böyle bir niteliğin olup olmadığına, hakem heyeti bütün taraflar iddia ve savunmalarını ortaya koyup, bu hususları değerlendirdikten sonra karar verebilir. Şayet, bu tarafların davaya katılmasına karar verilmişse, hakem heyeti dava sonunda bütün taraflar için tek bir karar verebileceği gibi, birden fazla karar vermesi de mümkündür. Bu düzenleme çerçevesinde, dava arkadaşı olarak birden fazla kişi daha en baştan birlikte dava açabileceği gibi, davaya taraf olmayıp aynı tahkim sözleşmesine taraf olan, üçüncü bir kişi davaya aslî müdahil olarak

⁵⁷ Özsunay, Reform, s. 27.

da katılabilir⁵⁸. Bu bağlamda, aynı tahkim sözleşmesine taraf olan üçüncü bir kişinin açtığı davanın da birleştirilmesine bir engel olmamalıdır. Bu hüküm bağlamında birlikte açılan veya sonradan birleştirilen davaların birlikte görülmesi taraflara zarar veriyor veya madde 17/1 bağlamında adil yargılanma hakkını ya da usul ekonomisi ilkesini ihlal ediyorsa davaların ayrılmasını da karar verilebilmelidir.

Aralarında bağlantı bulunan davaların birlikte görülebileceğini destekleyici mahiyetteki diğer bir argüman da, UNCITRAL Tahkim Kurallarına göre karşı dava açılmasına dayanak teşkil eden madde 21/3-4 ve madde 22/1 hükümleridir. Bu hükümlere göre, davalı yan cevap dilekçesi ile birlikte karşı dava açabileceği gibi bir takas savunmasında da bulunabilir. Ayrıca, cevap dilekçesinde bu talebini ileri sürememiş olsa bile, gecikmenin kabul edilebilir bir mazerete dayandığının hakem heyetince kabul edilmesi halinde, yargılamanın ileriki aşamalarında da bu taleplerin ileri sürülmesi mümkündür (UNCITRAL TK md. 21/3). Böyle bir gecikmenin kabul edilebilir bir mazerete dayanmadığı hallerde dahi hakem heyeti, değiştirilen veya eklenen talepler görev alanı içerisinde kalmak kaydıyla⁵⁹, davalının takas amacını içeren veya karşı dava olarak nitelendirilebilecek yeni bir talep ileri sürmesini ya da mevcut taleplerini değiştirmesini kabul edebilir. Yalnız bu talebin kabulü için, bu hususların karşı tarafa zarar verici mahiyette olmaması ve yargılamanın geldiği mevcut hal ve şartları içerisinde kabul edilebilir olması gerekir. UNCITRAL Tahkim Kuralları içerisinde karşı davanın açılabilmesinin kabul edilmesi ve hatta yargılamanın ilerleyen aşamalarında dahi karşı dava açılmasına izin verilmesi, adil yargılanma hakkı ve usul ekonomisi ilkesi ile birlikte değerlendirildiğinde, bu tahkim usulünde de davaların birleştirilmesi ve ayrılmasına ilişkin hükümlerin uygulanabilirliğine ilişkin güçlü bir veri teşkil eder.

⁵⁸ Bu düzenlemenin “davanın ihbarı” ve “davaya katılmaya” yönelik olduğu görüşü hakkında Bkz., **Özsunay**, Reform, s. 27.

⁵⁹ 1976 UNCITRAL Kurallarında takas istemine dayanan karşı davanın aynı sözleşmeden kaynaklanması koşulu aranmışken (md. 19), 2010 kurallarında takas istemine dayalı karşı davanın hakem heyetinin görev alanına dahil olması yeterli sayılmaktadır. Bkz., **Özsunay**, Reform, s. 31.

SONUÇ

Bağlantılı davalara ilişkin Milletlerarası Tahkim Kanunu'nda bir hüküm olmadığı gibi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun tahkim kısmında da yoktur. Her iki kanun bağlamında da, uyuşmazlığın çözümünde uygulanacak usul kuralları tarafların iradesine bırakılmıştır. Taraflar aralarındaki uyuşmazlığın kurumsal tahkim hükümlerine göre çözülmesini kararlaştırabilecekleri gibi, bir kurumsal tahkim kurallarına atıf yaparak ad hoc tahkim şeklinde görülmesini de kararlaştırabilirler. Hatta, uyuşmazlığın ad hoc tahkimi şeklinde görülmesinin kararlaştırıldığı hallerde taraflar, bir kurumsal tahkim kurallarına atıf yapmayıp, belirli bir ülkenin usul hukuku kurallarının uygulanmasını dahi kararlaştırabilirler.

Tarafların bu şekilde kararlaştırdıkları usul kuralları içerisinde, bağlantılı davaların kapsamına giren dava türleri veya dava arkadaşlığına ilişkin kurallar varsa, hakem mahkemesinde de bu kurallar uygulanır. Ancak, tarafların kararlaştırdığı usul hukuku kuralları bu konuda her hangi bir hüküm ihtiva etmiyorsa, hakem heyeti bağlantılı davaların birlikte görülmesine kendiliğinden karar veremez. Buna karşın taraflar, bir kurumsal tahkim kurallarına atıf yapmakla birlikte, uyuşmazlığın ad hoc tahkim şeklinde oluşturulacak bir hakem heyeti önünde görülmesini talep etmişlerse, yukarıda ICC, ICSID ve UNCITRAL Tahkim Kuralları bakımından getirdiğimiz öneriler bu ihtimal bakımından da geçerli olmalıdır. Fakat, bu noktada davanın ad hoc hakem heyetince görülmesi, özellikle davaların birleştirilmesine karar verilebilmesi bakımından, o davanın kurumsal bir tahkim merkezi tarafından görülmesine nazaran bir takım zorluklar arz etmektedir. Her şeyden önce, davaların birleştirilmesi bakımından tarafların aynı olması şartı aranmadığından, tesadüfi haller dışında her iki davaya bakan hakem heyetleri farklı farklı olacaktır. Bu nedenle hakemlerin, o dava konusu ile bağlantılı başka bir davanın varlığından haberdar olması çoğu kere imkânsızdır. Aynı zorluk taraflar için de vardır. Zira, özellikle her iki davanın taraflarının farklı olduğu hallerde, bir davanın taraflarının diğer davaya ilişkin hakem seçimine katılmaları ve etki etmeleri mümkün değildir. Diğer taraftan her iki dava arasında bir bağlantı bulunsa bile, tarafların o davalarda uygulanmasını istediği maddî hukuk kuralları ve usul hukuku kuralları bir birinden farklı olabilecektir. Bu çerçevede uyuşmazlıklar aynı maddî vakıyadan doğsa bile, seçilen maddî hukuk ve usul hukuku kurallarının farklı farklı olmasına bağlı

olarak, hakem heyetlerinin farklı yönlerde karar verebilmesi mümkün olmaktadır.

Gelinen bu noktada, işaret ettiğimiz ihtimalin aksine, aralarında bağlantı bulunan davalar aynı tahkim sözleşmesinden kaynaklanıyor ve her iki davaya bakan hakem heyeti de aynı ise, tarafların talebi üzerine davalar birleştirilebilmelidir. Bu çerçevede verilen hakem kararlarının genel hukuk düzenine ilişkin değil, taraflar arasındaki hukuk düzenine ilişkin sonuçlar doğurduğu ve tarafların daha en başta tahkim sözleşmesi yapmakla veya uyuşmazlığın ad hoc tahkim hükümlerine göre çözüleceğini kabul etmekle, Devlet mahkemeleri veya kurumsal tahkim merkezlerince sağlanacak bir takım koruma ve güvencelerden feragat ettiği göz önünde bulundurulmalıdır.

Uyuşmazlığın kurumsal tahkim merkezleri tarafından çözülmesi halinde ise, davalar arasında bağlantı bulunup bulunmadığı ve bağlantılı başka bir davanın o tahkim merkezinde görülüp görülmediğinin tespiti çok daha kolaydır⁶⁰. Ayrıca, bu tür uyuşmazlık çözümlerinde hakemler çoğu kere ortak bir panelden bizzat ilgili tahkim kurumunun yetkili organları tarafından seçildiğinden, bağlantılı davalar için aynı hakem heyetinin oluşturulması ve bu çerçevede davaların birleştirilmesi veya bu davaların birbirine paralel şekilde yürütülmesine karar verilmesi çok daha kolay olmaktadır. Bu tür tahkim usulünde davaların birleştirilmesi veya bağlantılı davaların birlikte görülüp görülmemesi noktasında, ilgili tahkim kurallarında bir hüküm olmadığında, bu müesseselerin uygulanıp uygulanmayacağı tespit edilirken uluslararası düzeyde kabul görmüş hukukun temel ilkeleri ve bu çerçevede özellikle adil yargılanma hakkı dikkate alınmalıdır. Ayrıca, bu tür kurallarda usul ekonomisine ilişkin düzenlemelere yer verilmese bile, bu ilkenin yargılama faaliyetinin doğasında olduğu unutulmamalıdır.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu bağlamında, tarafların uygulanacak usul hukuku kurallarını kararlaştırmadıkları hallerde, uygulanacak usul kurallarını hakem ya da hakem heyeti belirlemektedir. Bu çerçevede hakem heyeti, taraf menfaatlerinin en iyi korunacağı, etkin ve adil bir yargılamanın yapılacağı usul kurallarını seçmelidir. Bu bağlamda, davaların birleştirilmesi ve ayrılmasının veya aralarında bağlantı bulunan davaların birlikte görülme-

⁶⁰ Grant **Hanessian**; Tahkim ve Yatırım Sözleşmesi İhtilaflarında Uncitral Kurallar, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 2009, (s. 317 326), s. 323.

sinin usul ekonomisi ilkesinin ve bazen de adil yargılanma hakkının önemli bir enstrümanı olabileceği göz ardı edilmemelidir. Milletlerarası Tahkim Kanunu bağlamında ise, her ne kadar uyuşmazlığın bu Kanun hükümlerine göre çözüleceği emredici olarak düzenlenmişse de, özellikle adil yargılanma hakkı ve usul ekonomisi ilkesinin zorunlu kıldığı hallerde davaların birleştirilmesine veya ayrılmasına ya da bağlantılı davaların birlikte görülmesine karar verilebilmelidir. Bu çerçevede tarafların başlangıçta var olan tahkime başvuru iradesi, tarafların, adil yargılanma hakkı, mahkemeler önünde eşitlik ve usul ekonomisi gibi bir yargılama faaliyetinde doğası gereği bulunması gereken ilkelerden de feragat ettiği şeklinde yorumlanmamalıdır⁶¹.

⁶¹ Tarafların, tahkim usulüne uygulanacak hukuku belirlemede sahip oldukları irade serbestisini, davada her iki tarafa iddia ve savunmalarını ileri sürme imkânının tanınması, taraflara eşit muamele edilmesi, mahkeme huzurunda karşılıklılık esasına göre dinlenmeleri gibi milletlerarası usul hukukunun kamu düzenine ilişkin kaideleri sınırlar, bkz., **Kalpsüz**, s. 101, 102.

Kaynakça

- Akıncı**, Ziya: Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2013, (**Akıncı**, Milletlerarası Tahkim).
- Akıncı**, Ziya: Yurtdışındaki Yatırımcılarımızın Korunması Açısından ICSID Tahkimi, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 2009, (s. 277-287), (**Akıncı**, ICSID).
- Alangoya**, Yavuz: Bir Tebliğ Dolayısı ile Hakem Mahkemesinin Direnmesi Üzerine Düşünceler, Prof. Dr. Nihal ULUOCAK’a Armağan, İstanbul 1999, (s. 1-15), (**Alangoya**, Direnme Kararı).
- Alangoya**, Yavuz: “UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği Hakkında”, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan, 1990, (s. 1-41), (**Alangoya**, Uncitral).
- Alangoya**, Yavuz: Medenî Usul Hukukunda Dava Ortaklığı (**Alangoya**, Tarafların Taaddüdü), İstanbul 1999.
- Arslan**, Ramazan/**Tanrıver**, Süha: Yargı Örgütü, Ankara 2001.
- Bayram**, Arif: Birlikte Dava Açılmasında Davaların Aynı Sebepden doğmuş Olmasının Anlamı, Adalet Dergisi, C. LXVII, 1977/3-4, (s. 282-95).
- Bilge**, Necip/**Önen**, Ergun: Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, Ankara 1978.
- Cameron**, Peter D.: International Energy Investment Law, New York 2010.
- Candan**, Turgut: Açıklamalı İdari Yargılama Usulü Kanunu, Ankara 2009.
- Cremades**, Bernardo M.: Arbitration under the ECT and other Investment Protection; Parallel Arbitration Tribunals and Awards, Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty, New York 2006, (304-314).
- Çal**, Sedat: Enerji Şartı Sözleşmesi ve Yatırım Tahkimi, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 2009, (s. 327-339).
- Dayınlarlı**, Kemal: UNCITRAL Kurallara Göre Uzlaşma ve Tahkim, Ankara 2007.
- Deren Yıldırım**, Nevhis: Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul 2004.

- Dolzer**, Rudolf/**Schreuer**, Christoph: Principles of International Investment Law, New York 2008.
- Effron**, Robin J.: The Shadow of Joinder, Brooklyn 2012.
- Erdoğan**, Feyiz: Uluslararası Hukuk ve Tahkim, Ankara 2004.
- Erten**, Rıfat: ICSID Tahkimi, Batider 1998/4, (s. 207-228).
- Gözübüyük**, Şeref/**Tan**, Turgut: İdare Hukuku, C.II, Ankara 1999.
- Hanessian**, Grant: Tahkim ve Yatırım Sözleşmesi İhtilaflarında Uncitral Kurallar, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 2009, (s. 317 326).
- Happ**, Richard: Arbitration under the ECT and other Investment Protection; The Nykomb Case in Light of Recent ICSID Jurisprudence, Investment Arbitration and The Energy Charter Treaty, New York 2006, (315-330).
- İmregün**, Oğuz: Hakem Kararlarının İcrası ve Tekemmülü, IV. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Bildiriler ve Tartışmalar, 29 Kasım-4 Aralık 1965.
- İste**, Cansu: ICSID Tahkiminde Ev Sahibi Ülkenin Mevzuat Değişikliğinden Kaynaklanan Yatırım Uyuşmazlıkları, İstanbul 2013.
- Kalpöz**, Turgut: Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, Ankara 2010.
- Kaplan**, Yavuz: Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Ankara 2002.
- Karadaş**, İzzet: Ulusal İç Tahkim, Ankara 2013.
- Karayalçın**, Yaşar: Milletlerarası Tahkimde Muhakeme Usulü, Batider, C. XIX, 1998/3, (s. 1-52).
- Klavuz**, Ali Kemal: Enerji Antlaşmaları Çerçevesinde Uyuşmazlıkların Çözümü, GÜHFD., C. XIII, Y. 2009/1-2, (s. 179-215).
- Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C.III, İstanbul 2001.
- McLachlan**, Campbell QC/**Shore**, Laurence/**Weiniger**, Matthew: International Investment Arbitration Substantive Principles, New York 2010.
- Nomer**, Ergin/**Ekşi**, Nuray/**Gelgel**, Günseli: Milletlerarası Tahkim, İstanbul 2000.
- Özbay**, İbrahim: Hakem Kararlarının Temyizi, Ankara 2004.

- Özsunay**, Ergun: 21.Yüzyıl Tahkim Hukukunda Üç Önemli Reform, İstanbul 2014, (**Özsunay**, Reform).
- Özsunay**, Murat: Tahkim Yargılamasının Temel İlkeleri ve “Adil Yargılama” İlkesi Bakımından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. Maddesi, Uluslararası Ticari Uyuşmazlıklarda Kurumsal Tahkimin Güncel Sorunları, İstanbul Ticaret Odası Yayınları, İstanbul 2004, (s. 67-80), (**Özsunay**, Tahkimde Adil Yargılanma).
- Öztek**, Selçuk: Ulusal Tahkimde Uygulanacak Yargılama Usulü, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 2009, (s. 339-358).
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2013.
- Postacıoğlu**, İlhan: Davaların Birleştirilmesi, Makaleler ve Karar İncelemeleri, İstanbul 2011, (**Postacıoğlu**, Birleştirme).
- Postacıoğlu**, İlhan: Davanın ve Kaziyeyi Muhkemenin Unsuru Olarak Hukukî Sebep, Makaleler ve Karar İncelemeleri, İstanbul 2011, (s. 67 - 96), (**Postacıoğlu**, Sebep).
- Postacıoğlu**, İlhan: Medenî Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, (**Postacıoğlu**, Usul).
- Salacuse**, Jeswald W. : The Law of Investment Treaties, New York 2010.
- Sancakdar**, Oğuz: İdari Yargıda Tek Dilekçe ile Dava Açılması (Karşılaştırmalı Hukuki Analiz), [www.http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz9-2/osancakdar.pdf](http://web.deu.edu.tr/hukuk/dergiler/dergimiz9-2/osancakdar.pdf), e.t: 05.06.2014.
- Sarısözen**, Serhat: Medenî Usul Hukukunda Hakem Yargılaması, İstanbul 2005.
- Sornarajah**, M.: The International Law on Foreign Investment, New York 2011.
- Tanrıver**, Süha: Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara 2007.
- Taşkın**, Âlim: Hakem Sözleşmesi, Ankara 2005.
- Tekinalp**, Ünal: Hakem Sözleşmesinin Hukuki Mahiyeti Konusunda Düşünceler, IV. Banka ve Ticaret Hukuku Haftası, Bildiriler ve Tartışmalar, 29 Kasım-4 Aralık 1965.

- Tillers**, Peter: The Value of Evidence in Law, Ireland Legal Quarterly 1988/2, <http://tillers.net/VoE.htm>, e.t: 12.10.2013.
- Twining**, William: Narrative and Generalizations in Argumentation About Question of Fact, South Texas Law Review 40 1999, (s. 351-365).
- Tuygun**, Salih: ICSID Tahkimine İlişkin Hakem Kararlarının İcra Edilmesi, İzmir 2007.
- Ulukapı**, Ömer: Medenî Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991.
- Ulusoy**, Arzu: İdari Yargıda Bağlantılı Davalar, İdare Hukuku ve İlimleri Dergisi, C.XV, 2012/1, (s. 185-195).
- Yasin**, Melikşah: İdari Yargıda Bağlantılı Davalar, E-Akademi, Şubat 2007, S. 60, www.e-akademi.org, e.t: 12.11.2012.
- Yeğengil**, Rasih: Tahkim, İstanbul 1974.
- Yeşilirmak**, Ali: Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem -Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, İstanbul 2011.
- Yıldırım**, Aslı: Türkiye Cumhuriyeti Devletinin Taraf Olduğu Yatırım İhtilafları, ICSID ve UNCITRAL Tahkimleri, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 2009, (s. 289-308), (**Yıldırım**, ICSID).
- Yıldırım**, M. Kamil: Yatırım Sözleşmelerinden Doğan İhtilaflar Hakkında Uluslararası Çözüm Merkezi (ICSID) ve ICSID’de Arabuluculuk, II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu “Tahkim”, İstanbul 2009, (s. 359-369), (**Yıldırım**, Yatırım Sözleşmeleri).
- Yılmaz**, Alper Çağrı: Uluslararası Enerji Yatırımlarının Korunması, İstanbul 2013, (**Yılmaz**, Enerji Yatırımları).
- Yılmaz**, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012, (**Yılmaz**, Şerh).
- Yılmaz**, Halil: Uluslararası Tahkim Örgütlenmeleri, ABD 2004/2, (s. 75-104), (**Yılmaz**, Tahkim).
- Zenginkuzucu**, Dikran M.: Devlet ve Yabancı Yatırımcılar Arasındaki Uyuşmazlıkların Çözümünde Uluslararası Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümü Merkezi (ICSID) in Kuruluşu ve İşlevi, İstanbul 2012.

HUKUK MUHAKEMLERİ KANUNUNA GÖRE İHTİYATİ TEDBİRİN UYGULANMASINI TALEP ETME ZORUNLULUĞU

*Yrd. Doç. Dr. Mustafa GÖKSU**

GİRİŞ

2011 yılında yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu, diğer konuların yanı sıra, ihtiyati tedbirler bakımından da çok önemli bazı değişiklikler getirmiştir. Bu çerçevede ihtiyati tedbir kurumu hakkındaki hükümler, büyük ölçüde, İcra ve İflas Kanununda düzenlenmiş olan ihtiyati haciz kurumunun ilişkin hükümler ile benzer hale getirilmiştir. Bu değişiklikler birkaç kategoride özetlenebilir¹. Öncelikle dava açılmadan önce istenecek olan ihtiyati tedbirler bakımından 1086 sayılı Kanunda yer alan “*en az masrafla ve en çabuk ifası mümkün olan yer*” kuralından vazgeçilmiş ve yetki (ile görev) bakımından genel kurallara atıf yapılmış (HMK m. 390/1); ayrıca ihtiyati tedbir kararında bulunması gerekenler daha açık şekilde düzenlenmiştir (HMK m. 391/2). Bunun dışında eski Kanunun 101. maddesindeki sayma usulünden vazgeçilmiş ve ihtiyati tedbirin nasıl ve ne şekilde olacağı (eski Kanunun 103. madde düzenlemesinde olduğu gibi) mahkemenin takdirine bırakılmıştır (HMK m. 391/1).

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

¹ İhtiyati tedbirler bakımından 6100 sayılı Kanun ile getirilen değişikliklerin ayrıntılı incelemesi hakkında bkz. **Selçuk Öztekin**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Geçici Hukuki Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı X (İzmir/1-2 Ekim 2012), Ankara 2013, s. 428-461; Ramazan **Arslan**, Hukuk Muhakemeleri Kanununun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler, Bankacılar Dergisi, Şubat 2013, s. 7-27; Taylan Özgür **Kiraz**, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler, Ankara 2012, s. 77-82.

6100 sayılı Kanun ile ihtiyati tedbir hakkında verilen karara hangi hallerde itiraz edilebileceği (yine ihtiyati hacze paralel olarak) düzenlenmiş ve bu itiraz hakkındaki karara karşı kanun yoluna başvurma imkânı getirilmiştir (HMK m. 394). Bu imkân, Kanun yürürlüğe girdikten sonra, henüz istinaf hükümleri yürürlüğe girmediği için temyiz kanun yolu olarak uygulanmış; ancak Yargıtay, farklı dairelerin farklı yönde kararlar vermeye başlaması üzerine 21.02.2014 tarihinde verdiği içtihadı birleştirme kararı ile söz konusu kanun yolunu kapamıştır². Bu sebeple istinaf hükümleri yürürlüğe girinceye veya bu konuda farklı bir kanuni düzenleme yapıncaya kadar ihtiyati tedbir bakımından (1086 sayılı Kanun uygulamasında olduğu gibi) itiraz dışında bir kanun yoluna başvurulamayacaktır. Bunların yanı sıra, yeni Kanun ile ihtiyati tedbire muhalefetin cezası daha açık şekilde düzenlenmiş (HMK m. 398) ve ihtiyati tedbirin hükmün verilmesiyle birlikte ortadan kalkması yerine, hükmün kesinleşmesine kadar devam etmesi varsayılan kural haline getirilmiştir (HMK m. 397/2).

Yukarıda bahsettiğimiz hususların yanı sıra, 6100 sayılı Kanun, çalışmamızın da konusunu oluşturan ve yine çok büyük önem taşıyan bir değişikliği daha içermektedir. Buna göre ihtiyati tedbirlerde de, ihtiyati hacizlerde (İİK m. 261) olduğu gibi belirli bir süre içerisinde kararın uygulanmasının talep edilmesi zorunlu kılınmıştır (HMK m. 393/1). 1086 sayılı Kanun zamanında bu yönde bir hüküm bulunmadığı, yani ihtiyati tedbir kararı verildikten sonra uygulama bakımından bir zaman kısıtlaması olmadığı için, kararı veren mahkeme uygulama talebini bir süreye bağlamamışsa³ ve HUMK 109. madde çerçevesinde tamamlayıcı merasim gerçekleştirilmiş, yani dava açılmış ise, tedbir varlığını sürdürmekte ve dolayısıyla da her zaman (en azından

² Yargıtay İçtihatları Birleştirilme Hukuk Genel Kurulu, 21.02.2014, 2013/1 E., 2014/1 K., Resmi Gazete 17.04.2014/28975. Bu konu ve söz konusu kararın ayrıntılı eleştirisi hakkında bkz. Ahmet **Başözen**, Güncel Yargıtay Kararları ve Yargıtay İBK Işığında İhtiyati Tedbir Kararlarının Temyizi Sorunu, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara 2014, s. 463-521.

³ Baki **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt IV, İstanbul 2001, s. 4336; Muhammet **Özekes**/Evrin **Erişir**, Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2006/3, Sayı 5, s. 1265.

hüküm verilmeye kadar) icrası mümkün olabilmekteydi⁴. Yeni Kanunla birlikte ihtiyati tedbir prosedürü bakımından aşamaların daha net bir şekilde ayrıldığı görülmektedir. Bu çerçevede önce ihtiyati tedbir kararı verilecek, bu kararın verilmesi üzerine Kanunun tespit ettiği süre içerisinde tedbirin uygulanması talep edilecek ve tedbir uygulanacak, tedbirin uygulanmasının talep edildiği tarihten itibaren ise tamamlayıcı merasim (ya da TBMM Adalet Komisyonu tarafından tercih edilen yeni ifade ile “tamamlayıcı işlemler”) bakımından süre başlayacaktır. Her iki aşama bakımından da Kanunda belirlenmiş olan süreler içerisinde istenilen işlemler yapılmazsa tedbir kararı (ve uygulanmışsa tedbir) kendiliğinden kalkacaktır. Ayrıca ihtiyati tedbire itiraz süresi de yine tedbirin uygulanması (veya tutulan tutanağın tebliği) ile başlar (HMK m. 394).

Söz konusu zorunluluğun ihtiyati haciz bakımından zaten uygulanıyor olması, ihtiyati tedbirler bakımından bir sorun yaratmayacağını göstermektedir. İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kurumları, konumuz bakımından iki büyük farklılık içermektedir. Bunlardan birincisi ihtiyati haczin niteliği gereği teminat amaçlı olması, ihtiyati tedbirin ise teminatın yanı sıra ifa veya düzenleme amaçlı olarak da konulabilmesi⁵; ikincisi ise ihtiyati haczin icra dairesi tarafından yerine getirilecek olmasına karşılık ihtiyati tedbirin, bazı durumlarda, icra dairesi yerine bizzat kararı veren mahkeme (yazı işleri müdürü) tarafından da yerine getirilebilir olmasıdır. Biz de bu makalede ihtiyati tedbirin hangi amaçlarla konulabileceğini ve dolayısıyla da ne gibi hukuki etkiler meydana getirebileceğini açıklayıp, Kanunun 363. maddesinin birinci fıkrasındaki zorunluluğun istisnasız tüm ihtiyati tedbirler bakımından uygulanmasının gerekip gerekmediğini ortaya koymaya çalışacağız.

⁴ Haluk **Konuralp**, Medeni Usul Hukuku, Eskişehir 2006, s. 249; Ejder **Yılmaz**, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt I, Ankara 2001 (Kısaltması: Yılmaz-Tedbirler I), s. 934.

⁵ **Yılmaz**, Tedbirler I, s. 170; **Erişir**, s. 351; Hakan **Pekcanitez**, Milletlerarası Tahkim’de Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2003, s. 132; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 1019; Evrim **Erişir**, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013, s. 228. Ancak hemen belirtmemiz gerekir ki *Erişir*, aşağıda da açıklayacağımız üzere amaç kıstasından değil, tedbirin yarattığı hukuki etki kıstasından hareketle eda etkisi, teminat etkisi ve düzenleme etkisi ifadelerini kullanmaktadır.

I. Genel Olarak İhtiyati Tedbir, İhtiyati Tedbir Kararı ve Bunların Hukuki Nitelikleri

İhtiyati tedbir, daha önce doktrin ve uygulamada kabul edilmekte ve kullanılmakta olan ve 6100 sayılı Kanunun Onuncu Kısmının başlığı olarak Kanunda da yazılı hale gelen “geçici hukuki korumalar”ın bir türüdür. İhtiyati tedbir HMK’nda düzenlendiği için, buna kılavuz bir geçici hukuki koruma olarak bakmak uygun olacaktır; nitekim herhangi bir kanuni düzenleme ile uyuşmazlık konusu bakımından başka bir geçici hukuki koruma yolu (örneğin para alacakları bakımından ihtiyati haciz) öngörülmemiş olan hallerde ilgili taraf, Kanunun aradığı şartların bulunması halinde ihtiyati tedbir yoluna başvurabilecektir. Özel kanunlar açıkça ihtiyati tedbire de atıf yapmış olabilir (örn. İİK m. 72/2); böyle bir durumda önce söz konusu özel kanun hükümleri uygulanacak, özel kanunun düzenlemediği hususlar bakımından ise HMK’ndaki ihtiyati tedbire ilişkin hükümler esas alınacaktır⁶.

Kanun koyucu ihtiyati tedbirin bir tanımını yapmamış, ancak tanıma çok yaklaşır şekilde ihtiyati tedbirin varlık şartını ifade etmiştir. Buna göre, “*mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir*” (m. 389/1). Bu hüküm ve ihtiyati tedbirin diğer unsurlarından hareketle ihtiyati tedbir, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde başvuru ve uyuşmazlık tam olarak çözülmeksizin uyuşmazlık konusu hakkın korunması veya ortaya çıkabilecek zararın önlenmesi amacıyla mahkeme tarafından konulan, geçicilik arz eden ve Kanunda belirlenmiş olan merci tarafından yerine getirilen bir hukuki koruma yolu olarak tanımlanabilir⁷.

⁶ Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014 s. 1134; Arslan, s. 8.

⁷ Diğer bazı ihtiyati tedbir tanımları için bkz. Erişir, s. 135-137; Nevhis Deren-Yıldırım, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku’nda İhtiyati Tedbirler, 2.

İhtiyati tedbir, diğer geçici hukuki koruma yolları ile hem benzerlikler hem de farklılıklar içermektedir. İhtiyati tedbirin her bir geçici hukuki koruma yolu ile olan benzerlik ve farklılıkları bu çalışmanın kapsamını aşacağı için bunlara tek tek değinmeyeceğiz; ancak konumuz bakımından özellik taşıması sebebiyle ihtiyati tedbir ve diğer bir geçici hukuki koruma yolu olan ihtiyati haciz arasındaki ilişkiyi bir sonraki başlıkta bahsedeceğiz.

Hukuk Muhakemeleri Kanununa göre bir konuda ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için bir talep olması şarttır⁸. Mahkeme, tasarruf ilkesi gereğince ilgili kişinin talebi üzerine harekete geçebilir. Talebin kabul edilebilmesi için Kanunun 389. maddesinde belirtilmiş olan ihtiyati tedbir sebebinin de bulunması gerekir. Ayrıca mahkeme tarafından ihtiyati tedbir kararı verilebilmesi için, talepte bulunan kişinin (veya tarafın) gerçekleştireceği bir yaklaşık ispat faaliyeti sonucunda hâkimin yaklaşık bir kanaate ulaşmış olması gerekir (HMK m. 390/3).

İhtiyati tedbir talebi üzerine mahkeme ihtiyati tedbirin kabulü yönünde bir karar verirse, bu kararın hukuki niteliğinin ne olduğu da önem taşımaktadır. Türk hukukunda mahkemenin verdiği kararlar genellikle ara karar - geçici karar olarak sınıflandırılmakla birlikte⁹, doktrinde farklı yönlerde sınıflandırmalar bulunduğu da görülmektedir¹⁰. ÖZEKES ara karar - nihai

Baskı, İstanbul 2002, s. 4; Hakan **Pekcanitez**/Oğuz **Atalay**/Muhammet **Özekes**, Medeni Usul Hukuku, 14. Baskı, Ankara 2013, s. 1018; Baki **Kuru**/Ramazan **Arslan**/Ejder **Yılmaz**, Medeni Usul Hukuku, 25. Baskı, Ankara 2014, s. 558; **Yılmaz**, Tedbirler I, s. 178.

⁸ **Erişir**, s. 176.

⁹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 804; Saim **Üstündağ**, Medenî Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 788; Yavuz **Alangoya**/Kamil **Yıldırım**/Nevhis **Deren-Yıldırım**, Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2012, s. 435; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 449; Abdurrahim **Karlı**, Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 417; Ömer **Ulukapı**, Medeni Usul Hukuku, Konya 2014, s. 177.

¹⁰ Örneğin *Belgesay* kararları niteliklerine göre çoklu bir ayrıma tabi tutmakta (muvak-kat kararlar, tahkikat kararları, hadise kararları, esas kararları) ve ihtiyati tedbire ilişkin kararları muvakkat kararlar içerisinde değerlendirmektedir (Mustafa R. **Belgesay**, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 3. Cilt, 3. Baskı, İstanbul 1950, s. 171). *Ansay* da genel olarak nihai kararlardan bahsetmekte, ayrıca uygulamada ara kararı kavramına rastlandığını da ifade etmektedir (Sabri Ş. **Ansay**, Hukuk Yargılama Usulleri, Yedinci Baskı, Ankara 1960, s. 150).

karar ayırımına ek olarak nihai kararları da geçici ve gerçek nihai kararlar olarak ikiye ayırmakta ve ihtiyati haciz (geçici hukuki koruma) kararlarının geçici nitelikte nihai kararlar olduğunu ifade etmektedir¹¹. Konumuzun sınırlarını aşacağı için bu tartışmalara yer vermiyor ve bizim de bu görüşe katıldığımızı ifade etmekle yetiniyoruz¹².

II. İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Arasındaki İlişki

2004 sayılı İcra ve İflas Kanununun 257 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan ihtiyati haciz, kavramsal ve tarihsel olarak ihtiyati tedbirin özel bir türü olmakla birlikte¹³; pozitif hukuk bakımından bir ihtiyati tedbir türü olarak değil, bir üst kavram olan geçici hukuki koruma yollarına dâhil olan bağımsız bir hukuki koruma yolu olarak kabul edilmektedir¹⁴. İhtiyati haczi ihtiyati tedbirden ayıran en önemli fark, konu bakımından kendisini göstermektedir. Buna göre, “*rehinle temin edilmemiş ve vadesi gelmiş bir para borcunun alacaklısı, borçlunun yedinde veya üçüncü şahısta olan taşınır ve taşınmaz mallarını ve alacaklarıyla diğer haklarını ihtiyaten haczettirebilir*” (İİK m. 257). Görüldüğü üzere, ihtiyati haciz sadece para (veya teminat) alacakları bakımından söz konusu olabilir. Para alacakları bakımından özel bir yol olarak ihtiyati haciz getirildiği için, bu şekilde bir alacağımı güvence altına almak isteyen bir kişinin ihtiyati tedbir yoluna başvuramaması doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir¹⁵.

¹¹ Muhammet **Özekes**, İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999 (Kısaltması: **Özekes-İhtiyati Haciz**) s. 234; **Özekes/Erişir**, s. 1268. *Boran Güneysu* ve *Erişir* de bu görüşe katılmaktadırlar (Nilüfer **Boran Güneysu**, Medeni Usul Hukukunda Karar, Ankara 2014, s. 170-171; **Erişir**, s. 165-166). Ayrıca iflasın ertelenmesi bakımından aynı yöndeki görüş için bkz. İbrahim **Ermenek**, İflasın Ertelenmesi, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 128.

¹² Bu konudaki görüş ve tartışmalar hakkında daha ayrıntılı bilgi için bkz. **Erişir**, s. 165 vd.; **Boran Güneysu**, s. 166-172.

¹³ **Özekes**, İhtiyati Haciz, s. 54.

¹⁴ Hakan **Pekcanitez/Oğuz Atalay/Meral Sungurtekin Özkan/Muhammet Özekes**, İcra ve İflas Hukuku, 11. Bası, Ankara 2013, s. 512; **Yılmaz**, Tedbirler I, s. 172-173. Aksi yönde **Üstündağ**, Usul, s. 582; Timuçin **Muşul**, Medenî Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara 2012, s. 610.

¹⁵ **Özekes** ve *Erişir*, bu durumu “*Denilebilir ki, bir hak ihtiyati haciz ile temin edilmeye elverişli olmadığı sürece, ihtiyati tedbirle temin edilmeye elverişlidir*” ifadesi ile özetlemektedirler (**Özekes/Erişir**, s. 1246).

İhtiyati haciz konu bakımından çok ciddi bir şekilde sınırlandırılmışken, ihtiyati tedbirde bu şekilde genel bir konu sınırlandırılması bulunmamaktadır. Yukarıda da bahsettiğimiz üzere ihtiyati tedbir bu konudaki genel düzenleme olduğu için, dava edilmeye ve yerine getirilmeye müsait olan her konuda bir ihtiyati tedbir konulması kural olarak mümkündür¹⁶. 6100 sayılı Kanunla ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz yolları arasındaki usule ilişkin farklar ciddi şekilde azaltılmıştır. Bu sebeple her iki yol bakımından da büyük ölçüde benzer bir prosedür söz konusudur. Görevli ve yetkili mahkemeye yapılacak olan talep sonrasında, gerektiğinde karşı taraf da dinlenilmeden ve yaklaşık ispat faaliyeti sonucunda bir karar verilecek, bu karara karşı bir itiraz ve itiraza karşı kanun yolu söz konusu olacaktır. Kanun yolu bakımından ihtiyati hacizde temyiz uygulanmakla birlikte, ihtiyati tedbir bakımından Yargıtay'ın yukarıda bahsettiğimiz 2014 tarihli İBK'sı sebebi ile en azından bölge adliye mahkemeleri faaliyete başlayıncaya kadar herhangi bir kanun yolu mekanizması söz konusu olmayacaktır.

Her iki yolda da kararın olumlu olması üzerine ilgili taraf, Kanunun belirttiği süre içerisinde (HMK m. 393'e göre bir hafta, İİK m. 261'e göre on gün) kararı uygulayacak olan mercie başvurarak kararın uygulanmasını talep etmek ve yine belirlenmiş olan süre içerisinde ihtiyati tedbir veya ihtiyati haczi tamamlayan merasimi yerine getirmek zorundadır. Bu hususta her iki yol bakımından bazı farklar bulunmaktadır. Öncelikle başvurulacak olan merci ihtiyati haciz bakımından icra dairesi iken, ihtiyati tedbirde mahkeme, kararında belirtmek suretiyle, tedbirin uygulanmasında, yazı işleri müdürünü görevlendirmiş olabilir (HMK m. 393/2).

İki yol arasında, tamamlayıcı merasim (ya da HMK'ndaki ifade ile tamamlayıcı işlemler) bakımından da önemli bazı farklılıklar bulunmaktadır. İİK'nun 264/1 hükmüne göre, "*dava açılmadan veya icra takibine başlanmadan evvel ihtiyati haciz yaptırmış olan alacaklı; haczin tatbikinden, haciz giyabında yapılmışsa haciz tutanağının kendisine tebliğinden itibaren yedi gün içinde ya takip talebinde (Haciz veya iflas) bulunmaya veya dava açmaya mecburdur*". HMK'nun 397/1 maddesine göre "*ihiyati tedbir kararı dava açılmasından önce verilmişse, tedbir talep eden, bu kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde esas hakkındaki*

¹⁶ Erişir, s. 182-188.

davasını açmak ve dava açtığına ilişkin evrakı, kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurmak ve karşılığında bir belge almak zorundadır”. Bu iki hüküm arasında süre, sürenin başlaması ve başvurulabilecek yol veya yollar bakımından farklılıklar bulunmaktadır. Bunlardan sürenin başlaması hususu konumuzu özellikle ilgilendirmektedir. Buna göre, tamamlayıcı işlemler bakımından ihtiyati hacizde sürenin başlaması için haczin gerçekleştirilmiş olması gerekirken, ihtiyati tedbirde talebin yapılmış olması yeterlidir. Her iki yolda da söz konusu zorunluluğa uyulmaması halinde tedbir veya haczin kalkması söz konusu olur.

Yukarıda giriş kısmında ifade ettiğimiz gibi, konumuz bakımından ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir bakımından iki temel farklılık bulunmaktadır. İhtiyati tedbirler, bir alt başlıkta açıklayacağımız üzere teminat, ifa veya düzenleme amacına yönelik olarak konulabilirler¹⁷. İhtiyati haciz ise sadece teminat amaçlı olarak konulabilir¹⁸. Düzenleme amaçlı ihtiyati haciz zaten niteliği gereği mümkün değildir; ifa amaçlı ihtiyati haciz ise, ihtiyati haczin geçici niteliğine aykırı olur. İkinci önemli fark ise, ihtiyati haczi icra dairesinin yerine getirecek olması, ihtiyati tedbirin uygulanmasında ise mahkemenin kararında belirtmiş olması halinde, icra dairesi yerine, (mahkeme) yazı işleri müdürünün görevlendirilmiş olabilmesidir. Her iki fark birlikte ele alındığında, ihtiyati hacizde konumuz bakımından bir tartışma veya sorun olmaması olağandır, zira ihtiyati haciz koyduran tarafın bu haczin uygulanmasını (on gün içerisinde) icra dairesinden talep etmesinin zorunlu olduğu yönünde bir tereddüt olamaz. Asıl sorun aşağıda anlatacağımız üzere mahkemenin bazı ihtiyati tedbirlerin icrası bakımından aracı işlem yapabilmemesinde yatmaktadır.

III. İhtiyati Tedbirin Konuluş Amacına Göre Sınıflandırılması ve Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğunun Tedbir Türlerine Göre Uygulanırlığı

Doktrin ve uygulamada kabul edildiği üzere ihtiyati tedbirler konuluş amacına yönelik olarak teminat amaçlı ihtiyati tedbirler, ifa (veya eda)

¹⁷ Yılmaz, Tedbirler I, s. 170; Erişir, s. 351; Pekcanitez, s. 132; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1019.

¹⁸ Özekes, İhtiyati Haciz, s. 60, Özekes/Erişir, s. 1247.

amaçlı ihtiyati tedbirler ve düzenleme amaçlı ihtiyati tedbirler olarak sınıflandırılmaktadır¹⁹. ERİŞİR ise söz konusu ayrıma katılmakta, ancak ayırmadaki kıstasın amaç değil, uygulanacak olan tedbirin göstereceği etki olması gerektiğini ifade etmektedir²⁰. Konumuz bakımından değerlendirildiğinde biz de Yazar'a katılmaktayız. Zira kanımızca da önemli olan tedbirin konulmasındaki amaç değil, konulan tedbirin uygulanması halinde yaratacağı etki olmalıdır. Ancak hemen belirtmemiz gerekir ki, bu ayırım sadece teorik bir ayırımdır, Türk hukukunda ihtiyati tedbirlerin bu şekilde farklı türleri bulunmamaktadır²¹. Bu bağlamda, konulabilecek her bir ihtiyati tedbirin, diğer bir ihtiyati tedbirden farklı olduğu ifade edilebilir. Örneğin tapuya konulacak bir serh ile dava konusu malın yediemine teslim edilmesi aynı amaca yönelik (teminat) farklı ihtiyati tedbirler olmakla birlikte aynı hükümlere tabi olacaktır. Benzer şekilde, tedbir nafakası (ifa) ile geçici iş ilişkisi kurulması (düzenleme) farklı amaçlara yönelik farklı tedbirler olmasına rağmen yine aynı hükümlere tabi olacaklardır. Nitekim HMK, ihtiyati tedbirleri düzenlerken, tedbirin konuluş amacına veya türüne göre bir ayırım yapmamış, talep, şartlar, karar usulü, itiraz ve kanun yolu, kararın uygulanmasını talep etme zorunluluğu, tamamlayıcı işlemler, değiştirilme veya ortadan kaldırılma ve tazminat bakımından tüm ihtiyati tedbir halleri bakımından aynı hükümleri getirmiştir. Bu sebeple amaca yönelik olarak yapılan ayırımın, dava çeşitlerinde olduğu gibi gerçek bir ayırım olmadığını, salt teorik bir ayırım olduğunu unutmamak gerekir.

İhtiyati tedbir yukarıdaki amaçlara yönelik olarak konulabilmekle birlikte, verilen tedbir kararının “dava sonucunu öne alacak” bir sonuç doğurması gerekir²². Bu kural doktrin ve uygulamada “asıl uyumsuzluğu çözecek nitelikte olmama” şeklinde de ifade edilmektedir²³. İkinci ifade, 6100 sayılı Kanun TBMM Adalet Komisyonu önüne gelmeden önce 391. maddenin (Tasarıdaki 397. madde) metninde de bulunurken, Adalet Komisyonu

¹⁹ **Yılmaz**, Tedbirler I, s. 170; **Erişir**, s. 351; **Pekcanitez**, s. 132; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 1019.

²⁰ **Erişir**, s. 349.

²¹ Aynı yönde **Erişir**, s. 505.

²² **Arslan**, s. 13.

²³ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, 561; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 406.

çalışması sırasında madde metninden gerekçe gösterilmeden çıkarılmıştır²⁴. Ancak bu ifadenin madde metninde olmaması söz konusu kuraldan vazgeçildiği anlamına gelmemelidir; zira doktrinde bu yönde neredeyse bir fikir birliği mevcuttur²⁵.

Giriş bölümünde de belirttiğimiz üzere, 6100 sayılı HMK ile ihtiyati tedbirler bakımından yapılan en önemli değişikliklerden birisi Kanunun 393. maddesinin birinci fıkrasında bulunan tedbirin uygulanmasını talep etme zorunluluğudur. Buna göre, “*ihtiyati tedbir kararının uygulanması, verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorundadır. Aksi hâlde, kanuni süre içinde dava açılmış olsa dahi, tedbir kararı kendiliğinden kalkar*”. Burada belirlenmiş olan bir haftalık süre kanuni ve hak düşürücü bir süredir²⁶. Süre Kanunda düzenlenmiş olan kesin ve usule ilişkin bir süre olduğu için, sürenin kaçırılması halinde eski hale getirme hükümlerinden (HMK m. 95 vd.) yararlanılabilmesi gerekir. Kanunun emrettiği işlem (yani ihtiyati tedbirin uygulanması talebi) bu sürede yapılmadığı takdirde ihtiyati tedbir kendiliğinden kalkar. Kanun koyucu burada ihtiyati tedbiri koyduran kişinin üzerine düşen sorumluluk bakımından talebi yeterli görmüş, tedbirin fiilen uygulanmasını, tarafın bu yönde yapabileceği bir şey bulunmadığı için zorunlu kılmamıştır²⁷.

²⁴ Ejder **Yılmaz**, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014 (Kısaltması: **Yılmaz**, Şerh), s. 1670.

²⁵ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 561; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 406. Umar ise bu ilkeye katılmakla birlikte ilkenin uygulamasının istisnasız olmadığını ifade etmektedir (**Umar**, s. 1139-1142). **Pekcanitez, Atalay ve Özekes** bu ilke bağlamında düzenleme amaçlı tedbirler bakımından önemli olan şeyin, “*istikbale matuf, yani esas kararlar kaldırılmayacak veya değiştirilemeyecek şekilde çözümleneceği bir kararın verilmesi*” olduğunu ifade etmektedirler (**Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 1019-1020).

²⁶ (İhtiyati tedbiri tamamlayan işlemler için getirilmiş ve kanımızca aynı nitelikte olan süre bakımından) **Deren-Yıldırım**, s. 132-133.

²⁷ HMK 393/1 hükmünün Hükümet Gerekçesi: “*İhtiyatî tedbirin uygulanması bakımından 1086 sayılı Kanunda açık bir süre öngörülmemiştir. Oysa, ihtiyatî hacizde uygulama için bir süre kabul edilmiştir. Geçici hukukî koruma niteliğindeki ihtiyatî tedbirin çok uzun süre uygulanmadan ayakta kalması, kötüye kullanıma açık bir durum ortaya çıkarmakta ve bu hâl tedbir alma amacına da aykırı düşmektedir. Bu sebeple, maddenin birinci fıkrasında, tedbirin belirli bir süre içinde uygulanması, aksi hâlde tedbir kararının kendiliğinden kalkması kabul edilmiştir. Tedbirin gereğinin bir an önce yerine*

İfa veya teminat amaçlı (veya etkili) ihtiyati tedbirler mutlaka yerine getirilmesi (icra edilmesi) gereken tedbirler oldukları için, bunlar bakımından HMK m. 393/1'deki zorunluluğun var olduğu hakkında bir tereddüt olması gerekir. Tedbir icra dairesi yerine mahkeme yazı işleri müdürü tarafından yerine getirilecek olduğunda da talep zorunluluğu devam etmektedir. Buna göre tedbir kararında mahkeme tedbirin uygulanmasında yazı işleri müdürünü görevlendirdiğini belirtmiş ise, ilgili taraf kararın verilmesinden itibaren bir hafta içinde mahkemeye başvurarak tedbirin uygulanmasını talep etmek zorundadır. Kararda bu yönde bir ifade bulunmuyorsa o zaman da aynı süre içerisinde icra dairesine başvurarak aynı talepte bulunmalıdır. Her iki ihtimalde de süre, Kanunun açık lafzı sebebiyle, kararın tebliği ile değil, verilmesi ile başlar²⁸.

Düzenleme tedbirleri bakımından ise durum farklılık arz etmektedir. İfa ve teminat tedbirleri yarattıkları etki bakımından eda hükümlerine benzerken, düzenleme tedbirleri yarattıkları etki bakımından inşâî (yenilik doğuran) hükümlere benzemektedir. İnşâî hükümler, eda hükümlerinin aksine, kural olarak icrası gerekmeyen hükümlerdir. İnşâî davalar sonunda verilmiş olan inşâî hükümler, kesinleşmeleri ile birlikte bir hukuki durum yaratır veya onu ortadan kaldırır ya da söz konusu hukuki durumda bir değişiklik meydana getirirler²⁹. İnşâî hükmün etkisi kendiliğinden olduğu için, verilen hükmün icra dairesi tarafından yerine getirilmesi (kural olarak) söz konusu olmaz. Buna göre düzenleme tedbirlerinin de kıyasen kendiliğinden sonuç doğuracakları düşünülebilir. Düzenleme tedbirleri, genellikle bir inşâî dava sıra-

getirilmesini sağlamak için, tedbir kararını alan, asıl davasını açmış ancak süresinde uygulamamışsa bu durumda da tedbirin kalkması öngörülmüştür. Tedbirin ayakta kalması için, süresinde uygulanmasının talep edilmesi yeterli sayılmıştır. Zira, taraf üzerine düşeni yaptıktan sonra, ilgili merciin geç uygulamış olması durumunda taraf aleyhine bir sonuç doğmamalıdır” (Yılmaz, Şerh, s. 1680, dn. 26).

²⁸ “... 6100 Sayılı HMK'nun 393. maddesinin (1) fıkrasında “İhtiyati tedbir kararının uygulanması, verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorundadır. Aksi halde, kanuni süre içinde dava açılmış olsa dahi, tedbir kararı kendiliğinden kalkar” hükmü getirilmiş olup, bir haftalık sürenin başlaması için kararın tebliği şartı öngörülmemiştir...” (11. HD E.2012/12760 K.2012/14961, T. 03/10/2012, HUKUKTÜRK İçtihat Bankası). Aynı yönde Yılmaz, Şerh, s. 1681; aksi yönde Özbek, s. 444.

²⁹ Baki Kuru, Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt II, İstanbul 2011, s. 1472; Ergun Önen, İnşâî Dava, Ankara 1981, s. 195.

sında verildikleri için, dava sonucunun öne alınmaması kuralının büyük ölçüde ihlali sonucunu doğurmaktadır. Nitekim örneğin bir dernek yönetim kurulu kararının iptali için bir dava açılmış ve bu davada kurul kararının tedbirene durdurulmasına karar verilmişse, dava sonucu öne çekilmiş olur. Bu çerçevede söz konusu karar örneğinin dernek genel kurulunun toplanmasına ilişkin ise, tedbir devam ettiği müddetçe genel kurulun yapılmaması gerekir; aksi takdirde tedbire muhalefet söz konusu olacaktır. İşte böyle bir durumda mahkemenin tedbir kararı vermesi yeterli midir, yoksa bunun da en azından mahkeme tarafından yerine getirilmesi gerekir mi sorusu ortaya çıkmaktadır.

Bu çerçevede iki görüş söz konusu olabilir: Birinci ihtimalde düzenleyici tedbir kararının inşaî hükme benzediği için kendiliğinden sonuç yaratacağı, mahkeme veya icra dairesi tarafından ayrıca uygulanması gerekmediği; dolayısıyla da bu yönde Kanunun m. 393/1 hükmündeki zorunluluğun uygulanmayacağı ifade edilebilir. İkinci ihtimalde ise, yukarıda da belirttiğimiz üzere kanun koyucunun ihtiyati tedbirler bakımından sınıflandırma yapmadan bir düzenleme getirmiş olduğu ve bu bağlamda m. 393/1 hükmü göz önünde bulundurulduğunda, ilgili yerlere yazı yazması için mahkemeye bu yönde mutlaka bir başvuru yapılması gerektiği ifade edilebilir.

ERİŞİR bu bağlamda düzenleme tedbiri sonucunda düzenlenen hukuki ilişkiden doğan hakka uyulmadığı takdirde yine cebri icranın söz konusu olacağını ifade etmektedir³⁰. Yazar ayrıca düzenleme tedbirlerinin nitelikleri ve yarattığı etki itibarıyla eda (ifa) tedbirlerinden ayrı şekilde sınıflandırılmasını sağlayacak yeterli kıstasın bulunmadığını, bu sebeple de düzenleme tedbirlerinin de hukuk nitelik olarak eda tedbiri sayılması gerektiğini savunmaktadır³¹.

Her iki yaklaşım tarzı da değerlendirildiğinde bizim kanaatimiz, düzenleme tedbirleri bakımından da Kanunun m. 393/1 hükmünün uygulanmasının zorunlu olduğu yönündedir. Yani mahkeme bir uyuşmazlık bakımından düzenleme niteliğinde bir ihtiyati tedbire hükmedip dava sonucunu öne alacak bir karar vermişse, bu halde de ilgili tarafın HMK m. 393/1'e göre mahkeme veya icra dairesine başvurarak bu kararın gereğinin yerine getirilmesini talep etmesi gerekir. Aksi takdirde aynı hüküm gereğince tedbir

³⁰ Erişir, s. 502.

³¹ İbid, s. 505.

kendiliğinden kalkar. Medeni usul hukukunun şekli bir hukuk dalı olması ve asıl olan yorum metodunun lafzî yorum metodu olması³² da, yine kanaatimizce, bu görüşü pekiştirmektedir.

Yargıtay'ın da bu yönde bir kararı bulunmaktadır. 18. Hukuk Dairesi 12.02.2013 tarihinde verdiği kararda, Türkiye Boks Federasyonunun 21.10.2012 tarihinde yapacağı genel kurulun yapılmasının durdurulması yönünde konulmuş olan bir ihtiyati tedbir kararının, tedbirin bir hafta içerisinde uygulanmasının talep edilmemiş olması sebebiyle ortadan kalkmış olduğu kanaatine varmıştır³³.

IV. İhtiyati Tedbiri Tamamlayan İşlemler ve İhtiyati Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğu Arasındaki İlişki

İhtiyati tedbiri tamamlayan işlemler, ya da doktrin ve uygulamada ifade edildiği (ve kanımızca da daha uygun bir ifade olan) şekilde tamamlayıcı merasim, Kanunun 397. maddesinde, yine aynı başlık altında düzenlenmiştir. HMK ile, yukarıda bahsettiğimiz şekilde ihtiyati tedbir prosedürünün aşamalara ayrılmış olduğu bu hükümde de görülebilmektedir. Buna göre mahkeme tedbir kararını verdikten sonra m. 393/1 hükmü gereğince tedbiri koyduran kişi, kararın verilmesinden itibaren bir hafta içerisinde tedbiri uygulayacak olan mercie başvurarak tedbirin uygulanmasını talep etmek, m. 397/1 hükmüne göre de bu talebi takiben iki hafta içinde esas hakkındaki davasını açmak ve dava açtığına ilişkin evrakı, kararı uygulayan memura ibrazla dosyaya koydurmak ve karşılığında bir belge almak zorundadır. Bu ödevlerden ikincisi ihtiyati tedbiri tamamlayan işlemler olarak isimlendirilmektedir.

Her iki düzenleme bakımından da temel amacın aynı olduğu görülmektedir. Gerçek anlamda bir yargılama yapılmadan, hatta duruma göre karşı taraf dahi dinlenmeden ve yaklaşık ispat faaliyeti sonunda verilmiş olan ve karşı tarafın hukuk alanında sınırlayıcı bir etki yaratacak olan bir kararın ve bunun uygulanmasının ancak belli şartlar dâhilinde devamına izin verilebilmesi gerekir; aksinin kabulü menfaatler dengesine aykırı olacaktır³⁴. İşte bu çerçevede hem karar, hem de bizzat tedbirin kendisi bakımından m. 393/1 ve

³² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 86.

³³ 18. HD, 12.02.2013, E. 189, K. 1679 (Yılmaz, Şerh, s. 1681).

³⁴ Özekes, s. 361; Arslan, s. 8; Deren-Yıldırım, s. 130.

m. 397/1 hükümlerindeki süreler getirilmiştir. Ancak bu iki hükmün ayrı olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Burada kanımızca kanun koyucu bilinçli bir tercih yaparak “ihtiyati tedbir kararını tamamlayan işlemler” ve “ihtiyati tedbiri tamamlayan işlemler” şeklinde bir ayrıma gitmiştir. Zira her iki durum birbirinden farklılık arz etmektedir. Bu iki düzenleme arasındaki en önemli fark, m. 397/1 hükmünün, sadece dava açılmasından önce konulan (ve uygulanması talep edilen) ihtiyati tedbirler bakımından söz konusu olması; buna karşılık m. 393/1 hükmündeki zorunluluğun ise tüm ihtiyati tedbirler bakımından geçerli olmasıdır. Gerçekten de ihtiyati tedbir dava görülürken verilmiş olsa bile, tedbir koyduran taraf kararın verilmesinden itibaren bir hafta içinde, kararın içeriğine göre mahkeme veya icra dairesine başvurarak, tedbirin uygulanmasını talep etmek zorundadır.

Yukarıda bahsettiğimiz gerekçe sebebiyle, ihtiyati tedbir kararını tamamlayan işlemler (m. 393/1) ile ihtiyati tedbiri tamamlayan işlemlerin (HMK m. 397/1) kavramsal olarak da birbirlerinden ayrılması gerekmektedir. Burada belki olması gereken bakımından değerlendirilmesi gereken husus, ihtiyati tedbiri tamamlayan işlemler (HMK m. 397/1) bakımından süreninin başlayacağı tarihin yeniden düzenlenmesidir. Kanun koyucu, ihtiyati tedbir prosedürünü (İİK’ndaki ihtiyati haciz yolunda olduğu gibi) daha net bir şekilde aşamalara ayırmış ancak söz konusu sürenin başlaması bakımından tedbirin uygulanmasını şart kılmamıştır. Oysaki ihtiyati hacizde ihtiyati haczi tamamlayan merasim süresinin başlaması için haczin gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir (İİK m. 264). İlgili taraf elbette ki bunu beklemeden de davasını açabilir, ancak sürenin başlaması için haczin gerçekleştirilmiş olması gerekir. Kanaatimizce ihtiyati tedbir bakımından da aynı yolun izlenmesi, yani önce tedbirin talep edilmesi ve bunun üzerine uygulanması; bu uygulanma üzerine de dava açma süresinin başlaması daha uygun olurdu. Zira tedbirin karşı tarafın hukuk alanındaki etkisi taleple değil, uygulama ile başlayacak, bu sebeple sadece talep karşı taraf bakımından (kural olarak) bir zarara yol açmayacaktır. Nitekim HMK m. 393/1 hükmüne göre süresinde talepte bulunulmazsa tedbir kararı da zaten kendiliğinden ortadan kalkmış olacaktır.

Hem ihtiyati tedbir kararını, hem de ihtiyati tedbiri tamamlayan işlemlerin süresi içinde yerine getirilmemesi halinde kanun koyucu görünüş olarak aynı yaptırımı öngörmüştür. Tedbir kararını aldırın taraf süresi içerisinde

bunun uygulanmasını talep etmezse tedbir kararı kendiliğinden ortadan kalkar; süre geçtikten sonra talep yapılırsa, kararı uygulayacak olan merciin bunu yerine getirmemesi gerekir. Karar icra dairesi tarafından gerçekleştirilecekse icra müdürü bu durumu resen incelemeli ve kararı yerine getirmemelidir; aksi takdirde süresiz şikâyet yoluna başvurulabilir³⁵. İhtiyati tedbiri tamamlayan merasim süresi içerisinde yerine getirilmediği takdirde ise hem uygulanmış olan ihtiyati tedbir, hem de bunun dayanağı olan ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden ortadan kalkar³⁶. İkinci halde uygulanmış olan tedbir de ortadan kalkmış olacağı için, Kanunun m. 397/3 hükmüne göre bu hususun ilgili yerlere (resen) bildirilmesi de gerekecektir.

V. İhtiyati Tedbiri Uygulayacak Olan Mercii ve Bunun Tedbirin Uygulanmasını Talep Etme Zorunluluğuna Olan Etkisi

İhtiyati tedbiri uygulayacak olan mercii, Kanunun 393. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilmiştir. Buna göre “*tedbir kararının uygulanması, kararı veren mahkemenin yargı çevresinde bulunan veya tedbir konusu mal ya da hakkın bulunduğu yer icra dairesinden talep edilir. Mahkeme, kararında belirtmek suretiyle, tedbirin uygulanmasında, yazı işleri müdürünü de görevlendirebilir*”. İhtiyati tedbirin uygulanmasında (ihtiyati haczin aksine) iki ayrı mercii görevli olabileceği esası benimsenmiştir. Buna göre asıl kural, tedbirin bir icra dairesi tarafından yerine getirilmesidir. Türk hukukunda yargı ve icra teşkilatlarının birbirinden ciddi şekilde ayrılmış olması bilinen bir olgudur. Buna göre mahkemelerin görevi hükmün verilmesine (ve kesinleşmesine) kadar sürmekte, bu hükmün icrası ise icra teşkilatı tarafından yerine getirilmektedir. Bu sebeple Türk doktrin ve uygulamasında medeni usul hukuku ve cebri icra hukuku birbirinden giderek uzaklaşmış ve bağımsız sayılabilecek hukuk disiplinleri haline gelmişlerdir. Bu yaklaşımın sonuçları, konumuz olan HMK m. 393. hükmünde de görülebilmektedir. Kanun koyucu tedbirin amacı veya etkisi bakımından hiçbir ayırım yapmadan, tedbirin uygulanmasında icra dairelerinin asıl görevli olduğunu belirtmiştir. Dolayısıyla mahkeme ihtiyati tedbir kararını verirken aksini belirtmemiş ise, görevli mercii icra dairesi olacaktır.

³⁵ (İhtiyati haciz bakımından) Özekes, s. 276; Postacıoğlu, s. 722.

³⁶ Yılmaz, Şerh, s. 1692.

Yetkili icra dairesi ise hükümde iki şekilde ifade edilmiştir. Buna göre talebin, ihtiyati tedbir kararını veren mahkemenin bulunduğu yerdeki veya tedbir konusu mal ya da hakkın bulunduğu yer icra dairesine yapılması gerekir. Tedbir konusu mal veya hakkın bulunduğu yer icra dairesinin yetkili kılınmış olması, istinabe kurumunun işletilmesine gerek kalmaması açısından usul ekonomisi ilkesi ile bağdaşan bir yaklaşımdır. Bu husus ihtiyati haciz uygulamasından farklılık arz etmektedir; zira İİK'nun 261. maddesine göre ihtiyati hacizde yetkili icra dairesi (sadece) ihtiyati haciz kararını veren mahkemenin yargı çevresindeki icra dairesidir. İhtiyati hacizde tek bir icra dairesi yetkili kılındığı için bu yetki kesin yetki halidir³⁷. Hukuk Muhakemeleri Kanunundaki düzenlemede ise “veya” ifadesi kullanılmış olduğu ve mahkemenin kararında bunlardan birini yetkili kılacağı yönünde bir ifade de bulunmadığı için, bu konuda seçim hakkının tedbirin uygulanmasını isteyecek olan tarafta olduğu kanaatindeyiz. Buna göre tedbirin uygulanmasını isteyecek olan taraf, kendi tercihinine göre bunu kararı veren mahkemenin yargı çevresinde bulunan veya tedbir konusu mal ya da hakkın bulunduğu yer icra dairesinden talep edebilir. Ancak ihtiyati hacizde olduğu gibi buradaki yetki kuralı da kesin yetki halidir; dolayısıyla tedbiri koyduran taraf bu iki icra dairesinden birine başvurmak zorundadır; bu hükmün aksine bir yetki sözleşmesi yapılamaz³⁸.

Tedbiri yerine getirecek merciin icra dairesi olması halinde, bunun nasıl yapılacağı yönünde İİK'nda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda icra dairesi HMK'ndaki hükümleri ve tedbir kararının içeriğini göz önünde bulundurarak tedbiri uygulamak durumundadır; yoksa tedbirin icrası ilamların icrası hükümlerine göre de yerine getirilemez³⁹. İhtiyati tedbirin yerine getirilmesi sırasında icra dairesi müdür veya kâtabi kanuna veya hadiseye aykırı bir işlem yaparsa veya tedbiri haklı bir sebep olmadan yerine

³⁷ Baki **Kuru**, İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İkinci Baskı, Ankara 2013, s. 1047; **Özkes**, s. 276.

³⁸ Birden çok icra dairesinin kesin yetkili olması hali ilk görünüşte ilginç gözükse de, bu duruma başka örnekler bulunduğu da bilinmektedir. Örneğin HMK'nun m. 7/1 hükmüne göre “... *dava sebebine göre kanunda, davalıların tamamı hakkında ortak yetkiyi taşıyan bir mahkeme belirtilmişse, davaya o yer mahkemesinde bakılır*”. Bu hükümde benzer şekilde birden çok mahkeme kesin yetkili kılınmıştır.

³⁹ **Umar**, s. 1153; **Öztek**, s. 445.

getirmekten kaçınırsa İİK hükümlerine göre şikâyet yoluna başvurulabilir. Ancak bu halde şikâyetin icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesine değil, ihtiyati tedbir kararını veren mahkemeye yapılması gerekir⁴⁰.

Yerine getirilmesinde icra dairesinin görevli olduğu tedbirler bakımından HMK m. 393/1 hükmünün, yani süresinde tedbirin uygulanmasını talep etme zorunluluğunun var olduğu yönünde bir tereddüt yoktur. Tedbiri koyduran taraf, tedbir kararından itibaren bir hafta içerisinde yetkili icra dairesine başvurarak tedbirin uygulanmasını talep etmek zorundadır, aksi takdirde tedbir kendiliğinden ortadan kalkar.

Kanun icra dairesinin yanı sıra, mahkemenin, kararında belirtmek suretiyle⁴¹, tedbirin uygulanmasında, yazı işleri müdürünü görevlendirebileceğini düzenlemiştir. Bu yaklaşım kanımızca daha doğru bir yaklaşımdır. Henüz sonuçlanmamış bir dava bakımından uygulanacak olan tedbirin kapsamını ve uygulanış şeklini mahkeme icra dairesinden çok daha iyi şekilde takdir edebilir. Bu sebeple ihtiyati tedbiri bizzat mahkemenin (yazı işleri müdürünün) uygulaması kanaatimizce daha uygun olacaktır. Bu düzenleme genel itibarıyla yerinde olmakla birlikte, kanımızca eleştirilebilir olan yönü, ihtiyati tedbiri doğrudan mahkemenin de uygulayabileceğinin hükümde yer almıyor olmasıdır. Tedbir yerine getirilirken hâkim de hazır bulunabilmelidir⁴².

Mahkemenin tedbir uygulayacak merci olarak mahkeme yazı işleri müdürünü belirlemiş olması halinde, HMK m. 393/1 hükmünün, yani süresinde tedbirin uygulanmasını talep etme zorunluluğunun uygulanmasının gerekip gerekmediği yönünde akılda bir soru işareti oluşabilir. Nitekim burada kararı veren ve uygulayacak olan (neredeyse) aynı mercidir. Ancak bir üst paragrafta da ifade ettiğimiz üzere aslında burada bir aynılık söz konusu değildir. Kararı veren mahkeme olmakla birlikte, uygulayacak olan, Kanunun açık ifadesi üzerine mahkeme değil, mahkemenin yazı işleri müdürüdür. Ayrıca yazı işleri müdürünün görevli kılınabilmesini düzenleyen HMK m. 393/2 hükmünde, aynı maddenin birinci fıkrasına (tedbirin uygulanmasını talep zorunluluğu) herhangi bir istisna getirilmemiştir. Bu gerek-

⁴⁰ **Yılmaz-Şerh**, s. 1683; Aksi yönde **Umar**, s. 1154.

⁴¹ *Yılmaz* böyle bir görevlendirmenin sonradan yapılamayacağını ifade etmektedir (**Yılmaz-Tedbirler I**, s. 933).

⁴² **Yılmaz**, *Tedbirler I*, s. 933; Aynı yönde **Özekes**, *Tedbir*, s. 130.

çelerle tedbiri uygulayacak olan merciin mahkeme yazı işleri müdürü olması halinde, tedbiri aldırın tarafın, kararın verilmesinden itibaren bir hafta içerisinde yazı işleri müdürüne başvurarak tedbirin uygulanmasını talep etmesinin zorunlu olduğu kanaatindeyiz⁴³.

Bu bağlamda son olarak, Kanunda açık hüküm bulunmamakla birlikte, düzenleme tedbirleri bakımından bizzat mahkemenin uygulamayı gerçekleştirip gerçekleştiremeyeceği konusundan bahsetmek gerekmektedir. Örneğin tapu kaydına veya trafik siciline bir tedbirin işletilmesi yani tedbirin uygulanması için, mahkemenin ilgili sicile yazı yazması yeterli olacak mıdır? PEKCANITEZ, ATALAY ve ÖZEKES bu soruya olumlu yanıt vermektedirler⁴⁴. Bu görüşün kabulü hiç kuşkusuz usul ekonomisi ilkesi bakımından faydalı olur. Ancak mahkemenin tedbiri bu şekilde doğrudan uygulaması kabul edilse bile, mahkemenin ilgili mercilere söz konusu yazıyı göndermesi işlemi tedbirin uygulanması anlamına geleceği için, bu işlemin talep üzerine ve HMK m. 393/4 hükmünde ifade edilen tutanağın da düzenlenmesi suretiyle yapılması gerekir. İhtiyati tedbire itiraz süresi tedbirin uygulanmasında karşı tarafın hazır bulunmadığı hallerde tutanağının kendisine tebliği ile başladığı için (m. 394) bu tutanağın pratik anlamda da çok büyük önemi bulunmaktadır. Bu gerekçeler göz önünde bulundurulduğunda, m. 393/1 hükmü gereğince tedbir koyduran tarafın yedi gün içinde bir talepte bulunması zorunluluğu kanımızca bu ihtimalde de vardır. Mahkemenin söz konusu yazıyı resen değil, tedbir koyduran tarafın talebi üzerine yapması gerekir.

SONUÇ

6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile ihtiyati tedbirler konusunda önemli bazı değişiklikler yapılmıştır. Bunlardan bir tanesi de ihtiyati tedbiri koyduran tarafın, ihtiyati hacizde olduğu gibi, Kanun tarafından

⁴³ *Yılmaz* da 1086 sayılı Kanun döneminde yazmış olduğu Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri adlı eserinde, tedbiri uygulayacak olan merciin yazı işleri müdürü veya (1086 sayılı Kanunun düzenlemesi çerçevesinde) kâtip olması halinde de tedbirin uygulanabilmesi için, tedbir koyduran kişinin mahkemeye başvurarak tedbirin uygulanmasını talep etmek zorunda olduğunu ifade etmiştir (*Yılmaz*, Tedbirler, s. 934).

⁴⁴ *Pekcanitez/Atalay/Özekes*, s. 1037.

belirlenmiş olan kesin süre içerisinde tedbiri uygulayacak olan mercie başvurma zorunluluğunun getirilmiş olmasıdır. Kanunun 393. maddesinin birinci fıkrasına göre ihtiyati tedbir kararının uygulanması, verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde talep edilmek zorundadır. Aksi hâlde, kanuni süre içinde dava açılmış olsa dahi, tedbir kararı kendiliğinden kalkar. Bu zorunluluk ihtiyati tedbiri tamamlayan işlemlere (HMK m. 397) benzemektedir. Her iki halde de Kanunda belirlenmiş olan sürede başvuru yapılmadığı takdirde ihtiyati tedbir kararının kendiliğinden kalkması söz konusu olur; ihtiyati tedbiri tamamlayan işlemler bakımından ise, eğer uygulanmışsa, ihtiyati tedbir de aynı şekilde ortadan kalkar.

İhtiyati tedbirler, geçici hukuki koruma yollarının kılavuzunu oluşturmaktadır. Kanunlarda özel bir geçici hukuki koruma yolu öngörülmediği müddetçe, HMK'ndaki şartların sağlanması halinde ihtiyati tedbire hükmedilmesi mümkündür. Tedbirin içeriği bakımından takdir yetkisi mahkemeye bırakılmıştır. İhtiyati tedbirlerin eda (ifa), teminat veya düzenleme amaçlı olabileceği ifade edilmektedir. Teminat amaçlı tedbirler esas olmakla birlikte, dava sonucunun öne çekilmesi sonucunu doğurmayacak şekilde eda veya düzenleme amaçlı tedbirlere de hükmedilebilir. Bu sınıflandırma teorik bir sınıflandırma olup, kanun koyucu ihtiyati tedbirlerin türü bakımından bu şekilde bir sınıflandırmaya gitmemiş ve tüm ihtiyati tedbirleri aynı hükümlere tabi kılmıştır. Bu sebeple konulmuş olan tedbir hangi amaca yönelik olursa olsun, tedbirin (bir hafta içinde) uygulanmasının talep edilmesi zorunludur.

6100 sayılı Kanun ile ihtiyati tedbirlerin uygulanması bakımından iki ayrı merci tayin edilmiştir. Kanunun 393. maddesinin ikinci fıkrasına göre, tedbir kararının uygulanması, kararı veren mahkemenin yargı çevresinde bulunan veya tedbir konusu mal ya da hakkın bulunduğu yer icra dairesinden talep edilir. Mahkeme, ayrıca, kararında belirtmek suretiyle, tedbirin uygulanmasında, yazı işleri müdürünü de görevlendirebilir. Tedbir ister icra dairesi, ister mahkeme yazı işleri müdürü tarafından yerine getirilecek olsun, tedbiri koyduran tarafın mutlaka süresinde bu mercie başvurarak tedbirin uygulanmasını talep etmesi gerekir. Aksi takdirde ihtiyati tedbir kararı kendiliğinden ortadan kalkar.

Bibliyografya

- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis;** Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, İstanbul 2012.
- Arslan, Ramazan;** Hukuk Muhakemeleri Kanununun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler, Bankacılar Dergisi, Şubat 2013, s. 7-27.
- Başözen, Ahmet;** Güncel Yargıtay Kararları ve Yargıtay İBK Işığında İhtiyati Tedbir Kararlarının Temyizi Sorunu, Prof. Dr. Ejder Yılmaz'a Armağan, Ankara 2014, s. 463-521.
- Boran Güneysu, Nilüfer;** Medeni Usul Hukukunda Karar, Ankara 2014.
- Deren-Yıldırım, Nevhis;** Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler, 2. Baskı, İstanbul 2002.
- Erişir, Evrim;** Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013.
- Ermenek, İbrahim;** İflasın Ertelenmesi, 2. Baskı, Ankara 2010.
- Karşlı, Abdurrahim;** Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012.
- Kiraz, Taylan Özgür;** 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile Getirilen Yenilikler, Ankara 2012.
- Konuralp, Haluk;** Medeni Usul Hukuku, Eskişehir 2006.
- Kuru, Baki;** Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt II, İstanbul 2001.
- Kuru, Baki;** Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt IV, İstanbul 2001.
- Kuru, Baki;** İcra ve İflas Hukuku El Kitabı, İkinci Baskı, Ankara 2013.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder;** Medeni Usul Hukuku, 25. Baskı, Ankara 2014.
- Muşul, Timuçin;** Medenî Usul Hukuku, 3. Bası, Ankara 2012.
- Önen, Ergun;** İnşai Dava, Ankara 1981.

- Özekes**, Muhammet; Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 4, Sayı 2, 2002, s. 89-138, (Kısaltması: Özekes, Tedbir).
- Özekes**, Muhammet; İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, (Kısaltması: Özekes, İhtiyati Haciz).
- Özekes**, Muhammet/**Erişir**, Evrim; Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, Legal Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2006/3, Sayı 5, s. 1235-1274.
- Öztek**, Selçuk; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Geçici Hukuki Koruma Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı X (İzmir/1-2 Ekim 2012), Ankara 2013, s. 428-461.
- Pekcanitez**, Hakan; Milletlerarası Tahkim'de Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2003, s.115-152.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay** Oğuz/**Özekes**, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.
- Postacıoğlu**, İlhan E.; Medenî Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975.
- Ulukapı**, Ömer; Medeni Usul Hukuku, Konya 2014.
- Umar**, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Üstündağ**, Saim; İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1981.
- Üstündağ**, Saim; Medenî Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2000.
- Yılmaz**, Ejder; Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt I, Ankara 2001, (Kısaltması: Yılmaz, Tedbirler I).
- Yılmaz**, Ejder; Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt II, Ankara 2001, (Kısaltması: Yılmaz, Tedbirler II).
- Yılmaz**, Ejder; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014, (Kısaltması: Yılmaz, Şerh).

^HTOPLULUK DAVALARINDA ELDE EDİLEN HÜKMÜN MÜNFERİDEN AÇILACAK DAVALARDA KESİN HÜKÜM ETKİSİ

*Yrd. Doç. Dr. Elif Kısmet KEKEÇ**

GİRİŞ

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesi ile mevzuatımıza yeni bir kurum olarak topluluk davaları eklenmiştir (HMK m. 113). Başta Amerika Birleşik Devletleri olmak üzere, özellikle Anglo Sakson hukuku uygulayan ülkelerde doğan ve artık Avrupa ülkelerini ve hatta Dünya genelini kapsar bir uygulama kazanan bu dava türü, ülkemiz hukukuna ve ihtiyaçlarına uygun olacak şekli ile düzenlenmiştir. Genellikle büyük toplulukları etkileyen konularda tüzel kişilerin temsilci davacı olarak yer alabileceği bu davalar, tüm gruba etkisi olacak bir hüküm ile sonuçlanmaktadır.

Topluluk davası açılması halinde elde edilen hüküm, özellikle bazı mukayeseli hukuk örneklerinde, topluluk üyeleri için kesin hüküm etkisine sahip olmaktadır. Yapmış olduğumuz bu çalışmanın amacı, bahsedilen mukayeseli hukuk uygulamaları hakkında bilgi vermek ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113. maddesi kapsamında açılan dava sonucu elde edilen hükümün, topluluk üyeleri açısından kesin hüküm etkisini incelemektir.

I. GENEL OLARAK TOPLULUK DAVASI

Medeni usûl hukuku sistemimiz, davalı ve davacı olmak üzere iki taraflı dava üzerine kurulmuş bir yapıdadır¹. Gerek davaya müdahale gerekse

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

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

¹ Postacıoğlu, s. 285; Kuru, I, s. 885; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 207; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 291 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 113; Karşlı, s. 339.

dava arkadaşlığı hallerinde davalı veya davacı tarafta birden fazla kişinin bulunması iki taraflı dava sisteminin istisnaları değildir. Böyle durumlarda yine bir davalı ve bir davacı olmakla birlikte, davalı veya davalı sıfatını taşıyan kişilerin sayısı birden fazla olmaktadır.

Topluluk davaları da aslında bir tarafta birden fazla kişinin temsil edilmesi açısından davaya müdahale ve dava arkadaşlığına benzer. Ancak, bu sonuculara dava arkadaşlarının davayı birlikte takip etmeleri mümkün iken, topluluk davalarında topluluğa dâhil kişilerin çok sayıda olması genelde buna imkân vermez. Hatta, topluluğa dâhil kişi sayısının üyelerden her birinin davaya katılımına izin vermeyecek ölçüde olması, özellikle Anglo Amerikan hukukunda topluluk davası açılabilmesi için bir ön koşul olarak düzenlenmiştir². Neticede, dava arkadaşlığına imkân vermeyecek büyüklükteki gruplarda topluluk davası yolu ile temsilci kişi veya kişiler aracılığı ile dava açılması söz konusu olmaktadır³. Bu davada, taraf sıfatı temsilcide iken, verilen hüküm tüm topluluk üyelerine etki etmektedir. Davanın tarafları, topluluğu temsilen dava açan temsilci davacı ile aleyhine dava açılan kişi veya kişilerdir. Topluluk üyeleri bu davanın tarafı değildir; sadece, aynı hukukî ilişkiden dolayı menfaatleri zarar gören veya zarar görme tehlikesi ile karşılaşan bu kişilerin haklarını temsil eder şekilde hareket edilmektedir⁴. Oysa, klasik anlamda taraf tanımı açısından, dava açarak mahkemeden hukukî koruma talep eden kişi ve kendisine karşı hukukî koruma talep edilen kişi, taraf olarak kabul edilmektedir⁵.

Topluluk davası⁶ olarak adlandırılan kurum aslında Anglo Sakson menşeli bir dava türüdür⁷. Temelinde, bir veya birkaç kişiden oluşan temsilci

² FRCP (Federal Rules of Civil Procedure) m. 23 (a). Bu yönde bkz. **Özbay**, s. 78.

³ AngloSakson hukukunda, temsilci davacıya topluluk davası açması konusunda açıkça yetki verilmesi bir kenara bırakılsın, davacının davalıların adını tam olarak bilmesi şartı bile aranmaz (**Deren-Yıldırım**, I, s. 143-144).

⁴ Japon Hukuku'nda bu durum, "yayılmış menfaatleri koruma sistemi" olarak da ifade edilmektedir (**Deguchi**, (Çev. Pınar Çiftçi), s. 810).

⁵ **Pekantez/Atalay/Özekes**, s. 291-292.

⁶ Türk hukukunda, HMK m. 113 anlamında düzenlenen davalar için genelde kullanılan iki terim bulunmaktadır. Bazı yazarlar (**Özbay**, s. 39; **Karaaslan/Eroğlu**, s. 202), grup davası terimini tercih etmektedirler. Ancak, kanun metninde yer alan terim "topluluk davası" (aynı şekilde bkz. **Pekantez/Atalay/Özekes**, s. 494 vd.) olduğu için, biz çalışmamızda bu terimi kullanmayı tercih ettik.

davacının⁸ diğer bütün topluluk üyelerini temsil ederek grubun yararına dava açması, diğer üyelerin de davaya gerçek anlamda taraf olmamakla birlikte dava sonucu verilen hükümle bağlı olması yatmaktadır⁹. Bu sayede, ortak menfaatlerin söz konusu olduğu durumlarda, hem her bir menfaat sahibinin ayrı ayrı dava açmak suretiyle mahkemelerin iş yükünü artırmasını engellemek hem de zaman ve masraftan tasarruf edilerek usûl ekonomisine uygun davranmak mümkün olabilecektir¹⁰. Üstelik, aynı hukukî ilişkiden doğan

⁷ Bununla beraber, Kara Avrupası hukuk sistemlerinde de topluluk davaları uygulama alanı bulabilir (bkz. **Gidi**, s. 312). Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda yapılan düzenleme de bu yöndedir. ABD'de bir topluluk davasından söz edebilmek için, tanımlanabilir bir grubun bulunması, somut olayda üyelerin hepsini mahkeme önüne getirmenin sayısal açıdan uygun olmaması, bu kişiler arasında ortak hukukî meseleler ve vakıalar olması, temsilci davacının savunma ve taleplerinin topluluk üyeleri için tipik olması ve grubun menfaatlerini adil ve etkili şekilde koruyabilmesi gerekir (FRCP 23). Görüldüğü üzere, menfaatlerin ortak olması, topluluk davaları için önemli bir unsurdur (bkz. **Deren-Yıldırım**, I, s. 147; **Hanağası**, s. 207). Bunun yanında, Japon Hukuku'nda da topluluk davalarının uygulanması bulunmaktadır (**Deguchi**, (Çev. Pınar Çiftçi), s. 810 vd.).

⁸ Amerika Birleşik Devletleri ve Avrupa'da uygulanan topluluk davaları arasında temel farklardan biri, davacının kim olduğudur. ABD'de temsilci davacı çoğu zaman grubun bir üyesi iken (bkz. FRCP 23(a)), Avrupa'da bu kişi çoğu kez bir birliktir. Fakat, bu durum davanın topluluk davası olarak nitelendirilmesine engel olmamalıdır (**Gidi**, s. 335 ve s. 335, dn. 53). HMK'daki düzenlemede temsilci davacı belirtilirken kullanılan "*dernek ve diğer tüzel kişiler*" ifadesi, bizim hukukumuzdaki temsilci davacının da mutlaka tüzel kişi olması gereğine işaret etmektedir. Tüzel kişiler, ancak statüleri çerçevesinde bu davayı açabilecekler, kuruluş ve işleyiş amaçlarına uygun olan konular dışında topluluk davası açamayacaklardır.

⁹ **Özbay**, s. 34; **Özbay**, Armağan, s. 1970; **Özbay**, Tebliğ, s. 249. Ayrıca bkz.: **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 496; **Hanağası**, s. 206. Bir kişinin, haberi bile olmadan açılan bir dava ile ilgili bağlayıcı bir hükümle karşı karşıya kalmasının, İsviçre'de topluluk davaları konusunda duyulan temel endişelerden biri olduğu ve bunun yerine, dava arkadaşlığı veya davaların birleştirilmesi kurumlarından yararlanılması yönünde tercih kullanılması görüşünün yasalasma sürecinde eleştiri olarak ileri sürüldüğü hakkında bkz. **Akil**, s. 165, dn. 7.

¹⁰ **Sherman**, s. 507; 509, dn. 6; 510; **Deren-Yıldırım**, I, s. 144; **Özbay**, Armağan, s. 1969-1970; **Karaaslan/Eroğlu**, s. 209; **Hanağası**, Armağan, s. 386, 405. Topluluk davalarının ucuz, basit, etkili, adil ve öngörülebilir olmasının, bireysel davaların ucuz, basit, etkili, adil ve öngörülebilir olması ile doğru orantılı olduğu yönünde bkz. **Gidi**, s. 322. Burada usûl ekonomisi yanında dikkate alınması gereken bir diğer ilkenin silahların eşitliği ilkesi olduğu, bu nedenle topluluk davalarının, karşı tarafı ölçsüz delil ibrazı

davalarda mahkemelerin farklı kararlar vermelerinin önüne geçilmiş olmaktadır. Bunun yanında, dernek veya tüzel kişiler tarafından bu şekilde topluluk davası açılmasının altında yatan bir amaç da, menfaati zarar görenlerin bazen dava açma konusunda pasif durmalarıdır. Özellikle, tüketici hukukunda genel işlem şartlarına ilişkin davalarda, tüketicilerin ekonomi ve hukukî bilgi yönünden çoğunlukla zayıf olmaları, derneklere verilen bu imkânın altında yatan bir diğer sebeptir¹¹. Hatta, teknoloji ve endüstrinin bu kadar geliştiği bir ortamda, sübjektif haklara öncelik veren liberal bir hukuk düzeninde bile bireyüstü menfaatlerin korunmasının bir zorunluluk olduğu belirtilmektedir¹². Bu açıdan, bireysel hak arama yöntemlerinin eksik yönleri, her ülkenin adlî ihtiyaçları dikkate alındığında ve ortak menfaatlerin birleştirilmesi suretiyle, daha etkili bir şekilde karşılanabilecektir¹³.

Topluluk davasından söz edebilmek için öncelikle topluluğun belirlenebilir olması gerekir. Bu husus, özellikle Amerika Birleşik Devletleri Hukuku'nda, topluluk davası sonucu verilen hükmün temsil edilen grup için, kural olarak, kesin hüküm teşkil etmesi sebebiyle önemlidir. Bu kapsamda topluluğun objektif kriterlere göre belirlenebilir olması, yönetilebilir olması ve davalının fiilinden zarar görmemiş kişilerin de dahil edilmesine neden olacak kadar geniş olmaması gerekir¹⁴.

Genel olarak topluluk davalarına bakılacak olursa, klasik dava teorisinden bir miktar uzaklaşıldığı görülecektir. Zira, klasik dava teorisi uyarınca, dava açmakta doğrudan ve şahsi menfaati olan kişi, kural olarak kendisine ait olduğunu ve ihlale uğradığını iddia ettiği hakkının korunması için dava açar¹⁵. Bu da dava şartı olan hukukî yararı ve dolayısı ile menfaati gündeme getirmektedir. Hukukî kapsamda menfaat, hak kavramı ile ilişkilendirilmektedir. Bu açıdan menfaatin, meşru olması ve dava açan hak

gibi ağır yükler altına sokmak suretiyle tek taraflı ayrıcalıklar tanıyacak şekilde algılanmaması yönünde bkz. **Saenger**, (Çev. Pınar Çiftçi), s. 225.

¹¹ **Deren-Yıldırım**, I, s. 139-140, 144; **Akil**, s. 165; **Özbay**, Tebliğ, s. 269.

¹² **Deren-Yıldırım**, I, s. 143.

¹³ **Saenger**, (Çev. Pınar Çiftçi), s. 225; **Özbay**, Tebliğ, s. 247.

¹⁴ **Fischer**, s. 48.

¹⁵ **Postacıoğlu**, s. 198; **Hanağası**, s. 362-363.

sahibi ile ilgili olması gerekir¹⁶. Topluluk davalarında ise, doğrudan kişisel menfaat değil kolektif menfaat dava konusu yapılmaktadır¹⁷. Kanun ile verilen bu imkân karşısında (HMK m. 113) tüzel kişiler, temsil ettikleri gruba ait menfaatleri korumak için dava açma yetkisi ile donatılmışlardır. Bu açıdan bakılınca, uyuşmazlığın, her bireyin tek tek iddialarına bakmak yerine, mevcut olmayan üyelerin menfaatlerinin temsili yolu ile toplu olarak ele alınmasına izin verildiği hallerde, bir topluluk davasının varlığından söz edebiliriz¹⁸.

II. TOPLULUK DAVALARININ KAPSAMI

Avrupa genelinde topluluk davalarına bakıldığı zaman, bunların daha ziyade haksız rekabet, çevre ve tüketicinin korunmasına yönelik düzenlemeler ve iş hukuku gibi belli hukuk dallarında, özellikle önleyici yönde düzenlemeler şeklinde yer aldıkları gözlenmektedir¹⁹. Türk hukukunda da benzer şekilde topluluk davalarına emsal olabilecek düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin; 6502 sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'un 73. maddesinin 6. fıkrası ile 74. maddesindeki hüküm²⁰, Türk Ticaret

¹⁶ Postacioğlu, s. 195 vd.;Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 249; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 425; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 194. Ayrıca bkz. Saenger, (Çev. Pınar Çiftçi), s. 222.

¹⁷ Bkz. Hanağası, Armağan, s. 368, 405.

¹⁸ Gidi, s. 337-338, 387.

¹⁹ Bu eğilim, topluluk davalarına söz konusu alanlarda daha çok ihtiyaç duyulmasına veya bunun politik bir tercih olmasına bağlanmaktadır (Gidi, s. 313, dn. 2). Ayrıca bkz. Özbay, Armağan, s. 1973. Topluluk davasının tüketici sözleşmeleri ile sınırlandırılmasının, Japon Hukuku'nun kendine has bir özelliği olduğu yönünde bkz. Deguchi, (Çev. Pınar Çiftçi), s. 811-812.

²⁰ 6502 sayılı Kanun'daki düzenlemeler uyarınca Tüketici örgütleri, ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile Bakanlık; haksız ticari uygulamalar ve ticari reklamlara ilişkin hükümler dışında, genel olarak tüketicileri ilgilendiren ve Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun'a aykırı bir durum doğurma tehlikesi olan hâllerde, bunun önlenmesine veya durdurulmasına ilişkin ihtiyati tedbir kararı alınması veya hukuka aykırı durumun tespiti, önlenmesi veya durdurulması amacıyla tüketici mahkemelerinde dava açabilecek; satışa sunulan bir seri malın ayıplı olduğunun tespitini, üretiminin veya satışının durdurulmasını, ayıbın ortadan kaldırılmasını ve satış amacıyla elinde bulunduranlardan toplatılmasını mahkemeden talep edebilecektir.

Kanunu'nun 56. maddesinde haksız rekabet ile ilgili yer alan düzenlemeler²¹, Çevre Kanunu'nun 30. maddesinin 1. fıkrası ile 6356 sayılı Sendikalar ve Toplu İş Sözleşmesi Kanunu'nun 26. maddesinin 2. fıkrasında²² yer alan düzenlemeler, özel alanlara ilişkin topluluk davasının hukukumuzdaki yansımalarıdır. Topluluk davası ile ilgili daha genel olan düzenleme ise, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilmiştir. Toplumsal yararın korunması ile dar ve teknik anlamda hukukî yarar kavramında bir açılım yapılmasını sağlamaya çalışan²³ hükme göre, “*dernekler ve diğer tüzel kişiler, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilir*”.

²¹ “Ticaret ve sanayi odaları, esnaf odaları, borsalar ve tüzüklerine göre üyelerinin ekonomik menfaatlerini korumaya yetkili bulunan diğer meslekî ve ekonomik birlikler ile tüzüklerine göre tüketicilerin ekonomik menfaatlerini koruyan sivil toplum kuruluşlarıyla kamusal nitelikteki kurumlar da birinci fıkranın (a), (b) ve (c) bentlerinde yazılı davaları açabilirler” TTK m. 56/III. Buna göre, adı geçen odalar ve birlikler, fiilin haksız olup olmadığının tespitini, haksız rekabetin men'ini ve haksız rekabetin sonucu olan maddi durumun ortadan kaldırılmasını, haksız rekabet yanlış veya yanıltıcı beyanlarla yapılmışsa bu beyanların düzeltilmesini ve tecavüzün önlenmesi için kaçınılmaz ise, haksız rekabetin işlenmesinde etkili olan araçların ve malların imhasını isteyebilecektir.

²² İlgili hüküm (SendK m. 26/II) uyarınca Sendikalar, hem üyelerinin kolektif menfaatini korumak amacıyla dava açabilirken hem de üyelerinin doğrudan ve kişisel menfaatlerini korumak için dava açabilmektedir. Bu sonuncu halde, sendikanın topluluğu temsilen açacağı davada, dava açabilmesi ve bu konuda hüküm alabilmesi, dava takip yetkisine sahip olmasının bir sonucudur (Sendikaların üyeleri adına dava açabildikleri hallerde (bkz. SenK. m. 26/II) kanun davayı takip yetkisinin devrinden bahsetmektedir. Ayrıca bkz. **Kuru**, I, s. 1176, 1179; **Özbay**, s. 260. *Deren-Yıldırım*, bunu “irâdi dava yetkinliği” olarak adlandırmaktadır (**Deren-Yıldırım**, s. 35). Zira, dava takip yetkisi, talep sonucu hakkında hüküm alabilme yetkisidir (HMK m. 53). Kural olarak, dava ehliyeti bulunan kimsenin davayı takip yetkisi de vardır; ancak, bazı durumlarda tarafın dava ehliyeti bulunsa bile davayı takip yetkisi kendisi dışında üçüncü bir kişi tarafında kullanılabilir veya kanun gereği kullanılması zorunlu olabilir. Neticede, davayı takip yetkisi, talep sonucunda belirtilen hakkın ya da hukukî ilişkinin esası hakkında hüküm alabilme yetkisidir (Bkz. HMK m. 53 hükümet gerekçesi).

²³ “Topluluk davası yoluyla, toplumsal yararın korunması ile dar ve teknik anlamda hukukî yarar kavramında bir açılım yaratılması sağlanmaktadır” (Bkz. HMK m. 118 gerekçesi).

Yapılan bu düzenleme (HMK m. 133), ilgili tüzel kişilere, temsil ettikleri üye veya mensupların menfaatini tespit, hukuka aykırılığın giderilmesi veya men davası açma imkânı tanımakta ve fakat, tazminat davası açma imkânı vermemektedir²⁴. Bu nedenle, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen düzenlemenin Anglo Sakson hukuku anlamında bir topluluk davası olarak nitelendirilemeyeceği²⁵, Türk hukukunda, özellikle tüketicinin korunması gibi konularda zaten mevcut olan sistemin kavramsal olarak düzenlenmesinden ibaret olduğu görüşü de ileri sürülmüştür²⁶. Kaldı ki, tazminat davası imkânının verilmesi, topluluk davaları açısından pek çok sıkıntıyı da beraberinde getirebilecek niteliktedir. Bu sıkıntıların başında, tazminat miktarının topluluk üyeleri arasında paylaşılması yer alır. Her üyenin zararının farklı olabileceği ve farkın hesaplanması ve ispatındaki güçlükler düşünülecek olursa, bu endişenin haksız olduğunu söylemek mümkün olmaz. Bu açıdan topluluk davası, tazminat söz konusu olan hallerde işleri kolaylaştırmaktan ziyade zorlaştırıcı bir etkiye sahip olabileceğinden, tazminat talep eden üyelerin bunu ayrıca bir dava ile ileri sürmeleri gerekecektir²⁷.

III. KESİN HÜKÜM KAVRAMI

Topluluk davalarını, temsilci bir davacının bir grup insana ait hakları korumak amacı ile açtığı ve tüm grubu etkileyecek bir hüküm ile sona eren dava olarak tanımlamak mümkündür²⁸. Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, özellikle mukayeseli hukukta, topluluk davasından söz edebilmek için üç temel özelliğin bir arada bulunması gerekir. Temsilci bir davacının bulun-

²⁴ Japon Hukuku'nda da topluluk davalarında tazminat düzenlenmemiştir (**Deguchi**, (Çev. Pınar Çiftçi), s. 812).

²⁵ Bkz. **Özbay**, Tebliğ, s. 248.

²⁶ Buna göre, değişik kanunlarda, her biri özel bir amaca hizmet edecek şekilde mevcut olan topluluk davası açma hakkı, tüzel kişilerle sınırlı olmak üzere genel bir hakka dönüştürülmüş ve uygulama genişletilmiştir (**Karaaslan/Eroğlu**, s. 215). Aynı şekilde bkz. **Özbay**, Tebliğ, s. 248, 303.

²⁷ **Pekantez/Atalay/Özekes**, s. 496. Bu durumda, yargılama giderlerinin hesaplanması ve bu giderlerin kimin üzerinde ve nasıl kalacağını tespit de başka bir sorundur (a.g.e, s. 496). Topluluk davalarında tazminat istemi konusunda ABD uygulama ve çözüm seçenekleri ile ilgili bkz. **Deren-Yıldırım**, I, s. 151 vd. Ayrıca bkz. **Özbay**, s. 87-88.

²⁸ Bu tanım için bkz. **Gidi**, s. 334.

ması, bir gruba ait hakkın korunması ve kesin hüküm etkisi. Bu açıdan, topluluk davasından edinilecek hükmün etkisi ayrıca özellik arz etmektedir.

Kesin hüküm, uyuşmazlığın gelecekte tekrar tekrar gündeme gelmesi, hukukî barışın sağlanması ve korunması ve yargıya güvenin temini için ortaya konmuş adli bir gerçektir²⁹. Kesin hüküm, maddî anlamda kesin hüküm ve şeklî anlamda kesin hüküm olmak üzere iki grupta incelenebilir. Şeklî anlamda kesin hüküm dediğimiz şey, bir hükme karşı tüm kanun yollarının tüketilmiş olması, hükme karşı kanun yolu bulunmasına rağmen bunların değerlendirilmemiş olması veya hükme karşı herhangi bir kanun yolunun bulunmaması nedeniyle hükmün verildiği anda kesinleşmesi ile gerçekleşebilir³⁰. Maddî anlamda kesin hüküm ise, hükme karşı olağan kanun yollarına başvurmayı, uyuşmazlığı tekrar dava etmeyi ve kararı veren mahkemenin de kararını değiştirmesini engelleyen, sonradan açılacak davalarda bağlayıcı olan bir durumdur³¹. Bu sayede, ileriye yönelik olarak hukukî barışın korunması sağlanacağı gibi, usûl ekonomisi açısından da yargı organlarının aynı uyuşmazlıkla tekrar tekrar uğraşmak zorunda kalmalarının, gereksiz yere masraf ve zaman harcanmasının ve yargıya olan güvenin çelişik kararlar neticesinde bozulmasının önüne geçilebilecektir³².

Türk hukukunda maddî anlamda kesin hükümden bahsedebilmek için belli unsurların bir arada bulunması gerekmektedir. Bunlar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303. maddesinde belirtilmiştir. Söz konusu maddeye göre, kesin hükmün varlığı için önceki dava ile sonraki davanın taraflarının

²⁹ Çenberci, s. 13; Postacıoğlu, s. 677-678; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 656; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 840, 851; Karlı, s. 603 vd.; Arslan, s. 722-723, 734; Meriç, s. 378.

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz.: Çenberci, s. 15-16; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 840-841; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 654; Arslan, s. 724; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 554; Karlı, s. 603.

³¹ Bu durum, kesin hükmün olumsuz işlevi olarak adlandırılmaktadır; aynı zamanda kesin hüküm bulunmaması, olumsuz dava şartıdır (HMK m. 114, i) (Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 253; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 427; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 556; Meriç, s. 379, 399, 403; ayrıca bkz. Postacıoğlu, s. 678).

³² Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 656; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 841-842; ayrıca bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 555. "Kesin hükmün gayesi, taraflar arasındaki uyuşmazlıkları bir daha ortaya atılmayacak şekilde halletmekten ibarettir" (İBK 23.10.1972, 2/12, RG 18.12.1972 S. 14395).

aynı kişiler olması gerekir³³. Dava sonucu verilen hüküm sadece davanın taraflarını etkileyeceğinden, taraflar dışındaki üçüncü kişiler üzerinde kesin hüküm etkisi doğmayacaktır. Davanın dışında kalan ve hüküm oluşumunda hiçbir söz hakkı tanınmayan kişilerin kesin hüküm ile bağlı tutulması, hukukî dinlenilme hakkını da ihlal eden bir durum oluşturacaktır³⁴. Kesin hükümün bir diğer unsuru, dava sebebinin (*vakıalar*)³⁵ aynı olmasıdır. Bu noktada, Kara Avrupası hukukunda Anglo Sakson hukukuna göre daha dar bir kapsam çizilmiştir. Bizim hukukumuzda genel olarak, ilk davada ileri sürülen vakıalar ile ikinci davada ileri sürülen vakıaların aynı olması halinde kesin hüküm etkisi doğacaktır. Bir başka ifade ile ilk davada ileri sürülmemiş olan vakıalar, sonraki yargılamanın konusunu oluşturabilecektir. Ancak, söz konusu vakıaların o sırada taraflarca biliniyor olup olmaması da ayrı bir öneme sahiptir³⁶. Ortak hukuk alanında ise, sadece ileri sürülen vakıalar değil, ileri sürülebilecekken sürülmemiş olanlar da sonraki yargılamada kesin hüküm etkisi ile karşılaşacaktır³⁷. Kesin hüküm açısından aranan üçüncü unsur ise, dava konusunun aynı olmasıdır. Burada kastedilen, ilk davada elde edilen hüküm ile ikinci davada talep edilen sonucun aynı olmasıdır.

Bu demektir ki, madde 303'te bahsedilen durumların varlığı halinde, tekrar dava açılmayacak; eğer dava açılmış ise mahkeme dinlemeyecek ve ikinci dava kesin hükümün varlığı nedeni ile reddedilecektir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu gereğince (m. 114/i), kesin hükümün bulunmaması bir dava şartı olduğu için, mahkeme de bu durumu kendiliğinden dikkate alacaktır³⁸.

³³ Fakat, davalı ve davacı tarafın yer değiştirmiş olması, kesin hüküm etkisini ortadan kaldırmaz (*Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım*, s. 558).

³⁴ *Pekantez/Atalay/Özekes*, s. 847; benzer olarak bkz. *Deren-Yıldırım*, s. 15. Ancak, kesin hüküm külli (HMK m. 303/III) ve cüzi (HMK m. 303/IV) halefleri etkileyecektir. Ayrıca bkz. *Özekes*, s. 85 vd.; *Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım*, s. 557; *Deren-Yıldırım*, II, s. 317.

³⁵ *Kuru/Arslan/Yılmaz*, s. 658; *Pekantez/Atalay/Özekes*, s. 848-849; *Arslan*, s. 729; *Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım*, s. 561; *Karlı*, s. 607; *Meriç*, s. 395.

³⁶ *Pekantez/Atalay/Özekes*, s. 852.

³⁷ *Gidi*, s. 385; *Özbay*, s. 190.

³⁸ 1. HD, 07.11.2001, E. 10935, K. 11859 (YKD 2003/I, s. 14); *Kuru/Arslan/Yılmaz*, s. 253; *Pekantez/Atalay/Özekes*, s. 851.

IV. TOPLULUK DAVALARINDA KESİN HÜKÜM ETKİSİ

1. Genel Olarak

Kesin hükmün unsurları düşünüldüğünde, topluluk davalarının bu unsurlar açısından yaşatabileceği sıkıntı, Kara Avrupası ülkelerinde ve ülkemizde sorun teşkil edebilecektir. Zira, kesin hükmün etkili olabilmesi için önceki dava ile sonraki davanın konusunun ve sebebinin aynı olması yanında, her iki davanın taraflarının da aynı olması gerekecektir. Burada, topluluk davaları açısından kesin hüküm konusunun yaratabileceği sorun, özellikle şu noktada doğabilecektir: Bir dernek veya tüzel kişi tarafından temsil ettikleri gruba yönelik bir topluluk davası açılması ve bu davada ret veya kabul şeklinde verilen hükmün kesinleşmesi halinde, grup üyesi bir kişinin münferiden ve sonradan aynı konu için açacağı davanın akıbeti ne olacaktır? Benzer şekilde, açılmış bir topluluk davası ve elde edilmiş bir kesin hüküm olmasına rağmen, başka bir tüzel kişi tarafından yine aynı konuda bir dava açılması durumunda olayı nasıl değerlendirmek gerekecektir? Dernek veya tüzel kişinin elde etmiş olduğu kesin hükmün, münferiden açılacak davaya veya sonradan açılan ikinci topluluk davasına nasıl bir etkisi olacaktır?

Öncelikle belirtmek gerekir ki, iki dava açısından dava konusunun aynı olması kuvvetle muhtemeldir. Kanun'un 113. maddesi uyarınca, dernekler veya diğer tüzel kişiler tazminat davası açamayacakları için, bu kapsamda açılacak bir dava, ilgililerin haklarının tespiti, hukuka aykırılığın giderilmesi veya hakların ihlalinin önüne geçilmesi ile sınırlı ve muhtemelen de sonradan açılacak bireysel dava ile aynı olacaktır. Keza, dava sebepleri de çok büyük olasılıkla önceki ve sonraki dava için aynı olacaktır. Kesin hükmün iki unsuru bu şekilde gerçekleşebilecektir; fakat, her hâlükârda davaların taraflarının aynı olması mümkün olmayacaktır. Topluluk davasında davacı tarafın mutlaka belli üye veya topluluğu temsil eden bir tüzel kişi olması gerekecektir (HMK m. 113). Bununla birlikte, hemen belirtmek gerekir ki burada teknik anlamda bir temsil ilişkisi de bulunmamaktadır³⁹; zira, dava, tüzel kişilik adına açılmaktadır⁴⁰. Ancak; amaç, üyelerin veya temsil edilen

³⁹ Özbay, s. 257.

⁴⁰ İsviçre Federal Medeni Usûl Kanunu'nda (ilgili kanun m. 89) yer alan topluluk davaları ile ilgili düzenlemede de davacı tüzel kişilik, kendi adına hareket etmektedir. Bunun,

kesimin menfaatlerini korumaktadır. Neticede, burada hedef, grubun menfaatlerine de hizmet edecek bir hüküm alabilmektir. Bu davada taraf, davacı olarak yer alan tüzel kişidir; topluluğun üyeleri taraf değildir. Menfaat sahibinin münferiden açacağı davada ise, doğal olarak davacı taraf, menfaatinin zarar gördüğünü ileri sürerek hukukî koruma talep eden üye veya o topluluğa dahil bir kişi olacaktır. İkinci bir topluluk davası açılması halinde de bu sefer davacı tüzel kişi farklı olacağından, yine sonuç değişmeyecektir. Bir başka ifade ile hukukumuz açısından kesin hükümün unsurlarından olan her iki davanın da taraflarının aynı olması şartı gerçekleşmeyecektir. Bu açıdan, grubu temsil eden tüzel kişinin açmış olduğu davanın, sonradan grup üyesi tarafından açılacak dava açısından klasik anlamda bir kesin hüküm etkisi söz konusu olamayacaktır⁴¹. Dolayısıyla, HMK m. 113'de düzenlenen topluluk davası, kesin hükümün üçüncü kişilere etkisini içermemesi ve üçüncü kişilerin hükümün icra kabiliyetinden yararlanmasını öngörmemesi nedeniyle ABD'deki topluluk davası düzenlemelerine göre daha dar bir düzenlemedir⁴². Ancak, burada yine de ikili bir ayrıma gidilmesinde ve topluluk davasında elde edilen hükümün münferiden açılan davadaki talep sonucu karşılıyor olması hali ile topluluk davasında elde edilen hükümün münferiden açılan davadaki talep sonucu karşılamıyor olması halini ayrı ayrı incelemekte fayda vardır.

2. Topluluk Davasında Elde Edilen Hükümün Münferiden Açılan Davadaki Talep Sonucu Karşılıyor Olması Hali

Açılan topluluk davası kesin hüküm ile neticelendikten sonra, gruba dahil bir kişinin, aynı konuya (hakkın tespiti, hukuka aykırı durumun gideril-

topluluk davalarını dava takip yetkisinden ayıran bir özellik olduğu konusunda bkz. **Akil**, s. 169.

⁴¹ Karş. TTK m. 56. Fiilin haksız olduğunun tespiti ve haksız rekabetin men'ine ilişkin bir kimse aleyhine verilmiş olan hüküm, haksız rekabete konu malları, doğrudan veya dolaylı bir şekilde ondan ticari amaçla elde etmiş olan kişiler hakkında da icra olunabilecektir (TTK m. 56/IV). Bu düzenleme ile kesin hükümün sadece taraflar açısından bağlayıcı olacağı ve üçüncü kişileri etkilemeyeceği yönündeki kurala, hükümün icrasını kolaylaştırma bakımından bir istisna getirilmiştir (bkz. **Özbay**, s. 241).

⁴² **Kuru/Budak**, s. 14. Sendikaların açmış oldukları davalar (SendK m. 26/II), işçinin hakkını korumak için açıldığından, elde edilen hükümün işçi için de kesin hüküm teşkil edeceği yönünde bkz. **Kuru**, I, s. 1179.

mesi veya hakların ihlalinin önüne geçilmesi olabilir) dayalı yeni bir dava açması durumunda, topluluk davasında elde edilen karar, bireysel açılan davadaki talep sonucunu karşılamış olacaktır. En azından taraflar farklı olduğu için, ilk davada elde edilen hüküm, sonradan açılacak dava bakımından kesin hüküm niteliğine sahip olamayacaktır; ancak, gerekçe bölümünde tespit edilen vakıalar bakımından farklı bir etki doğurabilecektir. Şöyle ki; temel olarak bir fiilin yapılmış veya yapılmaktan kaçınılmış olduğu bu davalarda ispat için her tür delilden yararlanılabileceği için, taraflar ve istem farklı olsa bile daha önceden mahkemenin yapmış olduğu tespitler, sonraki davada takdiri delil olarak nazara alınabilecektir⁴³. Hukukumuzda serbest delil sistemi geçerli olduğundan, kanunun belirli bir delille ispat zorunluluğu öngörmediği hâllerde, ispata yardımcı olabilecek, kanunda düzenlenmemiş diğer delillere de başvurulabilecektir (HMK m. 192). Bu durumda, yapılan söz konusu tespitler, Yargıtay'ın ifadesi ile "güçlü delil"⁴⁴ olarak da kabul edilebilecektir.

Neticede, topluluk davasının reddi veya kabulü halinde, topluluk davası açısından ilgili konumda bulunan topluluk üyelerinin aynı davalıya karşı bu sefer bireysel olarak dava açmalarında kesin hüküm açısından bir engel bulunmayacaktır⁴⁵. Fakat, bu durum, kişilerin serbestçe dava açmaya devam edebileceği anlamına gelmez. Aksine bir düşünce, topluluk davalarının getirilmesinin altında yatan amaç ile de çelişecektir. Çünkü, topluluk davasını izler şekilde açılacak davalar, mahkemeleri meşgul etmeye ve iş yükünü artırmaya devam edecektir. Topluluk davalarında her bir topluluk üyesinin kendi adına da dava açabileceğini kabul edersek, ne topluluk davasından istenilen faydaya ulaşmaya imkân kalır ne de açılacak davaların sonu gelebilir⁴⁶.

⁴³ Bkz. **Umar**, s. 316. Aynı yönde bkz. **Özbay**, Tebliğ, s. 268.

⁴⁴ Örneğin: "...Tarafları aynı olmasa dahi aynı olaya ilişkin olarak verilen bu karar eldek idava için güçlü delil niteliğindedir..."17. HD, 17.01.2012, E. 2011/3399, K. 2012/92; 1. HD, 3.4.2012, E. 2012/1155, K. 2012/3895; 7. HD, 5.7.2005, E.2005/1748, K. 2005/2247 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bankası).

⁴⁵ İsviçre'de de genel yaklaşımın bu yönde olduğu ile ilgili olarak bkz. **Akil**, s. 169.

⁴⁶ **Rubenstein**, s. 793. Üstelik bu durum, davalı taraf üzerinde büyük ve gereksiz bir külfet de oluşturacaktır (**Deguchi**, (Çev. Pınar Çiftçi), s. 813).

Kolektif himaye sağlayan dava sonuçlandıktan sonra, bireysel dava açılmasının uygun olmayacağı yönünde ayrıca şu şekilde düşünülebilir. Eğer topluluk davasında elde edilen hüküm, sonradan açılmış olan davadaki talep sonucunu da kapsar nitelikte ise, bir diğer ifade ile topluluk davası sonucu hâkimin verdiği karar, sonraki davanın açılmasına gerek bırakmamış ise, bu takdirde, sonraki davanın artık dinlenebilir olmadığını söylemek mümkündür. Fakat, bunun nedeni kesin hükümün varlığı değil, hukukî yararın yokluğudur⁴⁷. Zira, mahkemeye yapılan her talebin hukukî yarar içermesi gerekir⁴⁸. Dolayısıyla, hukukî himaye ihtiyacı içinde olmayan ve doğal olarak mahkemeye gitmekte menfaati bulunmayan kişi, devletin hukukî himayesinden yararlanmak için mahkemeye başvuramayacak, başvurmuşsa bile sonuç alamayacaktır⁴⁹. Davanın açıldığı esnada hali hazırda bulunmayan hukukî yararın yokluğu, talebin dava şartı noksanlığından reddedilmesine neden olacaktır (HMK m. 114/h). Mahkeme kararı olmaksızın, arzu edilen sonucun daha kolay ve basit bir yoldan elde edilmesi halinde, yine hukukî yararın olmadığı kabul edilecektir⁵⁰. Bu durumda, hukukî yararın yokluğu, davanın derdest olmasını engellemeyecektir; ancak, mahkeme için davanın esasını incelememe ve davayı usûlden reddetme anlamında bir dava şartı eksikliği oluşturacaktır⁵¹.

Burada her iki davada da korunmak istenilen hakkın aynı olması ve sonradan açılan münferit davanın davacısının topluluk davası ile elde edilen hükümden yararlanabiliyor olması, hukukî yararın yokluğu için yeterli sayılmalıdır.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere⁵², Anglo Sakson hukukunda topluluk davaları, (kural olarak) tüm üyeleri bağlar bir kesin hüküm etkisi ile sonuçlanabilir. Özellikle tespit ve men davalarında varılan kesin hüküm,

⁴⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 497.

⁴⁸ HGK, 21.03.2007, E. 8-161, K. 155 (MİHDER 2007/3, s. 833). Ayrıca bkz. **Hanağası**, s. 18 vd.

⁴⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 425; **Kuru**, Makaleler, s. 177, s. 184; **Hanağası**, s. 18.

⁵⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 426.

⁵¹ **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 200; **Kuru/Aslan/Yılmaz**, s. 307-308; **Kuru**, Makaleler, s. 177; **Hanağası**, s. 21.

⁵² Bkz. yuk. III; IV, 1.

davaya katılmamış olan grup üyelerini de etkilemektedir. Böylece gruba dâhil olan kişiler, davadan haberleri olmama veya hükmü uygun bulmama gibi nedenlerle tekrar bir dava açamazlar⁵³. Ancak, burada, kesin hüküm kavramının söz konusu hukuk sistemlerinde daha farklı şekillerde ifade edilebildiğini söylemekte fayda vardır. Zira, ortak hukuk ülkelerinin en önemli farklılıklarından birisi, dava sebebinin daha geniş bir anlama sahip olması ve buna bağlı olarak kesin hükmün de daha geniş bir kavram olmasıdır⁵⁴. Burada kesin hüküm (*resjudicata*⁵⁵), iki farklı kavramı bünyesinde barındırmaktadır. Bunlar, ihtilafli nokta engeli olarak ifade edilebilecek *issuepreclusion* ve dava engeli olarak ifade edilebilecek *claimpreclusion*'-dir⁵⁶. *Claimpreclusion*'dan kastedilen, hükmün davacı lehine olması halinde iddianın söz konusu lehte hüküm içinde cevabını bularak ortadan kalkmasıdır. Davalı lehine bir hüküm olduğu zaman ise, bu sefer de iddia, ileride o konuda başka bir dava açılmasını engelleyecek şekilde ortadan kalkacaktır. Bu engel, sadece davada ileri sürülmüş talep için değil, normal olarak davacıdan o davada ileri sürmesi beklenen talepleri de kapsayacaktır⁵⁷. Kara Avrupası hukukunda ise, kural olarak sadece davada ileri sürülmüş talepler kesin hüküm kapsamında sonraki yargılamada etkili olurlar⁵⁸. *Issuepreclusion*'dan kastedilen ise, hangi taraf lehine olduğu fark etmeksizin yargılama konusu olmuş ve karara bağlanmış tüm ihtilafli konularda dava sonucunda verilen hükmün kesin olmasıdır⁵⁹. Burada kesin hükmün etkisinden yararlanmak için, dava konusu ihtilafın önceki ile aynı olduğunu, bu ihtilafın mahkeme kararı ile çözüme kavuşturulduğunu ve önceki yargılama açısından gerekli olduğunu, önceki yargılamadaki kararın nihai ve geçerli olduğunu ve tekrar bu konuda yargıya başvurusu engelle-

⁵³ **Deren-Yıldırım**, I, s. 153.

⁵⁴ **Gidi**, s. 385.

⁵⁵ “Kesin hüküm” ifadesinin “*resjudicata*” olarak kullanımı ve bu kullanımın eleştirisi için bkz. **Gözler**, s. 49 vd.

⁵⁶ **Özbay**, s. 189.

⁵⁷ *Mine workers v. Gibbs*, 383 U.S. 715 (1966) 383 U.S. 715 (<http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=us&vol=383&invol=715>).

⁵⁸ Bkz. **Gidi**, s. 385.

⁵⁹ **Tulumello/Whitburn**, s. 606.

necek olan kişinin, önceki yargılamada kendini tam ve adil bir şekilde ifade etme imkânı bulunduğunu ortaya koymak gerekecektir⁶⁰.

Kesin hüküm gibi bir kurum benimsenmemiş olsaydı, davaların hiç sonuçlanamaması gibi bir durumla karşılaşılabilirdi. Bu açıdan, kesin hüküm kurumu gerekli olmakla birlikte, topluluk davalarında uygulanması biraz karmaşık olabilir⁶¹. Aslına bakılırsa, Amerika Birleşik Devletleri'nde bile topluluk davası neticesinde verilen karara genel bir bağlayıcılık katma hususunda, özellikle de aleyhe kararlarda, başta bazı çekinceler bulunuyordu. 1842 tarihli topluluk davaları hakkında ilk yazılı düzenlemede (Federal Equity Rulem. 48), verilecek kararın mevcut olmayan taraflar aleyhine olamayacağı şeklinde bir ibare bulunuyordu. Fakat, uygulamada bu düzenleme dikkate alınmamaktaydı (bkz. 1850 tarihli 57 U.S. 288). Topluluk davaları ile ilgili 23. maddede yapılan 1966 tarihli değişiklik ile bu çelişkili durum ortadan kaldırılmış ve maddeye “*topluluğun lehinde olsun veya olmasın*” şeklinde bir ibare eklenmiştir⁶². Yine bu kapsamda, Federal Medeni Usûl Kanunu(*Federal Rules of Civil Procedure-FRCP*)uyarınca topluluk davası açılabilmesinin şartlarından birisi olarak temsilcinin grubun menfaatlerini hakkaniyete ve somut olayın ihtiyaçlarına uygun şekilde koruyabilecek olması gereği kabul edilmiştir⁶³. Topluluk adına ileri sürülen davanın haklı olduğunu hukuk önünde ispatlama görevi temsilciye düşmektedir⁶⁴. Bu açıdan, temsilcinin yeterli donanımına ve imkânlara sahip olması gerekecektir. Zira, temsilcinin elde edeceği hüküm, aslında grubun tamamı için etkili

⁶⁰ Microsoft Corporation Antitrust Litigation, 355 F.3d 322, 326 (4th Circuit 2004) (<http://bulk.resource.org/courts.gov/c/F3/355/355.F3d.322.03-1817.html>). Ayrıca bkz. **Tulumello/Whitburn**, s. 609, dn. 17; **Gidi**, s. 385. Anglo Sakson hukuku ülkelerinde kesin hüküm geniş bir kavram olunca, bunu dengelemek için daha serbest bir delil sistemi, dava dilekçelerinde yine daha rahat değişiklik yapma imkânı ve hâkime tarafların açıkça talep etmediği bazı hususlar hakkında karar verme yetkisi tanınması gibi imkânlar düşünülmüştür (**Gidi**, s. 385).

⁶¹ **Tulumello/Whitburn**, s. 605.

⁶² (FRCP 23 (c) (2) (B), (c) (3)). Konuyla ilgili bkz. **Gidi**, s. 386-387.

⁶³ FRCP 23 (a) (4).

⁶⁴ Bkz. **Hanağası**, s. 386.

olacaktır. Bu nedenle olsa gerek, ülkemizde de temsilci olabilecek kişiler tüzel kişiler ile sınırlandırılmıştır⁶⁵.

Aslında, topluluk davasından bahsedebilmek için kilit noktalardan birisi, hükmün katılımcı tarafların ötesinde bir bağlayıcılığının bulunmasıdır⁶⁶. Olaya bu açıdan bakınca, bir topluluk davası neticesinde alınan hükmün kesin hüküm etkisi taşıması, o davanın topluluk davası olarak nitelendirilmesinde önemli bir role sahiptir. Hatta doktrinde, topluluk davalarının en belirgin özelliğinin, kolektif (bireyüstü) himayeye yönelik olmasından ziyade, kesin hükmün subjektif sınırlarını ortadan kaldırması olduğu ileri sürülmüştür. Bir başka ifade ile bu davanın, kesin hükmün davanın taraflarını bağlayıcı etkisine bir açılım sağladığı belirtilmiştir⁶⁷. Ancak, menfaatler dengesi açısından, davada fiilen mevcut olmayan tarafların, yetersiz veya dürüst olmayan temsilci taraf karşısında korunması gerekecektir. Bir görüşe göre⁶⁸, bu durumda iki yoldan birini seçmek lazım gelir. Ya topluluk davasından çıkan tüm hükümlere, sonuçtan bağımsız ve tüm topluluk üyeleri için kesin hüküm oluşturacak bir etki verilecek ya da davada hazır bulunmayan topluluk üyeleri sadece lehte olan hükümlerde kesin hüküm etkisine tabi olacaklardır.

Bu düşünceye paralel olarak Brezilya'da şöyle bir çözüm yasalasmıştır. Eğer topluluk davasından grubun lehine sonuç çıkarsa bütün üyeler bu karardan yararlanabilirler. Bununla birlikte, eğer grup kaybederse hüküm, sadece grup için bağlayıcı olur; bir başka ifade ile hüküm aynı şekilde bir topluluk davası için kesin hüküm oluşturur; fakat, üyeler istedikleri takdirde aynı davayı bireysel olarak açabilirler⁶⁹.

⁶⁵ İsviçre'de de topluluk davaları, ancak belli bir temsil yetkisine sahip dernek veya kuruluşlar tarafından açılabilir (bkz. **Akil**, s. 168).

⁶⁶ Topluluk davalarında, genelde kağıt üzerinde ismi yazılı olan belli sayıda kişi taraf olarak yer almaktadır. Ama, kağıt üzerinde ismen yazılmayıp da grubun içinde kabul edilen bir insan topluluğu da mevcuttur. Bu insanlar, fiilen taraf olmasalar da bir şekilde uyumsuzluğa taraf kabul edildikleri için, belki de tarafların aynı olması prensibinde, bazı ülkelerde bu şekilde bir yumuşama sağlanmış olabilir.

⁶⁷ **Deren-Yıldırım**, I, s. 144.

⁶⁸ **Gidi**, s. 388.

⁶⁹ **Gidi**, s. 389. Örneğin, bir reklamın tüketiciyi yanlış yönlendirdiğine dair açılan grup davasında, eğer hüküm bu yönde çıkarsa, topluluk davasının kesin hüküm etkisinden

Sonuç olarak, mevcut düzenleme karşısında, topluluk davası neticesinde elde edilen hüküm, üyelerin daha sonradan aynı konuda açmak isteyecekleri bir dava açısından kesin hüküm engeli oluşturmaz. Ancak, hukuki yararın yokluğu, bir dava şartı eksikliğini gündeme getirebilir. Bunun yanında, Türk hukukunda, Brezilya'dakine benzer bir düzenleme yapılması düşünülebilir. Böylelikle, hem grubun lehine verilen hükümler açısından kesin hükümün sübjektif sınırları ortadan kaldırılmış hem de topluluk davasının grubun aleyhine sonuçlanması durumunda grup üyeleri, yetersiz veya dürüst olmayan temsilciye karşı korunmuş olur.

3. Topluluk Davasında Elde Edilen Hükümün Münferiden Açılan Davadaki Talep Sonucu Karşılıyıyor Olması Hali

Topluluk davası ile talep edilen sonuç, topluluk üyelerinden biri için gereken hukukî korumayı tam sağlayamamış olabilir veya topluluk üyesi kişinin mahkemeden istediği talep sonucunu topluluk tüzel kişinin talep etme yetkisi olmayabilir. Örneğin, bir tüketici, satın almış olduğu bir mal nedeni ile zarar görmüş ise, bu zararının giderilmesi için tazminat talep etmek isteyebilecektir. Bu noktada, topluluk tüzel kişinin almış olduğu malın satışının durdurulması veya malın piyasadan toplatılması gibi kararlar, zarar gören kişi için yeterli hukukî korumayı sağlayamayacaktır. Dolayısıyla, gereken hukukî korumayı elde edebilmek için, zarar gören bir üyenin, diğer koşullar da bulunmak kaydıyla, üstelik de topluluk tüzel kişinin talep etme yetkisi olmayan bir konuda, bireysel olarak tazminat davası açmasında hiçbir engel bulunmayacaktır. Topluluk davası, ilgililerin haklarının tespiti veya hak ihlalinin giderilmesi veya ihlalin önüne geçilmesi için açılmış olsa bile, tazminat talebi ile açılmış bireysel dava, dava konusu bakımından ayniyete ilişkin bir sıkıntı doğurmayacaktır. Keza, iki davanın taraflarının

grubun üyeleri de yararlanabilecektir. Üyeler, bireysel zararları için açacakları davada reklamın hatalı olduğunu tartışmak zorunda kalmayacak; sadece, illiyet bağı ve zararı ispatlamaları yeterli olacaktır. Topluluk davasının reddi halinde ise, bu kesin hüküm, topluluk adına tekrar dava açılmasını engelleyecek; fakat, üyelerin kendi zararlarının tazmini için açtıkları davada reklamın yanlış yönlendirici olduğu iddia edilebilecektir. Yargının sağlamış olduğu bazı güvenceler olmadan, aktif olarak davaya katılmamış kişileri bu kararla bağlı tutmanın sakinler doğurabileceği düşünülmüştür (Gidi, s. 389-390).

farklı olması, topluluk davasında grubun üyelerinin taraf pozisyonunda olmaması, bireysel dava açısından kesin hüküm konusunda engel oluşturmayacaktır.

Topluluk davalarının şekillendiği ve geliştiği Anglo Sakson hukukunda ise, tazminat davaları topluluk davası ile ileri sürülebilecek özellik taşımaktadır. Bu nedenle ve kural olarak, dava sonucu verilen hüküm her hâlükârda bütün grup için kesin hüküm oluşturmaktadır. Ancak, ilgili düzenleme uyarınca, makul bir inceleme ile gruba dahil olduğu belirlenebilen kişilere somut olayın özelliklerine uyacak şekilde bir bilgilendirmenin yapılması gerekmektedir⁷⁰. Tespit ve men davaları için bildirim yapılması mahkemenin takdirine bırakılmış iken, tazminat davalarında bu bildirim zorunludur (FRCP 23 (c)(2)). Bu koşullar mevcut olduğu takdirde, yargılama sonucu verilen hüküm, tüm grup üyelerini bağlayacaktır. Ancak, tazminat davası söz konusu olan hallerde gruba dâhil kişilerin verilen hüküm ile bağlı olabilmesi için ek bir şart daha lazımdır; topluluk üyelerinin gruptan çıkma (*opt-out*)⁷¹ haklarını kullanmamış olmaları gerekmektedir (FRCP (c)(3)(B))⁷². Bu nedenle, tazminat davalarına ilişkin yapılacak bilgilendirmede, gruba dahil olmak

⁷⁰ FRCP 23, (c)(2).

⁷¹ *Opt-out* sistemin alternatif, *opt-in* sistemidir. Eğer topluluk üyelerinin yargılama sonucunda verilecek hüküm veya varılacak anlaşma ile bağlı olmaları, gruba dahil olmak istedikleri yönünde açık bir beyana bağlı ise, *opt-in* sistemi söz konusu demektir. Böyle bir beyanda bulunarak *opt-in* hakkını kullanan kişi, davaya müdahale etmiş olmaz; sadece, elde edilecek hükümle bağlı bir topluluk üyesi haline gelir (Gidi, s. 338-339). *Opt-out* modelinin usûl hukukundaki tasarruf ilkesi ile uyumlu olmadığı, *opt-in* sisteminin ise bu bakımdan uygun olduğu yönünde bkz. Saenger, (Çev. Pınar Çiftçi), s. 242; Özbay, Tebliğ, s. 254.

⁷² Ayrıca bkz. Sherman, s. 510; Deren-Yıldırım, I, s. 149; Hanağası, s. 211; Özbay, s. 141 vd. Avustralya'da da *opt-out* sistemi bulunmaktadır. Yani, grup üyeleri pozitif bir hareketle gruptan çıkma iradesi beyan etmedikleri sürece, grup için verilen hüküm veya varılan anlaşma ile bağlı olacaklardır (Kingd&Wood Mallesons, Class Actions in Australia, The Year Review 2011, s. 6, 8). Yalnız, grupta büyük bir kısmın veya kalabalık sayılabilecek bir alt grubun *opt-out* hakkını kullanmak ve topluluk davası sonucu verilecek hükümle bağlı olmaktansa bireysel davalarını açmak istemelerine rağmen, davanın topluluk davası şeklinde görülmesi sonucu elde edilecek menfaatlerin, bu kişileri topluluk davasından çıkmaya iten dezavantajlardan fazla olması halinde, bireysel dava açılmasına izin verilmeyebileceği ile ilgili görüş için bkz. Sherman, s. 512.

istemeyen kişilerin bunu bildirmesi ve gruba dahil olan kişilerin yargılama neticesinde verilecek hükümle bağlı olacakları konusunda uyarılar bulunur⁷³. Dolayısı ile tespit ve men davalarında davadan haberi olmayan veya hükmü kendi aleyhlerinde bulan grup üyelerinin tekrar bir dava açmaları, kesin hükmün varlığı nedeni ile mümkün değil iken⁷⁴, tazminat davalarında bu engelin söz konusu olabilmesi için, yapılan bilgilendirmeye rağmen üyelerin grupta kalmaya devam etmiş olmaları gerekecektir.

SONUÇ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 133. maddesi ile mevzuatımıza "topluluk davası" başlığı altında yeni bir kurum eklenmiştir. Daha doğru bir ifadeyle, Türk hukukunun çeşitli alanlarında uygulanan bir dava türü, kapsam açısından genişletilmiş ve genel kullanıma kavuşturulmuştur. Söz konusu düzenleme uyarınca, derneklerin ve diğer tüzel kişilerin, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için dava açabilecekleri hükme bağlanmıştır. Bu şekilde bir düzenlemenin bulunması, kolektif hukukî himayenin sağlanması açısından önemli bir adımdır. Ancak, menşe hukuk sistemlerinde topluluk davaları açısından kural olarak kabul edilen bir düzenleme, bizim hukukumuz için geçerli kabul edilemeyecektir. Zira, söz konusu hukuk sistemlerinde, topluluk davası sonucunda mahkemenin verdiği karar, kural olarak tüm grup üyeleri için kesin hüküm etkisine sahip olacaktır. Bunun temel nedenlerinden biri, Anglo Sakson hukukunda, kesin hüküm kavramının bizim hukukumuzdan daha geniş bir anlama sahip olmasıdır. Türk hukuku açısından ise, aynı sonuca ulaşmak, topluluk davası ile sonradan açılacak münferit dava arasında kesin hüküm bağlantısı kurmak mümkün değildir. Bu konuda temel engel, iki davanın taraflarının farklı olmasıdır. Hukuk Muhakemeleri Kanunu uyarınca, kesin hüküm varlığı için gerekli şartlardan birisi, her iki davanın taraflarının aynı olmasıdır (HMK m. 303/I).

⁷³ FRCP 23, (c) (2) (B) (V, VII).

⁷⁴ **Deren-Yıldırım**, I, s. 153; **Hanağası**, s. 213; **Özbay**, s. 193.

Tüzel bir kişi tarafından açılacak topluluk davası ile grup üyesi tarafından münferiden açılacak dava arasında bu şartı bulmak mümkün değildir. Ancak, gerek usûl ekonomisi gerekse de bir dava şartı olan hukukî yararın varlığı dikkate alındığında, sonradan açılacak davanın kesin hüküm sebebiyle değil; ama, hukukî yararın mevcut olmaması sebebiyle reddinin mümkün olabileceği kanaatindeyiz. Bununla birlikte, temsilci davacı tarafından ileri sürülemeyecek veya temsilci davacının açmış olduğu dava ile elde edilemeyecek hukukî korumayı sağlamak için (diğer şartların da varlığı halinde) bireysel dava açılmasında hiçbir engel ve tereddüt bulunmamaktadır.

Kaynakça

- Akil**, Cenk; “Yeni İsviçre Federal Medeni Usûl Yasası’nda Yer Alan Topluluk Davası (m. 89) Üzerine Kısa Bir Not”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2011, S. 95, s. 163-173.
- Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis; Medeni Usûl Hukuku Esasları, Tıpkı 8. Bası, İstanbul 2011.
- Arslan**, Ramazan, Kesin Hüküm İhtiyacı ve Yanılma Gerçeği, Ankara Barosu Dergisi, 1988, S. 5-6, s. 722-737.
- Çenberci**, Mustafa; Hukuk Davalarında Kesin Hüküm (Muhkem Kaziye), Ankara 1965.
- Deguchi**, Masahisa; “Yürürlükte Bulunan Kanunî Düzenlemeleri Çerçevesinde Japon Hukuku’nda Tüketici Grup Davaları” (Çev. Pınar Çiftçi), LEGAL Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, 2007/3, S. 8, s. 809-817.
- Deren-Yıldırım**, Nevhis; “Kolektif Hukukî Himaye Medeni Usûl Hukukunda Sonun Başlangıcı mı, Etkin Hukukî Himayenin Vazgeçilmez unsuru mu? I”, Yargıtay Dergisi, Ocak-Nisan 1997, S. 1-2, s.137-154, (Deren-Yıldırım, I).
- Deren-Yıldırım**, Nevhis; “Kolektif Hukukî Himaye Medeni Usûl Hukukunda Sonun Başlangıcı mı, Etkin Hukukî Himayenin Vazgeçilmez unsuru mu? II”, Yargıtay Dergisi, Temmuz 1997, S. 3, S. 308-328, (Deren-Yıldırım, II).
- Deren-Yıldırım**, Nevhis; Türk, İsviçre ve Alman Medeni Usûl Hukukunda Kesin Hükümün Sübjektif Sınırları, İstanbul 1996.
- Fischer**, Madeleine; “Class Definition”, A Practitioners Guide to Class Actions, Marcy Hogan Greer, Chicago 2010, s. 47-56.
- Gidi**, Antonio; “Class Action in Brazil- A Model For Civil Law Countries”, The American Journal of Comparative Law, Vol. 51, 2003, s. 311-408.
- Gözler**, Kemal; “Res Uidicata’nın Türkçesi Üzerine”, AÜHFD 2007, C. LVI, S. 2, s. 45-61.

- Hanağası**, Emel; “Kolektif Menfaatin Hukukî Himayesi Biçimi Olarak Topluluk Davaları”, Haluk Konuralp Anısına Armağan-1, Ankara 2009, s. 351-405, (Hanağası, Armağan).
- Hanağası**, Emel; Davada Menfaat, Ankara 2009.
- Karaaslan**, Varol/**Eroğlu**, Muzaffer; “Kolektif Hukukî Himayenin Farklı Görünüm Şekilleri, Class Action ve Topluluk Davaları”, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi 2009, C. XIII, S. 3-4, s. 201-221.
- Karşlı**, Abdurrahim; Medeni Muhakeme Hukuku, B. 3, İstanbul 2012.
- Kuru**, Baki; “Dava Şartları”, Makaleler, İstanbul 2006, s. 147-188, (Kuru, Makaleler).
- Kuru**, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usûlü, C. I, B. 6, İstanbul 2001.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; Medeni Usûl Hukuku Ders Kitabı, B. 24, Ankara 2013.
- Kuru**, Baki/**Budak**, Ali Cem; “Hukuk Muhakemeleri Kanununun Getirdiği Başlıca Yenilikler”, İstanbul Barosu Dergisi 2011, C. LXXXV, S. 5, s. 3-43.
- Meriç**, Nedim; “Türk Hukukunda Maddi Anlamda Kesin Hükümün Objektif Sınırları”, LEGAL Medeni Usûl ve İcra İflâs Hukuku Dergisi, 2007/2, s. 377-434.
- Özbay**, İbrahim; Grup Davaları, Ankara 2009.
- Özbay**, İbrahim; “Grup Davaların Kavramsal Bir Yaklaşım ve Ortak Hukuk (Common Law) Sistemlerinde Grup Davalarına İlişkin Gelişmeler”, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen’e Armağan, C. II, İstanbul 2007, s. 1967-1988. (Özbay, Armağan)
- Özbay**, İbrahim; “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Topluluk Davaları (HMK m. 113)”, Medeni Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-X, İzmir/1-2 Ekim 2012, s. 246-305, (Özbay, Tebliğ).
- Özekes**, Muhammet; Medeni Usûl Hukukunda Hukukî Dinlenilme Hakkı, Ankara 2003.

Pekcanitez, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet; Medeni Usûl Hukuku, B. 14, Ankara 2013.

Postacıoğlu, İlhan E.; Medeni Usûl Hukuku Dersleri, B. 6, İstanbul 1975.

Saenger, Ingo; “Kolektif Hakların Yerine Getirilmesi” (Çev. Pınar Çiftçi), Medeni Usûl ve İcra-İflas Hukukçuları Toplantısı-X, İzmir/1-2 Ekim 2012, s. 221-244.

Sherman, Edward F.; “Class Actions and Duplicative Litigation”, Indiana Law Journal 1987, Vol:II, s. 507-559.

Tulumello, Andrew/**Whitburn**, Mark; “ResJudicata and Collateral Estoppel Issues in Class Litigation”, Greer, Marcy Hogan: A Practitioner’s Guide to Class Actions, Chicago 2010, s. 605-620.

Umar, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.

**^HYABANCI BAYRAKLI GEMİLERDE ÇALIŞAN
GEMİ ADAMLARININ HİZMET SÖZLEŞMELERİNDEN
KAYNAKLANAN DAVALARDA
GÖREVLİ MAHKEMENİN BELİRLENMESİ**

*Yrd. Doç. Dr. Nesibe KURT KONCA**

A. GİRİŞ

Gemi adamlarının hizmet sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, uygulanacak kanun hükümleri, işin görüldüğü geminin bayrağına ve büyüklüğüne göre değişmektedir. Bazı hallerde Deniz İş Kanunu, bazı hallerde, Borçlar Kanunu hatta Türk Ticaret Kanunu uygulama alanı bulmaktadır. Bu durum ise, esasen nitelik açısından birbirine çok benzeyen uyuşmazlıkların farklı mahkemelerde görülmesine neden olmaktadır.

Yargı uygulamasında, özellikle yeni Türk Ticaret Kanunu'nun kabulünden sonra görevli mahkemeye ilişkin olarak Yargıtay'ın farklı kararlar verdiği görülmüştür. Zira mevzuatımızda yapılan değişikliklerle ortaya çıkan mahkeme teşkilatımızdaki yenilikler, gemi adamlarının hizmet sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin tartışılmasını gerektirmiştir. Şöyle ki, 6102 sayılı yeni Türk Ticaret Kanunu ile asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki görev ilişkisi olarak değiştirilmiştir (TTK m. 5/3). Aynı kanun ile denizcilik ihtisas mahkemeleri de kaldırılmıştır.

Denizcilik ihtisas mahkemeleri kaldırılmasından kaynaklanan boşluğu doldurmak üzere, deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkin hukuk dava-

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, nkurt@cankaya.edu.tr

larında, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun bir yerdeki, asliye ticaret mahkemelerinin (dairelerinin) birini veya bir kaçını görevlendirebileceğine hükmedilmiştir (TTK m. 5/2).

Bu çalışmanın konusunu, esasen yabancı bayraklı gemilerde çalışan gemi adamlarının hizmet sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin belirlenmesi oluşturmaktadır. Konu ele alınırken Yargıtay'ın güncel kararları değerlendirilecektir. Özellikle yabancı bayraklı gemilerde çalışan gemi adamlarının hizmet sözleşmesinden kaynaklanan alacakları için gemi alacağı hakkına dayanmalarının görevli mahkemeye etkisi üzerinde durulacaktır.

B. GENEL OLARAK GÖREV KURALLARININ NİTELİĞİ

Mahkemelerin görevi, ancak kanunla düzenlenir. Göreve ilişkin kurallar, kamu düzenindedir (HMK m. 1). Mahkemenin görevli olması dava şartıdır (HMK m. 114, 1, c). Mahkeme, görevli olup olmadığını, davanın her aşamasında kendiliğinden araştırır. Taraflar da mahkemenin görevsiz olduğunu, davanın her aşamasında ileri sürebilirler. Mahkeme, resen veya tarafların görev itirazı üzerine, görevsiz olduğunu tespit ederse davanın usulden reddine karar verir¹ (HMK m. 115).

Mahkemeler görev sorununu ön inceleme aşamasında çözümlenmelidir. Ön inceleme aşamasında tespit edilemeyen görev sorunu, kamu düzenini

¹ **Ansay**, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960, s. 26; **Postacıoğlu**, İlhan E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975, s. 133-134; **Bilge**, Necip/Önen Ergun: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978, s. 173-174; **Berkin**, Necmeddin M.: Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981, s. 301-302; **Üstündağ**, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C. 1-2, Yerel Mahkemelerde Yargılama, Kanun Yolları ve Tahkim, İstanbul 2000, s. 170; **Alangoya**, Yavuz/Yıldırım, M. Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis: Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2011, s. 49; **Muşul**, Timuçin: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012, s. 55; **Görgün**, Şanal/**Kodakoğlu**, Mehmet: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012, s. 75; **Kuru**, Baki/**Yılmaz**, Ejder/**Arslan** Ramazan: Medenî Usul Hukuku, Ankara 2013, s. 123; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013, s. 154; **Karşlı**, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012, s. 255; **Umar**, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014, s. 15; **Ulukapı**, Ömer: Medenî Usul Hukuku, Konya 2014; s. 145.

ilgilendirdiği için yargılamanın sonraki aşamalarında da kendiliğinden veya talep üzerine incelenebilir. Ancak ön incelemenin amacı esasen bu tür sorunların bu aşamada çözülüp yargılamanın düzen içerisinde sürdürülmesini sağlamaktır².

Birden çok hukuk disiplinini ilgilendiren, bu bağlamda özel ve genel mahkemelerin görev alanlarına dahil edilebilecek uyuşmazlıklarda görevli mahkemenin belirlenmesinde, çeşitli zorluklar bulunmaktadır. Kanun koyucu, bu hallerde uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarına göre görevli mahkemeyi belirlemektedir. Mahkemenin görevli olması, dava şartı olduğu için, davanın esası hakkında inceleme yapılmadan önce mahkemenin görevli olup olmadığını değerlendirmesi gerekmektedir. Lakin, görevli olup olmadığını belirlemek için davanın esasına ilişkin kısmen inceleme yapması, davanın esasına uygulanacak hukuk kurallarını tespit etmesi, özellikle ticari davalar bakımından bir zorunluluk olmaktadır.

Mahkeme, tarafların ileri sürdüğü hukuki sebeplerle bağlı olmayıp, ileri sürdüğü vakıalara uygun olan hukuki sebepleri kendiliğinden bulup uygulayacaktır³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu madde 33 uyarınca, hâkim, Türk hukukunu kendiliğinden uygular. Dolayısıyla, mahkemenin, ön inceleme aşamasında, davanın esasına ilişkin bir inceleme yaparak, dava sebebine göre uygulanacak kuralları tespit etmesi ve bu çerçevede görevli olup olmadığını belirlemesi gerekmektedir.

Görevli mahkemenin davada uygulanacak hukuk kurallarına göre belirlenmesi, yargılama aşamalarının birbirinin içine geçmesine yol açabilmektedir. Ön inceleme aşamasında mahkemenin görevine ilişkin olarak karar vermesi gereği, uyuşmazlığın esasına uygulanacak kuralları tespit etmesi zarureti ortaya çıkmaktadır. Ancak bu tespitin doğru olarak yapılabilmesi, her zaman mümkün olmadığı için, ön inceleme aşamasında verilmesi gerektiği halde görevsizlik kararı verilememektedir. Bu hallerde, tahkikat aşamasında, uyuşmazlığın esasını ve uygulanacak hukuk kurallarını

² **Köseoğlu**, Bilal: Hukuk Yargılamasında Ön İnceleme ve Uygulaması, Ankara 2013, s. 18; **Pekcantez/Atalay/Özkes**, s.564; **Yılmaz**, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013, s. 880.

³ **Akil**, Cenk: “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, AÜHFYD Yıl 2008, C.57 Sa. 3, s. 4.

belirleyen mahkeme, görevsiz olduğunu tespit edebilmektedir. Ön inceleme aşamasından sonra, yargılamanın ilerleyen aşamalarında görevsizlik kararı verilmesi hem zaman hem de iş gücü kaybına neden olmaktadır. Bu sebeplerle, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk kurallarına göre görevli mahkemenin belirlenmesi usul ekonomisi ilkesine aykırıdır (AY. m. 141; HMK m. 30)

C. GENEL OLARAK İŞ BÖLÜMÜ İLİŞKİSİ VE HÜKÜMLERİ

İş bölümü (iş dağılımı), iş yoğunluğu sebebiyle, bir yargı çevresinde bir mahkemenin birden fazla dairesinin kurulması halinde, bu daireler arasındaki ilişkiye verilen addır⁴.

İş bölümü ilişkisi, bir mahkemeye gelen dava ve işlerin, daireler arasında dağıtılmasıdır. 5235 sayılı Kanun'da yapılan değişiklikten evvel, iş dağılımı dairelerin iş yükü esas alınarak yapılmaktaydı. Mahkemeye gelen dava ve işler içeriğine bakılmaksızın, daireler arasında paylaştırılmaktaydı. Daireler, mahkemenin görevi kapsamındaki dava ve işi, içeriği ne olursa olsun görmek ve hüküm vermek zorundaydılar. Daire kendisine gelen dava veya işi başka bir daireye gönderemezdi. Taraflar da daireler arasındaki iş bölümü ilişkisine itiraz edemezdi.

6460 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁵ ile 5235 sayılı Kanun'daki iş bölümü ilişkisi farklı bir şekilde düzenlenmiştir. Bu düzenleme uyarınca, iş durumunun gerekli kıldığı yerlerde hukuk mahkemelerinde birden fazla daire oluşturulabilir. Bu daireler numaralandırılır. Özel kanunlarda başkaca hüküm bulunmadığı takdirde, ihtisaslaşmanın sağlanması amacıyla, gelen işlerin yoğunluğu ve niteliği dikkate alınarak, daireler arasındaki iş dağılımı

⁴ **Bilge/Önen**, s. 34; **Ansay**, s. 78; **Postacioğlu**, Usul, s. 89; **Berkin**, s. 230, **Yılmaz**, s. 54. Bir yerde aynı çeşit mahkemeden birden fazla bulunuyorsa, bunlar arasındaki ilişki, "iş dağılımı" olarak da adlandırılmaktadır. Asliye ticaret mahkemeleri ile asliye hukuk mahkemeleri arasındaki ilişki eski Türk Ticaret Kanunu döneminde "iş bölümü" olarak ifade edildiği için, kavram karışıklığını engellemek amacıyla iş dağılımı ilişkisi terimi bu yazarlar tarafından tercih edilmiştir; bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 168; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 114; **Karşlı**, s. 13; **Ulukapı**, 47.

⁵ RG. T. 30.04.2013, S. 28633.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından belirlenebilir. Bu kararlar, Resmî Gazete’de yayımlanır. Daireler, tevzi edilen davalara bakmak zorundadır (5235 Sayılı Kanun m. 6, IV).

Değişikliğin amacı, mahkemelerde uzmanlaşmayı sağlamaktır⁶. Mahkemeler, uyuşmazlıkların çeşitliliği nedeniyle, aralarında konu açısından herhangi bir benzerlik bulunmayan, birbirinden çok farklı davalara ardı sıra bakmaktadır. Bu çalışma düzeni mahkemelerin uzmanlaşmasını engellemektedir. Özellikle günümüzde, ticari ve sosyal hayattaki ilişkilerin çeşitliliği, çok farklı hukuk disiplinlerinin oluşmasına yol açmıştır. Bu nedenle, mahkemelerin uzmanlaşmasını sağlamak üzere, dava ve iş konularına göre, bir mahkemenin daireleri arasında iş bölümü yapılması değişiklik ile düzenlenmiştir. Mahkemelerin uzmanlaşmasını sağlamak, uyuşmazlıkların adil ve makul sürede çözümlenmesine katkı sağlayacaktır. Ancak, yapılan değişiklik, mahkemelerin görevlendirilmesi biçiminde uygulanırsa, mahkemelerin görevinin kanunla belirlenmesi ilkesi zedelenecektir. Bu bağlamda, mahkemelerinin kuruluşunda en temel ilke niteliği taşıyan tabî hâkim ilkesinin ihlal edilmesi tehlikesi ortaya çıkmıştır. Bize göre, uzmanlaşmada önemli olan mahkemeden ziyade mahkemenin hâkimidir. Hâkimlerin uzmanlık bilgisi sahibi olmaları ve uzmanlık alanlarına göre tayin ve terfileri sağlanmadan, mahkemelerin görev alanlarının ayrışması, mahkemelere ihtisas mahkemesi adı verilmesi bir anlam taşımaz. Hâkimlerin uzmanlaşması sağlanmazsa, yargı teşkilatını oluşturan mahkemeler, renkli ama içleri aynı suyla dolu cam fanuslara benzer.

D. GEMİ ADAMLARININ HİZMET SÖZLEŞMELERİNDEN KAYNAKLANAN UYUŞMAZLIKLARDA DENİZ İŞ KANUNU’NUN UYGULAMA ALANI

Deniz İş Kanunu’nun kapsamı, diğer bir ifade ile uygulama alanı Kanun’un 1’inci maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, Deniz İş Kanunu, “denizlerde, göllerde ve akarsularda Türk Bayrağını taşıyan ve yüz ve daha yukarı grostonilatoluk gemilerde bir hizmet akti ile çalışan gemiadamları ve

⁶ 6460 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ile Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun’un Gerekçesi, s. 6.

bunların işverenleri hakkında uygulanır". Deniz İş Kanunu kapsamına giren gemi adamlarıyla bunların işveren veya işveren vekilleri arasında bu kanundan veya hizmet sözleşmesinden doğan davalar hakkında, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uygulanır ve iş mahkemeleri görevlidir⁷ (Deniz İş K. m. 46).

Deniz İş Kanunu'nun 2'nci maddesi uyarınca, bir hizmet sözleşmesine dayanarak gemide çalışan kaptan, zabıt ve tayfalarla diğer kimselere "gemi adamı" denir. Türk Ticaret Kanunu madde 934'te ise, "gemi adamları, kaptan, gemi zabıtları, tayfalar ve gemide çalıştırılan diğer kişilerdir" şeklinde düzenlenmiştir.

Deniz İş Kanunu, her gemi adamı hakkında uygulama alanı bulmaz. Kanun sadece Türk bayrağı taşıyan gemilerde, hizmet sözleşmesi ile çalışan gemi adamları ve işverenler bakımından uygulama alanı bulmaktadır. Geminin bir devletin bayrağını taşıması, o devletin hukuk düzenine bağlı olması ve o devlete tâbi olması sonucunu doğurur şeklinde bir anlayış vardır⁸. Yabancı bayraklı gemilerde çalışan gemi adamları, Deniz İş Kanunu'na göre dava açamazlar. Ancak, yabancı bayraklı gemilerde, geminin sicil yeri ile hiçbir bağlantısı olmayabilir. Bu hallerde, bu gemilerde çalışan gemi adamlarının hizmet sözleşmelerini, sicil yeri hukukuna tâbi kılmak hakkaniyetine aykırılık sonuçlar doğurabilir⁹.

Uygulamada, bazı devletler geminin tesciline ilişkin şartları, oldukça basit bir şekilde düzenlemekte ve bir takım resim ve harçların ödenmesi

⁷ **Başterzi**, Fatma: İş Yargısı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1999, s. 76; **Kar**, Bektaş: Deniz İş Hukuku, Ankara 2012, s. 50.

⁸ **Gökçe**, **Erdal**: Deniz İş Kanunu'nun Hukuk Sistemindeki Yeri ve Niteliği", İst. BD., C. 82, S. 2, Yıl 2009, s. 747. Geminin bayrağı, hangi devletin yetkisi altında olduğunu gösteren bir simgedir, bkz, **Aybay**, Rona: "Türk Hukukunda Gemilerin Uyuğu", Gündüz Ökçün'e Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 47, S. 1-2, s. 83.

⁹ Bkz. "elverişli bayrak ülkeleri (flag of convenience) olarak adlandırılan böyle ülkelerin varlığından dolayı gemi üzerindeki aynı hakların sicil yeri hukukuna tabi kılmak devletler özel hukuku hakkaniyetine aykırılık teşkil eder." **Özgenç**, Zeynep: "Gemi Alacaklısı Hakkına Uygulanacak Hukuk Sorunu", İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi, Uluslararası Hukuk Konferansı, Konferans Bildiri Kitabı, Ankara 2013, s. 239.

karşılığında bayrak hakkını her türlü gemiye tanımaktadır¹⁰. “Kolay bayrak”, “ucuz bayrak” veya “elverişli bayrak” sicili denilen bu sicillere gemilerin tescil edilmesi, vergi ve harçlara ilişkin sağladığı avantajlarla tercih edilmekte ve bu suretle işletme maliyetleri düşürülmektedir¹¹. Bu sebeplerle, Türkiye’de gemi sahipleri, Milli Gemi Sicili yerine kolay bayrak sicillerini tercih etmektedir. Ancak, bu durum, yabancı bayraklı gemilerde çalışan kişilerin Deniz İş Kanunu’nun uygulama alanı dışında olması sonucunu doğurmaktadır. Yabancı bayraklı gemilerde çalışan gemi adamları, hak arama özgürlüğü bakımından eşitsizliğe uğramaktadır. Bu hususta, eşitlik ilkesini gözetir şekilde düzenlenme yapılması ihtiyacı vardır.

06.05.2009 tarihinde kabul edilen, 5897 sayılı Denizcilik Müsteşarlığının Kuruluş ve Görevleri Hakkında Kanun Hükmünde Kararname İle Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun¹² ile tescilli bulunmayan tüm gemilerin kayıt altına alınması ve mali külfetler başta olmak üzere çeşitli nedenlerle yabancı bayrak çekmiş olan özel teknelerin Türk bayrağına dönmesi amaçlanmıştır¹³. Ancak, yapılan bu düzenleme yeterli olmamıştır. 2013 yılı istatistiklerine göre, Türkiye bağlamında deniz ticareti filosunda bulunan (1000 GT ve üzeri) 1489 gemiden 890’ı yabancı bayraklı; 599’u ise Türk bayraklıdır¹⁴. Buna göre, Türk deniz ticareti filosunun yaklaşık %60’ı yabancı bayrak taşımaktadır. Çalışma konumuz bakımından bunun önemi, deniz iş hukuku bağlamında ortaya çıkacak uyumsuzlukların büyük bir kısmına, gemilerin yabancı bayrak taşıması sebebiyle, Deniz İş Kanunu’nun uygulanamayacak olmasıdır. Bunun doğal sonucu, aslında iş hukuku uyumsuzluğu olan bu davaların iş mahkemelerinin görev alanı dışında kalmasıdır.

¹⁰ **Özman**, Aydoğan: Deniz Hukuku I, Ankara 2006, s. 189.

¹¹ **Özman**, s. 190; **Çağa**, Tahir/**Kender**, Rayegan: Deniz Ticaret Hukuku I, İstanbul 2010, s. 85; **Gökçe**, s. 749.

¹² RG. T. 16.05.2009, S. 27230.

¹³ 5897 sayılı Kanun’un Genel Gerekçesi, bkz. <http://www2.tbmm.gov.tr/d23/2/2-0266.pdf> (17.04.2014).

¹⁴ Bkz. Deniz Ticareti Genel Müdürlüğü, Deniz Ticareti 2013 İstatistikleri, http://www.ubak.gov.tr/BLSM_WIYS/DTGM/tr/Kitaplar/20140613_162122_64032_1_64480.pdf (17.09.2014).

Yabancı bayraklı gemilerde çalışan gemi adamlarının ücret alacağı gibi hizmet sözleşmesinden kaynaklanan davalarında iş mahkemesi görevli değildir. Yargıtay'ın içtihadı da, yabancı bayraklı gemilerde çalışan gemi adamlarının taraf olduğu hizmet sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklarda iş mahkemelerinin görevli olmadığı yönündedir¹⁵.

E. TÜRK BORÇLAR KANUNU BAKIMINDAN GEMİ ADAMLARININ HİZMET SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME

Yabancı bayraklı gemilerde veya Türk Bayraklı olmakla birlikte, yüz gronstonlitoluk sınırın altın bulunan gemilerde çalışan gemi adamlarına Deniz İş Kanunu uygulanmaz (DİK. m. 1). Deniz İş Kanunu'na tâbi olmayan gemi adamlarına, Türk Ticaret Kanunu'nun kaptan hakkındaki hükümleri saklı kalmak kaydıyla, Türk Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmeleri hakkındaki genel hükümleri uygulanır¹⁶.

Hizmet sözleşmesi, işçinin işverene bağımlı olarak belirli veya belirli olmayan süreyle iş görmeyi ve işverenin de ona zamana veya yapılan işe göre ücret ödemeyi üstlendiği sözleşmedir (TBK. m. 393).

¹⁵ “Dava, yabancı bayrak taşıyan gemide çalışan kaptanın hizmet aktinden kaynaklanan alacak istemine ilişkindir. Her ne kadar 854 sayılı Deniz İş Kanunu'nun 2/B maddesine göre kaptanlar gemi adamı sayılmış ve 66. maddesinde gemi adamlarıyla bunların işverenleri arasında bu kanundan veya hizmet aktinden doğan davalar hakkında 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümlerinin uygulanacağı öngörülmüşse de Deniz İş Kanunu'nun 1/1. Maddesinde bu yasanın Türk Bayrağı'nu taşıyan gemi işadamları hakkında uygulanacağı belirtilmiştir. Bu durumda mahkemece, yabancı bayrak taşıdığı konusunda ihtilaf bulunmayan gemide çalışan davacı kaptanın hizmet aktinden kaynaklanan davasının, 4857 sayılı İş Kanunu ve 854 sayılı Deniz İş Kanunu kapsamında bulunmadığı değerlendirilerek davaya bakılması gerekirken, yazılı şekilde İş Mahkemesinin görevli olduğundan bahisle dava dilekçesinin görev yönünden reddi bozmayı gerektirmiştir.” 11. HD., E. 2008/5879, K. 2009/10480, T. 12.10.2009 (Kazancı İçtihat Bilişim Bankası- 03.04.2014).

¹⁶ Okay, M. Sami: Deniz Ticaret Hukuku, C. I, İstanbul 1970, s. 304; Kar, s. 56-57; Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş: İş Hukuku, Ankara 2014, s.66; Ocak, Uğur: 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre 9, Hukuk Dairesinin Emsal İçtihatlarıyla İşçilik Alacakları, Ankara 2013, s. 2034.

Deniz İş Kanunu veya İş Kanunu'na tâbi olmayan işçiler bakımından Borçlar Kanunu'nun hizmet sözleşmesine ilişkin hükümleri doğrudan doğruya uygulanmaktadır¹⁷. Bu bağlamda, yabancı bayraklı gemilerde çalışan gemi adamlarının hizmet sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkların, Türk Borçlar Kanunu'nun genel hükümleri uygulanacağından esasen genel görevli mahkeme olan asliye hukuk mahkemesinde görülmesi gerekir¹⁸.

Yargıtay'a göre, gemi yabancı ülke bayrağı taşıyor veya gemi Türk bayraklı olsa dahi yüz grostonalitonluk değilse ya da diğer belirtilen istisnai şartları taşımıyor ise bu gemide çalışanlar hakkında Deniz İş Kanunu uygulanamaz. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 13.02.2012 tarihli kararında, taşıma işinde çalışan ve kıdem tazminatı ile kıdem tazminatı faiz, yıllık ücretli izin, fazla mesai ve tatil çalışmaları karşılığı ücret alacaklarını talep eden gemideki işçilerin Deniz İş Kanunu kapsamı dışında kalmaları halinde, haklarında Türk Borçlar Kanunu hükümleri uygulanacağına hükmetmiştir. Bu tür davalar, İş Kanunu kapsamında bulunmadığı için esasen genel mahkemeler görevlidir¹⁹.

F. TÜRK TİCARET KANUNU BAKIMINDAN GEMİ ADAMLARININ HİZMET SÖZLEŞMELERİNDEN DOĞAN UYUŞMAZLIKLARDA GÖREVLİ MAHKEME

1. Genel Olarak

Türk Ticaret Kanunu'nda, gemi adamlarına ilişkin pek çok hüküm bulunmaktadır. Bu hükümler, gemi adamlarının hizmet sözleşmelerinden

¹⁷ **Yılmaz**, Ejder: "Genel Kanun-Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)", Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 6, S. 22, Haziran 2011, s. 28.

¹⁸ **Kar**, s. 58.

¹⁹ "Görev kamu düzenine ait olduğundan resen dikkate alınmalıdır. O nedenle özellikle davalı işverenin ve sahip olduğu geminin yukarıda belirtilen hükümlere göre Deniz İş Kanunu kapsamında olup olmadığı araştırılmalı, davalı işverenin ve sahip olduğu geminin Deniz İş Kanunu kapsamında kalmadığı ve bu nedenle davacı deniz taşıma işinde çalışan gemi adamının İş Kanunu yanında Deniz İş Kanunu yararlanamayacağı saptandığı takdirde, genel hukuk mahkemeleri uyuşmazlıkta görevli olacağından görevsizlik kararı verilmelidir. Aksi halde ise davacı gemi adamının tazminat ve alacakları Deniz İş Kanunu'nun 14, 16, 20, 28, 40 ve 43. Maddeleri hükümleri dikkate alınarak hesaplanmalı, gerekçelendirilmeli ve sonucuna göre karar verilmelidir." (9. HD. E. 2009/31285, K.2012/3117, T.13.02.2012 (Bkz. Çalışma ve Toplum, 2012/3, s. 208-212).

kaynaklanan uyuşmazlıklarda uygulama alanı bulmaktadır. Gemi adamları ile işveren arasındaki hukuksal ilişkinin birden fazla kanun ile düzenlenmesi, kanun yapma tekniğine aykırıdır. Bu husus doktrinde eleştirilmiştir²⁰.

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin içtihadına konu olan uyuşmazlıkta, gemi adamı ücret alacağına ilişkin gemi alacaklısı hakkına dayanmamıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun gemi adamlarına ilişkin hükümlerinin uygulanmasına ilişkin bir talebi olmamıştır. Yabancı bayraklı gemilerde çalışan gemi adamları, hizmet sözleşmesinden kaynaklanan uyuşmazlıkta, Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen, gemi adamlarının özellikle kaptanın hak ve yükümlülüklerine ilişkin hükümlerin uygulanması halinin görevli mahkemeye etkisinin tartışılması gerekmektedir.

Yargıtay 20. Hukuk Dairesi, yeni Türk Ticaret Kanunu yürürlüğe girmeden önceki dönemde, gemi adamlarının ücret alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklarda, gemi üzerinde kanuni rehin hakkı (Eski TTK. 1235/b. 3) talep edilmişse, görevli mahkemenin denizcilik ihtisas mahkemesi olduğu sonucuna varmıştır²¹. Buna gerekçe olarak, ücret alacağına ilişkin gemi üzerinde

²⁰ **Atamer**, Kerim: “Gemi Adamlarına İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Kaynakları ve Görevli Mahkeme Sorunu”, İş Dünyası ve Hukuk - Prof. Dr. Tankut Centel'e Armağan, İstanbul 2011, s. 893; **Atamer**, Kerim: “Gemi Adamlarına İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Kaynakları ve Görevli Mahkeme Sorunu”, 2. Bölüm, E-Journal f Yasar University, Cilt 8, Özel Sayı - 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler'e Armağan, s. 409 vd.

²¹ “Dava, M/V Hakkı gemisinde personel olarak çalışan davacıların ücret alacakları ile birlikte gemi üzerinde kanuni rehin hakkı (gemi alacaklısı hakkı) tanınması istemine ilişkindir. 6762 sayılı Türk Ticaret Yasasında görev hususunu düzenleyen 4. maddesinde 20.04.2004 tarih 5136 Sayılı Yasa ile eklenen son fıkrada “is durumunun gerekli kaldığı yerlerde HSYK'nın olumlu görüşü ile Adalet Bakanlığı'nca bu yasanın dördüncü kitabında yer alan deniz hukukuna ilişkin ihtilaflara bakmak ve asliye derecesinde olmak üzere Denizcilik İhtisas Mahkemeleri kurulur. Bu mahkemelerin yargı çevresi HSYK tarafından belirlenir” hükmü yer almaktadır. TTY'nin eklenen metninden de anlatıldığı gibi TTY'nin 4. Kitabında yaralan 816 ila 1263 maddeleri arasında düzenlenen uyuşmazlıkların deniz hukukuna ilişkin olup, kurulması halinde Denizcilik İhtisas Mahkemesinde görülmesi hususu tartışmasızdır. Somut olayda; davacıların talebi TTY'nin 1235/3. Maddesinden kaynaklandığı, gemideki çalışmaların karşılığının istendiği, aynı zamanda gemi üzerinde kanuni rehin hakkı da talep edildiği, uygulanması gereken maddenin TTY'nin 4. kitabında yer aldığı ve Deniz Hukuku ile ilgili olduğu anlaşılmalıdır,

talep edilen rehin hakkına ilişkin düzenlemenin Türk Ticaret Kanunu'nun deniz hukuku kitabında düzenlenmiş olmasını göstermiştir.

Kar, ticaret gemileri bakımından bu gemilerin deniz ticaret hukukuna ilişkin hükümlere tâbi olması sebebiyle, yeni Türk Ticaret Kanunu'nun yürürlüğünden önceki dönemde, ihtisas mahkemelerinin görevli olabileceğini belirtmiştir²². Yargıtay'ın 9. ve 21. Hukuk Dairelerinin bu yönde kararları bulunmaktadır²³. Yargıtay, bu kararlarında denizcilik ihtisas mahkemesinin görevli olduğuna hükmederken esasen geminin ticaret gemisi olmasını gerekçe göstermiştir. Bize göre gemi adamının hizmet sözleşmesiyle çalıştığı geminin ticaret gemisi olması, görevli mahkemenin belirlenmesi ölçüt olmalıdır. Denizcilik ihtisas mahkemelerinin görev alanı, eski Türk Ticaret

görevli mahkeme Denizcilik İhtisas Mahkemesidir.” 20. HD., E. 2006/7502 K: 2006/10675 T: 17.07.2006 (bkz. İst. BD., C. 83, S. 2, Yıl 2009, s. 581-582).

²² **Kar**, s. 58.

²³ “Somut olayda davacının çalıştığı MV Egemen Döven adlı geminin Malta Bandıralı kuru yük gemisi olduğu, hal böyle olunca davacının Deniz İş Kanunu kapsamında bir çalışmasının bulunmayışı nedeniyle 5521 sayılı Yasa uyarınca İş Mahkemesinin davaya bakma görevinin bulunmadığı anlaşılmalı mahkemece görevsizlik kararı verilmesi doğrudur. Ancak davaya genel mahkemelerde değil özel yetkili İstanbul Denizcilik İhtisas Mahkemesinde bakılacağından karar kesinleştiğinde ve talep halinde dosyanın görevli ve yetkili İstanbul Denizcilik İhtisas Mahkemesine gönderilmesine karar verilmesi gerekirken Kartal Nöbetçi Asliye Hukuk mahkemesine gönderilmesi karar verilmiş olması usul ve yasaya aykırı olup bozma nedenidir. Ne var ki bu yanlışlığın giderilmesi yeniden yargılama yapılmasını gerektirmediğinden hüküm bozulmamalı, HUMK'nun 438/7.maddesi gereği düzeltilerek onanmalıdır.” 21. HD., E. 2010/114401, K. 2010/13390, T. 29.12.2010 (Kazancı İçtihat Bilişim Bankası- 31.03.2014). “Gemi yabancı ülke bayrağı taşıyor veya gemi Türk bayraklı olsa bile yüz grostonltonluk değil ise, bu gemide çalışanlar hakkında Deniz İş Kanunu uygulanmayacaktır. İş ilişkisine dayalı bir uyumsuzlukta işçi deniz taşıma işinde çalışır, ancak çalıştığı gemi Deniz İş Kanunu kapsamında kalmaz ise uyumsuzluğun Borçlar Kanunu hükümlerine göre genel mahkemede çözümleneceği açıktır. Ancak gemi ticaret gemisi ise deniz ticareti hükümlerine tabi olması nedeni ile özel ihtisas mahkemesi görevli olabilir. Nitekim 5136 sayılı Kanun ile 6792 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4.maddesine eklenen fıkra uyarınca 19.07.2004 tarihli olurla İstanbul'da kurulan Denizcilik İhtisas Mahkemesi HSYK'nın 20.07.2004 gün ve 370 sayılı kararı ile faaliyete geçirilmiş olduğundan, uyumsuzluğun bu mahkemeye gönderilmesi gerekir.” 9. HD. E. 2011/17974, K. 2013/12661, T. 29.04.2013 (Kazancı İçtihat Bilişim Bankası- 31.03.2014).

Kanunu'nun Dördüncü Kitabında yer alan deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıklardır²⁴. Bu bağlamda, bir ticaret gemisinde çalışan gemi adamının hizmet sözleşmesine ilişkin uyuşmazlığın çözümünde, Türk Ticaret Kanunu'nun Dördüncü Kitabında yer alan deniz ticaret hukuku hükümleri doğrudan uygulanmaz. Yargıtay dairelerinin belirtilen eski içtihatlarında vardıkları sonuca, bu sebeple katılmamaktayız.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, yeni tarihli içtihatlarında, yabancı bayraklı gemilerde çalışan gemi adamlarının hizmet sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkları ticari dava olarak nitelendirmemiştir²⁵. Yabancı bayraklı gemilerde çalışan gemi adamlarının hizmet sözleşmelerinden kaynaklanan işçilik alacaklarına ilişkin uyuşmazlıklarda, genel mahkemelerin görevli olduğuna hükmetmiştir.

2. Gemi Alacaklısı Hakkı

Yabancı bayraklı gemide çalışan gemi adamlarının, gemide çalıştırılmakta olmaları dolayısıyla ödenecek ücretlere ve diğer tutarlara ilişkin talep-

²⁴ Şahan, Havva Gül: Kuruluşu İşlevleri ve İşleyişi Bakımından Medeni Yargılama Hukukunda Özel Görevli Mahkemeler, Ankara 2012, s. 191.

²⁵ “Davacı vekili, davalı şirkete ait Panama bayraklı gemide üçüncü kaptan olarak çalışmakta iken iş sözleşmesinin feshedildiğini, alması gereken dört aylık maaş ve ikramiye tutarının kendisine ödenmediğini, müvekkilinin sözleşmesi feshedildikten sonra hiçbir işe karışmaması için 11 gün boyunca geminin kamarasında hapsedilmesi ve vardiyası sırasında bir balıkçı teknesine çarpacağı iddiasıyla sözleşmesinin feshedilmesinin kendisini manevi olarak olumsuz etkilediğini ileri sürerek, 18.000 USD ücret alacağı ve 18.000 USD manevi tazminatın tahsilini talep ve dava etmiştir...Mahkemece, iddia ve tüm dosya kapsamına göre, davanın tarafları arasındaki temel ilişkinin TBK'nın 393 ve devamı maddelerinde düzenlenen hizmet sözleşmesinden kaynaklandığı, davada ihtilafın 6102 sayılı TTK'nın 5. maddesinde yer alan deniz ticaretine ilişkin bir ihtilaf olmaması, uyuşmazlığın Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülen ya da diğer kanunlarda öngörülen deniz ticaretine ilişkin düzenlemelerin bulunduğu bir kanunun uygulamasının söz konusu bulunmaması ve her iki tarafın ticari işletmesiyle ilgili hususlardan doğan bir ihtilafında olmaması nedeniyle davanın ticari dava olmadığı, davanın alacak hakkının doğup doğmadığını tartışacak ve tespit edecek mahkemenin asliye ticaret mahkemesi olduğu gerekçesiyle, görevsizlik kararı vermiştir. Kararı, davalı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı deliller ile gerektirici sebeplere göre, davalı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir. “ 11. HD., E. 2014/10411, K. 2014/13732, T. 15.09.2014 (Karar yayımlanmamıştır).

lerini ve bu alacakları dolayısıyla gemi üzerinde kanuni rehin hakkı tesisi davalarında görevli mahkemenin belirlenmesi hukuki sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Burada kanuni rehin hakkı ile kast edilen esas olarak Türk Ticaret Kanunu'nun 1320 ve devamı maddelerinde (Eski TTK m. 1234 vd.) düzenlenen gemi alacağına dayanan gemi ve eklentileri üzerindeki kanuni rehin hakkıdır. Gemi alacaklısı hakkı, kanunda belirtilen alacaklardan birinin doğması halinde, alacak sahibine, gemi ve eklentisi üzerinde, gemiye zilyet olan herkese karşı ileri sürülebilen, diğer kanuni ve akti rehin haklarıyla aynı yükümlülüklerden öncelikli kanuni rehin hakkıdır²⁶.

Gemi adamlarına, gemide çalıştırılmakta olmaları dolayısıyla ödenecek ücretlere ve diğer tutarlara ilişkin istem hakları, gemi alacaklısı hakkı verir. Gemi adamlarının ülkelerine getirilme giderleri ve onlar adına ödenmesi gereken sosyal sigorta katılma payları da bu hak kapsamındadır (TTK m. 1320).

Gemi alacaklısı hakkı, asıl alacağa sıkı sıkıya bağlı ve fer'i nitelikte bir hak²⁷. Bu sebeple, gemi alacaklısı hakkı, teminat altına aldığı alacaktan ayrı ve bağımsız olarak yargılama ve icra takibi konusu yapılamaz (TTK m. 1377). Dolayısıyla, gemi adamları, ücret alacaklarına ilişkin olarak, tek başına gemi alacaklısı hakkını bir davada ileri süremezler. Gemi alacaklısı hakkının, asıl alacak niteliğinde olan ücret alacağı hakkı ile birlikte dava

²⁶ **Çağa**, Tahir/**Kender**, Rayegân, Deniz Ticareti Hukuku III, Gemi ve Yük Alacaklısı Hakları, Zamanaşımı Deniz Hukukunda Cebri İcra, İstanbul 2005, s. 4; **Barlas**, Nuray: Gemi Alacaklısı Hakkı Veren Alacaklar ve Gemi Alacaklısı Hakkının Hukuki Niteliği, İstanbul 2000, s. 6; **Türkel**, Doğuş Taylan: Gemi Alacaklısı Hakkının Paraya Çevrilmesi, İzmir 2008, s. 5; **Can**, Begüm: Deniz İcra Hukukunda Gemi Alacaklısı Hakkı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2011, s. 10; **Kaner**, İnci: "Gemi Alacaklısı Hakkı ve Gemi Alacağı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt, 18, Sayı, 2, Özel Sayı "6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken" 10-11-12 Mayıs 2012 - Sempozyum, 2013, s. 487; **Süzel**, Cüneyt: Gemi Alacaklısı Hakkı ve Gemi İpoteği Hakkında 1993 Cenevre Sözleşmesi ve Yeni Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 2012, s. 153.

²⁷ **Atamer**, Kerim: "Gemi ve Yük Alacaklısının Haklarının Kullanılmasında Yargılama Usulü ve İcra", XIV. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (4-5 Nisan 1997), Ankara, 1997, s. 224; **Özgenç**, s. 228.

konusu yapılması gerekir. Ayrıca, Türk hukukunda, gemi alacaklısı hakkına ilişkin uyuşmazlıklarda, ayrı bir yargılama usulü bulunmamaktadır²⁸.

Yabancı bayraklı gemilerde çalışan gemi adamlarının hizmet sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümünde uygulanacak kanun hükümlerinin tespit edilmesi gerekmektedir. Zira, ülkemizde, asliye ticaret mahkemelerinin ve iş mahkemelerinin görev alanı belirlenirken uyuşmazlığının esasına uygulanacak kuralların niteliğinden hareket edilmektedir²⁹. 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun 4'üncü maddesi uyarınca, bu Kanun'da öngörülen hususlardan doğan hukuk davaları ve çekişmesiz yargı işleri ticari dava ve ticari nitelikte çekişmesiz yargı işi sayılır. Aksine hüküm bulunmadıkça, dava olunan şeyin değerine veya tutarına bakılmaksızın asliye ticaret mahkemesi tüm ticari davalar ile ticari nitelikteki çekişmesiz yargı işlerine bakmakla görevlidir. Keza, Deniz İş Kanunu kapsamına giren gemi adamlarıyla bunların işveren veya işveren vekilleri arasında bu kanundan veya hizmet sözleşmesinden doğan davalar hakkında, 5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu hükümleri uygulanır (Deniz İş K. m. 46,I). Dolayısıyla, sorun, davanın esasına uygulanacak hukuk kurallarına göre davanın niteliğinin ve görevli mahkemenin belirlenmesidir. Yabancı bayraklı gemide çalışan bir gemi adamının hizmet sözleşmesinden doğan alacaklarını dava ederken aynı zamanda gemi alacağı hakkına dayanması durumunda, uyuşmazlığın esası alacak hakkı olarak değerlendirilirse, asliye hukuk mahkemesi, buna karşılık, gemi alacağı hakkı uyuşmazlığın esası kabul edilirse, asliye ticaret mahkemesi görevli olacaktır. Yargıtay'ın bu hususta bir biri ile çelişen içtihatları bulunmaktadır.

Yargıtay 11. Hukuk Dairesi, yabancı bayraklı bir gemide çalışan kaptanın ücret alacaklarının tahsilini ve gemi alacaklısı hakkını konu alan bir davada asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğuna hükmetmiştir. "*Dava, yabancı bayraklı gemide kaptan olarak çalıştığını iddia eden davacının ücret alacağının tahsili ve kanuni rehin hakkı tesisine ilişkindir. 6762 sayılı*

²⁸ **Günay**, M. Barış: Türk ve Anglo Amerikan Hukukunda Gemi Alacaklısı Hakkı, Ankara 2009, s. 60.

²⁹ **Toksal**, Baki: Türk Ticaret Kanunu Şerhi C. I, Ankara 1986, s. 56; **Kurt Konca**, Nesibe: "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri", TAAD., YIL: 4, S. 15 (EKİM 2013), s. 90.

Türk Ticaret Kanunu'nun 1005. maddesinde aksi kararlaştırılmış olsa bile donatan tarafından kaptana her zaman yol verilebileceği, kaptanın tazminat haklarının mahfuz olduğu belirtilmiş; aynı kanunun 1015 maddesinde ise gemi zayi olsa bile kaptanın, deniz raporunu tesbit ettirmeye ve icabettiği müddetçe donatanın menfaatlerini korumaya mecbur olduğu, kaptanın bu müddete ait ücret ve geçim masraflarından başka 1007. madde gereğince parasız götürülmesini ve bunun tutarı olan tazminatı isteyebileceği düzenlenmiştir. Bu itibarla, kaptan başlığı altında düzenlenen hükümlerin 6762 Sayılı TTK'nın dördüncü kitabında yer aldığı nazara alınarak uyumsuzluğun Denizcilik İhtisas Mahkemelerinde görülüp karara bağlanması gerekir. Bununla birlikte, 01.07.2012 tarihinde yürürlüğe giren 6103 sayılı Türk Ticaret Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 8. maddesi uyarınca 6762 sayılı Kanun'un 4. maddesinin üçüncü fıkrası uyarınca kurulmuş Denizcilik İhtisas Mahkemesi'nin görmekte olduğu davaların Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından Türk Ticaret Kanunu ile diğer kanunlardan doğan deniz ticaretine ve deniz sigortalarına ilişkin hukuk davalarına bakmakla görevli kılınacak asliye ticaret mahkemelerine devredileceği düzenlenmiş, bu itibarla 13.07.2012 tarih 451 karar numaralı Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu Genel Kurul Kararı uyarınca da adı geçen uyumsuzluklar için İstanbul 51. ve 52. Asliye Ticaret Mahkemeleri görevlendirilmiştir. Görevle ilgili düzenlemeler kamu düzenine ilişkin olup taraflar ileri sürmese de mahkemece re'sen nazara alınır. Bu durum karşısında mahkemenin görevli olduğu anlaşıldığından yazılı gerekçeyle dava dilekçesinin görevsizlik nedeniyle reddine karar verilmesi doğru olmamış, hükmün bu nedenle bozulması gerekmiştir”³⁰. Yargıtay içtihadında esasen, hizmet sözleşmesine ilişkin Borçlar Kanunu hükümlerinin değil, Türk Ticaret Kanunu'nda kaptanın hak ve yükümlülüklerini düzenleyen çeşitli hükümlerin uygulanacağı gerekçesiyle davayı, ticari dava olarak kabul etmiştir. Ancak, dava esasen ücret alacakların dayanmaktadır. Gemi yabancı bayraklı olduğu için Deniz İş Kanunu uygulanamamaktadır. Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen kanuni rehin hakkı, alacaktan bağımsız olarak yargı ve icra yoluyla ileri sürülemeceği, fer'i nitelikte olduğu için mahkemenin görevinin belirlenmesinde esas alınmamalıdır. Bu sebeple Yargıtay'ın bu kararını yerinde bulmuyoruz.

³⁰ 11. HD., E. 2013/17600; K. 2013/23122, T. 18.12.2013 (Karar yayımlanmamıştır).

Atamer, Deniz İş kanunu kapsamında bulunan bir gemi adamının, alacağıının, hizmet sözleşmesinden doğmuş olması durumunda, o alacağa ilişkin her türlü uyuşmazlığın esasen iş mahkemesinde görülmesi gerektiği görüşündedir. Alacağın, Türk Ticaret Kanunu'na göre rehin hakkı ile güvence altına alınıp alınmadığı; alınmışsa, rehin hakkından doğan ayrıcalıklar ve zamanaşımı gibi uyuşmazlıklar, hizmet sözleşmesinden doğan alacağın ayrılmaz bir parçası olarak, iş mahkemesi tarafından görülmelidir³¹. Buna göre, yabancı bayraklı gemilerde çalışan gemi adamlarının hizmet sözleşmesinden kaynaklanan alacaklarında, gemi alacağı hakkına dayandıkları halde görevli mahkeme asliye hukuk mahkemesi olmalıdır. Yargıtay 11. Hukuk Dairesi'nin bu yönde de içtihadı bulunmaktadır³².

Atamer, gemi alacağı niteliğini taşıyan, Türk Ticaret Kanunu'nun 1390 ile 1392'nci maddelerine göre sıra cetvelindeki yeri belirlenen "gemi adamı alacakları" Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlendiği için ticari dava sayıldığı ve bu sebeple asliye ticaret mahkemelerinde görülebileceği görüşündedir.

³¹ **Atamer**, 1. Bölüm, s. 892.

³² "Davacı vekili, müvekkilinin 27/11/2012 tarihli sözleşme uyarınca davalının donatımı olduğu ... adlı gemide usta gemici olarak çalışmaya başladığını, 09/01/2013 tarihinde işverenin iş sağlığı ve iş güvenliğine ilişkin yasal yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle meydana gelen iş kazası sonucu müvekkilinin malul kaldığını ileri sürerek belirsiz alacak davası şeklinde maddi ve manevi tazminatın faiziyle birlikte davalıdan tahsiline ve ... adlı gemi üzerinde kanuni rehin hakkı tesis edilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı vekili, davanın reddini istemiştir. Mahkemece, iddia, savunma ve tüm dosya kapsamına göre davanın iş kazasından kaynaklanan maddi ve manevi tazminat davası olduğu, taraflar arasındaki temel ilişkinin hizmet sözleşmesi olduğu, geminin yabancı bayraklı olması sebebiyle uyuşmazlığa Deniz İş Kanunu'nun uygulanamayacağı, uyuşmazlığın TTK'nın 5. maddesinde yer alan deniz ticaretine ilişkin bir ihtilaf olmaması nedeniyle deniz ihtisas mahkemesinin görevsiz olduğu, HMK'nın 1 ve 2. maddeleri uyarınca görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu, asıl alacağın var olup olmadığını tartışacak ve tespit edecek mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olması nedeniyle fer'i nitelikteki kanuni rehin hakkı tanınması talebini de asıl alacağın var olup olmadığını tartışacak ve tespit edecek asliye hukuk mahkemesinin hükme bağlaması gerektiği gerekçesiyle mahkemenin görevsizliğine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı deliller ile gerektirici sebeplere göre, davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir." 11. HD., E. 2014/11194; K. 2014/14211, T. 22.09.2014 (Karar yayımlanmamıştır).

Ancak, yazar, bu davaların aynı zamanda Deniz İş Kanunu kapsamında sayılabileceği, dolayısıyla iş mahkemelerinin de bu davalar bakımından görevli yargı mercii olduğunu kabul etmektedir. Bu sebeplerle, yazar, bu uyuşmazlıklarda davacı gemi adamının görevli yargı yerini belirleme bağlamında seçim hakkı bulunduğunu ileri sürmektedir³³. Görev kuralları kamu düzenine ilişkin olduğu için, bir davada aynı anda birden fazla mahkemenin görevli mahkeme olamayacağı görüşündeyiz. Taraflar, görevli mahkeme konusunda sözleşme yapamayacakları gibi, davacı tarafa da görevli mahkemeyi seçme hakkı bırakılamaz. Gemi adamlarının hizmet sözleşmelerinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda, kanuni rehin hakkı tesisini talep etseler bile, asıl alacak bakımından görevli olan mahkemede dava açılmalıdır. Asıl alacak Deniz İş Kanunu kapsamında ise, görevli mahkeme iş mahkemesi olmalıdır. Gemi adamının yabancı bayraklı gemide çalışması durumunda ise, asliye hukuk mahkemesi görevli olmalıdır.

Yabancı bayraklı gemide çalışan gemi adamı, hizmet sözleşmesinden doğan alacakları sebebiyle, gemi alacağı hakkına dayanarak, doğrudan dava açmak yerine, rehinin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız icra takibi yapabilir. Böyle bir durumda, borçlu işverenin takibe itiraz etmesi halinde, alacaklı gemi adamının açacağı itirazın iptali davasında da asliye hukuk mahkemesi görevlidir. Rehinin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız icra takibi yapılmasının temelinde Türk Ticaret Kanunu'nda düzenlenen gemi alacağı olsa da, itirazın iptali davasında esas olarak Borçlar Kanunu'nda düzenlenen hizmet sözleşmesinden doğan bir alacağın bulunup bulunmadığı incelenecektir. Bu sebeple, asliye ticaret mahkemesi görevli değildir³⁴.

³³ **Atamer**, 2. Bölüm, s. 485.

³⁴ “Davacı vekili, müvekkilinin ... IMO numaralı ... isimli gemide baş makinist olarak aylık 6.000 USD ücret ile çalışmaya başladığını, müvekkilinin maaş alacağı, sözleşmenin süresinden önce feshi nedeniyle hak kazanılan bakiye süre alacağı, yol masrafı, prim ve izin alacaklarının davalı tarafından ödenmediğini, müvekkilinin alacaklarının tahsili amacıyla İstanbul 12. İcra Müdürlüğü'nün 2012/28904 Esas sayılı dosyası üzerinden taşınır rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapıldığını, borçlunun takibe itirazı üzerine takibin durduğunu, belirterek İstanbul 12. İcra Müdürlüğü'nün 2012/28904 Esas sayılı dosyasına yapılan itirazın iptali ile takibin devamına, borçlunun %20'de az olmamak üzere icra inkar tazminatına mahkum edilmesine karar verilmesini talep ve dava etmiştir. Davalı, davaya cevap vermemiştir. Mahkemece, evrak üzerinden yapılan

G. SONUÇ

Kanunlarımızda, görevli mahkemenin dava ve talep konusunun esasına uygulanacak hukuk kurallarının niteliğine göre belirlenmesi yargılama tekniğine uygun değildir. Mahkemenin görevli olması dava şartı olup, ön inceleme aşamasında mahkemenin karar vermesi gereken hususlardan biridir (HMK m. 140,1). Ancak, dava veya talep konusunun esasına uygulanacak hukuk kuralları ön inceleme aşamasında her zaman bilinemez. Bunun için mahkemenin esasa ilişkin incelemesi gerekir. Bu durum ise, tahkikat aşamasında görevsizlik kararı verilmesine neden olmaktadır. Tahkikat aşamasında görevsizlik kararı verilmesi ise, zaman ve emek kaybına yol açmaktadır. Kısaca, usul ekonomisi ilkesi ihlal edilmektedir. Bu düzenlemeler yargılama aşamalarının birbirinin içine geçmesi sonucunu doğurmaktadır.

Çalışmada varılan diğer bir sonuç, yabancı bayraklı gemilerde çalışan gemi adamlarının hizmet sözleşmesinden doğan haklarını, Deniz İş Kanunu uyarınca, iş mahkemelerinde ileri sürememesinin eşitlik ilkesine aykırı olduğudur. Yabancı bayraklı gemilerde çalışan gemi adamları bakımından Deniz İş Kanunu'nun uygulama alanı bağlamında, geminin Türk bayrağı taşıması bir kıstas olmamalıdır. Kanun'un kapsamının belirlenmesi bakımından işverenin Türk hukukuna tâbi olması bir kıstas olarak önerilebilir. Ayrıca, kolay bayrak veya elverişi bayrak tercihinin önüne geçilmesi gerekir. Türkiye'de işletilen gemilerin Türk bayrağı taşıması için gerekli teşvik

inceleme sonunda; davacının, yabancı bayraklı gemide belirli bir süre hizmet sözleşmesine bağlı olarak çalışan gemide çalıştırılan diğer kişilerden olan baş makinist, davalının ise, gemi adamlarının hizmet sözleşmesinden doğan alacaklarından sınırsız olarak sorumlu olan donatan olduğu, dolayısıyla taraflar arasındaki temel ilişkinin hizmet aktinden kaynaklandığı, hizmet sözleşmesinin Borçlar Kanunu'nun düzenleme alanına girdiği, davaya konu geminin yabancı bayraklı olması nedeniyle Deniz İş Kanunu hükümlerinin uygulanamayacağı, bu nedenle Borçlar Kanunu hükümlerinin uygulanacağı, davacının taşınır rehninin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız icra takibi yapmış olmasının mahkemenin görevini tayinde etkili olmayacağı, görevli mahkemenin asliye hukuk mahkemesi olduğu gerekçesiyle dava dilekçesinin görev nedeniyle reddine karar verilmiştir. Kararı, davacı vekili temyiz etmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı deliller ile gerektirici sebeplere göre, davacı vekilinin bütün temyiz itirazları yerinde değildir." 11. HD., E. 2014/10411, K. 2014/13946, T. 15.09.2014 (Karar yayımlanmıştır).

çalışmaları yapılmalıdır. Bu suretle, hem deniz ticaretinin gelişmesi ve büyümesi sağlanacak hem de gemi adamlarının sosyal hakları korunmuş olacaktır.

Olması gereken hukuk bakımından, gemi adamlarının hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümler tek bir kanunda toplanmalıdır. Türk Ticaret Kanunu'nda yer alan gemi adamlarının hizmet sözleşmelerine ilişkin hükümler, Deniz İş Kanunu'na alınmalıdır³⁵. Türkiye'de faaliyet gösteren gemilerin yarısından fazlasının yabancı bayraklı olduğu gözetilerek, bu gemilerde çalışan işçilerin korunması ve eşitlik ilkesinin sağlanması amacıyla, Deniz İş Kanunu'nun bu gemileri de kapsayacak şekilde yeniden düzenlenmesi gerekir. Böyle bir düzenleme yapılması halinde, esasında iş hukuku uyumsuzluğu olan bütün bu uyumsuzluklar uzmanlık yargı yeri konumunda bulunan iş mahkemelerinde görülecektir. Gemi adamlarına ilişkin yeknesak bir düzenleme yapılması görevli mahkeme tartışmalarına son verecek; mahkemelerin görevsizlik kararı vermesi sebebiyle ortaya çıkan emek ve zaman kaybını ortadan kaldıracaktır.

³⁵ **Atamer**, 1. Bölüm, s. 893; **Atamer**, 2. Bölüm, s. 485.

Kaynakça

- Akil**, Cenk: “Hâkimin Hukuku Kendiliğinden Uygulaması İlkesi”, AÜHFD Yıl 2008, C. 57 Sa. 3, s. 1-32.
- Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, M. Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis: Medenî Usûl Hukuku Esasları, İstanbul 2011.
- Ansay**, Sabri Şakir: Hukuk Yargılama Usulleri, Ankara 1960.
- Atamer**, Kerim: “Gemi Adamlarına İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Kaynakları ve Görevli Mahkeme Sorunu”, İş Dünyası ve Hukuk - Prof. Dr. Tankut Centel’e Armağan, İstanbul 2011, s. 863-906 (**Atamer**, 1. Bölüm).
- Atamer**, Kerim: “Gemi Adamlarına İlişkin Türk Ticaret Kanunu Hükümlerinin Kaynakları ve Görevli Mahkeme Sorunu”, 2. Bölüm, E-Journal Of Yasar University, Cilt 8, Özel Sayı - 2013, Prof. Dr. Aydın Zevkliler’e Armağan, s. 405-485 (**Atamer**, 2. Bölüm).
- Atamer**, Kerim: “Gemi ve Yük Alacaklısının Haklarının Kullanılmasında Yargılama Usulü ve İcra”, XIV. Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu (4-5 Nisan 1997), Ankara, 1997, s. 205-254. (**Atamer**, Gemi ve Yük Alacaklısı)
- Aybay**, Rona: “Türk Hukukunda Gemilerin Uyrugu”, Gündüz Ökçün’e Armağan, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilimler Fakültesi Dergisi, C. 47, S. 1-2, s. 83-94.
- Barlas**, Nuray: Gemi Alacaklısı Hakkı Veren Alacaklar ve Gemi Alacaklısı Hakkının Hukuki Niteliği, İstanbul 2000.
- Başterzi**, Fatma: İş Yargısı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 1999.
- Berkin**, Necmeddin M.: Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981.
- Bilge**, Necip/**Önen**, Ergun: Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1978.
- Can**, Begüm: Deniz İcra Hukukunda Gemi Alacaklısı Hakkı (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2011.

- Çağa, Tahir/Kender, Rayegan:** Deniz Ticaret Hukuku I, İstanbul 2010.
- Gökçe, Erdal:** Deniz İş Kanunu'nun Hukuk Sistemindeki Yeri ve Niteliği", İst. BD., C. 82, S. 2, Yıl 2009, s. 739-758.
- Görgün, Şanal/Kodakoğlu, Mehmet:** Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012.
- Günay, M. Barış:** Türk ve Anglo Amerikan Hukukunda Gemi Alacaklısı Hakkı, Ankara 2009.
- Kaner, İnci:** "Gemi Alacaklısı Hakkı ve Gemi Alacağı", Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt, 18, Sayı, 2, Özel Sayı "6102 sayılı Yeni Türk Ticaret Kanunu'nu Beklerken" 10-11-12 Mayıs 2012 - Sempozyum, 2013, s. 487-491.
- Kar, Bektaş:** Deniz İş Hukuku, Ankara 2012.
- Karlı, Abdurrahim:** Medeni Muhakeme Hukuku, İstanbul 2012.
- Köseoğlu, Bilal:** Hukuk Yargılamasında Ön İnceleme ve Uygulaması, Ankara 2013.
- Kurt Konca, Nesibe:** "Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Asliye Ticaret Mahkemeleri", TAAD., YIL: 4, S. 15 (EKİM 2013), s.79-125.
- Kuru, Baki/Yılmaz, Ejder/Arslan, Ramazan:** Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013.
- Mollamahmutoğlu, Hamdi/Astarlı, Muhittin/Baysal, Ulaş:** İş Hukuku, Ankara 2014.
- Muşul, Timuçin:** Medeni Usul Hukuku, Ankara 2012.
- Ocak, Uğur:** 4857 Sayılı İş Kanunu'na Göre 9, Hukuk Dairesinin Emsal İçtihatlarıyla İşçilik Alacakları, Ankara 2013.
- Okay, M. Sami:** Deniz ticaret Hukuku, C. I, İstanbul 1970.
- Özgenç, Zeynep:** "Gemi Alacaklısı Hakkına Uygulanacak Hukuk Sorunu", İpek Yolu Canlanıyor: Türk-Çin Hukuk Zirvesi, Uluslararası Hukuk Konferansı, Konferans Bildiri Kitabı, Ankara 2013, s. 225-252.
- Özman, Aydoğan:** Deniz Hukuku I, Ankara 2006.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet:** Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013.

Postacioğlu, İlhan E.: Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975.

Süzel, Cüneyt: Gemi Alacaklısı Hakkı ve Gemi İpoteği Hakkında 1993 Cenevre Sözleşmesi ve Yeni Türk Ticaret Kanunu, İstanbul 2012.

Şahan, Havva Gül: Kuruluşu İşlevleri ve İşleyişi Bakımından Medeni Yargılama Hukukunda Özel Görevli Mahkemeler, Ankara 2012.

Toksal, Baki: Türk Ticaret Kanunu Şerhi C. I, Ankara 1986.

Türkel, Doğuş Taylan: Gemi Alacaklısı Hakkının Paraya Çevrilmesi, İzmir 2008.

Umar, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2014.

Üstündağ, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C. 1-2, Yerel Mahkemelerde Yargılama, Kanun Yolları ve Tahkim, İstanbul 2000.

Yılmaz, Ejder: “Genel Kanun-Özel Kanun İlişkisi (Türk Borçlar Kanunu ve İş Kanunu Bağlamında)”, Sicil İş Hukuku Dergisi, Y. 6, S. 22, Haziran 2011, s. 22-31 (**Yılmaz**, Genel Kanun-Özel Kanun).

Yılmaz, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2013 (**Yılmaz**, Şerh).

^HİHTİYATİ TEDBİR KARARLARINA KARŞI BAŞVURU YOLU VE İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARI

*Yrd. Doç. Dr. M. Serhat SARISÖZEN**

GİRİŞ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ihtiyati tedbir taleplerinin reddi ve ihtiyati tedbir taleplerinin kabulü halinde itiraz üzerine verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurulabileceği belirtilmekle birlikte, bu kanun yolunun hangisi olacağı belirtilmemiştir. Esasında bu belirtmeye gerek olmamakla birlikte Yargıtay'ın konu hakkında verdiği farklı kararlar ve bu farklı kararlar sonrasında verilen Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı nedeniyle konuyu incelemeyi uygun bulduk.

Bu çalışmada ilk olarak ihtiyati tedbirle ilgili genel bilgiler verildikten sonra, ihtiyati tedbir talebinin kabulü kararına karşı başvuru yolu, ardından ihtiyati tedbir talebinin reddi kararına karşı başvuru yolu incelenecek ve ihtiyati tedbir kararı üzerine başvurulacak kanun yolundan ne anlaşılması gerektiği değerlendirilecektir. Bu değerlendirmeler, gerek doktrindeki görüşler, gerekse Yargıtay'ın farklı dairelerinde verilen kararlar karşılaştırılarak ele alınacaktır. Nihai olarak İçtihadı Birleştirme Kararı ve bu karardaki karşı oylar değerlendirilecektir.

I. GENEL OLARAK İHTİYATİ TEDBİR

İhtiyati tedbir, “kesin hükme kadar devam eden yargılama boyunca, davacı veya davalının hukuki durumunda meydana gelebilecek zararlara

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

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

karşı öngörölmüş, geçici nitelikte, geniş veya sınırlı olabilen hukuki koruma” olarak tanımlanmıştır¹. İhtiyati tedbir bakımından temel iki şart: ihtiyati tedbire esas olan bir hakkın ve ihtiyati tedbir sebebinin varlığıdır. HMK m.389’a göre, mevcut durumda meydana gelebilecek bir değişme nedeniyle hakkın elde edilmesinin önemli ölçüde zorlaşacağından ya da tamamen imkânsız hâle geleceğinden veya gecikme sebebiyle bir sakıncanın yahut ciddi bir zararın doğacağından endişe edilmesi hâllerinde, uyuşmazlık konusu hakkında ihtiyati tedbir kararı verilebilir.

Hakkını hukuk düzeni içinde arayanların, bu amacına makul sürede ulaştırılması, etkin hukuki korumanın en önemli gereklerinden olup, davanın makul sürede sonuçlandırılmaması, telafisi imkansız bazı sonuçları doğurabilir². Özellikle, talepte bulunanın hemen tatminini gerekli kılan durumlarda eğer bu tatmin hemen sağlanamazsa, daha sonra, o kimsenin lehine karar

¹ **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes** Muhammet, Medeni Usul Hukuku, B. 14, Ankara 2013, s. 1018; **Özekes**, Muhammet, İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s. 55-56; **Özekes**, Muhammet, Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir, İÜHFİM, Y. 2002, C. 4, S. 2, s. 94; **Özbay**, İbrahim, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, B.2, Ankara 2012, s. 479; Ayrıca bkz. **Berkin**, Necmeddin, Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969, s. 117; **Yılmaz**, **Ejder**, Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. 1, Ankara 2001, s. 178; **Kuru**, Baki, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, B.6, İstanbul 2001, s. 3049; **Berkin**, Necmeddin, Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981, s. 506; **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, B. 24, Ankara 2013, s. 558; **Muşul**, Timuçin, Medeni Usul Hukuku **Deren Yıldırım**, **Nevhis**, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler, B. 2, İstanbul 2002, s. 4; **Budak**, Ali Cem, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000, s. 155 vd; **Görgün**, Şanal/**Kodakoğlu**, Mehmet, Medeni Usul Hukuku, B. 2, Ankara 2012, s. 273; **Gençcan**, Ömer Uğur, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Ankara 2013, s. 1291; **Konuralp**, Serhat, İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 2013, s. 7; **Taş Korkmaz**, Hülya, Türk Hukukunda İhtiyati Tedbirler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 1995, s. 4; **Erişir**, Evrim, Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013.

² **Özekes**, Muhammet/**Erişir**, Evrim, Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, Legal Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi, S: 2006/3, s. 1236.

verilmiş olması, etkisi olmayan bir sonuç ortaya çıkacaktır³. Etkin hukuki korumanın ve hak arama hürriyetinin zorunlu bir parçası olan ve anayasal bir temele sahip olan geçici hukuki korumanın, asıl hukuki korumaya ek olarak benimsenmesinin temelinde, telafisi imkansız sonuçların ortaya çıkmasının önlenmesi yatmaktadır⁴. Bununla birlikte hukuk düzeninin, mahkemelere sadece geçici hukuki koruma kararı verme yetkisi vermesi yeterli değildir, bu kararlara karşı başvurulacak yolların da açılarak, bu kararların denetimine imkan tanınması gerekir.

İhtiyati tedbire karşı başvurulabilecek kanun yollarını saptamak için öncelikle ihtiyati tedbirin hukuki niteliğini tespit etmek önem arz eder. Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun kararına göre⁵: “İhtiyati tedbir taleplerinin reddiyle bu taleplerin kabulü halinde itiraz üzerine verilecek kararların niteliği itibarıyla nihai karar olmadığı ve temyize sadece nihai nitelikteki kararlar aleyhine gidilebileceği hususu gözetildiğinde; söz konusu geçici maddenin yollamasıyla bu tür ara kararlara karşı yasa yollarına başvurulamayacaktır”. Yargıtay, ihtiyati tedbiri “ara karar⁶” ve “çekişmesiz yargı” işi olarak nitelendirmekte olup bu nitelendirme eleştirilmiştir⁷. Kanaatimizce de ihtiyati tedbir kararlarının hukuki niteliğine ilişkin olarak, bu kararlar için ara karar ya da nihai karar nitelendirmesi yapamayız. İhtiyati tedbir kararlarının hukuki niteliği için “geçici hukuki koruma” nitelendirmesi yeterlidir. Geçici hukuki koruma kararları ara karar

³ **Özekes/Erişir**, s. 1236.

⁴ **Özekes/Erişir**, s. 1236.

⁵ Bkz. YİBHKGK, 21.2.2014 T. 20113/1 E., 2014/1 K. (17 Nisan 2014 Tarihli Resmi Gazete, S. 28975).

⁶ Geçici hukuki korumaya ilişkin verilen kararların ara karar olduğu yönündeki görüş için bkz. **Yılmaz**, Geçici, s. 925; Geçici hukuki koruma kararlarının ara karar değil, nihai karara benzer bir nitelikte olduğuna yönelik görüş için bkz. **Özekes/Erişir**, s. 1260 vd.

⁷ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 1029; İhtiyati tedbirler ne çekişmeli ne çekişmesiz yargı işlerindedir; kendine özgü geçici hukuki koruma kararları olup, çekişmeli yargı işlerinde de çekişmesiz yargı işlerinde de geçici hukuki koruma kararları verilebilir (**Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 1029); Buna karşın Alman Hukuku'nda diğer taraf dinlenilerek verilen ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararları için “nihai karar” ifadesi kullanılmakta; borçlu dinlenilmeden verilen karar için ise nihai karara benzer, tıpkı nihai kararda olduğu gibi asıl davadan bağımsız karakteri bulunan karar tanımı yapılmaktadır (Bkz. **Özekes/Erişir**, s. 1259).

ya da nihai karar olmayıp nihai karara bağlı olmadan ondan ayrı verilirler ve nihai karara ulaşmanın değil, nihai karardaki etkinin ayakta kalmasını sağlayan kararlardır⁸.

II. İHTİYATİ TEDBİR KARARINA KARŞI BAŞVURU YOLLARI

İhtiyati tedbire karşı kanun yoluna başvuru imkanı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilmiş, yeni bir müessesedir. HMK m. 341/I uyarınca ihtiyati tedbir taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü halinde itiraz üzerine verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurabilme imkanı getirilmiştir. Bu kanun yolundan ne anlaşılması gerektiğini incelemeye başlamadan önce ihtiyati tedbir talebinin kabulü ve reddi kararına karşı başvuru yolu ayrı ayrı incelenecektir.

A. İhtiyati Tedbir Talebinin Kabulü Kararına Karşı Başvuru Yolu

İhtiyati tedbir şartları mevcutsa, mahkeme ihtiyati tedbir kararı verecektir. HMK m.394 uyarınca, karşı taraf dinlenmeden verilmiş olan ihtiyati tedbir kararlarına itiraz edilebilir. Aleyhine ihtiyati tedbir kararı verilen tarafın itiraz hakkı, ihtiyati tedbir talebinin incelendiği yargılamaya davet edilmeyip tedbir kararının kendisi dinlenmeden verilmiş olmasına bağlanmıştır; bu durumda ihtiyati tedbir talebinin incelendiği yargılamaya davet edilen ve dinlenen tarafın itiraz hakkı bulunmamaktadır⁹. Tedbir kararı verilirken dinlenen taraf, tüm itirazlarını dinlendiği duruşmada bildirmelidir.

⁸ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 1029; Ayrıca bkz. **Konuralp**, İhtiyati Tedbirler, s. 45 vd; **Özekes**, Muhammet, İhtiyati Tedbir ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Adli Yargıda Geçici Hukuki Korumalar, İzmir 2. Ulusal Hukuk Kongresi, TBB - DEÜ Hukuk Fakültesi - DEHAMER - Hukuk Bilimleri Araştırma Merkezi, İzmir / 22-23 Mart 2012; İhtiyati tedbirin niteliğinin geçici hukuki koruma olduğunu vurgulayan bir tanıma baktığımızda: “İhtiyati tedbir, maddi hukuk talebinin ve gecikmesinde tehlike olan bir halin yaklaşık ispat seviyesinde ispat edilmesi koşuluyla gerektiğinde karşı tarafın hukuki dinlenilme hakkı ertelenerek, para alacağı dışında kalan taleplerin güvence altına alınmasına; istisnaen bütün taleplerin asıl dava için bağlayıcı olmayacak şekilde geçici olarak gerçekleştirilmesine hizmet eden geçici bir hukuki korumadır” (**Erişir**, s. 137).

⁹ Bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 1039; **Konuralp**, Serhat, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre İhtiyati Tedbirler, İÜHFM, C. LXXI, S. 2, s. 246; **Gençcan**, s. 1324.

Karşı tarafın duruşmada hazır bulunmaması durumunda verilen ihtiyati tedbir kararları bakımından Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 394/2 uyarınca, ihtiyati tedbirin uygulanması sırasında, aleyhine ihtiyati tedbir istenen karşı taraf hazır bulunuyorsa, tedbirin uygulanmasından itibaren; hazır bulunmuyorsa tedbirin uygulanmasına ilişkin tutanağın tebliğinden itibaren bir hafta içinde, ihtiyati tedbirin şartlarına, mahkemenin yetkisine ve teminata ilişkin olarak, kararı veren mahkemeye itiraz edebilir. Karşı taraf dinlenmediğinde, tedbire itiraz edebilme imkanının tanınmasının temel sebebi, karşı tarafa hukuki dinlenilme hakkını tanımaktır. İhtiyati tedbir kararının uygulanması sebebiyle menfaati açıkça ihlal edilen üçüncü kişiler de ihtiyati tedbiri öğrenmelerinden itibaren bir hafta içinde ihtiyati tedbirin şartlarına ve teminata itiraz edebilirler.

Tedbire itiraz, tedbir kararını veren mahkemeye bir dilekçe ile yapılır. İtiraz eden, itiraz sebeplerini açıkça göstermek ve itirazının dayanağı olan tüm delilleri dilekçesine eklemek zorundadır. İtiraz üzerine mahkeme, ilgilileri dinlemek üzere davet eder. Gelmedikleri takdirde dosya üzerinden inceleme yaparak kararını verir. Yapılan itiraz üzerine mahkeme vermiş olduğu tedbir kararını değiştirebilecek ya da kaldırabilecektir (m. 394/4).

İtiraz hakkında verilen karara karşı, kanun yoluna başvurulabilir. Bu başvuru öncelikle incelenir ve kesin olarak karara bağlanır (HMK m. 394/5). Bizim de katıldığımız bir görüşe göre: “Dinlenmediği için kendisine itiraz imkanı tanınana kanun yoluna başvuru imkanı tanıyıp, daha önce dinlendiği için itirazlarını o sırada yaptığından daha sonra ayrıca itiraz yolu öngörülme-yene kanun yolu imkanı tanımamak eşitlik ilkesine aykırı olduğu gibi, burada kanun yolunu kabul etmenin hukuki denetim amacına, müessesenin niteliğine ve her şeyden önce mantığına da aykırıdır”¹⁰. Bu sebeple gerek itiraz hakkı olanın gerekse de dinlendiği için itiraz hakkı olmayanın kanun yoluna başvuru imkanı olduğunu belirtmeliyiz. Farklı bir görüşe göre ise: “İhtiyati tedbir talebinin kabulü halinde, bu karara karşı itiraz edilebileceğinden kanun yoluna başvurulamaz. Ancak ihtiyati tedbir kararına itiraz hakkında verilen karara karşı, kanun yoluna başvurulabilir”¹¹. Yukarıda açıklanan sebeplerle bu görüşe katılmıyoruz.

¹⁰ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1042.

¹¹ Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, B. 24, Ankara 2013, s. 562.

B. İhtiyati Tedbir Talebinin Reddi Kararına Karşı Başvuru Yolu

İhtiyati tedbir şartları mevcut değilse ihtiyati tedbir talebi reddedilir. İhtiyati tedbirin reddine karşı itiraz mümkün olmayıp, Kanun'da ihtiyati tedbir talebinin reddi halinde kanun yoluna başvurulabileceği belirtilmiştir. HMK m. 391 uyarınca: "İhtiyati tedbir talebinin reddi hâlinde, kanun yoluna başvurulabilir". Bu hüküm, mülga HUMK'ta bulunmayan yeni bir düzenlemedir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'ndaki düzenlemeyle, ihtiyati tedbir kurumunun kötüye kullanılmasının, farklı mahkemelerce aynı konularda farklı kararların verilmesinin ve bu kararların denetim dışı kalması gibi sakıncaların önüne geçilerek ihtiyatî tedbir konusunda, daha sağlıklı karar verilmesi hedeflenmiştir. Kanun yoluna başvuru hâlinde, ihtiyatî tedbirin özelliği gereği, bu başvuru öncelikle incelenecek ve inceleme üzerine verilen karar da kesin olacaktır (m. 391/3, c. 2).

III. İHTİYATİ TEDBİR KARARI ÜZERİNE BAŞVURULACAK KANUN YOLUNDAN NE ANLAŞILMASI GEREKTİĞİ HAKKINDA GÖRÜŞLER

A. Konu Hakkında Doktrindeki Görüşler

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ihtiyati tedbir talebi üzerine verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurulabileceği belirtilmekle birlikte, bu kanun yolunun hangisi olacağı belirtilmemiştir. Aslında bu belirtmeye gerek de yoktur; zira hangi kanun yolu yürürlükte ise o kanun yoluna başvurulması tabiidir. Bununla birlikte Yargıtay'ın farklı kararlarından ötürü doktrinde de bu konuda çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.

Umar'a göre: "MK m. 1'deki yorum ilkesi yani yasanın sözüyle ve özüyle uygulanacağı ilkesi yalnız medeni hukukta değil, yargılama usulü hukukları dahil bütün hukukta geçerlidir; demek ki yasa koyucunun gütmüş olması gereken amaç bugünün koşulları ve gerçekleri karşısında ne olmak gerekiyor ise yasanın sözünü o doğrultuda yorumlayıp uygulama yapılması gerektiğinden ve m. 395/V'te bir kanun yolu açmak istediğinden, bunun tartışması olmayacağından, halen işleyen tek kanun yolunun (temyiz yolu-

nun) orada söz edilen başvuru için açık olduğu yorumunu benimsemek doğru ve zorunludur”¹².

Pekcanitez/Atalay/Özekes’e göre: “Burada söz konusu olan kanun yolu istinaftır; ancak Bölge Adliye Mahkemeleri kurulup istinaf yürürlüğe girinceye kadar 1086 sayılı Kanun’un kanun yoluna ilişkin temyiz hükümleri uygulanacaktır. Zaten, 2003 yılından bugüne kadar da ihtiyati haciz kararları bakımından bu konuda tereddüt olmadan doğrudan temyiz yoluna başvurulmaktadır. Ancak Yargıtay’ın bazı daireleri (biraz da iş yükü endişesi ile) ihtiyati tedbir kararlarına karşı kanun yoluna başvurulamayacağı yönünde bir yaklaşım içine girmiştir. Böyle bir durum, açık kanun hükmüne rağmen hakkın dağıtımından kaçınmak ve kanunun tanıdığı bir kanun yolu ve hukuki imkanı kabul etmemek olup açık sorumluluk sebebidir. Bölge adliye mahkemeleri göreve başlayıncaya kadar şu anda yürürlükte olan kanun yolunun temyiz olduğundan şüphe yoktur”¹³.

Sungurtekin Özkan’a göre: “Burada kanun yollarından anlaşılan 341/1. madde ve 362/f’de dikkate alındığında istinaftır. İstinaf mahkemeleri hayata geçirilinceye kadar HUMK m. 427 vd. hükümleri uygulanmaya devam edilecektir. Öte taraftan HMK’da Bölge Adliye Mahkemeleri’ne görev verilmiş olan hallerde bu mahkemeleri göreve başlama tarihine kadar HUMK’nun HMK’ya aykırı olmayan hükümleri uygulanacaktır”¹⁴.

Ulukapı’ya gör: “Gerek davadan önce gerek dava sırasında talep edilen ihtiyati tedbirin kabulüne yahut reddine ilişkin karar bir nihai karardır. Bununla birlikte, ihtiyati tedbirin kabulü halinde, zaten talep edenin bu kararı kanun yoluna götürme hakkı, itiraz üzerine verilecek kararda söz konusu olacağından, bu ihtimalde kararı kanun yoluna götürmek mümkün olmayacaktır. Buna mukabil, ihtiyati tedbirin reddine ilişkin kararı, kanun yoluna götürülebilecektir. Fakat Yargıtay’ın içtihadı birleştirme kararı hem ihtiyati tedbir kararlarının reddine ilişkin kararlara hem bu kararın kabulü halinde itiraz üzerine verilecek kararlara karşı temyiz yolunu kapatmıştır”¹⁵.

¹² Umar, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, B. 2, Ankara 2014, s. 1157.

¹³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1028-1031.

¹⁴ Sungurtekin Özkan, Meral, Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013, s. 400-401.

¹⁵ Ulukapı, Ömer, Medeni Usul Hukuku, B. 2., Konya 2014, s. 500.

Karşılı'ya göre: "Bölge Adliye Mahkemesi göreve başlayınca kadar ihtiyati tedbir kararlarına karşı ihtiyati tedbirin reddi veya kabulü kararına itiraz üzerine verilen kararlara karşı Yargıtay'a müracaat edilmelidir"¹⁶.

Özbay'a göre: "Burada kastedilen istinaf kanun yolu olmasına karşılık, HMK'ya 6217 sayılı Kanunla eklenen geçici 3.maddeye göre, istinaf kanun yolu yürürlüğe girinceye kadar temyiz yoluna başvurulacaktır"¹⁷.

Taşpınar Ayyavaz'a göre, Kanun koyucunun ihtiyati tedbirler konusunda mutlaka bir denetim istediği açıktır ve "kanun yolu" terimini temyiz olarak algılamak gerekir; zira mevcut ve uygulamada olan yol temyizdir"¹⁸.

Kiraz, "itiraz hakkında verilen karara karşı istinaf kanun yolunun açık olduğunu" vurgulamıştır"¹⁹.

Konuralp'e göre, HMK m. 391/3 ve HMK m. 394/5'te ihtiyati tedbire dair ilk derece mahkemesi kararlarına karşı kanun yoluna başvurulabileceği öngörülmüştür. Bununla birlikte bu kanun yolunun HMK m. 341 göz önüne alınarak sadece istinaf olarak anlaşılması gerekir"²⁰. Yazara göre, "Kanun

¹⁶ **Karşılı**, Abdurrahim, Medeni Muhakeme Hukuku, B. 3, İstanbul 2012, s. 758-759.

¹⁷ **Özbay**, s. 491.

¹⁸ **Taşpınar Ayyavaz**, Sema, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013, s. 469.

¹⁹ **Kiraz**, Taylan Özgür, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler, Ankara 2012, s. 80.

²⁰ "4949 sayılı Kanun'un 60. maddesiyle İİK'nın 258. maddesine eklenen "İhtiyati haciz talebinin reddi halinde alacaklı kanun yoluna başvurabilir" şeklindeki son fıkrada yer alan "kanun yolu" ifadesinin, temyiz yolunu da içerdiği aynı Kanun'un 63. maddesiyle İİK'nın 265. maddesine eklenen "İtiraz üzerine verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Yargıtay bu başvuruyu öncelikle inceler ve verdiği karar kesindir. Temyiz, ihtiyati haciz kararının uygulanmasını durdurmaz" şeklindeki son fıkradaki "teyiz" ifadesinin temyiz yolunu ifade ettiği konusunda Hukuk Genel Kurulu kararlarında bir duraksama mevcut değildir. Anılan HGK kararlarında ihtiyati hacze ilişkin olarak yerleşen görüş, Yargıtay'ın çoğunluk Daireleri tarafından da kabul görmüş olup, bu uygulama halen devam etmektedir. HMK'nın 448. maddesi uyarınca derhal yürürlüğe giren HMK m. 391 ve m. 394'te yer alan "kanun yolu" ifadesinin, bugüne kadar ki Yargıtay Hukuk Genel Kurulu kararları ve çoğunluk Yargıtay Hukuk Daireleri uygulaması ile öğretideki görüşler çerçevesinde yorumlanması, Yargıtay'ın en temel kuruluş amaçlarından biri olan hukuki birlik ve istikrarın sağlanması düşüncesine uygun düşer" (**Konuralp**, 6100, s. 253).

koyucunun HMK'nın 391. ve 394. maddelerinde ihtiyati tedbir isteminin reddine ve ihtiyati tedbire itiraza ilişkin kararlara karşı kanun yoluna başvurulabileceğini ifade etmesi, HMK'nın 341. maddesi karşısında gereksiz bir tekrar, dolayısıyla yasa yapma tekniği açısından ağır bir hata olacaktır. Bölge Adliye Mahkemeleri'nin fiilen faaliyete geçmesinden sonra ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü halinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilmesi için HMK'nın 391. ve 394. maddelerinde "kanun yolu"nun da acık olduğuna dair hüküm aramaya gerek kalmayacaktır"²¹.

Gençcan'a göre ise: "İhtiyati tedbir kararına karşı kanun yolu HMK m.342 hükmü ile istinaf yolu şeklinde emredici şekilde düzenlenmiştir. Kanun yoluna ilişkin bu emredici düzenlemenin daraltılması, genişletilmesi, değiştirilmesi veya kaldırılmasına ilişkin yorum ve uygulamalar TMK m.33 hükmüne karşı meydan okuma sayılmalıdır"²².

Görüldüğü üzere doktrinde çoğunluk görüşü, kanun yolundan istinaf anlaşılması gerektiği fakat bölge adliye mahkemelerinin kurulmadığı süreçte temyiz yoluna müracaat edilebilmesi gerektiğidir.

B. Kanun Yolundan Ne Anlaşılması Gerektiğine İlişkin Yargıtay Dairelerinin Görüşü ve Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda istinaf kanun yolu da düzenlendiğinden ve HMK m. 391/3 ve m. 394/5'te sadece "kanun yolu" ifadesi yer aldığından, 1086 sayılı Kanun'a göre temyize müracaat edilip edilmeyeceği tereddüt uyandırmış, HMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren Yargıtay Daireleri arasında görüş ayrılıkları ortaya çıkmıştır²³. Uygulamada tartışılan

²¹ **Konuralp**, 6100, s. 254.

²² **Gençcan**, s. 1329.

²³ Birinci Hukuk Dairesinin 17.12.2012 tarih, E:2012/16579 K:2012/15322, 10.01.2012 tarih, E:2012/436 K:2012/7, 18.09.2012 tarih, E:2012/11443 K:2012/9598, 24.05.2012 tarih, E:2012/6976 K:2012/6023; İkinci Hukuk Dairesinin 05.04.2012 tarih, E:2012/2406 K:2012/8556; Üçüncü Hukuk Dairesinin 04.07.2012 tarih, E:2012/10508 K:2012/16819, 04.07.2012 tarih, E:2012/10508 K:2012/16189; Dördüncü Hukuk Dairesinin 08.02.2012 tarih, E:2012/867 K:2012/1672, 05.07.2012 tarih, E:2012/8405 K:2012/

ve içtihatların birleştirilmesine sebep olan görüş ayrılıklarının özü, söz konusu geçici maddenin yollamasıyla HMK'nun 391. ve 394. maddelerinde öngörülen kanun yollarının bu süreçte temyiz olarak uygulanıp uygulanmayacağı hususuna ilişkindir.

1. Temyiz Yolunun Kapalı Olduğu Görüşünde Olan Daireler

Yargıtay 3.Hukuk Dairesi 2013 tarihli bir kararında, “ihtiyati tedbir kararının geçici nitelikte bir önlem olduğu, durum ve şartların değişmesi halinde değiştirilebileceğinden buna ilişkin mahkeme kararının temyiz edilme olanağı olmadığı” sonucuna varmıştır²⁴.

11646; Altıncı Hukuk Dairesinin 20.06.2012 tarih, E:2012/6264 K:2012/9311, 18.03.2013 tarih, E:2013/3628 K:2013/4653; Sekizinci Hukuk Dairesinin 13.03.2012 tarih, E:2012/1742 K:2012/1778, 15.10.2012 tarih, E:2012/10916 K:2012/9223; Onuncu Hukuk Dairesinin 11.04.2013 tarih, E:2013/7473 K:2013/7560; Onbirinci Hukuk Dairesinin 28.06.2012 tarih, E:2012/7898 K:2012/11432, 14.01.2013 tarih, E:2012/14392 K:2013/597, 20.10.2011 tarih, E:2011/12256 K:2011/14257, 26.09.2012 tarih, E:2012/11930 K:2012/14394; Onüçüncü Hukuk Dairesinin 26.06.2012 tarih, E:2012/15109 K:2012/16689, 21.03.2012 tarih, E:2012/2615 K:2012/7420; Onbeşinci Hukuk Dairesinin 02.04.2013 tarih, E:2013/1845 K:2013/2282; Onaltıncı Hukuk Dairesinin 27.06.2013 tarih, E:2013/5462 K:2013/7453; Onyedinci Hukuk Dairesinin 27.05.2013 tarih, E:2013/6677 K:2013/7808, 03.06.2013 tarih, E:2013/6898 K:2013/8269; Onsekizinci Hukuk Dairesinin 09.07.2012 tarih, E:2012/7685 K:2012/8845; Ondokuzuncu Hukuk Dairesinin 09.10.2012 tarih, E:2012/9253 K:2012/14677, 05.03.2013 tarih, E:2013/1088 K:2013/4111; Yirmiüçüncü Hukuk Dairesinin 11.03.2013 tarih, E:2013/1129 K:2013/1429, 03.05.2013 tarih, E:2013/3103 K:2013/2932, 12.04.2013 tarih, E:2013/1102 K:2013/2368, 16.01.2013 tarih, E:2012/6806 K:2013/111 sayılı kararlar.

²⁴ 3. HD, 2013/3548 E, 2013/4175 K, 12.3.2013 T. “Temyize konu edilen ihtiyati tedbir talebine ilişkin kararın 6100 sayılı HMK'nun yürürlükte olduğu dönemde ittihaz olunduğu açıktır... Ancak uyuşmazlığa 1086 sayılı HUMK'nun temyize ilişkin hükümlerinin uygulanacağı sonucuna varılmaktadır. Bu açıklamaların ışığı altında temyiz olunan hükmün incelenmesi neticesinde ihtiyati tedbire ilişkin olduğu ve kararın temyizi sebebiyle aşağıdaki değerlendirme yapılmıştır. HUMK'nun 427. maddesine göre temyiz, mahkemelerden verilen nihai kararlara karşı başvurulacak kanun yoludur. İhtiyati tedbir kararı ise geçici nitelikte bir önlem olup, durum ve şartların değişmesi halinde değiştirilebileceğinden buna ilişkin mahkeme kararının temyiz edilme olanağı yoktur”. (Ateş, Mustafa, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yargıtay İlke Kararları, C.II, Ankara 2013, s. 1690).

Yargıtay 16.Hukuk Dairesi 2013 tarihli bir kararında, “nihai karar olmadığından ve 427. madde temyiz yolunu nihai kararlara açtığından temyizen inceleme olanağı bulunmadığı” sonucuna varmıştır²⁵.

Yargıtay 17.Hukuk Dairesi 2013 tarihli bir kararında, “kanun yolu ibaresinden temyiz anlaşılamayacağı, temyiz başvurusunun reddi gerektiği” sonucuna varmıştır²⁶.

Yargıtay 19.Hukuk Dairesi 2012 tarihli bir kararında, “başvurulacak kanun yolundan sadece istinafin anlaşılması gerektiğine” hükmetmiştir²⁷.

Birinci Hukuk Dairesi, Üçüncü Hukuk Dairesi ve On yedinci Hukuk Dairesi konu ile ilgili olarak²⁸ Yargıtay Birinci Başkanlığına bildirdikleri görüşlerinde özetle : “6100 sayılı Kanuna eklenen Geçici 3.maddenin üçüncü fıkrasındaki hükmün dayanak gösterilerek 6100 sayılı Yasada bölge adliye mahkemelerine verilen görevlerin Yargıtay tarafından tamamen yerine getirilmesi gibi bir sonucun çıkarılması doğru olmayacaktır. Çünkü anılan fıkra metninde de ifade edildiği gibi bölge adliye mahkemelerine verilen görevlerden sadece 1086 sayılı Kanun’da belirtilen ve yine bu Kanun’a aykırı olmayan kısımlarının uygulanması öngörülmektedir. Bu maddenin birinci fıkrasında da belirtildiği gibi 1086 sayılı Kanun’un sadece temyize ilişkin hükümlerinin geçici olarak uygulama olanağı bulunmakta olup; ayrıca 6100 sayılı Yasa’ya göre de, bir geçici hukuki koruma müessesesi olan “ihtiyati tedbir kararları” hakkında bölge adliye mahkemeleri için öngörülen kanun yolunun, yasal bir dayanak olmadan temyiz yolu şeklinde yorumlanması yasanın amacına ve müessesenin getiriliş gerekçelerine uygun bir sonuç olmayacaktır. Öte yandan HUMK’nun 427.maddesine göre temyiz, mahkemelerden verilen nihai kararlara karşı başvurulacak kanun yoludur. İhtiyati tedbir kararı, geçici nitelikte bir önlem olup, durum ve şartların değişmesi halinde değiştirilebileceğinden buna ilişkin mahkeme kararlarının 6100

²⁵ 16.HD, 2013/5462 E, 2013/7453 K, 27.6.2013 T. (Sungurtekin Özkan, s. 401).

²⁶ 17.HD, 2012/6898 E, 2012/8269 K, 3.6.2013 T. (Sungurtekin Özkan, s. 401).

²⁷ 19.HD, 2012/8569 E, 2012/14679 K.; 2012/6949 E, 2012/14678 K.; 2012/9253 E., 2012/14677 K. (Konuralp, 6100, s. 253-254).

²⁸ Bkz. YİBHGK, 21.2.2014 T., 2013/1 E., 2014/1 K. (17 Nisan 2014 Tarihli Resmi Gazete, S. 28975).

sayılı Kanun'un ek 3. maddesine göre temyiz edilme olanağı" bulunmadığını bildirmişlerdir.

2. Temyiz Yolunun Açık Olduğu Görüşünde Olan Daireler

Yargıtay 1.Hukuk Dairesi 2012 Tarihli kararında, maddede geçen "kanun yolu" ifadesinin "temyiz" olarak düşünülmesi gerektiğine vurgu yapmıştır²⁹.

Yargıtay 11.Hukuk Dairesi 2012 tarihli bir kararında, ihtiyati tedbir kararına karşı temyiz yoluna gidilebileceğine açıkça hükmetmiştir³⁰.

Yargıtay 20.Hukuk Dairesi 2012 yılında verdiği kararında ihtiyati tedbir talebine karşı temyiz yoluna başvurulabileceği kararına varmıştır³¹.

Dördüncü Hukuk Dairesi, Altıncı Hukuk Dairesi, Sekizinci Hukuk Dairesi, Onbirinci Hukuk Dairesi, Onüçüncü Hukuk Dairesi, Onsekizinci Hukuk Dairesi, Ondokuzuncu Hukuk Dairesi ve Yirmiüçüncü Hukuk Dairesinin konuyla ilgili olarak Yargıtay Birinci Başkanlığına bildirdikleri görüşlerinde özetle: "*ihiyati tedbir taleplerinin reddi veya bu taleplerin kabulü halinde yapılan itirazlar üzerine ilk derece mahkemeleri tarafından verilen kararlara karşı yapılan kanun yolu başvurularını, 6100 sayılı HMK'nun*

²⁹ 1. HD, 2011/14597 E, 2012/942 K, 8.2.2012 T. "...1086 Sayılı HUMK'na göre ihtiyati tedbir talebinin reddi veya kabulüne ilişkin karara yapılan itirazın reddine ilişkin kararlara karşı temyiz yolu kapalı ise de; 1.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren ve 448. maddesi ile tamamlanmamış işlemlerde de 6100 Sayılı Yasanın uygulanması, aynı yasanın 389 ve takip eden maddeleri ile temyiz yolu için öngörülen hükümlerinin gözetilmesi gerekeceği açıktır" (Budak, Ali Cem/Özer Tülay, Açıklayıcı Notlarla Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hakkındaki İlk 100 Yargıtay Kararı, Ankara 2012, s. 380).

³⁰ 11. HD, 2012/14543 E, 2012/17385 K, 5.11.2012 T. "...Kararın temyiz edilip edilemeyeceği, kanun tarafından tayin edileceğinden, HMK'nun bu düzenlemesi karşısında, aleyhine ihtiyati tedbir istenen ancak yokluğunda verilen tedbir kararına karşı itiraz ve kanun yoluna başvurma hakkı mevcut olup, yüze karşı verilen ihtiyati tedbir kararlarına karşı ise itiraz ve temyiz yolu kapalıdır" (Yılmaz, Ejder, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, B. 2, Ankara 2013, s. 1685-1686).

³¹ 20. HD, 2012/10910 E, 2012/10994 K, 1.10.2012 T. "İhtiyati tedbir talebine karşı temyiz yasa yoluna başvurulabilir." (Ateş, s. 1700).

341, 391/3 ve Geçici 3.maddeleri uyarınca temyiz yolu olarak kabul etmek“ gerektiğini bildirmişlerdir³².

3. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun Kararı

Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, İlk derece mahkemelerince verilen ihtiyati tedbir taleplerinin reddi veya bu taleplerin kabulü hâlinde, itiraz üzerine verilen kararlara karşı temyiz yolunun kapalı olduğu kararna varmıştır³³.

Konu kararın gerekçesine baktığımızda, özetle: “...ihtiyati tedbir ile ilgili kararların nihai nitelikte bir karar olup olmadığı ve bu tür kararların temyiz edilebileceği konusunda özel bir düzenlemenin bulunup bulunmadığı hususlarının irdelenmesi gerekir. Görüşmeler sırasında ihtiyati tedbir kararlarının teknik olarak bir ara kararı olmayıp hem ara kararı, hem de nihai karar niteliği taşımayan kendine özgü niteliği olan bir karar türü olduğu; geçici nitelikteki bir nihai karar özelliğini taşıdığı şeklinde görüşler ileri sürülmüş ise de; 1086 sayılı Kanuna göre, sadece nihai nitelikteki kararlar ile özel yasalarla öngörülen karar türlerinin (ihtiyati haciz kararlarında olduğu gibi) temyiz edilebileceğinin kabul edilmesi karşısında Kurul çoğunluğunca bu görüşe itibar edilmemiştir....Anayasanın 6.maddesine göre:” Hiçbir kimse veya organ, kaynağını Anayasadan almayan bir Devlet yetkisini kullanamaz”. Yine Anayasanın 142.maddesine göre de: “Mahkemelerin kuruluşu, görev ve yetkileri, işleyişi kanunla düzenlenir”. Nitekim bu husus, 6100 sayılı HMK'nun 1. maddesinde: “Mahkemelerin görevi, ancak kanunla düzenlenir. Göreve ilişkin kurallar kamu düzenindedir.” Şeklinde düzenlenmiştir. Aynı ilkeye Yargıtay'ın “Mahkemelerin görevi kamu düzeni ile ilgilidir; kıyas veya yorum yolu ile genişletilemez” şeklindeki kararında (YİBK. 1977/4-4) de yer verilmiştir. Bu bakımdan mahkemelerin görev ve yetkilerinin kıyas ve yorum yoluyla genişletilmesinin olanaklı olmadığı sonucuna varılmıştır. Bu bağlamda temyiz kanun yolunun amacı, kanunların ülke

³² Bkz. Adı geçen İçtihadı Birleştirme Kararı.

³³ YİBHGK, 21.2.2014 T., 2013/1 E., 2014/1 K. (17 Nisan 2014 Tarihli Resmi Gazete, S. 28975).

sınırları içinde yer alan bütün mahkemelerde aynı anlayışla (yeknesak) uygulanmasını sağlamak olup, söz konusu Geçici 3.maddenin birinci fıkrası yollamasıyla, ilk derece mahkemelerinin kararları HUMK'nun temyize ilişkin maddelerinde belirtilen esas ve usuller çerçevesinde incelenecek ve sonucunda sadece; onama, bozma veya düzelterek onama şeklinde karar verilebilecek, diğer bir ifadeyle bu tür kararlara karşı istinaf yolunun açılmasını öngören düzenlemelere ilişkin gerekçelerde belirtildiği gibi maddi ve hukuki yanlışlıkların herhangi bir hak kaybına neden olmadan süratle düzeltilmesi şeklinde sonuca etkili bir karar verilemeyecektir. Çünkü Yargıtay mevcut hükümleri çerçevesinde bölge adliye mahkemeleri gibi hukukilik denetimi yanında yerindelik denetimi yaparak ilk derece mahkemesinin kararını kaldırıp yeniden bir karar veremeyecektir...1086 sayılı Kanunda ihtiyati tedbir kararlarına karşı kanun yoluna gidilmesine yönelik herhangi bir hüküm bulunmaması ve bu müessesenin HMK ile getirilmiş yeni bir müessese olduğu hususları gözetildiğinde anılan maddenin bu fıkrası hükmü uyarınca da ihtiyati tedbirler hakkında temyiz yoluna gidilebileceği hususunda bir yorum ve uygulama yapılamayacağı da açıktır ...Bu itibarla HMK'nun 391. ve 394. maddelerinde geçen “kanun yolu” ibaresi ile kastedilenin istinaf yolu olduğu, Geçici 3.madde yollamasının sadece HUMK'nun temyize ilişkin hükümlerini kapsadığı ve ihtiyati tedbire ilişkin kararların nihai nitelikte kararlardan olmadığı, ayrıca bu konuda özel bir düzenlemenin de bulunmadığı gözetildiğinde bu tür kararların temyiz yolu kapsamında incelenemeyeceği kanaatine varılmıştır.”SONUÇ: Yukarıda açıklanan nedenlerle; “İlk derece mahkemelerinden verilen ihtiyati tedbir taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü hâlinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamayacağına” 21.02.2014 tarihinde oy çokluğu ile karar verildi.

4. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun Kararı'ndaki Karşı Oylar

Yukarıda aktarılan İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı'na karşı oldukça ayrıntılı iki karşı oyu paylaşmayı uygun buluyoruz. Zira “Değerlendirme ve Sonuç” bölümümüzde de ayrıntısıyla belirteceğimiz gibi Karşı Oylar, Karar'a göre çok daha ayrıntılı ve gerekçeleri çok daha tutarlıdır. Yeri gelmişken şunu da ifade edelim ki, ihtiyati tedbir talebinin reddi

halinde ve bu talebin kabulü halinde itiraz üzerine verilecek kararlara karşı kanun yolunun açık olduğu ve kanun yolunun temyiz olarak anlaşılabilir, temyiz incelemesinin yapılması gerektiği görüşünde olan üyelerin sayısı hiç de az değildir; zira karar 75'e karşı 76 oyla verilmiştir. Bu kadar önemli bir konuda, sınırda bir karar çıktığını, "kanun yolu"ndan, temyiz anlaşılması gerektiğini düşünen üye sayısının, bunun aksini savunan üye sayısı kadar olduğunu vurgulamak isteriz.

a. Birinci Karşı Oy

İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararına karşı, birinci karşı oy: "...*Bölge Adliye Mahkemeleri göreve başlama tarihine kadar olan dönem için; Hukuk Muhakemeleri Kanununun 391/3 ve 394/5.maddesindeki "kanun yolu" tabirinin "temyiz" yolunu da içerecek şekilde anlaşılması gerektiğini ve böylece ihtiyati tedbir kararlarına karşı kanunda gösterilen çerçevede temyiz yoluna başvurulabileceğini düşünüyor; aksi yöndeki çoğunluk görüşüne katılmıyoruz*" sonucuna varmıştır.

Birinci karşı oy incelendiğinde, yukarıda belirtilen sonuca ulaşma gerekçeleri şunlardır:

aa) Denetim yolu olarak "kanun yolu" teriminin kullanılmasını yeterli görmeyip, açıkça "temyiz" ya da "istinaf" terimlerinin kullanılmasını aramak; usûl hukukunun kanun yoluna ilişkin esaslarını yok saymak sonucunu doğurur³⁴:

³⁴ Birinci Karşı Oy'dan: "...Türk hukukunun da tabii olduğu hukuk sistemlerinde üst kavram olan hukuki başvuru ya da hukukî çare ile, onun altında yer alan kanun yolu farklı kavramlardır. Örneğin, icra hukukunda şikâyet, karşı taraf dinlenmeden verilen tedbir kararına karşı itiraz birer hukukî çaredir. Ancak bunlar teknik anlamda bir kanun yolu değildir. Zira, mahkeme kararlarında kanun yolu denetiminin söz konusu olabilmesi için iki unsur önemlidir. Birincisi erteleyici etki, ikincisi aktarıcı etkidir. Yani, kanun yoluna başvuru ile kararın kesinleşmesi ertelenebilmeli ve ayrıca inceleme bir üst organa aktarılarak bir üst yargı organı tarafından incelenmesi gerekmektedir. Mahkemenin kararına karşı yine aynı mahkemeye başvurulması veya eş düzeyde bir başka mahkemeye başvurulabilmesi: bu nedenlerle bir kanun yolu denetimi sayılmaz. Bu nedenle "itiraz" bir kanun yolu olmayıp; HMK.da da kanun yolu olarak sayılmamıştır. Bu çerçevede istinaf ve temyiz birer kanun yolu olduğu şüphesizdir. Şu anda, hukuken ve kanunî düzenleme olarak her iki kanun yolu hukukumuzda mevcuttur. Ancak, istinaf

bb) Kanun yolu terimine sadece istinaf kanun yolunu ifade eder şekilde farklı bir anlam yüklemek mümkün değildir³⁵.

cc) 2003 yılında İİK'da, 4949 sayılı Kanunla birlikte ihtiyati haciz kararlarına karşı kanun yoluna başvurma imkânı getirilmiş olup aynı gerekçeyle ihtiyati tedbir kararlarına karşı da kanun yolu denetimi getirilmek istenmiştir³⁶.

kanun yoluna ilişkin hükümler, bölge adliye mahkemeleri kuruluncaya kadar yürürlüğe girmemiştir. Dolayısıyla halen yürürlükte olan ve geçerli olağan kanun yolu, “temyiz” ve onun devamı niteliğindeki “karar düzeltme”dir. Bu çerçevede, kanun yoluna farklı anlamlar yüklemek. HMK'da bazı hükümlerde denetim yolu olarak “kanun yolu” teriminin kullanılmasını yeterli görmeyip, açıkça “temyiz” ya da “istinaf” terimlerinin kullanılmasını aramak; usûl hukukunun kanun yoluna ilişkin esaslarını yok saymak sonucunu doğuracaktır”.

³⁵ Birinci Karşı Oy'dan: “...Mevcut HMK'nın yürürlükte olmayan sekizinci kısmının (HMK m. 341-381) kenar başlığı “Kanun Yolları’dır. Bu hükümler içinde de Birinci Bölüm “İstinaf, ikinci Bölüm “Temyiz”; üçüncü Bölüm “Yargılamanın İadesi” başlığının taşımaktadır. Bundan da anlaşılacağı gibi; olağan konuyu yolları istinaf ve temyiz (temyiz devamı olarak “karar düzeltme”) de bu kapsamdadır. Keza, HMK'nın bu hükümleri, HMK geçici 3. madde sebebiyle henüz yürürlüğe girmediği için, şu an uygulanan 1086 sayılı HUMK'un 427 ve devamı hükümlerini ihtiva eden Üçüncü Bap'ın kenar başlığı da “Hükümlere Karşı Müracaat Tarikleri”dir. Bu bakımdan sistematik olarak kanun yolu terimini sadece istinaf kanunun yolunu ifade eder şekilde farklı bir anlam yüklemek ne mümkün ne de muhtemeldir”.

³⁶ Birinci Karşı Oy'dan: “...2003 yılında İİK'da 4949 sayılı Kanunla birlikte ihtiyati haciz kararlarına karşı kanun yoluna başvurma imkânı getirilmiş, ihtiyati tedbirler bakımından ise, bu imkan 6100 sayılı HMK'nın kabulü ile birlikte tanınmıştır. Öncelikle HMK'daki bu konudaki hükümlere bakıldığında “istinaf” ifadesi değil, dahi genel olarak “kanun yolu” (m. 391/3, 394/5) ifadesi kullanılmaktadır. Yani kanun koyucunun buradaki amacı, ihtiyati tedbirlere karşı konun yolu denetimini açmak, bu kararları denetimsiz bırakmamaktır. Hatta, ihtiyati hacizlere ilişkin paralel düzenleme olan İİK m. 258/3'de kanun yolu, İKK m. 265/5'de ise temyiz denilmesini rağmen HMK m. 391/3 ve 394/5'de sadece daha genel ifade ve kavram olan kanun yolu denilmektedir. ... Burada ortaya koyduğumuz gerekçenin en önemli dayanağı, ihtiyati hacizler bakımından mevcut düzenlemedir. Para alacaklarına özgü bir geçici hukukî koruma olan ihtiyati hacizler bakımından (İİK m. 257 vd.), 4949 sayılı KANUNLA birlikte 2003 yılından beri kanun yolu olarak temyiz yoluna başvurulmaktadır. Ve yine unutulmamalıdır ki, o tarihten beri yürürlüğe girmemekle birlikte istinaf kanun yolu da mevcuttur. Bu çerçevede şu sorular sorulmalıdır: 2003'den beri ihtiyati haciz kararları için de kanun yolu

dd) Kanun koyucunun HMK ile birlikte, geçici korumalar arasında yer alan ihtiyati tedbirler bakımından, bir kanun yolu denetimi sağlama amacıyla olduğu açıktır³⁷.

ee) Kanunla düzenlenen bir konuda içtihadı birleştirme yoluna gidilemez³⁸.

açık ve aslında istinafa başvurulması gerekirken; henüz bölge adliye mahkemelerinin faaliyete geçirilmemesi sebebiyle yürürlükteki kanun yolu olarak temyiz denetiminin açık tutulması; benzer düzenlemeyi içeren ihtiyati tedbirler bakımından ise temyiz denetiminin kapalı tutulması bir çelişki olmayacak mıdır? Farklı uygulama yapılmasını gerektirecek hangi değişiklikler olmuştur? Eğer ihtiyati tedbirler bakımından farklı bir sonuç kabul edilecekse; 2003 yılından beri, benzer hükümlerle ihtiyati haciz kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulması nasıl izah edilecektir? İhtiyati tedbir kararlarına karşı kanun yoluna başvurma imkanı getiren 6100 sayılı HMK.nun 391/3 ve 394/5.maddelerine ilişkin gerekçede açıkça “belirtilen fıkralardaki düzenlemelerin ihtiyati hacizdeki hükümlere paralel bir düzenleme olduğu” yazılıdır”.

³⁷ Birinci Karşı Oy’dan: “...Kanun koyucunun HMK ile birlikte, geçici korumalar arasında yer alan ihtiyati tedbirler bakımından, bir kanun yolu denetimi sağlama amacıyla olduğu çok açıktır. Bölge adliye mahkemeleri göreve başlayınca kadar şu anda yürürlükte olan kanun yolunun da temyiz olduğunda şüphe yoktur. Nitekim, kanun yolu açık olan nihaî kararlara karşı şu anda temyize başvurulmaktadır. İhtiyati tedbirler bakımından temyize başvurulamayacağına gerekçe yapılan, HMK m. 362/1-f henüz uygulamaya dahi girmemiştir. Her şeyden önce geçici 3. madde sebebiyle bu hükümlerin şu anda uygulanması mümkün olmağı gibi ayrıca HMK m. 362’nin uygulanabilmesi (yani yeni kanun yolu sistemi yürürlüğe girdiğinden temyize başvurabilmek) için öncelikle bölge adliye mahkemesince verilmiş bir karar olmalıdır. HMK m. 362’de, istinafla birlikte uygulanan sistemde bölge adliye mahkemesi kararlarına (istinaf) karşı sadece bir üst kanun yolu olan temyiz yolunu kapatmıştır. Oysa, geçici hukukî koruma kararlarına karşı kanun yolunun açık olduğu hem m. 391/3 ve 394/4 hem de m. 341/1’in hükümleri gereğidir. HMK m. 391 ve 394’ün şu anda yürürlükte olduğu tereddütsüzdür. Çünkü, ihtiyati tedbirler bakımından, tedbir talebinin reddi halinde HMK m. 391/3, tedbir talebinin kabulü halinde (karşı taraf dinlenmeden karar verilirse itirazdan sonra, karşı taraf dinlenerek verilirse -karşı taraf dinlenmişse itirazlarını o sırada yapmak durumunda olduğundan- itiraza gerek olmadan) HMK m. 394/5 “kanun yoluna” başvurabileceğini açıkça öngörmüştür. Kanun koyucunun iradesi bu yöndeyken tedbir kararlarına karşı kanun yolunu kapatmak, “güçler ayrılığı”nı esas alan bir demokratik hukuk devletinde, yargı erkini temsil eden mahkemelerin bir başka güç olan yasama organının kanunî düzenlemesini yok farzetmesi sonucu doğuracaktır”.

ff) İhtiyati tedbire karşı temyize başvurulmamasının gerekçesi olarak, şu anda yürürlükte olmayan HMK m. 341/1 ve özellikle HMK m. 362/7-f hükmüne dayanılmış olup, bu iki hükmün şu anda yürürlüğü askıdadır³⁹.

³⁸ Birinci Karşı Oy'dan: "...Açık kanun hükümleri karşısında içtihat yoluna gidilmesi, bizim de içinde bulunduğumuz Kıta Avrupası hukuk sisteminde mümkün değildir. Bu sebeple içtihadı birleştirme yoluna gitmek için temel unsur bulunmamaktadır. Kanunun açık hükmü varsa, o konuda içtihadı bir yorum yapmak mümkün değildir. Ancak, Yargıtay'ın az da olsa bazı dairelerinin bu açık kanun hükümlerine rağmen, ihtiyati tedbirlere karşı kanun yolunu kapatmış olması karşısında hukuken şartları da oluşmasa da İBK yolundan başka bir imkân kalmadığı da görülmektedir. ... Tüm bunlar bir yana, kanun koyucunun tereddüde yer bırakmayacak şekilde, kanun yolu imkânını açmasına rağmen, aslında içtihat mevzuu olmayan açık kanun hükmü karşısında, içtihadı birleştirme kararıyla bu yol kapatılırsa, bu hak arayanlara tanınan bir kanun yolunun, bir denetim derecesinin içtihatla kapatılması anlamına gelecektir. Böyle bir durumda, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru yoluyla veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine başvuru halinde, kanunun tanıdığı bir yolun kapatılması sebebiyle, Yargıtay'ın bir İBK'nın, Anayasa Mahkemesi veya AİHM tarafından hak arama özgürlüğünün kısıtlanması ve adil yargılanma hakkına aykırılık sebebiyle başvurunun kabulü (ihlal) sonucunu doğurabilecek, belki de ilk defa İBK'nın, Anayasa, kanun ve adil yargılanma hakkına aykırılığı gündeme gelebilecektir".

³⁹ Birinci Karşı Oy'dan: "...Saygın çoğunluk, ihtiyati tedbire karşı temyize başvurulmamasının gerekçesi olarak, şu anda yürürlükte olmayan HMK m. 341/1 ve özellikle HMK m. 362/7-f hükmüne dayanıldığı, bu hükümlerde de geçici hukukî koruma kararlarına karşı sadece istinafa başvurulup temyize başvurulamayacağının düzenlediğini ileri sürmektedir. Ancak unutmamak gerekir ki, bu iki hüküm de şu anda yürürlükte olmayıp yürürlüğü askıdadır. Eğer yürürlükte olsaydı, şüphesiz bu kararlara karşı sadece istinaf yoluna başvurulacak, bu şekilde kanun yolu yerine getirilmiş olacak, ondan sonra da artık temyiz yoluna gidilemeyecekti. Yürürlükte olmayan hükümlerden hareket edilerek, yürürlükte olan bir kanun yolunun(temyiz)kapalı olduğu sonucuna varmak; kabul edilebilir bir yorum yöntemi değildir. Keza, kötü kaleme alınmış olsa da, HMK geçici m. 3, özetle bölge adliye mahkemeleri faaliyete başlayıncaya kadar 1086 sayılı Kanunun kanun yoluna ilişkin hükümlerinin uygulanacağını düzenlemektedir. Yine unutmamak gerekir ki, TMK. 1.madde gereğince, kanun sözüyle ve özüyle değiştiği bütün konularda uygulanır. Sadece bazı kelimeler üzerinden hareket edilerek, kanunun hem sözünü hem özünü ortadan kaldıran bir yola gitmek, hukuk devletine ve kanun koyucunun ortaya koyduğu amaca aykırıdır. Kural olarak mahkemelerin görevleri kanunla belirlenir ve kıyas yöntemi kullanılarak görevli olmayan bir mahkeme görevli olarak kabul edilemez. Ne var ki, her kanun maddesinin uygulanması az veya çok bir hukuki yorum faaliyetinin gerektirir. Kaldı ki, korum yöntemleri bakımından, lafzı, gaî, tarihî, sistematik

b. İkinci Karşı Oy

İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu kararına karşı, ikinci karşı oy: “...6100 sayılı HMK'nun 389 ve devamı maddelerinde düzenlenen geçici hukuki koruma yollarından birisi olan ihtiyati tedbir talebinin reddi halinde ve bu talebin kabulü halinde itiraz üzerine verilecek kararlara karşı kanun yolunun açık olduğu ve kanun yolunun temyiz olarak anlaşılacak temyiz incelemesinin yapılması gerektiği” sonucuna ulaşmıştır.

İkinci karşı oy incelendiğinde, yukarıda belirtilen sonuca ulaşma gerekçeleri şunlardır:

aa) İstinaf kanun yolu henüz yürürlüğe girmediğine göre elimizde kanunî düzenlemeye göre tek bir kanun yolu kalmakta olup, bu yolda temyiz kanun yoludur⁴⁰.

vs. tüm yorum yöntemleri dikkate alındığında, yukarıdaki açıklandığı üzere kanunun sözü, özü, sistematik düzenlemesi, gerekçesi, tarihi süreci göz önüne alındığında; ihtiyati tedbir kararlarına karşı şu anda kanun yolunun kapalı olması gerektiği konusunda bir sonuca götürmez. Şayet böyle bir sonuca varılırsa, bu, tüm yorum yöntemlerini dışarıda bırakarak bir sonuca varmak olacaktır. Nitekim öğretide de İstinaf mahkemeleri göreve başlayınca kadar, ihtiyati tedbir kararların karşı nihai hükümden bağımsız olarak kanun yoluna başvurulamayacağına ilişkin açık bir görüş mevcut değildir”.

⁴⁰ İkinci Karşı Oy'dan: “...6100 sayılı Kanununun 341-374 maddelerinde yer alan düzenlemesi doğrultusunda iki olağan kanun yolu bulunmaktadır. Bu iki olağan kanun yolu istinaf yolu ve temyiz yoludur. Bu iki kanun yolundan başka, yargılamanın iadesi adıyla konumuzla ilgisi bulunmayan olağanüstü kanun yolu bulunmakta, ancak, başka bir olağan kanun yolu bulunmamaktadır. Bugün itibarıyla temyiz ve istinaftan başka kanun yolu yoktur. O halde 6100 sayılı Kanunda, kanun yolu olarak geçen ibarelerin 2 yoldan birine atıf yaptığını kabul etmek zorunludur. Bu zorunluluktan hareket edildiğinde istinaf kanun yolunun bu mahkemelerin 9 yıl öncesinde kurulmasına rağmen faaliyete geçirilmemesi nedeniyle istinaf kanun yoluna ilişkin 6100 sayılı HMK'nın 361 ve devamı maddelerinin yürürlükte olmadığı bir başka deyişle henüz yürürlüğe girmediği açıktır. İstinaf kanun yolu henüz yürürlüğe girmediğine göre elimizde kanunî düzenlemeye göre tek bir kanun yolu kalmaktadır ki, bu yolda, temyiz kanun yoludur. 6100 sayılı HMK'nın 362.maddesinin 1'nci fıkrasının (f) bendinde “geçici hukuki korumalar hakkında verilen kararlar” hakkında temyiz yoluna başvurulamayacağı düzenlemesine dayanılarak ihtiyati tedbire ilişkin kararlara karşı temyiz yoluna başvurulamayacağı sonucuna ulaşmak mümkün olmamalıdır. Çünkü istinaf kanun yolunu düzenleyen bu

bb) HMK m.391/3'ün gerekçesi açıktır. Gerekçede aynen "Üçüncü fıkrada, İcra iflas Kanununda düzenlenen ihtiyati hacze paralel olarak, ihtiyati tedbir kararının reddi halinde kanun yoluna başvurulabileceği" düzenlenmiştir⁴¹.

hükümler tekrar etmek gerekir ise henüz yürürlüğe girmemiştir. Aksinin kabulü henüz yürürlüğe girmemiş bir kanun hükmünün, kanun koyucunun açık iradesine aykırı olarak yürürlüğe sokulması, daha açık bir deyişle kurulmayan istinaf mahkemelerinin kurulduğunun kabulü anlamına gelir".

⁴¹ İkinci Karşı Oy'dan: "...İhtiyati tedbire ilişkin düzenlemeler bilindiği üzere; 6100 sayılı HMK'nın 389 ve devamı maddelerinde yer almakta olup, aynı Kanunun 391/3 maddesinde ihtiyati tedbirin reddi halinde başvurulacak kanun yolu gösterilmiştir. Madde aynen "İhtiyati tedbir talebinin reddi halinde, kanun yoluna başvurulabilir. Bu başvuru öncelikle incelenir ve kesin olarak karara bağlanır" hükmünü içermektedir. Bu maddeye ilişkin Kanun gerekçesi aslında tüm tartışmaları ortadan kaldıracak şekilde açıktır. Gerekçede aynen "Üçüncü fıkrada, İcra iflas Kanununda düzenlenen ihtiyati hacze paralel olarak, ihtiyati tedbir kararının reddi halinde kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bu fıkra hukukumuz açısından yenidir. İhtiyati tedbir kararlarına karşı kanun yoluna başvurulmaması, bu kurumun kötüye kullanılmasına, farklı mahkemelerde aynı konularda farklı kararların verilmesine ve bu kararların denetim dışı kalması birçok sakıncaya yol açmıştır. Kanun yolunun açılmış olması sebebiyle, ihtiyati tedbir konusunda, daha sağlıklı kararların verilmesi ve yeknesaklığın sağlanması mümkün olacaktır. Kanun yoluna başvuru halinde, ihtiyati tedbirin özelliği gereği, inceleme öncelikle yapılacak ve verilen karar kesin olacaktır." denilmektedir. Gerekçede vurgulanan, "bu fıkranın hukukumuz açısından yeni olduğu" ibaresi çok önemlidir. Hukukumuz açısından çok eski olan ihtiyati tedbir kurumu açısından yeni olan şey, hiç kuşku yok ki, ihtiyati tedbire ilişkin kararlara karşı kanun yolunun açılmasıdır. Kanun koyucunun bu denli açık olan iradesine rağmen "ihtiyati tedbire ilişkin kararlara karşı kanun yolu açık değildir" yorumunu yapmak kanun koyucunun iradesine uygun bir yorum olmayacaktır. Aynı şekilde 6100 sayılı HMK'nın İhtiyati Tedbir Kararına Karşı İtiraz başlıklı 394.maddesinin 5.fikrasında da paralel düzenleme getirilmiştir. Madde aynen "İtiraz hakkında verilen karara karşı, kanun yoluna başvurulabilir. Bu başvuru öncelikle incelenir ve kesin olarak karara bağlanır. Kanun yoluna başvurulmuş olması, tedbirin uygulanmasını durdurmaz." hükmünü içermektedir. Bu fıkranın gerekçesinde de bize ciddi ipuçları verecek açıklamalar bulunmaktadır. Gerekçede aynen "Beşinci fıkra, hukukumuzda yeni olup, ihtiyati hacizdeki hükümlere paralel bir düzenlemedir. İtiraz üzerine mahkemenin vereceği karara karşı kanun yoluna başvurulabilme yolu açılmıştır. İhtiyati tedbirin reddi üzerine başvuru kanun yolu hakkında yukarıda belirtilen gerekçeler, burada da geçerlidir..." denilmektedir. Bu madde gerekçesinde de ihtiyati tedbire itiraz halinde verilecek karara karşı kanun yolunun öngörülmesinin yeni olduğu vurgusu

cc) Kanun koyucu ara karar, nihai karar ya da kendine özgü niteliği olan kararlar ayrımı yapmaksızın geçici hukuki koruma kararlarına kanun yolunu açmıştır⁴².

dd) Kanun koyucu ihtiyati tedbire ilişkin kanun yollarına ilişkin düzenlemeleri bilinçli, özenli, ayrıntılı ve açık bir şekilde yapmıştır. Gerekenin son kısmında kanun koyucunun ihtiyati tedbir talebinin reddi ve ihtiyati tedbire itiraz üzerine verilen kararlar için kanun yolu imkânı getirildiğini

çok önemlidir. 1086 sayılı HUMK döneminde de ihtiyati tedbirin yokluğunda karar verilmesi halinde itiraz yoluna başvurmak mümkün iken itiraz sonrası bir kanun yolu öngörülmemiştir. İşte kanun koyucunun yeni diye nitelediği husus itiraz üzerine verilecek karara karşı öngörülen kanun yoludur. Kanun yolu da bugün itibariyle tektir ve temyiz yoludur. Başka bir yorum şekli kanun koyucunun iradesini hiçe saymak olur ve kanun koyucunun tüm arzusuna rağmen ihtiyati tedbire ilişkin kararların bir üst mahkemede incelenememesi sonucunu doğurur. Her iki fıkra gerekçesinde, ihtiyati hacze paralel düzenleme yapıldığı vurgusu, ihtiyati tedbire ilişkin olarak verilen kararlara karşı, tıpkı ihtiyati hacizde olduğu gibi, gecikmeli de olsa, kanun yolunun açıldığının, bir kez daha vurgulanmasından başka bir şey değildir”.

⁴² İkinci Karşı Oy'dan: “...İctihadı Birleştirme Raporunda belirtilen bir hususta; ihtiyati tedbirin niteliği olarak ara kararı niteliğinde olduğu, 1086 sayılı HUMK'nun 427. maddesinde ancak nihai kararlara karşı temyiz yoluna gidilebileceği düzenlemesi karşısında, bu kararlara karşı temyiz yoluna gidilemeyeceği, daha doğrusu sadece esas hükümle birlikte kanun yoluna gidilebileceği doğrultusundadır. Öncelikle belirtmek gerekirse, ister bir dava içerisinde, isterse dava açılmadan Değişik İş üzerinden verilsin, ihtiyati tedbire ilişkin kararlar, nihai karar olmadığı gibi ara kararı da olmayıp, kendine özgü niteliği olan geçici hukuki koruma kararlarıdır. Bilim çevrelerinde görüş birliğine yakın bir şekilde ihtiyati tedbire ilişkin kararların ara kararı niteliğinde olmadığının, kendine özgü niteliği olan kararlar, olarak kabul edilmesi karşısında yorumu bu bilimsel görüşlere uygun yapmak gerekmektedir. Geçici hukuki koruma kararları açısından tam bir benzerlik gösteren ihtiyati hacze ilişkin temyiz incelemesi yapılırken aynı nitelikte geçici hukuki koruma kararı niteliğinde ki ihtiyati tedbire kanun yolunu kapatmak doğru bir yorum şekli olmayacaktır. Aksi halde, kanun koyucunun niteliği aynı olan ihtiyati hacze açıkça temyiz yolu öngörmemesi açıklanamaz bir hal alır. Anlaşılacağı üzere; kanun koyucu ara kararı, nihai karar ya da kendine özgü niteliği olan kararlar ayrımı yapmaksızın geçici hukuki koruma kararlarına kanun yolunu açmış bulunmaktadır. Daha açık bir deyişle; kanun koyucu 17.07.2003 tarih ve 4949 sayılı Kanun ile ihtiyati haciz kararlarına karşı temyiz yolunu açmakla ancak nihai kararlara karşı temyiz yoluna gidilebileceği yönündeki 1086 sayılı HUMK'nda kabul ettiği bu ilkeyi zımnen ilga etmiştir”.

tekrarlaması bu konuda çok kararlı olmasının tezahürü olarak değerlendirilmelidir⁴³.

ee) HMK'nın tarihsel sürecine bakıldığında, konu hakkında temyiz yoluna gidilemeyeceğinden bahsedemeyiz⁴⁴.

⁴³ İkinci Karşı Oy'dan: "...Kanun koyucu, ihtiyati tedbire ilişkin kanun yollarını düzenlerken bilinçli bir tercih yapmıştır. İhtiyati tedbirin reddi kararına karşı HMK'nın 391/3 maddesi ile, ihtiyati tedbire itiraz üzerine verilecek karara karşı HMK'nın 394/5 maddelerinde kanun yolu öngörülürken bunun dışındaki ihtiyati tedbire ilişkin kararlara karşı kanun yolunu kapatmıştır. Teminat Karşılığı Tedbirin Değiştirilmesi veya Kaldırılması halini düzenleyen 395 maddenin 3 fıkrasında itirazı düzenlerken 394.maddenin 3.ve 4.fıkralarına atıf yapılmış ancak 5 fıkrasında bilinçli olarak atıf yapılmamıştır. Atıf yapılmadığının bilinçli olduğu kanunun gerekçesinde açıkça belirtilmektedir. Gerekçe de aynen "Teminat üzerine verilen kararlar ihtiyati tedbirin özünüyle ilgili olmadığından, bu konuda ki kararlara karşı kanun yoluna başvurulması kabul edilmemiş, bu sebeple de itirazda kanun yoluna başvuruya ilişkin fıkraya atıf yapılmamıştır." denilmektedir. Aynı şekilde Durum ve Koşulların Değişmesi Sebebiyle Tedbirin Değiştirilmesi veya Kaldırılması halini düzenleyen 396.maddenin 2.fıkrasında itiraz düzenlenirken 394.maddenin 3.ve 4.fıkralarına atıf yapılmış, ancak 5 fıkrasına bilinçli olarak atıf yapılmamıştır. Atıf yapılmadığının bilinçli olduğu kanunun gerekçesinden açıkça anlaşılmaktadır. Gerekçe de, yukarıda belirtilen iki maddedeki ortak yönler dikkate alınarak itiraza ilişkin benzer hükümlere atıf yapılmıştır. Ancak, itiraz üzerine verilen kararlara karşı kanun yoluna başvurulması hakkındaki fıkraya atıf yapılmamıştır... Bu sebeple, ihtiyati tedbirin reddi ve ihtiyati tedbire itiraz üzerine verilen kararlar için kanun yolu imkânı getirilmiştir." denilmektedir".

⁴⁴ İkinci Karşı Oy'dan: "...İçtihadı birleştirmeye konu olan ihtiyati tedbir hükümlerinin yer aldığı 6100 sayılı HMK'nun tarihsel sürecinin değerlendirilmesi de faydalı olacaktır. Tüm ilgili hukukçuların takip ettiği üzere; hem bilim komisyonunda, hem de TBMM'nde yürütülen süreçte HMK'nun kanun yoluna ilişkin hükümleri konulurken, kanun yürürlüğe girmeden önce istinaf mahkemelerinin faaliyete başlatılacağı ön kabulünden hareket edilmiştir. Gerçekten de HMK 12.01.2011 tarihinde kanunlaşmış olmasına rağmen yürürlük tarihi 01.10.2011 olarak belirlenmiş iken, henüz Kanun yürürlüğe girmeden İstinaf Mahkemelerinin faaliyete geçirilemeyeceği anlaşıldıktan sonra, kanun gerekçesinde belirtildiği üzere uygulamada boşluk oluşmamasını temin etmek amacıyla henüz yürürlüğe girmemiş olan HMK'nun 31.03.2011 tarih ve 6217 sayılı Kanun'un 30 maddesi ile Geçici 3 madde eklenmiş ve İstinaf Mahkemelerinin görev başlama tarihine kadar 1086 sayılı HUMK'nun temyize ilişkin hükümlerine atıf yapılmıştır. Bu maddi gerçek bile kanun koyucunun ihtiyati tedbire ilişkin sözü edilen kararlara karşı bir

ff) Hangi yorum yöntemi benimsenirse benimsensin, kanun koyucunun amacı, ihtiyati tedbire ilişkin kararlar açısından kanun yolunu açık tutmaktadır⁴⁵.

kanun yolu denetimi açmak istediğini açıkça ortaya koymaktadır. Adalet Bakanlığı tarafından yayımlanan “Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunundan Hukuk Muhakemeleri Kanununa” adlı Ankara 2011 baskılı kitabın Hukuk Muhakemeleri Kanununun Hazırlama Aşaması ve Getirdiği Yenilikler adlı giriş bölümünde önemli yeniliklerden birinin de, geçici hukuki koruma kararlarına karşı kanun yolu öngörülmesi olarak belirtilmiştir. Kanunun hazırlandığı Bakanlığın kabulü de ihtiyati tedbirinde içinde bulunduğu geçici hukuki koruma kararlarına karşı kanun yolunun açıldığı yönündedir”.

⁴⁵ İkinci Karşı Oy’dan: “...6100 sayılı HMK’nun 391/3.394/5 ve Geçici 3 maddesi birlikte değerlendirilip yorumlandığında “kanun yolu açıktır” demek zorunludur. Bilindiği üzere Türk Medeni Kanununun 1.maddesinde “Kanun, sözüyle ve özüyle deendiği bütün konularda uygulanır”.hükmü bulunmaktadır. Eski deyişle kanun lâfziyle ve ruhuyla temas ettiği tüm konularda uygulanmalıdır. Hukuktaki tüm yorum yöntemleri kullanılarak yapılan yorumlarda farklı bir sonuca ulaşmak da mümkün değildir. Lafzi (sözüyle) yorum yapıldığında: açıkça kanun yolu denilmiş olması ve kanun yolunun bugün itibarıyla tek yol olan temyiz yolu olması, gayii (amaçsal) yorum yapıldığında; baştan beri anlatıldığı üzere kanun koyucunun amacının ihtiyati tedbire kanun yolunu açmak olduğu, tarihi yorum yapıldığında; hukuk sistemimizde başından beri yer alan ihtiyati tedbire yeni bir düzenleme olarak önceki kanundan farklı olarak kanun yolu getirilmiş olduğu, sistematik yorum yapıldığında: HMK’nun Sekizinci Kısım olarak Kanun Yollarını düzenlemiş olması ve 341-361 maddeleri arasında istinaf ve 361-374 maddeleri arasında temyiz yolu olarak olağan kanun yollarını düzenlemiş olması nazara alındığında ve bu maddeler aynı kanunun 391 ve 395 maddeleri ile birlikte değerlendirildiğinde, tüm yorum yöntemlerinde kanun yolunun ihtiyati tedbire ilişkin kararlar açısından açık olduğu sonucuna götürmektedir. İçtihadı Birleştirme Raporunda da isabetle belirtildiği üzere; temyiz kanun yolunun amacı; kanunların ülkenin sınırları içinde yer alan bütün mahkemelerde aynı anlayışla (yeknesak) uygulanmasını sağlamak, içtihatlar yoluyla hukukun geliştirilmesine katkıda bulunmak ve hatalı kararların düzeltilmesini sağlamak suretiyle kanun yoluna başvuruda bulunan tarafın menfaatini korumak olduğu söylenebilir. Gerçekten de, Yargıtayımızın, en temel kuruluş amaçlarından birisi de; hukukî birlik ve istikrar sağlamaktır. Bu amaç açısından bakıldığında da ihtiyati tedbire ilişkin tüm ülkede, yeknesak ve doğru bir uygulamanın yapılması, iyi oluşturulacak bir ihtiyati tedbire ilişkin Yargıtay içtihat külliyatı ile mümkün olabilecektir. Aksi halde her mahkemenin kendi uygulaması doğru kabul edilecek ve ülkenin her yerinde farklı uygulamalar olabilecektir. Bu yorumlar yapılırken ihtiyati tedbir kararlarının çoğu zaman esasa ilişkin karardan daha önemli ve etkili olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Kanuna uygun olmasına rağmen, reddedilen bir ihtiyati tedbir talebinin ya da kanuna aykırı

gg) İçtihadı Birleştirme Raporunda da belirtildiği üzere çoğunluk Yargıtay Hukuk Daireleri ihtiyati tedbir taleplerinin reddi veya kabulüne itiraz üzerine verilen mahkeme kararlarına karşı Yargıtay'a temyiz yoluna gidilebileceğini içtihat ettiği gibi bilimsel içtihatlarda çoğunlukla temyiz yolunun açık olduğu yönündedir⁴⁶.

hh) Tüm dünya ülkelerinde gidişat, vatandaşların, olabildiğince çok hukuki başvuru hakkına sahip olmasıdır⁴⁷.

DEĞERLENDİRME VE SONUÇ

1. Kararda Geçici 3. Madde Yanlış Yorumlanmaktadır

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici 3. maddesine baktığımızda, "Bölge adliye mahkemelerinin, 26/9/2004 tarihli ve 5235 sayılı Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanunun geçici 2 nci maddesi uyarınca Resmî

olmasına rağmen verilen bir ihtiyati tedbir kararının, derhal uygulanarak etkili olacağı da düşünüldüğünde, yaratacağı sakıncalar ve muhatabında hukuka saygı yönünden yaratacağı tahribatı düşünmek bile, tek başına, yorumun kanun yolunun açık olduğu şeklinde yapılmasını gerektirdiği düşünülmektedir".

⁴⁶ İkinci Karşı Oy'dan: "...Hatta daha da ileri gidildiğinde bazı bilim adamları 6100 sayılı HMK yürürlüğe girmeden, daha doğrusu ihtiyati tedbire ilişkin kanun yolu düzenlemesi yapılmadan önce dahi, geçici hukuki koruma tedbirlerinden olan ihtiyati hacze benzer şekilde ihtiyati tedbire ilişkin kararlara karşı da kanun yolunun açık olması gerektiği yönünde, son derece isabetli şekilde görüş bildirmişlerdir (Özekes/Erişir, s. 1262)".

⁴⁷ İkinci Karşı Oy'dan: "...11.Anayasamızın 2.maddesinde düzenlenen Hukuk Devleti İlkesi ve 36 maddesinde düzenlenen Hak Arama Hürriyeti İlkesi kapsamında konu değerlendirildiğinde karşımıza Hukuki Koruma İlkesi çıkmaktadır. Çağdaş hukuk düzenleri, vatandaşına hukuki koruma sağlamayı yeterli görmemekte, bu hukuki korumanın etkin bir koruma olmasına özen göstermektedir. Etkin Hukuki Koruma İlkesi ise; verilen kararlara karşı olabildiğince çok denetim yapılması ve bu denetimin kararı veren makamdan bağımsız ve daha üst bir merci tarafından yapılması olarak kabul edilmektedir. Tüm dünya ülkelerinde gidişat, vatandaşına, olabildiğince çok hukuki başvuru hakkı tanımak şeklinde olup, hukuki başvuru yollarını sınırlandırıcı yorum yerine, genişletici yorum yapılması gerektiği yönünde gelişmektedir. Ülkemiz insanını bu hukuki korumadan yoksun bırakacak şekilde kanun yolunun kapatılmasının doğru olmadığını düşünmekteyim"

Gazete’de ilan edilecek göreve başlama tarihine kadar, 1086 sayılı Kanunun temyize ilişkin yürürlükteki hükümlerinin uygulanmasına devam olunur. Bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihinden önce aleyhine temyiz yoluna başvurulmuş olan kararlar hakkında, kesinleşinceye kadar 1086 sayılı Kanunun 26/9/2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki 427 ilâ 454 üncü madde hükümlerinin uygulanmasına devam olunur. Bu Kanunda bölge adliye mahkemelerine görev verilen hallerde bu mahkemelerin göreve başlama tarihine kadar 1086 sayılı Kanunun bu Kanuna aykırı olmayan hükümleri uygulanır”.

Maddenin sonunda yer alan “Kanun’a aykırı olmayan hükümler uygulanır” ifadesi Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu tarafından hatalı değerlendirilerek “ihtiyati tedbir kararlarının temyizi konusunda 1086 sayılı Kanunda herhangi bir düzenleme olmadığı ve ayrıca HMK ile bu hususta Yargıtay’a açıkça bir görev verilmediğine” vurgu yapılmıştır. Oysa yürürlükten kalkan HUMK’ta konuya ilişkin bir düzenleme aramak doğru değildir. Zira HMK bu konuda ilk defa düzenleme yapmaktadır ve kanun koyucunun amacı HMK ile birlikte ihtiyati tedbirde bir denetim mekanizması öngörmektir. Ayrıca HMK, açıkça “kanun yoluna” gidileceğini düzenledikten sonra ayrıca HMK’nın Yargıtay’a bu konuda bir görev vermediği sonucuna ulaşmanın savunulabilir bir tarafının bulunmadığını düşünüyoruz. Nitekim konuyla ilgili madde gerekçelerine bakıldığında da bu durum açıkça görülmektedir.

Geçici 3. maddede belirtilen, en yalın ifadesiyle şudur: Bölge Adliye Mahkemeleri yürürlüğe girene kadar Yargıtay kanun yolu incelemesini bizzat yapacak.

2. Yürürlükte Olan Kanun Yolu Hangisiyse “Kanun Yolu” Tabirinden Onun Anlaşılması Gerekir

İstinaf ve temyiz birer kanun yolu olduğunda herhangi bir tereddüt yoktur. Bölge adliye mahkemeleri kurulamadığından istinaf kanun yoluna ilişkin hükümler, yürürlüğe girmemiştir. Bu sebeple yürürlükte olan ve geçerli olağan kanun yolu, “temyiz”dir. Bu sebeple de “kanun yolu” ifadesinden temyizi anlamak gerekir.

3. İstinaftan Sonraki Temyiz ve HUMK'a Göre Temyiz Birbirine Karıştırılmamalıdır

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun "istinaf yoluna başvurulabilen kararlar" başlığını taşıyan m. 341/1 hükmüne göre; "ilk derece mahkemelerinden verilen nihai kararlar ile ihtiyati tedbir, ihtiyati haciz taleplerinin reddi ve bu taleplerin kabulü halinde, itiraz üzerine verilecek kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir". Buna karşılık, Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 362/1-f hükmünde, istinaf (bölge adliye) mahkemesinin geçici hukuki korumalar hakkında verdiği kararlarına karşı temyiz yoluna başvurulamayacağı öngörülmüştür. Yargıtay İçtihatları Birleştirme Hukuk Genel Kurulu, HMK m. 341/1 ve 362/1-f maddelerini hatalı olarak değerlendirip ihtiyati tedbir kararına ilişkin temyiz mümkün olmadığı sonucuna varmaktadır. Oysa maddede kastedilen istinaf yolunda incelendikten sonra konunun, yeniden başka bir kanun yoluna taşınmamasıdır. Burada kastedilen istinaftan sonraki temyiz olup; yerel mahkemenin kararından sonra gidilen (Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre) temyiz kastedilmemektedir.

4. Kanun Koyucunun "Temyiz" Demeyip, "Kanun Yolu" İfadesini Kullanma Sebebi Farklıdır

Kanun koyucu bölge adliye mahkemeleri henüz kurulmadığından bilinçli olarak "istinaf yoluna gidileceği" yönünde bir ifadeye yer vermemiştir. Zira asıl bu durumda tartışma yaşanabilecek, kanun koyucu "istinaf"a atıfta bulunduğundan temyiz yoluna gidilemeyeceği görüşü belki ileri sürülebilecekti. Fakat kanun koyucu bilinçli olarak üst kavram olarak "kanun yolu" ifadesini seçmiştir. Bu sayede ihtiyati tedbir sonrasında verilen kararların denetimsiz kalmamasını arzulamıştır.

5. Konu Hakkında İçtihat Oluşturmak ve İçtihadı Birleştirme Yoluna Gitmek Mümkün Değildir

Çalışmamıza konu kararda yer alan Birinci Karşı Oy'da da vurgulandığı gibi, açık kanun hükümleri karşısında içtihat yoluna gidilmesi, Kıta Avrupası hukuk sisteminde mümkün değildir. Bu sebeple içtihadı birleştirme yoluna gitmek için temel unsur bulunmamaktadır. Kanunun açık hükmü varsa, o konuda içtihadî bir yorum yapmak mümkün değildir.

6. İhtiyati Hacizde Temyiz Mümkünken, İhtiyati Tedbirin Temyizinin Mümkün Olmayışını Haklı Kılacak Bir Sebep Yoktur

İcra ve İflas Hukuku'nda ihtiyati hacizde, 2003 yılından bu tarafa kanun yolu olarak temyiz yoluna başvurulmaktadır. Bir geçici hukuki koruma olan ihtiyati hacizde temyiz denetimi mümkün iken, ihtiyati tedbirde bunun mümkün olmayışını haklı kılacak hiçbir sebep yoktur.

Nitekim HMK m. 391/3'te "*İhtiyati tedbir talebinin reddi halinde, kanun yoluna başvurulabilir*" ifadesi yer aldıktan sonra, bu maddeye ilişkin Kanun gerekçesinde "*Üçüncü fıkrada, İcra iflas Kanununda düzenlenen ihtiyati hacze paralel olarak, ihtiyati tedbir kararının reddi halinde kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir*" ifadesini içermektedir. 2003 yılından bugüne kadar aynı gerekçelerle uygulanan ihtiyati haciz yoluna karşı kanun yolu hakkında Yargıtay'ın tereddüt etmeyip, ihtiyati tedbir hakkında böyle bir karar vermesi doğru değildir.

Ayrıca HMK yürürlüğe girmeden önce bile Özekes/Erişir tarafından: "...temelde geçici hukuki koruma olan, ihtiyati haciz hakkındaki kararlara karşı kanun yolunun açık hale getirilip ihtiyati tedbirler bakımından bu yolun kapalı olduğunu kabul etmek çelişkili bir durum arz eder. Oysa para alacakları için daha özel bir geçici hukuki koruma olan ihtiyati haciz için kabul edilen bu yolun, engelleyici hüküm olmadığı da dikkate alındığından) daha genel ve daha geniş uygulama alanı olan geçici hukuki koruma niteliğindeki ihtiyati tedbirler bakımından evleviyetle kabul edilmesi gerekir" görüşü ifade edilmiştir⁴⁸. Konu İçtihadı Birleştirme Kararı'ndaki 2.Karşı Oy'da bu görüşe doğrudan atıfta bulunulduğunu görüyoruz.

7. Yargı, Yasama Yerine Geçemez

İhtiyati tedbir kararlarına karşı temyiz yolunun kapalı olduğu yönünde karar veren Dairelerin kararlarını ve İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun kararını incelediğimizde aslında iş yükü kaygısıyla Yargıtay'ın böyle bir sonuca ulaştığı izlenimimiz oluştuğunu da maalesef ifade etmeden geçemeyeceğiz. Şüphesiz kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırı olarak Kanun'un

⁴⁸ Özekes/Erişir, s. 1236.

açmış olduğu bir yolun her ne sebeple olursa olsun yargı tarafından kapatılması düşünülemez. Aksi halde yargı, açıkça düzenleme yapan yasamanın yetkisini gaspetmiş olur, bu da kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırıdır.

Sonuç olarak konu İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu Kararı'nın Yargıtay Kanunu m.45/III uyarınca değiştirilmesi ve yukarıda belirtmiş olduğumuz gerekçelerle kanunun konuluş amacına uygun bir karar verilmesi gerekmektedir. Zira Kanun, "kanun yolu"na gitme imkanı vermişken, içtihat oluşturarak kanun yoluna gidilemeyeceğini söylemek, bu yolu kapatmak açıklanabilir bir durum değildir.

Kaynakça

- Ateş**, Mustafa: Hukuk Muhakemeleri Kanun Yargıtay İlke Kararları, C. II, Ankara 2013.
- Berkin**, Necmeddin: Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1981. (**Berkin**, Rehber).
- Berkin**, Necmeddin: Medeni Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969. (**Berkin**, Esaslar).
- Budak**, Ali Cem: Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, İstanbul 2000.
- Budak**, Ali Cem/**Özer**, Tülay: Açıklayıcı Notlarla Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hakkındaki İlk 100 Yargıtay Kararı, Ankara 2012, s. 380.
- Deren Yıldırım**, Nevhis: Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukukunda İhtiyati Tedbirler, B. 2, İstanbul 2002.
- Erişir**, Evrim: Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013.
- Gençcan**, Ömer Uğur: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Yorumu, Ankara 2013.
- Görgün**, Şanal/**Kodakoğlu**, Mehmet: Medeni Usul Hukuku, B. 2, Ankara 2012.
- Karşlı**, Abdurrahim: Medeni Muhakeme hukuku Ders Kitabı, B. 3, İstanbul 2012.
- Kiraz**, Taylan Özgür: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Getirilen Yenilikler, Ankara 2012.
- Konuralp**, Serhat: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre İhtiyati Tedbirler, İÜHFİM, C. LXXI, S. 2. (**Konuralp**, 6100).
- Konuralp**, Serhat: İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 2013. (**Konuralp**, İhtiyati Tedbirler).
- Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, B. 6, İstanbul 2001.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Ankara 2013.

- Özbay**, İbrahim: 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, B. 2, Ankara 2012.
- Özekes**, Muhammet: Fikir ve Sanat Eserleri Hukukunda İhtiyati Tedbir, İÜHFM, Y. 2002, C. 4, S. 2, s. 89-137. (**Özekes**, Tedbir).
- Özekes**, Muhammet: İcra ve İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999. (**Özekes**, İhtiyati Haciz).
- Özekes**, Muhammet: İhtiyati Tedbir ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Adli Yargıda Geçici Hukuki Korumalar, İzmir 2. Ulusal Hukuk Kongresi, TBB-DEÜ Hukuk Fakültesi-DEHAMER- Hukuk Bilimleri Araştırma Merkezi, İzmir/22-23 Mart 2012. (**Özekes**, Sorunlar).
- Özekes**, Muhammet/Erişir, Evrim: Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, Legal Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Dergisi S. 2006/3, s. 1235-1272.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes** Muhammet: Medeni Usul Hukuku, B. 14, Ankara 2013.
- Sungurtekin** Özkan, Meral: Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013.
- Taş Korkmaz**, Hülya: Türk Hukukunda İhtiyati Tedbirler, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Diyarbakır, 1995.
- Taşpınar** Ayvaz, Sema: Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Zaman Bakımından Uygulanması, Ankara 2013.
- Ulukapı**, Ömer: Medeni Usul Hukuku, B. 2, Konya 2014.
- Umar**, Bilge: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, B. 2, Ankara 2014.
- Yılmaz**, Ejder: Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, C. 1, Ankara 2001. (**Yılmaz**, Geçici).
- Yılmaz**, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, B. 2, Ankara 2013. (**Yılmaz**, Şerh).

^HHÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİNİN SINIRLARI

*Yrd. Doç. Dr. Cemil SIMİL**

I. GENEL OLARAK HÂKİMİN DAVAYI AYDINLATMA ÖDEVİ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasında, hâkimin kanunda öngörülen istisnalar dışında, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları kendiliğinden dikkate alamayacağı ve onları hatırlatabilecek davranışlarda bulunamayacağı düzenlenmiştir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında yine kural olarak hâkimin kendiliğinden delil toplayamayacağı kabul edilmiştir¹. Taraflarca getirilme ilkesi olarak kabul edilen bu düzenleme ile özel hukuk uyuşmazlıklarında kural olarak, tarafların iddia ve savunmalarına ilişkin vakıaların ve bu vakıaların delillerinin bizzat taraflarca getirilmesi ve yargılamada ileri sürülmesi düzenlenmiştir. Böylelikle dava malzemelerinin toplanmasında ve bunların ileri sürülmesinde hâkimin pasif olması kabul edilmiştir².

Bununla birlikte, dava malzemesinin taraflarca getirilmesi, hâkimin bu hususlar hakkında hiçbir yetkisi olmadığı ve tamamen etkisiz olduğu anlamına gelmemektedir³. Son dönemde hâkimin yargılamada daha fazla aktif olması karşılaştırmalı hukukta da ifade edilmektedir⁴. Bu özellikle hâkimin

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

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

¹ HMK m. 25'in eleştirisi için bkz.: **Umar**, s. 114 vd..

² **Üstündağ**, s. 238; **Tercan**, s. 10.

³ **Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım**, s. 184; **Yavaş**, s. 287; **Musielak**, § 3, Rn. 105; **Pohlmann**, § 2, Rn. 22; **Sutter-Somm/von Arx**, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Art. 56, Rn. 2.

⁴ **Affentranger**, in: Baker&McKenzie, Art. 56, Rn. 1; **Gasser/Rickli**, Art. 56, Rn. 1; Özellikle Avusturya hukuku için bkz.: **Deren Yıldırım**, s. 817 vd..

yargılama sonucunda, verdiği hükmün maddi gerçekle örtüşür olabilmesinin bir sonucudur. Tarafların getirdiği ve ileri sürdüğü dava malzemeleri bazı durumlarda maddi veya hukuki açıdan eksik, belirsiz yahut çelişkili olabilir. Bu durum, davanın yürütülmesini zorlaştırabildiği gibi hâkimin doğru bir hükme varma ihtimalini de tehlikeye sokabilir. Bu nedenle Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31'inci maddesinde, bu durumlarda, hâkimin taraflara açıklama yaptırabileceği, soru sorabileceği ve tarafların delil göstermelerini isteyebileceği düzenlenmiştir. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi olarak düzenlenen bu hüküm ile hâkimin bir davanın yürütülmesinde tamamen pasif olması engellenmiş; yargılamaya seyirci kalan değil de yargılamayı yöneten olarak etkin olması sağlanmıştır⁵. Bu hükmün getirilme amacı, tarafların getirmiş oldukları dava malzemelerindeki eksiklik, belirsizlik veya çelişki nedeniyle yargılama sonucunda hâkimin doğru hükme ulaşmasındaki engelin giderilmesidir. Aydınlatma ödevinin yerine getirilmesi gereken durumlarda hâkim, yönelteceği uygun sorularla uyuşmazlığın temelini belirleyebilecek ve bu çerçevede yargılamaya yön verebilecektir⁶. Böylelikle eksiklik, belirsizlik veya çelişki nedeniyle davanın reddinin önlenmesi ve maddi gerçeğe uygun doğru bir hükme varma ihtimali güçlenmektedir⁷. Yargıtay da vermiş olduğu yeni tarihli bir kararında⁸ “./.. Hâkimin davayı aydınlatma ödevi olarak ifade edilen bu düzenlemeyle doğru hüküm verebilmesi ve maddi gerçeğin bulunabilmesi amaçlanmıştır. Düzenlemede her ne kadar ‘açıklama yaptırabilir’ denilmişse de, bunun hâkimin davayı aydınlatması için bir ‘ödev’ olduğunu kabul etmek gerekir. Çünkü, davayı aydınlatma ödevi sayesinde hâkim, iddia veya savunmanın doğru ve tam olarak anlaşılmasını sağlayacak ve bu şekilde doğru olmayan bir kararın verilmesini önleyecektir. ./..” diyerek bu durumu açıkça belirtmiştir.

⁵ Benzer şekilde: **Zeiss/Schreiber**, § 28, Rn. 181.

⁶ **Gehri**, in: Spühler/Tenchio/Infänger (Hrsg), Basler Komm, Art. 56, Rn. 2.

⁷ **Alangoya**, s. 139-140; **Karslı**, s. 308; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 373; **Tercan**, s. 12; **Yavaş**, s. 306; Affentranger, in: Baker&McKenzie, Art. 56, Rn. 1; **Gehri**, in: Spühler/Tenchio/Infänger (Hrsg), Basler Komm, Art. 56, Rn. 3, 11; **Gehri/Flütsch**, in: Gehri/Kramer, Art. 56, Rn. 1; **Glasl**, in: Brunner/Gasser/Schwander, Art. 56, Rn. 1, 4; **Leuenberger/Uffer-Tobler**, Rn. 4.19, s. 115; **Stahelin/Stahelin/Grolimund**, § 10, Rn. 20; **Sutter-Somm/von Arx**, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hsgh), Art. 56, Rn. 2,3.

⁸ 3. HD, 11.10.2012, 9908/21367 (Corpus Mevzuat-İçtihat).

Davayı aydınlatma ödevinin kapsamında vakıalar, talep sonucu, hukuki sebepler ile deliller bulunmaktadır⁹. Hâkim aydınlatma ödevini mutlaka yerine getirmelidir. Bu hâkim için bir yük olmayıp, yükümlülüktür. Ayrıca unutulmamalıdır ki, aydınlatma ödevinin yerine getirilmemesi hukuki dinlenilme hakkına aykırılık teşkil etmektedir¹⁰. Bu nedenle hâkim, eksik, belirsiz veya çelişkili hususların giderilmesini talep etmeden, yargılamayı sonuçlandıramaz. Aksi takdirde, hâkimin aydınlatma ödevini yerini getirmediği davayı kabul veya reddetmesi, hükmün bozulmasına yol açacaktır¹¹. Hâkimin aydınlatma ödevini gereği gibi yerine getirmesi, sadece yargılama için değil ayrıca verilen hükmün doğru şekilde icra edilebilmesi bakımından da son derece önemlidir¹².

Hâkimin davayı aydınlatma ödevi, taraflarca getirilme ilkesinin geçerli olduğu davalarda söz konusu olacaktır. Bunun dışında kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı davalarda hâkim, tarafların ileri sürmediği vakıaları kendiliğinden araştırabilirdiği gibi bunların delillerine de kendiliğinden başvurabilmektedir. Bu nedenle, kendiliğinden araştırma ilkesinin geçerli olduğu davalarda, hâkimin taraflara açıklama yaptırması, soru sorması yahut tarafların delil göstermelerini istemesi kural olarak hâkimin aydınlatma ödevinden kaynaklanmayıp, davada söz konusu ilkenin uygulanmasının bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır.

Hâkim aydınlatma ödevini ancak belirli sınırlar çerçevesinde yerine getirebilir. Bu sınırların kesin olarak çizilmesi mümkün değildir. Aydınlatma

⁹ Çalışma konumuz hâkimin aydınlatma ödevinin sınırları olduğu için, bu ödevin kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi verilmeyecektir. Aydınlatma ödevinin kapsamı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: **Karaaslan**, s. 103 vd.; **Meriç**, s. 390 vd..

¹⁰ **Affentranger**, in: Baker&McKenzie, Art. 56, Rn. 3; **Musielak**, § 3, Rn. 105; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 77, Rn. 16.

¹¹ **Umar**, s. 144.

¹² “./.. Davacı, dava dilekçesinde, dava konusu malların tek tek belirtmeksizin aynen teslimini talep etmiştir. 6100 sayılı HUMK’nun 31 inci maddesine göre, hakimin davayı aydınlatma yükümlülüğü, talep sonucunu aydınlatma yükümlülüğünü de içerir. Davacının teslimini istediği mallar açıklattırılmadan yargılamaya devam edilerek malların aynen teslimine karar verilmesi isabetsiz olduğu gibi, hüküm fıkrasında malların tek tek belirtilmeden teslim kararı verilmesi de infazda tereddüt yaratacağından hüküm usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir. ./..” 9. HD, 10.10.2011, 366/12317 (Corpus Mevzuat-İçtihat).

ödevinin sınırı görülmekte olan davanın durumu değerlendirilerek tespit edilebilir¹³. Ancak genel olarak dava malzemeleri üzerindeki taraf hâkimiyetini belirleyen taraflarca getirilmesi ilkesi¹⁴ ile hâkimin yargılamada tarafsız olması ve iki tarafa eşit mesafede yargılamayı yürütmesi hâkimin aydınlatma ödevinin sınırlarını belirlemektedir¹⁵. Hâkim ancak, tarafların getirdiği, ileri sürdüğü dava malzemelerindeki eksiklik, belirsizlik veya çelişkinin giderilmesini sağlayabilir. İşte bu durumlarda, bu eksikliği, belirsizliği ve çelişkiyi gidermeye çalışan hâkimin hareket serbestisi, diğer bir ifadeyle aydınlatma ödevinin sınırları üzerinde durmanın faydalı olacağı kanısındayım. Çünkü aydınlatma ödevinin sınırları dar çizildiği takdirde gerçeğe uygun hüküm verme amacında olan hâkimin, amacına ulaşamama riski oluşurken, bu ödevin sınırları aşıldığı takdirde ise, hâkimin taraflardan birine yol gösterme, öğüt verme veya gerekmediği halde dava ile ilgili görüşünü açıklama riski ortaya çıkarak hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulması söz konusu olabilir.

II. SINIRLARI

1. Genel Kapsamı

Hâkimin aydınlatma ödevinin sınırları, özellikle talep sonucuna, vakıalara ve delillere ilişkin olacaktır. Bunun dışında hukuki sebepler ve taraf değişikliği inceleme konumuzun dışındadır. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 33'üncü maddesi gereğince hâkim Türk hukukunu kendiliğinden uygulayacağı için, 31'inci madde anlamında bir aydınlatma ödevinden ve bunun belirli bir sınırından bahsedilemez. Hukuku kendiliğinden uygulayacak olan hâkimin, tarafların davada dayandığı vakıalara uygun hukuki sebepleri kendiliğinden bulmalı ve uygulamalıdır. Ancak taraflar da dilekçelerinde vakıalarını doğru hukuki sebeplere dayandırarak hâkime yardımcı olabilir. Özellikle yabancı bir ülkenin hukukunun uygulanmasında hâkim gerektiğinde, Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanunu'nun 2'nci maddesine göre, taraflardan yardım alabilir; tarafların

¹³ Alangoya, s. 157.

¹⁴ Üstündağ, s. 249.

¹⁵ Greger, in: Zöllner, § 139, Rn. 2.

dayandığı yabancı hukuk kuralı hakkında açıklama yaptırabilir¹⁶. Ancak unutulmamalıdır ki hâkim yabancı hukuku da kendiliğinden uygulayacağı için, yabancı hukuk kuralları hakkında araştırmayı da kendiliğinden yapacaktır¹⁷.

Aynı şekilde davada tarafın değiştirilmesine işaret edilmesi konusunda da hâkimin aydınlatma ödevi bulunduğu söylenemez. Örneğin hâkim dava dosyasından davanın aslında (A)'ya değil de (B)'ye karşı açılması gerektiğini görüp davacıya bunu işaret edemeyecektir. Bu husus aydınlatma ödevinin sınırını aşmaktadır. Bununla birlikte özellikle karşı tarafın rızasının olmadığı ve ancak hâkimin izni ile tarafta değişikliğin mümkün olabildiği durumlarda (m. 124/3-4), bu yönde bir taraf değişikliği talep edildiğinde hâkim aydınlatma ödevi gereğince, gerekli açıklamayı yaptırabilir, soru sorabilir veya taraf değişikliğinin gerekliliği yönünde yeni delil isteyebilir. Aynı şey kanuni taraf değişikliğinin söz konusu olduğu durumlarda da geçerlidir. Dikkat edilirse, tarafta değişiklik talep edilmiş ve şartların varlığı konusunda bir belirsizlik veya çelişki varsa, hâkim aydınlatma ödevinin genel sonucu olarak buna ilişkin açıklama talebinde bulunmakta veya soru sorup yeni delil istemektedir. Yani hâkim ancak tarafın belirtilmesindeki belirsizliği veya çelişkiyi gidermek amacıyla açıklama yaptırabilir veya soru sorabilir. Burada taraf değişikliği bakımından, aydınlatma ödevinin yerine getirilmesi ayrı bir özellik arz etmemektedir. Buna karşılık hâkimin aydınlatma ödevi gereğince davanın taraflarındaki belirsizliği yahut çelişkiyi gidermesi, davanın tarafının değişmesi sonucunu doğuramaz¹⁸. Hâkim aydınlatma ödevini yerine getirirken, talep edilmemiş olmasına rağmen yahut iradi taraf değişikliklerinde talepten başka bir şekilde tarafta değişiklik yapılmasını sağlayamaz. Bu husus da aydınlatma ödevi sınırları içinde değerlendirilemez.

2. Talep Sonucu Bakımından Durum

Hâkim tarafların dilekçelerinde belirttikleri talep sonucuna uygun karar vermek zorundadır¹⁹. Tarafların taleplerinden fazlasına hükmedemeyeceği

¹⁶ Tercan, s. 31.

¹⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 649-650.

¹⁸ Alangoya, s. 142; Tercan, s. 27.

¹⁹ Karşlı, s. 312; Üstündağ, s. 245 vd.

gibi talepten başka bir şeye de kural olarak karar veremez (m. 26). Yukarıda da ifade edildiği üzere, tarafların dilekçelerinde yer alan talep sonucu açık, belirli ve çelişkiden uzak olduğu ölçüde hâkimin doğru karar verme ihtimali artmaktadır. Bu nedenle talep sonucu açık değilse, belirsiz veya çelişkili ise, hâkim davacıya talebini açıklattırmalıdır²⁰. Böylelikle sadece talep sonucunda ne istediği açık olmadığı için davacının muhtemel haklı talebinin reddedilmesi önlenmiş olacaktır²¹. Örneğin davacının talep sonucunda, tespit hükmü mü, eda hükmü mü istediği tereddüt edilmeyecek derece açık olmalıdır²². Böylelikle hâkim bir yandan hukuki yararın varlığını inceleyebilecek, diğer yandan talebe uygun hüküm verebilecektir. Böyle bir açıklık yoksa yahut bir çelişki bulunuyorsa, hâkim davayı aydınlatma ödevi gereğince, davacıya tam olarak neyin talep edildiğini sormalıdır²³. Aynı şekilde, şartları

²⁰ **Gehri**, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Komm, Art. 56, Rn. 2. “./.. Davacının dayandığı anılan maddi vakıalar hem doğrudan iflas, hem de iflas yoluyla adi takibe itiraz edilmemesi üzerine iflas istemine uymakta olup, uyumsuzluğun aydınlatılması için zorunlu olarak davacıdan açıklama istenmelidir. ./.. Her iki iflas talebinin koşulları ve sonuçları farklı olduğundan, mahkemece, davacı vekilinden ... açıklama alınıp, sonuca göre hüküm kurulması gerekirken ./..” 23 HD, 11.3.2013, 857/1445 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

²¹ **Alangoya**, s. 142-143.

²² “./.. Davacının bu dava ile neyi amaçladığı HUMK'nun 75. Maddesi gereğince kendisine açıklattırılmalı, talep konusu açıkça belirlenmeli ve talep çerçevesinde yargılama yapılarak HUMK'nun 74. Maddesi hükmüne göre bir karar verilmelidir.” 10 HD, 29.12.2005, 10150/14143 (**Yılmaz**, s. 349). Yine benzer şekilde, “./.. 1. Davacı nafaka talebini 23.03.2011 tarihli oturumda ileri sürmüştür; nafaka talebinin tedbir ve yoksulluk nafakası olarak hukuki niteliğini açıklamadığı gibi, miktarını da belirtmemiştir. Mahkemece gerek nitelik gerekse miktar konusunda talep açık olmadığı halde, davacı yararına tedbir ve yoksulluk nafakasına hükmedilmesi doğru olmamıştır. Mahkemece yapılacak iş, davacıdan talep ettiği nafakanın hukuki niteliği ve miktarı konusunda hakim davayı aydınlatma ödevi (HMK. Md.31) çerçevesinde açıklama istenilmesi, yapılacak açıklamaya göre davacının nafaka talebi hakkında bir karar verilmesi gerekirken, nafakalar konusunda yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuş; bozmayı gerektirmiştir. ./..” 2. HD, 3.4.2012, 12586/8165 (Corpus Mevzuat-İçtihat).

²³ İİK m. 67'e göre açılan itirazın iptali davası, şartları ve sonuçları bakımından alacak davasından farklıdır. Bu nedenle dava dilekçesinde, alacaklının talebinin ne yönde olduğu açık şekilde anlaşılmalıdır. Aksi takdirde hâkim, aydınlatma ödevi gereğince, açıklama yaptırmalıdır. Yargıtay'ın uygulaması da bu yöndedir. Örneğin, “./.. Dairemizin kökleşmiş içtihatlarına göre, icra takibine yapılan itirazın iptali davası ile bir

ve sonuçları farklı olan, kısmi dava ile belirsiz alacak davasından hangisinin açıldığı, davacının talep sonucunda belirli değilse, hâkimin bu belirsizliği davayı aydınlatma ödevi gereğince gidermesi gerekmektedir²⁴. Ancak şartları oluşmadan açılan bir belirsiz alacak davasında hâkim davacıya aydınlatma ödevi çerçevesinde talep sonucunu değiştirmesine izin veremez²⁵; davayı usulden reddetmesi gerekir. Çünkü bu durumlarda hukuki yarar eksikliği bulunmaktadır. Talep sonucunun sadece davacı bakımından değil, davalı bakımından da doğru karar vermeyi sağlayacak derecede tereddüde mahal vermeyecek şekilde açık olmalıdır. Örneğin davalı, davanın reddini takas nedeniyle borcun sona erdiği gerekçesiyle mi yoksa borcun doğmadığı gerekçesiyle mi istediğini açıkça belirtmelidir. Çünkü her ikisinin sonuçları farklıdır.

Hâkimin açıklama ödevinin bulunması, kısmi dava açılmışsa davacıya talebini artırma yönünde öneride bulunma veya faiz talebinde bulunmayan davacıya, faiz talebinde bulunabileceğini tavsiye etmek imkânı vermemektedir. Aynı şekilde hâkime, davalıya savunmasını güçlendirmek ve davadaki hukuki durumunu iyileştirecek önerilerde veya yönlendirmelerde bulunma, bu tür bir hususa dikkat çekme yetkisi de vermemiştir²⁶. Bu nedenle hâkim örneğin yargılamada zamanaşımı def'inde bulunmayan davalıyı bu yönde bir beyanda bulunması gerektiği şekilde bir açıklamada bulunamaz²⁷. Davayı aydınlatma yükümlülüğü altında da hâkim, davadaki taraf egemenliğine ve taraflar karşısında tarafsız olma ilkelerine bağlı olarak yargılamayı yürütmek zorundadır. Tüm bu durumlarda, taraflardan sadece birinin menfaati göz önünde tutulmaktadır.

Bununla birlikte, davacıya davasını değiştirme konusunda açıklama ödevi çerçevesinde yönlendirmede bulunup bulunamayacağı üzerinde durul-

alacağın tahsili amacı ile açılan alacak (tahsil) davası nitelikleri ve sonuçları itibarıyla farklı dava türleridir. ../. mahkemece HUMK.nun 179/3 ve 75/2 nci maddeleri uyarınca, ilk önce davacı tarafa davanın istek sonucunu teşkil eden, icraya vaki itirazın iptali veya alacağın tahsili davalarından birine hasrettirilerek, tercihinine göre, dava sonucuna bağlanmalıdır. ../." 11. HD, 25.3.2004, 8468/3076 (Yılmaz, s. 348).

²⁴ **Simil**, s. 145.

²⁵ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 454.

²⁶ **Gehri/Flütsch**, in: Gehri/Kramer, Art. 56, Rn. 8; **Lüke**, § 2, Rn. 22.

²⁷ **Kuru**, C. 2, s. 1920.

ması gereken bir husustur. Türk hukukunda, davalının yargılama sırasında dava konusu şeyi üçüncü kişiye devretmesi durumunda, hâkim aydınlatma ödevi çerçevesinde, talep sonucunun değiştirilmesi veya taraf değişikliğine işaret etmektedir²⁸. Bu husus 31'inci maddede düzenlenen aydınlatma ödevinin bir sonucu olmayıp, doğrudan 125'inci maddenin bir sonucudur. Yine Yargıtay kamu düzenine ilişkin bazı kararlarında, davacının ek bir dava açması gerektiğine işaret edilmesi gerektiğine hükmetmektedir. Örneğin, evliliğin butlanına ilişkin bir davada Yargıtay, nüfus kayıtlarındaki aykırılığın düzeltilmesi için davalılara aydınlatma ödevi çerçevesinde dava açması gerektiğinin hatırlatılması gerektiğini ve bu konuda süre verilmesi, süresinde dava açılmışsa bu davanın bekletici sorun yapılarak sonuca göre karar verilmesinin gerektiğini ifade etmiştir²⁹. Bu husus ise, kendiliğinden araştırma ilkesinin bir sonucu olup, yine aydınlatma ödevi kapsamında değerlendirilemez. Çünkü, kendiliğinden araştırma ilkesinin uygulandığı yargılamada, hâkim kendiliğinden harekete geçmekte³⁰; o yargılama için önemli gördüğü maddi vakıaları kendiliğinden araştırmakta ve hangi delile başvurulmasının gerektiğini kendisi belirlemektedir³¹.

Alman hukukunda hâkimin, sadece taraflardan birinin yararına olacak şekilde tavsiyede bulunmasının aydınlatma ödevinin sınırının aşmasına sebebiyet vermesine rağmen, karşı tarafın da yargılamadaki menfaatinin dikkate alınması durumunda yapılan bir tavsiyenin bu sınırı aşmadığı kabul edilmektedir³². Başka bir deyişle, davalının menfaati de gözetildiğinde, yeni bir davanın açılmasına engel olması durumunda, bir dava değişikliğinin gerekli olduğunun işaret edilmesinin bu sınırı aşmadığı ifade edilmektedir³³. Örneğin bir satım sözleşmesinden doğan uyuşmazlıkta, davacının satılan malların iadesini talep hakkı olmamasına rağmen, bunu talep etmişse, hâkimin burada açıklama ödevi çerçevesinde, davacıya talebini satılan malların bedeli olarak değiştirmesine işaret etmesi ve buna izin verilmesi bu yöndedir. Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun gerek hâkimin aydınlatma ödevine ilişkin

²⁸ **Karaaslan**, s. 127-128.

²⁹ 2. HD, 26.1.2012, 15225/1416 (Corpus Mevzuat-İçtihat).

³⁰ **Karsh**, s. 298.

³¹ **Kuru**, C. II, s. 1923; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 338; **Jauernig/Hess**, § 25, Rn. 8.

³² **Jauernig/Hess**, § 25, Rn. 45.

³³ **Jauernig/Hess**, § 25, Rn. 46. Karş.: **Lüke**, § 2, Rn. 22.

139'uncu maddesi gerekse dava değişikliğine ilişkin 263'üncü maddesi bu yönde bir yorum yapmayı söz konusu hukuk düzeni bakımından uygun kılmaktadır. Çünkü söz konusu kanunun 139'uncu maddesi gereğince, tarafların uygun talepleri ileri sürmelerini sağlamak, hâkimin aydınlatma ödevi kapsamında sayılmaktadır. Yine aynı kanunun 263'üncü maddesi gereğince, dava değişikliği talebinin hâkim tarafından uygun görülmesi halinde karşı tarafın rızası olmadan da dava değişikliğine imkân tanınmaktadır. Türk hukuku bakımından bu yönde bir yorum yapma imkânı bulunmamaktadır. Çünkü Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31'inci maddesi, hâkime tarafların uygun talepler ileri sürmesini sağlama ödevi yüklememiştir. Her ne kadar söz konusu maddenin gerekçesinde hâkimin gerekli talepleri ileri sürmelerini sağlayabileceği ifade edilse de bu tek başına hâkimin talep sonucunun değiştirilmesine işaret edebileceği sonucunu doğurmamaktadır³⁴. Hâkim ancak, talep sonucunda bulunan belirsizliği, eksikliği veya çelişkiyi giderebilecektir; bunun dışında uygun bir talep sonucunun ileri sürülmesini³⁵ veya dava temelini değiştirmesine yol açacak bir aydınlatma yapamayacaktır³⁶. Yine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 75'inci maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan "*Hâkim... iki tarafın iddiaları hududu dahilinde olmak üzere...*" ifadesine Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31'inci maddesinde yer verilmemiş olsa da yukarıda da ifade edildiği üzere aydınlatma ödevinin kapsamının tarafların ileri sürdüğü dava malzemeleri olduğu konusunda tereddüt bulunmamaktadır. Bu gibi durumlarda yeni bir davanın açılmasının önüne geçileceği düşüncesi esas alınarak usûl ekonomisi de gerekçe gösterilemez. Usûl ekonomisi ilkesi, mevcut usûl kurallarını aşmanın haklı gerekçesi olamaz. Hâkimin dava değişikliğine işaret edebilmesi ancak açık bir düzenleme ile mümkün olabilecektir³⁷.

3. Vakıaların Genişletilmesi veya Değiştirilmesindeki Durum

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasında kural olarak, hâkimin, iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıa-

³⁴ Karaaslan, s. 127.

³⁵ Meriç, s. 394.

³⁶ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 287.

³⁷ Karaaslan, s. 127.

ları kendiliğinden dikkate alamayacağı düzenlenmiştir. Hâkim kararını sadece taraflarca getirilen dava malzemesine göre vereceğini ve taraflarca getirilmeyen dava malzemesinin var olup olmadığını araştıramayacaktır³⁸. Bu hüküm bize, hâkimin aydınlatma ödevinin sadece taraflarca getirilmiş, ileri sürülmüş vakıalar bakımından söz konusu olduğunu³⁹; hâkimin kendiliğinden dava ile ilgili fakat taraflarca ileri sürülmemiş vakıaları dikkate almasının söz konusu olmadığını; bunları kendiliğinden dikkate alamayacağını ve bunları hatırlatacak davranışlarda dahi bulunamayacağını ifade etmektedir⁴⁰. Aydınlatma ödevinin amacı, taraflarca ileri sürülen vakıaların doğru ve tam anlaşılmasını veya bu mevcut vakılardaki eksikliklerin ve çelişkilerin giderilmesini sağlamaktır⁴¹. Yoksa aydınlatma ödevi, taraflarca yerine getirilmesi gereken dava malzemesinin yargılamaya dâhil edilmesi sorumluluğunu hâkime yüklememekte yahut eksik, belirsiz veya çelişkili hususların bizzat hâkim tarafından giderilmesi anlamına gelmemektedir⁴². Aynı şekilde hâkimin hüküm verebilmesi için önemli olan maddi vakıalar taraflarca iddia edilip yargılamaya dâhil edilmelidir; yoksa hâkim açıklama ödevi çerçevesinde bunlara işaret edip tarafların bunları yargılamaya dâhil etmesini sağlayamaz⁴³. Başka bir ifadeyle, davayı aydınlatma ödevinin sınırı, tarafların iddia ve savunma olarak ileri sürdükleri, mahkemeye getirdikleri

³⁸ Pohlmann, § 2, Rn. 17.

³⁹ Gehri, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Komm, Art. 56, Rn. 6, 7; Gehri/Flütsch, in: Gehri/Kramer, Art. 56, Rn. 5, 9; Glasl, in: Brunner/Gasser/Schwander, Art. 56, Rn. 4, 25; Jauernig/Hess, § 25, Rn. 47; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 77, Rn. 17; Schilken, § 8, Rn. 355; Schilken, Hâkimin Rolü, s. 62.

⁴⁰ Bilge/Önen, s. 294; Kuru, C. 2, s. 1919; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 336; Önen, s. 141.

⁴¹ Gehri, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Komm, Art. 56, Rn. 2; Glasl, in: Brunner/Gasser/Schwander, Art. 56, Rn. 4; Musielak, § 3, Rn. 105; Schilken, § 8, Rn. 355. “./.. hakim, tarafların zamanında uyuşmazlığın çözümü için önemli vakıaların tamamı hakkında açıklama yapmalarını, özellikle ileri sürülen vakılardaki eksiklikleri tamamlamalarını, delilleri ikame etmelerini ve gerekli talepleri ileri sürmelerini sağlayabilecektir. ./..” 23. HD, 11.3.2013, 857/1445 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁴² Gehri, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Komm, Art. 56, Rn. 12. Benzer şekilde: Glasl, in: Brunner/Gasser/Schwander, Art. 56, Rn. 4; Leuenberger/Uffertobler, Rn. 4.20, s. 115; Staehelin/Staehelin/Grolimund, § 10, Rn. 20.

⁴³ Gehri, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Komm, Art. 56, Rn. 12.

vakıalardır. Tarafların getirdiği bu vakıaların eksik veya çelişkili olması durumunda bunların nasıl anlaşılması gerektiği konusunda hâkime açıklatma yükümlülüğü getirilmiştir⁴⁴. Taraflarca getirilme ilkesi, hâkime aydınlatma ödevi gereğince tarafların ileri sürmediği vakıaların araştırılmasına, tepsi-tine⁴⁵ ve bunların hâkim tarafından yargılamaya sokulmasına engel olmaktadır⁴⁶. Aydınlatma ödevi hâkime bu yönde bir yetki vermediği gibi hâkimi yükümlü de kılmamıştır⁴⁷. Hâkim bu yönde bir teşvik veya hatırlatmada dahi bulunamaz⁴⁸. Bu nedenle davacının daha önce talebinin dayanağı olarak ileri sürmediği bir vakıa, aydınlatma ödevinin kapsamında kendisine açıklatır-lamayacağı gibi davalı bakımından da daha önceden ileri sürmediği bir def'inin bu yolla ileri sürülmesine imkân vermemektedir⁴⁹. Örneğin, zaman-aşımı def'inde bulunan davalıya karşı davacı zamanaşımının kesildiğini ileri sürmüş; ancak kesilme nedeni konusunda açıklık yoksa veya tereddüt varsa, aydınlatma ödevi çerçevesinde bu husus davacıya sorulabilecektir. Hâkimin, tarafa hiçbir dayanak noktası olmaksızın, dava temelini iyileştirecek, somut maddi vakıalara işaret etmesi aydınlatma ödevinin sınırını aşmaktadır⁵⁰. Bu nedenle, az önceki örnekte olduğu gibi, davalı zamanaşımı def'inde bulunmuş, fakat davacı bu hususa ilişkin zamanaşımının kesilmesi hakkında bir cevap vermemişse, hâkim bu hususu kendiliğinden araştıramayacağı gibi⁵¹ aydınlatma ödevi kapsamında bunu kabul edip, davacıdan bu yönde bir açıklama isteyemez.

⁴⁴ **Lüke**, § 2, Rn. 22.

⁴⁵ **Affentranger**, in: Baker&McKenzie, Art. 56, Rn. 4; **Gehri/Flütsch**, in: Gehri/Kramer, Art. 56, Rn. 7.

⁴⁶ **Gehri**, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Komm, Art. 56, Rn. 12; **Gehri/Flütsch**, in: Gehri/Kramer, Art. 56, Rn. 9.

⁴⁷ **Gehri**, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Komm, Art. 56, Rn. 12; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 77, Rn. 17, 20; **Lüke**, § 2, Rn. 22.

⁴⁸ **Üstündağ**, s. 249.

⁴⁹ **Gehri**, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Komm, Art. 56, Rn. 8; **Lüke**, § 2, Rn. 22; **Schilken**, § 8, Rn. 355.

⁵⁰ **Alangoya**, s. 157-158; **Glasl**, in: Brunner/Gasser/Schwander, Art. 56, Rn. 4; Benzer şekilde: **Lüke**, § 2, Rn. 22; **Zeiss/Schreiber**, § 28, Rn. 182; **Gehri**, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Komm, Art. 56, Rn. 12.

⁵¹ **Postacıoğlu**, s. 235.

Bununla birlikte hâkim, dava dosyasına usulüne uygun şekilde girmiş belgelerden öğrendiği itiraz sebeplerini, ilgili taraf iddia etmemiş olsa dahi kendiliğinden göz önünde bulundurur⁵². Böyle bir vakıa hakkında da hâkim gerektiğinde aydınlatma ödevi çerçevesinde açıklama isteyebileceği gibi ilgili tarafa soru da yöneltebilecektir⁵³. Bu husus da aydınlatma ödevinin sınırları içerisinde.

Daha önce de ifade edildiği üzere özel hukuk uyuşmazlıklarında kural olarak dava malzemesinin getirilmesi, tamamen tarafların tasarrufuna bırakılmıştır. Hâkimin bu yönde, davanın tarafları yerine dava malzemesini sağlama yükümlülüğü yoktur⁵⁴. Bu nedenle aydınlatma ödevi bizzat hâkim tarafından mevcut vakıaların genişletilmesi veya değiştirilmesine yahut hâkimin taraflara bu yönde bir yönlendirme yapma imkân tanımamaktadır. Bununla birlikte hâkimin, tarafların ileri sürdüğü vakıaya zımnen dâhil olan vakıaların getirilmesini isteyebileceği konusunda tereddüt etmemek gerekir⁵⁵. Özellikle tarafların iddia ettikleri hususlara ilişkin vakıaların,

⁵² Umar, s. 119; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Ders Kitabı, s. 290.

⁵³ “./.. 2- İğdır PTT. Merkez Müdürlüğü'nün 25.01.2011 tarihli yazısında davalı adına yurtdışından aylık 1053 Euro para geldiği bildirilmiştir. Dosyaya tercümesi sunulan Brüksel Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'nden alınan 09.11.2010 tarihli belgede de “davacıya eşinden fiilen ayrı yaşaması nedeniyle 01.01.2001 tarihinden itibaren emekli aylığı ve yakıt yardım ödeneğinin yarısının ödendiği” belirtilmektedir. Kadına kocanın emeklilik hesabından yapılan bu ödemenin neye istinaden yapıldığı ve sebebi konusunda taraflar bir izahat yapmamışlardır. Bu durumda, öncelikle ‘hakimin davayı aydınlatma ödevi (HMK. md. 31)’ çerçevesinde, ödemenin Belçika devletindeki yasal dayanağı, sürekliliği ve kesilme koşulları bakımından taraflardan açıklama istenmesi, yeterli olmadığı takdirde ise, aynı hususların, ödemenin Belçika Emekli Sandığı Genel Müdürlüğü'nden Belçika'nın da “taraf” olduğu “Adli Yardım Taleplerinin İletilmesine İlişkin Avrupa Sözleşmesi” hükümlerinden yararlanılarak, Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü vasıtasıyla sorulup tespitiyle nasıl olacak sonucuna göre davalının yoksulluğa düşüp düşmeyeceğinin saptanması gerekirken; eksik incelemeyle hüküm kurulması doğru bulunmamıştır. ./..” 2. HD, 22.11.2012, 8296/28007 (Corpus Mevzuat-İçtihat).

⁵⁴ Lücke, § 2, Rn. 22.

⁵⁵ Alangoya/Yıldırım/Deren Yıldırım, s. 238; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 375; Tercan, s. 29. Yargıtay da, mevcut vakıaların temelini oluşturan vakıalar hakkında açıklamaların istenebileceğini kararında ifade etmiştir. Örneğin, “./.. Dava, kooperatif ortağı

iddialarını ortaya koymakta yetersiz olması durumunda hâkimin bu çerçevede açıklama yaptırmasına imkân tanınmalıdır⁵⁶. Aynı şekilde herkes tarafından bilinen vakıalar hakkında da hâkim taraflardan açıklama isteyebilir⁵⁷. Bilindiği üzere 187'nci maddenin ikinci fıkrası gereğince bu tür vakıaların ispatına gerek yoktur. Bu gibi durumlarda hâkimin aydınlatma ödevinin sınırlarının aşıldığından söz edilemez.

Unutulmamalıdır ki aydınlatma ödevi, açıkça eksik, belirsiz veya çelişkili vakıalar hakkında söz konusu olmalıdır⁵⁸. Yukarıda da ifade edildiği üzere, aydınlatma ödevinin amacı davacının talebinin dayanağı olan veya davalının savunmasına ilişkin maddi vakıalara dikkat çekmek değildir. Bir yargılamaya taraflar titiz şekilde hazırlanmalı ve gerek dava malzemelerinin ileri sürülmesinde gerekse yargılamanın yürütülmesinde gerekli özeni göstermelidirler. Bu şekilde gerekli titizlik ve özen gösterilmemişse, hâkim, aydınlatma ödevi gereğince, bunun düzeltilmesine imkân tanıyamaz⁵⁹.

4. Yeni Delil Getirilmesindeki Durum

Delillerin gösterilmesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda aşamalı olarak düzenlenmiştir. Kanununun 121'inci ve 129'uncu maddenin ikinci

olan davacının kooperatife yaptığı fazla ödemelerin tahsili istemine ilişkindir. ./.. Somut olayda davanın ileri sürülüş biçimine göre, davacının talebi, maddi ve hukuki açıdan belirsiz olup uyumsuzluğun aydınlatılması için zorunlu olarak davacıdan açıklama istenmelidir. Hükme esas alınan bilirkişi raporunda, davacının davalı kooperatife ortak olduğu tarihten sonra dava tarihine kadar kaç hisse için ortaklığının bulunduğu, bu hisselerin devrinin yapılıp yapılmadığı ve nihayetinde dava tarihinde kaç hisse için ortak bulunduğu, ödemelerin hangi hisse için yapıldığı ve davacının dava tarihine göre sahip olduğu hisselerdeki ödemelerinin normal bir kooperatif ödemelerine göre fazla bir ödemesinin olup olmadığı denetime elverişli olarak belirlenmediği gibi dairelerin devrinin hisse devri anlamında değerlendirilerek ve nasıl belirlendiği anlaşılmayan dairelerin fiyatlarının esas alınmak suretiyle yapılan hesaplama dayanarak davacının bazı bloklar için fazla ödemesinin olmadığı sonucuna ulaşmak da hatalı olmuştur. ./..” 23. HD, 5.3.2012, 3690/1634 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁶ Benzer şekilde: **Musielak**, § 3, Rn. 105.

⁵⁷ **Lüke**, § 2, Rn. 22.

⁵⁸ **Affentranger**, in: Baker&McKenzie, Art. 56, Rn. 7.

⁵⁹ **Gehri**, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Komm, Art. 56, Rn. 14.

fıkrasına göre taraflar kural olarak dilekçelerinde ellerindeki delilleri sunmak ve başka yerden getirtilecek delillerin bilgisi vermek zorundadır. Yine 140'ncı maddeye göre de, dilekçelerinde gösterdikleri ancak sunmadıkları delillerin ve bu konudaki bilgilerin en geç ön incelemede sunulması veya verilecek iki haftalık kesin sürede tamamlanması gerekir. Tahkikat aşamasında ise delillerin sunulması ancak 145'inci maddedeki şartların varlığı halinde söz konusudur⁶⁰. Söz konusu maddeye göre, bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya süresinde ileri sürülmemesi ilgili tarafın kusurundan kaynaklanıyorsa, hâkim o delilin gösterilmesine izin verebilir. Bu son durumda, şartların varlığı halinde taraflar dilekçelerinde yer vermedikleri delilleri yargılamaya dâhil edebilmektedirler.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda tarafların iddia ve savunmalarına ilişkin vakıaların hangi delillerle ispat edileceğini dava dilekçelerinde açıkça göstermeleri gerektiği düzenlenmiştir (m. 119/1- f; m. 129/1-e). Ayrıca 194'üncü maddenin ikinci fıkrasında da, tarafların dayandıkları delilleri ve hangi delilin hangi vakıanın ispatı için gösterildiğini açıkça belirtmeleri gerektiği vurgulanmıştır. Bu somutlaştırma yükünün bir sonucudur. Böylelikle tarafların genel ifadelerle delillerini belirtmesi yeterli sayılmayıp, hangi delillerin kullanılacağı ve hangi vakıanın bu delillerden hangisi ile ispatlanacağını dava dilekçesinde gösterilmesi zorunlu kılınmıştır. Tarafların dilekçelerinde bu tür bir açıklık yok ise, hâkim dava dilekçesindeki bu eksikliğin giderilmesi için süre veremez. Çünkü bu husus dava dilekçesinin zorunlu unsurlarından değildir. Böyle bir durumda hâkim ancak aydınlatma ödevi çerçevesinde, taraflara açıklatma yaptırabilir⁶¹. Taraflar yapacakları

⁶⁰ “./.. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 145/1. maddesi hükmüne göre, kanunda belirtilen süreden sonra delil gösterilemeyeceği, ancak bir delilin sonradan ileri sürülmesi yargılamayı geciktirme amacı taşııyorsa veya süresinde ileri sürülemediği ilgili tarafın kusurundan kaynaklanıyorsa, mahkeme o delilin sonradan gösterilmesine izin verebileceği hükme bağlanmış olup bu düzenleme karşısında davalı yanın yazılı ve sözlü savunmalarında bahsedilmeyen delil listesinde de bildirilmeyen ve karar aşamasında dosyaya ibraz edilen ibranameye dayanılması da mümkün değildir. ./..” 22. HD, 4.6.2013, 18797/13531 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁶¹ “./.. Mahkemece söz konusu dekonta kıdem tazminatı ödemesi olduğunun şerh düşülmüdüğü gerekçe gösterilerek ödenen tutar mahsuba konu edilmemiştir. Davacı vekilinin

açıklama ile beraber kural olarak yeni delil sunamazlar. Sadece dava dilekçelerinde yer verdikleri delillere ilişkin açıklama yapabilirler. Delillerde bulunan eksikliğin, belirsizliğin veya çelişkinin giderilmesi için hâkim açıklama yaptırabilir.

Davayı aydınlatma yükümlüğünün sınırları deliller bakımından da geçerlidir. Bu nedenle, hâkim davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde yargılamaya daha önce getirilmemiş delillerin gösterilmesini isteyemez. Çünkü yukarıda da belirtildiği gibi, delillerin gösterilmesi kanunda açıkça düzenlenmiş ve özellikle tahkikat aşamasında yeni delillerin tahkikata getirilmesinde hâkimin titiz davranması gerekmektedir. Hâkimin aydınlatma ödevi, ispat amacına yönelik değildir⁶². Hâkimin gösterilmesini işaret edebileceği deliller, dava dosyasından anlaşılabilen ve tarafların ileri sürdükleri iddia ve savunmalarına ilişkin vakıaların ispatı bakımından gerekli delillerdir⁶³. Bu nedenle hâkim keyfî olarak istediği her delilin gösterilmesini taraflardan isteyemez.

Bununla beraber, 31'nci maddeye göre hâkim, aydınlatma ödevi gereğince tarafların delil göstermelerini isteyebileceği düzenlenmiştir. Burada da dikkat edilmesi gereken husus hâkimin, mevcut vakıalardaki eksiklik, belirsizlik veya çelişkinin giderilmesi için tarafların delil göstermesini isteyebileceğidir⁶⁴. Özellikle, örneğin bir hukuki ilişkinin tanığı olduğu söylenen

anılan ödemenin kaynağı hakkında izahat getirmemiş olması nazara alındığında bu ödemenin nedeni hakkında tereddüt hasıl olmaktadır. Mahkemece 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun 31. maddesindeki hakimin davayı aydınlatma ödevine dair düzenlemeye dayanılarak davacı asilin beyanına başvurulmalı... ./..” 7. HD, 27.5.2013, 3200/9844 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁶² **Tercan**, s. 11.

⁶³ **Alangoya**, s. 157; **Bolayır**, s. 146; **Kuru**, C. 2, s. 2022; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 337; **Yılmaz**, s. 352-353.

⁶⁴ “./.. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31/1. maddesinde ifadesini bulduğu üzere hakimin davayı aydınlatma ödevi gereği fesih gerekçesi yapılan tutanakları imzalamış olan kişiler tanık olarak çağrılmalı, işveren tarafından sunulan tutanak içerikleri tüm tanıkları tutanaklar kendilerine gösterilerek ve dinlenerek doğrultulmalı, ayrıca somut olayda 4857 Sayılı İş Kanunu m. 34 anlamında işçinin işin ifasından kaçınma hakkı bulunup bulunmadığı araştırılmalı ve olay aydınlatılmalıdır. ./..” 22 HD, 14.6.2012, 306/13529 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

ve fakat tanık delilleri arasında taraflarca gösterilmeyen kişileri, hâkim ancak aydınlatma ödevi çerçevesinde dinleyebilecektir⁶⁵. Hatta bu şekilde bir durum olmamasına rağmen, dava dosyasında bir şekilde yer alan kişilerin dinlenebilmesi de aydınlatma ödevinin bir sonucu olarak karşımıza çıkmaktadır⁶⁶. Aynı şekilde tarafların veya üçüncü kişilerin elinde bulunan belgelerin ibrazının istenebileceği konusunda tereddüt etmemek gerekir. Bu durumda, aydınlatma ödevinin sınırının aşıldığı kabul edilemez. Ayrıca, mevcut vakıya zımnen dâhil olan vakıaların açıklığa kavuşması için hâkimin delil gösterilmesini isteyebileceği hususunda da tereddüt etmemek lazım. Bu durumda da, aydınlatma ödevinin sınırının aşıldığı düşünülemez⁶⁷.

⁶⁵ Umar, s. 145; Schilken, § 8, Rn. 35. Karş.: Karaaslan, s. 152-153.

⁶⁶ “./.. 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31/1 inci maddesinde ifadesini bulduğu üzere hakimin davayı aydınlatma ödevi gereği, davalı vekili tarafından sunulan ve feshedilmeden önce tutanaklardaki imzacılar tanık olarak çağrılarak usulüne uygun şekilde dinlenilmeli, tutanaklar kendilerine gösterilerek doğrulanmalı ve olay aydınlatılmalıdır. Mahkemece tutanak imzacıları dinlenilmeksizin, eksik incelemeyle yazılı şekilde hüküm tesisi hatalı olup bozmayı gerektirmiştir. ./..” 22. HD, 30.9.2013, 25225/20270 (Corpus Mevzuat-İçtihat). Diğer bir kararında da Hukuk Genel Kurulu, “./.. Davacının şahit listesinde adı geçen Dilek duruşma sırasında ifadesinde, dava konusu halıların davacıya ait olduğunu söylemiş ve bu halılardan iki tanesinin bir yıl önce (Ahmet isimindeki) halıcıdan satın alındığını açıklamıştır. ...toplanan deliller mahkemece hükme yeterli görülmediği takdirde HUMK m. 75 (HMK m. 31) hükmü gözönünde tutularak faturayı veren Ahmet'in de şahit olarak dinlenmesi... gerekmektedir. ./..” ifade etmiştir. HGK, 9.7.1969 (Kuru, C. 2, s. 2023).

⁶⁷ “./.. Somut uyuşmazlıkta, şoför olan davacının kusuru ile sebep olduğu yaralamalı trafik kazalarına karıştığı ve şirketi zarara uğrattığı gerekçesiyle iş sözleşmesinin haklı sebeple feshedildiğini savunulmuştur. Davalı şirket tarafından ileri sürülen fesih sebebi ile ilgili savunma nazara alındığında 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 31/1. maddesinde ifadesini bulduğu üzere hâkimin davayı aydınlatma ödevi gereği davacının karıştığı trafik kazaları ile ilgili evraklar temin edilerek gerektiğinde de kusur ve zarar miktarı yönünden uzman bilirkişi tespit ve görüşüne ihtiyaç vardır. O sebeple davacının kusurlu olup olmadığı, şirketin zarar görüp görmediği ve bu davranışlarının 4857 sayılı Kanun'un 25/II. maddesinde belirtilen ahlak ve iyiniyet kurallarına uymayan sebeplerden biri olup olmadığı araştırılmalı ve sonucuna göre karar verilmelidir. Eksik inceleme ile karar verilmesi hatalıdır. ./..” 22. HD, 5.6.2012, 12564/12530 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

Aydınlatma ödevi çerçevesinde hâkim sadece delil gösterilmesi değil, ayrıca gösterilecek delilin türünü de işaret edebilecektir⁶⁸. Örneğin yargılama sırasında, dava dosyasından tanık dinlenilmesi gerektiği anlaşılan durumlarda hâkimin tanıkların dinlenmesine işaret etmesi⁶⁹ veya ispat yükü altında bulunan tarafın iddiasını diğer delillerle ispatlayamaması durumunda hâkimin tarafa, yemin deliline başvurabileceğini hatırlatması bu kapsamda değerlendirilmelidir. Hâkimin yemin delilini hatırlatabilmesi için, tarafın dilekçesinde açıkça yemin deliline dayanması gerekir⁷⁰. Buna karşılık genel olarak Yargıtay kararlarında ve doktrinde, dava dilekçesinde açıkça yemin delili yazılmamış olsa dahi, “her türlü delil”, “tüm yasal deliller”, sair yasal deliller”, “ve sair deliller”, “diğer deliller” ve “benzer deliller” gibi ifadelere yer verilmiş olmasının yeterli olduğu kabul edilmektedir⁷¹.

⁶⁸ **Alangoya**, s. 154; **Bolayır**, s. 145.

⁶⁹ “./.. Somut olayda, 10.07.2010 tarihinde tel ile çevrili kafese girilerek sülünlerin telef edildiğine dair jandarma, hayvan bakıcısı, orman muhafaza memuru ve Köşeler Köyü dernek başkanlığının tutanakları bulunmakta ise de hiç birisinde de davalıya ait köpeklerin yaptığını dair görgüye dayalı bir beyana rastlanılmamıştır. Tutanakların muhteviyatları incelendiğinde kafesin durumunun tespitinden ibarettir. O halde mahkemece, davalının delil listesinde tanık deliline de dayandığı gözetilerek HMK'nun 61. maddesi [31. maddesi] hükmü gereğince davayı aydınlatma görevi hakime ait olup tanık vs. delilleri toplanılmak suretiyle sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken eksik inceleme ile karar verilmesi doğru görülmemiştir. ./..” 3. HD, 24.9.2012, 17037/19609 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁷⁰ “./.. davacının yazılı delille iddiasını ispatlayamadığı ve ayrıca HMK'nun 119/1-f maddesi uyarınca davacı tarafça dava dilekçesinde açıkça yemin deliline dayanılmadığından davacının yemin deliline de dayanamayacağı gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş, hüküm davacı vekilince temyiz edilmiştir. Dosyadaki yazılara kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına göre, davacı vekilinin yerinde görülmeyen bütün temyiz itirazlarının reddiyle usul ve kanuna uygun bulunan hükmün ONANMASINA ./..” 19. HD, 23.01.2014, 6872/10385 (yayımlanmamıştır). Aynı yönde: “./..Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle gerektirici sebeplere, delillerin takdirinde bir isabetsizlik bulunmamasına ve özellikle dava tarihi itibarıyla yürürlükte bulunan 6100 sayılı HMK'nın 129/1-e maddesi hükmüne uygun olarak davalının yanıt dilekçesinde açıkça yemin deliline de dayanmamış ve aynı Kanun'un 194. madde hükmü uyarınca savunmasını somutlaştırıp delillerini göstermemiş olmasına göre, davalı vekilinin temyiz itirazları yerinde görülmemiştir. ./..” 23. HD, 21.2.2013, 6432/703 (yayımlanmamıştır).

⁷¹ Ayrıntılı bilgi ve bu husustaki Yargıtay kararları için bkz.: **Yılmaz**, Yemin, s. 126-143; **Kuru**, C. 3, s. 2502 vd.. Yargıtay'ın bir önceki dipnotta belirtilen kararları dışında,

5. Hâkimin Tarafsızlığının Korunması

Dava malzemesinin getirilmesinde hâkimin pasif olması, bu hususun tamamen tarafların egemenliğine bırakılmasının hâkimin yargılamayı yürütürken de pasif olacağı, hiçbir fonksiyon üstlenmeden hareketsiz kalacağı anlamına gelmemelidir. Hâkimin, yargılamanın muhtemel gidişatı ve sonuçları hakkında davanın esası hakkında görüşünü bildirmeden tarafların dikkatini çekmesi ihsası rey nedeniyle hâkimin reddi sonucunu doğurmaz⁷². Ancak unutulmamalıdır ki aydınlatma ödevi, hâkimi, tarafların hukuki danışmanı gibiymiş yargılamayı yürütme yetkisi vermemekte veya böyle bir yükümlülük altına sokmamaktadır⁷³. Hâkim aydınlatma ödevini, taraflardan birinin yargılamadaki durumunu diğerine üstünlük sağlamaya neden olacak şekilde tek taraflı da kullanamaz⁷⁴. Hâkimin yargılamadaki yükümlülüğü,

HMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra verdiği bazı kararlarında da, tarafların yemin deliline açıkça dayanmadığı durumlarda dahi hâkimin bu delili hatırlatması gerektiği ifade edilmiştir. Örneğin *"./.. Davacı aylık kira miktarının 600,00 TL olduğunu yazılı belge ile kanıtlayamamış ise de sair deliller demek suretiyle yemin deliline de dayanmış olduğundan davacıya aylık kira bedelinin 600,00 TL olduğu konusunda davalıya yemin teklifinde bulunma hakkı hatırlatılarak aylık kira miktarı belirlendikten sonra sonucuna göre karar verilmesi gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru değildir. ./.."* 6. HD, 24.6.2013, 9066/10957 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Benzer şekilde: *"./.. Ancak davacı vekili dava dilekçesinde ve delil dilekçesinde "her türlü yasal delil" ibaresini de kullanmış olduğundan, davacı vekiline akdi ilişkinin varlığı konusunda davalıya yemin teklif etme hakkı bulunduğu hatırlatılması, bu şekilde akdi ilişkinin varlığı kanıtlandığı takdirde davanın esası hakkında hüküm oluşturulması, akdi ilişkinin varlığının yemin sonucu kanıtlanamaması durumunda ise davanın akdi ilişkinin yokluğu sebebiyle reddine karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde hüküm oluşturulması doğru olmamış, kararın bozulması gerekmiştir. ./.."* 15. HD, 16.5.2012, 2296/3456 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Yargıtay daireleri arasındaki uygulama farklılığının giderilmesi ve gerek dilekçelerin unsurlarına ilişkin hükümler gerekse somutlaştırma yüküne ilişkin düzenleme dikkate alındığında tarafların dilekçelerinde açıkça yemin deliline dayanmadığı durumlarda artık hâkimin bu delili hatırlatamayacağının kabul edilmesi gerekir.

⁷² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 576.

⁷³ Jauernig/Hess, § 25, Rn. 45.

⁷⁴ Gehri, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Komm, Art. 56, Rn. 9; Glasl, in: Brunner/Gasser/Schwander, Art. 56, Rn. 26. Benzer şekilde: Gehri/Flütsch, in: Gehri/Kramer, Art. 56, Rn. 7; Lent, s. 60.

gerçeğe uygun karar vermektir; taraflardan birinin yardımcısı olarak hareket etmek değildir⁷⁵. Aksi takdirde, bu hâkimin tarafsızlığından şüphe duyulmasına neden olacaktır ve hâkimin reddi sebebinin doğuracaktır⁷⁶.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 25'inci maddesinin birinci fıkrasında, hâkimin iki taraftan birinin söylemediği şeyi veya vakıaları hatırlatacak⁷⁷ davranışlarda bulunamayacağını düzenlemiştir. Hâkimin yargılamada tarafsızlığını koruyabilmesi için, pasif konumda olmasının zorunluluk olduğu kabul edilmektedir⁷⁸. Hâkimin yabancı olduğu uyuşmazlığa ilişkin olarak taraflar arasında eşit uzaklıkta olması gerektiği ve hâkimin tarafların iddia ettiklerine ve getirdiklerine karışamayacağı ifade edilmektedir. Aksi bir tutumun yargılamaya olan güveni zedeleyeceği kabul edilmektedir⁷⁹. Bu nedenle aydınlatma ödevinin bir diğer sınırını da yargılamada hâkimin taraflara karşı tarafsızlığı oluşturmaktadır⁸⁰. Bununla birlikte unutulmamalıdır ki, hâkimin aydınlatma ödevini yerine getirmesi başlı başına hâkimin taraflara karşı tarafsızlığına aykırı değildir⁸¹. Kanaatimizce de hâkimin aydınlatma ödevinin sınırını, tarafların iddia ettikleri⁸², yargılamaya getirdikleri vakıalar ve bunların delilleridir. Hâkim gerek mevcut vakıalar çerçevesinde gerekse yeni vakıaları yargılamaya sokarak, taraflardan birine öğüt vermek veya yol göstermek şeklinde aydınlatma ödevini yerine getirdiği kabul edilemez. Örneğin hâkimin davalıya, dar anlamda def'i haklarını, takas⁸³, dönme, fesih

⁷⁵ **Sutter-Somm/von Arx**, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Art. 56, Rn. 43.

⁷⁶ **Lüke**, § 2, Rn. 22.

⁷⁷ HUMK m. 75'de de "*hatırlatma*" terimi kullanılmış, doktrinde Alangoya, bunun başarısız bir çeviri olduğunu ve bu terimin mehz kanunda olduğu gibi "*telkin*" olarak anlamak gerektiğini ifade etmiştir (s. 157).

⁷⁸ **Meriç**, s. 383.

⁷⁹ **Meriç**, s. 383.

⁸⁰ **Affentranger**, in: Baker&McKenzie, Art. 56, Rn. 4; **Gehri**, in: Spühler/Tenchio/Infänger (Hrsg), Basler Komm, Art. 56, Rn. 15; **Sutter-Somm/von Arx**, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger (Hsgh), Art. 56, Rn. 15; **Lüke**, § 2, Rn. 22; **Musiak**, § 3, Rn. 105; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 77, Rn. 20; **Zeiss/Schreiber**, § 28, Rn. 182.

⁸¹ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 77, Rn. 16.

⁸² **Yavaş**, s. 308.

⁸³ Burada takasın özel durumu hakkında kısa bir açıklama yapmak gerekmektedir. Bilindiği üzere davadan önce ve ayrıca cevap dilekçelerinde de takas ileri sürülmemişse, bu

hakkı gibi yenilik doğuran hakların hatırlatılması, aydınlatma ödevinin sınırını aşmaktadır⁸⁴. Aksi bir tutumun hâkimin tarafsızlığına aykırılık teşkil edeceği kabul edilmelidir⁸⁵.

Bununla beraber, davanın maddi yürütücüsü olan hâkimin, maddi gerçeğe ulaşabilmek için taraflarla işbirliği içerisinde olabilmesi gerekir⁸⁶. Ancak burada da hâkimin işbirliği, tarafların mümkün olduğunca eksiksiz ve doğru vakıaları yargılamaya getirmeleri ile sınırlı kalmalıdır⁸⁷. Yoksa yukarıda da belirtildiği gibi, taraflarca getirilme ilkesi karşısında, hâkimin tarafla işbirliği içinde, vakıa araştırması yapması ve yeni vakıaları yargılamaya dâhil etmesi söz konusu olamayacaktır. Yargıtay yeni tarihli bir kararında⁸⁸, “*./.. Maddede (m. 31/1), hâkimin maddi anlamda davayı sevk yetkisi düzenlenmektedir. Bu yetkisiyle hâkim, olayın ve hukuki uyumsuzluğun olgusal ve hukuki boyutlarını gerekli olduğu ölçüde taraflarla birlikte ele alabilecek, tarafların zamanında uyumsuzluğun çözümü için önemli vakıaların tamamı hakkında açıklama yapmalarını, özellikle ileri sürülen vakıalardaki eksiklikleri tamamlamalarını, delilleri ikame etmelerini ve gerekli talepleri ileri sürmelerini sağlayabilecektir. ./..*” belirterek, tarafla hâkimin işbirliğine vurgu yapmış ve özellikle mevcut vakıalardaki eksiklerin aydınlatma ödevinin konusunu oluşturduğunu ifade etmiştir. Bu nedenle örneğin, hâkimin belirsiz alacak davasında olduğu gibi, davacıya talep sonucunu rakamsal olarak belirlemesi için süre vermesi söz konusu ödevin sınırlarını aşmamaktadır⁸⁹. Çünkü burada hâkim, davacıya talebini artırması için öğüt verme-

durumda hâkim dava dosyasından takasın şartlarının doğduğunu ve davalının takas beyanında bulunabileceğini anlasa dahi bile buna işaret edemeyecektir. Ancak davadan önce ileri sürülmüş takas bir itirazdır ve dava dosyasından anlaşıldığı takdirde hâkim tarafından her zaman dikkate alınabileceği gibi taraf da bunu ileri sürebilir (Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, Ders Kitabı, s. 291 vd.).

⁸⁴ **Alangoya**, s. 158; **Lüke**, § 2, Rn. 22.

⁸⁵ **Stachelin/Stachelin/Grolimund**, § 10, Rn. 22; **Sutter-Somm/von Arx**, in: Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger, Art. 56, Rn. 43.

⁸⁶ Hâkimle tarafların işbirliği hakkında geniş bilgi için bkz.: **Deren Yıldırım**, s. 817-832.

⁸⁷ **Schilken**, Hâkimin Rolü, s. 62-63.

⁸⁸ 23. HD, 11.3.2013, 857/1445 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Aynı yönde: 23. HD, 25.03.2013, 1067/1825 (Corpus Mevzuat-İçtihat).

⁸⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: **Simil**, s. 286 vd.. Karş.: **Pekcanitez**, s. 52 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 459.

mekte veya yol göstermemektedir; sadece bu davanın gereği olarak talep sonucunu belirlemesi için imkân tanımaktadır.

III. SINIRIN AŞILMASININ SONUÇLARI

1. Hâkimin Reddi

Hâkimin aydınlatma ödevinin sınırı aşmasının en önemli sonucu, hâkimin reddine sebebiyet vermesidir⁹⁰. Hâkim, her iki tarafın menfaatlerini eşit şekilde gözeterek ve tarafların getirdiği, ileri sürdüğü iddialar ve bunların delilleri kapsamında yargılama görevini yerine getirecektir⁹¹. Bu kapsamda, hâkim aydınlatma ödevini yerine getirirken, yukarıda belirlemeye çalıştığımız sınırlar çerçevesinde hareket etmek zorundadır. Bu sınırların belirlenmesindeki amaç, hâkimin, davanın her iki tarafına da eşit mesafede, yani tarafsız kalmasının güvence altına alınmasıdır. Hâkimin söz konusu sınırları aşması bazı durumlarda taraflardan birine yol gösterme veya öğüt verme sonucunu doğurabilir. Örneğin, davalıya zamanaşımı def'inde bulunması yönünde yol göstermesi gibi. Bu ise, hâkimin yargılamada tarafsızlığını ihlâl edecektir. Bu durumda karşı taraf, 36'ncı maddenin birinci fıkrasının (a) bendinde kabul edilen hâkimin taraflardan birine öğüt vermesi veya yol göstermesi reddi sebebine dayanarak hâkimin reddini talep edebilecektir. Unutulmamalıdır ki, hâkim bizzat kendisini de reddedebilir (m. 36/1).

2. Hükmün Bozulması

Hâkimin aydınlatma ödevinin sınırını aşması bazı durumlarda, hükmün bozulmasına sebebiyet verebilir⁹². Bu özellikle taraflarca getirilmeyen veya ileri sürülmeyen bir vakıanın yahut delilin incelenmesi, yargılamaya dâhil edilmesi durumunda söz konusu olacaktır. Örneğin hâkimin her iki tarafın da göstermediği ve dava dosyasında da adı geçmeyen bir kişiyi tanık olarak kendiliğinden dinlemesi ve buna dayanarak hüküm vermesi bir bozma sebebi

⁹⁰ Meriç, s. 410-411; Pekcanitez/Atalay/Özekes, Ders Kitabı, s. 226; Gehri, in: Spühler/Tenchio/Infanger (Hrsg), Basler Komm, Art. 56, Rn. 15; Pohlmann, § 2, Rn. 28; Schilken, Hâkimin Rolü, s. 62; Zeiss/Schreiber, § 28, Rn. 182.

⁹¹ Meriç, s. 411.

⁹² Pohlmann, § 2, Rn. 28; Zeiss/Schreiber, § 28, Rn. 184.

olarak karşımıza çıkacaktır. Aynı şekilde, aydınlatma ödevinin sınırı aşılmış ve davada taraf değişikliğine sebebiyet verilmişse, bu da bir bozma sebebi olarak karşımıza çıkacaktır.

Son olarak, hâkimin aydınlatma ödevinin sınırını aşarak taraflardan birine öğüt vermesi veya yol göstermesi durumunda karşı tarafın hâkimin reddini talep etmesine rağmen bu talebi hiç dikkate alınmaması da hükmün bozulmasını gerektirecektir. Çünkü davanın görülmesi esnasında, ileri sürülen bir usule aykırılık iddiası dikkate alınmamışsa, bu bir mutlak bozma sebebidir (HUMK m. 428/4). Ayrıca Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonucu vermiş olduğu bu tür kararlara karşı şartları varsa karar düzeltme yoluna da başvurulabileceği konusunda tereddüt etmemek gerekir⁹³. Bununla birlikte, hâkim aydınlatma ödevinin sınırını aşmış ve reddi gerekirken süresinde hâkimin reddi istenmemişse, bu husus artık bozma nedeni yapılamaz⁹⁴.

3. Hâkimin Hukuki Sorumluluğu

Hâkimlerin hangi durumda hukuki sorumluluklarının bulunduğu 46'ncı maddede sınırlı olarak sayılmıştır. Söz konusu maddeye göre, hâkimlerin görevleri sırasında vermiş oldukları zararlardan ötürü, zarar gören devlet aleyhine tazminat davası açabilecektir. Hâkimin aydınlatma ödevinin sınırını aşması neticesinde, devlet aleyhine tazminat davasının açılabilmesi de yine bu maddede düzenlenen sorumluluk hallerinden birine girmesine bağlıdır⁹⁵. Burada özellikle, aydınlatma ödevini yerine getirirken hâkimin tarafsız

⁹³ Önemle belirtmek gerekir ki, HMK m. 375/1-b'ye göre, hâkim hakkında ret talebinin ilgili merciice kesin olarak kabul edilmesinden sonra, hâkimin karar vermiş olması ya da karara katılmış bulunması yargılamanın iadesi sebebi olarak sayılmıştır. Ancak bilindiği üzere, HMK geçici 3. madde gereğince, yargılamanın yenilenmesine ilişkin 1086 sayılı Kanunun 26.9.2004 tarihli ve 5236 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önceki hükümleri uygulanacağı için, bölge adliye mahkemelerinin kurulması ve HMK'daki kanun yolu sistematığının uygulanmaya başlamasına kadar, söz konusu hüküm uygulama alanı bulamayacaktır. HUMK'ta da konuyla ilgili olarak sadece davaya bakması yasak olan hâkimin vermiş olduğu hükümler için yargılamanın iadesi sebebi olarak kabul edildiği için, şu anda ret talebi merciice kesin olarak kabul edilen hâkimin vermiş olduğu karara karşı yargılamanın iadesi yoluna gidilemeyecektir.

⁹⁴ Greger, in: Zöllner, § 139, Rn. 2.

⁹⁵ Karş.: Meriç, s. 411.

olması gerekirken, taraf tutması sebebiyle hukuka aykırı hüküm veya karar vermesi durumu söz konusu olabilir (m. 46/1-b). Bu durumda, devlet aleyhine tazminat davası açılabilir. Devlet, tazminat ödemek zorunda kalırsa, sorumlu hâkime ödeme tarihinden itibaren bir yıl içinde rücu edecektir (m. 46/3).

IV. SONUÇ

Hâkim uyuşmazlığın çözümü hakkında karar vermek zorundadır ve bu görevini maddi gerçeğe uygun şekilde yerine getirmelidir. Hâkimin verdiği karar maddi gerçekle ne kadar örtüşürse, taraflar arasında bozulan adalet dengesi de o derece tekrar sağlanmış olacaktır. Hâkimin maddi gerçeğe uygun karar vermesi ise, ancak yargılamada aktif olarak yer almasına, maddi gerçeğin ortaya çıkması için taraflarla iş birliğini artırmasına bağlıdır. Bunu sağlayan en önemli enstrümanlardan biri de hâkimin aydınlatma ödevidir. Hâkim, taraflarca getirilme ilkesine bağlı olarak uyuşmazlığın çözümü için soru sorması, taraflardan açıklama istemesi veya yeni delil talep etmesi hususunda çekingen davranmamalıdır. Unutulmamalıdır ki aydınlatma ödevi, hâkim için bir yük olmayıp, yükümlülüktür. Bu yükümlülüğü hâkimin, tereddüt etmeden ve tarafsızlığını zedelemeyecek şekilde yerine getirmesi gerekmektedir.

Kaynakça

- Affentranger**, Markus; in: Baker&McKenzie, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Bern 2010.
- Alangoya**, H. Yavuz; Medenî Usûl Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.
- Alangoya**, H. Yavuz/**Yıldırım**, M. Kâmil/**Deren Yıldırım**, Nevhis; Medenî Usul Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009.
- Bilge**, Necip/**Önen**, Ergun; Medeni Yargılama Hukuku, 3. Baskı, Ankara 1978.
- Deren Yıldırım**, Nevhis; Hâkimle Tarafların İşbirliği İlkesi ve Yarattığı İdeolojik Çağrışımlar, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2014.
- Jauernig**, Othmar/**Hess**, Burkhard; Zivilprozessrecht, 30. Auflage, München 2011.
- Gehri**, Myriam A.; in: Spühler/Tenchio/Infanger, Basler Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, 2. Auflage, Basel 2013.
- Gehri**, Myriam A./**Flütsch**, Bettina; in: Gehri/Kramer, Schweizerische Zivilprozessordnung, Zürich 2010.
- Gasser**, Dominik/**Rickli**, Brigitte; Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO), Zürich/St. Gallen 2010.
- Glasl**, Daniel; in: Brunner/Gasser/Schwander, Schweizerische Zivilprozessordnung (ZPO) Kommentar, Zürich/St. Gallen 2011.
- Karlı**, Abdurrahim; Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012.
- Karaaslan**, Varol; Medenî Usûl Hukukunda Hâkimin Aydınlatma Ödevi, Ankara 2013.
- Kuru**, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 2, 6. Baskı, İstanbul 2001.
- Kuru**, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 3, 6. Baskı, İstanbul 2001.

- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder;** Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 24. Baskı, Ankara 2013.
- Leuenberger, Christopf/Uffer-Tobler, Beatrice;** Schweizerisches Zivilprozessrecht, Bern 2010.
- Lüke, Wolfgang;** Zivilprozessrecht, 10. Auflage, München 2011.
- Meriç, Nedim;** Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü, Prof. Dr. Bilge Umar'a Armağan, DEÜHFD C. 11, Özel S. 2009, İzmir 2010.
- Musiçlak, Hans-Joachim;** Grundkurs ZPO, 10. Auflage, München 2010.
- Önen, Ergun;** Medeni Yargılama Hukuku, Ankara 1979.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet;** Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet;** Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, 2. Bası, Ankara 2014, (Ders Kitabı).
- Pohlmann, Petra;** Zivilprozessrecht, München 2010.
- Postacıoğlu, İlhan E.;** Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6 Bası, İstanbul 1975.
- Rosenberg, Leo/Scwab. Karl Heinz/Gottwald, Peter;** Zivilprozessrecht, 17. Auflage, München 2010.
- Schilken, Eberhard;** Zivilprozessrecht, 6. Auflage, München 2010.
- Schilken, Eberhard** (Çev.: Deren Yıldırım, Nevhis); Medenî Yargılamada Hâkimin Rolü, İlkeler Işığında Yargılama Hukuku (Der.: Yıldırım, M. Kamil), 3. Bası, İstanbul 2001, (Hâkimin Rolü).
- Simil, Cemil;** Belirsiz Alacak Davası, İstanbul 2013.
- Stahelin, Adrian/Stahelin, Daniel/Grolimund, Pascal;** Zivilprozessrecht, 2. Auflage, Basel 2013.
- Sutter-Somm, Thomas/von Arx, Gregor;** in: Sutter-Somm/ Hasenböhler/ Leuenberger; Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Zürich/Basel/Genf 2013.
- Tercan, Ercan;** Hâkimin Davayı Aydınlatma Yükümlülüğü Kapsamında Tarafların Dinlenmesi, MİHDER, C. 7, S. 18, İstanbul 2011.

Umar, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014.

Üstündağ, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2000.

Zeiss, Walter/**Schreiber**, Klaus; Zivilprozessrecht, 11. Auflage, Tübingen 2009.

Yavaş, Murat; Mehaz Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hâkim Olan İlkeler ve Hâkimin Rolü, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007.

Yılmaz, Ejder; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2012.

Yılmaz, Ejder; Medeni Yargılama Hukukunda Yemin, Ankara 2012, (Yemin).

^HHAKEM KARARLARININ İCRASI VE İPTAL DAVASI

*Yrd. Doç. Dr. Ceyda SÜRAL**

GİRİŞ

Türk hukukunda milletlerarası tahkim ve milli tahkim ayrı mevzuatlarda düzenlenmektedir. Milletlerarası Tahkim Kanunu¹ (“MTK”), yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır.

Yabancılık unsuru MTK Madde 2’de tanımlanmıştır. Buna göre, “*Aşağıdaki hâllerden herhangi birinin varlığı, uyuşmazlığın yabancılık unsuru taşıdığını gösterir ve bu durumda tahkim, milletlerarası nitelik kazanır.*

1. *Tahkim anlaşmasının taraflarının yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin ayrı devletlerde bulunması.*
2. *Tarafların yerleşim yeri veya olağan oturma yerinin ya da işyerlerinin;*
 - a) *Tahkim anlaşmasında belirtilen veya bu anlaşmaya dayanarak tespit edilen hâllerde tahkim yerinden,*
 - b) *Asıl sözleşmeden doğan yükümlülüklerin önemli bir bölümünün ifa edileceği yerden veya uyuşmazlık konusunun en çok bağlantılı olduğu yerden,*
başka bir devlette bulunması.

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

^{*} Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Uluslararası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ R.G. 05.07.2001, 24453.

3. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşmeye taraf olan şirket ortaklarından en az birinin yabancı sermayeyi teşvik mevzuatına göre yabancı sermaye getirmiş olması veya bu sözleşmenin uygulanabilmesi için yurt dışından sermaye sağlanması amacıyla kredi ve/veya güvence sözleşmeleri yapılmasının gerekli olması.
4. Tahkim anlaşmasının dayanağını oluşturan asıl sözleşme veya hukukî ilişkinin, bir ülkeden diğerine sermaye veya mal geçişini gerçekleştirmesi.”

Milli tahkim ise Hukuk Muhakemeleri Kanunu²'nin (“HMK”) 11. Kısımında düzenlenmiştir. HMK madde 407 uyarınca, MTK'nın tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında HMK'da yer alan tahkime ilişkin hükümler uygulanır.

O halde, hakem kararının icrası ve iptali bakımından da milletlerarası tahkim ve milli tahkim ayrımı önemlidir. Bir başka ifadeyle, MTK'nın kapsamına giren hakem kararlarının icrası ve iptali MTK madde 15'e tabiyken; yabancılık unsuru içermeyen milli tahkim yargılamaları sonucu verilen hakem kararlarının icrası ve iptali HMK madde 439'a tabidir.

Her ne kadar HMK'nın genel gerekçesinde HMK ile MTK hükümlerinin kabulü ile milli ve milletlerarası tahkim hükümleri arasındaki farkın önlenmek istendiği ve bu nedenle HMK'nın tahkim hakkındaki hükümlerinin MTK'daki hükümlerin hemen hemen aynısı olduğu ifade edilse de³; hakem kararlarının icrası bakımından farklılık olduğu dikkat çekmektedir. Madde gerekçesindeki ifadeyle, “*Tahkim kurumunu teşvik amacı ile getirilen önemli yeniliklerden birisi de hakem kararlarının verildiği anda icra edilebilir hale getirilmiş olmasıdır*”⁴. Oysa MTK madde 15/B uyarınca, mahkemen hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belge alınması gerekmektedir.

² R.G. 04.02.2011, 27836.

³ Genel Gereke için bkz. **Pekcanitez, Hakan/Taş Korkmaz, Hülya/Meriç, Nedim**, Gereke Hukuk Muhakemeleri Kanunu, 4. Bası, Yetkin Yayınları, 2012, s. 55.

⁴ Madde gerekçesi için bkz. **Pekcanitez/Taş Korkmaz/Meriç**, s. 451.

İptal davası ve iptal sebeplerine ilişkin MTK ve HMK'daki düzenlemeler hemen hemen aynı olmakla birlikte, bazı önemli farklılıklar da bulunmaktadır.

Bu çalışmada, hakem kararlarının icrası ve iptali meseleleri HMK ve MTK açısından⁵, karşılaştırmalı olarak ele alınacaktır.

I. HAKEM KARARLARININ İCRASI

A. MTK Uyarınca Hakem Kararlarının İcrası

MTK madde 15, iptal davası ve hakem kararlarının icra edilebilir hale gelmesi başlığını taşımaktadır.

MTK madde 15/A iptal davasını düzenlemektedir. MTK Madde 15/B ise hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belgenin verilmesine ilişkindir.

MTK madde 15/B uyarınca, iptal davası için öngörülen sürenin geçmesi veya tarafların iptal davası açmaktan feragat ettiği hâllerde, hakem kararının icra edilebilmesi için, mahkemece hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belge verilmesi gerekmektedir. Mahkeme, bu belgenin verilir verilmeyeceğini incelerken hakem kararının Türk hukukuna göre tahkime elverişli olup olmadığını ve kararın kamu düzenine aykırı olup olmadığını re'sen dikkate alır. Bu hâlde mahkemece aksine karar verilmedikçe, inceleme dosya üzerinden yapılır.

Hakem kararının icrası için mahkemeden alınan icra edilebilirlik belgesi, hakem kararının icrası için gerekli ve yeterlidir⁶. Bir başka anlatımla,

⁵ Yeri geldikçe mehzaz alınan Uluslararası Ticari Tahkime İlişkin UNCITRAL Model Kanunu'na (http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/07-86998_Ebook.pdf) da değinilecektir. Model Kanun'un MTK bakımından mehzaz alındığına ilişkin bkz. Genel Gerekçe <http://www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0874.pdf>; HMK bakımından mehzaz alındığına ilişkin bkz Genel Gerekçe, **Pekcantez/Taş Korkmaz/Meriç**, s. 54.

⁶ **Nomer**, Ergin/**Ekşi**, Nuray/**Öztekin Gelgel**, Günseli, Milletlerarası Tahkim Hukuku, Cilt I, 4. Bası, Beta, 2013, s. 50; **Ataman Figanmeşe**, İnci, "Milletlerarası Ticari Hakem Kararlarının İptal ve Tenfiz Davaları Yoluyla Mahkemelerce Mükerrer Kontrol Tabi Tutulmaları Sorunu ve Bu Sorunun Giderilmesine Yönelik İki Öneri", Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Y. 31, S. 2, 2011, s. 48.

taraflar icra edilebilirlik belgesine dayanarak icra organlarına müracaat edebilirler⁷.

1. Görevli ve Yetkili Mahkeme

MTK madde 3 uyarınca, bu kanunda mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi; davalının Türkiye’de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkilidir.

2. Harçlar

Harçlar Kanunu Madde 3/I uyarınca, hakem kararlarının infazı lazım geldiğine dair mahkeme başkanı veya hakim tarafından verilen şerhlerden, hakem kararının mahiyetine göre, karar ve ilam harcı alınır. 1 Sayılı Tarife Madde A/III/1/a uyarınca, konusu belli bir değerle ilgili bulunan davalarda esas hakkında karar verilmesi halinde hüküm altına alınan anlaşmazlık konusu değer üzerinden binde 68,31 nispi harç alınır. 6/2/2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanunun⁸ 9. maddesiyle, Harçlar Kanunu’na ekli (1) sayılı Tarife’nin karar ve ilam harçları bölümünün nispi harçları düzenleyen kısmındaki (a) bendine “Tahkim yargılamasında bu bende göre hesaplanan harç yüzde elli oranında uygulanır.” ibaresi eklenmiştir.

Aşağıda görüleceği üzere, doktrinde, iptal davaları bakımından “esas hakkında karar verilmediğinden”, iptal davalarının 1 Sayılı Tarife Madde A/III/1/a kapsamına girmediği ve bu nedenle iptal davalarının maktu harca tabi olması gerektiği ifade edilmiştir⁹. Aynı görüş, hakem kararlarının icrası bakımından da geçerli olmalıdır.

MTK madde 15/B uyarınca, iptal davasının reddine ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra asliye hukuk mahkemesi, hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin bir belgeyi istemde bulunan tarafa verir. Bu belgenin verilmesi harca tâbi değildir. Ancak, bu durumda harç, aşağıda açıklandığı

⁷ Doğan, Vahit, Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Baskı, Seçkin, 2013, s. 131.

⁸ R.G. 19.02.2014, 28918.

⁹ Akıncı, Ziya, Milletlerarası Tahkim, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 254.

üzere, iptal davası için ödeneceğinden aslında icra edilebilirlik belgesinin harca tabi olmadığını söylemek doğru olmayacaktır.

İptal davası için öngörülen sürenin geçtiği veya tarafların iptal davası açmaktan feragat ettiği hâllerde, hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belgenin verilmesi bir sonraki fıkrada düzenlenmiştir. Bu durumda, harca tabi olunmayacağına ilişkin bir düzenleme de yoktur. Doktrinde, belgenin verilmesinin harca tabi olmadığı ifade edilmiştir¹⁰. Kanımızca, Madde 15/B'nin iki fıkrası arasında harçlar bakımından ayrı bir düzenleme getirilmesinin sebebi, ilk durumda zaten iptal davası için harç ödeneceğidir. Şu halde, ikinci durumda, ilgili fıkranın bu konuda düzenleme içermemesini harç ödenmeyeceği şeklinde anlamak kolay olmayacaktır.

Ayrıca, iptal davası açılmadan hakem kararının icra edilebilir olduğuna ilişkin belgenin istenmesi esnasında HMK madde 120 uyarınca her yıl Adalet Bakanlığınca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarın da mahkeme veznesine yatırılması gerekmektedir.

Gerek MTK, gerek HMK bakımından hakem kararının icra dairesi aracılığıyla icrası için harç ödenmesi Harçlar Kanunu'na tabidir. Bu durumda, anılan belge ilam sayılacağından ilamlı icra takibi söz konusu olacak¹¹ ve icraya başvuru harcı olarak maktu harç alınacaktır¹². Ayrıca, değeri belli olmayan icra takiplerinde maktu; değeri belli olan icra takiplerinde nispi tahsil harcı alınacaktır. Nispi harcın oranı, ödeme anına göre değişmektedir (1 Sayılı Tarife Madde B/I).

B. HMK Uyarınca Hakem Kararlarının İcrası

MTK'dan farklı olarak, HMK uyarınca, hakem kararlarının icrası için devlet mahkemelerinden icra edilebilirlik belgesi alınması gerekmemektedir. Bir başka ifadeyle, HMK kapsamındaki milli hakem kararları Türkiye'de verildikleri anda icra edilebilir hale gelmektedir. Gerekçede bu husus "*Tahkim kurumunu teşvik amacı ile getirilen önemli yeniliklerden birisi de*

¹⁰ **Yeşilirmak**, Ali, Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, XII Levha, 2011, s. 131.

¹¹ **Nomer/Ekşi/Öztekin Gelgel**, s. 50.

¹² **Yeşilirmak**, s. 131.

*hakem kararlarının verildiği anda icra edilebilir hale getirilmiş olmasıdır*¹³ şeklinde açıkça ifade edilmiştir.

Bu durumda, mahkemeler, iptal davası açılmaması halinde, hakem kararı üzerinde herhangi bir denetim imkanına sahip olmayacaklardır. Doktrinde, iptal davasının hakem kararının denetimi için önemi ifade edilmiş; iptal davası sırasında tahkime elverişli olmayan bir konuda ya da hakem kararının kamu düzenine aykırı olması hali gibi tahkim yargılaması esnasında yapılan bir hatanın hakem kararının iptali ile düzeltilebilmesinin mümkün olduğu belirtilmiştir¹⁴. Şu durumda, bu yönlerden denetime tabi olmak hakem kararları açısından önemli ise; iptal davasının süresinin geçmesi ve hakem kararının icra edilebilir hale gelmesi için mahkemenin herhangi bir denetim yapamaması karşısında, ortaya bir denetimsizlik ve tahkim yargılamaları açısından olumsuzluk çıkmayacak mıdır?

Soruyu şöyle sormak da mümkündür. Tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlık hakkında tahkim yargılaması yürütülmüş veya kamu düzenine açıkça aykırı bir şekilde karar verilmiş ise ne olacaktır?

Doktrinde, mahkeme hükmünün kesinleştiğinin ilamın altına veya arkasına yazılıp tarih ve mahkeme mührü konmak veya hakim tarafından imzalanmak suretiyle belirtileceğine ilişkin (kesinleşme şerhi) HMK Madde 302/4 hükmünün hakem kararları için de kıyasen uygulanması gerektiği ifade edilmiştir¹⁵. Ancak, hükme kesinleşme şerhi verirken, mahkeme sadece temyiz süresinin geçtiğini veya kararın onandığını dikkate almaktadır ve herhangi bir içerik incelemesi yapmamaktadır. Hakem kararına da böyle bir şerh verilmesi gerektiği kabul edilse dahi, mahkemenin tahkime elverişliliği veya kamu düzenine aykırılığı inceleme ve böyle bir uygunsuzluk gördüğünde kesinleşme şerhini vermeme gibi bir yetkisi olmayacaktır.

Doktrinde bir başka görüşe göre, bu hallerde verilen hakem kararı yok hükmündedir¹⁶. Mahkeme olarak kabul edilmeyen bir organ tarafından

¹³ **Pekantez/Taş Korkmaz/Meriç**, s. 451.

¹⁴ **Yeşilirmak**, s. 133.

¹⁵ **Budak**, Ali Cem, “Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Tahkim Hükümleri”, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, C. 1, S. 1, 2012, s. 57.

¹⁶ **Umar**, Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, 2011, s. 1206. Yok hükümler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özekes**, Muhammet, “Medeni Usul Hukukunda Yok Hüküm ve Etkisiz Hüküm”, Yargıtay Dergisi, 2006/I, s. 661-699.

verilen kararlar yok hükmündedir. Yok hükümler hiçbir etki doğurmazlar. Görünüşte bir karar bulunmasına rağmen, bu karar mahkemeleri veya tarafları bağlamaz. Yok hükmün icra edilmesi mümkün değildir. Yok hükmün ortaya konması için tespit davası açılmaz; bunun için hukuki yarar bulunmamaktadır. Bu nedenlerle, aynı uyumsuzluk yeniden dava edilebilir¹⁷.

MTK anlamında icra edilebilirlik şerhi taşıyan ve HMK anlamında hakemler tarafından verilen hakem kararları ilam kavramına dahildir ve ilamlı icra hükümlerine göre icraya konur¹⁸.

Tahkime elverişli olmayan bir konuda yürütülen tahkim yargılaması sonunda verilen veya kamu düzenine aykırı olan bir hakem kararının icrası için ilamlı icra yoluna başvurulduğunda, kendisine karşı icra talep edilen taraf bunları ileri sürebilecek midir? Örneğin, bir kumar borcuna dayanarak bir tarafın diğer tarafa borçlu olduğuna karar verilmesi; tahkim yargılaması esnasında taraflardan birinin savunma hakkının açıkça ihlal edilmiş olması gibi durumlarda elinde şeklen bir hakem kararı bulunan tarafın talebi üzerine takip başlayacaktır. Borçlu, icranın geri bırakılmasını talep edemez. Zira, icranın geri bırakılması, ilam konusu borcun sona ermiş; zamanaşımına uğramış veya alacaklının borçluya süre tanımış olması hallerinde talep edilebilecektir (İcra ve İflas Kanunu¹⁹ madde 33).

Acaba, borçlu, şikayete²⁰ başvurabilir mi? Şikayetin konusunu maddi hukuka değil, takip hukukuna ilişkin kuralların yanlış uygulanması oluşturur²¹. Öte yandan, şikayetin konusu icra dairesinin icra takip işlemleridir ve icra emrinin gönderilmesi bir icra takip işlemidir²². İİK madde 16 uyarınca,

¹⁷ **Pekantez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Yetkin Yayınları, 2013, s. 835.

¹⁸ **Akıncı**, s. 255.

¹⁹ R.G. 09.06.1932, 2128.

²⁰ İcra iflas hukukunda şikayet konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekantez**, Hakan Y., İcra - İflas Hukukunda Şikayet, Dokuz Eylül Üniversitesi Yayınları, 1986; **Muşul**, Timuçin, İcra ve İflas Hukukunda Şikayet, Adalet 2014. Şikayet konusunda Yargıtay kararları için bkz. **Halman Çetin**, Emine, İcra - İflas Hukukunda Şikayet ve İcra Mahkemelerinde Yargılama Usulü, Adalet, 2010.

²¹ **Pekantez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Sungurtekin**, Meral/**Özekes**, Muhammet, İcra ve İflas Hukuku, 11. Bası, Yetkin Yayınları, 2013, s. 127.

²² **Muşul**, Timuçin, İcra ve İflas Hukuku, C. I, 6. Baskı, Adalet, 2013, s. 91.

kanuna aykırılık ve icra dairesinin işleminin hadiseye uygun bulunmaması şikayet sebepleridir. Doktrinde²³ ve Yargıtay kararlarında, kanunda sayılan şikayet sebeplerinin yanı sıra, kamu düzenine aykırı olan işlemlere karşı süresiz²⁴ şikayet yoluna gidilebileceği kabul edilmektedir. Yargıtay'ın ifadesiyle *“Borçlunun, üçüncü kişilerin ve kamunun menfaatini korumak için konulmuş ‘amir hükümlere’ aykırı olarak yapılmış işlemler kamu düzenine aykırıdır. Her zaman şikayet yoluna gidilebilir.”*²⁵. Kamu yararı amacıyla konulmuş maddi hukukun emredici hükümlerini ihlal eden işlemler ve hukuken mevcut olmayan ve hiçbir hukuki sonuç doğurmayan işlemlere karşı şikayet kamu düzenine aykırılık nedeniyle söz konusu olmalı ve bir süreye tabi tutulmamalıdır²⁶. Şu halde, yok hükmünde kabul edilen bir hakem kararına dayanarak başlatılan takip söz konusu olduğunda, borçlunun hakem kararının yok hükmünde olduğu gerekçesiyle şikayete başvurması mümkün kabul edilmelidir. Şikayet, icra mahkemesince incelenir ve karara bağlanır. İcra mahkemesi, işlemi yapan icra memurunun işlemini kanuna aykırı bulursa bu işlemi iptal eder²⁷.

Acaba, icra memurunun kendiliğinden hakem kararını değerlendirmesi; tahkime elverişli olmayan bir konuda veya kamu düzenine aykırılık içeren bir hakem kararına dayanılarak başlatılan bir takipte icra emri düzenlemeyi reddetmesi mümkün olur mu? Hakem kararı üzerinde böyle bir denetimin icra memuruna tanınması mümkün olmamalıdır. O halde, taraflardan biri kararın iptalini talep etmez; hakem kararının yok hükmünde olduğu gerekçesiyle şikayete başvurmaz ise, kamu düzenine aykırılık içerse de; tahkime elverişli olmayan bir konuda verilmiş olsa da hakem kararının icra edilmesi mümkün olacaktır.

Tahkime elverişli olmayan bir konuda verilmiş veya kamu düzenine aykırı olan bir hakem kararına dayanılarak idareye işlem yapması için başvuru-

²³ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özekes, s. 135; Muşul, s. 98.

²⁴ Kamu düzenine aykırı işlemdeki sakatlık, belli bir sürenin geçmesiyle düzelmeyeceğinden, bu sürenin geçmesi ile işlem taraflar için bağlayıcı hale gelemmez. Pekcanitez, s. 89.

²⁵ YHGK., 22.01.2003; 12-17/29. Bkz. Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özekes, s. 135.

²⁶ Pekcanitez, s. 87-88.

²⁷ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin/Özekes, s. 142; Muşul, s. 107.

rulması halinde ne olacaktır? Örneğin, anne babanın anlaşmasıyla hakem atanan bir kişinin çocuğun velayetini anne veya babaya vermesi veya babanın babalığına hükmetmesi söz konusu olabilir. Bu gibi örneklerde bahsi geçen bir hakem kararına dayanarak, örneğin, nüfusta işlem yaptırmak mümkün olacak mıdır?

Uyuşmazlığın taraflarından biri, her zaman iptal davası açmak suretiyle böyle bir hakem kararının icrasını engelleyebilir. İptal davası süresini kaçıran taraf, yok hükmünde bir karar söz konusu olduğuna göre, aynı uyuşmazlık konusunda mahkemeye başvurabilir. Bu durumda, hakem kararının yok hükmünde olup olmadığını tespit etme görevi esas hakkında açılan bu ikinci davaya bakan hakime düşer.

Ancak, idarece, hakem kararının yerine getirilmesini her iki tarafın da istemeleri halinde ne olacaktır? Böyle bir durumda, nüfus memurluğunun ilgili hakem kararına dayanarak işlem yapması gerekecektir. Bu konuda idare tarafından bir takdir kullanılabilceğini düşünmek; bir hakem kararının idare tarafından yok hükmünde sayılması ve gereğinin yerine getirilmesinin idare tarafından reddedilmesi de eşit derecede rahatsız edicidir.

II. HAKEM KARARLARININ İPTALİ

Gerek MTK madde 15/A, gerek HMK madde 439/1 uyarınca, hakem kararına karşı yalnızca iptal davası açılabilir.

İptal davası, tahkim yargılamasında yapılacak olası hukuka aykırılıklara karşı hakem kararının iptal edilmesine ilişkin açılacak davadır. İptal davası sonucu mahkemenin hakem kararı üzerinde denetiminin gerçekleştirilebilecek olması, tahkim kurumuna olan güveni artırır²⁸. Bu denetim iptal sebepleri ile sınırlıdır ve uyuşmazlığın esasına ilişkin konular inceleme kapsamı dışındadır. Hakemlerin uyuşmazlığın çözümünde maddi hukuku doğru uygulayıp uygulamadıkları iptal davasının konusu yapılamaz ve iptal davası sonunda verilen kararın temyizi aşamasında da tartışma konusu olmaz²⁹.

²⁸ Yeşilirmak, s. 122.

²⁹ Nomer, Ergin, Devletler Hususi Hukuku, 20. Bası, Beta 2013, s. 558; Kalpsüz, Turgut, Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 124.

A. İptal Davası Açma Hakkından Feragat

MTK uyarınca, taraflar, iptal davası açma hakkından kısmen veya tamamen feragat edebilirler. Yerleşim yerleri veya olağan oturma yerleri Türkiye dışında bulunan taraflar, tahkim anlaşmasına koyacakları açık bir beyanla veya sonradan yazılı şekilde anlaşmak suretiyle iptal davası açma hakkından tamamen feragat edebilecekleri gibi; yukarıda sayılan bir veya bir kaç sebepten dolayı iptal davası açmak hakkından da feragat edebilirler (MTK madde 15/A/2).

İptal hakkından feragatin ticari tahkimde ısrarla talep edilen bir husus olduğu inancıyla bunun mümkün olmasının Türkiye'nin uluslararası tahkim merkezi olması amacına hizmet edeceği düşünülmüştür³⁰. Aralarında devamlı iş ilişkileri bulunan tarafların aralarında çıkan anlaşmazlıkları büyütme ve çetrefilleştirmek istemeyecek olmaları da feragatin mümkün olmasının nedenlerinden biri olarak ifade edilmiştir³¹. Hakem kararlarının hem verildikleri ülkede iptale, hem de icra edilecekleri ülkede tenfize tabi olarak çifte kontrolden geçmelerinin sakıncalı olduğunu savunan bir diğer görüşe göre, tahkim yeri ülkesi ile ilişkisi olmayan hakem kararlarına karşı iptal davası açma hakkından taraflarca feragat edilebilmesi imkanı tanınması bu ikili kontrolün sakıncalarının ortadan kaldırılmasına hizmet edecektir³². İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu madde 192, İsveç Tahkim Kanunu Madde 51 ve Belçika Usul Kanunu madde 1717'de de benzer şekilde, yerleşim yerleri İsviçre'de, İsveç'te veya Belçika'da olmayan taraflar için iptal davası açma hakkından feragat etme imkanı tanınmıştır. Yabancı doktrinde, taraflara iptal davası açma hakkından feragat etme imkanı tanınmasının sebebi taraf iradesine üstünlük tanınması olarak kabul edilmektedir. Nasıl ki, taraflar tahkim anlaşması akdetmekle ilk derece mahkemelerinin yargılamasına tabi olmaktan feragat edebiliyor veya hak ve nesafete göre uyuşmazlığın çözümlenmesini kabul edebiliyorsa, iptal davası açma hakkından da feragat edebilmelidir³³.

³⁰ **Kalpsüz**, s. 150-151.

³¹ **Aygün**, Mesut, "Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarına Karşı İptal Yolu", Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, S. 8, 2007/3, s. 686.

³² **Ataman Figanmeşe**, s. 76.

³³ **Born**, Gary, International Commercial Arbitration, 2. Baskı, C. III, Wolters Kluwer, 2014, s. 3367.

Öte yandan, doktrinde, bizim de katıldığımız bir görüş tarafından, iptal davasının tarafların haklarını korumak için önemli bir koruma sistemi olduğu; Türkiye gibi tahkim kültürü oluşturmaya çalışan ve tahkime karşı olumsuz düşüncelere engel olunmaya çalışılan ülkeler açısından feragatin yarardan çok zarar getireceği ifade edilmiş; feragatin mümkün olması eleştirilmiştir³⁴.

Belirtmek gerekir ki, feragatin mümkün olması tahkim yargılamasının her iki tarafının da yerleşim yerlerinin Türkiye dışında olması şartına tabidir. Uygulamada, Türkiye henüz tahkim açısından bir cazibe merkezi haline gelmediğinden, her iki tarafın da yerleşim yerinin Türkiye dışında olması halinde tahkim yerinin Türkiye olarak belirlenmesi ve MTK'nın uygulama alanı bulması zordur. Bu nedenle, iptal davasından feragat de sıklıkla karşılaşılabilecek bir durum olmayacaktır.

İptal davası açma hakkından feragat tahkim anlaşmasında yer alabileceği gibi, daha sonraki bir aşamada da tarafların bu konuda anlaşmaları mümkündür. İptal davası açmaktan feragat edildiğine ilişkin iradenin açık ve yazılı olması gerekir; zımni feragat mümkün değildir³⁵. Sadece kararın nihai ve bağlayıcı olduğunun kabul edilmesi veya bunu hükme bağlayan kurumsal tahkim kurallarına atıf yapılması feragat için yeterli değildir³⁶.

Tahkim anlaşmasının taraflarından sadece birinin iptal davası açmaktan feragat etmesi mümkün olmamalıdır. Kanunun “taraflar ... feragat edebilirler” şeklindeki ifadesinden de kanun koyucunun böyle bir duruma müsaade etmeyi murad etmediği bellidir³⁷. Gerçekten, iptal davası açma imkanının sadece bir tarafın elinden alınması adil yargılanma hakkı ve tarafların eşitliği prensibini ihlal edici nitelikte olacak ve buna izin verilmesi tahkim kurumuna olan güveni zedeleyecektir.

MTK'dan farklı olarak, HMK'da taraflara hakem kararının iptali davası açmaktan feragat etme imkanı düzenlenmemiştir³⁸.

³⁴ **Yeşilirmak**, s. 132-133.

³⁵ **Akıncı**, s. 260.

³⁶ **Kalpsüz**, s. 152.

³⁷ **Akıncı**, s. 257.

³⁸ UNCITRAL Model Kanun'da da iptal davası açmak hakkından feragat imkanı düzenlenmemiştir. Tahkime ilişkin hukuki düzenlemeleri Model Kanunu temel alan bazı ülke

Öte yandan, tarafların aralarında yapacakları bir anlaşma ile hakem kararının iptale değil temyize tabi olacağını; mahkemenin hakem kararının usulen ve/veya hukuken uygun olup olmadığını da inceleme hakkının olacağını kararlaştırmaları; bir başka ifadeyle, mahkemenin hakem kararı üzerindeki denetiminin kapsamını genişletme veya hakem kararının bağlayıcılığını sınırlama imkanları var mıdır? Bu sorun değişik ülke mahkemelerinin kararlarına konu olmuştur. Genellikle, tarafların mahkemenin yetkisini genişletme imkanı olmadığı kabul edilmektedir. Amerikan Yüksek Mahkemesi, *Hall Street v. Matell*³⁹ davasında taraflarca mahkemelerin hakem kararını inceleme yetkisinin genişletilmesinin tahkimin temel karakterine ve hakem kararının bağlayıcılığına aykırı olacağını belirtmiştir⁴⁰. Fransız Yargıtayı da hakem kararlarının mahkemelerce denetimini genişleten taraf anlaşmalarına geçerlilik tanımamaktadır⁴¹. İsviçre Federal Mahkemesi de, taraflarca İsviçre hukukunda sayılanlardan daha geniş iptal sebepleri kabul edilmesi halinde, taraflarca belirlenen iptal sebeplerine dayanarak hakem kararının iptal edilemeyeceğini karara bağlamıştır⁴². *Methanex Motunui Ltd. v. Spellman*⁴³ ve *Galloway Cook Allen v. Carr*⁴⁴ davalarında Wellington, Yeni Zelanda İstinaf Mahkemesi, tarafların mahkemeye hakem kararını incelemek konusunda kanunun tanıdığından daha geniş yetki tanıyamayacağına karar vermiştir. Hindistan Yüksek Mahkemesi de *M/S. Centrotrade Minerals & Metal Inc. v. Hindustan Copper Ltd.*⁴⁵ davasında tahkim anlaşmasında yer alan ve hakem

mahkemeleri iptal davasından feragatin mümkün olmadığına karar vermektedir. Fransız, Kanada, Yeni Zelanda ve Hindistan mahkemelerinin kararları için bkz. **Born**, s. 3368-3369. HMK bakımından da iptal davası açma hakkından feragat imkanının olmadığı açıktır.

³⁹ 25.03.2008, 552 US 576 (2008). Bkz. <http://www.law.cornell.edu/supct/pdf/06-989P.ZO>

⁴⁰ Teksas Yüksek Mahkemesi ise, *Nafta Traders Inc. v. Quinn* davasında taraf iradesinin üstünlüğü gerekçesiyle, taraflarca mahkemenin denetiminin kapsamının genişletilmesinin mümkün olduğuna karar vermiştir. 339 S.W. 3d 84 (Tex. 2011). Bkz. **Born**, s. 3377.

⁴¹ 06.04.1994, 1995 Rev. arb. 263. Bkz. **Born**, s. 3375.

⁴² 15.10.2001, 20 ASA Bull. 321 (2001). Bkz. **Born**, s. 3378.

⁴³ 17.06.2004, [2004] 3 NZLR 454. Bkz. **Williams**, David A.R., "Arbitration and Dispute Resolution", New Zealand Law Review, 2005, s.125 vd.

⁴⁴ 18.10.2012, [2013] NZCA 11. Bkz. http://www.globalarbitrationreview.com/cdn/files/gar/articles/GCA_v_Carr_judgment.pdf.

⁴⁵ 09.05.2006, [2006], INSC 293. Bkz. <http://indiankanoon.org/doc/1597776/>.

kararının verilmesinden sonra taraflara isterlerse Londra'da yeniden dava açma imkanı tanıyan hükmün geçersiz olduğuna karar vermiştir.

Yabancı mahkemelerin bu kararları dikkate alındığında, Türkiye'de de gerek MTK gerek HMK açısından, tarafların hakem kararının iptale değil temyize tabi olacağını kararlaştırmalarının mümkün olmadığı sonucuna varmak isabetli olacaktır.

B. İptal Davasında Görevli ve Yetkili Mahkeme

MTK madde 15/A uyarınca, iptal davası yetkili asliye hukuk mahkemesinde açılır⁴⁶. MTK madde 3 uyarınca, bu kanunda mahkeme tarafından yapılacağı belirtilen işlerde, davalının yerleşim yeri veya olağan oturma yeri ya da işyerinin bulunduğu yer asliye hukuk mahkemesi; davalının Türkiye'de yerleşim yeri, olağan oturma yeri veya işyeri yoksa İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi görevli ve yetkilidir.

Yargıtay, TTK madde 5/2 uyarınca bir yerde asliye ticaret mahkemesi varsa, asliye hukuk mahkemesinin görevi içinde bulunan ve ticari sayılan davalara asliye ticaret mahkemesinde bakılacağından, MTK madde 15 uyarınca açılan iptal davalarında asliye ticaret mahkemesinin görevli olduğuna karar vermiştir⁴⁷. Bu karar doktrinde eleştirilmiş; yerel mahkemenin kararı ve gerekçelerinin daha isabetli olduğu ifade edilmiştir⁴⁸. Yerel mahkemeye göre, MTK madde 3 ile asliye hukuk mahkemeleri görevli kılınmıştır; davada temel ilişki ticari nitelikte olmakla birlikte hakem kararının iptali davaları ticari dava niteliğinde değildir; bu davalarda temel ilişkinin çözümüne girilmez ve yapılacak iş iptal sebebinin denetiminden ibarettir.

⁴⁶ İptal davasında ilk derece mahkemesinin görevlendirilmiş olmasını eleştiren ve milletlerarası tahkime konu olan uyuşmazlıkların genellikle yüksek meblağlı ve çözülmesi milletlerarası ticarete hakim olmayı gerektiren uyuşmazlıklar olmaları nedeniyle Yargıtay'ın iptal davalarında görevli olmasının daha doğru olacağını savunan görüş için bkz. **Kalpsüz**, s. 127. Aynı yönde, **Aygün**, s. 684.

⁴⁷ Yargıtay 11. HD., 15.03.2012, E. 2012/2110, K. 2012/3915. Bkz. **Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman Figanmeşe**, İnci, Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, 2014, s. 577. Aynı yönde, Yargıtay 15. HD., 21.09.2010, E. 2010/4040, K. 2010/4663. Bkz. **Akıncı**, s. 251.

⁴⁸ **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 577.

Yargıtay, bir başka kararında da, MTK'nın 15. maddesinde tahkim kararının iptalinin asliye hukuk mahkemesinden istenebileceği belirtilmişse de, uyuşmazlığın niteliğine göre Denizcilik İhtisas Mahkemesinin görevli olması halinde, iptal davasının da bu mahkemede görüleceğine karar vermiştir⁴⁹. Doktrinde de, TTK madde 5/2 uyarınca ticaret mahkemesi olan yerlerde, iptal davalarına ticaret mahkemesinin bakacağını ifade eden görüşler mevcuttur⁵⁰. Ancak, TTK madde 5/3-4, 6335 sayılı Türk Ticaret Kanunu ile Türk Ticaret Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun⁵¹ ile değiştirilmiştir. Buna göre, asliye ticaret mahkemesi ile asliye hukuk mahkemesi arasındaki ilişki görev ilişkisi haline gelmiştir⁵². Kanımızca da, hakem kararlarının iptali davalarında asliye hukuk mahkemeleri görevli kabul edilmeli; uyuşmazlığın niteliğine bakılmamalıdır. Zira, iptal incelemesi, uyuşmazlığın niteliğinden bağımsız, sınırlı bir incelemedir.

HMK madde 410 uyarınca, tahkim yargılamasında, mahkeme tarafından yapılacak belirtilen işlerde görevli ve yetkili mahkeme tahkim yeri bölge adliye mahkemesidir⁵³. Geçici Madde 3/3 uyarınca, HMK'da bölge adliye mahkemelerine görev verilen hallerde bu mahkemelerin göreve başlama tarihine kadar Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun HMK'ya aykırı olmayan hükümleri uygulanır. Buna göre, bölge adliye mahkemelerinin göreve başlama tarihine kadar sulh ve asliye mahkemeleri görevli olmaya devam edecektir⁵⁴.

⁴⁹ 11. HD., 30.03.2006, E. 2006/181, K. 2006/3364. Bkz. **Eksi**, Nuray, 4686 Sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'na İlişkin Yargıtay Kararları, XII Levha 2009 (MTK), s. 17-20.

⁵⁰ **Yeşilirmak**, s. 130; **Akıncı**, s. 251.

⁵¹ RG. 30.06.2012/28339.

⁵² **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 192; **Nomer/Eksi/Öztekin Gelgel**, s. 46.

⁵³ MTK bakımından da iptal davalarının tek bir ihtisas mahkemesinde görülmesinin daha uygun olacağı ve bu mahkemenin de İstanbul'un ticaret ve yatırımlar açısından merkezi rolü nedeniyle İstanbul Bölge Adliye Mahkemesi olması gerektiği hakkında bkz. **Yeşilirmak**, s. 130.

⁵⁴ Doktrinde bir görüş, bu hükmü, bölge adliye mahkemeleri göreve başlayınca kadar hakem kararlarına karşı iptal davası açılmayacağı ve Yargıtay'da temyiz yoluna başvurulacağı şeklinde yorumlamıştır. **Karşlı**, Abdürrahim, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, Alternatif, 2011, s. 748.

HMK madde 2/2 uyarınca, bu Kanunda ve diğer kanunlarda aksine düzenleme bulunmadıkça, asliye hukuk mahkemesi görevli olduğundan, iptal davaları bakımından da asliye hukuk mahkemeleri görevlidir. Öte yandan, Yargıtay'ın MTK uyarınca açılacak davalar bakımından asliye ticaret mahkemelerini görevli kabul etmesi karşısında, HMK bakımından da temel ilişkinin ticari dava niteliğinde olması halinde iptal davalarında asliye ticaret mahkemelerini görevli kabul etmesi beklenebilir.

HMK madde 439 uyarınca, iptal davası tahkim yerindeki mahkemede açılır. Yetkili mahkeme, davalının yerleşim yerine göre değil tahkim yerine göre belirlenmiştir. Taraflardan birinin Türkiye'de yerleşim yeri bulunmaması halinde, tahkim MTK kapsamına gireceğinden, bu konuda bir sorun ortaya çıkmayacaktır.

C. İptal Davası Açma Süresi

MTK'ya göre, iptal davası, otuz gün içinde açılabilir. Bu süre, hakem kararının veya düzeltme, yorum ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar (MTK madde 15/A/2)⁵⁵.

HMK madde 439/4 uyarınca, iptal davası, bir ay içinde açılabilir. Bu süre, hakem kararının veya tartzih, düzeltme ya da tamamlama kararının taraflara bildirildiği tarihten itibaren işlemeye başlar.

D. İptal Davasının İnceleme Usulü

MTK madde 15/A/2 uyarınca, iptal istemi, davaya bakan mahkeme aksine karar vermedikçe, dosya üzerinden incelenerek karara bağlanır. Hakim tarafından resen dikkate alınacak iptal sebepleri dışındaki iptal sebeplerinin varlığını kanıtlamak hususundaki ispat yükü iptal sebebinin varlığını iddia eden davacı tarafa aittir⁵⁶.

HMK madde 439/5 uyarınca, iptal talebi, davaya bakan mahkeme aksine karar vermedikçe, dosya üzerinden incelenerek karara bağlanır.

⁵⁵ UNCITRAL Model Kanun madde 34/3'te de benzer şekilde iptal davası açma süresi düzenlenmiştir. Ancak, süre üç aydır.

⁵⁶ **Kalpsüz**, s. 154; **Akıncı**, s. 302.

HMK madde 316 uyarınca, doğrudan dosya üzerinden karar vermek konusunda kanunun mahkemeye takdir hakkı tanıdığı dava ve işler ile tahkim hükümlerine göre, mahkemenin görev alanına giren dava ve işlerde basit yargılama usulü uygulanır. Dolayısıyla, hem MTK hem HMK bakımından iptal davalarında basit yargılama usulü uygulanacaktır.

Uygulamada, iptal davaları, olması gerekenden çok daha uzun sürmektedir ve bu da tarafların tahkim kurumundan beklentilerine uygun düşmemektedir⁵⁷.

E. İptal Sebepleri

Mahkeme, hakem kararını sadece MTK madde 15'te sayılan iptal sebeplerinin gerçekleşip gerçekleşmediği ile sınırlı olarak inceleyebilir. Buna, esasa girme yasağı (*revision au fond* yasağı) denilmektedir⁵⁸. Bu ilke, milletlerarası tahkimin sağlıklı işlemesi bakımından çok önemlidir; zira, mahkemelere içerik denetimi imkanı tanınması tahkim yargılamasını manasız hale getirecektir⁵⁹.

Hakem kararlarının iptali, HMK madde 439'da düzenlenmiştir. Esasa girme yasağı ilkesi, HMK'da da iptal davası bakımından geçerlidir. Mahkeme, hakem kararını sadece iptal sebeplerinin varlığı bakımından inceleyebilir⁶⁰. İptal sebepleri de genellikle biçimsel hukuka aykırılıklara ilişkindir ve hakemlerin takdirinin değerlendirilmesi iptal sebeplerinin kapsamı dışındadır⁶¹.

⁵⁷ Akıncı, s. 245.

⁵⁸ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 587-588.

⁵⁹ Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 590.

⁶⁰ Ekşi, Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanununda Tahkim, Beta, 2013 (HMK), s. 201; Özbay, İbrahim, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Neler Getirdi?, 2. Baskı, Seçkin, 2013, s. 543; Karadaş, İzzet, 6100 Sayılı HMK'da Düzenlenen Ulusal (İç) Tahkim, Adalet, 2013, s. 213.

⁶¹ Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder, Medeni Usul Hukuku, 24. Baskı, Yetkin Yayınları, 2013, s. 793. Doktrinde, bu durum eleştirilmiş; bu hükmün hakemlerin ekonomi devlerinin işine gelecek şekilde kanun, hak, hukuk umursamadan karar vermesine zemin hazırladığı ifade edilmiştir. Umar, s. 1200.

İptal sebepleri MTK madde 15/A/1'da ve HMK madde 439/2'de sayılmıştır. Buna göre, iptal sebepleri şunlardır:

a) Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmayı tâbi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olması⁶²

HMK'da aynı iptal sebebi, tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin ehliyetsiz ya da tahkim sözleşmesinin geçersiz olması şeklinde düzenlenmiştir. Zira, HMK bakımından tahkim sözleşmesinin hangi hukuka göre geçerli olacağı sorunu ortaya çıkmaz.

Tarafların tahkim anlaşması akdetmek konusunda ehliyete sahip olup olmadıkları; gerçek kişiler için milli hukuklarına; tüzel kişiler için idare merkezinin bulunduğu yer hukukuna göre tespit edilir (MÖHUK madde 9).

Tahkim anlaşmasının geçerliliği ile ilgili en önemli sorun, tahkim anlaşmasının şekli meselesidir. Tahkim anlaşması MTK madde 4/II anlamında yazılı şekilde akdedilmelidir⁶³. Diğer bir mesele de tarafların seçtikleri hukuka veya böyle bir seçim yoksa Türk hukukuna göre, hata, hile, tehdit gibi irade bozukluklarının mevcut olup olmadığıdır⁶⁴.

Yargıtay, tahkim anlaşmasının temsilci aracılığıyla akdedildiği hallerde temsilcinin Türk Borçlar Kanunu madde 504/3 gereği tahkim anlaşması imza etmek konusunda özel yetkiye sahip olmasını aramaktadır⁶⁵. Doktrinde, tarafın tahkim anlaşmasına uyup daha sonra tahkim şartının temsilciye özel yetki verilmemesi nedeniyle geçersiz olduğunu iddia etmesinin iyi niyete

⁶² UNCITRAL Model Kanun madde 34/2/a/i'de aynı iptal sebebi yer almaktadır.

⁶³ Buna göre: "Tahkim anlaşması yazılı şekilde yapılır. Yazılı şekil şartının yerine getirilmiş sayılması için, tahkim anlaşmasının taraflarca imzalanmış yazılı bir belgeye veya taraflar arasında teati edilen mektup, telgraf, teleks, faks gibi bir iletişim aracına veya elektronik ortama geçirilmiş olması ya da dava dilekçesinde yazılı bir tahkim anlaşmasının varlığının iddia edilmesine davalının verdiği cevap dilekçesinde itiraz edilmemiş olması gerekir. Asıl sözleşmenin bir parçası hâline getirilmek amacıyla tahkim şartı içeren bir belgeye yollama yapılması hâlinde de geçerli bir tahkim anlaşması yapılmış sayılır."

⁶⁴ Akıncı, s. 277.

⁶⁵ YHGK, 11.10.2000, E. 2000/19-1122; K. 2000/1256. Bkz. Ekşi, Nuray, Milletlerarası Nitelikli Davalara İlişkin Mahkeme Kararları, Arıkan, 2007, s. 485. YHGK, 22.02.2012, E.2011/11-742, K. 2012/82. Bkz. Akıncı, s. 278-279.

aykırılık olarak değerlendirilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶⁶. Aynı şekilde, davalı tarafın herhangi bir itirazda bulunmayıp yargılamaya katılıp esasa yönelik itirazlarını ileri sürdükten sonra tahkim anlaşmasının geçersizliğini ileri sürmesinin iyi niyet kurallarına aykırı bir davranış oluşturacağı ifade edilmiştir⁶⁷. Gerçekten, tahkim yargılaması esnasında herhangi bir sebeple tahkim anlaşmasının taraflarının ehliyetsizliğini veya tahkim anlaşmasının başka bir sebeple geçersizliğini hiç iddia etmeyip, daha sonra, kararı beğenmediği için iptal aşamasında bu iddiaların ileri sürülmesi hukuken korunmamalıdır. Ancak, taraf, tahkim yargılaması esnasında bu iddiaları ileri sürmüş; hakem heyeti kabul etmemiş veya dikkate almamış ise iptal aşamasında yeniden ileri sürebilecektir.

Yargıtay, bir tarafın diğer taraf üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünün bulunmasını bu iptal sebebi kapsamında değerlendirmiştir. *“Tahkim şartını içeren sözleşmenin hukuka aykırı olması halinde geçerliliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanmasında, ... karşımıza çıkar.”*⁶⁸.

Yine bir tarafın ekonomik ve sosyal olarak üstün olması sonucunda, sadece bu tarafa hakemi seçme hakkının tanındığı tahkim sözleşmeleri de geçersiz kabul edilmektedir. *“Ahlaka aykırı tahkim sözleşmesinin geçerliliğinden söz edilemez. Bu hal, ... somut olayda olduğu gibi hakemi seçme olanağının bu güçlü tarafa verilmesi hallerinde kendini gösterecektir. Bu biçimde yapılan bir tahkim sözleşmesinin ... batıl olacağı kuşkusuzdur.”*⁶⁹.

b) Hakem veya hakem kurulunun seçiminde, tarafların anlaşmasında belirlenen veya bu Kanunda öngörülen usule uyulmaması⁷⁰

Tarafların hakem seçimi usulünü tahkim anlaşmasında belirlemesi mümkündür. Kurumsal tahkim söz konusu ise ilgili tahkim kurumunun tahkim kurallarında yer alan usul uygulanır. Bunların hiç biri yoksa, MTK madde 7/B’de düzenlenen usule uygun olarak hakem seçiminin gerçekleş-

⁶⁶ Yeşilirmak, s. 123.

⁶⁷ Akıncı, s. 280.

⁶⁸ 9. HD., 10.12.2007, E. 20796, K. 37365. Bkz. Umar, s. 1203-1204.

⁶⁹ 20. HD., 28.03.2002, E.1955 K. 2791. Bkz. Umar, s. 1204.

⁷⁰ UNCITRAL Model Kanun madde 34/2/a/iv’de aynı iptal sebebi yer almaktadır.

tirilmesi gerekir. Tarafların hakem veya hakemlerin seçimi usulünü kararlaştırmakta serbest olduğu ve böyle bir seçim yoksa, hakemlerin nasıl belirleneceği HMK madde 416'da düzenlenmiştir.

Hakem veya hakemlerin tahkim anlaşmasında ismen belirlenmesine rağmen, tahkim yargılamasının bu belirlenen isimler tarafından yürütülmemesi ve hakem kararının bunlar tarafından verilmemesi bir iptal sebebi oluşturacaktır⁷¹. Ancak, bu isimler tahkim yargılamasına başladıktan sonra herhangi bir sebeple görevleri sona ererse, bu, iptal sebebi olmaz; tahkim yargılamasının sona erme sebebi olur⁷².

Bir tarafa diğer taraftan daha fazla hakem seçme hakkı tanınması halinde de adil bir tahkim yargılaması söz konusu olamayacağından, bu durumda hakem kararı iptal edilmelidir⁷³.

c) Kararın, tahkim süresi içinde verilmemesi⁷⁴

MTK madde 10/B uyarınca, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, tek hakemli davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemli davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlendiği tarihten itibaren bir yıl içinde hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir. Tahkim süresi, tarafların anlaşmasıyla; anlaşamamaları halinde taraflardan birinin başvurusu üzerine asliye hukuk mahkemesince uzatılabilir.

Taraflar, tahkim süresinin başlangıç anının MTK'da düzenlenen farklı bir an olarak belirlenmesi konusunda anlaşabilecekleri gibi⁷⁵; tahkim süresini de uzatabilirler.

HMK madde 427 uyarınca, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, bir hakemin görev yapacağı davalarda hakemin seçildiği, birden çok hakemin görev yapacağı davalarda ise hakem kurulunun ilk toplantı tutanağının düzenlen-

⁷¹ **Akıncı**, s. 281; **Karadaş**, s. 221.

⁷² **Kalpsüz**, s. 133.

⁷³ **Karadaş**, s. 221-222.

⁷⁴ Model Kanun'da böyle bir iptal sebebine yer verilmemiştir. Model Kanun'da tahkim süresine ilişkin bir hüküm de yer almamaktadır. Ancak, taraflar bir kurumsal tahkimi tercih etmişlerse ve bunun tahkim kurallarında tahkim süresi belirlenmişse, kararın tahkim süresi içinde verilmemesi, tarafların üzerinde anlaştıkları usul kurallarına aykırılık kapsamında iptal sebebi oluşturabilir.

⁷⁵ **Akıncı**, s. 282.

diği tarihten itibaren bir yıl içinde, hakem veya hakem kurulunca esas hakkında karar verilir.

Tarafların ve hakemlerin kararın tahkim süresi içerisinde verildiği; süre doluyorsa tarafların anlaşması ile tahkim süresinin uzatıldığı hususunda anlaşmaları önemlidir. Zira, aksi takdirde, kararın tahkim süresi içerisinde verilmemesi, kolaylıkla ortaya konulabilecek ve aslında sağlıklı yürütülmüş bir tahkim yargılaması sonunda verilmiş bir hakem kararının iptaline sebep olabilecek bir iptal sebebi oluşturacaktır.

d) Hakem veya hakem kurulunun, hukuka aykırı olarak yetkili veya yetkisiz olduğuna karar vermesi⁷⁶

MTK’da hakemlerin yetkili olduklarına ilişkin karar verip yargılamaya devam etmeleri halinde, tarafların hakemlerin vermiş oldukları bu karara karşı mahkemeye başvurma imkanları yoktur⁷⁷. Taraflar, ancak, yargılamanın sonunda, hakemlerin yetkisiz olduklarına dayanarak hakem kararının iptalini talep edebilirler.

MTK’da olduğu gibi HMK’da da hakemlerin yetkili olduklarına ilişkin karar verip yargılamaya devam etmeleri halinde, tarafların hakemlerin vermiş oldukları bu karara karşı mahkemeye başvurma imkanları yoktur. Taraflar, ancak, yargılamanın sonunda, hakemlerin yetkisiz olduklarına dayanarak hakem kararının iptalini talep edebilirler.

Sadece hakem heyetinin yetkili olduğu konusunda hukuka aykırı olarak karar verip tahkim yargılaması yürüttüğü hallerde değil, hakem heyetinin hukuka aykırı olarak yetkisizlik kararı vermesi halinde de bu kararın iptali istenebilir⁷⁸. Örneğin, Yargıtay 11. HD.’nin 08.03.2007 tarihli kararında, ICC Tahkim Kuralları uyarınca seçilen üç hakemin vermiş olduğu yetkisizlik kararı iptal edilmiştir⁷⁹.

⁷⁶ Model Kanun’da böyle bir iptal sebebine yer verilmemektedir. Ancak, UNCITRAL Model Kanun madde 16/3 uyarınca, hakemler, yetkileri konusundaki kararı bir ön karar (*preliminary question*) olarak verirlerse, buna karşı tarafların mahkemeye başvuru imkanı vardır; tahkim yargılamasının sona ermesini beklemeye gerek olmaz.

⁷⁷ Akıncı, s. 283.

⁷⁸ Kalpsüz, s. 135.

⁷⁹ 11. HD., 08.03.2007, E. 2005/12747, K. 2007/4160: “Dava, davacı ile Ulaştırma Bakanlığı arasında 25 yıl süre için imzalanan ve daha sonra davalı kurumla yenilenen

e) Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar vermesi veya istemin tamamı hakkında karar vermemesi ya da yetkisini aşması⁸⁰

Hakemlerin yetkisini aşması, Yargıtay 15. HD.'nin 23.11.2006 tarihli kararına konu olmuştur. Bu karara konu olay, inşaat şirketi davalılar ile İstanbul Olimpiyat Oyunları Hazırlık ve Düzenleme Kurulu arasındaki uyuşmazlıktan kaynaklanmaktadır. Taraflar, İstanbul Olimpik Stadı'nın inşası için bir sözleşme akdetmişlerdir. Davalı şirketler, işi tamamlamamış olmalarına rağmen yaptıkları kısmın ücretini talep etmek için tahkime başvururlar. Olimpiyat Kurulu, davalıların işi tamamlamamaları nedeniyle ikinci bir inşaat şirketine yarım kalan işleri yaptırdığını ileri sürer. Hakem heyeti, Olimpiyat Kurulu'nun stadyumun kuzey bölgesinin kazı ve tesviye işleri ile çok renkli ikinci skorboard yerleştirilmesi dahil bazı işlerin bedelinin

GSM Pan-Avrupa Mobil Telefon Sisteminin Kurulması ve İşletilmesi ile ilgili Lisans Verilmesine İlişkin İmtiyaz Sözleşmesi'nin ... davalının yazısı ile davacıdan 406 sayılı Telgraf ve Telefon Kanunu kapsamında düzenlenen roaming (dolaşım) sözleşmesinin 30 gün içerisinde nomine edilen dava dışı bir şirketle imzalanmasının istenilmesinin taraflar arasındaki sözleşmeye aykırı olduğu iddiası ile açılan tahkim davasının oyçokluğu ile reddine dair verilen kararın Milletlerarası Tahkim Kanunu gereğince iptali istemine ilişkindir. ... Lisans Sözleşmesi'nin 35 inci maddesiyle roaming anlaşması hususunun düzenlenmiş olması ve davalı kurumun anılan yazısı ile de 406 sayılı Kanun'un değişik 10/6 ncı maddesi hükmü uyarınca davacıdan (30) gün içerisinde adı belirtilen bir GSM şirketiyle bu konuda sözleşme yapılmasının istenmesi üzerine davacı işletmeci tarafından sözleşme hükmüne nazaran roaming anlaşmasına zorlanamayacakları, işletmecinin böyle bir sözleşme yapmakta inisiyatif ve tercih hakkına sahip olduğu öne sürülerek, çıkarılan muarazanın giderilmesi istemiyle açtığı davanın tahkim şartına ilişkin 51 nci maddesi hükmüne göre oluşturulan tahkim heyetinin yargı yetkisine girdiği, uyuşmazlığın sözleşmenin kapsamında kaldığı ve sözleşmenin uygulanmasından kaynaklandığının kabulü zorunludur. Hakem heyeti çoğunluğunun aksi gerekçeye dayalı kararı isabetsizdir." Bkz. Kazancı İçtihat Bilgi Bankası.

⁸⁰ Model Kanun madde 34/2/a/iii'de benzer bir iptal sebebi yer almaktadır. Model Kanun hükmünün farkı, hakemlerin istemin tamamı hakkında karar vermemiş olmasının bir iptal sebebi olarak sayılmamasıdır. Hazırlık çalışmaları esnasında bunun da bir iptal sebebi olması önerilmiş; ancak, kamu düzeni kapsamında değerlendirilebileceği gerekçesiyle açıkça yer verilmemiştir. **Binder**, Peter, International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions, 3. Baskı, Sweet & Maxwell 2010, s. 380.

Olimpiyat Kurulu tarafından ödenmesine karar verir. Hakem kararının iptali için açılan dava sonucu verilen ilk derece mahkemesi kararı Olimpiyat Kurulu tarafından temyiz edilir. 15. HD., tarafların sayılan iki işin davalılar veya ikinci bir inşaat şirketi tarafından yapılmadığı hususunda mutabık olduklarını tespit eder. Mahkeme, hakem heyetinin yapılmayan ve bedeli davacı tarafından talep edilmeyen işlerin bedelinin ödenmesine karar vermekle yetkisini aştığı sonucuna varmıştır⁸¹.

Hakemlerin yetkilerini aşmalarına bir diğer örnek, davacı talep etmediği halde, hakemlerin faize hükmetmeleri olabilir⁸². Hakemlerin davacının talep sonucunda talep etmediği herhangi bir husus hakkında karar vermemelerinin hakemlerin yetkilerini aşmaları anlamına geleceğini söylemek mümkündür⁸³.

Hakemler, kendilerine verilen yetkiyi aşmamakla yükümlü oldukları kadar, davacının talep konusu yaptığı meselelerin tümünü değerlendirmek ve bunlar hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar vermekle yükümlüdür⁸⁴. Hakemlerin taleplerin tamamı hakkında karar vermediği bir diğer durum, hakemlerin davacının tüm talepleri hakkında karar vermelerine rağmen, karşı davayı hükme bağlamamalarıdır⁸⁵.

Hakemlerin, taraflarca esasa uygulanacak hukuk olarak belirlenen maddi hukuktan başka bir hukuka göre karar vermeleri⁸⁶ veya kendilerine

⁸¹ 15. HD., 23.11.2006, E. 2005/5196, K. 2006/6790. Bkz. **Ekşi**, MTK, s. 43-46.

⁸² **Kalpsüz**, s. 137; **Yeşilirmak**, s. 126.

⁸³ **Akıncı**, s. 287.

⁸⁴ **Akıncı**, s. 285.

⁸⁵ **Kalpsüz**, s. 137; **Yeşilirmak**, s. 126.

⁸⁶ Yargıtay, 28.01.1994 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararında, hakem sözleşmesinde taraflarca öngörülen maddi hukuk kurallarına uyulmaması halini, eski HUMK madde 533/3'te yer alan hakemlerin yetkileri dahilinde olmayan bir meseleye karar vermelerini hakem kararının temyizi sebebi sayan düzenleme kapsamında kabul etmiştir. YİBHKG, 28.01.1994, E.1993/4, K.1994/1. Bkz. **Ekşi**, HMK, s. 197-200. Doktrinde, HMK açısından da, taraflarca öngörülen maddi hukukun uygulanmamasının HMK madde 439/2/e anlamında tahkim yargılamasının usul açısından sözleşmede yer alan hükümlere uygun olarak yürütülmemesi olarak kabul edilmesi gerektiği ve YİBK'dan bu anlamda ayrılınmaması mütalaa edilmiştir. **Ekşi**, HMK, s. 200.

dostane aracı yetkisi verilmediği halde hak ve nefasete göre karar vermeleri de yetki aşımı olarak değerlendirilmelidir⁸⁷.

Hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşması dışında kalan bir konuda karar verdiği iddiasıyla açılan iptal davasında, tahkim anlaşması kapsamında olan konuların, tahkim anlaşması kapsamında olmayan konulardan ayrılması mümkün olduğu takdirde, hakem kararının sadece tahkim anlaşması kapsamında olmayan konuları içeren bölümü iptal edilebilir (MTK madde 15/A - HMK madde 439/3). Hakem kararının geçerli kısmının iptal edilmemesi, tarafların önemli derecede zaman ve masraftan tasarruf etmelerini sağlayacaktır. Örneğin, tarafların aralarında birden çok sözleşme bulunması, ancak, bunlardan sadece bazılarında tahkim şartı bulunmasına rağmen hakemlerin tüm sözleşmelerden kaynaklanan uyuşmazlıkları çözüme bağlaması durumunda, kısmen iptal kararı verilebilir. Bunun için hakemlerin uyuşmazlığı bir bütün olarak çözümlememiş olması; kanunun ifadesiyle tahkim anlaşması kapsamında olan konuların, tahkim anlaşması kapsamında olmayan konulardan ayrılmasının mümkün olması gerekmektedir. İptal davası aşamasında, tahkim anlaşması kapsamı dışında kalan konuların ayrılması kolayca mümkün değilse, mahkemenin, hakem kararının içeriğine müdahale ederek tahkim anlaşması kapsamındaki uyuşmazlıklar için hakem kararını değiştirmesi; esas hakkında yeni ve değişik bir karar vermesi mümkün değildir⁸⁸.

f) Tahkim yargılamasının, usul açısından tarafların anlaşmalarına veya bu yönde bir anlaşma bulunmaması halinde, bu Kanun hükümlerine uygun olarak yürütülmemesi⁸⁹ ve bu durumun kararın esasına etkili olması⁹⁰

Burada aranan usule aykırılığın kararın esasına etkili olması, iptal davasına bakan hakimin davanın esasını da yeniden incelemesini gerektirmez. Burada, ilgili usul ihlalinin basit bir ihlal olmaması; kararın esasını

⁸⁷ **Kalpsüz**, s. 137; **Akıncı**, s. 288.

⁸⁸ **Akıncı**, s. 300-301.

⁸⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kaplan**, Yavuz, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Seçkin, 2002.

⁹⁰ UNCITRAL Model Kanun madde 34/2/a/iv'de bu yönde bir iptal sebebi yer almaktadır. Ancak, Model Kanun'da usule aykırılığın kararın esasına etkili olması aranmamaktadır.

etkileyecek derecede ciddi bir ihlalin söz konusu olması gerekir⁹¹. Örneğin, tarafın iddia ve savunma hakkını kullanmasını engelleyecek şekilde tebliğatlarda bir usulsüzlük veya noksanlık ya da delillerin sunulmasıyla ilgili usule aykırılıklar böyle bir ihlal sayılmalıdır. Tarafların kararlaştırdıkları dilden başka bir dilde yargılamanın yapılması da esasa etkili bir usule aykırılıktır⁹². Hakem kararının gerekçeli olması da aynı şekilde tarafların hangi iddia, savunma ve delillerinin ne şekilde değerlendirildiğini takdir edebilmelerinin temini bakımından önemli olduğundan, gerekçesiz kararlar da iptal edilmelidir⁹³.

Hüküm tarafların anlaşmasına öncelik vermiştir. Ancak, tarafların üzerinde anlaştıkları usul kurallarının tahkim yeri hukukunun emredici kurallarına aykırı olması durumunda, hakemlerin öncelikli görevinin geçerli ve icra edilebilir bir hakem kararı vermek olduğu dikkate alınarak, hakemlerin tahkim yeri hukukuna öncelik vermesi daha doğru olacaktır⁹⁴. Bir başka ifadeyle, tarafların aralarında anlaşmış oldukları usul kuralları, MTK'nın emredici hükümlerine aykırı ise, hakemlerin üzerinde anlaşılan kural yerine MTK hükümlerini dikkate alması iptal sebebi oluşturmamalıdır. Örneğin, tarafların eşitlik ilkesini zedeleyecek bir usulü kararlaştırmaları, mesela taraflardan birinin tanık dinletmesinin mümkün olmadığı veya taraflardan birinin avukatla temsil edilemeyeceği gibi kurallar kararlaştırmaları durumunda, hakemlerin bunları dikkate almaması daha uygun olacaktır. Hakemlerin, belki de böyle bir durumda yapmaları gereken, tarafları bu konuda aydınlatarak, tahkim yeri hukukuna uygun bir şekilde usule uygulanacak kurallar üzerinde görev belgesinde veya ayrı bir anlaşma ile yeniden anlaşmalarını temin etmek olacaktır.

MTK'dan farklı olarak HMK madde 409 uyarınca, "*Tarafların aksini kararlaştırabilecekleri bir hükme veya tahkim sözleşmesine uyulmaz ise ilgili taraf bu aykırılığa itiraz edebilir. İlgili taraf, aykırılığı öğrendiği tarihten*

⁹¹ Kalpsüz, s. 139; Yeşilirmak, s. 127.

⁹² Akıncı, s. 293, 296-297.

⁹³ Kalpsüz, s. 140; Akıncı, s. 297.

⁹⁴ Akıncı, s. 292. UNCITRAL Model Kanun madde 34/2/a/iv'de açıkça, tarafların üzerinde anlaştıkları usul kurallarının Model Kanun'un emredici hükümlerine aykırı olamayacağı düzenlenmiştir.

*itibaren iki hafta veya hakemlerin bu konuda kararlaştırdıkları süre içinde itiraz etmeden tahkime devam ederse, itiraz hakkından feragat etmiş sayılır.*⁹⁵ Dolayısıyla, taraflarca kararlaştırılan tahkim usulüne ilişkin hükümlerin uygulanmaması halinde, buna süresi içinde itiraz etmeyen taraf, daha sonra iptal aşamasında bunu ileri sürebilir mi sorusu ortaya çıkmaktadır⁹⁶. Kanaatimizce, bu soruya olumsuz cevap vermek gerekmektedir. Zira, gerekçede de ifade edildiği üzere, aksi durum iyiniyet ilkesine aykırı olur⁹⁷. Bununla birlikte, yapılan itirazın hiç dikkate alınmaması iptal sebebidir. Nitekim, Yargıtay 11. Hukuk Dairesince, *hakem heyeti oluşumuna tahkim yargılaması sırasında ve mahkeme aşamasında itiraz edilmiş olmasına rağmen mahkemece bu itiraz hususunda denetlemeye ve değerlendirmeye esas olumlu ya da olumsuz bir karar verilmemesi doğru görülmemiş* tir⁹⁸.

g) Tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi⁹⁹

Tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi, adil yargılanma ilkesine aykırı olarak taraflara iddia ve savunmalarını sunma imkanının verilmemesi anlamına gelir. Hakemin, tahkim yargılaması süresince, taraflara adil ve tarafsız davranması ve bir tarafın diğerinden daha elverişli duruma gelmesini sağlayacak karar ve önlemler almaması gerekir¹⁰⁰.

Ankara 4. Asliye Ticaret Mahkemesi, taraflardan birinin delil olarak dayandığı keşif delilinin ve karşı tarafın defterlerinin incelenmemesini

⁹⁵ İngiliz Tahkim Kanunu'nun 73. Maddesinde de benzer bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, hakem heyetinin yetkili olmadığı; tahkim yargılamasının usulüne uygun olarak yürütülmediği; tahkim anlaşması veya Kanuna aykırılık olduğu; veya hakem heyetini veya tahkim yargılamasını etkileyen başkaca bir aykırılık olduğuna ilişkin itirazlarını süresi içinde yapmaksızın yargılamaya devam eden taraf, daha sonra hakem heyeti veya mahkeme önünde bu itirazı ileri süremeyecektir.

⁹⁶ **Ekşi**, HMK, s. 200.

⁹⁷ **Pekcantez/Taş Korkmaz/Meriç**, s. 427.

⁹⁸ 11. HD. 15.01.2013, E.2012/17087, K.2013/749.

⁹⁹ UNCITRAL Model Kanun madde 34/2/a/ii'de, iptal talep eden tarafa hakem ataması veya tahkim yargılaması hakkında usulüne uygun olarak tebligat yapılmaması veya bu tarafın başka bir şekilde davasını ileri sürememesi iptal sebebi olarak sayılmıştır. MTK ve HMK, tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi şeklinde daha geniş bir kavramı kullanmayı tercih etmiştir.

¹⁰⁰ **Kalpsüz**, s. 141; **Akıncı**, s. 298; **Yeşilirmak**, s. 127.

tarafların eşitliği ilkesinin gözetilmemesi olarak kabul etmiş ve hakem kararının iptaline karar vermiştir¹⁰¹.

h) Hakem veya hakem kurulu kararına konu uyuşmazlığın Türk hukukuna göre tahkime elverişli olmaması¹⁰²

MTK uyarınca bu iptal sebebi taraflarca ileri sürülebileceği gibi, hakim tarafından da resen dikkate alınabilir¹⁰³.

MTK madde 1/IV uyarınca, MTK, Türkiye’de bulunan taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklara ilişkin uyuşmazlıklar¹⁰⁴ ile iki tarafın iradelerine tâbi olmayan uyuşmazlıklarda uygulanmaz¹⁰⁵.

HMK Madde 408 uyarınca, taşınmaz mallar üzerindeki aynı haklardan veya iki tarafın iradelerine tabi olmayan işlerden kaynaklanan uyuşmazlıklar tahkime elverişli değildir.

Boşanma, nafaka, velayet ve vesayet, soybağının kurulmasına ilişkin uyuşmazlıklar gibi tarafların uyuşmazlık konusu üzerinde anlaşarak serbestçe tasarrufta bulunamayacağı uyuşmazlıkların çözümü tahkime elverişli değildir. İflas davaları, alacaklıların korunması amacıyla tahkime elverişli değildir. Tüketici sözleşmeleri, iş sözleşmeleri veya kira sözleşmeleri gibi taraflardan birinin zayıf konumda olduğu ilişkilerden kaynaklanan uyuşmazlıkların çözümü de tahkime elverişli değildir¹⁰⁶.

¹⁰¹ Ankara 4. ATM, 25.07.2007, E.2007/192, K.2007/309. Bkz. **Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe**, s. 591.

¹⁰² UNCITRAL Model Kanun madde 34/2/b/i’de aynı iptal sebebine yer verilmiştir.

¹⁰³ UNCITRAL Model Kanun’da sadece taraflarca ileri sürülebilecek iptal sebepleri ve mahkemece resen dikkate alınabilecek iptal sebepleri ayrımına yer verilmiştir. Mahkemece resen dikkate alınabilecek iptal sebepleri MTK’dakiler ile aynıdır.

¹⁰⁴ Yargıtay, satış vaadi sözleşmesinden (14. HD., 21.05.1985, 471/3690; 07.10.2003, 6387/6813) doğan uyuşmazlıkların ve kat karşılığı inşaat sözleşmesiyle ilgili tapu iptal ve tescil davalarının (15. HD., 23.09.2002, 4321/4067; 18.06.2007, 2680/4137; 10.10.2011, 4411/5792) tahkime elverişli olmadığı yönünde kararlar vermiştir. Bkz. **Akıncı**, s. 262-265.

¹⁰⁵ Tahkime elverişlilik konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Huysal**, Burak, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat, 2010.

¹⁰⁶ **Akıncı**, s. 267; **Yeşilirmak**, s. 127-128.

g) Kararın kamu düzenine aykırı olması¹⁰⁷

MTK uyarınca bu iptal sebebi taraflarca ileri sürülebileceği gibi, hakim tarafından da resen dikkate alınabilir.

Kamu düzeni¹⁰⁸, ulusal hukuk düzeninin dayandığı temel prensiplerin, ahlak ve adap anlayışının ve toplumun temel menfaatlerini koruyan kural- ların bütünü olarak tanımlanmıştır¹⁰⁹. Temel haklarla ilgili hükümler ve Anayasa'nın tüm ilkeleri kamu düzeninden sayılabilir. Kamu düzeni kavramı değişkendir; zamana ve olayın özelliklerine göre hakim tarafından kamu düzenine aykırılık söz konusu olup olmadığı takdir edilecektir¹¹⁰.

Kamu düzeni kavramının Türk hakimleri tarafından iptal sebeplerinin genişletilmesinin aracı yapılmaması ve kamu düzeni müdahalesinin sınırlı olması gerektiği; milletlerarası tahkime ilişkin özel düzenlemelerin esnek, liberal, milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarına uygun bir düzenleme getirmeyi amaçladığı ve ulusal hukuktan kaynaklanan müdahalelerin en aza indirgen- mesinin zorunlu olduğu doktrinde ifade edilmiştir¹¹¹.

Buna rağmen, Yargıtay'ın yeni tarihli olmasına rağmen, kamu düzeni kavramını geniş yorumladığı eleştiriye açık kararları bulunmaktadır. Yar- gıtay 13. Hukuk Dairesi, “*distribütörlere toplam satışlarda yapılan iskonto- ların Hazine payının ödenmesine esas tutulan brüt satış matrahına dahil edilmemesi sonucunda ... Hazine payının azalmasına, bütçe dengelerinin bozulmasına sebebiyet verileceği, bunun sonucunda da ekonomik dengelerin ve kamu düzeninin bozulacağına*” karar vermiştir. Bu karar doktrinde ağır şekilde eleştirilmiştir: “*Burada Daire, hukuk devleti ilkesini tepe-taklak eden, yanlış ve son derece tehlikeli bir ‘kamu düzenine aykırılık’ kriteri getirmiş bulunmaktadır. ... Daire kararında, devletin gelirleri üzerinden bir ‘kamu düzenine aykırılık’ kriteri geliştirmiştir. Bu kriter, hukuki bir temele*

¹⁰⁷ UNCITRAL Model Kanun madde 34/2/b/ii’de aynı iptal sebebine yer verilmiştir.

¹⁰⁸ Kamu düzeni hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Dayınlarlı**, Kemal, Milli - Milletlerarası Kamu Düzeni Tahkime Etkileri ve Sonuçları, 2. Baskı, Dayınlarlı, 2011.

¹⁰⁹ **Kalpsüz**, s. 145; **Yeşilirmak**, s. 129.

¹¹⁰ **Akıncı**, s. 270-271.

¹¹¹ **Kalpsüz**, s. 145; **Akıncı**, s. 272-273; **Yeşilirmak**, s. 129, **Aygün**, s. 687.

dayanmamakta, sadece devleti koruma ve kollama refleksine dayanmaktadır.¹¹²

MTK'dan farklı olarak, HMK'da iptal sebepleri taraflarca ileri sürülmesi gerekenler ve mahkemece resen dikkate alınacak olanlar olarak ikiye ayrılmamıştır; tüm iptal sebepleri sayılmış ve bu sebeplerden herhangi biri tespit edilirse hakem kararının iptal edileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla, kanunun ifadesinden, mahkemenin tüm iptal sebeplerini resen dikkate alması gerektiği sonucuna ulaşmak mümkündür. Bu durum, iptal davalarının istisnai niteliği ile bağdaşmamaktadır¹¹³. Ancak, doktrinde, tahkime elverişsizlik ve kamu düzenine aykırılık dışındaki iptal sebeplerinin kamu düzeni ile ilgili olmayıp taraf menfaatleriyle ilgili ve tarafların üzerinde serbestçe sözleşme yapabileceği konulara ilişkin olmaları nedeniyle, bu iptal sebeplerinin ancak tarafların ileri sürmesi halinde dikkate alınabileceği ifade edilmiştir¹¹⁴. Böyle bir çözüm iptal davalarının niteliğine daha uygun olmakla birlikte, kanımızca, kanunun ifadesi ve MTK ile karşılaştırılması durumunda, böyle bir sonucu kabul etmek kolay değildir.

F. İptal Davasının Hakem Kararının İcrasına Etkisi

MTK madde 15/A/2 uyarınca, iptal davasının açılması, kendiliğinden hakem kararının icrasını durdurur.

MTK'dan farklı olarak, HMK bakımından hakem kararına karşı iptal davası açılması kararın icrasını durdurmaz. Ancak taraflardan birinin talebi üzerine hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmek şartı ile kararın icrası durdurulabilir (HMK madde 439/4).

İptal davasının açılması süresi içerisinde; fakat henüz iptal davası açılmadan da hakem kararının icrasının talep edilmesi mümkündür. Böyle bir durumda, davalının derhal iptal davası açması ve kararın icrasının durdurulmasını talep etmesi gerekmektedir¹¹⁵.

¹¹² 13. HD., 17.04.2012, E. 2012/8426. Bkz. Şanlı/Esen/Ataman Figanmeşe, s. 592.

¹¹³ Akıncı, s. 246.

¹¹⁴ Budak, s. 55.

¹¹⁵ Umar, s. 1209.

Hız ve tek aşamalı olmak tahkimin önemli özelliklerindedir. Taraflar, tahkim anlaşması ile hakem kararının bağlayıcı olacağını kabul ederler ve karar ancak sınırlı sebeplerle iptal edilebilir. Bu nedenle, iptal davasının açılmasının kendiliğinden hakem kararının icrasını durdurmasının yerinde olduğu ifade edilmiştir¹¹⁶. MTK'daki fark, uyuşmazlıkta bir yabancılık unsuru bulunması; uyuşmazlığın taraflarından birinin yurtdışında yerleşik olma ihtimalinin bulunmasıdır. İcra edilen bir hakem kararının iptali durumunda, hakem kararının icrasının geri alınması; örneğin ödenen bir bedelin iadesi gerekecektir. İade için yurtdışında yerleşik olan tarafa dava açmak ve sonuç elde etmek daha zor olacaktır¹¹⁷. Kanımızca, icra edilen hakem kararının iptal edilmesi, her halde sıkıntıya yol açacaktır. Bu nedenle, teminat göstererek kararın icrasının durdurulması imkanının tanınması olumlu olmuştur. Ancak, teminat göstermek de bazen davalı için sıkıntı yaratabilir. Gerek iptal davasının icrayı durdurması sonucu hakem kararı lehine olan tarafın; gerek icranın durması için teminat göstermek zorunda olan tarafın mağdur olmaması için iptal davalarının mümkün olan en kısa sürede çözümlenmesi önem taşımaktadır.

G. İptal Davasının Kabulünün Sonucu

MTK madde 15/A/2 uyarınca, iptal davasının kabulü halinde, kabul kararı temyiz edilmezse veya 1inci bendin (b), (d), (e), (f), (g) alt bentleri ile 2nci bendinin (b) alt bendindeki hallerin varlığı sebebiyle kabulü halinde taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa hakemleri ve tahkim süresini yeniden belirleyebilirler. Taraflar isterlerse eski hakemleri tayin edebilirler.

HMK madde 439/7 uyarınca, iptal davasının kabulü hâlinde, kabul kararı temyiz edilmezse veya ikinci fıkranın (b), (ç), (d), (e) ve (f) bentlerindeki hâllerin varlığı sebebiyle kabulü hâlinde, taraflar aksini kararlaştırmamışlarsa hakemleri ve tahkim süresini yeniden belirleyebilirler. Taraflar isterlerse eski hakemleri tayin edebilirler.

O halde, hakem seçiminde usulsüzlük olması, hakemlerin yetkileri hakkında yanlış karar vermesi veya yetkilerini aşması ya da istemin tamamı

¹¹⁶ Yeşilirmak, s. 130.

¹¹⁷ Akıncı, s. 247.

hakkında karar vermemesi, tahkim usulüne aykırılık, taraflara eşit davranılmaması ve kararın kamu düzenine aykırı olması hallerinde taraflar yeniden tahkim yoluna başvurabilir. Ancak, uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması, taraflardan birinin ehliyetsiz olması veya başka bir nedenle tahkim anlaşmasının geçersiz olması ve hakem kararının tahkim süresi içinde verilmemesi hallerinde tarafların yeniden tahkime başvurmaları mümkün olmaz; yetkili mahkemeye başvurmaları gerekir¹¹⁸.

H. İptal Davası Sonucu Verilen Kararın Temyizi

MTK madde 15/A/2 uyarınca, iptal davası hakkında verilen kararlara karşı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu hükümlerine göre temyiz yolu açık olmakla birlikte¹¹⁹, karar düzeltme yoluna gidilemez. Temyiz incelemesi, bu maddede yer alan iptal sebepleriyle sınırlı olarak, öncelikle ve ivedilikle karara bağlanır. Hakem kararlarının iptaline ilişkin davaların temyiz incelemesinin Yargıtay'ın hangi dairesi tarafından yapılacağına uyuşmazlığın doğduğu sözleşmenin niteliğine göre karar verilmektedir. Bir başka ifadeyle, hakem kararlarının iptalini Yargıtay'ın tek bir dairesi incelemez. Uygulamada, Yargıtay'ın farklı hukuk dairelerinin tahkime farklı yaklaştığı; bunun da Türk hukukunda tahkim bakımından farklı kararların çıkmasına neden olduğu görülmektedir. Bu nedenle, doktrinde, iptal davasında esaslı bir inceleme yapılmayıp sadece iptal koşullarının oluşup oluşmadığı inceleneyeceğinden, bu konuda tek bir dairenin tayin edilmesinin yeterli ve gerekli olduğu ifade edilmiştir. Böylece, Yargıtay'ın kararları tahkim konusunda uzmanlaşan, çağdaş bir yaklaşımla çıkacağı gibi hukuki öngörülebilirlik de sağlanmış olacaktır¹²⁰.

¹¹⁸ **Kalpsüz**, s. 156; **Akıncı**, s. 303.

¹¹⁹ İptal davaları sonucu verilen kararlara karşı temyiz yolunun açık olması, hakem kararının çifte denetlenmesine sebep olduğundan ve temyiz aşamasında hakem kararının icrası mümkün olmadığından zaman kaybı olarak eleştirilmiş; "tahammülfersa bir vesayet" olarak nitelendirilmiştir. **Kalpsüz**, s. 155. Aygün de, önce iptal, sonra temyize başvurulmasını iki farklı sistemin karıştırılarak uygulanması olarak mütalaa etmiş ve bu durumun uyuşmazlığın süratle çözümlenmesi için başvuru olan bir hukuki çare olan tahkim yargılamasını uzatacağı için fevkalade mahzurlu olduğunu belirtmiştir. **Aygün**, s. 684.

¹²⁰ **Akıncı**, s. 244.

HMK madde 439/6 uyarınca, iptal davası hakkında verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Temyiz incelemesi, bu maddede yer alan iptal sebepleriyle sınırlı olarak, öncelikle ve ivedilikle karara bağlanır¹²¹. Temyiz, kararın icrasını durdurmaz¹²². Acaba, burada, HMK madde 367’de yer alan İcra İflas Kanunu’nun 36. maddesindeki icranın geri bırakılmasını saklı tutan hükmün de uygulanmaması mı amaçlanmıştır? Bir başka deyişle, temyize ilişkin genel hükümdeki düzenlemeden yararlanarak icranın geri bırakılması talep edilemeyecek midir? Doktrinde, HMK madde 439/6’nın icranın geri bırakılması konusunda sessiz kalmasının bilinçli bir hukuk politikası tercihi olduğu ve genel hükümden yararlanılamayacağı görüşü savunulmuştur. Zira, gerekçede de hakem kararına ilişkin olarak yetkili ilk derece mahkemesi de bir iptal sebebi görmemiş ise artık temyiz aşamasında kararın icra edilmesi gerektiği ifade edilmiştir¹²³. Kanımızca, burada, genel hükümden ayrılmayı gerektirecek bir gerekçe bulunmamaktadır. İptal davasının açılması hakem kararının icrasını durdurmayacaktır. Mahkeme, hakem kararının iptal edilmesine karar verirse, temyiz aşamasına gelene kadar iptal davası süresince karşı taraf teminat yatırdığı için hakem kararı icra edilmişse; aynı şekilde teminat göstererek temyiz aşamasında da icrayı durdurma imkanı davalıya tanınmalıdır. İptal davası devam ederken hakem kararı icra edilmişse, temyiz aşamasında davalı tarafından yapılacak bir şey olmayacak; temyizden sonraki duruma göre, hakem kararının haksız olarak icra edildiği sonucuna varılırsa, davalı, iade için istirdat davası açabilecektir.

HMK madde 443 uyarınca, yargılamanın iadesine ilişkin hükümler uygun düştüğü ölçüde tahkime de uygulanır. Yargılamanın iadesi talebi kabul edilirse, mahkeme hakem kararını iptal eder ve uyuşmazlığı yeniden bir karar verilebilmesi için yeni hakeme veya hakem kuruluna gönderir.

¹²¹ Bu düzenleme ile Yargıtay’daki incelemenin iptal sebeplerini genişletici bir şekilde yapılmasının önüne geçilmiştir. **Özbay**, s. 544.

¹²² MTK uyarınca iptal davası açılmasıyla hakem kararının icrası duracağından, iptal davası sonucu verilen kararın temyizi sonucunda hakem kararının icrasının duracağına ilişkin bir düzenleme getirilmesi gerekmez; hakem kararının bu aşamada da icra edilemeyeceği açıktır.

¹²³ **Budak**, s. 57.

İ. Harçlar

Harçlar Kanunu madde 3 uyarınca, hakem kararlarının infazı lazım geldiğine dair mahkeme başkanı veya hakim tarafından verilen şerhlerden, hakem kararının mahiyetine göre, karar ve ilam harcı alınır. 1 Sayılı Tarife madde A/III/1/a uyarınca, konusu belli bir değerle ilgili bulunan davalarda esas hakkında karar verilmesi halinde hüküm altına alınan anlaşmazlık konusu değer üzerinden binde 68,31 nispi harç alınır. 6/2/2014 tarihli ve 6518 sayılı Kanunun 9. maddesiyle, Harçlar Kanunu'na ekli (1) sayılı Tarife'nin karar ve ilam harçları bölümünün nispi harçları düzenleyen kısmındaki (a) bendine "Tahkim yargılamasında bu bende göre hesaplanan harç yüzde elli oranında uygulanır." ibaresi eklenmiştir.

Buna göre, hakem kararlarının iptali davaları nispi harca tabidir. Hakem kararının Türkiye'de iptal edilebilmesi için, hüküm altına alınan anlaşmazlık konusu değer binde 68,31'inin yarısı oranında harç ödenmesi gerekmektedir.

Tahkimi tercih eden tarafların mahkemeleri meşgul etmek yerine tahkim masraflarına katlanması ve iptal davalarında mahkemelerin sınırlı bir inceleme yapacak olması dikkate alındığında, iptal davalarında nispi harç alınması tarafları tahkim yolunu tercih ettikleri için cezalandırmak anlamına gelmektedir. Bu şekilde, tahkim yargılamasının tercih edilmesine engel konulmaktadır¹²⁴.

Gerçekten, 1 Sayılı Tarife madde A/III/1/a'da "esas hakkında karar verilmesi halinde" ibaresi yer almaktadır. Oysa, iptal davalarında esas hakkında karar verilmemektedir. Bu nedenle, nispi harç alınmamalıdır¹²⁵. Uygulamada da, iptal davalarında maktu harç alındığı görülmektedir¹²⁶.

Öte yandan, doktrinde, iptal davalarında maktu harç alınmasının yaratacağı bir dezavantaja da dikkat çekilmiştir. İptal davasının sadece maktu harca tabi olması sonucunda, hakem kararından memnun olmayan taraf, hakem kararının iptalini gerektiren ciddi bir durum olmasa dahi mutlaka iptal davası açmak yoluna gidecektir. İptal davasının açılması, MTK bakı-

¹²⁴ Akıncı, s. 194; Yeşilirmak, s. 130.

¹²⁵ Akıncı, s. 254; Karadaş, s. 216.

¹²⁶ Akıncı, s. 254.

mından hakem kararının icrasını da engelleyecektir; böylece tarafa kolayca kararın icrasını geciktirme imkanı tanınmıştır. Bu nedenle, bu şekilde hakkını kötüye kullanan taraf aleyhine kötüniyet tazminatına hükmedilmesini mümkün kılan bir kanuni düzenlemenin yapılması önerilmiştir¹²⁷.

Harcın yanı sıra, iptal davası açan davacı, HMK madde 120 gereğince her yıl Adalet Bakanlığınca çıkarılacak gider avansı tarifesinde belirlenecek olan tutarı, dava açarken mahkeme veznesine yatırmak zorundadır.

SONUÇ

Türk hukukunda milletlerarası tahkim ve milli tahkim ayrı mevzuatlarda düzenlenmektedir. Hakem kararının icrası ve iptali bakımından da milletlerarası tahkim ve milli tahkim ayrımı önemlidir. MTK'nın kapsamına giren hakem kararlarının icrası ve iptali MTK madde 15'e tabiyken; yabancılık unsuru içermeyen milli tahkim yargılamaları sonucu verilen hakem kararlarının icrası ve iptali HMK Madde 439'a tabidir.

Bu iki düzenlemenin karşılaştırmalı incelemesi sonucu, kanımızca en önemli olan farklar şu şekilde özetlenebilir:

1. MTK'dan farklı olarak, HMK uyarınca, hakem kararlarının icrası için devlet mahkemelerinden icra edilebilirlik belgesi alınması gerekmektedir. Bir başka ifadeyle, HMK kapsamındaki milli hakem kararları Türkiye'de verildikleri anda icra edilebilir hale gelmektedir. Bir başka ifadeyle, mahkemeler, iptal davası açılmaması halinde, hakem kararı üzerinde herhangi bir denetim imkanına sahip olmayacaklardır. O halde, tahkime elverişli olmayan bir uyuşmazlık hakkında tahkim yargılaması yürütülmüş veya kamu düzenine açıkça aykırı bir şekilde karar verilmiş ise ne olacaktır? Bu durumda, ilgili hakem kararı yok hükmünde kabul edilmelidir. Tahkime elverişli olmayan bir konuda yürütülen tahkim yargılaması sonunda verilen veya kamu düzenine aykırı olan bir hakem kararının icrası için ilamlı icra yoluna başvurulduğunda, borçlu, icra emrinin düzenlenmesine karşı şikayete başvurabilir mi? Doktrinde ve Yargıtay kararlarında, kanunda sayılan şikayet sebeplerinin yanı sıra, kamu düzenine aykırı olan işlemlere karşı süresiz

¹²⁷ Akıncı, s. 254.

şikayet yoluna gidilebileceği kabul edilmektedir. Şu halde, yok hükmünde kabul edilen bir hakem kararına dayanarak başlatılan takip söz konusu olduğunda, borçlunun hakem kararının yok hükmünde olduğu gerekçesiyle şikayete başvurusu mümkün kabul edilmelidir.

Tahkime elverişli olmayan bir konuda verilmiş veya kamu düzenine aykırı olan bir hakem kararına dayanılarak idareye işlem yapması için başvurulması halinde ne olacaktır? Uyuşmazlığın taraflarından biri, her zaman iptal davası açmak suretiyle böyle bir hakem kararının icrasını engelleyebilir. İptal davası süresini kaçıran taraf, yok hükmünde bir karar söz konusu olduğuna göre, aynı uyuşmazlık konusunda mahkemeye başvurabilir. Bu durumda, hakem kararının yok hükmünde olup olmadığını tespit etme görevi esas hakkında açılan bu ikinci davaya bakan hakime düşer. Ancak, idarece, hakem kararının yerine getirilmesini her iki tarafın da istemeleri halinde ne olacaktır? Böyle bir durumda, nüfus memurluğunun ilgili hakem kararına dayanarak işlem yapması gerekecektir. Bu konuda idarenin bir takdir kullanabileceğini düşünmek; bir hakem kararının idare tarafından yok hükmünde sayılması ve gereğinin yerine getirilmesinin idare tarafından reddedilmesi de eşit derecede rahatsız edicidir.

2. MTK'dan farklı olarak, HMK'da taraflara hakem kararının iptali davası açmaktan feragat etme imkanı düzenlenmemiştir. İptal davasının tarafların haklarını korumak için önemli bir koruma sistemi olması karşısında, iptal davasından feragat etme imkanının tanınmaması olumlu olmuştur. Zaten, MTK bakımından da sadece yerleşim yeri yurtdışında bulunan tarafların iptal davası açma hakkından feragat etmesi mümkündür.

3. İptal sebepleri bakımından MTK ile HMK arasında bir fark yoktur. Ancak, MTK'dan farklı olarak, HMK'da iptal sebepleri taraflarca ileri sürülmesi gerekenler ve mahkemece resen dikkate alınacak olanlar olarak ikiye ayrılmamıştır; tüm iptal sebepleri sayılmış ve bu sebeplerden herhangi biri tespit edilirse hakem kararının iptal edileceği belirtilmiştir. Dolayısıyla, kanunun ifadesinden, mahkemenin tüm iptal sebeplerini resen dikkate alması gerektiği sonucuna ulaşmak mümkündür. Bu da, iptal incelemesinin istisnai karakteriyle bağdaşmamaktadır.

4. MTK'dan farklı olarak HMK madde 409 uyarınca, "*Tarafların aksini kararlaştırabilecekleri bir hükme veya tahkim sözleşmesine uyulmaz ise ilgili taraf bu aykırılığa itiraz edebilir. İlgili taraf, aykırılığı öğrendiği tarihten itibaren iki hafta veya hakemlerin bu konuda kararlaştırdıkları süre içinde itiraz etmeden tahkime devam ederse, itiraz hakkından feragat etmiş sayılır.*" Dolayısıyla, taraflarca kararlaştırılan tahkim usulüne ilişkin hükümlerin uygulanmaması halinde, buna süresi içinde itiraz etmeyen taraf, daha sonra iptal aşamasında bunu ileri süremeyecektir; aksinin kabulü iyiniyet ilkesine aykırı olur. Bununla birlikte, yapılan itirazın hiç dikkate alınmaması iptal sebebidir.

5. MTK'dan farklı olarak, HMK bakımından hakem kararına karşı iptal davası açılması kararın icrasını durdurmaz. Ancak taraflardan birinin talebi üzerine hükmolunan para veya eşyanın değerini karşılayacak bir teminat gösterilmek şartı ile kararın icrası durdurulabilir (HMK madde 439/4). Taraflar, tahkim anlaşması ile hakem kararının bağlayıcı olacağını kabul ederler ve karar ancak sınırlı sebeplerle iptal edilebilir. Bu nedenle, iptal davasının açılmasının kendiliğinden hakem kararının icrasını durdurmaması bir yönüyle yerindedir. Öte yandan, icra edilen hakem kararının iptal edilmesi, sıkıntıya yol açacaktır. Bu nedenle, teminat göstererek kararın icrasının durdurulması imkanının tanınması olumlu olmuştur. Ancak, teminat göstermek de bazen davalı için sıkıntı yaratabilir. Gerek iptal davasının icrayı durdurması sonucu hakem kararı lehine olan tarafın; gerek icranın durması için teminat göstermek zorunda olan tarafın mağdur olmaması için iptal davalarının mümkün olan en kısa sürede çözümlenmesi önem taşımaktadır.

^HBOŞANMA DAVASINDA SAĞ KALAN EŞİN BU SIFATLA MİRASÇILIĞINA SON VERMEK AMACIYLA MİRASÇILAR TARAFINDAN DAVAYA DEVAM EDİLMESİ

*Yrd. Doç. Dr. Hülya TAŞ KORKMAZ**

GİRİŞ

Eşler birbirinin yasal mirasçısı oldukları gibi (TMK m. 499), birbirlerini iradî mirasçı olarak da tâyin edebilirler (TMK m. 502 vd). Ancak boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerine mirasçı olamazlar¹ ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça², kaybederler (TMK m. 181/1). Zira boşanma kararının kesinleşmesiyle evlilik birliği; dolayısıyla mirasçı olabilme bağlantısı sona erer³.

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

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

¹ Boşanan eşler arasında yasal mirasçı olmayı gerektirecek kan hısımlığı varsa, (örneğin, eşler kardeş çocukları iseler), eşlerin hısımlık dolayısıyla birbirlerinin yasal mirasçısı (TMK m. 496) olmalarına bir engel yoktur. Zaten Kanun'daki ifade de "boşanan eşler bu sıfatla birbirlerinin mirasçısı olamazlar. ..." şeklindedir (**Akıntürk/Karaman**, s. 293; **Öztaş**, s. 463; **Dural/Öz**, s. 45; **Topuz**, s. 79). Ancak mirasçılıktan çıkarmaya (TMK m. 510) veya mirastan yoksunluğa (TMK m. 578) ilişkin hükümler saklıdır (**Zevkliler/ Acabey/Gökyayla**, s. 921; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 135).

² Ölüme bağlı tasarrufta, tasarrufun boşanma halinde de geçerli olacağı belirtilmişse, lehine tasarruf yapılan eş, boşanmadan sonra da diğer eşin ölümü halinde hak sahibi olur (**Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 135; **Akkanat**, s. 46; **Topuz**, s. 80). Yine boşanmadan sonra eşlerin birbirleri lehine yapmış oldukları ölüme bağlı tasarruflar, TMK m.181/1'in kapsamına girmeyip, geçerli olurlar (**Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 135; **Akkanat**, s. 46).

³ Boşanan eşlerin birbirlerinin mirasçısı olamayacakları sonucunun doğması için, "boşanma hükmünün kesinleşmiş olması" gereklidir (**Zevkliler/Acabey/Gökyayla**, s. 921;

Buna karşılık, boşanma davası devam ederken eşlerden biri ölürse, sağ kalan eş ölen eşin mirasçısı olur. Zira bu durumda evlilik boşanmayla değil ölümle sona ermiştir⁴. Bu kuralın istisnası, boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçıları tarafından davaya devam edilip sağ kalan eşin kusurunun ispatlanmasıdır. Kusurun ispatı halinde, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığı sona erdirilecektir(TMK m. 181/2).

Boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü üzerine, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığını sona erdirme olanağını düzenleyen Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm, gerek medenî hukuk gerekse medenî usûl hukukundaki birçok genel kurala istisna teşkil etmektedir. Medeni Kanunun sistemi ile uyumlu olmayan bu hükmün uygulanması özellikle medenî usûl hukuku ilkeleri bakımından muhtelif sorunlar yarattığından, hükmün kabul edilmesinin gerekliliği konusundaki tartışma bir yana, özellikle düzenlenme biçimi üzerinde yoğun eleştiriler bulunmakta ve değiştirilmesi önerilmektedir.

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün uygulanmasının yarattığı sorunlar; eşlerden birinin ölümü ile konusuz kalan boşanma davasına, ölen eşin mirasçılarının kendi talepleri doğrultusunda devamının nasıl sağlanacağı; mirasçılar tarafından devam edilen davanın konusu; dolayısıyla talep sonucu ve davanın kabulü halinde verilmesi gereken hükmün niteliğine ilişkindir. Yine bunlarla bağlantılı olarak boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilmek suretiyle gerçekleştirilen taraf değişikliğinin ne tür bir taraf değişikliği olduğu; davaya devam eden mirasçılar arasındaki ilişki ve mirasçıların mevcut yargılama sonuçlarıyla bağlılıkları konusunda da sorunlar mevcuttur. Söz konusu hükme ilişkin bu muhtelif sorunların çözümü ve hükmün ne şekilde değiştirilmesi gerektiği konusunda, Doktrinde görüş birliği de bulunmamaktadır. Belirtilen nedenlerle, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fik-

Akıntürk/Karaman, s. 292; Öztan, s. 463; Dural/Öz, s. 42; İnan/Ertas/Albaş, s. 122-123; Akkanat, s. 46; Özüğür, s. 942; Topuz, s. 99; Topuz, Anayasaya Aykırılık, s. 222; Doğan, s. 1031). Bu yöndeki Yargıtay kararları için bkz. Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 921, dn. 143.

⁴ Serozan/Engin, § 2, N.65; Altaş, s. 658; Kılıçoğlu, s. 34; Antalya, s. 93, 95; Topuz, s. 107.

rasındaki hüküm, yürürlüğe girdiği günden beri, üzerinde bilimsel çalışma yapılması bakımından cazibesini yitirmeyen bir hüküm olmaya devam etmektedir.

Bu çalışmayı yapmaktaki amacımız, öncelikle, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün uygulanması suretiyle ortaya çıkan sorunları tespit etmek ve bu sorunlara mevcut hüküm (TMK m. 181/2) çerçevesinde usul hukuku ilkeleriyle uyumlu çözüm önerilerinde bulunabilmektir. Mukayeseli hukuktaki benzer hükümlerle söz konusu hükmü karşılaştırmak ve bu suretle olması gereken hukuk bakımından söz konusu hükme ilişkin değişiklik önerilerinde bulunabilmek de çalışmamızın bir diğer amacıdır.

Belirtilen amaçları gerçekleştirmek için önce Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükme ilişkin genel bilgiler verilecek ve bu hükme istinaden boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından kendi taleplerine ilişkin olarak devam edilen davayı diğer davalardan ayıran özellikler ortaya konulmaya çalışılacaktır. Bu suretle, söz konusu hükmün uygulanmasının yarattığı sorunlar daha rahat tespit edilebilecektir. Bundan sonra, anılan hükme istinaden boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından söz konusu davaya devam edilebilmesinin koşulları ile davaya devam edilmesinin sonuçlarına yer verilecektir. Son olarak da, anılan hükmün değiştirilmesi için Doktrindeki önerilerin değerlendirilmesi suretiyle olması gereken hukuk bakımından bir değişiklik önerisinde bulunmaya çalışılacaktır.

A. BOŞANMA DAVASI ESNASINDA ÖLEN EŞİN MİRASÇILARINDAN BİRİSİ TARAFINDAN DAVAYA DEVAM EDİLMESİNE OLANAK SAĞLAYAN HÜKÜM HAKKINDA GENEL BİLGİLER

I. Hükmün Tarihsel Gelişim Süreci

Boşanma davaları, malvarlığına ilişkin olmayıp yalnız ölen tarafı ilgilendiren şahıs varlığına ilişkin davalardandır. Bu nedenle, boşanma davası devam ederken taraflardan biri ölürse, bu davaya malvarlığına ilişkin davalardakinin aksine, ölen tarafın mirasçıları tarafından veya ölen tarafın miras-

çalarına karşı devam edilemez⁵. Eşlerden birinin ölümü üzerine boşanma talebi konusuz kaldığından, esasa ilişkin bir karar verilmesine yer olmadığına ilişkin bir kararla dava sona erdirilir. Bunun sağ kalan eşin mirasçılığına etkisi ise, boşanma davası esnasında evlilik birliği ölümle sona erdiğinden, sağ kalan eşin bu sıfatla ölen eşine mirasçı olmasıdır.

Özellikle zina veya pek kötü davranış sebebiyle açılmış boşanma davalarında daha karar verilmeden hatta boşanma kararının kanun yolu incelemesi için Yargıtay'da bulunduğu aşamada eşlerden birinin ölümü üzerine, sağ kalan eşin ölen eşine mirasçı olmasının her zaman adil olmadığı 743 sayılı Eski Türk Kanunu Medenisi'nin yürürlükte olduğu dönemde ifade edilmekteydi. Bu adil olmayan sonucun önlenmesi için, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılara davaya devam ederek sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdirme olanağının mı tanınması, yoksa bu sorunun miras hukuku sistemi içinde mirastan yoksunluk veya mirasçılıktan çıkarma olanaklarıyla mı çözülmesi gerektiği konusunda Doktrinde tartışma mevcuttu⁶. Söz konusu dönemde, bu konuda Yargıtay kararlarında da tam bir birlik mevcut değildi. Yargıtay, bir kararında, davacı eşin boşanma davası esnasında ölen davalı eşe mirasçı olamayacağını kabul etmişken⁷; bir başka kararında⁸, davalı eşin boşanma davası devam ederken ölen davacı eşe mirasçı olabileceğini belirtmiştir. Daha sonra 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun yürürlüğe girmesine kadar ise, istikrarlı bir şekilde, ister davacı, isterse davalı eş ölmüş olsun, boşanma davası kesinleşmeden eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalan eşin ölene mirasçı olduğu doğrultusunda karar vermiştir⁹.

⁵ **Kuru**, C.I, s. 612; **Gençcan**, s. 1514; **Gençcan**, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 52.

⁶ Bu konudaki tartışma ve görüşler için bkz. **Saymen**, s. 362; **Serozan/Engin** §2, N.65, dn. 25; **İnan/Ertay/Albaş**, s. 123; **Aksu**, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 70.

⁷ 2. HD, 04.04.1941, 4746/3193 (**Saymen**, s. 360; **Topuz**, s. 103).

⁸ 2. HD, 30.11.1943, 2225/4985 (**Saymen**, s. 360; **Topuz**, s. 103). 743 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde, Yargıtay'ın boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü durumunda, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına ilişkin farklı kararları için bkz. **Akıntürk/Karaman**, s. 292, dn. 105a.

⁹ Bu yöndeki kararlar için bkz. 2. HD, 26.11.1946 tarih ve 1024 sayılı kararı (**Saymen**, s. 359; **Topuz**, s. 103); 2. HD, 03.07.1953, 3710/3373 (AD, 1953, s. 1217); 2. HD,

Özellikle ağır kusur isnadıyla açılan boşanma davaları esnasında eşlerden birinin ölümü üzerine sağ kalan eşin bu sıfatla ölen eşine mirasçı olmasının Doktrin ve uygulamada yarattığı rahatsızlığın etkisiyle kanunkoyucu, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda, bu hususta istisnaî bir düzenlemeye yer vermiştir (TMK m. 181/2). Bu suretle böyle bir durumda ortaya çıkabilecek adaletsizlik giderilmeye çalışılmıştır¹⁰

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ilk şekline göre, “*Boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça, kaybederler.*”

Boşanma davası devam ederken, ölen davacının mirasçılarında birisinin davaya devam etmesi ve davalının kusurunun ispatlanması hâlinde de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.”.

Bu maddenin birinci fıkrasındaki hüküm, yürürlükten kaldırılan Türk Kanunu Medenîsi'nin 146. maddesinin ikinci fıkrasının karşılığı olmakla birlikte, ikinci fıkrasındaki hüküm, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nda ilk kez düzenlenmiş olup, boşanma davaları bakımından önemli bir yenilik getirmiştir. Söz konusu yeni hüküm, gerçekleştirmek istediği amaç bakımından Doktrinde genellikle olumlu karşılanmakla birlikte¹¹, özellikle medenî usûl hukukundaki ilkelere aykırı sonuçlar yaratmaya müsait düzenleme şekliyle haklı eleştirilerin de hedefi olmuştur¹². Bu hükümlerle ilgili en yoğun eleştiri, söz konusu düzenlemeyle sadece boşanma davası esnasında ölen davacının mirasçılara davaya devam etme olanağının tanınmış olması; buna karşılık, dava esnasında ölen davalının mirasçılara bu hakkın tanınmamış olmasıydı¹³.

07.06.1971, 3790/3714 (RKD, 1971/10, s. 312); HGK, 13.11.1973, 2-229/880 (YKD, 1975/2, s. 25).

¹⁰ **Sungurtekin Özkan**, s. 80.

¹¹ **Sungurtekin Özkan**, s. 80; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 21; **Burcuoğlu**, s. 381; **Tutumlu**, s. 127; **Aksu**, Mirastan Yoksunluk, s. 252; **Altaş**, s. 660.

¹² Bu konuda bkz. **Uluslan**, s. 228; **Burcuoğlu**, s. 381; **Serozan**, s. 568; **Serozan/Engin**, §1, N.39; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 138; **Tutumlu**, s. 127.

¹³ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 138; **Serozan**, s. 563, 568; **Öztan**, s. 463; **Sungurtekin Özkan**, s. 80-81; **Umar**, s. 95; **Burcuoğlu**, s. 389; **Kale**, s. 81; **Demir**, s. 49; **Doğan**, s. 1035; **Akkanat**, s. 48; 50; **Aksu**, s. 40, 57.

Kanunkoyucunun başlangıçta sadece, boşanma davası esnasında ölen davacının mirasçılarının davaya devam etme olanağı tanınmasının sebepleri üzerinde tartışılmış¹⁴; ancak genel olarak bu sebeplerin haklı olmadığı hususunda hem fikir olunmuştur¹⁵. Gerçekten bazı boşanma davalarında davacı, davalıdan daha fazla kusurlu olabileceğinden¹⁶, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasının Gerekçesinde ifade edilen adaletsizlik, davalının ölümü halinde de ortaya çıkabilecektir¹⁷.

Doktrindeki haklı eleştirilerin ardından, 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün Anayasanın eşitlik ilkesi (m. 10) ile hak arama hürriyetine (m. 36) aykırı olduğu gerekçesiyle iptali istemiyle yapılan başvuruda, Anayasa Mahkemesi, söz konusu hükümdeki "davacının" ve "davalının" sözcüklerini iptal etmiştir¹⁸. İptal gerekçesi, anılan hüküm ile boşanma davası esnasında ölen davacının mirasçılarının davaya devam etme hakkı tanınmasına rağmen, bu hakkın davalının mirasçı-

¹⁴ Bu konuda bkz. **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 137; **Burcuoğlu**, s. 389; **Aksu**, s. 40, 62; **Topuz**, s. 109.

¹⁵ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 138; **Serozan**, s. 563, 568; **Öztan**, s. 463; **Sungurtekin Özkan**, s. 80-81; **Umar**, s. 95; **Burcuoğlu**, s. 389; **Kale**, s. 81; **Demir**, s. 49; **Doğan**, s. 1035; **Aksu**, s. 40, 57. Krş. **Topuz**, s. 105. Farklı yönde bkz. **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 22; **Kılıçoğlu**, s. 35.

¹⁶ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 138; **Serozan**, s. 563, 568; **Burcuoğlu**, s. 390; **Öztan**, s. 463; **Sungurtekin Özkan**, s. 80; **Kale**, s. 81.

¹⁷ Örneğin, başkasıyla evlilik dışı bir ilişkisi olan koca boşanma davası açtıktan sonra kadın savunma olarak bu durumu ileri sürüp kocasının daha kusurlu olduğunu cevap dilekçesinde belirtmiş; ancak daha duruşmalar başlamadan ölmüştür. Bu durumda açılmış olan dava davalının ölümü ile konusuz kalacak ve evlilik ölümüyle sona erdiğinden, davacı ölen davalıya mirasçı olacaktır (**Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 137). Belki de dava sonunda davacının kusuru, daha ağır belirlenecektir. Davalının daha önce boşanma davasını açmaması nedeniyle ölümü halinde, mirasçılarının davaya devam etme hakkından mahrum bırakılması durumunda, söz konusu hükmün Gerekçesinde belirtilen adaletsizlik yine ortaya çıkacaktır. O halde, sadece davacının mirasçılarının davayı sürdürme olanağının tanınması isabetli değildir (**Öztan**, s. 463). Bu konuda ayrıca bkz. **Öztan**, s. 463; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 138; **Kale**, s. 81.

¹⁸ Anayasa Mahkemesi'nin 21.01.2010 tarih ve 2008-102 Esas, 2010/14 Karar sayılı kararı (RG, 22.10.2010/27737). Anayasa Mahkemesinin iptal kararının Medeni Kanun sistemine uygun olmadığı yönünde bkz. **İnan/Ertay/Albaş**, s. 125.

larına tanınmamasının anayasanın eşitlik ilkesi ile hak arama hürriyetine aykırı olduğudur¹⁹.

Anayasa Mahkemesi tarafından, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddenin ikinci fıkrasında yer alan “davacının” ve “davalının” sözcüklerinin iptal edilmesi nedeniyle doğacak hukuksal boşluk kamu yararını ihlâl edici nitelikte görüldüğünden, yeni yasal düzenleme yapılması amacıyla, iptal hükmünün kararın Resmi Gazete’de yayımlanmasından başlayarak altı ay sonra yürürlüğe girmesi de uygun görülmüştür²⁰.

¹⁹ Anayasa Mahkemesi'nin çoğunlukla verdiği karara farklı gerekçeyle katılan Üye Serdar Özgüldür'e göre ise, “... Ölüm ile boşanma nedenine konu ailevi sorunlar fiilen son bulur. Davaya devam iradesi ancak sağlar arasında söz konusu olabilir. Boşanma davasının kesin hüküm haline gelmesi aşamasına kadar, davacının her an davasından feragat etmesi mümkün olduğu gibi, davayı sürdürmemek suretiyle boşanma davasının sonuçsuz kalması da imkân dahilindedir. Ölen davacının bu iradesinin sonuna kadar değişmeyeceği varsayımından hareketle onun mirasçılara davaya devam hakkı verilmesinin hukuki temeli olamayacağı izahtan varestedir. Sağlararası geçerliliği olabilecek bir davanın taraflardan birinin (davacının) ölümü sonrasında da devam ettirilmesi Medeni Kanun'un bu konuda öngördüğü sistematiğe tamamen aykırıdır. Aile hukuku konusu olan 'boşanma'nın bu kuralla 'miras hukuku' alanına taşınması 'sosyal fayda' ile telif edilmeye çalışılmaktaysa da; Anayasa'nın 41. ve 2. maddelerinin hükümleri dikkate alındığında, bu düzenlemenin Anayasal kabul görmesi mümkün değildir. ...”. Üye Serdar Özgüldür, belirttiği nedenlerle, Anayasa'ya aykırı düşen 4721 sayılı Medeni Kanun'un 181. maddesinin ikinci fıkrasının tamamen iptal edilerek açılmış olan bir boşanma davasının bilahare ölen “davacısının” mirasçılara tanınan davayı devam ettirme imkânına son verilmesi gerekirken; bu imkânın “davalı”ya da tanınması gerektiği gerekçesiyle iptali gerektiği yolundaki çoğunluk kararına bu farklı gerekçeyle katıldığını ifade etmiştir. Serdar Özgüldür'ün karşı oy yazısındaki gerekçelerin değerlendirilmesine ilişkin bkz. **Aksu**, s. 66 vd.

²⁰ Anayasa Mahkemesi tarafından, Türk Medeni Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki “davacının” ve “davalının” sözcüklerinin iptaline ilişkin kararın yarattığı hukuksal boşluğun doldurulması için tanınan altı aylık dönem içinde de, Yargıtay, davaya ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilmesi ve davanın onların talepleri doğrultusunda incelenmesine engel bir durum olmadığı görüşündeydi. Zira Anayasa Mahkemesi'nin gerekçeli kararının davacı mirasçılarının davayı sürdürmemeleri değil; aksine davalı mirasçılarının da sürdürmeleri noktasındaydı. Bu konuda bkz. 2. HD, 24.02.2011, E.2010/1963, K.2011/3263 (**Gençcan**, s. 1519). Yargıtay'ın bu kararına karşı oy yazısı için bkz. **Gençcan**, s. 1519.

İşte yeni yasal düzenleme yapılması için öngörülen süre içinde hazırlanan 6217 sayılı Yargı Hizmetlerinin Hızlandırılması Amacıyla Bazı Kanunlarda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un²¹ 19. maddesiyle Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddenin ikinci fıkrası değiştirilerek bu günkü mevcut halini almıştır. Buna göre, "*Boşanma davası devam ederken, ölen eşin mirasçılarında birisinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunun ispatlanması hâlinde de yukarıdaki fıkra hükmü uygulanır.*"

Yapılan bu değişikliğin yeterli olmadığı, boşanma talebinin haklı temellere oturtulması durumunda her iki eşin de mirasçılığını düşüren bir yasal çözümün öngörülmesi gerekirken, her iki eşin mirasçılarının da davayı kusur ilkesi açısından sürdürebilmelerinin öngörülmesinin anlamsız ve tutarsız olduğu ifade edilmiştir²². Gerçekten, söz konusu değişikliğe rağmen, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddenin ikinci fıkrasındaki hükmün mevcut hali de, bu hükmün uygulanması durumunda karşılaşılabilecek sorunları çözmeye; dolayısıyla söz konusu hüküm üzerindeki tartışmaları sona erdirmeye yeterli değildir. Bu nedenle, bu hükmün uygulamada karşılaşılan temel sorunlara çözüm getirecek şekilde değiştirilmesi gereklidir.

II. Hükmün Amacı

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasının gerekçesine göre, "... özellikle, zina, hayata kast, pek kötü davranış, haysiyetsiz hayat sürme sebeplerinden biriyle açılan boşanma davasında, davacının ölümü halinde, bu eylemlerde bulunan kusurlu davalı eşin buna rağmen mirasçı olabilmesi konusunda haksız ve adaletsiz sonuçların doğmasına

²¹ TMK m. 181/2 hükmünü değiştiren 6217 sayılı Kanun'un (RG, 14.04.2011/27905) 19. maddesi, 01.10.2011 tarihinde yürürlüğe girmiştir (6217 s.K. m. 32).

²² **Serozan/Engin**, § 1, N.39. TMK m. 181/2'deki hükümde kusur ilkesine dayanılmasının Anayasanın aileyi koruyan hükmünün (m. 41/1-2) ihlali sonucunu doğurduğu; bu nedenle kusur denetiminin kanundan çıkarılması gerektiği yönündeki haklı eleştiriler için bkz. **Topuz**, s. 219 vd., 240. Yine söz konusu hükmün, Anayasanın 35. maddesi bağlamında Anayasanın 13. maddesine aykırı olduğu yönünde bkz. **Topuz**, s. 218; **Topuz**, Anayasaya Aykırılık, s. 245, 254. Alman hukukunda boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölmesi durumunda sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdirmeye ilişkin hükümlere (BGB § 1933) karşı anayasa hukukuna ilişkin mahzurlar bulunmadığı yönünde bkz. jurisPK-BGB/**M. Schmidt**, § 1933, N.2.

sebeup olabilecektir. İşte bu haksız ve adaletsiz durumların önlenmesi amacıyla maddenin ikinci fıkrası kaleme alınmıştır. ...”.

Bir önceki başlık altında belirtildiği gibi, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra söz konusu hükümde yapılan değişiklikle beraber değerlendirildiğinde, bu hükmün amacının koşulları mevcutsa her iki eş bakımından da haksız ve adaletsiz sonuçların doğmasını engellemek olduğu ifade edilebilir.

Doktrinde “haksız ve adaletsiz sonuçların doğmasına sebep olma” ifadesinin bu konuda yeterince değerlendirme yapma olanağı vermediği ve kanunkoyucunun söz konusu düzenlemeyle muhtemel üç gerekçesinin daha bulunduğu da belirtilmektedir²³. Bunlardan ilki, mirasbırakan eşin, boşanma davası açmak veya açılan davayı kabul etmekle muhtemelen eşini kanunî mirasçılıktan da çıkarma yönündeki ölüme bağlı tasarrufta bulunma serbestisine üstünlük tanıma isteğidir²⁴. İkincisi, yargılamayı hızlandırma amacıyla hareket etmiş olması ve son olarak da aile hukukundan doğan yükümlülüklerini ağır surette ihlâl eden eş cezalandırma isteğidir²⁵.

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün amacından hareketle boşanma davası esnasında eşlerden biri öldüğünde, ölen eşin mirasçılara sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığını sona erdirebilmelerine ilişkin bir düzenleme yapılması isabetlidir. Zira boşanma davası şahsa bağlı bir dava olsa da, kesinleşmiş boşanma hükmünün mirasçılık hakları da denilen malvarlığı hakları üzerinde etkisi bulunmaktadır. Ancak bu olanağın konusuz kalan boşanma davasına devam şeklinde verilmesi muhtelif sorunlara yol açmaktadır. Söz konusu hüküm mevcut hali ile uygulamada amacını gerçekleştirmekten uzak kullanılmaya müsaittir. Buna Yargıtay'ın kusur unsurunun koşul vakıa olarak öngörülmediği boşanma sebeplerine dayalı açılan boşanma davalarına da, ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilebileceği şeklindeki kararları da eklenince muhtemel tehlikeler artmaktadır. Zira söz konusu hükmün bu şekilde uygulanmasına izin verilmesi, ölen eşin

²³ **Topuz**, s. 109; **Topuz**, Anayasaya Aykırılık, s. 247.

²⁴ **Topuz**, s. 109; **Topuz**, Anayasaya Aykırılık, s. 247.

²⁵ **Topuz**, s. 109; **Topuz**, Anayasaya Aykırılık, s. 248-250; **Gençcan**, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 62.

mirasçılarının gerçek olmayan vakıaları davaya dâhil etmek suretiyle sağ kalan eşi miras hakkından yoksun bırakmalarına sebebiyet verebilir²⁶.

III. Boşanma Davası Esnasında Eşlerden Birinin Ölümü Halinde Sağ Kalan Eşin Bu Sıfatla Mirasçılığı Bakımından Mukayeseli Hukuktaki Durum

Boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümünün eşlerin kanunî mirasçılık hakları üzerindeki etkisine ilişkin bir düzenleme, Alman Medenî Kanunu § 1933'de yer almaktadır. Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün de, Alman Medenî Kanunu'nun söz konusu hükmü örnek alınarak düzenlenmiş olabileceği Doktrinde ifade edilmiştir²⁷. Ancak boşanma davasında sağ kalan eşin mirasçılığının sona erdirilmesine ilişkin prosedür ve koşullar her iki hukuk alanında birbirinden farklıdır²⁸.

Alman Medenî Kanunu § 1933'deki düzenlemeye göre, mirasbırakan eş boşanma dilekçesini vermiş veya kendisi aleyhine yöneltilen boşanma talebini kabul etmiş ve mirasbırakan eşin ölümü zamanında boşanmanın koşulları gerçekleşmişse²⁹, sağ kalan eş mirasçılık sıfatını kaybeder. Mirasbırakan eşin, evliliğin iptalini talep etmeye hakkı olup da, bunu talep etmiş olması halinde de aynı hüküm uygulanır. Bu durumlarda, BGB §§ 1569'dan 1586b'ye kadar olan hükümlere göre, sağ kalan eşin nafaka talep etmeye hakkı vardır. Sonuç olarak, BGB § 1933'deki koşullar gerçekleştiğinde sağ kalan eş, bu sıfatla kanunî mirasçı olma hakkını kaybetse de, BGB §§ 1569-1586b hükümlerine istinaden mirasçılardan nafaka talep etmeye hakkı vardır³⁰. Sağ kalan eşin nafaka hakkının saklı tutulmasının amacı, onun boşan-

²⁶ Bu konuda bkz. **Tutumlu**, s. 122.

²⁷ **Dural/Ögüz/Gümüş**, s. 136; **Dural/Öz**, s. 43.

²⁸ TMK m. 181/2 hükmü ile BGB § 1933 arasındaki farklar konusunda bkz. **Aksu**, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 69 vd.; **Topuz**, s. 162 vd.

²⁹ BGB §§ 1933, 2077 hükümlerine göre, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verilebilmesi için, boşanmanın gerek şekli gerekse maddi koşullarının en geç miras açıldığı zaman gerçekleşmiş olması gerekir. Boşanmanın şekli ve maddi koşulları konusunda bkz. **Erman/Lieder**, BGB, § 1933, Nr.2; **JurisPK-BGB/M. Schmidt**, § 1933, Nr.6 vd.; **JurisPK-BGB, Lehrmann**, § 2077, Nr.21 vd.; **Topuz**, s. 186.

³⁰ Bu konuda bkz. **JurisPK-BGB/M. Schmidt**, § 1933, Nr.32.

miş olduğundan daha kötü bir duruma düşürülmemesi ve yasal miras hakkını, bu arada saklı payını kaybetmesinin denkleştirilmesidir³¹.

Alman hukukunda, sağ kalan eşin bu sıfatla iradî mirasçılık hakkını kaybetmesi ise, BGB § 2077’de düzenlenmiştir. Bu hükme göre, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça mirasbırakan eşin ölümü zamanında boşanmanın koşulları gerçekleşmiş ve mirasbırakan boşanmayı talep etmiş veya boşanma talebini kabul etmişse, mirasbırakanın eşini düşünerek yapmış olduğu ölüme bağlı tasarruf geçersiz olur.

Alman hukukunda sağ kalan eşin bu sıfatla kanunî (BGB § 1933) ve iradî (BGB § 2077) mirasçılık haklarını kaybetmesine ilişkin hükümler, bu hukuk alanında boşanma hukukunda yapılan değişikliklerden önce Türk hukukunda olduğu gibi (TMK m. 181/2), kusur esasına dayalıydı³². Alman hukukunda bu değişiklikler kapsamında, sağ kalan eşin mirasçılığına son verilmesi bakımından, kusur ilkesinin esas alınması yerine, evlilik birliğinin sarsılmış olması ilkesi benimsenmiştir³³. Bu nedenle, boşanma talebinde bulunmuş veya aleyhine yöneltilen boşanma talebi kabul edilmiş ve mirasbırakanın ölümü anında boşanmanın koşulları gerçekleşmişse, sağ kalan eşin bu sıfatla kanunî ve kural olarak, iradî mirasçı olma sıfatını kaybedeceği kabul edilmiştir (BGB §§ 1933, 2077). Sonuç olarak, Alman Medenî

³¹ MüKoBGB/Leipold BGB § 1933, N.4.

³² Bu konuda bkz. MüKoBGB/Leipold BGB § 1933, N.1; **Topuz**, s. 118; **Topuz**, Anayasaya Aykırılık, s. 224. Almanya’da boşanma hukuku alanında gerek maddi hukuka gerekse usul hukukuna ilişkin değişiklikler yapılmıştır. Maddi hukuk bakımından 14.06.1976 tarihinde yayımlanan ve 01.07.1977 tarihinde yürürlüğe giren Evlilik ve Aile Hukuku Reformu Hakkında Birinci Kanun ile boşanma hukukunda önemli değişiklikler yapılmıştır. Yargılama hukuku bakımından da, 22.12.2008 tarihli ve 01.09.2009 tarihinde yürürlüğe giren Çekişmesiz yargı işlerine ve Aile İşlerine İlişkin Yargılama Reformu Kanunu (FGG-RG) ile Çekişmesiz Yargı İşlerine ve Aile İşlerine İlişkin Yargılama Kanunu’nda (FamFG) değişiklikler yapılmıştır. Bu Kanunla birlikte yargılama hukukunda birlik sağlanmıştır. Bu konuda bkz. **Topuz**, s. 122 vd. Alman hukukundaki bu değişiklikler kapsamında aile davaları (Familiensachen) bakımından kavram değişiklikleri de yapılmıştır. Bkz. FamFG § 113. Bu bağlamda aile hukuku bakımından, dava yerine yargılama, davacı ve davalı terimleri yerine boşanma talebinde bulunan veya muhatap terimleri kullanılmaktadır. Bu konuda bkz. **Burcuoğlu**, Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi, s. 113-114; **Topuz**, s. 123.

³³ MüKoBGB/Leipold BGB § 1933, N.1.

Kanunu'nun söz konusu hükümlerinin uygulanması bakımından, kusur denetimi söz konusu olmayıp sadece boşanmanın koşullarının gerçekleşmiş olması gerekli ve yeterlidir³⁴. Anılan hükümlerin amacı, artık boşanmaya kusuruyla sebep olan eşi cezalandırmak değil; boşanmak isteyen mirasbırakan eşin sağ kalan eşinin kendisinden olan miras hakkını kaybetmesini arzuladığı şeklindeki varsayıma dayalı iradesine geçerlilik tanımaktır³⁵.

Yalnız Alman Medenî Kanunu'nun belirtilen hükümleri uyarınca, sağ kalan eşin kanunî ve iradî mirasçılığına³⁶ son verilebilmesi için ölen eşin boşanmayı talep eden veya bu talebi kabul eden eş olması gereklidir³⁷.

Türk hukukundaki düzenlemeden (TMK m. 181/2) farklı olarak, Alman Medenî Kanununun §§ 1933, 2077 hükümlerinde, boşanma yargılaması esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verilebilmesi için, ölen eşin mirasçılarının mevcut yargılamaya devam edebilmesi şeklinde bir düzenlemeye yer verilmemiştir³⁸. Boşanma

³⁴ Buna göre, eşlerden biri boşanma davası esnasında ölürse, sağ kalan eş de dâhil onun mirasçıları tereke mahkemesinden kanunî ve atanmış mirasçıları gösteren bir mirasçılık belgesi talep edebilirler. Bu şekilde bir talep üzerine, tereke mahkemesi, re'sen araştırma yaparak talepte bulunan kimselerin kanundan veya ölüme bağlı tasarruftan kaynaklanan mirasçılık sıfatı olup olmadığına karar verir (**Erman/Lieder**, BGB § 1933 Nr.4; **Topuz**, s. 162-163). İşte mahkeme miras bırakan eş öldüğü zaman onun boşanma dilekçesi vermiş olduğunu veya eşinin boşanma talebini kabul etmiş olduğunu ve boşanmanın şartlarının da gerçekleşmiş olduğunu tespit ederse, sağ kalan eşin ölen eşine mirasçı olamayacağına karar verir. Bu karar sağ kalan eşin aleyhine olursa, sağ kalan eş; sağ kalan eşin lehine olursa, boşanma davası esnasında ölen eşin diğer mirasçıları karara, kararı veren mahkemede itiraz edebilirler. Bu itiraz üzerine verilen karara karşı ise, temyiz mahkemesine başvuru hakları mevcuttur (**Topuz**, s. 163). Bu konuda bkz. **Topuz**, s. 118.

³⁵ jurisPK-**Schmidt**, BGB § 1933, N.1; **Topuz**, s. 119, 120; **Topuz**, Anayasaya Aykırılık, s. 228-229.

³⁶ Sağ kalan eşin iradî mirasçılığına engel olunabilmesi, ölüme bağlı tasarrufta bunun aksinin düzenlenmemiş olmasına bağlıdır (BGB § 2077/3).

³⁷ Boşanma davası açılınca her iki eşin mirasçılığının birlikte düşünülmemesinin isabetli olmadığına ilişkin bkz. MüKoBGB/**Leipold** BGB § 1933, N.3; **Serozan**, s. 568.

³⁸ Alman hukukunda, sağ kalan eşin mirasçılık sıfatının bulunup bulunmadığı konusundaki incelemeyi boşanma davasına bakan aile mahkemesi değil; boşanma davası açmış veya açılan boşanma davasını kabul etmiş eşin ölümü üzerine bunların mirasçıları tarafından veya sağ kalan eş tarafından başvurulmuş tereke mahkemesi yapmaktadır. Ancak tereke

yargılaması esnasında eşlerden birinin ölümü halinde, boşanma talebi konusuz kalacağından (ZPO § 619, FamFG § 131), sağ kalan eşin mirasçılığına son verilmesi, miras hukukundaki düzenlemelere bırakılmıştır. Buna göre, mirasçılar mirasçılık belgesi alınması esnasında, mirasın paylaşılmasına ilişkin uyuşmazlıkta veya bir tespit davası kapsamında sağ kalan eşin mirasçılığının söz konusu olmadığını ileri sürebilirler³⁹. Sağ kalan eş de, aynı şekilde söz konusu yargılamalar kapsamında, mirasçılık koşullarının bulunduğunu ve kendisinin mirasçı olması gerektiğini iddia edebilir. Ancak Alman Hukukunda da, sağ kalan eşin ölen eşe mirasçı olması kural, eşin mirasçılığına son verilmesi istisna olduğundan, boşanmanın koşullarının gerçekleştiği konusunda ispat yükü, sağ kalan eşin mirasçılığının sona ermesi durumundan yararlanacak olan diğer mirasçılar üzerindedir⁴⁰.

Alman Medeni Kanunu § 1933'deki düzenlemede boşanma talebinin kabulü hariç, sadece boşanma talebinde bulunanın ölümü halinde, aleyhine boşanma talep edilen eşin mirasçılık durumu düzenlenmiştir. Alman Medeni Kanunu § 1933 hükmü, anayasaya aykırılık iddiası ile Alman Federal Mah-

hâkiminin boşanmanın şartlarının gerçekleşmiş sayılması bakımından inceleme yapması ortaya bir sorun çıkarmamaktadır. Bunun sebebi, Alman hukukunda boşanmada kusur prensibi yerine evlilik birliğinin sarsılması esasına geçilmiş olması; dolayısıyla boşanma davasına bakan hâkimin Türk hukukunda olduğu gibi kusur denetimi yapmasının gerekli olmamasıdır. Yine bu hukuk alanında, bir ve üç yıllık ayrılık sürelerinde evlilik birliğinin sarsılmış olduğuna ilişkin aksi ispatlanamayan karineler (BGB §§1566) bulunduğu ve bu karineler boşanmanın şartlarına ilişkin olarak hâkimin takdirine yer bırakmadığından, sağ kalan eşin mirasçılığına ilişkin incelemeyi aile mahkemesi yerine tereke mahkemesinin yapması sorun teşkil etmemektedir (**Topuz**, s. 164). Bu karineler konusunda ayrıca bkz. **Burcuoğlu**, Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi, s. 115.

³⁹ **Erman/Lieder**, BGB § 1933 Nr.4;MüKoBGB/**Leipold** BGB § 1933, N.10; **Aksu**, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 76. Alman hukukunda, mirasçılar murislerinin ölümüyle konusuz kalan boşanma davasına devam etmeyip ayrı bir yargılamada sağ kalan eşin mirasçılığının sona erdiğini tespit ettirecekleri için, boşanma davasında ileri sürülmeyen sebepleri de ileri sürebileceklerdir. Ancak bu, mirasçıların murislerinin dayanmadığı bir boşanma sebebine dayanma anlamında değil; dayanılan boşanma sebepleri bakımından, miras bırakanın ileri sürebileceği; ancak ileri sürmediği sebeplerin onun mirasçıları tarafından ileri sürülebilmesi anlamına gelmektedir (**Aksu**, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 78).

⁴⁰ **Aksu**, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 76.

kemesi önüne⁴¹; anayasa şikâyeti kapsamında ise, Alman Anayasa Mahkemesi önüne gelmiştir⁴². Alman Federal Mahkemesi, söz konusu uyuşmazlıkta BGB § 1933 hükmü bakımından şekli koşullar gerçekleşmediğinden, yargılama esnasında ileri sürülen anayasaya aykırılık iddiasını incelememiştir. Alman Anayasa Mahkemesi ise, önüne gelen somut olayda, BGB § 1933 hükmüne ilişkin anayasaya aykırılık iddiası bulunmadığından, BGB § 1933 hükmünde, boşanma yargılaması esnasında boşanmayı talep etmiş eşin ölümünün, diğer eşin mirasçılığı üzerindeki etkisinin düzenlenmiş olmasının anayasaya aykırılığı hususuna ilişkin bir değerlendirme yapmamıştır⁴³.

⁴¹ BGH Urteil vom 06.06.1990-IV ZR 88/89, NJW 1990, 2382.

⁴² BVerfG, 1. Kammer des erstens Senats, Beschluss vom 15.02.1995, FamRZ 1995 536; NJW-RR 1995, 769 vd.

⁴³ Alman Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen olayda, şikâyetçi olan boşanma talebinde bulunmuş eş, boşanma yargılaması esnasında ölen aleyhine boşanma talep ettiği eşine mirasçı olması gerektiğini; kendisine mirasçılık belgesi verilmemesinin anayasa ile güvence altına alınan temel hak ve özgürlüklerinin ihlali olduğunu ileri sürmüştür. Ancak boşanma yargılaması esnasında aleyhine boşanma talep edilen eş, mahkemeye imzalı bir dilekçe vererek boşanmayı kabul edeceğini açıklamış ve bu dilekçeyi verdikten bir gün sonra intihar etmiştir. Aleyhine boşanma talep edilen eşin boşanmaya onayı bulunduğundan, ilk derece mahkemesi ile üst derece mahkemesi, BGB § 1933 koşullarının gerçekleştiğini kabul ederek boşanma talep eden eşe mirasçılık belgesi düzenlenmemişlerdir. Alman Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen bu olayda uyuşmazlık, yerel mahkemenin aleyhine boşanma talep edilen eşin bu davranışını boşanmaya onay şeklinde değerlendirmesinin uygun olup olmadığı; dolayısıyla anayasal hakların ihlalinin söz konusu olup olmadığı ile ilgilidir. Alman Anayasa Mahkemesi, bu olayda anayasal şikâyet talebinin karara bağlanmak üzere kabul edilmesine gerek olmadığını belirtmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi, boşanma yargılaması esnasında diğer eşin davaya onay vermiş olması ve eşlerin böylece karşılıklı olarak mirasçılıklarının söz konusu olmamasını, kanunkoyucunun bu şekilde bir düzenleme getirmiş olmasını eşitlik ilkesi açısından sorunlu görmemiştir. Buna karşılık tek taraflı olarak mirasçılığın kaybedilmesini ve burada eşlerin durumu açısından farklı bir düzenleme getirilmiş olmasını ise ele almamıştır. Alman Anayasa Mahkemesi'ne göre, kanunkoyucunun tek taraflı olarak mirasçılık hakkının kaybedilmesini düzenlenmiş olması anayasaya aykırı olsa bile, bu durum karşılıklı miras hakkının kaybını düzenleyen kısmın anayasaya uygunluğunu ortadan kaldırmaz. Şikâyete konu olayda zaten mirasçılığın tek taraflı kaybı söz konusu olmadığından, Alman Anayasa Mahkemesi mirasçılığın tek taraflı olarak kaybedilmesini incelemeye gerek görmemiş ve bu konuyu açık bırakmıştır (BVerfG, 1.

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin birinci fıkrasındaki boşanma kararının eşlerin mirasçılığına etkisine ilişkin hükme paralel bir düzenleme, İsviçre Medenî Kanunu'nun 120. maddesinin ikinci fıkrasında mevcuttur. Ancak boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümünün, sağ kalan eşin mirasçılığına ve lehine yapılan ölüme bağlı tasarrufa etkisini düzenleyen özel bir hüküm (TMK m. 181/2), İsviçre Medenî Kanunu'nda mevcut değildir. Buna karşılık İsviçre hukukunda, evliliğin iptali davasının açılmasıyla birlikte, sağ kalan eşin miras hukukundan doğan tüm haklarını kaybettiği düzenlenmiştir (ZGB m.109). İsviçre kanunkoyucusunun, evliliğin iptali davasında, mirasçılık yönünden çözüm getirirken, boşanma davasında aynı soruna bir çözüm getirmemiş olmasının, boşanma davasında bilinçli susmayı tercih ettiği anlamına geldiği ifade edilmektedir⁴⁴. Böyle olunca da, İsviçre hukukunda boşanma davasının açılmış olmasının, dava devam ederken eşlerden birinin ölmesi halinde, sağ kalan eşin yasal mirasçılığına ve lehine yapılan ölüme bağlı tasarruflardan kaynaklanan haklara (mirastan yoksunluk halleri saklı kalmak şartıyla) bir etkisi olmayacaktır. Yani sağ kalan eş, ölene yasal mirasçı olmaya devam edeceği gibi, lehine yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflardan kaynaklanan hakları da talep edebilecektir. Bunun bir ölçüde boşanma davasında taraf olma ehliyetinin münhasıran eşlere ait olmasının, bu sebeple mirasçıların davayı takip edemeyeceklerinin ve evlenmenin boşanma ile değil de, ölümle sona ermesinin doğal bir sonucu olduğu ifade edilmektedir⁴⁵. İsviçre Federal Mahkemesi de, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının davaya devam etmek suretiyle sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdiremeyeceği görüşündedir⁴⁶.

Sonuç olarak, boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalan eşin mirasçılığını düzenleyen Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün, Türk hukukuna özgü bir düzenleme olduğu söylenebilir⁴⁷. Zira İsviçre hukukunda bu hükmün karşılığı olan bir

Kammer des erstens Senats, Beschluss vom 15.02.1995, FamRZ 1995 536; NJW-RR 1995, 769 vd.). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Aksu**, s. 53-54 vd.

⁴⁴ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 136; **Dural/Öz**, s. 44.

⁴⁵ **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 136; **Dural/Öz**, s. 44-45.

⁴⁶ BGE, 76 II 252; BGE 51 II 539; BGE 76 II 129=JdT 1951 I 130.

⁴⁷ **Sungurtekin Özkan**, s. 80.

hüküm bulunmamakta; Alman hukukundaki mevcut düzenleme ise, Türk hukukundakinden önemli farklılıklar içermektedir. Bu husustaki temel farklar şunlardır: Alman hukukunda boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü halinde, derdest boşanma yargılamasına ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilmesi şeklinde bir düzenleme mevcut değildir. Bu durumda boşanma talebinin konusuz kalması sebebiyle dava sona erdirilecektir. Sağ kalan eşin mirasçılığının sona erdiği, mirasbırakan eşin ölümünden sonra mirasçılık belgesi verilmesi, mirasın paylaşılması veya bu konuda açılacak bir tespit davasında, mirasbırakanın ölümü anında boşanmanın koşullarının gerçekleşmiş olup olmadığının kontrolü suretiyle tespit edilecektir. Bu aşamada, boşanmanın koşullarının tespiti bakımından ise, Türk hukukundaki gibi, sağ kalan eşin kusurunun bulunması değil; ölüm anında boşanmanın koşullarının mevcut olması aranacaktır. Bu koşulların mevcudiyetinin tespiti, sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdirecektir. Ölüm anında boşanmanın koşullarının mevcudiyeti sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdirdiğinden, daha sonra mahkemece bu konuda verilecek hüküm Türk hukukundakinden farklı olarak sağ kalan eşin mirasçı olmadığını tespitine ilişkin bir hükümdür. Alman hukukunda, Türk hukukundakinden farklı olarak, eşlerden herhangi birinin ölümü halinde değil; boşanma yargılaması devam ederken boşanmayı talep eden veya bu talebi kabul eden eşin ölümü halinde, sağ kalan eşin mirasçılığının sona erdirilmesi mümkün olabilecektir.

B. BOŞANMA DAVASINDA SAĞ KALAN EŞİN BU SIFATLA MİRASÇILIĞINA SON VERMEK AMACIYLA DEVAM EDİLEN DAVANIN ÖZELLİKLERİ

I. Genel Olarak

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükme istinaden boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarından biri tarafından sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son vermek amacıyla devam edilen davayı diğer davalardan ayıran bazı özellikler mevcuttur. Zira boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçılarından biri tarafından devam edilen dava, gerek medenî hukuk gerekse usûl hukukundaki bazı genel kuralların istisnalarının bir yasakla karşılaşmadan gerçekleştirilebildiği bir davadır. Bu davanın diğer davalardan ayrılan yönlerini ortaya koymak, Türk Medenî

Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün uygulanmasında karşılaşılan sorunları tespit edebilmek bakımından yararlı olacaktır.

II. Boşanma Davası Esnasında Ölen Eşin Mirasçılarında Biri Tarafından Davaya Devam Edilmesiyle Gerçekleştirilen Taraf Değişikliğinin Sui Generis Bir Kanunî Taraf Değişikliği Olması

Bilindiği gibi, medenî yargıdaki davada iki taraf sistemi geçerlidir ve bir davada davacı ve davalı olmak üzere iki taraf bulunmaktadır. Davanın tarafları dava dilekçesiyle belirlenir (HMK m. 119/1-b) ve dava, kural olarak, dilekçede belirlenen taraflarla sonuna kadar sürdürülür. Davada taraf olmaya bağlanan önemli sonuçlar bulunduğu için, dava esnasında tarafların aynı kalmasına yargılamanın her aşamasında re'sen dikkat edilmesi gerekir⁴⁸. Fakat bazı durumlarda görülmekte olan dava esnasında davanın taraflarının değiştirilmesi gerekir. Bu gereklilik bazen kanundan kaynaklanır. Bu durumda taraf değişikliğinin gerçekleştirilmesi için karşı tarafın veya davaya çekilecek olan kişinin rızası aranmayacağı gibi, bunun için hâkimin izni de gerekli değildir. Örneğin, davanın açılmasından sonra taraflardan biri ölürse (HMK m. 55), davaya ölen tarafın mirasçıları tarafından veya ölen tarafın mirasçılarına karşı devam edilmesi gerekir.

Kanundan kaynaklanan bir zorunluluk olmamakla birlikte, hukukî veya fiili bilgisizlik veyahut belirsizlik sebebiyle davada tarafın yanlış veya eksik belirlenmiş olması durumunda da, taraf değişikliği yapılması ihtiyacı ortaya çıkabilir. Kanunen öngörülen bir zorunluluktan kaynaklanmayan, kural olarak, tarafların anlaşmasıyla gerçekleştirilen bu gibi hallerdeki değişiklik ise iradî taraf değişikliğidir.

Kanunda doğrudan düzenlenen veya öngörülen bir durumda taraf değişikliği yapılması gerektiğinde, bu değişikliğin yapılabilmesi için, karşı tarafın veya davaya çekilecek olanın rızasına ve hâkimin iznine ihtiyaç yoktur. Buna karşılık, kanunda açıkça düzenlenmiş olsa da, hukukî veya fiili bilgisizlik veyahut belirsizlik sebebiyle davanın tarafları dava dilekçesinde yanlış veya eksik gösterilmiş ise, taraf değişikliği, kural olarak, karşı tarafın açık rızası ile yapılabilir (HMK m.124). Bu ayırmadan hareketle kanundan kay-

⁴⁸ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 41, N.17; Üstündağ, s. 389; Yılmaz, Islah, s. 358.

naklanan bir zorunluluk sebebiyle yapılması gereken taraf değişikliğini, kanunî taraf değişikliği; kural olarak, tarafların anlaşması suretiyle yapılması gereken taraf değişikliğini (HMK m.124) ise, iradî taraf değişikliği olarak adlandırmak mümkündür.

Boşanma davası devam ederken ölen tarafın mirasçılarının Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden koşulları mevcut ise, davaya devam edebilmeleri durumunda da bir taraf değişikliği gerçekleşmektedir⁴⁹. Zira bu durumda dava esnasında ölen eşin mirasçıları davaya taraf olarak katılmaktadırlar. Bu durumda gerçekleştirilecek olan taraf değişikliği, iradî taraf değişikliği değildir. Zira iradî taraf değişikliği yapılması, hukukî veya fiili bilgisizlik veyahut belirsizlik sebebiyle davada tarafın yanlış veya eksik gösterilmiş olması durumunda, bu hatanın telafisi için yapılır. Bu durumda taraf değişikliği yapılması, kural olarak, karşı tarafın rızasıyla (HMK m.124/1) veya istisnai bazı hallerde (HMK m.124/3-4) hâkimin izniyle yapılabilir. Boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü üzerine mirasçıları tarafından devam edilen davada, başlangıçta tarafın yanlış belirlenmiş olması söz konusu olmadığı gibi, mirasçıların davaya devam edebilmesi için karşı tarafın rızasına veya hâkimin iznine ihtiyaç yoktur.

Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından davaya devam edilmek suretiyle gerçekleştirilen taraf değişikliği kanunî taraf değişikliği kapsamına girmektedir. Zira bu durumda kanundaki bir hükme istinaden ve karşı tarafın rızasına veya hâkimin iznine ihtiyaç olmaksızın taraf değişikliği gerçekleştirilmektedir.

Kanunî taraf değişikliği de, Doktrinde, kendiliğinden gerçekleşen taraf değişikliği (ipsoiure)⁵⁰ ve taraf işlemiyle gerçekleştirilen taraf değişikliği

⁴⁹ **Kuru/Budak**, s. 226.

⁵⁰ Kanundan ötürü tarafta değişiklik yapılması gereken hallerde, alışılmış olan “kanundan ötürü (ipso iure) tarafta değişme” deyimini kullanmakla birlikte, kanundan ötürü otomatik olarak tarafta değişme ortaya çıkmadığından, bu deyim isabetli değildir (**Alangoya**, s. 128, dn. 2). Zira dava esnasında taraflardan biri öldüğünde, ölenin taraf ehliyeti sona ermekle birlikte, bununla usul hukuku ilişkisinin yeni süjesinin kim olacağı ortaya çıkmış olmaz. Bu varsayımda taraf değişmesinin ilk olarak bir kimsenin halef olduğu iddiasıyla yargılamaya ölen taraf yerine girmesi veya halef olduğu iddiasıyla ölen tarafın yerine yargılamaya çekilmesiyle tamamlanır ve bu anda ölen tarafın yerine geçen kim

olmak üzere iki gruba ayrılmaktadır⁵¹. Bunlardan ilk gruba örnek olarak, dava esnasında taraflardan birinin ölümü halinde, davaya ölen tarafın mirasçıları tarafından veya ölen tarafın mirasçılara karşı devam edilmesi durumunda gerçekleştirilen taraf değişikliği gösterilebilir. Kanunî taraf değişikliği hallerini oluşturan diğer gruba ise, tarafın bir işlemiyle gerçekleştirilebilen taraf değişikliği halleri girmektedir. Örneğin, dava esnasında dava konusunun davalı tarafından devredilmesi durumunda, davacı, isterse, davaya devralan kimseye karşı aynı dava konusu üzerinden; isterse de, devreden davalıya karşı tazminat talebiyle devam eder. Bu durumda, taraf değişikliği yapılabilmesi, davacının seçim hakkını taraf değişikliği yönünde kullanmasıyla mümkündür. İşte Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden gerçekleştirilecek taraf değişikliği de, kanunî taraf değişikliği hallerinden ikinci gruba dâhil edilebilir. Zira söz konusu hükme istinaden taraf değişikliğinin gerçekleştirilebilmesi için, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarında birinin davaya devam etme yönünde bir talebinin bulunması gereklidir.

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden gerçekleştirilen taraf değişikliğinin, diğer kanunî taraf değişikliği halleriyle bu benzerliğine rağmen, bu taraf değişikliğinin bazı farklı özellikleri de mevcuttur. Şöyle ki, diğer kanunlarda doğrudan düzenlenmiş veya öngörül-müş kanunî taraf değişikliği halleri maddi hukuktaki küllî veya cüz'î halefiyet ilkesine dayanmaktadır. Buna karşılık boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarında biri tarafından davaya devam edilmesi durumunda, mirasçılar davaya ölen tarafın küllî halefi sıfatıyla değil, kanunun doğrudan kendisine tanıdığı bir hakkı kullanarak kendi adlarına devam etmektedirler⁵². Bu nedenle de, davaya devam etmeleri onlar için bir zorunluluk değildir.

olduğu anlaşılır. Zira bir kimseye karşı veya bir kimse tarafından bir talepte bulunulmadan o kimsenin usul hukuku ilişkisinin süjesi; yani davanın tarafı olduğu iddia edilemez. O kimse mirasçı olduğunu iddia ederek mevcut yargılamaya girer veya davacı ona karşı yargılamayı yöneltirse bu kimse taraf olacaktır (**Alangoya**, s. 128, dn. 2). Bu konuda ayrıca bkz. **Erişir**, s. 138-139.

⁵¹ Bu konuda bkz. **Bilge/Önen**, s. 235; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 305; **Börü**, s. 104.

⁵² **Burcuoğlu**, s. 382; **Dural/Öğüz/Gümüş**, s. 136; **Dural/Öz**, s. 43; **Aksu**, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 81; **Topuz**, s. 143.

Boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçılarında biri diğer eşin bu sıfatla mirasçılığını sona erdirmek isterse, mevcut davaya devam edebilir. Oysa örneğin, malvarlığına ilişkin bir dava esnasında davalı ölmüş ve davalının mirasçuları mirası reddetmemişse, usulüne uygun bir şekilde duruşmaya davet edilen mirasçılar davaya devam etmek zorundadırlar. Aksi takdirde, davacının istemi üzerine davaya mirasçıların yokluğunda devam edilir⁵³. Ayrıca malvarlığına ilişkin bir davaya murislerinin yerine devam eden mirasçılar, kural olarak⁵⁴, aynı davaya devam ederler.

Buna karşılık, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının aynı davayı sürdürmeleri mümkün değildir. Zira boşanma davası şahsa bağlı bir davadır. Mirasçılar tarafından devam edilen davada boşanma talebi konusuz kaldığından, bu konuda bir karar verilmesi söz konusu olmaz. Zira artık evlilik birliği ölümlü sona ermiştir. Ölen eşin mirasçuları tarafından devam edilen davada, mirasçılar sağ kalan eşin kusurunu ispat etmek suretiyle onun bu sıfatla kanunî ve aksi tasarruftan anlaşılmadıkça iradî mirasçılığını sona erdirmeye çalışırlar.

Ancak, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçuları davaya küllî halef sıfatıyla devam etmeseler de, davaya devam etme hakkına, küllî halef oldukları için sahiptirler. Bu farklılıkları nedeniyle, Doktrinde, bir dava devam ederken istisnalar dışında, tarafın nasıl değişeceğinin usûl hukuku yönünden açıklanmasının çok zor olduğu ifade edilmektedir⁵⁵.

Sonuç olarak, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden gerçekleştirilebilecek taraf değişikliği, kanunî taraf değişikliğidir. Ancak bu durumda gerçekleştirilen taraf değişikliğinin diğer kanunî taraf değişikliği hallerinden farklı özellikleri mevcut olduğundan, söz konusu hükme istinaden gerçekleştirilen taraf değişikliğinin kendine özgü (sui generis) bir kanunî taraf değişikliği olduğu ifade edilebilir.

⁵³ Karş. Erişir, s. 139; Topuz, G., s. 85.

⁵⁴ Mirasçılar da murisleri gibi koşulları varsa, dava değişikliği yapabilirler (HMK m. 141/2).

⁵⁵ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 136; Dural/Öz, s. 43; Akkanat, s. 47.

III. Boşanma Davası Esnasında Ölen Eşin Mirasçılarında Biri Tarafından Devam Edilmesiyle Davadaki Talebin Değişmesi

Bir dava esnasında taraflardan biri öldüğünde, bu davanın konusu malvarlığına ilişkinse, davaya ölen tarafın mirasçuları tarafından veya mirasçularına karşı devam edilir. Bu durumda mirasçılar, külli halef olarak davaya aynı dava konusu üzerinden; diğer bir ifadeyle aynı taleple devam ederler⁵⁶. Dolayısıyla mirasçılar tarafından devam edilen bir davada, kural olarak, talep sonucu değişmez.

Buna karşılık, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükme istinaden boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarında biri tarafından devam edilen davada ise talep değişir. Bu durumda zaten mirasçılar tarafından davaya aynı taleple devam edilmesi mümkün de değildir. Eşlerden biri boşanma davası esnasında öldüğünde, evlilik birliği sona erer ve dava konusuz kalır⁵⁷. Söz konusu hükmün gerekçesinde de⁵⁸, mirasçılardan birinin davaya devam etmesinin anlamının, boşanma davasına

⁵⁶ Dava konusunu açıklamak üzere farklı kuramlar mevcuttur. Bu konudaki tartışmalara girmek çalışma konumuzun kapsamını genişleteceğinden, burada sadece usûl hukuk sitemimiz bakımından tercih edilecek olan kuramın dava konusunun nitelendirilmesinde dava konusunun yalnızca talep sonucuna göre belirlenmesini öngören kuram olduğunu ifade etmek istiyoruz. Dava konusuyla ilgili kuramlara ilişkin bilgi için bkz. **Börü**, s. 214 vd.

⁵⁷ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 831; **Kuru**, C.III, s. 3019; **Antalya**, s. 93-94; **Topuz**, s. 147; **Gençcan**, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 52; **Aksu**, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 75; **Aksu**, Mirastan Yoksunluk, s. 265; **Özğür**, s. 942; **Erişir**, s. 172. Davanın konusuz kalması halinde ne tür bir karar verileceği hakkında Kanunumuzda bir hüküm bulunmamaktadır. Ancak bu durumda hâkimin, davanın konusuz kalması nedeniyle esasa ilişkin bir karar vermeyeceği, sadece kararında “dava konusuz kaldığından, esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına” şeklinde bir kararla davaya son vermesi gerektiği kabul edilmektedir (**Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 831; **Kuru**, C.III, s. 3021; **Antalya**, s. 94; **Gençcan**, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 52; **Doğan**, s. 1032; **Burcuoğlu**, s. 382; **Aksu**, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 78; **Topuz**, s. 147). Dava konusuz kaldığında, mahkemece davanın konusuz kalması nedeniyle karar verilmesine yer olmadığını belirtirken yargılama giderleri hakkında bir karar vermesi gerekir (**Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 831; **Kuru**, C.III, s. 3030; **Topuz**, s. 147-148)

⁵⁸ Bkz. Gerekçe, 377 ve 296.

devam edilmesi değil; boşanmada hangi eşin kusurlu olduğunun tespit edilmesine yönelik olduğu ifade edilmiştir.

Boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü üzerine davaya ölen eşin mirasçıları tarafından boşanma talebiyle devam edilemeyeceğine göre, bu durumda mirasçılar tarafından devam edilen davada talebin ne olduğunu belirlemek gerekir. Bu durumda talebin ne olduğu; mirasçılar tarafından devam edilen davanın kabulü üzerine verilmesi gereken hükmün niteliği, dolayısıyla davanın türü bakımından kabul edilen görüşe göre değişecektir. Daha sonra belirtileceği üzere⁵⁹, bu konu Doktrinde tartışmalıdır. Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm gereğince, sadece sağ kalan eşin boşanmaya sebebiyet verecek kusurunun tespitine mi, yoksa kusurun tespitiyle birlikte sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığının sona erdiğine mi hükmedilmesi gerektiği konusunda Doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bu görüşler ilgili kısımda açıklanacak ve değerlendirilecektir. Ancak bu konuda kabul edilen görüşe göre, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davadaki talebin ne olduğu belirlenecektir. Eğer mirasçılar tarafından devam edilen davanın kabulü durumunda verilmesi gereken hükmün, sağ kalan eşin kusurunun tespitine yönelik bir hüküm olduğu kabul edilirse, mirasçılar tarafından devam edilen davadaki talep de, sadece sağ kalan eşin kusurunun tespiti talebi olacaktır⁶⁰.

Buna karşılık, bu durumda verilmesi gereken hükmün sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığının sona erdiğine ilişkin geçmişe etkili bir inşai hüküm olduğu kabul edilirse, mirasçılar tarafından devam edilen davadaki talep, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığının mirasın açıldığı tarihten itibaren geçerli olmak üzere sona erdirilmesi talebidir⁶¹. Gerekçeleri ilgili kısımda izah edileceği üzere, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından

⁵⁹ Bu konuda bkz. "Boşanma Davası Devam Ederken Ölen Eşin Mirasçıları Tarafından Devam Edilen Davada Verilmesi Gereken Hükmün Niteliği ve Etkisi" başlığı altındaki açıklamalar.

⁶⁰ Bu görüşte bkz. **Öztan**, s. 436; **Burcuoğlu**, s. 382; **Kılıçoğlu**, s. 35; **Tutumlu**, s. 114; **Topuz**, s. 150; **Aksu**, Mirastan Yoksunluk, s. 262. Benzer yönde bkz. **Sungurtekin Özkan**, s. 81.

⁶¹ Bu görüşte bkz. **Kuru/Budak**, s. 226; **Doğan**, s. 1033; **Antalya**, s. 95; **Gençcan**, s. 1548.

devam edilen davada talebin, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığının mirasın açıldığı tarihten geçerli olmak üzere sona erdirilmesi olduğu kanaatindeyiz.

Sonuç olarak, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davadaki talebin ne olduğu konusunda farklı görüşler bulunsa da, mirasçılar tarafından devam edilen davadaki talebin değiştiği konusunda herhangi bir tartışma bulunmamaktadır⁶².

Esasen bir davada iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasaktır (HMK m. 141). Ancak bu konuda karşı tarafın açık rızası ve ıslaha ilişkin hükümler ile (HMK m. 141/2) kanunlarda düzenlenen diğer istisnâî hükümler saklıdır⁶³. İşte boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçılarına davaya yeni bir taleple devam etme olanağı tanınması da, iddia ve savunmanın genişletilmesi ve değiştirilmesi yasağının istisnasıdır⁶⁴. Bu durumda, talep değişikliğine kanunkoyucu Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükümlerle izin verdiğinden, bu talep değişikliği iddia ve savunmanın genişletilmesi veya değiştirilmesi yasağı teşkil etmez.

IV. Konusuz Kalan Şahıs Varlığına İlişkin Bir Davaya Malvarlığına İlişkin Bir Sonuç Doğması İçin Devam Edilebilmesi

Malvarlığı haklarına ilişkin bir dava devam ederken taraflardan biri öldüğünde, davaya ölen tarafın mirasçıları tarafından veya ölen tarafın mirasçılarına karşı devam edilir. Bu durum küllî halefiyet ilkesinin bir sonucudur. Zira dava esnasında taraflardan birinin ölümü halinde, mirasçılar ölen tarafın mirasını bir bütün olarak kanun gereğince kazanırlar (TMK m. 599). Bu durum, küllî halefiyet ilkesi gereğince kendiliğinden gerçekleştiğinden, mirasçıların mirası kazanması için, hiçbir işleme gerek yoktur. İşte maddi hukukta gerçekleşen bu durumun sonucu olarak, dava esnasında ölen tarafın terekesindeki malvarlığı unsurlarıyla ilgili davalara ölen tarafın mirasçıları tarafından veya mirasçılarına karşı devam edilebilir.

⁶² Aynı yönde bkz. **Topuz**, s. 150.

⁶³ Örneğin, dava konusu davalı tarafından devredildiğinde, davacı isterse davasını devreden taraf hakkında tazminat davasına dönüştürebilir (HMK m. 125/1-b).

⁶⁴ **Sungurtekin Özkan**, s. 80.

Buna karşılık, şahıs varlığına ilişkin bir dava devam ederken taraflardan biri ölürse, kural olarak, dava konusuz kaldığından esas hakkında bir karar verilmesine yer olmadığına ilişkin bir kararla dava sona erer. Boşanma davası açma hakkı da, kişiye sıkı biçimde bağlı haklardan olduğundan, boşanma davası da şahıs varlığına ilişkin davalardandır⁶⁵. Bu nedenle, boşanma davası devam ederken eşlerden birinin ölümü halinde, boşanma talebi konusuz kalır ve davada esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına ilişkin bir kararla sona erer. Dolayısıyla bu davaya ölen eşin mirasçıları tarafından veya mirasçılarına karşı devam edilemez.

Ancak kanunkoyucu, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenleme ile boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçılarına, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son vermek için konusuz kalan boşanma davasına devam etme olanağı vermiştir. Bu olanağın kullanılması suretiyle davaya ölen eşin mirasçılarından biri tarafından devam edilmesi durumunda, mahkeme boşanma talebi konusunda esasa ilişkin bir karar vermeyecektir. Zira evlilik birliği ölümle sona erdiğinden, boşanma talebi konusuz kalmıştır. Bu durumda davaya devam edilmesinin amacı, sağ kalan eşin kusurunun tespitini sağlamak suretiyle onun bu sıfatla mirasçılığına son verebilmektir (TMK m. 181/1).

Görüldüğü gibi, şahıs varlığına ilişkin bir dava olan boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü üzerine, boşanma talebi konusuz kalmakta ve ölen eşin mirasçılardan biri tarafından davaya devam edilmesiyle davadaki talep değişmekte ve söz konusu dava mirasçıları da ilgilendiren bir malvarlığı davasına dönüşmektedir.

V. Boşanma Davası Esnasında Ölen Eşin Mirasçıları Tarafından Davaya Birlikte Devam Etme Zorunluluğunun Bulunmaması

Terekedeki malvarlığı unsurları üzerinde mirasçılar, birlikte tasarruf yetkisine (TMK m. 640/II); dolayısıyla birlikte dava takip yetkisine sahiptirler (HMK m. 53). Bu nedenle, terekedeki malvarlığı unsurlarına ilişkin dava-

⁶⁵ Saymen, s. 364; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 115; Ulsan, s. 228; Öztan, s. 371, 435; Gençcan, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 52; Sungurtekin Özkan, s. 80; Altaş, s. 659; Topuz, s. 140.

lar, kural olarak, bütün mirasçılar tarafından birlikte yürütülür. Bu davalarda mirasçılar mecburi dava arkadaşı konumundadırlar.

Bu genel kuralın kanunlarda öngörülen istisnaları mevcut olup bu istisnalardan biri de, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Bu hükme istinaden devam edilmek istenen davaya tüm mirasçıların birlikte devam etmeleri zorunlu olmayıp mirasçılardan biri, bazıları veya hepsi davaya devam edebilirler. Mirasçılardan bazıları veya hepsi söz konusu davaya birlikte devam etmek isterlerse, mirasçılar dava arkadaşı olarak davayı birlikte yürütebilirler⁶⁶.

Bu durumda mirasçılarının hepsinin davaya birlikte devam etmeleri zorunlu olmadığından⁶⁷, mirasçılar arasındaki ilişkinin mecburî dava arkadaşlığı olmadığı; mirasçılar arasında ihtiyari dava arkadaşlığı bulunduğu da ifade edilmektedir⁶⁸. Esasen Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden davaya birlikte devam eden mirasçılar arasındaki dava arkadaşlığı ilişkisi bakımından da, genel durumdan farklılık mevcuttur. Zira mirasçılarının hepsinin davaya birlikte devam zorunluluğunun olmaması bakımından, durum mecburî dava arkadaşlığından farklı olmakla birlikte, mirasçılar bu davaya devam etmek isterlerse hepsinin birlikte davaya devam etmeleri zorunludur. Zira mirasçılar derdest davaya devam etmek yerine, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığını sona erdirmek için ayrı bir dava açamazlar.

Ancak bu durumda mirasçılar arasındaki ilişki, ihtiyari dava arkadaşlığından da farklılık göstermektedir. Zira ihtiyari dava arkadaşlığında, mahkemenin dava arkadaşlarının her biri bakımından, farklı karar vermesi mümkündür. Buna karşılık, söz konusu hüküm uyarınca devam edilen davada tüm mirasçılar bakımından aynı kararın verilmesi gereklidir. Yani, mirasçılar tarafından devam edilen bu davada sağ kalan eşin boşanmaya sebebiyet verecek kusurunun ispatı durumunda sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verilecek veya dava reddedilecektir. Yani bu durumda mirasçılarının her biri bakımından farklı karar verilmesi söz konusu olmaz.

Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davada mirasçılarının hepsinin davaya birlikte devam zorunluluğu

⁶⁶ Topuz, s. 143.

⁶⁷ Erişir, s. 176; Topuz, G., s. 78; Topuz, s. 143-144.

⁶⁸ Topuz, G., s. 78; Topuz, s. 143-144.

bulunmamasının sonucu olarak ortaya çıkan sorun, bu davada verilen hükmün davaya taraf olarak katılmayan mirasçılar bakımından etkisinin ne olacağıdır. Boşanma davası esnasında ölen eşin davaya devam etmeyen mirasçıları, davaya devam eden mirasçı veya mirasçılar aleyhine verilen kararın olumsuz etkisine maruz kalmazlar. Örneğin, davaya katılmayan mirasçının yargılama giderlerini ödemek bakımından bir sorumluluğu bulunmaz. Zira söz konusu davayı sürdürmeyen mirasçı, kararın verildiği davada taraf olarak yer almamıştır.

Buna karşılık, boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçıları lehine verilen hükmün olumlu sonucundan, tüm mirasçılar yararlanır. Zira mahkemenin davaya devam eden mirasçılar lehine verdiği kararın sonucu, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılık sıfatını kaybetmesidir (TMK m. 181/2). Bu durumda, boşanma davası esnasında ölen eşin diğer mirasçıları kimse, bu kimseler birlikte, kanunda düzenlenen şekilde ölen eşin mirasçıları olarak mirası paylaşırlar.

VI. Boşanma Davası Esnasında Ölen Davalının Mirasçılarından Biri Tarafından Devam Edilen Davada Taraf Konumlarının Değişmesi

Medenî usûl hukukunda taraf kavramı bakımından kabul ettiğimiz şekli taraf kavramına göre, taraflar kendisi lehine hukukî korunma talep eden ile kendisine karşı hukukî korunma talep edilen kimselerdir⁶⁹. Davada kendisi lehine hukukî korunma talep eden taraf davacı, kendisine karşı hukukî korunma talep edilen taraf ise davalıdır ve davada taraflar ya davacı ya da davalı konumunda bulunurlar. Ortaklığın giderilmesi davaları hariç, davada taraflar hem davacı hem de davalı olamazlar. Karşı dava açılması durumunda, taraflar hem davacı hem de davalı konumunda görünseler de, bu durumda birlikte görülen iki ayrı dava söz konusu olduğu için ortaklığın giderilmesi davasında olduğu gibi, taraflar aynı talep bakımından hem davacı hem de davalı değildirler.

⁶⁹ Alangoya, s. 133; Üstündağ, s. 387; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 291-292; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 112; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 40, N.1; Yılmaz, Islah, s. 355; Yılmaz, Taraf Değişikliği, s. 1; Ulukapı, Ömer; Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991, s. 8; Kale, s. 7; Börü, s. 244.

Boşanma davası devam ederken ölen davalının mirasçılarında biri tarafından Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükme istinaden davaya devam edilmesi durumunda, davada taraf konumları değişecektir. Zira boşanma davası esnasında ölen davalının mirasçıları tarafından devam edilen davada, artık konusuz kalan boşanma talebi hakkında değil, davalının mirasçılarının sağ kalan eş olan davacının mirasçılığına son verilmesine ilişkin yeni talebi hakkında hüküm verilecektir. Bu durumda, yeni talebin davacısı, boşanma davası esnasında ölen davalının mirasçıları; davalısı ise, boşanma davasının davacısı olan sağ kalan eş olacaktır⁷⁰.

Boşanma davasının konusuz kalması ve dava esnasında ölen davalının mirasçılarının kendi talepleriyle davaya devam etmeleriyle davadaki taraf konumunun değişmesi, her davadan feragat edilebileceği kuralının bir istisnasını da ortaya çıkaracaktır. Bilindiği gibi, medenî usûl hukukunda hâkim olan tasarruf ilkesi gereğince, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri dava konusu hakkında, dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisi devam eder (HMK m. 24/3). Bu nedenle, taraflar hüküm kesinleşinceye kadar davanın her aşamasında, kural olarak, davadan feragat edebilirler. Feragatin hüküm ve sonuç doğurması için de, karşı tarafın muvafakati veya mahkemenin izni gerekli değildir (HMK m. 303/2). Bu kuralın gerek kanunlarda gerekse işin niteliğinden kaynaklanan bazı istisnaları mevcuttur. Örneğin⁷¹, Cumhuriyet savcısının yer aldığı dava ve işler üzerinde taraflar serbestçe tasarruf edemezler (HMK m. 70/3); dolayısıyla Cumhuriyet savcısının yer aldığı davalarda feragat geçerli olmaz.

Medenî yargıya dâhil olan bir davada feragatin geçerli olmadığı bir halde, davalının mirasçılarında biri tarafından sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son vermek amacıyla davaya devam edilmesi durumunda ortaya çıkmaktadır. Zira davalının mirasçıları tarafından devam edilen davada,

⁷⁰ Karş. **Topuz**, G., s. 83; **Topuz**, s. 144. **İnan/Ertas/Albaş** (s. 127), boşanma davası esnasında ölen davalının mirasçılara da, davaya devam etme olanağının tanınmasının, davalının talebinin ne olacağı bakımından sorun yaratacağını; davalının mirasçılarının davacının kusurunun tespiti suretiyle TMK m.181/1 hükmünün uygulanmasını talep etmelerinin ne derece kabul göreceğinin tartışılması gerektiğini ifade etmektedirler.

⁷¹ Her davadan feragat edilebileceği kuralının bir başka istisnası için bkz. İcra ve İflâs Kanunu, m. 165/2.

davacı artık boşanma davasından feragat edemez. Esasen bu durum boşanma talebinin konusuz kalmış olmasının doğal bir sonucudur. Davalının ölümü ile boşanma talebi konusuz kaldığından, davacının feragat edebileceği bir hakkı söz konusu olmaz⁷². Sonuç olarak, boşanma davasının davacısı, davalının mirasçıları tarafından devam edilen davadaki talebinin incelenmesini feragat yoluyla engelleyemez.

Yargıtay da, boşanma davası esnasında ölen davalının mirasçılarından birinin davaya devam etme hakkı bulunduğundan, davalı eşin ölümünden sonra davacının davadan feragat etmesinin sonuç doğurmayacağını kabul etmektedir⁷³.

C. BOŞANMA DAVASI ESNASINDA ÖLEN EŞİN MİRASÇILARININ DAVAYA DEVAM EDEBİLMESİNİN KOŞULLARI

I. Derdest Bir Boşanma Davasının Bulunması

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükme istinaden boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarından biri tarafından davaya devam edilebilmesi için, öncelikle derdest bir boşanma davasının bulunması gereklidir⁷⁴.

Derdestlik, davanın açılmasıyla başlar⁷⁵; dava sonunda verilen hükmün kesinleşmesiyle, sona erer⁷⁶. O halde boşanma davasının açılmasından, dava sonunda verilen kararın kesinleşmesine kadar geçecek zaman kesitinde, eşlerden biri ölürse, ölen eşin mirasçılarından biri tarafından davaya devam

⁷² Bkz. **Topuz**, G., s. 82-83.

⁷³ **Gençcan**, s. 1528. Bu konuda bkz. 2. HD, 21.05.2012, E.2011/17855, K.2012/13740 (**Gençcan**, s. 1528); 2. HD, 18.04.2012, 2011/14856-2012/10111 (**Topuz**, G., s. 82, dn. 32).

⁷⁴ **Gençcan**, s. 1524 vd.; **Tutumlu**, s. 114; **Topuz**, s. 121.

⁷⁵ **Tanrıver**, s. 8, 9; **Üstündağ**, s. 447; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 521; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 290; **Topuz**, G., s. 74; **Topuz**, s. 124. Dava, dava dilekçesinin kaydedildiği tarihte açılmış sayılır (HMK m. 118). Ayrıca bkz. HMK Yön. m. 36/1-2, 5, 6.

⁷⁶ **Tanrıver**, s. 12.

edilebilir⁷⁷. Buna göre, boşanma davası açılmadan eşlerden biri ölürse, evlilik birliği ölümle sone erer. Bu durumda ortada henüz bir boşanma davası olmadığından, ölen eşin mirasçılarının devam edecekleri bir dava da söz konusu olmaz. Hatta dava açılmadan önce ölen eşin boşanma davası açılması için vekâletname vermiş olması da bu sonucu değiştirmez. Zira ölümle vekâlet ilişkisi, kural olarak, sona erdiğinden (TBK m. 513), artık boşanma davası açılmaz⁷⁸.

Boşanmaya karar verilmiş olmakla birlikte, eşin ölümü hükmün temyiz veya karar düzeltme aşamasında gerçekleşmişse, ölen eşin mirasçıları tarafından sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son vermek amacıyla davaya devam edilebilir. Zira bu durumda dava daha derdesttir⁷⁹. Buna karşılık, boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra eşlerden biri ölürse, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükme istinaden sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verilebilmesi için ölen eşin mirasçıları tarafından davaya devam edilemez⁸⁰. Zira bu durumda, evlilik ölümle değil boşanmayla sona ermiştir. Örneğin, yurt dışında bir mahkemece verilen boşanma kararının Türkiye'de icrası için tenfiz talebinde bulunulmuş ve bu yargılama devam ederken eşlerden biri ölmüşse, ölen eşin mirasçıları sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son vermek için yargılamaya devam

⁷⁷ Boşanma kararı kesinleşmeden boşanma kararına kesinleşme şerhi verilip bu durum nüfus siciline işlenmişse, Yargıtay, kesinleşme şerhinin idarî işlem olduğunu; bu halin ve nüfus sicilindeki işlemin taraflar huzurunda bir eda davasında tartışılması gerektiği görüşündedir. Bu konuda bkz. 2. HD, 01.07.2002, 7847/8715 (**Gençcan**, s. 1533).

⁷⁸ **Gençcan**, s. 1528; **Topuz**, s. 126. Bkz. 2. HD, 03.07.2006, 4514/10579 (**Gençcan**, s. 1528). **İnan/Ertaş/Albaş** (s. 124), boşanma davası açacağını açıkça ifade etmekle birlikte bu davayı açmadan ölen eşin mirasçılarını da, TMK m. 125/IV hükmünden esinlenilerek dava açma hakkı verilmesinin amaca daha uygun olacağını ifade etmektedirler.

⁷⁹ **Gençcan**, s. 1528; **Topuz**, s. 126. Boşanmaya karar verilmiş olmakla birlikte, hüküm henüz temyiz veya karar düzeltme aşamasındayken eşlerden biri ölürse, konusuz kalan boşanma talebi hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilmek ve diğer eşin kusurlu olup olmadığına tespitine yönelik talep bakımından bir karar verilmesi için hükmün bozulması gerektiğine ilişkin Yargıtay kararları için bkz. **Gençcan**, s. 1526-1528.

⁸⁰ **Akkanat**, s. 46; **Topuz**, s. 139. Bu yönde bkz. 2. HD, 17.01.2012, E.2011/3017, K.2012/542 (**Gençcan**, s. 1529); 2. HD, 04.12.2008, E.2007/16642, K.2008/16658 (**Gençcan**, s. 1529).

edemezler⁸¹. Zira bu ihtimalde boşanma hükmü kesinleşmiş; dolayısıyla boşanma davasının derdestliği sona ermiştir.

Davanın geri alınması da, derdestliği sona erdirir. Boşanma davası, davanın geri alınması sebebiyle de sona ermiş olabilir. O halde, boşanma davası usûlüne göre geri alındıktan sonra eşlerden biri ölürse, ölen eşin mirasçıları tarafından davaya devam edilemez. Ancak davanın geri alınması için, davalının açık rızası gerekli olduğundan, bu rıza gösterilmeden eşlerden biri ölmüşse, ölen eşin mirasçıları davaya devam edebilirler⁸².

Yine boşanma davasından feragat edilmesi durumunda, davanın derdestliği sona erer⁸³. Boşanma davası hakkında henüz bir karar verilmeden veya hüküm verilmekle birlikte, hüküm kesinleşmeden, davacı davadan feragat etmiş ve ölmüşse, bu feragat davacının mirasçılarını da bağlar. Bu durumda ölen eşin mirasçıları henüz feragat nedeniyle bir karar verilmemiş olsa dahi, ortada devam eden bir uyuşmazlık bulunmayacağından, söz konusu davaya devam edemezler⁸⁴.

Boşanma davası açılmakla birlikte, dava esnasında davanın açılmamış sayılmasını gerektiren haller söz konusu olduğunda da, derdestlik sona erer.

⁸¹ **Gençcan**, 1546. Bu yönde bkz. 2. HD, 20.12.2004, 3969/15325 (**Gençcan**, s. 1546). Yabancı mahkeme boşanma kararlarının tanınması bakımından durumun değerlendirilmesi hususunda bkz. **Altaş**, s. 660.

⁸² **Topuz**, s. 127.

⁸³ Feragat gibi, kabul ve sulh de davayı sona erdirir. Ancak boşanma davalarında kabul hâkimi bağlamayacağından (TMK m. 184), davanın kabulü ihtimali konumuz açısından değerlendirilmemiştir. Sulh ise, ancak tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri uyuşmazlıkları konu alan davalarda yapılabilir (HMK m. 313/2). Boşanma davası, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalardan değildir. Bu nedenle, boşanma davasının tarafı olan eşlerin barışmaları veya boşanmak üzere anlaşmaları, HMK m.313 vd. hükümleri anlamında sulh değildir (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 516; **Topuz**, s. 130). Yalnız eşler boşanmanın fer'i sonuçları üzerinde anlaşılırsa, anlaşmalı boşanmaya ilişkin hükümlerin (TMK m. 166/III) uygulanması gündeme gelir. Ancak bunun için de anlaşmayı hâkimin onaylaması gereklidir (**Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 516; **Topuz**, s. 130).

⁸⁴ **Tutumlu**, s. 119; **Topuz**, G., s. 75-76; **Topuz**, s. 128. Bu yönde bir karar için bkz. 2. HD, 05.05.1999, 2708/4669 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası). İrade bozukluğu hallerinin söz konusu olması durumunda, boşanma davasından feragat eden eşin, feragatin iptalini talep etmiş olması veya henüz talep etmeden ölmesi durumunda mirasçıların davaya devam edip edemeyecekleri konusunda bkz. **Topuz**, s. 76.

O halde, boşanma davası esnasında davanın açılmamış sayılmasını gerektiren hallerin gerçekleşmesinden sonra eşlerden biri ölürse, artık ölen eşin mirasçıları tarafından davaya devam edilemez. Örneğin⁸⁵, dosyanın işlemden kaldırılmasını gerektiren bir sebeple işlemden kaldırılan bir dava, süresi içinde yenilenmezse dava açılmamış sayılır (HMK m. 150/5). Boşanma davası esnasında dosya işlemden kaldırıldıktan sonra üç ay içinde yenilenmez ve bu sürenin dolmasından sonra eşlerden biri ölürse, mahkemece henüz davanın açılmamış sayılmasına karar verilmemiş olsa dahi, ölen eşin mirasçılarından biri, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığını sona erdirmek için davaya devam edemez. Zira işlemden kaldırıldığı tarihten itibaren üç ay içinde yenilenmeyen bir dava, sürenin dolduğu gün itibariyle açılmamış sayılır ve mahkemece kendiliğinden karar verilerek kayıt kapatılır (HMK m. 150/5). Diğer bir ifadeyle, üç aylık hak düşürücü sürenin geçmesiyle yasal sonuç kendiliğinden doğar⁸⁶. Hâkimin davanın açılmamış sayılmasına henüz karar vermemiş olması, bu sonucu değiştirmez. Buna karşılık, henüz yenileme süresi dolmadan eşlerden biri ölmüşse, ölen eşin mirasçılarından biri davaya devam edebilir. Zira dosya işlemden kaldırılrsa dahi, hak düşürücü nitelikte olan üç aylık yenileme süresi (HMK m. 150/5) içinde dava derdesttir⁸⁷.

Aynı sonuç, derdest bir boşanma davası hakkında görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmesinden sonra, davanın görevli veya yetkili mahkemede devam etmesi için süresi içinde (HMK m. 20/1) gerekli işlemlerin yapılmamış olması ve bu sürenin geçmesinden sonra eşlerden birinin ölmesi durumunda da geçerlidir⁸⁸. Yani boşanma davasında verilen görevsizlik veya yetkisizlik kararı üzerine kanunda öngörülen iki haftalık hak düşürücü süre içinde, davanın görevli veya yetkili mahkemede devamı için gerekli işlemleri yapılmamış ve bu süre geçtikten sonra eşlerden biri ölmüşse, ölen eşin mirasçıları davaya devam edemeyeceklerdir.

⁸⁵ Davanın açılmamış sayılmasını gerektiren hallerin gerçekleşmesinden sonra, ölen eşin mirasçılarından biri tarafından davaya devam edilemeyeceğine ilişkin diğer örnekler için bkz. **Topuz**, s. 130 vd. Bu konuda ayrıca bkz. **Gençcan**, s. 1538.

⁸⁶ **Tutumlu**, s. 116.

⁸⁷ **Tutumlu**, s. 115.

⁸⁸ **Tutumlu**, s. 116.

Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verme olanağına ancak derdest davaya devam etmek suretiyle sahiptirler⁸⁹. Bu nedenle, derdest davaya devam etmek yerine, sağ kalan eşin mirasçılığına son verilmesini ayrı bir dava açmak suretiyle talep edemezler⁹⁰.

Türk Medeni Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasında, boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölmesi ihtimalinde⁹¹, ölen eşin mirasçılara davaya devam ederek sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verebilme olanağı tanıdığıdır. Bu nedenle, derdest bir ayrılık davası esnasında eşlerden biri ölürse, sağ kalan eş, ölen eşe mirasçı olur. Bu durumda ölen eşin mirasçıları davaya sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son vermek için devam edemezler. Zira bu durumda ortada bir boşanma davası değil; ayrılık davası mevcuttur ve ayrılık boşanmanın hüküm ve sonuçlarını doğurmaz⁹². Yine ayrılık kararının da(TMK m. 170 vd.), eşlerin mirasçılığına bir

⁸⁹ Boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçıları, derdest davaya devam etmek suretiyle sağ kalan eşin kusurunu ispatlamak suretiyle onun mirasçılığına son verilmesini isteyebileceklerinden, boşanma davasına bakan mahkeme mirasçıların talebi bakımından da görevli ve yetkili olacaktır. Bu konuda bkz. **Topuz**, s. 158 vd. Karş. **Aksu**, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 90.

⁹⁰ **Gençcan**, 1546. Bu yönde çoğunluk görüşüyle verilmiş bir Yargıtay kararı için bkz. 2. HD, 12.01.2010, 18392/317 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası). **Topuz** (s. 158), TMK m. 181/2 uyarınca mirasçılar tarafından devam edilen davanın yeni bir dava olduğunu; bu nedenle söz konusu davanın mirasçılar tarafından her zaman açılacağını ifade etmektedir. TMK m. 181/2 hükmünde, "mirasçılardan birisinin davaya devam etmesi" şeklindeki açık ifade karşısında yazarın görüşüne katılmak mümkün olmayacaktır.

⁹¹ Evliliğin butlanı davası esnasında eşlerden birinin ölmesi durumunda sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verilip verilemeyeceği kanunda ayrıca düzenlenmiş olduğundan (TMK m. 159), evliliğin butlanı davası esnasında eşlerden birinin ölümü halinde, Türk Medeni Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrası uygulanmaz.

⁹² **Topuz**, G., s. 74; **Topuz**, s. 145; **Gençcan**, s. 1548. **Gençcan** (s. 1548), boşanma veya **ayrılık** davası devam ederken taraflardan birinin ölümü halinde, TMK m. 181/2 hükmünün uygulanması sonucu sağ kalan eşin boşanmaya sebebiyet verecek kadar kusurlu olduğunun anlaşılması durumunda, aile mahkemesinin sağ eşin kusurlu olduğuna ilişkin hüküm kurması gerektiğini ifade etmektedir. TMK m. 181/2 hükmünde açıkça "boşanma davası" denildiğinden, ayrılık davası esnasında eşlerden birinin ölümü üzerine ölen eşin mirasçıların davaya devam etmesi mümkün olmaz.

etkisi bulunmaz. Zira ayrılık halinde de, evlilik ilişkisi devam eder. Dolayısıyla ayrılık kararı verilmesinden sonra, ayrılık süresi içinde eşlerden biri ölürse, sağ kalan eş, ölenin mirasçısı olur⁹³.

II. Eşlerden Birinin Boşanma Davası Esnasında Ölmesi

Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarında birinin sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verebilmek amacıyla davaya devam edebilmesi için, eşlerden birinin boşanma davası devam ederken ölmesi gereklidir. Zira ölüm olayı ile birlikte, evlilik birliği sona erer ve sağ kalan eş, ölen eşine mirasçı olur. Bu durumda, ölen eşin mirasçıları, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verme olanağını elde ederler⁹⁴.

Ölüm karinesi, ölüm ile aynı sonucu doğurduğundan, boşanma davası esnasında eşlerden biri, ölümüne kesin gözüyle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolursa, cesedi bulunamamış olsa bile gerçekten ölmüş sayılır (TMK m. 31)⁹⁵. Böyle bir durumda kaybolan eşin mirasçıları, ölüm karinesine dayanarak karine temelini ispat etmek suretiyle (HMK m. 190/2) kaybolan eşin ölü olduğunu tespit ettirdikten sonra boşanma davasına sağ kalan eşin mirasçılığına son verilmesi için devam edebilirler⁹⁶.

Gaiplik kararı verildiğinde de, ölüme bağlı haklar aynen gaibin ölümü ispatlanmış gibi kullanılır (TMK m. 35/1). Bu nedenle, boşanma davası esnasında eşlerden birinin gaip olması durumunda, mirasçılarının Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden davaya devam edip edemeyeceğini değerlendirmek gereklidir.

⁹³ **Berki**, Şakir; Boşanma ve Ayrılık, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 1975, Cilt:32, S. 1-4, s. 148; **Dural/Öz**, s. 45; **Serozan/Engin**, § 2, N.63; **İnan/Ertay/Albaş**, s. 122; **Antalya**, s. 98; **Topuz**, s. 79.

⁹⁴ Eşlerden birinin boşanma davası devam ederken öldüğü, nüfus sicilindeki kayıtlarla ispat edilir (TMK m. 30/I). Nüfus sicilinde bir kayıt yoksa veya bulunan kaydın doğru olmadığı anlaşılırsa, gerçek durum, her türlü delille ispat edilebilir (TMK m. 30/II).

⁹⁵ Ölümüne kesin gözüyle bakılmayı gerektiren durumlar içinde kaybolan kimsenin cesedi bulunamamış olsa bile, o yerin en büyük mülki amirinin emriyle kütüğe ölü kaydı düşebileceği gibi, her ilgili, bu kişinin ölü veya sağ olduğunun mahkemece tespitini de dava edebilir (TMK m. 44).

⁹⁶ **Topuz G.**, s. 77.

Boşanma davası esnasında eşlerden birinin gaip olması durumunda, gaip eş duruşmalara katılmayacağından, diğer eş davaya devam ederek davanın sonuçlanmasını sağlayabilir veya davaya devam etmeyeceğini belirterek dosyanın işlemi kaldırılmasını; süresinde yenilenmezse de açılmamış sayılmasını sağlayabilir (HMK m. 150). Ancak bu durumda gaip eşin mirasçıları, murislerinin ölüm tehlikesi içinde kaybolduğu veya kendisinden uzun zamandan beri haber alınmadığı ve ölümü hakkında kuvvetli olasılıklar bulunduğu iddiasıyla, bu tarafın gaipliğine karar verilmesi talep edilebilir⁹⁷. Bunun üzerine gaipliğin koşulları mevcutsa⁹⁸, gaipliği iddia edilen eşin gaipliğine karar verilir (TMK m. 32/1). Bu karar üzerine hakkında gaiplik kararı verilen kişi ölmüş gibi, ölüme bağlı haklar kullanılabilirliğinden, gaibin mirasçılarından biri boşanma davasına devam ederek diğer eşin kusurunun ispatı suretiyle onun mirasçılığına son verilmesini talep edebilmelidir⁹⁹.

⁹⁷ Yalnız gaiplik kararının istenebilmesi için, ölüm tehlikesinin üzerinden en az bir yıl veya son haber tarihinin üzerinden en az beş yıl geçmiş olması gerekir (TMK m. 33/1).

⁹⁸ Gaiplik kararı talep edildiğinde, mahkeme, gaipliğine karar verilecek kişi hakkında bilgisi bulunan kimseleri, belirli bir sürede bilgi vermeleri için usulüne göre yapılan ilânla çağırır. Bu süre, ilk ilânın yapıldığı günden başlayarak en az altı aydır (TMK m. 33/2). Gaipliğine karar verilecek kişi, ilân süresi dolmadan ortaya çıkar veya kendisinden haber alınır ya da öldüğü tarih tespit edilirse gaiplik istemi düşer (TMK m. 34). İlândan sonuç alınmazsa, mahkeme gaipliğe karar verir. Gaiplik kararı, ölüm tehlikesinin gerçekleştiği veya son haberin alındığı günden başlayarak hüküm doğurur (TMK m.35/2).

⁹⁹ **Gençcan**, s. 1525. Farklı yönde bkz. **Topuz**, G., s. 77. **Topuz**, G. (s. 77), gaiplik durumunda gaipliğine karar verilen eşin mirasçılarının davaya devam edememesine gerekçe olarak, TMK m. 131/1 hükmüne istinat etmektedir. Yazar, bu hükme göre, gaipliğine karar verilen kişinin eşinin, mahkemece evliliğin feshine karar verilmedikçe yeniden evlenemeyeceğini; eşin evliliğin feshini istememesi durumunda, gaip eşine mirasçı olmaya devam edeceğini ve bu durumda da gaip eşin mirasçılarının açılmış olan boşanma davasına devam edemeyeceğini ifade etmektedir. Kanaatimizce belirtilen gerekçeyle gaipliğine karar verilen eşin mirasçılarının TMK m. 181/2 hükmüne istinaden davaya devam edemeyeceğinin kabulü isabetli değildir. Zira boşanma davası esnasında eşlerden biri öldüğünde, zaten sağ kalan eş onun bu sıfatla mirasçısı olur. Sonuç olarak, gaibin eşi de evliliğin feshini talep etmezse, gaibin mirasçısı olur. Boşanma davası esnasında ölen eşin veya gaipliğine karar verilen eşin mirasçılarının TMK m. 181/2 hükmüne istinaden davaya devam edebilmeleri bakımından, bir fark bulunmamaktadır.

III. Davaya Ölen Eşin Mirasçılarının Talebi Üzerine Devam Edilebilmesi

1. Boşanma Davası Esnasında Ölen Eşin Mirasçıları

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden eşlerden birinin ölümüyle konusuz kalan boşanma davasına kendi talepleri doğrultusunda devam etme hakkına dava esnasında ölen eşin mirasçıları sahiptirler.

Ölen eşin mirasçılarından herhangi biri de, davaya devam edebilir¹⁰⁰. Yalnız söz konusu hükme istinaden davaya devam edebilecek olan mirasçılar, sağ kalan eşle birlikte mirasçı olabilecek veya sağ kalan eşin mirasçı olmaması halinde mirasçı olabilecek kişilerdir¹⁰¹. Aksi takdirde, davada hukuki yarar koşulu eksik olacağından, davanın reddi gerekir¹⁰².

Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının kimler olduğunu, Türk Medenî Kanunu'nun ilgili hükümlerine göre belirlemek gerekir. Buna göre, bir kimsenin mirasçılarının kapsamına, öncelikle onun kanunî mirasçıları girer. Kanunî mirasçılardan hangilerinin Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükme istinaden davaya devam edebileceğini, mirasın intikalinde geçerli olan zümre sistemine göre belirlemek ve bunu yaparken gerek zümreler arasındaki öncelik ilişkisine gerekse her zümre içindeki öncelik ilişkisine dikkat etmek gerekir. Sıracı önde gelen zümrede bir veya birkaç mirasçısının bulunması, sonra gelen zümrelere

¹⁰⁰ 2. HD, 29.11.2006, 9890/16540 (**Gençcan**, s. 1539). Boşanma davası devam ederken ölen eşin vesayet altında mirasçısı varsa, vasi vesayet altındaki mirasçıyı devam edilecek olan davada temsil eder. Yalnız vesayet altındaki kişi görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahipse, vasi diğer eşin kusurunun tespiti için boşanma davasını sürdürme konusunda karar vermeden önce olanak ölçüsünde, onun görüşünü almakla yükümlüdür (TMK m. 450). Boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçısının kısıtlanması için bir sebep bulunmamakla birlikte, korunması bakımından fiil ehliyetinin sınırlanması gerekli görülen ergin bir mirasçıya boşanma davasını sürdürme konusunda görüşü alınmak üzere yasal danışman da atanabilir (TMK m. 429). Bu konuda bkz. **Gençcan**, s. 1540.

¹⁰¹ **Gençcan**, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 56; **Topuz**, s. 142. Benzer şekilde bkz. **Sungurtekin Özkan**, s. 81.

¹⁰² **Kılıçoğlu**, s. 35; **Topuz**, s. 142.

mirasın intikaline engel olacağı gibi, zümre başlarının ve kök başlarının da kendi alt soyları karşısında mutlak bir önceliği vardır¹⁰³. Buna göre, birinci zümrede torunlardan önce çocuklar; ikinci zümrede kardeşlerden önce ana baba ve üçüncü zümrede amca, hala, dayı, teyzeden önce büyük ana ve büyükbaba mirasçı olur. O halde, boşanma davası esnasında ölen eşin çocukları varken, torunları veya ana babası mirasçısı olamayacağından, söz konusu davaya da devam edemezler¹⁰⁴.

Bir kimsenin birinci zümrede mirasçıları öncelikle kendi altsoyudur (TMK m. 495/1). Birden fazla çocuk varsa¹⁰⁵, her biri eşit derecede mirasçılardır (TMK m. 495/2). Bu nedenle, çocuklar hep birlikte¹⁰⁶ veya sadece biri konusuz kalan boşanma davasına sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdirmek için devam edebilirler¹⁰⁷. Boşanma davası esnasında ölen eşin altsoyu bulun-

¹⁰³ Serozan/Engin, § 2, N.25, 27; Dural/Öz, s. 21-22.

¹⁰⁴ 2. HD, 28.11.2013, 14091/28940 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası); 2. HD, 08.11.2010, E.2009/16867, K.2010/18606 (Gençcan, s. 1538).

¹⁰⁵ Boşanma davası esnasında ölen kocanın evlilik dışı doğmuş ve soybağı, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulmuş olan çocuklar, baba yönünden evlilik içi hısımlar gibi mirasçı olduklarından (TMK m. 498), ölen babalarının boşanma davasına, sağ kalan eşin mirasçılığına son vermek için devam edebilirler. Benzer şekilde evlâtlık da TMK m. 500/1 uyarınca evlât edinenin terekesinde pay sahibi olmak bakımından miras bırakanın alt soyu ile aynı durumda olduğundan, boşanma davası esnasında ölen eşin evlâtlığı da, davaya devam edebilir (Topuz, s. 44). Ancak evlât edinen ve hısımları evlat edinene mirasçı olmadıklarından (TMK m. 500/2), evlâtlığın boşanma davasında ölmesi durumunda, evlat edinen ve hısımları davaya, sağ kalan eşin mirasçılığına son vermek için devam edemezler. Boşanma davası esnasında ölen eşin evlâtlığı varsa ve bu eş ölmeden önce evlâtlık sözleşmesinin bozulması ve evlâtlık bağlantısının kaldırılması için açtığı davanın devamı sırasında ölmüşse, ölen eşin mirasçılarının evlâtlık sözleşmesinin bozulması ve evlâtlık bağının kaldırılması hakkındaki davayı sürdürme hakları bulunduğu unutulmamalıdır. Bu yönde bkz. İBK, 07.02.1955, 11-24.

¹⁰⁶ Boşanma davası devam ederken ölen eşten önce ölmüş olan çocukların yerini, her derecede halefiyet yolu ile kendi altsoyları alacağından (TMK m. 495/3), ölmüş olan çocukların yerine her derecede halefiyet yolu ile kendi altsoyları boşanma davasını sürdürebileceklerdir.

¹⁰⁷ Boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçısı küçük ise, velâyet ana veya babadan birinin ölümü halinde sağ kalan tarafa aittir (TMK m. 336/3). Ancak bu durumda kanunî temsilci ile küçüğün menfaati çatıştığından (TMK m. 345, 463), vesayet makamı kendiliğinden çocuğa bir temsil kayyımı atmalı ve devam edilecek ise boşanma davasına

mazsa, ikinci zümrede yer alan ana babası mirasçı olur (TMK m. 496)¹⁰⁸. Eşit derecede mirasçı olan ana babadan her biri boşanma davasına devam edebilir¹⁰⁹. Boşanma davası devam ederken ölen eşin altsoyu, ana ve babası ve onların da alt soyu bulunmuyorsa, ölen eşin büyük ana ve babası mirasçısı olduğundan (TMK m. 497/1), ölen eşin büyük ana ve büyük babası, sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdirmek için davaya devam edebilirler.

Boşanma davası esnasında ölen eşin atanmış mirasçısı varsa (TMK m. 516), atanmış mirasçı da, sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdirmek için davaya devam edebilir¹¹⁰. Zira atanmış mirasçılar da, mirasbırakanın ölümü ile mirası kazanırlar (TMK m. 575). Buna karşılık, vasiyet alacaklılarının söz konusu davaya devam etme hakları bulunmamaktadır¹¹¹. Zira vasiyet alacaklısı ölen kimsenin yasal mirasçısı; dolayısıyla külli halefi değildir¹¹². Vasiyet alacaklısının, sadece külli haleflere karşı belirli bir malın veya hakkın kendisine verilmesine ilişkin bir alacak hakkı mevcut olup, tereke üzerinde tam bir

kayım tarafından devam edilmelidir. Bu konuda bkz. 2. HD, 26.02.2007, 2458/2663 (**Gençcan**, s. 1540). Cenin de sağ doğmak şartıyla mirasçı olur (TMK m. 582/1, 28, 427, b.3, 643). Ancak çocuk ölü doğarsa mirasçı olamaz (TMK m. 582/2). O halde, boşanma davası esnasında eşlerden biri öldüğünde mirasçı olarak bir ceninin bulunduğu anlaşıldığında, boşanma davasını gören hâkim, söz konusu davaya devam edilip edilemeyeceğini belirlemek için doğumu beklemek zorundadır. Çocuk sağ doğarsa, çocuk için bir kayyım atanmalı ve devam edilecek ise sağ kalan eşin mirasçılığına son vermek için devam edilen dava kayyım tarafından yürütülmelidir (**Gençcan**, s. 1532).

¹⁰⁸ Ölen eşin ana ve babası ondan önce ölmüş ise, onların yerini her derecede halefiyet yolu ile kendi alt soyları alır.

¹⁰⁹ Bu yönde bkz. 2. HD, 14.03.2011, E.2010/3583, K.2011/4498 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası).

¹¹⁰ **Gençcan**, s. 1531; **Antalya**, s. 96; **Topuz**, G., s. 78; **Topuz**, s. 142. **Topuz** (s. 142), atanmış mirasçılara TMK m. 181/2 hükmüne istinaden davaya devam edebilme hakkı tanınmasının olması gereken hukuk bakımından isabetli olmadığını haklı olarak belirtmektedir. Yazara göre, en geniş anlamda aile üyesi olmayan bir kimsenin (atanmış mirasçının) söz konusu davaya devam etme hakkının olması sağ kalan eşi boşanma davasına ilişkin olarak en mahrem konuları ona karşı açıklamak zorunda bırakacağından, bu sağ kalan eşin kişilik hakkına aykırı olur.

¹¹¹ **Gençcan**, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 60; **Antalya**, s. 96; **Topuz**, G., s. 78; **Topuz**, s. 143.

¹¹² **Topuz**, G., s. 78; **Topuz**, s. 143.

hakkı söz konusu değildir¹¹³. Benzer şekilde, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasını reddeden mirasçısı, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son vermek için davaya devam edemez¹¹⁴. Mirası ret durumunda, mirasçılık sıfatı mirasın açıldığı andan itibaren kaybedileceğinden, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasını reddeden mirasçılarının davaya devam etmek bakımından hukuki yararı söz konusu olmaz¹¹⁵.

Boşanma davası devam ederken ölen eşin mirastan yoksun mirasçısı veya mirasçıları da söz konusu davaya devam edemezler¹¹⁶. Bu mirasçılar, Türk Medenî Kanunu'nun 578. maddesinde belirtilen kimselerdir¹¹⁷. Yalnız boşanma davası esnasında ölen eş, mirastan yoksun olan mirasçısını affetmişse, mirastan yoksunluk ortadan kalkar. Dolayısıyla bu şekilde mirastan yoksunluk hali ortadan kalkan mirasçı, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçısı olarak davaya devam edebilir.

2. Boşanma Davası Esnasında Ölen Eşin Mirasçılarının Tespiti

Boşanma davası esnasında eşlerden biri öldüğünde, ölen eşin mirasçılarının tespiti ve davaya devam etmek isteyip istemedikleri konusunda beyanlarının alınması için, duruşmaya davet edilmeleri bakımından hâkimin

¹¹³ Dural/Öz, s. 15; Ayan, s. 11; Gençcan, s. 1541.

¹¹⁴ Gençcan, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 60; Gençcan, s. 1542; Topuz, s. 142.

¹¹⁵ Topuz, s. 142. Vasiyeti yerine getirme görevlisinin TMK m. 181/2 uyarınca davaya devam etme olanağı söz konusu değildir. Zira mirasçılardan söz konusu hükme göre devam edecekleri dava, miras ortaklığını değil; her bir mirasçıyı ayrı ayrı ilgilendirmektedir (Topuz, s. 143).

¹¹⁶ Gençcan, s. 1543; Topuz, s. 143.

¹¹⁷ Mirastan yoksunluk yalnız yoksun olanı etkilediğinden, mirastan yoksun olanın alt soyu (TMK m. 17), boşanma davası devam ederken ölen eşten önce ölen kimsenin alt soyu gibi (TMK m. 495) mirasçı olacağından (TMK m. 579), boşanma davasına sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son vermek için devam edebilir. Boşanma davası devam ederken ölen eşi, diğer eş öldürmüş ise, bu durumda mirasçılardan artık diğer eşin kusurunu ispatlamasına gerek kalmaz. Bu durumda mirastan yoksunluk kendiliğinden sonuç doğurur. Ancak bu konuda bir tartışma çıkarsa, mirasçılar boşanma davası devam ederken ölen eşi diğer eşin öldürdüğünün tespiti niteliğinde olmak üzere açılan ceza davasının sonucunu beklemelidir. Zira ceza mahkemesinde yapılan yargılamada boşanma davası devam ederken ölen eşi başka bir kimsenin öldürdüğü veya diğer eşin öldürmediği tespit edilebilir (Gençcan, s. 1543).

ne şekilde hareket etmesi gerektiğine ilişkin bir hüküm, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasında bulunmamaktadır. Bu nedenle, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının tespiti ve duruşmaya nasıl davet edilecekleri cevaplanması gereken bir sorun teşkil etmektedir. Bu sorun, iki farklı durumda ortaya çıkmaktadır:

Bu sorunun ortaya çıktığı birinci durum, ölen eşin mirasçılarından birinin veya birkaçının davadan herhangi bir şekilde haberdar olmaları ve kendiliğinden duruşmaya gelerek davayı diğer eşin kusurunun tespiti bakımından sürdürmek istediklerini bildirmeleridir. Bu durumda, ölen eşin mirasçıları davaya taraf olarak katılırlar ve sağ kalan eşin kusurunu ispat ederek onun mirasçılığına son verebilmek için davaya kaldığı yerden devam ederler. Bu durumda, ortaya çıkan sorun, duruşmaya gelen mirasçılar haricinde başka mirasçı bulunup bulunmadığını araştırıp varsa onları da duruşmaya davet etmek için tebligat yapılması konusunda mahkemenin bir yükümlülüğünün bulunup bulunmamasıdır.

Bu konudaki bir görüşe göre¹¹⁸, duruşmaya gelmeyen mirasçılara re'sen tebligat yapılması gerekli değildir. Buna gerekçe olarak, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasında, “mirasçılardan birisinin” davaya devam etmesinden söz edildiği; dolayısıyla davayı takip bakımından mirasçılar arasında “mecburî dava arkadaşlığının” söz konusu olmaması gösterilmektedir.

Kanaatimizce, bu konuda haklı olan diğer görüşe göre ise, mirasçılardan biri, mahkemece henüz bir işlem yapılmadan davaya devam edeceğini mahkemeye bildirmiş olsa dahi, diğer mirasçıların da belirlenmesi ve duruşmaya davet edilmesi gerekir¹¹⁹. Zira davaya devam etmek isteyen mirasçı, daha sonra davayı takipsiz bırakabilir veya davadan feragat edebilir. Bu nedenle ölen eşin mirasçılarının tamamı belirlenmeli ve davaya devam edip etmeyecekleri konusundaki beyanlarını bildirmeleri için kendilerine süre verilmelidir¹²⁰.

Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının tespiti ve duruşmaya davet edilmeleri bakımından sorun yaşanabilecek bir diğer durum da, ölen

¹¹⁸ Tutumlu, s. 119.

¹¹⁹ Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 22; Kılıçoğlu, s. 35; Antalya, s. 96; Demir, s. 49.

¹²⁰ Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 22; Antalya, s. 96.

eşin mirasçılarının mahkemeye kendiliğinden başvurmamasıdır. Böyle bir durumda, eşlerden birinin öldüğü mahkemenin bilgisi dâhilinde de değilse, ölen taraf duruşmalara gelmeyeceğinden, sağ kalan eşin tutumuna bağlı olarak boşanma davasına devam edilecek veya dosya işlemde kaldırılacaktır. İşlemden kaldırılan dosya süresinde yenilenmediği zaman da, dava açılmamış sayılacaktır¹²¹.

Buna karşılık, boşanma davası esnasında eşlerden birinin öldüğü, hâkimin bilgisi dâhilindeyse, boşanma davasına bakan mahkemenin ölen eşin tüm mirasçılarını tespit etme ve bu kişileri duruşmaya daveti için gerekli işlemleri re'sen yapıp yapamayacağı sorun teşkil etmektedir.

Doktrinde bu konudaki bir görüşe göre¹²², Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm, boşanma davasına bakan mahkemeye ölen eşin tüm mirasçılarını araştırıp bu kişilere tebligat yapmak görevini yüklememektedir. Bu görüşte olan **Kuru/Budak**, boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümünü izleyen duruşma gününün ölüm gününe çok yakın olması halinde, yargılamanın düzen içinde yapılmasını sağlamakla görevli mahkemenin hemen o duruşmada davanın konusuz kaldığını tespit eden bir nihai karar vermemesi gerektiğini ifade etmektedirler. Yazarlarca böyle bir durumda, mahkemenin dava esnasında ölen eşin mirasçılarını davaya devam etme olanağı (TMK m. 181/2) vermek üzere duruşmayı uygun bir tarihe ertelemesi önerilmektedir¹²³. Bu durumda, miras bırakanın ölümünden ve boşanma davasından haberdar olan mirasçılar kendiliğinden duruşmaya gelirlerse, davaya devam etmeleri söz konusu olabilecek; aksi takdirde, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki olanaktan yararlanmaları söz konusu olmayacaktır.

¹²¹ **Burcuoğlu**, s. 386.

¹²² **Kuru/Budak**, s. 223; **Doğan**, s. 1035; **Aksu**, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 88. Bu yönde bkz. 2. HD, 21.10.2003, 9544/13974 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İctihat Bankası).

¹²³ **Kuru/Budak**, s. 223-224. **Doğan** (s. 1035), Türk Medeni Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükümde "mirasçılardan birisinin davaya devam etmesi" şeklinde ifâdeden mahkemeye ölen eşin mirasçılarının davaya katılmasını sağlama görevi verilmediğini kabul etmektedir. Buna rağmen yazar, mirasçılar arasında cenin veya küçük çocuklar varsa, bunlara bir kayyım atanmasının gerekli olup olmadığını sorgulamaktadır (**Doğan**, s. 1035)

Bu konudaki diğer görüşe göre ise¹²⁴, mahkemece mirasçıların duruşmaya davet edilmeleri için gerekli işlemlerin re'sen yapılması gerekir. Yargıtay uygulaması, genellikle, boşanma davası devam ederken eşlerden biri ölürse, boşanma davasının konusuz kalması sebebiyle esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına karar verilip Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrası uyarınca işlem yapılması gerektiği yönündedir¹²⁵.

Kanaatimizce de, mahkemece boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının davaya devam etmek isteyip istemedikleri konusunda beyanlarının alınması için, mirasçıların tespiti ve duruşmaya davet edilmesi için gerekli işlemlerin re'sen yapılması gerekir. Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükme istinaden boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarına davaya devam etme zorunluluğu yüklenmemiştir. Mirasçılar, isterlerse bu davaya devam edebilirler. Bundan hareketle, dava esnasında ölen eşin mirasçılarının davaya devamları bakımından, mahkemeye bir görev yüklenmediği kanaatine varılabilir¹²⁶. Ancak boşanma dava-

¹²⁴ **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 22; **Kılıçoğlu**, s. 35; **Antalya**, s. 96; **Tutumlu**, s. 429.

¹²⁵ 2. HD, 14.06.2005, 4839/9172 (**Gençcan**, s. 1532; **Kuru/Budak**, s. 224); 2. HD, 14.04.2004, 3828/4731 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası); 2. HD, 22.06.2004, 4988/8234 (**Gençcan**, s. 1526). Bu yönde bkz. **Gençcan**, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 51-62. Mahkemece kusur tespiti yönünden olumlu veya olumsuz bir karar verilmek yerine davanın reddine karar verilemeyeceği yönünde bkz. 2. HD, 16.08.2008, 2674/185 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası). Yargıtay'ın 2005 yılından önce TMK m.181/2 hükmünün uygulanması bakımından verdiği farklı yönde kararlar ve bu kararlara karşı oy yazıları için bkz. 2. HD, 15.03.2004, 1951/3163 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası); 2. HD, 14.04.2004, 3828/4731 (**Gençcan**, s. 1532).

¹²⁶ **Aksu** (Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 88), mahkemece boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının davaya devamlarının sağlanması konusunda mahkemeye bir görev verilmediği; mahkemece mirasçıların kendiliğinden tespiti ile duruşmaya davetinin mirasçılar aleyhine sonuç yaratacağını ifade etmektedir. Buna gerekçe olarak da, mirasçıların bulunamaması durumunda, miras Devlet'e geçeceğinden, Devletin mirasçı olarak boşanma davasına devam etmesine ilişkin sürecin hızlandırılacağı gösterilmektedir (s. 88). Ancak yazarın da belirttiği gibi (s. 89), mirasçıların davaya davet edilmemesi durumunda boşanma davası konusuz kaldığı için esasa ilişkin karar verilmesine yer olmadığına ilişkin bir kararla dava sona erecektir. Yine yazarın haklı olarak dikkat çektiği gibi, kanaatimizce de, TMK m. 181/2 hükmüne istinaden davaya devam etme hakkının, sadece, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarına tanınması gereken bir hak olduğunun kabulü gereklidir. Bu görüşün kabulü durumunda ise,

sından mirasçılarının haberdar olmaları her zaman mümkün olmayabilir. Mahkemece boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının davaya devam etmeleri için gerekli işlemlerin kendiliğinden yapılmaması durumunda, anılan hükümden yararlanma olanağı pek mümkün olmayabilir¹²⁷.

Ayrıca, boşanma davası şahıs varlığına ilişkin olsa da, mirasçılar tarafından devam edilen dava, mirasçılarının malvarlığını ilgilendirmektedir. Zira mirasçılar lehine karar verildiğinde, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığı sona erecektir. Bu sonuç, doğrudan mirasçılarının malvarlığı üzerinde etkisini gösterecektir.

Belirtilen nedenlerle, malvarlığına ilişkin bir dava esnasında taraflardan birinin ölümü halinde yapılması gereken işlemleri düzenleyen Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 55. maddesinin, boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü halinde de, niteliğine uyduğu oranda kıyasen uygulanması gerektiği kanaatindeyiz¹²⁸. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 55. maddesine göre, görülmekte olan bir dava esnasında davanın taraflarından biri öldüğünde, mirasçılar mirası kabul veya reddetmemişse, bu hususta kanunla belirlenen süreler geçinceye kadar dava ertelenir. Ancak hâkim gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, talep üzerine davayı takip için kayyım atanmasına karar verebilir.

O halde, mahkemece davanın uygun bir süre ertelenmesi¹²⁹ ve davaya devam etmek isteyip istemedikleri konusunda beyanlarının alınması için

boşanma davası konusuz kaldığından, esas hakkında karar verilmesine yer olmadığına ilişkin kararın kesinleşmesinden sonra, mirasçılarının ayrı bir dava açmak suretiyle sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdirmeye olanakları artık olmayacaktır.

¹²⁷ **Burcuoğlu**, s. 388; **Antalya**, s. 96. Boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçılarının davaya devamının sağlanması için mahkemece re'sen yapılması gereken işlemlerin yapılmamasının ortaya çıkaracağı diğer sakıncalar bakımından bkz. **Burcuoğlu**, s. 388.

¹²⁸ Benzer yönde bkz. **Tutumlu**, s. 119; **Topuz**, s. 148.

¹²⁹ Mahkemece belirlenecek olan davanın ertelenmesi süresinin mirasçılarının tespitinin zaman alabileceği dikkate alınmak suretiyle uygun uzunlukta belirlenmesi gerekir. Bu erteleme dönemi içerisinde acele olarak yapılması gereken bir husus varsa, diğer tarafın istemi üzerine mahkemece kayyım atanmasına da karar verilebilir (**Sungurtekin Özkan**, s. 81). Yalnız kayyım tayinine acele olarak yapılması gereken bir husus varsa ve ölenin mirasçılarının kısmen veya tamamen bilinmemesi ve yapılan araştırmaya rağmen

ölen eşin mirasçılarının belirlenmesi gerekir¹³⁰. Bunun için, ölen eşin nüfus kaydının mahkemece getirtilmesi ve gelen kayıttan mirasçılarının tespit edilmesi gerekir. Daha sonra mirasçılarının tebligata elverişli adresleri araştırılarak mirasçılara duruşma gün ve saatini bildirir davetiye tebliğ edilmelidir¹³¹. Bu davetiyenin tebliği üzerine gelen mirasçılarının davaya devam edip etmeyeceği yönünde beyanları alınarak işlem yapılması gerekir¹³².

Mahkemece yapılan tebligat üzerine, mirasçılar tarafından davaya devam edilirse, bundan böyle davanın tarafı mirasçılar olur ve davaya onlarla devam edilir. Buna karşılık, boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçılarının mahkemece usulüne göre yapılan tebligata rağmen mirasçılara duruşmaya mazeretsiz gelmezlerse, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 150. maddesi uyarınca işlem yapılması gereklidir¹³³.

Boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçısının bulunup bulunmadığı veya mirasçılarının tamamı bilinmiyorsa, durumun sulh hâkimine bildirilmesi gerekir. Sulh hâkimi uygun araçlarla ve bir ay ara ile iki defa ilân yapıp hak sahiplerini son ilândan başlayarak en geç bir yıl içinde mirasçılık sıfatlarını bildirmeye çağırır (TMK m. 594/1).

mirasçılarının bulunamaması halinde karar verilmelidir. Ölen tarafın mirasçılarının belirlenmesi mümkün iken, bu yapılmayarak davayı takip için kayyım görevlendirilmesi kanuna (HMK m. 55) aykırı olur (**Yılmaz**, Taraf Değişikliği, s. 573, 574; **Topuz**, G., s. 86).

¹³⁰ **Gençcan**, s. 1530.

¹³¹ Dava esnasında ölen tarafın mirasçılarının tebligat yapılmadan davanın karara bağlanması kanuna aykırı olur (**Yılmaz**, Taraf Değişikliği, s. 574-575; **Topuz**, G., s. 86). Mirasçılarının kim oldukları belirlenmekle birlikte, adresleri belirlenememişse, Tebligat Kanunu'nun 28. maddesi uyarınca işlem yapılmalı ve mirasçılara duruşmaya davet edilmelidirler (**Yılmaz**, Taraf Değişikliği, s. 574).

¹³² **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 22. Mirasçılara davetiyeye birlikte dava dilekçesi örneğinin de tebliğ edilmesinin ve tebligat zarfına “duruşmaya mazeretsiz olarak gelmedikleri takdirde dosyanın HMK'nın 150. maddesi uyarınca işlemden kaldırılacağına karar verileceği” uyarısının yazılmasının mirasçılarının bilgilendirme hakkının sağlanması bakımından yerinde bir uygulama olacağı ifade edilmektedir (**Tutumlu**, s. 120). Boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçılarının araştırılması ve onlara davetiye tebliği için gerekli giderlerin karşı tarafça karşılanmaması durumunda, HMK'nın 325. maddesi uyarınca, ilerde bu gideri ödemesi gereken taraftan alınmak üzere Hazine'den ödenmesine karar verilmelidir (**Tutumlu**, s. 120-121).

¹³³ **Tutumlu**, s. 120.

İlân süresi içinde kimse başvurmazsa ve sulh hâkimi de hiçbir mirasçı tespit edememişse, miras sebebiyle istihkak davası açma hakkı saklı kalmak üzere mirasın Devlete geçeceği (TMK m. 594/2; m. 501); bu durumun boşanma davasının görüldüğü mahkemeye bildirilmesi üzerine boşanma davasının Hazine huzurunda sürdürülmesi gerektiği, Doktrinde ifade edilmektedir¹³⁴. Kanaatimizce, boşanma davası esnasında ölen eşin kanunî veya atanmış mirasçısının bulunmaması durumunda, bu davanın Hazine huzurunda devam etmemesi gerekir. Zira kanunkoyucunun mirasçılarının söz konusu davaya devam etmesine olanak tanınmasının sebebi, bazı boşanma sebeplerinde sağ kalan eşin ölen eşine mirasçı olmasının diğer mirasçılar açısından yaratacağı hakkaniyete aykırı sonuçları önlemektir. Yoksa bu davada ne olursa olsun sağ kalan eşin mirasçılığına son vermek değildir. Zaten mirastan yoksunluk sebepleri varsa, sağ kalan eş mirasçı olamayacaktır. Belirtilen nedenlerle, boşanma davası esnasında ölen eşin davaya devam edecek kanunî veya atanmış mirasçısı yoksa, tek yasal mirasçı davada karşı taraf olan sağ kalan eştir (TMK m. 499). O halde böyle bir durumda, boşanma davasının konusuz kalması sebebiyle esas hakkında karar verilmesine yer olmadığı şeklinde bir kararla davanın sona erdirilmesi gerekir.

Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının tespiti ve duruşmaya daveti bakımından sorunla karşılaşılması olası bir başka durum da, boşanma davası esnasında ölen eşin avukatı tarafından davanın yürütülmüş olmasıdır. Bu durumda da, malvarlığına ilişkin bir dava esnasında, taraflardan birinin ölümü halindeki gibi işlem yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Buna göre, ölüm ile vekâlet ilişkisi kural olarak sona erdiğinden (TBK m. 513), mahkemenin ölen tarafın bütün mirasçılarını duruşmaya davet etmesi gerekir¹³⁵. Ölen tarafın mirasçıları duruşmaya gelirse, mirasçılarının davaya devam edip etmeyeceği yönünde beyanları alınarak işlem yapılması gerekir.

3. Boşanma Davası Esnasında Ölen Eşin Mirasçılarında Birinin Davaya Devam Etmek İçin Talepte Bulunması

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün uygulanabilmesi için, boşanma davası esnasında ölen davacı taraf ise, davacı

¹³⁴ Gençcan, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 60; Gençcan, s. 1542.

¹³⁵ Kuru, C.I, s. 920; Kuru, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt: II, İstanbul 2001, s. 1330; Tutumlu, s. 119.

tarafın mirasçılarında birinin¹³⁶; ölen davalı taraf ise, davalı tarafın mirasçılarında birinin davaya sağ kalan eşin kusurunun tespiti suretiyle mirasçılığına son verilmesini talep etmesi gereklidir. Bu talep üzerine, mahkemece mirasçılarının davaya devam etmesi için gerekli koşulların mevcut olup olmadığı kontrol edilmelidir. Mirasçılarının davaya devam edebilmeleri için gerek dava şartı gibi usule ilişkin gerekse davaya devam edilebilmesine olanak sağlayan hükümdeki (TMK m. 181/2) koşullar mevcutsa, hâkim mirasçılarının taraf olarak kabul edildiğini bir ara kararla belirtir. Bundan sonra ölen tarafın mirasçısı veya mirasçıları taraf olarak bu davayı birlikte yürütürler¹³⁷.

Buna karşılık, boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçıları davayı takip etmeyeceklerini açıklamış veya hâkim tarafından kendilerine verilen kesin süre içinde davaya devam konusunda bir beyanda bulunmamış iseler, davaya hâkim kendiliğinden devam edemez¹³⁸. Bu durumda, evlilik birliği ölümle sona erdiğinden; dolayısıyla boşanma davası konusuz kaldığından, boşanma talebi hakkında esasa ilişkin bir karar verilmesine yer olmadığına karar verilmek suretiyle dava sona erdirilir¹³⁹.

IV. Mevcut Boşanma Davasında Kusuru Koşul Vakıa Olarak Düzenleyen Bir Boşanma Sebebine Dayanılmış Veya Kusurun Savunma Olarak İleri Sürülmüş Olması

Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları, ancak sağ kalan eşin kusurunu ispatlamak suretiyle onun eş olmaktan kaynaklanan yasal mirasçılık sıfatını ve boşanmadan önce yapılmış ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi tasarruftan anlaşılmadıkça kaybetmesini sağlayabilirler.

Mirasçılar tarafından devam edilen davada ispat edilmesi gereken kusur ile ilgili ortaya iki sorun çıkmaktadır. Bu konudaki ilk sorun, eşlerin kusuru

¹³⁶ Boşanma davası devam ederken ölen davacı tarafın mirasçılarında birinin davaya devam edebileceğine ilişkin kararlar için bkz. **Gençcan**, s.1534 vd.; boşanma davası devam ederken ölen davalı tarafın mirasçılarında birinin davaya devam edebileceğine ilişkin kararlar için bkz. **Gençcan**, s. 1536 vd.

¹³⁷ **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 22.

¹³⁸ **Gençcan**, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 59; **Gençcan**, s. 1538; **Topuz**, s. 140.

¹³⁹ **Gençcan**, s. 1533; **Topuz**, s. 140; 2. HD, 12.01.2005, 16183/392 (**Gençcan**, s. 1533).

koşul vakıa olarak düzenleyen bir boşanma sebebine dayanmadığı; yani kusur denetiminin yapılmadığı boşanma davalarında, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükme istinaden davaya devam etme olanağının mevcut olup olmadığı hususunda çıkmaktadır.

Boşanma davası kusur unsurunun koşul vakıa olarak arandığı bir sebebe dayalı olarak açılmışsa, bu dava esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davada kusurun boşanmaya sebebiyet verip vermeyeceği incelenerek bu konuda bir karar verilebilir. Buna karşılık, kusur unsurunun koşul vakıa olarak aranmadığı bir boşanma sebebine dayalı olarak açılan boşanma davasında¹⁴⁰, ölen eşin mirasçıları tarafından davaya devam edilerek sağ kalan eşin kusuru yönünden bir inceleme yapılıp yapılamayacağı Doktrinde tartışmalıdır.

Bu konuda Doktrinde farklı görüşler mevcuttur. Bu konudaki bir görüşe göre¹⁴¹, eşler tarafından kusur unsurunun koşul vakıa olarak düzenlenmediği bir boşanma sebebine dayalı olarak açılan boşanma davalarında, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm uygulama alanı bulmaz. Diğer bir ifadeyle, kusur denetiminin yapılmadığı boşanma davalarında, ölen eşin mirasçılarından biri tarafından sağ kalan eşin kusurunun tespiti talep edilemez.

Bu konudaki diğer görüşe göre ise¹⁴², kusur unsurunun koşul vakıa olarak düzenlenmediği bir boşanma sebebine dayalı olarak açılan boşanma davalarında da, dava esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından davaya sağ kalan eşin kusurunun tespiti için devam edilebilir. Bu görüşe gerekçe olarak Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükümle ölen eşin mirasçılarına doğrudan özel bir hak tanındığı ve söz konusu hükümde boşanma sebepleri arasında bir ayırım gözetilmemesi gösterilmektedir. Yargıtay kararları da bu yöndedir¹⁴³. Yargıtay muhtemelen toplumumuzda

¹⁴⁰ Örneğin, akıl hastalığına dayalı olarak açılan boşanma davası (TMK m. 165), anlaşmalı boşanma veya fiilî ayrılık sebebiyle açılan boşanma davaları (TMK m. 166/son).

¹⁴¹ **Öztan**, s. 464; **Gençcan**, s. 1520; **Antalya**, s. 97; **Topuz**, G., s. 91; **Topuz**, s. 156, 183; **Aksu**, s. 55; **Aksu** Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 89-90.

¹⁴² **İnan/Ertas/Albaş**, s. 125; **Burcuoğlu**, s. 386; **Tutumlu**, s. 113, 124.

¹⁴³ 2. HD, 06.04.2009, 3668/6307 (**Gençcan**, s. 1521-1522). Bu karara **Gençcan** tarafından yazılan karşı oy yazısı için bkz. aynı karar. 2. HD, 20.02.2006, 17321/1794 (**Gençcan**, s. 1522 vd.). Bu karar **Gençcan** tarafından yazılan karşı oy yazısı için bkz. aynı karar.

genellikle eşlerin gerçek boşanma sebeplerini çevrelerinden ve ailelerinden saklamak için, örneğin, zina sebebiyle veya pek kötü muamele sebebiyle boşanma davası açmak yerine, anlaşmalı boşanma davası açmış olabilecekleri gibi bir düşünceyi de gözetmiş olabilir¹⁴⁴.

Kanaatimizce, kusur unsurunun koşul vakıa olarak düzenlenmediği boşanma sebeplerine dayalı açılan boşanma davalarında, ölen eşin mirasçılarının davaya diğer eşin kusurunun tespiti bakımından devam etmesi mümkün olmamalıdır¹⁴⁵. Aksi görüşün kabulü, eşlerin dayandığı boşanma sebebinin mirasçılar tarafından değiştirilmesi; murisin ileri sürmediği kusur iddiasının mirasçılar tarafından ileri sürülmesine yol açar. Böyle bir kabulün yol açacağı sorun sadece, eşlerin boşanma davasında dayanmadıkları vakıalara onların mirasçıları tarafından dayanılması; dolayısıyla medenî usûl hukukunda geçerli olan iddia ve savunmanın değiştirilmesi ve genişletilmesi yasağı ile ilgili değildir. Öyle olsaydı, boşanma davası esnasında ölen eşin kullanmadığı ıslah hakkını mirasçıların devam ettikleri davada kullanmak suretiyle kusur unsuruna dayalı boşanma sebeplerini ileri sürebilmeleri gerektiği kabul edilebilirdi¹⁴⁶. Ancak boşanma davası esnasında ölen eş, ölmeden önce ıslah hakkını kullanmamış olsa dahi, mirasçıların ıslah yolu ile yeni boşanma sebepleri ileri süremeyeceği kanaatindeyiz. Zira boşanma davası açma hakkı, şahıs varlığına ilişkin bir haktır. Bu hakkını kullanmak suretiyle dava açan eş, davasını açarken kendi tercihine göre dayandığı boşanma sebebinin belirleyerek davasını açar. Birden fazla boşanma sebebi bulunan davacı, bunlardan birini tercih ederek davasını açar. Benzer şekilde, davalı da, muhtelif savunma sebeplerine sahip olmakla birlikte, bunlardan birine veya bir kaçına dayanır. İşte ölen tarafın şahsına bağlı bir hakkı kullanırken iddia veya savunma sebeplerini de kendi isteği doğrultusunda seçerek davayı açan veya savunmada bulunan tarafın dayanmadığı “kusur” unsuruna

¹⁴⁴ Bu düşüncede, **Tutumlu**, s. 386.

¹⁴⁵ **Gençcan**, s. 1520; **Topuz**, G., s. 91. **Ulusan** (s. 228), **Antalya** (s. 97) ve **Kılıçoğlu** (s. 22; **Kılıçoğlu**, s. 33), boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıların sadece sağ kalan eşin ağır kusurlu olması durumlarında davaya devam edebilmeleri gerektiğini kabul ettiklerinden, bundan hareketle yazarların kusur unsurunun öngörülmediği davalarda mirasçıların davaya devam hakkı olmadığı kanaatinde oldukları sonucuna varmak mümkündür. Karş. **Öztaş**, s. 464; **İnan/Ertas/Albaş**, s. 124-125; **Burcuoğlu**, s. 385.

¹⁴⁶ Bu görüşte, **Tutumlu**, s. 122; **Burcuoğlu**, s. 386; **Erişir**, s. 175.

mirasçılarının dayanabilmesi, söz konusu hükmün genel ilkelere aykırı uygulanmasına ve mirasçılar tarafından kötüye kullanılmasına yol açabilir.

Boşanma davası esnasında ölen miras bırakan eşin dayanmadığı kusur unsurunu onun mirasçılarının ileri sürmesini kabul etmek mirasçılarını boşanma davasının tarafı haline getirmiş olur¹⁴⁷. Oysa mirasçılarının devam ettikleri dava boşanma talebi değil; boşanmadaki kusuru sebebiyle sağ kalan eşin ölen eşe mirasçı olamayacağına karar verilmesi talebidir.

Ayrıca, mirasçılara mirasbırakanın dayanmadığı bir sebebi ileri sürme olanağı verilirse, bu durumda mirasçılar davaya dâhil edecekleri yeni vakıaları ispat etmek için yeni delil gösterme hakkına da sahip olacaklardır. Bu durumda ise, mevcut yargılama sonuçlarından yararlanmak mümkün olmayacaktır. Oysa kanunkoyucu, konusuz kalan boşanma davasına devam edilmesine olanak sağlamak suretiyle, boşanma davası sırasında elde edilmiş delil ve vakıaların (kusur bakımından) kullanılarak daha kısa sürede daha az emek harcamak suretiyle mirasçılarının talebinin karara bağlanmasını mümkün kılmıştır¹⁴⁸.

Karşıt görüşün ifade ettiği gibi, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının külli halef sıfatıyla söz konusu davaya devam etmedikleri; kendilerine tanınan bir hakkı kullandıkları kabul edilse dahi, bu hak onlara külli halef oldukları için tanınmıştır. Ayrıca mirasçılar bu hakkı konusuz kalan boşanma davasına devam etmek suretiyle kullanabilirler. Bu konuda ayrı bir dava açamazlar. “Mirasçılarının yargılama sonuçlarıyla bağlılıkları” başlığı altında da belirtileceği üzere, Türk Medenî Kanunu’nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden mirasçılarının davaya katılması üzerine gerçekleştirilen taraf değişikliği, kanunî taraf değişikliği olduğundan, mirasçılar mirasbırakanın yargılama sonuçlarıyla bağlı olacaklardır. Eşlerin gerçek boşanma sebeplerini gizlemek suretiyle dava açmış olabilecekleri düşüncesiyle mirasçılarının mirasbırakanın dayanmadığı bir boşanma sebebine dayanabilecekleri ifade edilebilir. Böyle bir düşüncede haklılık payı bulunması dahi, mirasçılar tarafından mirasbırakanın dayanmadığı bir boşanma sebebine dayanılmasını, usul hukuku ve medeni hukuk ilkeleriyle uyumlu hale

¹⁴⁷ Topuz, G., s. 91.

¹⁴⁸ Sungurtekin Özkan, s. 81.

getirmez. Ayrıca, eşlerin gizlediği boşanma sebebi, sağ kalan eşin mirastan yoksun olmasına yol açan sebeplerse, mirastan yoksunluk zaten kanun hükmü gereğince gerçekleşeceğinden, tam olarak adalet duygularına aykırılık ortadan kaldırılamasa da, mirastan yoksunluk sonucu doğuran hallerde, bu aykırılık söz konusu olmayacaktır.

Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davada kusur bakımından ortaya çıkan bir diğer sorun, sağ kalan eşin kusurunun derecesinden ne anlaşılması gerektiğidir. Zira Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasında, sadece "diğer eşin kusurunun ispatlanması" koşulundan söz edilmiş; ancak sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verilmesi için gerekli kusurun derecesi bakımından bir düzenleme öngörülmemiştir.

Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından sağ kalan eşin kusurunun ispat edilmiş sayılması için kusurun hangi derecede olması gerektiği konusunda Doktrinde farklı görüşler mevcuttur.

Bu konudaki bir görüşe göre, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verecek kusurun, ağır kusur olması gerekir¹⁴⁹. Zira Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasının düzenlenmesinin sebebi, ağır bazı sebepler dolayısıyla açılan boşanma davalarında kusurlu olan eşin dava devam ederken ölen eşe mirasçı olmasının adalete aykırı olmasıdır¹⁵⁰. Bu görüş, bu durumda zina, pek kötü veya ağır onur kırıcı davranış, haysiyetsiz hayat sürmeye dayanan boşanma sebeplerinde aranan kusuru örnek olarak göstermektedir¹⁵¹.

Bu konudaki diğer görüşe göre ise, kusurun ağır kusur olması şart değildir. Önemli olan kusurun boşanmayı gerektirecek ağırlıkta olmasıdır¹⁵². Buna karşılık, sağ kalan eşin kusuru, boşanmaya yol açmayacak nitelikteyse,

¹⁴⁹ **Ulusan**, s. 228; **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 21-22; **Kılıçoğlu**, s. 33; **Gençcan**, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 60.

¹⁵⁰ **Ulusan**, s. 228.

¹⁵¹ **Kılıçoğlu**, Yenilikler, s. 22; **Kılıçoğlu**, s. 34-35.

¹⁵² **Burcuoğlu**, s. 384; **Sungurtekin Özkan**, s. 81; **Gençcan**, s. 1544; **Tutumlu**, s. 125; **Aksu**, s. 51; **Aksu**, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 73; **Topuz**, s. 184. TMK m. 181/2 hükmünde kusurun derecesinden söz edilmemesi nedeniyle ciddi şekilde eleştirilmesi gerektiği yönünde bkz. **Umar**, s. 95.

sağ kalan eşin kusurundan söz edilemez¹⁵³. Kanaatimizce de, bu durumda sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verecek kusurun ağır kusur olması gerekli değildir. Zira söz konusu hükmün gerekçesinde, “özellikle” denilerek, zina, hayata kast, pek kötü davranış, haysiyetsiz hayat sürme sebeplerinden biriyle açılan boşanma davaları sayılmış; boşanma sebepleri bakımından bir sınırlama yapılmamıştır. Sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son vermeye yeterli kusurunun mevcut olduğunu kabul etmek için, kusurun boşanmaya sebebiyet verecek derecede olması yeterlidir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, boşanma davası esnasında ölen eşin boşanmaya sebep olan olaylar bakımından tamamen kusursuz olması da şart değildir. Önemli olan, boşanmaya sebep olan olaylar bakımından ölen eşin sağ kalan eşten daha fazla kusurlu olmamasıdır¹⁵⁴. Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından davaya devam edildiğinde, sağ kalan eşin hiç veya ölen eşten daha az kusurlu olduğu tespit edildiğinde, mirasçıların talebi bakımından devam edilen davanın reddi gerekir¹⁵⁵.

Yargıtay kararlarında da, sağ kalan eşin kusurunun boşanmaya sebebiyet verecek derecede olması gerektiği kabul edilmektedir¹⁵⁶. Esasen olması gereken hukuk bakımından, Alman hukukunda olduğu gibi, boşanmada kusur esası yerine, evlilik birliğinin sarsılmış olması esasına geçilmesi¹⁵⁷ ve

¹⁵³ 2. HD, 10.05.2010, E.2009/7963, K.2010/9410 (Gençcan, s. 1545); 2. HD, 17.12.2008, 17746/17178 (Gençcan, s. 1545). Yargıtay, evlilik birliğinin temelinden sarsılmasına sebep olan olaylarda sağ kalan eşin daha fazla kusurlu olup olmadığının tespiti gerektiğini ifade etmektedir. Bu yönde bkz. 2. HD, 27.12.2002, 13667/9870 (Doğan, s. 1032); 2. HD, 30.03.2004, E.2004/691 K.2004/3993 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası). Bazı kararlarında ise, sağ kalan eşin kusur nispetinin veya kusursuz olup olmadığının tespiti yönünden davaya devam edilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu yönde bkz. 2. HD, 30.06.2003, 8765/9870 (Doğan, s. 1033). Yargıtay bazı kararlarında da, kusurun belirlenmesi ile yetinilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Bu yönde bkz. 2. HD, 13.01.2004, 16642/198 (Doğan, s. 1033).

¹⁵⁴ Burcuoğlu, s. 383-384. Benzer yönde bkz. Özüğür, s. 942; Topuz, s. 185.

¹⁵⁵ Burcuoğlu, s. 384.

¹⁵⁶ Bu yönde bkz. 2. HD, 11.07.2012, 14008/19538 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası); 2. HD, 26.05.2010, 8491/10250 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası); 2. HD, 21.11.2007, 2356/16218 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası); 2. HD, 14.03.2006, 18735/3430 (Gençcan, s. 1544).

¹⁵⁷ Bu konuda bkz. Topuz, s. 173 vd.

yine kusurun mevcudiyeti yerine boşanmanın koşullarının gerçekleşmiş olması durumunda sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verilmesi gerektiği savunulabilir. Ancak Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasında açıkça kusurdan söz edildiği için, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verilebilmesi için, boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurun mevcudiyetinin aranması gereklidir¹⁵⁸.

D. BOŞANMA DAVASI ESNASINDA ÖLEN EŞİN MİRASÇILARININ DAVAYA DEVAM ETMESİNİN SONUÇLARI

I. Boşanma Davası Devam Ederken Ölen Eşin Mirasçılarının Mevcut Yargılama Sonuçlarıyla Bağlı Olmaları

Boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçılarından birinin Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükme istinaden davaya devam etmesi durumunda mevcut davada bir taraf değişikliği meydana geldiğini ve bu değişikliğin kanunî taraf değişikliği olduğunu daha önce belirtmiştik¹⁵⁹.

Kanunî taraf değişikliği halleri esasen maddi hukuktaki küllî veya cüzî halefiyet sebebiyle gerçekleştirilir ve kanunî taraf değişikliği yapılması durumunda, yeni taraf katıldığı andan itibaren davaya devam edebilir ve mevcut yargılama sonuçlarıyla bağlı olur. Yani, eski tarafın yaptığı işlemler geçerliliğini koruduğu gibi eski tarafın ihmal ettikleri de tarafı bağlar¹⁶⁰. Zira yeni taraf, davaya kanunî halef olarak girmektedir.

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarından biri tarafından devam

¹⁵⁸ Aynı yönde **Aksu**, s. 74.

¹⁵⁹ Bkz. "Boşanma Davası Esnasında Ölen Eşin Mirasçılarında Biri Tarafından Davaya Devam Edilmesiyle Gerçekleştirilen Taraf Değişikliğinin Sui Generis Bir Kanunî Taraf Değişikliği Olması" başlığı altında yapılan açıklamalar.

¹⁶⁰ **Ansay**, Sabri Şakir; Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Bası, Ankara, 1960, s. 122; **Guldener**, Max; Schweizerische Zivilprozessrecht, Zurich 1979, s. 145; **Bilge/Önen**, s. 236; **Üstündağ**, Saim; İddia ve Müdafanın Değiştirilmesi Yasağı, İstanbul 1967, s. 185, dn. 1; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 42, N.3; **Pekcantez/Atalay/Özkes**, s. 305-306; **Kale**, s. 36.

edilen davada, mirasçılar küllî halef sıfatıyla davaya devam etmemektedirler. Ancak mirasçılar kanunda kendilerine sağlanan bu hakka küllî halef oldukları için sahiptirler. Gerçi konusuz kalan boşanma davasına mirasçılar ayrı bir taleple devam etmektedirler. Ancak mirasçıların devam ettikleri davada ileri sürülen talep, konusuz kalan boşanma talebiyle ilgisiz bir talep değildir¹⁶¹. Aksine yeni talep, ölümle konusuz kalan boşanma davasında dayatılan boşanma sebebiyle ilgili, sağ kalan eşin boşanmaya sebebiyet verecek derecedeki kusurunun tespiti suretiyle onun mirasçılığına son verilmesi için ileri sürülen bir taleptir. Mirasçılar tarafından devam edilen davada boşanma talebi hakkında inceleme yapılmamakla birlikte, sağ kalan eşin boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurlu olup olmadığına ilişkin inceleme yapılacaktır. Bu durumda ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davada ispatlaması gereken husus da artık boşanma sebebi değil; sağ kalan eşin boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurlu olduğudur.

Sonuç olarak boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının sağ kalan eşin mirasçılığına son vermek amacıyla devam ettikleri davada gerçekleşen taraf değişikliği kanunî taraf değişikliğidir. Bu nedenle, kanunî taraf değişikliği yapılan hallerde, davaya taraf olarak katılanların mevcut yargılama sonuçlarıyla bağlılıkları bakımından geçerli olan kurallar, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları bakımından da geçerli olmalıdır. Yalnız mirasçılara geçen malvarlığı haklarına ilişkin davalarda uygulanan usûl kurallarının, mirasçılar tarafından devam edilen davada niteliğine uyduğu ölçüde kıyasen uygulanması gerekir¹⁶². O halde, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları davaya taraf olarak katıldıkları andan itibaren devam edebilirler ve mevcut yargılamada murislerinin ölmeden önce yapmış olduğu işlemlerle bağlıdırlar¹⁶³. Davaya devam eden mirasçılar, sağ kalan eşin kusurunun ispatı bakımından murislerinin boşanma davasında davanın kabulü veya reddi için hangi iddia ve savunmada bulunmuş ise, ölen eşin mirasçıları da bunlarla bağlı olmalı ve ancak bu iddia ve savunmaların ispatı için delil gösterebilmelidirler¹⁶⁴.

¹⁶¹ Farklı görüşte bkz. **Topuz**, s. 156. Karş. **Aksu**, s. 55; **Aksu**, Alman Medeni Kanunıyla Karşılaştırma, s. 89.

¹⁶² **Topuz**, G., s. 84.

¹⁶³ **Topuz**, G., s. 84.

¹⁶⁴ **Topuz**, s. 156.

Bu bağlamda, yargılama hangi aşamadaysa, ölen taraf hangi işlemleri yapma hakkına sahip idiyse, davaya devam eden mirasçılar da o haklara sahip olup daha fazlasına sahip değillerdir¹⁶⁵. Örneğin, boşanma davasının tahkikat aşamasında eşlerden biri ölmüş ve delillerin gösterilmesi gereken aşama tamamlanmış ise; muris yaşıyor olsaydı, kural olarak, delil göstere-meyeceğinden (HMK m.145), ölen eşin mirasçıları da, kural olarak, yeni delil gösteremeyecektir¹⁶⁶. Benzer şekilde, boşanma davası devam ederken ölen eş tanık listesi sunmuşsa, onun mirasçıları ikinci tanık listesi veremez-ler¹⁶⁷. Ancak boşanma davası devam ederken ölen eşin mirasçıları, ölen eşin delil listesinde yer alan ve ancak eşin ölümünden önce dinlenmemiş olan tanıkların dinlenmesini isteyebilirler. Buna karşılık, boşanma davası devam ederken ölen eş, delil göstermeden ölmüşse, hâkimin ölen eşin mirasçılarına delillerini sorması gerekir¹⁶⁸.

Yine boşanma davası devam ederken ölen eş ölmeden önce ıslah hakkını kullanmış ise, mirasçılar artık davayı sürdürdüklerinde ıslah yoluna başvuramazlar¹⁶⁹. Zira bir davada ıslah yoluna bir kez başvurulabilir (HMK m.176/2). Ancak muris ölmeden önce ıslah yoluna başvurmamış ise, miras-çılar ıslah yoluna başvurabilir. Ancak Doktrinde, mirasçıların ıslah yoluna başvurmak suretiyle dava sebebi olan vakıaları değiştirebileceği de ifade edilmektedir¹⁷⁰. Örneğin, mirasbırakanın dayanmış olduğu şiddetli geçim-sizlik sebebi yerine zina vakıasının mirasçılar tarafından ıslahla ileri sürebileceği kabul edilmektedir¹⁷¹. Böyle bir kabulün mirasçıların gerçek olmayan vakıaları davaya dâhil etmek suretiyle sağ kalan eşi miras hakkın-dan yoksun bırakmak için kötü niyetli davranmalarına sebebiyet vereceği de vurgulanmaktadır. Ancak yine de bu gibi kötü niyetli davranışlara karşı muhtelif yaptırımlar bulunduğundan, bu ihtimalin dahi, mirasçıların dava

¹⁶⁵ **Tutumlu**, s. 125.

¹⁶⁶ 2. HD, 30.04.2007, 6404/6924 (**Gençcan**, s. 1545); 2. HD, 30.06.2005, 7868/10323 (**Gençcan**, s. 1545).

¹⁶⁷ **Tutumlu**, s. 126.

¹⁶⁸ **Gençcan**, s. 1546.

¹⁶⁹ **Tutumlu**, s. 122.

¹⁷⁰ **Tutumlu**, s. 122.

¹⁷¹ **Tutumlu**, s. 122.

sebebini ıslah edebileceği sonucuna varılması bakımından engel teşkil etmemesi gerektiği savunulmaktadır¹⁷².

Esasen malvarlığına ilişkin bir dava esnasında ölen tarafın yerine davaya devam eden mirasçılar, murisin hak ve yetkilerine sahip olduklarından, murisleri ıslah hakkını kullanmamışsa, ıslah yolu ile yeni vakıalar ileri sürebilirler. Ancak daha öncede belirtildiği gibi¹⁷³, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden devam edilen davada mirasçıların ölen eşin dayanmadığı bir boşanma sebebine ıslah yoluyla dayanmak suretiyle davanın sebebini değiştiremeyecekleri kanaatindeyiz. Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları, devam ettikleri davada mirasbırakanın ileri sürdüğü boşanma sebebi kapsamında eksik bıraktığı hususları elbette tamamlayabilirler¹⁷⁴. Ancak murislerinin dayanmadığı bir boşanma sebebini ıslah suretiyle değiştirip başka bir dava sebebine dayanamazlar.

II. Boşanma Davası Devam Ederken Ölen Eşin Mirasçıları Tarafından Devam Edilen Davada Verilmesi Gereken Hükümün Niteliği ve Etkisi

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasında, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarından birinin davaya devam etmesi ve diğer eşin kusurunu ispatlanması halinde, bu maddenin birinci fıkrasındaki hükümün uygulanacağı düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, boşanan eşler, bu sıfatla birbirlerinin yasal mirasçısı olamazlar ve boşanmadan önce yapılmış olan ölüme bağlı tasarruflarla kendilerine sağlanan hakları, aksi sözleşmeden anlaşılmadıkça kaybederler. Bu hükümün uygulanması durumunda sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığının sona ermesi şeklindeki sonucun, kusurun tespitine ilişkin bir kararla kanun hükmü gereğince kendiliğinden mi; yoksa kusurun tespitiyle birlikte sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığının sona erdiğine ilişkin inşaî nitelikte bir kararla mı doğacağı da bir sorundur. Bu sorunun cevabı, boşanma davası esnasında ölen eşin miras-

¹⁷² **Tutumlu**, s. 122. Mirasçıların kötü niyetli davranışlarına karşı mevcut yaptırımlar konusunda bkz. **Tutumlu**, s. 123-124.

¹⁷³ Bkz. dn. 146 civarı.

¹⁷⁴ **Aksu**, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 90.

çıları tarafından devam edilen davanın kabulü üzerine verilmesi gereken hükmün niteliğini ortaya koyacağı gibi, mirasçılar tarafından devam edilen davada talebin ne olduğu; dolayısıyla davanın türünü de belirleyecektir.

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasında, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davada verilmesi gereken hükmün niteliği; diğer bir ifadeyle, devam edilen davanın türü bakımından bir açıklık bulunmamaktadır. Ancak anılan hükmün gerekçesinde, eşin ölümünden sonra mirasçılardan birinin "devam ettiği" davanın "eşlerin boşanmasına yönelik olmayacağı", "boşanmada hangi eşin kusurlu olduğunun saptanmasına" yönelik olacağı belirtilmiştir. Gerekçedeki bu ifadeden hareket eden bu konudaki bir görüşe göre¹⁷⁵, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davada, sadece sağ kalan eşin kusurlu olup olmadığı tespit edilmelidir. Sağ kalan eşin kusurlu olduğunun tespiti halinde, kanunda öngörülen sonuç kendiliğinden doğacak ve sağ kalan eşin mirasçılık sıfatı sona erecektir¹⁷⁶. Zira, kanunkoyucu kusurun tespitine bu sonucu bağlamıştır. Bu görüşün kabulü, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davada verilen hükmün bir tespit hükmü olduğu; dolayısıyla inşai nitelikteki boşanma davasının tespit davasına dönüştüğü sonucunu doğurur. Bu durumda, sağ kalan eşin boşanmayı gerektirecek kusuru tespit edilmiş ise, verilecek hüküm sağ kalan eşin boşanmaya yetecek derecede tek veya daha fazla kusurlu olduğunun tespiti şeklinde olacak ve verilen tespit kararı doğrudan sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılık hakkını sona erdirecektir. Bu durumda, mahkeme, ayrıca

¹⁷⁵ **Ulusan**, s. 228; **Öztañ**, s. 463; **Akıntürk/Karaman**, s. 292; **Kılıçoğlu**, s. 35; **Burcuoğlu**, s. 382; **Tutumlu**, s. 114; **Demir**, s. 49; **Topuz**, s. 152. **Aksu** (Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma, s. 84), TMK m.181/2 hükmüne istinaden mirasçılar tarafından devam edilen davanın hukuki niteliğinin sağ kalan eşin mirasçılık durumunun tespiti olduğunu ifade etmektedir. Aynı şekilde bkz. **Aksu**, Mirastan Yoksunluk, s. 267. Ancak tespit davası mevcut hukuki durumu tespit eder. Eşlerden birinin boşanma davası esnasında ölümü, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığını sona erdirmez. Zira bu durumda evlilik birliği ölümle sona ermiştir. Sağ kalan eşin mirasçılığına son verilmesi için, ölen eşin mirasçıları tarafından davaya devam edilmesi ve sağ kalan eşin kusurlu taraf olduğunun ispatı suretiyle onun ölüm anı itibarıyla mirasçılığına son verilmesi gereklidir. Bu da, kanaatimizce ancak inşai bir hükümle sağlanabilir.

¹⁷⁶ **Tutumlu**, s. 114.

sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılık hakkının sona erdiği şeklinde bir karar vermeyecektir¹⁷⁷.

Kanaatimizce, haklı olan bu konudaki diğer görüşe göre ise¹⁷⁸, mahkeme sadece kusurun tespiti ile yetinilemez; kusurun ispatı halinde, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığının sona erdiğine ilişkin bir kararın da verilmesi gereklidir. Zira sadece sağ kalan eşin kusurunun tespiti onun miras bırakanın ölümü anında mirasçı olmasını engellemez¹⁷⁹. Bu tespit hükmünden sonra, ölen eşin mirasçıları sağ kalan eşin bu sıfatla yasal miras hakkını veya vasiyet alacağını kaybettiğini ayrı bir dava açmak suretiyle de ileri süremezler¹⁸⁰.

Kaldı ki, boşanma davasında, dava sebebi olan olayların karşı tarafın kusurundan kaynaklanmış olması bir maddi olgudur ve sadece maddi olgunun tespiti için, tespit davası açılmaz¹⁸¹. Bunun yanı sıra, tespit davasını açmamış veya davaya devam etmemiş olmak tespiti talep edilen hukuki ilişkinin özünü etkilemez¹⁸². Tespit davasında, tespite konu hukukî ilişkinin mevcut olduğuna veya olmadığına hükmedilir. Eğer boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davanın kabulü halinde verilen hüküm bir tespit hükmü olsaydı, o zaman bu hükmün sağ kalan eşin

¹⁷⁷ **Burcuoğlu**, s. 384.

¹⁷⁸ **Kuru/Budak**, s. 227; **Doğan**, s. 1032. **Gençcan**, s. 1548; **Antalya**, s. 95. Benzer yönde bkz. **Sungurtekin Özkan**, s. 81.

¹⁷⁹ **Dural/Öğüz/Gümüş** (s. 136) ile **Dural/Öz** (s. 43-44) tarafından, sağ kalan eşin kusurlu olduğunun tespiti ile yetinilmemesi gereği şu gerekçelerle ifade edilmektedir: “... açıklanması gereken bir husus da, mahkemenin vereceği kararın niteliği ve etkisidir. Eğer bu karar, Gerekçe’de belirtildiği gibi, salt bir tespit kararı ise, sırf davalının kusurlu olduğunun tespitinin, onun mirasçılığını engelleyememesi gerekir. Bundan sonra, büyük bir ihtimalle, bu karar sebebiyle eşin mirasçılığını engellemek için niteliğinin ne olacağına saptanması gereken (muhtemelen bozucu yenilik doğuran bir dava) bir başka davanın daha açılması zorunlu olacaktır. Buna karşılık mahkemece, kusurun tespiti ile sağ kalan eşin mirasçılığına da son veriliyorsa, o zaman bu karar, var olan bir hukukî duruma (sağ kalan eşin mirasçılığına) son verdiği için bozucu yenilik doğuran bir karar olacaktır. Ancak bu defa da, bu düzenleme mirastan yoksunluğun kanun gereği olduğu kuralına aykırı düşecektir. ...”. Karş. **Burcuoğlu**, s. 383.

¹⁸⁰ **Kuru/Budak**, s. 227; **Topuz, G.**, s. 73.

¹⁸¹ **Kuru/Budak**, s. 225.

¹⁸² **Kuru/Budak**, s. 227; **Topuz, G.**, s. 73.

bu sıfatla mirasçı olmadığını ölüm anı itibariyle tespit etmesi gerekirdi. Oysa dava esnasında eşlerden birinin ölümü üzerine sağ kalan eş kusurlu dahi olsa, mirasın açılmasıyla ölen eşine mirasçı olmaktadır. Kanunkoyucu, boşanan eşlerin bu sıfatla mirasçı olamayacağına ilişkin hükmün (TMK m. 181/1) sonuçlarının kusurlu eş için de doğmasını, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarında birinin davaya devam ederek sağ kalan eşin kusurunun ispatı şartına bağlı tutmuştur¹⁸³. Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarında biri tarafından davaya devam edilmezse, sadece sağ kalan eşin kusurlu olması, onun miras veya vasiyet alacağı hakkını etkilemez¹⁸⁴.

Esasen ilk görüş doğrultusunda verilecek bir hüküm, sadece sağ kalan eşin kusurlu olduğunun tespitine ilişkin olup sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verildiği hükümde yer almadığından, böyle bir hükmün uygulanması da sorunlu olacaktır. Boşanma davası esnasında sağ kalan eş, miras bırakan eşin ölümü anında boşanmaya sebebiyet verecek derecede kusurlu da olsa, ölen eşine mirasçı olur. Ölen eşin mirasçılarının davaya devam ederek sağ kalan eşin kusurlu olduğunu ispat etmeleri üzerine onun bu sıfatla mirasçılığının sona erdiğine ilişkin geçmişe etkili bir hüküm verilmesiyle sağ kalan eşin mirasçılığı sona erer ve ancak böyle bir hüküm uygulamada bu bakımdan yaşanması olası sorunları önleyecek nitelikte olabilir. Yargıtay kararları, genellikle ilk görüş doğrultusunda olmakla birlikte¹⁸⁵, Yargıtay'ın ikinci görüş doğrultusunda verdiği kararlar¹⁸⁶ da mevcuttur.

¹⁸³ Akkanat, s. 46, 48.

¹⁸⁴ **Kuru/Budak**, s. 226. Kanun, boşanma davasına devam etmemiş mirasçılara, kusurlu eşin ileride kendilerine yönelteceği vasiyet alacağı talebini yerine getirmekten kaçınmalarına olanak veren bir def'i hakkı dahi tanımamıştır (TMK m. 559/II; 571/III) (**Kuru/Budak**, s. 226, dn. 32).

¹⁸⁵ Bu yöndeki kararlar için bkz. 2. HD, 11.04.2006, 17867/1533 (YKD, 2006, C.XXXII, s. 1397; Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası); 2. HD, 12.12.2005, 14672/17405 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası); HGK, 06.07.2005, 2-455/438 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası); 2. HD, 13.01.2004, 16642/198 (**Akıntürk/Karaman**, s. 292; **Doğan**, s. 1033); 2. HD, 22.12.2003, 16077/17038 (**Gençcan**, s. 1515). Bu yönde ayrıca bkz. 2. HD, 27.12.2002, 13667/9870 (**Doğan**, s. 1032).

¹⁸⁶ "... Devam edilen dava, madde gerekçelerinden de anlaşılacağı üzere, davalının kusurlu olduğunun ve mirasçı olamayacağının saptanmasına yöneliktir. ..." 2. HD, 11.01.2005, 15035/254 (Kazancı Bilişim-Mevzuat İçtihat Bankası); Benzer yönde bir başka karar için bkz. 2. HD, 06.10.2009, 14472/16764 (**Gençcan**, s. 1548).

Sonuç olarak, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davanın kabul edilmesi üzerine verilen karar, o ana kadar var olmayan bir hukuki sonuç ortaya çıkardığından, inşâî nitelikte bir karardır¹⁸⁷ ve hükmün etkisi kanunda düzenlenmiş olduğundan, geçmişe etkilidir¹⁸⁸. Bu yüzden kanaatimizce de, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davada sağ kalan eşin kusurunun ispatlanması üzerine, sağ kalan eşin bu sıfatla kanunî ve aksi tasarrufta öngörülmemişse iradî mirasçılığının mirasın açıldığı andan itibaren sona erdiğinin hükümde açıkça belirtilmesi gereklidir¹⁸⁹.

E. SAĞ KALAN EŞİN BU SIFATLA MİRASÇILIĞINA SON VERİLEBİLMESİNE İLİŞKİN HÜKMÜN OLMASI GEREKEN HUKUK BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Daha önce de belirtildiği gibi¹⁹⁰, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hüküm, yürürlüğe girdiği tarihten sonra, özellikle sadece boşanma davası esnasında ölen davacının mirasçılarına davaya devam etme hakkını tanınmış olması ve uygulamada medenî hukuk ve medenî usûl hukuku ilkeleri bakımından sorun yaratacak düzenlenme şekli bakımından eleştirilmişti. Bunun yanı sıra, mirasçıların davaya devamının nasıl sağlanacağı gibi bazı hususlarda hükümde açıklık olmaması da, söz konusu hükme yöneltelen bir eleştiriydi.

Anılan hükmün ilk halindeki eşitsizlik, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra yapılan kanun değişikliği ile giderilmiş ve boşanma davası esnasında ölen davacının mirasçılarına tanınmış olan davaya devam etme olanağı, davalının ölümü halinde onun mirasçılarına da tanınmıştır¹⁹¹. Ancak söz konusu hükümde bunun dışında başka bir değişiklik yapılmadığından, hükme yönelik diğer eleştiriler halen güncelliğini korumaktadır.

¹⁸⁷ Erişir, s. 176; Kuru/Budak, s. 226. Karş. Aksu, Alman Medeni Kanunıyla Karşılaştırma, s. 86-87.

¹⁸⁸ Antalya, s. 97; Erişir, s. 176.

¹⁸⁹ Kuru/Budak, s. 227.

¹⁹⁰ Bkz. dn. 12 civarı.

¹⁹¹ Bkz. dn. 18-22 civarı.

Boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalan eşin mirasçılığının sona erdirilmesine yönelik söz konusu hükmün uygulamada yol açtığı sorunlara muhtelif çözümler önerilmekle birlikte, önerilen çözümler bakımından görüş birliği mevcut değildir. Tüm bunlar, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün değiştirilmesi gerektiğini göstermektedir. Zaten Doktrinde de genellikle bu hükmün değiştirilmesi gerektiği ifade edilmekte; ancak ne şekilde değiştirileceği konusunda hem fikir olunmamaktadır.

Bu konudaki bir görüşe göre, boşanma davasında eşlerden birinin ölümü üzerine sağ kalan eşin mirasçılığının sona erdirilmesi bakımından, Alman Medenî Kanunu'ndaki düzenleme (BGB § 1933) daha isabetlidir¹⁹². Bu nedenle, Alman hukukundaki düzenleme aynen benimsenmelidir¹⁹³. Kanaatimizce de, Alman hukukundaki sistem, Türk hukukundaki düzenlemeden isabetlidir. Ancak Alman hukukunda da, sadece boşanma talebinde bulunan eş veya bu talebi kabul etmiş olan eşin ölümü anında boşanma koşulları gerçekleşmişse, sağ kalan eşin mirasçılığının sona ereceği düzenlenmiştir. O halde, olması gereken hukuk bakımından bu eşitsizliğin de giderileceği şekilde bir düzenleme yapılmalıdır.

Bu konudaki bir başka görüşe göre, davalı öldüğünde, davacının davaya mirasçı olmayı kabul etmesi; davacı öldüğünde ise, kişiye bağlı bir davaya mirasçıların devam etmesinin yaratacağı sorunlar sebebiyle en doğru çözüm, boşanma davası açmış eşin diğerini ıskat ettiğinin, davalı eşin ise mirastan feragat ettiğinin kabul edilmesidir¹⁹⁴. Bu görüşün kabulü durumunda, ıskat sebeplerinin gerçekleşmiş olması, boşanma davasında sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verilmesi için gerekli ve yeterli olacaktır. Bu sebepler ağır kusura dayalı sebeplerdir. Oysa boşanma sebeplerinin hepsi ağır kusura dayalı değildir. Buna karşılık, boşanmak isteyen eşin

¹⁹² Serozan, s. 568; Serozan/Engin, §1, N.39; Burcuoğlu, s. 389.

¹⁹³ Burcuoğlu, s. 389.

¹⁹⁴ Hatemi, Hüseyin; Miras Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2104, s. 36. TMK m.181/2 hükmünün gizli bir mirastan yoksunluk sebebi olduğu da ifade edilmektedir (Dural/Öğüz/Gümüş, s. 136; Dural/Öz, s. 43-44; Antalya, s. 94; Akkanat, s. 48). Mirastan yoksunluk ile TMK m. 181/2'deki hukuki durumun farklılığına ilişkin bkz. Aksu, Mirastan Yoksunluk, s. 268 vd.

muhtemel iradesi, kural olarak, boşanma durumunda diğer eşin onun mirasçısı olmaması yönündedir. Zaten boşanma gerçekleştiğinde, evlilik birliği sona ereceğinden, eşler artık birbirinin kanunî ve aksi tasarruftan anlaşılma-dıkça iradî mirasçısı olmayacaktır. O halde, boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü halinde, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığını sona erdirmek için, ağır kusura dayanmamak gerektiği kanaatindeyiz. Zaten artık Alman ve İsviçre hukukunda boşanma konusunda kusura dayalı boşanma sebepleri yerine, evlilik birliğinin sarsılması esasına dayanan boşanma sebepleri kabul edilmektedir.

Bu konudaki bir diğer görüşe göre ise, konusuz kalan boşanma davasına ölen eşin mirasçılarında biri tarafından devam edilmesine olanak sağlayan düzenleme (TMK m. 181/2) yerine, yeni bir dava çerçevesinde çözüme ulaşmak amacıyla mirasçılara dava açmak için süre verilmesi daha isabetlidir¹⁹⁵. Zira evlilik ve boşanma davasının derdestliği eşlerden birinin ölümüyle sona erer ve sona ermiş bir evlilikte şahsa bağlı bir dava olan boşanma davasının mirasçılar tarafından nasıl yürütüleceği belirsizdir. Fakat elbette ki mirasçılar tarafından sürdürülen dava artık eşlerin boşanmasına yönelik değil; sadece sağ kalan eşin kusurunun tespitine yönelik bir dava olacaktır¹⁹⁶. Esasen bu görüşün önerdiği çözüm, tamamen örtüşmese de, Alman hukukundaki sisteme benzerdir. Zira daha önce de birçok kez belirtildiği üzere, şahıs varlığına ilişkin bir dava olan boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü halinde konusuz kalan boşanma davasına ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilmesi, çözümü güç birçok usuli sorunu da beraberinde getirmektedir. Bu nedenle, Alman hukukunda olduğu gibi, boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü halinde, dava konusuz kaldığından esasa ilişkin bir karar verilmesine yer olmadığına ilişkin bir kararın davanın sona erdirilmesi gerekir. Sağ kalan eşin mirasçılığında son verilmesi ise, konusuz kalan boşanma davasının belirtilen şekilde sona ermesinden sonraki aşamada tespit edilmelidir.

Boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü üzerine sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdirmeye yönelik bir diğer görüşe göre de, "*Boşanma dâvası devam ederken eşlerden biri ölürse, boşanmanın şartlarının*

¹⁹⁵ **Ulus**, s. 228.

¹⁹⁶ **Ulus**, s. 228.

gerçekleşmiş olması halinde, sağ kalan eş, saklı payı dışında yasal miras payını ve aksi tasarruftan anlaşılmadıkça ölüme bağlı tasarruflarla sağlanan hakları kaybeder” şeklindedir¹⁹⁷. Bu görüşün önerdiği düzenleme, Alman hukukundaki düzenlemeye benzetmekle birlikte, saklı payın mahfuz tutulması ve sağ kalan eşin nafaka talep etme hakkının öneride yer almaması bakımından Alman hukukundaki düzenlemeden (BGB §§ 1933 2077) farklıdır. Boşanma gerçekleştiğinde, boşanan eşlerin saklı payı olamayacağı; buna karşılık denkleştirme niteliğinde sağ kalan eşe nafaka talep etme hakkı verilmesi gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, bu görüşe de tam olarak iştirak edememekteyiz.

Boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü durumunda, sağ kalan eşin mirasçılığına ilişkin Türk Medenî Kanunu’nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki düzenlemenin aynen korunması; sadece sağ kalan eşin kusuru yerine ağır kusurun aranması şeklinde bir değişiklik yapılması da öneriler arasındadır¹⁹⁸. Ancak söz konusu hükmün uygulanmasının yol açtığı usulî sorunlar sebebiyle sadece kusur unsurunun ağır kusura çevrilmesi sorunu çözmeyecektir. Kaldı ki, boşanma davasında sağ kalan eşin mirasçılığı bakımından artık kusur esasından vazgeçilmesi; bunun yerine Alman hukukunda kabul edildiği gibi, evlilik birliğinin sarsılması esasının kabul edilmesi gerektiği kanaatinde olduğumuzdan, bu görüşe katılmamız mümkün olmayacaktır.

Kanaatimizce, boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü durumunda, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığının sona erdirilmesine ilişkin Alman hukukundaki sistem Türk hukukundakinden daha isabetlidir. Alman hukukunda boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü durumunda, sağ kalan eşin mirasçılığının sona erdirilmesine ilişkin hükümlerin (BGB § 1933 2077) sadece davacı bakımından ve davayı kabul etmiş davalı bakımından düzenlenmiş olması, söz konusu hükmün eleştirilecek yönüdür. Eleştirilen bu yönü de giderecek şekilde Alman hukukundaki düzenlemelerin emsal alınması suretiyle, Türk hukukunda düzenleme yapılması gerektiği kanaatindeyiz. Ancak bu şekilde bir sistem değişikliği yapılması tercih edilmezse, uygulamada bu konuda yaşanan sorunları azaltmak amacıyla

¹⁹⁷ **Topuz**, s. 246.

¹⁹⁸ **Gençcan**, Boşanma Davasının Sürdürülmesi, s. 60.

Türk Medeni Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün, olması gereken hukuk bakımından aşağıdaki şekilde değiştirilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz.

“Boşanma davasının açılmış olması ve mirasbırakan eşin ölümü anında boşanmanın koşullarının gerçekleşmiş olması halinde, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığı sona erer. Sağ kalan eşin Türk Medeni Kanunu'nun 175. maddesi uyarınca nafaka talep etme hakkı saklı kalmak kaydıyla boşanmanın koşullarının gerçekleştiğinin tespiti, ölen eşin mirasçıları tarafından mirasın açıldığı tarihten itibaren üç ay içinde talep edilebilir.”.

Bu şekilde yapılacak bir değişiklikten sonra artık boşanma davasında eşlerden birinin ölümü üzerine, ölen eşin mirasçıları tarafından konusuz kalan davaya devam edilemeyecektir. Bunun yerine ölen eşin mirasçıları tarafından miras bırakan eşin mirasının açıldığı tarihten itibaren üç ay içinde, bir tespit davası açılarak ölüm anında boşanmanın koşullarının gerçekleşmiş olduğunun ispatı suretiyle sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçı olmadığına tespiti talep edilebilecektir. Bu durumda, sağ kalan eşin mirasçılığının sona ermesi bakımından, sadece kusur esası değil; hangi boşanma sebebine dayanılmış ise, bu sebebin koşullarının gerçekleşmiş olması aranacaktır. Bu şekilde bir düzenleme ile sağ kalan eşin boşanma gerçekleşmiş olsaydı, bu durumdan daha kötü bir duruma düşmemek için ve mirasçılıktan mahrum olmasının denkleştirilmesi niteliğinde mirasçılara karşı nafaka talep etmesi de mümkün olacaktır.

SONUÇ

Boşanma davası esnasında eşlerden birinin ölümü halinde sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdirmeye ilişkin bir düzenleme (TMK m. 181/2) yapılmış olması kanaatimizce isabetlidir. Bu suretle zina, pek kötü davranış gibi bazı boşanma sebeplerine dayalı boşanma davalarında ölen eşin mirasçıları bakımından adil olmayan sonuçlar önlenebileceği gibi, boşanma davası açan ve bu davayı kabul eden eşin boşanmayla birlikte diğer eşin kendisine mirasçı olmasını istemediği yönündeki muhtemel iradesine de öncelik tanınmış olur.

Ancak sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verilebilmesi için, konusuz kalan boşanma davasına devam edilmesi şeklinde bir prosedürün

düzenlenmiş olması (TMK m. 181/2) kanaatimizce isabetli olmamıştır. Zira şahıs varlığına ilişkin bir dava olan ve eşlerden birinin ölümü ile konusuz kalan boşanma davasına ölen eşin mirasçıları tarafından malvarlıkları üzerinde etki yaratacak bir sonuç doğması için devam edilmesiyle gerçekleşen taraf ve talep değişikliği, özellikle usûl hukukuna ilişkin pek çok soruna yol açmaktadır.

Ayrıca Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükümler, bu hükümlerin uygulanmasıyla ortaya çıkması muhtemel sorunlara çözüm olabilecek şekilde düzenlenmedikleri gibi, ölen eşin mirasçılarının tespiti ve davaya devam etmek isteyip istemedikleri hususunda beyanlarının alınması için duruşmaya davet edilmeleriyle ilgili açıklık da içermektedir. Esasen boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının davaya devam ederek lehlerine alacakları bir hüküm onların malvarlığı üzerinde etkili olacağından, bu davada da malvarlığına ilişkin bir dava esnasında taraflardan birinin ölümü halinde yapılması gereken işlemlere ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 55. maddesindeki hükümlerin niteliğine uyduğu oranda kıyasen uygulanması gerekir. Ancak yine de, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün uygulanmasından kaynaklanan sorunların çokluğu ve bu sorunların çözümünde birlik olmaması boşanma davasında sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verilmesi için konusuz kalan boşanma davasına devam şeklinde bir çözümün isabetli olmadığını açık bir şekilde ortaya koymaktadır.

Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davanın diğer davalardan farkları, bu davaya devam edilmesiyle usulî ilkelerin ne kadar zorlandığını ortaya koymaktadır. Şöyle ki, boşanma davasında sağ kalan eşin mirasçılığına son verilmesi için, ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen dava, gerek şahıs varlığına ilişkin davalardan gerekse malvarlığına ilişkin davalardan farklı özellikler taşımaktadır. Davanın dava dilekçesinde davacı ve davalı olarak gösterilen kişilerle yürütülmesi ve sonuçlanması kural olmakla birlikte, bu kuralın kanunlarda açıkça düzenlenen veya öngörülen istisnaları da mevcut olduğundan davada taraf değişikliği yapılabilir. Ancak boşanma davasında ölen eşin mirasçıları tarafından davaya devam edilmesi suretiyle gerçekleştirilen taraf değişikliği, kanunen izin verilen diğer kanunî taraf değişikliği hallerinden de farklıdır. Zira bu durumda mirasçıların davaya devam etmeleri onlar için bir zorun-

luluk olmadığı gibi, tüm mirasçıların da birlikte devam zorunlulukları da bulunmamaktadır. Mirasçıların hepsinin davaya devam etmesi zorunlu olmadığından, aralarında mecburî dava arkadaşlığı bulunmadığı söylenebilirse de, mirasçılar arasındaki ilişki ihtiyari dava arkadaşlığından da farklıdır. Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları, sağ kalan eşin mirasçılığını ayrı bir dava açmak suretiyle sona erdiremeyeceklerinden, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığına son verilmesini isteyen mirasçıların konusuz kalan boşanma davasına birlikte devam etmesi zorunludur ve mirasçılar tarafında devam edilen davada, mirasçıların hepsi hakkında aynı hüküm verilir.

Yine, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilmesiyle konusuz kalan davada talep ve ölen davalının mirasçıları tarafından davaya devam edilmesiyle de taraf konumları değişmektedir. Şahıs varlığına ilişkin boşanma talebiyle başlayan dava, eşlerden birinin ölümü üzerine konusuz kalmakta ve bu davaya ölen eşin mirasçıları tarafından malvarlığına ilişkin bir taleple devam edilmektedir. Boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davanın farklı özelliği ve bu konuda açık hüküm bulunmaması, malvarlığına ilişkin bir dava esnasında davanın taraflarından birinin ölümü üzerine mahkemece re'sen yapılması gereken işlemlerin bu durumda da yapılmasının gerekliliği üzerinde tereddütler ve tartışmalar yaratmaktadır. Benzer şekilde, malvarlığına ilişkin bir dava esnasında davaya devam eden mirasçıların yargılama sonuçlarıyla bağılıkları ile boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının mevcut yargılama sonuçlarıyla bağılıkları bakımından farklılıklar ortaya çıkmakta; bu da ayrıca sorun yaratmaktadır. Örneğin, malvarlığına ilişkin bir davada mirasçılar dava değiştirme yasağının istisnaları kapsamında, iddia ve savunmalarını değiştirebilecekken, boşanma davası esnasında ölen eşin mirasçılarının dava sebebini değiştirmesi sorun yaratmaktadır. Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasına istinaden ölen eşin mirasçıları lehine davanın hükme bağlanması için, sağ kalan eşin kusurunun ispatı gerekli olduğundan, miras bırakanın kusura dayanmadığı hallerde, onun mirasçıları sağ kalan eşin kusurunun bulunduğunu başka bir boşanma sebebine istinaden ispat etmeye çalışmaktadırlar. Oysa, boşanma davası şahıs varlığına ilişkin bir dava olduğundan, bu davanın konusuz kalması halinde davaya devam eden mirasçıların miras bırakanlarının dayanmadığı bir dava

sebebini ileri sürmeleri sadece usuli ilkelere uygunluk veya aykırılıkla açıklanamaz. Bu durumda şahıs varlığına ilişkin bir davada eşlerin tercihlerini yapmış olmalarından kaynaklanan engeller söz konusudur.

Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün düzenleme şeklinden kaynaklı bir sorun da, ölen eşin mirasçıları tarafından devam edilen davanın kabulü durumunda verilmesi gereken hükmün niteliğine ilişkindir. Bu hükmün Gerekçesinde, eşin ölümünden sonra mirasçılardan birinin “devam ettiği” davanın “boşanmada hangi eşin kusurlu olduğunun saptanmasına” yönelik olacağı ifade edilmiştir. Bu ifadeden hareketle mirasçılar tarafından devam edilen davada da bu hususun tespitinin yeterli olacağının kabul edilmesi, miras bırakan eşin ölümü anında kanun hükmü gereğince ölen eşin mirasçısı olan sağ kalan eşin, bu sıfatla mirasçılığını sona erdirmesini. Bu nedenle, sağ kalan eşin kusurunun tespitiyle birlikte, mirasçılığının da sona erdiğine ilişkin geçmişe etkili bir hüküm verilmesi gereklidir. Böyle bir hüküm ise, ancak inşaî nitelikte bir hüküm olabilir.

Boşanma davası esnasında sağ kalan eşin mirasçılığının sona erdirilmesine ilişkin Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün uygulamada yol açtığı sorunlara doktrindeki görüşler ve Yargıtay kararları çerçevesinde bazı çözümler bulunmuştur. Ancak söz konusu hükmün uygulanmasında karşılaşılan her sorun üzerinde hemfikir olunan bir çözüm bulunmadığı gibi, Yargıtay'ın miras bırakanın dayanmadığı kusur unsuruna mirasçıların dayanabileceği şeklindeki uygulaması da, mirasçılar tarafından gerçek olmayan vakıaların yargılamaya dâhil edilmesi suretiyle anılan hükmün kötüye kullanılmasına yol açabilir.

Boşanma davasında sağ kalan eşin mirasçılığının sona erdirilmesine ilişkin hükümler Alman hukukunda da mevcuttur. Alman hukukunda bu konudaki sistem boşanmayı talep eden ve bu talebi kabul edenin ölümü halinde, sağ kalan eşin mirasçılığının sona erdirilmesini düzenlemektedir. Bu eksiklik giderilerek Alman hukukundaki sistemin Türk hukuku bakımından da esas alınmasının isabetli olacağı kanaatindeyiz. Ancak bu durumda boşanma hukukunda köklü değişiklikler yapmak gerekecektir. Böyle bir değişiklik yapılmasının tercih edilmemesi durumunda ise, boşanma davasında sağ kalan eşin mirasçılığını sona erdirmek için, Türk Medenî Kanunu'nun 181. maddesinin ikinci fıkrasındaki hükmün olması gereken

hukuk bakımından değiştirilmesinin isabetli olacağı kanaatindeyiz. Olması gereken hukuk bakımından söz konusu hükme ilişkin önerimiz şu şekildedir:

“Boşanma davasının açılmış olması ve mirasbırakan eşin ölümü anında boşanmanın koşullarının gerçekleşmiş olması halinde, sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçılığı sona erer. Sağ kalan eşin Türk Medeni Kanunu’nun 175. maddesi uyarınca nafaka talep etme hakkı saklı kalmak kaydıyla boşanmanın koşullarının gerçekleştiğinin tespiti, ölen eşin mirasçıları tarafından mirasın açıldığı tarihten itibaren üç ay içinde talep edilebilir.”.

Bu şekilde yapılacak bir değişiklikten sonra artık boşanma davasında eşlerden birinin ölümü üzerine, ölen eşin mirasçıları tarafından konusuz kalan davaya devam edilemeyecektir. Bunun yerine ölen eşin mirasçıları tarafından miras bırakan eşin mirasının açıldığı tarihten itibaren üç ay içinde, bir tespit davası açılarak ölüm anında boşanmanın koşullarının gerçekleşmiş olduğunun ispatı suretiyle sağ kalan eşin bu sıfatla mirasçı olmadığına tespiti talep edilebilecektir. Bu durumda, sağ kalan eşin mirasçılığının sona ermesi bakımından, sadece kusur esası değil; hangi boşanma sebebine dayanılmış ise, bu sebebin koşullarının gerçekleşmiş olması aranacaktır. Bu şekilde bir düzenleme ile sağ kalan eşin denkleştirme niteliğindeki nafaka hakkı da saklı kalacaktır.

Kaynakça

- Akıntürk**, Turgut/**Karaman**, Derya Ateş; Türk Medenî Hukuku Aile Hukuku, 6098 sayılı Yeni Yasal Düzenlemelere Göre Uyarlanmış 14. Bası, İkinci Cilt, İstanbul 2012.
- Akkanat**, Halil; Ölümün Özel Hukuk İlişkilerine Etkisi, İstanbul 2004.
- Aksu**, Mustafa; “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 181. Maddesinin İkinci Fıkrası İle Alman Medeni Kanunu’nun 1933. Paragrafının Birinci Fıkrasının Bazı Açılardan Karşılaştırılması”, Haluk Konuralp Anısına Armağan, 3, Ankara 2009, s. 69-94. (Aksu, Alman Medeni Kanunuyla Karşılaştırma)
- Aksu**, Mustafa; “Boşanma Davası Sırasında Ölen Davacı Eşe Davalı Eşin Mirasçılığının Engellenebilmesini Düzenleyen TMK M.181 II Hükmünü Kısmen İptal Eden Anayasa Mahkemesi Kararına Dair Düşünceler ve Bazı Eleştiriler”, Prof. Dr. Mustafa Dural’a Armağan, İstanbul 2013, s. 37-73.
- Aksu**, Mustafa; “MK.m.181 II Hükmünün Gizli Bir Mirastan Yoksunluk Sebebi Olarak Değerlendirilmesi” Prof. Dr. Hüseyin Hatemi’ye Armağan, I. Cilt, İstanbul 2009, s. 251 vd. (Aksu, Mirastan Yoksunluk)
- Alangoya**, Yavuz; “Yargılama Sırasında Taraf (Yanda) İradî Olarak Meydana Gelen Değişme Hakkında Düşünceler”, Mukayeseli Hukuk Araştırmaları Dergisi, Yıl:3, Sayı:5, İstanbul 1969, s. 125-194.
- Altaş**, Hüseyin; “Yabancı ve Türk Mahkeme Kararlarının Mirasçılığa Etkisi (MK mad.181)”, Prof. Dr. Turgut Kalpsüz’e Armağan, Ankara 2003, s. 657-668.
- Antalya**, Gökhan; Miras Hukuku, İstanbul 2009.
- Bilge**, Necip/**Önen**, Ergun; Medenî Yargılama Hukuku, Üçüncü Baskı, Ankara 1978.
- Börü**, Levent; Dava Konusunun Devri, Ankara 2012.
- Burcuoğlu**, Haluk; “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 181. Maddesinin 2. Fıkrası İle İlgili Bazı Gözlemler”, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve

Prof. Dr. Rayegân Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 381-391.

Burcuoğlu, Haluk; "Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler", İÜHFİM, Cilt: XLVIII-XLIX, 1983, s. 113-140. (Burcuoğlu, Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi)

Demir, Sevgi; Aile Hukuku Alanında 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Getirdiği Yenilikler, Ankara 2004.

Doğan, İzzet; "Boşanma Davası Esnasında Davacının Ölmesi Halinde Sağ Kalan Eşin Mirasçılığı (TMK 181. Madde)", Legal Hukuk Dergisi, Nisan 2006, s. 1031-1036.

Dural, Mustafa/**Öğüz**, Tufan/**Gümüş**, Alper; Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku, İstanbul 2010.

Dural, Mustafa/**Öz Turgut**; Türk Özel Hukuku, Cilt IV, Miras Hukuku, İstanbul 2013.

Erişir, Evrim; Medeni Usûl Hukukunda Taraf Ehliyeti, İzmir 2007.

Gençcan, Ömer Uğur; "Boşanma Davasının Mirasçılar Tarafından Sürdürülmesi", Manisa Barosu Dergisi, Yıl:21, 2002/1, Sayı:80, s. 51-62. (Gençcan, Boşanma Davasının Sürdürülmesi)

Gençcan, Ömer Uğur; 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre, Boşanma Tazminat Ve Nafaka Hukuku Bilimsel Açıklama ve Son İçtihatlar, Ankara 2013.

İnan, Ali Naim/**Ertaş**, Şeref/**Albaş**, Hakan; Türk Medeni Hukuku, Miras Hukuku, 8. Bası, İzmir 2012.

Kale, Serdar; Medeni Yargılamada Taraf Ehliyeti, İstanbul 2010.

Kılıçoğlu, Ahmet M.; Medenî Kanun'umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003. (Kılıçoğlu, Yenilikler)

Kılıçoğlu, Ahmet M.; Miras Hukuku, 4. Bası, Ankara 2012.

Kuru, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt:I İstanbul 2001.

Kuru, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, Altıncı Baskı, Cilt:III İstanbul 2001.

- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz**, Ejder; *Medenî Usul Hukuku*, 24. Bası, Ankara 2013.
- Kuru, Baki/Budak**, Ali Cem; *Tespit Davaları*, 2. Baskı, İstanbul 2000.
- Lehrman**, Franz Karl; in: *Juris PraxisKommentar-BGB*, Band 5 Erbrecht, 6. Auflage, 2012. (jurisPK-BGB, Lehrmann)
- Leipold**, Dieter; *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Auflage, 2013 (MüKoBGB/Leipold BGB §)
- Lieder, J.**; *Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar*, Band II, 14. neubearbeitete Auflage, 2014. (Erman/Lieder)
- M.Schmidt**; *Juris Praxiskommentar-BGB*, Band 5 Erbrecht, 6. Auflage, 2012. (jurisPK-BGB, M. Schmidt)
- Öztan**, Bilge; *Aile Hukuku*, 5. Bası, Ankara 2004.
- Özüğür**, Ali İhsan; *Evlilik Birliğini Sona Erdiren Nedenler Boşanma, Ayrılık ve Evlenmenin İptali Davaları Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usulleri*, 3. Bası, Ankara 2008.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes**, Muhammet; *Medenî Usûl Hukuku*, 14. Bası, Ankara 2013.
- Rosenberg, Leo/Schwab, Karl Heinz/Gottwald**, Peter; *Zivilprozessrecht*, 17. Neubearbeitete Auflage., München 2010.
- Saymen, F. H.**; “Kat’ileşmeyen Boşanmaya Ölümün Tesiri-Mirasçılık Sıfatı”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Yıl 1947, s. 359-365.
- Serozan, Rona/Engin**, Baki İlkay; *Miras Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2014.
- Serozan, Rona**; *Yeni Medeni Kanun’un Miras Hukuku Alanındaki Yeniliklerinin Değerlendirilmesi*, Prof. Dr. Ergun Özsunay’a Armağan, İstanbul 2004.
- Sungurtekin Özkan**, Meral; *Medenî Kanun’un Aile Hukuku Alanında getirdiği Değişikliklerin Medenî Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi*, *Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı I*, Eskişehir 9-10 Kasım 2002, Eskişehir 2003, s. 75-91.
- Tanrıver**, Süha; *Medenî Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı*, 2. Bası, Ankara 2007.

- Topuz**, Gökçen; “Boşanma Davası Sırasında Eşlerden Birinin Ölmesi Halinde Mirasçılarının Davaya Devam Etmelerinin Usul Hukuku Bakımından Yol Açtığı Sorunlar”, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Yıl 3, Sayı:10 (Temmuz-2012), s. 69-94.
- Topuz**, Gökçen; “Boşanma Davasında Sağ Kalan Eşin Mirasçılık Sıfatını Kaybetmesinin (TMK m.181 f.2) Miras Hakkını Koruyan Anayasa’nın 35. Maddesi Yönünden İncelenmesi”, İÜHFİM, C.LXX, S. 2, s. 221-256, 2012. (Topuz, Anayasaya Aykırılık)
- Topuz**, Seçkin; Boşanma Davasının Eşin Mirasçılığına Etkisi, Ankara 2012.
- Tutumlu**, Mehmet Akif; “Boşanma Davası Sürerken Davacının Ölümü Nedeniyle Mirasçılarının Davayı Takibi Yönünden Uygulanması Gereken Usul Kuralları”, Ankara Barosu Dergisi, 2002/2, s. 111-127.
- Ulusan**, İlhan; “Die Neugestaltung des Familienrechts durch das neue türkische Zivilgesetzbuch”, Österreichische Notariats Zeitung Monatsschrift für Notariat und freiwillige Gerichtsbarkeit, 8/2002, 134. Jahrgang, s. 225-234.
- Umar**, Bilge; Tartışma Katkısı, in: Medenî Kanun’un Aile Hukuku Alanında getirdiği Değişikliklerin Medenî Usul Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı I, Eskişehir 9-10 Kasım 2002, Eskişehir 2002, s. 94-96.
- Üstündağ**, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, Cilt I-II, Gözden geçirilmiş ve yenilenmiş 7. Baskı, İstanbul 2000.
- Yılmaz**, Ejder; “Davada Taraf Değişikliği”, Prof. Dr. Saim ÜSTÜNDAĞ’a Armağan, Ankara 2009. (Yılmaz, Taraf Değişikliği)
- Yılmaz**, Ejder; Medeni Yargılama Hukukunda Islah 6100 sayılı HMK’ya Göre Değiştirilmiş 3. bası, Ankara 2011. (Yılmaz, Islah)
- Zevkliler**, Aydın/**Acabey**, Beşir/**Gökyayla**, K. Emre; Medeni Hukuk, Giriş, Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara 2000.

^HMEDENİ USUL HUKUKUNDA İSPAT HAKKINA DAİR BAZI TESPİT VE DEĞERLENDİRMELER

*Yrd. Doç. Dr. Barış TORAMAN**

GİRİŞ

1. İspat hakkı, Türk medeni usul hukukunda ilk defa 6100 sayılı HMK ile ayrıca ve açıkça düzenlenmiş bulunmaktadır. Nitekim, HMK m. 27 hükmü, yargılamanın tarafları ve ilgililerinin, hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru olarak, açıklama ve ispat hakkına sahip olduklarını düzenlemektedir. Öte yandan, HMK m. 189 hükmü ise, doğrudan ispat hukukuna ilişkin genel düzenlemeler arasında, bu sefer davanın taraflarının, Kanunda belirtilen süre ve usulüne uygun olarak ispat hakkına sahip oldukları düzenlemesine yer vermektedir¹.

Düzenleme yeni olmakla birlikte, ispat hakkının, Türk medeni usul hukukunda, henüz 1086 sayılı HUMK döneminde de bilinen ve üzerinde belli ölçüde durulan bir kavram olduğunu görüyoruz. Gerçekten de, ispat hakkına, tespit edebildiğimiz kadarıyla ilk olarak *Belgesay* tarafından, 1940'lı yılların başında deliller üzerine kaleme aldığı eserinde yer verilmiştir². Bundan yaklaşık elli yıl sonra konu, *Yıldırım* tarafından, *delillerin*

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi, e-posta: btoraman@anadolu.edu.tr batoraman@gmail.com. Bu çalışmayı henüz yayımlanmadan okuyan ve görüşlerini benimle paylaşan sevgili meslektaşım Arş. Gör. Pınar Çiftçi'ye teşekkür ederim.

¹ Öte yandan, kanun koyucu, delil sözleşmeleri bakımından, tarafların *ispat hakkını* sınırlandırarak içerikteki delil sözleşmelerinin geçerli olmayacağını da, ayrıca belirtmeyi gerekli görmüştür (bkz. m. 193, f. 2).

² Bkz. *Belgesay*, M. R., *Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller*, İstanbul: Güven, 1940, ss. 36-39.

değerlendirilmesi, Özkes tarafından ise, *hukuki dinlenilme hakkının* bir unsuru olması çerçevesinde öğretilere ele alınmıştır³. Buna karşılık, Fransız ve İsviçre hukuku gibi bazı yabancı hukuk öğretilerinde ispat hakkının, geçtiğimiz yüzyılın başından beri, farklı yönleriyle ele alındığını görebilmekteyiz⁴.

2. Başta da dile getirdiğimiz gibi, ispat hakkı HMK sayesinde açık bir pozitif düzenlemeye kavuşmuştur. Bununla birlikte, kanun koyucu ispat

³ Bkz. **Yıldırım**, M. K., *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul: Kazancı, 1990, s. 99 vd.; **Özkes**, M., *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara: Yetkin, 2003, s. 123, 124 vd. Bu saydığımız çalışmaların yanı sıra, aşağıda takip eden başlıklar altında da ayrıca değerlendirmeye çalışmakta olduğumuz üzere, ispat hakkı kavramı, onun içeriğinde yer alan hususlardan biri olarak, belgelerin ibrazı mecburiyetiyle doğrudan doğruya ilgilidir. Nitekim, bu konu da, öğretilerde **Erdönmez** tarafından doçentlik çalışması olarak kaleme alınmıştır. Bkz. **Erdönmez**, G., *Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrazı Mecburiyeti*, 2. Bası, İstanbul: XII Levha, 2014. Zikrettiğimiz bu çalışmaları takiben, ispat hakkı, gerek kendisi gerek onun sınırı olan hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin yargılamadaki durumu bakımından bazı makale ve genel eserlerde de kendisine yer bulmuştur. Bunlar arasında özellikle bkz. **Pekcanitez**, H., “Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. I*, Ankara: Yetkin, 2009, ss. 789-850, özellikle s. 804 vd.; **Ateş**, M., “Hukuk Yargılamasında ve Özellikle Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Deliller”, *Terazi Hukuk Dergisi*, 2008/18, s. 89 vd. Belli başlı medeni usul hukuku eserlerinin HUMK döneminde yayımlanan ve konuya işaret eden basıları için bkz. **Pekcanitez**, H./**Atalay**, O./**Özkes**, M., *Medeni Usul Hukuku*, 9. Bası, Ankara: Yetkin, 2010, s. 267, ayrıca bkz. s. 444. **Alangoya**, Y./**Yıldırım**, M. K./**Deren-Yıldırım**, N., *Medeni Usul Hukuku Esasları*, 8. Bası, İstanbul: Beta, 2011, s. 300 vd.

⁴ Fransız öğretilerinde doğrudan ispat hakkına ilişkin yakın tarihli ve kapsamlı bir çalışma olarak bkz. **Bergeaud**, A., *Le droit à la preuve*, Paris: L.G.D.J., 2010. Öte yandan ispat hakkını belgelerin ibrazı mecburiyeti bağlamında ele alan bir diğer çalışma olarak bkz. **Daigre**, J.-J., *La production forcée de pièces dans le procès civil*. Paris: PUF, 1979. Diğer taraftan, Fransız hukukunda, 1900’lü yılların başında yapılan çalışmalarda dahi, ispat hakkı kavramının incelendiğini görmekteyiz. **Gény**, F., *Des droits sur les lettres missives, T. II*, Paris: Sirey, 1911, ss. 81 vd. Yine, bu sefer meseleyi belgelerin ibrazı zorunluluğu bağlamında değerlendiren bir çalışma olarak, **Demontès**, E., *L’action “ad exhibendum” en droit moderne. Essai sur le droit à la preuve*, thèse Paris, 1922, özellikle s. 238 vd. (**Bergeaud**, s. 6’dan naklen). İsviçre hukukunda da, Fransızca kaleme alınan çalışmalar özelinde, doğrudan ispat hakkına ilişkin bir monografi bulunmaktadır. Bkz. **Rousselle**, P.-M., *Le droit à la preuve*, Lausanne: Imprimerie Vaudoise, 1981.

hakkını düzenlerken, onun kapsam ve içeriğini açıklamamış; ancak, hukuka aykırı olarak elde edilen delillerin, bir ispat aracı olarak dikkate alınmayacağı ve Kanunda işaret edilen hususların, ancak belli delillerle ispat edileceğini vurgulamak yoluyla, bu hakkın sınırlarını çizmeyi tercih etmiştir.

İspat hakkı, ne şekilde düzenlenmiş olursa olsun, artık açık ve pozitif bir düzenlemeye sahiptir. Bu yüzden, ispat faaliyetine ilişkin herhangi bir tartışmada, ispat hakkı kavramını göz ardı etmek, o konunun eksik tartışılması sonucuna yol açacaktır.

Nitekim, HMK'nun yürürlüğe girmesinden sonra, ispat hakkı, öğretide ilk olarak *Bolayır* tarafından, delillerin toplanmasında taraflar ve hakim rolü bağlamında, hakkın tanımı ve ispat yükü ile olan ilişkisi, ayrıca sınırları bakımından ele alınmıştır⁵. Öte yandan, kanun koyucunun meseleyi ele alış biçimi çerçevesinde, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillere, gerek bazı makalelerde, gerek konuya ilişkin bazı genel eserlerde yer verildiğini görmekteyiz⁶. Buna karşılık, ispat hakkının kapsam ve içeriği ile görünüm biçimleri, tespit edebildiğimiz kadarıyla, tek başına, henüz bağımsız bir çalışmanın konusunu oluşturmuş değildir.

3.Şüphesiz, ispat hakkı, sadece kapsam ve içeriği değil, fakat sınırları bakımından da, son derece geniş bir bağlamda değerlendirilmesi gereken bir konudur⁷. Ancak, bu yapı içerisinde, çalışmamızı, ispat hakkının hali hazırda

⁵ Bkz. **Bolayır**, N., *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hakim Rolü*, İstanbul: Vedat, 2014, s. 53 vd.

⁶ Örneğin bkz. **Akil**, C., “Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi”, *AÜHFD*, 61/4, 2012, ss. 1223-1270; **Karınca**, E., “Zehirli Ağacın Meyvesi”, *TBB*, 2012/99, Mart-Nisan, ss. 353-356. Ayrıca bkz. ve karşı. **Kuru**, B./**Arslan**, R./**Yılmaz**, E., *Medeni Usul Hukuku*, 24. Bası, Ankara: Yetkin, 2013, s. 353; **Pekcanitez**, H./**Atalay**, O./**Özkes**, M., *Medeni Usul Hukuku*, 13. Bası, Ankara: Yetkin, 2013, s. 692 vd.; **Umar**, B., *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara: Yetkin, 2011, s. 535 vd.; **Karlı**, A., *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. Bası, İstanbul: Alternatif, 2012, s. 549.

⁷ Nitekim, öğretide *Konuralp*'in HMK komisyon çalışmaları sırasında işaret ettiği gibi, ispat hakkının düzenlenmesinde şu yöntem tercih edilmiştir: “1'nci fıkra, ispat hakkı dediğimiz yeni kavramı hukukileştiriyor; 2, 3 ve 4'üncü fıkralar ise, birer çember gibi bu hakkı sınırlıyor... Aslında bu maddenin madde başlığı, ispat hakkı olmakla birlikte görünmeyen kısmı şöyle: İspat hakkı ve sınırları. Üç sınırı var bunun. Bir hakkı tanırken baştan kenar başlığına sınırları yazarsanız, bu hakkı çok sınırlamak istediğiniz anlamı

belli yönleriyle ele alınmış olan sınırlarından ziyade, esas itibariyle onun ne olduğuna, kapsam ve içeriği ile görünüm biçimlerine hasretmek istedik. Buna karşılık, ispat hakkının sınırlarını çalışmamızın kapsamı dışında bıraktık.

Bu itibarla, ilk olarak, ispat hakkını tanımlayabilmek, onun kapsamı, bu anlamda özellikle ispat hakkının muhatapları ile bu hakkın hukuki niteliği üzerinde bazı değerlendirmelerde bulunmak istiyoruz (§1); daha sonra ise, ispat hakkının unsurlarını, yani içeriğini (§2), ayrı başlıklar altında ele almak arzusundayız. Bir diğer söyleyişle çalışmamızda, konuyu tüm yönleriyle değerlendirmek bakımından bir iddiamız olmaksızın, medeni usul hukukunda ispat hakkının genel bir çerçevesini çizmeye çalışmaktayız.

§1. İSPAT HAKKI KAVRAMI BAKIMINDAN

A. İspat Hakkının Hukuki Niteliği: İspat Hakkı, İspat Yükü Kuralından Bağımsız, Bir Yargısal Temel Haktır.

4. İspat hakkı kavramını açıklarken, üzerinde durmamız gereken temel bazı noktalar bulunmaktadır: Bunlardan ilki, ispat hakkının maddi hukuktan kaynaklanan ispat yükü kuralı ile ilişkisidir. Burada, ispat hakkının, maddi hukuka ilişkin bu kuraldan bağımsız bir niteliğe sahip olup olmadığı konusunda bir sonuca varmamız gerekmektedir. Bu sayede, onun hukuki niteliğini belirlememiz mümkün olabilecektir.

5. İspat, *bir önermenin doğruluğu hakkında kanaat verilebilmesi için bir nedenselliğin ortaya konulmasıdır*⁸. Bu tanım, işin hukuki yönü bakımından da bir farklılık arz etmemektedir. Bununla birlikte, yargılama hukuku

çıkarmak. Oysa bu hak olabildiğince geniş tanınmalı..." Konuralp, H., *HMK Tasarısı Komisyon Tutanakları*, 2005 (Pekcantez, *Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi*, s. 813'den naklen).

⁸ Konuralp, H., *İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, 2. Bası, Ankara: Yetkin, 2009, s. 8. Ayrıca bkz. ve karşı. Lagarde, X., *Reflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris: L.G.D.J., 1994, n° 48, s. 80, 81. Bu anlamda ispata yönelik faaliyetin, bir şeyin yahut bir kabulün gerçek veya muhtemel olduğunun gösterilmesi anlamına geldiği ifade edilebilir. Bkz. ve karşı. Mouralis, J.-L., *Preuve, 1° modes de preuve, Rép. civ. Dalloz*, 2011, n° 1, s. 5; Carbonnier, J., *Droit civil, T. I*, Paris: PUF, 1962, s. 156; Planiol, M./Ripert, G., *Traité pratique de droit civil français (2° éd.)*, Paris: L.G.D.J., 1954, s. 156.

bağlamında ispat, klasikleşmiş ifadesiyle, hâkimin bir vakia iddiasının gerçekliği konusunda ikna edilmesidir⁹.

Ne var ki, yargısal bakımdan ispat faaliyeti tartışıldığı vakit, akla ilk gelen, genellikle ispat “yükü” kavramı, yani, ispatın “yük” boyutudur. İspat yüküne ilişkin kurallar, ispatsızlık hâline *kimin* katlanacağı yahut ispat araçlarının *kim* tarafından sunulacağı sorusunun cevabını bize vermektedir¹⁰.

6. Ancak, ispat faaliyetini sadece taşınacak olan yüke işaret ederek ele almak, konunun salt bir boyutuna çözüm getirmektedir. İşte, ispat hakkı konusunu ele alan yazarların bir kısmı, meseleye bu noktadan yola çıkmışlar ve ispat yükü konusundaki genel kurala, aslında ispat hakkının da içkin olduğunu dile getirmişlerdir:

⁹ Bu anlamda hukukî bakımdan ispat ile murat edilen şey yargısal ispat olup (**Mouralis**, n° 1, s. 5; **Konuralp**, *İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, s. 2), öğretilerdeki en kapsamlı tanımı, kanımızca **Atalay** şu şekilde vermektedir: (İspat), “(Y)argılama sürecinde taraflarca iddia edilen veya hâkimce re’sen gözetilecek olan ve talep konusunu düzenleyen, uygulanacak hukuk normunun koşul vakıalarını karşılamaya elverişli somut vakia iddialarının doğruluğu konusunda hâkimde kanaat uyandırmak üzere yapılan faaliyeti ifade eder”. **Atalay**, O., “Delil Kavramı Üzerine”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C. I, Ankara: Yetkin, 2009, ss. 129-137, s. 129. Ayrıca bkz. **Carbonnier**, s. 156; **Planiol/Ripert**, s. 156. Öte yandan hukukî bakımdan ispat kavramının hâkimi ikna etmeye yönelik bir faaliyet olduğu konusunda bkz. ve karşı. **Postacıoğlu**, İ. E., *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Bası, İstanbul: İ.Ü.H.F., 1975, s. 527; **Konuralp**, *İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, s. 9; **Umar, B./Yılmaz**, E., *İspat Yükü*, İstanbul: Kazancı, 1980, s. 2; **Savatier, R.**, *La théorie des obligations*, Paris: Dalloz, 1967, n° 175, s. 245; **Foiers, P.**, “Introduction au droit de la preuve”, *La preuve en droit (Ed. Ch. Perelman ve P. Foiers)*, Bruxelles: Bruylant, 1981, ss. 7-26, s. 17; **Başözen**, A., *Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı*, Ankara: Adalet, 2010, s. 12. Ayrıca bkz. **Kuru, B.**, *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. III, İstanbul: Beta, 2001, s. 1966 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 643 vd.; **Alangoya, Y./Yıldırım, M. K./Deren-Yıldırım, N.**, *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul: Beta, 2011, s. 293 vd.; **Cadiet, L./Normand, J./Amrani-Mekki, S.**, *Théorie générale du procès*, Paris: PUF, 2010, n° 250, s. 835; **Lagarde**, s. 80, 81.

¹⁰ Açıklamalar için genel olarak bkz. **Umar/Yılmaz**, s. 32 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 418 vd.; **Atalay, O.**, *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir: DEÜ, 2001, s. 16 vd.; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 309 ve dn. 35; **Lagarde**, s. 204 vd. İspat hakkı özelinde bu meseleye dikkat çeken yazarlar için ayrıca bkz. **Bergeaud**, s. 24 vd., n° 21 vd.; **Rousselle**, s. 27 vd. yer alan açıklamalar.

Bu bakış açısına göre, ispat hakkı, temel olarak maddi hukuktaki ispat yükü kuralına dayanmaktadır. Bu minvalde ispat yükü kuralı, aynı zamanda buna ilişkin ispat hakkını da içermekte olup, ispat yükünü taşıyan taraf, ileri sürülen vakıyı ispat hakkına sahiptir. Bu görüş sahipleri, karşı ispat hakkının da, kaynağını ispat yüküne ilişkin genel kuralda bulduğunu dile getirmektedirler¹¹. Öte yandan, İsviçre Federal Mahkemesinin konuya ilişkin kararlarının birçoğunda sıklıkla vurgulanan husus, ispat ve karşı ispat hakkının dayanağının ispat yükü kuralı olduğudur¹².

Gerçekten de, yargılama sırasında bir vakıanın ispatı yükünü taşıyan tarafın, o vakıyı ispat etmek konusunda hiç şüphe yok ki menfaati vardır¹³. Bu bağlamda, ispat yükünü taşıyan tarafın aynı zamanda bu vakıyı ispat hakkına sahip olduğunu ifade etmek, kanımızca, işin doğası gereğidir.

Burada, ilk planda cazip gelen düşünce, meseleyi bir madalyonun iki yüzü gibi görüp, onun bir tarafını, maddi hukukta kaynağını bulan ispata

¹¹ Genel olarak bkz. ve karşı. Fransız ve Belçika hukuklarında **Goubeaux**, G., “Le droit à la preuve”, *La preuve en droit*, (éd.: Ch. Perelman ve P. Foriers). Bruxelles: Bruylant, 1981, ss. 277-301, s. 278 vd.; **Mougenot**, D., *Droit des obligations. La preuve*. Bruxelles: Larcier, 2002, s. 100, n° 31; **Kamara**, F., “La preuve en procédure civile”, *Procédures*, N° 3, 2012, dossier 5, n° 10. İsviçre hukukunda, **Rousselle**, s. 37 vd., özellikle s. 40; **Vouilloz**, F., “La preuve dans le code de procédure civile suisse (art. 150 à 193 CPC)”, *AJP/PJA*, 2009, ss. 830-848, s. 832; **Corboz**, B., “Le recours en reforme au tribunal federal”, *SJ*, 2000, I, ss. 1-73, s. 40; **Jeandin**, N., “LPC et production de pièces de lege ferenda”, *SJ*, 2000, II, ss. 373-406, s. 379 vd. Türk hukuku bakımından aynı görüşte bkz. **Bolayır**, s. 53-55. Ayrıca bkz. ve karşı. **Umar/Yılmaz**, s. 7; **Özekes**, s. 125.

¹² Örneğin “*İMK m. 8 hükmü (ispat yükü kuralı), diğer teminatların yanında, ispat hakkını da içermektedir*”. TF 5A_725/2010, 12.5.2011, consid. 3.1., ve oradan yapılan atıfla ATF 133 III 189, consid. 5.2.2. (*Swisslex*). İspat yüküne ilişkin kuralın, hem ispat hem karşı ispat hakkını içerdiği konusunda ayrıca bkz. TF 4A_70/2011, 12.4.2011, consid. 3.1. TF 4A_332/2010, 22.2.2011, consid. 4.2. Ayrıca bkz. ATF 129 III 535, *JdT* 2003 I, s. 596; ATF 129 III 18, consid. 2.6.; TF 4C.391/1999, 20.1.2000 (*Swisslex*); TF 4C.66/2007, 9.1.2008 (*Swisslex*); TF 5A_567/2011, 10.2.2012, consid. 4.1. Bu noktada ifade etmek gerekir ki, zikrettiğimiz bu kararların birçoğunda Federal Mahkeme, ispat hakkının ispat yükü kuralından kaynaklandığını dile getirirken, İsviçre Anayasasının hukuki dinlenilme hakkına yer veren 29. madde hükmüne de gönderme yapmak suretiyle, ispat hakkının hukuki dinlenilme hakkının bir sonucu olduğunu da vurgulamaktadır. Ayrıca bkz. aşağı dn. 22 civarı ve §1, C’de yer alan açıklamalar.

¹³ **Lagarde**, s. 205.

ilişkin yükün, diğer tarafını ise, ona ilişkin hakkın meydana getirdiğini ifade etmektir.

Ne var ki, bu yaklaşım, kanımızca ispat hakkının hukuki niteliğini ortaya koymak bakımından yeterli olamamaktadır:

7. Çünkü, delil ikamesi faaliyetinde kimin bulunacağı, salt ispat yükü kuralına göre belirlenecek bir konu değildir. İspat yükü kavramıyla, dar anlamda murat edilen şey, vakıa iddiasının ispatsız kalması halinde, ispatsızlığın riskine kimin katlanacağından ibarettir.

Dikkat edilmesi gereken ilk husus şudur: İspat yüküne içkin *belirsizlik riski*, özünde usul hukukuna değil, maddi hukuka aittir. Öğretide *Atalay*'ın belirttiği gibi, bu kurallar, özel hukuka dahil olan ve bir hukuki sonucun doğumunu belli bazı koşullara bağlayan maddi hukuk normlarından başka bir şey değildir¹⁴. Bir başka söyleyişle, ispat yükü, zaten usule değil, kural olarak, esasa ilişkin bir mesele arz eder¹⁵. Oysa, bir tarafın ispat hakkına sahip olabilmesi için, onun maddi hukuktan kaynaklanan belirsizlik riskini, bir diğer ifadesiyle objektif ispat yükünü üzerinde taşıması gerekmez.

Burada, ayrıca, ispat hakkının delil ikame (gösterme) yükü ile olan ilişkisi de sorgulanmalıdır. Bu konudaki genel yaklaşım gereğince, delil ikame yükü olarak ifade edilen subjektif ispat yükünün, objektif ispat yükünü taşıyan değil, karşı taraf üzerinde de bulunması pekala mümkündür¹⁶. Bunun

¹⁴ Bkz. *Atalay, Menfi Vakıaların İspatı*, s. 14. Ayrıca bkz. *Umar/Yılmaz*, s. 10, 11; *Bergeaud*, n° 25, s. 28; *Özekes*, s. 125.

¹⁵ Bu noktada bir an için, ispat yükü kuralının HMK m. 190'da düzenleniyor oluşunun, bu noktada bir çelişki yaratıp yaratmayacağı düşünülebilirse de, zikredilen madde gerekçesinde de açıkça, ispat yükünün usul hukukuna ilişkin bir müessese olsa da, ispat yükü kurallarının maddi hukuk temelli olduğuna işaret edilmektedir (bkz. HMK m. 190 hakkındaki hükümet gerekçesi).

¹⁶ Nitekim, norm teorisi uyarınca, iddia edilen vakıaya bağlanan hukukî sonuçtan kendi lehine hak çıkaran tarafın, söz konusu vakıayı ispat yükü altında olduğu yönündeki kural (HMK m. 190, I), ispat yükünün objektif yönünü oluşturmaktadır. Buna karşılık, söz konusu kuralın subjektifleştirilmiş yönü, delil ikame (gösterme) yükü biçiminde somutlaşmaktadır. Bu konuda özellikle bkz. *Atalay, Menfi Vakıaların İspatı*, s. 16 vd.; *Umar/Yılmaz*, s. 32 vd.

somut olarak gerçekleştiği hallerde, delil gösterme yükünü üzerinde taşıyan taraf, buna ilişkin ispat hakkına da sahip olacaktır.

Delil ikame yükü, yargılamanın tarafları arasında farklılık gösterebilmektedir. O halde, burada sahip olunan ispat hakkı, dayanağını, belirsizlik riskini kimin taşıdığına ilişkin olarak maddi hukukta değil, aslında usul hukukunda bulmaktadır¹⁷.

8. Bununla birlikte, ne olursa olsun, bir tarafın ispat hakkına sahip olabilmesi için, onun objektif veya sübjektif ispat yükünü üzerinde taşıması da şart değildir¹⁸:

Mesele, kendisini karşı ispat faaliyeti bakımından açıkça göstermektedir. HMK'nun 191. maddesinde de ifade edildiği gibi, *diğer* taraf, ispat yükünü taşıyan tarafın iddiasının doğru olmadığı hakkında delil sunabilir. Karşı ispat faaliyetinde bulunan taraf, bu faaliyette bulunmakla ispat yükünü üzerine almış olmamaktadır. Buna karşılık, karşı ispat faaliyetinde bulunan tarafın, bu faaliyeti kapsamında pek tabii ki ispat hakkına da sahip olduğunu kabul etmek gerekecektir. Bu ise, esasen dayanağını silahların eşitliği ilkesinde bulan savunma hakkının kullanılmasından başka bir şey değildir¹⁹.

Nitekim, İsviçre hukukunda da, Federal Medeni Usul Kurallarının yürürlüğe girmesinden sonra, ispat hakkının, ispat yükü kuralından bağımsız olarak, davanın her iki tarafına da tanındığına vurgu yapıldığını görmekteyiz²⁰. Sonuç olarak, karşı ispat faaliyetinde bulunan tarafın sahip olduğu ispat hakkının da, maddi hukuktaki ispat yükü kuralı ile doğrudan bir ilgisi yoktur.

¹⁷ Nitekim delil ikame yükünün niteliği konusunda bkz. **Atalay**, *Menfi Vakıaların İspatı*, s. 21. Ayrıca bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 673.

¹⁸ Benzer şekilde bkz. ve karşı. **Karlı**, A., *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. Bası, İstanbul: Alternatif, 2012, s. 549: “(İ)spat hakkı, ispat yükünden farklı olarak, davanın her iki tarafına da tanınmış olan bir haktır.”

¹⁹ Nitekim bkz. **Wiederkehr**, G., “Droits de la défense et procédure civile”, *Recueil Dalloz*, 1979, chron., s. 36; **Bergeaud**, n° 24, s. 28, n° 264, s. 228, 229; **Capdepon**, Y., *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Yayımlanmamış Doktora Tezi, Bordeaux : Université Montesquieu, Bordeaux IV, 2011, n° 139, s. 109. Ayrıca bkz. **Belgesay**, n° 35, s. 36, 37. Silahların eşitliği ilkesi konusunda bkz. **Yeşilova**, B., “Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği İlkesi”, *TBBD*, 2009, S. 86, ss. 47-101.

²⁰ Bkz. **Tappy**, D., “Dispense de preuve et rénonciation à la preuve”, *Beweisrecht der neuen ZPO: Chancen und Risiken*, Bern: Staempfli, 2012, ss. 75-99, s. 84, 85.

9. İspat hakkı, bir somut vakıa özelinde, ispatsızlığın riskine kimin katlanacağından, öte yandan, somut olarak kimin delil ikame (gösterme) yükünü taşıdığından bağımsız olarak, davanın her iki tarafına da aittir. Hatta, aşağıda ayrıca değinmekte olduğumuz üzere, hukuki dinlenilme hakkının bir sonucu olarak, sadece davanın tarafları değil, taraf yardımcısı konumundaki fer'i müdahil dahi ispat hakkına sahiptir²¹.

Nihayet, bu hak, özünde, AİHS'nin 6. maddesinde yer alan adalete erişim hakkından ve adil yargılanma hakkından; medeni usul hukuku özelinde ise, somut olarak, hukuki dinlenilme hakkından kaynaklanmaktadır²².

İspat hakkı, temellerini ve gereğini, tamamen usuli nitelikte olan bu yargısal haklarda bulurken, onun kaynağını aynı zamanda maddi hukukta aramak, kanımızca çelişki yaratabilir²³. Zaten, kronolojik bir sıra içinde değerlendirdiğimizde dahi, ispat hakkı, ispat yükünden önce gelmektedir. İkisi arasındaki ilişkide, ispat yükü, ispat hakkının dayanağı değil, *Konuralp*'in ifadesiyle, onun teknik ayrıntısı konumundadır²⁴. Nihayet, *Belgesay*, bu yaklaşımımızı şu şekilde somutlaştırmaktadır: “(T)ahkikat

²¹ İspat hakkına sadece uyumsuzluğun taraflarının değil, fakat aynı zamanda fer'i müdahilin de sahip olduğu yönündeki açıklamalarımız için bkz. aşağıda, §1, B.

²² Bu konudaki açıklamalarımız için bkz. aşağıda, §1, C.

²³ Nitekim öğretilde *Özekes* tarafından *Kolb*'a atıf verilerek işaret edildiği üzere, ispat yükü ve delil ikamesi kuralları, hukuki dinlenilme hakkından çıkarılmaz. İspat kuralları, hukuki dinlenilme hakkına dayandırılmaz (bkz. *Özekes*, s. 125, dn. 127, *Kolb*, H.-U, *Das rechtliche Gehör als verfassungsmässiges Recht*, München: Diss, 1967, s. 57'den naklen). *Özekes*, aktardığı bu tespite hak vermekte ve hukuki dinlenilme hakkının, taraflara açıklama ve ispat hakkı tanıdığını, fakat ispat kurallarını belirlemediğini vurgulamaktadır. Yazar, bu bağlamda, ispat yükü kurallarının maddi hukuk tarafından belirlendiğine vurgu yapmaktadır (bkz. *Özekes*, s. 125, dn. 127). İsviçre Federal Mahkemesinin bazı kararlarında, şayet, federal maddi hukuka ait bir normdan kaynaklanan sübjektif bir hak ihlal edilmişse, ispat yüküne ilişkin olan İMK m. 8 hükmüne; buna karşılık, Anayasal hakların ihlali halinde ise, hukuki dinlenilme hakkına ilişkin, İsviçre Anayasasının 29. maddesinin ikinci fıkrasına dayanılacağı da ifade edilmektedir. Ancak, ispat hakkından yararlanabilme koşulları bakımından bu ikisi arasında bir fark yoktur. Örn. bkz. TF 5A_567/2011, 10.2.2012, consid. 4.1; TF 5D_10/2011, 15.4.2011, consid. 3.3.3 (*Swisslex*).

²⁴ **Konuralp**, *HMK Tasarısı Komisyon Tutanakları (Pekcanitez, Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi*, s. 815'ten naklen).

*hakimi hangi tarafın ispat ile mükellef olduğu hukuk meselesini halletmeden evvel onların her ikisini de iddialarını ispata yarayan vakıa ve vasıtaları bildirmeğe davet eder*²⁵.

Son tahlilde, ispat hakkının hukuki niteliği konusundaki görüşümüz şudur:

İspat hakkı, hukuki dinlenilme hakkının bir parçası şeklinde, kendisini ispat faaliyeti özelinde gösteren bir temel yargısal haktır. Bu hak, subjektif ve tamamen usuli bir karaktere sahiptir²⁶.

B. İspat Hakkının Tanımı ve Kapsamı

10. Hem Türk öğretisinde dikkat çekilen hususlar, hem Fransız ve İsviçre öğretisinde yer alan kimi tespitler doğrultusunda ispat hakkının ne olduğu ve kapsamı öncelikle, iki noktada somutlaşmaktadır. Bunlardan ilki, delillerin ikamesi, ikincisi ise, delillere ulaşılması, yani bunların elde edilmesidir²⁷.

Aşağıda, ispat hakkının görünüm biçimleri bakımından üzerinde ayrıca durmakla birlikte, burada birkaç cümle ile sınırlı şekilde açıklamada bulunacak olursak, *delil ikamesi* bağlamında, bir delil sadece hâkimde kanaat uyandırmak amacıyla kullanılabilirdiği takdirde bir anlam taşımaktadır²⁸. Yani ispat hakkına sahip olmak demek, vakıa iddiasının dayanağı olan delilleri kullanabilmek, bunları ikame hakkına sahip olabilmek demektir²⁹.

²⁵ Belgesay, n° 35, s. 36.

²⁶ Bkz ve karşı. Bergeaud, n° 24, s. 27 vd.; Lagarde, X., “Finalités et principes du droit de la preuve - Ce qui change”, *JCP*, 2005, s. 7; Ferrand, n° 4, s. 8; Klein, G., “Le droit à la preuve: une étude comparée de la procédure civile allemande et française”, <http://m2bde.u-paris10.fr/content/le-droit-à-la-preuve-une-étude-comparée-de-la-procédure-civile-allemande-et-française-par-ga>, 2009 (Son erişim tarihi: Ekim 2014). Ayrıca bkz. ve karşı. Goubeaux, s. 280, 281.

²⁷ Genel olarak bkz. Goubeaux, s. 281; Bergeaud, n° 222 vd., s. 185 vd.; Desprès, s. 126 vd., n° 179, 180 vd.; Vial, G., *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Paris: Dalloz, 2008, n° 25, s. 33 vd. Ayrıca bkz. ve karşı. Özekes, s. 123 vd.; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 300.

²⁸ Bkz. Goubeaux, s. 293; Özekes, s. 125; Bergeaud, n° 235 vd., s. 233; Desprès, s. 126, n° 182.

²⁹ Goubeaux, s. 293. Ayrıca bkz. Vial, n° 26, s. 35 vd.

Buna mukabil, bir delile ulaşmak ise, esas itibariyle, ispat aracının karşı tarafın yahut üçüncü kişinin elinde olması nedeniyle ortaya çıkabileceği gibi, geniş anlamda bir keşif icrasına (yahut bilirkişi incelemesine) ihtiyaç duyulan hususlar bakımından da söz konusu olabilmektedir. Burada, ilkinden farklı olarak, bir delilin sunulması yahut dikkate alınması değil, fakat elde edilmesi hususunda hâkimden gereğini yapması talep edilmektedir³⁰.

11. Ancak, bu sayılan hususlar, ispat hakkının temel özelliklerini oluştursa da, ispat hakkı, hakime davacı veya davalı tarafından ortaya konulan tüm ikna vasıtalarını incelemek zorunluluğunu yüklemektedir³¹. Yani, ispat hakkının ilgisine, bu delili ibraz veya ona ulaşma hakkının tanınması, ispat hakkının sağlanması bakımından tek başına yeterli olmayıp, bu hak, söz konusu delilin, mahkeme tarafından dikkate alınmasını da içermektedir.

Bu kapsamda ispat hakkını, *somut bir vakıa iddiası hakkındaki caiz bir delilin elde edilmesi yahut ikamesi ile bunun dikkate alınmasını talep hakkı* olarak tanımlamak mümkündür³².

12. Burada ele almak istediğimiz son mesele, ispat hakkının *kime* ait olduğudur. Yani, ispat hakkı, sadece davanın taraflarına mı aittir?³³ Yoksa, özellikle fer'i müdahil de ispat hakkına sahip midir?

İspat hakkına ilişkin HMK m. 189 hükmüne bakıldığında, bir an için, ikinci soruya olumsuz yanıt vermek gerektiği söylenebilir. Çünkü, zikredilen hükümde, taraflar(ın) kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahip oldukları dile getirilmektedir. Ne var ki, hükmün gerekçesinde, hangi sebeple salt taraf kavramının kullanıldığına dair bir açıklık yoktur.

³⁰ **Goubeaux**, s. 281 vd.; **Bergeaud**, s. 239, n° 228 vd., s. 190 vd.; **Desprès**, s. 127, n° 181.

³¹ **Goubeaux**, s. 280; **Bergeaud**, özellikle n° 286 vd., s. 247 vd.

³² Bkz. ve karşı. **Desprès**, n° 180, s. 126; **Bergeaud**, n° 638, s. 552;

³³ Bu soruyu yanıtlandırmaya çalışmadan önce belirtelim ki, dava takip yetkisine sahip olan kişilerin de, ispat hakkına sahip olacakları şüphesizdir. Örneğin, Cumhuriyet Savcısı, HMK m. 70 gereğince açtığı bir davada, taraf olarak yer alacağından, ispata ilişkin her türlü taraf usul işlemini yapmak hakkına da sahip olacaktır. Aynı durum, iflas tasfiyesi sırasında iflas idaresi veya ikinci alacaklılar toplantısının kararıyla kendisine dava takip yetkisi verilen alacaklı tarafından (İİK m. 245) yürütülecek davalar bakımından da söz konusudur.

Ancak, ispat hakkı hukuki dinlenilme hakkının sağlanmasının bir gereği, onun bir sonucu olduğundan³⁴, fer'i müdahilin ispat hakkı bakımından hukuki dinlenilme hakkına ilişkin HMK m. 27 hükmü de dikkate alınmalıdır. Nitekim, zikredilen madde, *müdahillerin* de hukuki dinlenilme hakkına sahip olduğunu; bu hakkın ise, açıklama ve ispat hakkını içerdiğini düzenlemektedir. Öyle ise, fer'i müdahilin de, tarafların yanı sıra, ispat hakkına sahip olduğundan şüphe etmemek gerekecektir.

Burada, HMK m. 27 hükmü, ilgililerin, *kendi hakları ile bağlantılı olarak* hukuki dinlenilme hakkına sahip olduğunu düzenlediğine göre, fer'i müdahilin, ispat hakkına ne ölçüde sahip olduğu, onun ispat faaliyetine ne ölçüde katılabildiğiyle, yani *kendi hakkıyla* birlikte değerlendirilmelidir.

Nitekim, fer'i müdahale, Türk hukukunda ilk defa *Pekcanitez*'in doçentlik çalışmasında tüm ayrıntılarıyla ortaya konulmuştur. Buna göre, fer'i müdahil, hukuki niteliği bakımından taraf yardımcısıdır³⁵. Onun taraf yardımcısı olması, HMK'nun fer'i müdahaleye ilişkin hükümlerinde de kendisini göstermektedir. İspat faaliyeti bakımından, HMK m. 68, f. 1, c. 2 hükmü uyarınca, fer'i müdahil, yanında katıldığı tarafın yararına olan iddia ve savunma vasıtalarını ileri sürebilir.

O halde, fer'i müdahilin sahip olduğu ispat hakkı, ispat hakkının genel sınırları yanında (bkz. HMK m. 189, f. 2-4), önce, asıl tarafın yararı, daha sonra, yargılamadaki konumuyla çevrelenmiştir. Bu bağlamda, fer'i müdahil, asıl tarafın yararı bağlamında, dürüstlük kuralına ilişkin hususlar saklı kalmak kaydıyla³⁶, *Pekcanitez*'in belirttiği gibi, "*asıl tarafın iddialarının aksine delil gösteremez. Bunun gibi asıl tarafça gösterilen tanıkların dinlenmesinden vazgeçemez. Bilirkişinin raporu, asıl tarafın lehine ise, fer'i müdahil bu rapora itiraz edemez. Tarafların seçtiği bilirkişiyi reddedemez*"³⁷

Fer'i müdahilin yargılamadaki konumu bakımından ise, ispat hakkının sınırı, yine HMK m. 68 hükmünde gösterilmektedir. Buna göre, müdahil,

³⁴ Bkz. aşa. §1, C.

³⁵ Bkz. **Pekcanitez**, H., *Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale*, Ankara: DEÜ, 1992, s. 142.

³⁶ Fer'i müdahilin, doğruyu söyleme ödevi konusunda bkz. **Pekcanitez**, *Fer'i Müdahale*, s. 146.

³⁷ Bkz. **Pekcanitez**, *Fer'i Müdahale*, s. 149.

davayı ancak bulunduğu noktadan itibaren takip edebilir. Bu itibarla, müdahil, asıl tarafın süresi içinde ileri sürmediği iddia ve savunmaları, ileri süremez³⁸.

C. İspat Hakkının Temel Yargısal Haklar; Özellikle Hukuki Dinlenilme Hakkı ve Silahların Eşitliği İlkesi ile İlişkisi

13. İspat hakkı, dayanağını, diğer yargısal haklar gibi, Anayasa'nın 36. maddesi ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkı ve bu bağlamda adalete erişim hakkında bulmaktadır³⁹. Bu haklar bağlamında, ispat hakkının, özellikle iki temel hak ve ilke ile ilişkisi ön plana çıkmaktadır. Bunlardan ilki hukuki dinlenilme hakkı, ikincisi ise, silahların eşitliği ilkesidir:

14. *Hukuki dinlenilme hakkı ile olan ilişkisi bakımından:* İspat hakkı, yargılama hukukunun en temel haklarından biri olan hukuki dinlenilme hakkının bir sonucudur⁴⁰. Nitekim kanun koyucu da, HMK'nu hazırlarken,

³⁸ Müdahil, taraf olmadığına göre, zikrettiğimiz hükmün herhangi bir usuli imkanla aşılması da mümkün değildir. Nitekim, *Pekcanitez'in* belirttiği gibi, burada karşı tarafın rızası da herhangi bir sonuç doğurmayacaktır. Bkz. **Pekcanitez**, *Fer'i Müdahale*, s. 148.

³⁹ Açıklamalar için bkz. **Bergeaud**, n° 139, s. 116 vd. ; **Klein**, <http://m2bde.u-paris10.fr...>; Ayrıca bkz. **Bolayır**, s. 55, 56.

⁴⁰ Bkz. Hukuki dinlenilme hakkı özelindemeseye işaret eden bkz. **Pekcanitez**, H., "Hukuki Dinlenilme Hakkı", *Prof. Dr. Seyfullah Edis'e Armağan*, İzmir: DEÜ, 2000, ss. 753-791, özellikle s. 777. İspat hakkı özelinde bkz. **Goubeaux**, s. 280; **Rousselle**, s. 37; **Bolayır**, s. 55 vd.; **Göksu**, M., "Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi", *MİHDER*, 2009/2, ss. 251-282, s. 252, 253. Ayrıca bkz. ve karşı. Hukuki dinlenilme hakkına ilişkin monografisinde meseleyi açıklama hakkı bağlamında ele alan **Özekes**, s. 106 vd. İspat hakkı, aynı şekilde, hukuki dinlenilme hakkına komşu bir kavram olan ve hatta onun, aradaki nüanslarla, ilke biçimindeki görünümü olan *vicahi yargılama ilkesi (Principe du contradictoire)* ile de yakından ilişkilidir. Bkz. **Bergeaud**, n° 138, s. 115 vd. Esasen, ilk başta yargılama hakkında bilgi sahibi olmayı, daha sonra ise, bu yargılamada yer alarak, *karşılıklı şekilde*, hem davaya ilişkin hususların, vakıaların, ispat vasıtalarının elde edilmesi, hem de bunların *karşılıklı* tartışılmasını içeren vicahi yargılama ilkesinin, amaçsal bakımdan hukuki dinlenilme hakkından farklı olmadığını görüyoruz (bu konuda bkz. ve karşı. **Ascensi**, L., *Du principe de la contradiction*, Paris: L.G.D.J., 2006, s. 13, s. 21 vd.; **Miniato**, L., *Le principe du contradictoire en droit processuel*. Paris: L.G.D.J., 2008, özellikle s. 5 vd.; **Cadiet/Normand/Amrani-Mekki**, n° 176 vd., s. 633 vd.). Sonuç

hukuki dinlenilme hakkını, adil yargılanma hakkının bir unsuru olarak, yargılama ile ilgili bilgi sahibi olunmasını, açıklama ve ispat hakkını, mahkemenin, açıklamaları dikkate alarak değerlendirmesini ve kararların somut ve açık olarak gerekçelendirilmesini kapsayacak şekilde kaleme almıştır (HMK m. 27).

Burada dikkat çekici olan husus, kanun koyucunun, İsviçre Federal Medeni Usul Kanunundan farklı olarak, meseleyi hem hukuki dinlenilme hakkının bir unsuru, hem de ispata ilişkin genel hükümler arasında ayrıca vurgulamak yolunu tercih etmiş olmasıdır. Gerçekten de, İsviçre FMUK'nun hukuki dinlenilme hakkına ilişkin 53. maddesi, ilk fıkrasında, tarafların hukuki dinlenilme hakkına sahip olduklarına işaret ettikten sonra, ikinci fıkrada, bu hakkın içeriği bağlamında sadece, üstün bir kamusal yahut özel yarar söz konusu olmadığı sürece, tarafların, dosyayı inceleyebilecekleri ve bundan örnek alabileceklerini belirtmekle yetinmiştir (bkz. Art. 53 CPC Suisse)⁴¹.

Ancak bu durumun, İsviçre hukuku bakımından da herhangi bir tereddüt yaratmadığı anlaşılmaktadır. Çünkü, Federal Mahkemenin konuya ilişkin kararlarında, Konunun ayrıca İsviçre Anayasasında da açık şekilde düzenlenmesinden kaynaklı olarak, ispat hakkının hukuki dinlenilme hakkının sonucu olduğu vurgulanmaktadır⁴².

15. Bu anlamda, ispat hakkının, bir delilin ibrazı veya elde edilmesi ile bu delilin mahkemece dikkate alınmasına ilişkin hukuki dinlenilme hakkı

olarak, konunun hukuki dinlenilme hakkı ile olan ilişkisinden bahsederken, bu kavramı, vicahi yargılama ilkesini de içine alacak şekilde kullanmayı tercih ediyoruz. Ayrıca bkz. *“Adil yargılanma hakkının içinde barındırdığı temel haklardan olan ve dayanağını insan onuru ile eşitlik ilkesinden alan, hukuki dinlenilme hakkının üç unsuru vardır. Bunlar, tarafların yargılama konusunda bilgilenme hakkı, yargılama ile ilgili açıklama ve ispat hakkı, bu açıklamaların mahkemece dikkate alınıp değerlendirilmesi yükümlülüğüdür.”* 10. HD, 21.3.2011, 494/3830 (KBİBB).

⁴¹ Buna karşılık ispat hakkını ispata ilişkin genel prensipler arasında ele alan İsviçre FMUK m. 152 hükmü, ilk fıkrasında tarafların, usulüne uygun ve süresinde sunulan delilleri mahkemeye ibraz etme hakkına sahip olduklarını, ikinci fıkrada ise, hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin, gerçeğin ortaya konulmasına ilişkin menfaat daha üstün olmadığı sürece, mahkeme tarafından dikkate alınmayacağına yer vermiştir (bkz. Art. 152, CPC Suisse).

⁴² Örn. bkz. TF 4C.66/2007, 9.1.2008, consid. 3.1 (Swisslex); TF 5A.936/2013, 8.7.2014 (Swisslex)

olduğunu söylemek, kanımızca yanlış olmayacaktır⁴³. Ancak, bu yaklaşımımız, hukuki dinlenme hakkının tüm unsurlarının, ispatı ilgilendirdiği sürece ispat hakkı kapsamında düşünülmesi gerektiği biçiminde de yorumlanmamalıdır. Örneğin, ileri sürülen bir delil hakkında, karşı tarafın bilgi sahibi olması, hukuki dinlenme hakkının ilk unsuru olan, bilgilenme hakkı kapsamında değerlendirilmelidir. Pek tabii ki, ileri sürülen bir ispat aracı hakkında bilgi sahibi olan taraf, buna karşı, karşı ispat faaliyetinde bulunabilecektir. Ne var ki, kanımızca buradaki ilişki, ispat hakkı bakımından dile getirdiğimiz diğer hususların yanında, dolaylı kalmaktadır.

Ancak, ne olursa olsun, burada bu görüşün yahut aksinin kabulü, aslında sadece teorik bir anlam ifade etmektedir. Çünkü, ispat hakkı hukuki dinlenme hakkının bir sonucu olduğuna göre, hakim, hukuki dinlenme hakkının asıl ki re'sen dikkate alacaksa⁴⁴, ispat hakkının sağlanması da, hakimin görevi gereği, kural olarak, re'sen dikkate alacağı bir husustur⁴⁵.

16. Silahların eşitliği ilkesi ile olan ilişkisi bakımından: Silahların eşitliği ilkesi, pozitif temellerini Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinde bulmaktadır⁴⁶. Bu eşitlik, temelde, taraflardan birinin diğer

⁴³ Bkz. **Bergeaud**, n° 79, s. 73. "...Hakim, tarafların ispat hakkı çerçevesinde ibraz ettikleri (toplanan)bütün delilleri kararında tartışır, değerlendirir ve bundan çıkan sonucu kararına yazar (m. 297, l/c). Aslında bu husus, Anayasa'nın düzenlediği (m. 141, III), "bütün mahkemelerin her türlü kararlarının gerekçeli olarak yazılması gerektiği" ilkesinin bir sonucudur..." 3. HD, 11.9.2012, 12921/18468 (KBİBB).

⁴⁴ **Özekes**, s. 318, 319.

⁴⁵ İspat hakkının salt tarafları değil, fakat aynı zamanda hakimin görevini ilgilendirdiği konusunda bkz. **Cadiet**, L., "La preuve", *La procédure civile mondiale modélisée*, Paris: EJT, 2004, s. 122; **Ferrand**, n° 4, s. 8. Ayrıca bkz. **Habscheid**, W. J., "Das Recht auf Beweis", *ZZP*, 1983, ss. 306- 334, s. 308, **Klein**, <http://m2bde.u-paris10.fr...>'den naklen. Hiç şüphe yok ki, ispat hakkının bu anlamda mutlak bir etkinliğinden söz edebilmemiz mümkün değildir. Başta HMK m. 189 hükmünde açıkça yer alan sınırlar olmak üzere, hakim, söz konusu ispat aracının o uyumsuzluk bakımından yerindeliğini ayrıca değerlendirmek yetkisine sahiptir. Öte yandan, ispat hakkından faydalanmak isteyen tarafın da, salt belli bir delili sunması veya o delile ihtiyaç duyduğunu mahkemeye bildirmesi yeterli olmayıp, bazı usuli gereklilikleri yerine getirmiş olmalıdır. Yani, hakimin ispat hakkının gereğini yerine getirme ödevi, bu koşullar gerçekleştiği durumda söz konusu olur. Bu açıdan bkz. aşa. §2, B.

⁴⁶ Bu konuda bkz. **Bergeaud**, n° 147, s. 122 vd.; **Yeşilova**, s. 54, 55.

tarafa göre zayıf yahut aşağı bir durumda bulunmaması, böyle bir durum içine sokulmaması gereğini ifade etmektedir. Ancak bundan ötesi, silahların eşitliği her iki tarafın da, aynı usuli imkanlara sahip olmasını teminat altına almaktadır⁴⁷.

Fransız öğretisinde *Bergeaud*, ispat faaliyeti bakımından silahların eşitliği ilkesinin kendisini iki noktada gösterdiğine işaret etmektedir. Bunlardan ilki, ispata ulaşmada eşitlik, ikincisi ise, delil ikamesinde eşitlik⁴⁸.

Esasen bu iki temel hak ve ilkenin her koşulda örtüşmesi söz konusu değildir. Örneğin, her iki tarafın sunulan ispat vasıtaları hakkında bilgilendirme hakkı, hukuki dinlenilme hakkı kadar (HMK m. 27, f. 2, b. a), silahların eşitliği ilkesi ile de doğrudan ilişkilidir. Ancak, ispat hakkı, özünde, bir ispat aracı hakkında diğer tarafın bilgi sahibi kılınması biçiminde bir amacı doğrudan gütmemektedir⁴⁹. İspat hakkının görünüm biçimleri bakımından da bir örnek sunmaya çalışacak olursak, belgelerin ibrazı zorunluluğu, hem taraflar hem üçüncü kişiler için söz konusu olup, ispat hakkının sağlanmasına hizmet etmektedir⁵⁰. Belge karşı tarafın elinde ise, bunun ibrazının emredilmesi, şüphesiz iki taraf arasındaki eşitliğin sağlanmasına hizmet edebilecektir⁵¹. Buna karşılık öğretide, şayet belge, bir üçüncü kişinin elindeyse, bu belgenin elde edilme bağlamındaki ispat hakkının, taraflar arası bir eşitsizliği giderme amacını taşımadığı hususuna dikkat çekilmektedir⁵².

Bu itibarla, ispat hakkının, taraflara, ileri sürdükleri iddiaları etkin şekilde ortaya koyma imkanını sağlamak yönünde bir işlevi buluna da, bunun mutlak surette eşitliğin sağlanması bağlamında değerlendirilmesi zorunluluğu yoktur. Ancak, hiç şüphe yok, ikisinin örtüştüğü noktalarda, silahların eşitliği ilkesinin sağlanmış olması, ispat hakkının sağlanmasına da hizmet edecektir⁵³. Nihayet, burada son olarak belirtmek gerekir ki, bir

⁴⁷ Bkz. *Bergeaud*, n° 148, s. 123; *Yeşilova*, s. 55 vd.

⁴⁸ Bkz. *Bergeaud*, n° 149 vd., s. 124 vd.

⁴⁹ *Bergeaud*, n° 143, s. 120; n° 150, s. 125.

⁵⁰ Bu konuda ayrıca bkz. aşa. §2, *B, II*

⁵¹ Ayrıca bkz. *Erdönmez*, s. 3.

⁵² *Bergeaud*, n° 156, s. 130.

⁵³ Isgro/İtalya kararında (19.2.1991), Mahkeme, Sözleşmenin 6. maddesinin ilk fıkrasına göre hakkaniyete uygun yargılamadan doğan silahların eşitliği ilkesi bağlamında, vicahi

tarafın ispat hakkından yoksun bırakılması, aynı zamanda, silahların eşitliği ilkesinin de göz ardı edilmiş olması sonucunu doğurur⁵⁴.

§2. İSPAT HAKKININ İÇERİĞİ BAKIMINDAN

A. İspat Hakkının Varlık Koşulları

I. Genel Olarak

17. Taraf yahut fer'i müdahilin, ispat hakkından bahsedebilmemiz için, belli bazı koşulların varlığı aranmaktadır. Bu, öğretide, ispata yönelik menfaat biçiminde de ifade edilmektedir⁵⁵. Esasen, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, kanun koyucu, HMK m. 189 hükmünde ispat hakkının sınırlarına işaret etmiştir: Buna göre, hukuka aykırı olarak elde edilen delil, vakıanın ispatında dikkate alınamayacak ve Kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat edilemeyecektir. Bunların yanı sıra, bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığını belirlemek hakimnin takdir yetkisinde olan bir husustur (HMK m. 189, f. 2, 3).

18. Ancak, ispat hakkından yararlanılabilmesi, ispat hakkına ilişkin sınırlara riayet edilmesinin yanı sıra, diğer bazı koşulların da yerine getirilmiş olmasına bağlıdır⁵⁶. Burada, ilk etapta iki hüküm, ön plana çıkmaktadır. Bunlardan birincisi, HMK m. 189, f. 1 hükmüdür: Buna göre, taraflar,

yargılama ilkesinin bir gereği olarak, delillerin hâkime sunulması zorunluluğunu hatırlatmıştır. *Dombo Beheer/ Hollanda* kararında (27.11.1993), Mahkeme, AİHS'nin 6. maddesinin ilk fıkrasının ihlal edildiğine yönelik bir tespitte bulunmuştur. Silahların eşitliği ilkesi ve dolayısıyla, hakkaniyete uygun yargılama ile hâkime erişim hakkı gereğince, davanın tarafı niteliğindeki bir şirket müdürünün, tanık olarak dinlenemeyeceği kanısına varmıştır (Zikreden **Klein**, <http://m2bde.u-paris10.fr...>).

⁵⁴ Nitekim, Fransız Temyiz Mahkemesi Ticaret Dairesi, 2007 yılında vermiş olduğu bir kararda, bir vakıa iddiasının ispatının engellenmiş olmasının, AİHS m. 6'dan kaynaklanan silahların eşitliği ilkesinin ihlalini meydana getireceğine işaret etmektedir. Bkz. Cass. com., 15.5.2007, *JCP* 2007, IV, 2253, Zikreden **Bergeaud**, n° 158, s. 131.

⁵⁵ Doğrudan ispat hakkı özelinde, **Bergeaud**, n° 341 vd., s. 295 vd. Ayrıca bkz. ispat hakkının görünüm biçimlerinden biri olan belgelerin ibrazı mecburiyeti bağlamında bir hukuki menfaatin gerekli olduğuna işaret eden **Erdönmez**, s. 132 vd.

⁵⁶ Bu hususlar, bu çalışmada tercih ettiğimiz üzere, ispat hakkından yararlanılabilmesinin koşulları ol

Kanunda belirtilen *süre ve usulüne uygun olarak* ispat hakkına sahiptir. İkincisi ise, ispatın konusunu düzenleyen HMK m. 187, f. 1 hükmüdür: Buna göre, ispatın konusunu, tarafların üzerinde anlaşamadıkları ve uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek çekişmeli vakıalar meydana getirir ve bu vakıaların ispatı için delil gösterilir. Bu çerçevede, ispat hakkının sınırlarının da, ispatın konusunu oluşturan vakıalar ve bu vakıalar için gösterilecek deliller bakımından ele alınması gerekmektedir.

Öte yandan, ispat hakkının genel varlık koşullarına, belli bazı hallerde özel bazı koşullar da eşlik edebilmektedir. Bu durum, özellikle delil tespiti çerçevesinde karşımıza çıkmaktadır⁵⁷.

II. İspatın Konusunu Oluşturan Vakıalar Bakımından

19. İspatın konusunu vakıalar oluşturur. Buna karşılık, hakim, davada uygulanacak hukuk normunu, yani hukuki sebebi, görevi gereği re'sen bulmak ve uygulamakla yükümlüdür (HMK m. 33). Diğer taraftan, herkes tarafından bilinen, taraflar arasında çekişmesiz olan veya ikrar edilmiş vakıalar, ispatın konusunu oluşturmamaktadır (HMK m. 187, f. 2). Bu itibarla, gerek hukuki sebebin gerek herkes tarafından bilinen vakıaların, ispat hakkının da konusunu oluşturması söz konusu olmayacaktır.

Ancak, hukuki sebepler veyahut bir vakıanın niteliği (örneğin onun bilinirliği) özelinde, tarafların açıklama hakkı sınırlandırılmış olabilir. Bu durum, tek başına ispat hakkının ihlali olarak nitelendirilemeyecekse de, hiç şüphe yok ki, yine hukuki dinlenilme hakkının kapsamında olan açıklama hakkının ihlali biçiminde değerlendirilecektir⁵⁸.

20. Nitekim esas mesele, ispatın konusunu oluşturan vakıalar bakımından, bir tarafın ispat hakkına sahip olup olmadığının belirlenmesidir. Burada, hakimin, bir vakıa iddiası hakkında delil ikamesine imkan tanınması veya bu delilin elde edilmesi konusunda gereğini yapması için, ilk olarak, bu vakıayı ileri süren tarafın, onu ispata elverişli şekilde somutlaştırması gerekmektedir (HMK m. 194, f. 1)⁵⁹.

⁵⁷ Bkz. aşa. §2, B, II, 2.

⁵⁸ Bu konuda bkz. Özekes, s. 121, 131 vd.

⁵⁹ Somutlaştırma yükü bakımından bkz. Atalay, *Menfi Vakıaların İspatı*, s. 31 vd.; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 663 vd.

Vakıa iddiasını somutlaştırma yükünün gereğini yerine getirmeyen taraf, söz konusu olacak diğer sonuçların yanı sıra⁶⁰, somutlaştırılmamış, belirsiz bir vakıanın ispatı hakkına da sahip olamayacaktır. Nitekim, bu sonuç, aslında HMK m. 194, f. 1 hükmünün, *ispata elverişli* şekilde ifade-sinden derhal çıkartılabilir. Bir vakıa, ispata elverişli olabilmesi için, somut ve belirli olmalıdır⁶¹.

İspat hakkından yararlanabilmenin vakıalar özelindeki ikinci koşulu ise, ispatın konusuna ilişkin 187. madde hükmüne içkindir. Buna göre, ispatın konusunu oluşturacak vakıalar, elbette çekişmeli, fakat aynı zamanda, uyuşmazlığın çözümünde etkili olabilecek vakılardır⁶². İşte bu tür vakıalar, bunlar bakımından ispat hakkının kullanılmasına uygun, elverişli vakıalar olarak kabul edilecektir⁶³.

III. İspat Faaliyetinde Kullanılacak Deliller Bakımından

21. İspat hakkından yararlanabilme koşulu, bir diğer söyleyişle, ispata yönelik menfaat, ispatın konusunu oluşturan vakıalar kadar, ispat faaliyeti-nde kullanılacak deliller (ispat araçları) bakımından da değerlendirilmelidir⁶⁴. Yani, bir delilin ikamesi (sunulması) yahut bunun elde edilmesine ilişkin talebin kabulü için, bu delilin, uyuşmazlık konusu vakıa bakımından *uygun, elverişli ve yerinde* olması gerekmektedir⁶⁵.

HMK m. 189, f. 1 hükmü, bu durumu, kanunda belirtilen süre ve usule uygun olarak ispat hakkına sahip olduğu biçiminde vurgulamaktadır. O halde mesele, ilk başta süre ve usul bakımından ele alınmalıdır:

⁶⁰ Bkz. **Atalay**, *Menfi Vakıaların İspatı*, s. 36.

⁶¹ “...İspat edilmek istenen vakıa muayyen ve müşahhas olmalıdır. Tayin ve teşhis edilemi-yen, müphem bulunan vakıaları doğrudan doğruya ispat kabil olamaz”. **Belgesay**, n° 36, s. 37.

⁶² Benzer şekilde Fransız Medeni Usul Kanunu “*uyuşmazlığın çözümünün bağlı bulunduğu vakıalar*” ifadesine yer vermektedir. Bkz. Art. 143, CPC français.

⁶³ Bkz. **Goubeaux**, s. 294; **Bergeaud**, n° 341, s. 295, n° 359 vd., s. 311 vd.; **Desprès**, n° 180, s. 127.

⁶⁴ **Bergeaud**, n° 375, s. 325; **Goubeaux**, s. 294; **Bolayır**, s. 67 vd.; **Vouilloz**, s. 832.

⁶⁵ Bkz. ve karşı. **Mouralis**, *Règles de preuve*, n° 540, s. 71; **Bohnet**, F./**Haldy**, J./**Jeandin**, N./**Schweizer**, P./**Tappy**, D., *Code de procédure civile commentée*. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2011, n° 11, s. 628; **Goubeaux**, s. 294; **Belgesay**, n° 36, s. 37.

22. Kanunda belirtilen süre bakımından, esasen murat edilenin taraflarca hazırlama ilkesine tabi davalar olduğunu kabul etmek gerekmektedir. Çünkü, bir dava re'sen araştırma ilkesine tabi olduğunda, bir diğer söyleyişle kural olarak, kamu düzenini ilgilendirdiğinde, hakim, davanın ispatı için gerekli tüm delillere re'sen başvurabilecektir. Öğretide ifade edildiği üzere, burada dava malzemesinin mahkemeye sunulması konusunda, taraflara değil, hakime bir yükümlülük yüklenmektedir⁶⁶. Bu yüzden de taraflar, yargılama sürdüğü müddetçe delil ikame etmek hakkına sahiptirler⁶⁷.

Buna karşılık, taraflarca hazırlama ilkesine tabi bir dava bakımından, delilin Kanunda yer alan genel ilkeler çerçevesinde ikame edilmiş veya varlığına işaret edilmiş olması gerekmektedir. Bu bağlamda, HMK ikili bir ayırmda bulunmaktadır: Buna göre, ilk olarak, deliller dilekçeler aşamasında karşılıklı olarak ikame edilmeli yahut bunların elde edilmesini sağlamak amacıyla, bu deliller işaret edilmelidir (HMK m. 121; 129, f. 2). Bu gerçekleştirilmemişse, en geç ön inceleme duruşmasında, mahkeme, bu konuda taraflara bir kesin süre verecektir. İkinci olarak ise, HMK m. 145 hükmü uyarınca, bir delilin geç sunulması, bunun kötü niyetle yapılmaması veya bir kusura dayanmaması kaydıyla mümkün olabilir⁶⁸.

Öte yandan, burada, taraflarca hazırlama ilkesine tabi bir davada dahi, mahkeme re'sen bilirkişi incelemesine ve keşif icrasına başvurabileceğinden (HMK m. 266; 288), buna yönelik bir talebin de, dilekçeler aşamasında zikredilmemiş olsa dahi, tahkikat aşaması sürdüğü müddetçe gerçekleştirilmesi mümkündür.

Elbette, Kanunda yer alan bu süreler, esas hakkındaki yargılama bakımından dikkate alınmalıdır. Zamansal açıdan, bir ispat aracına, esas hakkındaki yargılamadan önce de, özellikle delil tespiti çerçevesinde ihtiyaç duyulması pekala mümkündür⁶⁹.

23. Kanunda belirtilen usul bakımından ise, iki noktanın anlaşılması gerektiği kanısındayız. Bunlardan ilki, birebir, ihtiyaç duyulan ispat aracının

⁶⁶ Açıklamalar için özellikle bkz. **Bolayır**, s. 129, 130 vd.

⁶⁷ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 362; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 366 vd.

⁶⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Bolayır**, s. 221 vd., 228 ve 236 vd. yer alan açıklamalar. İspat hakkı özelinde ise, s. 67, 68.

⁶⁹ Bkz. aşa. §2, B.

ikamesine şartların yerine getirilmesidir. İkincisi ise, bu delillerin HMK m. 189 hükmünde açıkça vurgulanan çerçevede caiz olmalarıdır:

Bunlardan ilki bakımından, her bir ispat aracı için Kanunda öngörülen özel şartların yerine getirilip getirilmemiş olduğu dikkate alınacaktır:

Özel olarak, tanık beyanından yararlanılmasını örnek gösterecek olursak, HMK m. 240, f. 2 hükmü uyarınca, dinletilecek tanıkların ad ve soyadları ile tebligata elverişli adreslerini de içeren bir tanık listesinin mahkemeye sunulması, öncelikli koşuldur. Nitekim, HMK m. 240, f. 3 hükmü, tanık listesinde adres gösterilmemiş veya gösterilen adreste tanık bulunamamışsa, tarafa adres göstermesi için, işin niteliğine uygun kesin süre verilir. Bu süre içinde adres gösterilmez veya gösterilen yeni adres de doğru değilse, bu tanığın dinlenilmesinden vazgeçilmiş sayılacağını belirtmektedir. Bir diğer söyleyişle, bu koşullar sağlanmamışsa, tanık dinletmeye yönelik talebin reddi, ispat hakkının ihlali olarak değerlendirilemez. Bununla birlikte, HMK m. 243, f. 1, son cümle hükmü, tanık listesi için kesin süre verildiği ve dinlenme gününün belirlendiği hâllerde, liste verilmemiş olsa dahi taraf, o duruşmada hazır bulundursa tanıkların dinleneceğine yer vermektedir. Bu ihtimalde, zikredilen maddede kullanılan ifade “*dinler*” olduğuna göre, hakimin tanıkları dinleyip dinlememek konusunda, tanık beyanına ilişkin genel sınırlar müstesna olmak üzere⁷⁰, bir takdir yetkisine sahip değildir. Yani, hakimin, bu tanıkları dinlememesi, somut olay bakımından açık şekilde ispat hakkının ihlali anlamına gelecektir⁷¹.

Buradaki ikinci mesele, bir ispat aracından yararlanılabilmesi için, gerekli olan masrafların da önceden yatırılması zorunluluğudur. Delil avansı olarak adlandırılan ve çeşitli ücret ve giderleri içeren belli bir miktarın yatırılmamış olması, taraflarca hazırlama ilkesine tabi bir davada, o delile dayanan tarafın, buna dayanmaktan vazgeçmiş sayılması sonucunu doğuracaktır.

⁷⁰ Örneğin, HMK m. 200’de yer alan senetle (kesin delillerle) ispat kuralı gereğince, uyumsuzluğun miktar veya değerinin 2.500 TL’nin üstündeki bir hukuki işlemden kaynaklanması veyahut karşı tarafın, HMK m. 255 gereğince tanıkların kimliğine, bunların tanıklığının doğruluğu konusunda kuşkuyu gerektiren sebeplerin bulunduğu gerekçeyle itiraz etmeleri halinde.

⁷¹ Diğer bazı ispat araçları bakımından bkz. aşağıda, §2, B.

Delil avansının yatırılmamış olması sebebiyle, bir delile başvurulmaması da, bir kez daha ispat hakkının ihlali anlamına gelmeyecektir⁷².

Üçüncü mesele olarak, tüm bu koşullara riayet edilmiş olsa dahi, davanın çözümü bakımından etkisi olmayacak, hatta gereksiz bir delil bakımından da, ispat hakkından söz edilmesi mümkün değildir. Bir kez daha bu husus, hakimin takdir yetkisi içinde bulunmaktadır⁷³. Ancak hakim bunu yaparken keyfi davranmamalı, tarafı ispat hakkından da yoksun bırakmamalıdır⁷⁴.

24. Nihayet, hakim, ispat hakkının sınırlarını, bu anlamda delilin hukuka aykırı bir yoldan elde edilip edilmediğini, bir kişisel, mesleki yahut ticari bir sırrı ihlal edip etmediğini, ispat faaliyeti özelinde çatışan menfaatleri karşılıklı şekilde dikkate almak suretiyle, gerek tarafların bu konuda bir itirazda bulunması halinde, gerek re'sen gözetecektir⁷⁵.

Buna karşılık, çalışmamız bakımından özel olarak hassasiyet teşkil eden mesele, ispat hakkının, kesin delillerle ispatın zorunlu olduğu haller bakımından sınırlandırılmasıdır. Delil serbestisi bakımından öngörülen bu tercih ispat hakkına hanel getirmekte midir? Bu soruya, atfettiğimiz önem gereği, aşağıda ayrı bir başlık altında yanıt aramak istiyoruz⁷⁶.

25. Ne olursa olsun, yukarıda saydığımız koşullar çerçevesinde, bir ispat aracına başvurunun uygun veya yerinde olup olmadığı hakim tarafın-

⁷² Buna karşılık, re'sen araştırma ilkesine tabi olan bir davada ise, hakim, ileri sürülen vakıa iddiası bakımından somutlaştırma yükünün gereği yerine getirilmiş, dayanılan delil de caiz ise, bu masrafi ileride bu gideri ödemesi gereken taraftan almak üzere Hazine'den ödenmesine hükmedecektir (HMK m. 324, f. 3; 325).

⁷³ Bkz. **Bergeaud**, n° 385, s. 332; **Goubeaux**, s. 295; **Vouilloz**, s. 832.

⁷⁴ Bkz. ve karşı. **Vouilloz**, s. 831.

⁷⁵ Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, ispat hakkının sınırlarını, başta hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller olmak üzere çalışmamızın kapsamı dışında bıraktık. Bu yüzden, bu konuda öğretide ayrıntılı şekilde yapılan açıklamalara işaret etmekle yetiniyoruz. Konuya ilişkin çalışmalar arasında bkz. **Pekcantez**, *Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi*, özellikle s. 824 vd.; **Bergeaud**, özellikle n° 424, s. 366 vd., n° 533, s. 461 vd.; **Erdönmez**, özellikle s. 330 vd.; **Mouralis**, *Règles de preuve*, n° 570 vd., s. 76 vd.; **Bolayır**, özellikle s. 61 vd., 69 vd.; **Belgesay**, n° 36, d. 38 ; **Akil**, s. 1226 vd.

⁷⁶ Bkz. aşa. §2, C

dan takdir edilecek bir husustur. İspat hakkı, bir ispat aracına başvurulmasını talep hakkı verirse de, bu ispat aracına başvurunun somut uyuşmazlık bakımından yerinde görülmemesi, ispat hakkının ihlali anlamına gelmeyecektir⁷⁷.

Gerek ileri sürülen iddiaların dayanağı olan vakıalar, gerek bu vakıaların ispatı için ikame edilmek yahut ulaşılmak istenen deliller bakımından, hakim, bu koşulların mevcut olmadığı kanısındaysa, bunları dikkate almayacaktır. Çünkü, bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkeme tarafından karar verilir (HMK m. 189, f. 4).

Sonuç olarak, vakıalar davanın çözümü için etkisiz veya somutlaştırılmamış ise bu vakıaların ispatına hak yoktur. Aynı şekilde, vakıalar bakımından koşullar sağlanmış, fakat, delillere başvurulması bakımından kanunun öngördüğü koşullar sağlanmamışsa, bu delilin ikamesi yahut onun elde edilmesi bakımından da bir ispat hakkı yoktur⁷⁸.

Buna karşılık, delinin caiz olduğu durumda, ispat hakkının gereğinin yerine getirilmesi, hakim için bir ödev teşkil edecektir⁷⁹.

B. İspat Hakkının Görünüm Biçimleri

I. Delil İkame Hakkı

26. Yukarıda, ispat hakkının tanımı ve kapsamı hakkındaki açıklamalarımız sırasında da belirttiğimiz üzere, ispat hakkı temelde kendisini iki ayrı şekilde göstermekte olup, bunlardan birincisi, delil ikame hakkıdır. İspat hakkı, her şeyden önce, tarafların ellerinde bulunan ispat araçlarını, hakim tarafından uyuşmazlığın çözümünde dikkate alınması amacıyla mahkemeye sunabilmeleri anlamına gelmektedir⁸⁰.

⁷⁷ Bkz. **Goubeaux**, s. 295. Ayrıca bkz. TF 4C.66/2007, 9.1.2008, consid. 3.1 (*Swisslex*). Örneğin, İsviçre Federal Mahkemesinin yakın tarihli bir kararına konu olan olayda, sunulan hakem bilirkişi raporu, uyuşmazlığın çözümü için yeterliken, bir bilirkişi incelemesine başvurulması talebinin reddini, Federal Mahkeme ispat hakkının ihlali olarak görmemiştir (ATF 129 III 135, *JdT* 2003 I, s. 596).

⁷⁸ **Bergeaud**, n° 342, s. 297; **Belgesay**, n° 36, s. 37.

⁷⁹ İsviçre Federal Mahkemesinin bu yöndeki kararları için bkz. TF 4C.66/2007, 9.1.2008, consid. 3.1 (*Swisslex*); TF 4C.391/1999, 20.1.2000 consid. 2 (*Swisslex*).

⁸⁰ Ayrıca bkz. yuk. §1, B'de yer alan açıklamalar.

Esasen, delil ikamesi, buna ilişkin kanuni koşulların⁸¹ gereği yerine getirildiği sürece, güçlük arz eden bir faaliyet değildir. Nitekim, taraflarca hazırlama ilkesi gereğince, taraflar ileri sürdükleri vakıaların dayanağı olan delilleri de kendileri mahkemeye sunarlar. Bununla birlikte, uzunca bir dönem, delil ikame hakkı, ispat hakkının asli unsuru olarak görülmüştür. Nitekim, konuyu mevcut görünümü çerçevesinde ilk inceleyen yazarlardan biri olan *Goubeaux* da, ispat hakkını, *delilleri ikame hakkı* olarak nitelendirmektedir⁸².

Şayet, delil ikamesini gerçekleştiren taraf, bunu süresinde ve usulüne uygun biçimde yerine getirirse, bu konuda ispat hakkına, daha açık bir şekilde, sunduğu delillerin kabulü ve mahkeme tarafından dikkate alınması noktasında hukuki dinlenilme hakkına sahip olacaktır⁸³. Yani, mesele sadece bu delilin sunulmasına imkan tanınması olmayıp, o delilin verilecek olan karar bakımından bir değerlendirmeye tabi tutulmasıdır.

Hakim, delil sunumunu, gereken koşulların var olmadığı sebebiyle reddedebilir. Çünkü, bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığı hakim tarafından takdir edilir (HMK m. 189, f. 4). Ancak, şüphesiz, vermiş olduğu bu kararın gerekçesini de göstermek zorundadır.

27. Hakim, belli sebeplerle, bir delilin ikamesi konusunda bir sınırlamaya gidebilirse de, bu imkanın Kanunda açık şekilde gösterilmesi ve hakim böyle bir durumda, verecek olduğu kararın gerekçesini göstermesi gerektiği kanısındayız. HMK m. 241 hükmü, tanık beyanlarının alınması bağlamında, ifade ettiğimiz bu hususa güzel bir örnek teşkil etmektedir. Nitekim, zikredilen madde hükmü uyarınca mahkeme, gösterilen tanıklardan bir kısmının tanıklığı ile ispat edilmek istenen husus hakkında yeter derecede bilgi edindiği takdirde, geri kalanların dinlenilmemesine karar verebilir.

Şüphesiz, hakim bir üst paragrafta dikkat çekmeye çalıştığımız bu yetkiyi keyfi şekilde kullanması, ispat hakkının ihlali anlamına gelecektir. Bununla birlikte, hakim, tanıkların bir kısmını dinlememek konusunda

⁸¹ İspat hakkının varlık koşulları hakkında bkz. yuk. §2, A.

⁸² **Goubeaux**, s. 293. Bu konuda ayrıca bkz. **Bergeaud**, n° 224, s. 187, 188; **Desprès**, n° 180, s. 126, 127.

⁸³ Bkz. **Bergeaud**, n° 226, s. 189.

uygun bir gerekçe sunduğu müddetçe, ispat hakkının ihlalinden de söz edilemez.

28. Ancak, yukarıdaki açıklamalarımız, esas itibarıyla, uyuşmazlığın esas bakımından gerçekleştirilecek bir yargılama bakımından söz konusudur. İhtiyati tedbir veya ihtiyati haciz gibi bir geçici koruma yargılamasında, meseleyi biraz daha farklı düşünmek doğru olacaktır.

Esasen, geçici koruma yargılamasında dahi, yaklaşık ispat ölçüsündeki kanaatin uyandırılması amacıyla kullanılacak deliller hususunda kural olarak, genel kurallardan ayrılmanın gerekmediği kabul edilmektedir⁸⁴. Bu anlamda yaklaşık ispatla yetinilmesi, kural olarak, vakıaların bir kısmının incelenmeyeceği veya hızlı bir incelemeye tâbi tutulacağı anlamına gelmektedir⁸⁵.

Bununla birlikte, geçici koruma yargılamasının doğası, belli durumlarda, derhal ulaşılabilecek yahut ibraz edilebilecek bir ispat aracının kullanılmasını gerektirebilir. Bu faraziyede, ortaya konulması güçlük arz eden yahut uzun sürecek delillere de, kural olarak, dayanılmayacaktır⁸⁶. İşte böyle bir durum, ispat hakkının ihlali anlamına gelmemektedir. Geçici koruma tedbiri ile korunan menfaat ve bu anlamda aranan ispat ölçüsünün yaklaşık ispat olması, bu durumu haklı gösterebilecektir⁸⁷.

29. Nihayet, son olarak dikkat çekmek isteriz ki, delil ikamesi talebinin kabulü yahut reddine ilişkin kararı, davanın esas bakımından herhangi bir anlam taşımamaktadır. Çünkü, mahkeme burada sadece ileri sürülen delillerin caizliği, daha açık şekilde kullanılabilirliği noktasında bir karar vermektedir⁸⁸.

⁸⁴ **Özekes**, M., *İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz*, Ankara: Seçkin, 1999, s. 226. Ayrıca bkz. **Atalay**, *Menfi Vakıaların İspatı*, s. 44, 45.

⁸⁵ **Erişir**, E., *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri*, İstanbul: XII Levha, 2013, s. 217 vd.

⁸⁶ Genel olarak bkz. **Vouilloz**, s. 842, 843; **Gilliéron**, P.-R., "Procédures rapides", *Unification de la procédure civile. Journée en l'honneur du Professeur François Perret (Ed.: R. T. Trindade, N. Jeandin)*. Genève-Zurich-Bâle: Schulthess, 2004, ss. 91-108, s. 102, 103.

⁸⁷ Bkz. **Tappy**, D., "Quelques aspects de la procédure de mesures provisionnelles spécialement en matière matrimoniale", *JdT* 1994 III, ss. 34-70, s. 48.

⁸⁸ Nitekim bkz. **Bergeaud**, n° 226, s. 190.

II. Delile Ulaşma Hakkı

1. Genel Olarak

30. İspat hakkı bakımından hassasiyet teşkil eden durum, tarafların vakıa iddiasının ispatında kullanabilecekleri vasıtaları ellerinde bulundurmamalarıdır. Böyle bir durum, bu delile dayanmak isteyen tarafın, buna ilişkin bir menfaatinin bulunması halinde, öncelikle hakime, bu hakkın gereğinin yerine getirilmesi bakımından bir ödev yüklemektedir. Diğer taraftan, ispat hakkının bu yönü, bazın yargılamanın karşı tarafına, bazen tarafların dışında bir üçüncü kişiye, ispat faaliyetine katkıda bulunma ödevini, hatta kimi hallerde buna katlanma yükümlülüğünü yüklemektedir.

Bu minvalde, bir delile ulaşmak bağlamındaki ispat hakkını özellikle iki nokta bakımından tartışmak istiyoruz. Konuyu aşağıda ilk olarak, esas hakkındaki yargılamadan önce, bir delil tespiti vesilesiyle delillere ulaşılması; ikincisi olarak ise, esas hakkındaki yargılama sırasında bir bilirkişi incelemesine başvurulması ile belgelerin ibrazı mecburiyeti çerçevesinde ele almak istiyoruz⁸⁹:

2. Delillerin Tespiti Bakımından

31. Delil tespitinin, vakıaların veya delillerin tespiti ile delillere ulaşım, onları muhafaza altına almak yönündeki işlevi⁹⁰, bu müesseseyi, ispat hakkının bir gereği olarak düşünmeyi ve tespit talebinin kabulü için aranan hukukî yarar koşulunu da bu bakış açısıyla ele almayı gerekli kılmaktadır.

Buradaki mesele şudur: Henüz dava açılmadan veya dava açılmış olmakla birlikte, o delilin incelenmesi aşamasına gelmeden önce, bir delile ulaşmak isteyen taraf, ispat yükünü üzerinde taşıyıp taşımadığından (veya taşıyıp taşımayacağından) bağımsız olarak⁹¹, bu vakıayı ispat için gerekli ispat araçlarını elinde bulunduramayabilir veya bunları kullanma imkânından

⁸⁹ Öte yandan diğer deliller özelindeki açıklamalar için ayrıca bkz. **Rousselle**, s. 69 vd. Tanık beyanı bakımından yaptığımız açıklamalar için ayrıca bkz. yuk. §2, A, III.

⁹⁰ Bu konuda genel olarak bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 1050 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 568 vd.; **Karşı**, s. 765 vd. ; **Akil**, C.,“Medenî Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti”, *AÜHFD*, C. 58, S. 1, ss. 1-61, s. 4 vd.

⁹¹ Bu konuda bkz. yuk. §1, A.

yoksun olabilir. Bir geçici koruma tedbiri olarak delil tespitine başvuru, ilgisine, bu delili daha sonra esas hakkındaki yargılama sırasında kullanabilme imkanını sağlamaktadır. Görülecek olduğu gibi, delil tespitine ilişkin hükümler sayesinde ispat hakkının kullanımı, devam eden bir davayla sınırlandırılmamakta, hatta delil tespiti müessesesi, bizzat ispat hakkının bir gereği olarak tanınmaktadır⁹².

32. Delil tespiti özelinde, ispat hakkının koşulu olarak, ispata yönelik menfaatin varlığına, Kanunda açıkça işaret edildiğini görmekteyiz. Nitekim HMK m. 400, f. 2 hükmü uyarınca, delil tespiti istenebilmesi için hukuki yararın varlığı gerekmektedir. Kanunda açıkça öngörülen hâller dışında, delilin hemen tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağı yahut ileri sürülmesinin önemli ölçüde zorlaşacağı ihtimal dâhilinde bulunuyorsa hukuki yarar var sayılacaktır. Yani, hukuki yarar, esas hakkındaki yargılama bağlamında ispat hakkının varlık koşullarına (ispata yönelik menfaate) eşlik eden ve özel olarak aranan bir husustur.

Delil tespiti talebinde bulunan taraf, delilin *hemen* tespit edilmemesi hâlinde kaybolacağını veya ileri sürülmesinin zorlaşacağını ihtimal dâhilinde göstermelidir⁹³. Yargıtay'ın da konuyu, yakın tarihli bir Genel Kurul Kararında aynen Hukuk Muhakemeleri Kanununun benimsediği doğrultuda ele almış olduğunu görüyoruz⁹⁴.

⁹² Bkz. ve karş. **Mouralis**, J.-L., “Preuve, 2^o règles de preuve, *Rép. civ. Dalloz*, 2011, s. 71, n^o 539; **Desprès**, , n^o 181, s. 127, 128; **Goubeaux**, s. 283 vd.; **Bergeaud**, n^o 241 vd., s. 204 vd.; **Rousselle**, s. 78, 79.

⁹³ Nitekim İsviçre hukukunda da, talep sahibinin delil tespitini gerektiren koşulları gerçeğe yakın göstermesi gerektiği konusunda **Cottier**, J.-M., “L’architecte comme expert, en cas de défaut de l’ouvrage”, *Droit de l’architecte* (Ed.: P. Tercier ve P. Gauch). Fribourg: Fribourg University Press, 1986, ss. 363-374, n^o 1376, s. 371). Nitekim delil tespiti talebinin kabulü için, talepte bulunanın bir ihtiyatî haciz yahut tedbir örneğinde olduğu gibi alacağın varlığına dair bir delil göstermesi söz konusu değildir. Öyle ki, buradaki koruma tedbirinin konusunu ihtiyatî tedbir veya hacizdeki gibi uyumsuzluk konusunun değil, tersine bu uyumsuzluğa ilişkin vakıa veya delillerin tespitinin oluşturması karşısında bu zaten pratik açıdan anlamlı da değildir. Ne var ki Kanunun açık hükmü karşısında ifade ettiğimiz bu son durum, mahkemeye yapılan her talepte, hukukî yararın herhangi bir değerlendirilmede bulunmaksızın varsayılacağı anlamını da taşımamaktadır.

⁹⁴ Gerçekten de Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 10 Şubat 2010 tarihinde vermiş olduğu bir kararda açık bir şekilde “şimdiden tespit edilmemesi hâlinde ileride kaybolacağı (yok

Kanun koyucu, “*hemen*” tespit edilmesi ifadesiyle doğmuş ve güncel bir yarara işaret etmektedir. Ancak bu ifade sonucunda delil tespiti bakımından ispat hakkının varlık koşullarından birisinin de müstaceliyet olduğunu da söylemek mümkün olabilir⁹⁵.

Nihayet, bir delilin muhafazası veya tespiti amacıyla inceleme konusu yapılan vakıalar, o uyuşmazlığın çözümünde rol oynamalıdır⁹⁶. Nitekim Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun Şubat 2010 tarihli kararında, delil tespiti konusundaki diğer pek çok husus gibi, buna da dikkat çekilmektedir: “*Öncelikle, henüz ikame olunmamış ve fakat ikame olunması düşünülen bir davada delil olarak ileri sürülecek bir vakıa bulunmalıdır. Sonradan ikame edilecek olan dava ile hiçbir alaka ve ilişkisi bulunmayan bir vakıa*” tespit ettirilemez⁹⁷.

3. Esas Hakkındaki Yargılama Bakımından

33. Bir delile ulaşma, o delilin elde edilmesi bağlamında ispat hakkının, esas hakkındaki yargılama sırasında, özellikle iki noktada ön plana çıkmakta

olacağı) veya gösterilmesi çok güç olacağı **tahmin edilen** delillerin önceden tespit edilmesinde hukukî yarar” varlığının kabul edildiğini belirtmiştir. HGK, 10.2.2010, 13-26/73 (KBİBB). Dikkat edilecek olursa Hukuk Genel Kurulu, sayılan ölçütler ile birlikte kanaatin salt bir tahminden ibaret kalmasını yeterli görmektedir.

⁹⁵ Nitekim İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun 155. maddesinde *delillerin tehlike altında olmasının (mise en danger des preuves)* aranıyor oluşu, durumun müstacel bir nitelik arz etmesinin burada da kabul edildiğini göstermektedir (Diğer taraftan Federal Kanundan önceki dönemde de benzer şekilde, örneğin bkz. **Bettex**, B., *L'expertise judiciaire. Étude de droit fédérale et de procédure civile vaudois*, Berne: Staempfli, 2006, s. 13; **Bohnet**, F., *Code de procédure civile neuchâtelois commentée*, Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2005, s. 451. Belçika hukukunda da genel olarak aynı yaklaşım söz konusudur. Örneğin bkz. **Mignolet**, O., *L'expertise judiciaire*. Bruxelles: Bruylant, 2009, s. 74, n° 43. Buna karşılık Fransız hukukunda, delilin muhafazası veyahut tespiti noktasında müstaceliyet, aslî bir ölçüt olarak kabul edilmemektedir. Fransız hukuku, talebin kabulü için meşru bir gerekçenin varlığını aramaktadır. Bu konuyu dile getiren çok sayıda çalışma arasında delil tespiti özelinde bkz. **Desprès**, n° 241, s. 168. Ayrıca bkz. **Perrot**, R., “L’urgence n’est pas nécessaire”, *Revue procédures*. 2009, N° 3, comm. 72. İspat hakkı özelinde ise bkz. ve karşı. **Bergeaud**, n° 241, s. 205.

⁹⁶ **Desprès**, n° 299, s. 205; **Chabot**, G., “Remarques sur la finalité probatoire de l’article 145 du nouveau code de procédure civile”, *Recueil Dalloz*, 2000, s. 256, n° 7.

⁹⁷ HGK 10.2.2010, 13-26/73 (KBİBB).

ve tartışılmaktadır⁹⁸. Bunlardan ilki, bilirkişi incelemesi, ikincisi ise, belgelerin ibrazı mecburiyetidir.

34. Bilirkişi incelemesi bakımından: Esasen, bilirkişi incelemesine başvurulmasının koşulları, özünde, diğer ispat araçları için olanlardan farklılık arz etmemektedir. Bilirkişi incelemesine başvurunun yerindeliği, temelde, hakimin takdir yetkisindedir. Bu sebeple, hakim, elindeki mevcut malzemeyle uyumsuzluğu çözüme kavuşturabileceği kanısında olduğu sürece, bilirkişi incelemesine yönelik bir talebi, şüphesiz, reddedebilir. Bu minvalde, tarafların, bilirkişi incelemesi özelinde, gereğinin yerine getirilmesini mahkemen talep edebilecekleri özel bir ispat hakkından da kural olarak söz edilemeyecektir⁹⁹.

Bununla birlikte, kanun koyucu bazı hallerde bilirkişi incelemesine başvuruyu zorunlu kılabilmiştir (örn. TMK m. 165). Bazı hallerde ise, belli meselelerin özel ve teknik bilgiyi gerektiriyor olması karşısında, bu zorunluğa kanun yolu denetiminde işaret edilebilmektedir¹⁰⁰. İspat hakkı bağlamında bu mesele, uyumsuzluğun çözümü bakımından başvurulacak yegâne ispat vasıtasının hâkimin kararıyla elde edilecek olmasında kendisini göstermektedir.

Nitekim, Fransız hukukunda meselenin bu yönüne işaret edilmektedir. Bu hukuk sisteminde ispat hakkı bakımından en çok tartışılan konunun, soybağına ilişkin davalarda bilirkişi incelemesinin yeri olduğunu görüyoruz.

⁹⁸ Özellikle bkz. **Bergeaud**, n° 231, s. 193 vd., n° 245, s. 209 vd. Ayrıca bkz. **Desprès**, n° 181, s. 127 vd. **Goubeaux**, s. 286, 287; **Ferrand**, n° 4, s. 8.

⁹⁹ Bu konuda özellikle bkz. ve karşı. **Leclerc**, O., *Le juge et l'expert, Contribution à l'étude entre droit et la science*, Paris: L.G.D.J., 2005, n° 363, s. 279, n° 375, s. 285 vd.; **Vial**, n° 112, s. 159; **Bergeaud**, n° 234, s. 197 vd.

¹⁰⁰ Konuya ilişkin çok sayıda karar bulunmakla birlikte, eski tarihli bir Yargıtay kararı, bilirkişi incelemesine başvuruyu gerektiren, özel ve teknik bilgiye ihtiyaç duyulan halleri sıralamış olması bakımından dikkat çekicidir. Konu tek başına çalışma konumuzun dışında kaldığından burada sadece söz konusu karara yer vermek istiyoruz. Nitekim, “(t)rafik kuralları özel bilgiyi gerektiren ihtisas konusu olduğu gibi, birlikte kusurun tesbiti ve nisbeti ancak bu kurallardan anlayan bilirkişi raporları ile kâbildir. Bir hesap durumunun tetkiki, yazı ve imzanın incelenmesi, tıbbî ve sağlık ile ilgili tesbitler, gayrimenkul kıymet ve kira takdirlerinin münhasıran bilirkişi incelemesinden geçmesi zorunluluğu vardır”. Bkz. 4. HD, 20.1.1967, 10609/371 (Zikreden, **Sengir**, T., “Yazı ve İmza Konusunda Mahkemelerde Bilirkişi Seçimi”, *İBD*, 1976/9-10, ss. 51-55, s. 52).

Öyleki, soybağı davalarında biyolojik bilirkişi incelemesinin açıkça bir hak olduğu kabul edilmektedir¹⁰¹.

35. Ne var ki, bu konuda Fransız ve İsviçre hukuklarında ifade edilen diğer bazı hususlar da dikkat çekicidir. İlk olarak, Fransız hukuku meseleyi ispat hakkı çerçevesinde tanımaktaysa da, bu durum, hâkimin başvurulacak yöntemin yerindeliliğini ve elverişliliğini değerlendirme imkânını ortadan kaldırmamaktadır¹⁰². Öte yandan, İsviçre Federal Mahkemesinin vermiş olduğu ilgi çekici bir kararda, şayet davalının anne ile arasında bahsedilen süreçte herhangi bir ilişkinin meydana geldiğini düşündürecek bir emare bulunmuyorsa, bilirkişi incelemesinin reddi gerektiğine işaret edildiğini görüyoruz¹⁰³.

Nihayetinde genetik bir incelemenin gerçekleştirilmesi, taraflar için her durumda bir hak teşkil etmemektedir. Burada kabul edilen husus, vakıa iddiasında bulunanın “başka” bir ispat aracını sunma imkânından yoksun bulunmasıdır¹⁰⁴.

Diğer taraftan, İsviçre hukukunda, açıkça ispat hakkı ile ilişkisi zikredilmemekle birlikte, ücret eşitsizliğine ilişkin davalarda bilirkişi incelemesine başvurulması talebinin reddinin, hukukî dinlenilme hakkının ihlâli anlamına geldiği de dile getirilmektedir¹⁰⁵. Fransız Temyiz Mahkemesinin de, bazı spesifik konuların ancak bilirkişi incelemesi vasıtasıyla tespit edilebileceğini, yine ispat hakkı çerçevesinde dile getirdiğini görüyoruz¹⁰⁶.

¹⁰¹ Genel olarak bkz. **Vial**, n° 23 vd., n°125, 126 vd. s, 178, 179 vd.; **Bergeaud**, n° 234, s. 197, 198, ayrıca bkz. n° 393 vd., s. 339 vd.; **Moury**, J., “Les limites de la quête en matière de preuve: expertise et juridiction”, *RTD Civ.*, 2009, s. 665 vd. (www.dalloz.fr), n° 11.

¹⁰² Nitekim bkz. **Bergeaud**, n° 401 vd., s. 345 vd.

¹⁰³ ATF 112 Ia 248, *JT* 1988 I 41. Zikreden, **Bohnet**, s. 426, n° 7.

¹⁰⁴ Nitekim, evlatlık ilişkisinin varlığının ispatı her türlü vasıtayla mümkün olduğundan, bu yönde bir hak da söz konusu olmamaktadır. Bu ve benzer örnekler için bkz. **Vigneau**, V., *L'expertise en matière civile, Droit de l'expertise (Dir.: T. Moussa)*, Paris: Dalloz, 2008, n° 221.25, s. 72.

¹⁰⁵ ATF 117 Ia 262, *JdT* 1993 I 98. Ayrıca bkz. **Aubry-Girardin**, F., “Égalité salariale et décisions judiciaires: questions pratiques du point de vue de la justice”, *PJA*, 2005, ss. 1062-1073, s. 1070; **Bohnet**, s. 425, n° 1.

¹⁰⁶ Transseksüelliğin tespitinde bilirkişi incelemesine başvurunun ispat hakkının gereği olduğuna ilişkin bir karar için bkz. Cass. Ass. plén. 11.12.1992, n° 91-12.373. Zikreden **Vigneau**, n° 221.25, s. 72.

Vermiş olduğumuz örnekler bakımından, kanımızca dikkat çekici olan şey, ispat hakkının kapsamında yer alan bu hususların, aslında salt özel ve teknik bilgiyi gerektiriyor olması bakımından bir bilirkişi incelemesini de zorunlu kılıyor olmasıdır. Ne var ki bu durum, uygulamada, bilirkişi incelemesinin gerekliliğine işaret eden tüm hususların ispat hakkı bağlamında değerlendirilebileceği biçiminde bir sonuca varmayı da, kanımızca gerektirmemektedir. Ne olursa olsun, hâkimin takdir yetkisi, keyfilik anlamına gelmemektedir. Bu sebeple, tarafların bilirkişi incelemesine başvurulması yönündeki talepleri, ister kabul ister reddedilsin, hâkim bu kararın gerekçesini göstermekle yükümlüdür.

Ancak, ne olursa olsun, uyuşmazlığın özel ve teknik bilgiyi gerektirmesi durumunda, tarafın elinde ileri sürdüğü vakıa iddiasının ispatı için kullanabileceği başkaca da bir delil bulunmadığı sürece, bilirkişi incelemesine başvurulması yönündeki talebinin reddinin, ispat hakkının ihlali olarak kabul edilmesi gerekecektir.

36. Belgelerin ibrazı zorunluluğu bakımından: İspat hakkı çerçevesinde bir delili elde etmek, o delile ulaşmak, kimi hâllerde karşı tarafı delil ikamesine katkıda bulunmaya, hatta bir tür işbirliğine zorlamaktadır. Nitekim bu zorunluluğun genel çerçevesinin bazı hukuk sistemlerinde açıkça çizildiğini de görmekteyiz. Örneğin İsviçre Federal Medenî Usûl Kanununun 157. maddesi ve devamında düzenlendiği üzere, taraflar kural olarak, delil ikamesi sırasında işbirliğinde bulunmak zorundadır. Aynı husus Fransız hukukunda da söz konusudur. Fransız Medenî Kanununun 10. maddesinde, gerçeğin ortaya konulabilmesi amacıyla, herkesin mahkemeye katkısını sunmakla yükümlü olduğu açıkça düzenlenmiştir¹⁰⁷.

Salt hukukî dinlenilme hakkının ve ispat hakkı gibi temel ilkelerin Hukuk Muhakemeleri Kanunu sayesinde açık şekilde düzenleniyor olması, Türk hukuku bakımından da delil ikamesine katkıda bulunma yükümlülüğünün var olduğunu söylemek için yeterlidir¹⁰⁸.

¹⁰⁷ Nitekim bu düzenlemenin de ispat hakkının dayanağı olduğu noktasında bkz. **Goubeaux**, s. 282; Ayrıca bkz. ve karşı. **Bergeaud**, n° 247, s. 212, 213.

¹⁰⁸ Belgelerin ibrazı zorunluluğu çerçevesinde, öğretide mesele, tarafların aydınlatma ödevi ve üçüncü kişiler bakımından ise, bunların katkıda bulunma yükümlülüğü çerçevesinde

İşte, bu çerçevede, belgelerin ibrazı zorunluluğu (HMK m. 219-221), karşı tarafın yahut üçüncü kişinin elinde bulunan ve vakıa iddiasının ispatında delil olarak kullanılabilir bir belgeye ulaşmak konusunda, ispat hakkının açık bir görünüm biçimini meydana getirmektedir¹⁰⁹. Burada, ispat hakkı, ispat yükü üzerinde olsun olmasın, her iki tarafa, hatta fer'i müdahile de ait olduğuna göre, belgelerin ibrazı mecburiyeti ile ispat ve delil gösterme yükü arasında doğrudan bir ilişki bulunmadığı kanısındayız¹¹⁰.

Elbette, hakimin karşı taraf veya üçüncü kişinin elinde bulunan bir belgenin ibrazına karar verebilmesi, yukarıda yer vermeye çalıştığımız koşulların varlığına bağlı olduğu gibi¹¹¹, ispat hakkı bakımından öngörülen sınırların da, gözetilmesi gerekmektedir¹¹².

C. Hukuki İşlemler Bakımından Kesin Delillerle İspat Kuralının İspat Hakkını Sınırlandırıp Sınırlandırmadığı

37. Bu hakkın, delillerin değerlendirilmesi kavramı ile ilişkisi hassas bir mesele teşkil etmektedir. Burada, öncelikle vurgulamak gerekir ki, ispat hakkının, hakimin delilleri değerlendirmek konusundaki takdir yetkisi ile, doğrudan bir ilgisi yoktur¹¹³. Hakimin bu delili dikkate alarak karar vermesi, mutlaka o delile dayanacağı anlamına gelmemektedir. Nitekim Federal Mahkemenin yakın tarihli bir kararında da bu noktaya dikkat çekilmektedir¹¹⁴. Öte yandan, yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, hakim, sunulan yahut ibrazının

ele alınmaktadır. Bu konudaki açıklamalar için özellikle bkz. **Erdönmez**, s. 33 vd., s. 69 vd.

¹⁰⁹ Nitekim bkz. **Goubeaux**, özellikle s. 282, 284 ve 285; **Desprès**, n° 181, s. 127; **Bergeaud**, n° 245 vd., s. 209 vd.; **Bolayır**, s. 333, 334; **Göksu**, s. 253, 254; **Mouralis**, *Règles de preuve*, n° 540, s. 71; **Ferrand**, n° 4, s. 8; **Vial**, n° 112, özellikle s. 158, 159; **Jeandin**, s. 399, üçüncü kişiler bakımından s. 401.

¹¹⁰ Aynı yönde bkz. **Göksu**, s. 253. Karş. **Bolayır**, s. 333.

¹¹¹ Bkz. yuk. §2, A.

¹¹² Ayrıca bkz. **Bolayır**, s. 334, 335.

¹¹³ **Corboz**, s. 40. Ayrıca bkz. TF 5A_567/2011, 10.2.2012, consid. 4.1.

¹¹⁴ “...İlk derece hakimleri, 11 numaraları belgenin ispat gücünden yoksun olduğu sonucuna varmışlardır. Mahkeme burada delillerin değerlendirilmesi faaliyetinde bulunmuş olup, ispat hakkı tartışma konusu değildir...” TF 4A.397/2013, 11.2.2014 (*Swisslex*).

emri istenen bir ispat aracını, uygun veya yerinde görmezse, aleyhteki kararı, ispat hakkının ihlali bağlamında değerlendirilemeyecektir.

Ne var ki, delillerin değerlendirilmesi bağlamında, meselenin Türk hukuku bakımından bizi ilgilendiren yönü ise, senetle, yani kesin delillerle ispat zorunluluğuna ilişkin kuralın, ispat hakkını sınırlandırıp sınırlandırmadığıdır:

Nitekim, HMK m. 189, f. 3 hükmü uyarınca, kanunun belirli delillerle ispatını emrettiği hususlar, başka delillerle ispat olunamaz. Bu hüküm, karşılığını, özellikle, hukuki işlemlerin ispatı bakımından söz konusu olan HMK m. 200 ile 201. maddelerinde bulmaktadır¹¹⁵. Kanun koyucunun HMK hükümlerini kaleme alırken, senetle ispat kuralını muhafaza etmek yönündeki tercihi¹¹⁶, etkisini ispat hakkının genel çerçevesi bakımından da doğrudan doğruya göstermiştir:

Bu itibarla, söz konusu olan, miktar veya değer itibarıyla 2.500 TL'sını geçen bir hukuki işlemin ispatı ise, bu işlemin, başta tanık beyanı olmak üzere, takdiri delillerle ispatı, kural olarak mümkün değildir. Nitekim, uyuşmazlık konusu hukuki işlemin ispatı için tanık beyanından yararlanılabileceğine yönelik olarak karşı tarafın açık rızası (HMK m. 200, f. 2), bir delil başlangıcı (HMK m. 202) yahut kesin delille ispat zorunluluğunun bir istisnası bulunmadığı sürece, ikame olunacak veya başvurulması talep edilecek bir takdiri delilin mahkemece reddi, ispat hakkının da ihlali anlamına gelmeyecektir¹¹⁷.

38. Konuya ilişkin problem de tam bu noktadan kaynaklanmaktadır. İspat hakkına ilişkin diğer sınırlardan farklı olarak, burada, kanun koyucunun tercihi sonucunda, takdiri delillerin, bir hukuki işlemde kaynaklanan uyuşmazlığın ispatında kullanılabilmesi, kural olarak mümkün olmamakta, bu durum da, delillerin serbestçe değerlendirilmesi imkanını sınırlandırmaktadır¹¹⁸.

¹¹⁵ Öte yandan, HMK m. 189, f. 3'ün bir diğer sonucu olarak, HMK m. 156 hükmü uyarınca, ön inceleme, yargılama ve tahkikat işlemleri, ancak tutanakla ispat olunabilir.

¹¹⁶ Bkz. HMK m. 189 ile m. 200 hakkındaki hükümet gerekçeleri.

¹¹⁷ Nitekim bkz. **Belgesay**, n° 36, c.s. 38; **Bolayır**, s. 66.

¹¹⁸ Nitekim Türk öğretisinde de, bazı yazarlar, ispat hakkını daha çok delillerin serbestçe değerlendirilmesi ile ilişkilendirmektedir. Bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 300. Aynı şekilde bkz. **Yıldırım**, s. 100 vd.

Kanımızca, delillerin serbestçe değerlendirilmesi, ispat hakkının sağlanmasının yegane ölçütü değildir. Mesele, temelde, delilin ikamesi yahut buna ulaşılması konusunda gerekli imkânın tanınması, bu gerçekleştirildikten sonra da, o delilin dikkate alınmasıdır. Hangi delil sistemi tercih edilirse edilsin, önemli olan şey, ispata ulaşmak konusunda tarafların eşit imkâna sahip kılınması ve ispat yükünü taşıyan tarafın ispat hakkının kapsamından yararlanmasıdır.

39. Mesele ilk etapta, şüphesiz bir tercih sorunudur. Türk kanun koyucusu, hukuki işlemlerde kesin delillerle ispat zorunluluğunu muhafaza etmek yoluyla da tercihini, delil serbestisi yönünde değil, işlem güvenliğinin korunması yönünde kullanmıştır¹¹⁹. Buna karşılık, kesin delillerle ispat zorunluluğu, ispat hakkını sınırlamakta mıdır? Bu soruya olumlu yanıt vermek gerektiği kanısındayız.

Çünkü, HMK m. 200 hükmü gereğince, miktar veya değeri 2.500 TL'sını geçen bir işlemin ispatı, kural olarak, ne tanık beyanıyla, ne diğer takdiri delillerle mümkündür. Aynı durum, HMK m. 201'de düzenlenen senede karşı senetle ispat kuralı bakımından da geçerlidir. Buna göre, bir vakıa iddiasının ispatı için, bir senet gösterilmiş olması halinde, bu iddianın aksi de ancak bir kesin delille ispat olunabilecektir¹²⁰.

Hiç şüphe yok ki, kesin delillerle ispat zorunluluğu, kamu düzenine ilişkin değildir. Taraflar, bir delil sözleşmesiyle bunu bertaraf edebilecekleri gibi, o hukuki işlem bakımından bir delil başlangıcının yahut diğer senetle ispat kuralının diğer istisnalarının bulunması, söz konusu işlemin takdiri delillerle ispatını mümkün kılmaktadır. Bir diğer söyleyişle, söz konusu istisnalar bu kuralı yumuşatmakta ve ispat hakkı üzerindeki sınırlandırmayı göreceli hale getirmektedir¹²¹.

¹¹⁹ Ayrıca bkz. **Bolayır**, s. 64.

¹²⁰ Fransız hukuku bakımından ayrıca bkz. **Bergeaud**, n° 191, 192, s. 161-163.

¹²¹ Açıklamalar için bkz. Türk hukuku özelinde **Bolayır**, s. 65, 66. Fransız hukuku özelinde, **Bergeaud**, n° 193, s. 163 vd.; **Goubeaux**, s. 299, 300. Yalnız burada eklemek gerekir ki, Fransız hukuku, bu anlamda Türk hukukuna göre, bir adım daha ileri geçmiştir. Çünkü, Fransız Ticaret Kanununun 110-3 maddesi uyarınca, ticari işlemler bakımından da, belli hallerde (örneğin tacir olmayan tarafın tacir olan aleyhine gerçekleştireceği

40. Ancak ne olursa olsun, ana kural, Kanunda işaret edilen istisnalar söz konusu olmadığı sürece, geçerliğini korumakta ve kesin deliller dışında bir ispat aracının kullanılması imkanını, kural olarak, ortadan kaldırmaktadır. Kişisel görüşümüz, kesin delillerle ispat zorunluluğunun muhafaza edilmesinin yerinde bir yaklaşım olduğu yönündedir. Ancak, bu durum ispat hakkını, o veya bu ölçüde, kaçınılmaz olarak sınırlandırmaktadır. Bu itibarla, ispat hakkının sınırlarının genişletilebilmesi, kanun koyucunun, farklı bir tercihte bulunarak, kesin delillerle ispat zorunluluğunu kaldırmasından veya sınırlarının, konu yahut miktar itibarıyla, daraltılmasından geçmektedir.

Ancak son olarak, şunu da özellikle belirtmek isteriz ki, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi mutlak şekilde uygulansa dahi, ispat hakkının asli görünüm biçimleri olan delil ikamesi ile özellikle delile ulaşma hakkı, etkin şekilde sağlanmadığı sürece, bu ilkenin tercih edilmesi de tek başına bir anlam ifade edemeyecektir.

SONUÇ

41. Bu çalışmada, ispat hakkı kavramının genel bir çerçevesini çizmeye çalıştık. Bunu yaparken, öğretilerde daha önce belli ölçüde üzerinde durulmuş ve çeşitli yargı kararlarının da konusunu oluşturan, ispat hakkının sınırlarını dışarıda bırakmayı tercih ettik. İncelememiz sonucunda vardığımız sonuçlar esas itibarıyla şu noktalarda toplanmaktadır:

42. İspat hakkı, öncelikle, ispat yükü kuralından bağımsız, bir yargısal temel haktır. İspat yükü kuralından bağımsız olmasının sebebi, ispat yükünün esas itibarıyla maddi hukuka ait bir mesele olması, buna karşılık, ispat hakkının, bu yükten bağımsız olarak davanın her iki tarafına da ait olmasıdır.

İspat hakkının esas itibarıyla iki ve buna eşlik eden, üç temel unsuru bulunmaktadır: Delili ikame hakkı, delile ulaşma, onu elde etme hakkı ve nihayet bunların mahkeme tarafından dikkate alınması hakkı. Bu itibarla ispat hakkını, *somut bir vakıa iddiası hakkındaki caiz bir delilin elde edilmesi yahut ikamesi ile bunun dikkate alınmasını talep hakkı* olarak tanımlamak mümkündür.

ispat faaliyetinde) delil serbestisi ilkesi geçerli olmaktadır. Açıklamalar için özellikle bkz. **Bergeaud**, n° 197, s. 167.

Kaynağını adil yargılanma ve adalete erişim hakkında bulan ispat hakkı, medeni usul hukuku özelinde, hukuki dinlenilme hakkının sonuçlarından birisidir. Hukuki dinlenilme hakkının bir sonucu olması, bu haktan kimlerin yararlanabileceği konusunda da bize yol göstermektedir. Nitekim, ispat hakkının sahibi, sadece davanın tarafları olmayıp, fer'i müdahil de bu hakka sahiptir.

43. İspat hakkının varlığı, ispat hakkına ilişkin HMK m. 189'da yer bulan genel sınırların yanı sıra, bir takım usuli koşulların yerine getirilmesine bağlıdır. Bu bağlamda, ispata yönelik menfaatin söz konusu olması, her şeyden önce, ileri sürülen vakıa iddialarının somutlaştırılması ve bu vakıaların uyumsuzluğun çözümünde etkili olmasıdır. Öte yandan, ikame yahut elde edilmek istenen delillerin de, mahkeme tarafından yerinde görülmesi gerekmektedir. Gerek vakıaların gerek delillerin yerindeliği konusunda hakim takdir yetkisi mevcuttur. Aranacak koşullar yoksa, ispat hakkı da olmayacağından, hakimin bu minvalde vereceği ret kararları, ispat hakkının ihlali anlamına gelmeyecektir. Ancak, aksi durumun, yani koşulların varlığı halinde, hakim ispat hakkının gereğini yerine getirme ödevi altındadır.

44. İspat hakkı, somut olarak kendisini tüm deliller bakımından gösterebilmekteyse de, özellikle üç hal, diğerlerinden ön plana çıkmaktadır.

Bunlardan ilki, esas hakkındaki yargılamadan önce delil tespitine başvurulmasıdır. Delil tespiti, bir delilin muhafazasını veya daha sonra kullanılabilmesi amacıyla önceden elde edilmesini amaçladığından, ispat hakkının açık bir görünüm biçimini meydana getirmektedir.

İkinci hal, bilirkişi incelemesi bakımındandır. Şayet, bir uyumsuzluğun çözümü, bu konuda özel ve teknik bilgiyi gerektiriyor ve bu konuda başkaca da bir delil yoksa, bir tarafın bilirkişi incelemesine başvuru talebinin, ispat hakkı çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmektedir.

Üçüncü ve son olarak, belgelerin ibrazı zorunluluğu da, ispat hakkının bir diğer açık görünüm biçimidir. İspat yükünü taşıyan taşımanın, bir tarafın yargılama sırasında kullanmak istediği delil, karşı tarafta veya bir üçüncü kişide ise, buna ilişkin koşulların varlığı halinde, hakim, ispat hakkının gereğini sağlamak ödevi altında olduğu gibi, gerek karşı taraf, gerek üçüncü kişi, ispat hakkının sağlanmasına katkıda bulunmak, bir deyişle, işbirliğinde bulunma ödevi altına girmektedirler.

45. Nihayet, son olarak ele almak istediğimiz mesele, kesin delillerle ispat zorunluluğunun ispat hakkını sınırlandırıp sınırlandırmadığı olmuştur. Mesele şudur: Delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesi, ispat hakkının yegane koşulu değildir. Ne var ki, kesin delillerle ispat zorunluluğu, HMK’nda yer alan, hatta son derece geniş de yorumlanabilecek istisnaların varlığına rağmen, ispat hakkını yine de bir ölçüde, o veya bu şekilde sınırlandırılmış olmaya devam etmektedir. Ancak, bu tamamen bir tercih sorudur. Türk kanun koyucusu da, tercihini, işlem güvenliğinden yana kullanmıştır. Öte yandan, buradaki bir diğer mesele de, ispat hakkının asli unsurlarının sağlanmasının öncelikli olduğudur. Yani, bir delil ikame yahut buna ulaşma hakkı, keyfi yere sınırlandırıldığı sürece, tercih edilen delil sisteminin ne olduğu, tek başına bir anlam ifade etmeyecektir.

Kaynakça

- Akil, C.;** “Medenî Yargılama Hukukunda Mahkemelerce Yapılan Delil Tespiti”, *AÜHFD, C. 58, S. 1*, ss. 1-61.
- Akil, C.;** “Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi”, *AÜHFD, 61/4*, 2012, ss. 1223-1270.
- Alangoya, Y./Yıldırım, M. K./Deren-Yıldırım, N.;** Medenî Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul: Beta, 2011.
- Ascensi, L.;** *Du principe de la contradiction*, Paris: L.G.D.J., 2006.
- Atalay, O.;** “Delil Kavramı Üzerine”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. 1*, Ankara: Yetkin, 2009,ss. 129-137.
- Atalay, O.;** *Medeni Usul Hukukunda Menfi Vakıaların İspatı*, İzmir: DEÜ, 2001.
- Aubry-Girardin, F.;** “Égalité salariale et décisions judiciaires: questions pratiques du point de vue de la justice”, *PJA*, 2005, ss. 1062-1073.
- Başözen, A.;** *Medeni Usul Hukukunda İlk Görünüş İspatı*, Ankara: Adalet, 2010.
- Belgesay, M. R.;** *Hukuk ve Ceza Usulü Muhakemesinde Deliller*, İstanbul: Güven, 1940.
- Bergeaud, A.;** *Le droit à la preuve*, Paris: L.G.D.J., 2010.
- Bettex, B.;** *L'expertise judiciaire. Étude de droit fédérale et de procédure civile vaudois*, Berne: Staempfli, 2006.
- Bohnet, F.;** *Code de procédure civile neuchâtelois commentée*, Bâle: Helbing & Lichtenhahn, 2005.
- Bohnet, F./Haldy, J./Jeandin, N./Schweizer, P./Tappy, D.;** *Code de procédure civile commentée*. Basel: Helbing Lichtenhahn, 2011.
- Bolayır, N.;** *Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hakimin Rolü*, İstanbul: Vedat, 2014.
- Cadiet, L.;** “La preuve”, *La procédure civile mondiale modélisée*, Paris: EJT, 2004, s. 119 vd.

- Cadiet, L./Normand, J./Amrani-Mekki, S.;** *Théorie générale du procès*, Paris: PUF, 2010.
- Capdepon, Y.;** *Essai d'une théorie générale des droits de la défense*, Yayınlanmamış Doktora Tezi, Bordeaux: Université Montesquieu, Bordeaux IV, 2011.
- Carbonnier, J.;** Droit civil, T. I, Paris: PUF, 1962.
- Chabot, G.;** “Remarques sur la finalité probatoire de l'article 145 du nouveau code de procédure civile”, *Recueil Dalloz*, 2000, s. 256.
- Corboz, B.;** “Le recours en reforme au tribunal federal”, *SJ*, 2000, I, ss. 1-73.
- Cottier, J.-M.;** “L'architecte comme expert, en cas de défaut de l'ouvrage”, *Droit de l'architecte (Ed.: P. TerciervP. Gauch)*. Fribourg: Fribourg University Press, 1986, ss. 363-374.
- Erdönmez, G.;** *Medeni Usul Hukukunda Belgelerin İbrası Mecburiyeti*, 2. Bası, İstanbul: XII Levha, 2014.
- Erişir, E.;** *Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri*, İstanbul: XII Levha, 2013.
- Ferrand, F.;** Preuve. Rép. pr. civ. Dalloz., 2005.
- Foriers, P.;** “Introduction au droit de la preuve”, *La preuve en droit (Ed. Ch. Perelman ve P. Foriers)*, Bruxelles: Bruylant, 1981, ss. 7-26.
- Gilliéron, P.-R.;** “Procédures rapides”, *Unification de la procédure civile. Journée en l'honneur du Professeur François Perret (Ed.: R. T. Trindade, N. Jeandin)*. Genève-Zurich-Bâle: Schulthess, 2004, ss. 91-108.
- Goubeaux, G.;** “Le droit à la preuve”, *La preuve en droit, (éd.: Ch. Perelman ve P. Foriers)*. Bruxelles: Bruylant, 1981, ss. 277-301.
- Göksu, M.;** “Hukuk Yargılamasında Karşı Tarafın Elindeki Belgelere Delil Olarak Başvurulabilmesi”, *MİHDER*, 2009/2, ss. 251-282.
- Jeandin, N.;** “LPC et production de pièces de lege ferenda”, *SJ*, 2000, II, ss. 373-406.
- Kamara, F.;** “La preuve en procédure civile”, *Procédures*, N° 3, 2012, dossier 5, n° 10.
- Karlı, A.;** *Medeni Muhakeme Hukuku*, 3. Bası, İstanbul: Alternatif, 2012.

- Klein, G.**; “Le droit à la preuve: une étude comparée de la procédure civile allemande et française”, <http://m2bde.u-paris10.fr/content/le-droit-à-la-preuve-une-étude-comparée-de-la-procédure-civile-allemande-et-française-par-ga>, 2009 (Son erişim tarihi: Ekim 2014).
- Konuralp, H.**; *İspat Kurallarının Zorlanan Sınırları*, 2. Bası, Ankara: Yetkin, 2009.
- Kuru, B.**; *Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III*, İstanbul: Beta, 2001.
- Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.**; *Medeni Usul Hukuku*, 24. Bası, Ankara: Yetkin, 2013.
- Lagarde, X.**; “Finalités et principes du droit de la preuve - Ce qui change”, *JCP*, 2005, s. 7.
- Lagarde, X.**; *Reflexion critique sur le droit de la preuve*, Paris: L.G.D.J., 1994.
- Leclerc, O.**; *Le juge et l’expert, Contribution à l’étude entre droit et la science*, Paris: L.G.D.J., 2005.
- Mignolet, O.**; *L’expertise judiciaire*. Bruxelles: Bruylant, 2009.
- Miniato, L.**; *Le principe du contradictoire en droit processuel*. Paris: L.G.D.J., 2008.
- Mougenot, D.**; *Droit des obligations. La preuve*. Bruxelles: Larcier, 2002.
- Mouralis, J.-L.**; *Preuve, 1^o modes de preuve, Rép. civ. Dalloz*, 2011.
- Mouralis, J.-L.**; *Preuve, 2^o règles de preuve, Rép. civ. Dalloz*, 2011.
- Moury, J.**; “Les limites de la quête en matière de preuve: expertise et jurisdictio”, *RTD Civ.*, 2009, s. 665 vd. (www.dalloz.fr).
- Özekes, M.**; *İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyati Haciz*, Ankara: Seçkin, 1999.
- Özekes, M.**; *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara: Yetkin, 2003.
- Pekcanitez, H.**; “Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan, C. I*, Ankara: Yetkin, 2009, ss. 789-850.
- Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.**; *Medenî Usûl Hukuku*, 9. Bası, Ankara: Yetkin, 2010.
- Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.**; *Medeni Usul Hukuku*, 13. Bası, Ankara: Yetkin, 2013.

- Perrot**, R., “L’urgence n’est pas nécessaire”, *Revue procédures*. 2009, N° 3, comm. 72.
- Planiol, M./Ripert, G.**; *Traité pratique de droit civil français (2^e éd.)*. Paris: L.G.D.J., 1954.
- Postacıoğlu, İ. E.**; *Medenî Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası*, İstanbul: İ.Ü.H.F., 1975.
- Rousselle, P.-M.**; *Le droit à la preuve*, Lausanne: Imprimerie Vaudoise, 1981.
- Savatier, R.**; *La théorie des obligations*, Paris: Dalloz, 1967.
- Tappy, D.**; “Dispense de preuve et renonciation à la preuve”, *Beweisrecht der neuen ZPO: Chancen und Risiken*, Bern: Staempfli, 2012, ss. 75-99.
- Tappy, D.**; “Quelques aspects de la procédure de mesures provisionnelles spécialement en matière matrimoniale”, *JdT* 1994 III, ss. 34-70.
- Umar, B.**; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi*, Ankara: Yetkin, 2011.
- Umar, B./Yılmaz, E.**; *İspat Yükü*, İstanbul: Kazancı, 1980.
- Vial, G.**; *La preuve en droit extrapatrimonial de la famille*, Paris: Dalloz, 2008.
- Vigneau, V.**; L’expertise en matière civile, *Droit de l’expertise (Dir.: T. Moussa)*, Paris: Dalloz, 2008.
- Vouilloz, F.**; “La preuve dans le code de procédure civile suisse (art. 150 à 193 CPC)”, *AJP/PJA*, 2009, ss. 830-848.
- Wiederkehr, G.**; “Droits de la défense et procédure civile”, *Recueil Dalloz*, 1979, chron., s. 36.
- Yeşilova, B.**; “Yargılama Diyalektiği ve Silahların Eşitliği İlkesi”, *TBBĐ*, 2009, S. 86, ss. 47-101.
- Yıldırım, M. K.**; *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul: Kazancı, 1990.

^HTÜRK HUKUKUYLA KARŞILAŞTIRMALI OLARAK ALMAN HUKUKUNDA YABANCI YARGI KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ

*Yrd. Doç. Dr. Uğur TÛTÛNCÛBAŞI**

I. YABANCI YARGI KARARLARININ TANINMASI VE TENFİZİ HAKKINDA GENEL BİLGİLER

Yabancı bir devlet mahkemesinden alınacak kararların sadece o devlette etkili olup, diğer devletlerde hiçbir etki doğurmaması günümüzün uluslararası gelişimine ters düşecektir. Bir devletin başka bir devlet mahkemesi tarafından verilen kararı tanınması ve icrasını sağlaması, dava ekonomisi açısından da büyük yarar sağlayacaktır. Çünkü lehine karar alan taraf, bu kararı başka bir devlette tanıtamaması ve icra ettirememesi durumunda yeniden dava açmak zorunda kalacaktır ve böylece hem zaman hem de dava masrafları açısından kayba uğrayarak mağdur olacaktır. Ayrıca bu devlet mahkemesi de gereksiz bir dava ile meşgul olup, o dava neticesinde iki ayrı devlet mahkemesince verilen iki ayrı karar ile karşı karşıya kalacaktır¹.

Bütün bu zorunluluklar yabancı mahkeme kararlarına etki tanınması gereksiniminin ve bu bağlamda “tanınma” ve “tenfiz” kurumlarının ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Milletlerarası özel hukuktan doğan problemlerin en önemlilerinden birisini, yabancı mahkemeler tarafından verilmiş karar-

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

¹ **Özbakan**, Işıl; Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1987, s. 2; **Ertay**, Şeref; “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Ankara 1987, s. 367; **Hartmann**, Peter; Zivilprozessordnung, 1. Band, 71. Auflage, München 2013, § 328, kn. 7.

ların tanınması ve tenfizi sorunu oluŐturmaktadır². Yabancı mahkeme kararlarının kesin hÛkÛm ve kesin delil etkisinin başka bir devletin Ûlkesinde kabul edilmesi onların tanınması ile, bu kararların icra kabiliyeti ise tenfizi ile mÛmkÛn olacaktır. UsÛle ilişkin olan yetkisizlik, gÛrevsizlik veya dava Şartları oluşmadığından davanın usÛlden reddine ilişkin kararların ise tanınmaları ve tenfiz edilmeleri sÛz konusu deđildir³.

GÛrÛldüğü gibi tanıma ve tenfiz farklı iki kavramdırlar. Tanıma ile yabancı mahkeme kararlarının sahip oldukları kesin hÛkÛm ve kesin delil kuvveti diğer Ûlkelerde de kabul edilmiş olacaktır. Fakat tanıma ile başka bir Ûlkenin cebri icra kuvvetleri harekete geçirilemeyecek, sadece verilen karar ile kazanılmış bir hakkın varlığı kabul edilecektir. Tenfiz ise tanımaya gÛre bir adım daha ileride olup, yabancı mahkeme kararının hem kesin hÛkÛm hem de icra kabiliyeti niteliklerinin kabul edilmesi ve başka bir Ûlke kamu gÛcÛnÛ harekete geçirebilme etkisine sahip olması demektir⁴.

Kesin hÛkÛm, bir mahkeme kararının, bir uyuşmazlığı nihaî olarak ortadan kaldıran ve o konunun mahkemeler ÛnÛnde yeniden tartışma konusu yapılmasına engel olan kanuni hakikat vasfıdır. Kesin hÛkÛm “Şeklî” anlamda kesin hÛkÛm ve “maddî” anlamda kesin hÛkÛm olmak üzere ikiye ayrılır. Şeklî anlamda kesin hÛkÛmden, kesinleşen bir karara karşı artık normal kanun yollarına başvurulamayacağı anlaŐılırken; maddî anlamda kesin hÛkÛm ise, Şeklî anlamda kesinleşen hÛkme tanınan kanuni hakikat vasfıdır. Kısacası kesin hÛkÛm, kararın aynı konuda, aynı taraflar arasında ve aynı dava sebebine dayanılarak yeniden mahkeme ÛnÛnde muhakeme

² “Devletler Hususi Hukuku ile alakalı en eski İngiliz mahkeme içtihatları, yabancı ilamların tanıma ve tenfizi meselesine taalluk etmektedir”, **Umar**, Bilge; “Yabancı ve Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, *Adalet Dergisi*, Yıl 51, S.8, 1960, s. 473, dn. 1; **Çelikel**, Aysel; *Ahkâmı Şahsiye Konusundaki Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması*, İstanbul 1963 s. 1-2 ve dn. 2.

³ İhtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararları “geçici” nitelikte olup kesin hÛkÛm niteliğinde etki doğurmazlar. Bu kararların da tanıma ve tenfizi sÛz konusu olamaz, **Nomer**, Ergin; *Devletler Hususi Hukuku*, 20. Bası, İstanbul 2013, s. 491-492; **Çelikel**, s. 9; **Çelikel**, Aysel/**Erdem**, Bahadır; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 13. Bası, İstanbul 2014, s. 621-622.

⁴ **Çelikel**, Aysel/**Erdem**, Bahadır; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 13. Bası, İstanbul 2014, s. 375; **Özbakan**, s. 13; **Şanlı**, Cemal; *Milletlerarası Özel Hukuk*, 3. Bası, İstanbul 2014, s. 467-470; **Ekşi**, Nuray; *Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi*, İstanbul 2013, s. 1 vd.

konusu yapılamamasıdır. Bu sayede kesin hükme bağlanmış bir davanın açılması önlenerek, gereksiz yere mahkemeler meşgul edilmeyip mahkeme kararlarına uyulması sağlanır, çelişkili kararların verilmesine engel olunarak hukuki istikrar sağlanır ve tarafların yargı kararlarına güveni tesis edilerek hukuki barış korunmuş olur⁵.

Mahkeme kararlarının kesin hüküm etkisi ve icra kabiliyeti kural olarak sadece kararın verildiği devletin ülkesinde meydana gelir. Çünkü devletlerin bağımsız ve egemen olmaları birinin mahkemesinde verilen kararın diğerinin ülkesinde zorla uygulanmasını ve etkilerini doğurmasını engeller. Ancak uluslararası ilişkilerin yoğunlaşmasıyla birlikte, egemenlik ilkesine sıkı sıkıya bağlı kalmak anlayışı, devletlerin karşılıklı çıkarlarını bozacağı düşüncesine sebep olmuştur ve böylece yapılan uluslararası sözleşmeler ve iç hukuk mevzuatlarındaki düzenlemeler ile devletler yabancı mahkemeler tarafından verilmiş olan kararlara bazı şartlar altında kendi ülkelerinde de etki tanımaya kendilerini mecbur hissetmişlerdir⁶.

İşte, yabancı mahkeme kararlarının kesin hüküm etkisinin ve icra kabiliyetinin kabul edilerek yerli mahkeme kararları gibi sonuç doğurmasının benimsenmesi, yabancı kararların tanınması (reconnaissance-Anerkennung) ve tenfizi (exécution-Volstreckung) kurumlarını meydana getirmektedir⁷. Buna göre, yabancı bir mahkeme kararının sahip olduğu kesin hüküm kuvvetinin yabancı ülkede kabulü onun tanınmasıyla; kesin hüküm kuvvetinin sonucu olarak maddî icra muamelelerini gerekli kılan kamu gücünü harekete geçiren vasfı ise tenfizi ile sağlanacaktır⁸.

⁵ **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; Medenî Usul Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2013, s. 653 vd.; **Pekcantez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet; Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s. 851 vd.

⁶ **Sakmar**, Atâ; Yabancı İlâmların Türkiye'deki Sonuçları, İstanbul 1982, s. 1; **Özbakan**, s. 11 vd.; **Ertaş**, s. 369; **Şanlı**, s. 465-466.

⁷ **Özbakan**, s. 13.

⁸ **Özbakan**, s. 13; **Çelikel/Erdem**, s. 616. “*Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o Devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan kararların Türkiye’de icra olunabilmesi yetkili Türk mahkemesi tarafından tenfiz kararı verilmesine bağlıdır.../...Ancak, yabancı mahkeme hükmü Türkiye’de icra edilebilirlik gücüne sadece ve münhasıran Türk Hukukuna göre verilen bir tenfiz kararıyla sahip olabilir*”. Yar. 8. HD, E. 2011/7463, K. 2012/302, 24.01.2012 (YKD, 6/2013, s. 1166-1169).

Her mahkeme kararı, hem kesin hÛkÛm, hem de icra kabiliyetini birlikte taşımaz. Bazı mahkeme kararlarına yalnız kesin hÛkÛm kuvveti tanınmış olup bu kararlar nitelikleri gereği cebri icraya konu teşkil edemezler. Bu tÛr mahkeme kararları yalnız tanınabilirler, icra kabiliyetleri olmadığı için tenfiz edilemezler. Buna göre, tespit kararları ile inşai (yenilik doğurucu) kararların icra kabiliyetleri olmayıp bunların yalnızca tanınmaları mÛmkÛn olduğu için, bunlara tanıma Şartları uygulanacaktır.

Eda kararlarının ise kesin hÛkÛm ve icra kabiliyetleri olması sebebiyle hem tanınmaları hem de tenfizleri mÛmkÛn olacaktır. Ancak eğer boşanma kararı gibi yenilik doğurucu bir karar aynı zamanda nafaka veya tazminat ödenmesi gibi bir eda kararını da bÛnyesinde ihtiva ediyorsa, kararın eda blÛmÛ için tenfiz Şartlarının varlığının aranması gerekecektir⁹.

II. ALMAN HUKUKUNDA TANIMA VE TENFİZ

A. Genel Olarak

TÛrkiye gibi Avrupa Birliği'nin yabancı kararların tanınması ve tenfizi hususuna ilişkin tÛzÛklerinden birine taraf olmayan devletler ve Almanya ile aralarında konuya ilişkin milletlerarası anlaşması olmayan devletlerde verilmiş kararların Alman hukukunda tanınabilmesi iç hukuk kurallarına göre gerekleŐecektir¹⁰. Buna göre, Alman hukukunda çekişmeli yargı alanında verilen yabancı kararların tanınması Alman Medeni UsÛl Kanunu (ZPO) m. 328'e göre gerçekleşecek iken; yabancı çekişmesiz yargı kararları ile aile hukukuna ilişkin kararlar "Aile Hukuku ve ekiŐmesiz Yargı İŞleri Hakkında UsÛl Kanunu" (FamFG) m. 107 vd.'na göre gerçekleşecektir. Hangi kanun kapsamında (ekiŐmeli veya çekişmesiz) tanınacak bir yabancı karar söz konusu olduğuna Alman hukukuna (lex fori) göre karar verilecektir¹¹.

⁹ elikel/Erdem, s. 617; Ertaş, s. 370-374.

¹⁰ **MÛnchener Kommentar zur Zivilprozessordnung**, Hrsg. von KrÛger, Wolfgang/Rauscher, Thomas/(Gottwald, Peter), Band I, 4. Auflage, MÛnchen 2013, Ő 328, kn. 17.

¹¹ **Rauscher**, Thomas; Internationales Privatrecht, 4. Auflage, Heidelberg (C.F. MÛller Verlag) 2012, Ő 20, kn. 2458; **MÛnchKommZPO/Gottwald**, Ő 328, kn. 60; **Zimmermann**, Walter; Erbschein und Erbscheinverfahren, Berlin 2004, kn. 726.

Her ne kadar devletler hukuku başka bir devlet tarafından verilmiş kararların tanınması ve tenfizini zorunlu kılmassa da, Alman hukuku birçok devlet hukukunda olduğu gibi yabancı kararların tanınmasını kolaylaştırmaktadır¹². Alman hukukunda kural olarak ayrı bir tanıma davası öngörülmemiştir. Tanıma, itiraz üzerine konuyla ilgilenen mahkeme tarafından veya iç hukukun uygulanmasında etkili olabileceği herhangi bir durumda bir ön sorun olarak dikkate alınmalıdır. Bu tür bir ön sorun ile karşılaşan (sonuç bağlayacak olan) mahkeme veya resmi makam (örneğin, nüfus müdürlüğü), tanıma-ön sorununu kendileri çözecekler ve tanımayı gerçekleştireceklerdir. Ancak Aile hukukuna ilişkin belli konularda şekli bir tanıma usûlü “Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkında Usûl Kanunu”nun 107. maddesinde zorunlu olarak öngörülmüştür¹³.

Tanıma kararının verilmesi ile yabancı kararın iç hukukta verilen kararlarla aynı-eşit sayılması (Gleichstellung) mümkün değildir. Zira kararların aynı sayılabilmesi için içeriklerinin de gerçek anlamda aynı olması gerekir. Oysa yabancı kararın, Alman hukukunda verilen kararların sahip olamayacağı bir içeriğe sahip olması durumunda, aynı sayılmaları mümkün olamayacaktır. Bu zorluk, yabancı kararın aynı sayılması yerine, Alman hukukunda tanıma kararı verilerek, yabancı kararın sahip olduğu etkinin iç hukuku aktarılması ile çözülmüş olacaktır (Wirkungserstreckung). Kararın etkisi, verildiği ülke hukukunda sahip olduğu etki kadardır ve Alman hukukunda o kararın tanınması ile sahip olduğu kapsam ve etki genişletilemez. Bu bağ-

¹² **Rauscher**, § 20, kn. 2458; **MünchKommZPO/Gottwald**, § 328, kn. 1. Bunun yansıması olarak, tanıma-tenfize ilişkin hükümler içeren bir milletlerarası anlaşmada öngörülen şartların, madde 328’de arananlardan daha ağır (aleyhe) olması durumunda, ilgili anlaşmanın tarafı olan devletin mahkemesi tarafından verilen kararın Almanya’da tanınması, söz konusu milletlerarası anlaşmada buna engel bir hüküm yer almıyorsa, m.328’de aranan şartlara göre de gerçekleştirilebilir. Burada amaç kararın tanınmasını kolaylaştırmak ve bunu sağlamak için uygun (lehe) olan hükümlerin uygulanmasıdır (Günstigkeitsprinzip-Uygunluk Prensibi). **Musielak**, Hans Joachim; (Bearbeiter: Stadler, Astrid/Lackmann, Rolf), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 9. Auflage, München 2012, § 328, kn. 3; **Prütting**, Hanns/**Gehrlein**, Markus; ZPO Kommentar, 6. Auflage, München 2014, § 328, kn. 6.

¹³ **Rauscher**, § 20, kn. 2484; **MünchKommZPO/Gottwald**, § 328, kn. 7 ve kn. 60; Ayrıca bkz. aşağıda “C” başlığı altındaki açıklamalar.

lamda tanınmaya ehil olan karar ile onun tespit edici ve inşai etkisi tanınmış olacaktır. İcrai etkinin tanınması ise söz konusu olmayıp bunun için tenfiz kararına ihtiyaç duyulacaktır¹⁴.

Ayrıca tanınması talep edilen yabancı karar, üçüncü bir ÷lke tarafından verilmiş başka bir kararın tanınmasına ilişkin ise, yanı tanınması istenen karar aslında karara konu hukuki uyumazlığı çzmeyip sadece daha önceden başka bir ÷lkede uyumazlığın çözümüne ilişkin verilmiş bir kararın tanınmasına ilişkinse, bu ikinci kararın tanınması mümkün değildir. Bu sebeple ifte tanıma veya tenfiz (Doppelexequatur) Alman hukukunda kabul edilmemektedir¹⁵.

Yabancı kararın madde 328’de aranan tanıma Şartlarını taşıyıp taŐımadıđının araştırılması dışında kararın içeriğinin denetlenmesi (révision au fond) söz konusu değildir. Her ne kadar bu Şart sadece yabancı kararların tenfizini dñzenleyen Alman Medeni Usûl Kanununun (ZPO) 723/1 maddesinde belirtilmiş olsa da, tanıma kararının verilmesi için de yabancı kararın içeriğinin tetkik edilmesi kabul edilmemiştir. Zira yabancı kararın doğruluğunun tespiti amacıyla tekrar ele alınması ve denetlenmesi durumunda tanıma müessesesinin amacı ortadan kaldırılmış olacaktır. Maddi hataların ise sadece “kamu dñzeni” çerçevesinde ve sınırlı olarak denetimi mümkün olabilecektir¹⁶.

B. Tanıma - Tenfiz Şartları

Alman hukukunda tanıma Şartları olumsuz Şekilde kaleme alınarak tanıma engelleri Medeni Usûl Kanununun (ZPO) 328. maddesinde sayılmıştır. Yabancı bir kararın tenfiz edilebilmesi için tanıma engellerini taşımaması ve kesinleşmiş olması gerekir. Bu bakımdan tanıma ve tenfiz kararlarının verilmesinde Şartlar açısından bir farklılık bulunmamaktadır. Tenfizin en önemli farkı icrai etkiye sahip olabilmesi için bu yönde ayrı bir mahkeme

¹⁴ **Rauscher**, Ő 20, kn. 2460; **MnchKommZPO/Gottwald**, Ő 328, kn. 3-4, kn. 78; **Stein, Fridrich/Jonas, Martin/Roth**, Herbert; Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 5, 22. Auflage, Tübingen 2006, Ő 328, kn. 11; **Rosenberg, Leo/Schwab, K. Heinz/Gottwald**, Peter; Zivilprozessrecht, 17. Auflage, München 2010, Ő 157, kn. 8.

¹⁵ **Rauscher**, Ő 20, kn. 2463; **Musielak/Stadler**, Ő 328, kn. 5.

¹⁶ **Rauscher**, Ő 20, kn. 2464. Bkz. aşağıda “5” no’lu başlık altındaki açıklamalar.

kararına ihtiyaç duymasıdır (§ 722/1 ZPO). Oysa yabancı kararların tanınması kural olarak ayrı bir davanın konusunu oluşturmayıp yabancı karar ile ilgili olan bir kararın verilmesinde veya uygulanmasında kendiliğinden gerçekleşecektir. Ayrıca tanıma ve tenfizde hâkim savunma hakkının ihlaline ilişkin şart dışında (§ 328/1-2 ZPO), bütün tanıma-tenfiz şartlarını re'sen araştıracaktır¹⁷.

1. Özel Hukuka İlişkin Kesinleşmiş Bir Yabancı Karar Olmalıdır

Tanınacak kararlar özel hukuka ilişkin olmalıdır. Her ne kadar tanıma şartlarını düzenleyen 328. maddede bu şart açıkça belirtilmese de, yapılan milletlerarası anlaşmalarda bu şarta açıkça yer verilmekte ve aynı şekilde 328. madde kapsamında sayılmaktadır¹⁸.

Kararı veren makamın sıfatının bir önemi kural olarak yoktur. Yeter ki karar Alman hukuku açısından özel hukuka ilişkin bir konuda verilmiş olsun. Bu bağlamda kararı veren idari bir makam, ceza mahkemesi veya dini bir makam da olabilir. Önemli olan kararın, devlet tarafından kendisine resmi bir yargılama ve karar verme yetkisi tanınan makam tarafından verilmiş olmasıdır¹⁹.

Alman hukukunda yabancı kararın tanınabilmesi için kesinleşmiş olması zorunluluğu vardır. Bu husus açıkça tanımaya ilişkin 328. maddede belirtilmemiş olsa da, tenfize ilişkin 723. maddenin ikinci fıkrasında açıkça yer almaktadır ve öğretide tanıma için de aranacağı kabul edilmektedir. Alman öğretisinde kesinleşme ile anlaşılması gerekenin hem tanıma hem

¹⁷ **MünchKommZPO/Gottwald**, § 328, kn. 10, 76; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 157, kn. 46; **Musielak/Stadler**, § 328, kn. 32; **Stein/Jonas/Roth**, § 328, kn. 31; **Hartmann**, § 328, kn. 13; Aksi fikirde, **Geimer**, Reinhold; Internationales Zivilprozessrecht, 6. Auflage, Köln 2009, s. 1014, kn. 2903; **Zöller**, Richard/**Geimer**, Reinhold; Zöller Zivilprozessordnung, 28. Auflage, Köln 2010, § 328, kn. 269.

¹⁸ **Musielak**, Hans Joachim; (Bearbeiter: Stadler, Astrid/Lackmann, Rolf), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 9. Auflage, München 2012, § 328, kn. 6; **Schütze**, Rolf A.; Das internationale Zivilprozessrecht in der ZPO, Berlin 2008, § 328, kn. 24 vd.

¹⁹ **Stein/Jonas/Roth**, §328, kn. 61-62; **MünchKommZPO/Gottwald**, § 328, kn. 57. Karş. **Zöller/Geimer**, § 328, kn. 67; **Baumbach**, Adolf/**Lauterbach**, Wolfgang/**Albers**, Jan/**Hartmann**, Peter; Zivilprozessordnung, 71. Auflage, München 2013, § 328, kn. 10.

tenfiz için “şeklî” anlamda kesinlik (Formelle Rechtskraft) olduğu ağırlıklı olarak kabul edilmektedir. Kararın maddi anlamda kesinlik taşıması veya değişen sebeplerden dolayı sonradan değiştirilemeyecek olması aranmamaktadır. Buna karşın ara kararlar gibi usûli konulara ilişkin kararlar, bağlayıcılıkları olmadığı için tanınmazlar²⁰.

2. Kararı Veren Yabancı Mahkeme Yetkili Olmalıdır (§ 328/1-1)

Alman hukukunda tanıma ve buna bağlı olarak tenfiz şartlarını da düzenleyen Medenî Usûl Kanununun (ZPO) 328/1-1 maddesine göre “ilamı veren mahkeme Alman kanunlarına göre yetkili değilse” ilgili kararın tanınması ve tenfizinin mümkün olamayacağı ifade edilmiştir. Bu şart ile öncelikle kararı veren mahkemenin, Alman mahkemesinin münhasır yetkisinde olan bir hususta karar verip vermediği denetlenirken (olumsuz yetki denetimi) diğer taraftan da kararı veren yabancı mahkemenin milletlerarası yetkisi olup olmadığı konusu denetlenmektedir (olumlu yetki denetimi)²¹. Alman hukukunda, yabancı kararı veren mahkemenin milletlerarası yetkisinin belirlenmesi ve tanıma için denetlenmesi amacıyla “**yansıma prensibi**” (**Spiegelbildprensip**) olarak adlandırılan farklı bir yöntem kullanılmaktadır. Bu yöntem, konuya ilişkin İsviçre hukuku gibi tanıma-tenfiz için “dolaylı yetki” (indirekte Zuständigkeit) şartını arayan sistemlerden farklılık arz-

²⁰ Musielak/Stadler, § 328, kn. 5; Musielak/Lackmann, § 723, kn. 1; MünchKommZPO/Gottwald, § 328, kn. 58, 66; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 157, kn. 27; Stein/Jonas/Roth, § 328, kn. 65; Schütze, § 328, kn. 19 ve § 723, kn. 12, 20 vd. Ayrıca krş. bkz. Geimer, s. 1007, kn. 2889; Zöller/Geimer, § 328, kn. 69; Linke, Hartmut; Internationales Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Köln 2006, s. 171-173, kn. 380 vd.

²¹ Rauscher, § 20, kn. 2465; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 157, kn. 30, Hoffman, Bernd von/Thorn, Karsten, Internationales Privatrecht, 9. Auflage, München 2007, § 3, kn. 62. Alman hukukunda da Almanya’da bulunan taşınmazlara ilişkin davalar (§ 24 ZPO) ile kiraya ilişkin davalarda (§ 29a ZPO) Alman mahkemelerinin yetkili olacağına ilişkin kurallar münhasır yetki kabul edilip bu alanda verilmiş olan yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi mümkün değildir. Bkz. MünchKommZPO/Gotthardt, Peter; “Anerkennung und Rechtsscheinswirkungen von Erbfolgezeugnissen französischen Rechts in Deutschland”, ZfRV, 32. Jahrgang, 1/1991, s. 2-13, § 328, kn. 87; Rauscher, § 20, kn. 2468. Diğer münhasır yetki alanları için bkz. Schack, Haimo; Internationales Zivilverfahrensrecht, 4. Auflage, München 2006, § 8, kn. 308-316.

mektedir²². Genel olarak birbirine benzeyen bu iki kavram üzerinde durmakta yarar vardır:

Yabancı kararların tanınması ve tenfizi için aranılan şartlardan biri, kararı veren yabancı mahkemenin bu kararı verebilmek için milletlerarası yetkiye haiz olmasıdır. Bu yetkinin varlığını belirlemek için iki temel ölçüt esas alınabilir. Bunlardan ilki, tanınacak (ve tenfiz edilecek) kararı veren yabancı mahkemenin hangi durumlarda milletlerarası yetkiye sahip olduğunun belirlendiği özel kuralların konulmasıdır. Yani, kararı tanıyacak olan ülkenin kendi kanunlarında, yabancı mahkemenin milletlerarası yetkiye ne zaman sahip olacağına açıkça düzenlenmesi yoluna gidilebilir. İkinci yol ise, yabancı mahkemelerin milletlerarası yetkisinin varlığına ilişkin özel kurallar koymak yerine, tenfiz ülkesinin kendi mahkemelerinin milletlerarası yetkisini belirleyen yetki kurallarına başvurulup, bu kuralların farazî olarak kullanılmasıyla (hypothetische Anwendung) tanınması istenen kararı veren yabancı mahkemenin milletlerarası yetkisi tespit edilebilir. Bu yöntemlerden ilki “dolaylı yetki” (indirekte Zuständigkeit) kavramını karşılamakta iken, ikinci yöntem “yansıma prensibini” (Spiegelbildprinzip) açıklamaktadır. Bugün için yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizinde, kararı veren mahkemenin milletlerarası yetkisinin varlığını araştırmada, başta Almanya olmak üzere (§ 328/1-1 ZPO ve § 109/1-1, FamFG), Avusturya (§ 80-1 EO) ve İtalya hukuklarında “yansıma prensibi” kullanılmaktadır. Buna karşın İsviçre hukukunda “dolaylı yetki”nin varlığı araştırılmaktadır²³.

Alman hukukunda yabancı kararların tanınmasına ve tenfizine ilişkin yetki şartı olan “yansıma prensibi” (Spiegelbildprensip)’ne göre kararı veren yabancı mahkemenin yetkisinin belirlenmesinde, Alman hukukundaki milletlerarası yetkiye ilişkin düzenlemeler referans alınmaktadır. Bu prensibe göre, yabancı mahkeme kararına konu olan olayda Alman mahkemesinin milletlerarası yetkisi hangi kıstaslara göre belirleniyorsa, yabancı mahke-

²² Karş. **Volken**, Paul; Das internationale Erbrecht im neuen schweizerischen IPR-Gesetz, BN 51-1990, s. 1-18, Art. 26, kn. 15.

²³ **Kern**, Christoph; “Anerkennungsrechtliches Spiegelbildprinzip und europäische Zuständigkeit”, ZZP, 120. Band, Heft 1, 2007, s. 31-71, s. 37-38; **Prütting/Gehrlein**, § 328, kn. 9-10; **Althammer**, Christoph; “Verfahren mit Auslandsbezug nach dem neuen FamFG“, IPRAx, 29. Jahrgang, Heft 5, Köln 2009, s. 381-389, s. 387.

menin de varsayımsal olarak o şartlardan birine göre milletlerarası yetkiye sahip olması gerekiyor. Böylece Alman hukukunda kararı veren yabancı mahkemenin yetkisinin yansıma prensibine göre denetlenmesi ile yabancı mahkemenin Alman usûl hukukunda aranan kendi yetki kurallarına ilişkin standartlara sahip olması sağlanmış olmaktadır²⁴.

Ancak Alman hukukunda aranan yetki şartı yani “yansıma prensibi”, İsviçre’de aranan “dolaylı yetki” şartından farklı bir özelliğe sahiptir. Dolaylı yetkide açıkça hangi kurallara göre yabancı mahkemenin milletlerarası yetkiye sahip olacağı teker teker ve özel olarak kanunda ayrıca düzenlenmişken²⁵, Alman hukukunda ayrıntılı bir düzenleme yoluna gidilmeyip, çift taraflı işlevi olan ülke içi yetki kuralları, milletlerarası yetki alanında da kullanılmaktadır. Yani Türk hukukunda olduğu gibi (MÖHUK m. 40), tenfiz hâkimi, önüne gelen olayda milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığını, nasıl kural olarak iç hukuktaki kendi yetki kaidelerine göre belirliyorsa; aynı şekilde yabancı mahkeme tarafından verilen bir kararın tanınması ve tenfiz edilebilmesi için de, kararı veren yabancı mahkemenin Alman hukukunda

²⁴ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 157, kn. 29-31; **MünchKommZPO/Gottwald**, § 328, kn. 80-83; **Hoffmann/Thorn**, § 3, kn. 160; **Martiny**, Dieter; Handbuch des Internationalen Zivilverfahrenrechts, Tübingen 1984, § 328, kn. 596; **Schütze**, § 328, kn. 30; **Hoffmann/Thorn**, § 3, kn. 160; **Rauscher**, § 20, kn. 2466.

²⁵ İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanununda yabancı kararların tanınması ve tenfizinin mümkün olması için aranan yabancı mahkemenin milletlerarası yetkisine ilişkin “dolaylı yetki” kuralları kanunun 26. maddesinde açıkça düzenlenmiştir. Buna göre, yabancı bir kararın tanınabilmesi için kararı veren yabancı mahkemenin milletlerarası yetkisinin varlığı şu durumlarda kabul edilmektedir: **1-** Bu kanunda buna ilişkin bir yetki kuralı varsa veya böyle bir kural yoksa davalının yerleşim yeri karar ülkesindeyse; **2-** Malvarlığı haklarına ilişkin (borç ilişkilerinden doğan) uyuşmazlıkların çözümü için bu kanuna göre geçerli bir yetki anlaşmasına istinaden kararı veren yabancı mahkeme yetkilendirilmişse; **3-** Davalı taraf malvarlığı haklarına ilişkin uyuşmazlıkta kayıtsız şartsız davaya katılmışsa; **4-** Karşılık dava söz konusuysa, asıl dava hakkında karar veren makam yetkili idiye ve asıl dava ile karşılık dava arasında maddî bir bağlantı varsa. Bkz. **Volken**, Art. 26; Kn. 4, 16; **Schnyder**, Anton K./**Liatowitsch**, Manuel; Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2011, § 13, s. 131-132, kn. 375-376; **Furrer**, Andreas/**Girsberger**, Daniel/**Guillaume**, Florence/**Schramm**, Dorothee; Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Zürich 2008, s. 59, kn. 11 ve s. 60, kn. 13.

düzenlenmiş olan bu iç yetki kurallarının uygulanması sonucunda milletlerarası yetkiye sahip olup olmadığı denetlenecektir. Alman hukukunda, “dolaylı yetki” yöntemini kullanan İsviçre hukukundan farklı olarak, teker teker hangi durumda yabancı bir mahkemenin kararı vermekte yetkili olup olmadığı düzenlenmemiştir. Bunun yerine Alman mahkemesi bu kararı vermek konusunda hangi yetki kıstaslarına göre kendisi yetkili olacak idiyse, yine bu aynı kıstaslara göre yabancı kararı veren mahkemenin de yetkisi olup olmadığı denetlenmektedir.

Yabancı mahkemenin yetkisi davalının itirazına bağlı incelenecek bir tanıma-tenfiz şartıdır. Ancak ilk davadaki davacı bu davayı kaybeder ve ilk davadaki davalı tanıma-tenfiz talebinde bulunursa artık davalı taraf (ilk davayı kaybeden davacı) yetkisizlik itirazında bulunamayacaktır. Zira ilk davayı açan ve yabancı mahkemenin yetki kuralından faydalanan bu tarafın kendisi olmuştur. Buna karşın tanıma-tenfiz esnasında ilk mahkemenin yetkisizliği konusunda itirazda bulunabilmek için yabancı kararın verildiği davada itiraz edilmiş olması şart değildir. Zira, yabancı mahkeme zaten kendi usûl hukukunda yer alan bir yetkiye dayanmış olacağından yapılan itirazın bir fayda sağlamış olmasını beklemek mümkün olmayacaktır²⁶.

3. Davalıya Zamanında ve Usûlüne Uygun Tebligat Yapılmış Olmalıdır (§ 328/1-2)

Alman hukukunda aranan bir diğer tanıma-tenfiz şartına göre davalı taraf, ilk davada kendisine karşı bir davanın açıldığına ilişkin tebligatın usûlüne uygun yapılmamış veya zamanında yapılmamış olması sebebiyle kendini savunamadığını ispat edebilirse, söz konusu yabancı mahkeme kararının Almanya’da tanınması ve tenfizi mümkün olamayacaktır (§ 328/1-2 ZPO, § 109/1-2 FamFG).

Söz konusu tebligatın usûlüne uygun yapıp yapılmadığı kararı veren mahkemenin hukukuna ve bu bağlamda varsa taraf olduğu tebligata ilişkin uluslararası sözleşmelere göre belirlenir. Ancak tenfiz hâkimi tebligatın usûlüne uygunluğunu denetlerken, talebin (davanın) içeriği hakkında yeteri kadar bilgiler içermesi ile davalıya savunma yapabilmesi ve bu anlamda bir

²⁶ Rauscher, § 20, kn. 2470-2471; MünchKommZPO/Gottwald, § 328, kn. 89.

avukata danışabilmesi için yetecek kadar sũre tanınmış olup olmadığını da denetleyecektir. Bu kural ile davalının hukukî dinlenilme ve bu bağlamda savunma hakkı teminat altına alınmaya çalışılmaktadır. Ancak bu Şartın da denetlenebilmesi için davalının bu hususa itiraz etmiş olması gerekmektedir²⁷.

4. Yabancı Karar Başka Bir Karar İle elişmemelidir (Ő 328/1-3)

Tanınacak kararın, aynı konuya ilişkin verilmiş bir Alman mahkeme kararı veya tanınabilecek daha önceki bir yabancı kararla ya da daha önce Almanya'da derdest olmuş aynı konuya ilişkin bir dava ile çelişmemesi gerekir (Ő 328/1-3 ZPO ve ő 109/1-3 FamFG).

Alman kanun koyucu bu konuyu eskiden kamu dũzeni Şartı içerisinde değerlendirmekteyken, 1986 yılında kanunda yapılan değişiklik ile artık ayrı bir Şart olarak değerlendirmektedir. Bu Şarta göre, kural olarak öncelik prensibi kabul edilir ve önceki kararın kesin hũkũm kuvvetine dayanılarak sonraki tarihli kararın tanınması engellenir. Ancak birbiriyle çelişen kararlardan birisi Alman mahkemelerince verilmiş bir karar ise, kararların tarihine bakılmaksızın Alman kararına öncelik verilir ve yabancı mahkeme kararı tanınmaz. Böylece aynı konuda verilmiş ve tanınabilecek birden fazla yabancı karar söz konusu ise bunlardan daha önce (açılmış olan değil) karara bağlanmış olan yabancı karar tanınabilecektir. Bu kural yabancı kararlar için geçerliyken Alman mahkeme kararlarının kesinleşme tarihlerine bakılmaksızın bir önceliği olduğu kabul edilmiştir. Ayrıca yabancı kararın taraflarının da aynı olması Şart olmayıp, verilen kararın başka taraflar arasında açılmış veya verilmiş bir kararın konusunu oluşturması yeterli kabul edilmiřtir²⁸.

²⁷ BGH NJW 1986, 2179 (kararda en az 2 haftalık bir sũre gerektiği kabul edilmiş). **Stein/Jonas/Roth**, ő 328, kn. 93; **Musielak/Stadler**, ő 328, kn. 14-18; **Schũtze**, ő 328, kn. 42-49; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, ő 157, kn. 33-34; **MũnchKommZPO/Gottwald**, ő 328, kn. 96-110; **Hartmann**, ő 328, kn. 23-24; **Prũtting/Gehrlein**, ő 328, kn. 17-21; **Rauscher**, ő 20, kn. 2473.

²⁸ **Musielak/Stadler**, ő 328, kn. 20-22; **Schũtze**, ő 328, kn. 51 vd.; **MũnchKommZPO/Gottwald**, ő 328, kn. 111-115; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, ő 157, kn. 35-37; **Rauscher**, ő 20, kn. 2474-2477.

5. Yabancı Karar Alman Kamu Düzenine Aykırı Olmamalıdır (§ 328/1-4)

Kural olarak Alman mahkemesi, tanınması talep edilen yabancı kararın doğruluğunu ve bu bağlamda içeriğini tetkik etme hakkına sahip değildir. Bu sebeple yabancı kararın dayanağı olan tespitleri ve uygulanan usûli kuralları denetlemesi mümkün değildir. “Révision au fond” yasağı olarak adlandırılan bu durum tenfizi düzenleyen Alman Medenî Usûl kanununun 723. maddesinin birinci fıkrasında açıkça düzenlenmiş olmakla beraber, genel olarak kararların tanınması bakımından da uygulanacaktır²⁹.

Révision au fond yasağına ilişkin kamu düzeni (ordre public) lehine bir istisna kabul edilmiştir. Buna göre, yabancı kararın tanınması sonucunda Alman hukukunun temel değerleri ve bilhassa temel hakları ile “açıkça” çelişen bir durumun ortaya çıkmasına sebep olunacaksa³⁰ kararın tanınması ve tenfizi mümkün olamayacaktır. Bu durumda Alman hukukunda yer alan hukuki değerlerden ne oranda sapıldığı yanında kararın sonuçlarının Alman hukukuna olan etkisi de dikkate alınacaktır. Bu açıdan Alman uygulamasının liberal bir uygulamaya sahip olduğu söylenebilir. Zira kamu düzeni müdahalesi için aranan, Alman hukukunda yer alan temel haklardan birine karşı basit bir aykırılıktan ziyade, temel haklardan birinin temel unsurlarından veya güvencelerden birinin ağır bir şekilde ihlal edilmiş olmasıdır. Önemli olan yabancı kararın tanınmasının somut sonucunun kamu düzenine aykırılık teşkil etmesidir. Kararın verilmesinde etkili olan sebeplerin veya tespitlerin teker teker denetlenmesi söz konusu olmayıp, tenfiz hâkimi, usûli anlamda Alman kamu düzenine aykırılık oluşturmadığı sürece yabancı mahkemenin yapmış olduğu tespitler ile bağlıdır³¹.

²⁹ **MünchKommZPO/Gottwald**, § 328, kn. 116

³⁰ Buna karşın öğretilerde savunulan ağırlık görüşün aksine Schütze, Alman tenfiz hukuku bakımından “açıkça” kavramının bir anlam ifade etmeyeceği görüşündedir. Yazara göre bir karar ya kamu düzenine aykırıdır ya da değildir, bu aykırılığın açıkça olup olmasının bir önemi yoktur. **Schütze**, § 328, kn. 60.

³¹ **MünchKommZPO/Gottwald**, § 328, kn. 117-119; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 157, kn. 38; **Stein/Jonas/Roth**, § 328, kn. 101-106; **Musielak/Stadler**, § 328, kn. 28; **Rauscher**, § 20, kn. 2479.

Yabancı kararın tanınması ile Alman hukukuna egemen olan temel hakların dışında, maddî hukukta yer alan temel prensiplerin ihlal edilecek olması durumunda da kamu düzeni müdahalesi söz konusu olabilecektir. Bu bağlamda Amerikan hukukunda yer alan ve davalının bir tür tazminat olan “punitive damages” ödemesine³² hükmedilen yabancı kararın Alman hukukunda tenfiz edilmesi kural olarak kamu düzenine aykırılık sebebiyle reddedilecektir. Zira Alman Medeni hukukunda haksız fiilin hukuki sonucu olarak zarar görene, zararına uygun (denk) bir tazminat ödenmesi öngörülmektedir (§ 249 vd. BGB). Tazminattaki amaç zararın karşılanması olup zarar görenin zenginleştirilmesi değildir. Zarar verenin yüksek bir tazminat ödemesine hükmedilmesi ile cezalandırılması ve korkutulması Medeni hukukun değil Ceza hukukunun amacı olabilir ve bu para cezasının (tazminatın) devlete ödenmesi gerekir, zarar görene değil³³.

Kanunda her ne kadar sadece yabancı kararın sonuçlarının Alman kamu düzenine aykırı olmamasından söz etse de, yabancı kararın elde edilmesinde Alman yargılama hukukunun temel prensipleri bakımından da ağır usûli hatalar tespit edilmişse kararın tanınması ve tenfizi mümkün olmayacaktır. Bu açıdan da yabancı kararın elde edilmesinde uygulanan yargılama usûlünün sadece Alman hukukundakinden farklı olması bir aykırılık teşkil etmeyip, önemli olan somut kararın elde edilmesinde uygulanan yargılama kurallarının Alman adalet anlayışı ile ağır bir şekilde çelişmesidir. Bu açıdan da kamu düzeni engeli uygulamada dar yorumlanmış olup, davalı tarafın müm-

³² Anglo-Amerikan hukukunda “punitive damages” tazminatı kavramı ile Medeni hukukta zarar gören davacıya uğradığı gerçek zararın ötesinde bir tazminatın hükmedilmesi anlaşılmaktadır. Bu açıdan ortada bir tür ceza tazminatının olması söz konusudur (örneğin; Stella Liebeck’in kendisine çok sıcak bir kahvenin servis edilmesi sebebiyle gördüğü zarardan dolayı McDonalds’a karşı açtığı davada, davacı lehine 160.000 ABD Doları manevi tazminata ve 480.000 ABD Doları punitive damages-ceza tazminatına hükmedilmişti). Punitive damages ile amaç; 1-davalıyı yapmış olduğu haksız fiil için cezalandırmak, 2- davalının bu fiili tekrarlamasını engellemek ve 3- başkalarının da bu haksız fiilide bulunmasını engellemektir. Alman ve Avusturya hukuklarında bu kavrama karşılık gelen benzer bir hukuki müessese yer almamaktadır. Bkz. http://de.wikipedia.org/wiki/Punitive_damages; Ayrıntılı bilgi için, Müller, Peter; *Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht*, de Gruyter 2001; Ekşi, s. 578 vd.

³³ Rauscher, § 20, kn.2480; MünchKommZPO/Gottwald, § 328, kn.123; Prütting/Gehrlein, § 328, kn.27.

kün olduğu oranda yargılama hatalarına karşı daha ilk kararı veren yabancı mahkeme nezdinde bu yönde bir itirazda bulunması gerektiğini ifade etmiştir³⁴. Bu bağlamda davalıya hukuki dinlenilme hakkı tanınmamış olması, kararın yalan tanık beyanları ya da sahte evrakların kullanılarak hile yoluyla elde edilmesi veya kararın tarafsız olmayan bir hakim tarafından verilmiş olması durumunda kamu düzenine açıkça aykırılık söz konusu olacaktır³⁵.

6. Almanya İle Kararın Verildiği Devlet Arasında Karşılıklılık Bulunmalıdır (§ 328/1-5)

Yabancı bir kararın tanınması ve tenfizi kural olarak politik bir şart olan karşılıklılığın var olmasına bağlıdır. Eğer kararı veren devletin mahkemeleri, Alman mahkemelerinin kararlarını tanımıyorsa, o ülke kararlarının Alman hukukunda da tanınması mümkün olmayacaktır. Bu durum uygulamada bizzat Alman vatandaşı olan davacılar açısından olumsuz sonuçlar yaratabilmektedir³⁶.

Karşılıklılığın varlığı tenfiz hâkimi tarafından re'sen gözetilecek olup yabancı kararın tanınmasını veya tenfizini isteyen tarafça ispatlanması gerekecektir. Karşılıklılığın varlığının tanıma talebinde bulunduğu zamanda var olması aranacaktır. Bu şartın yabancı kararın verildiği sırada var olmaması ve daha sonradan gerçekleşmiş olması tanımaya engel değildir. Bunun gibi yabancı kararın tanınması veya tenfizi yönünde karar verildikten sonra karşılıklılığın ortadan kalkması da tanınmış kararın geçerliliğini etkilemeyecektir³⁷.

Karşılıklılığın var olup olmadığı yabancı kararın verildiği devletteki fiili karşılıklılık durumuna göre değerlendirilecektir. Alman hukuku bu yönde iki veya çok taraflı bir uluslararası anlaşmanın varlığını aramamaktadır. Yabancı kararın verildiği ülkede Alman kararları da benzer şekilde

³⁴ **MünchKommZPO/Gottwald**, § 328, kn. 126; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 157, kn. 40; **Stein/Jonas/Roth**, § 328, kn. 114. ayrıca krş. **Musielak/Stadler**, § 328, kn. 29.

³⁵ **MünchKommZPO/Gottwald**, § 328, kn. 127; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 157, kn. 40; **Stein/Jonas/Roth**, § 328, kn. 112-114; **Musielak/Stadler**, § 328, kn. 26.

³⁶ **MünchKommZPO/Gottwald**, § 328, kn. 129; **Stein/Jonas/Roth**, § 328, kn. 116.

³⁷ **MünchKommZPO/Gottwald**, § 328, kn. 130; **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 157, kn. 41; **Stein/Jonas/Roth**, § 328, kn. 126.

tanınabiliyor veya tenfiz edilebiliyorsa karşılıklılığın var olduğu kabul edil-
mektedir. Eğer yabancı kararın verildiği ÷lkede Alman mahkemesinin ver-
diği belli türden kararlar tanınmıyor veya tenfiz edilmiyorsa, aynı türden
kararların Almanya’da da tanınması mümkün olmayacaktır³⁸. Bu anlamada
yabancı devlet, Alman kararlarını tanımadan önce içeriğinin hukuki doğru-
luğunu denetliyorsa, yani “révision au fond” uyguluyorsa karşılıklılığın var
olmadığı kabul edilecektir³⁹.

Yabancı ÷lkede Alman kararlarının tanınmasına ilişkin bir uygulamanın
tespiti mümkün olamamakla beraber, o ÷lkede yabancı kararların tanınması
ve tenfizine ilişkin 328. maddeye paralel bir kanuni düzenleme (kanuni
karşılıklılık) varsa, Alman hukuku bakımından yabancı kararın tanınması
mümkün olabilecektir. Bu durumda ilk adım Alman hukuku tarafından atıla-
bilecektir⁴⁰.

Tanınması istenen yabancı kararın malvarlığına ilişkin olmaması duru-
munda veya Alman mahkemelerinin kararın verilebilmesi için milletlerarası
yetkisinin olmadığı durumlarda karşılıklılık şartı tanıma ve tenfizde aranma-
yacaktır (§ 328/2 ZPO). Böylece kanun koyucu içeriği malvarlığına ilişkin
olmayan yabancı kararların tanınması için politik sebeplere dayanan karşılık-
lılık şartından vazgeçmiştir. Aynı durum yabancı çekişmesiz yargı kararları
ile malvarlığına ilişkin olmayan Aile hukukuna ilişkin yabancı kararların
tanınması ve tenfizi bakımından da geçerlidir (§ 109/4 FamFG)⁴¹.

7. Tenfiz Kararının Verilebilmesi İçin Yabancı Karar İcra Edilebilir Olmalıdır (§ 723/2)

Yabancı bir kararın tanınması, bu kararın Alman hukukunda aynı
zamanda icraî bir etkiye sahip olacağı anlamına gelmemektedir. Yabancı
kararın icraî etkiye sahip olabilmesi için bu yönde bir tenfiz kararına ihtiyaç

³⁸ MünchKommZPO/Gottwald, § 328, kn. 131; Stein/Jonas/Roth, § 328, kn. 122 vd.;
Rauscher, § 20, kn. 2481-2482.

³⁹ MünchKommZPO/Gottwald, § 328, kn. 131; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 157,
kn. 41; Stein/Jonas/Roth, § 328, kn. 123.

⁴⁰ MünchKommZPO/Gottwald, § 328, kn. 133; Rauscher, § 20, kn. 2484.

⁴¹ MünchKommZPO/Gottwald, § 328, kn. 134; Prütting/Gehrlein, § 328, kn. 36;
Hoffmann/Thorn, § 3, kn. 175; Rauscher, § 20, kn. 2485.

vardır ve bu da Alman mahkemesi tarafından verilecek bir inşaî karar (Gestaltungsurteil) ile mümkün olacaktır⁴².

Tenfiz kararının verilebilmesi için yabancı kararın 328. maddede aranan tanıma şartlarını taşıması yanında kesinleşmiş ve kararın verildiği ülkede de icra edilebilir olması gerekmektedir (§ 723/2 ZPO)⁴³.

C. Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararları İle Aile Hukukuna İlişkin Kararların Tanınması ve Tenfizi

Alman hukukunda, yabancı çekişmesiz yargı kararları ile aile hukukuna ilişkin kararların tanınması ve tenfizi “Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkında Usûl Kanunu” (FamFG) 107 vd. maddelerine göre gerçekleştirilecektir⁴⁴. Bu durumda kararı veren yabancı makamın bir mahkeme olması da bir öneme sahip olmayacaktır. Konuya ilişkin kararın Alman hukukunda bir mahkeme tarafında verilecek olması dahi, yabancı kararın bir idari makam tarafından verilmiş olması tanıma-tenfiz engeli oluşturmaz⁴⁵. Yabancı kararın tanınması ve tenfizinin hangi kanun kapsamında olduğu konusu hâkimin hukuku olan Alman hukukuna (lex fori) göre değerlendirilecektir⁴⁶.

Kural olarak “Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkında Usûl Kanunu” (FamFG) kapsamında tanınacak olan yabancı kararların tanınmasında özel ve ayrı bir tanıma davasına gerek yoktur. Tanıma itiraz üzerine konuyla ilgilenen mahkeme tarafından gerçekleştirilmektedir (FamFG § 108/1)⁴⁷. Buna karşın, yabancı boşanma, ayrılık ve evliliğin butlanına ilişkin kararlar ile evliliğin varlığının veya yokluğunun tespitine ilişkin kararların tanınması için şekli bir dava (formalisiertes Verfahren) öngörülmüştür. Bu

⁴² MünchKommZPO/Gottwald, § 328, kn. 183; Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 157, kn. 6; Rauscher, § 20, kn. 2486; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 723, kn. 2.

⁴³ Rauscher, § 20, kn. 2487; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, § 723, kn. 4-5.

⁴⁴ Rosenberg/Schwab/Gottwald, § 157, kn. 61; Althammer, s. 387.

⁴⁵ Rauscher, § 20, kn. 2490.

⁴⁶ Rauscher, § 20, kn. 2490; Zimmermann, kn. 726.

⁴⁷ OLG Köln, FamRZ 2010, s. 1590.

durumlarda tanıma, eyalet adalet idaresi (Landesjustizverwaltung) tarafından yürütülecek bir tespit davası ile gerçekleştirilmektedir (FamFG § 107/1)⁴⁸.

Yabancı çekişmesiz yargı ve Aile hukukuna ilişkin kararların tanınması şartlarını düzenleyen 109. madde, genel olarak yabancı mahkeme kararlarının tanınmasını düzenleyen ve yukarıda incelemiş olduğumuz Alman Medenî Usûl Kanunu (ZPO)'nun 328. maddesi ile örtüşmektedir⁴⁹. Buna göre, yabancı çekişmesiz yargı kararları ile Aile hukukuna ilişkin kararların Alman hukukunda tanınması için aranan şartlar genel olarak şunlardır:

- 1- Kararı veren mahkeme Alman hukukuna göre yetkili olmalıdır (§ 109/1-1)⁵⁰;
- 2- İlgililerin savunma haklarını kullanabilmeleri için duruşma tebligatının usûlüne uygun ve zamanında yapılmış olması gerekir (§ 109/1-2);
- 3- Kararın Almanya'da verilmiş bir karar veya daha önce verilmiş ve tanınabilecek olan yabancı bir karar ile ya da Almanya'da önceden başlamış olan bir yargılama ile aynı olmaması (çatışmaması) gerekir (§ 109/1-3);
- 4- Kararın Alman kamu düzenine aykırılık teşkil etmemesi gerekir (§ 109/1-4).

Aile hukukuna ilişkin yabancı mahkeme kararının malvarlığına ilişkin hükümlerinin tanınmasında ise madde 328/1-5'te olduğu gibi karşılıklılık şartının da yerine gelmiş olması aranmaktadır (m. 109/4 FamFG).

Alman hukukunda yabancı veraset ilamlarının tanınmasının mümkün olup olmadığı veya ne ölçüde etkili olacağı tartışmalıdır. Yabancı veraset ilamlarının en baştan etkisiz olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira

⁴⁸ Ancak eşlerin ikisi de kararı veren ülkenin vatandaşlığına sahip iseler, yabancı kararın tanınmasında bu yöntem uygulanmayacaktır. **Rauscher**, § 20, kn. 2491.

⁴⁹ Yabancı çekişmesiz yargı kararlarının (ve aile hukukuna ilişkin yabancı kararların) tenfizi ise, aynı kanununun (FamFG) 110. paragrafında düzenlenmiştir. § 110'da yer alan düzenleme, genel olarak tenfizi düzenleyen Madenî Usûl Kanunu § 723 ile paraleldir. Bkz. **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, § 157, kn. 63; **Althammer**, s. 388.

⁵⁰ Bkz. yukarıda "2" no'lu başlık altındaki açıklamalar (Spiegelbildprinzip).

bunlar birer çekişmesiz yargı kararı olduklarından, “Aile Hukuku ve Çekişmesiz Yargı İşleri Hakkında Usûl Kanunu” madde 107 vd. kapsamında tanınmaları kural olarak mümkündür. Özellikle kararı veren yabancı mahkeme yetkili bir mahkeme ise ve karar Alman kamu düzenine aykırılık teşkil etmiyorsa yabancı veraset ilamı tanınabilecektir. Ancak yine de tanıma ile yabancı veraset ilamının doğrudan bir Alman mirasçılık belgesi ile eşit etkiye sahip olacağı söylenemez. Burada yabancı veraset ilamına, verildiği ülkede tanınan etkiye bakılarak, Alman mirasçılık belgesinin sahip olduğu özellik ve etki ile örtüşüp örtüşmediği denetlenecektir. Eğer yabancı veraset ilamı aynı (ikâme) etkiye sahip ise, Alman hukukunda tanınabilecektir⁵¹.

Bu değerlendirme yapılırken, Alman mirasçılık belgesinin sadece miras durumunu gösteren bir belge olup (§ 2353 BGB) kesin hüküm teşkil etmediğini ve sonradan yanlış olduğunun anlaşılması durumunda değiştirilebileceği veya iptal edilebileceği (§ 2361 BGB) göz önünde tutulmalıdır. Keza yabancı veraset ilamı tanınmakla, Almanya’da bu belgenin sahip olduğu etkiden daha geniş bir etkiye (kesin hüküm etkisine) sahip olamayacaktır. Zira yabancı veraset ilamının da sonradan yanlış olduğunun anlaşılması durumunda, Alman mahkemesi tarafından değiştirilmesine veya iptal edilmesine bir engel bulunmamaktadır⁵². Ancak özellikle İtalyan ve Fransız hukukunda karşımıza çıkan beyana dayalı mirasçılık belgelerinin tanınması

⁵¹ Bu bağlamda denk sayılabilmesi için yabancı veraset ilamı ile buna güvenen 3. kişilerin de aynı Alman hukukunda olduğu gibi (§ 2365, 2366 BGB) iyiniyetinin korunabiliyor olması gerekli ve yeterlidir. **Kaufhold**, Sylvia; “Zur Anerkennung ausländischer öffentlicher Testamente und Erbnachweise im Grundbuchverfahren”, ZEV, München-Frankfurt 10/1997, s. 399-405, s. 403; **Zimmermann**, kn. 724.

⁵² **Kegel**, Gerhard-(Schurig); Bürgerliches Gesetzbuch, Band 10, Stuttgart-Berlin-Köln 1996, Art. 25, kn. 74; **Zimmermann**, kn. 723, 734; **Hausmann**, Reiner/**Hohloch**, **Gerhard** (Hohloch/Heckel); Handbuch des Erbrechts, 2. Auflage, Berlin 2010, s. 1994, kn. 166b; **Gotthardt**, s. 2-7; **Kaufhold**, s. 401-404. Aksi yönde, **Geimer**, s. 1004, kn. 2884; **Staudinger**, Julius von/**Dörner**, Heinrich; Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (internationales Erbrecht) Berlin 2007, Art. 25 EGBGB, kn. 874. İsviçre hukuku bakımından da mirasa ilişkin yabancı mahkemelerce verilmiş kararlar ile yetkili makamlarca verilmiş belgelerin tanınması kural olarak mümkündür. **Volken**, Erbrecht; s. 17; **Honsell**, Heinrich/**Vogt**, Nedim Peter/**Schnyder**, Anton K.; Internationales Privatrecht, Basel-Frankfurt am Main 1996, s. 627, kn. 2-5.

Alman hukukunda reddediliyor. Tanınmayan yabancı mirasçılık belgeleri takdiri delil olarak Alman hukukunda kullanılabilir⁵³.

III. Türk Hukuku İle Karşılaştırılması

Türk hukukunda tanıma ve tenfiz şartları 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Hukuku Hakkında Kanunun (MÖHUK) 50-59. maddeleri arasında ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlere göre yabancı kararların Türkiye’de tanınması ve tenfizi için aranan şartlar büyük oranda paralellik göstermekle beraber, tenfizden farklı olarak tanıma kararının verilebilmesi için “karşılıklılık” şartının varlığı aranmamıştır (m. 58/1).

MÖHUK madde 50’ye göre, yabancı kararların tanınması ve tenfizi, bunların yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş olmasına bağlıdır⁵⁴. Türk hukukunda yer alan bu ön şart Alman hukukundaki düzenleme ile genel olarak aynı olmakla beraber, yukarıda açıklandığı üzere, Alman hukukunda yabancı kararın mutlaka bir mahkeme tarafından verilmiş olması aranmamaktadır. Oysa Türk hukukundaki bu açık kanuni düzenleme karşısında Alman hukukundan farklı olarak sadece yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi mümkün olacaktır⁵⁵.

Türk hukukunda yabancı mahkeme kararların tanınması ve tenfiz için yabancı kararın “o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş bulunan ilâmlar” (m. 50) olması gerekecektir. Kanundaki bu ifade ile şeklî veya maddî kesinlik türlerinden hangisinin arandığı açıkça ifade edilmemiştir. Öğretide bu konuda farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre⁵⁶, yabancı kararın

⁵³ **Hausmann/Hohloch**, s. 2008-2009, kn. 192; **Zimmermann**, kn. 736. BayObLG NJW-RR 1991, s. 1089.

⁵⁴ “Yabancı mahkemelerin ceza ilâmlarında yer alan kişisel haklarla ilgili hükümler hakkında da tenfiz kararı istenebilir” (m. 50/2).

⁵⁵ **Çelikel/Erdem**, s. 619-621; **Ekşi**, s. 109-112.

⁵⁶ **Göger**, s. 386; **Nomer**, Ergin; “Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Baskı, İstanbul 2001, s. 909-922, s. 911; **Çelikel**, Ahkâmı Şahsiye, s. 101-102; **Çelikel/Erdem**, s. 621; **Şanlı**, s. 481; **Şanlı**, Cemal; “Yabancı Veraset İlamlarının türk Mahkemelerinde

tanınması ve tenfizi için, kararın hem şekli hem de maddi anlamda kesinleşmiş olması hukuki güvenlik açısından gereklidir. Katıldığımız diğer görüşe göre⁵⁷ ise, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizi için, kararın sadece şekli anlamda kesinleşmiş olması yeterlidir. Alman hukukunda da şekli anlamda kesinleşen bir yabancı kararın varlığı, tanınması ve tenfizi için yeterli görülmüştür.

Türk hukukunda MÖHUK madde 54'e göre,“(1) Yetkili mahkeme tenfiz kararını aşağıdaki şartlar dâhilinde verir: a) Türkiye Cumhuriyeti ile ilâmın verildiği devlet arasında karşılıklılık esasına dayanan bir anlaşma yahut o devlette Türk mahkemelerinden verilmiş ilâmların tenfizini mümkün kılan bir kanun hükmünün veya fiilî uygulamanın bulunması. b) İlâmın, Türk mahkemelerinin münhasır yetkisine girmeyen bir konuda verilmiş olması veya davalının itiraz etmesi şartıyla ilâmın, dava konusu veya taraflarla gerçek bir ilişkisi bulunmadığı hâlde kendisine yetki tanıyan bir devlet mahkemesince verilmiş olmaması. c) Hükmün kamu düzenine açıkça aykırı bulunmaması. ç) O yer kanunları uyarınca, kendisine karşı tenfiz istenen kişinin hükmü veren mahkemeye usulüne uygun bir şekilde çağrılmamış veya o mahkemede temsil edilmemiş yahut bu kanunlara aykırı bir şekilde giyabında veya yokluğunda hüküm verilmiş ve bu kişinin yukarıdaki hususlardan birine dayanarak tenfiz istemine karşı Türk mahkemesine itiraz etmemiş olması.”

MÖHUK m. 58/1'de, sayılan bu tenfiz şartlarının (a) fıkrası yani karşılıklılık şartı hariç, yabancı kararların tanınmasında da aranacağı düzenlenmiştir.

“Tanınması” ve “Delil” Olarak Kullanılması”, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s. 291-307, s. 296-297. Ayrıca bkz. **Eksi**, s. 129-136.

⁵⁷ **Sakmar**, s. 57 ve s. 112-113; **Ertaş**, s. 391; **Tiryakioğlu**, Bilgin; Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1996, s. 38; **Demir-Gökyayla**, Cemile; “Yabancı Mahkemelerden Alınan Mirasçılık Belgelerinin Türkiye'de Hüküm ve Sonuç Doğurması”, Prof. Dr. Fikret Eren'e Armağan, Ankara 2006, s. 559-583, s. 566-569. Ayrıca bkz. **Kuru**, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 5771.

Ancak Kuru'ya göre, “çekişmesiz yargı kararları maddi anlamda kesin hüküm teşkil etmediğinden, bu kararların kesin hüküm ve kesin delil için tanınması söz konusu olamaz”. **Kuru**, C. VI, s. 5824. Aynı yönde bkz. **Nomer**, Çekişmesiz Yargı, s. 917-918.

Tanıma ve tenfizi genel olarak aynı şartlara bağlayan Tũrk hukukundaki bu dũzenleme, Alman hukukunda aranan şartlar ile benzerlik taŐımadır. Zira Alman hukukunda da yabancı kararların tanınması ve tenfizi ortak şartlara bağlanmıştır. Tũrk hukukundan farklı yanları ise, Alman hukukunda tanınması istenen kararların malvarlığına ilişkin olması durumunda da karşılıklılık şartının aranacak olmasıdır. Bunun dışında Alman hukuku, davalının savunma haklarını teminat altına almak için zamanında ve usũlũne uygun tebligat yapılmış olması şartını aramıŐ ve diğer savunma haklarına ilişkin ihlalleri kamu dũzeni şartı içerisinde değerlendirmiştir. Bu açıdan MŖHUK'ta yer alan savunma hakkının ihlaline ilişkin dũzenlemenin daha kapsamlı olduğu gŖrũlmektedir (m. 54/1-).

Alman hukukunda ayrıca kararın Ŗnceden verilmiş ve tanınmaya ehil olan bir yabancı mahkeme kararıyla veya Alman hukukunda derdest olan bir karar ile çelişmemesi gerektiğini açıkça ŖngŖrũlmũŐ iken (§ 328/1-3 ZPO), Tũrk hukukunda bu yŖnde açık bir kanuni dũzenleme yer almamaktadır⁵⁸.

Alman hukukunda yabancı çekişmesiz yargı kararları ile aile hukukuna ilişkin kararların tanınması ve tenfizi, diğer kararlar için aranan şartlara bağlanmış olmakla beraber ayrı bir kanunda dũzenlenmiŐtir (Aile Hukuku ve ekiŐmesiz Yargı İŞleri Hakkında Usũl Kanunu-FamFG). Tũrk kanun koyucu bu tũr bir ayrıma gitmeyerek, bũtũn yabancı mahkeme kararlarının MŖHUK'ta yer alan yukarıdaki şartlara bağlı olarak tanınma ve tenfizinin sağlanacağını dũzenlemiŐtir. Ancak uygulamada oluşabilecek tereddũtleri giderecek Ŗekilde, ekiŐmesiz yargı kararlarının da çekişmeli yargı kararları gibi aynı şartlara bağlı olacağını açıkça ve ayrıca belirtmiştir (MŖHUK m. 58/2).

Son olarak Alman hukukunda yabancı kararların tanınması için aile hukukuna ilişkin bir kısım kararlar dışında (§ 107/1 FamFG) kural olarak ayrı bir tanıma davası ŖngŖrũlmemiŐtir. Tanıma, itiraz Ŗzerine konuyla ilgilenen mahkeme tarafından veya iç hukukun uygulanmasında etkili olabileceği herhangi bir durumda bir Ŗn sorun olarak mahkeme veya resmi

⁵⁸ Tũrk hukukunda, yabancı bir kararın tenfizine karar verilmiş ise ve bu karar Tũrk mahkemelerinden verilmiş kesin bir karar ile çeliŐiyorsa yargılamanın iadesine sebep teşkil edecektir (HMK m. 375/1-ı). Bkz. **Nomer**, s. 512.

makamlar tarafından dikkate alınacak ve tanıma için aranan şartların bu mahkeme veya makam tarafından tespit edilmesiyle yetinilecektir. Yani bir tür otomatik tanıma söz konusudur. Oysa Türk hukukunda tenfizde olduğu gibi yabancı mahkeme kararlarının tanınması da kural olarak açık bir mahkeme kararına ihtiyaç duymaktadır⁵⁹.

SONUÇ

Alman hukukunda yabancı kararların tanınması ve tenfizi genel olarak Türk hukukunda aranan şartlar ile benzer nitelikte olmakla beraber bazı konularda Türk hukukuna göre daha kolaylaştırıcı özellikler de taşımaktadır. Tanıma ve tenfizin en önemli amaçlarından biri de, hakkında karar verilmiş bir konunun, usûl ekonomisini sağlamak açısından Türk mahkemesinde tekrar görülmesini engellemektir. Bu açıdan tanımayı ve tenfizi kolaylaştırmak hem kamu hem de taraf menfaati açısından önem arz etmektedir.

Bu bağlamda Alman hukukunda olduğu gibi, Türk hukukunda da en azından yabancı kararların tanınması için yabancı kararda “şekli” kesinlik aranmasının yeterli olması gerektiği kanaatindeyiz. Buna paralel olarak yabancı kararın mutlaka bir mahkemeden alınmış olması şartı yerine, yabancı devlet tarafından kendisine karar verme yetkisi tanınan bir resmi makamın kararlarının da tanınmasına imkân sağlanmalıdır.

Alman hukukunda yer alan; -tanınacak kararın, aynı konuya ilişkin verilmiş bir Alman mahkeme kararı veya tanınabilecek daha önceki bir yabancı kararla ya da daha önce Almanya’da derdest olmuş aynı konuya ilişkin bir dava ile çelişmemesi gerekir-, şeklindeki tanıma-tenfiz şartına benzer bir şartın Türk hukukuna da eklenmesinde fayda olacaktır. Zira bu şekilde uygulamada karşılaşılabilecek konuya ilişkin muhtemel sorunların önceden çözümü sağlanmış olacaktır.

Son olarak Alman hukukunda olduğu gibi Türk hukukunda da aranan ve tamamen politik bir gaye taşıyan “karşılıklılık” şartının, en azından tenfiz talebinde bulunan Türk vatandaşı bakımından aranmaması veya tamamen

⁵⁹ Yabancı bir mahkeme kararının, görülmekte olan bir davada kesin delil olarak öne sürülmesi durumunda da, davaya bakan hâkim tarafından tanınması mümkündür. **Nomer**, s. 519.

ortadan kaldırılması, hukuki amaca daha uygun olacaktır. Böylece yabancı bir mahkemeden (Türkiye'deki taşınmazlara ilişkin olmamak şartıyla) malvarlığına ilişkin lehine bir karar alan Türk vatandaşının bu kararı Türkiye'de icraya koyması ve hakkını daha hızlı ve kolay elde etmesinin önü açılmış olacaktır.

Kaynakça

- Althammer**, Christoph; “Verfahren mit Auslandsbezug nach dem neuen FamFG“, IPRax, 29. Jahrgang, Heft 5, Köln 2009, s. 381-389.
- Baumbach**, Adolf/**Lauterbach**, Wolfgang/**Albers**, Jan/**Hartmann**, Peter; Zivilprozessordnung, 71. Auflage, München 2013.
- Çelikel**, Aysel, Ahkâmı Şahsiye Konusundaki Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması, İstanbul 1963.
- Çelikel**, Aysel/**Erdem**, Bahadır; Milletlerarası Özel Hukuk, 13. Bası, İstanbul 2014.
- Demir-Gökyayla**, Cemile; “Yabancı Mahkemelerden Alınan Mirasçılık Belgelerinin Türkiye’de Hüküm ve Sonuç Doğurması”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 559-583.
- Ekşi**, Nuray; Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, İstanbul 2013.
- Ertas**, Şeref; “Yabancı İlamların Tanınması ve Tenfizi”, Prof. Dr. Kudret Ayiter Armağanı, Ankara 1987, s. 365-438.
- Furrer**, Andreas/**Girsberger**, Daniel/**Guillaume**, Florence/**Schramm**, Dorothee; Internationales Privatrecht, 2. Auflage, Zürich 2008.
- Geimer**, Reinhold; Internationales Zivilprozessrecht, 6. Auflage, Köln 2009.
- Gotthardt**, Peter; “Anerkennung und Rechtsscheinswirkungen von Erbfolgezeugnissen französischen Rechts in Deutschland”, ZfRV, 32. Jahrgang, 1/1991, s. 2-13.
- Göğer**, Erdoğan; Devletler Hususi Hukuku, 4. Bası, Ankara 1977.
- Hartmann**, Peter; Zivilprozessordnung, 1. Band, 71. Auflage, München 2013.
- Hausmann**, Reiner/**Hohloch**, Gerhard; Handbuch des Erbrechts, 2. Auflage, Berlin 2010.
- Hoffman**, Bernd von/**Thorn**, Karsten; Internationales Privatrecht, 9. Auflage, München 2007.

- Honsell, Heinrich/Vogt, Nedim Peter/Schnyder, Anton K.;** Internationales Privatrecht, Basel-Frankfurt am Main 1996.
- Kaufhold, Sylvia;** “Zur Anerkennung ausländischer öffentlicher Testamente und Erbnachweise im Grundbuchverfahren”, ZEV, München-Frankfurt 10/1997, s. 399-405.
- Kegel, Gerhard-(Schurig);** Bürgerliches Gesetzbuch, Band 10, Stuttgart-Berlin-Köln 1996.
- Kern, Christoph;** “Anerkennungsrechtliches Spiegelbildprinzip und europäische Zuständigkeit”, ZZP, 120. Band, Heft 1, 2007, s. 31-71.
- Kuru, Baki;** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. VI, 6. Baskı, İstanbul 2001.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder;** Medenî Usul Hukuku, 24. Baskı, Ankara 2013.
- Linke, Hartmut;** Internationales Zivilprozessrecht, 4. Auflage, Köln 2006.
- Martiny, Dieter;** Handbuch des Internationalen Zivilverfahrensrechts, Tübingen 1984.
- Musiellak, Hans Joachim;** (Bearbeiter: Stadler, Astrid/Lackmann, Rolf), Kommentar zur Zivilprozessordnung, 9. Auflage, München 2012.
- Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung,** Hrsg. von Krüger, Wolfgang/Rauscher, Thomas/(Gottwald, Peter), Band I, 4. Auflage, München 2013.
- Nomer, Ergin;** “Yabancı Çekişmesiz Yargı Kararlarının Tanınmasında Kesinleşme Şartı”, Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu’na 65. Yaş Günü Armağanı, 2. Baskı, İstanbul 2001, s. 909-922. (Çekişmesiz Yargı)
- Nomer, Ergin;** Devletler Hususî Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2013.
- Özbakan, Işıl;** Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1987.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet;** Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.
- Prütting, Hanns/Gehrlein, Markus;** ZPO Kommentar, 6. Auflage, München 2014.
- Rauscher, Thomas;** Internationales Privatrecht, 4. Auflage, Heidelberg (C.F. Müller Verlag) 2012.

- Rosenberg, Leo/Schwab, K. Heinz/Gottwald, Peter;** Zivilprozessrecht, 17. Auflage, München 2010.
- Sakmar, Atâ;** Yabancı İlâmların Türkiye'deki Sonuçları, İstanbul 1982.
- Schack, Haimo;** Internationales Zivilverfahrensrecht, 4. Auflage, München 2006.
- Schnyder, Anton K./Liatowitsch, Manuel;** Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, 3. Auflage, Zürich-Basel-Genf 2011.
- Staudinger, Julius von/Dörner, Heinrich;** Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (internationales Erbrecht) Berlin 2007.
- Stein, Fridrich/Jonas, Martin/Roth, Herbert;** Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 5, 22. Auflage, Tübingen 2006.
- Schütze, Rolf A.;** Das internationale Zivilprozessrecht in der ZPO, Berlin 2008.
- Şanlı, Cemal;** “Yabancı Veraset İlamlarının Türk Mahkemelerinde “Tanınması” veya “Delil” Olarak Kullanılması”, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul 1990, s. 291-307.
- Şanlı, Cemal;** Milletlerarası Özel Hukuk, 3. Bası, İstanbul 2014.
- Tiryakioğlu, Bilgin;** Yabancı Boşanma Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Ankara 1996.
- Umar, Bilge;** “Yabancı ve Türk Hukukunda Yabancı Mahkeme Kararlarının Tanınması ve Tenfizi”, Adalet Dergisi, Yıl 51, S.8, 1960, s. 472-492.
- Volken, Paul;** Das internationale Erbrecht im neuen schweizerischen IPR-Gesetz, BN 51-1990, s. 1-18.
- Zimmermann, Walter;** Erbschein und Erbscheinverfahren, Berlin 2004.
- Zöller, Richard/Geimer, Reinhold;** Zöller Zivilprozessordnung, 28. Auflage, Köln 2010.

HİŞ Davaları Bakımından
DAVADAN FERAGATİN MÜTESELSİL SORUMLU
DAVA ARKADAŞLARINA ETKİLERİ

*Yrd. Doç. Dr. Gülümnden ÜRCAN**

GİRİŞ

Davadan feragat usul hukukuna ilişkin sonuçlarının yanı sıra maddî hukuk bakımından da sonuç doğuran bir taraf işlemidir. Özellikle birlikte sorumluluğun ve dava arkadaşlığının söz konusu olduğu davalarda, davacının davaya son veren bu usul işleminin etkileri daha geniş bir alana yayılabilmektedir. Davadan tüm davalılara karşı feragat edildiğinde bir sorun bulunmamaktadır ve dava bütün davalılar bakımından feragatle sona ermektedir. Burada ele alınacak olan davalılardan biri hakkındaki feragatin diğer davalı borçluya etkisidir. Davadan feragatin ihtiyarî dava arkadaşlarına etkisi hakkındaki içtihatlarda farklı sonuçlara ulaşılabildiği gözlenmektedir. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda kesin hükmün mütessesil borçlulara etkisinin sınırları ve 6098 sayılı Borçlar Kanunu'nda ifa olmaksızın borçlulardan birinin borçtan kurtulmasının mütessesil borçlulukta borcu sona erdiren yönünün, ibraya ilişkin açık hüküm de sevk edilerek düzenlenmesi karşısında mesele anılan hükümler de göz önünde tutularak aşağıda incelenmeye çalışılmıştır.

Bu bağlamda konu, İş Kanunu'nda düzenlenen başlıca birlikte sorumluluk halleri ve kanunî teselsül örneklerinden yararlanılarak, ihtiyarî dava arkadaşlığıyla karşılaşılabilen iş uyuşmazlıkları zemininde ele alınmıştır.

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Çalışmanın amacı ve sınırları itibariyle, her açıdan davadan feragatin yahut ilgili iş ilişkilerinin ayrıntılarıyla aktarılması incelemenin kapsamı dışındadır. Başlıca üç kısımdan oluşan incelemede, davadan feragat genel olarak ele alınıp sonuçlarına yer verildikten sonra, iş davalarında ihtiyarî dava arkadaşlığını beraberinde getiren iş ilişkileri bilhassa sorumluluğun esasları yönüyle tanıtılmıştır. Akabinde davacının davalı borçlulardan biri hakkındaki feragatinin diğer davalıya sirayet edip etmeyeceği, diğer dava arkadaşının maddî hukuka dair sonuçlar sayesinde feragatten yararlanıp yararlanamayacağı ve onun ne ölçüde borçtan kurtulabileceği sorularına her müessesedeki iç ilişki ile rücu meselesinden hareketle yanıt bulunmaya çalışılmıştır.

I. TASARRUF İLKESİ VE DAVADAN FERAGAT

A. Genel Olarak

Hak sahibinin hakka doğrudan doğruya etki edebilme, bu hak üzerinde tasarrufta bulanabilme yetkisi tasarruf yetkisidir¹ ve hak, kural olarak tasarruf yetkisini de içerir. Alacaklı hakkını üçüncü kişiye devretmek, ifa için önel vermek, alacağını rehnetmek yahut borçluyu borçtan ibra etmek vb. yollarla hak üzerinde tasarruf yetkisini kullanabilmektedir. Feragat de hakkın hukukî bir işlem ile kısmen ya da tamamen nihai olarak sona erdirilmesi amacını taşımaktadır ve aktifi azalttığı için bir tasarruf işlemidir². Feragatin karşı tarafın haklarını da sona erdirme, bir hukukî ilişkiyi ortadan kaldırma işlevi bulunmamaktadır. Örneğin fesih, sözleşmeyi tümüyle sona erdirir ve karşı tarafın da haklarını ilgilendirir iken feragatte bu yön bulunmamaktadır. Feragat, haklar üzerinde etkili olup vakıaların feragat yoluyla sona erdirilmesi mümkün değildir; vuku bulanın bir tasarrufla vuku bulmamış hale dönüştürülmesi düşünülemez³.

Tasarruf yetkisi medenî usul hukukunda tasarruf ilkesi ile kendisini gösterir. Dava konusu çekişmeli taleple tarafın ilişkisi hakkında bir ilke olan

¹ Eren, F., Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2006, s. 162; Tekinay, S. S./ Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A., Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993, s. 46-47.

² Eren, s. 164; Buz, V., Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005, s. 415.

³ Buz, s. 414; Alangoya, Y., Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanması İlişkin İlkeler, İstanbul 1979, s. 76.

ve yargılama konusu üzerinde tarafları etkili kılan tasarruf ilkesi sayesinde kişi, çekişmeli hakkını dava konusu edebileceği gibi, dava sırasında davayla uzlaşmak yahut açtığı davadan feragat ederek davayı sonlandırmak yetkisine de sahiptir⁴. Maddî hukuk yönünden borçlar hukukuna egemen olan temel ilke, liberal hukuk felsefesinin temelini oluşturan irade özerkliği (irade serbestisi) ilkesidir ve bu ilkeye göre bireyler, hukuk düzeninin sınırları içinde kişisel ilişkilerini diledikleri gibi düzenleme, hukukî açıdan kaderlerini bizzat tayin etme yetkileriyle donatılmıştır⁵. Taraf iradesi ve rolünün baskın olduğu ilkelere taraflarca getirilmesi ilkesi (HMK m. 25) dava malzemesine; tasarruf ilkesi (HMK m. 24) ise müddeabihe ilişkindir⁶. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğünden önceki dönem bakımından, 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda medenî yargılamaya hâkim olan ilkeler ayrı bir bölümde ve bu başlık altında zikredilmemiş ise de, özellikle 1. bap 5. fasılda "iki tarafın hak ve vazifeleri" sayılırken söz konusu ilkelere yer verilmiş idi. Konumuz bakımından önem taşıyan tasarruf ilkesi bağlamında 72. maddedeki "hâkim iki taraftan birinin

⁴ **Becker-Eberhard**, E., Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları (Derleyen: **Yıldırım**, M. K., İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2006, s. 19); **Meriç**, N., Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011, s. 53-54.; **Musiak**, H. J., Grundkurs ZPO, München 2005, s. 63-64; **Yavaş**, M., Mehaz Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hakim Olan İlkeler ve Hakimin Rolü, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 285. "Çekişmeli yargıda kural olarak tasarruf ilkesi geçerlidir ve taraflar dava konusu üzerinde serbestçe tasarrufta bulunabilirler. Bu suretle davaya son verilebilmesinin bir yöntemi davadan feragattir. Buna göre; davanın açıldığı tarihten itibaren hüküm kesinleşinceye kadar kullanılabilen bir hak niteliğindeki feragat, davacının istem sonucundan vazgeçmesi olup, kesin hükmün hukuki sonuçlarını doğurur. Geçerliliği için davalının rızasına veya mahkemenin kabulüne gerek olmayıp, bu konudaki tek taraflı irade beyanının mahkemeye ulaşması yeterlidir...davacının istem sonucunun bir kısmından vazgeçmesi (kısmî feragat) durumunda, davanın feragat edilmeyen bölümü yönünden yargılamaya devam edilir." 10. HD. 14.07.2008 T., 6513/10133 (Çalışma ve Toplum, 2009/4, S. 23, s. 412 vd.).

⁵ **Eren**, s. 18. Liberal yargılama hukukunda da taraf iradesinin ağırlık kazanmasıyla tasarruf ilkesi ve bununla bağlantılı olarak taraflarca getirilmesi ilkesi ön plana çıkmaktadır (**Yavaş**, s. 330; **Grunsky**, W., Grundlagen des Verfahrensrecht, Bielefeld 1974, s. 19).

⁶ **Alangoya**, s. 69.

talebi olmaksızın re'sen bir davayı tetkik ve halledemez" hükmü, 79. maddede öngörülen kanunen sarahat olmadıkça hiç kimsenin kendi lehine olan davayı ikameye veya hakkını talep etmeye zorlanamayacağı kuralı, özel hukuk uyuşmazlıklarının çözümüyle ilgilenen medenî usul hukukunda taraf iradesinin üstün tutulduğunu göstermekte idi⁷. Yine tasarruf ilkesinin bir sonucu olarak 74. maddede, dava konusunu da (müddeabih) davacı belirlediğinden, hâkimin taleple bağlılığı ve talepten başkasına ya da fazlasına hükmedemeyeceği düzenlenmişti.

01.10.2011 tarihinde yürürlüğe giren 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yargılamaya hâkim olan ilkelere ilişkin ikinci bölümünde ise tasarruf ilkesine, bu ilke açıkça zikredilerek yer verilmiştir. 24. madde uyarınca; hâkim, iki taraftan birinin talebi olmaksızın, kendiliğinden bir davayı inceleyemez ve karara bağlayamaz. Kanunda açıkça belirtilmedikçe, hiç kimse kendi lehine olan davayı açmaya veya hakkını talep etmeye zorlanamaz. Aynı maddede, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri⁸ dava konusu hakkında dava açıldıktan sonra da tasarruf yetkisinin devam

⁷ **Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.**, Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2007, s. 235-236.

⁸ *Mahkemece, davanın feragat nedeniyle reddine karar verilmiştir. 1982 Anayasasının 12. maddesine göre; "Herkes kişiliğine bağlı, dokunulmaz devredilmez, vazgeçilmez, temel hak ve hürriyetlere sahiptir" 60.maddede ise, "Herkes sosyal güvenlik hakkına sahiptir" hükmüne yer verilmiştir. Bu iki hüküm birlikte değerlendirilecek olursa, sosyal güvenlik hakkının kişiye sıkı sıkıya bağlı dokunulmaz ve feragat edilemez bir hak olduğu sonucuna ulaşılmaktadır...506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanununun 6. maddesinde de bu ilke aynen benimsenerek, çalışanların işe alınmalarıyla kendiliğinden sigortalı olduğu, bu suretle sigortalı olmak hak ve yükümünden kaçınılamayacağı ve vazgeçilemeyeceği, sözleşmelere sosyal sigorta yardım ve yükümlerini azaltmak veya başkasına devretmek yolunda hükümler konulamayacağı belirtilmiştir. Bu nedenle, sigortalılık hakkından feragat edilemez. Kamu düzenini ilgilendiren bu tür tespit davalarında hâkimin feragat nedeniyle davayı reddetmeyip delilleri kendiliğinden toplaması ve sonucuna göre karar vermesi gerekir. Zira sigortalı hizmet tespiti davasının açılması ile Sosyal Sigortalar Kurumu bir çalışma ilişkisinden haberdar olacak, gerektiğinde müfettiş incelemesi yaparak resen prim tahakkuk ettirip, tahsil edecektir. Görüldüğü gibi hizmet tespiti davaları kurumun hak alanını da doğrudan ilgilendirmektedir. Öte yandan, hizmet tespiti davalarının amacı hizmetlerin karşılığı olan sosyal güvenlik haklarının korunmasıdır. Mahkemece verilen kararın usul ve yasaya aykırı olduğu belirgin olup, bozulması gerekmektedir. 10. HD. 14.10.2010 T., 2539/13641 (Çalışma ve Toplum, 2011/2, S. 29, s. 564 vd.).*

ettiği düzenlenmiştir (f. 3). İşte davadan feragat, davacının bu yetkisini kullandığı bir müessesedir. Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 91. maddesinde feragat, *iki taraftan birinin netice talebinden vazgeçmesi* şeklinde tanımlanarak iki taraftan söz edilmiş idi ise de, feragatte bulunacak taraf davacıdır⁹. Nitekim 6100 sayılı yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu 307. maddesinde feragati tanımlarken, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçen tarafın “davacı” olduğunu açıkça ifade etmiştir.

Uygulamada zaman zaman birbiri yerine kullanılmakla birlikte, feragat, davanın geri alınması değildir. Geri alma ayrı bir normatif düzenlemenin konusudur ve 123. madde uyarınca dava, davacı tarafından hüküm kesinleşinceye kadar ancak davalının açık rızasıyla geri alınabilir. Feragatten farklı olarak geri alınmış bir dava tekrar açılabileceğinden burada davalının açık rızası aranmaktadır. Oysa feragatin hüküm sonuç doğurması, gerek karşı tarafın gerekse mahkemenin muvafakatine bağlı değildir (HMK m.309/2).

B. Davadan Feragatin Şekli

Hukuk Muhakemeleri Kanunu m. 309/1 uyarınca feragat beyanı, dilekçeyle veya yargılama sırasında sözlü olarak yapılır. Bu yolla dava sona ereceğinden, feragatin yapıldığı zamanda henüz hükmün verilmemiş ve davanın kesin hükümle sona ermemiş olması gerektiği tabiidir. Nitekim Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 310. maddesine göre feragat, *hüküm kesinleşinceye kadar her zaman yapılabilir*¹⁰.

Davadan duruşma sırasında sözlü olarak feragat edilmesi halinde, beyanın tutanağa geçirilerek okunması ve davacıya imzalatılması gerekmektedir (HMK m. 154, 155). Zira tahkikat ve yargılama işlemleri ancak tuta-

⁹ **Alangoya**, Y., *Medenî Usul Hukuku Esasları*, İstanbul 2001, s. 417; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 533. Davalının davadan feragati karşılık dava halinde söz konusu olabilir ki, esasen burada da asıl davanın davalısı karşılık dava bakımından yine davacı konumundadır.

¹⁰ “Davalı vekilinin temyizinden sonra davacı vekili 15.01.2014 tarihli dilekçesi ile davadan feragat ettiğini bildirdiğinden HMK'nun 307 vd. maddeleri gereğince, hükümden sonra ortaya çıkan ve esas hükmün temyiz yoluyla incelenmesine engel olan bu durum karşısında mahkemece feragat konusunda bir karar verilmek üzere hükmün bozulmasına...” 7.HD. 05.02.2014 T., 2013/26389 E., 2014/2398 K. (http://www.calismatoplum.org/sayi42/xyz/10_6.pdf)

nakla kanıtlanır (HMK m. 156). Davadan kısmen feragat de mümkün olduğundan, feragat edilen kısmın tutanakta, yazılı feragat halinde dilekçede açıkça gösterilmesi gerekir (HMK m. 309/3).

Davadan feragatin şekli bir geçerlilik şartıdır. Kesin hüküm gibi sonuç doğuran, derdest davaya son verme ve esas hakkı ortadan kaldırma gibi önemli sonuçları olan feragatin şekle bağlı olarak yapılması zorunludur. Böylece taraf feragatinin sonuçları hakkında düşünmeye yönelecek, davanın sona ermesine ilişkin tereddütler, yeni uyuşmazlıklar giderilebilecektir. Elbette davadan feragatin geçerliliği için usul mevzuatının öngördüğü şekle uyulmak gerekli ve yeterlidir. Yoksa davanın esasıyla ilgili hakkın varlığı, hukukî işlemin kurulması (örneğin taşınmaz satımının resmî şekilde yapılması gibi) başkaca geçerlilik şekline tâbi olsa da feragat bakımından bu şartlar aranmayacaktır¹¹.

Bir davadan vekilin feragat edebilmesi için vekâletnamede kendisine açıkça yetki verilmesi zorunludur (HMK m. 74). Bizzat tarafın feragatinde açık irade beyanını arayan yasakoyucu, vekâletin kapsamının belirlenmesi bakımından da davadan feragati açıkça özel olarak yetkilendirme şartına tâbi tutmuştur.

Davadan feragat, yenilik doğuran bir hak olduğundan şarta bağlı kullanılamaz. Hukuk Muhakemeleri Kanunu 309. maddede feragatin kayıtsız ve şartsız olması gerektiği açıkça ifade edilmiştir (f. 4). Yine feragatin şekline ilişkin yukarıda yer verilen düzenlemeler, feragatin açık irade beyanıyla kullanılabilceğine işaret etmektedir. Davacının bazı eylemlerinden, sözlerinden davadan zımnen feragat ettiği sonucu çıkarılamaz¹². 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 89. maddesinde, davasını tamamen ıslah eden davacının, 88. madde gereğince üç gün zarfında yeni bir dava ikâme etmediği takdirde davasının iptal olunacağı ve iptal tarihinden itibaren üç ay içinde yeniden dava açmazsa davasından feragat etmiş sayılacağına dair düzenlemeye yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu yer vermemiştir¹³. Kısmî

¹¹ **Akyol Aslan**, L., Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2010, s. 242.

¹² **Üstündağ**, S., Medenî Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000, s. 573; **Akyol Aslan**, s. 147.

¹³ Kanununun ıslah müessesesini düzenlediği 176 ila 182. maddelerinde; davasını tamamen ıslah ettiği bildiren tarafın bu bildirimden itibaren bir hafta içinde yeni bir dava dilek-

davada fazlaya ilişkin hakların saklı tutulmaması halinde davacının bakiye alacaktan zimnen feragat etmiş sayılıp sayılmayacağı hususunda, HMK 109. maddenin son fıkrasında “*dava açılırken, talep konusunun kalan kısmından açıkça feragat edilmiş olması hâli dışında, kısmî dava açılması, talep konusunun geri kalan kısmından feragat edildiği anlamına gelmez*” hükmüyle de alacağın kalan kısmından açık irade beyanıyla feragat edilebileceği, yoksa fazlaya ilişkin hakları saklı tutmamanın feragat şeklinde nitelenmeyeceği benimsemiştir.

C. Davadan Feragatin Konusu

Davacının, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesi şeklindeki yasal tanıma dayalı olarak, feragatin konusunun belirlenmesinde talep sonucundan hareket edilmesi gerekmektedir. Talep sonucu, bir davanın konusunu belirleyen, mahkemedan hangi konuda hukukî koruma talep edildiğini gösteren unsurdur¹⁴. O halde feragatin konusu, talep sonucuyla (neticeî taleple) belirlenmiş dava konusundan kısmen veya tamamen feragattir. Böylece davacı, yargı mercii önüne taşıdığı davasının artık sürmesini değil, sona ermesini talep etmektedir. Feragat edilen davaya konu olmayan, talep sonucunda yer almayan hususlar feragat kapsamında yer almamaktadır. Önceki davaya konu olacak hakkının doğumunu sağlayan nedenin ortak olması, bunların aynı sözleşmeden kaynaklanması da aksine bir sonucu beraberinde getirmemektedir. Bilindiği gibi borç ilişkisi ile alacak/borç farklı kavramlardır ve bir sözleşmeden doğan alacaklardan birinin talep edildiği davadan feragat, diğer (ve hatta aynı türden) alacakların talebine engel değildir¹⁵.

çesi vermek zorunda olduğu, aksi hâlde ıslah hiç yapılmamış gibi davaya devam edileceği benimsenmiştir (m. 180).

¹⁴ **Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.**, Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2011, s. 331; **Karşlı, A.**, Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2011, s. 426.

¹⁵ “Davacı işçi toplu iş sözleşmesi uyarınca 1.7.2001 tarihinde yürürlüğe giren ücret artışının uygulanmadığını ileri sürerek, iş sözleşmesinin feshedildiği 4.7.2002 tarihine kadar olan dönem için fark isteklerde bulunmuştur. Mahkemece davacının daha önce açmış olduğu davadan feragat ettiği ve bu nedenle davanın reddine karar verildiğinden söz edilerek kesin hüküm nedeniyle davanın reddine karar verilmiştir. Davacı, daha önce açmış olduğu davada 1.7.2001- 31.12.2001 tarihleri arasında kalan dönem için ücret

Dava çeşitlerine göre feragatin konusu değişmektedir. Bir eda davasında feragat, eda davası davalının bir şeyi vermeye veya yapmaya yahut yapmamaya mahkûm edilmesi talebini içerdiğine göre (HMK m. 105), davacının bu sayılan taleplerinden vazgeçmesini konu alır. Bir hukukî ilişkinin veya bir hakkın varlığı ya da yokluğunun, bir senedin sahteliğinin tespitini amaçlayan tespit davasından feragat, söz konusu tespit isteminden vazgeçmeye yöneliktir. İnşâî davada ise, davanın dayanağı yenilik doğurucu hakkın niteliğine göre bir hukukî ilişkinin doğumu, bozulması ya da değiştirilmesi talebinden vazgeçme iradesiyle davadan feragat edilecektir.

Seçimlik davada, seçimlik borcun söz konusu olduğu hallerde borçlu ya da üçüncü kişinin seçim hakkını kullanmaması durumunda davacı alacaklı, seçimlik olmakla birlikte, iki ayrı edim konusunda ancak tek bir talepte bulunmaktadır. Seçimlik dava bu bakımdan dava yığılması (objektif dava birleşmesi) değildir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, seçim hakkının alacaklıya (davacıya) değil, borçlu ya da üçüncü kişiye ait olduğudur. Aksi halde, yani seçim hakkının alacaklıya ait olması durumunda zaten alacaklı seçimlik hakkını kullanmak suretiyle edimlerden birini belirleyip ifa talebini buna hasredecektir. HMK 112. maddesinde de seçimlik borçlarda, “*seçim hakkı kendisine ait olan borçlu veya üçüncü kişinin bu hakkı kullanmaktan kaçınması hâlinde*” alacaklının seçimlik dava açabileceği belirtilerek seçim hakkının davacı alacaklıda olmadığı açıkça vurgulanmaktadır. Davacının seçimlik davada edimlerden birinden feragat edebileceği benimsenirse, feragat yoluyla seçim hakkının alacaklı tarafından kullanılması sonucu doğabilecektir ki; bu sonuç seçimlik davanın niteliğine ve seçim hakkının borçlu yahut üçüncü kişide olmasına aykırıdır. Mahkeme talebin hukuka uygun olduğu sonucuna varırsa, seçimlik mahkûmiyet hükmü vereceğinden seçimlik borçlardan birinden feragat edilmesi hükmün bu şekilde verilebilmesini de engelleyecektir. Ayrıca, seçimlik hükmü cebrî icraya koyan alacaklı, takibinin konusunu hükümde yer alan edimlerden birine hasretmek

artışından kaynaklanan fark isteklerde bulunulmuştur. Bu davadan davacının feragat ettiği anlaşılmaktadır. Davadan feragat sadece davaya konu olan dönemle sınırlı bir etkiye sahiptir. Davacının 1.1.2002 tarihinden sonraki dönemler için istekte bulunmasına engel bir durum yoktur”. 9. HD. 09.05.2006 T., 2005/31111 E., 2006/13090 K. (Çalışma ve Toplum, 2007/1, S. 12, s. 321-322).

zorunda olsa dahi, bu durum borçlunun diğer edimi ifa etmek suretiyle borcundan kurtulma hakkını ortadan kaldırmayacak iken (HMK m. 112/son) yargılama esnasında feragat yoluyla edimlerden birinin alacaklı tarafından ortadan kaldırılmasına cevaz verilmemek gerekir. Davacının taleplerden birinden feragat ettiği zannıyla ve açıkça tüm davadan feragat ettiğini beyan etmediği hallerde hakimin davayı aydınlatma ödevi çerçevesinde bu beyan hakkında izah istemesi gerekir. Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu sisteminde, haktan feragat etme bakımından davacının açık iradesinin aranması, zımnî feragat görüşünün reddedilmesi dikkate alındığında esasen feragate konu edilmemiş diğer seçimlik talep bakımından da davacının feragat etmiş sayılamayacağı sonucuna ulaşmak gerekir. İradenin seçimlik borçlardan birine hasredildiği anlaşılırsa, bu haliyle feragat geçerli olmayacağından davaya her iki seçimlik talep yönünden devam edilmelidir. Seçimlik davada ancak taleplerden her ikisini de kapsayacak tarzda feragat söz konusu olabilir¹⁶.

İş uyuşmazlıklarında oldukça sık görülen objektif dava birleşmesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 110. maddesinde müessesenin işlevine daha uygun bir terimle davaların yığılması olarak düzenlenmiştir. Davaların yığılmasında davacı, aynı davalıya karşı birbirinden bağımsız ancak aralarında hukukî veya ekonomik bağlantı bulunan birden fazla aslî talebini aynı dava dilekçesinde ileri sürmektedir; örneğin işçinin kıdem tazminatı, izin ücreti, ikramiye alacaklarının tahsili için işveren yahut birlikte sorumlu işverenler aleyhine açtığı alacak davasında olduğu gibi. Bu davalarda her talep için ayrı ayrı inceleme yapılacak ve taleplerden biri kabul edilirken diğerinin reddine ya da tüm taleplerin kabulüne/reddine karar verilebilecektir. Davacı-alacaklı, bunlardan her biri üzerinde ayrı ayrı tasarruf yetkisine sahip olup dava konusu taleplerden birinden feragat edilmesi diğerlerinden de feragat edildiği sonucunu doğurmamaktadır. O itibarla davaların yığılmasında feragatin konusu, dava edilen taleplerden biri ya da birkaçı olabileceği gibi tüm taleplerden feragat edilmesi de mümkündür. Örneğe dönecek olursak işçinin ikramiye alacağından feragat etmesi izin ücretinden de feragat ettiği anlamına gelmemektedir.

¹⁶ Akyol Aslan, s. 211.

Kısmî davada feragatin konusu alacağın talep edilen kısmına yöneliktir. Alacağın dava edilmemiş kısmı için henüz ortada derdest bir dava bulunmadığından o kısım ile ilgili davadan feragat edildiği de söylenemez. Kısmî dava nasıl alacağın tamamı için değil, sadece dava edilen miktar bakımından zamanaşımını kesiyor ve temerrüt oluşturuyorsa, feragat halinde de ancak kısmî dava konusu miktar feragatin konusudur. Yukarıda işaret edildiği gibi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun kısmî dava açılırken, alacağın geri kalan bölümünün saklı tutulmaması halinde bundan zımnen feragat edilmiş sayılma görüşünü reddeden düzenlemesiyle birlikte değerlendirildiğinde de aynı sonuca ulaşılmaktadır.

D. Davadan Feragatin Sonuçları

Davadan feragat davaya son veren bir taraf usul işlemidir ve kesin hükmün sonuçlarını doğurur (HMK m. 311). Ancak bu halde dava mahkemenin hükmüyle değil, tarafın (davacının) iradesiyle sona ermektedir. Geçerli bir feragat beyanı üzerine mahkeme, feragati esas alarak bir hüküm vermeyip davanın feragat nedeniyle sona erdiğini tespit ve feragat beyanında bulunan tarafı, davada aleyhine hüküm verilmiş gibi yargılama giderlerini ödemeye mahkûm edecektir¹⁷. Davadan kısmen feragat edilmesi halinde dava feragat edilen kısım bakımından sona erdiğinden, yargılama giderlerine mahkûmiyet de talep sonucunun feragat edilen kısımına göre belirlenmektedir (HMK m. 312/1). Feragatten rücu edilemez ise de, irade sakatlığı hallerinden biri nedeniyle feragatin iptali mümkündür (HMK. m. 311).

Maddî hukuk bakımından feragat hakkı sona erdirdiği gibi, davadan feragat öncelikle davayı sona erdirmektedir. Aynı zamanda davadan feragat, dava konusu haktan da feragat sayılır. Bu yüzden davacı dava dilekçesinin talep sonucunda isteyip de feragat ettiği talebi hakkında artık tekrar dava açamaz¹⁸. Davaya, onu sona erdirmek yönüyle etki eden davadan feragat her

¹⁷ **Berkin**, M. N., *Medenî Usul Hukuku Esasları*, İstanbul 1969, s. 166; **Akyol Aslan**, s. 388.

¹⁸ **Berkin**, s. 166; **Postacıoğlu**, İ., *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, İstanbul 1975, s. 416; **Üstündağ**, s. 571; **Kuru**, B., *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. IV, İstanbul 2001, s. 3546; **Alangoya**, s. 418; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 550; **Taşpınar**, S., *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri*, Ankara 2001, s. 130.

şeyden önce bir usul işlemi olduğundan ilk etkisi usulî etkidir; ancak maddî hukuk bakımından da sonuç doğurmaktadır¹⁹.

Esas hakkın sahibi kural olarak dava hakkına da sahip olmasına karşılık, her davacının o davaya konu ettiği bir sübjektif hakkının bulunduğu varsayılmaz²⁰. Davadan feragatte davacı esasen hak/ alacak iddiasına dayalı talebinden, talep sonucundan vazgeçmektedir. Ne var ki henüz gerçekten o hakkın sahibi olup olmadığı belli değildir. Çünkü yargılama devam etmektedir ve kesinleşmiş bir hüküm ile bu durum açıklık kazanmamıştır. Lakin davadan feragat edildiği için artık bu yön incelenmemektedir. Eş deyişle, davadan feragat edebilmek için gerçekten o hakkın sahibi olma şartı bulunmamaktadır²¹. Feragat iradesi açıklanmayıp, davaya normal seyrinde devam edildiğinde belki de davacının davaya konu ettiği böyle bir hakkının hiç doğmadığı, iddia ve talebin geçersiz bir hukukî işleme dayandığı yahut hakkın (ifa vb. bir yolla) sona ermiş olduğu belirlenerek dava red hükmüyle sonuçlanmaya mahkûm olsaydı bile davadan feragat mümkün ve geçerlidir. O halde davadan feragat hakkı, maddî hukuka göre haktan daha geniş bir anlama sahiptir. Sadece gerçekte o hakkın sahibi sıfatına bağlı olmayıp, bir davada davacı tarafta yer almaya bağlıdır.

II. İHTİYARÎ DAVA ARKADAŞLIĞI VE BİRLİKTE SORUMLULUK

A. Genel Olarak

Bilindiği gibi dava, “davacı” ve “davalı” olmak üzere iki taraf sistemi üzerine kuruludur. Ancak her zaman davacı ve davalı tarafta birer kişinin yer

¹⁹ **Karlı, A.**, Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler, İstanbul 2001, s. 162-164; **Pekantez/Atalay/Özekes**, s. 180.

²⁰ Dava hakka bağlı ise de ondan bağımsız yanları da vardır. Esas hak ile dava hakkı birbirinden ayrı yetkiler olduğundan doğumu, sona erme sebebi, konusu, yer itibarıyla uygulanacak kanun ve ehliyet açısından aralarında farklar bulunmaktadır (**Belgesay, M. R.**, Dava Teorisi, İstanbul 1943, s. 7 vd.; **Üstündağ**, s. 268 vd.).

²¹ “Gerçekte iddia edilen nitelikte bir hak olmasa bile, önemli olan feragat nedeniyle söz konusu hakka dayanan talep sonucunun bir daha dava konusu yapılamamasıdır” (**Akyol Aslan**, s. 426). “Hak gerçekten mevcut idi ise, bu hak, davacının davasından feragat etmesiyle düşer. Buna karşılık, talep sonucu bölümünde istenmiş hak gerçekten mevcut değil idi ise, davacı davasından feragat etmekle bu hakkın mevcut olmadığını bildirmiş sayılır” (**Kuru**, s. 3546).

alması zorunlu olmayıp, birden fazla kişinin dava açması ya da birden fazla kişiye karşı dava açılması mümkündür. Hatta her iki tarafta aynı taraf rolüne sahip birden fazla kişi bulunabilir. Dava arkadaşlığı²² adı verilen bu durum davacı tarafta gerçekleşmiş ise “aktif dava arkadaşlığı”; davalı tarafta birden çok kişi yer alıyorsa “pasif dava arkadaşlığı” söz konusu olur. İncelememiz, davadan feragatin müteselsil sorumlu dava arkadaşlarına etkilerine ilişkin olduğundan, burada davalılar arasındaki (pasif) dava arkadaşlığı ele alınmaktadır.

Dava arkadaşlığı usul hukukuna ilişkin bir müessese olmakla birlikte, kaynağı genellikle maddî hukuktur ve maddî hukuktaki ilişki usul hukukuna dava arkadaşlığı şeklinde yansımakta²³, maddî hukukun birden çok kişi arasında kurduğu bağ, yargılama hukukunda kendisini dava arkadaşlığı şeklinde göstermektedir. Uyuşmazlık konusu hak bakımından maddî hukuka göre birlikte hareket edilmesinde ve bu kişilerin tamamı hakkında tek hüküm verilmesinde zorunluluk bulunuyorsa “mecburî dava arkadaşlığı” (HMK m. 59-60)²⁴; böyle bir zorunluluk bulunmamakla beraber, birlikte hareket etmenin mümkün olması halinde “ihtiyarî dava arkadaşlığı” (HMK m. 57-58) ortaya çıkmaktadır. Elbirliği mülkiyetinde, hak veya borcun bölünemez olması gibi hallerde görülen mecburî dava arkadaşlığı²⁵ dışında, konumuzu asıl ilgilendiren ihtiyarî dava arkadaşlığının hangi hallerde söz konusu olduğu Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 57. maddesinde gösterilmiştir. Buna göre;

- a) Davacılar veya davalılar arasında dava konusu olan hak veya borcun, elbirliği ile mülkiyet dışındaki bir sebeple ortak olması,
- b) Ortak bir işlemle hepsinin yararına bir hak doğmuş olması veya kendilerinin bu şekilde yükümlülük altına girmeleri,

²² Subjektif dava birleşmesi (yığılması) olarak da ifade edilebilir.

²³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 219-220.

²⁴ Mecburî dava arkadaşlığı bazen usul hukukundan kaynaklanabilir. Örneğin asli müdahale davasının, mevcut davanın taraflarına karşı birlikte açılması usulî bakımdan bir zorunluluktur (HMK m. 65).

²⁵ Geniş bilgi için bkz. **Ulukapı, Ö.**, Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991.

c) Davaların temelini oluşturan vakıaların ve hukuki sebeplerin aynı veya birbirine benzer olması

durumunda (birden çok kişi birlikte dava açabilecekleri gibi) birden çok kişi aleyhine birlikte dava açılabilir²⁶.

İhtiyarî dava arkadaşlığında davalar birbirinden bağımsız olup, dava arkadaşlarından her biri diğerinden bağımsız olarak hareket etmektedir (HMK m. 58). Buna göre; tahkikat usul ekonomisine de hizmet eden bir işlev ile ortak yürütülmekle birlikte, örneğin dava şartları ayrı ayrı incelenir. Dava arkadaşları usulî işlemleri diğerinden bağımsız olarak yapıp, kendilerine ayrı vekil atayabilirler. Süreler her biri hakkında ayrı ayrı işleyebilir. İhtiyarî dava arkadaşlarından her biri bir vakıayı tek başına ikrar eder ve bu ikrar sadece ikrar eden hakkında hüküm ifade eder, diğerlerini etkilemez. Dava arkadaşlarından her biri tek başına yemin teklif edebilir, karşılık dava açabilir, davayı kabul edebilir yahut sulh olabilir. Davalılar hakkında aynı yönde hüküm verilmesi mecburiyeti bulunmadığından her dava arkadaşı bakımından ayrı ayrı hüküm verilebilir; birisi hakkında davanın reddine, diğeri yönünden kabulüne karar verilebilir. Yargılama giderlerine de ayrı ayrı hükmedilir. Yine dava arkadaşları kanun yoluna diğerinden bağımsız olarak başvurabilir²⁷.

Kanunun 57. maddesinde belirtildiği gibi birlikte sorumluluk, ihtiyarî dava arkadaşlığına imkân veren sebeplerdendir. Birden çok borçludan her birinin alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olmayı bildirmesiyle yahut böyle bir bildirim bulunmadığında ancak kanunla öngörülen hallerde doğan sorumluluk, müteselsil (birlikte) sorumluluktur (BK m. 162). Bilindiği gibi müteselsil borçlulukta alacaklı, borcun tamamının veya bir kısmının ifasını, dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebilir (BK m. 163/1). İşte Borçlar Kanunu'nun müteselsil borçlulukta alacaklının tercihi- hine, isteğine bağlı olarak tanıdığı borçluların hepsine birden ifa talebiyle yönelebileme imkânı, yargılama hukukunda ihtiyarî dava arkadaşlığı şeklinde kendisini göstermektedir. Bu bir zorunluluk değildir, fakat alacaklı bu yola

²⁶ Bu sebepler olmamasına karşın dava birden çok kişiye karşı dava arkadaşlığı şeklinde açılırsa davaların HMK m. 167 uyarınca ayrılmasına karar verilir.

²⁷ **Kuru, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, İstanbul 2001, s. 3358 vd.; **Üstündağ, s.** 361-365; **Ulukapı, s.** 200 vd.; **Pekcantez/Atalay/Özekes, s.** 221-222.

tevessül etmişse artık davalı tarafta birden çok kimse yer almaktadır. Şüphesiz, alacaklının söz konusu serbesti doğrultusunda başlangıçta alacağını borçlulardan yalnız birinden talep etmesi (bir diğer ifadeyle husumeti ihtiyarî dava arkadaşlığı şeklinde yönelmemesi), diğerlerine karşı sahip olduğu dava hakkından feragat etmiş sayılmasına yol açmamaktadır²⁸.

Öte yandan, alacaklının alacağını her borçludan ayrı ayrı isteyebilmesi, her borçludan ayrı ayrı tahsil edebileceği, mükerrer şekilde alabileceği anlamına gelmemektedir. Borçlar Kanunu'nun kabul ettiği ve doktrinde de hakim olan görüşe göre, müteselsil borçlulukta alacaklının her bir borçluya yönelen ayrı taleplerine konu, birbirinden az çok bağımsız birden çok borç bulunmaktadır ve fakat ilişki alacaklının bir defa tatmin edilmesiyle borcun sona ermesi amacı etrafında kurulmuştur. Alacaklının borçlular karşısında yığılan değil, yarışan talepleri söz konusudur ve borçlulardan biri tarafından yapılan ifa ölçüsünde diğer borçluların da alacaklıya karşı borçları sona ermektedir (dolayısıyla söz konusu alacak tutarı, alacaklının malvarlığında tek bir kalem teşkil etmektedir)²⁹.

Teselsül akdî veya kanunî teselsül olarak doğabileceğine göre, tarafların bir sözleşme ile birlikte borç altına girmeleri durumu dışında, iş davaları bakımından söz gelimi 4857 sayılı İş Kanunu'nda düzenlenmiş kanunî birlikte sorumluluk örneklerini görmek mümkündür: Asıl işverenin, devreden işverenin, geçici iş ilişkisi kurulan işverenin ve yeni işverenin sorumluluğunda olduğu gibi. Davadan feragatin, birlikte sorumlu işverenleri de içerecek şekilde ikame edilen davalarda ihtiyarî dava arkadaşlarına etkisini ele almadan önce, söz konusu kanunî teselsül halleri ile bu ilişkilerin hukukî esaslarına aşağıda kısaca yer verilmiştir.

B. İş Kanunu'na Göre İşverenlerin Birlikte Sorumluluğu

4857 sayılı İş Kanunu'nda “asıl işveren” (m. 2), işyerini “devreden işveren” (m. 6), “geçici iş ilişkisi kurulan işveren” (m. 7) ve “yeni işveren” (m. 23) bakımından birlikte sorumluluk esasları getirilmiştir. Aşağıda görüle-

²⁸ Akıntürk, T., Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971, s. 39.

²⁹ Eren, s. 1153; Akıntürk, s. 70; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 289, 300; Reisoğlu, S., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2004, s. 376; Canyürek, M., Müteselsil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, İstanbul 2003, s. 12, 16.

ceği üzere; genel olarak “asıl işveren”, “devreden işveren” ve bilhassa ücret alacaklarının tahsilinin talep edildiği bir alacak davasında “geçici iş ilişkisi kurulan işverenin” birlikte sorumluluğu işçiye karşı iken, “yeni işverenin” birlikte sorumluluğu (önceki) işverene karşıdır. Bir diğer ifadeyle sayılan son müessese dışındaki hallerde davacı, işçi; yeni işverenin sorumluluğunun öngörüldüğü 23. madde bakımından ise davacı, önceki işverendir. Davalı tarafta yer alan “asıl işveren”, “devreden işveren” ve “geçici iş ilişkisi kurulan işveren”, iş sözleşmesinin tarafı olan önceki yahut halihazır işverenle birlikte sorumluluk taşır iken, 23. madde uyarınca “yeni işverenin” sorumluluğu (davacı işverenle daha önce iş ilişkisi kurmuş) işçi ile birlikte.

“Devreden işverenin” birlikte sorumluluk hali hariç tutulmak kaydıyla, özellikle “asıl işverenin”, “geçici iş ilişkisi kurulan işverenin” ve “yeni işverenin” birlikte sorumluluğu yönünden, davalı borçluyla birlikte sorumlu tutulan diğer borçlu ile davacı alacaklı arasında akdî bir ilişki bulunmaktada, davacı adı geçen mütessesil borçluya aralarındaki sözleşmeye dayanarak yönelmemektedir. Öyle ki; örneğin asıl işveren, alacaklı işçiye karşı borçtan mütessesilen sorumlu olmayı taahhüt etmediği gibi iş sözleşmesinin işveren tarafında asıl işveren ve alt işveren birlikte de yer almamaktadır. Geçici (ödünç) iş ilişkisinde işçi ile geçici iş ilişkisi kurulan (ödünç alan) işveren arasında bir iş sözleşmesi kurulmuş değildir. İş Kanunu 23. madde bağlamında yeni işverenin de önceki işverene karşı sözleşmeye dayalı mütessesil borç altına girmesi söz konusu olmayıp, diğer mütessesil borçlu işçinin önceki işvereniyle arasındaki iş sözleşmesinin sona ermesi sırasında ya da bunun ardından gerçekleştirdiği bazı eylemleri onu mütessesil borçlu haline getirebilmektedir. İşyeri devrine gelindiğinde, sözleşme tüm hak ve borçlarıyla birlikte devralana geçtiği halde devreden işveren de bir süre daha sorumlu kalmaktadır. Alacak hakkı şahsî nitelikte, nisbî bir hak olmasına rağmen, anılan üçüncü kişiler yasa gereği birlikte sorumlu tutulmaktadır. İş Kanunu’nda düzenlenen birlikte sorumluluk halleri borç ilişkisinin, alacak hakkının nisbîliği ilkesinin istisnaları olarak karşımıza çıkmaktadır³⁰. Yasakoyucu, alacaklıya güvence sağlanmasının amaçlanması, borçlular arasın-

³⁰ **Aydınlı, İ.**, Borç İlişkisinin Nisbilik Özelliğine Getirilen İstisnalar Işığında İş Hukukunda İşçi-İşveren İlişkilerinin Değerlendirilmesi, *Çalışma ve Toplum*, 2008/1, s. 43-44.

daki menfaat birliğinin kuvvetli olması veya zarara birden çok kimsenin sebebiyet vermesi gibi nedenlerle kanunî teselsülü kabul etmektedir³¹.

Müteselsil borçluluk, ihtiyarî dava arkadaşlığını beraberinde getiren tipik durumlardandır. İş Kanunu'nun burada örneklenen ilişki türlerine ve sorumluluk esaslarına dair uyuşmazlıklarda davacının mutlaka her iki borçlu aleyhine dava ikamesi mecburiyeti bulunmadığı gibi davalılar hakkında ayrı ayrı kararlar da verilebilir. Örneğin 23. madde uyarınca, belirsiz süreli iş sözleşmesini önellere (İş K. m. 17) uymadan haksız fesheden davalı işçi aleyhine ihbar tazminatına hükmedilir ise de, yeni işverenin bunda herhangi bir dahli (işçiyi böyle davranmaya teşvik, usulsüz feshi bilerek onu işe alma yahut çalıştırmayı sürdürme) yoksa yeni işveren hakkındaki davanın reddine karar verilir³². Oysa davalılar arasında mecburî dava arkadaşlığı söz konusu olsa idi davalılar hakkında aynı yönde hüküm verilmesi zorunlu olduğundan ayrı ayrı, farklı karar verilemezdi.

Ele alınan davalar eda (alacak) davalarıdır. Buna mukabil işçinin mesela sigortalı hizmetlerin tespiti davasını asıl işverene veya geçici (ödünç) iş ilişkisi kurulan işverene karşı açması mümkün değildir. Tespit davasında (bir hakkın veya) hukukî ilişkinin varlığının ya da yokluğunun belirlenmesi talep edilmekte olup, asıl işveren ya da geçici işveren ile işçi arasında iş sözleşmesine dayalı bir iş ilişkisi bulunmamaktadır³³. Bu tespit talebinin sözleşmenin tarafı işverene (ve Sosyal Güvenlik Kurumu'na) karşı yöneltilmesi gereklidir.

³¹ Akıntürk, s. 120 vd.

³² *İhbar tazminatından yeni işverenin (de) sorumlu tutulabilmesi için maddede öngörülen koşullardan birinin oluşması gerekir. İşçinin bu davranışına yeni işine girdiği işverenin sebep olup olmadığı, bu davranışını bile bile onu işe alıp almadığı ya da öğrendikten sonra dahi onu çalıştırmaya devam edip etmediği araştırılıp değerlendirme yapılmadan davalı bankanın ihbar tazminatından sorumlu tutulması hatalıdır.* 9. HD. 03.04.1996 T., 1995/33952 E., 1996/7032 K. (Günay, C. İ., İş Davaları, Ankara 2008, s. 396).

³³ *“Ödünç iş ilişkisinde işçi ödünç veren işverenin işçisidir. Ödünç alan işveren işçisi olarak hizmet tespiti mümkün değildir”* 9. HD. 12.10.1998 T., 11704/14289 (Çankaya, O. G./Çil, Ş., İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006, s. 174). *“Bankanın temizlik işini yapan şirketin işe aldığı sigortalının açmış olduğu tespit davasının davalısı banka değil, temizlik şirketidir”*. HGK. 12.4.1985 T., 146 E., 280 K. (Aslanköylü, R., Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2003, s. 759).

1. Asıl İşverenin Birlikte Sorumluluğu

İş Kanunu'nun 2. maddesinin 6. fıkrasına göre; *bir işverenden, işyerinde yürüttüğü mal veya hizmet üretimine ilişkin yardımcı işlerinde veya asıl işin bir bölümünde işletmenin ve işin gereği ile teknolojik nedenlerle uzmanlık gerektiren işlerde iş alan ve bu iş için görevlendirdiği işçilerini sadece bu işyerinde aldığı işte çalıştıran diğer işveren ile iş aldığı işveren arasında kurulan ilişkiye asıl işveren-alt işveren ilişkisi denir*³⁴. *Bu ilişkide asıl işveren, alt işverenin işçilerine karşı o işyeri ile ilgili olarak bu Kanundan, iş sözleşmesinden veya alt işverenin taraf olduğu toplu iş sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden alt işveren ile birlikte sorumludur*³⁵.

Yasaya uygun, geçerli bir alt işverenlik ilişkisinde asıl işveren, davacı işçinin iş sözleşmesinin tarafı ve işvereni değildir; iş sözleşmesi işçi ile kendi işvereni olan alt işveren arasında kuruludur. Alt işveren asıl işverenin temsilcisi, işveren vekili de olmayıp bağımsız, ayrı bir işveren sıfatını haizdir. Ancak yasakoyucu genellikle asıl işverenlerin, alt işverenlere nazaran daha güçlü olmalarından hareketle alt işveren işçilerinin alacaklarının güvence altına alınabilmesi, alacaklarına daha rahat ulaşabilmelerini sağlamak adına onların da bu alacaklardan birlikte sorumlu tutulmaları esasını benimsemiştir. Yani asıl işverenin sorumluluğu akdî değil, kanunî bir sorumluluktur. Asıl işveren, davacı işçinin işvereni olması hasebiyle değil, yasakoyucunun tercihi ile kanun gereği sorumluluk altına girmektedir³⁶. Sorumluluk tek

³⁴ Söz gelimi, bir ambalaj firması (asıl işveren) tarafından işyerindeki yemek (yardımcı) işinin bir başka işverene (alt işverene) bırakılması. Burada asıl işveren şirket, yemek işinde çalışan diğer işverenin işçilerinin alacaklarından birlikte sorumludur.

³⁵ ...davacının ihale ile iş alan alt işverenin işçisi olarak çalıştığı anlaşılmaktadır. İş Kanunu'nun...maddesinde asıl işverenin alt işverenin işçisine karşı yükümlerinden onunla birlikte sorumlu tutulması öngörülmüştür. Bu kural karşısında davacı işçi dilediği takdirde kendisini doğrudan doğruya çalıştıran alt işverene (dilediği takdirde her iki işverene) ya da (yalnızca) asıl işverene karşı talepte bulunma hakkına haizdir. 9. HD. 23.02.1998 T., 1997/21408 E., 1998/2275 K. (TÜBA/İİÇB, Haziran/1998, s. 1179).

³⁶ Geniş bilgi için bkz. **Narmanlıoğlu, Ü.**, Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar, Legal Vefa Toplantıları II, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008, s. 53 vd.

yönlü, alt işveren işçilerine karşı olup, alt işverenin asıl işveren işçilerine karşı birlikte sorumluluğu söz konusu değildir³⁷.

Birlikte sorumluluk işçinin asıl işveren işyerinde çalıştırıldığı süre ve bu dönemden kaynaklanan alacaklarla sınırlıdır³⁸. İş Kanunu'nun 2. maddesinin "o işyeriyle ilgili olarak" ibaresiyle kastedilen budur. Davacının kendi işvereniyle arasındaki iş sözleşmesine dayalı kıdemi asıl işverenin işyerinde geçen süreden fazla olabilir ise de, asıl işveren tüm çalışmadan kaynaklanan işçilik alacaklarının tamamından sorumluluk taşımamaktadır. O itibarla, asıl işverenin sorumluluğu mutlaka alt işverenle aynı seviyede olmayıp, onun sorumluluğu nispeten sınırlıdır³⁹. Fakat işçinin kendi işvereniyle olan iş ilişkisi, iş sözleşmesinin yürürlüğü salt asıl işveren işyerinde görülen işten ibaret ve o süre kadar ise her ikisinin de aynı miktarda alaktan sorumlu olacağı tabiidir.

Bu son durum bir yana bırakılacak olursa, asıl işverenin müteselsil sorumluluğu bakımından Borçlar Kanunu'nun 162. ve 163. madde hükümlerinin ihtiyatla ele alınması gerekir. Öyle ki, 162. maddede "borçlulardan her birinin alacaklıya karşı borcun tamamından sorumlu olması", 163. maddede "alacaklının borcun tamamının... ifasını dilerse borçluların hepsinden, dilerse yalnız birinden isteyebileceği" ve "borçluların sorumluluğunun borcun tamamı ödeninceye kadar devam ettiği" benimsenmektedir. Oysa asıl işveren konumundaki davalının sorumluluğu İş Kanunu 2. maddede öngörülen esaslardan ibaret bulunduğu, teselsül ilişkisi içinde yer aldığı diğer davalı işverenin sorumluluk taşıdığı borcun miktarı ile asıl işverenin borç miktarının her zaman aynı olduğunu, olması gerektiğini söylemek mümkün değildir. Burada teselsül borcun bir kısmı üzerinde kabul edilmiştir. Konuyu bir örnekle açıklamak gerekirse, kendi işvereni (alt işveren) nezdinde 3 yıl

³⁷ **Canbolat**, T., Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992, s. 64; **Subaşı**, İ., İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul 2011, s. 165.

³⁸ **Çelik**, N./**Caniklioğlu**, N./**Canbolat**, T., İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2014, s. 61; **Mollamahmutoğlu**, H., İş Hukuku, Ankara 2005, s. 144; **Süzek**, S., İş Hukuku, İstanbul 2014, s. 150.

³⁹ **Şahlanan**, F., Alt İşveren İşçisine Karşı Asıl İşverenin Müteselsil Sorumluluğunun Sınırları, İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri, İstanbul 2011, s. 371; **Narmanhoğlu**, s. 66-67.

süreye çalışmış ve bu hizmet süresinin sadece 1 yılı asıl işveren işyerinde geçmiş bir işçinin, tüm çalışmasından kaynaklanan 5.000.-TL tutarındaki fazla mesai ücreti alacağıın tamamından alt işveren sorumlu iken, asıl işverenin sorumluluğu 1 yıllık hizmet döneminden doğmuş kısım kadardır (örneğin 2.000.-TL). Hal böyle olunca, alacağın tamamı 5.000.-TL ise de işçinin, asıl işverenin birlikte sorumluluğundan bahisle bu borcun tamamen ifasını ondan talep hakkı bulunmamaktadır. Bir diğer ifadeyle alacaklı, mütessesil borçlu asıl işverenden borcun (tamamen veya) kısmen edasını istemekte serbest değil, 2. madde gereği en fazla onun payına düşen kısım kadarının edasını istemeye mecburdur. Bu sorumluluk esası, mütessesil borçluların kendi iç ilişkilerini ilgilendiren bir mesele de olmayıp, İş Kanunu açıkça unsurlarını, sınırlarını belirlediği sorumluluğun bu haliyle alacaklı işçiye karşı olduğunu göstermektedir (f/6-son c.). Kanunen borçlular arasındaki teselsül ilişkisi, onların işçinin çalıştığı dönemdeki asıl işveren-alt işveren ilişkisi nedeniyle doğmaktadır. İşçinin asıl işveren işyerinde geçmiş hizmet dönemi bakımından zaten davalı borçlular arasında bir alt işverenlik ilişkisi bulunmamaktadır yahut böyle bir ilişkinin varlığına rağmen, o işçi asıl işverenden üstlenilen işte çalıştırılmamıştır⁴⁰.

Akdî teselsül dışında birlikte sorumluluğun ancak kanunda öngörülen hallerde doğacağını benimseyen Borçlar Kanunu'nun bu ana ilkesi karşı-

⁴⁰ Bu arada istisnai olarak, Kamu İhale Kanunu'nun 62. maddesinin 1. fıkrasının -e bendi kapsamında çalıştırılan alt işveren işçilerinin kıdem tazminatları bakımından, 10.09.2014 tarihinde kabul edilen 6552 sayılı Kanun'un 8. maddesiyle 4857 sayılı İş Kanunu'nun 112. maddesine eklenen fıkralar uyarınca;... *aynı alt işveren tarafından ve aynı iş sözleşmesi çerçevesinde farklı kamu kurum veya kuruluşlarında çalıştırılmış olan işçilerden iş sözleşmeleri kıdem tazminatı ödenmesini gerektirecek şekilde sona ermiş olanlara, kıdem tazminatları farklı kamu kurum ve kuruluşuna ait işyerlerinde geçen hizmet sürelerinin toplamı esas alınarak çalıştırıldığı son kamu kurum veya kuruluşu tarafından ödenir. Kıdem tazminatı ödemesini gerçekleştiren son kamu kurum veya kuruluşu, ödenen kıdem tazminatı tutarının diğer kamu kurum veya kuruluşlarında geçen hizmet süresine ilişkin kısmını ilgili kamu kurum veya kuruluşundan tahsil eder. Ancak, merkezi yönetim kapsamındaki kamu idareleri arasında bu fıkra hükümlerine göre bir tahsil işlemi yapılmaz...* Böylelikle söz konusu alt işveren işçilerine karşı, kıdem tazminatı alacakları yönünden, asıl işverenlerin farklı kamu kurum veya kuruluşu olması ayırımı yapılmaksızın, idarenin bütünlüğü ilkesinin de bir yansıması olarak hizmetler birlikte dikkate alınmaktadır.

sında, kanun gereği birlikte sorumlu tutulanların sorumluluk esasları da yine ilgili yasal hükümler doğrultusunda ele alınmak gereklidir. Müteselsil borçluluk bizzat İş Kanunu'nun belirlediği sorumlulukla sınırlı şekilde ortaya çıktığından Borçlar Kanunu'nun 163. maddesinin son fıkrasındaki "borçluların sorumluluğu borcun tamamı ödeninceye kadar devam eder" kuralının da bu ilişki bakımından her durumda uygulama alanı bulmadığı sonucuna ulaşılmaktadır. Yukarıdaki örneğe göre, 5.000.-TL fazla mesai ücretinin 2.000.-TL.si asıl işverence ödendiğinde esasen henüz alacağın tamamı karşılanmamış olmakla birlikte bütün borçluların değil, sadece alt işverenin sorumluluğu devam etmektedir⁴¹. Bu üçlü ilişkide, borçlular arasındaki teselsül ilişkisinin neticesi olan edim yükümü ifa edilmiş ve artık bakiye alacak yönünden alacaklı karşısında borçlu olarak sadece kendi işvereni kalmıştır.

2. İşyerini Devreden İşverenin Birlikte Sorumluluğu

İş Kanunu'nun 6. maddesindeki düzenleme uyarınca; işyeri veya işyerinin bir bölümü hukukî bir işleme dayalı olarak başka birine devredildiğinde, devir tarihinde işyerinde veya bir bölümünde mevcut olan iş sözleşmeleri bütün hak ve borçları ile birlikte devralana geçer (f. 1). Devralan işveren, işçinin hizmet süresinin esas alındığı haklarda, işçinin devreden işveren yanında işe başladığı tarihe göre işlem yapmakla yükümlüdür (f. 2). Devir halinde, devirden önce doğmuş olan ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devreden ve devralan işveren birlikte sorumludurlar. Ancak bu yükümlülüklerden devreden işverenin sorumluluğu devir tarihinden itibaren iki yıl ile sınırlıdır (f. 3).

"Devir tarihinde mevcut olan iş sözleşmeleri" ibaresinden anlaşıldığı üzere, işyerinin devri halinde, devralan işverenin kendi nezdinde geçmemiş önceki hizmetlerden kaynaklanan alacaklardan sorumluluk taşıması için, iş sözleşmesinin devir esnasında yürürlükte bulunması, fesih vs. herhangi bir nedenle daha önce sona ermemiş olması gerekmektedir. Sözleşme işyeri

⁴¹ Bu sonuç müteselsil sorumlulukta borçluların, borcun tamamından sorumlu olacağı kuralına bir aykırılık değildir. Zira İş Kanunu m. 2/6'da sözü edilen müteselsil sorumluluğun asıl işveren-alt işveren ilişkisinin devam ettiği dönemden kaynaklanan işçilik hakları için söz konusu olması gerekir (Şahlanan, s. 371-372).

devrine bağlı olarak kanun gereği tüm hak ve borçlarıyla devralan işverene geçtiğinden onun bu alacaklardan sorumluluk taşıması doğaldır⁴². İş Kanunu 6. maddeyle iş sözleşmesinin bütün hak ve borçlarıyla birlikte (devralan işverene) nakli öngörülür iken, aynı zamanda devreden işveren de devir tarihine kadar doğmuş borçlardan iki yıl süreyle birlikte sorumlu kalmaya devam etmektedir. Dolayısıyla devralan işveren, işçinin hem önceki işveren hem de kendi nezdinde doğan alacaklarından sorumlu olup, devreden (önceki) işverenin sorumluluğu ise işçiyi sadece kendi nezdinde çalıştırdığı süreye münhasırdır ve burada birlikte sorumluluk hali devirden itibaren iki yıl ile sınırlandırılmıştır⁴³.

Birlikte sorumluluk hükümleri, tüzel kişiliğin birleşme, katılma ya da türünün değişmesiyle sona erme hallerinde uygulanmamaktadır (İş K. m.6/4). Zira bu halde birlikte sorumlu tutulabilecek iki işveren bulunmamaktadır. Birleşme ve tam bölünme halinde katılan veya bölünen şirket infisah edip ortada eski bir işveren kalmamakta; tür değiştirmede ise işveren değişmemektedir⁴⁴. Ayrıca maddenin son fıkrası uyarınca, kanunun işyeri devrine bağladığı sonuçlar iflas dolayısıyla malvarlığının tasfiyesi sonucunda işyerinin veya bir bölümünün başkasına devri halinde de uygulanmamaktadır.

3. Geçici İş İlişkisi Kurulan İşverenin Birlikte Sorumluluğu

İş Kanunu'nun 7. maddesinde düzenlenen geçici (ödünç) iş ilişkisinde, işçi ile işvereni arasındaki iş sözleşmesi sona ermemekte ve sözleşmenin işveren tarafı değişmemektedir. Bu sonuç hükmün "...iş sözleşmesi devam etmekle beraber..." ifadesinden anlaşılmaktadır. Ancak işveren, işçinin yazılı rızasını almak ve maddede öngörülen süreyi aşmamak kaydıyla, iş görmesini isteme hakkını bir üçüncü kişiye (geçici iş ilişkisi kurulan işve-

⁴² **Özkaraca**, E., İşyerinin Devri Halinde İşverenlerin Hukukî Sorumluluğu, Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi - İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, Sempozyum-04 Nisan 2009, İstanbul 2009, s. 170.

⁴³ Sürenin niteliği hakkında bir inceleme için bkz. **Ürcan**, G., 4857 Sayılı İş Kanunu Uyarınca İşyerini Devreden İşverenin Sorumluluğunda Süre, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr. M. Polat Soyer'e Armağan-I, C. 15, Özel Sayı, Yıl: 2013, s. 651-680.

⁴⁴ **Alp**, M., Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi, *Çalışma ve Toplum*, 2012/1, s. 68.

rene) devretmektedir⁴⁵. Hükmün 1. fıkrasına göre; *işveren devir sırasında yazılı rızasını almak suretiyle bir işçiyi, holding bünyesi içinde veya aynı şirketler topluluğuna bağlı başka bir işyerinde veya yapmakta olduğu işe benzer işlerde çalıştırılması koşuluyla başka bir işverene iş görme edimini yerine getirmek üzere geçici olarak devrettiğinde geçici iş ilişkisi gerçekleşmiş olur. Bu halde iş sözleşmesi devam etmekle beraber, işçi bu sözleşmeye göre üstlendiği işin görülmesini, geçici iş ilişkisi kurulan işverene karşı yerine getirmekle yükümlüdür.*

Geçici iş ilişkisinin amacı, yararlanana yani geçici iş ilişkisi kurulan işverene iş sözleşmesinin tarafı “işveren” sıfatı kazandırmak değil, işçi ile kendi işvereni arasındaki sözleşmenin korunması şartıyla, bazı geçici ihtiyaçların karşılanabilmesidir⁴⁶. Geçici iş ilişkisinden söz edebilmek için işçinin geçici bir süre başka bir işverenin nam ve hesabına çalışması gerekir. İşçi ikinci işyerinde yine kendi işvereni nam ve hesabına çalışıyor, örneğin işverenin sattığı bir cihazın kurulması, kullanım şeklinin gösterilmesi gibi bir nedenle o işyerinde bulunuyor ise geçici iş ilişkisi kurulmuş olmaz⁴⁷.

Aynı madde, 3. fıkrada -iş sözleşmesinin tarafı olan işverenin ücreti ödeme yükümlülüğünün devam ettiğini- açıkça belirtmekle beraber, geçici iş ilişkisi kurulan işverenin de işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden, işçiyi gözetme borcundan ve sosyal sigorta primlerinden işveren ile birlikte sorumluluğunu kabul etmiştir⁴⁸. İş ilişkisinden kaynaklanan ücret

⁴⁵ **Ekmekçi, Ö.**, Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Legal Vefa Toplantıları II, Prof. Dr. Nuri Çelik’e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008, s. 103. Müessese, *ödünç iş ilişkisi* olarak da adlandırılmakta, iş sözleşmesinin tarafı işveren, *ödünç veren*; diğeri, *ödünç alan işveren* terimiyle ifade edilebilmektedir. Biz işçinin kendi işvereni “sürekli işveren”; ödünç alan işvereni ise, yasal düzenlemedeki ifadeler doğrultusunda “geçici iş ilişkisi kurulan işveren” veya kısaca “geçici işveren” olarak kullanmayı tercih ediyoruz.

⁴⁶ **Engin, M.**, Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, İstanbul 1993, s. 102.

⁴⁷ **Alpagut, G.**, Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi: Sınırlamadan Teşvike, A. Can Tuncay’a Armağan, İstanbul 2005, s. 262; **Ekmekçi, Ö.**, Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay’ın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2005, s. 21.

⁴⁸ Ücret niteliği taşımayan kıdem-ihbar tazminatı gibi tazminat alacakları bu kapsamda değildir (**Caniklioğlu, N.**, Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki

alacakları işçinin sırf iş görme borcunun karşılığını teşkil eden normal ücretinden ibaret olmayıp fazla çalışma, hafta ve genel tatil çalışma ücretleri de bu kapsamdadır. Yine ikramiye, prim gibi ücret ekleri geniş anlamda ücreti oluşturmaktadır. 7. maddede geçici işverenin birlikte sorumluluğuna normal ücretin yanı sıra diğer ücret nev'inden alacakların dahil olup olmadığı sorumluluğun kapsamı bakımından önemlidir. Maddenin lafzı ve gerekçesi bu konuda bir açıklık içermemektedir. Bizim de katıldığımız görüşe göre, işverenlerin birlikte sorumluluğu normal ücretin yanında fazla saatlerle çalışma, hafta tatili ve ulusal bayram genel tatil mesai ücretlerini de kapsamaktadır⁴⁹. İş Kanunu'nun 7. maddesi normal ücret, çıplak ücret gibi bir sınırlama içermediği gibi, işçinin söz konusu ek çalışmalarından fiilen yararlanan geçici işveren olduğuna, bu mesailer onun işyerinde ve işinde çalışırken yapıldığına göre nimet-külfet dengesi gereğince de düzenlemedeki "ödenmeyen ücretinden..." ibaresi geniş yorumlanmalıdır. Bu sonuç işçi lehine yorum ilkesine de uygundur. Ayrıca söz konusu ücretler sigorta primine esas kazançlara dahil olup (5510 sK. m. 80), sigorta priminden birlikte sorumluluk esası getirilirken de sırf normal ücretten ibaret kısım dikkate alınmamaktadır. Maddede sürekli işverenin ücreti ödeme yükümlülüğünün devam ettiği belirtildikten sonra, işçinin ödenmeyen ücretinden geçici işverenin de diğerleriyle birlikte sorumlu olduğu düzenlemesi aradaki bağ koparılmadan değerlendirilmelidir. Sürekli işverenin normal ücretin yanında ücret kavramına dahil her türlü mesai ücretini ödeme yükümlülüğü devam etmektedir ve geçici işveren de bundan sorumludur. Bazı Yargıtay kararlarında fazla çalışma ücretlerinden geçici iş ilişkisi kurulan (ödünç alan) işverenin sorumlu olduğu, davalı işverenlerden mütessesilen tahsile karar verilemeyeceği sonucuna ulaşılmaktadır⁵⁰. Oysa yasada geçici iş ilişkisi

Sonuçları, Legal Vefa Toplantıları II, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008, s. 130).

⁴⁹ **Caniklioğlu**, s. 133; **Ekmekçi**, Ö., 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, Legal İSGHD, 2004/2, C. 1, s. 373; **Süzek**, s. 280; **Çankaya/Çil**, s. 153.

⁵⁰ 9. HD. 11.4.2006 T., 2005/30390 E., 2006/9505 K.; 9. HD. 24.01.2006 T., 2005/32539 E., 2006/1190 K. (**Çil, Ş.**, İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Ankara 2007, s. 499, 503). Bu yönde bir görüş de, fazla çalışma ücretinden kural olarak sürekli işverenin sorumlu tutulmayacağı, ancak işveren geçici işvereni fazla çalışmayı talep hususunda yetkili kılmış ise,

kurulmasının sürekli işvereni o esnada doğan haklardan, ücret alacaklarından dolayı işçiye karşı borçtan kurtarmadığı açıktır. Onun yanında birlikte sorumlu tutulan geçici işverendir. Geçici işverenin dahi sorumlu tutulduğu bir işçilik alacağından sürekli işveren evleviyetle sorumludur⁵¹.

Geçici iş ilişkisinde davacı-alacaklı, işçi⁵²; ihtiyarî dava arkadaşı davalı borçlular, iş sözleşmesinin tarafı işveren ile geçici iş ilişkisi kurulan işverendir.

4. Yeni İşverenin Birlikte Sorumluluğu

İş Kanunu 23. maddeye göre; *süresi belirli olan veya olmayan sürekli iş sözleşmesi ile bir işverenin işine girmiş olan işçi, sözleşme süresinin bitmesinden önce yahut bildirim süresine uymaksızın işini bırakıp başka bir işverenin işine girerse sözleşmenin bu suretle feshinden ötürü, işçinin sorumluluğu yanında, ayrıca yeni işveren de aşağıdaki hallerde birlikte sorumludur:*

- İşçinin bu davranışına, yeni işe girdiği işveren sebep olmuşsa.*
- Yeni işveren, işçinin bu davranışını bilerek onu işe almışsa.*
- Yeni işveren işçinin bu davranışını öğrendikten sonra dahi onu çalıştırmaya devam ederse.*

Türk Ticaret Kanunu da haksız rekabet kapsamında 55. maddenin -b bendinde, sözleşmeyi ihlale veya sona erdirmeye yöneltmenin, özellikle 3. kişilerin işçilerine...hak etmedikleri ve onları işlerinin ifasında yükümlülüklerine aykırı davranmaya yöneltebilecek yararlar sağlayarak veya önererek

sürekli işverenin de sorumlu olacağını savunmaktadır (Kılıçoğlu, M./Şenocak, K., İş Kanunu Şerhi, C. 1, İstanbul 2008, s. 218). İş Kanunu'nun 7. maddesinin açık hükmünü ve sözleşmenin halen sürekli işverenle devam etmekte olduğunu göz ardı eden, sürekli işverenin sorumluluğunu başkaca şartlara bağlayan bu görüşe katılma imkânı bulamıyoruz.

⁵¹ Yargıtay'ın ulaştığı sonucun eleştirisi için bkz. **Ekonomi**, M., Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2007 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2009, s. 13; **Çil**, Ş., 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Ankara 2004, s. 480.

⁵² Diğer sorumluluk alanlarından örneğin sosyal sigorta priminden sorumlulukla ilgili olarak, alacaklı sıfatı Sosyal Güvenlik Kurumu'na aittir (5510/m. 79, 88).

kendisine çıkar sağlamaya çalışmanın dürüstlük kuralına aykırı bir davranış ve ticarî uygulama olduğunu kabul etmektedir. Bu yönüyle İş Kanunu 23. maddenin -a bendindeki durumun aynı zamanda bir haksız rekabet teşkil ettiği söylenebilir.

Yeni işverenin önceki işverene karşı sorumluluğunun haksız fiil sorumluluğu mahiyetinde olduğu ileri sürüldüğü⁵³ gibi, sorumluluğun kanunî sorumluluk olduğu da kabul edilmektedir⁵⁴. *Akyiğit* ise -a bendindeki halin haksız fiil niteliğinde olduğunu, diğer iki bentte düzenlenen hallerde yeni işverenin sorumluluğunun tamamen kanundan kaynaklandığını belirtmektedir⁵⁵. Genel olarak, ahlaka aykırı bir saikle gerçekleştirilen ayartma, borçluyu teşvikle alacak hakkını ihlal kavramları haksız fiil sorumluluğu içinde ele alınmakta⁵⁶ ise de, konunun sırf haksız fiil sorumluluğu kapsamında değerlendirilmesi öncelikle bir zararın varlığı şartını beraberinde getirmektedir. Oysa aşağıda belirtildiği üzere madde zarar şartından bağımsızdır⁵⁷. Yine haksız fiil (kusur) sorumluluğu düzenlemedeki üç bendi birden açıklamaya elverişli değildir.

1475 sayılı İş Kanunu'nun yeni işverenin sorumluluğuna ilişkin 15. maddesinde "eski işverenin **zararından**" sorumluluğa işaret edilmiş ise de, 4857 sayılı İş Kanunu zarar şartına yer vermemiştir⁵⁸. Düzenleme bu haliyle, sözleşmenin usulsüz feshinde işçinin sorumluluğu kapsamında hemen ilk akla gelen ihbar tazminatının niteliğiyle de uyumludur. Öyle ki bu tazminat zarar kavramından bağımsız götürü bir tazminattır⁵⁹. Yine önceki işveren ile

⁵³ **Çenberci**, M., İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984, s. 352, 354; **Aydınlı**, s. 45-46.

⁵⁴ **Oğuzman**, K., Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955, s. 280.

⁵⁵ **Akyiğit**, E., 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C. 1, Ankara 2006, s. 900.

⁵⁶ **Serozan**, R., Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu İle Kapatma Eğilimi, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007, s. 738; **Karahasan**, M. R., Sorumluluk Hukuku, İstanbul 2003, s. 57.

⁵⁷ **Akyiğit**, s. 891; **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 368. 1475 sayılı İş Kanunu zamanında verilmiş bir karardan hareketle, 4857 sayılı İş Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca yeni işverenin sorumlu tutulabilmesi için eski işverenin zarara uğramasının şart olduğu görüşü **Çil**, Şerh 2004, s. 451.

⁵⁸ Madde gerekçesinde de yapılan değişikliğin yeni işverenin sorumluluğu için işçinin bu davranışından dolayı eski işverenin zarar görmesinin aranmadığı belirtilmektedir.

⁵⁹ **Tunçomağ**, K./**Centel**, T., İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2013, s. 202; **Narmanhoğlu**, Ü., İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998, s. 299.

işçi arasındaki iş sözleşmesinde fesih hakkını süre bakımından sınırlayan bir hükme aykırılık cezaî şarta tâbi tutulmuş ise, yeni işveren bu borçtan da sorumludur⁶⁰. Yargıtay 1999 yılındaki bir kararında cezaî şarttan yeni işverenin sorumlu tutulamayacağına içtihat etmiştir⁶¹. Maddede işçinin sorumluluğu sadece ihbar tazminatına indirgenmediğine ve zararın varlığı şartından bağımsız cezaî şart da sözleşmenin süresinden evvel haksız feshinin, belirli bir süre çalışma taahhüdünü ihlalin sonuçları arasında işçinin sorumluluğuna dahil bulunabileceğine göre 23. maddedeki birlikte sorumluluğun cezaî şartı da içerdiği kanaatindeyiz. Ayrıca, borçtan birlikte sorumluluğun kanunen öngörüldüğü hallerde, borç ilişkisinin nisbî karakteri bizzat yasakoyucu tarafından geri plana itildiğinden sorumluluk kapsamı bakımından bu ilke-den hareket edilemeyeceği görüşündeyiz. Yine düzenleme yeni işverenin, işçi ile önceki işvereni arasındaki iş sözleşmesinde yer alan tüm akdî şartları, bu arada cezaî şartı bilmesine ve bilmesi gerekmesine göre bir ayrımı esas almamaktadır. Bilme, öğrenme olgusuna işçinin (süresinden önce fesih gibi) davranışı bağlamında yer verilmektedir; cezaî şart ise bu davranış neticesinde ortaya çıkan sorumluluktur. Kaldı ki, yeni işveren tek başına işçinin davranışı nedeniyle değil, maddede yasanın doğrudan yeni işveren açısından sıraladığı hallerde kendi tutumu, yasaya aykırı davranışı nedeniyle sorumlu hale gelmektedir. Dolayısıyla işçinin akde, kanuna aykırı davranışına sebep olan yahut 23. maddenin varlığına rağmen o işçiyle iş ilişkisi kuran/sürdüren işveren, önceki işverene karşı sorumluluk alanını daraltan bir yorumla sonuç elde etmeye mazhar görülmemelidir.

⁶⁰ **Akyiğit**, s. 892. Aksi görüş, **Çelik/Caniklioğlu/Canbolat**, s. 369, dn. 15. İşçinin ayartılması durumunda, sözleşmede öngörülen cezaî şarttan yeni işverenin de sorumlu olacağı görüşü **Karagöz**, V., İş Sözleşmesinde Cezaî Şart, Ankara 2006, s. 207. *Alpagut*'a göre, 23. maddedeki mevcut hüküm karşısında cezaî şartın yeni işverenden talep edilebileceği söylenebilir. Ancak, hukuk sistemimizde sorumluluğun esas itibarıyla zarara dayandığı ve borç ilişkilerinin nisbîliği ilkesi dikkate alındığında, herhangi bir zarar olmadığı takdirde cezaî şartın talep edilebilmesi, yeni işverenin tarafı olmadığı ve bilmesi beklenmeyen bir borçla sorumlu tutulmasını gerektirdiğinden bunun isabet derecesi tartışmalıdır (**Alpagut**, G., İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2012, s. 65).

⁶¹ 9. HD. 21.9.1999 T., 8717/14063 (*Çimento İşveren*, Kasım 1999, S. 6, C. 13, s. 22 vd.).

Borçlar Kanunu m. 444 vd. hükümleri uyarınca kararlaştırılan rekabet yasağına aykırılık halinde doğan cezaî şart bakımından ise, bu alacak iş sözleşmesinin süresinden evvel yahut bildirim sürelerine uymadan feshinin değil; ayrı bir hukukî işlem olan rekabet yasağı sözleşmesine aykırılığın sonucu olduğundan, söz konusu cezaî şarttan yeni işverenin 23. maddeye dayalı birlikte sorumluluk taşımaması gerekir⁶².

Bu hükmün uygulanmasında sözleşmenin türü önem taşımamaktadır. İşçinin, iş sözleşmesini haklı bir nedene (derhal fesih sebebine) dayanmadan, belirli süreli ise süresinin hitamından evvel⁶³; belirsiz süreli ise İş Kanunu m. 17 uyarınca bildirim süresine (ihbar öneline) uymaksızın feshedip başka bir işyerinde çalışmaya başlaması hali söz konusudur. Ancak sırf bu olgunun varlığı yeni işverenin de birlikte sorumluluğu açısından yeterli değildir. İşçinin akde ve kanuna aykırı bu davranışına, fesih işlemine yeni işverenin maddede sayılan davranışlarının eklenmesi şarttır. İşçinin önceki işverenle kurulu iş sözleşmesini süresinden önce veya önel tanımadan haksız feshine, ya yeni işverenin yol açması ya kendisinin teşviki olmamasına rağmen bu durumu bilerek işçiyi işe alması ya da baştan bilmemekle birlikte sonradan öğrendiğinde işçiyi çalıştırmaya devam etmiş olması gerekmektedir. Görüldüğü gibi 23. maddenin yeni işvereni birlikte sorumlu tutması sadece işçinin usulsüz ve süresinden önce haksız feshine dayalı olmayıp, yeni işverene atfedilebilecek yasada sayılan unsurların da varlığı aranmaktadır. Bu halde örneğin ihbar tazminatı bakımından, işçinin önceki işverenine karşı borcu zaten başlangıçtan itibaren mevcuttur ve akdi İş Kanunu m. 17 uyarınca, ihbar önellerine uymadan usulsüz feshettiğinde her halükârda borç onun hakkında doğmaktadır. Yeni işverenin maddede sayılan türden herhangi bir davranışı bulunmasa, işçi akdi usulsüz olarak başkaca bir işverenle hiç irtibatı olmaksızın feshetse bile bu borçtan (işverenin ihbar tazminatı alacağından) sorumludur. Dolayısıyla, mevcut bir borca yeni işveren maddede

⁶² **Soyer**, P., Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994, s. 89; **Akyiğit**, s. 892-893. Genel olarak haksız rekabet hükümlerine göre sorumluluk halleri saklıdır. Yargıtay da, ihbar tazminatı ve rekabet yasağına aykırılık nedeniyle cezaî şartın talep edildiği bir davada, cezaî şart alacağından davalı işçinin; ihbar tazminatından İş K. m. 23 uyarınca işçi ile diğer davalı yeni işverenin mütteselsilen sorumlu oldukları sonucuna varmıştır. 9. HD. 24.12.2009 T., 26954/36971 (http://calismatoplum.org/sayi25/abc/10_21.pdf).

⁶³ Asgarî süreli bir iş sözleşmesinin de -süresinden önce- feshi söz konusu olabilir.

sayılan durumların varlığı şartına bağlı olarak sonradan katılmakta ve o da alacaklı işveren karşısında birlikte sorumlu bir borçlu haline gelmektedir.

Müteselsil borçluluğun (teselsülün) borca katılma yoluyla doğması da mümkündür. Borca katılmada borç miktarı artmamakta, borçlu sayısı artmaktadır ve böylece alacaklı başlangıçta tek bir borçludan talep edebileceği alacağını, yeni ve ikinci borçludan da birbiriyle yarışır şekilde talep imkânına sahip olmaktadır⁶⁴. Eski Borçlar Kanunu'nda açıkça düzenlenmeyen borca katılma, 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu'nun 201. maddesinde; *mevcut bir borca borçlunun yanında yer almak üzere, katılan ile alacaklı arasında yapılan ve katılanın, borçlu ile birlikte sorumlu olması sonucunu doğuran bir sözleşmedir* şeklinde tanımlanmış (f. 1) ve 2. fıkrada borca katılan ile borçlunun alacaklıya karşı müteselsilen sorumlu oldukları tekrar vurgulanmıştır. Yasa alacaklı ile katılan arasındaki sözleşmeye dayalı olarak borca katılmayı düzenlemiş ise de, müessesenin yasa hükmüyle öngörülmesi de evleviyetle mümkündür⁶⁵. Borca katılmayı, borcun üstlenilmesinden (BK m. 195 vd.) ayıran başlıca özellik ilk borçlunun borçtan kurtulmaması, sorumlu kalmayı sürdürmesidir⁶⁶; zaten aksi olsa müteselsilen sorumlu birden çok borçludan da söz edilemeyeceği tabiidir. Teselsül başlangıçta aynı anda doğabileceği gibi, borca katılma yoluyla sonradan da vuku bulabilmektedir⁶⁷. Özellikle İş Kanunu'nun 23. maddesinin, önceki işverenle işçi arasında kurulu iş sözleşmesinin işçi tarafından feshinden sonraki sürece ilişkin -b ve -c bentlerinde yeni işveren açısından yer verilen "*işçinin bu davranışını bilerek onu işe almışsa*", "*öğrendikten sonra dahi onu çalıştırmaya devam ederse*" şartlarında bu zaman farklılığı daha açık görülebilmektedir. Öyle ki, işçi sözleşmeyi usulsüz yahut haklı nedene dayanmadan süresinden önce feshetmiştir ve bundan dolayı işverenine karşı borçludur. Akabinde, yeni bir işveren nezdinde çalışmaya başladığında işveren bu durumu bilerek onu işe almıştır yahut sonradan öğrendiği halde istihdam etmeyi sürdürmüştür. İşte daha sonra ortaya çıkan ve bizzat yeni işverenin

⁶⁴ **Kapancı**, K. B., Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2014, s. 63.

⁶⁵ **Şener**, O. H., Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Özel S. 2009, Basım yılı: 2010, s. 1280.

⁶⁶ **Eren**, s. 1206; **Dağdelen**, A. H., 818 ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunlarında Borçlular Arasında Teselsül, İstanbul 2011, s. 71-72.

⁶⁷ **Akıntürk**, s. 114.

tutumuna bağlı şekillenen bu olgular karşısında, mevcut ilk borçlunun (işçinin) yanında aynı borçtan ikinci borçlu olarak yasa gereği sorumlu tutulmaktadır.

Yeni işverenin birlikte sorumluluğunda davacı-alacaklı, önceki işveren; ihtiyarî dava arkadaşı borçlular işçi ile yeni işverendir.

III. DAVADAN FERAGATİN BİRLİKTE SORUMLU DAVALILARA ETKİLERİ

A. Genel Olarak

İhtiyarî dava arkadaşlığının söz konusu olduğu davalardan da feragat edilebileceği şüphesizdir. Tasarruf ilkesi ve davaya son veren taraf işlemleri, davacı ya da davalı tarafta kaç kişi bulunduğu hareketle düzenlenmemiştir. Mütessesil borçluluk ihtiyarî dava arkadaşlığına imkân veren bir borç ilişkisi olduğuna göre, mütessesil borçlulara karşı açılan bir davadan da feragat edilebilir. Genel olarak ihtiyarî dava arkadaşlığında, davalı taraftaki dava arkadaşlarından biri hakkındaki davadan feragat, diğer dava arkadaşlarının davasını etkilemez⁶⁸. Bu sonuç, ihtiyarî dava arkadaşlığında her dava arkadaşının davasının diğerinden bağımsız olmasının doğal bir uzantısıdır. Mütessesil borçluluk ile ilgili olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303. maddesinin son fıkrasına göre, mütessesil borçlulardan biri veya birkaçı ile alacaklı arasında (yahut mütessesil alacaklılardan biri veya birkaçı ile borçlu arasında) oluşan kesin hüküm diğerleri hakkında geçerli değildir. Madde gerekçesine göre, düzenleme kesin hükmün üçüncü kişilere tesirinin sınırlarını belirleme, bu konuda hasıl olabilecek tereddüdü ortadan kaldırma amacı taşımaktadır ve mütessesil borçlulardan biri veya birkaçı ile alacaklı arasında oluşan kesin hükmün diğerlerine etkisi olmayacaktır. Bu kabul, mütessesil borçlulukta alacaklının borçlulara ayrı ayrı yönelmesini sağlayan birden çok borcun var olduğu görüşüne ve kesin hükmün HMK 303. maddenin 1. fıkrasında sayılan unsurlarına⁶⁹ uygundur. Aksi halde örneğin, davada dinlenme-

⁶⁸ **Kuru**, C. IV, s. 3582; **Ulukapı**, s. 209.

⁶⁹ Bir davaya ait kesin hükmün diğer bir davada maddî anlamda kesin hüküm oluşturabilmesi için her iki davanın taraflarının, dava sebeplerinin ve ilk davanın hüküm fıkrası ile ikinci davaya ait talep sonucunun aynı olması gerekir.

miş olan müteselsil borçlular, davalı borçlunun kötü idare ettiği ve alacaklının bir borçluya karşı kazandığı davanın sonuçlarına katlanmak zorunda kalacaklardır⁷⁰.

Öte yandan, hüküm verilmeksizin davanın sona ermesini sağlayıp, kesin hüküm gibi sonuç doğuran davadan feragatin maddî hukuk bakımından da yansımaları olduğuna göre, müteselsil borçluluk halinde bu sorumluluk türünün özelliği gereği ve borçlar hukukunun öngördüğü esaslar doğrultusunda aşağıda işaret edilen başkaca sonuçlarla da karşılaşılabilir.

B. Müteselsil Borçluların Alacaklı Tatmin Edilmeksizin Borçtan Kurtulmaları

Feragat ile müteselsil borçluluk müesseseleri bir arada bulunduğu, Borçlar Kanunu'nun alacaklı ile müteselsil borçlulardan biri arasındaki ilişki ve bunun diğer borçlulara etkileri hakkında getirdiği düzenlemeleri de ele almak gerekmektedir. Konuyla ilgili 166. ve 168. maddedeki hükümler ön çözümlenmektedir. 166. maddenin 2. fıkrasına göre "*borçlulardan biri alacaklıya ifada bulunmaksızın borçtan kurtulmuşsa, diğer borçlular bundan ancak durumun veya borcun niteliğinin elverdiği ölçüde yararlanabilirler*". 168. maddenin son fıkrasına göre "*alacaklı diğerlerinin zararına olarak borçlulardan birinin durumunu iyileştirirse, bunun sonuçlarına katlanır*". Aynı yönde düzenlemelere 818 sayılı eski Borçlar Kanunu'nun 145. ve 147. maddelerinin son fıkralarında "*eğer müteselsil borçlulardan biri borç tediye olunmamış iken ondan tahallüs etmiş ise, diğer borçlular ancak halin veya borcun mahiyetinin irae ettiği nispette bu beraatten istifade edebilirler*"; "*alacaklı, diğerlerinin zararına olarak müteselsil borçlulardan birinin vaziyetini iyileştirdiği takdirde bu fiilin neticelerini şahsen tahammül eder*" hükümleriyle yer verilmiş idi.

Davadan feragati maddî hukukun bu kuralları doğrultusunda değerlendirilen birçok içtihadta, alacaklının müteselsil borçlulardan biri hakkındaki davadan feragat etmesinin diğer davalıya da sirayet edeceği sonucuna ulaşılmıştır. Örneğin 4. Hukuk Dairesi'nin 19.7.2006 T., 2005/8892 E., 2006/8740

⁷⁰ Üstündağ, s. 700; Deren Yıldırım, N., Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, İstanbul 1996, s. 133. Ancak burada, davalılara husumet ihtiyarî dava arkadaşlığı şeklinde tevcih edildiğinden diğer müteselsil borçlunun dinlenmemesi söz konusu değildir.

K. sayılı içtihadına⁷¹ göre; “...Davacılar vekili, yargılama aşamasında olaya tam kusuru ile sebebiyet veren davalı sürücü hakkındaki davadan feragat etmiştir. Mahkemece yargılamaya devam olunarak araç işleteni olan diğer davalı hakkındaki istemin kabulüne karar verilmiştir. Borçlar Yasası'nın 147/2. maddesi gereğince alacaklı, diğerlerinin zararına müteselsil borçlulardan birinin vaziyetini iyileştirdiği takdirde bu fiilin sonuçlarına şahsen katlanır. Davacılar, müteselsil sorumlulardan sürücü hakkındaki davadan feragat ederek diğer sorumlu idarenin, hakkındaki davadan feragat edilen sürücüye kusuru oranında rücu hakkını ortadan kaldırmışlardır. Müteselsil sorumlulardan biri hakkındaki davadan feragat edilmesi, diğer müteselsil sorumlu yönünden de teselsülden feragat niteliğini taşır ve böylece müteselsil sorumlu olan diğer davalı da sorumluluktan kurtulmuş olur. O halde müteselsil sorumlu idare hakkındaki davanın da reddedilmesi gerektiğinin gözetilmemiş olması bozmayı gerektirmiştir”.

Bir diğer içtihadı göre “...İş kazası nedeniyle açtığı zararın giderilmesi davasında, işçinin davalılardan biri hakkındaki feragatinden diğer davalı da yararlanır. Ancak bu yararlanma kusur oranına göre payına düşecek miktarla sınırlıdır...Böyle olunca diğer davalının kendi kusuruna isabet edecek miktarla sorumlu tutulması gerekirken onun hakkındaki davanın da feragat nedeniyle reddine karar verilmiş olması doğru değildir.”⁷².

9. Hukuk Dairesi 13.07.2010 T., 2008/35680 E., 2010/23222 K. sayılı bir bozma ilamında⁷³; “Davacı şirket, davalı şirket tarafından diğer davalı işçinin ikna edilmesi yoluyla işten ayrılmasından söz ederek 4857 sayılı Kanun'un 23.maddesinde belirtilen sorumluluktan doğan tazminat isteminde bulunmuştur.

Mahkeme...ihbar tazminatına davalı şirket (aleyhine) hükmetmiş, diğer davalı hakkındaki davayı feragat nedeniyle ret etmiştir. İş Kanunu madde 23'deki sorumluluk dayanışmalı (müteselsil) sorumluluktur. Tam dayanış-

⁷¹ <http://www.istanbulbarosu.org.tr/>.

⁷² 9. HD. 28.04.1994 T., 903/6557 (Bozkurt, A., İş Davaları, Ankara 1999, s. 402). “Davacı bu durumda, davalı sigorta şirketinin durumunu iyileştirirken diğer müteselsil borçluların iç ve dış ilişkideki durumlarını ağırlaştırmıştır. Bu nedenle eyleminin sorumluluğuna katlanması, feragatten diğer davalıların yararlanması gerekmektedir.” 11. HD. 22.11.2004 T., 1947/11284 (www.kazanci.com.tr).

⁷³ Özel arşiv.

malı borçlulardan biri için yapılan davadan feragat diğer dayanışmalı borçlu için de geçerlidir. Somut olayda, davacı şirket davalı gerçek şahısla ilgili davasından feragat etmiştir. O halde davalı şirket hakkında da davadan feragatin sonuçları doğar. Davanın reddi gerekir...” sonucuna ulaşmıştır.

Aynı Daire yine 2010 yılında verdiği bir diğer kararında, davadan feragatle değinmeksizin diğer davalı müteselsil borçlu asıl işveren hakkındaki davanın kabulüne hükmedilmesi gerektiğinden bahisle yerel mahkeme kararını bozmuştur⁷⁴. Olayda kamu hastanesi işyerinde alt işveren işçisi olarak çalışan davacı, asıl işveren Sağlık Bakanlığı ile alt işverenler aleyhine ikame ettiği alacak davasında alt işveren şirketlerden biri hakkında davadan feragat etmiş, mahkemece davacı lehine kıdem tazminatına hükmedilerek davalı Altın...Ltd. Şti.den tahsiline, diğer davalı şirket hakkında açılan davanın feragat nedeniyle reddine, davalı Sağlık Bakanlığı aleyhine açılan davanın ise pasif taraf sıfatı (husumet) yokluğundan reddine karar verilmiştir. Yargıtay'ın vardığı sonuca göre “...dosya içeriğinden, davalının hastane temizlik işlerini ihale yolu ile alt işverenlere verdiği, işin İş Kanunu'nun 2. maddesindeki ölçüte uygun olduğu, bu suretle asıl işveren sıfatının bulunduğu anlaşılmaktadır. Mahkemece, davalı Sağlık Bakanlığı hakkında açılan davada kabul kararı vermek gerekirken red hükmü kurulması bozmayı gerektirmiştir”.

Doktrinde ihtiyarî dava arkadaşlarından biri hakkındaki feragatin diğer dava arkadaşlarını kural olarak etkilemeyeceği belirtildikten sonra, fakat müteselsil borç ilişkisinde bir dava arkadaşına yöneltilmiş olsa bile feragatin diğer dava arkadaşları hakkında da sonuç doğurması gerektiği ileri sürülmüştür⁷⁵.

⁷⁴ 9. HD. 08.03.2010 T., 2008/21741 E., 2010/6135 K. (özel arşiv).

⁷⁵ **Ulukapı**, s. 209-210; **Akyol Aslan**, s. 372-373. Bu görüşlerde; dava konusunun tamamından feragat edilmesi şartına, diğer dava arkadaşları hakkında davaya devam edilse bile taraflardan birisinin ödeme itirazında bulunabileceğine ve dava sonunda kendilerinden haksız olarak bu borcun tahsil edildiğinden bahisle genel hükümlere göre sebepsiz zenginleşme davası da açabileceklerinden bunun usul ekonomisiyle bağdaşmayacağına dayanılmıştır. Bize göre dayanak noktası usul ekonomisinden evvel maddî hukukun ne öngördüğü olmalıdır. Bu minvalde talep sonucunun tamamından feragat edilmesi şartı bulunmadığı gibi, ele alınan mesele yönünden diğer müteselsil borçlular

Genel olarak alacaklıya ifada bulunmaksızın borçtan kurtulma, alacaklı-borçlu sıfatının birleşmesi, kusursuz sonraki imkânsızlık, yenileme, ibra gibi hallerde ortaya çıkmaktadır⁷⁶. Borcun ifa olmaksızın sona ermesini sağlayan sebeplerden biri olan ibra, 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu'nda 166. maddenin⁷⁷ son fıkrasında özel olarak düzenlenmiştir. Eski Borçlar Kanunu'nun 145. maddesinde yer almayan bu hükme göre; *alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi, diğer borçluları da ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtarır*⁷⁸.

Madde gerekçesinde, eklenen bu son fıkra ile -alacaklının borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesinin diğer borçluları da sınırlı olarak borçtan kurtaracağını kabul edildiği, buna göre diğer borçluların, ibra edilen borçlunun iç ilişkideki borca katılma payı oranında borçtan kurtulacakları, aslında maddenin son fıkrasında öngörülen durumda da alacaklının, mütessesil borçlulardan biriyle yaptığı ibra sözleşmesi sonucunda o mütessesil

lehine sirayet, ifa/ödeme olmayan haller bakımından da söz konusudur ve Borçlar Kanunu ilgili hükümlerinde alacaklıya ifada bulunulmaması durumunda diğer borçluların borçtan kurtulmasını bilahare düzenlemektedir. Yine davadan feragatin ödemeye ilgisi bulunmamaktadır. Ayrıca diğer dava arkadaşı borçlunun, feragatten yararlanmadığında genel hükümlere göre sebepsiz zenginleşme davası açabileceği değerlendirilmesi bakımından, ortada geçerli şekilde yapılmış davadan feragat işlemi, diğer davalı borçlunun borçtan sorumluluk taşıdığına dair kesinleşmiş bir mahkeme kararı ve eda emri var iken, bu borçlunun dava sonunda kendisinden haksız olarak borcun tahsil edildiği gerekçesiyle konunun sebepsiz zenginleşme ile irtibatlandırılmasının isabetli olmadığı kanaatindeyiz.

⁷⁶ **Eren**, s. 1165; **Canbolat**, F., Mütessesil Borcun Sona Erme Nedenleri, -Borçlar Kanunu Tasarısındaki İlgili Hükümlerin Kısa Değerlendirilmesi ile Birlikte-, Ankara Barosu Dergisi, 2008/3, Yıl: 66, s. 72 vd.

⁷⁷ Bu madde alacaklı ile mütessesil borçlular arasındaki dış ilişki bağlamında borcun sona ermesine dair düzenlemeler içermektedir.

⁷⁸ Önceki kanun döneminde de aynı sonucun benimsendiği kararlar verilmiştir. “*Davacılar dava sırasında mütessesil sorumlulardan sadece Halil’i ibra etmişlerdir. Diğer davalının, ibra edilen sorumlunun tazminattan payına düşen tutar oranında sorumluluktan kurtulacağı kabul edilmelidir. Bu husus gözetilmeden davalı Ahmet’in zararın tümünden sorumlu tutulması bozmayı gerektirir.*” 4. HD. 15.02.1983 T., 189/152 (YKD, 1983/6, C. IX, s. 826). Aynı yönde, 4. HD. 06.4.2009 T., 2008/9691 E., 2009/5048 K. (www.kazanci.com.tr). Aksi yönde HGK. 16.6.2004 T., 2004/11-359 E., 2004/366 K. (www.kazanci.com.tr).

borçlunun, aynı maddenin ikinci fıkrası anlamında ifade bulunmaksızın borcundan kurtulması söz konusu olmakla birlikte, ibranın diğer müteselsil borçlulara etkisinin öğretide de tartışmalı olduğu göz önünde tutularak yasal bir çözüme bağlanmasının uygun görüldüğü- ifade edilmektedir.

166. maddenin 2. fıkrasında sınırlayıcı biçimde tek tek hukukî işlemler sayılmamış, alacaklıya ifade bulunmaksızın borçlulardan birinin borçtan kurtulması, artık alacaklının ifayla tatmin edilmesi gereğinin ortadan kalkması esas alınmıştır. Bilindiği gibi, bir borç ilişkisinde borçlunun alacaklı yararına getirmek zorunlu olduğu edim, borcun konusunu oluşturmakta ve alacaklının alacak hakkına tekabül edip, onun karşılığını ifade etmektedir⁷⁹. Davadan feragat, hakkı (inceleme konumuz itibariyle alacak hakkını) sona erdirdiğine göre, netice itibariyle feragat edilmiş bir alacağın borçlusu davalının da artık borcu ifa etmeksizin borçtan kurtulduğu, ortada alacaklıyı ifayla tatmin etmeyi gereken bir alacak kalmadığı düşünülebilecektir. Son fıkrada ayrıca yer verilen ibra bağlamında değerlendirildiğinde, ibranın feragatten tümüyle ayrı tutulması mümkün değildir. Öyle ki ibra (BK m. 132), alacaklı ile borçlu arasında şekle bağlı olmaksızın yapılan bir sözleşmeyle borcun ortadan kaldırılmasını sağlamaktadır ve alacaklı (bir ivaz karşılığında veya ivazsız olarak) alacağının tamamından veya bir kısmından borçlu lehine feragat etmekte, onu itfa edilmiş gibi kabul etmektedir⁸⁰. İbrayı, “*alacaklının alacağını istemekten vazgeçmek suretiyle borçluyu borçtan kurtarmasıdır*” şeklinde tanımlayan *Akıntürk* de alacaklının alacağından vazgeçme iradesini, mevcut bir hakkından vazgeçmiş bulunması gereğini vurgulamaktadır⁸¹. Bunların her ikisi de bir tasarruf işlemi ve tabiatıyla tasarruf işlemiyle yapılan kazandırmadır⁸². Feragat de ibra gibi hakkın sona ermesini sağlayan itiraz sebeplerindedir⁸³. Hatta, aynî ve inşâî haklardan

⁷⁹ **Reisoğlu**, s. 29-30; **Eren**, s. 89; **Karahasan**, s. 56; **Kılıçoğlu**, A., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010, s. 3.

⁸⁰ **Berki**, Ş., Borçların Sukutu, AÜHFD., 1968, C. 25, S. 1-2, s.237. Bir diğer tanıma göre ibra *alacaklının alacak hakkından vazgeçmesine ve bu suretle borçlunun borçtan kurtarılmasına ilişkin akittir.* (**Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Alttop**, s. 985).

⁸¹ **Akıntürk**, s. 177. Aynı yönde **Ekmekçi**, 2003 Yılı Değerlendirme Semineri, s. 25.

⁸² **Eren**, s. 168.

⁸³ **Gürdoğan**, B., Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960, s. 55; **Alangoya**, s. 256-257.

farklı olarak şahsî haklarda, alacak hakkının tek taraflı bir vazgeçme beyanıyla sona ermeyeceğine, bunun ancak ibrayla gerçekleşeceğine, dolayısıyla feragatin esasen ibra sözleşmesi içinde yer alacağına dair değerlendirmeler⁸⁴ de göz önünde tutulduğunda, davadan feragatin de 166. maddenin 2. ve 3. fıkraları kapsamında değerlendirilmesi gerekir. İbrada alacaklı, alacak hakkından vazgeçmekte; davadan feragatte de talep sonucundan vazgeçilerek dava yoluyla ileri sürülen alacak hakkından feragat edilmektedir. Hiç şüphesiz, artık burada -davadan feragat- söz konusu olduğu için, medenî yargılama hukukunun öngördüğü şekilde riayet yeterli olacak ve bunun birebir ibra sözleşmesi şeklinde gerçekleştirilmesi beklenmeyecektir⁸⁵. Keza medenî yargılamada davayı takipten *vazgeçme* ile davadan *feragat* aynı müesseseleri ifade etmediğine göre, davadan feragatin sırf usulî bir haktan vazgeçmeye indirgenemeyeceği, bunun maddî hukuk yönüyle işlevi, yansıması düşünüldüğünde de ibra kavramı ön plana çıkmaktadır⁸⁶.

Davaya son veren taraf işlemlerinden bir diğeri sulh (HMK m. 313-315) bakımından da, sulh sözleşmesine taraf olmayan diğer borçluların, en az sözleşmeye taraf borçlunun iç ilişkideki payı oranında borçtan kurtulacakları kabul edilmektedir⁸⁷.

Borçlulardan birinin davadan feragat sayesinde ifa talebinden nihaî olarak kurtulmasının diğer borçluya sirayet etmeyeceği benimsenir ise,

⁸⁴ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 986; Eren, s. 1222; Buz, s. 415 ve orada anılan yazarlar, ayrıca s. 422, 434-435.

⁸⁵ Bir maddî hukuk işlemi olan haktan vazgeçme, usul işlemi olan davadan feragat içinde yapıldığında şekle ilişkin maddî hukuk kuralları değil, usul hukuku kurallarının uygulanması gerekir. Maddî hukuka göre vazgeçmenin ancak bir sözleşmeyle yapılmasının mümkün olduğu hallerde de davacı, tek taraflı işlemi (davadan feragat) ile dava konusu haktan vazgeçip, onu sona erdirebilir (Kuru, C. IV, s. 3547).

⁸⁶ Davadan feragat, maddî hukuk bakımından adeta ibradır. Maddî hukuktaki talep kavramıyla örtüşen usulî talebin görüldüğü davadan feragatin, maddî hukuktaki sonuçlarını doğurması için karşı tarafın kabulü gibi şartlar da aranmayacaktır (Meriç, s. 215-216; Ayrıca bkz. Turanboy, N., İbra Sözleşmesi, Ankara 1998, s. 32, 67 vd.). Açıkça feragatten söz etmemekle birlikte, Kapancı, Borçlar Kanunu'nun bu hükmünün diğer bazı sona erme sebepleri açısından da kıyas yoluyla uygulanmasına engel bir durum bulunmadığı görüşündedir (Kapancı, s. 232).

⁸⁷ Akıntürk, s. 187-188; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 306; Canyürek, s. 47; Canbolat, s. 78; Kapancı, s. 240-242.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 303. maddesinin son fıkrası ve Borçlar Kanunu m. 167/2 uyarınca, lehine feragat edilen borçluya rücu edilebilecek ve iç ilişkide onun payına düşen kısmı kendisinden tahsil edilebilecektir. Böyle bir durumda ise neticede o borçlunun borçtan kurtulmasından (eski kanundaki ifadesiyle *tahallüs etmesinden*) söz edilemeyecektir. Borçtan tahallüs etmek, sadece dış ilişki yönünden alacaklının davasından kurtulup borçlular arasındaki iç ilişkide hiçbir şeyin değişmeyeceği anlamına gelmemektedir; bir borçlu sadece alacaklıya karşı değil, rücu meselesinde diğer borçlulara karşı da bu borçtan kurtulduğunda borçtan tahallüs etmiş olur⁸⁸. Zaten Borçlar Kanunu'nun dış ilişkiyi düzenlediği 166. maddenin 3. fıkrasında konuyu, borçlunun "iç ilişkideki borca katılma payı oranında" diğer borçluları da kurtaracak bir sonuca bağlaması ile söz konusu unsurdan hareket etmesinin anlamı ve önemi bu noktada kendisini göstermektedir. Alacaklıya karşı artık diğer borçlular da bu miktarda borçtan kurtulmuş olacaklarından, ortada iç ilişki yönünden rücu talebine konu bir alacak bulunmayacaktır. Neticede, müteselsil borçlulardan biri hakkındaki davadan feragatin diğer davalı hakkındaki etkisi, daha doğrusu onu borçtan kurtarması ilişkinin niteliğine, iç ilişkiye, rücu müessesesi de dikkate alındığında hangi davalı hakkındaki davadan feragat edildiğine göre değişebilecektir⁸⁹.

Kanaatimizce bu haliyle diğer davalı borçlunun da davaya konu borçtan kısmen veya tamamen kurtulması, davadan feragatin usulî sonuçlarının diğer

⁸⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 304-306; Akıntürk, s. 181-182; Canyürek, s. 52, 53.

⁸⁹ *Davalılardan Hikmet aracın maliki ve işleteni olarak, diğer davalı Cevat ise bizzat haksız eylemde bulunan olarak sorumludur. Bu sorumluluk müteselsil sorumluluktur. Olayda davalı Hikmet'in diğer müteselsil sorumlu davalı Cevat'a rücu hakkı bulunmakta olup, sonuçta bütün zarar davalı sürücü Cevat'ın uhdesinde kalacaktır. Davacı alacaklının müteselsil borçlu davalı Cevat hakkındaki davasından feragat etmesi diğer borçlu Hikmet'i kesin olarak etkileyecektir. Davalı Hikmet hakkındaki davanın da reddine karar verilmek gerekir...*HGK. 07.06.1994 T., 7461/5816 (İnal, N., Açıklamalı Hukuk Yargılama Usulü Yasası, C. 1, Ankara (yıl belirtilmemiş), s. 854.; "...davalılardan lehine feragat olan H'nin rücu halinde hissesine isabet edecek miktar alacağın tamamından indirildikten sonra geriye kalandan diğer davalıların müteselsil sorumlu olacakları gözönünde tutularak ona göre hüküm tesisi gerekir..." TD. 09.03.1970 T., 4433/922 (Karahasan, M. R., Tazminat Davaları, Ankara 1976, s. 985'den nakleden Akyol Aslan, s. 372, dn. 351).

davalıya da teşmil edilmesi, onun hakkında da davadan feragat edildiğinin varsayılması demek değildir. Diğer davalı hakkındaki dava feragate ilişkin taraf usul işlemiyle kendiliğinden sona ermemiştir. Müteselsil borçlulardan birinin alacaklının iradesiyle söz konusu borçtan ifa olmaksızın azad edilmesinin maddî hukuka ilişkin sonuçları doğrultusunda diğeri de bundan yararlanarak borçtan kurtulduğu için, onun hakkındaki davanın esastan reddi ve mahkemenin hükmüyle sona erdirilmesi gerekir. Diğer davalı borçlunun ilişkinin niteliğine göre ve örneğin devralan işverenin sorumluluğunda görüldüğü üzere, kendisine alacak iddiası olarak yöneltilen borçtan tümüyle kurtulmama ihtimali karşısında o davalı bakımından kısmen kabul hükmü verilebilmesi de mümkündür. Yine, hakkındaki davadan feragat edilen borçlunun, diğer davalıyla iç ilişkisindeki payı borcun tamamını kapsamıyorsa, onun payı dışındaki kısım için diğer davalı aleyhine alacağın tahsiline hükmedilmelidir. Bu esaslarla dava arkadaşı müteselsil borçlunun borçtan kurtulması bir *itiraz* niteliğinde olduğundan, hâkim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır.

C. İç İlişki Bağlamında Birlikte Sorumlu İşverenlerin Durumu

Bilindiği gibi müteselsil borçlulukta, alacaklıya karşı (dış ilişkide) borcun tamamından sorumlu olan borçluların iç ilişkideki sorumlulukları, **aksi kararlaştırılmadıkça veya borçlular arasındaki hukukî ilişkinin niteliğinden anlaşılmadıkça**, eşit pay kuralına tâbidir (BK m. 167/1) ve kendi payından fazla ifade bulunan borçlunun ödediği fazla miktarı borçlulardan rücu yoluyla talep hakkı bulunmaktadır (f. 2). Rücu alacağı, Borçlar Kanunu'nun 168. maddesinde halefiyet ile güçlendirilmiştir.

Bir borçtan birden çok kimsenin farklı sebeplerle sorumluluğu söz konusu olduğunda sorumluluk derecelendirilirken ilk sırayı alan haksız fiil (kusur) sorumlusunun ardından akdî sorumlu ve son olarak kanundan dolayı sorumlu olan yer alır. O halde kanunî teselsül hükümleri gereğince bir kusursuz sorumlu, akdî sorumluya ve varsa kusur sorumlusuna rücu edebilir iken; sözleşme gereği sorumlu olan kanun gereği sorumluya yönelemez. Kusur sorumlusunun sorumluluğu ise diğer ikisinden önce gelmektedir⁹⁰.

⁹⁰ **Karlı, A.**, Rücu Davaları, İstanbul 1994, s. 69-70; **Akıntürk**, s. 138. 6098 sayılı yeni Borçlar Kanunu 61. maddesinde “birden çok kişi...aynı zarardan çeşitli sebeplerden

6098 sayılı Borçlar Kanunu'nun haksız fiilden doğan zararın tazmininde tam teselsül/eksik teselsül ayrımını kaldırmış olması da kanımızca bu genel ilkenin göz ardı edilmesini, sıranın tersine çevrilmesini gerektirmemektedir⁹¹. Ortada bir kusur sorumlusu yahut kendi iradesiyle akdettiği sözleşmeyi ihlal edip borca aykırı davranan mevcut iken, hakkaniyete de aykırı şekilde sorumluluğun sırf kanunî sorumlunun üzerinde kalması beklenemez. Ayrıca belirtelim, kıdem-ihbar tazminatı, yıllık izin ücreti, ikramiye, prim, fazla mesai, hafta ve bayram tatili mesai ücretleri gibi işçilik alacaklarının tahsilini amaçlayan eda davalarının haksız fiil sorumluluğu ve zarar kavramıyla da ilgisi bulunmayıp, ilişki ağırlıkla akdî sorumlu ile kanunî sorumlu arasındadır. Borçlar Kanunu'nun 167. maddesinin 1. fıkrasında da "...borçlular arasındaki hukukî ilişkinin niteliği" gereğince iç ilişkide eşit pay kurallardan ayrılmanın mümkün olduğu, sorumluluğun mutlaka her bir borçlunun üzerinde eşit şekilde kalmayabileceği öngörülmüştür. Gerçekten, muhtelif hukukî ilişkiler sonucu doğabilen müteselsil borçlulukta borçluların birbirlerine rücuunu aralarındaki hukukî ilişkinin niteliği belirlemektedir⁹².

Bir borçlu hakkındaki davadan feragatin diğer davalı birlikte sorumlu işverenlere etkisinin de Borçlar Kanunu'nun müteselsil borçluluk ve İş Kanunu'nun her ilişki hakkında öngördüğü esaslar doğrultusunda ele alınıp çözüme bağlanması gerekmektedir.

dolayı sorumlu oldukları takdirde..." diyerek sorumluluğun dayanaklarının 818 sayılı kanun döneminde eksik teselsül olarak adlandırılan şekilde farklı sebeplere de dayanabileceği gerçeğini göz ardı etmemiştir.

⁹¹ Yeni BK m. 62/1. fıkradaki düzenleme neticesinde de her iki kanun açısından zarar yükünün paylaşılması açısından bir değişiklik olmamıştır. 818 sayılı BK uyarınca da hakim, aynı esaslar çerçevesinde, bütün durum ve koşullar, özellikle onlardan her birine yüklenebilecek kusurun ağırlığı ve yarattıkları tehlikenin yoğunluğunu göz önünde tutarak dağılım yapmaktadır (**Dağdelen**, s. 164-168). Eski Borçlar Kanunu döneminde haksız fiil sorumluluğu bakımından gündeme gelen bu ayrımın kaldırılmasında alacaklıların korunması asıldır. İç ilişkide ise *Kapanıcı*'nin ifadesiyle "...yaşanacak hesaplaşmada adalet yerini bulacak, nihai yükler gerektiği gibi paylaşılacaktır. Adalette sıra gözetilmiştir, elleri en temiz olan daha az temiz olana öncelikle gidebilecektir" (**Kapanıcı**, s. 37).

⁹² 9. HD. 12.04.2012 T., 2010/3941 E., 2012/12613 K. (*Çalışma ve Toplum*, 2012/4, S. 35, s. 327).

1. Alt İşverenlik İlişkisinde

İş Kanunu 2. madde uyarınca muvazaaya dayanmayan geçerli bir alt işverenlik ilişkisinde asıl işverenin sorumluluğu, sadece dış ilişkide alacaklı işçiye karşı kanunî bir sorumluluk olduğundan, iç ilişkide aksi kararlaştırılmadıkça, nihaî olarak borçtan sorumluluk taşıyan iş sözleşmesinin tarafı alt işverendir⁹³. Asıl işveren işçiye kanundan, toplu iş sözleşmesinden veya iş sözleşmesinden kaynaklanan alacaklarını ödediğinde bunun tamamı için alt işverene rücu edebilecektir⁹⁴. Bir diğer ifadeyle alt işverenin iç ilişkideki sorumluluk payı tamdır.

O halde davalı alt işveren ile asıl işverene karşı açılan davada, davacı işçi alt işveren hakkındaki davadan feragat ettiğinde, alt işverenin alacaklıyı ifayla tatmin etmeksizin bu borçtan kurtulmasının diğer davalı asıl işverene de tam olarak sirayet ettiği ve Borçlar Kanunu m. 166 (f. 2, 3) uyarınca alacaklıya karşı talep sonucunda yer alan borçtan kurtulduğu kanaatindeyiz. Konuyu ibra bağlamında değerlendiren *Çil* de, işçinin doğrudan bağlı bulunduğu alt işverene verilen ibranamenin kural olarak asıl işveren bakımından da sonuç doğurduğunu belirtmektedir⁹⁵.

Tersine, davalı asıl işveren hakkındaki davadan feragat edilmiş ise, alt işverenin rücu imkânı söz konusu olmadığından, bundan diğer davalı alt işveren yararlanamaz. Borcu ifa baskısından alacaklının ihtiyarıyla kurtulan asıl işverenin, kural olarak, iç ilişkideki sorumluluğu zaten sıfırdır ve akdî sorumlu alt işverenin, asıl işverenin iç ilişkideki payından hareketle alacaklıya karşı borçtan kurtulmasını sağlayan bir meblağ bulunmamaktadır⁹⁶.

⁹³ 11. HD. 20.11.2003 T., 4353/11172; 11. HD. 16.9.2002 T., 4835/7702 (Karar metinleri için bkz. **Aydınlı, İ.**, Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008, s. 205, dn. 264).

⁹⁴ **Çenberci**, s. 121; **Taşkent, S.**, Alt İşveren, Legal İSGHD, 2004/2, C. 1, s. 366; **Canbolat, (T.)**, s. 75; **Süzek**, s. 152; **Mollamahmutoglu**, s. 144; **Demir, F.**, İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2003, s. 15; **Aydınlı**, Alt İşveren İlişkisi, s. 191; **Subaşı**, s. 165.

⁹⁵ **Çil, Ş.**, İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, *Kamu-İş*, 2004/3, C. 7, s. 19. Yazar, görüşünü, 6098 sayılı yasanın yürürlüğüyle ibraya ilişkin 166. maddede açık hüküm sevk edilmeden önce, -ibranamede aksi açıkça öngörülmedikçe ve halin icabından anlaşılmadığı sürece- kaydıyla dile getirmiştir.

⁹⁶ Yargıtay 4. HD.nin 29.09.2009 T., 3099/10393 sayılı içtihadında da, rücu hakkı bulunmayan davalının iç ilişkide durumunun ağırlaştırılması söz konusu olmadığından, diğer

Davacı, alacaklı işçi lehine kanun gereği borçlu sıfatı atfedilmiş asıl işverene yönelttiği talep sonucundan vazgeçmiş ise de, akdî sorumlu işvereninden borcun ifası talebini sürdürmektedir.

2. İşyeri Devrinde

İşyeri devrinde devreden işverenin, devirden önce doğmuş ve devir tarihinde ödenmesi gereken borçlardan devralan işverenle işçiye karşı birlikte sorumluluğunun, işverenler arasındaki iç ilişkide nasıl düzenlendiği öncelikle devri sağlayan hukukî işleme göre belirlenebilecektir. Öyle ki, devir bedeli söz konusu işçi alacakları da dikkate alınmak suretiyle daha düşük kararlaştırılmış, bu tutar örneğin satım sözleşmesinde peşinen semenden mahsup edilmiş yahut borçtan sadece devralanın sorumluluğu öngörülmüş ise, devreden davalı işveren hakkındaki feragatin diğer davalı devralan işverenin sorumluluğuna herhangi bir etkisi olmaması gerekir. Onun hakkındaki davaya devam edilerek varsa alacaklar hüküm altına alınmalıdır. Böyle bir kararlaştırma, ayrık durum bulunmadığı müddetçe devreden işverene karşı onun döneminde doğmuş alacaklara ilişkin davadan feragat, devralanın borcunu da bu tutarda sona erdirmektedir⁹⁷.

Devirden önce, devreden işveren nezdinde çalışılan dönemden kaynaklanan fazla mesai ücreti, ulusal bayram genel tatil çalışma ücreti, hafta tatili ücreti, ücret, ikramiye, prim gibi alacaklar yönünden İş Kanunu m. 6 uyarınca iki yıl süreyle birlikte sorumluluk taşıyan devreden işveren, iç ilişkide de bu alacaklardan sorumlu olup rücu ilişkisi çerçevesinde devralan işveren devredene rücu edebilecektir⁹⁸. 1475 sayılı İş Kanunu'nun kıdem tazminatını düzenleyen 14. maddesine göre de; işyerlerinin devir veya intikali yahut herhangi bir suretle bir işverenden başka bir işverene geçmesi veya başka bir yere nakli halinde işçinin kıdemi, işyeri veya işyerlerindeki hizmet akitleri

davalı hakkındaki feragatten etkilenmeyeceği ve onun hakkındaki davanın feragat nedeniyle reddedilemeyeceği sonucuna ulaşılmıştır. (<http://www.legalbank.net/belge.aspx?id=661351>).

⁹⁷ Ayrıca, devreden işverenin alacaklı işçi tarafından ibra edilmesi halinde, devreden işverenin sorumluluğu kadar devralanın borcunun da sona erdiği kabul edilmektedir (Çil, İbra Sözleşmesi, s. 19).

⁹⁸ **Özkaraca**, E., İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukukî Sorumluluğu, İstanbul 2008, s. 338.

sürelerinin toplamı üzerinden hesaplanır ve bu halde işlemiş kıdem tazminatlarından her iki işveren sorumludur. Ancak, işyerini devreden işverenin bu sorumluluğu işçiyi çalıştırdığı süre ve devir esnasında işçinin aldığı ücret seviyesiyle sınırlıdır ve kıdem tazminatı yönünden iki yıllık süre sınırı bulunmamaktadır. Devralan işveren, devreden işverene kıdem tazminatının belirtilen miktarı için rücu edebilecektir⁹⁹.

Gerek 4857 sayılı İş Kanunu'nun 6. maddesi gerekse 1475 sayılı İş Kanunu'nun 14. maddesi uyarınca devralan işverenin sorumluluğu daha geniş bir dönemi kapsamaktadır. O hem işçinin devirden önceki alacaklarından hem daha sonra işçiyi kendi nezdinde çalıştırdığı döneme ilişkin alacaklardan sorumludur ve -devirden sonraki dönem bakımından- birlikte sorumluluk da rücu ilişkisi de ortaya çıkmamaktadır. Devreden işveren ise iç ilişkide de kural olarak, devirden önceki alacaklar ile özel bir düzenlemeye bağlanan kıdem tazminatının işçiyi çalıştırdığı süre ve devir tarihindeki ücret seviyesiyle sınırlı kısmından sorumluluk taşıyıp bu alacaklar yönünden devralana rücu edemeyeceğinden, devralan işveren hakkındaki davadan feragat, devreden işverene etki etmemelidir. Belirtilen sorumluluk esasları çerçevesinde kendi sorumluluğundaki alacakların devreden davalı işverenden tahsiline hükmedilmelidir.

İşçi alacaklarına ilişkin davalar çoğu zaman objektif dava birleşmesi şeklinde açıldığından, birden çok talebin bir kısmından feragat edilmiş ise, talep sonucundan vazgeçmenin hangi alacaklar bakımından olduğu da önem taşımaktadır. Örneğin ihbar tazminatına ve/veya izin ücretine¹⁰⁰ münhasır

⁹⁹ **Güzel**, A., İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987, s. 443; **Çenberci**, s. 325; **Ekonomi**, M., İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi, *Kamu-İş*, 2000/Nisan, C. 5, S. 3, s. 334. *Son işveren olan davalı davacının kendi yanında çalıştığı süreden ve işyerini devraldığı, dava dışı işverenin yanında çalıştığı süreden sorumludur. Ancak daha önceki işveren de kendi döneminden işyerinin devri tarihindeki ücret üzerinden sorumlu olduğundan davalının rücu hakkı da bulunduğu dikkate alınarak...*9. HD. 22.04.2004 T., 2003/20352 E., 2004/9110 K. (<http://www.calismatoplum.org/sayi4/abc/y9/7.pdf>).

¹⁰⁰ Bu arada belirtelim, iş ilişkisinin devamı esnasında kullanılmayan yıllık izinlerin karşılığı, akdin herhangi bir nedenle sona ermesinde ücret alacağına/izin ücreti alacağına dönüşmektedir (İş K. m. 59). Anayasal bir hak olan dinlenme hakkından vazgeçilememesi, para alacağına ilişkin davadan feragat edilemeyeceği anlamına gelmemektedir. İş sözleşmesi yürürlükteyken dinlenme hakkı ve bunun paraya tahvil edilememesi ile

olmak üzere davadan feragat edildiğinde, devirden sonra doğan ve akdin sona ermesine bağlı bu alacaklardan zaten sadece devralan işveren sorumluluk taşımakta olup¹⁰¹ anılan talepler ihtiyarî dava arkadaşlığı şeklinde her iki işverene birden yöneltilemeyecektir. Dolayısıyla bu alacaklar yönünden feragat, sadece alacaklı ile davalı devralan işveren arasındaki davayı sona erdirmektedir ve ihtiyarî dava arkadaşlığıyla ilgisi bulunmamaktadır.

3. Geçici İş İlişkisinde

Geçici iş ilişkisinin iş sözleşmesinin taraflarında bir değişiklik meydana getirmediği, geçici iş ilişkisi kurulan işverenin sözleşmenin tarafı haline gelmediği yukarıda açıklanmıştır. İş hukukunda ücretin 3. kişi tarafından da ödenmesi mümkün olduğundan (İş K. m. 32/1), ücreti geçici işverenin ödemesi de onun sözleşme dışı bir borçlu olduğu gerçeğini etkisizleştirmektedir. İş Kanunu'nun 7. maddesindeki “işverenin, ücreti ödeme yükümlülüğü devam eder. Geçici iş ilişkisi kurulan işveren, işçinin kendisinde çalıştığı sürede ödenmeyen ücretinden...işveren ile birlikte sorumludur” hükmünden esasen sorumluluğun sürekli işverene ait olduğu anlaşılmaktadır¹⁰². Dolayısıyla bu üçlü iş ilişkisinde; “geçici iş ilişkisi kurulan işveren” dış ilişkide kanun gereği sorumlu olup, sözleşme gereği sorumluluk taşıyan yine iş sözleşmesinin tarafı olan “sürekli işveren”dir. O halde kanunî sorumlu geçici işverenin ödediği ücret alacağı bakımından akdî sorumluya rücu imkânı mevcuttur¹⁰³. Buna göre, davacı sürekli işverene yönelik talep sonucundan vazgeçmiş ise geçici işveren hakkındaki davanın da reddi gerekir.

İşverenler arasında aksi kararlaştırılıp ücret alacaklarından geçici işverenin sorumluluğu benimsenmedikçe¹⁰⁴, iş sözleşmesinin tarafı işverenin ise

davada izin ücreti talep edilmesi, keza bundan feragat edilmesi ayrı konulardır. “Yıllık ücretli izin hakkı ile yıllık ücretli izin alacağı birbirlerinden farklı kavramlardır”. HGK. 05.07.2000 T., 9-1079/1103 (<http://mts.org.tr/mevzuat/7751>).

¹⁰¹ **Özkaraca**, İşyeri Devri, s. 390 vd.

¹⁰² **Ekmekçi**, Geçici İş İlişkisi, Legal İSGHD, s. 373, 375.

¹⁰³ **Caniklioğlu**, s. 134. Aksi yönde, işçilik haklarını ödeyen sürekli işverenin geçici işverene rücu edeceği görüşü (**Demir**, s. 39).

¹⁰⁴ Anlaşma şartlarına göre ödünç veren (sürekli) işverenin, ödünç alana (geçici işverene) rücu hakkı saklıdır (**Ekonomi**, s. 12).

geçici iş ilişkisi kurulan işverene rücu hakkı bulunmamaktadır ve alacaklardan nihaî olarak iç ilişkide kendisi sorumlu kalmaktadır. Bunun sonucunda, geçici iş ilişkisi kurulan davalı işveren hakkındaki davadan feragat edilmesinin sözleşmenin tarafı olan sürekli işverene etki etmemesi ve dava konusu ücret alacağından işçiye karşı sorumluluğunun sürmesi gerekir.

4. Yeni İşverenin Sorumluluğunda

İş Kanunu'nun 23. maddesinde düzenlenen yeni işverenin sorumluluğu, işverenler arasında bir sözleşme ilişkisi bulunmadığından akdî sorumluluk değildir. İşçinin önceki işverenine karşı sorumluluğu, yasanın -b ve -c bentlerinde öngörülen olgular (yeni işverenin işçinin davranışını bilerek onu işe alması yahut sonradan öğrenmekle birlikte çalıştırmayı sürdürmesi) olmaksızın da mevcuttur¹⁰⁵. Eş deyişle burada işçinin davacı işverene karşı borcunun doğumuyla yeni işverenin varlığı, davranışı arasında herhangi bir illiyet bağı bulunmamaktadır. Yasa bu olguları, iç ilişkide işçinin yükünü hafifletmek bakımından değil, yeni işverenin dış ilişkide önceki işverene karşı borca katılma yoluyla sorumlu olmasının şartı niteliğinde düzenlemiştir. Dolayısıyla işçinin, -b ve -c bentlerindeki haller açısından iç ilişkide yeni işverene rücu hakkı bulunmadığı kanısındayız. İşçi yeni bir işveren nezdinde çalışmaya başlamasa dahi her halükârda önceki işverene karşı ifa yükümlülüğü taşıdığı bir borcunu, daha sonraki ilişkilerin seyrine göre alacaklıya karşı yasa gereği sorumlu üçüncü bir kişi (yeni işveren) ortaya çıktığı için ona kısmen veya tamamen yükleyememelidir. Kaldı ki akdî sorumlunun kanunî sorumluya rücu müteselsil borçlulukta iç ilişkideki sıraya ve sorumluluk derecelerine de uygun düşmemektedir. Aksine, iç ilişkide sorumluluğu kendisi taşımakta olup yeni işverenin ödediği tüm tutar bakımından işçiye rücu edebileceği görüşündeyiz. O halde davadan işçiye karşı feragat edilmiş ise, yeni işveren de borçtan kurtulacağı için hakkındaki davanın reddi gerekir. Fakat feragat iradesi davalı yeni işveren bakımından açıklanmış ise bunun işçi ile davacı işveren arasındaki davaya etkisi olmadığı, işçi aleyhine alacağın hüküm altına alınması gerektiği kanaatindeyiz.

23. maddenin -a bendinde düzenlenen “işçinin bu davranışına yeni işverenin sebep olması” bakımından ise meseleye daha farklı yaklaşılmalıdır.

¹⁰⁵ Çenberci, s. 348-349.

Buradaki “sebeup olma” kavramını sadece ayartma şekilde anlamamak gerekir; zaten sözleşmeyi fesih niyeti olan işçinin kararını teşvikle çabuklaştırma da bu kapsamda değerlendirilmelidir¹⁰⁶. Önemli olan işçinin sürenin hitamından önce veya bildirim süresine riayet etmeksizin sözleşmeyi haksız feshi ile yeni işverenin kasıtlı fiili arasında bir şekilde illiyet bağı bulunmasıdır. Bu durumda artık işçinin erken/usulsüz fesih işlemi, yeni işverenin tutumundan tümüyle bağımsız değildir ve işçinin akde aykırı davranmasında onun kusurlu, dürüstlük kuralına aykırı hareketi de devreye girmekte, etkili olmaktadır. İlk bentteki halin bir haksız fiil sorumluluğu olarak değerlendirilmesinin sebebi de budur. Böyle bir ortamda somut olay özellikleri, diğer davalı borçlu yeni işverenin kusuru göz önüne alındığında iç ilişkide sorumluluğun sırf işçiye yüklenmesi hakkaniyete pek uygun düşmeyecektir ve Borçlar Kanunu’nun 62. maddesinden de yararlanılarak paylaştırmada yeni işverenin iç ilişkide kısmen sorumlu tutulması mümkündür. Borçlar Kanunu’nun prensip olarak benimsediği ve Yargıtay kararlarında¹⁰⁷ işaret edilen eşit pay kuralının özellikle -a bendi bakımından uygulanması isabetli olur. Dolayısıyla, davalılardan biri hakkındaki feragat diğerine ancak iç ilişkideki payı kadar etki edebileceğinden, diğer dava arkadaşı hakkındaki davanın da feragat nedeniyle doğrudan ve tamamen sona erdiği sonucuna ulaşılmamalıdır.

¹⁰⁶ **Akyiğit**, s. 895.

¹⁰⁷ “Davacı ihbar tazminatının rücuun ödetilmesine karar verilmesini istemiştir...önceki davada hüküm altına alınan ihbar tazminatı tutarındaki miktarın yeni işveren durumunda olan davacı banka ile davalı arasında eşit şekilde paylaşılarak davalının bu paydan sorumlu tutulması ve fazlaya ait isteğın reddine karar verilmesi gerekirken, ödemenin tamamından davalının sorumlu tutulması isabetsiz olup bozmayı gerektirmiştir” 9. HD. 08.10.1992 T., 3428/10990 (**Çil**, Şerh 2004, s. 452). *Akyiğit*’e göre, madde 23/a kapsamında haksız fiil niteliğindeki bu davranış yeni işvereni fer’an müşevvik veya fer’an medhaldar konumuna sokabilecektir. Yeni işveren bakımından akde aykırılıktan söz edilemeyeceğine göre haksız fiil sorumluluğu kapsamında işçiyle yeni işverenin birbirine karşı rücu hakkı olup olmadığını ve kapsamını yargıç takdir edecektir. Haksız fiil sorumluluğu olarak değerlendirilemeyen ve işverenin sorumluluğunun bizzat kanundan doğduğu -b ve -c bentleri açısından ise eşit pay kuralının uygulanması olayın özellikleri içinde haklı görülebilir (**Akyiğit**, s. 900-901). Fakat kişisel görüşümüz, yukarıda açıklandığı üzere, bu son iki halde yeni işverenin iç ilişkide sorumluluk taşımadığı yönündedir.

Neticeten, İş Kanunu'nun 23. maddesi uyarınca açılan davalarda yeni işverenin sorumluluğunun hükümde sayılan hallerden hangisine dayandığı somutlaştırılıp buna açıklık kazandırılmalıdır. İçtihatlarda ise, örneğin yukarıda aktarılan 9. Hukuk Dairesi'nin 13.07.2010 T., 2008/35680 E., 2010/23222 K. sayılı kararında¹⁰⁸ olduğu gibi, bu yön üzerinde durulmaksızın dava arkadaşı işçi hakkındaki davadan feragatin tümüyle diğer davalı yeni işveren şirkete de teşmil edilmesinin isabetli olmadığı düşüncesindeyiz.

SONUÇ

Medenî yargılamaya hâkim olan ilkelere tasarruf ilkesi, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebilecekleri davalarda davanın taraf usul işlemiyle sona erdirilmesinde de kendisini göstermektedir. Karşı tarafın veya mahkemenin kabulüne bağlı olmayan davadan feragat, taraf iradesine üstünlük tanınmasıyla davanın sona ermesini sağlayan ve hüküm yerine geçen taraf işlemlerindedir. Sulh ve kabulün yanı sıra, hükmün surrogatları arasında yer alan davadan feragat kesin hüküm gibi sonuç doğurur. Davadan feragat dava konusu olan, talep sonucunda yer alan haktan da feragat sonucuna yol açtığından davacı bu talebini artık tekrar dava edemez.

İhtiyarî dava arkadaşlığına imkân tanıyan birlikte (müteselsil) sorumluluk hallerinde, birden çok davalı aleyhine dava açan davacının da davasından feragat edebilmesi elbette mümkündür. Akdî teselsül dışında müteselsil borçluluk ancak kanunda öngörülen hallerde doğmaktadır. İş Kanunu'nda da örneğin alt işverenlik ilişkisinde, işyeri devrinde, geçici iş ilişkisinde ve yeni işverenin sorumluluğunda birlikte sorumluluk esas kabul edilmiştir. İhtiyarî dava arkadaşlığında her dava arkadaşının davası diğerinden bağımsız olduğundan, prensip itibarıyla davalılardan biri lehine davadan feragat diğer dava arkadaşına etki etmemektedir. Ancak davadan feragatin maddî hukuk bakımından beraberinde getirdiği sonuçlar da olup, bu sonuçlar doğrultusunda birlikte sorumlu diğer dava arkadaşının da borçtan kısmen veya tamamen kurtulması söz konusu olabilmektedir.

Nitekim Borçlar Kanunu'nun müteselsil borçlulukta borcun sona ermesini düzenleyen 166. maddesi uyarınca borçlulardan biri, alacaklıya ifade

¹⁰⁸ Bkz. III, B.

bulunmaksızın borçtan kurtulmuşsa, diğer borçluların da bundan durumun veya borcun niteliğinin elverdiği ölçüde yararlanabileceği düzenlenmiştir (f. 2). Alacaklının alacağını istemekten vazgeçmek suretiyle borçluyu borçtan kurtarması anlamı taşıyan ibra da, borçlunun ifa olmaksızın borçtan kurtulmasını sağlayan işlemlerdendir. Aynı maddenin ibrayı özel olarak düzenleyen son fıkrasında, alacaklı tarafından borçlulardan birinin ibra edilmesi halinde, ibra edilenin iç ilişkideki borca katılma payı oranında diğer borçluların da borçtan kurtulacağı benimsenmiştir. Alacaklının derdest bir dava esnasında alacağını istemekten vazgeçmesi ve nihaî olarak borçlulardan birinin söz konusu ifa talebinden kurtulması, davadan feragatle gerçekleşebilmektedir. Bu yönüyle davadan feragat maddî hukuk bakımından adeta ibradır. Elbette davadan feragatin belirtilen sonuçları doğurması bakımından ibra sözleşmesi şeklinde yapılması gerekmeyip, davadan feragat için usulün öngördüğü şekle uymak yeterlidir.

Birçok içtihadta ihtiyarî dava arkadaşı davalılardan biri hakkındaki feragatin diğer davalıya etkisine ilişkin değerlendirmelerde, borçlular arasındaki iç ilişki ve tabiatıyla rücu meselesinden hareket edilmesi isabetlidir. Bu hususta, alacaklının diğerlerinin zararına olarak borçlulardan birinin durumunu iyileştirmesinin sonuçlarına katlanacağı kuralı da dayanılan argümanlardandır.

Davadan feragatin birlikte sorumlu diğer dava arkadaşını da kısmen veya tamamen etkilemesi, taraf usul işleminin, hakkında feragat beyanı bulunmayan davalıya teşmil edilerek onun açısından da davadan feragat edilmiş sayılması anlamına gelmemektedir. Eş deyişle diğer davalı hakkındaki dava feragat nedeniyle sona ermemektedir. Davadan feragatin maddî hukuka ilişkin sonuçları arasında, lehine davadan feragat edilen davalı borçlunun iç ilişkideki payı oranında diğer borçlu da borçtan kurtulduğu için onun hakkındaki dava esasa dair verilecek bir hükümle sona ermelidir. Eğer bu davalı iç ilişkide de borçtan kısmen sorumluluk taşıyorsa, davaya söz konusu kısım yönünden devam edilerek hüküm verilmelidir.

İş davalarında, örneğin asıl işverenin veya geçici işverenin sorumluluğunda olduğu gibi, alacaklıya karşı akdî sorumlunun yanında kanun gereği birlikte sorumlu tutulan borçlunun, aksi kararlaştırılmadıkça, iç ilişkide zaten sorumluluğu bulunmadığından, bu davalılar hakkındaki feragatin diğer dava arkadaşına etki etmemesi gerekir. İş sözleşmesinin tarafı alt işveren veya

sürekli işverenin ise iç ilişkideki borca katılma payı tam olduğundan, adı geçen davalılar yönünden davadan feragat edilmesi halinde diğer dava arkadaşının da bundan yararlanması ve dolayısıyla borçtan kurtulduğunun kabulü gerekir. O itibarla davadan feragatin birlikte sorumlu dava arkadaşlarına etkisi konusunda, hangi davalı hakkındaki davadan feragat edildiği, kanunî teselsül esasları, hukukî ilişkinin niteliği ve buna bağlı olarak borçlular arasındaki iç ilişki belirleyicidir. Maddî hukuk, ele alınan hükümlerinde alacaklı ve borçlular arasındaki dış ilişki ile borçluların kendi aralarındaki iç ilişkiyi tümüyle birbirinden ayrı addetmemiş, aksine dış ilişkide borcun ifa olmaksızın sona ermesini, diğer borçlunun borçtan kurtulmasını borcun niteliğinden ve iç ilişkiden hareketle düzenlemiştir.

Davacının tüm bu unsurları ve hususları göz önüne alarak feragat beyanında bulunması hakkının korunması ve alacağına kavuşabilmesi bakımından önem taşımaktadır. Keza yargı kararlarında da uyumsuzluğun genelleme yapılmadan, borç ilişkisinin niteliği ve teselsülün her müessese bakımından iç ilişkideki esasları doğrultusunda çözülmesi gerekir.

Kaynakça

- Akıntürk, T.;** Müteselsil Borçluluk, Ankara 1971.
- Akyiğit, E.;** 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, C. 1, Ankara 2006.
- Akyol Aslan, L.;** Medenî Usul Hukukunda Davadan Feragat, Ankara 2010.
- Alangoya, Y.;** Medeni Usul Hukukunda Vakıaların ve Delillerin Toplanmasına İlişkin İlkeler, İstanbul 1979.
- Alangoya, Y.;** Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 2001.
- Alp, M.;** Yeni Türk Ticaret Kanunu'na Göre Bölünme, Birleşme ve Tür Değiştirmenin İş İlişkilerine Etkisi, *Çalışma ve Toplum*, 2012/1.
- Alpagut, G.;** Mesleki Anlamda Geçici İş İlişkisi: Sınırlamadan Teşvike, A. Can Tuncay'a Armağan, İstanbul 2005.
- Alpagut, G.;** İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2010 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2012.
- Aslanköylü, R.;** Sosyal Sigortalar Kanunu Yorumu, Ankara 2003.
- Aydınlı, İ.;** Türk İş Hukukunda Alt İşveren İlişkisi ve Muvazaa Sorunu, Ankara 2008, (*Aydınlı, Alt İşveren İlişkisi*).
- Aydınlı, İ.;** Borç İlişkisinin Nisbilik Özelliğine Getirilen İstisnalar Işığında İş Hukukunda İşçi-İşveren İlişkilerinin Değerlendirilmesi, *Çalışma ve Toplum*, 2008/1.
- Becker-Eberhard, E.;** Dava Malzemesinin Taraflarca Getirilmesi İlkesinin Esasları ve Sınırları (Derleyen: **Yıldırım, M. K.;** İlkeler Işığında Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 2006).
- Belgesay, M. R.;** Dava Teorisi, İstanbul 1943.
- Berki, Ş.;** Borçların Sukutu, AÜHFD., 1968, C. 25, S. 1-2.
- Berkin, M. N.;** Medenî Usul Hukuku Esasları, İstanbul 1969.
- Bozkurt, A.;** İş Davaları, Ankara 1999.

- Buz, V.;** Yenilik Doğuran Haklar, Ankara 2005.
- Canbolat, F.;** Mütessesil Borcun Sona Erme Nedenleri, -Borçlar Kanunu Tasarısındaki İlgili Hükümlerin Kısa Değerlendirilmesi ile Birlikte-, Ankara Barosu Dergisi, 2008/3, Yıl: 66.
- Canbolat, T.;** Türk İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkileri, İstanbul 1992.
- Caniklioğlu, N.;** Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Tarafları Açısından Hukuki Sonuçları, Legal Vefa Toplantıları II, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008.
- Canyürek, M.;** Mütessesil Borçlulukta İç ve Dış İlişkiler, İstanbul 2003.
- Çankaya, O. G./Çil, Ş.;** İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, Ankara 2006.
- Çelik, N./Caniklioğlu, N./Canbolat, T.;** İş Hukuku Dersleri, İstanbul 2014.
- Çenberci, M.;** İş Kanunu Şerhi, Ankara 1984.
- Çil, Ş.;** İş Hukukunda İbra Sözleşmesi, *Kamu-İş*, 2004/3, C. 7, (Çil, İbra Sözleşmesi).
- Çil, Ş.;** 4857 Sayılı İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Ankara 2004, (Çil, Şerh 2004).
- Çil, Ş.;** İş Kanunu Şerhi, 1. Cilt, Ankara 2007.
- Dağdelen, A. H.;** 818 ve 6098 Sayılı Borçlar Kanunlarında Borçlular Arasında Teselsül, İstanbul 2011.
- Demir, F.;** İş Hukuku ve Uygulaması, İzmir 2003.
- Deren Yıldırım, N.;** Kesin Hükümün Subjektif Sınırları, İstanbul 1996.
- Ekmekçi, Ö.;** 4857 Sayılı İş Kanunu'nda Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması, Hükümleri ve Sona Ermesi, Legal İSGHD, 2004/2, C. 1, (Ekmekçi, Geçici İş İlişkisi, Legal İSGHD).
- Ekmekçi, Ö.;** Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2003 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, Ankara 2005, (Ekmekçi, 2003 Yılı Değerlendirme Semineri).

- Ekmekçi, Ö.;** Geçici (Ödünç) İş İlişkisinin Kurulması ve Sona Ermesi, Legal Vefa Toplantıları II, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008.
- Ekonomi, M.;** İşyerinin Bir Bölümünün Devri (Kısmi Devir) ve İş İlişkilerine Etkisi, *Kamu-İş*, 2000/Nisan, C. 5, S. 3.
- Ekonomi, M.;** Bireysel İş İlişkisinin Kurulması ve İşin Düzenlenmesi Açısından Yargıtay'ın 2007 Yılı Kararlarının Değerlendirilmesi, İstanbul 2009.
- Engin, M.;** Türk İş ve Sosyal Güvenlik Hukukunda İşveren, İstanbul 1993.
- Eren, F.;** Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul 2006.
- Grunsky, W.;** Grundlagen des Verfahrensrecht, Bielefeld 1974.
- Günay, C. İ.;** İş Davaları, Ankara 2008.
- Gürdoğan, B.;** Medenî Usul Hukukunda Kesin Hüküm İtirazı, Ankara 1960.
- Güzel, A.;** İşverenin Değişmesi-İşyerinin Devri ve Hizmet Akitlerine Etkisi, İstanbul 1987.
- İnal, N.;** Açıklamalı Hukuk Yargılama Usulü Yasası, C. 1, Ankara (yıl belirtilmemiş).
- Kapancı, K. B.;** Birlikte Borçlulukta Borçlular Arası İlişkiler, İstanbul 2014.
- Karagöz, V.;** İş Sözleşmesinde Cezai Şart, Ankara 2006.
- Karahasan, M. R.;** Sorumluluk Hukuku, İstanbul 2003.
- Karşlı, A.;** Rücu Davaları, İstanbul 1994.
- Karşlı, A.;** Medeni Usul Hukukunda Usulî İşlemler, İstanbul 2001.
- Karşlı, A.;** Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2011.
- Kılıçoğlu, A.;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara 2010.
- Kılıçoğlu, M./Şenocak, K.;** İş Kanunu Şerhi, C. 1, İstanbul 2008.
- Kuru, B.;** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. III, İstanbul 2001.
- Kuru, B.;** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, İstanbul 2001, (*Kuru, C. IV*).
- Meriç, N.;** Medenî Yargılama Hukukunda Tasarruf İlkesi, Ankara 2011.

- Mollamahmutoğlu, H.;** İş Hukuku, Ankara 2005.
- Musielak, H. J.;** Grundkurs ZPO, München 2005.
- Narmanhoğlu, Ü.;** İş Hukuku, Ferdi İş İlişkileri I, İzmir 1998.
- Narmanhoğlu, Ü.;** Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisinden Doğan Sorumluluklar, Legal Vefa Toplantıları II, Prof. Dr. Nuri Çelik'e Saygı, Türk İş Hukukunda Üçlü İlişkiler, İstanbul 2008.
- Oğuzman, K.;** Hizmet (İş) Akdinin Feshi, İstanbul 1955.
- Özkaraca, E.;** İşyeri Devrinin İş Sözleşmelerine Etkisi ve İşverenlerin Hukukî Sorumluluğu, İstanbul 2008, (*Özkaraca, İşyeri Devri*).
- Özkaraca, E.;** İşyerinin Devri Halinde İşverenlerin Hukukî Sorumluluğu, Kadir Has Üniversitesi, Hukuk Fakültesi - İş Hukukunda Üçlü İş İlişkileri, Sempozyum-04 Nisan 2009, İstanbul 2009.
- Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.;** Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2007.
- Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.;** Medenî Usûl Hukuku, Ankara 2011.
- Postacioğlu, İ.;** Medeni Usul Hukuku Dersleri, İstanbul 1975.
- Reisoğlu, S.;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2004.
- Serozan, R.;** Haksız Fiil ve Haksız Zenginleşme Sorumluluklarının Açıklarını Sözleşme Sorumluluğu ile Kapatma Eğilimi, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007.
- Soyer, P.;** Rekabet Yasağı Sözleşmesi, Ankara 1994.
- Subaşı, İ.;** İş Hukukunda Asıl İşveren-Alt İşveren İlişkisi, Prof. Dr. Sarper Süzek'e Armağan, C. I, İstanbul 2011.
- Süzek, S.;** İş Hukuku, İstanbul 2014.
- Şahlanan, F.;** Alt İşveren İşçisine Karşı Asıl İşverenin Mütessesil Sorumluluğunun Sınırları, İş Hukuku ile İlgili Yargıtay Kararları: Karar İncelemeleri, İstanbul 2011.
- Şener, O. H.;** Sözleşmeyle Yapılan Teminat Amaçlı Borca Katılma, DEÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 11, Özel S. 2009, Basım yılı: 2010.
- Taşkent, S.;** Alt İşveren, Legal İSGHD, 2004/2, C. 1.

- Taşpınar, S.;** Medeni Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri, Ankara 2001.
- Tekinay, S. S./Akman, S./Burcuoğlu, H./Altop, A.;** Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul 1993.
- Tunçomağ, K./Centel, T.;** İş Hukukunun Esasları, İstanbul 2013.
- Ulukapı, Ö.;** Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991.
- Üstündağ, S.;** Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000.
- Yavaş, M.;** Mevaz Kanun ile Türk Hukukunda ve Mukayeseli Hukukta Medeni Yargılamaya Hakim Olan İlkeler ve Hakimin Rolü, Prof. Dr. Yavuz Alangoya İçin Armağan, İstanbul 2007.

**^HDELİL TESPİTİNE İLİŞKİN
BİR ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ KARARI**

*(Çev.) Dr. Birce ARSLANDOĞAN**

Alman Federal Mahkemesi'nin 6. Dairesi'nin 24 Eylül 2013 tarihli ayrı delil tespitine ilişkin VI ZB 12/13 sayılı kararı¹

Kaynak (Nachschlagewerk): Evet

Alman Federal Mahkemesi'nin Hukuk Davalarındaki Kararları (BGHZ): Evet

Alman Federal Mahkemesi'nin Sistematiik Derlemesi (BGHR): Evet

Alman Medeni Usul Kanunu (ZPO) m. 485/II

Sağlığa ilişkin zararın sorumluluk hukuku bakımından geçerli olan temel nedenlerinin, dava açılmadan önce, bir uzman yoluyla tespit edilmesinde hukuki menfaat, bilfiil bu hususun bir davanın açılmasının önüne geçilmesinin tespiti için hizmet görecek olmakla beraber şayet kesin olarak aydınlatılması için başkaca izahlar gerekli görülüyorsa, bulunmaktadır.

Alman Federal Mahkemesi, 24 Eylül 2013 - VI ZB 12/13 - Dresden Eyalet Yüksek Mahkemesi, Dresden Asliye Hukuk Mahkemesi

Alman Federal Mahkemesi'nin 6. Hukuk Dairesi, 24 Eylül 2013 tarihinde, daire başkanı hâkim Galke, hâkim Zoll, hâkim Diederichsen ve hâkimler Pauge ve Stöhr'den oluşan mahkeme heyeti şu kararı vermiştir:

Davacının kanun yolu başvurusu üzerine, Dresden Eyalet Yüksek Mahkemesi 4. Hukuk Dairesi'nin 18 Mart 2013 ve Dresden Asliye

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹ Kararın almanca metni için bakınız: <http://www.bundesgerichtshof.de/>.

Hukuk Mahkemesi 6. Hukuk Dairesi'nin 1 Kasım 2012 tarihli kararları kaldırılmaktadır. 06 Temmuz 2012 tarihli başvuru dilekçesine uygun olarak delil gösterilmesi gerekmektedir. Bunun haricinde lüzumlu olan karar ve tedbirler Asliye Hukuk Mahkemesi'ne aktarılacaktır.

Şikayet için müddeabihin kıymeti 20.000 € olarak tespit edilmiştir.

Gerekçe (Gründe):

Davacı, delil tespiti prosedürü ile, davalı tarafın kliniğinde 25 Kasım 2009 tarihinde PEG²-sondasının takılması ve 15 Aralık 2009 tarihine kadar yerleşik olarak bırakılması ile ilgili bilirkişilerce değerlendirme talep etmektedir. Davacı, 20 Kasım-15 Aralık 2009 tarihleri arasında davalı tarafın müessesesinde kalp ameliyatı sonrasında ve rehabilitasyon için yataklı olarak tedavi görmüştür. Davacı başlangıçta burnundan içeri sokulmuş olan bir sonda vasıtasıyla beslenmiş ve suni solunum desteği ile nefes almış ve akabinde davacıya 25 Kasım 2009 tarihinde PEG-sondası yerleştirilmiştir. Davacının genel sağlık durumunun sürekli olarak kötüye gitmesi sonucunda kendisi, 16 Aralık 2009 tarihinde bir anestezi ve yoğun bakım kliniğinde acil olarak ameliyat edilmiştir. Ameliyat raporunda, davacıda, yerleştirilmiş olan PEG-sondası nedeniyle mide perforasyonun ortaya çıkmış olduğu tespit edilmiştir. Yetkili Eyalet Tabipler Odasında gerçekleştirilen tahkim yargılaması sonunda, davacı, delil tespiti yolu ile aşağıdaki soruların açıklığa kavuşturulması talebi ile yazılı bir bilirkişi raporunun düzenlenmesi için başvuruda bulunmuştur;

1. 25.11.2009 tarihinde davalının çalışanları tarafından davacının vücuduna yerleştirilen PEG-sondasının, uygun tıbbi şartlara göre yerleştirilip yerleştirilmediği, özellikle davacıda bu tedavinin uygun olmadığını gösteren bir bulgunun ortaya çıkıp çıkmadığı,

² PEG (PERKÜTAN ENDOSKOPİK GASTROSTOMİ), ağız yoluyla gıda alamayan hastaların beslenmesini sağlamak amacıyla bir alternatif yol olarak karın duvarından geçirilen esnek bir tüpün mideye yerleştirilmesi işlemidir. Bu uygulama katı-sıvı gıdaların ve/veya ilaçların yemek borusundan geçmeksizin mideye ulaşmasını sağlar (Çevirenin notu).

2. 1. maddede belirtilmiş olan PEG-sondası yerleştirme işleminin hatalı şekilde gerçekleştirilip gerçekleştirilmediği,
Eğer bu sorunun cevabı evet ise,
hatanın nedeni veya nedenlerinin neler olduğu,
3. 2. maddede tespit edilen sonda yerleştirme işlemindeki olası hatanın, davalı tarafın hatasından kaynaklanıp kaynaklanmadığı,
Tespit edilebilirliğin zor olması durumunda terditli olarak;
Bir veya daha fazla sayıda işlem hatası mevcut olmaksızın, beslenme için yerleştirilmiş olan PEG-sondası sebebiyle davacının başına gelmiş olduğu gibi, belli bir dereceye kadar büyük miktarda sonda besinin serbestçe karın bölgesine ulaşmasının mümkün veya düşünülebilir olup olmadığı,
4. Davalı tarafından PEG-sondasının davacının midesi yerine karın bölgesinde yerleşik bulunduğu tespit edilmeden 25.11.2009 tarihinden 25.12.2009 tarihine kadar bir sürenin geçmiş olmasının yapılan tedavideki hataların bir sonucu olup olmadığı ve yetersiz süreç kontrolünün gerçekleşip gerçekleşmediği,
Eğer bu sorunun cevabı evet ise, bu durumun ne zaman tespit edilmiş olması gerekirdi?
5. 2. veya 4. maddelere göre tespit edilen tedavideki hataların bir biçimde hekimlerin olağan tedavi usullülerine aykırılık teşkil edip etmediği ve objektif olarak bakıldığında bu durumun anlaşılır olarak kabul edilip edilemeyeceği ve hekim için behemehâl vuku bulması düşünülemez hataların bir sonucu olup olmadığı,

Davalı taraf, delil tespiti talebine itiraz etmiş ve neticesinden bağımsız olarak hiçbir surette tedavideki hata suçlamasını kabul etmeyeceğini bildirmiştir.

Asliye Hukuk Mahkemesi başvuruyu reddetmiştir. Davacı tarafın acele itiraz yoluna başvurması yarar sağlamamıştır. Eyalet Yüksek Mahkemesi itiraz başvurusunu reddetmiştir. Eyalet Yüksek Mahkemesi tarafından yapılan şikayet başvurusu ile davacı talebini sürdürmeye devam etmektedir.

II.

Şikayet başvurusu geçerli ve gerekçelidir.

1. Eyalet Yüksek Mahkemesi, Asliye Hukuk Mahkemesi ile uyumlu olacak şekilde ZPO m. 485/II'ye göre delillerin ikame edilmesi başvurusunu, yapılması talep edilen ekspertize ilişkin olarak hukuki menfaatin yeterli ölçüde ortaya konulmadığı gerekçesiyle reddetmiştir. Davacı tarafından tespiti istenen delile ilişkin formüle edilmiş olan sorular ne davacının sağlık durumunun tespitine (ZPO m. 485/II, c.1, b.1) ne de bedeni zararın nedenine ilişkin olmayıp (ZPO m. 485/I, c1, b.2) aksine davacıda, davalının kliniğinde kalış müddetince ortaya çıkan mide perforasyonu için olan sorumluluğun tespitine ve böylece davacıya uygulanmış olan tedavideki hataların tespitine yöneliktir. Davacının durumuna tedaviyi uygulamakta olan hekimlerin hatasının mı neden olduğu veya bu hekimlerin başkaca biçimde uygulama yapmalarının mı gerektiği hususları sorumluluğun değerlendirilmesine ilişkin olarak nedensellikten ayrı tutulmalıdır. Tıbbi özen standardı, ZPO m.485/II'ye göre delil tespiti prosedürüne konu teşkil etmediğinden davalı tarafın müessesinde çalışan hekimlerin doğru davranışlarına ilişkin soruların açıklığa kavuşturulması zor olduğu gibi, hekimlerin sorumluluğuna ilişkin değerlendirmenin aydınlatılması da kolay değildir. Bu husus daha ziyade başvuru dilekçesinin 5. maddesinde sorulmuş olan tedaviye ilişkin bir hatanın “ağır” olarak tanımlanıp tanımlanamayacağına ilişkin soruyla bağlantılıdır. Bu noktada söz konusu olan esas itibarıyla tıbbi bilirkişi tarafından tespit edilmiş olan hususlara dair bir hukuki bir değerlendirme olsa da, bu hususun değerlendirmesi sadece bilirkişiye bırakılmayacaktır. Tespiti istenen hususlara dair formüle edilmiş olan sorularda ve başvuru dilekçesinin gerekçesinde davacının hatalı tedavi edilip edilmediğinin veya edilmişse hangi surette hatalı tedavi edildiğinin ayrıntılı biçimde açıklığa kavuşturulması hedeflenmektedir. Bu sorular kişinin durumunun ve bedensel zararın nedeninin tespit edilmesine ve icabında bunların varlığına ve daha ötesine ilişkindir ki bu hususlar delil tespit yolu ile saptanabileceklerdir.

2. Şikayet başvurusu meşrudur (ZPO m. 574/I, c.1, b2) ve ayrıca caizdir (ZPO m.575/I, II ve III) ve şikayete konu edilen kararın iptalini gerektirmektedir.

ZPO m. 485/II'ye göre davanın ikamesinden önce hekimlerin sorumluluğuna ilişkin yapılacak olan bir tespitin, aslen hastaya uygulanan tedavi-deki hatanın tespit edilmesine hizmet edeceği ve bu sebeple hukuki menfaatin ortada olmayacağı sebebiyle şikayet başvurusunun reddedilmesi hususu şikayet başvurusunda başarılı biçimde sorgulanmıştır. ZPO m. 485/II, c.2'ye göre hukuki menfaatin, yapılacak bilirkişi incelemesi ile kesin bir sonuca varılmasının mümkün olmayabileceği ve başkaca açıklamaların da gerekli olacağı düşünüldüğünde bile, başvuru delil tespiti, hukuki ihtilafın sona erdirilmesine hizmet edebilecek olduğunda var olduğu kabul edilir (21 Ocak 2003 tarihli Daire Kararı - VI ZB 51/02, BGHZ 153, 302 ff.). Söz konusu şart bu olayda mevcuttur.

- a) İstinaf mahkemesi isabetli olarak, davacı için aranan hukuki menfaatin, davalı tarafın, itiraz başvurusunda delil tespiti işlemine konu olacak bilirkişi incelemesini, inceleme sonucundan bağımsız olarak kabul etmeyeceğini belirtmesi nedeniyle, mevcut olmadığı gerekçe-siyle, başvuruyu reddetmemiştir. Bu durumdan bağımsız olarak, ZPO m. 485/II, c.2'ye göre diğer şartların mevcut olması halinde hukuki menfaatin varlığı esas alınacaktır. Tedaviyi yapan tarafın hukuki görüşünü değiştirmemiş olması hususu, ZPO m.96'daki yar-gılama giderlerine mahkum edilme riski gibi, talep edene risk oluş-turur.
- b) Hastaya uygulanan tedaviye ilişkin hatanın mevcudiyeti veya hata-nın ağırlığı bakımından mide perforasyonu ve bunun sonuçları ile ilgili olarak esaslı gerekçelerin tespiti, şikayeti inceleyen mahke-menin hükmettiği görüşün aksine delil tespitinin caiz olmasına bir engel teşkil etmez. ZPO m.485/II'ye göre, dava öncesi delillerin ikame edilmesi prosedürünün amacı ve mantığı, mahkemeleri dava süreçleri ile ilgili yükler bakımından hafifletmek ve hukuki ihtilafa ilişkin asıl davanın açılmasına imkân vermeden tarafların hızlı ve masraf bakımından daha tasarruflu bir uzlaşmaya varmalarını sağ-lanmasıdır (karşılaş. 21 Ocak 2003 tarihli Daire kararı - VI ZB 51/02, BGHZ 153, 302, 307 mwN). Davacının uğradığı sağlık zara-rına ilişkin sorumluluk hukuku bakımından esaslı öneme sahip gerekçelerin, dava öncesi süreçte açıklığa kavuşturulması, esasen

usul ekonomisine de hizmet etmektedir. Apaçık ortadadır ki davacı taraf taleplerini sürdürmek isteyip istemeyeceğine karar verebilmek için sorumluluk hukuka bakımından konunun açıklığa kavuşturulmasını amaçlamaktadır. Bu sebepten dolayı da ihtilaftan kaçınmayı da göz önünde tutmaktadır.

Hekimin kabahatine ilişkin hukuki sorular ve ileri sürülen zarara ilişkin ihlalin illiyetti henüz belirlenmemiş olduğundan, bu şartlar dâhilinde olası fiili tespitler ile hekimin mesuliyeti süreci hakkında karar verilemeyeceği açıktır. Her ne kadar hekimin sorumluluğuna başvurulabilmesi için öngörül-müş olan tıbbi standarttan sapmalar yeterli olmasa da hukuk uygulamasında, sağlığa ilişkin zararının tespiti ve bu zarara yol açan tedaviye ilişkin hatanın varlığı ve bu hatanın ağırlığının ne olduğu çoğu zaman tespit edilmektedir. Bu sebeple sağlığa ilişkin zararının ve bunun sebeplerinin dava açılmadan önce tespit edilmesi usul ekonomisine hizmet edebilir. Hatanın tedaviyi yapan hekim tarafından taksirli olarak gerçekleştirilip gerçekleştirilmediğine ilişkin sorunun hakim tarafından cevaplandırılmaması için de bir engel yoktur. Hekimin kusurunun değerlendirilmesi, medeni hukuk için kıstas olan nesnel ihmal standartları nedeniyle tedaviye ilişkin hatanın tespit edilmesi ile sıkı sıkıya bağlantılıdır. Verilen bir tedavi kararının tıbbi standartların ihlali anlamına geldiği ortaya çıkacak olursa bu halde tedaviyi yapan hekim olağan olarak nesnel bakım ihlali içinde mesul olur.

Başvuru dilekçesinin 5. maddesinde formüle edilmiş ve önceki soru-larda tespit edilmiş bulunan olası tedavi hatalarının bir biçimde hekimlerin olağan tedavi usullülerine aykırılık teşkil etmiş olup olmadığına ve nesnel açıdan bakıldığında anlaşılır olarak kabul edilemez ve hekim için behemehâl vuku bulması düşünülemez hataların bir sonucu olup olmadığına ilişkin sorunun delil tespiti içerisinde yer alması mümkündür. Duruşma hâkiminin tıbbi tedavinin hatalı olarak değerlendirilmesine ilişkin değerlendirmesi hukuki bir değerlendirmedir. Halbuki bunu için yeterli derecede kabul edilebilir ve gerçek ilkeleri ortaya koyan tıbbi bir bilirkişi incelemesine gerek-sinim vardır (karş. 28 Mayıs 2002 tarihli Daire kararı - VI ZR 42/01, VersR 2002, 1026, 1027). Değerlendirme, tam kapsamlı bir biçimde ve tıbbi bir bilirkişi tarafından bildirilen faktörler üzerinden yapılmalı ve bilirkişinin tedavi sürecinin tıbbi değerlendirmesi üzerine dayanabiliyor olmalıdır. Duruşma hâkiminin gerekli açıklamalar olmadan veya hatta tıbbi bilirkişinin

tıbbi izahatlarının aksine ağır bir tedavi hatasının varlığını kendi kanaatleri doğrultusunda değerlendirme yetkisi yoktur (karş. 28 Mayıs 2002 tarihli Daire kararı - VI ZR 42/01, aaO, 1027 f., mwN). Davacının sağlığına ilişkin zararına dair belirleyici gerekçeler tespit edilecek olursa, bu halde tıbbi bilirkişinin tedavi sürecinin değerlendirmesine dayanarak tedavi hatasının mevcut olup olmadığı veya varsa bu hataların hangi ağırlıkta olduğunun tespit edilmesi durumu da delil tespitine açık olacaktır. Şayet tıbbi bilirkişinin değerlendirmesine göre, nesnel açıdan bakıldığında, davalı tarafın müessesesinde hekim için behemehâl vuku bulması düşünülemez ve anlaşılır olarak görülmeyen bir hata yapılmış olsaydı bu durumda her ne kadar ispat yükü dağılımına ilişkin hususların delil tespiti prosedüründe açıklığa kavuşturulması gerekmeyeceği halde, davacının sağlığına ilişkin zararı ile PEG-sondasının yerleştirilmesi sırasındaki hata arasındaki illiyet bağına ilişkin ispat külfetinin yer değiştireceğinin hesaba katılması gerekecekti. Bu husus olağan olarak ve esas itibarıyla dava üzerinde etki eder ve bu nedenle de dava açılmasına yönelik kararın verilmesine etki edebilir.

3. Önceki iki farklı mahkeme derecelerinin kararlarının geçerliliği artık sona ermiştir. Daire kendisine ZPO m. 577/V, c.1 ile verilmiş olan konuya ilişkin karar verme yetkisinden istifade ederek talep edilmiş olan delil ikamesinin gerçekleştirilmesi için talimat vermektedir. Bunun haricindeki gerekli tedbirler ZPO m.572/III'e göre ilk derece mahkemesi olan Asliye Hukuk Mahkemesine iletilecektir.

Galke

Zoll

Diederichsen

Pauge

Stöhr

Önceki mahkemeler:

Dresden Asliye Hukuk Mahkemesi, 01.11.2012 tarihli ve 6 OH 178/12 sayılı karar

Dresden Eyalet Yüksek Mahkemesi, 18.03.2013 tarihli ve 4 W 243/13 sayılı karar

Kısaltmalar Cetveli

| | |
|--------------|--|
| aaO | : am angegebenen Ort (daha önce belirtilen şekilde) |
| BGH | : Bundesgerichtshof (Alman Federal Mahkemesi) |
| BGHR | : BGH-Rechtsprechung (Alman Federal Mahkemesi'nin Sistematiik Derlemesi) |
| BGHZ | : Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Alman Federal Mahkemesi'nin Hukuk Davalarındaki Kararları) |
| € | : Euro |
| f. | : folgende |
| ff. | : fortfolgende |
| karş. | : Karşılaştırınız |
| LG | : Landesgericht (Asliye Hukuk Mahkemesi) |
| mwN. | : mit weiteren Nachweisen (başka kaynaklara da atıf var) |
| OLG | : Oberlandesgericht (Eyalet Yüksek Mahkemesi) |
| VersR | : Versicherungsrecht (Zeitschrift) |
| ZB | : Zivilrechtbeschluss |
| ZPO | : Zivilprozessordnung (Alman Medeni Usul Kanunu) |
| ZR | : Zivilrecht (özel hukuk) |

DAVA ORTAKLIĞI VEYA DAVAYA MÜDAHALE HALİNDE HAKİMİN REDDİ TALEBİNDE BULUNABİLECEK KİŞİLER

*Dr. Nazlı GÖREN ÜLKÜ**

I. GENEL OLARAK

HMK m. 36, f. 1’de yer alan; “*taflardan biri hakimi reddedebileceği gibi*” şeklindeki ibare ile, hakimi reddetme hakkının, davanın taraflarına ait bir hak olduğu, kanun koyucu tarafından açıkça ifade edilmiştir. Elbette ki bu düzenleme, kurumun ihdas amacının doğal sonucudur. Öyle ki, hakimi ret hakkı, genel ifadesi ile, taraflar açısından adil yargılanma hakkının teminini amaçlamaktadır. O halde, hakimin reddi talebi bakımından geçerli olan temel prensip, bu hakkın davanın taraflarına ait olmasıdır. Bununla birlikte, somut davada birden fazla tarafın bulunması veya davaya müdahale durumunda, hakimin reddi talebi yönünden hangi esaslar çevresinde hareket edileceği, farklı yönleri ile ele alınması gereken bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır.

Ancak meselenin değerlendirilmesi bakımından her şeyden önce, hakimin reddi kurumu ile temin edilmek istenen amacı daha etraflı ele almak gerekmektedir. Zira söz konusu amaç, anayasal bir içerik arz etmektedir. Şöyle ki, HMK m. 36 ve devamında düzenlenmiş olan hakimin reddi kurumu, HMK m. 34 ve 35’te düzenlenmiş olan hakimin yasaklılığı kurumu ile birlikte, en başta, hakimin tarafsızlığı ilkesinin teminini amaçlamaktadır. Hakimin tarafsızlığı ilkesinin, Anayasa’da açık düzenlemesi olmamakla

* Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Araştırma Görevlisi

birlikte¹; anayasal bir ilke olduğundan şüphe yoktur. Zira, hakimin tarafsızlığı ilkesi, Anayasa’da ifadesini bulmuş pek çok temel hak ve güvencenin ayrılmaz parçası niteliğinde olup, her şeyden önce, yargı (ve dar ifadesi ile, hakimin) bağımsızlığı ilkesi ile adeta iç içedir. Hatta, hakimin tarafsızlığının, Anayasa m. 138’de düzenlenmiş olan yargı bağımsızlığı ilkesinin kaçınılmaz sonucu olduğunu ifade edebiliriz. Pek tabiidir ki, bağımsız olmayan; kanuna, hukuka ve vicdani kanaatine göre karar vermeyen, emir ve talimat alan bir hakimi, tarafsız bir hakim olarak niteleyebilmek mümkün değildir. Dolayısıyla, hakimin tarafsızlığı ilkesini, hakimin bağımsızlığı ilkesinden ayrı şekilde ele alabilmek söz konusu olmamaktadır. Konuya diğer bir açıdan yaklaşıldığında, şunu da ifade etmek gerekir ki, bağımsız olan; fakat aynı zamanda tarafsız olmayan bir yargı - hakim, çok açıktır ki, hukuk devleti ilkesinin ve adil yargılanma hakkının teminini imkansız kılar; ancak her iki ilke birlikte gerçekleştiğinde, yargının adaleti sağlaması mümkün olacaktır. Kaldı ki, yargı bağımsızlığına ilişkin güvenceleri düzenleyen Anayasa’nın 139 ve 140 maddelerinin gerekçelerinde, hakimlerin tarafsız olma yükümlülüğünden söz edilmektedir². Bundan ötürü, Anayasa hazırlanırken, tarafsızlık ilkesinin, bağımsızlık ilkesi ile birlikte düşünüldüğü kabul edilebilir³.

¹ Anayasalarda hakimin tarafsızlığından açıkça söz edilmemesinin nedeninin, tarafsızlığın, hakimlerin ve mahkemelerin en temel niteliği olmasından dolayı, buna gerek duyulmadığı; Anayasa’nın mahkemeleri kurmakla, onların en doğal ve temel niteliği olan tarafsızlığını teminat altına aldığı hakkında bkz. **Öden**, Merih; “Anayasa Yargısında Yargıcın Davaya veya İşe Bakamaması”, AÜHFD, 1993, C. 43, S. 1-4, s. 61-124, s. 64, dn. 7’de anılan, **Stalev**, Zhivko; “Fundamental Guarantees of Litigants in Civil Proceedings: A Survey of the Laws of the European People’s Democracies”, *Fundamental Guarantees of the Parties in Civil Litigation* (Editors: M. Cappaletti - D. Tallon), Milano 1973, s. 355-416, s. 380.

² “... Azlonulamazlık, Anayasada gösterilen yaştan önce emekliye ayırlamazlık, aylıklardan her ne suretle olsun yoksun bırakılamazlık, hep hizmetlerini tarafsız bir surette kanunlara uygun olarak yapabilmelerini sağlamaya matuftur. ...” (Any. m. 139’un gerekçesi); “... Adalet tevzii her şeyden önce güvenilir nitelikte olmalıdır. Bu hizmeti görenlerin tarafsızlıklarından şüphe edilmesi, hizmetin tam olarak yerine getirilmiş olduğunun kabulüne engeldir. Bu itibarla görevlerinde, özel hayatlarında tarafsızlıklarına dair bir davranışta buldukları sanısını verecek hareketlerden sakınmak zorundadırlar. ...” (Any. m. 140’ın gerekçesi).

³ **İnceoğlu**, Sibel; İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi Kararlarında Adil Yargılanma Hakkı, 4. Bası, İstanbul 2013, s. 166.

Bundan başka, Anayasa'nın 10'uncu maddesinde düzenlenmiş olan kanun önünde eşitlik ilkesi de, hakimın tarafsızlığını şart koşmaktadır⁴. Öte yandan, Anayasa m. 141, f. 1, c. 1'de düzenlenmiş olan aleniyet ilkesi⁵, hakimın tarafsızlığı ilkesinin gerçekleştirilmesine hizmet etmektedir⁶. Keza, 141'inci maddenin 3'üncü fıkrasında yer alan, kararların gerekçeli olması zorunluluğu⁷ da, hakimın tarafsızlığının teminatlarından birini oluşturmaktadır⁸. İlk kez, Avrupa İnsan Hakları ve Temel Hürriyetler Sözleşmesi'nin 6'ncı maddesi ile düzenlenmiş olan ve Anayasa'nın "Hak Arama Hürriyeti" başlıklı 36'ncı maddesinde⁹ yer alan "*adil yargılanma hakkı*"nın unsurlarından biri de, kanuni, bağımsız ve *tarafsız* bir mahkemede dava açma ve hak-kaniyete uygun şekilde yargılanma hakkıdır¹⁰. Tüm bu esaslar çerçevesinde, tarafsızlık ilkesinin de anayasal güvenceye sahip olduğu ifade edilmelidir¹¹.

O halde, hakimın reddi kurumu ile, anayasal düzeydeki hak ve güvencelerin somut davada temininin amaçlandığı açıktır. Dolayısıyla, bir yargı-

⁴ **Akcan**, Recep; *Hakimin Vasıfları*, Ankara 2013, s. 102, 103; hakimın bağımsızlığı ve tarafsızlığının teminine yönelik medeni usul hukuku düzenlemelerinin, eşitlik ilkesinin garantisi olduğu yönünde bkz. **Demircioğlu**, Yaşar; *Medeni Usul Hukukunda İnsan Hakları ve Adil Yargılanma Güvenceleri*, Ankara 2007, s. 73.

⁵ Aleniyet ilkesi için bkz. HMK m. 28, f. 1 ve medeni yargılama hukukunda aleniyet ilkesi ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Kurt Konca**, Nesibe; *Medeni Usul Hukukunda Aleniyet İlkesi*, İstanbul 2009.

⁶ **Akcan**, s. 109; **Kurt Konca** s. 29; **Postacıoğlu**, İlhan E.; *Medeni Usul Hukuku Dersleri*, 6. Bası, İstanbul 1975, s. 370.

⁷ Ayrıca bkz. hukuki dinlenilme hakkını düzenleyen HMK m. 27, f. 2, b. c ve ayrıca m. 294 vd.; ayrıntılı bilgi için bkz. **Özekes**, Muhammet; *Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı*, Ankara 2003.

⁸ **Akcan**, s. 107; **Özekes**, s. 169; **Yıldırım**, Kamil; *Medeni Usul Hukukunda Delillerin Değerlendirilmesi*, İstanbul 1990, s. 105.

⁹ Any. m. 36: "*Herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma ile adil yargılanma hakkına sahiptir.*

Hiçbir mahkeme, görev ve yetkisi içindeki davaya bakmaktan kaçınamaz."

¹⁰ **Demircioğlu**, s. 47 ve 51; **Öden**, s. 64; **Özekes**, s. 56; ayrıca bkz. HMK m. 37 hakkındaki Hükümet Gerekçesi'ne.

¹¹ Bkz. **Akcan**, s. 103; **Centel**, Nur; *Hakimin Tarafsızlığı*, İstanbul 1996, s. 29; **Demircioğlu**, s. 73.

lama sürecinde hakimin reddini talep edebilecek kişileri tespit ederken, açıklamış olduğumuz anayasal hak ve güvenceler ile bu hak ve güvencelerin hedeflediği süjeyi de dikkate almak gerekmektedir.

II. DAVA ORTAKLIĞI HALİNDE HAKİMİN REDDİ TALEBİNDE BULUNABİLECEK KİŞİLER

Davada birden çok tarafın bulunması halinde, sübjektif dava yığılmasının niteliğine göre, konunun farklı yönleri ile değerlendirilmesi gerekmektedir. Şöyle ki, eğer davada, mecburi dava arkadaşlığı söz konusu ise, ilk olarak zikredilecek olan husus, HMK m. 60 uyarınca, taraf usul işlemlerinin, hep birlikte yapılması zorunluluğudur. Bu kural uyarınca, bütün mecburi dava arkadaşlarının katılımı ile yapılmamış olan bir usul işlemi geçerli olmamaktadır¹². Dolayısıyla, aynı esas, hakimin reddi bakımından da kabul edilmektedir¹³. Ancak önemle belirtmemiz gerekir ki, hakimin reddi talebinde bulunmak, alelade bir taraf usul işlemi değildir; söz konusu talebin,

¹² **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; Medeni Usul Hukuku, 24. Bası, Ankara 2013, s. 478; **Ulukapı**, Ömer; Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Konya 1991, s. 159; **Yılmaz**, Ejder; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Değiştirilmiş 2.Bası, Ankara 2013, s. 604.

¹³ **Kuru**, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6. Bası, İstanbul 2001, s. 97; **Ulukapı**, s. 161; **Akcan**, Recep/**Kaya**, Cemil; “Medeni ve İdari Hakimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi”, İÜHFİM, 2010, C. 68, S. 1-2, s. 171-196, s. 182; **Akbal**, Mehmet, Hakimin Davaya Bakmaması ve Reddi, Hakimin Memnuiyeti ve Reddi, Ankara 2000, (yayımlanmamış yüksek lisans tezi) dn. 97 civarı; **Çon**, Ömer; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Hakimin Davaya Bakmaktan Yasaklılığı ve Reddi, Ankara 2013, s. 76, 77; buna karşılık Kanun’dan doğan bir zorunluluktan dolayı ortaya çıkan ve sadece davalılar yönünden söz konusu olan mecburi dava arkadaşlığı ihtimalinde (örn., TMK m. 286, f. 1, c. 2 uyarınca soybağının reddi davasının çocuk ile anasına karşı birlikte açılma zorunluluğu), her bir davalı, ayrı ayrı hakimin reddini talep edebilecektir. Bu halde, birlikte işlem yapma zorunluluğu bulunmadığı yönünde bkz. **Ulukapı**, s. 183; **Umar**, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 212; (literatürde, şekli bakımdan mecburi dava arkadaşlığı olarak bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 476; **Ulukapı**, s. 102 vd; **Umar**, s. 212; **Yılmaz**, s. 598 vd.); usuli sebeplerden doğan dava arkadaşlığı olarak bkz. **Karlı**, Abdurrahim; Medeni Muhakeme Hukuku, 6100 Sayılı HMK Hükümlerine Göre Yargıtay Kararları İşlenmiş ve Gözden Geçirilmiş 3. Bası, İstanbul 2012, s. 371).

kamu düzenine ilişkin içeriği mevcuttur¹⁴. Bu nedenle, hakimin reddi talebi, örneğin, bir zamanaşımı def'inin ya da bir ilk itirazın ileri sürülmesi ile eş mahiyette kabul edilmemelidir. Zira, tarafsızlığından şüphe duyulan hakimi reddetme hakkı, tarafın bu yöndeki bireysel menfaatine atfedilmiş olsa da, kuşkusuz taraf menfaatini aşan ve kamu menfaatine yönelen bir niteliğe de sahiptir. Dolayısıyla, tarafsızlık ilkesinin ihlal edildiği bir durumda, mecburi dava arkadaşlığını düzenleyen HMK m. 60 hükmü düzenlemesinden hareketle, mutlak surette, tüm mecburi dava arkadaşlarının ret talebine katılmış olmalarını şart koşmak, bir bakıma tarafın yukarıda açıklamış olduğumuz Anayasal hak ve güvencelerine yapılmış bir sınırlama olmaktadır.

Bundan başka, hakimin reddi kurumuna ilişkin esaslar yönünden de bazı özellikler mevcuttur. Şöyle ki, hakimin tarafsızlığı hakkındaki şüphe, mecburi dava arkadaşlarının her biri bakımından aynı derecede mevcut olmayabilir. Örneğin, mecburi dava arkadaşlarından birisi, hakimin yargılama esnasındaki bir beyanını, HMK m. 36, f. 1, b. a çerçevesinde, hakimin taraflardan birisine yol göstermesi şeklinde algılayıp, hakimin davada tarafsız olmadığı kanaatine sahip olurken, diğer bir mecburi dava arkadaşı bu yönde bir izlenim edinmeyebilir. Halbuki kanun koyucu, hakimin reddi kurumunu düzenlerken, bütün yargılama taraflarının, böyle bir şüpheden arı kılınmasını amaçlamıştır. Bu nedenle, mecburi dava arkadaşlığı yönünden cari olan birlikte hareket etme mecburiyetini, bahsettiğimiz esaslar ile birlikte değerlendirmek gerekmektedir.

Bu bağlamda ifade etmeliyiz ki, HMK m. 60'ın son cümlesinde, mecburi dava arkadaşları yönünden öngörülmüş olan bu zorunluluğu, taraf menfaati açısından esneten bir düzenleme yer almaktadır. Buna göre, duruşmaya gelmiş olan dava arkadaşlarının yapmış oldukları usul işlemleri, usulüne uygun davet edildiği halde duruşmaya gelmemiş olan dava arkadaşları bakımından da hüküm ifade etmektedir¹⁵. Bu düzenleme uyarınca, duruşmaya gelen dava arkadaşlarının yapmış oldukları usul işlemlerinden

¹⁴ Hakimin reddine ilişkin hükümlerin, kamu düzenine ilişkin olduğu yönünde bkz. **Üstündağ**, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 122; **Akcan**, Recep, Usul Kurallarına Dayanan Temyiz Nedenleri, Ankara 1999, s. 63.

¹⁵ Hakimin reddi yönünden de, bu esasın geçerli sayılması gerektiği yönünde bkz. **Akcan/Kaya**, s. 182, dn. 59.

kastedilen, hem tarafın duruşmaya gelmemesi, hem de duruşma dışında süreye tabi işlemlerde hareketsiz kalınması durumunda yapılan usul işlemleridir¹⁶. Bu esas dahilinde, sözünü ettiğimiz sorun nispeten aşılabilmektedir. Şöyle ki, mecburi dava arkadaşlarından sadece birinin ya da bir kısmının hakimin reddini talep etmesi, buna karşılık, diğerlerinin buna iştirak etmemesi ihtimalinde, bu hal, HMK m. 60, c. son kapsamında değerlendirilebilir. Buna göre, kanaatimizce, mecburi dava arkadaşlarından her biri, birbirinden bağımsız şekilde hakimin reddini talep edebileceği gibi, her bir dava arkadaşının, farklı ret sebeplerine dayanması da mümkündür. Sadece ret talebinde bulunmak ile hakimin reddi sonucu elde edilmediğinden; bir başka ifade ile, talep, merci tarafından değerlendirildikten sonra, ancak haklı bulunması sonucunda kabul edileceğinden, savunduğumuz görüşün, mecburi dava arkadaşlığına bağlanan sonuçlar yönünden de herhangi bir mahsuru yoktur. İster hakimin reddini talep etmiş, isterse etmemiş olsun, ret talebi hakkındaki kararın bütün dava arkadaşları hakkında sonuç doğurması, merciin, hakimin davada tarafsız olmadığı ya da olamayacağı yönündeki değerlendirmesine tabi olduğundan, kanaatimizce bu kabul tarzı, olumsuz bir yön taşımamaktadır.

Davada ihtiyari dava arkadaşlığının söz konusu olduğu bir durumda ise, yukarıda aktarmış olduğumuz problem meydana gelmemektedir. Zira ihtiyari dava arkadaşlığında, her bir dava arkadaşı, birbirinden bağımsız şekilde taraf usul işlemleri yapabilmektedir. Dolayısıyla, her bir ihtiyari dava arkadaşı ayrı ayrı hakimi reddedebileceği gibi¹⁷, hakimin reddi hakkındaki taleplerini farklı sebeplere de dayandırabileceklerdir. İhtiyari dava arkadaşları tarafından yapılan usul işlemleri kural olarak sadece kendileri hakkında hüküm doğurmaktadır. Bu esasın, hakimin reddi talebi yönünden sonucu, HMK m. 42, f. 4 bakımından gerçekleşmektedir. Buna göre, söz konusu hükümde, kötü niyetli ret taleplerinin esas yönünden reddi halinde öngörül-müş olan disiplin para cezası, her bir ihtiyari dava arkadaşı için bağımsız şekilde değerlendirilecektir. Örneğin, dava arkadaşlarından bir kısmı hiç talepte bulunmamış; fakat bir kısmı hakimi reddetmiş ve ret taleplerinin kötü

¹⁶ Bkz. HMK m. 60 hakkındaki Hükümet Gerekçesi'ne; ayrıca aynı yönde olmak üzere bkz. **Karşlı**, s. 372.

¹⁷ **Ulukapı**, s. 218.

niyetli olduğu tespit edilmiş ve talepler esastan reddedilmiş ise, hakim reddi talebinde bulunmamış olan dava arkadaşları hakkında söz konusu cezaya hükmolunmayacaktır¹⁸. Sonuç olarak, ihtiyari dava arkadaşları yönünden geçerli olan bağımsızlık esasının kapsamı, hakim reddi talebi yönünden bundan ibarettir. Zira, hakim reddi talebinin kabulü durumunda, reddedilen hakim yargılamaya devam edemeyeceğinden, bu sonucun yargılamanın bütün taraflarına sirayet edeceği açıktır.

III. DAVAYA MÜDAHALE HALİNDE HAKİMİN REDDİ TALEBİNDE BULUNABİLECEK KİŞİLER

Davaya müdahale bakımından konu ele alınırken, davaya üçüncü kişilerin, hakim reddini talep edip edemeyecekleri hususunda öncelikle, müdahalenin türüne göre bir ayrıma gidilmelidir. Zira, davaya aslen müdahale¹⁹ halinde, asli müdahil davada taraf sıfatı ile yer almaktadır²⁰. HMK m. 36, f. 1, c. 1 uyarınca, hakim reddi hakkı, davanın taraflarına tanınmış olduğundan, Kanun'un lafzına da uygun şekilde, asli müdahilin hakim reddini talep edebileceği açıktır²¹.

Fer'i müdahilin²² ise, hakim reddini isteyip isteyemeyeceği hususu tartışmalıdır. Belirtmeliyiz ki, her şeyden önce hükmün lafzı itibarı ile, fer'i müdahilin hakimi reddedemeyeceği sonucuna varılabilir. Zira, hakim reddini düzenleyen 36'ncı maddede, açıkça "*taraflardan biri*" denmektedir. Oysaki, fer'i müdahil davada taraf değildir²³. Fer'i müdahilin davadaki hukuki statüsü yönünden geçerli olan esas, HMK m. 66'da da belirtilmiş

¹⁸ Bu yönde verilen örnek için bkz. **Umar**, s. 163; ayrıca bkz. **Ulukapı**, s. 218.

¹⁹ Bkz. HMK m. 65.

²⁰ **Akcan/Kaya**, s. 182; **Alangoya**, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis; Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul 2011, s. 158; **Bilge**, Necip/Önen, Ergun; Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Bası, Ankara 1978, s. 266, 267; **Kuru**, s. 98; **Umar**, s. 225; **Yılmaz**, s. 618, 619; **Özekes**, Muhammet; Medeni Usul Hukukunda Asli Müdahale, İstanbul 1995, s. 29.

²¹ Aynı şekilde bkz. **Akcan/Kaya**, s. 182; **Kuru**, s. 98; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 103; **Yılmaz**, s. 437.

²² Bkz. HMK m. 66 vd.

²³ **Üstündağ**, s. 376.

olduğu üzere, onun, yanında katıldığı tarafın yardımcısı olmasıdır²⁴. Aktarmış olduğumuz tüm bu hususlardan hareketle, literatürde bazı yazarlarca, fer'i müdahilin hakim reddini talep edemeyeceği kabul edilmektedir²⁵.

Kanun'un lafzi yorumu itibarı ile ve ayrıca, fer'i müdahale hakkındaki hükümlere istinaden²⁶ bu sonuca varmak elbette ki mümkündür. Ancak, yukarıda açıklamış olduğumuz üzere, hakimi ret hakkının içeriğinde yer alan anayasal hak ve güvenceler nedeni ile, konu farklı yönleri ile değerlendirilmesi gereken bir mesele olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira, daha önce de belirtmiş olduğumuz gibi, kanun koyucu, hakim reddi kurumu ile, hakim tarafsızlığı ilkesinin gerçekleştirilmesini amaçlamıştır. Hakimin tarafsızlığı ilkesi, bireyin, tarafsız ve objektif bir mahkeme / hakim tarafından yargılanma hakkını ifade etmektedir. Bu esas yönünden fer'i müdahilin davadaki statüsü değerlendirecek olunur ise, fer'i müdahilin davada taraf olarak yer almadığı ve HMK m. 69, f. 1 uyarınca, müdahil olarak katıldığı dava sonucunda verilen hükmün ona sirayet etmediği; dolayısıyla, fer'i müdahilin, hakimi reddedemeyeceği söylenebilir. Ancak, 69'uncu maddenin ikinci fıkrası bizi farklı bir sonuca sevk edebilir. Söz konusu düzenleme, fer'i müdahalenin etkisi; daha açık bir ifade ile, fer'i müdahil ile yanında katıldığı ve davayı kaybeden taraf ile sonradan arasında görülecek rücu davası hakkındadır. Buna göre, düzenlemeyi iki aşamalı olarak ele alabiliriz. Şöyle ki, ilgili fıkranın ilk cümlesine göre, fer'i müdahilin, tarafla rücu ilişkisinde, asıl davadaki uyuşmazlık hakkında yanlış karar verildiği iddiası

²⁴ **Alangoaya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 156; **Bilge/Önen**, s. 269; **Karşı**, s. 357; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 494; **Muşul**, Timuçin; *Medeni Usul Hukuku*, 3. Bası, Ankara 2012, s. 154; **Özdeş**, Orhan, "Hakimin Reddi İsteminde Bulunmaya Yetkili Olanlar, Reddi Hakim İsteminden Feragat ve Hakim Reddi Kararlarının Düzeltilmesi, DD, 1972, S. 5, s. 31-38, s. 33; **Pekcanitez**, Hakan; *Medeni Usul Hukukunda Fer'i Müdahale*, Ankara 1992, s. 42; **Postacıoğlu**, s. 312; **Umar**, s. 235; **Yılmaz**, s. 628; fer'i müdahilin hukuki niteliği hakkındaki görüşler için ayrıca bkz. **Pekcanitez**, s. 26 vd.; ayrıca bkz. HMK m. 66'ya ait Hükümet Gerekeçesi'ne.

²⁵ Fer'i müdahil, katıldığı tarafla birlikte hareket etmek zorunda olduğundan, asıl tarafça yetkili kılınmadıkça veya ret talebi asıl tarafça benimsenmedikçe, fer'i müdahilin hakimi reddedemeyeceği yönünde bkz. **Kuru**, s. 97, 98; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 103; benzer şekilde, fer'i müdahilin hakimi reddedemeyeceği yönünde bkz. **Akbal**, dn. 102 civarı; **Akcan/Kaya**, s. 182; **Özdeş**, s. 31, 33; **Yılmaz**, s. 437.

²⁶ Fer'i müdahilin davadaki durumu hakkında bkz. HMK m. 68.

dinlenmeyecektir. Bu düzenleme, aynı maddenin ilk fıkrasında düzenlenmiş olan, müdahilin yer aldığı davada hükmün taraflar hakkında verileceği esasını, dolaylı da olsa etkileyen bir içerik arz etmektedir. Zira, dava sonunda verilecek olan hüküm, sadece davanın taraflarını bağlayacak; ancak fer'i müdahilin daha sonra taraf sıfatı ile yer aldığı rücu davasında, müdahil sıfatı ile katıldığı davada verilen karar, kendisince tartışılmayacaktır. Asıl davada verilen hükmün, fer'i müdahil yönünden hasıl olan bu etkisi, literatürde, kesin hüküm etkisi olarak değil, fer'i müdahale etkisi olarak tanımlanmakta ve söz konusu etkinin, asıl davada verilen kararın yalnız hüküm fıkrasını değil, aynı zamanda hükmün dayandığı maddi ve hukuki unsurları da kapsadığı kabul edilmektedir²⁷. Görüldüğü üzere, fer'i müdahalenin objektif sınırları, kesin hükmün objektif sınırlarına nazaran daha geniştir²⁸. Bu esas çerçevesinde, konuya tekrar bakacak olursak, fer'i müdahilin müdahil sıfatı ile katıldığı yargılamada, hakimin tarafsızlığının temini bakımından korunmaya değer bir menfaati olduğunu ifade edebiliriz.

Söz konusu fıkranın ikinci cümlesinde ise, bu defa, fer'i müdahale etkisini sınırlayan esaslar yer almaktadır. Buna göre, müdahil, zamanında ihbar yapılmadığı için davaya geç katıldığını veya yanında katıldığı tarafın, iddia ve savunma imkanlarını kullanmasını engellediğini ya da kendisince bilinmeyen iddia ve savunma imkanlarının, tarafın ağır kusuru sebebiyle kullanılmadığını belirterek, yanında katıldığı tarafın yargılamayı hatalı yürüttüğünü ileri sürebilir. Çok açıktır ki, hakimin reddi talebinde bulunulmamış olması bu kapsam içinde değerlendirilemez. Dolayısıyla, kanaati-

²⁷ **Üstündağ**, s. 380; **Deren-Yıldırım**, Nevhis; Türk-İsviçre ve Alman Medeni Usul Hukukunda Kesin Hükmün Sübjektif Sınırları, İstanbul 1995, s. 64; **Karlı**, s. 361; ayrıca bkz. fer'i müdahale etkisi hakkında **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 156, 157; **Bilge/Önen**, s. 269, 270; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 497; **Pekantez**, s. 184, 185; **Postacıoğlu**, s. 315; **Yılmaz**, s. 631, 632; hakimin, asıl davada hükme ilişkin vakıa tespitleri ile de bağlı olduğu yönünde bkz. **Pekantez**, s. 185; ayrıca, kesin hükmün üçüncü kişiye sirayeti ile fer'i müdahale etkisinin farklı olduğu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Deren-Yıldırım**, s. 63 vd.

²⁸ Kesin hükmün objektif sınırlarının, fer'i müdahalenin objektif sınırlarına nazaran daha dar olduğu hakkında bkz. **Deren-Yıldırım**, s. 64; ayrıca bkz. **Pekantez**, s. 184 vd.; kesin hükmün objektif sınırları hakkında bkz. **Özkaya-Ferendeci**, Hamide Özden; Kesin Hükmün Objektif Sınırları, İstanbul 2009.

mizce, fer'i müdahil, fer'i müdahale etkisi nedeniyle sadece taraflar ile hakim arasında söz konusu olan ret sebepleri ile sınırlı olmaksızın, hakimi reddedebilmelidir²⁹.

IV. SONUÇ

Gerek davada birden fazla tarafın yer alması, gerekse davaya müdahale halinde, dava ortaklığının ya da davaya müdahalenin çeşidi ne olursa olsun, her bir dava ortağının veya davaya katılan üçüncü kişinin, ret sebebi bakımından herhangi bir sınırlamaya tabi olmaksızın hakimin reddini talep edebileceği kanaatindeyiz. İhtiyari dava ortaklığında, dava ortaklarının ya da davaya aslen müdahale durumunda asli müdahilin hakimin reddini istemesi bakımından herhangi bir problem hasıl olmamaktadır. Buna karşılık, mecburi dava ortaklığında, birlikte hareket esası gereğince, ret taleplerinin

²⁹ Fer'i müdahilin yargılamanın tarafsız bir hakim tarafından yürütülmesinde menfaati olduğu; yargılamanın tarafsız bir hakim tarafından yürütülmesinin, tarafın menfaatlerine aykırı düşmediği; dolayısıyla, tarafın, ret talebini ayrıca benimsemesine ihtiyaç olmadığı; sonuç olarak, fer'i müdahilin hakimi reddetme hakkı olduğu yönünde bkz. **Postacıoğlu**, s. 82, dn. 47; fer'i müdahilin hakimi reddedebileceği yönünde bkz. **Bilge/Önen**, s. 219; **Çon**, s. 77; **Umar**, s. 230; **Üstündağ**, s. 132; **Zöllner**, Richard; Zivilprozessordnung Kommentar, 24. Neubearbeitete Auflage, Köln 2004, Zöllner-Vollkommer, § 42, Rdnr. 2; aynı yönde bkz. Yarg. 4. HD, 5.4.1976 t., E. 2642 / K. 3352 (ABD, 1976, S. 4, s. 712 ve **Pekcanitez**, s. 143, dn. 27); asıl taraf, süresi içinde hakimi reddetmemiş ise, fer'i müdahilin ret talebinde bulunamayacağı ve ayrıca, fer'i müdahilin kendisi açısından söz konusu olan sebepler ile hakimi reddedemeyeceği; tarafa ait sebepler ile, bilirkişiyi, hatta zabıt katibini reddedebileceği yönünde bkz. **Pekcanitez**, s. 143; fer'i müdahilin taraflardan birisi ile hakim arasında yer alan ret sebeplerine dayanarak hakimi tek başına reddedebileceği yönünde bkz. **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2014, s. 235; böyle bir ayırım olmaksızın, fer'i müdahilin hakimi reddedebileceği yönünde bkz. Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Auflage, München 2013, **Münch Komm-Gehrlein**, § 42, Rdnr. 3; **Prütting**, Hanns /**Gehrlein**, ZPO Kommentar, 1. Auflage, Köln 2010, **Prütting/Gehrlein**, § 42, Rdnr. 34; dn. 424; **Rosenberg**, Leo/**Schwab**, Karl Heinz/**Gottwald**, Peter; Zivilprozessrecht, 16. neubearbeitete Auflage, München 2004, s. 153, Rdnr. 16; davaya katılan kimsenin, asli müdahil olmasa dahi, hakimi reddetme yetkisi olduğu yönünde bkz. Yarg. 4. HD, 5.4.1976 t., E. 2642/3552 S. 1 kararına (**Olgaç**, Senai; Emsal İçtihatlarla Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu, Ankara 1977, s. 170).

bütün mecburi dava ortakları tarafından beraber yapılması şeklinde bir zorunluluğun aranıp aranmayacağı veya davaya taraf olmayan fer'i müdahilin, hakimin reddini talep edip edemeyeceği bakımından konu tartışmalıdır. Mesele her şeyden önce, hakimin reddi kurumunun düzenlenme amacı çerçevesinde ele alınmalıdır. Bu noktada, dava sonunda verilen hükümden dolayı olarak etkilenen fer'i müdahilin dahi, yargılamanın tarafsız bir hakim tarafından yürütülmesini talep edebilme hakkı olmalıdır. Keza, davanın tarafı olan mecburi dava ortaklarından sadece birinin ya da birkaçının hakimin reddini tek başına talep edebilmesi; birlikte hareket esasının aranmaması gerektiği düşüncesindeyiz. Yargılamanın tarafsız bir hakim tarafından yürütülmesi, sadece ret talebinde bulunan açısından değil, o dava ile ilgili olan herkes için ve bundan başka ayrıca, anayasal hak ve güvencelerin temini, mahkemelerin objektif tarafsızlığının sağlanması ve kamunun menfaati açısından da önem arz etmektedir. Kaldı ki, hakimin reddi talebi, tek başına davada hakim değişikliğini sağlamamaktadır. Bu sonucun elde edilebilmesi için, reddi istenen hakimin o davada tarafsız olamayacağı hakkında taraf nezdinde oluşan şüphenin merciiçe haklı bulunması gerekmektedir. Bir ret talebinin haklı bulunması ve bunun üzerine, davaya tarafsız bir hakim tarafından devam edilmesi, elbette ki, herkes için olumlu bir sonuçtur. Bundan başka, HMK m. 42, f. 4'te yer alan düzenleme, salt davayı sürüncemede bırakmak maksadı ile kötü niyetle ileri sürülen ret talepleri açısından da bir yaptırım öngörmektedir. Bu açıklamalar ışığında, mecburi dava ortaklarının, birlikte hareket esasına tabi olmaksızın tek başlarına dahi ve fer'i müdahilin, davada yanında katıldığı taraftan bağımsız şekilde ve sebepler yönünden sınırlanmaksızın hakimin reddini talep edebileceği kanaatindeyiz.

Κısaltmalar

| | |
|--------------|---|
| ABD | : Ankara Barosu Dergisi |
| Any. | : Anayasa |
| AÜHFD | : Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi |
| b. | : bent |
| Bkz. | : Bakınız |
| c. | : cümle |
| C. | : Cilt |
| DD | : Danıştay Dergisi |
| dn. | : dipnot |
| E. | : Esas |
| f. | : fıkra |
| HD | : Hukuk Dairesi |
| HGK | : Hukuk Genel Kurulu |
| HMK | : 12.1.2011 T. ve 6100 S.lı Hukuk Muhakemeleri Kanunu (RG 4.2.2011 T. ve 27836 S.) |
| İBD | : İstanbul Barosu Dergisi |
| İÜHFM | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası |
| K. | : Karar |
| m. | : madde |
| Örn. | : Örneğin |
| Rdnr. | : Randnummer |
| s. | : sayfa |
| S. | : Sayı |
| t. | : tarih |
| TMK | : 22.11.2001 T. ve 4721 S.lı Türk Medeni Kanunu (RG 8.12.2001 T. ve 24607 S.) |
| vd. | : ve devamı |
| Yarg. | : Yargıtay |

OBJEKTIVE SCHIEDSFÄHIGKEIT - EINE SKIZZE

*RA Dr. Christoph LIEBSCHER**

1. Einleitung

Objektive Schiedsfähigkeit bestimmt jene Rechtsmaterien, welche Gegenstand einer Schiedsvereinbarung und somit eines Schiedsverfahrens sein können. Sie ist von der subjektiven Schiedsfähigkeit zu unterscheiden. Diese definiert, welche Personen Schiedsvereinbarungen schließen können.

Einerseits ist die fehlende objektive Schiedsfähigkeit nach vielen nationalen Schiedsgesetzen einer der Gründe, aus denen ein Schiedsspruch aufgehoben werden kann (zB Artikel 15 A 2. (a) türkisches Gesetz über die internationale Schiedsgerichtsbarkeit; § 611 (2) Z 7 ö ZPO). Andererseits sieht etwa das New Yorker Übereinkommen in Artikel IV (2) (a) vor, daß das Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit nach dem Recht des Vollstreckungsstaates einen Grund darstellt, auch von Amts wegen die Anerkennung und Vollstreckung zu verweigern.

In manchen Rechtsordnungen, wie etwa in Österreich (§ 613 öZPO), ist zusätzlich vorgesehen, daß jedes Gericht und jede Behörde einen Schiedsspruch unter anderem dann nicht angewendet, wenn es an der objektiven Schiedsfähigkeit mangelt.

In den letzten Jahrzehnten ist ein klarer Rückgang der Bereiche zu beobachten, bei denen fehlende Schiedsfähigkeit verneint wird. Der führende Fall ist nach wie vor die US-amerikanische Entscheidung im Fall Mitsubishi¹. In der Schiedspraxis spielt ein Einwand mangelnder objektiver

* Liebscher Dispute Management - Wien, MBA (Insead), FCI Arb

¹ Mitsubishi Motors Corp v. Soler Chrysler Plymouth, Inc., 473 U.S. 614 (1985) = YCA XI (1986), 555 (US Supreme Court).

Schiedsfähigkeit nur mehr selten eine Rolle. Der Begriff ist aber noch immer nebulos und verdient eine Untersuchung im Interesse größerer Klarheit².

Der Beitrag befasst sich aber nicht mit der Frage, nach welchem Recht ein Schiedsgericht oder ein staatliches Gericht die Frage der objektiven Schiedsfähigkeit zu prüfen hat³. Diese ist für die hier durchgeführte Zusammenschau auch nicht wesentlich.

Gegenstand dieses kurzen Beitrages ist die Frage, wie das Kriterium der objektiven Schiedsfähigkeit sich weiter entwickeln mag.

Um diese Frage zu beantworten, wird zunächst an Beispielen dargestellt, welche Rechtsmaterien in einzelnen Jurisdiktionen als nicht schiedsfähig betrachtet werden. Der Beitrag erhebt freilich keinen Anspruch auf enzyklopädische Vollständigkeit. Die Anführung der Rechtsmaterien dient illustrativen Zwecken.

In der Folge wird untersucht, auf welche Grundlagen sich die angebliche mangelnde Schiedsfähigkeit bei diesen Rechtsmaterien stützt.

Daraus wird ein Vorschlag erarbeitet, wie in Zukunft mit den Themen transparenter und treffender umgegangen werden könnte, die heute unter fehlender objektiver Schiedsgerichtsbarkeit zusammengefasst sind.

² Statt umfangreicher Fußnoten reicht es angesichts der vorliegenden rezenten Untersuchungen aus, auf folgende Veröffentlichungen und die dort referenzierten Fundstellen und Verweise hinzuweisen: Gary Born, *International Commercial Arbitration*, 2. Auflage, Kluwer Law International (2014) Chapter VI; Quinke, *Objective Arbitrability*, Article V (2) (a) in Wolff (Hrsg.) *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards – Commentary*, C.H. Beck/Hart/Nomos (2012); Otto/Elwan, Article V (2) in Kronke/Nacimiento/Otto/Port (Hrsg.), *Wolters Kluwer* (2010); Chapter III: *Arbitrability in Gaillard/di Pietro (Hrsg.) Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards the New York Convention in Practice*, Cameron May (2008); Mistelis/Brekoulakis (Hrsg.) *Arbitrability: International and Comparative Perspectives*, Kluwer Law International (2009).

³ Siehedazu etwa Bernardini, *The Problem of Arbitrability in General*, in Gaillard/Di Pietro (Fn.2) 503 (509 ff.); Poudret/Besson, *Comparative Law in International Arbitration*, 2. Auflage, Thomson/Sweet&Maxwell/Schulthess (2007) 283 ff; Mistelis, *Arbitrability – International and Comparative Perspectives*, in Mistelis/Brekoulakis (Fn. 2) 1 (8 ff).

2. Abgrenzung

Neben der objektiven Schiedsfähigkeit gibt es eine weitere Abgrenzung für den möglichen Tätigkeitsbereich eines Schiedsgerichtes. Dies ist der Unterschied zwischen richterlicher und nicht-richterlicher Tätigkeit. In der Praxis spielt dies etwa dann eine Rolle, wenn zu entscheiden ist, ob eine bestimmte Streitregelungsklausel eine Schiedsklausel oder eine Schiedsgutachterklausel ist. Mit diesem Fragenkomplex, der traditionellerweise nicht der objektiven Schiedsfähigkeit zugerechnet wird, beschäftigt sich dieser Beitrag nicht⁴.

Bei der Diskussion des Begriffs der objektiven Schiedsfähigkeit wird davon ausgegangen, daß die entsprechende Materie vom Schiedsgericht als Hauptfrage zu entscheiden ist.

Es besteht offenbar weitgehend Konsens darüber, daß das Schiedsgericht Materien, die an sich nicht objektiv schiedsfähig sind, dennoch behandeln darf, soweit es sich bloß um eine Vorfrage handelt.

Man kann sogar die Ansicht vertreten, daß das Schiedsgericht verpflichtet ist, dies zu tun, soweit nicht entgegenstehende klare rechtliche Schranken dafür bestehen. Im Zusammenhang mit der staatlichen Schiedsgerichtsbarkeit.

So wurde etwa entschieden, daß ein Gericht, welches sich in einer entscheidungsrelevanten Frage ohne eigene Prüfung auf eine verwaltungsbehördliche Entscheidung stützt, Artikel 6 EMRK verletzt. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte fand, daß das Tribunal damit selbst - unzulässig - seine Zuständigkeit beschnitten hat, Fragen zu prüfen, welche für die Entscheidung des Streites wesentlich sind⁵. Das war eine Anwendung des wiederholt judizierten Grundsatzes, daß nach Artikel 6 Abs1 EMRK das Tribunal zuständig sein muß, alle relevanten Tatsachen- und Rechtsfragen zu prüfen.

⁴ Siehe zum Beispiel Gary Born (Fn. 2) 259 ff.; Liebscher, *The Healthy Award*, *Kluwer Law International* (2003) 116 ff, 119 ff, 125 ff, 131 ff, 134 f., 137 ff.

⁵ EGMR 17.12.1996 *Terra Woningen v. Niederlande*, Reports 1996-VI, Para. 51 f; siehe auch EGMR, *Guide on Article 6 – Right to a Fair Trial (civil limb)*, Council of Europe (2013) mwN.

3. Generelle Regelung

Zahlreiche Rechtsordnungen umschreiben den Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit allgemein. Dabei wird entweder auf den vermögenswerten Charakter des Streitgegenstandes abgestellt oder darauf, ob die Parteien über den Streitgegenstand einen Vergleich schließen können, er also in ihrer Disposition steht (letzteres etwa nach Artikel 1 (4) Türkisches Gesetz über Internationale Schiedsgerichtsbarkeit).

Manche Gesetze wie z.B. das österreichische, kombinieren diesen Ansatz. So bestimmt § 682 (1) öZPO: *„Jeder vermögensrechtliche Anspruch, über den von den ordentlichen Gerichten zu entscheiden ist, kann Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein. Eine Schiedsvereinbarung über nicht vermögensrechtliche Ansprüche hat insofern rechtliche Wirkung, als die Parteien über den Gegenstand des Streites einen Vergleich abzuschließen fähig sind.“*

Darüber hinaus finden sich auch Regelungen, welche ausdrücklich bestimmte Materien von der objektiven Schiedsfähigkeit ausnehmen.

So sind nach türkischem Recht etwa Streitigkeiten über dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen von der objektiven Schiedsfähigkeit ausgenommen (Artikel 1 (4) türkisches Gesetz über internationale Schiedsgerichtsbarkeit).

Nach österreichischem Recht (§ 582 (2) öZPO) sind etwa Streitigkeiten über familienrechtliche Ansprüche sowie über bestimmte Ansprüche im Zusammenhang mit Liegenschaften nicht objektiv schiedsfähig.

Umgekehrt gibt es Beispiele, wonach ganz bestimmte konkrete Materien für objektiv schiedsfähig erklärt werden, so etwa im türkischen Recht Streitigkeiten aus Konzessionsverträgen (Artikel 1 (5) türkisches Gesetz über internationale Schiedsgerichtsbarkeit).

Schließlich ist es aber die Regel, daß derartige in den schiedsrechtlichen Bestimmungen angeführten Ausnahmen nicht abschließend sind. Auch andere Rechtsquellen können solche Beschränkungen enthalten.

Österreichisches Schiedsrecht (§ 582 (2) 2. Satz öZPO) bestimmt ausdrücklich, daß *„[g]esetzliche Vorschriften außerhalb [des Abschnitts über*

Schiedsverfahren], *nach denen Streitigkeiten einem Schiedsverfahren nicht oder nur unter bestimmten Voraussetzungen unterworfen werden dürfen, [unberührt bleiben].“*

In der Praxis allerdings ist es eher selten, daß solche Bestimmungen außerhalb des Schiedsrechts klar vom Fehlen der Schiedsfähigkeit sprechen.

In der Diskussion möglicher Gruppen von Materien, denen die objektive Schiedsfähigkeit fehlen soll, wird überwiegend auf solche sonstige Rechtsquellen abgestellt, die nicht explizit ausführen, daß es an der objektiven Schiedsfähigkeit mangelt, aus denen man dies aber zu schließen glaubt⁶.

4. Beispiele für Rechtsmaterien

Die folgende Anführung von Rechtsmaterien, bei denen (zum Teil) objektive Schiedsfähigkeit verneint wird oder wurde, dient nur der beispielhaften Illustration. Es fehlt ja nicht nur an jedem länderübergreifenden Konsens, wann ein Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit bejaht wird. Auch innerhalb einer Rechtsordnung gibt es in der Regel keinen klaren abschließenden Überblick über die Materien, welche nicht der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen werden können.

Nach türkischem Recht etwa wird die objektive Schiedsfähigkeit folgender Materien verneint: dingliche Rechte an Liegenschaften, Bestimmung von Miete, Eheschließung, Scheidung, Sorgerecht, Vollstreckung, Insolvenz sowie Streitigkeiten mit Arbeitnehmern und Verbrauchern⁷. Nur der erste Bereich ist im Schiedsrecht geregelt. Sonst fehlt es an einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung.

4.1 Kartellrecht

Kontinentaleuropäische Rechtsordnungen unterscheiden klar zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht. Entsprechend unterscheidet man bei den kartellrechtlichen Sanktionen auch zwischen den privatrechtlichen (auch z.B.

⁶ Dies gilt für die meisten in Punkt 4. aufgelisteten Materien.

⁷ Siehe Asli Bayata Canyaş, Enforcement of Foreign Arbitral Awards in Turkey, ASA Bulletin 2013, 537 (554) mwN.

Unwirksamkeit von Vertragsklauseln) und den öffentlich-rechtlichen (z.B. Strafen). Nachdem es lange Zeit umstritten war, inwieweit Schiedsgerichte überhaupt kartellrechtliche Aspekte berücksichtigen dürfen, ist es seit nunmehr bald drei Jahrzehnten in zahlreichen Rechtsordnungen geklärt, daß privatrechtliche Aspekte des Kartellrechts sehr wohl schiedsfähig sind.

In angelsächsischen Rechtsordnungen hingegen findet sich diese Unterscheidung Privat- und öffentliches Recht nicht oder jedenfalls nicht in dieser Schärfe. Es ist daher etwa nach dem Kartellrecht der USA durchaus vorstellbar, daß eine Kartellbehörde Ansprüche auch vor Gerichten durchsetzt. In diesem Umfang wäre daher auch durchaus zu diskutieren, ob die objektive Schiedsfähigkeit sich dann nicht auch auf solche Streitigkeiten erstreckt⁸.

4.2 Strafrecht

Beim Strafrecht findet sich eine ähnliche Unterscheidung wie im Kartellrecht. Eine Straftat kann zivilrechtliche und strafrechtliche Konsequenzen haben. Auch hier ist weitgehend anerkannt, daß die privatrechtlichen Konsequenzen von Straftaten sehr wohl objektiv schiedsfähig sind. Eine Schiedsfähigkeit der eigentlichen strafrechtlichen (öffentlich-rechtlichen Sanktionen) wird aber nicht bejaht⁹.

4.3 Insolvenzrecht

Im Bereich des Insolvenzrechts wird oft zwischen zwei Gruppen von Verfahren entschieden. In der ersten sind das insolvenzrechtlichen Verfahren im engeren Sinn, insbesondere also die Abwicklung der Insolvenz selbst, und annexe Verfahren, wie etwa die Geltendmachung von Ansprüchen die erst durch die Eröffnung der Insolvenz entstanden sind.

In der zweiten Gruppe geht es um Streitigkeiten über Ansprüche aus Rechtsverhältnissen, welche schon vor der Insolvenz bestanden. Für die erste

⁸ Siehe etwa Liebscher, Antitrust and Arbitration – A Status Report in Klausegger/Klein et al. (Hrsg.) Austrian Yearbook on International Arbitration, Manz'sche Verlags- und Universitätsbuchhandlung (2013) 113.

⁹ Für nähere Erläuterungen siehe Mourre, Arbitration and Criminal Law: Jurisdiction, Arbitrability and Duties of the Arbitral Tribunal in Mistelis/Brekoulakis (Fn. 2) 207 ff.

Gruppe wird die Schiedsfähigkeit zum Teil abgelehnt oder bezweifelt. Bei der zweiten Gruppe geht es nicht so sehr um Fragen der objektiven Schiedsfähigkeit, sondern darum, ob die Eröffnung eines Insolvenzverfahrens die Schiedsvereinbarung beendet oder zu mindestens für die Dauer des Insolvenzverfahrens außer Kraft setzt¹⁰.

4.4 Familienrecht

Was familienrechtliche Streitigkeiten betrifft, so sind grundsätzlich zwei Gestaltungen zu unterscheiden. Nach der einen, so etwa nach österreichischem Recht (§ 582 (2) öZPO) sind familienrechtliche Streitigkeiten generell schiedsunfähig. Dies gilt auch für rein vermögensrechtliche Streitigkeiten.

Eine andere Unterscheidung würde zwischen Statusentscheidungen und vermögensrechtlichen Entscheidungen differenzieren und für vermögensrechtliche Entscheidungen objektive Schiedsfähigkeit bejahen.

4.5 Erbrecht

Hier stellt sich eine ähnliche Konstellation wie im Insolvenzrecht. Es ist wohl zu unterscheiden zwischen dem eigentlichen Verlassenschaftsverfahren und anderen Verfahren. Die erbrechtlichen Systeme in den einzelnen Ländern sind sehr unterschiedlich gestaltet. Aber grundsätzlich könnte man auch hier argumentieren, daß die Abwicklung der Verlassenschaft selbst nicht objektiv schiedsfähig sei, während die Geltendmachung von Ansprüchen sehr wohl objektiv Schiedsfähigkeit ist, wie etwa die Bekämpfung einer letztwilligen Verfügung oder die Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen.

4.6 Arbeitsrecht

Etliche Rechtsordnungen, wie etwa auch die österreichische, kennen besondere Bestimmungen für Schiedsstreitigkeiten, an denen Arbeitnehmer beteiligt sind. Nach österreichischem Recht wird dafür die objektive Schiedsfähigkeit nicht ausgeschlossen, die Wirksamkeit von

¹⁰ Für nähere Erläuterungen siehe Liebscher in Mistelis/Brekoulakis (Fn. 2) 165.

Schiedsvereinbarungen unterliegt aber zahlreichen zusätzlichen Bedingungen. Andererseits gibt es Rechtsordnungen, nach denen Arbeitsrechtstreitigkeiten generell nicht objektiv schiedsfähig sind. So wird dies für türkisches Recht vertreten¹¹.

4.7 Konsumentenschutzrecht

Eine ähnliche Konstellation wie im Arbeitsrecht gibt es auch im Konsumentenschutzrecht.

4.8 Gesellschaftsrecht

Hier sind wieder mehrere Arten von möglichen Streitigkeiten zu unterscheiden. Zum einem geht es um statutarische Streitigkeiten, wie etwa die Bekämpfung von Beschlüssen der Gesellschaft, zum anderen aber die Geltendmachung vermögensrechtlicher Ansprüche, wie etwa auf Auszahlung einer Dividende oder Schadenersatzansprüche.

In Österreich wird die objektive Schiedsfähigkeit für all diese Ansprüche bejaht. Dies ist die Konsequenz der seit der Schiedsrechtsreform 2006 umfassend definierten objektiven Schiedsfähigkeit. Insbesondere wird die objektive Schiedsfähigkeit auch für Verfahren bejaht, mit denen ein Beschluss eines Gesellschaftsorganes angefochten wird. Für die Unanfechtbarkeit eines in einem solchen Verfahren ergehenden Schiedsspruchs allerdings verlangt die Rechtsprechung zusätzliche Erfordernisse, damit dem Grundsatz des rechtlichen Gehörs Rechnung getragen wird¹².

4.9 Staatliches Vermögen

Es gibt Rechtsordnungen (so zB Ungarn¹³), in denen Streitigkeiten betreffend bestimmte Arten von staatlichen Vermögen nicht objektiv schiedsfähig sind.

¹¹ Siehe Asli Bayata Canyaş (Fn. 7) 554 mwN.

¹² Koller, Die Schiedsvereinbarung, in Liebscher/Oberhammer/Rechberger (Hrsg.) Schiedsverfahrensrecht Band I, Springer (2012) 3/90 ff.

¹³ Gesetz CXCVI von 2011 über nationale Vermögenswerte.

4.10 Naturschätze

Auch hier gibt es Rechtsordnungen, welche Streitigkeiten über Naturschätze, gleich in wessen Eigentum sie stehen, generell von der objektiven Schiedsfähigkeit ausnehmen¹⁴.

4.11 Immaterialgüterrecht

Beim Immaterialgüterrecht ist in etlichen Rechtsordnungen anerkannt, daß Streitigkeiten welche nicht die Eintragung in öffentlichen Registern betreffen, generell schiedsfähig sind. Nach manchen Rechtsmeinungen fehle die objektive Schiedsfähigkeit aber für Verfahren, bei denen eine Veränderung in öffentlichen Registern, zum Beispiel in einem Patentregister, begehrt wird. Die Schweiz ist hier jedenfalls eine Ausnahme¹⁵.

4.12 Liegenschaftsrecht

Hier gibt es verschiedene Konstellationen. Sachenrechtliche Streitigkeiten, welche Rechte an Liegenschaften betreffen, sind etwa nach türkischem Recht nicht schiedsfähig (so Artikel 1 (4) türkisches Gesetz über internationale Schiedsgerichtsbarkeit). Nach österreichischem Recht wird nur für einzelne immobilienbezogene Materien die objektive Schiedsfähigkeit verneint (§ 582 (2) öZPO). Als dritte Variante wird für die objektive Schiedsfähigkeit darauf abgestellt, ob eine Eintragung in öffentlichen Registern begehrt wird. Ist dies der Fall, so wird nach der Rechtsmeinung dieser dritten Gruppe die objektive Schiedsfähigkeit verneint.

4.13 Kapitalmarktrecht

Hier gab es etwa die Meinung, daß Ansprüche welche die Kunden bei Kapitalmarkttransaktionen schützen sollten, nicht objektiv schiedsfähig sind. Diese Position hat sich allerdings in der Zwischenzeit geändert¹⁶. Zum Teil

¹⁴ Siehe Born (Fn. 2) 1026 f.

¹⁵ Quinke (Fn. 2) Rz 472 mwN in Fn. 1095.

¹⁶ Siehe Born (Fn. 2) 985 ff.

werden solche Konstellationen allerdings von schiedsrechtlichen Regelungen zum Konsumentenschutz erfaßt.

4.14 Vertriebsrecht

Regelungen zur objektiven Schiedsfähigkeit im Vertriebsrecht sind eher selten. Ein seltenes Beispiel ist Belgien, welches die objektive Schiedsfähigkeit von bestimmten Vertriebsstreitigkeiten verneint¹⁷.

5. Begründungen

Es ist nicht ganz einfach, die jeweiligen Begründungen zu finden (oder zu erraten), warum bestimmte Materien nicht objektiv schiedsfähig sein sollen. Am einfachsten ist es ohne Zweifel bei den Bestimmungen, welche insbesondere in schiedsrechtlichen Regelungen zu finden sind, wo dann die Materialien in der Regel etwas Aufschluss geben. Bei zahlreichen Materien aber, bei denen die objektive Schiedsfähigkeit fehlen soll bzw. zu mindestens bezweifelt wird, mangelt es aber oft an einer (klaren) Begründung.

Kontrastiert man die objektive Schiedsfähigkeit mit dem materiellen *ordre public*, so könnte man meinen, daß Materien, welche nicht einmal objektiv schiedsfähig sind, einen noch höheren Grad an Bedeutung haben, wie diejenigen, welche zum materiellen *ordre public* gehören. Es würde sich bei einer solchen Denkweise daher bei Materien, denen die objektive Schiedsfähigkeit fehlt, um die allerwichtigsten Grundwertungen einer Gesellschaft handeln, einen allerinnersten Kreis innerhalb der Grundwertungen.

Wie die folgende Analyse aber zeigt, ist dies keineswegs der Fall. Die Begründungen, warum bestimmte Materien für nicht objektiv schiedsfähig gehalten werden, sind letztlich sehr unterschiedlich und zeigen, daß diesen Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit wohl kaum eine wirklich brauchbare Funktion zukommt.

Im Folgenden sollen die möglichen Begründungen untersucht werden, aufgrund derer bestimmte Materien nicht objektiv schiedsfähig sein sollen.

¹⁷ Siehe Born (Fn. 2) 1032 ff.

Die folgende Darstellung folgt zum Teil der sehr hilfreichen Analyse von Brekoulakis¹⁸.

5.1 *Ordre public*

Das Erfordernis der objektiven Schiedsfähigkeit wird weitgehend als Zwillingsschwester des *ordre public* gesehen. Beide dienen nach dieser Ansicht dem Schutz öffentlicher Interessen¹⁹. Es wird auch weitergehend vertreten, daß die objektive Schiedsfähigkeit ohnedies Teil des generellen Konzeptes von *ordre public* ist und daß daher etwa Artikel V (2) (a) des New Yorker Übereinkommens überflüssig sei²⁰.

Wie die in der Folge behandelten weiteren (möglichen) Begründungen des Mangels objektiver Schiedsfähigkeit zeigen, bleibt eigentlich, nimmt man die oben genannten Materien als Beispiel, kaum ein Bereich der eigentlich in den *ordre public* fällt. Man mag allenfalls bei staatlichem Vermögen und bei Naturschätzen, je nach deren Bedeutung für das bestehende einer bestimmten Gesellschaft, der Ansicht sein, daß deren Erhalt unter den *ordre public* fällt.

Warum dies aber die Schiedsfähigkeit ausschließen soll, ist damit noch nicht begründet. Letztlich geht es auch hier offenbar um ein Misstrauen gegenüber dem Verfahren (also strukturelle Bedenken) oder um eine vorweggenommene Kontrolle des Arbeitsergebnisses eines Schiedsverfahrens, nämlich des Schiedsspruchs.

5.2 Keine ausreichenden Verfahrensgarantien

In einigen Entscheidungen von Gerichten der USA wurden Zweifel daran geäußert, ob denn ein Schiedsverfahren die erforderlichen Verfahrensgarantien bietet. So führt der U.S. Supreme Court etwa in

¹⁸ Für Näheres siehe Brekoulakis, On Arbitrability: Persisting Missconceptions and new Areas of Concern in Mistelis/Brekoulakis.(Fn. 2) 19.

¹⁹ Quinke (Fn2) 381 in marg. no. 421, 382 in marg. no. 424.

²⁰ Van den Berg, The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation, Kluwer Law (1981) 360.

Alexander v. Gardner-Denver²¹ aus, daß die Ermittlung des Sachverhalts in einem Schiedsverfahren nicht mit demjenigen vor einem staatlichen Gericht vergleichbar sei; es fehlten etwa die üblichen Beweisregeln und die entsprechenden Methoden der Beweissammlung wie discovery, cross examination und eidliche Zeugenaussagen.

Ein anderes Element wurde etwa von Justice Douglas in seiner dissenting opinion in Scherk v. Alberto-Culver²² angeführt, nämlich die Möglichkeit, daß ein Schiedsspruch ohne Begründung erlassen wird.

In einer weiteren dissenting opinion hat Justice Stevens im Fall Mitsubishi v. Soler²³ ausgeführt, daß Schiedssprüche einer nur sehr geringen Überprüfung unterliegen und daß dies für Materien, welche für die Volkswirtschaft und die internationale Wettbewerbsfähigkeit der USA von Bedeutung sind, nicht akzeptabel sei.

Nimmt man diese Kritik am Schiedsverfahren ernst, so gäbe es überhaupt keine Schiedsverfahren.

Der bloße Verweis auf das im Vergleich zu staatlichen Verfahren in der Regel unterschiedliche Verfahren vor Schiedsgerichten genügt daher nicht um einen Mangel der objektiven Schiedsfähigkeit zu begründen.

Dieser liegt eben nur dann vor, wenn die Materie von einer solchen Bedeutung wäre, daß die nachfolgende Kontrolle des Schiedsspruchs, welcher in der Regel materiell *ordre public* nicht verletzen darf, nicht als ausreichend gesehen wird. Eine derartige Begründung ist aber nur sehr schwer vorstellbar. Jedenfalls finden sich dafür, soweit ersichtlich, keine konkreten Beispiele.

5.3 Vorwegnehmende Kontrolle

Bei diesem Ansatz geht es darum, zu spekulieren, wie ein Schiedsgericht möglicherweise einen Fall, welcher eine bestimmte Rechtsmaterie betrifft, entscheiden wird und Zweifel an der Richtigkeit der Entscheidung zu äußern.

²¹ Siehe Brekoulakis (Fn. 18) 22 f.mwN.

²² Fn. 21.

²³ Fn. 21.

Diese vorweggenommene Kontrolle wird in der Regel abgelehnt. Derartige Begründungen fanden sich in der älteren Judikatur amerikanischer Gerichte vor dem Mitsubishi Fall²⁴.

5.4 Strukturelle Voreingenommenheit

Dieser Einwand²⁵ ist demjenigen bei einer vorwegnehmenden Kontrolle nicht unähnlich.

Hier geht es im Wesentlichen darum, daß man aufgrund bestimmter objektiver Umstände Bedenken hinsichtlich einer strukturellen Voreingenommenheit der Schiedsrichter hat.

Dies, könnte argumentiert werden, wäre etwa im Bereich von Arbeitnehmer- oder Konsumentenschutzstreitigkeiten der Fall. Nach einem solchen Ansatz wären Schiedsrichter wohl – wenn auch unbewusst – geneigt, eher diese Sichtweise des Gegners des Arbeitnehmers oder des Konsumenten einzunehmen. Die Begründung eines solchen Verdachtes läge darin, daß das jeweilige Unternehmen, das dem Arbeitnehmer oder Konsumenten gegenübersteht, eher als jemand in Frage kommt, der auch in der Zukunft wieder Schiedsrichter bestellen wird.

Bei diesem Einwand handelt es sich letztlich aber nicht um eine Frage der objektiven Schiedsfähigkeit, sondern um eine Frage des Bestellungsmodus. Dazu ist auf die Diskussion zu verweisen, Parteiernennungen generell abzuschaffen. Ein Konsens dafür wird sich aber wohl nicht bilden²⁶.

Es gibt aber auch andere Schutzbestimmungen für Arbeitnehmer und Konsumenten im Schiedsrecht, die offensichtlich nicht von einer strukturellen Voreingenommenheit ausgehen sondern von anderen Überlegungen, insbesondere von dem Schutz vor Übereilung getragen sind, wie etwa die österreichische in § 617 öZPO.

²⁴ Siehe Brekoulakis (Fn. 18) 25 mwN.

²⁵ Für näheres siehe Brekoulakis (Fn. 18) 26 f. mwN.

²⁶ Brower/Rosenberg, *The Death of the Two-Headed Nightingale: Why the Paulsson-van den Berg Presumption that Party-Appointed Arbitrators are Untrustworthy is Wrongheaded*, *Arbitration International* (zo~3) Issue 1, 7 mwN.

5.5 Ausschließliche Zuständigkeit

In zahlreichen Rechtsordnungen gibt es Regeln, wonach von den staatlichen Gerichten eines Landes nur eines oder einzelne für bestimmte Rechtsmaterien ausschließlich zuständig sind. Beispiele dafür sind etwa bestimmte insolvenzrechtliche Streitigkeiten, Streitigkeiten um bestimmte dingliche Rechte oder um Patente und andere Immaterialgüterrechte.

Es wird manchmal argumentiert, daß aus derartigen Regeln geschlossen werden kann, daß die entsprechenden Materien nicht objektiv schiedsfähig seien, liegen sie doch in der ausschließlichen Zuständigkeit eines oder mehrerer bestimmter staatlicher Gerichte.

Aus solchen Regel kann aber nicht auf eine mangelnde objektive Schiedsfähigkeit geschlossen werden. Es handelt sich hier um Organisationsvorschriften, welche das Verhältnis der staatlichen Gerichte untereinander betreffen. Um gestützt auf eine solche Regel der ausschließlichen Zuständigkeit das Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit zu bejahen, bedarf es einer anderen Begründung. Die Regelung der ausschließlichen Zuständigkeit trägt ein Fehlen einer objektiven Schiedsfähigkeit nicht.

5.6 Eintragungen in öffentliche Register

Im Bereich des Immaterialgüterrechtes ist es durchaus verbreitet, daß die objektive Schiedsfähigkeit von Verfahren verneint wird, als deren Ergebnis Veränderungen in öffentlichen Registern erfolgen. Darüber hinaus wird diese Meinung etwa auch bei Liegenschaftsstreitigkeiten vertreten. Die Schweiz bildet hier, wie oben bei den Immaterialgüterrechten (4.11) schon erwähnt, eine Ausnahme, was Immaterialgüterrechte betrifft.

Bleibt man beim Bereich der Immaterialgüterrechte als Beispiel, so sind wohl zwei Typen von Verfahren zu unterscheiden. Bei den einen geht es darum, daß überhaupt ein Ausschließlichkeitsrecht eingeräumt wird. Hier stehen sich zunächst in der Regel der Antragsteller und die Behörde gegenüber. In der Folge aber mag es dann durchaus zu einem kontradiktorischen Verfahren mit anderen Parteien kommen, welche etwa einer Eintragung widersprechen oder eine Löschung begehren.

Im Bereich des Liegenschaftsrechts etwa wäre an Streitigkeiten betreffend Eintragungen im Grundbuch zu denken. Je nach Ausgestaltung des Liegenschaftsrecht begründet erst eine bücherliche Eintragung eine dingliche Position mit Wirkung gegenüber Dritten.

Zwei verschiedene Themen könnten sich hier stellen. Zum einen könnte man meinen, daß eine staatliche Stelle (wie etwa ein Patentamt oder ein Grundbuchsgericht) nicht gezwungen werden kann, eine von einem Schiedsgericht getroffene Entscheidung umzusetzen. Dies würde aber nicht überzeugen. Diese Situation gibt es auch bei jedem Vollstreckungsverfahren. Ein hartnäckiger Vertreter dieser Ansicht könnte einwenden, daß sich hier die „Hilfsfunktion“ des staatlichen Richters eben aus einer gesetzlichen Anordnung ergibt. Eine solche Sichtweise wäre nur dann wert näher untersucht zu werden, wenn man von einer Rechtsordnung ausgeht, in welcher die Schiedsgerichtsbarkeit eine Gerichtsbarkeit zweiter Klasse ist und mit der staatlichen Rechtsprechung daher nicht auf einer Ebene steht.

Letztlich geht es daher bei den Materien, welche unter diese Gruppe fallen, um die Dritt- oder absolute Wirkung der Eintragung und die sich daran knüpfenden Bedenken. In etlichen Rechtsordnungen, wie etwa auch in der österreichischen (§ 607 öZPO) wird vorgesehen, daß der Schiedsspruch die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils zwischen den Parteien hat. Somit geht es um die Frage der Drittwirkung von Entscheidungen.

5.7 Drittwirkung von Entscheidungen

Die mangelnde Schiedsfähigkeit von Materien wird zum Teil damit begründet, daß die Entscheidung Drittwirkung hätte bzw. haben sollte.

Es gibt wie gesagt Rechtsordnungen, wie etwa die österreichische (§ 607 ZPO), welche ausdrücklich regeln, daß der Schiedsspruch die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils zwischen den Parteien hat.

Die Frage ist, ob eine derartige Regelung etwas über die (zulässige) Drittwirkung von Schiedssprüchen aussagt. Bei der Beantwortung sind drei Konstellationen zu unterscheiden.

Im ersten Fall wirkt eine Entscheidung (vorbehaltlich möglicher Annexverfahren, wie Registrierungen) gegenüber jedermann, z.B. dann man eine sachenrechtliche Position oder der Satus einer Person entschieden wird.

In dieser Fallgruppe gibt es von vorneherein feststehende mögliche Verfahrensparteien, wie zB den Käufer und den Verkäufer einer Sache oder die Eheleute bei einer Scheidung. Ist die Entscheidung gefallen, so kann ein Dritter nicht etwa mit dem Argument ignorieren, daß ihm kein Recht eingeräumt wurde, sich am Verfahren zu beteiligen. Was die objektive Schiedsfähigkeit betrifft, wird diese, ohne tiefere Begründung, etwa bei Statusfragen verneint. Bei sachenrechtlichen Frage wird die objektive Schiedsfähigkeit manchmal bei unbeweglichen Sachen verneint. Wo der maßgebliche Unterschied zwischen unbeweglichen und beweglichen Sachen liegen soll, erhellt dabei nicht.

In der zweiten Gruppe geht es um Verfahren, der Ergebnis Drittwirkung gegenüber jedermann hat, bei der aber der Kreis der möglichen Verfahrensparteien bei Beginn des Verfahrens nicht mit Sicherheit feststeht; Insolvenz- und Verlassenschaftsverfahren oder Verfahren über die Begründung von Immaterialgüterrechten (wie etwa die Erteilung eines Patentes) können, je nach konkreter Ausgestaltung der Verfahren dafür Beispiele sein. Hier wird in der Regel die objektive Schiedsfähigkeit verneint.

Der dritte Bereich sind Streitigkeiten, bei denen die Entscheidung Wirkung gegenüber einem klar bestimmten Personenkreis haben soll, wie dies zB (je nach Rechtsordnung) bei Streitigkeiten über die Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen der Fall sein kann.

Zur Illustration sei aufgezeigt, wie der OGH mit der Frage der Drittwirkung in diesem Bereich umgeht.

Nach § 42 Abs 6 GmbHG wirkt das Urteil mit dem die Nichtigkeit eines Beschlusses der Gesellschaft erklärt wird für und gegen sämtliche Gesellschafter. Als Hintergrund muß man wissen, daß die entsprechende Klage nach § 42 Abs 1 GmbHG nicht von einem Gesellschafter gegen alle anderen Gesellschafter zu führen ist, sondern sie ist gegen die Gesellschaft zu richten. Somit bedurfte es dieser Rechtskrafterstreckung.

Um diese Wirkung zu erhalten, verlangt der OGH, daß alle von dieser Rechtskrafterstreckung betroffenen Parteien Teil derselben Schiedsvereinbarung sind. In der Praxis wird dieses Erfordernis in der Regel dadurch erfüllt sein, daß die Schiedsklausel Teil der Satzung der

Gesellschaft ist. Als zweite Voraussetzung stipuliert der OGH, daß allen diesen Personen rechtliches Gehör gewährt werden muß. Dabei ist es aber nach dem OGH ausreichend, daß sich die Mitgesellschafter, wie vor dem staatlichen Gericht, als Nebenintervenienten beteiligen können. In diesem Fall habe das Schiedsgericht praktisch kein Ermessen²⁷.

5.8 Vielzahl an nötigen Schiedsvereinbarungen

Hierfür ist etwa das Insolvenzverfahren, aber auch das Verlassenschaftsverfahren ein gutes Beispiel. Im Prinzip spricht nichts dagegen, diese Verfahren, sieht man von dem oft – zu Unrecht – postulierten Streiterfordernis ab, in einem Schiedsverfahren abzuwickeln.

Erforderlich wäre aber natürlich, daß alle Parteien eines solchen Verfahrens eine Schiedsvereinbarung schließen²⁸. Das ist schon nicht sehr wahrscheinlich.

Selbst wenn das Bestehen einer solchen umfassenden Schiedsvereinbarung annimmt, so ist es möglich, daß in einem späteren Verfahrensstadium weitere Parteien auftauchen. Würde etwa in einem Insolvenzverfahren ein Gläubiger hinzukommen, welcher sich weigert eine entsprechende Schiedsvereinbarung zu schließen, so stellten sich erhebliche Probleme. Näheres dazu wird in Punkt 6. ausgeführt.

6. Vorschlag

Wie sich also gezeigt hat, verdient der Begriff der objektiven Schiedsfähigkeit einer kritischen Überarbeitung. Auch wenn die Fälle, in denen objektive Schiedsfähigkeit verneint wird, im Laufe der Zeit in zahlreichen Rechtsordnungen stark zurückgegangen sind, so verbleibt doch eine nicht unerhebliche Restgruppe, die eben dieser kritischen Überprüfung bedarf.

Wie sich gezeigt hat sind die meisten der Begründungen für einen Mangel der objektiven Schiedsfähigkeit kaum überzeugend.

²⁷ OGH 7 Ob 221/98 w RdW 1999, 206 = ecollex 1999/106 = Rz 1999, 108 (Glosse Wenger).

Letztlich lassen sich zwei Gruppen von Verfahren ermitteln, die nicht von einem Schiedsgericht entschieden werden sollten, wo also die objektive Schiedsfähigkeit zu verneinen ist.

Zum einen handelt es sich dabei um Verfahren, bei denen die Anzahl der (möglichen) Beteiligten im Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens nicht feststeht. Dies kann etwa bei Verlassenschaftsverfahren oder Insolvenzverfahren der Fall sein. Der Grund, derartigen Verfahren die objektive Schiedsfähigkeit abzusprechen, liegt letztlich in einer praktischen Überlegung die aber auf Grundsätze der Rechtssicherheit fußt.

An sich spräche theoretisch nichts dagegen, auch solche Verfahren vor einem Schiedsgericht abzuwickeln. Voraussetzung ist aber natürlich, daß sämtliche Parteien entsprechende Schiedsvereinbarungen geschlossen haben. Bei Verfahren aber, wo die möglichen Beteiligten nicht von Vorneherein feststehen, kann dies zu erheblichen Problemen führen. Das Verfahren würde etwa eingeleitet werden und es lägen die erforderlichen Schiedsvereinbarungen vor. In einem späteren Zeitpunkt kommt etwa ein weiterer Erbberechtigter oder Gläubiger hinzu, der sich dann aber weigert eine Schiedsvereinbarung abzuschließen. In diesem Fall bliebe, theoretisch, nur entweder eine Eröffnung eines parallelen gerichtlichen Verfahrens oder die Beendigung des Schiedsverfahrens und der Neubeginn eines gerichtlichen Verfahrens. Jeder dieser beiden Wege ist abzulehnen, weil er zu großer Verzögerung und Rechtsunsicherheit führen kann.

Je nach Verfahrensverlauf mag auch gar kein Streit vorliegen. Dazu ist allerdings, was Gegenstand einer gesonderten Diskussion wäre, zu bezweifeln, ob das Streiterfordernis wirklich ein Erfordernis ist, damit ein Schiedsverfahren stattfinden kann²⁹.

Die zweite Gruppe von Verfahren sind solche, bei denen Hoheitsgewalt ausgeübt wird, etwa durch Verhängung von Strafen. Geht man von einem Konzept der Schiedsgerichtsbarkeit aus, welche dem Schiedsgericht keine solche Hoheitsgewalt zumisst, dann fehlt es für derartige Verfahren an der objektiven Schiedsfähigkeit. Wie oben unter 2. ausgeführt, können

²⁹ Siehe dazu etwa Liebscher (Fn. 4) 427 f.

Schiedsgerichte aber derartige Aspekte als Vorfragen behandeln, ja sie müßen sogar³⁰.

Der Vorschlag wäre daher, das Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit auf diese beiden Typen von Verfahren zu beschränken.

Dies gilt daher auch für Verfahren, bei denen, einen entsprechenden Schiedsspruch vorausgesetzt, letztlich eine Eintragung in öffentlichen Registern zu erfolgen hat.

Bei Verfahren zur Eintragung in öffentliche Register, welche Drittwirkung entfalten, ist zu unterscheiden. Da ist zunächst einmal das Registrierungsverfahren selbst. Bei Liegenschaften ist das etwa das Verfahren vor dem zuständigen Grundbuchsgericht oder bei Patenten eben das Verfahren auf Erlangung eines Patentes. Die beiden Beispiele unterscheiden sich natürlich schon einmal wesentlich. Im ersten Fall besteht das Objekt des Rechtsverkehrs bereits, im zweiten Fall wird es im Rahmen des Verfahrens erst geschaffen, oder eben nicht. Nur Verfahren, welche ein Rechtsobjekt erst schaffen, wäre die objektive Schiedsfähigkeit abzusprechen, da sie in die zweite Gruppe, uU auch in die erste, fallen. Die Tatsache, daß etwa ein Schiedsspruch dann erst im Wege eines Registrierungsverfahrens in einem öffentlichen Register umgesetzt werden muß, hat nichts mit einem Fehlen der objektiven Schiedsfähigkeit zu tun.

Schließlich ist eine dritte Gruppe zu erwähnen. Bei dieser ist nicht die objektive Schiedsfähigkeit zu verneinen, es sind aber besondere Anforderungen an das Schiedsverfahren zu stellen. Ein Beispiel sind etwa Beschlussmängelstreitigkeiten im Gesellschaftsbereich, wie oben unter 5.7 am österreichischen Beispiel ausgeführt.

In Rechtsordnungen, in denen die Schiedsgerichtsbarkeit der staatlichen Gerichtsbarkeit grundsätzlich gleich gestellt ist, gibt es für einen Ansatz, der restriktiver ist als der hier vorgeschlagene, keine ersichtliche, überzeugende Grundlage.

³⁰ Siehe Fn. 5.

^HYARGILAMANIN YENİLENMESİ YOLUNA TEKRAR BAŞVURMA YASAĞI

*Dr. Mert NAMLI**

GİRİŞ

Bir hükme karşı yargılamanın yenilenmesi talebinin ileri sürülmesi üzerine mahkeme, dava şartlarını ve ileri sürülen yargılamanın yenilenmesi sebebinin mevcudiyetini inceleyecek ve bu sebebin mevcut olduğunu tespit ederse, talebi kabul ederek kural olarak¹ yeniden yargılama yapacaktır². Bizim bu süreç bakımından irdeleme konusu yapacağımız husus, hakkında daha önce yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuru hâkimin, yargılamanın yenilenmesi talebi hakkında verilen karar ve talebin kabul edilmesi

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, e-mail: mnamli@istanbul.edu.tr

¹ HUMK m. 450/II'de bu kurala üç istisna getirilmiştir. Buna göre, davanın vekil veya mümessil olmayan kimselerin huzurunda görülmüş ve hükme bağlanmış olması (HUMK m. 445/8), davaya bakması yasak olan hâkimin karar vermiş veya karara katılmış olması (HUMK m. 445/9) ile bir dava sonucunda verilen hükmün kesinleşmesinden sonra tarafları, konusu ve sebebi aynı olan ikinci davada öncekine aykırı bir hüküm verilmiş olup da bunun da kesinleşmiş olması (HUMK m. 445/10) hâllerinde yeniden yargılama yapılmayacak ve ilk hükmün iptal edilmesiyle yetinilecektir. HMK'da ise iki istisna korunmuş ancak davaya bakması yasak olan ya da hakkındaki ret talebi merciince kesin olarak kabul edilen hâkimin karar vermiş veya karara katılmış olması hâli istisnalar arasından çıkarılmıştır. Böylece bu durumda ilk hükmün iptaliyle yetinilmeyecek, yeniden yargılama yapılması gerekecektir.

² Yargılamanın yenilenmesi davasının iki safhada mı yoksa üç safhada mı inceleneceği hususunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmekte olup, Yargıtay'ın iki görüş doğrultusunda da verdiği kararlar mevcuttur. Konunun detayları için hepsi yerine bkz. Mert Namlı, Türk ve Fransız Medenî Usul Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi, Beta Yayınları, İstanbul 2014, s. 447-450.

üzerine yapılacak yeniden yargılama sonucunda verilecek hüküm hakkında yeniden yargılamanın yenilenmesi talebinin ileri sürülüp sürülemeyeceğidir.

1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun (HUMK)³ mehazı niteliğindeki Eski Neuchâtel Medeni Usul Kanunu'nun (Eski Neuchâtel CPC)⁴ 412. maddesi, yargılamanın yenilenmesi yoluna tekrar başvurulmasını şu ifâdelerle yasaklamıştır:

“Şu hâllerde yargılamanın yenilenmesi talebi kabul edilemeyecektir:

- *Daha önce hakkında bu yola başvurulmuş karara karşı,*
- *Yargılamanın yenilenmesi talebi hakkındaki karara karşı*
- *Yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulü hâlinde, uyuşmazlığın esası hakkında verilecek yeni hükme karşı.”*

Aynı yasak, HUMK m. 452'de düzenlenmiş olup, burada kanunkoyucu, *“iadei muhakeme üzerine verilen karar aleyhine iadei muhakeme olunamaz. Bu karar ancak kaabil-i temyizdir”* şeklinde bir hüküm sevk etmiştir. Görüldüğü gibi mehaz kanundaki hüküm aktarılırken yasak korunmuş, ancak maddenin lâfzı farklılaştırılmıştır⁵.

³ RG, 2-3-4.07.1927, S. 622, 623, 624.

⁴ Eski Neuchâtel Medenî Usûl Kanunu 07.04.1925 tarihli. Neuchâtel Kantonu, 30.09.1991 tarihinde yeni bir Medenî Usûl Kanunu kabul etmiştir.

⁵ Yargılamanın yenilenmesi yoluna tekrar başvurma yasağı, bugüne dek hazırlanan Medenî Usûl Kanunu Tasarıları'nın da tamamında yer bulmuştur. Öyle ki 1948 Tasarısı'nın 584. maddesinde, *“yargılamanın iadesi davası üzerine verilen karar temyiz olunabilir. Fakat bunlar hakkında yargılamanın iadesi istenemez”* şeklinde bir hüküm sevk edilmiştir.

1952 Tasarısı'nın 611. maddesi de neredeyse aynıdır: *“Yargılamanın iadesi davası üzerine verilen karar aleyhine kanun yollarına müracaat olunabilir. Fakat bunlar hakkında yargılamanın iadesi istenemez.”*

1955 Tasarısı'nın 584. maddesi, 1952 Tasarısı'nın 611. maddesi ile aynı olup, yalnızca madde metninde “yargılamanın iadesi” yerine “muhakemenin iadesi” terimi kullanılmıştır.

1959 Tasarısı'nın 551. maddesinde aynı yasak şu şekilde düzenlenmiştir: *“Muhakemenin iadesi davası üzerine verilen karar aleyhine kanun yollarına müracaat olunabilir. İadei muhakeme davası üzerine esas hakkında verilen hükümler aleyhine iadei muhakeme istenemez.”*

26.09.2004 tarih ve 5236 sayılı Kanun'un⁶ 17. maddesi ile, HUMK m. 452'nin ikinci cümlesinde yer alan “*bu karar ancak kaabil-i temyizdir*” ifâdesi, “*bu karara karşı kanun yolları açıktır*” şeklinde değiştirilmiştir.

12.01.2011 tarih ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda (HMK)⁷ ise, HUMK m. 452'ye tekabül eden bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bu karşılaştırma, ilk bakışta, HUMK m. 452'de düzenlenen “*yargılamanın yenilenmesi yoluna tekrar başvurma yasağı*”nın HMK'da terk edildiği izlenimini uyandırabilecektir. Buna karşılık HMK m. 380'in madde gerekçesinin son paragrafında, “*HUMK m. 452'deki hükmün kesin hükmün tabii bir sonucu olduğu gerekçesiyle HMK'da yer bu hükme yer verilmediği*” ifâde edilmiştir⁸. Görüldüğü gibi kanunkoyucu burada, HUMK m. 452'de düzenlenen yasağın terk edilmediği, yalnızca bu yasağın kesin hükmün tabii bir sonucundan ibâret olduğunu ve bu nedenle de böyle bir hükme yer verilmesine gerek duyulmadığını açıklamaktadır.

Bu makalede, iki temel husus ele alınacaktır. Bunlardan ilki, HUMK'un kanun yollarına ilişkin hükümlerinin hâlen yürürlükte olduğu gözönüne alınarak, HUMK m. 452'de düzenlenen yasağın kapsamının belirlenmesidir. İkinci olarak, yukarıda yer verilen gerekçeye şüpheyile yaklaşılmak suretiyle, HUMK m. 452'de yer alan düzenlemenin “kesin hükmün tabii bir sonucu” olup olmadığı irdelenecektir. Bu bağlamda ilk bölümde, mehaz Kanun ve

1971 Tasarısı'nın “iadenin yeniden istenememesi” kenar başlıklı 487. maddesi şu hükmü içermektedir: “*Yargılamanın iadesi davası sonunda verilen hükme karşı temyiz yoluna başvurulabilir. Yargılamanın iadesi isteğinin kabulü ile yeniden verilen hüküm hakkında yargılamanın iadesi istenemez.*” Madde gerekçesinde de yasağın kapsamı bir açıklamayla pekiştirilmiş ve yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulü üzerine verilecek yeni hükme karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamayacağı açıkça belirtilmiştir.

1993 Tasarısı'nın 344. maddesi ise şu şekildedir: “*Yargılamanın yenilenmesi üzerine verilen karara karşı yargılamanın yenilenmesi istenemez. Bu karara karşı kanun yoluna başvurulabilir.*”

⁶ RG, 07.10.2004, S. 25606.

⁷ RG, 04.02.2011, S. 27836.

⁸ Madde gerekçesinin tam metni şu şekildedir: “*(...) 1086 sayılı Kanununun 452 nci maddesi hükmü, kesin hükmün tabii bir sonucu olup, temyize ilişkin kural da yargılamanın iadesi davasının diğer davalardan bir farklılaşmasının bulunmaması nedeniyle bu Tasarıda yer almamıştır.*”

onun etkisi altında bulunduğu Fransız Hukuku'nda böyle bir yasağın mevcut olup olmadığı ele alınacaktır. İkinci bölümde, doktrinde ileri sürülen farklı görüşler çerçevesinde HUMK m. 452'de düzenlenen yasağın kapsamı tespit edilecektir. Üçüncü bölümde ise, "kesin hüküm" gerekçesinin bizi HUMK m. 452'de düzenlenen yasakla aynı sonuçlara ulaştırmasının mümkün olup olamayacağı sorgulanacaktır.

I. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK'TAKİ DURUM

A. Fransız Hukuku'nda

HUMK m. 452'de düzenlenen yasak, mehzaz Eski Neuchâtel Medeni Usul Kanunu'nun 412. maddesinde de farklı ifâdelerle de olsa yer almaktaydı. Bu kanunun Fransız etkisi altında bulunduğu gerçeği⁹ gözönüne alınırsa, bu yasağın kökeninin Fransız Hukuku'nda aranması doğru bir tutum olacaktır. Gerçekten de HUMK m. 452 ve Eski Neuchâtel CPC m. 412'de düzenlenen yasağın kökeni, 1667 Emirnâmesi'nde¹⁰ vücut bulan "*requête civile sur requête civile ne vaut*" (*requête civile üzerine requête civile olmaz*) kuralına dayanmaktadır. Bu kural, Eski Fransız Medeni Usul Kanunu'nun (Eski Fransız CPC)¹¹ 503. maddesinde de somutlaşmıştır. Öyle ki söz konusu madde uyarınca, hiçbir taraf, hakkında daha önce bu yola başvurulmuş karara, yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine ilişkin karara ve yeniden yargılama sonucunda verilen karara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuramayacaktır.

Fransız kanunkoyucunun böyle bir yasağı kabul etmesinin arka planında bulunan gerekçe, kararı etkileyebilecek bozuklukların keşfedilerek bertaraf edilmesi amacıyla her türlü hukuki imkana başvurulduktan sonra, davaya bir nokta konulması ve böylece kötünîyetli kişilerin yargılamanın

⁹ François **Bohnet**, Code De Procédure Civile Neuchâtelois, Helbing&Lichtenhahn, Basel, 2003, s. V.

¹⁰ XIV. Louis tarafından yayımlanan 1667 Emirnâmesi'nde kralın amaçlarından biri de medenî yargıyı bir bütün hâlinde düzenlemek idi. Bu çerçevede Emirnâme'de medenî yargıya ilişkin 502 madde sevk edilmiş olup, burada yer verilen temel ilkeler bugün dahi Fransız Medenî Usûl Hukuku'nun temelini teşkil etmektedirler.

¹¹ Eski Fransız Medenî Usûl Kanunu, 14.04.1806 tarihli olup "*Code Napoléonien*" (Napolyon Kanunu) olarak anılmaktadır.

yenilenmesi yoluna başvurmak suretiyle bir davayı birden fazla kez canlandırmasının önüne geçilmesi ihtiyacı olarak açıklanmaktadır¹². Böylece bu yasağın kabul edilmesi suretiyle yargılamanın yenilenmesine, “ilk kullanılışında tüketilen” bir kanun yolu niteliği kazandırılmıştır¹³.

Eski Fransız CPC m. 503'te üçlü yasak söz konusudur. Buna göre, (a) hakkında daha önce yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuru hâkimine karşı, (b) yargılamanın yenilenmesi talebinin reddi kararına karşı ve nihâyet (c) yeniden yargılama sonucunda verilecek yeni karara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması mümkün olmayacaktır. Bu çerçevede, hakkında daha önce bu yola başvurulmuş hâkimine karşı, farklı bir sebebe dayanılarak dahi yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulamayacaktır¹⁴. Fransız Hukuku'nda yargılamanın yenilenmesi yoluna tekrar başvurma yasağı nedeniyle zarara uğrayan bireyin, bu zararını, tazminat davası yoluyla telâfi edebileceği kabul edilmektedir¹⁵. Ayrıca burada yasak, yargılamanın yenilenmesi için söz konusudur ve bu nedenle de yargılamanın yenilenmesi talebi hakkında verilen karar ile yeniden yargılama üzerine verilecek hâkimine karşı temyiz yoluna başvurulabilecektir¹⁶.

Eski Fransız CPC m. 503'ün lafzında yer alan “hiçbir taraf” (*aucune partie*) ibaresi, yasağın subjektif sınırlarının belirlenmesi noktasında belirsizliğe yol açabilecek niteliktedir. Öyle ki bu ibare, yasağın “her iki taraf” için de geçerli olacağı izlenimini vermektedir. Buna karşılık doktrinde, yasa-

¹² Joseph-Edouard **Boitard**/Gabriel **Colmet-Daage**/Ernest **Désiré Glasson**, *Leçons De Procédure Civile*, t. II, 15. Éd., Paris 1890, s. 181; Eugène **Garsonnet**/Charles **César-Bru**, *Traité Théorique et Pratique De Procédure*, t. VI, 2. Éd., Paris 1902, s. 502; André **Joly**, *Cours Elémentaires De Procédure Civile et Voies d'Exécution*, t. I, Sirey, Paris 1969, no: 213; Philippe **Schweizer**, *Le Recours En Révision*, Staempfli&CIE SA, Bern 1985, s. 183.

¹³ Gérard **Cornu**/Jean **Foyer**, *Procédure Civile*, 3. Éd., PUF, Paris 1996, s. 480.

¹⁴ Albert **Tissier**/Alcide **Darras**/Henry **Louiche-Desfontaines**, *Code De Procédure Civile* t. II, Paris 1901, s. 392; Ernest **Glasson**/Albert **Tissier**/René **Morel**, *Traité Théorique et Pratique D'Organisation Judiciaire De Compétence et De Procédure Civile*, t. III, 3. Éd., Sirey, Paris 1929, s. 445.

¹⁵ **Glasson/Tissier/Morel**, t. III, s. 446.

¹⁶ **Boitard/Colmet-Daage/Glasson**, t. II, s. 182.

ğın yalnızca “aynı taraf” için uygulama alanı bulacağı kabul edilmektedir¹⁷. Çünkü aksi takdirde, taraflardan biri, kendi hilesiyle etkilediği bir hükme karşı hızlı bir şekilde yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmak suretiyle, diğer tarafın yargılamanın yenilenmesi başvurma hakkını kolaylıkla bertaraf edebilecek olup, bunun da yasağın kabul edilme gerekçesiyle örtüşmeyeceği açıktır¹⁸. O hâlde söz konusu yasak, yalnızca daha önce yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunan taraf bakımından geçerli olacak; diğer taraf ise bu üçlü yasaktan etkilenmeyecek ve yasak kapsamındaki kararlara karşı yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunabilecektir¹⁹. Bu noktada ayrıca belirtilmelidir ki diğer taraf, daha önce hakkında bu yola başvuru yapılan hükme karşı, ancak bir başka sebebe dayanarak yargılamanın yenilenmesi talep edebilecektir; zira aksi takdirde, yani aynı sebebe dayanarak yargılamanın yenilenmesi talep etmesi hâlinde, bu talebi “kesin hüküm” nedeniyle reddedilecektir²⁰.

Yargılamanın yenilenmesi yoluna tekrar başvurma yasağı, Yeni Fransız Medenî Usûl Kanunu’nda (Yeni Fransız CPC)²¹ da yer bulmuştur. Yeni Fransız CPC m. 603/1’e göre taraflar, daha önce hakkında yargılamanın yenilenmesine başvurdukları bir hükme karşı, sonradan öğrendikleri bir sebebe dayanmadıkça, tekrar yargılamanın yenilenmesine başvuramayacaklardır. Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre ise, yargılamanın yenilenmesi talebi hakkındaki karara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamayacaktır.

İki madde karşılaştırıldığında iki önemli yenilik tespit edilebilecektir. Bunlardan ilki, Yeni Fransız CPC m. 603/1’de hakkında önceden bu yola

¹⁷ Boitard/Colmet-Daage/Glasson, t. II, s. 182-183; Glasson/Tissier/Morel, t. III, s. 445; Tissier/Darras/Louiche-Desfontaines, t. II, s. 392; Garsonnet/César-Bru, t. VI, s. 502.

¹⁸ Boitard/Colmet-Daage/Glasson, t. II, s. 182-183; Glasson/Tissier/Morel, t. III, s. 445; Garsonnet/César-Bru, t. VI, s. 502.

¹⁹ Boitard/Colmet-Daage/Glasson, t. II, s. 182-183; Glasson/Tissier/Morel, t. III, s. 445; Tissier/Darras/Louiche-Desfontaines, t. II, s. 392; Garsonnet/César-Bru, t. VI, s. 502.

²⁰ Glasson/Tissier/Morel, t. III, s. 446.

²¹ Yeni Fransız Medenî Usûl Kanunu, 05.12.1975 tarihinde kabul edilmiş ve 01.01.1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

başvurulmuş karara karşı yalnızca “aynı sebebe” dayanarak ikinci kez yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulamayacağını öngörülmesidir. Böylece yargılamanın yenilenmesi talebinin reddinden sonra bir başka sebebin varlığının öğrenilmesi hâlinde, bu yeni sebebe dayanarak yargılamanın yenilenmesi talebi ileri sürülebilecektir²². İkinci yenilik ise, yeniden yargılama üzerine verilecek hükmün yasak kapsamında sayılmamış olmasıdır. Buna göre yeniden yargılama üzerine verilecek karara karşı artık yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmak mümkündür²³. Hâl böyle olunca, Yeni Fransız CPC m. 603/1 çerçevesinde yargılamanın yenilenmesi yoluna tekrar başvurma yasağının, (a) hakkında daha önce yargılamanın yenilenmesi yoluna başvuru kararı (aynı sebebe dayanılarak) ve (b) yargılamanın yenilenmesi talebinin reddi kararını kapsadığı ifâde edilebilecektir.

B. İsviçre Hukuku’nda

HUMK m. 452’de yer alan yasağın mehz Eski Neuchâtel CPC m. 412’de de mevcut olduğu önceki bölümde belirtilmişti. Gerçekten de söz konusu hükme göre, (a) daha önce hakkında bu yola başvurulmuş karara, (b) yargılamanın yenilenmesi talebi hakkındaki karara karşı ve (c) yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulü hâlinde, uyuşmazlığın esası hakkında verilecek yeni hükme karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamayacaktır. Görüldüğü gibi burada da bir üçlü yasak kabul edilmiştir.

Aynı üçlü yasak, Cenevre Medeni Usul Kanunu’nun (Cenevre CPC) 175. maddesinde de de açıkça düzenlenmiştir. Öyle ki Cenevre CPC m. 175’e göre, (a) daha önce hakkında bu yola başvurulmuş karara karşı, (b) yargılamanın yenilenmesi talebi hakkındaki karara karşı ve (c) yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulü hâlinde, uyuşmazlığın esası hakkında verilecek yeni hükme karşı hiçbir şekilde yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulamayacaktır.

Eski Neuchâtel CPC m. 412, Cenevre CPC m. 175 ve Eski Fransız CPC m. 503’te “hakkında bu yola başvurulmuş karara” karşı yeniden yargıla-

²² Serge **Guinchard**/Frédérique **Ferrand**, Procédure Civile: Droit Interne et Droit Communautaire, 28. Éd., Dalloz, Paris 2006, s. 1254.

²³ Renaud **Colson**, Recours En Révision, Répertoire De Procédure Civile,, Dalloz, Paris 2005, s. 18.

manın yenilenmesi talep edilemeyeceği öngörülmüştür. Bu noktada her üç kanunda da yer alan “başvurulmuş” (*attaqué*) ibaresi, doktrinde bazı tereddütlere yol açmıştır²⁴. Gerçekten de bu ibarenin geniş olarak ele alınması durumunda, yargılamanın yenilenmesi talebinin ileri sürülmesiyle birlikte, talep hakkındaki kararı beklemeye gerek olmaksızın, o hükme karşı yargılamanın yenilenmesine başvurulmuş olduğu kabul edilebilecektir. Örneğin Fransız Temyiz Mahkemesi, eski tarihli bir kararında, yargılamanın yenilenmesi talebinin dayandığı ceza mahkemesi kararının temyiz sonucunda bozulması nedeniyle yargılamanın yenilenmesi talebinin reddedilmesi halinde, bu yola bir daha başvurulamayacağına hükmetmiştir²⁵. Buna karşılık bu ibare dar yorumlanırsa, yasağın uygulama alanı bulması için, yargılamanın yenilenmesi talebi hakkında esastan karar verilmesinin gerektiği sonucuna varılabilecektir. Örneğin bu yorum şeklini benimseyen Cenevre kanton mahkemesi, kanun koyucunun iradesinin, bir tarafın ileri sürdüğü yargılamanın yenilenmesi sebebinin gerçekleşmemesi nedeniyle yargılamanın yenilenmesi talebinin reddinden sonra, aynı tarafın başka bir sebebe dayanarak aynı hükme karşı tekrar yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmasını engellemek olduğunu bildirmiştir²⁶.

İsviçre’nin diğer bazı kanton kanunlarında da yargılamanın yenilenmesi yoluna tekrar başvurma yasağının kabul edildiği tespit edilebilecektir. Örneğin Fribourg Medeni Usul Kanunu’nun 329/1. maddesine göre, yargılamanın yenilenmesi talebi hakkında verilen karara karşı kanunda öngörülen kanun yollarına başvurulabilecektir. Aynı maddenin ikinci fıkrası uyarınca ise, yargılamanın yenilenmesi talebi reddedilirse, talebi reddedilen taraf, ancak farklı bir sebebe dayanması halinde aynı hükme karşı tekrar yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunabilecektir.

Vaud Medeni Usul Kanunu’nda ise bu hususta ikili yasak kabul edilmiştir. Öyle ki Vaud CPC m. 481’e göre ilk olarak aynı taraf, yeniden yargılama sonucunda verilecek yeni hükmü tekrar yargılamanın yenilenmesi talebinin konusu yapamayacaktır. İkinci olarak ise yargılamanın yenilenmesi talebi reddedilen taraf, farklı bir sebebe dayansa dahi, daha önce hakkında bu

²⁴ Schweizer, s. 184.

²⁵ Cass. Civ., 25.11.1850, D. 1851.1, s. 35 vd.

²⁶ SJ 1954, s. 628.

yola başvurduğu hükme karşı ikinci kez yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunamayacaktır.

Yeni Neuchâtel Medeni Usul Kanunu'nun yargılamanın yenilenmesine ilişkin hükümleri incelendiğinde ise, bu yasak hakkında herhangi bir hükme yer verilmediği görülecektir. Bu bağlamda yalnızca Yeni Neuchatel CPC m. 435'te yargılamanın yenilenmesi talebi üzerine verilecek hükümlere karşı, diğer hükümlerle aynı şekilde kanun yoluna başvurulabileceği düzenlenmiştir. Hâl böyle olunca, bu kanunda yargılamanın yenilenmesi yoluna tekrar başvurma yasağının terk edildiği ifade edilebilecektir.

Benzer bir tutumla İsviçre Federal Medeni Usul Kanunu'nda (Federal CPC) da karşılaşılabilecektir. Gerçekten Federal Kanun'da konuyla ilgili olan tek düzenleme Federal CPC m. 332'de yer almaktadır. Buna göre yargılamanın yenilenmesi talebi hakkındaki karara karşı kanun yollarına başvurulabilecektir. Bu hükümde kanun yolları arasında herhangi bir ayırım gözetilmemesi itibariyle, yukarıda gerçekleştirdiğimiz kategorilendirmeye dâhil olacak üç tür karara karşı da yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması mümkündür.

C. Alman Hukuku'nda

Alman Hukuku, yargılamanın yenilenmesi yoluna tekrar başvurma yasağı hususunda farklı bir yaklaşımı kabul etmiştir. Öyle ki “kanun yolu” kenar başlıklı ZPO § 591'de yalnızca, yargılamanın yenilenmesi talebi üzerine verilecek kararlara karşı kanun yollarına başvurulabileceği düzenlenmiştir. Bu hüküm karşısında, yargılamanın yenilenmesi yoluna tekrar başvurma yasağının Alman Hukuku'nda geçerli olmadığı söylenebilecektir²⁷.

ZPO § 591 çerçevesinde, yeni bir yargılamanın yenilenmesi sebebinin ortaya çıkması hâlinde, daha önce hakkında bu yola başvuru yapılan hükme karşı yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulabilecektir²⁸. Buna karşılık, ilk hükme karşı “aynı sebebe” dayanılarak bir kez daha yargılamanın yenilen-

²⁷ Richard **Zöller**, Zivilprozessordnung: mit gerichtsverfassungsgesetz und den einführungsgesetzen, mit internationalem zivil prozessrecht, kostenanmerkungen, 17. Auflage, Köln 1991, § 591; Friedrich **Stein**/Martin **Jonas**, Kommentar zur zivilprozessordnung, 21. Auflage, Tübingen 1998, § 591.

²⁸ **Stein/Jonas**, § 591; **Zöller**, § 591.

mesi yoluna başvurulması “kesin hüküm” gereğince mümkün olamayacaktır²⁹. Yargılamanın yenilenmesi talebi hakkında verilen karar ile yeniden yargılama üzerine verilen yeni karara karşı ise, kanunda bu yönde bir yasağın mevcut olmaması itibariyle, yargılamanın yenilenmesi talebi ileri sürülebilecektir³⁰.

II. HUMK DÖNEMİNDE TÜRK HUKUKU’NDA YASAĞIN KAPSAMI

Mehaz Eski Neuchâtel Medeni Usul Kanunu ile Fransız Hukuku’nda kabul edilen yargılamanın yenilenmesi yoluna tekrar başvurma yasağı HUMK m. 452’de düzenlenmiş olsa da, maddenin kaleme alınış şekli diğerlerine göre farklılık göstermektedir. Bu nedenle de HUMK m. 452’nin kapsamının belirlenmesi önem arz etmektedir.

HUMK m. 452’de düzenlenen yasağın kapsamına ilişkin değerlendirmelere, ilk olarak Belgesay’ın 1939 tarihli eserinde rastlanabilecektir. Yazar, HUMK m. 452 çerçevesinde (a) yargılamanın yenilenmesi talep edilmiş olan kararlara karşı, (b) yargılamanın yenilenmesi talebi hakkındaki kararlara karşı ve (c) yeniden yargılama üzerine verilecek kararlara karşı yargılamanın yenilenmesi talep edilemeyeceğini belirtmektedir³¹. Bunun ardından yazar, hakkında daha önce bu yola başvurulmuş bir hükme karşı daha sonra öğrenilen başka bir sebeple tekrar yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmasının mümkün olup olmayacağı sorusunu sormaktadır³². Bu soruya yazar, kanunun “*yeniden yargılama üzerine verilen karara karşı yargılamanın yenilenmesini kabul etmediği*” gerekçesiyle, ilk hüküm hakkında yeni sebeplerle yargılamanın yenilenmesi istenmesine kanunda bir engel bulunmadığı cevabını vermektedir³³. O hâlde yazara göre, yargılamanın yenilenmesi talebi hakkında verilen karar ile yeniden yargılama üzerine verilecek hüküm hakkında yargılamanın yenilenmesinin talep edilmesi HUMK m. 452 gereğince müm-

²⁹ Stein/Jonas, § 591.

³⁰ Stein/Jonas, § 591.

³¹ Mustafa Reşit Belgesay, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1939, s. 412.

³² Belgesay, s. 412.

³³ Belgesay, s. 413.

kün olamayacak; ilk hüküm hakkında ise başka bir sebebe dayanılarak yargılamanın yenilenmesine başvurulabilecektir.

Doktrinde Ansay, HUMK m. 452’de düzenlenen yasağın “aynı sebebe” dayanılarak yapılan yargılamanın yenilenmesi taleplerine münhasır olması gerektiği görüşündedir³⁴. Dolayısıyla yazara göre, yargılamanın yenilenmesi talebinin reddi halinde, aynı hükme karşı başka bir sebebe dayanılarak yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmasının önünde herhangi bir engel mevcut değildir³⁵. Ayrıca yazar, yeniden yargılama üzerine verilen yeni hükme karşı ancak genel hükümler çerçevesinde temyiz yoluna gidilebileceğini belirtmekte; böylece bu hüküm hakkında yargılamanın yenilenmesi yolunun kapalı olduğunu kabul ettiği izlenimini vermektedir³⁶.

Ansay’ın görüşlerine Kuru da genel olarak katılmaktadır. Gerçekten de yazar, HUMK m. 452’nin “yargılamanın yenilenmesi davası üzerine verilen karara” karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmasını yasakladığı görüşündedir³⁷. Böylece yeniden yargılama üzerine verilecek karar hakkında yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması, HUMK m. 452 gereğince mümkün değildir³⁸. Buna karşılık yazar, bir hükme karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmuş ve bu talep reddedilmişse, başka bir yargılamanın yenilenmesi sebebine dayanarak bu karara karşı ikinci kez yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabileceğini belirtmektedir³⁹. Çünkü yazara göre burada hakkında yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulan hüküm, “yeniden yargılama üzerine verilen hüküm” değil, “daha önce hakkında bu yola başvuru ilk hüküm”dür⁴⁰.

Bilge/Önen ise Ansay’ın yukarıdaki görüşünü alıntıladıktan sonra yargılamanın yenilenmesi talebinin ancak bir kez için caiz olabileceğini

³⁴ Sabri Şakir **Ansay**, Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Bası, Ankara 1960, s. 389.

³⁵ **Ansay**, s. 389.

³⁶ **Ansay**, s. 389.

³⁷ Baki **Kuru**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, 6. Baskı, Demir&Demir Yayınları, İstanbul 2001, s. 5263.

³⁸ **Kuru**, s. 5263.

³⁹ **Kuru**, s. 5263.

⁴⁰ **Kuru**, s. 5263.

belirtmektedirler⁴¹. Bu ifade şekliinden yazarların, ilk hükme karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulduktan sonra, artık başka bir sebebe dayanılsa dahi bu hüküm hakkında yeniden yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulması mümkün olmayacakları görüşünde oldukları anlaşılmaktadır.

Postacıoğlu, mehz kanundaki üçlü yasağı açıkladıktan sonra, HUMK m. 452'nin de mehz kanundaki gibi anlaşılması zaruretinin inkar edilemeyeceğini belirtmiştir⁴². Ancak konuyla ilgili açıklamalarının devamında yazar, yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulü üzerine verilen yeni hükme karşı yargılamanın yenilenmesi yolunun kapalı kalmasını gerektiren mülhazaların, yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul edilmesine rağmen hükmün değişmesine gidilmediği haller için geçerli sayılması gerektiğini dile getirmiştir⁴³. Yazarın bu ifadesinin mefhum-u mualifinden, yargılamanın yenilenmesi talebi kabul edilerek yeni bir hüküm verilmesi durumunda, buna karşı yargılamanın yenilenmesine başvurulmasını mümkün göreceği sonucu çıkarılabilecektir⁴⁴. Bu da bizi, mehz kanunda “yeni hüküm” bakımından kabul edilmiş yasağın yazar tarafından sınırlı bir şekilde (yargılamanın yenilenmesi talebi kabul edilmiş olup da hükmün değiştirilmesine gerek duyulmadığı hâlde sınırlı olarak) kabul edildiği sonucuna götürmektedir. Yine yazar, HUMK m. 452'in lafzından, burada düzenlenen yasağın yargılamanın yenilenmesi talebi hakkında verilecek kararı kapsayacağını kabul edilmesinin kolay olmayacağı düşüncesindedir⁴⁵. Bununla birlikte yazara göre, yargılamanın yenilenmesinin istisnai niteliği gereği, bu karara karşı da yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulamayacağını kabul edilmesi gerekmektedir⁴⁶.

Doktrinde Umar, konunun ayrıntısına girmeksizin, yeniden görülecek dava üzerine verilen hüküm aleyhine dahi yargılamanın yenilenmesine baş-

⁴¹ Necip **Bilge**/Ergun **Önen**, Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Bası, AÜHF Yayınları, Ankara 1978, s. 725.

⁴² İlhan E. **Postacıoğlu**, Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975, s. 782.

⁴³ **Postacıoğlu**, s. 781.

⁴⁴ Aynı yönde H. Yavuz **Alangoya**/M. Kâmil **Yıldırım**/Nevhis **Deren-Yıldırım**, Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2011, s. 571.

⁴⁵ **Postacıoğlu**, s. 782.

⁴⁶ **Postacıoğlu**, s. 782.

vurulamayacağını ifâde etmekle yetinmiştir⁴⁷. Kezâ Üstündağ da yargılamanın yenilenmesi üzerine verilen kararın temyiz edilebileceğini, ancak bu karar aleyhine yargılamanın yenilenmesi yoluna gidilmesinin mümkün olmadığını belirtmiştir⁴⁸. Aynı görüşte olan Muşul da, konu hakkında detay vermeksizin, yargılamanın yenilenmesi üzerine verilen ikinci hükme karşı yargılamanın yenilenmesi istenemeyeceğini, yalnızca temyiz yoluna başvurulabileceğini ifâde etmiştir⁴⁹.

Doktrinde konuyla ilgili nispeten detaylı inceleme yapan yazarlardan biri de Arslan'dır. Yazar öncelikle, HUMK m. 452'de düzenlenen yasağın yeniden yargılama üzerine verilen karara ilişkin olduğunu, böylece maddenin açık lâfzı gereğince bu yeni karara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamayacağını tespit etmektedir⁵⁰. Yazara göre, hakkında daha önce bu yola başvuru hüküm hakkında tekrar yargılamanın yenilenmesi talep edilmesi ise bu maddede yasaklanmamıştır⁵¹. Bu nedenle de yazar, yeni bir yargılamanın yenilenmesi sebebinin ortaya çıkması durumunda, ilk hükme karşı tekrar yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulabileceği görüşündedir⁵².

Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım da Arslan ile aynı görüşü paylaşmaktadırlar. Yazarlara göre, HUMK m. 452'de düzenlenen yasak "yargılamanın yenilenmesi üzerine verilen kararlar" bakımından kabul edilmiş olup; hakkında daha önce bu yola başvuru karara ilişkin mehzaz kanunda yer alan yasak, HUMK m. 452'ye alınmamıştır⁵³. Hâl böyle olunca bu yasak kapsamına, yargılamanın yenilenmesi talebi hakkında verilen karar ile yeniden yargılama üzerine verilecek karar dâhil olacak; ilk karara karşı ise yeni bir sebebe dayanarak yargılamanın yenilenmesi talebi ileri sürülebile-

⁴⁷ Bilge Umar, "Türk Medeni Usul Hukukunda İadei Muhakeme", İÜHFİM, 1963/1-2, s. 294.

⁴⁸ Saim Üstündağ, Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000, s. 933.

⁴⁹ Timuçin Muşul, Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2012, s. 554.

⁵⁰ Ramazan Arslan, Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1977, s. 68-69.

⁵¹ Arslan, s. 69.

⁵² Arslan, s. 69.

⁵³ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Esaslar, s. 572.

cektir⁵⁴. Bu noktada yazarlar, “yeni bir sebep” kavramının somut anlamda kullanılması gerektiğini, dolayısıyla örneğin HUMK m. 445/1’e dayanarak ileri sürülen talep senedin elde edilmesi şartı gerçekleşmediği için reddedilirse, sonradan başka bir senedin elde ele geçirilmesi durumunda, ilk karara karşı yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulabileceğini bildirmektedirler⁵⁵.

Budak ise, HUMK m. 452’nin kapsamı belirlenirken lâfzi yorumla yetinilmemesi gerektiğini, bu çerçevede maddenin, aynı yargılamanın yenilenmesi sebebi ile ilk hüküm aleyhine birden fazla yargılamanın yenilenmesi davasının açılmayacağı şeklinde anlaşılmasının doğru olacağını belirtmektedir⁵⁶. Böylece yazar, yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul edilmesi üzerine yapılan yeniden yargılama sonucunda verilecek yeni hükme karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabileceğini kabul etmektedir⁵⁷. Çünkü yazara göre bu yeni hükme karşı yargılamanın yenilenmesi yolunun kapatılması, bu hükümle zarara uğratılan kişileri hukuki korumadan yoksun bırakacaktır ki yasağın arka plânında bulunan “usûl ekonomisi” düşüncesi, böyle bir sonucu haklı gösteremeyecektir⁵⁸.

Yargıtay’ın HUMK m. 452’yi nasıl değerlendirdiği hususunda bize yol gösterecek fazla sayıda karar bulunmamaktadır. Bu hususa ilişkin ender kararlarından birine konu olan olayda, davacı, sonradan bir belge ele geçirdiğini belirtmek suretiyle HUMK m. 445/1’e dayanarak yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunmuştur. Bu talebin reddedilmesinden sonra davacı, bir başka belge ele geçirdiğini ileri sürerek ilk hüküm hakkında ikinci kez yargılamanın yenilenmesi talep etmiş; ilk derece mahkemesi bu talebi HUMK m. 452’ye dayanarak reddetmiştir. Buna karşılık Yargıtay, burada yargılamanın yenilenmesi talebi üzerine verilen karara karşı değil, ilk hükme karşı yeni bir sebebe dayanılarak yapılan yargılamanın yenilenmesi talebinin

⁵⁴ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Esaslar, s. 572.

⁵⁵ Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, Esaslar, s. 571 dnot 11.

⁵⁶ Ali Cem Budak, Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2000, s. 96 dnot 169.

⁵⁷ Budak, 96 dnot 169.

⁵⁸ Budak, 96 dnot 169.

söz konusu olduğuna, bundan dolayı da HUMK m. 452'ye dayanılarak yargılamanın yenilenmesi talebinin reddinin isabetsiz olduğuna hükmetmiştir⁵⁹.

Bu hususla ilgili fazla sayıda karar bulunmamasından ötürü Temyiz Mahkemesi'nin istikrar kazanmış tavrından söz edilemeyecek olsa da, yukarıdaki karar bizi iki sonuca götürmektedir. Bunlardan ilki Yargıtay'ın, HUMK m. 452'de düzenlenen yasağın "yargılamanın yenilenmesi talebinin reddine ilişkin kararı" kapsadığını kabul ettiğidir. İkinci olarak ise Yargıtay, ilk hükme karşı farklı bir sebebe dayanarak ileri sürülen ikinci yargılamanın yenilenmesi talebini yasak kapsamında görmemektedir. Buna karşılık söz konusu karar, Temyiz Mahkemesi'nin, yargılamanın yenilenmesi talebinin kabulü üzerine yapılacak yeniden yargılama sonucunda verilecek karara karşı yargılamanın yenilenmesi talebinin ileri sürülüp sürülemeyeceği soruna yaklaşımı hakkında fikir vermemektedir⁶⁰.

⁵⁹ Y. 1. HD., E. 1968/4223, K. 1968/4213: "(...) Davacı 24/4/1945 günlü davanın reddine dair olan karara karşı ilk defa 1050 ve 1191 tarihli belgelere dayanarak yargılamanın tekrarlanmasını istemiş ve bu isteği reddedilmiş ve redde mütedair karar kesinleşmiştir. Davacı bu kere 26/8/1967 günlü dilekçe ile 1037 tarihli sonradan ele geçirdiğini ileri sürdüğü belgelere müsteniden yukarıda sözü geçen karara karşı ikinci defa yargılamanın tekrarlanması isteğinde bulunmuştur. Bu suretle davacı ilk iadei muhakeme isteği üzerine verilen karara karşı değil davanın reddini tazammun eden esas 24/4/1944 günlü karara karşı muhakemenin iadesi isteğinde bulunduğu açıktır. Belirtilen bu duruma göre H.U.M.K. nun 452. maddesine dayanılarak davanın reddedilmesi isabetsizdir. Kanunun 445/1 nci maddesine dayanılarak davanın reddedilmesi isabetsizdir. Kanunun 445/1 nci maddesine dayanan isteğin usulüne uygun olarak incelenip sonucu dairesinde karara bağlanması zorunlu iken talebin reddine karar verilmesi yolsuz olduğundan hükmün bu sebepten ötürü BOZULMASINA 7/6/1968 gününde oybirliğiyle karar verildi." (Ali **Arcak/Tevfik İmsel**, Mer'a ve Yayla Davaları Köy Orta Malları İdari Sınır Anlaşmazlıkları, Güneş Matbbacılık, Ankara 1970, s. 591-592).

⁶⁰ Bu noktada yukarıda kararda "bu suretle davacı ilk iadei muhakeme isteği üzerine verilen karara karşı değil davanın reddini tazammun eden esas 24/4/1944 günlü karara karşı muhakemenin iadesi isteğinde bulunduğu açıktır." cümlesine yer verilmiştir. Buradaki "ilk iadei muhakeme isteği üzerine verilen karar"ın "yeniden yargılama sonucunda verilecek yeni karar"ı da içine alacağı, böylece Yargıtay'ın yeniden yargılama sonucunda verilen yeni karara karşı da yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunulamayacağı görüşünde olduğu söylenebilecektir. Ancak biz, böyle bir yorumun zorlama olacağını düşünüyör ve söz konusu kararın Yargıtay'ın görüşünü belirlemede yeterli olmadığı kanaatini taşıyoruz.

Biz öncelikle HUMK m. 452’de düzenlenen yasağın amacının usûl ekonomisinden ibaret görülemeyeceği kanaatini taşımaktayız. Bu düzenleme, Fransız Hukuku’nda da kabul edildiği üzere, davaya bir nokta konulması ve böylece kötüniyetli kişilerin yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurmak suretiyle bir davayı birden fazla kez canlandırmasının önüne geçilmesi amacına hizmet etmektedir⁶¹.

Yukarıda ortaya koymaya çalıştığımız üzere, HUMK m. 452’de yer alan düzenleme, mehzaz Eski Neuchatel CPC m. 412’den değiştirilerek kabul edilmiştir. Öyle ki Eski Neuchatel CPC m. 412’de yer alan “*hakkında yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmuş karara karşı yeniden bu yola başvurulamayacağı*” şeklindeki düzenleme HUMK m. 452’ye alınmamıştır. Kanaatimizce bu farklılık, kanun koyucunun bilinçli bir tercihinin ürünü olarak değerlendirilmelidir. Hâl böyle olunca, HUMK m. 452’nin lafzı karşısında, daha önce hakkında bu yola başvurulmuş hükme karşı yeni bir sebebe dayanarak ikinci kez yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır. Bu noktada “sebebe” kavramı “vakıa” olarak algılanmalıdır. Bu bağlamda, yukarıda zikrettiğimiz örneğe dönecek olursak, HUMK m. 445/1’e dayanarak yeni bir belge ele geçirdiği gerekçesiyle yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunup da bu talebi reddedilen taraf, HUMK m. 445’te düzenlenen bir başka yargılamanın yenilenmesi sebebine veya bir “başka” belge ele geçirdiğini ileri sürüp aynı yargılamanın yenilenmesi sebebine dayanarak aynı hüküm hakkında yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurabilecektir. Buna karşılık yeni bir belge ele geçirdiği gerekçesiyle yargılamanın yenilenmesi talebinde bulunup da bu talebi reddedilen tarafın aynı belgeye dayanarak tekrar yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurması “kesin hüküm” nedeniyle mümkün olamayacaktır.

Kanaatimizce, yeniden yargılama üzerine verilecek hükme karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabileceği doğrultusundaki görüşe katılmak, HUMK m. 452’nin varlığı karşısında mümkün olamayacaktır. Zira aksi durumda, HUMK m. 452’nin hiçbir uygulama alanı kalmayacaktır; bu düzenleme adeta “yok” hâle gelecektir. Bu nedenle biz, HUMK m. 452 çerçevesinde, yargılamanın yenilenmesi talebi hakkında verilecek karar ile yeniden

⁶¹ Benzer görüşte **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, Esaslar, s. 572.

yargılama üzerine verilecek yeni karara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmasının mümkün olmadığı düşüncesini taşıyoruz.

HUMK m. 452’de düzenlenen yasağın kapsamı hakkında buraya kadar yapılan değerlendirmelerde “olan hukuk” gözetilmiştir. Olması gereken hukuk bakımından ise, Medenî Usûl Hukuku’nun karakteri, amacı ve bu çerçevede hukuk güvenliği ile gerçeğin ortaya çıkarılması arasındaki ilişki ve denge göz önünde bulundurularak bir değerlendirme yapılabilecektir. Bize göre Medenî Usûl Hukuku, bireylerin hak ve özgürlüklerinin korunmasına dayanan demokratik ve sosyal hukuk devleti ilkesi etrafında şekillenen ve bireylerin subjektif haklarının gerçeklik temelinde sağlanması amacıyla hizmet eden, kaynağını bu düşünceden alan ilkeler üzerinde yükselen ve bu amaç ile ilkelere hizmet eden teknik kuralların meydana getirdiği bir denge hukukudur⁶². Bu bağlamda, kesin hükmün hizmet ettiği, ihtilâflara bir nokta koyarak hukuk güvenliğinin sağlanması ihtiyacı ile yargılamanın yenilenmesinin hizmet ettiği gerçeğin ortaya çıkarılması ihtiyacı arasında da bu denge gözetilmelidir. HUMK m. 452’de düzenlenen yasak bu çerçevede ele alındığında, yeniden yargılama üzerine verilen karara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmasının tamamen engellenmesi, yeniden yargılama bakımından varolan yargılamanın yenilenmesi sebeplerinin sonradan öğrenilmesi hâlinde, bir yandan bireylerin bu nedenle uğradıkları mağduriyeti telafi edememelerine, diğer yandan gerçeğin ortaya çıkarılmasının da önünün tamamen kapatılmasına neden olacaktır. Bireylerin muhtemel kötüniyetli tutumlarını engellemek yerine, yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmasının önünü tamamen kapatan bu tutum da, hukuk güvenliği ile gerçeğin ortaya çıkarılması arasındaki dengenin hukuk güvenliği lehine haksız ve aşırı bir şekilde bozulmasını tetiklemektedir. Bu nedenle de HUMK m. 452’de düzenlenen yasak, olması gereken hukuk bakımından yerinde değildir ve bu nedenle bunu kabul eden hukuk düzenleri de yasağı sınırlandırmakta ya da bu yasağı tamamen terk etmektedirler.

III. 5236 SAYILI KANUN İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİĞİN SONUCU

5236 sayılı Kanun’dan önce HUMK m. 452, “*iadei muhakeme üzerine verilen karar aleyhine iadei muhakeme olunamaz. Bu karar ancak kaabil-i*

⁶² Namh, s. 11.

temyizdir” şeklinde iken, 5236 sayılı Kanun’un 17. maddesi ile, HUMK m. 452’nin ikinci cümlesi “*bu karara karşı kanun yolları açıktır*” şeklinde değiştirilmiştir.

Doktrinde Umar, bu değişiklikten önce HUMK m. 452’deki düzenlemenin haksız ve yanlış yorumlara neden olduğunu belirtmiştir⁶³. Öyle ki yazara göre, değişiklikten önce HUMK m. 452 aslında, yargılamanın yenilenmesi süreci sonunda çıkan kararı bozdurmak isteyen tarafın yeni bir yargılamanın yenilenmesi başvurusu yapmasının caiz olmadığını, buna karşı olağan kanun yoluna başvurması gerektiğini açıklamak istemektedir⁶⁴. Buna karşılık söz konusu maddede, sanki o hükme karşı yalnızca temyiz başvurusu yapılabileceği, buna karşı yargılamanın yenilenmesine başvurulamayacağına anlaşılmamasına neden olabilecek yanlış bir ifade kullanılmıştır⁶⁵. Maddenin lâfzı esas alınır da, sanki o karara karşı temyiz imkanı yitirdikten sonra yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmasının mümkün olamayacağı gibi bir sonuç çıkarılabilecektir ki yazara göre bu yanlış ve haksız bir yorum olacaktır⁶⁶.

Yukarıda da ifade ettiğimiz gibi, HUMK m. 452’de düzenlenen yasak, mehaz Eski Neuchâtel ve Eski Fransız Medeni Usul Kanunu’nda da yer almakta olup, iki kanunda üçlü yasak kabul edilmiş ve bunun gerekçesi olarak da “davaya bir nokta konulması” ihtiyacı ön plâna çıkarılmıştır. Mehaz kanundaki bu durum, HUMK m. 452’nin lâfzı ve ruhu ile birleştirildiğinde, burada yeniden yargılama üzerine verilecek hükme karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmasının yasaklandığı yorumu yapılabilecektir. Dolayısıyla Umar’ın “haksız ve yanlış” olarak nitelendirdiği yorum şekli, kanaatimizce HUMK m. 452’deki hüküm çerçevesinde doğru bir yorum olacaktır. Zira aksi durumda HUMK m. 452 uygulama alanını tamamen kaybetmiş olacaktır.

5236 sayılı Kanun ile HUMK m. 452’de gerçekleştirilen değişiklikle, yeniden yargılama üzerine verilecek karara karşı tüm kanun yollarına ve bu

⁶³ Bilge Umar, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2011, s. 1068-1069.

⁶⁴ Umar, Şerh, s. 1068-1069.

⁶⁵ Umar, Şerh, s. 1069.

⁶⁶ Umar, Şerh, s. 1069.

çerçevede yargılamanın yenilenmesine de başvurulabilmesinin önünün açıldığı düşünölebilecektir. Ancak kanaatimizce böyle bir yorum, maddenin ilk cümlesiyle uyum göstermeyecektir. Öyle ki bu karara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulabileceğinin kabulü halinde, maddenin ilk cümlesindeki yasak uygulama alanını yine kaybetmiş olacaktır. 5236 sayılı kanun ile maddenin tamamı değiştirilerek yasağın ortadan kaldırılma imkânı varken, maddenin ilk cümlesindeki düzenlemenin saklı tutulması kanaatimizce yine bilinçli bir tercihin ürünü olarak kabul edilmelidir. Bu noktada 5236 sayılı Kanun'un temel amacının, HUMK'ta yer alan hükümlerin bir olağan kanun yolu olan "istinaf" ile uyumlu hale getirilmesi olduğu da gözden uzak tutulmamalıdır. Hal böyle olunca biz, 5236 sayılı Kanun'dan sonra HUMK m. 452'de yer alan "bu karara karşı kanun yolları açıktır" şeklindeki düzenlemedeki "kanun yolları" ibaresinin "olağan kanun yolları" şeklinde anlaşılması gerektiği düşüncesindeyiz. Böylece bize göre 5236 sayılı Kanun, HUMK m. 452'deki yasağın kaldırılması sonucunu doğurmuştur.

IV. HMK BAKIMINDAN YASAĞIN MEVCUT OLUP OLMADIĞI

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda HUMK m. 452'ye tekabül eden herhangi bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bu durum yasağın HMK'da kabul edilmediği izlenimini uyandırır da, HMK m. 380'in gerekçesinde, HUMK m. 452'deki "hükmün kesin hükmün tabii bir sonucu olduğu gerekçesiyle HMK'da yer bu hükme yer verilmediği" belirtilmiştir.

Türk doktrininde bu değişikliğin nasıl bir sonucu olabileceği hususunda ayrıntılı bir değerlendirmeye rastlanmamaktadır. Gerçekten HMK esas alınarak kaleme alınan eserlerin birçoğunda, yargılamanın yenilenmesi davası sonucunda verilen karara karşı kanun yoluna başvurulabileceğinin belirtilmesiyle yetinilmektedir⁶⁷. Bu noktada Pekcanitez/Atalay/Özekes için ayrı bir parantez açılmalıdır. Öyle ki yazarlar, yargılamanın yenilenmesi talebi bir dava olarak açılıp görüldüğü için, dava hakkında mahkemenin verdiği karara

⁶⁷ Baki Kuru/Ramazan Arslan/Ejder Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 702; Ali Haydar Karacaoğlu/Aynur Parlar, 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Bilge Yayınları, Ankara 2012, s. 1326.

karşı süresi içinde olağan kanun yollarına başvurulabileceğini belirtmektedirler⁶⁸.

Doktrinde HUMK m. 452 hükmünün HMK'ya alınmamasını, sonuçları bakımından değerlendiren tek yazar Alangoya olmuştur. HMK'nın henüz Tasarı aşamasında olduğu dönemde kaleme aldığı bir makalesinde yazar, HUMK m. 452 hükmünün Tasarı'ya alınmamış olmasının, Tasarı yazarlarının bunu atlamış oldukları düşünülmemeyeceğine göre, yasağın kaldırılması anlamına geleceğini belirtmiştir⁶⁹. Ancak bu noktada HMK m. 380'in gerekçesinde yer alan cümleyi değerlendiren yazara göre, HUMK m. 452'nin nasıl anlaşılması gerektiğini hususunda doktrinde ileri sürülen birçok görüş varken, bu hükmün “kesin hükmün tabii bir sonucu” olduğunu söylemenin ve bu gerekçeyle de söz konusu hükmün HMK'ya alınmamasının anlaşılması mümkün olmamaktadır⁷⁰. Dolayısıyla yazar, HUMK m. 452'de düzenlenen yasağı “kesin hükmün tabii bir sonucu” olarak görmemekte ve söz konusu hükmün HMK'ya alınmamasını, yasağın kaldırılması olarak değerlendirmektedir.

Biz de, gerekçede belirtilen “HUMK m. 452'deki hükmün kesin hükmün tabii bir sonucu” olduğu görüşüne katılamıyoruz. Öyle ki hakkında daha önce bu yola başvuru hükmüne karşı “aynı sebebe” dayanılarak yapılacak ikinci yargılamanın yenilenmesi başvurusu, kanun koyucunun da belirttiği kesin hüküm sâyesinde önlenilebilecektir. Ancak ilk hükmüne karşı farklı bir sebebe dayanılarak yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması hâlinde, iki dava arasında “sebebe” bakımından ayniyet bulunmayacağı için, ikinci başvurunun kesin hüküm kurumu çerçevesinde bertaraf edilmesi

⁶⁸ Hakan **Pekcanitez**/Oğuz **Atalay**/Muhammet **Özekes**, Medeni Usul Hukuku, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012, s. 792. Yazarların bu ifâdelerinden, yargılamanın yenilenmesi üzerine verilen kararlara karşı bir “olağan üstü kanun yolu” olan yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulamayacağı anlaşılrsa da yazarlar bu konuda net bir ifâde kullanmayı tercih etmemişlerdir. Yine doktrinde Ercan da benzer bir ifâde kullanmış ve yargılamanın yenilenmesi istemi üzerine verilen kararlara karşı olağan yasa yolları olan istinaf ve temyize başvurulabileceğini belirtmiştir. Bkz. İsmail **Ercan**, Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2013, s.495.

⁶⁹ H. Yavuz **Alangoya**, “Yazılı Yargılama Usulü Hakkında Bazı Düşünceler”, Makaleler (der.: Mert Namlı), Beta Yayınları, İstanbul 2012, s. 494 dn. 42.

⁷⁰ **Alangoya**, s. 494 dn. 42.

mümkün olamayacaktır. Bununla birlikte hatırlanacağı üzere biz bu ihtimali zâten HUMK m. 452'nin de kapsamında değerlendirmemiştik.

HUMK m. 452'de yasaklandığını düşündüğümüz ilk ihtimal, yargılamanın yenilenmesi talebi hakkında verilecek karara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmasıdır. HUMK m. 452 hükmünün HMK'ya alınmaması karşısında, kanaatimizce bu karar hakkında yapılacak yargılamanın yenilenmesi başvurusunun kesin hüküm çerçevesinde bertaraf edilmesi, iki davanın netice-i talepleri ile sebepleri birbirinden farklılaşabileceği için mümkün olamayacaktır.

Kezâ yeniden yargılama sonucunda yeni bir karar verilmesi durumunda da aynı sonuca varılabilecektir. Bize göre, bu yeni karara karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması durumunda da yargılamanın yenilenmesi davasının konusunu yeni bir karar oluşturacağı için, burada da kesin hüküm kurumu çerçevesinde bu talebin bertaraf edilmesi mümkün değildir.

Dolayısıyla biz, HUMK m. 452'yi karşılayan bir hükme yer verilmemiş olması karşısında, kesin hükmün, yalnızca ilk hükme karşı "aynı sebebe dayanarak" yeniden yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmasını önleyeceği kanaatini taşımaktayız. Bu ihtimal haricinde ise bize göre, HMK'da yer alan hükümler çerçevesinde Türk Hukuku'nda artık "yargılamanın yenilenmesi yoluna yeniden başvurma yasağı" söz konusu olmayacaktır. Ancak HMK m. 380'in gerekçesinde yer alan cümlenin yerinde olmadığı, HUMK m. 452'deki hükmün "kesin hükmün tabii bir sonucu olmadığı" ve bu hükmün HMK'ya alınmamış olmasının yasağın kaldırılması anlamına geleceği yönündeki düşüncemiz, yasağın kaldırılmasının yerinde olmadığı şeklinde değerlendirilmemelidir. Zira yukarıda da belirttiğimiz üzere, HUMK m. 452'de düzenlenen yasak, hukuk güvenliği ile gerçeğin ortaya çıkarılması arasındaki dengeyi hukuk güvenliği yönünde haksız olarak bozmakta olup, bu nedenle de yasağın kaldırılması olumlu karşılanmalıdır.

SONUÇ

Yargılamanın yenilenmesi yoluna tekrar başvurma yasağının tarihsel kökenleri, XIV. Louis tarafından yayımlanan 1667 Emirnâmesi'ne dayanmaktadır. Hâl böyle olunca, Karşılaştırmalı Hukuk bakımından gerçekleştirilecek bir inceleme, bizi, bu yasağın Fransız Hukuku ile İsviçre'de Fransız

etkisi altında kalan kantonlarda kabul edildiği, buna karşın Alman Hukuku'nda ve İsviçre'de Alman etkisi altındaki kantonlarda böyle bir yasağın yer almadığı sonucuna ulaştıracaktır. Bununla birlikte güncel eğilimin, yasağın kabul edildiği hukuk sistemlerinde de yasağın sınırlandırılması veya terk edilmesi doğrultusunda olduğu tespit edilebilecektir. Öyle ki Yeni Fransız Medenî Usûl Kanunu'nda yasağın kapsamı daraltılırken, İsviçre Federal Medenî Usûl Kanunu'nda ise bu yasak tamamen terk edilmiştir.

Türk Hukuku'nda da HUMK m. 452 ile yargılamanın yenilenmesi yoluna tekrar başvurma yasağı kabul edilmiştir. Bu yasağın kapsamı hususunda doktrinde çeşitli görüşler ileri sürülmüş olup, bize göre HUMK m. 452'de yargılamanın yenilenmesi talebi hakkında verilen karar ile yargılamanın yenilenmesi talebinin kabul edilmesi üzerine yapılacak yeniden yargılama sonucunda verilecek yeni hükme karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulması yasaklanmıştır.

HMK'da ise HUMK m. 452'yi karşılayacak bir hükme yer verilmemiş; ancak HMK m. 380'in gerekçesinde, HUMK m. 452'nin kesin hükmün tabii bir sonucu olduğu ifade edilmiştir. Öncelikle, HUMK m. 452'de düzenlenen yasağın "kesin hükmün tabii bir sonucu" olarak görülmesi kanaatimizce mümkün değildir. Kezâ yargılamanın yenilenmesi talebi hakkında verilen karar ile yeniden yargılama üzerine verilecek yeni hükme karşı yargılamanın yenilenmesi yoluna başvurulmasının "kesin hüküm" çerçevesinde engellenmesi de mümkün olamayacaktır. Hâl böyle olunca bize göre, HMK hükümleri çerçevesinde, Türk Hukuku'nda yargılamanın yenilenmesi yoluna tekrar başvurma yasağı terk edilmiş olup; gerekçe haklı olmamakla birlikte, yasağın terk edilmesi, olması gereken hukuk bakımından da kanaatimizce yerindedir.

Kaynakça

- Alangoya, H. Yavuz;** “Yazılı Yargılama Usulü Hakkında Bazı Düşünceler”, **Makaleler** (der.: Mert Namlı), Beta Yayınları, İstanbul 2012, s.479 vd.
- Alangoya, H. Yavuz/Yıldırım, M. Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis;** Medenî Usul Hukuku Esasları, 7. Bası, Beta Yayınları, İstanbul 2009.
- Ansay, Sabri Şakir;** Hukuk Yargılama Usulleri, 7. Bası, Ankara 1960.
- Arcak, Ali/İmsel, Tevfik;** Mer’a ve Yayla Davaları Köy Orta Malları İdari Sınır Anlaşmazlıkları, Güneş Matbbacılık, Ankara 1970.
- Arslan, Ramazan;** Medeni Usul Hukukunda Yargılamanın Yenilenmesi, Ayyıldız Matbaası, Ankara 1977.
- Belgesay, Mustafa Reşit;** Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu Şerhi, İstanbul 1939.
- Bilge, Necip/Önen, Ergun;** Medeni Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Bası, AÜHF Yayınları, Ankara 1978.
- Bohnet, François;** Code De Procédure Civile Neuchâtelois, Helbing& Lichtenhahn, Basel, 2003.
- Boitard, Joseph-Edouard/Colmet-Daage, Gabriel/Glasson, Ernest Désiré;** Leçons De Procédure Civile, t. II, 15. Éd., Paris 1890.
- Budak, Ali Cem;** Medeni Usul Hukukunda Üçüncü Kişilerin Haklarının Korunması, Beta Yayınları, İstanbul 2000.
- Colson, Renaud;** Recours En Révision, Répertoire De Procédure Civile, Dalloz, Paris 2005.
- Cornu, Gérard/Foyer, Jean;** Procédure Civile, 3. Éd., PUF, Paris 1996.
- Ercan, İsmail;** Medeni Usul Hukuku, 2. Baskı, Oniki Levha Yayınları, İstanbul 2013
- Garsonnet, Eugène/Cezar-Bru, Charles;** Traité Théorique et Pratique De Procédure, t. VI, 2. Éd., Paris 1902.
- Glasson, Ernest/Tissier, Albert/Morel, René;** Traité Théorique et Pratique D’Organisation Judiciaire De Compétence et De Procédure Civile, t. III, 3. Éd., Sirey, Paris 1929.

- Joly**, André; Cours Elémentaires De Procédure Civile et Voies d'Exécution, t. I, Sirey, Paris 1969.
- Karacaoğlu**, Ali Haydar/**Parlar**, Aynur; 6100 Sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Bilge Yayınları, Ankara 2012.
- Kuru**, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. V, 6. Baskı, Demir&Demir Yayınları, İstanbul 2001.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; Medeni Usul Hukuku, 23. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Muşul**, Timuçin; Medeni Usul Hukuku, 3. Baskı, Adalet Yayınları, Ankara 2012.
- Namlı**, Mert; Türk ve Fransız Medeni Usul Hukuku'nda Yargılamanın Yenilenmesi, Beta Yayınları, İstanbul 2014.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 13. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2012.
- Postacıoğlu**, İlhan E.; Medeni Usul Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975.
- Schweizer**, Philippe; Le Recours En Révision, Staempfli&CIE SA, Bern 1985.
- Stein**, Friedrich/**Jonas**, Martin; Kommentar zur zivilprozessordnung, 21. Auflage, Tübingen 1998.
- Tissier**, Albert/**Darras**, Alcide/**Louiche-Desfontaines**, Henry; Code De Procédure Civile t. II, Paris 1901.
- Umar**, Bilge; "Türk Medeni Usul Hukukunda İadei Muhakeme", İÜHF, 1963/1-2, s. 261 vd.
- Umar**, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları, Ankara 2011.
- Üstündağ**, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, 7. Baskı, İstanbul 2000.
- Zöller**, Richard; Zivilprozessordnung: mit gerichtsverfassungsgesetz und den einführungsgesetzen, mit internationalem zivil prozessrecht, kostenanmerkungen, 17. Auflage, Köln 1991.

^HAVUKATLIK TEKELİNE GENEL BİR BAKIŞ

Arş. Gör. Ali Çetin ASLAN*

I. KONUNUN ÖNEMİ

Avukatlık tekeli Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde ve 63. maddesinde düzenlenmiştir. Kanun'da öngörülen sistemde, sadece baroya kayıtlı avukatların yapabilecekleri işler ayrılarak Kanun'un 35. maddesinde sayılmıştır. Kanun'un 63. maddesinde ise, bu işleri istisnaî durumların dışında baro levhasında kayıtlı olmayan avukatların ve avukat sıfatını taşımayanların yapması yasaklanmıştır.

Kanun'un 35. maddesinin 2. fıkrasına göre, kanun işlerinde ve hukukî meselelerde mütalâa vermek, mahkeme, hâkem veya yargı yetkisine sahip bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adlî işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda kayıtlı avukatlara aittir. Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 14. maddesinin 2. fıkrasında da aynı hüküm tekrarlanmıştır. Kanun'un 35. maddesinin 3. fıkrasına göre, baroda yazılı avukatlar bunların dışında kalan resmi dairelerdeki bütün işleri de takip edebilir.

Kanun'un 63. maddesinin ilk fıkrasına göre, baro levhasında kayıtlı bulunmayanlar ve işten yasaklanmış olan avukatlar, şahıslarına ait olmayan dava evrakını düzenleyemez, icra işlemlerini takip edemez ve avukatlara ait diğer yetkileri kullanamazlar. Avukatlık Kanunu Yönetmeliği'nin 14. maddesinin son fıkrası da Yönetmelik'in 14. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen konularda avukatlar dışında hiç kimsenin evrak düzenleyemeyeceği ve ta-

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

kipte bulunamayacağını, iş takibi yapamayacağını belirtmektedir. Avukatlık Kanunu'nun 63. maddesinin ilk fıkrasını ihlâl edenler, Kanun'un 63. maddesinin 2. fıkrasına göre, beş yüz Türk Lirasından iki bin Türk Lirasına kadar idarî para cezası ile cezalandırılacaktır.

Kanun'un 63. maddesine göre, baro levhasında yazılı bulunmayanlar avukatlık unvanını da taşıyamayacaktır. Bu hükmü ihlâl edenler de Kanun'un 63. maddesinin 2. fıkrasındaki yaptırıma tâbi tutulacaktır. Ancak baro levhasındaki kaydı yirmi yılı dolan ve bürosunu kapatarak vergi kaydını sildiren avukatlar durumları hakkında bilgi vermek ve baroya karşı görev ve yükümlülüklerini yerine getirmek şartıyla sadece avukat unvanını kullanabilirler.

Avukatlık tekeli günümüzde varlığı, amacı, kapsamı sorgulanan avukatlık hukuku kurumlarından biridir. Gün geçtikçe avukatlık tekelinin kapsamı daralmaktadır. Avukatlık tekeline kanunî dayanağı olan veya kanunî dayanağı olmayan birçok müdahalede bulunmaktadır. Bu nedenle avukatlık tekeli kurumunun neden oluşturulduğunun, avukatlık tekeliyle hangi hukukî değerlerin korunduğunun, avukatlık tekelinin neden eleştirildiğinin tespiti önemlidir.

Çalışmanın amacı, avukatlık tekelinin tarihçesinin ele alınması, diğer ülkelerde avukatlık tekelinin incelenmesi, avukatlık tekeline yapılan eleştirilerin ele alınması, avukatlık tekeli kurumunun oluşturulma nedeni ve avukatlık tekelinin geleceğinin değerlendirilmesidir.

II. ÇALIŞMANIN KAPSAMI VE SINIRLARI

Anayasa'nın 36. maddesine göre, herkes, meşru vasıta ve yollardan faydalanmak suretiyle yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkına sahiptir. Görüldüğü üzere herkesin dava açma veya açılmış davada kendini savunma hakkı bulunmaktadır. Anayasa'nın bu hükmüne paralel olarak Avukatlık Kanunu'nda ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda düzenleme yapılmıştır. Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin 3. fıkrasının ilk cümlesinde de paralel düzenleme yapılarak dava açmaya yeteneği olan herkesin kendi davasına ait evrakı düzenleyebileceği, davasını bizzat açabileceği ve işini takip edebileceği düzenlenmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 71. maddesine göre, dava ehliyeti bulunan herkes,

davasını kendisi veya tayin ettiği vekil aracılığıyla açabilir ve takip edebilir. Bu hükümler Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin ilk fıkrasının lafzına bakıldığında, avukatlık tekelinin bir istisnası olarak kabul edilebilir. Ancak biz herkesin dava açma veya açılmış davada kendini savunma hakkını kullanmasından ziyade Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin ilk fıkrasında sayılan işlerin baroda kayıtlı olan avukatlar dışındaki kişiler tarafından yapılmasını avukatlık tekelinin gerçek anlamda bir istisnası olarak görmekteyiz. Bu nedenle hak arama özgürlüğünü düzenleyen Anayasa'nın 36. maddesi, bu hükümle paralel hükümler olan Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin 3. fıkrasının ilk cümlesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 71. maddesi ve bu hükümlerle bağlantılı bir konu olan dava ehliyeti çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır.

Avukatlık hukukuyla ilgili yapılan çalışmaların bazılarında avukatlık tekeli bağlamında Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin 3. fıkrasında düzenlenen sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu değerlendirilmektedir¹. Halbuki bu hükmün getiriliş amacı ve kapsamı açısından avukatlık tekeli ile bir bağlantısı yoktur. Bu eserlerde Avukatlık Kanunu'nun 35/A maddesinde düzenlenen avukatların dava açılmasından veya dava açılmış olup da henüz duruşma başlamadan önce kendilerine intikal eden iş ve davalarda, tarafların kendi iradeleriyle istem sonucu elde edebilecekleri konulara özgü olmak kaydıyla müvekkilleriyle birlikte karşı tarafı uzlaşmaya davet edebilme yetkileri de avukatlık tekeli bağlamında değerlendirilmektedir². Her ne kadar bu alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemi sadece avukatlar aracılığıyla gerçekleştirilse de avukatlık tekeli ile doğrudan bir bağlantısı yoktur. Bu nedenle sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu ve avukatın uzlaşma yetkisi de çalışmamızın kapsamı dışında kalmaktadır.

¹ **Güner**, Avukatlık Hukuku, s. 146-147, 282; **Erdoğan**, s. 148; **İyimaya**, s. 160-161. *İyimaya*, zorunlu avukatlık kavramıyla avukatlık tekelinin birbirinden farklı kavramlar olduğunu kabul etmesine rağmen avukatlık tekeli çatısı altında sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğuna da yer vermektedir. Buna gerekçe olarak her iki kavram arasında güçlü bir bağ olduğunu, her zorunlu avukatlık kategorisinin bir tekel oluşturduğunu ancak her tekelin genel olarak zorunlu avukatlığa işaret etmediğini belirtmektedir. **İyimaya**, s. 162.

² **Güner**, Avukatlık Hukuku, s. 147-152, 282; **Erdoğan**, s. 148-149; **İyimaya**, s. 160-161.

Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinde yer alan "uzlaşma" kurumu da avukatlık tekeli bağlamında değerlendirilmektedir³. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinin 9. fıkrasına göre şüpheli ile mağdur veya suçtan zarar görenin uzlaşma teklifini kabul etmesi halinde, cumhuriyet savcısı uzlaştırmayı kendisi gerçekleştirebileceği gibi, uzlaştırmacı olarak avukat görevlendirilmesini barodan isteyebilir veya hukuk öğrenimi görmüş olan kişiler arasından uzlaştırmacı görevlendirebilir. Hükümde görüldüğü üzere, "uzlaşma" adı verilen alternatif uyuşmazlık çözümü yöntemini, şartları gerçekleşmesi halinde sadece avukat yürütmemekte, cumhuriyet savcısı gerçekleştirebileceği gibi hukuk öğrenimi görmüş olan kişiler de yürütebilmektedir. Bu nedenle "uzlaşma" kurumu kanımızca avukatlık tekelinin kapsamında değildir.

Avukatlık tekeli ile bağlantılı olan ve onu pekiştiren kavramlardan biri de avukatla temsil zorunluluğudur. Avukatla temsil zorunluluğunun hukuk yargılamasında ve ceza yargılamasında yansımaları bulunmaktadır. Çalışmamızda avukatlık tekeline yoğunlaşmak istediğimiz için başlı başına bir çalışma konusu olan avukatla temsil zorunluluğu kavramını çalışmamızın kapsamı dışında bırakmak zorundayız.

Avukatlık tekelinin kapsamı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde yer almıştır. Avukatlık tekelinin istisnaları ise çeşitli kanunlarda dağınık bir şekilde yer almıştır. Başlı başına bir çalışma konusu olan avukatlık tekelinin kapsamı ve istisnalarını da çalışmamızın kapsamı dışında bırakmak zorundayız.

III. AVUKATLIK TEKELİ KAVRAMI

A. Terminoloji ve Niteliğinin Değerlendirilmesi

Avukatlık tekeli kavramı kanunlarımızda yer almamaktadır. Bu kavramı ifade etmek üzere Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde "yalnız avukatların yapabileceği işler" ibaresi kullanılmaktadır. Kanun'un 35. maddesinde sayılan bu hakları dava tekeli olarak değil de "avukat tekeli" veya "avukatlık tekeli" olarak adlandırmanın daha da uygun olacağı savunul-

³ Güner, Avukatlık Hukuku, s. 282-283.

muştur. Zira Avukatlık Kanunu uyarınca söz konusu tekele dâhil olan işler sadece davalardan ibaret değildir⁴. Kanımızca doktrin ve uygulamada da yerleşmiş olan “avukatlık tekeli” kavramı kullanılmalıdır.

Avukatlık hukukuna ilişkin eserlerde avukatlık tekeli farklı nitelendirilmiştir. Bazı yazarlara göre, avukatlık tekeli avukatlık mesleğinin temel niteliklerinden biridir⁵. Bazı yazarlara göre, avukatlık tekeli bir haktır⁶. Bazı yazarlara göre, avukatlık tekeli bir hak değil statüdür. Zira avukatın verdiği hizmetler aynı zamanda bir görevdir⁷. Danışmanlık yapma ve başkasını savunma hakkının sadece avukatlara bırakılması, avukatların kazançlarını sağlaması için oluşturulmuş bir tekel olarak görülebilir. Ancak kanun koyucu, savunma mesleğini ahlâklı, bilgili ve kendisi tarafından denetlenen meslek adamlarının haktan ziyade görev olan bu hukukî yardımı en iyi şekilde yapabileceklerine inandığı için kurmuştur. Bu görevin kullanılması şeklini de birçok kayıt ve şartlara bağlanmıştır. Kanun koyucunun avukatlara tanıdığı bu imtiyazların hepsi de avukatların hukukî yardımını adalet amacına tahsis için düşünülmüş birtakım kanunî vecibelerdir. İş sahiplerini güvene layık olmayanların elinden, gereksiz ücret ve masraftan, mahkemeleri boşu boşuna uğraşmaktan kurtarmak için uzun süreden beri bu imtiyazlar tecrübe edilmiş ve uygulanmasında zorunluluk görülmüştür⁸. Düzenleme avukatı korumamakta ve ona bir hak vermemektedir⁹. Normun koruma

⁴ **Aday**, s. 36; **Erdoğan**, s. 144; **Güner**, Avukatlık Hukuku, s. 138-139; **İyimaya**, s. 161; **Güner**, Hukuk Yargılaması, s. 54; **Börü**, s. 165; **Korkusuz/Korkusuz**, s. 19.

⁵ **Sungurtekin Özkan**, Hak ve Yükümlülükler, s. 54; **Güner**, Avukatlık Hukuku, s. 138; **Korkusuz/Korkusuz**, s. 18.

⁶ **Müderrişoğlu**, s. 27; **Kuru**, s. 831; **Güner**, Avukatlık Hukuku, s. 145, 281; **Korkusuz/Korkusuz**, s. 18. *Kuru*'ya göre, Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde yazılı olan hususlar avukatlar için bir hak teşkil etmektedir. Bunlar bir yükümlülük değildir. Zira avukat kendisine teklif olunan işi sebep göstermeden reddedebilir (AvK m. 37). Takdirine esas olan sebepleri açıklamak zorunda değildir (TBB Avukatlık Meslek Kuralları m. 38).

⁷ **İyimaya**, s. 156, 161. *Özkent*'e göre, avukatın hakları özel haklardan ziyade kamu hukukuna ilişkin faaliyetler ve imtiyazlardır. **Özkent**, Avukatın Kitabı, s. 425, 700.

⁸ **Özkent**, Avukatın Kitabı, s. 425.

⁹ **İyimaya**, s. 161. Avukatların gelirini koruma, ikna edici bir gerekçe değildir. Zira bu amaç günümüz anlayışına göre rekabet ve tüketicinin sözü geçen menfaatinden daha üstün derecede sınıflandırılmış değildir. **Stephkohn**, s. 2.

amacı avukatlık mesleğinden ziyade hukukun kendisini ve hukukî yardım göreni kapsamaktadır. Bu nedenle “hak” kelimesi eklenmeksizin “avukatlık tekeli” terimi kullanılmalıdır¹⁰.

Kanımızca avukatlık tekelinin niteliğini belirlemek büyük önem taşımaktadır. Avukatlık tekeli değerlendirilirken yapılan nitelendirme tekelin kapsamının belirlenmesinde, tekelin varlığının tartışılmasında bir nirengi noktası olacaktır. Avukatlık tekeli bir hak olarak görmek avukatlık tekeli ile ilgili yapılan değerlendirmelerde avukatların menfaatine odaklanılmasına neden olacaktır. Bu nedenle avukatlık tekeli bir haktan ziyade bir statü olarak görülmelidir. Meslekî temel nitelik olarak avukatlık tekeli düzenleyen normla korunan hukukî değer avukatlık mesleği değil hukukî yardıma ihtiyaç duyan veya duyabilecek olan toplum olmalıdır. Avukatlık tekeli aynı zamanda hukukî barışın korunmasına da hizmet etmektedir.

B. Ülkemizde Avukatlık Tekelinin Tarihçesi

1. Muhamat Kanunu’na Kadar Olan Dönemde Avukatlık Tekeli

İslam hukukunda ve Tanzimat dönemine kadar Osmanlı İmparatorluğu’nda, baro örgütüne ve bu meslekî örgüte bağlı olarak görev yapan avukatlara rastlanmamıştır. Ancak bugünkü avukatların görevlerini icra eden ve kendilerine “vekil” denilen kimseler bulunmaktaydı. İslam hukuku, kendi davalarını bizzat takip etme olanağı olmayan veya davalarını bir vekille takip etmeyi uygun gören taraflara vekil atama imkanı tanımıştır¹¹. Vekiller batıdaki anlamıyla avukatların sahip olduğu niteliklerin hepsine sahip olmasa da tarafların çıkarlarını savunan, avukatların yaptığı görevleri yapan, genelde hukuk eğitimi görmüş kişilerdi¹². Görüldüğü üzere bu dönemde avukatlık mesleğine rastlanılmadığı için avukatlık tekeline de rastlamak mümkün değildir.

Osmanlı Devleti’nde Batıdaki anlamıyla avukatlık kurumu, Tanzimat dönemindeki gelişmelerle 1875 yılında hukuk sistemi içerisine girmiştir. Avukatlık, 1876 yılında “Dava Vekilleri Hakkında Nizamname” ile belirli

¹⁰ İyimaya, s. 161.

¹¹ Başar Centel, s. 30; Durhan, s. 25-26; Çelik, s. 78.

¹² Başar Centel, s. 30; Durhan, s. 25-26; Çelik, s. 78.

bir disipline sokulmuştur. Nizamname uyarınca sadece Hukuk Mektebi mezunları vekillik yapabilecekti. Vekillik mesleğini icra etmek için belirli bir öğrenim görülmesi ve staj yapılması gerekiyordu. Bu Nizamname uyarınca İstanbul Barosu kurulmuştur¹³. 1875 yılında kurulup 1880 yılında kapatılan Galatasaray Sultanisi'nin bir şubesi olan Mekteb-i Hukuk-i Sultani'den sonra 1880 yılında Mekteb-i Hukuk adıyla bir okul açılmıştır. Okulun Nizamnamesi'nin 33. maddesinde vekâlet ruhsatnamesine hak kazanma şartları yer almıştır. Nizamname'nin 35. maddesinde hukuk mektebi mezunu olmayanların dava vekâleti için ruhsatname alamayacakları düzenlenmiştir. Bu düzenleme mesleğin kurumsallaşması için çok önemliydi¹⁴. Düzenleme aynı zamanda hukuk mektebi mezunu olup staj yapanlara tekel tanınması nedeniyle avukatlık tekeli açısından da önemlidir.

17 Kasım 1875 tarihli Dava Vekilleri Nizamnamesi¹⁵'nin 1. maddesine göre, bizzat dava açmak istemeyenlerin yakınlarının, akrabasının ve kendileriyle hukuk düzeninde ortak sıfatına sahip olanların tayin edebilecekleri vekiller dışında bu Nizamname gereğince Adalet Bakanlığı'ndan resmi ruhsat elde etmeyenlerin Nizamiye Mahkemeleri'nde vekillik yapması yasaklanmıştır.

Vekillik mesleğinden rahat para kazanan, mesleği çıkarları doğrultusunda kullanan kişiler bu Nizamname'den rahatsız olmuşlardır. Bu kişiler dava vekilliğinin bir tekel haline getirildiği, çalışma özgürlüğünü kısıtladığı gerekçesiyle Sultan İkinci Abdülhamit'e şikâyetle bulunmuşlardır. Sultan İkinci Abdülhamit, bunun üzerine 16 Eylül 1886 yılında yayınladığı İrade-i Seniyye ile ceza davaları haricinde herkesin dava vekilliği yapabileceğini ilân etmiştir. Bu olay, savunma mesleğinin yozlaşmasına neden olmuştur¹⁶.

¹³ **Özkent**, Türkiye'de Avukatlık, s. 8; **Dereli**, s. 8; **Başar Centel**, s. 35; **Yılmaz**, Avukatlık, s. 197; **Çelik**, s. 82; **Durhan**, s. 34; **Özkorkut**, s. 152; **İyimaya**, s. 159; **Ercan**, s. 1278; **Özkaya-Ferendeci**, s. 290-291.

¹⁴ **Özkent**, Türkiye'de Avukatlık, s. 9; **Başar Centel**, s. 35-36; **Durhan**, s. 35; **Özkorkut**, s. 152.

¹⁵ Dava Vekilleri Hakkında Nizamname'nin metni için bkz. "Dava Vekilleri Hakkında Nizamname", <http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/belgeler/AvUcretTarifesi/tbb1875.pdf>, (16.9.2014).

¹⁶ **Özkent**, Türkiye'de Avukatlık, s. 9; **Başar Centel**, s. 36; **Çelik**, s. 82; **Özkaya-Ferendeci**, s. 291.

Öte yandan Mecelle-i Ahkâm-ı Adliye'nin 1516. maddesindeki davacı ve davalının her birinin dilediği kişiyi tevkil edebileceğine dair hüküm de savunma mesleğinin kurumsallaşmasını önlemiştir¹⁷. Gerek Sultan İkinci Abdülhamit'in İrade-i Seniyye'si gerekse Mecelle'nin 1516. maddesi avukatlık tekeline darbe vurmuştur.

3 Eylül 1909 tarihli bir Kanun-u Muvakkat ile yabancı hukuk fakültesi mezunu olanların veya hukuk fakültesi mezunu olmayıp en az üç yıldan beri Osmanlı Devleti'nde devamlı olarak görev yapanların sınav vermek şartıyla dava vekili olabilecekleri düzenlenmiştir¹⁸.

Dava Vekilleri Nizamnamesi'nde yer alan kurala benzer bir kural Mehakimi Şer'îye'de İcra'yı Vekâlet Edebilecekler Hakkında Kanun¹⁹'da yer almıştır. Kanun'un 1. maddesinde Şer'îye Mahkemeleri'nde vekillik icrasının hâkimler medresesi (Medresetülkuzat) veya Osmanlı Darülfunun'u hukuk şubesi mezunlarıyla en az beş sene bilfiil kadılıkta veya müftülükte bulunup yeterli, ferasetleri ve iyi hizmetleri üzerine Osmanlı Devleti'nin Diyanet İşleri Dairesi'nden kendilerine mezuniyet belgesi verilmesi uygun görülen kişilere özgü kılındığı belirtilmiştir. Ancak Darülfunun'un hukuk şubesince kurallara uygun biçimde yapılan sınavla dava vekâleti ruhsatına sahip olan ve vekilliği bilfiil icra edenler Hakimler Medresesi ders programından şer'iatın her bir meselesine ait duruş saklı kalmak kaydıyla diğer derslerden, zikredilen medrese hocaları arasından Osmanlı Devleti Diyanet İşleri Dairesi tarafından seçilecek kişilerden oluşan heyet huzurunda yapılan sınavla yeterli olduklarını ispat ettikleri takdirde vekillik icra edebilirlerdi.

Kanun'un 1. maddesinin 2. fıkrasında bu yeterliği haiz olmayanların şer'îye mahkemelerinde vekillik yapmalarının yasak olduğu belirtilmiştir.

Kanun'un 1. maddesinin 3. fıkrasına göre yukarıdaki yeterliği haiz olanlardan il merkezlerinde 7, sancak merkezlerinde 5, ilçe merkezlerinde 3 kişi bulunmadığı hallerde veya davanın, vekâlet edecek kimselerin eşleri ile evlatlarına, aslen ve sıhren baba ve büyükbabalar, amcalar, büyükanneler ve

¹⁷ Özkorkut, s. 151; Durhan, s. 36.

¹⁸ Başar Centel, s. 36; Yılmaz, Avukatlık, s. 197.

¹⁹ Mehakimi Şer'îye'de İcra'yı Vekâlet Edebilecekler Hakkında Kanun'un metni için bkz. "Mehakimi Şer'îye'de İcra'yı Vekâlet Edebilecekler Hakkında Kanun", http://www.inisiyatif.net/avtarih/tarihte_mevzuat/ok1914.htm, (16.9.2014).

bunun evlatlarına ilişkin olması halinde mevcut olan yasaklılığın derecesi artmaktaydı.

Birinci Dünya Savaşı sonunda mütareke ilanından sonra avukatlık mevzuatı üzerinde yeniden çalışmaya başlanılmış, İstanbul İstinaf Mahkemesi, bütün teşkilatlara levhada kayıtlı olmayan avukatların yargılamalara kabul edilmemeleri yönünde bir tebliğde bulunmuştur. Tebliğden ötürü menfaatleri zedelenenlerin faaliyetleri sonucu bir tamim düzenlenip bu tamim ile dava vekâletinin serbest olduğu belirtilerek mesleğe yeniden darbe indirilmiştir²⁰. Bu tamim aynı zamanda avukatlık tekeli de ortadan kaldırmıştır.

2. Muhamat Kanunu Döneminde Avukatlık Tekeli

460 sayılı Muhamat Kanunu²¹ avukatlık mesleğinde gelişim açısından önemli bir dönüm noktasıdır. Bu Kanun ile dava tekeline avukatlık tekeline geçilmiştir. Bu Kanun'un ilk maddesinde avukatlık tarif edilirken avukatlık tekeline dâhil olan alanlar da sayılmıştır. Kanun'un 1. maddesine göre, bütün hukukî işlerde başvuru sahiplerine sözlü veya yazılı görüş verme, dilekçe ile talep edilen şeyler, layihalar ve her nevi evrakı düzenleme ve mahkemeler, hakemler ve bütün daire ve meclisler huzurunda gerçek kişilere ve tüzel kişilere ait hakları vekil olarak takip etmeyi, dava etmeyi ve savunmayı meslek edinenlere muhami denilir²². Görüldüğü üzere muhaminin

²⁰ Dereli, s. 8-9.

²¹ Muhamat Kanunu'nun metni için bkz. "Muhamat Kanunu", http://www.inisiyatif.net/avtarih/tarihte_mevzuat/k460.htm, (16.9.2014).

²² "Halkın müzahiri olması lazım gelen muhamilerin bu vazifeyi ifaya kâfil, ilim ve faziletle mücehhez ve bu mesleğe müntesip olanların haysiyetlerini müdrük olmaları iktiza edeceği müstağniî izah bir keyfiyettir. Kemali teessüfle görülüyor ki bazı defa davavekil namı tahtında evsafı lâzimeyi gayrı haiz bir takım kimselerin tezvîr ve tasni eyledikleri daavinin rüyeti veya erbabı hakkın bu kabil vekillere tevdi eyledikleri masalihte ihdas ettikleri müşkülâtın halli mecburiyetiyle mahkemeler bilâ lüzum işgal olunmakta ve bu yüzden birçok hukuk duçarı ziya ve tavik olmakta ve binnetice mesleğin şeref ve haysiyeti ihlâl edilmektedir. Gerçi Davavekilleri hakkında 1292 senesinde neşredilen bir nizamname ile son senelerde bazı kavanin ve müteferrik ahkâm vaz edilmiş ise de bunların ihtiyaca gayrikâfi olduğu meydandadır. Kaldı ki, Davavekilleri Nizamnamesi mevcut olmasına rağmen mektep şahadetnamesi değil, usulüne tevfiikan

(avukat) tekel alanında bütün hukukî işlerde başvuru sahiplerine sözlü veya yazılı görüş verme, dilekçe ile talep edilen şeyler, layihalar ve her nev'i evrakı düzenleme; mahkemeler, hakemler, bütün daire ve meclisler huzurunda gerçek kişilere ve tüzel kişilere ait hakları vekil olarak takip etme, dava etme ve savunma sayılmıştır.

Mahamat Kanunu'nun 3. maddesinde, baro oluşturulan yerlerde herhangi bir baroya dahil olmayanlar avukatlık yapmaktan ve mahkemelerde onları kabulden yasaklanmıştır²³.

3. 3499 Sayılı Avukatlık Kanunu Döneminde Avukatlık Tekeli

3499 sayılı mülga Avukatlık Kanunu, avukatlık hukukunda en kapsamlı reformu yapmıştır. Bu kanunla avukatlık tekeli bütün unsurları ile kurum-sallaşmıştır²⁴.

3499 sayılı Kanun'un 23. maddesinin ilk fıkrasında, kanun işlerinde ve hukukî meselelerde görüş bildirmenin, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bütün merciler huzurunda gerçek veya tüzel kişilere ait hakları dava

imtihan vererek bir ruhsatname bile istihlal etmemiş olan kimselerin mühim mesailde vekâlet deruhde etmekte serbest bulduklarından hukuku efrat bu sebepten ziyaa uğramaktadır. Binaenaleyh islahatı adliye sırasında meslekî muhamatın dahi lâyük olduğu mevkie ilâ ve ammenin hukukuyla beraber salıklarının haysiyetini temin edecek ahkâmın acilen vaz'ı elzem görülmüş ve bu maksatla işbu kanun layihası tanzim olunmuştur. Layihanın birinci maddesi muhaminin tarifine mütedairdir. Metni maddeden anlaşılacağı üzere muhamilik ancak vekâleten müdafai hukuku haiz olan hususati gerek muhakim ve gerekse mecalis ve devair huzurunda takibi dava ve müdafaayı mesaili hukukiyede itayı rey etmekten ibaret olup bunun haricinde bir menfaat mukabilinde şunun bunun işini görmek ve devairi hükümette takibi masalih etmek gibi hidemat; mesleki muhamat ile kabili telif görülemediğinden madde ol- veçihle tertip edilmiştir." 460 Sayılı Muhamat Kanunu Hükümetin Esbabı Mucibe Lâyihası, (**Toprak**, 460 Sayılı, s. 25-26).

²³ "Üçüncü madde ile meslekî muhamatta inzibatın temini maksadiyle bir mahalde şeraiti lâzimeyi haiz olan muhami olduğu takdirde baro teşkili mecburiyeti esası kabul edilmiş ve yalnız şeraiti kanuniyeyi haiz olmak ifayı muhamat için kâfi addedilmeyerek salifüzzikir barolarda muhami mukayyet olmadıkça icrayimuhamat edememeleri ve mahkemelerin de onları kabulden memnu olduğu tespit edilmiştir." 460 Sayılı Muhamat Kanunu Hükümetin Esbabı Mucibe Lâyihası, (**Toprak**, 460 Sayılı, s. 26).

²⁴ **İyimaya**, s. 159.

etmenin ve savunmanın, bu hususlara ait bütün evrakı düzenlemenin ve resmî dairelerdeki çekişmeli işleri takip etmenin, sadece bu Kanun hükümleri çerçevesinde Baro'ya kayıtlı bulunan avukatlara ait olduğu belirtilmiştir²⁵. Kanun'un 23. maddesinin 2. fıkrasında, dava açılması konusunda ehliyeti olan kişinin kendi dava veya işini bizzat ikame ve talep edebileceği belirtilmiştir. Kanun'un 23. maddesinin 3. fıkrasında altsoy ve üstsoy ile ikinci dereceye kadar olan yan hısımlarla karı ve kocanın, resmi dairelerdeki çekişmeli işleri vekâletle takip edebilmeleri mümkün kılınmıştır. Kanun'un 23. maddesinin 4. fıkrasında, Hukuk Muhakemeleri Usûlü Kanunu'nun ve Ceza Muhakemeleri Usûlü Kanunu'nun avukatlarla müdafilere ilişkin hükümleri saklı tutulmuştur.

4. 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu Döneminde Avukatlık Tekeli

Yürürlükte olan 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin ilk hali 3499 sayılı Avukatlık Kanunu'nda öngörülen modeli korumuştur²⁶. Kanun'un 35. maddesinin ilk hali şöyle düzenlenmişti:

“Kanun işlerinde ve hukukî meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda özel veya tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, bu işlere ait

²⁵ “Layihanın 23 ncü maddesi münhasıran avukatların yapabilecekleri işleri tayin ve tesbit etmektedir. Bu madde, bir taraftan avukatların yapmaya kanunun salahiyet verdiği işleri yalnız bu meslek erbabına hasretmek suretile göstermekte ve hem de bu işleri avukat olmayanlar tarafından görülmesi ve takibinin halka, maslahata ve resmi mercilere zarar vermek ve müşküller doğurarak işleri geciktirmek ve hatta haksız bir neticeye sevkedebilmek ihtimalleri derpiş edilerek bunları önlemekte olduğundan bu kanunun en esaslı ve ana hükümlerinden biridir.

Avukatlar, kanun işlerinde ve hukukî meselelerde rey vermeleri yapacakları işlerin başında gösterilmiştir. Bu hal, kendisine vaki olacak müracaat üzerine şifâhî olabileceği gibi yazılı olarak reyini bildirebilir. Konsültasyon suretile de rey verilebilir. Malî ve iktisadî yahud teknik bir işin halli görüşülmek üzere bu işlere vukufu olanlar arasında hukukî ve kanunî bakımdan o meselenin alâkalı olması sebebiyle avukatın da bulunarak diğer mütehasıslarla mesleki ilgilendiren hususlar hakkında mütalea beyanı da yine bu maddedeki rey vermek vazifesine dahildir...” 3499 sayılı Avukatlık Kanunu Layihası ve Adliye Encümeni Mazbatası, (**Toprak**, 460 Sayılı, s. 227-228).

²⁶ “35-42. maddeler mer’i kanundakilerin tekrarından ibaret olup, yeni hüküm getirmektedir.” Avukatlık Kanunu Tasarısı Gerekçesi, s. 6. (**Toprak**, 1136 Sayılı, s. 82).

bütün evrakı düzenlemek, adli işlemleri ve resmi dairelerde çekişmeli ve çekişmesiz işleri takip etmek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir. Dava açmaya yeteneği olan herkes davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir.

Usul ve fîru ile nesep ve sebepten ikinci dereceye kadar (bu derece dahil) civar hısımları ve eşler birbirlerinin yargı mercileri ve adalet daireleri dışında kalan resmi dairelerdeki işlerini vekaleten takip edebilirler.

Hukuk ve Ceza Muhakemeleri Usulleri kanunları ile diğer kanun hükümleri saklıdır.”

Uygar dünyada avukatın sosyal ve ekonomik alanda daha geniş bir ihtiyaca cevap vermesi öngörülmektedir. 1136 sayılı Avukatlık Kanunu ile avukatların sadece uyuşmazlık konusuyla ilgilenebileceğini kabul eden klasik Fransız sistemi terk edilmiştir. Avukatın anlaşmazlıkların oluşmasını engelleme ve sosyal ve ekonomik alandaki hizmetlerinde daha etkili çalışmaları sağlanmıştır. Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi ile aynı zamanda devlete vergi ödemeyen, hiçbir mesleki organizasyonun denetimine bağlı olmayan, yetkisi, sıfatı, sorumluluğu olmayan kişilerin aracılık yaparak menfaat sağlamaları önlenmek istenmiştir. Bunun yanında bu kişilerin işleri karıştırmaları, uyuşmazlık çıkarmaları, iş sahiplerine zarar vermeleri önlenmeye çalışılmıştır²⁷.

Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi 26 Şubat 1970 tarihli 1238 sayılı Kanun ile değiştirilmiştir. 1238 sayılı Kanun ile değişik Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin avukatlık tekeli ile ilgili hükmü ise şöyle düzenlenmiştir:

“Kanun işlerinde ve hukukî meselelerde mütalaa vermek, mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek, yalnız baroda yazılı avukatlara aittir.

Baroda yazılı avukatlar birinci fıkradakiler dışında kalan resmi dairelerdeki bütün işleri de takip edebilirler. Dava açmaya yeteneği olan

²⁷ Berkin, s. 359; Dereli, s. 15.

herkes kendi davasına ait evrakı düzenleyebilir, davasını bizzat açabilir ve işini takip edebilir.”

Görüldüğü üzere, 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun ilk halinde avukatlık tekelinin kapsamında olan resmi dairelerdeki çekişmeli ve çekişmesiz işleri takip etmek yetkisi avukatlık tekeline çıkarılmıştır²⁸. Avukatlık tekeline bu değişim günümüze kadar devam etmiştir.

5. Avukatlık Kanunu Tasarısının Öngördüğü Avukatlık Tekeli

Adalet Bakanlığı Kanunlar Genel Müdürlüğü tarafından dünyada ve Türkiye'de toplumsal, ekonomik ve kültürel hayatta meydana gelen gelişim ve değişimlerin hukuk hayatına ve avukatlık mesleğine yansıtılması çerçevesinde 1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun yeniden yazılması amacıyla 24 Eylül 2013 tarihli Bakan “Olur”uyla oluşturulan Bilim Komisyonu çalışmalarını tamamlayarak bir Avukatlık Kanunu Tasarısı hazırlamıştır²⁹. Bu taslak yayınlanmış³⁰ ve görüşe sunulmuştur.

²⁸ “... Maddenin bu şekliyle kabulü sonucunda uygulamada sızlanma ve şikayetlere yol açan (resmî dairelerdeki çekişmeli ve çekişmesiz işlerin) de yalnız baroda yazılı avukatlar eliyle takip edilmesi durumu ortadan kaldırılmıştır. Yeni metin muvacehesinde, belli derecede hıssım yahut iş sahibinin eşi olmaya da lüzum kalmadan birinci fıkra dışında kalan resmî dairelerdeki çekişmeli ve çekişmesiz bütün işleri, iş sahibinin vekâletini haiz herkes takibedebilecektir. Yargı yetkisini haiz organlar dışında kalan adalet dairelerindeki adli nitelikte olmıyan (meselâ icra dairesince tahsil edilen paranın tahsili gibi) işlerin de iş sahibinin vekâletini haiz bulunan fakat avukat olmayan herkes tarafından takibi bu suretle imkân dahiline girmiş olacaktır. Bu sonucun da uygulamada yaratacağı ferahlık izahtan vârestedir.

Maddenin ikinci fıkrası hükmüyle de, mülga 3499 sayılı Avukatlık Kanununun 23üncü maddesinin uygulanmasında bazı resmî dairelerin (çekişmesiz işleri avukatın vekâleten takibedemeyeceği) şeklindeki yanlış tutum ve anlayışlarının, bu maddenin birinci fıkrasının uygulanmasında da tekrar edilmesi önlenmiş olacaktır. Yani birinci fıkra dışında kalan resmî dairelerdeki ister çekişmeli, ister çekişmesiz olsun bütün işleri avukatlar da takibedebilecektir...” 19 Mart 1969 Gün ve 1136 Sayılı Avukatlık Kanununun Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi, Bazı Maddelerine Fıkralar ve Kanuna Geçici Bir Madde Eklenmesi Hakkında Kanun Adalet Komisyonu Raporu, (**Toprak**, Avukatlık Kanunu, s. 177).

²⁹ <http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Uzerindecal/uzrenca1.htm>, (10.9.2014).

³⁰ Metin için bkz. “Avukatlık Kanunu Taslağı”, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/UYURULAR/AVUKATLIK%20KANUNU%20TASLA%C4%9EI.pdf>, (10.9.2014).

Avukatlık tekeli, Avukatlık Kanunu Tasarısı'nın 27. maddesinde "Sadece avukatın yapabileceği işler ve sınırları" başlığıyla düzenlenmiştir. Avukatlık Kanunu Tasarısı'nın 27. maddesinde, dava açmaya yeteneği olan herkesin kendi davasına ait evrakı düzenleyebileceği, davasını bizzat açabilip, işlerini takip edebileceği düzenlenmiştir.

Avukatlık Kanunu Tasarısı'nın 27. maddesinin 2. fıkrasında sadece baroya kayıtlı avukatlar tarafından yapılabilecek iş ve işlemler sayılmıştır. Bunlar;

a) Mahkeme, savcılık, icra dairesi, hâkem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda, gerçek veya tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek.

Tasarı'da, Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde belirtilen mahkeme, hâkem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organların yanında savcılık ve icra dairesinde de sayılan iş ve işlemlerin yalnızca baroya kayıtlı avukatlar tarafından yapılabileceği belirtilmiştir.

b) Arabuluculuk veya uzlaştırma faaliyetinde tarafları temsil etmek

Bu hüküm, Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde yer almamaktadır. Klasik uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin yanında alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinde de taraf temsilinde avukatlara tekel hakkı tanınarak avukatlık tekeli genişletilmiştir.

c) Hukukî konularda danışmanlık hizmeti vermek ve görüş bildirmek

Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde yer alan "kanun işlerinde" ibaresi hükme alınmamıştır. Kanun'un 35. maddesinde yer alan mütalâa vermenin yanında danışmanlık hizmeti verme tekeli de avukatlara tanınarak avukatlık tekeli genişletilmiştir.

ç) Kolluk kuvvetleri nezdinde, soruşturma ve diğer adli işlemlerde tarafları temsil etmek ve işlemleri takip etmek.

Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde bu iş ve işlemler sayılmamıştır. Böylece Tasarı ile avukatların tekeli kolluk kuvvetleri nezdinde, soruşturma ve diğer adli işlemler dedâhil edilerek genişletilmiştir.

Tasarı'nın 27. maddesinin 3. fıkrasında baroda kayıtlı avukatların, ikinci fıkradakiler dışında kalan resmi ve özel bütün işleri de takip edebi-

leceği belirtilmiştir. Tasarı'nın 27. maddesinin 4. fıkrasında ise Tasarı'da belirtilen şirketlerde sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğu düzenlenmiştir.

Avukatlık Kanunu Tasarısı'nın 98. maddesinde ise avukatlık yetkilerinin başkaları tarafından kullanılması durumu düzenlenmiştir. Tasarı'nın 98. maddesinin ilk fıkrasında, baro levhasında yazılı olmayanların ve meslekten geçici yasaklanmış olan avukatların, başkasına ait dava evrakını düzenlemeyecekleri, icra işlemlerini takip edemeyecekleri ve avukatlara ait diğer yetkileri kullanamayacakları düzenlenmiştir. Bu hükme aykırı davrananlara, cumhuriyet savcısı tarafından her yıl için tespit edilen bir aylık net asgari ücret tutarının iki katından on katına kadar idarî para cezası verileceği öngörülmüştür. O işten elde edilen menfaatin de ilgili baroya gelir olarak kaydedileceği belirlenmiştir.

Avukatlık Kanunu'nun 63. maddesinin uygulanacağı kişiler baro levhasında yazılı bulunmayanlar ve işten yasaklanmış olan avukatlardır. Ancak Avukatlık Kanunu Tasarısı'nın 98. maddesinin uygulanacağı kişiler ise, baro levhasında yazılı olmayanların yanında meslekten geçici olarak yasaklanmış avukatlardır. Ancak Avukatlık Kanunu Tasarısı'nın 98. maddesinin kapsamında, meslekten kalıcı olarak yasaklanmış yani meslekten çıkarılmış kişiler yer almamıştır. Tasarı'nın açık bir şekilde olmasa da meslekten geçici-kalıcı olarak çıkarılan avukat ayrımı yapmasının açıklanması gerekir. Bu ayrımın yapılma nedeni Tasarı gerekçesinde yer almamıştır.

Tasarı'da, Avukatlık Kanunu'nun 63. maddesinde yer almayan yeni bir hüküm ise, avukatlık yetkilerinin başkaları tarafından kullanılması sonucunda elde edilen menfaatin ilgili baroya gelir kaydedilmesidir. Kanımızca bu hüküm oldukça isabetlidir.

IV. AVUKATLIK TEKELİNİN DİĞER ÜLKELERDEKİ DURUMU

A. Almanya'da Avukatlık Tekeli

Almanya'da 1 Temmuz 2008'de Hukuk Hizmetlerinin İfası Kanunu yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ile katı avukatlık tekeli kısmen gevşemiştir. Daha doğrusu hukuk hizmetlerinin ifasının bir ana unsuru avukatların tekeline tutulmuştur. Bu arada diğer etkinliklerle bağlantılı olarak geniş-

leyen çevresiyle hukuk hizmetlerinin ifasına ve de ücretsiz hukuk hizmetlerinin ifa edilmesine izin verildi. Diğer birçok ülkede de belirli hukuk hizmetlerinin ifasının sadece avukatlar tarafından sunulmasına izin verilmiştir. Çoğunlukla avukatlık tekeli yargı ile ilgili konuları içerirken, bazı ülkelerde mahkeme dışı konuları da içermektedir³¹.

Almanya'da Hukukî Danışmanlık Kanunu, avukatlara hukukî danışmanlık konusunda tekel hakkı tanımıştır. Bu tekel hakkının pek çok istisnası mevcuttur. Kural olarak hukukçu sıfatıyla yetiştirilmiş, ruhsat sahibi avukatlar hukukî danışmanlığın kalitesini korumak için bu görevi ifa edebilir. Hukukî danışmanlık pazarı Almanya'da cezbedici bir pazar olarak görülmüştür. Hukukî danışmanlık faaliyetinde bulunmak isteyen malî danışmanlar, vergi danışmanları, hukukî koruma sigortası işleriyle uğraşanlar, hukukî danışmanlık içerikli yayımlar yapan medya bu Kanun'dan hoşlanmamaktadır³².

Avukatlık tekeli büyük özgürlük kısıtlamalarıyla bağlantı içindedir. Devlet tekelleştirilmiş alanlarda meslek icrasında potansiyel rakipleri yasaklamıştır. Ayrıca devlet tüketicinin hukuk hizmetini sunan kişileri seçme özgürlüğünün bir kısmını almıştır. Bu tür özgürlük kısıtlamaları sadece daha üstün kişilik varlığı haklarının korunması için gerekli olunan hallerde meşrulaştırılmıştır. Avukatlık tekeli bunun yerine çoğunlukla hak arayanları, hukukî ilişkileri ve hukuk düzenini niteliksiz hukuk hizmetlerinden korumayla gerekçelendirilir³³.

B. İsviçre'de Avukatlık Tekeli

Davanın yürütülmesinde yapılan yanlışlıkların yargılamanın sonraki aşamalarında düzeltilmesi zor olmaktadır. Bu gerekçelerle mahkemeler önünde tarafların profesyonelce temsilinin kabul edilebilir olduğunu İsviçre Usûl Kanunu'nun 68. maddesinin 2. fıkrası düzenlemiştir.

İsviçre Usûl Kanunu'nun 68. maddesinin 2. fıkrasının (a) bendine göre, bütün davalarda İsviçre mahkemeleri önünde tarafları profesyonel anlamda

³¹ Stephkohn, s. 2.

³² Becker-Eberhard, s. 17-18.

³³ Stephkohn, s. 2.

temsil etmeye 23 Haziran 2000 tarihli İsviçre Avukatlık Kanunu'na göre hak sahibi olan avukatlar yetkili kılınmıştır.

Kanun'un 68. maddesinin 2. fıkrasının (b) bendine göre, uzlaştırma makamları (Schlichtungsbehörde) önünde, basit yargılama usûlüne (vereinfachten Verfahren) tâbi malvarlığına ilişkin uyuşmazlıklarda ve kısa yargılama usûlüne (summarische Verfahren) tâbi davalarda Kanton hukukunun öngördüğü ölçüde patentli vekiller (patentierete Sachwalterinnen und Sachwalter) ve hukukî temsilciler (Rechtsagentinnen und Rechtsagenten) profesyonel anlamda temsil etmeye yetkilidir.

Kanun'un 68. maddesinin 2. fıkrasının (c) bendine göre, aynı Kanun'un 251. maddesine göre kısa yargılama usûlüne (summarische Verfahren) tâbi davalarda, İsviçre İcra ve İflâs Kanunu'nun 27. maddesine göre ticarî temsilciler (gewerbsmässige Vertreterinnen und Vertreter) profesyonel anlamda temsil etmeye yetkilidir.

Kanun'un 68. maddesinin 2. fıkrasının (d) bendine göre, kira hukuku ile ilgili uyuşmazlıklara bakan mahkemeler ve iş mahkemeleri önünde meslekî açıdan nitelikli vekiller (beruflichqualifizierte Vertreterinnen und Vertreter) Kanton hukukunun öngördüğü ölçüde profesyonel anlamda temsil etmeye yetkilidir.

İsviçre, mahkeme dışındaki hukukî danışmanlık işlerinde genel bir hukukî danışmanlık tekeli tanımamıştır. Münferit kantonlarda ticarî, daha doğru ifadeyle para karşılığında hukukî danışmanlık konusunda kısıtlamalar vardır. Mahkeme önünde temsil, avukatlara mahfuz kılınan belirli alanlarda kantonların hükümleriyle ve federal mahkemeler önünde temsil federal kanunlar ile desteklenmiştir. İsviçre'de şimdiye kadar mahkemeler önünde temsil zorunluluğu hâkim olmamıştır³⁴.

C. Avusturya'da Avukatlık Tekeli

Avusturya Avukatlık Kanunu³⁵'nin 8. maddesi 1. fıkrasına göre, bir avukatın temsil etme hakkı, Avusturya Cumhuriyeti'nin bütün mahkeme-

³⁴ Stephkohn, s. 3.

³⁵ Avusturya Avukatlık Kanunu için bkz. "ÖsterreichischeRechtsanwaltsordnung", [http://www.jusline.at/Rechtsanwaltsordnung_\(RAO\).html](http://www.jusline.at/Rechtsanwaltsordnung_(RAO).html), (10.9.2014).

lerine ve makamlarına uzanmakta ve tarafları bütün yargısal ve yargı dışı konularda bütün özel ve kamuya ait uyuşmazlıklarda profesyonel anlamda temsil etme hakkını kapsamaktadır.

Avusturya Avukatlık Kanunu'nun 8. maddesinin 2. fıkrasına göre, avukatların 1. fıkra anlamında kapsamlı bir şekilde tarafları profesyonel anlamda temsil etme yetkisi saklı bulunmakta olup, bunun istisnasını noterler, patent avukatları (Patentanwälte), yediemin, sivil teknikerler, işveren meslek örgütlerine Avusturya meslek kurallarıyla verilen mesleki yetkiler oluşturmaktadır.

Avusturya Avukatlık Kanunu'nun 8. maddesinin 3. fıkrasına göre, kişilere veya derneklere taraf temsilinde tanınan objektif sınırlandırılmış yetki, kanunî açıdan menfaat temsili ile işveren ve işçinin rızaya dayalı toplu sözleşme ehliyetinin etki alanı, kişiler veya meslek örgütleri aracılığıyla bilgi verilmesi veya desteklenmesi, kişilerin veya derneklerin ekonomik çıkarlarına doğrudan veya dolaylı hizmet ettiği ölçüde Avusturya hukukunun geri kalan kanuni rejimi içinde saklı tutulmuştur. Yönetmelikler ile düzenlemeye sokulan yetki alanının veya ayrıcalıklı alanların kapsamında olan, tanınmış yetki de Avusturya hukukunun geride kalan kanuni rejimi içinde saklı tutulmuştur.

V. AVUKATLIK TEKELİNE GETİRİLEN ELEŞTİRİLER

A. Avukatlık Tekelini Düzenleyen Hükme Getirilen Eleştiriler

Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde avukatlara tanınan geniş tekel hakkının düşünce özgürlüğü ile ne kadar bağdaştığı tartışmalıdır³⁶. Bu konuda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesindeki sınırlama Kanun'un yürürlüğe girdiği sırada yürürlükte olan 1961 Anayasası'nın temel hak ve özgürlüklerin özü ve sınırlanmasını düzenleyen 11. maddesindeki (1982 Anayasası m. 13) kamu düzeninin, kamu yararının korunması amacıyla ve Anayasa'nın özüne ve ruhuna uygun olarak ancak kanun ile sınırlanabileceğini öngören düzenlemenin bir yansımasıdır. Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde yer alan

³⁶ Memiş, s. 716-717.

kanun işlerinde ve hukukî meselelerde mütalaa verilmesinin yalnız avukatlık mesleği mensuplarına bırakılması Anayasa'nın öngördüğü ölçüde bir sınırlamadır. 1961 Anayasası'nın 20. maddesi uyarınca düşünce ve kanaat bildirme özgürlüğü (1982 Anayasası m. 26) daraltılmıştır. Bu daraltma belli bir alanda ve belli bir biçimde düşünce bildirme özgürlüğüne izin vermektedir³⁷.

Avukatlık tekeline düzenleyen Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin Anayasa'ya aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne başvurulmuştur. Başvuruda aynı zamanda avukatlık tekeline aykırılığı yaptırıma bağlayan Avukatlık Kanunu'nun 63. maddesinin de Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüştür. İptal başvurusunda ileri sürülen gerekçeler şunlardır:

³⁷ Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde öngörülen sınırlandırma, meslekî çalışma ile ilgilidir. Kamuoyunu ilgilendiren bir hukukî konu hakkında kişisel düşüncelerin bildirilmesi, açıklanması sınırlandırılmış değildir. Belli yarar karşılığında, bir hukukî konu hakkında düşünce bildirilmesi sınırlandırılmıştır. Sınırlamanın kapsamına bir konunun objektif bir biçimde ve hukuk bilimi açısından aydınlatılması veya hukukî sorunlarda düşünce bildirme girmemektedir. Hukukî sorunda veya kanun işlerinde müvekkilin talebi üzerine, kural olarak ücret karşılığında, istisnaen de ücretsiz düşünce bildirme hakkının, meslek mensuplarına, baro levhasında ismi yazılı kişilere tanınması mesleğin korunması için gereklidir. Yapılan sınırlamada 1961 Anayasası'nın 11. maddesinde temel hakları sınırlama nedeni olarak öngörülen kamu düzeni kendini açık bir biçimde göstermektedir. Avukat, mesleğini icra ederken ağır bir borç ve sorumluluk altına girmekte, yaptırımlara tâbi tutulmaktadır. Böyle bir bağımlılık altına girmeyen sorumsuz kişilere tekel yetkisi tanınmaz. Bu kişiler ahlâki yönden kendilerini manen sorumluluk altında hissedebilirler. Ancak kanunlar toplum için ve herkese eşit biçimde uygulanmak üzere yürürlüğe konulmaktadır. Baro levhasına yazılamayan bir hâkimin, mesleği icra etmeyi bırakmış, meslek icrasından yasaklanmış, meslekten çıkartılmış bir avukatın hatta bir üniversite profesörünün düşünce özgürlüğü ilkesine sığınarak somut bir hukukî soruna dair ücretli-ücretsiz düşünce bildirmesi görüşü benimsenemez. Bu kişiler, objektif biçimde ve hukuk bilimi açısından aydınlığa kavuşturulması gereken hukukî sorunlarda ve kanunla ilgili sorunlarda düşünce bildirebilirler. Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi ve buna aykırı davranışları yaptırıma tâbi tutan Kanun'un 63. maddesinin katı biçimde uygulanması avukatlık mesleği kadar kişilerin hak ve menfaatlerinin korunması bakımından da gereklidir. Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde düzenlenen alanda çalışmak isteyenler, Avukatlık Kanunu'nun öngördüğü kurallara uyarak bu alanda çalışabilirler. Bu koşullara uyulmasına rağmen bu alanda çalışmanın önlenilmesi durumunda bir hakkın özüne dokunulmuş olur. **Müderrişoğlu**, s. 25-26; **Aday**, s. 49-50; **Narbay/Özbay**, s. 134.

1. Kanun'un 35. maddesinin adli işlemler dışında resmî dairelerdeki bütün çekişmeli ve çekişmesiz işleri takip etme yetkisini baroda kayıtlı avukatlara özgüleyip bu işleri bir tekel konusu yaptığı ve avukatlara bir zümre imtiyazı tanıdığı iddia edilmiştir. Hükmün Anayasa'nın 12. maddesine (1982 Anayasası m. 10) aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

2. Hükmün hak arama hürriyetini düzenleyen o dönemde yürürlükte olan 1961 Anayasası'nın 31. maddesine (1982 Anayasası m. 36) aykırı olduğu iddia edilmiştir.

3. Hükmün arzuhalcilik ve muakkip³⁸lik yapmayı meslek edinenlerin çalışma hürriyetlerini ortadan kaldırdığı için herkesin çalışma ve dilediği alanda çalışma hürriyetine sahip olduğunu düzenleyen 1961 Anayasası'nın 40. maddesine (1982 Anayasası m. 48) ve çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğunu düzenleyen 1961 Anayasası'nın 42. maddesine (1982 Anayasası m. 49) aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

4. Arzuhalci ve muakkiplerin yoksul kişiler olduğu, ekmek kapılarının kapanmasının 1961 Anayasası'nın 2. maddesinde (1982 Anayasası m. 2) düzenlenen sosyal devlet ilkesine aykırı düşeceği belirtilmiştir.

5. Kanun'un 35. maddesinin vatandaşın dilekçe hakkını zedelediği için 1961 Anayasası'nın 62. maddesine (1982 Anayasası m. 74) aykırı olduğu ileri sürülmüştür.

6. Avukatlık Kanunu'nun 63. maddesi, yoksul halkı en basit işler için avukat arayıp bulma ve halkı Avukatlık Asgari Ücret Tarife'si gereğince ücret ödemeye mecbur ettiği için bu hükmün de 1961 Anayasası'nın yukarıda belirtilen maddelerine aykırı olduğu iddia edilmiştir.

İptal davası açıldıktan sonra Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesini değiştiren 26 Şubat tarihli, 1238 sayılı Kanun kabul edildiği ve 7 Mart 1970 tarihinde yürürlüğe girdiği için dava konusu olmaktan çıkması nedeniyle Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi hakkında karar verilmesine yer olmadığına Anayasa Mahkemesi tarafından karar verilmiştir. Ancak Anayasa Mahkemesi, avukatlık tekeline aykırılığın yaptırımını düzenleyen ve

³⁸ “İzleyen, arkasından koşan, takip eden”, Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük, http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5435973c364084.88485854, (10.9.2014).

Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin ilk halinin Anayasa'ya aykırılığı konusunda aynı gerekçelerle Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülen Avukatlık Kanunu'nun 63. maddesinin 1961 Anayasası'na aykırılığını değerlendirmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin çalışma hürriyetini kamu yararı amacıyla sınırladığını belirtmiştir. Bu nedenle Mahkeme'ye göre, avukatlık yetkilerinin başkalarınca kullanılmasını yasaklayan ve yaptırma tâbi tutan bir maddeye ihtiyaç vardır. Avukatlık görevi bir kamu hizmeti niteliğinde sayılmaktadır. Kanun koyucunun gerekli gördüğü niteliklerden yoksun olan veya bu nitelikleri kaybeden kimselerin o kamu hizmetinde çalışabilmeleri düşünülemez. Buna aykırı hareketin yaptırma bağlanması son derece doğaldır. Bu nedenle Avukatlık Kanunu'nun 63. maddesi Anayasa'ya aykırı bulunmamıştır³⁹.

Avukatlık tekeli, aşağıda⁴⁰ daha ayrıntılı bir şekilde belirteceğimiz gerekçelerle hukuk düzeninde olması gereken bir kurumdur. Bu çerçevede Anayasa Mahkemesi kararının isabetli olduğunu belirtmek isteriz. Avukatlık tekeli kurumu, bireyin meşru vasıta ve yollardan faydalanarak yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma hakkını ve adil yargılanma hakkını engellemektedir. Kişinin bizzat hak arama hürriyetini kullanması mümkün olduğu gibi, kişinin avukat sıfatına sahip olan bir vekil aracılığıyla bu hürriyetini kullanması da mümkündür.

Avukatlık tekeli, bireyin bizzat kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkını engellemediği için dilekçe hakkını düzenleyen Anayasa hükmünü ihlâl etmemektedir (1961 Anayasası m. 62; 1982 Anayasası m. 74).

Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi, arzuhalcilerin ve muakkiplerin (takipçi) faaliyetini engellemektedir. Hukukî yardıma ihtiyaç duyan kişilere sadece meslekî sorumluluğa sahip, denetime tâbi, bu işin eğitimini alan ve meslek icrası konusunda kendisine ruhsat verilen kişilerin yardım edebil-

³⁹ AYM, 21.1.1971, E. 1969/37, K. 1971/8, (<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/51b6134b-8fde-472f-b04c-fb6bb37e7df0?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>), (10.9.2014).

⁴⁰ Bkz. Aşa. VI. Avukatlık Tekelinin Zorunlu Olmasının Nedenleri.

mesini öngören düzenleme, kamu yararını amaçlamaktadır. Bu nedenle Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin iptali için Anayasa Mahkemesi'ne başvuranların ileri sürdükleri Kanun'un 35. maddesinin ayrıcalıklı bir zümre oluşturduğu iddiası kabul edilemez. Sosyal devlet ilkesine uymak maskadıyla hukukî yardıma ihtiyaç duyan kişileri, meslekî sorumluluğu olmayan, denetlenmeyen, akademik anlamda öğrenim görmemiş kişilerin eline bırakmak kabul edilemez.

Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi, iptal isteminde bulunulan tarihte yürürlükte olan 1961 Anayasası'nın herkesin çalışma ve dilediği alanda çalışma hürriyetine sahip olduğunu düzenleyen 40. maddesine ve çalışmanın herkesin hakkı ve ödevi olduğunu düzenleyen 42. maddesine de aykırı değildir. Zira 1961 Anayasası'nın 11. maddesine göre temel hak ve hürriyetler, kamu düzeninin, kamu yararının korunması amacı ile Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olarak, ancak kanunla sınırlanabilir. 1961 Anayasası'nın 40. maddesinin 2. fıkrasında Kanun'un çalışma hürriyetini kamu yararı amacıyla sınırlandırabileceği belirtilmiştir. Kanun koyucu, öğrenim görmüş, etik anlayışa sahip ve denetime tâbi avukatların, bu hukukî yardımı en iyi şekilde yapabileceklerine inanmıştır. Bu sebeple de Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesindeki iş ve işlemlerin avukatlık tekeli kapsamında olmasında kamu yararı görmüştür.

Anayasa Mahkemesi'nin kararından sonra da avukatlık tekelinin bazı unsurlarının Anayasa'ya aykırı olduğu ileri sürülmüştür. O dönem yürürlükte olan 1961 Anayasası'nın özgürlükçü yapısı ve temel ilkelerini zedelememek için Avukatlık Kanunu'nun sözü edilen hükümlerinin katı bir şekilde değil de amaca uygun yorumlanması gerektiği savunulmuştur⁴¹. Hükmü katı bir şekilde yorumlamak düşünce ve ifade özgürlüğüyle bağdaşmayacaktır. Hukuk eğitimi veren ancak avukat olmayan/olamayan bilim insanlarının ve hâkimlerin, savcılarının, noterlerin hatta hukuk bilimiyle ilgilenen başkalarının hukukî sorunlarda görüş bildirmelerine yasak koyan bir düzenleme kabul edilemez⁴². Hükmü sadece lafzıyla yorumlamak, hukukun gelişimini, farklı düşünce ve görüşlerin bir araya gelerek daha doğru ve adil bir kararın oluş-

⁴¹ Belgesay, s. 25; Berkin, s. 358.

⁴² Belgesay, s. 25; Berkin, s. 358; Aday, s. 49; İyimaya, s. 161; Narbay/Özbay, s. 134, 136; Elveriş, s. 185; Selçuk, s. 44-45.

masını engelleyecektir. Düzenlemenin yorumu, yıllarca süren bilimsel çalışmalar sonucunda uzmanlık alanları edinmiş ve hukukî bir uyumsuzluğu teoriyi ve uygulamayı da dikkate alarak kapsamlı bir şekilde irdeleyip uyumsuzluk hakkında gerekçeleri ile çözüm önerileri sunabilecek öğretim üyesinin hukukî mütalâa vermesini engelleyici tarzda olamaz⁴³.

Kanımızca hukukî konularda, tarafların birinin ya da vekilinin o konunun uzmanı bir hukukçudan almış olduğu mütalâanın avukatlık tekeli kapsamında sayılması, usûl hukukundaki uzman görüşü⁴⁴ (HMK m. 293) kurumunun anlaşılmasını da zorlaştırır. Hukukçu akademisyen tarafından hazırlanmış ve talep eden tarafından dosyaya konulmak amacıyla mahkemeye sunulan mütalâa veya görüşler, Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi 3. fıkrası anlamında bilimsel görüş niteliğini taşımaktadır. Bu nedenle bir öğretim üyesinin hukukî mütalâa vermesi avukatlık tekeli kapsamında değerlendirilmemelidir. Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesi ile çelişmemektedir.

Türk hukukunda avukatlık tekeli geniş kapsamlı olarak düzenlenmiştir. "Kanun işlerinde ve hukukî meselelerde mütalâa verme"nin kapsamını belirlemek kolay görünmemektedir⁴⁵. Maddenin söze dayalı yorumu yapıldığında çok geniş bir alanın avukatların tekeline bırakıldığı görülür. İktisat fakültesi mezununun bir şirkette vergi hukuku danışmanı olarak çalışmasını Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin lafzı engellemektedir. Ancak böyle bir yorumun ülke gerçeklerine uymadığı, hükmün amacını aştığı da savunulabilecektir⁴⁶. Bir görüş ise bizatihi Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi hükmünün kendisinin tekelin yöneldiği amacı aştığını ve tekelin kapsadığı alana sığdırılmayacak geniş bir alanı kapsadığını savunmaktadır. Bu görüş kurala aykırılığın Avukatlık Kanunu'nun 63. maddesinde cezai yaptırıma tâbi tutulduğunu vurgulamaktadır⁴⁷.

⁴³ Narbay/Özbay, s. 134, 135, 136-137.

⁴⁴ Uzman görüşü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Öztekin, s. 179-189; Pekcanitez, s. 397-418; Tıktık Yazıcı, s. 79-101; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 797-801.

⁴⁵ Berkin, s. 358; Narbay/Özbay, s. 133; Aday, s. 49.

⁴⁶ Aday, s. 49.

⁴⁷ İyimaya, s. 161.

Doktrinde hukukî meselenin çekişmeli-çekişmesiz olup olmadığı ayrımını yapan bir görüşe göre, dava konusu olmayan hakkın korunması ve elde edilmesi için hak sahibinin nasıl hareket etmesi gerektiği, hangi yollara başvurabileceği, ne gibi tedbirler alabileceği ve bu hususlara ilişkin kanun hükümlerinin nelerden ibaret olduğuna ilişkin herkes fikrini söyleyebilmeli ve mütalâasını açıklayabilmelidir. Her hukukî mesele nizalı bir mesele değildir. Bir hakkın korunması hukukî mesele halini aldığında bu durum mahkemeye intikal etmediği sürece nizalı bir mesele sayılmamalı ve avukatların tekeline girmemelidir. Bu halde avukat olmayanların hukukî meselelerde ve kanun işlerinde mütalâada bulunmaları suç teşkil etmemeli ve Avukatlık Kanunu'nun 63. maddesi uygulanmamalıdır⁴⁸.

Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi ile ilgili mevcut tereddütlerin giderilmesi için düzenlemede yer alan "hukukî mütalâa" konusunun, avukatlık tekelinin kapsamı dışında bırakılması gerektiği önerilmiştir. Hükümde yanlış anlaşılmaya müsait olan "mütalâa" kavramının yerine "hukukî görüş bildirme" kavramının kullanılması tavsiyesinde bulunulmuştur⁴⁹.

Hükümde yer alan "kanun işleri" ibaresi muğlaktır. Öte yandan Danıştay gibi kanun işlerinde görüş bildiren Anayasal kurumların varlığı da göz önünde bulundurulmalıdır (AY m. 155). Bu nedenle hükmün sınırlarının belli edilmesi ve keyfilik barındırmaması gerekir. Avukatlık tekeli düzenlemesinin "hukuk danışmanlığı" düzlemine indirilmesi gerektiği savunulmuştur⁵⁰.

Kanımızca Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin salt lafzî yorumlanması ihtimalini engellemek için "Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalâa vermek" ibaresi avukatlık tekelinin kapsamından çıkarılmalıdır. Böylece mütalâa vermek için hukukî meselenin çekişmeli olup olmadığı ayrımı anlamını yitirecektir. Ayrıca, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesi ile Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin birbiriyle çeliştiği yönünde oluşabilecek tartışmalar da önlenmiş olacaktır.

⁴⁸ **Berkin**, s. 358-359; **Selçuk**, s. 45. *Narbay/Özbay* ise mahkemeye intikal etmeyen hukukî meseleler yanında somut bir uyuşmazlığa, dava konusuna ilişkin olarak da üniversitede görev yapan hukukçu bir öğretim üyesinin istem üzerine hukukî mütalâa verebileceğini savunmaktadır. *Narbay/Özbay*, s. 134.

⁴⁹ *Narbay/Özbay*, s. 137, 145.

⁵⁰ **İyimaya**, s. 162.

Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde yer alan "adli işlemleri takip etmek" ibaresinin geniş yorumlanması halinde, iş sahipleri en basit adli işlerinde avukata temsil yetkisi vermek zorunda kalacaktır. Bu durumda bireyler uzmanlık gerektirmeyen son derece basit bir adli işlem için avukata ücret ödemek zorunda kalacaktır⁵¹.

Vatandaşların basit hukukî bilgi verecek kadar eğitim almış kişilerden hukukî danışmanlık alması, onların ileride çok daha masraflı olan hukukî yollara başvurmasını engelleyecektir. Hukukî işlere ait basit bir evrakı düzenlemek, bir idarî makama dilekçe yazmak, bir avukata gitmeye gerek olmadan, temel bir eğitim olarak yapılabilecek basit işlerdendir. Hukukçu olmayanların verdiği bu tür hizmetlerin kalitesinin avukatların verdiği hizmetlerin kalitesinden daha düşük olduğunu gösteren ortada bir delil yoktur. Avukatlar vermiş olduğu hatalı hizmetler sonucunda hak kayıplarına neden olabilmektedir. Bu gerekçelerle avukatlık tekeli eleştirilmektedir⁵². Ancak avukatların sunmuş olduğu hizmetlerden dolayı hukukî, disiplin ve cezaî sorumluluğunun olduğu unutulmamalıdır. Bu gerekçeler avukatlık tekelinin ortadan kaldırılmasına yol açmamalıdır.

Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde avukatlık tekelinin kapsamında yer alan "mahkeme, hakem veya yargı yetkisini haiz bulunan diğer organlar huzurunda gerçek ve tüzel kişilere ait hakları dava etmek ve savunmak, adli işlemleri takip etmek, bu işlere ait bütün evrakı düzenlemek" faaliyetleri tekel alanının kapsamında olan tipik faaliyetlerdir. Hüküm bu açıdan ölçülü bir düzenlemedir. Ancak Avukatlık Kanunu'nun 63. maddesinde baro levhasında yazılı bulunmayanların ve işten yasaklanmış olanların icra işlemlerini takip edemeyecekleri açıkça belirtilmesine rağmen Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde "icra işlemleri" tekel kapsamında yer almamıştır. Bu durum, Kanun'un 35. maddesindeki avukatlık tekelinin kapsamında yer almayan ve baroya kayıtlı olan avukatların dışındaki kişiler tarafından da yapılması mümkün olabilen icra işlemlerini takip etme faaliyetinin Kanun'un 63. maddesiyle yasaklanması şeklinde ilginç bir sonuç doğurmuştur. Avukatlık Kanunu'nun 63. maddesiyle paralellik sağlamak için Kanun'un 35. maddesinin de kapsamına "icra işlemleri"nin alınması yerinde olurdu. Bunun

⁵¹ **Aday**, s. 50.

⁵² **Elveriş**, s. 185.

yanında hükümde yer alan “huzurunda” ibaresi avukatı yargılama makamının altında sayan bir anlayışın yansıması olarak görülmüş ve çıkarılması önerilmiştir. Zira Avukatlık Kanunu’nun 1. maddesi 2. fıkrası uyarınca avukat yargının eşit ve kurucu unsurudur⁵³.

Uygulamada icra işlemleri hukukçu olmayan takipçiler aracılığıyla yürütülmektedir. Avukatlık Kanunu’nun 63. maddesi hükmünün uygulanabilirliği sağlanmalıdır. Avukatlık Kanunu’nun 35. maddesinin kapsamına “icra işlemlerini takip etme” dahil edilmelidir. Avukatları rencide edebilecek ve Kanun’un 1. maddesi 2. fıkrası hükmünün ruhuyla bağdaşmayabilecek Avukatlık Kanunu’nun 35. maddesinde yer alan “huzurunda” ibaresi yerine “önünde” ibaresi kullanılmalıdır.

1238 sayılı Kanun ile 1136 sayılı Avukatlık Kanunu’nun 35. maddesinin düzenlediği avukatlık tekelinin kapsamından, Kanun’un 35. maddesinin 1. fıkrasının kapsamı dışında kalan resmi dairelerdeki bütün işleri takip edebilmek çıkarılmıştır. Halbuki bireyle devlet arasındaki uyumsuzluklara hukukun doğru uygulanması halinde çekişmenin davaya dönüşmesi önlenilebilecektir. Bu nedenle ilgiliyi temsil yetkisi, tekel olarak avukatlara verilmelidir⁵⁴. Kanımızca uygulamada pek çok şikayete neden olan resmi dairelerdeki bütün işleri takip etmek konusundaki avukatlık tekelinin kaldırılması isabetli olmuştur.

B. Avukatlık Tekeli Kavramına Getirilen Eleştiriler

Avukatlık tekeli, baronun devlete kaliteyi garanti etmesi üzerine devletten elde ettiği imtiyazdır. Kaliteli avukatlık hizmetlerinin sunulması konusunda garanti veren devlettir. Hukuk devleti barolar eliyle bu garantiyi vatandaşa sunar. Baro, topluma hukukî yardımda bulunma konusunda kaliteyi sağlayarak toplumu korurken bir yandan da avukatları koruyacaktır. Baro tekel eliyle, başkalarının daha düşük bedel karşılığında iş yapmasını engelleyerek bu korumayı gerçekleştirecektir. Baro, bu korumayı gerçekleştirirken üyelerinin hizmetleri için belirlediği yüksek fiyatlarla topluma zarar verebilir. Bu nedenle avukatlık tekeli avukatları korumak için getiril-

⁵³ İyimaya, s. 162.

⁵⁴ İyimaya, s. 162.

diğinden eleştirilmektedir. Avukatlık mesleği ve mesleğin sahip olduğu tekel öyle sert eleştirilmiştir ki meslek “adaleti en yüksek bedeli verene satan açgözlü kartel” olarak tanımlanmıştır⁵⁵.

Türkiye’de son yıllarda avukat sayısı artmasına rağmen, kişi başına düşen avukat sayısının hâlâ düşük olduğu, ülkemizde Avukatlık Kanunu’nun 35. maddesinde öngörülen hizmetlerin hepsini yapacak kadar avukatın dahi olmadığı ileri sürülmüştür. Bu nedenle hukukî hizmet piyasasında arz yeterli değildir. Hizmet arzının az olması serbest piyasa koşullarında bu hizmet için ödenecek ücretin yüksek olmasına neden olacaktır. Avukat sayısının artması, sadece avukatlara ait olduğu kabul edilen bazı işler onların tekelden çıkarılmadığı sürece iş sahiplerine fayda sağlamayacaktır⁵⁶.

Avukatlık tekeline karşı olan bir görüşe göre, herkesin hukukî hizmet sunmasına imkan verilmeli ancak sadece avukatlık ruhsatı sahibi olanlar “avukat” sıfatını kullanabilmelidir⁵⁷. Bu görüşe göre, hukukî yardıma muhtaç olan kişiler, avukat olmayan birinden hukukî bilgi edinmenin riskini kendi üstlerine alarak ihtiyaç duydukları hukukî bilgiye ulaşacaklardır. Dar gelirli kesim için bilgiye ulaşmamak yerine en azından bu şekilde hukukî bilgiye ulaşmak daha iyidir. Dar gelirli kesim için çok kaliteli ancak pahalı hukukî hizmet bir anlam ifade etmemektedir⁵⁸.

Avukatlık tekeli artık yumuşamaya başlamıştır. Bunun sebeplerinin başında, hukuk devletinde hukukî bilginin öneminin anlaşılması, hukukî bilginin elit bir kitlenin kazanımı olamayacağı kabul edilmiş olması gösterilebilir. Hukukî bilginin sağlanması için çeşitli hukukî bilgi verme yolları ortaya çıkmıştır. Sivil girişimler, mahkemede temsilin yanında mahkeme öncesi danışmanlık veya hukukî bilgi vermek yahut idarî prosedürlerde yardım şeklinde hukukî hizmetler vermektedir⁵⁹.

Hukuk biliminin ve yargılama usûllerinin giderek karmaşıklaştığı bir dönemde, her bireyin nitelikli bir avukatın vermiş olduğu hizmetten yarar-

⁵⁵ Elveriş, s. 184-185.

⁵⁶ Elveriş, s. 185-186.

⁵⁷ Elveriş, s. 186.

⁵⁸ Elveriş, s. 186.

⁵⁹ Elveriş, s. 186-187.

lanması, hukuk devletinin gerçekleşmesinde ve etkin, adil bir sonuca ulaşmada önemlidir. Ancak dar gelirli kişilerin bu sistemin dışında kalması, adalet düşüncesi ve sosyal sorumluluk anlayışıyla bağdaşmamaktadır. Dar gelirli kesime hukukî hizmet verilmedikçe talep de yaratılmaz. Talebin karşılanması nasıl bir hizmet verilmesi gerektiğinin de daha iyi anlaşılmasını ve yeni hizmet sunum modellerinin de doğmasını sağlar. Verilen hukukî hizmetler arttıkça, hukukî hizmet alan kitlenin hukukî yardıma duyduğu ihtiyaç daha da artar⁶⁰.

Dar gelirli kesimi hukukî hizmetlerden mahrum bırakmamak için adli yardım kapsamlı ve etkin bir şekilde işletilmelidir. Ülkemizde de “pro bono⁶¹” hukuk hizmetlerinin verilmesinin önü yapılacak hukukî düzenlemelerle açılmalıdır. Güney Amerika’da kurulan “adalet merkezleri” veya “toplumsal hukukî hizmet evleri⁶²” adı verilen, içinde avukat da barındıran birimlerin Türkiye’de de kurulması sağlanarak dar gelirli kesimlerin hukukî hizmetlerden yararlanması sağlanabilir. Bu uygulama merkezlerde baroya kayıtlı avukatlar görev alacağı için avukatlık tekelinin de bünyesine zarar vermeyecektir. Vatandaşların da hukukî himaye sigortasından yararlanmaları sağlanabilir. Vatandaşlar sağlık ve emeklilik primleri yanında cüz’i miktarda bir prim yatırarak mahkemede temsil veya hukukî danışma hizmetinden yararlanabilir⁶³. Bu hizmetleri veren kişiler de baroya kayıtlı avukatlar olacağı için avukatlık tekelinin bünyesi zarar görmeyecektir.

Günümüzde devlet kurumlarının, dernekler gibi özel hukuk tüzelkişilerinin internet aracılığıyla sanal ortamda yol haritası gibi görsel yardım mekanizmaları yardımıyla ücretsiz hukukî bilgiler vermesi, bu kamu ve özel hukuk tüzel kişilerinin avukatlık tekelinin ihlâl ettiği şeklinde yorumlan-

⁶⁰ Elveriş, s. 193-194.

⁶¹ “Pro Bono” hukuk hizmeti maddî imkanları az olan kişilere veya kamu yararına çalışan kuruluşlara, cüz’i ücret karşılığında veya ücret alınmadan verilen hukukî hizmettir. Bu hizmet, avukatlık tekelinin de kamu yararına kullanılmasına örnek oluşturmaktadır. “Pro Bono” hukuk hizmetleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Elveriş, s. 198-199.

⁶² “Adalet Merkezleri” veya “Toplumsal Hukukî Hizmet Evleri” adı verilen birimler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Elveriş, s. 200-201.

⁶³ “Hukukî Masraflara Karşı Sigorta Kuvertürü” hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Elveriş, s. 201.

maktadır⁶⁴. Halbuki bu kişiler üzerlerine düştüğü ölçüde bilgilendirme yükümlülüğünü yerine getirmektedir. Bilgilendirme avukatlık tekelinin ihlali olarak yorumlanmamalıdır.

Amerika Birleşik Devletleri'nde hukukçular için ayrıcalıklı bir alanın oluşturulmasının, hakları ve yükümlülükleri hakkında uzman olmayan kişileri yetersiz bilgiyle bırakmaya yönelttiği yönünde görüş oluşmuştur⁶⁵. Bu bilgisizlik vatandaşı hukukî korumadan ve onun temsil ettiği normlardan mahrum bırakmaktadır. Hukuka aykırı fiilleri işleyenlerin bu fiilleri işlemini hukuk düzeni engelleyememektedir. Zira bu fiillere maruz kalanlar sahip olduğu hakların farkında olmadığı için bu hakları ileri süremezler. Hükümet de toplumun, farkında olunmayan sorunlara değinilmesi konusunda teşvik edici olmasını sınırlandırmıştır. Ayrıca hukukun nasıl işlediği ve hukukçuların ne yaptığı hakkında bilgi eksikliğinin olması, o konuda uzman olmayan kişilerin hukukun ne olduğunu ve nasıl geliştirilebileceğini öğrenmek hususundaki cesaretini kırmaktadır. Yargı sistemine uyulması gereği ve hukukçuların sağladığı hizmetlere erişimin pekiştirilmesi, özellikle uzman olmayan kişileri hukukçulara bağımlı kılmaktadır⁶⁶. Kanımızca, günümüz toplumlarında hukukî hizmetlerden faydalanmak isteyenlerin hukukçuların yardımına ihtiyaç duymasından daha doğal bir durum olamaz.

VI. AVUKATLIK TEKELİNİN ZORUNLU OLMASININ NEDENLERİ

Borçlar hukuku alanında, vekil olabilmek için fiil ehliyetini haiz olmak yeterlidir. Ancak dava takibi bakımından “vekil” sıfatını taşıyabilmek için baroya kayıtlı avukat olmak gerekir. Adalet dağıtımı gibi kamu hizmeti olduğu şüphesiz olan bir faaliyete katılan ve Anayasa'nın 36. maddesi uyarınca temel hak niteliğinde olan savunma hakkını kullanan avukat son derece önemli bir görev üstlenmektedir. Bu nedenle sadece belirli niteliklere sahip olan kişilerin davaya vekâlet ehliyetine sahip olması olağan bir durumdur. Baroda yazılı avukat olmayan kişiler kural olarak vekil sıfatıyla mahkemeye kabul olunmaz. Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi, adlî

⁶⁴ Elveriş, s. 194.

⁶⁵ Dunlap, s. 2841-2842.

⁶⁶ Dunlap, s. 2841-2842.

işlemleri vekil sıfatıyla yapma hakkını kural olarak sadece baroda kayıtlı avukatlara tanımıştır⁶⁷.

Devletin bazı görevleri kamu düzenine ilişkindir. Bu görevlerin kimler tarafından nasıl yapılacağına dair birtakım kayıtlar ve şartlar konulması gereklidir. Hâkimlik ve avukatlık bu görevlerin başında gelir. Bir devletin geleceği adalete bağlı olduğu için adaletin dağıtımında rolü olanları sıkı bir ahlâk ve bilgi denetiminden geçirmek gerekir. Bireyin haklarının savunması herhangi bir kişiye bırakılamaz. Adaletin dağıtılmasına yardımcı olmak amacıyla öğrenim görmemiş, etik anlayışı özümsememiş, sözleri ve eylemleri denetim altına alınmamış, bir organizasyon çatısı altında birleşmemiş kişilere adaletin dağıtılmasına yardımcı olma görevi verilemez. Devlet, avukata bu hakkı verirken üniversitede eğitim görmeyi ve kural olarak staj yapmayı şart koymuştur. Avukatın elinde adaletin dağıtılma işine yardımcı olma konusunda ehil olduğunu gösteren lisans mezuniyet belgesi ve avukatlık ruhsatı vardır. Devlet, topluma bu belgelere sahip kişilere başvurmasını tavsiye etmekte ve emretmektedir⁶⁸.

Avukatlık kanunlarının her ülkede hedeflediği amaç, vatandaşın haklarını diplomaya, ruhsatnameye sahip olan, iyi ahlâka sahip olduğu inceleme ve araştırmalar sonucu sabit olan ve hukuka aykırı hareketlerinin ağır cezai yaptırıma tâbi tutulacağını bilen dürüst hukukçulara savundurmaktır. Hak arayanlar, ancak böyle güvenilir kişilerde ihtiyaç duydukları hukukî yardımı bulabilirler⁶⁹.

Bireyin devletten en çok beklediği hususlardan biri başta temel hak ve özgürlükler olmak üzere, hukuk düzeninin bireye sağladığı ve koruma altına aldığı hakların bir hukukî uyumsuzlukta tam ve eksiksiz, adil, süratle ve eşit bir şekilde uygulanmasıdır. Bireyin bu beklentisi ise ancak belli düzeyde hukuk bilgisi olan ve yargılama kurallarını bilen kişilerce gerçekleştirilebilir. Bu kişilerin üniversite düzeyinde hukuk eğitimi alması ve belli bir deneyim kazanması gerekmektedir. Bu nedenle bireyin haklarının korunmasında en büyük güvenceyi sağlayan hukukun üstünlüğü ilkesini kendisine ilke edinmiş, kurumsallaşmış ve bağlı olduğu meslek örgütünün denetimi altında

⁶⁷ **Sungurtekin Özkan**, Hak ve Yükümlülükler, s. 54.

⁶⁸ **Özkent**, Avukatın Kitabı, s. 423-424.

⁶⁹ **Özkent**, Avukatın Kitabı, s. 425.

hukuk bilgisi ile donatılmış, yargının kurucu ögesi olarak görev yapan avukatların, kendilerine tekel hakkı sağlanan bir ortamda görev yapmaları gerekmektedir⁷⁰.

Ahlâk ve bilgi avukatlık mesleğinde en çok gerçekleşmesi beklenen şartlardır. Bilgi şartının gerçekleşmesi için uzun ve zorlu bir öğrenim görmek ve staj yapmak aranır. Ahlâk şartının gerçekleşmesini ise devlet ve baroların denetimi sağlar. Avukat, bilgisi ve ahlâkı ile hakları savunur, adalet için gereklidir. Bu gereklilik avukata birçok görev ve fedakârlık yüklemesi yanında ona savunma yapma hakkını da verir. Avukatlık tekeli avukatların menfaati için değil, adaletin menfaati için avukatlara verilmiştir. Savunma kuralları, toplum menfaati için konulmuş, barolar bu amaçla kurulmuştur⁷¹.

Avukat, görülmekte olan davada hukuku bilen kişi olarak, önceden belirlediği yargılama taktiği ile yargılamada müvekkilini temsil eder. Müvekkil, ancak avukatının yardımıyla yargılamayı iyi bir şekilde yürütebilir. Avukatın dilekçe verme ve müvekkili adına açıklama yapma görevi, ilk planda müvekkilinin menfaatlerini en iyi şekilde korumayı amaçlar⁷².

Hukukî yardıma ihtiyaç duyan bir bireyin mümkün oldukça işin uzmanına danışması ve onun tarafından menfaatlerinin korunması onun menfaatinidir. Zira avukatlar, uyuşmazlığın çözümüyle ilgili olarak bilgilerini uyuşmazlığı çözecek mercilere sunmakta ve bundan dolayı da sorumlu olmaktadır. Sadece bu tekele sahip olan avukatların yargılama faaliyetinde bulunması aynı zamanda kamunun da menfaatine olacaktır. Avukatlık mesleğini meslek olarak edinmiş bulunanlar dışındaki bir meslek mensubuna temsil yetkisi verilmemesi, kamu düzenindedir⁷³. Yargılamaya katılan

⁷⁰ **Güner**, Avukatlık Hukuku, s. 139; **İyimaya**, s. 157; **Güner**, Hukuk Yargılaması, s. 55.

⁷¹ **Özkent**, Avukatın Kitabı, s. 424. *Narbay/Özbay*'a göre, Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi "baroya kayıtlı avukat" sıfatını taşımayan emekli zabıt kâtiplerinin, önceden mahkeme kalemlerinde çalışmış kişilerin ya da herhangi bir şekilde hukukla ilgilenmiş kişilerin hukukî konularda avukat gibi para karşılığı mütalâa vermesini engellemeye çalışmıştır. Böylece, avukatların haksız bir rekabetle karşı karşıya kalması ve bunun sonucu olarak zarar görmesi engellenmiş olmaktadır. **Narbay/Özbay**, s. 135.

⁷² **Becker-Eberhard**, s. 4.

⁷³ **Sungurtekin Özkan**, Hak ve Yükümlülükler, s. 60; **Yılmaz**, Rekabet Kurulu, s. 959; **Sungurtekin Özkan**, Sulh Müessesesi, s. 149; **Selçuk**, s. 46.

avukat dışındaki sujelerin bile hukuku uygulamada hataya düşme ihtimalinin olduğu süreçte, hukuku bilen avukatların süreç içinde yer alması hak arama özgürlüğünün güvencesini oluşturur. Bu nedenle avukatlık tekeli bir ihtiyaçtır hatta zorunluluktur⁷⁴.

Toplum yaşamı ve ilişkilerin değişip gelişmesi bireyin kendini savunurken yetersiz kaldığını göstermiştir. Bireyin kendi hukukî güvenliğini sağlarken başka kişilerden yardım almaya başlaması kaçınılmaz olmuştur⁷⁵. Yargıda hak aramak her geçen gün zorlaşmakta ve kanunî düzenlemeler her geçen gün karmaşık bir hâl almaktadır. Bu durum hak arayan kişilerin önünde bir engel oluşturmakta ve adil yargılanma hakkını ihlâl etmektedir. Hukuk eğitimi almamış hak arayan kişinin hukuk kuralları içerisinde kendisine uygun kuralı bulup bu kurala dayanması zordur. Somut olaya uygulanan hukuk kuralının bulunması, hukuk kurallarının düz anlamlarının kavranmasıyla sağlanabilecek kolay bir iş değildir. Bunu başaramayan bireyin hak kaybına uğraması kaçınılmazdır⁷⁶. Bunun için Avukatlık Kanunu'nun 3. maddesinin (b) bendi avukatlığa kabul için Türk hukuk fakültelerinden mezun olmak veya yabancı memleket hukuk fakültesinden mezun olup da Türkiye hukuk fakülteleri programlarına göre noksan kalan derslerden başarılı sınav vermiş bulunmak şartını aramaktadır. Avukatlık, üniversite seviyesinde hukuk bilgisini zorunlu kılan bir meslektir. Uyuşmazlıkların çözümünde tarafların dışında ancak avukatların faaliyette bulunması gerekir. Bu gereklilik avukat dışındaki kişilerin, uyuşmazlığın taraflarına hukukî hizmet vermek ve onları temsil etmekten yasaklanması sonucunu doğurmaktadır⁷⁷.

Hukukun üstünlüğü ilkesi de avukatlık tekeli zorunlu kılar. Bir hukukî uyuşmazlıkta yargılamaya katılan avukatların ortaya çıkardıkları farklı hukukî görüşlerin karşı karşıya gelmesi sonucunda doyurucu kararlara ulaşılabilir. Böylece hukuk egemen kılınabilir⁷⁸.

⁷⁴ İyimaya, s. 158.

⁷⁵ Erdoğan, s. 138-139.

⁷⁶ Güner, Avukatlık Hukuku, s. 139, 141; Erdoğan, s. 138; İyimaya, s. 157; Güner, Hukuk Yargılaması, s. 55.

⁷⁷ Güner, Avukatlık Hukuku, s. 139; İyimaya, s. 157; Güner, Hukuk Yargılaması, s. 55.

⁷⁸ İyimaya, s. 158.

Avukat, müvekkiline hem hukuk düzeninin tanıdığı haklara sahip olma konusunda yardımcı olur hem de müvekkilinin haksız birtakım taleplerde bulunmasını önleyerek yardımcı olur. Böylece hukuk devleti ilkesinin gerçekleştirilmesine hizmet eder. Avukat bir hukukî görüşü, mahkeme önünde savunarak toplumun hukuk yaşamında etkili olacak kararların oluşmasında vesile olur. Avukat adil bir kararın oluşturulması aşamasında önemli bir işleve sahiptir. Zira hâkimin kararı, kendisinin önüne getirilen uyuşmazlığın dayandığı vakıalara ve bunların değerlendirilmesine önemli bir ölçüde bağlıdır. Avukat, kanun yollarını işleterek hâkim, savcı gibi yargının diğer unsurlarının da denetlenmesini sağlamaktadır. Görüldüğü üzere avukatlara geniş tekel hakkı tanınması bir bakıma gerekliliktir⁷⁹.

Sosyal barışın sağlanması için de avukatlık tekeli gereklidir. Açılan davalar, icra takipleri sosyal barışı dolaylı veya doğrudan etkilemektedir. Uyuşmazlıkların tarafını ve tarafların haklarını, yükümlülüklerini en iyi şekilde dile getirecek olan avukattır. Yargılamanın ve hükmün kalitesi, tarafların ileri sürdükleri iddia ve savunmalarının kalitesine bağlıdır. Yargılamanın ve hükmün kalitesini sağlamakta asli unsurlardan biri de avukattır. Uyuşmazlıkların çözümünden avukatların soyutlanması halinde hukuktan ve sosyal barıştan uzaklaşılır⁸⁰.

Avukatın tekel hakkı hukuk devletinde hak arayanların tüm hukukî uyuşmazlıklarda hukukçu himayesinden yararlanma hakkına dayanır. Bu hakka hukuk devletinde bütün bireyler sahip olmalıdır⁸¹.

Özket, avukatlık tekelinin hüküm altına alınması ile “muameleci”, “takipçi” sıfatlarıyla iş takip eden “ayak takımlarından” memleketin kurtulduğunu belirtmiştir. Vergi dairelerine, tapu dairelerine, icra dairelerine sokulan bu kişilerin hukuk bilgisinin olmadığını, en iyisinin ilkokul veya ortaokul mezunu olduğunu ifade etmiştir. Bu kişilerin meslek etiğinden yoksun kişiler olduğunu, çoğu gerçek dışı olan beyanlarla iş sahiplerinden para talep ettiklerini dile getirmiştir. Üstelik bu kişileri de denetleyecek bir meslek kuruluşu olmadığı için bu kişilerin davranışları disiplin yaptırımına

⁷⁹ **Sungurtekin Özkan**, Hak ve Yükümlülükler, s. 31-32.

⁸⁰ **İyimaya**, s. 158.

⁸¹ **Sungurtekin Özkan**, Hak ve Yükümlülükler, s. 78.

tâbi tutulamamaktadır. *Özkent*'e göre, ilmin, doğruluğun, bağımsızlık ve onurun saldırılardan uzak sığınakları olan barolar karşısında, kim olduğu, ne yaptığı belirsiz olan, hiçbir bilgi ve belgesi olmadan devlet dairelerinde iş yapan ve adalet anlayışına saygısız olan bu kişiler silinmelidir⁸².

Özkent, avukat olmayıp avukatlık tekeline dâhil olan işleri yapan iş takipçilerini bir katilden veya bir kaçakçıdan daha tehlikeli görerek, onların toplum hayatına verdiği zararın bir katilin veya kaçakçının suç işleyerek kamu düzenini bozmasıyla verdiği zarardan daha çok olduğunu ifade etmiştir. Zira bu kişiler halkı rüşvet vermeye tahrik eden, halkın ahlâkını bozan, iş yapma vaadiyle halkı dolandıran kişilerdir. Bu kişiler, devlet dairelerinde görev yapan kamu görevlilerine ziyafet verilmeden, hediye, rüşvet ve para verilmeden iş takip edilemeyeceği, istenilen neticenin alınamayacağı izlenimini uyandırmaktadır. *Özkent*, bu kişiler hakkında çok ağır ifadeler kullanmıştır⁸³.

Sonuç olarak, kişinin hukukî güvenliğinin en üst düzeyde sağlanabilmesi için uyuşmazlığın yargı önüne taşınmasından önce ve yargıya taşınmasından sonra avukatlara geniş tekel hakkı tanınması gerektiği savunulmuştur. Hatta tekel hakkının istisnalarının ortadan kaldırılarak avukatlara mutlak bir tekel hakkı tanınması gerektiği belirtilmiştir⁸⁴. Avukatlık tekelinin korunmasının son derece önemli olduğu ifade edilmiş, meslek tekelinin korunması için gerekli önlemlerin alınması gerektiği belirtilmiştir⁸⁵.

VII. AVUKATLIK TEKELİNİN GELECEĞİ

Hukuk hizmetleri piyasası köklü bir değişime uğramaktadır. Bu köklü değişiklikler karşısında, hukuk düzenleyicileri tabiri caizse “fırtınalı denizde tekneyi sallandırmak” istememektedir. Bu nedenle hukukçularla ilgili düzenlemeler arasında aynı kalacaktır. Mevcut düzenlemeyi korumak, hukuk hizmetleri piyasasında önemli bir liberalleşmeyle sonuçlanacaktır. Zira piyasa hukuk düzenleyicileri etrafında dönüşmektedir. Hukuk düzenlemeleri mah-

⁸² *Özkent*, Türkiye’de Avukatlık, s. 15-16.

⁸³ *Özkent*, Türkiye’de Avukatlık, s. 15-16.

⁸⁴ *Erdoğan*, s. 154.

⁸⁵ *Narbay/Özbay*, s. 137.

keme içi etkinliklerde en güçlü konumda kalacakken, mahkeme dışı etkinliklerde en zayıf konumda kalacaktır. Bu durum hukuk hizmetini tüketen konumundaki vatandaşların lehine olacaktır⁸⁶.

Günümüze kadar hukuk uygulaması hukukçuların münferit kişileri münferit hukukî meselelerde temsil etmesinden oluşmuştur. Hizmetin ücretlendirilmesi saat başı, iş başı üzerinden yapılmıştır. İş metalaştırılmış veya toptanlaştırılmış olmanın karşılığı olarak bireyselleştirilmiştir. Hukuk uygulaması bilgisayarların varlığı düşünüldüğünde araçlar bakımından ve büyük hukuk firmalarının yükselişi düşünüldüğünde kapsam bakımından değişmiştir. Ancak özde bir değişiklik yoktur. Hukuk araştırması, hukukî metinlerin araştırılması ve mahkemede temsil icra edilmeye devam etmektedir⁸⁷.

Sanayi devriminden bu yana makineleşme, rutinleşme, metalaştırma bireysel verilen hizmetlerin yerini almıştır. Sanayi devrimi büyük üretimlerin yapılmasına yol açmıştır. Bireysel olarak üretilen her şeyin yerini fabrika üretimi almıştır. Büyük oranda üretim kalite ve fiyatta gelişmelere izin verdiği için üretilen eşya daha ucuz ve iyi olmuştur. Hukukçular ve zihni faaliyete dayanan diğer meslek mensupları bu değişiklikler karşısında varlığını sürdürmüş ve gelişmiştir. Hukuk uygulaması gibi kompleks ve zihni faaliyete dayanan bir faaliyeti makineleştirmek bir zamanlar mümkün değilken bilgi devrimi ile bilgisayarların gücü ve hızındaki büyüme, bilgi işçilerini dize getirmeye başlamıştır. Ekonominin birçok alanında kendisine yüksek ücretler ödenen kişilerin yaptığı işleri bilgisayarlar yapabilir duruma gelmiştir⁸⁸.

Bilgisayarın yaygın kullanımı⁸⁹, dış kaynak kullanımı, iç kaynak kullanımı, hukukçu olmayanlar geleneksel hukuk işlerinin yerini almıştır. Alternatif hizmet sağlayıcıları veya yeni iş modelleri, eski usülle yani saat başı hizmetini ücretlendiren, münferit müvekkillere münferit hizmet veren hukuk

⁸⁶ **Barton**, s. 3068-3069.

⁸⁷ **Barton**, s. 3068.

⁸⁸ **Barton**, s. 3069-3070.

⁸⁹ *Demir* de sanal mahkemelerin, arabuluculuk yapan web tabanlı bilgisayar programlarının, zaman ve makamdan bağımsız online özel hakem mahkemelerinin gerçekleştirilme ihtimaline dikkat çekmektedir. **Demir**, s. 63.

uygulamacılarının yerini almıştır. Şu anda bu devrimin başındaki aşamalarda bulunmaktadır. Ancak bilgi çağına ilişkin senaryolar doğru kalırsa, hikayenin geri kalan kısmını görmek zor değildir⁹⁰.

Hukuk düzeni tarafından yetkilendirilmeyen kişilerin hukuk mesleğini icra etmesini önleyen kanunların yapılmasının gerekli olup olmadığı yönünde bir tartışma mevcuttur. Bu kanunlarının gerekliliğinin savunulması ihtimalinde bu kanunların nasıl düzenlenmesi gerektiği konusu da tartışılmaktadır. Bu tartışma önemlidir zira hukukçuların fonksiyonları artmakta, hukuk hizmetleri büyümekte, hukuk mesleğinin icrasının tanımı geniş yapılmaktadır. Hukuk düzeni tarafından yetkilendirilmeyen kişilerin hukuk mesleğini icra etmesini engelleyen kanunların ortadan kaldırılmasının, hukukçuların hukukî veya hukukla bağlantılı hizmetler üzerindeki tekeline zayıflatacağı konusunda görüş birliği bulunmaktadır⁹¹.

Hukukçular için piyasa daralınca, barolar ve yüksek mahkemeler bir şeyler yapmak isteyecektir. Büyük ölçekli değişiklikler yapmak veya hukuk düzeni tarafından yetkilendirilmeyen kişilerin hukuk mesleğini icrasını önleyen sert kanunlar oluşturmak yerine baroya kabul oranlarını aşağıya çekme veya bazı hukuk fakültelerini akredite etmeme gibi düşük grafikli hareketler tercih edilecektir. Mahkemelerde yapılan hukukî işler dışında her şey bilgisayarların, dış kaynak kullanımının ve hukukçu olmayanların akınına uğrayacaktır. Hukuk fakülteleri ve hukukçular hakkındaki kurallar esasında aynı kalacak ama daha az gelişme gösterecektir. Hukukçular ve hukuk fakülteleri kaybettikleri alanı ele geçirmek yerine sahip oldukları etki alanı daralmasına rağmen ona sıkı sıkıya sarılacaklardır⁹². Kanımızca avukatlar tekel olarak faaliyet gösterdikleri alanı kaybetmeyi kabullenmeyecektir. Ancak avukatların bu tür meslek sorunlarının çözümü için gerekli özeni göstermemeleri, duyarsız kalmaları sıkça avukatlık tekelinin ihlâl edilmesine yol açacaktır.

⁹⁰ Barton, s. 3070.

⁹¹ Destefano, s. 2993.

⁹² Barton, s. 3088-3089.

SONUÇ

Herkesin dava açma veya açılmış davada kendini savunma hakkını kullanmasından ziyade Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin ilk fıkrasında sayılan işlerin baroda kayıtlı olan avukatlar dışındaki kişiler tarafından yapılması, avukatlık tekelinin gerçek anlamda bir istisnası olarak görülmelidir. Sözleşmeli avukat bulundurma zorunluluğunu düzenleyen Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin 3. fıkrası hükmünün getiriliş amacı ve kapsamı bakımından avukatlık tekeli ile bir bağlantısı yoktur. Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 253. maddesinde yer alan "uzlaşma" kurumunu da şartları gerçekleşmesi halinde sadece avukat yürütmekte, cumhuriyet savcısı gerçekleştirebileceği gibi hukuk öğrenimi görmüş olan kişiler de yürütebilmektedir. Bu nedenle "uzlaşma" kurumu kanımızca avukatlık tekelinin kapsamında değildir.

Avukatlık tekelinin niteliğini belirlemek büyük önem taşımaktadır. Avukatlık tekeli değerlendirilirken yapılan nitelendirme tekelin kapsamının belirlenmesinde, tekelin varlığının tartışılmasında bir nirengi noktası olacaktır. Avukatlık tekeli bir hak olarak görmek avukatlık tekeli ile ilgili yapılan değerlendirmelerde avukatların menfaatine odaklanılmasına neden olacaktır. Bu nedenle avukatlık tekeli bir haktan ziyade bir statü olarak görülmelidir. Avukatlık tekeli düzenleyen normla korunan hukukî değer avukatlık mesleği değil hukukî yardıma ihtiyaç duyan toplum olmalıdır.

Eğitim almamış, ahlâkî kuralları özümsememiş, sözleri ve eylemleri denetim altına alınmamış, bir organizasyon çatısı altında birleşmemiş kişilerin adaletin dağıtılması faaliyetine yapabilecekleri olumsuz etkileri önlemek için avukatlık tekeli gereklidir. Bireyin haklarının korunması için hukukun üstünlüğü ilkesini kendisine ilke edinmiş, kurumsallaşmış ve bağlı olduğu meslek örgütünün denetimi altında hukuk bilgisi ile donatılmış, yargının kurucu ögesi olarak görev yapan avukatların, kendilerine tekeli hakkı sağlanan bir ortamda görev yapmaları gerekmektedir. Avukatlık mesleği mensubu olmayanlara temsil yetkisi verilmemesi, kamu düzenindedir. Avukatlık tekeli, sosyal barışın korunması, hukukun üstünlüğü ilkesinin yerine getirilmesi açısından da önemlidir.

Avukatlık tekeli kurumu, bireyin meşrû vasıta ve yollardan faydalanarak yargı mercileri önünde davacı veya davalı olarak iddia ve savunma

hakkını ve adil yargılanma hakkını engellememektedir. Kişinin bizzat hak arama hürriyetini kullanması mümkün olduğu gibi, kişinin avukat sıfatına sahip olan bir vekil aracılığıyla bu hürriyetini kullanması da mümkündür. Avukatlık tekeli, bireyin bizzat kamu ile ilgili dilek ve şikâyetleri hakkında, yetkili makamlara ve Türkiye Büyük Millet Meclisine yazı ile başvurma hakkını engellemediği için dilekçe hakkını düzenleyen Anayasa hükmünü ihlâl etmemektedir. Avukatlık tekeli avukatlar için ayrıcalıklı bir zümre oluşturmamaktadır. Sosyal devlet ilkesine uyma gerekçesiyle hukukî yardıma ihtiyaç duyan kişileri, meslekî sorumluluğu olmayan, denetlenmeyen, vasıfsız kişilerin eline bırakmak kabul edilemez.

Hukukî konularda, tarafların birinin ya da vekilinin o konunun uzmanı bir hukukçudan almış olduğu mütalâanın avukatlık tekeli kapsamında sayılması, usûl hukukundaki uzman görüşü (HMK m. 293) kurumunun anlaşılmasını zorlaştırır. Hukukçu akademisyen tarafından hazırlanmış ve talep eden tarafından dosyaya konulmak amacıyla mahkemeye sunulan mütalâa veya görüşler, Türk Medeni Kanunu'nun 1. maddesi 3. fıkrası anlamında bilimsel görüş niteliğini taşımaktadır. Bu nedenle bir öğretim üyesinin hukukî mütalâa vermesi avukatlık tekeli kapsamında değerlendirilmemelidir. Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesi ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesi birbiriyle çelişmemektedir.

Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin sadece sözüne sıkı sıkıya bağlı kalınarak yorumlanması ihtimalini engellemek için "Kanun işlerinde ve hukuki meselelerde mütalâa vermek" ibaresi avukatlık tekelinin kapsamından çıkarılmalıdır. Böylece mütalâa vermek için hukukî meselenin çekişmeli olup olmadığı ayrımı anlamını yitirecektir. Ayrıca, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 293. maddesi ile Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin birbiriyle çeliştiği yönünde oluşabilecek tartışmalar da önlenmiş olacaktır.

Uygulamada icra işlemleri hukukçu olmayan takipçiler aracılığıyla yürütülmektedir. Avukatlık Kanunu'nun 63. maddesi hükmünün uygulanabilirliğini sağlamak için Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinin kapsamına "icra işlemlerini takip etme" dahil edilmelidir. Avukatları rencide edebilecek ve Kanun'un 1. maddesi 2. fıkrası hükmünün ruhuyla bağdaşmayabilecek Avukatlık Kanunu'nun 35. maddesinde yer alan "huzurunda" ibaresi yerine "önünde" ibaresi kullanılmalıdır.

Avukatlık tekelinin, hukukî hizmetlerin herkese ulaşmasını engellediği yönündeki eleştiriyi bertaraf etmek için adli yardım kapsamlı ve etkin bir şekilde işletilmelidir. Ülkemizde de “pro bono” hukuk hizmetlerinin verilmesinin önü yapılacak hukukî düzenlemelerle açılmalıdır. Güney Amerika’da kurulan “adalet merkezleri” veya “toplumsal hukukî hizmet evleri” adı verilen, içinde avukat da barındıran birimlerin Türkiye’de de kurulması sağlanarak dar gelirli kesimlerin hukukî hizmetlerden yararlanması sağlanabilir. Bu uygulama merkezlerde baroya kayıtlı avukatlar görev alacağı için avukatlık tekelinin de bünyesine zarar vermeyecektir. Vatandaşların da hukukî himaye sigortasından yararlanmaları sağlanabilir. Vatandaşlar sağlık ve emeklilik primleri yanında cüz’i miktarda bir prim yatırarak mahkemede temsil veya hukukî danışma hizmetinden yararlanabilir. Bu hizmetleri veren kişiler de baroya kayıtlı avukatlar olacağı için avukatlık tekelinin bünyesi zarar görmeyecektir.

Avukatlık Kanunu Tasarısı, dünyadaki avukatlık tekelinin daralması eğiliminin tam tersine avukatlık tekeli genişleten düzenlemeler yapmıştır. Gelecekte dünyada ve Türkiye’de avukatlık tekeli özellikle hukukî hizmetlere erişim açısından daha çok sorgulanacaktır. Avukatlık tekeli kurumu gelecekte şiddetle eleştirilmeye ve daraltılmaya maruz kalmasına rağmen asla vazgeçilmemesi gereken bir kurum olarak hukuk düzenimizde ve hukuk düzenlerinde yer almalıdır.

Bibliyografya

- Aday**, Nejat; Avukatlık Hukukunun Genel Esasları, 2. Baskı, İstanbul 1997.
- Başar Centel**, Nur; Ceza Muhakemesi Hukukunda Müdafî, İstanbul 1984.
- Becker-Eberhard**, Ekkehard; “Avukatlık Meslek Hukukunun Almanya’daki Değişimi”, 21. Yüzyılın Usul Hukuku Sorunları (Derleyen: Doç. Dr. Nevhis Deren-Yıldırım), İstanbul 2003, s. 1-19.
- Belgesay**, Mustafa Reşit; Hukukî Meselelerde Temsil, İstanbul 1941.
- Berkin**, Necmeddin M.; “Avukatlar Hukukuna ve Dava Vekaletine İlişkin Yeni Hükümler Yeni İçtihatlar”, İstanbul Üniversitesi’nin 50. Yıl Armağanı, İstanbul 1973, s. 355-386.
- Börü**, Levent; Medenî Usûl Hukukunda Davaya Vekâlet Ehliyeti, Ankara 2006, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Çelik**, Adil Giray; Savunma Hakkı ve Avukatlık Mesleği ve Kuralları Paneli, ManBD 2001, S. 3, s. 75-84.
- Demir**, Şamil; “Avukatlık Kariyeri Üzerine Düşünceler”, ABD 2009, S. 3, s. 61-70, (Avukatlık Kariyeri).
- Dereli**, Ferruh; “Yeni Avukatlık Kanunu’nun Kabulü Üzerine Başkan Av. Ferruh Dereli’nin Konuşması”, İBD Avukatlık Kanunu Özel Sayısı, İstanbul Mayıs-Haziran 1969, C. XLII, s. 7-26.
- Durhan**, İbrahim; “Ülkemizde Avukatlık Kurumunun Tarihsel Gelişimi”, AÜEHFD Aralık 2004, C. 8, S. 3-4, s. 23-46.
- Elveriş**, İdil; “Avukatlığa İlişkin Mevcut Düzenlemeler ve Yarattığı Adalete Erişim Sorunları”, Özer Seliçi’ye Armağan, Ankara 2004, s. 179-202.
- Ercan**, İbrahim; “HMK Tasarısı Bağlamında Medeni Yargıda Avukat İle Temsil Zorunluluğu”, Legal MİHDER 2006, S. 3, s. 1275-1296.
- Erdoğan**, Mehmet Şirin; “Avukatlıkta Tekel Hakkı”, Hukuk Kurultayı 2004, Ankara 2004, s. 138-155.
- Güner**, Semih; Hukuk Yargılamasında Avukatın Rolü, İzBD 2008, S. 3, s. 40-77, (Hukuk Yargılaması).

- Güner**, Semih; Avukatlık Hukuku, 5. Baskı, Ankara 2011, (Avukatlık Hukuku).
- İyimaya**, Ahmet; Avukatlık Tekeli, Hukuk Kurultayı 2004, Ankara 2004, s. 157-184.
- Korkusuz M. Refik/Korkusuz M. Halit**; Avukatlık Hukukuna Giriş, 3. Baskı, Bursa 2014.
- Kuru**, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 1, Ankara 2001.
- Memiş**, Tekin; “Avukatlıkta Uzmanlaşma ve Reklam Yasası”, Prof. Dr. Fikret Eren’e Armağan, Ankara 2006, s. 715-739.
- Müderrişoğlu**, Feridun; Avukatlıkta Vekâlet ve Ücret Sözleşmesi ve İçtihatlar, Ankara 1974.
- Narbay**, Şafak/**Özbay**, İbrahim; “Türk Hukukunda Hukukî Mütalâanın Önemi ve Niteliği”, BATİDER 2005, C. XXIII, S. 2, s. 117-146.
- Özkaya-Ferendeci**, Hamide Özden; “Avukatlık Mesleğinin Tarihsel Gelişimine Genel Bir Bakış”, Legal MİHDER 2010, C. 6, S. 2, s. 285-305.
- Özkend**, Ali Haydar; “Türkiye’de Avukatlık”, Hukuk İlmini Yayma Kurumu, Konferanslar Serisi: 31, 1938, s. 3-40.
- Özkent**, Ali Haydar; Avukatın Kitabı, İstanbul 1940, (Avukat).
- Özkorkut**, Nevin Ünal; “Savcılık, Avukatlık ve Noterlik Kurumlarının Osmanlı Devletine Girişi”, AÜHFD 2003, C. 52, S. 4, s. 147-154.
- Öztek**, Selçuk; “Tanık, Bilirkişi İncelemesi, Keşif, Uzman Görüşü”, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı’nın Getirdiği Yenilikler ve Bu Yeniliklerin Değerlendirilmesi (22-29 Mart Tarihlerinde Kadir Has Üniversitesi’nde Düzenlenen Toplantı), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2008, s. 179-189.
- Pekcanitez**, Hakan; “Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi”, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Ankara 2009, s. 397-418.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet; Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.
- Selçuk**, Seyhan; Medenî Usul Hukukunda Dava Vekâletnameleri, Ankara 2011.

- Stephkohn, Erich**; “Der exklusive Kernbereich der Rechtsanwaltschaftstätigkeit im europäischen Vergleich”, s. 2-11.
- Sungurtekin Özkan, Meral**; Avukatlık Mesleği Avukatın Hak ve Yükümlülükleri, 4. Bası, İzmir 2013, (Hak ve Yükümlülükler).
- Sungurtekin Özkan, Meral**; Sulh Müessesesine İşlerlik Kazandırılması ve Bu Konuda Avukata Düşen Görevler, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, İzmir 2000, s. 137-151.
- Tıktık Yazıcı, Çiğdem**; “HMK M. 293’teki Uzman Görüşü Kurumu İle Anglo-Sakson Hukuk Sistemindeki Uzman Tanık Kurumunun Karşılaştırılması”, MİHDER 2011, C. 7, S. 20, s. 79-101.
- Toprak, Musa**; Geçmişten Günümüze Avukatlık Kanunları, 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu, C. 1, Ankara 2014, (460 Sayılı).
- Toprak, Musa**; Geçmişten Günümüze Avukatlık Kanunları, 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu, C. 2, Ankara 2014, (1136 Sayılı).
- Toprak, Musa**; Geçmişten Günümüze Avukatlık Kanunları, 1136 Sayılı Avukatlık Kanunu, C. 3, Ankara 2014, (Avukatlık Kanunu).
- Yılmaz, Ejder**; “Bir Meslek Olarak Dünden Yarına Doğru Avukatlık”, AÜHFD 1995, C. 44, S. 1-4, s. 193-208, (Avukatlık).
- Yılmaz, Ejder**; “Yargılama Hukukçusu Gözüyle: Rekabet Kurulu”, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, Ankara 1999, s. 935-961.

İnternet Kaynakları

- Anayasa Mahkemesi Kararlar Bilgi Bankası;
(<http://www.kararlaryeni.anayasa.gov.tr/Karar/Content/51b6134b-8fde-472f-b04c-fb6bb37e7df0?excludeGerekce=False&wordsOnly=False>),
- “Avukatlık Kanunu Taslağı”; (<http://www.kgm.adalet.gov.tr/DUYURULAR/AVUKATLIK%20KANUNU%20TASLA%C4%99EI.pdf>), (10.9.2014).
- Barton, Benjamin H.**; “The Lawyer’s Monopoly-What Goes and What Stays”, Fordham Law Review 2014, Volume 82, s. 3067-3090.
(<http://ir.lawnet.fordham.edu/flr/vol82/iss6/17>), (10.9.2014).

“Dava Vekilleri Hakkında Nizamname”; (<http://www.barobirlik.org.tr/dosyalar/belgeler/AvUcretTarifesi/tbb1875.pdf>), (16.9.2014).

Destefano, Michele: “ComplianceAndClaimFunding: Testing TheBorders Of Lawyers’ Monopoly And The Unauthorized Practice of Law”, Fordham Law Review 2014, Volume 82, s. 2961-2994. (<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5005&context=flr>), (16.9.2014).

Dunlap, Bridgette; ‘Anyone Can “ThinkLike A Lawyer”’: How TheLawyers’ Monopoly On Legal Understanding Undermines Democracy and The Rule Of Law in the United States”, FordhamLawReview 2014, Volume 82, s. 2817-2842. (<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5000&context=flr>), (16.9.2014).

“MehakimiŞer’iye’ de İcraı Vekâlet Edebilecekler Hakkında Kanun”; (http://www.inisiyatif.net/avtarih/tarihte_mevzuat/ok1914.htm), (16.9.2014).

“Muhamat Kanunu”; (http://www.inisiyatif.net/avtarih/tarihte_mevzuat/k460.htm), (16.9.2014).

“ÖsterreichischeRechtsanwaltsordnung”; [http://www.jusline.at/Rechtsanwaltsordnung_\(RAO\).html](http://www.jusline.at/Rechtsanwaltsordnung_(RAO).html), (10.9.2014).

“SchweizerischeZivilprozessordnung”; <http://www.admin.ch/opc/de/official-compilation/2010/1739.pdf>, (10.9.2014).

Türk Dil Kurumu Güncel Türkçe Sözlük; http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.5435973c364084.88485854, (10.9.2014).

^HDÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM MEKANİZMASINDA MİSİLLEME YAPTIRIMI

*Arş. Gör. Özlem CANBELDEK AKIN**

GİRİŞ

Dünya Ticaret Örgütü (DTÖ), uluslararası ticaretin eşitlik ilkesi gözetilerek liberalleştirilmesi amacıyla 1995 yılında Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'yla¹ (Marrakesh Anlaşması) kurulmuş uluslararası bir örgüttür. DTÖ Kuruluş Anlaşması ülkemizde 25.02.1995 tarih ve 22213 sayılı Mükerrer Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş ve Türkiye 26.03.1995 tarihinde DTÖ'nün kurucu üyelerinden biri olmuştur.

Üye ülkeler arasında Dünya Ticaret Örgütü anlaşmalarının uygulanmasından doğan uyuşmazlıklar, Marrakesh Anlaşması'na ek anlaşmalardan biri olan Anlaşmazlıkların Halli Kural ve Usûlleri Hakkındaki Mutabakat Metni² ("DSU") ile kurulmuş olan Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması'nda (UÇM)³ görülmektedir.

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Gediz Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Bölümü

¹ Orijinal adı "Marrakesh Agreement Establishing The World Trade Organisation" olan Anlaşmanın tam metni için bkz. http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto.pdf

² Orijinal adı "Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes" olan Anlaşma, Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması Ek 2 olarak 25.02.1995 tarih ve 22213 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir. Anlaşmanın tam metni için bkz. http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/28-dsu.pdf

³ Ekonomi Bakanlığı internet sitesinde resmi olarak "Anlaşmazlıkların Halli Organı" olarak ifade edilmektedir (<http://www.ekonomi.gov.tr/upload/32A03D7D-EFF2-9632-C69E04D49F0DB77B/T%C3%BCrkiye%20ve%20Anla%C5%9Fmazl%C4%B1klar%C4%B1n%20Halli%20Mekanizmas%C4%B1.pdf>).

Çalışmanın birinci bölümünde DTÖ ve UÇM hakkında kısaca bilgi verilecektir. İkinci ve üçüncü bölümlerde ise UÇM kapsamında misilleme yaptırımı, bu yaptırıma getirilen eleştiriler ve bu yaptırım türünün daha etkili kullanılabilmesi için tartışılmakta olan öneriler ele alınacaktır. Misilleme yaptırımı özellikle az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler⁴ tarafından etkili bir şekilde kullanılmadığı yönünde eleştirilmektedir. Bu nedenle çalışmada misilleme yaptırımı gelişmekte olan ülkeler açısından ele alınmaktadır.

I. DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ VE DÜNYA TİCARET ÖRGÜTÜ UYUŞMAZLIK ÇÖZÜM MEKANİZMASI HAKKINDA GENEL BİLGİ

A. Dünya Ticaret Örgütü

DTÖ, üye ülkelerdeki yaşam standardının yükseltilmesi, istihdam ve kişi başına düşen gelirin artırılmasını amaçlayan ve bu amaçlar doğrultusunda gümrük vergilerinin azaltılması ve uluslararası ticarete ayırmacı uygulamaların ortadan kaldırılmasına ilişkin çalışmalar yapan uluslararası bir kuruluştur⁵. Temeli 1947 yılında imzalanmış olan GATT (Gümrük Tarifeleri ve Ticaret Genel Anlaşması)'na dayanmaktadır⁶. 1944 yılında Bretton Woods, New Hampshire'da uluslararası ekonomik meselelerin görüşülmesi, uluslararası ticaretin geliştirilmesi ve 1. Dünya Savaşı'ndan sonra yapılan hataların tekrarlanmaması için uluslararası bir konferans düzenlenmiştir. Bu konferansta Uluslararası Para Fonu (IMF) ve Dünya Bankası'nın kurulmasına karar verilmiş ve ayrıca ticaretin geliştirilmesi için de uluslararası bir örgüt kurulması gerektiği belirtilmiştir⁷. Bu amaçla yapılan görüşmeler neticesinde 1948 yılında GATT imzalanmıştır⁸. GATT'in uygulanması ve

⁴ DTÖ'de az gelişmiş ve gelişmekte olan ülke olarak kabul edilmek için belirlenmiş kurallar yoktur, üye devletler bu belirlemeyi kendi tercihleri doğrultusunda yaparlar (http://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/d1who_e.htm). Türkiye kendi talebiyle DTÖ nezdinde gelişmekte olan ülke olarak kabul edilmektedir. (http://www.wto.org/english/thewto_e/countries_e/turkey_e.htm).

⁵ Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması Başlangıç Notu.

⁶ **Bosshe**, s. 77; **Cottier/Oesch**, s. 68; **Palmeter/Mavroidis**, s. 3 vd.

⁷ **Bosshe**, s. 77; **Cottier/Oesch**, s. 68.

⁸ Türkiye GATT'e 21.12.1959 tarih ve 6202 sayılı Kanun'la katılmıştır.

geliştirilmesi için Uluslararası Ticaret Örgütü adı altında uluslararası bir örgüt kurulması planlanmışsa da bu örgütün kurulma girişimi başarısızlıkla sonuçlandığından GATT sekreteryası kurulmuş ve anlaşmanın geliştirilmesi amacıyla 1994 yılına kadar sekiz adet müzakere turu gerçekleştirilmiştir. Bu turların en sonuncusu olan Uruguay Müzakere Turu'nda (1986-1994) Dünya Ticaret Örgütü'nün kurulmasına karar verilmiştir⁹.

DTÖ, üye devletlere mevcut anlaşmaların geliştirilmesi ve yeni anlaşmalar yapılması amacıyla müzakere forumu sağlamaktadır. Ayrıca bu müzakereler sonucunda imzalanan anlaşmalarla (DTÖ Anlaşmaları) ilgili uyuşmazlıklarda tek yetkili çözüm merciidir. Üyeler, bu uyuşmazlıkların çözümü için başkaca bir tahkim/mahkemeye başvuramayacakları gibi, DTÖ uyuşmazlık çözüm organına da, DTÖ anlaşmaları dışında bir konu ile ilgili başvuruda bulunamazlar¹⁰. Söz konusu anlaşmalar uluslararası ticarete gümrük ve tarifeleri düzenleyen GATT 1994 başta olmak üzere, fikri sınai haklar (TRIPS), emtiaların sağlık ve hijyen kuralları (SPS), tarım ürünlerinin ticareti (AoA), hizmet ticareti (GATS) gibi birçok alanı kapsamaktadır. Anlaşmaların tadili, uygulanmalarında karşılaşılan sorunların giderilmesi ve yeni anlaşmaların imzalanabilmesi amacı ile “müzakere turları” yapılmakta olup en sonuncu müzakere turu olan Doha, 2000 yılından beri devam etmektedir¹¹.

“En çok gözetilen ulus” ve “ulusal muamele” ilkeleri DTÖ'nün tüm anlaşmalarına hakim en temel iki ilkedir. Bu ilkelerle uluslararası ticarete yerli yabancı ayrımı gözetmeksizin tüm üretici ve ihracatçıların aynı kuralara tabi olması, bunlara eşitlik prensibi gözetilerek muamele edilmesi amaçlanmaktadır¹².

⁹ **Bosshe**, s. 78 vd.; **Cottier/Oesch**, s. 74; **Palmer/Mavroidis**, s. 3.
http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/inbrief_e/inbr01_e.htm (erişim 11.01.2015).

¹⁰ **Bosshe**, s.178; **Palmer/Mavroidis**, s. 10.

¹¹ **Halatçı Ulusoy**, s. 71 vd; http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/dda_e.htm (erişim 11.01.2015).

¹² **Bosshe**, s. 320 vd.; **WTO Yayını**, s. 10.

B. Dünya Ticaret Örgütü Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması

Üyelerin DTÖ kapsamındaki anlaşmalarla düzenlenmiş olan haklarının korunmasını amaçlayan UÇM¹³, üyeler arasında anlaşmaların uygulanmasından doğan uyuşmazlıkların çözüm merciidir. Dünya Ticaret Örgütü Genel Konseyi, Uyuşmazlık Çözüm Organı sıfatıyla Uyuşmazlık Çözüm Mekanizmasını yönetmektedir¹⁴.

UÇM'nin yargılama yetkisi "teminat altına alınmış DTÖ anlaşmaları" yönünden mecburidir yani üyeler haklarında dava açılmasına ve yargılama yapılmasına karşı çıkamazlar¹⁵. Ayrıca, Dünya Ticaret Örgütü kurallarıyla ilgili uyuşmazlıklarda Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması münhasır yetkilidir; üyeler başkaca bir mercie başvuramazlar¹⁶.

DTÖ Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması oldukça aktif işlemektedir, kurulduğu 1 Ocak 1995 tarihinden bugüne kadar toplam 482 dava başvurusu olmuştur¹⁷.

Uyuşmazlık çözüm süreci; müzakere, Panel, Temyiz ve bu aşamaların ardından kararın uygulanması olmak üzere dört temel aşamadan oluşmaktadır.

1. Müzakere Aşaması

Dünya Ticaret Örgütü'nde uyuşmazlık çözüm süreci resmî olarak, bir üyenin diğer bir üye devlet tarafından DTÖ anlaşmalarından doğan haklarının ihlâl edildiği iddiasıyla DTÖ Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması'na başvurması ile başlar. DSU m. 4 uyarınca, başvurudan itibaren 60 gün süreyle Panel kurulmaz ve bu süreçte tarafların müzakere yolu ile anlaşmaya varmaları teşvik edilir.

2. Panel Aşaması

Müzakere sürecinden 60 gün içinde olumlu bir netice alınamaması halinde DSU 4.7. maddesi uyarınca, şikâyetçi taraf panel kurulması başvuru-

¹³ Bosshe, s. 171; Halatçı Ulusoy, s. 83; Palmeter/Mavroidis, s. 10.

¹⁴ Bosshe, s. 234; HalatçıUlusoy, s. 85.

¹⁵ Bosshe, s.178; Palmeter/Mavroidis, s. 10.

¹⁶ Bosshe, s. 178; Palmeter/Mavroidis, s. 10.

¹⁷ http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_status_e.htm (28.08.2014 itibariyle).

sunda bulunabilir. Panel aşamasında, tarafların iddia ve savunmaları değerlendirilir vedavaya konu uygulamanın DTÖ kurallarına aykırı olup olmadığı tespit edilir (DSU m. 11).

3. Temyiz Aşaması

Temyiz aşamasında, panel yargılamasında ileri sürülmüş olan iddia ve savunmalar irdelenerek panel kararı temyizen incelenir. Temyiz sürecinde maddî bulgu ve vakıalar tekrar değerlendirilmez. Temyiz Organı, Panel'in verdiği kararları değiştirebilir, onayabilir veya bozabilir ancak bozma halinde dosyayı Panele geri göndermez, uyuşmazlıkla ilgili nihaî kararı kendisi verir (DSU m. 17).

C. Kararların Kabul Edilmesi ve Uygulanması

1. Panel ve Temyiz Organı Kararlarının Anlaşmazlıkların Halli Organı Tarafından Kabul Edilmesi

Panel yargılama sonunda şikayete konu uygulamanın DTÖ kurallarını ihlâl edip etmediği konusunda bir karar verir ve bu kararı gerekçelendirerek rapor haline getirir (DSU m. 17 f. 14). Taraflardan birinin karara itiraz etmesi (temyiz etmesi) halinde rapor temyiz sürecinin sonuna kadar kabul edilmez ve üyelere dağıtılmaz (DSU m. 16). Bu şekilde bir itiraz olmadığı takdirde, rapor tüm üyelere dağıtılır. Uyuşmazlık Çözüm Organı toplantısında, üyeler oybirliği (konsensüs) halinde raporu ret etmezlerse, rapor kabul edilmiş sayılır. Bu durum, raporların “negatif konsensüs” ile kabul edilmesi şeklinde ifade edilmekte olup GATT'den DTÖ'ye geçişte getirilen önemli yeniliklerden biridir. GATT döneminde, yani 1947 yılından 1995 yılına kadar, Panel tarafından verilen kararlar ancak GATT tarafı olan ülkelerin tümünün olumlu oyu (konsensüs) ile kabul edilmekteydi. Davayı kaybeden ülkelerin aleyhlerine olan panel kararını kabul etmek konusunda çekince göstermeleri nedeniyle belirtilen değişiklik yapılmış ve DTÖ kurulurken “negatif konsensüs” sistemine geçilmiştir¹⁸.

¹⁸ **Hudec** - Developing Country Perspective, s. 82.

2. Panel ve Temyiz Organı Kararlarının Uygulanması

Panel, davaya konu uygulamanın DTÖ anlaşmalarını ihlal ettiği neticesine varırsa, davalıya bu uygulamayı kaldırması tavsiyesinde bulunur(DSU m. 19). Tavsiye kararı taraflar açısından bağlayıcılık gösterir.

Karar, kaybeden üye tarafından mümkünse hemen, mümkün olmaması durumdaysa makûl bir süre içinde uygulanmalıdır, ancak makul sürenin ne kadar olduğu DSU’da açıkça tespit edilmemiştir. Makul süre taraflarca kararlaştırılabilir, ortak bir karara varılamazsa tahkim heyeti tarafından en fazla 15 ay olarak belirlenebilir(DSU 21.3).

3. Kararın Uygulanmaması Halinde Başvurulabilecek Olan Yaptırım Türleri

DSU 21. maddesi uyarınca, Panel veya Temyiz Organı kararının davalı tarafça makul süre içinde uygulanması gerekmektedir. Örneğin, davalının davacı aleyhine uyguladığı anti-damping önlemlerinin DTÖ kurallarına aykırı olduğuna karar verilirse, davalı bu önlemleri yürürlükten kaldırmalıdır. Fakat uyuşmazlık konusu her zaman bu kadar basit olmayabilir. Örneğin Panel, davalı tarafından pamuk üreticilerine sağlanan teşvik sisteminin DTÖ kurallarına aykırı olduğunu tespit edip, teşviklerin kaldırılması gerektiğine hükmedebilir. Ancak bütçe planlaması, bürokratik işleyiş ve benzeri nedenlerle davalı, teşvik sistemini makul süre içinde değiştiremeyebilir. Davalı bazen de kararı uygulamak için bu şekilde teknik bir engelle karşılaşmasa da, keyfi olarak kararı uygulamaktan kaçınmaktadır. Bu gibi hallerde taraflar kararın uygulanmasına kadar geçen süre için, davalının davacıya tazminat ödemesi konusunda anlaşmaya varabilirler. Anlaşmaya sağlanamadığı durumlarda davacı ikinci bir yol olarak “misilleme” yaptırımına başvurabilir.

DSU 22.1 maddesi uyarınca esas olan DTÖ kurallarına aykırı uygulamanın ortadan kaldırılmasıdır. Tazminat ve misilleme DTÖ kurallarına aykırılık ortadan kaldırılıncaya kadar başvurulabilecek olan ve nihai olarak kararın uygulanmasını hedefleyen geçici yaptırımlardır¹⁹. *EC-Bananas III*²⁰

¹⁹ **Mavroidis**, s. 800; **Pfomrodze**, s. 85; **Koratana**, s. 203; **Babu**, s. 452; **Guan**, s. 821 (Misilleme yaptırımının amacının ayrıca özel hukuktaki tazminat gibi denkleştirici fonksiyonu olduğuyla yönündeki görüşler için bkz. **Guan**, s. 823).

tahkim kararında da misilleme yaptırımıyla nihai olarak kararın uygulanmasının amaçlandığı ve yaptırımların cezai niteliğinin bulunmadığı vurgulanmıştır²¹.

II. MİSİLLEME YAPTIRIMI VE MİSİLLEME YAPTIRIMA YÖNELİK ELEŞTİRİLER

A. Misilleme ve Çapraz Misilleme

DSU 22. maddesi uyarınca, davalı makul süre içinde kararı uygulamaz ve taraflar tazminat konusunda da anlaşamazlarsa; davacı, davalı aleyhine misilleme yaptırımı uygulayabilir. Misilleme, davacı tarafın Dünya Ticaret Örgütü yükümlülüklerinin davalı aleyhine askıya alınması anlamına gelmektedir²².

Tazminat yaptırımından farklı olarak, misilleme yaptırımı uygulanıp uygulanmaması veya miktarı konusunda taraflar ortak bir karar vermezler. Misilleme uygulamak için davacının Uyuşmazlık Çözüm Organı'na başvurusu ve UÇO tarafından yetkilendirilmesi gerekmektedir.

Askıya alınan yükümlülükler dava konusu ile aynı sektör ve aynı anlaşma ile ilgili olmalıdır. Yükümlülüklerin bu şekilde askıya alınması "misilleme" olarak ifade edilmektedir. DSU 22.4 uyarınca, askıya alınan yükümlülükler nedeniyle davalının etkilenebilecek olan ticaret hacmi, davacının uğradığı zarar miktarına denk olmalıdır. Misilleme yaptırımı genellikle, davalının davacıya yüksek miktarda ihraç ettiği bir üründe gümrük vergisinin yükseltilmesi şeklinde uygulanır²³. Örneğin, Fransa'nın Dünya Ticaret Örgütü kurallarına aykırı olarak Türk menşeli otomobil ürünlerine uygulanan gümrük vergisini artırdığını ve Türkiye'nin açtığı dava sonucunda Panel tarafından bu vergilerin kaldırılması gerektiğine hükmedildiğini düşünelim. Fransa bu karara rağmen gümrük vergilerini indirmese (ve tazminat

²⁰ DS27, *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC-Bananas III) (Avrupa Toplulukları- Muz İthalatı, Satışı ve Dağıtımını Etkileyen Düzenleme, AT-Muz III)*.

²¹ *EC-Bananas III* Tahkim Kararı, para. 6.3.

²² **Halatçı Ulusoy**, s. 237.

²³ **Pfomrodze**, s. 86.

konusunda da anlaşma sağlanmazsa) Türkiye misilleme uygulamaya hak kazanır. Misilleme aynı anlaşma ve aynı sektöre ilişkin olmalıdır. Örneğimizde, Türkiye misilleme olarak, Uyuşmazlık Çözüm Organı'nın yetkilendirilmesiyle Fransa menşeli otomobillere ek gümrük vergisi uygulayabilir.

Aynı anlaşma ve aynı sektöre ilişkin yükümlülüklerin askıya alınması davalı tarafı kararı yerine getirmeye zorlamayacak, yani ihlalin giderilmesine etkili olmayacaksa, davacı, farklı sektör ve farklı anlaşmalardan doğan yükümlülüklerin askıya alınması da talep edilebilir(DSU m. 22).Bu şekilde bir askıya alma, “çapraz misilleme” olarak ifade edilmektedir²⁴. DSU 22. maddesi uyarınca, aynı anlaşma fakat farklı sektörlerde misilleme uygulayabilmek için davacı tarafından aynı sektörde misilleme uygulamanın etkin ve faydalı olmayacağı konusunda açıklama getirilmelidir. Farklı DTÖ anlaşmaları kapsamında misilleme uygulamak yani farklı anlaşmalardan doğan yükümlülüklerin askıya alınması içinse somut durumun gereklerinin çapraz misillemeyi zorunlu kılacak kadar vahim olduğu açıklanmalıdır.

B. Misilleme Yaptırımına Yönelik Eleştiriler

Panel ve Temyiz Organı işlevleri itibariyle adeta mahkeme ve üst yargı organı gibi çalışmaktadırlar. Ancak DTÖ uluslararası bir örgüt olduğu üzere, Panel ve Temyiz Organı kararlarının cebr-i icrası mümkün değildir. Bu nedenle kararın davalı tarafından rızaî olarak uygulamaması halinde bu ülkeyi kararı uygulamaya itebilecek yaptırımların varlığı önem arz etmektedir.

DSU 3. maddesi uyarınca, Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması sistemin güvenlik ve öngörülebilirliğini sağlamada en önemli unsurdur. Güvenlik ve öngörülebilirlik sadece karar verme sürecinin sağlıklı işlemesi ile sağlanamaz, aynı zamanda kararların uygulanması da gereklidir. Panel ve Temyiz Organı kararları ne kadar doğru ve hukuka uygun olurlarsa olsunlar, bu kararların uygulamasında sistematik bozukluk olması uzun vadede DTÖ'ye zarar verecektir²⁵.

²⁴ Slater, s. 1367; Halatçı Ulusoy, s. 239.

²⁵ DTÖ Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması kararlarının uygulanmasında problem olup olmadığı tartışmalıdır. Doktrin ve uygulamada bir görüş, kararların yerine getirilmediğini, uygulanmayan birçok Panel ve Temyiz Organı kararı olduğunu savunmaktadır.

DTÖ kurulmadan önce GATT döneminde, Panel ve Temyiz organı kararların kabul edilmesi usulünde olduğu gibi, davayı kaybeden tarafa misilleme uygulanması için tüm GATT üyelerinin onayı gerekmektedir (“pozitif konsensüs”)²⁶. Bu sistemde dava açılması ve dava sonunda verilen kararın kabul edilmesi ve uygulanması için davacı üyenin başvurusu yeterli değildi. Davalı da dahil olmak üzere tüm DTÖ üyelerinin davanın açılması (panel kurulması), kararın kabul edilmesi ve kararın uygulanması için olumlu yönde oy kullanması gerekmektedir²⁷.

Davayı kazanan tarafın, davalının rızası olmadan başvurabileceği bir yaptırım veya karşılık uygulama bulunmaktaydı²⁸. Davayı kaybeden taraf da genellikle kendisi aleyhine yaptırım uygulanmasına rıza göstermediği için, GATT döneminde misilleme yaptırımı hiç kullanılmamıştır²⁹. Etkili bir yaptırım mekanizması eksikliği nedeniyle bu dönemde Panel ve Temyiz Organı kararlarının %12’si uygulanmamış ve bu durumun sistemin güvenilirliği tehlikeye düşürdüğü gerekçesiyle uyuşmazlık çözüm sisteminde reforma gidilmiştir³⁰. Bu süreçte getirilen önemli yeniliklerden biri de GATT’de mevcut olmayan³¹ çapraz misilleme düzenlemesidir. Değişikliklere rağmen günümüzde DTÖ uyuşmazlık çözüm yolu ile ilgili en yoğun eleştiriler hala DTÖ yaptırımlarının yetersiz olduğu yönündedir.

DTÖ uyuşmazlık çözüm mekanizmasındaki yaptırım türleri; tazminat ve misilleme (ve çapraz misilleme) yaptırımlarıdır (DSU 22). Çalışmamızın kapsamı dışında kaldığı için tazminat yaptırımı ve bu yaptırımla ilgili

Diğer bir görüş uyarınca bu şekilde sistematik bir problem bulunmamakta, uygulanmayan kararlar istisnai nitelik göstermektedir. Kararların uygulanmasında sistematik bir problem olup olmadığı konusu çalışmamız kapsamı dışında kaldığından bu görüşler incelenmemektedir.

²⁶ **Halatçı Ulusoy**, s. 86.

²⁷ **Palmer/Mavroidis**, s. 3; **WTO Yayını**, s. 56.

²⁸ **Pfumorodze**, s. 84.

²⁹ **Davey**, s.124; **Anderson**, s. 124; (ABD’ye karşı iki kere talep edilmiş ancak veto edildiği için uygulanmamıştır) **Hudec - Remedies**, s. 352; **Abbott**, s. 2; **Lee**, s. 17.

³⁰ **Horlick/Coleman**, s. 144; DSU’da “negatif konsensüs” kuralı kabul edilmiştir. Yani UÇO’nun Panel kurulması, Panel ve Temyiz Organı kararlarının kabul edilmesi gibi kararları üyeler oybirliği ile ret etmedikçe kabul edilmiş sayılır (“Negatif Konsensüs”).

³¹ **Abbott**, s. 2.

eleştirilere yer verilmeyecektir. Ancak kısaca belirtmek gerekirse, DSU 22. maddesi uyarınca tazminat yaptırımının uygulanabilmesi için davalının tazminat yaptırımına rıza göstermesi gerekmektedir ve davalı genellikle rıza göstermediği için tazminat etkili bir yaptırım olarak görülmemektedir³².

Misilleme, DTÖ uyuşmazlık çözüm sistemi kapsamında tazminat yaptırımını haricinde düzenlenmiş yegane ve temel yaptırımdır³³. Ancak bu yaptırım da, özellikle gelişmekte olan ülkeler tarafından etkili bir şekilde kullanılmadığı, DTÖ genel ilkelerine aykırı olduğu gibi nedenlerle eleştirilmektedir. Çalışmamızın devamında bu eleştirilere yer verilerek genel bir değerlendirme yapılacaktır.

1. Gelişmekte Olan Ülkeler Açısından Etkili Bir Yaptırım Olmaması

Misilleme yaptırımı, yukarıda belirtildiği üzere³⁴, davacının DTÖ anlaşmalarından doğan yükümlülüklerinin davalı aleyhine askıya alınmasıdır. Bu yaptırımın etkili olabilmesi, yani davalıyı kararı uygulamaya zorlaması için, davalının ticari çıkarının misilleme uygulanmasından zarar görmesi gerekmektedir³⁵. Dolayısıyla, davalı ülkenin davacı ülkeye ihracatının hiç olmadığı ve sınırlı olduğu durumlarda misilleme yaptırımı etkili olmamaktadır³⁶. Örneğin, *Canada-Aircraft*³⁷ davasında Kanada'nın DTÖ yükümlülüklerini ihlal ettiği tespit edilmiş ve Brezilya misilleme uygulamak üzere yetkilendirilmiştir. Ancak Brezilya'nın Kanada'ya olan ihracat hacmi Kanada'yı kararı uygulamaya zorlayabilecek ölçüde olmadığı için yetkilendirildiği halde Brezilya misilleme yaptırımını uygulayamamıştır³⁸.

³² Tazminat yaptırımı genellikle maddi tazminat olarak değil, davalının dava konusu haricinde bir başka sektöre uyguladığı gümrük vergilerini azaltması şeklinde gerçekleşmektedir (Pfumrodze, s. 84; Halatçı Ulusoy, s. 235).

³³ Hudec - Developing Country Perspective, s. 84; Davey, s. 123.

³⁴ Bkz. II-A.

³⁵ Hudec - Developing Country Perspective, s. 84.

³⁶ Skyes, s. 8.

³⁷ *Canada - Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft (Canada-Aircraft)* (DS70) (Kanada- Sivil Havacılığı Etkileyen Düzenlemeler) (Kanada-Uçak)

³⁸ Meagher, s. 223; Kaldı ki Brezilya gelişmekte olan ülke olmasına rağmen büyük bir ekonomiye sahiptir (Slater, s. 1370).

Misilleme yaptırımı en çok, gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkelerin sınırlı bir pazara sahip olmaları nedeniyle³⁹ gelişmiş ülkelere karşı zorlayıcı bir etkisi bulunmadığı yönünde eleştirilmektedir⁴⁰. Zira, ticaret hacminin küçüklüğünden dolayı misillemenin etkili olmaması az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkelerin gelişmiş ülkelere nazaran daha sık karşılaştığı bir sorundur⁴¹. DTÖ 2007 Dünya Ticaret Raporu'nda da küçük ülkelerin misilleme yaptırımı uygulamalarının büyük ülkelere nazaran çok daha sınırlı bir etkiye sahip olduğu belirtilmiştir⁴². Misillemenin amacı davalıyı kararı uygulamaya zorlamaktır⁴³. Ancak, davalı için misillemeye rağmen DTÖ anlaşmalarına aykırı uygulamayı yürürlükte tutmak daha avantajlıysa, davalı kararı uygulamak yerine misilleme yaptırımına katlanmayı tercih etmektedir⁴⁴. Az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler gelişmiş ülkeler için önemli bir pazar oluşturmadıkları sürece, pazarlarını kapatmaları karşısındaki ülkeyi kararı uygulamaya zorlamamaktadır.

Az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler açısından misillemeyle ilgili bir diğer sorun; misilleme uygulamaları halinde davalı gelişmiş ülkenin sağladığı AIDS yardımı, ayrıcalıklı ticaret anlaşmaları⁴⁵ gibi diğer avantajları kaybetme korkusudur⁴⁶.

GATT sisteminden DTÖ uyuşmazlık sistemine geçişte misilleme yaptırımının daha ayrıntılı bir şekilde düzenlenmesi, güç odaklı bir düzen yerine hukuk merkezli bir yapı kurulması yolunda atılan adımlardan biridir⁴⁷. Hukuk merkezli bir yapının az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler lehine işleyeceği düşünülebilir⁴⁸, ancak yukarıda açıklanan nedenlerle ve ayrıca

³⁹ **Phoon**, s. 2.

⁴⁰ **Hudec** - Developing Country Perspective, s. 84; **Davey**, s. 125; **Koratana**, s. 197; **Cho**, s. 785; **Bronkers/Broek**, s. 104.

⁴¹ **Hudec** - Developing Country Perspective, s. 84.

⁴² World Trade Report 2007, WTO, at 284; **Nottage**, s. 7.

⁴³ *EC-Bananas III* Tahkim Kararı, para. 6.3; **Pfumorodze**, s. 86.

⁴⁴ **Mavroidis**, s. 807.

⁴⁵ Ticaret ayrıcalıkları "Genelleştirilmiş Tercihler Sistemi" olarak ifade edilmektedir.

⁴⁶ **Leckgoewe**, bölüm 12.1; **Meagher**, s. 222.

⁴⁷ **Abbott**, s. 3.

⁴⁸ **Bush/Reinhardt**, s. 195.

gelişmekte olan ülke ekonomilerinin ihracata daha bağımlı olmalarından dolayı bu değişiklik gelişmiş ülkeler açısından daha avantajlı olmuştur⁴⁹.

2. Ortaya Çıkan Sonucun Dünya Ticaret Örgütü Temel Amacına Aykırı Olması

Dünya Ticaret Örgütü'nün temel amacı uluslararası ticaretin, eşitlik ilkesine uygun olarak liberalleşmesini sağlamaktır⁵⁰. Misilleme yaptırımları hem ticaretin liberalleşmesi ve hem de eşitlik ilkesine aykırı sonuçlar doğurmakta,⁵¹ serbest ticaretle ilgili kazanımları zedelemektedir⁵². Serbest ticaretin engellenmesi nedeniyle misilleme uygulayan davacı ülkenin ekonomisi için de olumsuz sonuçlar doğmaktadır⁵³. *EC-Bananas* Tahkim kararında⁵⁴ da bu durum tartışılmış, özellikle davacı ve davalı arasında ekonomik güç açısından önemli bir fark olduğu durumlarda, misilleme uygulayan davacının ekonomisinin olumsuz yönde etkileneceği belirtilmiştir⁵⁵.

Misilleme yaptırımı ayrıca, davacının zarar gören endüstrisine doğrudan bir fayda sağlamamakta,⁵⁶ sadece davalı tarafta yerleşik ihracatçılara ve misilleme başka bir sektörde uygulanıyorsa davayla ilgisi olmayan ihracatçılara zarar vermektedir⁵⁷.

Misilleme yaptırımı, misilleme uygulayan ülkedeki tüketiciler için de olumsuz sonuçlar doğurmaktadır⁵⁸. Zira, misilleme yaptırımıyla ithalat kısıt-

⁴⁹ **Hudec** - Developing Country Perspective s. 84; **Imdad**, s. 15; Hukuka aykırı bir uygulamanın yine hukuka aykırı bir yaptırımla giderilmeye çalışılması güçlü olan taraf için avantajlı olacaktır (**Babu**, s. 459); **Bronkers/Broek**, s. 102; **Nottage**, s. 7.

⁵⁰ Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması Giriş Notu.

⁵¹ **Pfumorodze**, s. 86.

⁵² **Charvovitz**, s. 792; **Cho**, s. 786; **Babu**, s. 454; **Imdad**, s. 14.

⁵³ **Anderson**, s. 129; **Hudec** - Remedies, s. 364; **Imdad**, s. 13.

⁵⁴ *EC-Bananas* Tahkim Kararı, para. 86.

⁵⁵ **Anderson**, s. 129.

⁵⁶ **Anderson**, s. 130; **Imdad**, s. 14; **Bronkers/Broek**, s. 106.

⁵⁷ **Bronkers/Broek**, s. 103; Örneğin Avrupa Birliği'nin *EC-Bananas* davalarında kararı uygulamaması nedeniyle Amerika Birleşik Devletleri misilleme uygulaması ve bu yaptırımdan İtalyan pil üreticileri zarar görmüştür (**Bronkers/Broek**, s. 103).

⁵⁸ **Anderson**, s. 130; **Babu**, s. 453; **Abbott**, s. 11.

lanmakta, ithal ürünlerin yarattığı rekabet ortamı bozulmakta ve tüketicilerin o ürünü daha ucuz satın almaları engellenmektedir⁵⁹.

3. Misilleme Yaptırımının Geçmişe Etkili Olmaması

DTÖ Uyuşmazlık Çözüm Mekanizması'nda davacının DTÖ'ye başvurmasından kararın uygulanmasına kadar geçen süre ortalama 32 ila 35 ay arasında değişmektedir⁶⁰. Bu uzun süreye karşın DSU'da Panel ve Temyiz Organı sürecinde uygulanabilecek olan geçici bir hukuki koruma düzenlenmemiştir.

Misilleme yaptırımı da ancak uygulama tarihinden itibaren etkili olduğu üzere UÇM'de hukuka aykırı uygulamadan doğan zarar geriye dönük olarak tazmin edilmemekte⁶¹ ve oldukça uzun süren yargılama dönemindeki hukuka aykırılık yaptırımsız kalmaktadır. Örneğin, dava konusu anti-damping önlemlerinin hukuka aykırı olduğuna karar verilse de, misilleme yaptırımıyla tahsil edilen anti-damping vergilerinin iadesi sağlanamamaktadır⁶². Bu durum davalının kararı mümkün olduğunda geç uygulamasına neden olmaktadır⁶³.

Misilleme yaptırımının geçmişe etkili olmamasının bir diğer olumsuz sonucu da davacı ülkede yerleşik ihracatçılara ilişkindir. Özellikle ihracata bağımlı sektörlerde hukuka aykırı uygulamadan etkilenen üreticiler, kararın uygulanmasına kadar geçen sürede rekabet gücünü kaybetme riski altındadır ve misilleme yaptırımı bu soruna bir çözüm sunamamaktadır⁶⁴.

Meksika bu problemin çözümü için DSU m. 22.1 ve 22.2 maddelerinde değişiklik yapılması önerisinde bulunmuştur. Bu öneriye göre; davacı, Panel yargılaması sırasında veya en azından kararın uygulanması için makûl süre beklenmeden misilleme uygulamak üzere yetkilendirilecektir⁶⁵. Bu şekilde

⁵⁹ **Pfumorodze**, s. 86.

⁶⁰ **Fernandez**, s. 237.

⁶¹ **Davey**, s. 125; **Anderson**, s. 129; **Babu**, s. 453; **Hudec - Remedies**, s. 366; **Bronkers/Broek**, s. 103; **Appleton**, s. 3.

⁶² **Meagher**, s. 222.

⁶³ **Davey**, s. 125; **Lee**, s. 127.

⁶⁴ **Fernandez**, s. 240.

⁶⁵ **Fernandez**, s. 238.

misilleme yaptırımının geçmişe etkili olmamasından doğan problemlerin giderilmesi ve davalının kararı daha kısa sürede uygulaması amaçlanmıştır. Ancak öneri diğer DTÖ üyeleri tarafından kabul görmemiş ve değişikliğe gidilmemiştir.

C. Çapraz Yaptırım Hakkında Genel Bilgi ve Bu Yaptırıma İlişkin Eleştiriler

Misilleme, yukarıda belirtildiği üzere, özellikle gelişmekte olan ve az gelişmiş devletler açısından etkili bir yaptırım olmadığı yönünde eleştirilmektedir⁶⁶. DSU 22.3.c. maddesi misilleme yaptırımının etkili olmadığı halleri düzenlemiş ve çapraz yaptırımı mümkün kılmıştır. Çapraz yaptırım; aynı sektör ve aynı anlaşmayla ilgili misillemenin etkili ve elverişli olmadığı durumlarda, davacının farklı bir anlaşmadan doğan yükümlülüklerinin askıya alınmasıdır. Daha somut olarak ifade etmek gerekirse; üye devletler, her bir emtia için uygulayacakları gümrük vergisiyle ilgili DTÖ'ye bildirimde bulunurlar⁶⁷. GATT çerçevesinde uygulanabilecek olan tipik yaptırım bildirilen bu gümrük vergisi oranlarının davalıya karşı artırılmasıdır. Ancak bir önceki bölümde belirtildiği üzere, az gelişmiş ve özellikle küçük bir pazara sahip olan gelişmekte olan ülkelerin gümrük vergilerini yükseltmeleri ve pazarlarını gelişmiş ülkelere kapatması genellikle davalı gelişmiş ülkenin ekonomisini etkilememektedir⁶⁸. Bu durumlarda DSU m. 22 uyarınca gelişmiş ülkeleri daha fazla etkileyebilecek anlaşmalardan doğan yükümlülüklerin askıya alınması mümkündür. Az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler çapraz misilleme olarak genellikle, gelişmiş ülkelerin daha fazla çıkarının olduğu Ticaretle Bağlantılı Fikri Mülkiyet Hakları Anlaşması⁶⁹ (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights "TRIPS") ve Hizmetler Ticareti Genel Anlaşması'ndan⁷⁰ (General Agreement on

⁶⁶ Bkz. II-B-1.

⁶⁷ Üyeler "Bağlı Tarife Oranları" (Bound Tariff Rates) olarak ifade edilen bu gümrük vergisi oranlarını daha düşük uygulayabilirler (applied tariff rates-uygulanan tarife oranları) ancak daha yüksek gümrük vergisi tahsil edemezler.

⁶⁸ Bkz. Bkz. II-B-1.

⁶⁹ Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'na Ek-C olarak 25.02.1995 tarih ve 22213 sayılı Mükerrer Resmi Gazete'de yayınlanarak Türkiye'de yürürlüğe girmiştir

⁷⁰ Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'na EK 1-B olarak 25.02.1995 tarih ve 22213 sayılı Mükerrer Resmi Gazete'de yayınlanarak Türkiye'de yürürlüğe girmiştir.

Services- “GATS”) doğan yükümlülüklerinin askıya alınmasını talep etmektedirler⁷¹.

1. GATS Kapsamında Çapraz Misilleme

GATS uluslararası hizmet ticaretine hakim olan genel kuralları düzenlemektedir. Hizmet ticareti kapsamına bankacılık, telekomünikasyon, turizm gibi sektörler girmektedir. Örneğin yabancı bir telekomünikasyon firmasının Türkiye’de hizmet verebilmesi veya yabancı bir bankanın şube açması esasen uluslararası hizmet ticareti kapsamında değerlendirilir. Bu ve benzeri yatırımların izinleri üyelerin iç hukuklarında düzenlese de, bu düzenlemelerin çerçevesini GATS çizmektedir⁷².

Brezilya, Rusya, Hindistan, Çin Halk Cumhuriyeti ve Rusya Federasyonu (BRICS ülkeleri) gibi gelişmekte olan ülkelerin uluslararası yatırımlarının artmasıyla GATS’in son yıllarda gelişmekte olan ülkeler için de önemi artmaya başlasa da, bu anlaşmanın gelişmiş ülkeler açısından önemi oldukça büyüktür. Dolayısıyla gelişmekte olan ülkeler tarafından GATT kapsamında misilleme uygulamaktansa hizmet ticareti alanında yükümlülüklerin askıya alınması, gelişmiş ülkeleri DTÖ uyuşmazlık çözüm organı kararların uygulamaya zorlayabilir. Özellikle, davacı ülke tarafından bankacılık, telekomünikasyon gibi güçlü sektörlerde misilleme uygulanması halinde bu sektördeki özel şirketler (yatırımcılar) davalı ülkeye baskı yaparak kararın uygulanmasını sağlayabilirler⁷³.

Ancak GATS’den doğan yükümlülüklerin çapraz misilleme olarak askıya alınmasının iki temel problemi vardır. Birincisi, GATS’de üyeler sadece anlaşmanın ekinde vermiş oldukları taahhütlerde belirttikleri sektör ve mod ile bağlıdırlar ve gelişmekte olan ülkelerin, gelişmiş ülkelere göre nispeten daha az taahhütleri bulunmaktadır⁷⁴. Bu nedenle gelişmekte olan ülkelere ancak çok azı GATS anlaşmasından doğan yükümlülüklerini

⁷¹ Slater, s. 1368 (Slater bu tespiti sadece TRIPS için yapmıştır ancak kanaatimizce GATS için de aynı yorum geçerlidir).

⁷² Bölgesel veya ikili yatırım anlaşmaları kapsamındaki düzenlemeler hariç olmak üzere.

⁷³ Appleton, s. 32.

⁷⁴ Appleton, s. 1; Phoon, s. 5.

askıya almak sureti ile davalı üyeyi kararın uygulanmasına zorlayabilir⁷⁵. İkinci olarak, hizmet ticareti genellikle şikâyetçi ülkede, davalı tarafça yatırım yapılması suretiyle sağlanmaktadır. Bu yükümlülüğün askıya alınması yatırımların engellenmesi anlamına gelecektir ve yatırımların ülke istihdamına katkısı göz önüne alındığında ekonomik olarak rasyonel bir çözüm olmadığı ortadadır⁷⁶.

Sonuç olarak, GATS anlaşmasından doğan yükümlülüklerin askıya alınarak kararın uygulanmasını sağlamaya çalışmak hem hukukî ve hem de ekonomik açıdan istenmeyen sonuçlar doğurabilecek niteliktedir⁷⁷. Bu nedenle kanaatimizce GATS kapsamındaki çapraz misilleme, az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler tarafından tercih edilmemesi gereken bir yaptırım türüdür. TRIPS kapsamında çapraz misilleme uygulanması daha etkili ve misilleme uygulayan ülkenin ekonomisine daha zararlı olacaktır⁷⁸.

2. TRIPS Kapsamında Çapraz Misilleme

TRIPS, ticaretle bağlantılı fikri hakların korunması için tüm DTÖ üye ülkelerde geçerli uluslararası bir standart getirmeyi amaçlamaktadır. Bu amaçla TRIPS Anlaşması'nda ticaretle bağlantılı fikri hakların korunması için temel standartlar belirlenmiştir. Üyeler fikri haklarla ilgili iç hukuktaki düzenlemelerinde bu standartlardan daha yüksek bir korunma sağlayabilirler ancak bu standartlardan daha düşük bir koruma TRIPS'e aykırı kabul edilmektedir. Gelişmekte olan ülkeler için bu standartlar önemli taahhütler olarak kabul edilmektedir⁷⁹.

TRIPS kapsamında çapraz yaptırım uygulanması fikri sınai haklar için anlaşmada belirlenen korumanın kaldırılması şeklinde gerçekleşmektedir. Örneğin, davacı ülke Uyuşmazlık Çözüm Organı tarafından yetkilendirilmesi halinde, davalı ülkede kurulu bir ilaç firmasının patentini 20 yıllık koruma süresi bitmeden kaldırabilir ve ülkesinde jenerik ilaç üretimine müsaade edebilir⁸⁰.

⁷⁵ **Appleton**, s. 1.

⁷⁶ **Appleton**, s. 1.

⁷⁷ Bu konuda ayrıntılı çalışma için bkz. **Appleton**.

⁷⁸ **Appleton**, s. 35.

⁷⁹ **Phoon**, s. 5.

⁸⁰ **Slater**, s. 1366.

Fikri sınai hakların korunması, özellikle fikri sınai hak ihraç eden gelişmiş ülkeler açısından önem taşımaktadır. DTÖ'nün kuruluş sürecinde TRIPS'in DTÖ anlaşmaları arasında yer almasını da, ekonomisinin önemli bir bölümünü fikri sınai hak ihracı oluşturan ABD talep etmiştir⁸¹. Bu nedenle TRIPS kapsamında çapraz misilleme uygulanması, gelişmiş ülkeleri DTÖ UÇO kararlarını uygulamaya zorlayabilecek bir yaptırım olarak değerlendirilmelidir.

TRIPS kapsamında misilleme uygulamak GATT ve GATS'den farklı olarak misilleme uygulayan ülkenin ekonomisine doğrudan bir zarar vermez⁸². Zira TRIPS kapsamında misilleme uygulanması, misilleme uygulayan ülkeye ithalatı sınırlamadığı için serbest ticareti engellememektedir. Böylelikle rekabet ortamı bozulmamakta, ithal ürünleri imalatlarında girdi olarak kullanan diğer üreticiler zarar görmemektedir.

TRIPS kapsamında misilleme uygulanmasının olumlu bir yönü de, yaptırımdan zarar gören hak sahiplerinin kararın uygulanması için davalı hükümete baskı yaparak kararın uygulanmasına yardımcı olmalarıdır⁸³. Zira bir ülkede fikri sınai haklar korumasının askıya alınmasından genellikle fikri sınai hak ihraç eden gelişmiş ülkelerin şirketleri etkilenmektedir. TRIPS bu şirketlerin fikri ve sınai haklarının korunması için genellikle en temel güvencesi oluşturmaktadır. Örneğin ABD'de kurulu bir ilaç firmasının Hindistan'da patent hakkının korunması bu ülkenin yerel mevzuatından ziyade, Hindistan'ın uluslararası yükümlülüklerinden olan TRIPS ile olmaktadır. DTÖ'nün Hindistan'ı TRIPS anlaşmasından doğan yükümlülüklerini askıya almak için yetkilendirdiği durumda ABD'li ilaç şirketlerinin patent hakkı en azından DTÖ kapsamında uluslararası koruma güvencesini yitirmiş olmaktadır. Hal böyle olunca, bu şirketler haklarının korunması, TRIPS'in askıya alınmaması için kendi hükümetlerine DTÖ kararlarını uygulamaları için baskı yapmaktadır.

DTÖ'nün kurulmasından bugüne kadar TRIPS anlaşmasından doğan hakların askıya alınmasının talep edildiği üç dava örneği olmuştur. *EC-*

⁸¹ Slater, s. 1366.

⁸² Abbott, s. 11.

⁸³ Zdouc, s. 526.

Bananas davasında Ekvador, *US-Gamling*⁸⁴ davasında Antigua ve Barbuda, ve son olarak *US-Upland Cotton*⁸⁵ davasında Brezilya fikrî ve sınaî haklarda çapraz yaptırım talep etmiştir⁸⁶.

a. EC-BananasIII

EC-Bananas III davasının konusu, Avrupa Birliği'nin (dava açıldığı sırada Avrupa Toplulukları) muz ithalat sistemidir Davaya konu olan ithalat rejimiyle; Afrika, Karayip ve Pasifik ülkelerindeki muz üreticilerine diğer DTÖ üyelerine nazaran ayrıcalıklı piyasa girişi sağlanmaktadır. Şikayetçi ülkelerden Ekvador Cumhuriyeti bu ithalat sisteminin DTÖ'nün temel ilkerlerinden olan "en çok gözetilen ulus" (Most Favored Nation-MFN) ilkesine aykırı olduğu iddiasıyla 1996 yılında Dünya Ticaret Örgütü Uyuşmazlık Çözüm Organı'na başvurmuştur. 1997 yılında Panel bu sistemin DTÖ Anlaşmalarına aykırı olduğuna ve kaldırılması gerektiğine hükmetmiştir.

Avrupa Birliği makul süre içinde kararı uygulamamış ve Ekvador Cumhuriyeti UÇO'ya başvurarak misilleme yaptırımı uygulamak için yetkilendirme talep etmiştir. UÇO 2000 yılında Ekvador Cumhuriyeti'ni; GATT, GATS ve TRIPS kapsamındaki yükümlülüklerini Avrupa Birliği'ne karşı askıya almak üzere yetkilendirmiştir. Gerçekten de Ekvador'un pazarı sadece GATT yükümlülüklerinin askıya alınmasıyla Avrupa Birliği'ni DTÖ kararını uygulamaya zorlayabilecek kadar büyük değildir⁸⁷. Ekvador Cumhuriyeti yetkilendirilmiş olmasına rağmen TRIPS kapsamında misilleme hakkını hiç kullanmamıştır⁸⁸.

Taraflar 2012 yılında DTÖ'ye ortak bildirimde bulunarak aralarındaki uyuşmazlığın giderildiğini beyan etmişlerdir⁸⁹.

⁸⁴ DS285 *United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (US-Gambling)* (Amerika Birleşik Devletleri, Sınır Ötesi Kumar ve Bahis Hizmetlerini Etkileyen Düzenlemeler, ABD-Kumar).

⁸⁵ DS267, *United States - Subsidies on Upland Cotton (US-Upland Cotton)* (ABD-Pamuk Üretiminde Teşvik, ABD-Pamuk).

⁸⁶ **Abbott**, s. 1 vd.

⁸⁷ **Phoon**, s. 6.

⁸⁸ **Slater**, s. 1368.

⁸⁹ http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds27_e.htm.

b. US-Gambling

US-Gambling davasının konusu Amerika Birleşik Devletleri (ABD)'nin kumar ve bahisle ilgili hukuki düzenlemeleridir. Antigua ve Barbuda bu düzenlemelerin GATS'e aykırı olduğu, bu düzenlemeler nedeniyle yabancı şirketlerin ABD'de kumar ve bahis hizmeti sunamadıkları iddiasıyla 2003 yılında UÇO'ya başvurmuştur⁹⁰. 2004 yılında Panel, Antigua ve Barbuda'yı haklı bularak ABD'nin kumar ve bahis hizmetleriyle ilgili düzenlemesinin GATS'e aykırı olduğuna ve kaldırılması gerektiğine hükmetmiştir⁹¹. ABD tarafından Panel kararını uygulanmamış ve Antigua ve Barbuda 2013 yılında UÇO tarafından TRIPS kapsamında çapraz yaptırım uygulamak üzere yetkilendirilmiştir⁹². ABD buna rağmen kararı bugüne kadar uygulamamıştır. Antigua ve Barbuda 2013 yılında DTÖ'ye yaptığı bildirimde, kararın uygulanmamasının ekonomilerine büyük zarar verdiği, eskiden istihdamın %5'ini sağlayan sektörün ABD'nin uluslararası yükümlülüklerini yerine getirmemesi nedeniyle bitme noktasına geldiğini ifade etmişlerdir⁹³.

Antigua ve Barbuda da bugüne kadar misilleme yaptırımını uygulamamıştır.

c. US-Upland Cotton

US-Upland Cotton davasının konusu ABD'nin pamuk üreticilerine sağladığı teşviktir. Dava 2002 yılında Brezilya'nın UÇO'ya başvurarak pamuk üretimindeki teşvik sisteminin Dünya Ticaret Örgütü Teşvik ve Telafi Edici Önlemler Anlaşması'na⁹⁴ aykırı olduğu iddiası DTÖ'ye başvurusuyla başlamıştır⁹⁵. Panel, Brezilya'yı haklı bulmuş ve ABD'nin DTÖ kurallarına aykırı teşvikleri kaldırması gerektiğine hükmetmiştir⁹⁶. Ancak ABD kararı uygulamamış ve Panel Brezilya'yı ABD'ye karşı fikri ve sınaî

⁹⁰ *US-Gambling*, Müzakere Başvurusu, DS/285/1.

⁹¹ *US-Gambling*, Panel Kararı, DS/285/R.

⁹² http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/ds285_e.htm.

⁹³ WT/DS285/26, Antigua ve Barbuda 25.04.2013 tarihli DTÖ bildirimini.

⁹⁴ Türkiye'de, Dünya Ticaret Örgütü Kuruluş Anlaşması'na ek olarak 25.02.1995 tarih ve 22213 sayılı Mükerrer Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

⁹⁵ *US-Upland Cotton*, Müzakere Başvurusu, DS/267/1.

⁹⁶ *US-Upland Cotton*, Panel Kararı, DS/267/R.

haklar alanında çapraz yaptırım uygulaması için yetkilendirilmiştir⁹⁷. Bu karar üzerine Brezilya, ABD ilaç firmalarının patentlerinin süresi dolmadan üzerlerindeki korumayı kaldıracağını açıklamıştır⁹⁸. Bu şekilde bir misilleme ABD ekonomisine 229 milyon dolara kadar zarar verebilecek niteliktedir. Sonuç olarak, ABD ve Brezilya misilleme yaptırımının uygulanmasına gerek kalmadan 2014 yılında anlaşmışlardır⁹⁹. Bu uyuşmazlıkta da DTÖ kurallarına aykırı teşviklerin kaldırılması 12 yıl almıştır.

d. Davalar Işığında TRIPS Kapsamındaki Çapraz Yaptırımın Değerlendirilmesi

EC-Bananas, *US-Upland Cotton* ve *US-Gambling* davaları TRIPS yükümlülüklerinin askıya alınmasının gelişmiş ülkeler tarafından etkili bir şekilde kullanılabilmesini ve davalı ülkenin nihai olarak UÇO kararlarını uygulamaya zorladığını göstermektedir¹⁰⁰. Gerçekten de, *EC-Bananas III* davasında Antigua ve Barbuda, Avrupa Birliğini; *US-Gambling* davasında da Brezilya, ABD'yi kararı uygulamaya zorlamıştır ve DTÖ'ye aykırı uygulama yürürlükten kaldırılmıştır. Ancak bu iki davada kararların uygulanması on yıldan fazla sürmüştür. DTÖ uyuşmazlık çözüm mekanizmasında geriye dönük, yargılama ve kararın uygulanması için geçen sürede meydana gelen zararı tazmin edebilecek bir yaptırım bulunmamaktadır. Bu açıdan bakıldığında da doğrudan misilleme yaptırımında olduğu gibi TRIPS kapsamında da çapraz misillemenin eksik kalan yönleri olduğu açıktır¹⁰¹. *US-Gambling* davasında ise, aradan geçen onbir yılı aşkın süreye rağmen ABD tarafından karar hala uygulanmamıştır. DTÖ kurallarına aykırı düzenleme nedeniyle davacı Antigua ve Barbuda ekonomisi önemli ölçüde zarar görmüştür.

İncelenen bu davaların ortak bir diğer özelliği de, UÇO tarafından yetkilendirilmiş olmalarına rağmen, Brezilya, Antigua ve Barbuda ve Ekvador'un çapraz misilleme uygulamamış olmalarıdır. Bu sonuç geliş-

⁹⁷ *US-Upland Cotton*, Panel Kararı, para. 6.5.

⁹⁸ **Guan**, s. 841.

⁹⁹ WT/DS267/46, *US-Upland Cotton*, Uzlaşma Bildirimi.

¹⁰⁰ **Skyes**, s. 14; **Hudec** - Developing Country Perspective, s. 88.

¹⁰¹ *US-Gambling davası*, misilleme yaptırımının gelişmekte olan ve az gelişmiş ülkeler tarafından etkili bir şekilde kullanılmadığını göstermektedir (**Koratana**, s. 204).

mekte olan ülkelerin özellikle ticari ilişkide oldukları diğer ülkelerle ilişkilerini bozmak istememelerinin bir yansımasıdır¹⁰².

TRIPS kapsamındaki çapraz misillemenin incelenen davalardan bağımsız olmak üzere başkaca olumsuz yönleri de mevcuttur. Öncelikle, TRIPS anlaşması ile ilgili yükümlülüklerin askıya alınması, fikri sınai hakları ihlal eden endüstri haricinde kimse fayda sağlamayacaktır¹⁰³. Ortaya çıkan sonuç misilleme uygulayan ülkenin fikri sınai haklar sistemini zayıflatacak ve DTÖ TRIPS prensiplerine de aykırı sonuçlar doğuracaktır¹⁰⁴.

TRIPS çerçevesinde çapraz misilleme uygulamanın bir diğer olumsuz sonucu da misilleme uygulayan ülkenin Bern, Roma ve Paris Konvansiyonu gibi diğer uluslararası yükümlülüklerini ihlal etme tehlikesidir¹⁰⁵. *EC-Bananas III* Tahkim kararında hakem heyeti Ekvador'u TRIPS kapsamında misilleme uygulamaya yetkilendirirken, fikri sınai haklar korumasını kaldırmanın Ekvador'un diğer uluslararası anlaşmalardan doğan yükümlülüklerini ihlal edip etmediği konusunun kendi yargılama yetkileri dışında olduğunu belirtmiştir¹⁰⁶. Bern, Roma ve Paris Konvansiyonu gibi fikri sınai hakları düzenleyen diğer uluslararası anlaşmalar DTÖ sistemi dışında kalsalar da üyeler DTÖ'nün verdiği hakları kullanırken diğer uluslararası yükümlülüklerini de dikkate almalıdırlar.

Yukarıda incelenen davalar ve görüşler ışığında TRIPS kapsamında uygulanan misilleme yaptırımı hakkında olumlu ya da olumsuz bir neticeye varmadan önce bu misillemenin temellerinin de dikkate alınması gerekmektedir. Uruguay Müzakereleri'nde özellikle fikri sınai haklar korumasını güvence altına almak için TRIPS ve ihlali halinde çapraz misilleme uygu-

¹⁰² **Babu**, s. 457; Ekvator çapraz misilleme kararını uygulamamış, Avrupa Birliği ile müzakerelere neticesinde uzlaşma sağlanmıştır. Zira Ekvator, misilleme uygulayarak Avrupa Birliği ile ekonomik ilişkilerini askıya almak istememiştir (**Cho**, s. 786).

¹⁰³ **Mavroidis**, s. 811; Slater ilaç patentlerinde zorunlu lisans vererek ilaç sektöründe misilleme uygulamanın gelişmekte olan ülkelerin ucuz ilaca ulaşmasını sağlayarak ekonomik fayda elde edilebileceğini savunmaktadır (Ayrıntılı bilgi için bkz. **Slater**, s. 1390-1394).

¹⁰⁴ **Bronkers/Broek**, s. 103.

¹⁰⁵ **Zdouc**, s. 526; Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Abbott**, s. 13 vd.

¹⁰⁶ *EC-Bananas* Tahkim Kararı, para. 152.

lanmasını esasen ABD talep etmiş ve DSU yer almasını sağlamıştır¹⁰⁷. Böylelikle fikri sınai haklar korumasını sağlamayan ülkeleri GATT kapsamında yaptırım uygulamak ve pazarını kapatmakla tehdit ederek fikri sınai haklar korumasını sağlamayı hedeflemiştir¹⁰⁸. Ancak gelişmekte olan ülkeler tam tersine TRIPS kapsamında çapraz misilleme talep ederek, fikri sınai haklar korumasını askıya alma tehdidiyle ihracat pazarlarını korumuşlardır. Bu açıdan bakıldığında, TRIPS kapsamındaki misilleme gelişmekte olan ülkeler açısından son derece faydalı olmuştur. Ancak *US-Gambling* örneğinde çapraz misilleme hiç işe yaramamış ve karar hala uygulanmamıştır. *EC-Bananas III* ve *US-Gambling* davalarında ise kararların uygulanması çok uzun süre almıştır.

Sonuç olarak TRIPS kapsamında uygulanan çapraz misilleme, gelişmekte olan ülkelere alternatif bir yol sağlamakta, pazarlık güçlerini artırmaktadır. Ancak bu düzenleme de DTÖ sisteminden bağımsız; üyeler arasındaki ekonomik ve politik güç farklılıklarını tamamen giderebilecek bir yaptırım türü değildir. Geçmişe dönük zararların tazminini sağlamadığı gibi üyelerin DTÖ dışındaki diğer uluslararası yükümlülüklerinin ihlal edilmesi riski de taşımaktadır.

III. KOLEKTİF MİSİLLEME ÖNERİSİ

DSU uyarınca, uyuşmazlık konusuyla ilgili çıkarı bulunan ülkelerin “3. taraf” olarak davaya katılabilmeleri mümkündür. Ancak, 3. taraf olarak dava yer alsada dahi, davacı haricinde bir üyenin davalıya karşı yaptırım uygulaması mümkün değildir¹⁰⁹. 1965 yılında (GATT döneminde) gelişmekte olan ülkeler tarafından yaptırımların etkinliğini artırmak amacıyla kolektif yaptırım imkânının tanınması önerisi getirilmiştir¹¹⁰. DTÖ döneminde de benzer bir

¹⁰⁷ Slater, s. 1368.

¹⁰⁸ Abbott, s. 3 (Abbott bu tespiti ABD özelinde değil, TRIPS’in DTÖ kapsamına alınmasını talep eden tüm üyeler için yapmıştır).

¹⁰⁹ Uluslararası Hukuk Komisyonu tarafından hazırlanan, “Devletlerin Sorumluluğu Taslak Düzenlemeler” 54. maddesinde çoklu yaptırım imkanı tanınmıştır ancak DTÖ sistemi özerk bir sistem olarak kabul edildiği için bu madde DTÖ Anlaşmazlıkların Halli Mekanizmasında uygulanmamaktadır (Korotana, s. 197).

¹¹⁰ Committee on Trade and Development Ad Hoc Group on Legal Amendments to the General Agreement, *Proposal Submitted by the Brazilian and Uruguayan Delegations, Draft Decision on Article XXIII*, 12, COM.TD/F/W/4, Hudec, s. 84.

öneri Afrika ve Az Gelişmiş Ülkeler Grubu tarafından yinelenmiştir¹¹¹. Bu öneri davacının yanında diğer üye ülkelerin davalıya toplu bir şekilde misilleme uygulamasına ilişkindir. Kolektif yaptırım, sadece davacı tarafından misilleme uygulanmasının etkili olmadığı durumlarda kullanılabilir¹¹². Çoklu yaptırımı destekleyenler, çoklu yaptırımın, gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler arasındaki dengesizliği giderebileceğini¹¹³, kararların uygulanmasını sağlayacağını ve DTÖ'de daha hukuk merkezli bir yapı oluşturmaya katkı sağlayacağını ileri sürmektedirler¹¹⁴. Ancak kanaatimizce giderek yaygınlaşmakta olan bölgesel ticaret anlaşmaları nedeniyle kolektif misilleme uygulamak mümkün değildir¹¹⁵. Ayrıca kolektif misilleme, şu an uygulanmakta olan misillemenin olumsuz yönlerini barındırmaktadır. Örneğin, kolektif misillemenin davacının hukuka aykırı uygulama nedeni ile zarar gören endüstrisine bir katkısı olmayacaktır¹¹⁶. Hatta, ortaya çıkan netice serbest ticareti, misilleme yaptırımının mevcut halinden de daha ağır bir şekilde etkileyecektir¹¹⁷. Kaldı ki, davaya taraf olmayan diğer az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler uzun vadede kazanımlarını kaybetmemek ve pazara giriş engeli ile karşılaşmamak için kolektif yaptırma katılmak istemeyeceklerdir¹¹⁸.

Sonuç olarak kolektif yaptırımın mevcut sistemde uygulaması mümkün değildir fakat yaptırımların etkinliğini artırmak amacı ile getirilen önerilerden biridir. Ancak, kanaatimizce yukarıda belirtilen nedenlerden dolayı bu öneri uygulanabilir değildir.

¹¹¹ Dispute Settlement Body, *Negotiations on the Dispute Settlement Understanding, Proposal by the African Group*, TN/DS/W/15, Special Session of the Dispute Settlement Body, *Negotiations on the Dispute Settlement Understanding, Proposal by the LDC Group*, TN/DS/W/17, Lee, s. 138.

¹¹² Pfumorodze, s. 89.

¹¹³ Babu, s. 467.

¹¹⁴ Ngangjoh/Herran, s. 31.

¹¹⁵ Pfumorodze, s. 89.

¹¹⁶ Pfumorodze, s. 89.

¹¹⁷ Koratana, s. 204; Lee, s. 138.

¹¹⁸ Imdad, s. 18.

SONUÇ

Az gelişmiş ve gelişmekte olan ülkeler DTÖ üyelerinin çoğunluğunu oluşturmaktadır¹¹⁹. Bu nedenle, az gelişmiş ve gelişmiş ülkelerin gelişmiş ülkeler aleyhine elde ettikleri kararların uygulanması sistemin sürdürülebilirliği açısından çok önemlidir. DTÖ sistemine olan güvenin sarsılması halinde giderek artan ikili ve bölgesel ticaret anlaşmaları DTÖ sisteminin yerini almaya adaydır.

GATT'den DTÖ'ye geçişte, yaptırımlarla ilgili önemli reformlar yapılmıştır. Bu reformlara rağmen, davacının başvurabileceği tazminat ve misilleme olmak üzere sadece iki yaptırım mevcuttur ve bu yaptırımların etkinliği de tartışmalıdır. Uygulamada tazminat yaptırımına nerede ise hiç başvurulmamakta, misilleme yaptırımı adeta tek yaptırım türü olarak görülmektedir.

Misilleme yaptırımı özellikle piyasası küçük olan gelişmekte olan ülkeler açısından etkili bir yaptırım değildir. Kararların hızlı ve etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamakta yetersizdir. Çapraz misilleme, misilleme yaptırımının etkili olmadığı durumlar için kısmen de olsa çözüm üretmektedir. Ancak çapraz misillemenin etkili olabileceği düşünülen GATS kapsamında misilleme bugüne kadar hiç uygulanmamıştır. TRIPS kapsamında ise üç davada yetkilendirme olmuş; bu davaların birinde karar davalı tarafından yerine getirilmemiş, diğer ikisinde ise onyılı aşkın bir süre sonra yerine getirilmiştir.

Kanaatimizce, DTÖ kararlarının uygulanmasında tamamen olumsuz bir tablo olmasa da yukarıdaki eleştiriler ve uygulamadaki problemler nedeniyle yaptırımların geliştirilmesi gerekmektedir¹²⁰. Ancak yapılacak değişiklikte misilleme yaptırımı ve çapraz misilleme yaptırımının gelişmekte olan ülkeler tarafından ne kadar az uygulandığı ve olumsuz yönleri dikkate alınmalı, misilleme yaptırımında reform yerine tazminat gibi daha başka yaptırım türleri değerlendirilmelidir.

¹¹⁹ http://www.wto.org/english/tratop_e/devel_e/dlwho_e.htm.

¹²⁰ Davey, s. 128.

Kaynakça

- Abbott, F.;** “*Cross-Retaliation in TRIPS: Options for Developing Countries*”, ICTSD Dispute Settlement and Legal Aspects of International Trade, Issue Paper No 8, 2009.
- Anderson, K.;** “*Peculiarities of Retaliation in WTO Dispute Settlement*”, World Trade Review, 2002, Vol. 1 No. 2, s. 123-134.
- Appleton, A.;** “*Suspension of Concessions in the Services Sector: Legal, Technical and Economic Problems*”, ICTSD Dispute Settlement and Legal Aspects of International Trade Issue, Paper 7, 2009.
- Babu, R.;** Remedies under the WTO Legal System, Boston 2012.
- Bossche, P.;** The Law and Policy of the World Trade Organization, Cambridge 2008.
- Bronkers, M./Broek, N.;** “*Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement*”, Journal of International Economic Law, 2005, Vol. 8, No. 1, s. 101-126.
- Bush, M./Reinhard;** “*Developing Countries and GATT/WTO Dispute Settlement*”, ed. **Bermann, G./Mavroidis**, WTO Law and Developing Countries, New York 2007, s. 195-211.
- Charnovitz, S.;** “*Rethinking WTO Sanctions*”, The American Journal of International Law, 2001, Vol. 95, No. 4, s. 792-832.
- Cho, S.;** “*The Nature of Remedies in the International Trade Law*”, University of Pittsburgh Law Review, 2004, Vol. 65 No. 763, s. 763-809.
- Cottier, T./Oesch, M.;** International Trade Regulation, London 2005.
- Danish,** “*WTO Dispute Resolution and Cross Retaliation under Trips: Is it Sanctioned Piracy of Intellectual Property?*” A Case Study of the US - Gambling (Antigua) Case, 2013, Westminster Law Review, Vol. 3. No.1.
- Davey, W.;** “*Compliance Problems in WTO Dispute Settlement*”, 2009, 42 Cornell Int'l L. J. 119.

- Fernandez, D. M.;** “*Compensation and Retaliation: A Developing Country’s Perspective*”, ed. **Bermann, G./Mavroidis**, WTO Law and Developing Countries, New York 2007, s. 233-247.
- Guan, S.;** “*WTO Retaliation Rules in Subsidy-Related Cases: What Can We Learn from the US-Upland Cotton Arbitration*”, Journal of World Trade, 2014/4, s. 815-842.
- Horlic, G./Coleman, J.;** “*The Compliance Problems of the WTO*”, Arizona Journal of International and Comparative Law, 2007, Vol. 24 No.1, s.141-147.
- Hudec, R.;** “*Broadening the Scope of Remedies in WTO Dispute Settlement*”, ed.
- Weiss, F./Wiers, J.;** Improving WTO Dispute Settlement Procedures, s. 345-376 (Remedies).
- Hudec, R.;** “*The Adequacy of WTO Dispute Settlement Remedies: A Developing Country Perspective*”; ed. **Hoekman B./Mattoo A.**, Development, Trade and the WTO, Washington 2002, s. 82 (Developing Country Perspective).
- Imdad, A.;** “*Non-Compliance Problems and Ultimate Remedies Under the WTO Dispute Settlement System*”, Journal of Public and International Affairs 2003, Vol. 14.
- Koratana, M.;** “*Collective Retaliation and the WTO Dispute Settlement System*”, The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy, 2009, Vol.10 No. 1, s. 196-208.
- Mavroidis,;** “*Remedies in WTO: Between Hard Rock and a Hard Place*”, EJIL, 2000, Vol. 11 No:4, s. 763-813.
- Meagher, N.;** “*Representing Developing Countries in WTO Dispute Settlement Proceedings*”, ed. **Bermann, G./Mavroidis**, WTO Law and Developing Countries, New York 2007, s. 213-225.
- Ngangjoh, Y./Herran, R.;** “*WTO Dispute Settlement System and the Issue of Compliance: Multilateralizing the Enforcement Mechanism*”, Manchester Journal of International Economic Law, 2004, Volume 1, Issue 3, s. 15-31.

- Nottage, H.;** “*Developing Countries in the WTO Dispute Settlement System*”, 2009, Global Economic Governance Program Working Paper 2009/47.
(http://www.globaleconomicgovernance.org/sites/geg/files/Nottage_GEG%20WP%202009_47.pdf).
- Palmer, D./Mavroidis, P. C.;** *Dispute Settlement in the World Trade Organization*, 2. Bası, Cambridge 2004.
- Pfurmorodze, J.;** “*WTO Remedies and Developing Countries*”, *Journal of International Trade Law and Policy*, 2011 Vol. 10 No. 1, s. 83-98.
- Phoon, M.;** “*Developing Countries and “Cross-Retaliation” in the WTO*”, *E-International Relation Students* (<http://www.e-ir.info/2013/08/28/developing-countries-and-cross-retaliation-in-the-wto/>).
- Slater, G.;** “*The Suspension of Intellectual Property Obligations Under TRIPS: A Proposal for Retaliating Against Technology-Exporting Countries in the World Trade Organization*”, *The Georgetown Law Journal*, 2009, Vol. 97, s. 1366-1389.
- Sykes, A.;** “*Optimal Sanctions in the WTO: The Case for Decoupling (and the Uneasy Case for the Status Quo)*”, *Stanford Law and Economics Olin Working Paper No. 379*.
- Ulusoy Halatçı, Ü.;** *Dünya Ticaret Örgütü’nde Uyuşmazlıkların Çözümü Mekanizması*, Ankara 2009.
- WTO Yayını;** *Understanding the WTO*, 5. Bası, Genevre 2011.
- Zdouc, W.;** “*Cross-Retaliation And Suspension Under The GATS And TRIPS Agreements*”, ed. **Bown, P./Pauwely, J.**, *The Law, Economics and Politics of Retaliation in WTO Dispute Settlement*, Cambridge 2010, s. 515-536.

^HBOŞANMA SİSTEMİNİN YARGILAMADA DOĞURDUĞU TEMEL HAK İHLÂLLERİ VE İSPAT SORUNLARI

Arş. Gör. Pınar ÇİFTÇİ*

GİRİŞ

Bu çalışmada, medenî yargılama sisteminin önemli sayılabilecek sorunlarından biri olan boşanma davalarında hukuka aykırı delil sorunu, güncel hukukî gelişmeler ışığında ele alınacaktır. Boşanma davalarında başta özel hayatın ve diğer temel hakların korunması, esasında çift yönlü bir özelliğe sahiptir. Birincisi yargılama sürecinde kişilik haklarının korunması gereği¹, medenî yargıda en fazla görülen dava türlerinden biri olan boşanma davaları açısından sorunlu bir konudur. Özellikle Türk hukuk uygulamasında kişiler boşanma davalarında iddialarını ispat edebilmek amacıyla, çoğu zaman karşı tarafın kişilik haklarını ve diğer temel haklarını ihlâl edecek birtakım ispat faaliyetlerine dâhil olabilmektedir. Temel haklara ve kişilik

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

¹ Yargılama sürecinde kişilik haklarının korunması, genellikle medenî yargılama hukuku ile Anayasa arasındaki ilişki kurulurken ilk unsur olarak akla gelmemektedir. Ancak teknolojik ve temel haklar konusunda yaşanan gelişmelerin etkisiyle kişilerin özel hayatının yani mahremiyetinin geniş yorumlanması eğilimini sadece maddî hukuk normlarında değil, aynı zamanda yargısal süreçte de gün geçtikçe kişilik haklarının korunmasının önemini arttırmaktadır (bu konuda bkz. Gilles (Çev. Pekcanitez), s. 9-11). Bu konu -medenî yargılamada kişilik haklarının korunması gereği-, temel hakların içinde olduğu gelişim çerçevesinde her geçen gün çok daha fazla önem kazanmaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Fink, s. 4-10; Gilles (Çev. Pekcanitez), s. 9 vd.; Habscheid, s. 187 vd.; Habscheid, *Persönlichkeitsrecht*, s. 840 vd.; Peters, s. 145 vd.; Schwab, s. 421 vd.

haklarına yapılan müdahalelerin hukuka aykırılığı ise, konunun ikinci yönü olan hukuka aykırı yollardan elde edilen delil sorununu gündeme getirmektedir. Zira, kişilik haklarına ve diğer temel haklara yapılacak haksız müdahaleler, çoğunlukla yargısal prosedürde ve özellikle ispat sürecinde, hukuka aykırı delil sorunu ile sonuçlanabilecektir. Dolayısıyla bu çalışma bir yönüyle kişilik haklarının ve diğer temel hakların yargısal süreçte korunması gereğinden hareket ederken, diğer yönüyle temel haklara müdahale neticesinde oluşacak hukuka aykırı delil sorununu boşanma davaları yönünden ele almaktadır².

Hukuka aykırı yollardan elde edilen delil denildiğinde, özellikle medenî yargıda akla gelen konuların başında boşanma davaları bulunur. Nitekim bu sebeple medenî yargıya ilişkin davalarda ve özel olarak boşanma davalarında hukuka aykırı delillerin kullanılması sorunu, uzun zamandır gerek yargı içtihatlarında gerek öğretide tartışılan bir konudur³. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda hukuka aykırı yollardan elde edilen bulguların delil olarak kullanılması yasağının ispat hakkının sınırı olarak kabul edilmesi (HMK m. 189/3) ise, konunun ispat hakkı açısından önemini somut bir şekilde ortaya koymaktadır. İspat hakkı, kişilerin yargılama prosedürü içerisinde herhangi bir engelle karşılaşmaksızın iddia ve savunmalarını yapabilmelerini, açıklamada bulunabilmelerini ve delil sunabilmelerini gerektirir⁴. Bu anlamda

² Özel olarak *boşanma davalarında* hukuka aykırı delil uygulamalarına ilişkin taleplerin gösterdiği artış, hukuka aykırı delil uygulamasının Anayasa'da düzenlenen temel hak ve özgürlükler ile içine girdiği çatışma, uygulamada yaşanan sorunlar için ayrıntılı bilgi için bkz. **Ateş**, s. 89 vd. Yine boşanma davalarında kişisel verilerin ve özel hayatın unsurlarının gün geçtikçe daha yoğun bir uygulama alanına sahip olduğu yönünde bir çalışma için bkz. **Sert**, s. 286 vd.

³ Boşanma davalarında hukuka aykırı delil uygulamaları için bkz. **Ateş**, s. 89 vd. Hukuka aykırı elde edilen bulguların genel olarak medenî yargıdaki durumu hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 300-303; **Bolayır**, s. 69-75; **Karşlı**, s. 549-551; **Kılıçoğlu**, s. 36 vd.; **Pekcanitez**, s. 779 vd.; **Tanrıver**, s. 368 vd.; **Tutumlu**, s. 2155 vd.; **Yıldırım**, s. 861 vd. Yabancı hukukta konuya ilişkin tartışmalar hakkında ayrıntılı bilgi için özellikle bkz. **Baumgärtel**, s. 477 vd.; **Fink**, s. 74 vd.; **Habscheid**, s. 187 vd.; **Habscheid**, *Persönlichkeitsrecht*, s. 840 vd.; **Kodek**, 1987, s. 22 vd.; **Kodek**, s. 523 vd.; **Peters**, s. 145 vd.; **Tresenreuter**, s. 45 vd.; **Zeiss**, s. 377 vd. İçtihat hukukunun bu konuda gösterdiği gelişim hakkında bkz. aşa. I, B.

⁴ **Özekes**, s. 106-107; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 394; **Yıldırım**, s. 861-862.

ispat hakkının akla gelen ilk sınırlaması da, genellikle hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerdir. Zira şayet bir delil hukuka aykırı bir yoldan elde edilmiş ise, her ne kadar temelini Anayasa'nın 36. maddesindeki hak arama özgürlüğüne de dayandırsa ispat hakkı sınırlanır ve ispat faaliyetini yerine getirmek isteyen kişinin hukuka aykırı yolla elde etmiş olduğu delili kullanmasına izin verilmez. Bu anlamda özellikle Türk hukuk uygulamasında ispat hakkı ile özel hayatın korunması hakkının çatıştığı en temel dava türlerinden birisi boşanma davalarıdır. Bu durumda Anayasa'nın 36. maddesi (hak arama özgürlüğü) ile 20. maddesi (özel hayatın korunması hakkı) çatışmakta ve hukuka aykırı yollardan elde edilen delil, hakkın sınırlandırılmasında kural olarak makul, ölçülü bir müdahale teşkil etmediğinden özel hayatın korunması hakkına üstünlük tanınmaktadır⁵.

Ancak özel hayatın korunması hakkına üstünlük tanıyıp ispat hakkını temel hak çatışmasında ikinci plâna itmek her zaman adalet hissini tatmin eden bir çözüm olarak görünmemektedir. Nitekim kanaatimizce Yargıtay'ın da boşanma davalarında hukuka aykırı delillerin kullanılmasına ilişkin içtihatlarında zaman zaman birbirine tamamen zıt yönde kararlar vermesinin temelinde de bu durum yatmaktadır. Bazen bir yandan boşanmak isteyen tarafa, “zina”nın ispat edilmesi yükü yüklenmekte (TMK m. 161)⁶ diğer yandan da “kişinin cinsel hayatı, özel hayatının en mahrem kısmıdır; bu alana bu şekilde müdahale edilmesi mümkün değildir; bu sebeple davada kullanılmak istenen hukuka aykırı yollarla elde edilen fotoğrafa/video kayda ve sair delile dayanılmaz” denilmektedir. Bazı durumlarda da kişilere, lehlerine tazminata hükmedilebilmesi için “karşı tarafın kusuru”nun ispat edilmesi

⁵ Özel hayatın gizliliği, bütün modern demokratik sistemlerde benimsenmiş bir anayasa hukuku ilkesi ve aynı zamanda temel hak demetidir (*bu konuda bkz. Özbudun, s. 265*). Bu kavram genellikle, kişinin üstünün, özel kâğıt ve eşyasının aranmaması ve bunlara el konulamaması; konutuna girilememesi ve özel haberleşmelerinin gizliliğine dokunulamaması gibi üç çerçeve unsuru kapsar (*Özbudun, s. 265*).

⁶ Zinanın ispatının güçlük arz etmesinin ve ileride üzerinde duracağımız üzere hâkimin bazı durumlarda zinanın gerçekleştiğine, karşı taraf kabul etse dahi hâkimin boşanmaya karar vermeyebilecek olması, kadınların zina ile karşılaştıklarında boşanma davası açmaktan kaçınmalarına sebebiyet verdiği tespit edilmiştir (Boşanma Sebepleri, Bilimsel Araştırma Projesi Uygulama Sonuçları (Nihaî Rapor), Proje Yürütücüsü: Ahmet Battal, T.C. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü/Akademik Dayanışma Araştırma ve Geliştirme Vakfı, Ankara 2008, s. 32).

yükü (TMK m. 174) yüklenmekte⁷, ancak diğer yandan “kişilerin gizlice izlenmesi, kayda alınması suç oluşturur; bu şekilde elde edilen bir delil yargılamada kullanılamaz” denilmektedir. O hâlde, örneğin eşinin kendisini aldattığını düşünen ve zina sebebiyle evliliğini sonlandırmak isteyen taraf, karşı tarafın özel hayatına müdahale etmeden bu iddialarını nasıl ispatlayabilecek, boşanmayı nasıl sağlayabilecek; bu iddiaları ispat etmek için hangi *hukuka uygun* bilgi kaynağına delil olarak dayanabilecektir? Bu sorular bizi, Türk Medenî Kanunu’ndaki boşanma sebeplerinin (TMK m. 161-166), yargılamada, özellikle ispat ve ona bağlı olarak yargısal temel haklar bakımından doğurduğu sorunlara götürmektedir. Keza, bu sorunları incelerken bu konuda karşılaştırmalı hukukta yaşanan gelişmelere dikkat çekmek gerekmektedir.

Şüphesiz, boşanma sebepleri, maddî hukuka ilişkin bir meseledir ve medenî hukuk öğretisinde çok geniş çerçevede inceleme konusu yapılmıştır, yapılmaktadır⁸. Ancak bizim bu konuyu ayrıca inceleme konusu yapmamızın sebebi, boşanma sebepleri gibi maddî hukuka ilişkin bir meselenin, yargılama hukukunda ispat hakkının kullanılması ve temel hakların yargılama prosedüründe korunması konusunda yarattığı güçlükler dikkat çekmektedir. Zira, yargılama prosedürlerinde yaşanan birtakım sorunların sebebi ve çözümü bazı durumlarda maddî hukuk kurallarına dayanır. Boşanma davalarında ispat hakkının kullanılmasının önünde yatan güçlükler de bu tarzdadır. Bu anlamda medenî hukuk öğretisinde yer verilen bazı eleştirilerin özellikle yargılama hukukunda da önemi ve etkisi bulunmaktadır. Biz de bu çalışmada, boşanma yargılamasındaki hukuka aykırı delil sorunu ve bu

⁷ Türk Medenî Kanunu’nun 174. maddesi’ne göre, karşı tarafın kusurunu ispat ile tazminat talebinde bulunulabilmesi ve bu anlamda tazminatın miktar ve esaslarının belirlenmesinde kusurun sahip olduğu fonksiyon hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Başpınar**, s. 64-69, 96-101; **Petek**, s. 53-63; **Serin Of**, s. 33-53, 53-68.

⁸ Boşanma sebepleri konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Cansel**, s. 79 vd.; **Feyzioğlu**, s. 243-331; **Gürsoy**, s. 1 vd.; **Hatemi**, s. 100-112; **Köprülü/Kaneti**, s. 149-178; **Oğuzman/Dural**, s. 111-132; **Öztan**, s. 368-428; **Öztürk**, s. 8-120; **Tekinay**, s. 178-242; **Velidedeoğlu**, s. 177-231. Ayrıca boşanma sebepleri konusunda ayrıntılı bir araştırma için bkz. Boşanma Sebepleri, Bilimsel Araştırma Projesi Uygulama Sonuçları (Nihâî Rapor), Proje Yürütücüsü: Ahmet Battal, T.C. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü/Akademik Dayanışma Araştırma ve Geliştirme Vakfı, Ankara 2008, s. 29-40.

konudaki içtihatlar üzerinde duracak, ayrıca medenî hukuk bakımından boşanma sebepleri çerçevesinde kusur anlayışının yargılamada doğurduğu sonuçlara bu noktadan bakmaya çalışacağız. Ancak açıklamalarımızın bu kısmına geçmeden önce medenî yargı sistemimizde boşanma davalarında hukuka aykırı delil uygulamasını güncel içtihatların da ışığında incelemek isteriz.

I. BOŞANMA DAVALARINDA HUKUKA AYKIRI YOLLARDAN ELDE EDİLEN DELİL SORUNU

A. Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Yargılamada Kullanılması Bakımından Kanunkoyucunun İradesi

Hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin bir davada kullanılıp kullanılmayacağı meselesi sadece Türk hukukunda değil Kıta Avrupası'na dâhil olan hukuk sistemlerinden Ortak Hukuk'a dâhil olanlara kadar pek çok ülkede uzun zamandan bu yana tartışılmakta olan bir sorundur⁹. Uygulama, önemini öncelikle ceza davalarında göstermiş, zaman içerisinde medenî yargıya ilişkin davalarda da hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılıp kullanılmayacağı tartışması, yoğunluğunu artmıştır.

Hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin yargılama sürecinde kullanılmamasının pek çok hukukî dayanağı bulunur. Bu düzenlemelerin içerisinde başlıca Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin özel hayatın korunmasına ilişkin 8. maddesi, Anayasa'nın özel hayatın korunmasına ilişkin 20. maddesi, konut dokunulmazlığının korunmasına ilişkin 21. maddesi, haberleşme özgürlüğünün korunmasına ilişkin 22. maddesi¹⁰, yine özel hayatın

⁹ Karşılaştırmalı medenî yargılama hukuku sistemlerinde hukuka aykırı delil uygulamaları hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Akil**, s. 1226-1239; **Kılıçoğlu**, s. 71-87; **Pekcanitez**, s. 793-799. Ayrıca bu konuda bkz. **Baumgärtel**, s. 477 vd.; **Fink**, s. 74 vd.; **Habscheid**, s. 187 vd.; **Habscheid**, *Persönlichkeitsrecht*, s. 840 vd.; **Kodek**, 1987, s. 22 vd.; **Kodek**, s. 523 vd.; **Peters**, s. 145 vd.; **Tresenreuter**, s. 45 vd.; **Zeiss**, s. 377 vd.

¹⁰ Haberleşme hürriyeti Anayasa'da ayrı bir madde olarak düzenlenmiş olmasına rağmen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde *özel hayatın korunmasına* ilişkin 8. Madde'de hükme bağlanmıştır. Haberleşmenin gizliliği temek bir hak olması sebebiyle, bu hakka yapılacak müdahalelerin Anayasa'nın aradığı sınırlandırma sebeplerine uygun olması gerektiği tereddütsüz kabul edilmektedir (*bu konuda bkz. Özbudun*, s. 285-285; **Özdemir H.**, s. 285-287).

korunması hakkına ilişkin Türk Medenî Kanunu'nun 23 ve 24. maddesi, aynı zamanda konunun yargısal süreçteki yansıması olan silâhların eşitliği ilkesi ve âdil yargılanma hakkının temelini teşkil eden Anayasa'nın 36. maddesi ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesi yer alır. Aynı zamanda özel hayatın, haberleşmenin gizliliğine ve konut dokunulmazlığına ilişkin Türk Ceza Kanunu m. 132-135 ile m. 116düzenlemeleri de, yine hukuka aykırı yollardan elde edilen bulguların yargılamada kullanılmamasını garanti altına alan hükümlerdir¹¹.

Hukuka aykırı yollardan elde edilen deliller genellikle kişilerin özel hayatına, haberleşme özgürlüğüne, konut dokunulmazlığına yapılan müdahalelerle ele geçirilmektedir. Kişinin telefonuna gizlice casus program yerleştirerek konuşmaları kayda almak¹², telefon mesajlarına gizlice erişmek¹³

¹¹ Benzer paralellik içerisinde karşılaştırmalı hukukta da, hukuka aykırı delillerin kullanılmamasına yönelik gelişmeler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Pekcanitez**, s. 793-801.

¹² Türk Ceza Kanunu'nun 133. Maddesi'nde de, *kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması* suçü düzenlenmiştir. Suçla korunan hukukî değer, *özel hayatın gizliliği*dir (**Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 537; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 4091). Aynı zamanda suçun düşünce özgürlüğü ile de ilişkisi bulunur; zira, kişiler arasında gerçekleştirilen alenî olmayan konuşmaların dinlenmesi veya kayda alınması korkusu yaşayan kişiler düşüncelerini özgürce ifade edemezler (**Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 538). Bu suç bakımından cezalandırılan eylemler arasında, (i) kişiler arasındaki alenî olmayan konuşmaları, taraflardan herhangi birinin rızası olmaksızın bir aletle dinleme veya bunları ses alma cihazı ile kaydetme (TCK m. 133/1) (bu bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 540-542), (ii) kişiler arasındaki alenî olmayan konuşmaların kaydedilmesi suretiyle elde edilen verileri hukuka aykırı olarak ifşa etmek (TCK m. 133/3) de yer alır (bu konuda **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 542-543).

Türk Ceza Kanunu'nun 133. Maddesi'nde düzenlenen kişiler arasındaki konuşmaların dinlenmesi ve kayda alınması suçü açısından, meşru savunmanın hukuka uygunluk sebebi oluşturması mümkündür (**Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 543). Bu duruma örnek olarak, tehdit edilen kişinin tehdit edenin sesini kaydetmesi durumu verilebilir (**Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 543). Nitekim kanaatimizce aynı durum boşanma davalarında da bir hukuka uygunluk sebebi oluşturarak kişinin karşı taraftan gizlice kayıt altına aldığı konuşma delil olarak kullanılabilir. Örneğin eşlerden biri diğerini aldatmış ve bunu telefonda itiraf etmiş; diğer tarafın bu konuşmayı kaydetmesi meşru savunma sınırları çerçevesinde değerlendirilebilir. Bu konu aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir. Bkz. aşa. III, B.

haberleşme hürriyetine (Ay m. 22; AİHS m. 8; TCK m. 132-133)¹⁴; kişinin peşine dedektif takmak veya gizlice görüntü kaydını almak¹⁵ özel hayatın

¹³ Kişinin telefon mesajlarına gizlice erişmek, haberleşmenin gizliliğini ihlâl suçunu oluşturacaktır. “*Haberleşmenin gizliliğini ihlâl*” başlığını taşıyan Türk Ceza Kanunu’nun 132. Maddesi uyarınca, suçla korunan hukukî yarar, *haberleşme özgürlüğüdür* (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 523; Soyaslan, s. 341; Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 4078). Haberleşme özgürlüğü, hak sahibinin dilediği kimselerle dilediği biçimde haberleşmesinin engellenmemesi ve bu haberleşmenin ilgililerin izni olmadıkça üçüncü kişilerin algı ve müdahalesinden korunmasını ifade eder (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 523). Türk Ceza Kanunu’nun 132. Maddesi’nde düzenlenen suçun maddî unsuru, kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğinin ihlâlidir (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 524). Buradaki gizliliğin ihlâli, haberleşmenin içeriğinin üçüncü kişiler tarafından öğrenilmesidir (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 525). Aynı zamanda suçun oluşması için *kişiler arasındaki haberleşme içeriklerini hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi*, haberleşme içeriğinin yetkisiz üçüncü kişilere aktarılması, onların öğrenilmesinin sağlanması gerekir (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 526-527; Soyaslan, s. 342). Haberleşme gizliliğinin ihlâlinin, haberleşme içeriklerinin kaydı suretiyle gerçekleştirilmesi nitelikli hâl olarak kabul edilmiştir (TCK m. 132/1, c.2). Bu anlamda kayıt konuşmanın bir ses kayıt cihazı ile belirlenmesi, mektubun bir kopyasının yapılması durumları nitelikli hâl kapsamında değerlendirilir (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 531-532).

Türk Ceza Kanunu’nun 132. Maddesi’nde düzenlenen haberleşmenin gizliliğinin ihlâl suçunun hukuka aykırılık unsuru, kanun hükmünün yerine getirilmesi (TCK m. 24/1) olabilecektir (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 528-529). Bu anlamda örneğin mahkemenin Ceza Muhakemesi Kanunu’nun 135. Maddesi uyarınca iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması hukuka uygunluk sebebi olacaktır (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 529). Ancak kanaatimizce medenî yargıya ilişkin uyuşmazlıklarda ve özellikle boşanma davalarında, CMK m. 135’in uygulanma imkânı bulunmayacağından, mahkemenin iletişimin tespiti kararı vermesi durumunda dahi, suçun oluşmasına engel olacak şekilde hukuka uygunluk sebebi (TCK m. 24/1) oluşmaz. Zira CMK m. 135 uyarınca iletişimin denetlenmesi tedbiri ancak belirli suç tiplerinin söz konusu olduğu durumlarda verilebilir (*bu konuda bkz. Centel/Zafer, s. 421-422; Doğan/Bacaksız/Tepe, Ceza Muhakemesi, s. 461-462; Öztürk (Edt.), s. 536-537; Ünver/Hakeri, s. 437*).

¹⁴ Bu konuda bkz. Ateş, s. 97-100; Pekcanitez, s. 844-848; Tanrıver, s. 373.

¹⁵ Kişinin gizlice görüntü kaydının alınması, Türk Ceza Kanunu’nun 134. Maddesi’nde düzenlenen *özel hayatın gizliliğini ihlâl* suçunu oluşturacaktır. Bu suçla korunan hukukî değer, *özel hayat*; özel hayatın gizliliği ise, varlığımızın özgür olmasının görünüm-lerinden biridir (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 545). Bu suçun konusu, özel hayat alanına giren tüm faaliyetlerdir. Ancak özel hayata ilişkin olan haberleşme ile

dokunulmazlığına (Ay m. 20; AİHS m. 8; TCK m. 134-135)¹⁶; kişinin ses ve görüntü kaydını elde etmek için gizlice diğer eşin konutuna girerek düzenek kurmak konut dokunulmazlığı (Ay m. 21; AİHS m. 8; TCK m. 116)¹⁷ ile birlikte özel hayatının korunması hakkına (Ay m. 20; AİHS m. 8; TCK m. 134-135)¹⁸; kişinin bilgisayarından birtakım belge, bilgi, resim, malî kayıtlarına erişmek ve ayrıca delil olarak kullanmak üzere bunları kaydetmek¹⁹ özel

kişiler arasındaki konuşmaların gizliliğine ve kişisel verilere yapılan müdahaleler hakkında ayrıca düzenlemeler bulunduğundan (TCK m. 132, 133, 135, 136, 138) bu düzenlemelerdeki suçlar oluşur; dolayısıyla TCK m. 134 kapsamında özel hayatın gizliliği haberleşme, konuşma ve kişisel veriler dışında kalan özel hayat alanına ilişkin faaliyetlerdir (**Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 546-547). Bu suç kapsamına, *genel hayat alanı içinde geçen süre içinde kişinin görüntülenmesi, fotoğrafının çekilmesi* de girdiğinden (**Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 547), verdiğimiz örnekte TCK m. 134 hükmünün unsurları gerçekleşecektir. Bu suçun konusunu, özel hayatın gizliliğinin ihlali (TCK m. 134/1) ve ayrıca kişilerin özel hayatına ilişkin görüntü veya seslerin ifşası (TCK m. 134/2) oluşturmaktadır (bu konuda bkz. **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 548-551).

¹⁶ **Pekcanitez**, s. 846-848; **Tanrıver**, s. 373.

¹⁷ Bu yönde bkz. **Berkin**, s. 734-735. Şayet kişiler evli bile olsa, ayrı evlerde yaşıyorlarsa veya ayrılık kararı almışlarsa ve buna rağmen bir eş, diğerinin konutuna -*özellikle konumuz açısından delil elde etmek amacıyla*- izinsiz giriyorsa, Anayasa'nın 116. Maddesi'nde düzenlenen konut dokunulmazlığını ihlâl suçunun oluşabileceği belirtilmektedir (**Ateş**, s. 102). Buna karşılık karı ve kocanın, evlilik birliği devam ettiği ve hâkim tarafından ayrılık kararı verilmediği sürece birbirlerine karşı bu suçu işleyemeyecekleri yönünde içtihatlar ve öğreti görüşleri bulunur (*bu konuda bkz. Artuk/Gökcen/Yenidünya*, s. 349-350; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 403-404; **Yaşar/Gökcan/Artuç**, s. 3739, 3775-3776). Bu suç ile korunan hukukî değer, kişilerin konutlarında huzur ve güven içinde özgürce yaşayabilmeleridir (bu konuda bkz. **Artuk/Gökcen/Yenidünya**, s. 338-339; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 398; **Soyaslan**, s. 290).

¹⁸ **Pekcanitez**, s. 847-848; **Tanrıver**, s. 373.

¹⁹ Kişisel veri olarak nitelendirilebilecek bu veriler, Türk Ceza Kanunu'nun 135. Maddesi'nde düzenlenen *kişisel verilerin kaydedilmesi* suçunu oluşturabilecektir. Bu suçla korunan hukukî değer, *özel hayatın korunması*dır. Bu suç bakımından eylem, kişisel verilerin hukuka aykırı olarak *kaydedilmesi*dir (**Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, s. 554). Burada herhangi bir kanun hükmü kişilere boşanma davasında delil olarak kullanılmak üzere başkasına ait kişisel verileri alma ve kaydetme yetkisi tanımadığından, suç bakımından söz konusu olabilecek *kanun hükmünün yerine getirilmesi* gibi bir

hayatın dokunulmazlığına aykırılık teşkil eder²⁰. Bütün bu şekillerde âdil olmayan bir yöntem ile âdeta âdil bir oyunun (*fair-play*) kurallarına aykırı şekilde delilleri elde edip bunu yargılama sürecinde kullanmak aynı zamanda yargılama prosedürü içerisinde silâhların eşitliği ilkesine ve âdil yargılanma hakkına (Ay m. 36; AİHS m. 6) aykırılık oluşturacaktır²¹.

Bu sebeplerle kanunkoyucu bu tarz hukuka aykırı uygulamalarla delil elde edilmesini sadece yargılama kuralları (HMK m. 189/3; CMK m. 206/2, 217/2) ile sınırlı tutmak istememiş; aynı zamanda kişinin güven içerisinde yaşamını sürdürebilmesi için bu gerekliliğe kamusal bir sonuç bağlamış ve Türk Ceza Kanunu'nda ayrı birer suç olarak düzenlemiştir. Dolayısıyla kanunkoyucunun iradesi, hukuka aykırı yoldan elde edilmesi durumunda o delillerin kullanılamayacağını sadece yargılama kurallarına inhisâr ettirmek yönünde şekillenmemiş; aynı zamanda kamu düzeninin bir parçası olarak Türk Ceza Kanunu'nda yukarıda örnek olarak sayılan fiilleri suç olarak kabul etmiştir. Bugün hukuka aykırı bulguların davada delil olarak kullanılmaması sadece birer yargılama hukuku kuralından ibaret değil, aynı zamanda bir hukuk politikasının sonucudur. Bu hukuk politikası ise, yirmi-birinci yüzyılın gereği olan *temel haklara saygılı hukuk devleti* olmanın zorunlu bir sonucudur.

hukuka uygunluk sebebi söz konusu olamayacaktır (Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 557).

²⁰ Ateş, s. 100-102; Pekcanitez, s. 843-848. Teknolojinin gelişmesi ile birlikte kişilerin özel hayatına yapılacak saldırılar akıl alamayacak şekilde genişlemektedir. “Elektronik gözetleme (electronic surveillance)” adı da verilen fiziksel gözetleme (“physical surveillance”), “optik veya akustik âletler kullanmak suretiyle, kişinin bulunduğu yerleri, davranışlarını ve konuşmalarını, onun bilgisi ve iradesi dışında gözetlemektir” (Özbudun, s. 271). Teknolojik gelişmeler, eskiden ancak duyu organlarıyla yapılabilen, dolayısıyla tespiti ve korunması pek zor olmayan fiziksel gözetlemeye, hemen hemen sınırsız yeni olanaklar tanımaktadır: Çeşitli telefon dinleme araçları, gizli mikrofon ve teypler, minyatür radyo verici ve alıcıları, yüzlerce metre uzaktan hattâ karanlıkta fotoğraf çekebilen fotoğraf makineleri, gizli televizyon alıcıları, bu âletlerin herkesçe bilinen en yaygın çeşitleridir (Özbudun, s. 271; Pekcanitez, s. 789-790). Teknolojinin gelişmesi ile paralel şekilde internet yoluyla elde edilen kişisel verilerin boşanma davalarındaki uygulama alanına ilişkin bkz. Sert, s. 286 vd.

²¹ Bu konuda özellikle bkz. Baumgärtel, Waffengleichheit, s. 32-33.

Bu çerçevede temelini Anayasa'nın 20, 21, 22. maddeleri ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinden alan özel hayatın, konut dokunulmazlığının, haberleşmenin korunması kronolojik olarak ülkemizde önce ceza hukukuna ilişkin mevzuata (TCK m. 132-135, 116; CMK m. 206/2, 217/2) ithâl edilmiş²²; bir anlamda 2011 yılı itibariyle de, medenî yargıya ilişkin temel mevzuatımız olan Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na dâhil edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, "*Hukuka aykırı yollardan elde edilen bulgular delil olarak kullanılamaz.*" şeklindeki düzenlemesini (HMK m. 189/3) "*İspat Hakkı*" başlığı altında, ispat hakkının bir sınırlaması olarak kabul etmiştir²³.

²² Ceza muhakemesinde de hukuka aykırı yollardan elde edilen bulguların yargılamada delil olarak kullanılması yasaklanmıştır. Bu yasağın tarihî gelişimi, mevcut durumu ve uygulama alanı hakkında bkz. **Akyürek**, s. 61 vd.; **Çınar**, s. 31 vd.; **Koca**, s. 105 vd.; **Özbek/Kanbur/Doğan/Bacaksız/Tepe**, *Ceza Muhakemesi*, s. 728-741; **Öztunç**, s. 159 vd.; **Öztürk (Edt.)**, s. 164; **Ünver/Hakeri**, s. 54-57; **Soyaslan**, *Hukuka Aykırı Deliller*, s. 9 vd.

²³ Kanunuyucunun özel olarak Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılamayacağını düzenlemesi ile birlikte konu, medenî yargılama öğretisinde tartışma alanını genişletmiştir. Türk hukukundaki ağırlıklı görüş, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılmasının hukuk devletine, Anayasa'ya, dürüstlük kuralına ve nihâyetinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na aykırılık teşkil etmesi sebebiyle kullanılamayacağı yönündedir. Bu yönde bkz. **Akil**, s. 1247-1249; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 300-303; **Berkin**, s. 734-735; **Bolayır**, s. 69-72; **Karşlı**, s. 549-550; **Kılıçoğlu**, s. 36 vd.; **Pekcanitez**, s. 789 vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 692 vd.; **Tanrıver**, s. 368 vd.; **Umar**, s. 538-539; **Üstündağ**, s. 788; **Yıldırım**, s. 861 vd.

Kanaatimizce, özel olarak boşanma davalarında da hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin yargılamada kullanılması mümkün olmamalıdır. Boşanma kararları, kişilerin Anayasa ve uluslararası sözleşmeler ile güvence altına alınan temel haklarına sınırsızca ve ölçüsüzce müdahale edilecek kadar kamusal menfaat barındıran kararlar değildir. Nitekim karşılaştırmalı boşanma modelleri de benzer görüş ile şekillenmektedir (bkz. aşa. II, D). Bu sebeple kanaatimizce hukuka aykırı delil uygulamalarının boşanma davalarından soyutlanması için biran önce kusura dayalı boşanma sistemi terk edilmelidir. Mevcut sistemde ise, aşağıda üzerinde duracağımız üzere çok sınırlı durumlarda ancak meşru savunmanın koşulları var ise, Anayasa'nın 13. Maddesi ve özellikle ölçülülük ilkesi uyarınca yapılacak bir değerlendirme sonucunda hukuka aykırı yollarla -*hazırlanan değil*- ele geçirilen bulgular delil olarak kullanılabilir (bkz. aşa. III, B). Ancak kanaatimizce bu durum da, ancak kadının şiddet görmesi ve bunun eş tarafından

Özet olarak, özellikle geçtiğimiz yaklaşık son yarım yüzyıldır temel haklar konusunda yaşanan evrensel gelişmeler; kişinin salt toplumsal yaşantının bir ferdi olmaktan çıkarılarak aynı zamanda *bireysel* olarak önemini artırmasıyla birlikte kişilerin özel hayatı, konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü hassas bir gelişme içerisine girmiştir. Bu durum da, hukuka aykırı yollardan kişilerin özel hayatına, kişisel verilerine, iletişim araçlarına, konutuna müdahale edilememesinin önemini artırmış; bu durum yargılama sürecinde de kişilik haklarının ve özel hayatının korunması gereğini somut bir şekilde ortaya koymuştur. Bu gelişmelerin bir sonucu ve aynı zamanda bir parçası olarak, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılmasını yasaklamıştır (Ay m. 36/8, CMK m. 217/2, 206/2; HMK m. 189/3).

Ülkemizde bu gelişimin, istikrarlı bir şekilde içtihat hukukuna ve hukuk uygulamamıza sağlıklı bir şekilde yansıtılabildiğini ifade etmek güçtür. Zira aşağıda üzerinde durulacak Meclis Araştırma Komisyonu Raporu bu konudaki endişeleri somutlaştırmaktadır: Türkiye Büyük Millet Meclisi, yukarıdaki normatif koruma düzenlemelerinin (Ay m. 20, 21, 22, 36; AİHS m. 8, 6; TMK m. 23, 24; CMK m. 206/2, 217/2; HMK m. 189/3) ve hatta cezaî koruma hükümlerinin (TCK m. 116, 132-135) varlığına rağmen, Türkiye’de gizli dinlemelerin, kayda alınmaların geniş bir uygulama alanına sahip olmasından kaynaklanan rahatsızlıkların ve hukuka aykırılıkların önüne geçmek amacıyla özel olarak bir Araştırma Komisyonu kurulmasına karar vermiştir. Oluşturulan bu Komisyon’un yaptığı inceleme 2013 Haziran ayında “*Haberleşme Özgürlüğüne ve Özel Hayatın Gizliliğine Yönelik İhlallerin Tespiti ve Önlenmesine İlişkin Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu*”²⁴ şeklinde Meclis’e getirilmiş, sorunlar ortaya konulmuş, hukukî öneriler değerlendirilmiştir. Konunun buraya kadar olan kısmı boşanma davalarında hukuka aykırı delillerin kullanımına engel olmak adına olumlu gelişmelerdir.

Komisyon Raporu’nda “*Hukukî Öneriler*” başlığı altında “*İzleme ve dinleme cihazlarının üretimi, ithali, bulundurulması, sevki ile ilgili olarak*

üçüncü kişilerden profesyonelce saklanması gibi boşanma kararının aynı zamanda toplum barışının da sağlanması gibi kamusal menfaate yönelebildiği hâllerde gerçekleşebilir. Bunun hâricinde ise, aşağıda da üzerinde duracağımız üzere, velâyet davalarının durumu farklılık arzedeblecektir (bkz. aşa. III, C).

²⁴ Haziran 2013, TBMM, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 489, s. 239-241.

İçişleri; Ulaştırma, Denizcilik ve Haberleşme; Bilim, Sanayi ve Teknoloji ile Gümrük ve Ticaret Bakanlıklarının bu cihazların beyan edilen amaçlara uygun kullanılıp kullanılmadığı ile ilgili bir denetim mekanizması ya da duruma göre diğer bazı tedbirlerin yanında 'ruhsat' modeli ile ilgili tedbir ve önlemleri hayata geçirmeleri gerektiği"ni belirtilmiş; ancak bunun devamında casus program, dinleme ve izleme cihazlarının **boşanma davaları** gibi bazı davalarda çok önemli bir fonksiyon taşıdığını, dolayısıyla bu tip cihazların kullanımını tamamen yasaklamanın doğru olmadığını ifade ederek boşanma davalarında hukuka aykırı delil kullanımını bazı durumlarda gerekli olduğunu ifade etmiştir. Komisyon Raporu'nda yer verilen bu talih-siz ifadeler aynı zamanda Yargıtay'ın -aşağıda hukuka aykırı bulduğumuz- bir kararı 'emsal nitelikte' gösterilerek örneklendirilmiş ve 'ihtiyaç'ın boşanma davaları üzerinde sahip olduğu önem ısrarla vurgulanmıştır:

"Bilindiği gibi ülkemizde dinleme ve izleme cihazları, piyasada rahat biçimde tedavül edebilmekte, üretimi, satılmaları, taşınmaları, bulundurulmaları yasal olarak herhangi bir izne ya da ruhsata tabi kılınmayan eşya görünümü arz etmektedir. Ayrıca, ülkemizde dinleme ve izleme cihazları ile ilgili ithalat rejimi denetiminin oldukça zayıf olduğu, üretim ve ithalat rejimlerinin kayıtsızlığı ve denetimsizliği yüzünden, bahsi geçen bu cihazların gerçek kullanım amacı dışında beyan edilen başka bir isimle ya da tamamen kaçak yollarla ülkemize sokuldukları izlenmektedir. Mevcut sorunun çözülebilmesi için gümrüklerde bu konuda görev üstlenecek yeterli uzman istihdamının sağlanması, dinleme ve izleme cihazlarının gerçek işlevlerinin ne olduğunun belirlenerek, ülkeye giriş sırasında belirli kıstasların ve denetimlerin geliştirilmesi gerektiği, üretilen veya ithal edilen bu türden elektronik cihazların uluslararası standartlara, kendi alt yapımıza, sistemlerimize uygunluğunun ve bu cihazların beyan edilen amaçlara uygun kullanılıp kullanılmadığı ile ilgili denetim mekanizması getirilmesi gerektiği, bu sayede kayıt dışı işlemlerin de kontrol altına alınabileceği düşünülmektedir.

Buna karşın kamuoyunda dinleme ve izleme cihazlarının yasa dışı amaçlarla kullanımının önüne geçebilme düşüncesinden hareketle, bunların üretim veya ithalinin tamamen yasaklanması hatta bu eylemlere karşılıklı hürriyeti bağlayıcı ceza ya da para cezalarının getirilmesi gerektiği yönünde fikirler bulunduğu görülse de, bazı durumlarda her yönüyle yasal nitelik arz eden kameralı, ses kaydı yapabilen cep telefonu ve benzeri

cihazların da suç işleme kast ve iradesi ile birleştiğinde, rahatlıkla haberleşme özgürlüğü ve özel hayatın gizliliğine yönelen ciddi bir tehdide dönüşebildiği, kaldı ki nasıl bir tabanca, tüfek gibi ateşli niteliği haiz insan hayatı gibi en önemli değer yönünden tehlikelilik arz eden silahların da tüm bu niteliklerine rağmen, meşru müdafaa ve diğer bazı hukuka uygunluk sebepleri ile kullanılabilirler gözetilerek üretim ve ithallerinin sıkı belli kurallar çerçevesinde gerçekleştirilebildikleri, bu anlayış ve çerçeveden bakıldığında pek tabidir ki dinleme ve izleme cihazlarının da her ne kadar bunca yasa dışı fonksiyonlarına rağmen, bazen de evlilik ve boşanma hukuku gibi alanlarda, başka türlü ortaya konması mümkün olmayan bazı olguların ispatı ile ilgili bu sefer de yasal fonksiyonlar üstlenbildikleri müşahede olunabilmektedir.

Nitekim Yargıtay uygulamalarında da, bazen şeklen hukuka aykırı gibi görünen dinleme ve izleme cihazları ile kaydedilen bazı ses ya da görüntü kayıtlarının, elde edilmiş yöntemlerine bakılmaksızın hukuka uygun olduklarına ilişkin oldukça isabetli kararlara yer verildiği, bu bağlamda Yargıtayın 2013 yılı içerisinde ulusal basına da konu olan bir boşanma davasının yerel ilk derece mahkemesinin davanın reddine dair verdiği kararın temyizi üzerine verdiği kararında, koca tarafından eşinin bilgisi dışında evine ses ve görüntü kayıt cihazı yerleştirerek kendisini aldattığına dair kayıtların bulunduğu CD'yi yasal delil olarak kabul etmeyen yerel mahkemenin kararını 'eşinin sadakatinden kuşkulanan tarafın, her ikisinin de ortak mekânı olan konutta, eşinin bilgisi dışında ses ve görüntü kayıt cihazı yerleştirerek, eşinin aleni olmayan konuşmalarını kaydetmesinde, özel hayatın gizliliğinin ihlali ile hukuka aykırılık bulunduğu kabul edilemeyeceği' gerekçesiyle bozularak, belli bazı hukuki şartlar çerçevesinde izleme ve dinleme cihazları ile 'yasal delil' elde etmeye cevaz verildiği gözlenmektedir.

Yine Yargıtay Ceza Genel Kurulunun 2013 yılı içerisinde verdiği bir kararında, şikâyetçi işadınının irtikâp suçu işlendiğini kanıtlamak için mahkeme kararı olmadan dinleme ve izleme cihazıyla yaptığı ses ve görüntü kaydının, yasal olmayan delil niteliği taşıdığı gerekçesiyle Yargıtay 5. Ceza Dairesince sanıkla ilgili beraat kararı verilmesine rağmen, kararın Yargıtay Cumhuriyet Savcısı ve mağdur işadınınca temyizi sonrasında, söz konusu kayıtların yasal delil olduğuna hükmedilecek Yargıtay 5. Ceza Dairesinin beraat kararının bozulduğu ve cezalandırma kararı verilmesine hükmedildiği görülmektedir.

Aslında Yargıtayın yukarıda bahsi geçen uygulamalarında vurgulanan husus, genel hukuki kaideye işarette, aniden ve fiili bir durum olarak gerçekleşen bazı hukuki olguların ispatına ilişkin delillerin, hukuk nezdinde şeklen yasaya aykırı gibi görünen yollarla elde edilseler de, elde edilmiş kast ve kullanım amaçları itibarıyla meşru bir amaç hedeflenmiş ise, yine eğer bu delilleri elde edenlerden o anda başka türlü delil elde etmeleri de akla, mantığa ters ise, delilin artık yasal olduğunun kabulü gerektiğidir.” Haberleşme Özgürlüğüne ve Özel Hayatın Gizliliğine Yönelik İhlallerin Tespiti ve Önlenmesine İlişkin Tedbirlerin Belirlenmesi Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu²⁵.

Komisyon Raporu’nda da esasen hukuka aykırı yoldan delil elde edilmesi eleştirilmekle birlikte, bazı durumlarda âdeta buna kapı aralayan ve sınırlı da olsa imkân tanıyan, yanlış anlaşılmaya ve uygulamaya yol açacak ifadelerin yer aldığı görülmektedir. Eğer bu ifadeler kastı aşan veya hukuka aykırı uygulamaları meşrulaştıran bir sonuca götürürse, bunun Anayasa’ya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne, Türk Ceza Kanunu’na, Türk Medenî Kanunu’na, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na aykırı bir şekilde uygulamaya, boşanma davalarında hukuka aykırı delil *yaratma* konusunda cesaret verebilecek niteliktedir. Zira bizatihi Anayasa’da düzenlenen haberleşme özgürlüğünün, özel hayatın korunmasının bazı durumlarda yok sayılmasına cevaz verilmesi, bir hukuk devletinde kabul edilmesi mümkün olan bir durum olmadığı gibi, hukuka aykırı delil uygulamasında keyfiyete sebebiyet verebilecek; hukukî güvenlik zedelenecek ve en önemlisi kişiler güven içerisinde yaşamlarını sürdürebilme imkânına sahip olamayacaklardır²⁶.

Nitekim Rapor’da verilen örnek aynı zamanda bir üst paragrafta geçen ifade ile de çelişmektedir. Zira Rapor’da “... bu tip tehlikeli silahların [ki

²⁵ Haziran 2013, TBMM, Yasama Dönemi 24, Yasama Yılı 3, Sıra Sayısı 489, s. 239-241.

²⁶ Ceza muhakemesinde hukuka aykırı delillerin kullanılıp kullanılmayacağı konusunda pek çok teori bulunmaktadır (*bu teoriler hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Koca*, s. 110-116). Bu teoriler içerisinde özellikle birtanesi kanaatimizce hukuka aykırı delillerin bir hukuk devletinde neden kullanılmaması gerektiği konusunda önemli tespitler içerir: Amerika Birleşik Devletleri’nde bir hâkim tarafından 1928 yılında ortaya atılan *yargının haysiyeti teorisine* (“*Judicial Integrity Theory*”) göre, hukuka aykırı olarak elde edilen delil, ilk olarak hukuka saygıyı sürdürmek için değerlendirme dışı tutulmalıdır; zira, eğer devlet bir kanun ihlâlcisi olursa, bu hukuku küçümsemeyi doğurur ve bu herkesi kendisi için bir kanun yaratmaya davet eder ki, bu anarşidir (*Koca*, s. 115).

burada ses ve görüntü kaydeden cihazlar ‘silah’, ‘tüfek’ gibi tehlikeli silahlara benzetilmiştir]” bile “meşru müdafaa ve diğer bazı hukuka uygunluk sebepleri ile kullanılabilirler” gözetilerek bu cihazların denetimli şekilde kullanılmasına imkân verilmesi gerektiği belirtilmiş; ancak örnek verilen Yargıtay kararında, bahsedildiği şekilde meşru savunma koşulları bulunmadığı gibi bilâkis kocanın eve ayrıntılı bir plânla düzenek kurması neticesinde elde edilen delilin hukuka aykırı delil kabul edilmemesini onaylamıştır. Karşı tarafı tuzağa düşürmek amacıyla eve izleme düzeneği kurmak gibi plânlı bir eylemin, meşru savunma sınırları içerisinde değerlendirilmesi oldukça güçtür.

Yukarıda belirttiğimiz şekilde bir hukuk devletinde bir yandan Anayasa, uluslararası sözleşmeler, kanunlar ile hukuka aykırı bir fiil yasaklanırken ve hâтта ceza kanunları ile cezaî müeyyideye tâbi tutulurken diğer yandan bazı durumlarda aynı zamanda suç teşkil eden hukuka aykırı fiillere ‘göz yummak’ hukukî güvenlik ve kişi güvenliği ile bağdaşmaz²⁷. Bu anlamda şayet Türk medenî yargılama sisteminde Hukuk Muhakemeleri Kanunu 189. maddesinin amacına uygun uygulanması sağlanmak isteniyorsa, öncelikle Anayasa’nın 20. maddesini de ihlâl niteliği taşıyacak şekilde özel hayatın korunması hakkı bu yolla ihlâl edilmemelidir. Dolayısıyla genel olarak Türk medenî yargılama sisteminde ve özel olarak boşanma yargılamasında hukuka aykırı delil uygulaması ortadan kaldırılmak isteniyorsa, öncelikle kanunkoyucunun ve sonrasında yargı organlarının (özellikle Yargıtay’ın) aynı zamanda suç teşkil eden bir fiilin *-hukuka uygunluk sebepleri olmamasına rağmen-* “boşanma davası gibi bazı gerekli durumlarda” da olsa hukuka aykırı delil uygulamasına izin vermemesi gerekir. Ayrıca konuyla ilgili uygulamaya şekil verilirken, hukuka aykırı bulguların delil olarak kullanılması yasağının alelâde bir yargılama kuralı olmadığı; kişilerin güven içerisinde yaşayabilmeleri, hukukî güvenliğin sağlanması ve toplumsal barışın korunabilmesi için mahkemelerin bir delilin hukuka aykırı yollardan elde edilip edilmediğini kendiliğinden yargılama prosedüründe dikkate alması gerektiği²⁸ gerektiği göz ardı edilmemelidir.

²⁷ Benzer durumların hangi koşullar altında hukuka uygunluk sebebi oluşturacağı hakkında açıklamalarımız için bkz. aşa. III, B.

²⁸ Bu yönde bir karar için bkz. “Anılan düzenlemeye göre, hukuka aykırı olarak elde edildiği anlaşılan delillerin, mahkeme tarafından bir vakianın ispatında dikkate alınma-

B. Yargı İçtihatları Çerçevesinde Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilen Delil Uygulamaları

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, hukuka aykırı yoldan delil elde edilmesinin hukuka aykırılığı, bulguların delil olarak kabul edilmemesi, medenî yargılama hukuku sistemimize kanunî düzenleme olarak 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189. maddesi ile ispat hakkının bir sınırlaması olarak girmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden sonra Yargıtay'ın konu ile ilgili verdiği kararları-aşağıda üzerinde durulacağı üzere- birbirleri ile tutarlı değildir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce de gerek Yargıtay gerekse yerel mahkemeler, hukuka aykırı yoldan elde edilen delillerin kullanılmaması yönünde kararlar vermektedir; ancak bu konuda aykırı kararların da bulunduğu dikkate alınır, istikrarlı bir uygulamadan söz etmek mümkün değildir²⁹.

Belirttiğimiz gibi Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189. maddesinde hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin kullanılmayacağı düzenlendikten sonra Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 17.9.2013 tarihinde vermiş olduğu bir kararında³⁰ erkek eşin, boşanma davasında kullanmak için casus program yüklü bir cep telefonunu eşine hediye etmesini ve bunun üzerine elde ettiği delili boşanma davasında kullanmasını hukuka uygun kabul etmiş; erkeğin sırf delil elde etme amacıyla ince bir plân çerçevesinde casus program yükleyerek eşine hediye ettiği cep telefonundan elde ettiği kayıtları hukuka aykırı delil olarak değerlendirmemiştir.

Buna karşılık kararın karşı oy gerekçesinde haklı olarak erkeğin, kadının cep telefonuna casus program yükleyerek hediye etmesinin ardından elde ettiği kayıtların kadının *özel hayatının korunması temel hakkına* hukuka

yacağı düzenlenmek suretiyle yargılama sırasında taraflarca sunulan delillerin elde edilmiş biçiminin mahkeme tarafından re'sen gözönüne alınması ve delilin her ne suretle olursa olsun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin tesbiti halinde, diğer tarafça itiraz ileri sürülmesi dahi mahkemece caiz olmadığına karar verilerek, dosya kapsamında değerlendirilmemesi ilkesi benimsenmiştir." 3. HD, 21.3.2013, 2012-23195/698 (Ateş, Şerh, s. 1406-1407).

²⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi ve HMK öncesi yargı içtihatları hakkında bkz. **Pekcanitez**, s. 829-843. Ayrıca bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 692-710.

³⁰ 2. HD, 17.09.2013, 2012-21108/21067 (Ateş, Şerh, s. 1404-1405).

aykırı bir müdahale teşkil ettiği; hatta bu sebeple kadının, erkek hakkında haberleşmenin gizliliğini ihlâl suçu sebebiyle Cumhuriyet Savcılığı'na şikâ-yette bulunduğu, Savcılığın da erkek aleyhine kamu davası açtığı belirtilmişse de³¹ çoğunluğun görüşü yukarıdaki şekilde casus programdan elde

³¹ Üye Mustafa Ateş'in haklı ve Anayasa ile Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na uygun karşı oy gerekçesi şu şekildedir: "Taraflar arasında birleştirilerek görülmekte olan boşanma davasında, davacı-davalı (koca) tarafından mahkemeye delil olarak sunulan, davalı-davacıya (kadın) ait ses kayıtlarına ilişkin CD.'lerin, davalı-davacının 'özel hayatının gizliliği' ihlal edilmek suretiyle hukuka aykırı yolla elde edildiği, bu nedenle delil olarak kullanılamayacağı ileri sürülmüş; mahkeme ve sayın çoğunluk tarafından da bu şekilde elde edilen delilin değerlendirilebileceği kabul edilmiştir./ Sunulan delil, davalı-davacının, davalı-davacı eşine hediye ettiği bir cep telefonuna 'casus program' yükleyerek yaptığı konuşmaların onun rızası dışında kaydedilmesi suretiyle elde edilmiştir. Davacı-davalı tarafından bu şekilde elde edilen delil hukuka aykırı elde edilmiş delil niteliğindedir./ **Davalı-davacı, kayıt altına alınan konuşmaların kendisine ait olmadığına ilişkin bir iddia ileri sürmemekte, bu delilin özel hayatının gizliliği ihlal edilerek hukuka aykırı şekilde elde edildiğini belirterek karşı çıkmaktadır./** Davalının şikâyeti üzerine, Bakırköy Cumhuriyet Başsavcılığının 2010/5886 soruşturma sayılı evrakı üzerinden yapılan soruşturma sonucunda; davacının, davalı eşine hediye ettiği bir cep telefonuna 'casus program' yükleyip konuşmalarını kaydetmek suretiyle haberleşmenin gizliliğini ihlal ettiği gerekçesiyle 5237 sayılı TCK'nun 132/1-ilk cümle ve 53-1-a, b, c, d ve e bentleri gereğince davacı hakkında kamu davası açılmıştır./ 'Hukuka aykırı olarak elde edilmiş olan deliller, mahkeme tarafından bir vakıanın ispatında dikkate alınamaz.' (HMK. mad. 189/2) 'Bir vakıanın ispatı için gösterilen delilin caiz olup olmadığına mahkemece karar verilir.' (HMK. md.189/4)/ **Bir delilin elde edilişi, kişilerin Anayasa ile tanınmış haklarının ihlali suretiyle gerçekleşmiş ise, onun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin kabulü gerekir ve değerlendirilemez. Kaldı ki somut olayda ibraz edilen delil suç işlenerek elde edilmiştir. Delilin elde edilmesinde hukuka uygunluk nedenleri varsa, o zaman kanuna aykırılık ortadan kalkar. Ne var ki somut olayda bu anlamda bir hukuka uygunluk sebebi de bulunmamaktadır./** Anayasaya göre; herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Anayasa m.20/1)/ **Eşlerden birinin, özel yaşamı, evlilikle bir araya geldiği ve birlikte yaşadığı hayat arkadaşı olan diğer eşi de en az kendisinininkine kadar yakından ilgilendirir. Ancak bu durum bile eşlerden her birinin birey olarak Anayasa tarafından koruma altına alınan temel haklarının diğer eş tarafından sınırlandırılması veya sınırlandırılabilmesi anlamına gelmez. Bireyin Anayasa tarafından koruma altına alınan temel hakları ailenin korunmasından önce gelir ve korunur. Bireyin temel haklarının diğer bireylere, eşine ve hatta devlete karşı korunması esastır. Bu nedenle evlilik birliğine ilişkin yasal**

edilen delilin hukuka aykırı olmadığı yönünde olmuştur. Karşı oy gerekçesinde belirtilen esaslar ise, Anayasa'nın koruduğu temel hak ve özgürlük anlayışı ile uyumludur. Yargıtay bu kararında da, diğer bazı kararlarında olduğu gibi normal şartlar altında birbirine evlilik bağı ile bağlanmamış iki kişi arasında gerçekleştirilecek ihlalleri (*telefona casus program yerleştirme, karşı tarafın elektronik posta veya cep telefonu mesajlarına erişerek görüntülü veya yazılı bilgi kaynağı ele geçirme gibi*), sırf tarafların eş olmaları sebebiyle hukuka aykırı görmemektedir. Oysa karşıoy gerekçesinde de haklı olarak belirtildiği üzere, kişinin özel hayatının korunması ve diğer temel hakları, diğer eşe karşı müdahaleye açık değildir. İki kişinin, belirli bir süre de olsa hayatlarını birleştirmiş olmaları, onların birbirlerine karşı temel haklarından feragat ettikleri, birbirlerinin hayatına her şekilde girebilecekleri ve birbirlerinin hayatlarında müdahaleye açık olmayan bir özel alanının bulunmayacağı anlamına gelmez³². Bu sebeple, biz Yargıtay'ın 2002 yılında

yükümlülük alanlarında bile, eşlerin her birinin ayrı ayrı özel yaşam alanları vardır ve bu alanlar Anayasa tarafından koruma altına alınmıştır. Ailenin evliliğin yasal yükümlülükler alanı kapsamında ortak bir özel hayatı varsa da bu ortak alan ancak diğer eşin izin verdiği ölçüde vardır. Aile bireylerinden birisinin bu alandaki ortak alanı kabul etmemesi bir başka deyişle diğer eşe bu alanı kapatmasının yaptırımı, diğer eşe Anayasaya aykırı olarak bu ortak alana müdahale hakkı vermez. Bu durum ancak bir boşanma sebebi olarak değerlendirilebilir./ Sonuç olarak Hukuka aykırı şekilde elde edilen delilin değerlendirilmesi ve hükme esas alınması Anayasa ve HMK'nun 189/3. maddesine aykırılık oluşturur./ Bu sebeplerle davacı-davalı eşin hukuka aykırı şekilde elde ettiği delilin hükme esas alınmayacağı gerekçesiyle hükmün bozulması ve bozma sebebine göre diğer itiraz sebepleri incelenemeyeceğini düşündüğüm için sayın çoğunluğun görüşüne katılmıyorum.” (**Ateş, Şerh**, s. 1405).

Karardaki olayda olduğu gibi Anayasa'ya aykırı şekilde elde edilen delillerin yargılamada kullanılmayacağı; aksi durumun, Anayasal temel hak ve özgürlüklerin ihlali anlamına gelebileceği konusunda bkz. **Ateş**, s. 97-105.

³² Aksi yönde bir başka Yargıtay kararı için bkz. aşa. dn. 169. Buna karşılık özel yaşam alanına ilişkin iki temel ilke ise, bağımsızlık ve gizlilik. *Bağımsızlık*, genel olarak kişinin yaşam biçimini, davranışlarını ve ilişkilerini tercih etme hakkını ifade eder. *Gizlilik* ise, üçüncü kişilerin merak alanı dışında kalabilmesi, bireyin kişisel, grupsal ve ailesel yaşam alanlarının dışarıdan gelecek müdahalelere karşı mahremiyetinin sağlanmasını ifade eder (**Yüksel**, s. 187). Özel yaşam alanının kişisel bir varlık veya değer olarak korunması sayesinde bireyler, başkalarının bakışlarından ve takiplerinden uzak, kendi

vermiş olduğu ve oldukça bilinen günlük kararının da bu yönden hukuka uygun olmadığı kanaatindeyiz³³. Kaldı ki, eşlerin birbirlerinin özel hayatına girme ve müdahalede bulunma anlayışı bir nebze evlilik devam ederken düşünülse bile³⁴, ayrılık sürecine giren, bu anlamda artık bir noktada ‘hâsım’ olan kişilerin birbirlerinin özel hayatına girerek ve bazı durumlarda birbirine tuzaklar kurarak boşanmada kusuru ispat etmek için delil elde etmeleri hukuk düzenince korunmamalıdır. Zira Yargıtay’ın kararlarına yansıttığı

isteklerine göre bir yaşam biçimine ve kişiliklerini geliştirebilmek olanaklarına sahip olurlar (Yüksel, s. 187). Günümüzde de, aynı geleneksel ve modern öncesi toplumlarda da görüldüğü şekilde, mahremiyet hakkına en büyük potansiyel tehlikelerin başında, evlilik birliği içerisinde olan kişilerin birbirini izlemesi, gözetlemesi, takip etmesi, özel hayatına müdahale etmesi gelir (Yüksel, s. 184-185). Bu konuda ayrıca bkz. Arslan Öncü, s. 181-183.

³³ Karar için bkz. HGK, 25.9.2002, 617/648 (Tutumlu, C. I, s. 635-639). Bu kararın değerlendirilmesi hakkında bkz. Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 301-302; Ateş, s. 101-102; Kılıçoğlu, s. 61-63; Yıldırım, s. 869-870.

³⁴ Kanaatimizce aralarında evlilik bağı dahi olsa hiç şüphesiz ki kişilerin kendilerine ait bir giz alanı ve bu alan üzerinde mahremiyet hakkı bulunur (aynı yönde bkz. Ateş, s. 100; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 705). Mahremiyet hakkı, bugün özel hayatın korunması ve diğer temel hakların modern toplumlarda tezahür şeklini temsil eder. Özel yaşam ya da mahremiyet, genel olarak kişilerin yalnız başına kalabildikleri, istedikleri gibi düşünüp davranabildikleri, başkalarıyla hangi yer, zaman ve koşullarda ne ölçüde ilişki ve iletişim kuracaklarına bizzat kendilerinin karar verebildikleri bir alan ve bu alan üzerinde sahip olunan hakkı ifade eder (Yüksel, s. 182).

Özel hayatın gizliliğinin korunması, bireye değer veren bütün siyasal sistemlerde, gerçek bir sosyal ve psikolojik ihtiyaçtır. Sosyologlara göre bireyin başkalarıyla olan ilişkileri, gizlilik veya açıklık dereceleri bakımından, iç içe geçmiş birtakım bölgelere, ya da çemberlere benzetilebilir. “Çekirdek benlik (core self)” denilebilecek olan en iç çember, kişinin normal durumlarda hiçbir kimseyle paylaşmadığı mutlak sırları, onun en gizli duygularını, düşüncelerini, ümitlerini, korkularını, dileklerini içine alır (Özbudun, s. 266). Bu çember, bireyin tam anlamıyla kendisiyle başbaşa kalacağı bir alan, onun kişiliğinin nihaî sığınağıdır (Özbudun, s. 266). İkinci çemberde, kişinin kural olarak ancak en yakınlarına açacağı nisbî sırlar vardır. Daha sonra, arkadaş ve dostlar çevresiyle paylaşılan duygu ve düşünceler çemberi gelir (Özbudun, s. 266). En dışta, kişinin herhangi bir kimseye açıklamaktan veya kamunun bilgisine sunmaktan çekinmediği konular bulunmaktadır (Özbudun, s. 266). Örneğin kanaatimizce kişinin günlük tutması, günlüğü eşiyle paylaştığı yatağının altında dahi olsa çekirdek benlik olarak ifade edilen en iç çemberde, giz dünyasında yer alan bir kişisel paylaşımıdır.

şekilde, eşler arasında özel hayatın korunması hakkının geçerli olmayacağı çift, artık ayrılık sürecine dâhil olmaları ile birlikte birbiri ile iyi geçinen, tasavvur edildiği gibi mutlu, sevgi ve saygı dolu değildir; özellikle Türk Medenî Kanunu'nun düzenlediği kusura dayalı boşanma sebepleri ve Türk hukuk uygulamasının da etkisiyle, birbirine kusur yüklemeye çalışan, bunun için kendilerine ispat araçları arayan ve belki birbirlerine karşı kin ve nefret dolu kişilerdir. Bu koşullar altında dahi, sırf aralarındaki evlilik bağının kalkmamış olması sebebiyle bir eşin, diğerinin özel hayatına ölçüsüzce saldırıda bulunması ve bunun hukuk düzenince 'evli' olmaları sebebiyle, birbirlerine karşı özel hayatlarının büyük ölçüde geçerli olmayacağı gerekçesiyle mâzur görünmesi, hukuk güvenliği ve barışı için son derece tehlikeli bir durumdur³⁵.

Bunların yanı sıra yukarıda belirtilen Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin vardığı sonucun tam zıttı yönünde gerek Yargıtay Hukuk Daireleri gerekse Hukuk Genel Kurulu, bir delilin hukuka aykırı şekilde *yaratılması* ile hukuka aykırı şekilde *elde edilmesi* arasında bir ayırım gözetmekte ve hukuka aykırı şekilde *yaratılan* bir delilin kesinlikle delil olarak kullanılamayacağı görüşündedir³⁶. Örneğin Yargıtay 3. Hukuk Dairesi bir kararında, kadının

³⁵ Bu durum esasında geleneksel düşünce yapısının bir ürünüdür. Zira modern öncesi veya geleneksel toplumlarda, bireyin tek başına bir varlığı tam anlamıyla yoktur; kendisini veya diğerleri onu, mensubu bulunduğu toplumsal gruba göre tanımlar ya da konumlandırır. Böyle bir yapıda birey ya birinin kardeşi, oğlu, kızı, annesi veya eşidir ya da falanca köyden veya filanca kabiledendir (Yüksel, s. 190). Bu anlayış modern dünya düzeni ve gereklilikleri karşısında önemli derecede evrim geçirmiştir ve bugün kişilerin mahremiyeti, yukarıda belirtilen sıfatlardan ve konumlamalardan önce gelir (bu konuda bkz. Yüksel, s. 189-191). Bu sebeple özellikle boşanma davalarında, modern toplum yapısı ile mahremiyet hakkının günümüzdeki anlamını ve fonksiyonunu gözardı ederek geleneksel toplumlardaki düşünce yapısına paralel şekilde çözümler üretmek, başta Anayasa'ya ve uluslararası sözleşmelere aykırılık oluşturmaktadır.

³⁶ "Bir delinin mahkemece kabul edilmesi için, gerek öğretilerde yer alan ağırlıklı görüş, gerekse de Hukuk Genel Kurulu Kararlarında ortaya konulan ölçüt; o delilin usulsüz olarak yaratılmamış olması ve hukuka aykırı biçimde elde edilmemesidir. Vurgulanmalıdır ki, bir delilin usulsüz olarak elde edilmesi ayrı, usulsüz olarak yaratılması ayrı bir olaydır. Usulsüz olarak elde edilen bir delil somut olayın özelliğine göre değerlendirilebilir de; usulsüz olarak yaratılan bir delilin hiç bir şekilde delil olarak kabulü olanaklı değildir." 3. HD, 21.3.2013, 2012-23195/698 (Ateş, Şerh, s. 1406-1407).

rızası dışında ‘facebook’tan alınan ve delil olarak dosyaya sunulan fotoğrafların yasal delil olarak değeri tartışılıp değerlendirilmeksizin hükme dayanak alınmasını doğru bulmayarak kararı bozmuştur³⁷. Yargıtay 3. Hukuk Dairesi benzer şekilde başka bir kararında, erkeğin haberi olmadan kendisinin facebook hesabından alınan yazışmalara dayanarak boşanma kararı verilmesini, Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 189. maddesine aykırı bulmuştur³⁸. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi de bir kararında, basın yayın organları tarafından yayımlanmış olsa da hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin mahkeme kararına temel yapılamayacağı yönünde görüş açıklamıştır³⁹.

Dolayısıyla Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun yürürlüğe girip uygulanmaya başlamasından bu yana konuyla ilgili içtihat hukukuna bakıldığında, Yargıtay’ın ve hukuk uygulamasının istikrarlı ve mevzuat ile uyumlu

Benzer yönde bir karar için bkz.: “Bir delilin mahkemece kabul edilebilmesi için gerek öğretide yer alan ağırlıklı görüş, gerekse de H.G.K. Kararlarında ortaya konulan ölçüt; o delilin usulsüz olarak yaratılmamış olması ve hukuka aykırı biçimde elde edilmemesidir. Somut olaya gelince; mahkemece, hükme esas alınan ses kaydı davacının rızası dışında oluşturulmuş olup bu durum ceza mahkemesi kararı ile de belirlenmiştir. O halde bu şekilde oluşturulmakla usulsüz olarak yaratılmış bu delilin hükme esas alınması mümkün değildir.” 3. HD, 14.1.2013, 2012-22755/2 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası).

³⁷ 3. HD, 21.3.2013, 2012-23195/698 (Ateş, Şerh, s. 1406-1407).

³⁸ “Hükme esas alınan elektronik ortamdan elde edilen görüntülerdeki şahısların kocanın yakınları olduğu anlaşılmaktadır. ‘Facebook’ isimli sosyal paylaşım sitesi kullanılarak kocanın, dayısıyla görüşmelerine ilişkin iletişim kayıtlarının da; davacının, sosyal paylaşım sitesinde kendisini ‘kocanın dayısı’ yerine koymak suretiyle ‘dayısı ile koca’ yazıştırmış görüntüsü verilerek davacı tarafından oluşturulduğu, davacının da bunu kabul ettiği anlaşılmaktadır. Bu halde, sosyal paylaşım sitesi üzerinden yapılan görüşme kayıtları da vakıaların ispatında dikkate alınamaz (HMK md. 189/2).” 2. HD, 5.2.2014, 2013-19577/1926 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bankası).

³⁹ “... Dosya kapsamından davacının delil olarak CD çözümü ve yazılı basında yayınlanan haberleri gösterdiği ve bu delillerle davanın sabit olduğunu belirterek kabul edilmesine karar verilmesini istediği, ancak bu ses kaydının hukuka aykırı olarak kaydedildiği, ve bunun aksinin sabit olmadığı, bunun dışında davalının davacıya davaya konu edilen sözleri söylediğine ilişkin başkaca bir delil bulunmadığı anlaşılmaktadır. Şu durumda yukarıdaki usul hükümleri gözetildiğinde sadece yasa dışı elde edilen delile dayanılarak davalının sorumluluğuna hükmedilmesi doğru değildir. Bu nedenle davanın reddine karar verilmesi gerekirken kısmen kabulüne karar verilmesi, kararın bozulmasını gerektirmiştir.” 4. HD, 4.7.2012, 2011-4667/11619 (Ateş, Şerh, s. 1407-1408).

bir şekilde bir prensip edinemediğini belirtmek hatalı olmayacaktır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere hukuk uygulamamızın ve Yargıtay'ın bu konuda zaman zaman birbirine zıt kararlar vermesi çok olağanüstü bir sonuç değildir. Zira boşanma sebepleri ve kusurun ispatı konusunda Türk Medenî Kanunu'nun kendisi, tarafları, özel hayata müdahale zorunluluğu altında bırakmaktadır. Bu durumda makul bir sonucun ne şekilde gerçekleştirilebileceği konusu ise aşağıda incelenecektir.

II. SORUNUN KAYNAĞI: BOŞANMA SİSTEMİ VE ÖZELLİKLE KUSURA DAYALI BOŞANMA ANLAYIŞI

A. Genel Olarak

Boşanma davalarında boşanmak isteyen veya özellikle Türk Medenî Kanunu'nun 174. maddesi kapsamında lehine tazminat hüküm altına aldırarak isteyen *-veya aynı hüküm kapsamında karşı tarafın lehine tazminat hükmedilmesine engel olmayı amaçlayan-* taraf, davaya ilişkin iddialarını ispat edebilmek ve bu anlamda ispat hakkını kullanabilmek için karşı tarafa ait fotoğraflar⁴⁰, günlükler⁴¹, elektronik postalar⁴², görüntü kayıtları⁴³, ses kayıtları⁴⁴, telefon kayıtları⁴⁵ veya dinlemeleri, malî bilgileri⁴⁶ gibi birtakım

⁴⁰ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bir kararına yansıyan boşanma davasında davalı erkeğin zinasının ispatı için eşi ile birliktelik yaşadığı iddia edilen kadın fotoğraflarının, davalı tarafa ait bilgisayar çıktılarının yargılamaya getirildiği bir davada mahkemenin bu deliller ile birlikte tanık beyanlarına da dayanarak davalı ile sevgili olduğu iddia edilen kadının birlikte yaşadığı "örtülü" olarak kabul edilmiştir. Bu karar için bkz. 2. HD, 27.3.2013, 2012-22511/8420 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kılıçoğlu**, s. 361-386.

⁴¹ Bkz. 2. HD, 26.10.2001, 13309/14747 (**Kılıçoğlu**, s. 68, dn. 300).

⁴² 2. HD, 26.12.2205, 15965/18336 (**Kılıçoğlu**, s. 68, dn. 300). Ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kılıçoğlu**, s. 404-406.

⁴³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kılıçoğlu**, s. 361-386.

⁴⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Kılıçoğlu**, s. 308-339. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, 2008 yılında verdiği bir kararında tamamen hukuka aykırı yollarla elde edilmiş ses kaydını, eşinin sadakatsizliğini ispatlamak için kullanan davacı açısından hukuka aykırı bulmamıştır. Uyuşmazlık konusu olayda, davacı taraf eşinden şüphelendiğinden ortak konutlarına gizlice ses kayıt cihazı yerleştirmiştir. Kararda ise, kanaatimizce tamamen hukuka aykırı şekilde kadının özel hayatının korunması hakkı yok sayılarak ve temel

bilgi kaynaklarını yargılamaya getirmeye çabalar. Buna benzer durumlar çoğunlukla karşı tarafın özel hayatına müdahale oluşturur ve bu durumda, özellikle karşı tarafın bilgisi ve rızası olmaksızın yargılamaya getirilmek istenen bu bilgi kaynakları “*hukuka aykırı yollardan elde edilen delil*” olarak değerlendirilerek mahkeme tarafından dikkate alınmaması gerekir (HMK m. 189/3). Ancak hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin akıbeti her zaman bu şekilde belirlenmez ve mahkemeler vicdanî kanaatine göre söz

hakkı ihlâl edilerek eşler arasında özel hayatın korunması hakkının ileri sürülemeyeceği ifade edilmiştir. Kararın bu yönüyle de, başta Anayasa’ya, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’ne, Türk Ceza Kanunu’na ve diğer uluslararası sözleşmelere aykırılığı konusunda şüphe yoktur. Bu karar için bkz. 2. HD, 20.10.2008, 2007-17220/13614 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası). Bu karar hakkındaki eleştirimiz için bkz. aşağıda dn. 169. Ayrıca bu kararın değerlendirilmesi hakkında bkz. **Kılıçoğlu**, s. 315-319; **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 705-706; **Tutumlu**, s. 2155 vd.

⁴⁵ Başka bir davada, ‘haysiyetsiz hayat sürme’ boşanma sebebine (TMK. m.163) dayanan davacı erkek, **davalı kadının bir başka erkekle cep telefonu ile konuştuğu ve mesajlaştığını toplanan deliller ile ispatlamıştır**. Söz konusu uyuşmazlıkta bu delillerin hangi yol ile toplandığı konusunda bilgi yoktur. Ancak kadının haysiyetsiz yaşam sürdürdüğünü ispat edebilmek için kadının cep telefonu kayıtlarına erişilmesi ya bir mahkeme kararı ile gerçekleştirilecek ya da gizlice bu mesajların elde edilmesi yöntemi ile mümkün olabilecektir. Boşanma davalarında, uygulamanın aksine iletişimin denetlenmesi yoluna başvurulması hukukî olmayacağı gibi erkeğin gizlice kadının cep telefonundaki bu mesajlara erişerek davada delil olarak kullanması hukukî değildir. Bu davada mahkemenin cep telefonu mesajlarının hukuka aykırı yollarla elde edildiğinden bahisle bu mesajlara delil olarak dayanmaması gerekirken, boşanma ve hatta haysiyetsiz yaşam sürme iddiasını bu deliller üzerine inşa etmesi Anayasa’nın 20 ile 22. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddeleri’ne aykırılık teşkil eder. Bu karar için bkz. 2. HD, 26.6.2012, 2011-22536/17686 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası). Ayrıca aynı yönde başka bir karar için bkz. 2. HD, 28.12.2011, 1829/23825 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

Yine başka bir davada zina iddiasını kanıtlayabilmek için davacı taraf kadının telefon kayıtlarına ve mesajlarına dayanmış; bu sefer de mahkeme esasında hukuka aykırı yollarla elde edilen bu delili değerlendirmiş, ancak bu sefer kadın ile mesajlaşan erkeğin aynı işyerinde iş arkadaşı olmasını, zinaya delalet eden davranışlar için yeterli bulmamıştır. Bu karar için bkz. 2. HD, 1.2.2010, 2008-20278/1423 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁴⁶ Erkeğin aile düzenini bozacak derecede borçlanmasının, ortak hayatı temelden sarstığı ve birliğin devamına imkân vermeyecek bir geçimsizliğe yol açtığı konusunda bkz. 2. HD, 11.2.2008, 2007-4355/1294 (**Aras**, s. 208).

konusu delillerle boşanma sebebinin gerçekleştiğine ikna olursa (TMK m. 184), hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olsa dahi, bu bilgi kaynakları delil olarak dikkate alınır⁴⁷.

Özel hayatın korunması kapsamında kişilerin evlenmesi kadar bu evliliği sonlandırma özgürlüğünün bulunması da, özel hayatın korunması hakkına dahil temel bir hak olarak kabul edilir⁴⁸. Boşanmak isteyen tarafın ise boşanabilmesi için hukuk sistemimizde Türk Medenî Kanunu'nun 161 ilâ 166. maddelerinde sayılan durumlardan birinin varlığını ispat etmesi şarttır. Bu anlamda boşanma temel hakkının kullanımının bir anlamda ispat hakkına bağlı olduğu boşanma davalarında, bu hakkın *-ispat hakkının-* ayrı bir öneminin bulunduğu yadsınamaz. Ancak şüphesiz ki nihâyetinde boşanma hakkı gibi temel bir hakka hizmet etse dahi, ispat hakkının kullanımının da bağlı olduğu birtakım temel ölçütler, evrensel ilkeler ve kurallar vardır.

Türk hukukunda boşanma sebeplerinin kusura dayanması ve hâkimin pek çok durumda taraf iradelerini aşacak şekilde boşanma kararı üzerinde etki sahibi olması, boşanmak isteyen tarafları boşanma davasında kullanmak üzere delil bulma arayışı içerisine itmektedir. Bu sebeple, boşanmak isteyen taraf boşanma sebebinin gerçekleştiğini ispat edebilmek için dava açmadan önce veya dava sırasında birtakım casusluk faaliyetlerine dahi başvurmaktadır. Nitekim ülkemizde boşanma davalarında kullanılmak üzere delil elde etmek için telefonlara takılan casus programlar, evlere kurulan gizli kamera sistemleri, özel dedektiflik şirketlerine başvuru uygulamalarına⁴⁹ sıklıkla rastlanabilmektedir. Hatta uygulamada hukuka aykırı şekilde eşler ve şüphelenilen üçüncü kişiler aleyhine iletişimin tespiti kararı veren mahkemeler dahi bulunmuştur⁵⁰. Bu durum ise, buraya kadar üzerinde durduğumuz özel

⁴⁷ Bu konuda bkz. yuk. I, B.

⁴⁸ Arslan Öncü, s. 277-278.

⁴⁹ Boşanma davalarında dedektiflik uygulaması hakkında bkz. Kaygısız/Sever, s. 123-124; Kılıçoğlu, s. 371.

⁵⁰ Oysa ki, ilk olarak Ceza Muhakemesi Kanunu'nda iletişimin tespiti ve denetlenmesine ilişkin önlemlerin (CMK m. 135) medenî yargıda görülmekte olan boşanma davaları açısından uygulama alanını bulamaması gerekir. Buna karşılık özellikle boşanma davalarında eşlerden biri, diğer tarafın kendisini aldattığını düşünüyorsa mahkemelerden iletişimin denetlenmesini talep etmekte; mahkemeler bu yönde kararlar verebilmektedir (Ateş, s. 99). Hukuk uygulamamızda bir süre Turkcell ve Avea bu iletişimin denetlen-

hayatın korunması kapsamında özellikle de kişisel verilerin korunması hakkı, konut dokunulmazlığı hakkı, haberleşme özgürlüğü gibi temel haklara, uluslararası sözleşmelere, Anayasa'ya, Türk Medenî Kanunu'nun 23. Maddesi'ne ve diğer kanunî düzenlemelere mutlak şekilde aykırılık oluşturmaktadır.

Bu tip hukuka aykırı uygulama sorunlarının temel sebebi de, boşanma sebeplerinde ve boşanmanın malî sonuçlarında kusurun başrolde olmasıdır. Nitekim bu sorunlar sadece bizim ülkemizde yaşanmamaktadır. Kusura dayalı boşanma sistemini benimseyen tüm ülke modelleri, benzer sorunlarla karşı karşıya kalmıştır⁵¹. Birazdan değerlendirmelerimizde yansıtacağımız

mesi kararlarının gereğini yerine getirmiş; Telekom ve Vodofon ise, bu müzakerelerin gereğini yerine getirmekten kaçınmıştır (Ateş, s. 99). Dolayısıyla hukuk uygulamamızda, boşanma davalarında bu tip hukuka aykırı şekilde iletişimin tespitine yönelik kararlar verildiği ve bunların uygulandığı bilinmektedir. Hatta bu tip talepler sadece evli olan eş aleyhine gerçekleşmemekte; aynı zamanda şüphelenilen kişi aleyhine de yapılmakta ve bazı mahkemeler de üçüncü kişiler aleyhine iletişimin denetlenmesine karar verebilmektedir (Ateş, s. 100; bu konuda boşanma davasında yaşanan uygulama hakkında ayrıca bkz. **Kılıçoğlu**, s. 334-339). Oysa ki, telekomünikasyon şirketlerinin, müşterilerine ait bilgileri gizli tutma yükümlülüğü bulunur. Bu anlamda kanunî bir temeli olmaksızın, telekomünikasyon şirketlerinin müşterilerine ait bilgileri başkaları ile paylaşması hukukî sorumluluğunu gerektirir. Telekomünikasyon şirketlerinin özel hayatın korunması (Ay m. 20), haberleşme özgürlüğü (Ay m. 22) çerçevesinde müşterilerine karşı olan bu yükümlülükleri hakkında bkz. **Kaya**, s. 307 vd.; **Özdemir H.**, s. 292-296. Ayrıca Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi ve Gizliliğin Korunması Hakkında Yönetmelik'in 8. Maddesi'ne göre de, kanunların ve yargı kararlarının öngördüğü durumlar hâricinde, haberleşmeye taraf olanların tamamının izni olmaksızın, telekomünikasyonun üçüncü şahıs tarafından dinlenmesi, kaydedilmesi, saklanması, kesilmesi veya gözetimi yasaktır. Bununla birlikte öğretilerde boşanmadaki kusurun ispatında yaşanan güçlükler sebebiyle iletişimin tespitine ihtiyaç bulunduğu (Ateş, s. 104-105), hatta bu konuda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na, CMK'da olduğu gibi özel düzenleme konulması gerektiği (**Şen**, s. 125) belirtilmektedir. Ancak biz bu çözümün hukuk devleti ilkesi ile hiçbir şekilde bağdaşmadığı; boşanma kararlarının, temel hak ve özgürlüklere bu denli müdahale edilmesini gerektirecek kadar kamu menfaati barındırmadığı; bunun yerine temel haklara dayalı hukuk devletlerinde olduğu gibi kusura dayalı boşanma sisteminin kaldırılması gerektiği kanaatindeyiz. Nitekim aşağıda üzerinde duracağımız üzere, Türk hukuku bugün için Avrupa ülkeleri içerisinde kusura dayalı boşanma sistemini hâlen uygulayan çok nâdir sistemlerden birisidir.

⁵¹ Bu konuda bkz. aşa. II, D.

üzere Türk boşanma hukuku sistemi maalesef mevcut hâliyle, boşanmak isteyen tarafları bu yöntemlere başvurulmasına sevketmekte, âdetâ taraflar için bu yöntemi zorunlu bir yol hâline getirmektedir. Zira Türk boşanma hukukunda geçerli olan kusur esası, karşı tarafın özel hayatına, insan onuruna müdahale ederek savunma yapmak ve ispat faaliyetini gerçekleştirmek zaruretini doğurmaktadır.

Sorunun gerçek anlamda tahlil edilebilmesi için ilk olarak konuyu açıklığa kavuşturmak için Türk Medenî Kanunu'nun benimsemiş olduğu boşanma sebepleri üzerine durmak gerekir. Zira aşağıda yapacağımız tespitler gösterecektir ki, Türk hukuk uygulamasında boşanma sebeplerinin ispatı son derece güçtür. Boşanmak isteyen taraf için Kanun'da öngörülen bazı boşanma sebeplerinin aşılması son derece güç birtakım ispat güçlüklerine neden olduğu aşikârdır⁵². Bunun da ötesinde, aile hukukuna ilişkin uyumsuzluklarda hâkimin boşanma olgularına vicdanen kanaat getirmediğçe boşanmaya karar vermemesi konusundaki yetkisi (TMK m. 184)⁵³, Türk hâkimini, kimi zaman boşanma davalarında boşanma sebebinin gerçekleştiği yönünde yüksek bir ispat ölçüsüne sürüklemekte⁵⁴ kimi zaman da duygusal yönü ağır

⁵² Boşanma davalarındaki ispat güçlüklerinin, delil elde edilmesi konusunda zorluklar yaratması ve bu sebeple kişilerin hukuka aykırı delil elde etme yollarına başvurduğu konusunda bkz. **Kılıçoğlu**, s. 43.

⁵³ Anayasa'nın 136. Maddesi uyarınca Türk hâkimi zaten vicdanî kanaatine göre karar vermelidir. Anayasa'nın bu hükmüne rağmen Türk Medenî Kanunu'nda "*Hâkim, boşanma veya ayrılık davasının dayandığı olguların varlığına vicdanen kanaat getirmediğçe, bunları ispatlanmış sayamaz.*" (TMK m. 184, I, 1) şeklindeki ifade ile hâkimin vicdanî kanaatini vurgulaması, esasında farklı bir kanaat ölçüsü getirmemesine rağmen aşağıda örneklerle somutlaştırılacağı üzere kanaatimizce boşanma davalarında hâkimleri yüksek bir ispat ölçüsüne sürüklemektedir. Zira esasında bu hüküm, bütün hukuk davaları için geçerli bir kuraldır. İspatın konusunu "maddî olayların, vakıaların" oluşturduğu tüm hukuk davalarında hâkim bu olayların mevcudiyetlerine vicdanen kani olmadıkça onları sabit sayamaz. Kanunî delil ve özellikle senetle ispat hükümleri, konusunu "hukukî işlemler"in oluşturduğu davalarda uygulanacağına ve boşanma sebeplerinin tamamı "maddî vakılar"dan ibaret olduğuna göre, esasında TMK m. 184, I, 1 hükmü boşanma davalarına özgü istisnâî bir hükmü getirmemektedir (**Gürdoğan**, s. 213).

⁵⁴ Örneğin Türk Medenî Kanunu'nun 166. Maddesi'ndeki genel boşanma sebebine dayanarak hem kadının hem de erkeğin karşılıklı olarak birbirine açtığı boşanma davalarında, hâkimin taraf iradelerine ve tanık beyanlarına rağmen tanık beyanlarını yetersiz görmesi sebebiyle evlilik birliğinin devamı yönünde her iki boşanma davasını da reddederek

basan, dolaylı ispat yöntemleri ile ispatlandığını kabul ettiği olgular üzerinden boşanmaya karar vermesi sonucunu doğurmaktadır⁵⁵. Genellikle de hâkimler, evlilik birliğinin sosyal önemine binaen eşleri evlilik birliğini sürdürmesine teşvik etmeyi amaçlarken boşanmak isteyen tarafın boşanma sebebinin gerçekleştiğini kendilerine inandırması için yüksek ölçüde ispat faaliyeti içerisine girmesine sebebiyet vermektedir⁵⁶. Bir yandan boşanmak isteyen taraf boşanma sebebinin gerçekleştiğine dair yoğun bir ispat aracı

verdiği bir karar için bkz. 2. HD, 7.4.2008, 3940/4791 (Aras, s. 202-203). Benzer yönde başka bir karar için bkz. 2. HD, 7.7.2008, 2007-10949/10026 (Aras, s. 203).

Benzer şekilde tanık ifadelerine ve fiili ayrılığa rağmen mahkemenin, ortak hayatın çekilmez hâle gelmemesi sebebiyle evlilik birliğinin devamı yönünde verdiği bir karar için bkz. 2. HD, 5.5.2008, 2007-8675/6513 (Aras, s. 209).

⁵⁵ Yukarıdaki dipnotta belirtilen *- tarafların ortak isteklerine ve tanık ifadelerine rağmen evlilik birliğinin devamı yönünde verilen-* kararlara karşılık, eşine “ısınmadığını” ifade ederek boşanma davası açan erkek için ortak hayatın çekilmez hâle geldiği ve devamının mümkün olmadığına hükmedilen bir karar için bkz. 2. HD, 1.7.2008, 2007-15623/9748 (Aras, s. 215).

Benzer nitelikte başka bir karar için bkz. “Toplanan delillerden; davalı kadının kocası işe gittikten sonra, kocasının amcası R.’yi eve aldığı, bu kişinin sabah saat 08.30 - 09.00 gibi gelip, akşam saat 16.00-16.30’a kadar uzun süre evde kaldığı, bu durumun sık sık tekrarlandığı ve devam edegeldiği anlaşılmaktadır. Kadının gerçekleşen eylemi sadakatsizlik olup bu hal evlilik birliğini temelinden sarsar. Bu sebeple boşanma kararı verilmesi gerekirken, davanın reddi doğru görülmemiştir.” 2. HD, 8.12.2004, 13709/14684 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

⁵⁶ Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin uzun zamandır içtihatları, hâkimin boşanmaya karar vermesi için *tam bir vicdanî kanaate ulaşmasını* zorunlu görmektedir (Tutumlu, C. I, s. 150). Yargıtay 2. Hukuk Dairesi’nin yukarıda belirttiğimiz (bkz. dn. 54) yeni tarihli içtihatlarının yanısıra, nispeten eski tarihli görüşlerinde de benzer esası güçlü bir şekilde uyguladığını gözlemlemek mümkündür. Örneğin Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, anlaşmalı boşanmaya ilişkin 16.2.1993 tarihinde verdiği bir kararda, *anlaşmalı boşanmaya ilişkin davada dahi* ispat ölçüsünü şu şekilde belirlemiştir: “Taraflar tek bir konuda anlaşmamış olsalar dahi, Medeni Kanunun 134/3 [TMK m. 166/3] maddesi uyarınca delil toplanmadan karar verilemez. Bu gibi hallerde tarafların iddia ve savunmaları çerçevesinde delilleri toplanıp, Medeni Kanunu’nun 134. Maddesinin 1, 2, 4 [TMK m. 166/1, 2, 4] fıkralarına göre değerlendirme yapılmalıdır. **Hâkim gösterilen olayların varlığına vicdanen inanmadıkça boşanmaya karar veremez.**” 2. HD, 16.2.1993, 768/1377 (Tutumlu, C. I, s. 151). “Boşanma veya ayrılığa karar verilebilmesi için geçimsizlik meydana getiren vakıaların kesinlikle ispatı ve bunların davalı taraftan meydana getirilmiş olduğunun kabulü gerekir.” 2. HD, 12.12.1967, 734/5340 (Tutumlu, C. I, s. 151).

bulma çabasına girmekte diğer yandan da çağdaş hukuk sistemlerinde pek geçerliliği kalmamış olan Türk Medenî Kanunu'ndaki kusura dayanan boşanma sebeplerinden birini ispatlamaya çalışmaktadır. Böyle bir süreçte hem hâkimin vicdanî kanaate ulaşması hem de boşanmak isteyen tarafın ispat hakkını kullanması oldukça güçleşmektedir. Bu sebeple karşılaştırmalı hukukta boşanma sebeplerinin ispat faaliyetine ve etkisi oranında yaşanan gelişmelere göz atmakta yarar vardır.

B. Boşanma Sistemlerine Genel Bir Bakış

Tarihin çeşitli süreçlerinde hukuk sistemleri toplumu oluşturan bireylerin kültürleri, inançları, sosyolojik yapıları sonucunda boşanma konusunda farklı modeller benimsemişlerdir. Şüphesiz ki boşanma sistemlerine bakıldığında benimsenen kuralların zamana hâkim olan din, ahlâk, toplumsal değerler ve değerler üzerindeki değişimlerle çok yakın bir ilişki içerisinde olduğu rahatlıkla tespit edilebilir⁵⁷. Zira egemen toplum değerlerinin aile kurumuna ve bireye yüklediği anlam değiştikçe, aile birliğini sona erdiren boşanma da farklı yaklaşımların konusunu oluşturmuştur⁵⁸.

Boşanma sistemlerini etkileyen anlayışın başında bireylerin, toplum içerisindeki ve devlet karşısındaki konumları gelmektedir. Bu anlamda da boşanma sistemlerini etkileyen temel iki düşünce yapısı bulunur. Bunlar *ferdiyetçi teori* ve *toplumcu teoridir*. *Ferdiyetçi teoriye* göre, eşler iradeleriyle evlendikleri gibi iradeleriyle de boşanabilmelidirler. Yani evlilik bağının çözülebilmesi için tarafların karşılıklı irade ve beyanı yeterlidir. Bu teoride eşlerin evlenme kararının doğruluğu ya da yanlışlığı tartışma konusu yapılmaz⁵⁹. *Ferdiyetçi teori*, aşağıda bahsedilecek olan serbest boşanma

⁵⁷ **Belgesay**, s. 215-218; **Cansel**, s. 67; **Cin**, s. 15-16; **Özdemir**, s. 3; **Tekinay**, s. 180. Türk toplumunun sosyolojik yapısının boşanma ve ayrılık kurumu üzerinde etkilerine ilişkin ayrıntı için bkz. **Aras**, Roma Hukuku, s. 66-67; **Topçuoğlu**, s. 51 vd.; **Tutumlu**, C. I, s. 27-36. Yine bu konuda bir araştırma için bkz. Boşanma Sebepleri, Bilimsel Araştırma Projesi Uygulama Sonuçları (Nihaî Rapor), Proje Yürütücüsü: Ahmet Battal, T.C. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü/Akademik Dayanışma Araştırma ve Geliştirme Vakfı, Ankara 2008.

⁵⁸ Bu konuda bkz. **Özdemir**, s. 3-4.

⁵⁹ Bu konudaki görüşlere ilişkin bkz. **Aras**, Roma Hukuku, s. 68; **Ersöy**, s. 4. Türk Medenî Kanunu'nun 166. Maddesi'nde eşlerin karşılıklı anlaşmalarıyla boşanmalarına imkân

sistemini beslemektedir. Zira serbest boşanma sistemi, genellikle eşitliğe ve bireyci düşünceye dayanan, eşlerden her ikisine de boşanma hakkı tanıyan ve karşılıklı rıza ile boşanmaya izin veren bir sistemdir⁶⁰.

Buna karşılık *toplumcu teoriye* göre, evlilik kişilerin zevki için değil özellikle nesillerin yetişmesi için kurulduğundan evlilik birliğinin devamlı olması da esastır. Katolik kilise hukukunda benimsenen görüş bu doğrultudadır. Tanrı'nın birleştirdiğini kul ayıramaz, devamlı ve sabit olmayan bir evlilikte manevî huzur da kalmaz, çocukların gerektiği gibi büyütülmeleri de tehlikeye girer ve evliliğin borçlar hukukunun herhangi bir akdinden farkı kalmaz⁶¹. Bu görüşü savunanların bir kısmı evliliğin bozulmazlığı ilkesini kabul ederken, diğer kısmı yetkili mercilerin kararı üzerine ve belirli sebeplerin varlığı halinde boşanmayı kabul eder. Esasında tarihte özellikle boşanma süreci ile devletin yakından ilgili olmasının temeli, ailenin toplumun çekirdeği olması sebebiyle kurumsal anlamda yüklendiği sosyal sorumluluktur⁶².

Öğretide, her iki görüşün de sakıncaları olduğu belirtilmekte ve ancak ferdîyetçi teorinin eleştirisi olarak evliliğin sona ermesinde sadece eşlerin iradesine önem verilmesinin, evlilik birliğinin sağlam temellere oturtulmasına, eşler arasındaki saygı ve sevgi bağına, çocukların yetiştirilmesine olumsuz etkileri olabileceği belirtilmektedir⁶³. Bu temel görüşler çerçevesinde hukuk sistemleri, boşanma konusunda farklı yaklaşımlar benimsemektedir. Bazı sistemler boşanmayı yasaklarken, bazı sistemler boşanmanın serbest olmasını kabul eder, bazıları ise boşanmayı belirli sebeplerin varlığına ve hâkim hükmü ile gerçekleştirebileceğini kabul eder.

tanıyan düzenleme, belirli koşullarda boşanma serbestisinin var olduğunu göstermekle birlikte, bu hüküm her iki eşin de istemesi hâlinde sadece boşanmayı kolaylaştırmaktadır. Zira hâkim, eşler istemiş ve başvurmuş olsalar bile, onların talebi ile bağlı olmayacağından bu durumda boşanmaya hükmedilmeyebilmektedir. Bu konuda ayrıca bkz. **Aras**, Roma Hukuku, s. 69.

⁶⁰ **Velidedeoğlu**, s. 179.

⁶¹ Bu konudaki görüşlere ilişkin bkz. **Aras**, Roma Hukuku, s. 69-70; **Ersöy**, s. 4-5; **Feyzioğlu**, s. 243-244.

⁶² **Cin**, s. 15-16; **Velidedeoğlu**, s. 177.

⁶³ Bu konudaki görüşlere ilişkin bkz. **Ersöy**, s. 5.

Boşanma yasağı (evliliğin sonsuzluğu), boşanmanın en eski modellerinden biridir ve özellikle onuncu yüzyıldan itibaren Katolik kilisesi hukuku tarafından benimsenmiştir⁶⁴. Zira bu yüzyıllarda geçerli olan Katolik hukukunda boşanma mümkün değildi, eşler ancak ayrılabilirlerdi⁶⁵. Nitekim Türk-İsviçre Medenî Kanunlarında hâlen varlığını sürdüren ayrılık kurumunun temeli de, Katolik hukukundaki hukukî değil, fiilî boşanmaya dayanmaktadır⁶⁶. Esasında kilise hukuku ilk yüzyıllarda boşanma imkânı tanımaktaydı, ancak onuncu yüzyıl itibariyle Avrupa’da boşanma imkânsız olarak kabul edilmişti⁶⁷. Şüphesiz ki bu tarihî ve inanca dayalı düşünce yapısı, hem hayatın gerçekleri ile örtüşmemesi hem de eşleri evli kalmaya zorlamanın ahlâkî ve sosyal sakıncası zaman içerisinde bu kuralın anlamının gevşemesine sebebiyet vermiştir⁶⁸. Evlilik birliğinin kutsal bir bağ olmaktan kutrarılarak eşlere boşanma imkânı tanınmasında Protestanlığın da büyük bir payı olmuştur⁶⁹. Zaman içerisinde ferdîyetçi görüş etkisini artırmış ve onsekizinci yüzyıldan sonra Prusya Umumî Kanunu, Fransız Medenî Kanunu, Saksonya Medenî Kanunu gibi kanunlar boşanmayı kabul etmişler ve hatta kolaylaştırmışlardır. Fransız Medenî Kanunu kabul edilmeden önce henüz 1792 yılında kabul edilen ve ancak belirli bir süre yürürlükte kalabilen bir kanun

⁶⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Akyol**, s. 100; **Cansel**, s. 72; **Cin**, s. 16-18; **Ersoy**, s. 6; **Feyzioğlu**, s. 244; **Özdemir**, s. 4-5; **Tekinay**, s. 182.

⁶⁵ **Gürsoy**, s. 2; **Özdemir**, s. 4; **Tekinay**, s. 182; **Velidedeoğlu**, s. 178.

⁶⁶ **Özdemir**, s. 4.

⁶⁷ **Cin**, s. 16-17; **Özdemir**, s. 4-5; **Velidedeoğlu**, s. 178. Hıristiyanlığın ilk zamanlarında, Hıristiyanlık dini evlenme hakkında yeni kurallar getirmişti. Daha sonra, kilise, evlenmeye ilişkin hususları düzenleme yetkisini de üzerine aldı. Başlangıçta kilisenin bu husustaki yetkisi, sadece bir düzene koymadan ibaret olduğu hâlde, daha sonra, kendisini bu hususta kanun yapıcı olarak kabul ederek aile kurumunu tümü ile kendi kontrolü altına aldı. Onuncu yüzyılda aile hukuku, tamamen kilisenin altına girmişti. Bu durum, 600 yıl kadar devam etti (**Gürsoy**, s. 2; **Tutumlu**, C. I, s. 31). Kilise bu anlayışı ile, boşanmaya karşı çıktı ve evliliğin ebedî ve kutsal bir birlik olduğunu iddia etti. Onaltıncı yüzyıl itibariyle ise, Protestanlık, evliliğin kutsal bir bağ olduğunu red ile evliliğe mahkeme kararıyla son verilebileceğini kabul etti (**Cansel**, s. 73; **Gürsoy**, s. 3). Protestanlık da, ancak belli sebeplerin varlığı hâlinde boşanmayı kabul ediyordu; bunlar zina, kötü niyetle evi terk, evli olmanın gerekli kıldığı ödevleri yapmaktan kaçınma gibi sebeplerdi (**Gürsoy**, s. 3; **Feyzioğlu**, s. 246).

⁶⁸ **Özdemir**, s. 4-5; **Velidedeoğlu**, s. 178-179.

⁶⁹ **Cin**, s. 17-18; **Gürsoy**, s. 2-3; **Özdemir**, s. 4-5; **Tekinay**, s. 182; **Tutumlu**, C. I, s. 31.

ile karşılıklı anlaşma ile ve hatta bazı durumlarda bir tarafın arzusu ile boşanmaya dahi imkân tanınmıştı⁷⁰. Temelde Katolik kilisesinin etkisi altında olan boşanma yasağı çok uzun yıllarca değişik şekillerde değişik hukuk sistemlerinde hükmünü sürmüştür⁷¹. Örneğin İtalya’da boşanmanın yasak olması 1970 yılında kabul edilen değişikliğe kadar devam etti. İtalya’da 1 Aralık 1970 tarihinde kabul edilen 898 sayılı Kanun ile eşlere bazı sebepler için boşanma hakkı tanınmıştır. Kanun’un yürürlüğe girdiği tarihten itibaren İtalya’da beş ay içinde beş milyon kişinin boşanmak üzere mahkemeye başvurması da dikkat çekici bir detay olarak tarihe geçmiştir⁷².

Boşanma serbestisi, yukarıda da ifade ettiğimiz üzere ferdîyetçi düşünce yapısının ürünü olarak hukuk sistemlerinin boşanma modellerinde etkili olmuştur⁷³. Boşanma serbestisine dayanan modellerde, tarafların serbest iradeleri ile evlenmeleri ne kadar doğal görünüyorsa, boşanmanın da serbest iradelerle gerçekleşmesi kabul edilmiş ve dolayısıyla bireyin iradesine üstünlük tanınmıştır⁷⁴. Serbest boşanma modeli eski hukuk sistemlerinde genellikle erkeğin, kadını tek taraflı irade ile boşaması şeklinde görülmekteydi⁷⁵. Babil, İbrânî, Roma, Cermen, İslâm hukuklarında tek taraflı ve bazı durumlarda da eşlerin anlaşması ile boşanması mümkündür⁷⁶. Örneğin Roma İmparatorluğu’nun resmî din olarak Hristiyanlığı seçmesine kadar, bu toplumda serbest boşanma sistemi geçerliydi⁷⁷. Bu konuda Romalıların düşünce yapısı son derece basitti: “Uzlaşma evlenmeyi, uzlaşmamazlık boşanmayı doğurur.”; ayrıca madem evlilik taraf iradeleri ile meydana gelmekte, o zaman yine taraf iradeleri ile son bulmalıdır, düşüncesi hâkimdi⁷⁸.

⁷⁰ **Cin**, s. 17-18; **Velidedeoğlu**, s. 180.

⁷¹ Bu konuda bkz. **Cansel**, s. 72.

⁷² Bu konuda bkz. **Cansel**, s. 72; **Feyzioğlu**, s. 244-246.

⁷³ **Cin**, s. 18.

⁷⁴ **Akyol**, s. 101; **Cansel**, s. 72; **Cin**, s. 18; **Ersay**, s. 7; **Gürsoy**, s. 1; **Özdemir**, s. 4-5.

⁷⁵ **Cin**, s. 18; **Gürsoy**, s. 1; **Özdemir**, s. 5.

⁷⁶ **Cin**, s. 15-16; **Frier/Mc Ginn**, s. 160; **Gürsoy**, s. 1; **Özdemir**, s. 5.

⁷⁷ **Köprülü/Kaneti**, s. 149; **Tutumlu**, C. I, s. 30; **Velidedeoğlu**, s. 179. Ancak Hristiyanlığın kabulünden sonra da hiçbir zaman Katolik hukukunda olduğu gibi boşanma tamamen yasaklanmamıştı (**Velidedeoğlu**, s. 179-180).

⁷⁸ **Velidedeoğlu**, s. 179. Roma İmparatorluğu’nda onuncu yüzyıla kadar geçerliliğini sürdüren serbest boşanma sisteminde devletin boşanma hukukuna ilk müdahalesi

Daha çok tarihin eski çağlarında görünen, daha sonra Katolik inancın etkisine giren toplumlarda kaybolan bu sistem onsekizinci yüzyılda doğal hukuk anlayışının etkisiyle tekrar canlanma göstermiştir⁷⁹. Zira doğal hukuk anlayışına göre tamamen eşlerin iradeleri ile kurulan bir sözleşme olan evlilik, yine eşlerin iradeleri ile ortadan kaldırılmıyordu⁸⁰.

C. Türk Medenî Kanunu'nda Boşanma Sebepleri

Türk Medenî Kanunu'ndaki boşanma sebeplerine geçmeden önce son olarak kısaca Türk aile hukukunun ve boşanma sisteminin tarihî temelleri üzerinde durmak isteriz⁸¹. 22 Kasım 2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ve ondan önce uygulanmakta olan 17 Şubat 1926 tarihli ve 743 sayılı Medenî Kanun'dan önce, yani Cumhuriyet'in ilânından önceki devirde, evlilik ve boşanma kurumu, temelini dinden almış olmakla birlikte, uygulama yönünden devletin kontrolünden uzak, tamamen özel bir kurum idi⁸². Bu çerçevede nikâh işlemi ile iki kişinin evlilik sözleşmesi kurması, diğer sözleşme türlerinden çok da farklı bir özellik arz etmemekteydi⁸³. Boşanmanın sadece erkeğin tasarrufunda bulunan bir kurum olması⁸⁴ ve bu

Diocletien zamanında çıkarılan bir emirname ile şerefsizlik nedeniyle boşanma durumunda, çocukların hangi tarafta kalacağına hâkimin karar vermesi gerektiği düzenlenmesiyle gerçekleşmiştir (Aras, Roma Hukuku, s. 59; Velidedeoğlu, s. 179-180). Ayrıca Roma hukukunda boşanma konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Aras, Roma Hukuku, s. 51-57, 62-65; Frier/Mc Ginn, s. 160-169.

⁷⁹ Özdemir, s. 5. Nitekim Fransız İhtilâli'nden sonra Fransa'da, devrimden sonra ise Sovyet Rusya'da, eşlerin mahkemeye gitmeksizin sadece nüfus memuruna yapacakları bir beyanla boşanmaları mümkün kılındı (Özdemir, s. 5).

⁸⁰ Özdemir, s. 5.

⁸¹ İslâmiyetten önce ve sonra Türklerde boşanma modelleri hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Akgündüz, s. 487 vd.; Cin, s. 27 vd.

⁸² Cin, s. 36; Velidedeoğlu, s. 8, 177-178; Tutumlu, C. I, s. 31.

⁸³ Velidedeoğlu, s. 8. Nitekim evlenmenin diğer sözleşmelerden bir farkı bulunmadığı konusundaki görüşler ve karşı görüşler hakkında bkz. Akgündüz, s. 495; Aydın, s. 264-265; Cin/Akıymaz, s. 370.

⁸⁴ Kilise hukukunun benimsediği boşanma yasağına karşın, İslâm hukukunda erkeğe tanınan serbest boşanma ilkesi geçerliydi. Erkeğin tek taraflı iradesi ile boşanmayı mümkün kılan bu kurum *talak* olarak ifade edilirdi. Kadına ise boşanma hakkı ancak evlenme sözleşmesi yapılırken "*tefviz'i talâk*" şartının konması kaydıyla veriliyordu. Bu şart konmamışsa nikâhın son bulması için erkeğin "boşol" demesi yeterliydi. Her iki

anlamda kadınları son derece savunmasız bir durumda bırakması bir yana⁸⁵, 743 sayılı Medenî Kanun'dan önce, boşanmak nisbeten oldukça kolaydı⁸⁶. Cumhuriyet'in ilânından sonra ise, yeni bir medenî kanun hazırlama ihtiyacı doğmuş ve üzerinde geleneksel Katolik evlilik anlayışının hüküm sürdüğü İsviçre Medenî Kanunu, Türk medenî hukukuna adapte edilirken bu sistemdeki boşanmaya ilişkin hükümler de benzer şekilde esas alınmıştır. Bu sistem 1926 yılından 2001 yılına kadar, 743 sayılı Medenî Kanun içerisinde; 2001 yılından itibaren ise, bazı küçük değişikliklerle birlikte 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu bünyesinde uygulanmaya devam etmiştir. Ancak bu süreç içerisinde 1988 yılında yapılan kanun değişikliği ile anlaşmalı boşanma kısmen de olsa, hukuk sistemimize dâhil edilmiştir⁸⁷.

Günümüzde Türk boşanma hukuku sistemine göre evliliği sona erdiren çeşitli sebepler bulunmaktadır. Bunlar genel olarak ölüm, gaiplik, cinsiyet değişikliği, hükümsüzlük sebepleri (TMK m. 145-160) ve boşanmadır (TMK m. 161-184). Türk Medenî Kanunu'nun boşanmaya ilişkin hükümlerinde ise, birden çok boşanma sebebinin varlığını görmek mümkündür⁸⁸. Öğretide

boşanma durumunda da, söz konusu sonucu elde etmek için mahkeme hükmüne ihtiyâç yoktu. Bu konuda bkz. **Akgündüz**, s. 520-521; **Aydın**, s. 286 vd.; **Cansel**, s. 72-73; **Cin**, s. 36-40; **Cin/Akyılmaz**, s. 418-419; **Demirhan**, s. 8-9; **Feyzioğlu**, s. 246-247; **Köprülü/Kaneti**, s. 149-150; **Tekinay**, s. 181; **Tutumlu**, C. I, s. 31. Bunun yanı sıra İslâm huku-kunda boşanmanın mahkeme kararı ile gerçekleşmesi de mümkündür ve bu tür boşanma *tefrik* olarak ifade edilirdi (**Akgündüz**, s. 529; **Aydın**, s. 291; **Cin/Akyılmaz**, s. 419). Bu tür boşanmada evlilik, hâkimin boşanma kararına kadar bütün hükümleriyle devam etmekteydi ve hâkim ancak boşanma sebeplerinin varlığı durumunda boşanmaya hükmedebilmekteydi. Boşanma sebepleri konusu mezhepler arasında tartışmalı olmakla birlikte temelde iki boşanma sebebinin bulunduğu kabul edilmektedir (**Akgündüz**, s. 529-534; **Aydın**, s. 291; **Cin/Akyılmaz**, s. 435-436). Bunlar hastalık (cinsî hastalıklar, akıl hastalığı, cüzam, baras) ve kusurdur (**Aydın**, s. 291-292; **Cin/Akyılmaz**, s. 439-443).

⁸⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Velidedeoğlu**, s. 8, 12-13.

⁸⁶ İslâm hukukunda boşanma sebepleri için bkz. **Aydın**, s. 291-292; **Demirhan**, s. 25-47.

⁸⁷ Karşılıklı rıza ile mahkemeye başvurma, Medenî Kanun'un 134. Maddesi'ne 3444 sayılı ve 4.5.1988 tarihli Kanun ile (RG 12.5.1988, S. 19812) eklenmiştir.

⁸⁸ Bu boşanma sebepleri *özel boşanma sebepleri* ve *genel boşanma sebepleri* şeklinde tasnif edilmektedir (bu konuda bkz. **Öztaş**, *Boşanma*, s. 716-717). Bu çerçevede özel boşanma sebepleri arasında zina; hayata kast veya onur kırıcı davranış; suç işleme ve haysiyetsizce hayat sürme; terk hâli ve akıl hastalığı kabul edilmektedir. Genel boşanma

gerek Türk hukukunda gerekse yabancı hukuk sistemlerinde boşanma sebeplerinin belirli ilkelere dayandırıldığı kabul edilmektedir. Bunlar (i) kusur ilkesi, (ii) evlilik birliğinin temelden sarsılması ilkesi, (iii) irade ilkesi, (iv) elverişsizlik ilkesi ve (v) fiilî ayrılık ilkesidir⁸⁹. Aşağıda üzerinde duracağımız üzere gerçekten de hukuk sistemleri bu belirttiğimiz tasnif çerçevesinde boşanma sistemlerini şekillendirmektedirler. Bazı hukuk sistemlerinin tercihi yukarıda belirtmiş olduğumuz hukukî sebeplerden bir veya ikisini kabul etmekten, Türk boşanma hukuku sisteminde yukarıda belirttiğimiz boşanma temellerinin tamamı kabul edilmektedir⁹⁰.

- (i) *Kusur ilkesine* göre, boşanma ancak eşlerden birinin kusurlu olarak evlilik bağına zedelemesi hâlinde söz konusu olur, zira boşanmaya neden olan olaylar kusura dayanmalıdır⁹¹. Bu ilkeye göre, ancak kusursuz olan eş, kusurlu eşe karşı boşanma davası açabilir, dolayısıyla kusurlu eşe dava açma hakkı tanınmamıştır⁹². Kusur ilkesi, Türk Medenî Kanunu sisteminde hem boşanma sebepleri hem de boşanmanın sonuçları açısından kabul görmektedir⁹³. Aşağıda üzerinde duracağımız üzere günümüzde kusura

sebebi ise, evlilik birliğinin temelden sarsılması sebebidir. Bunun yanı sıra yukarıda belirtilen boşanma sebepleri konusunda yapılan bir diğer tasnif de, boşanma kararının verilmesinde *sadece vakıaların varlığının ispatını yeterli kabul eden görüş* (zina, hayata kast, pek kötü ve onur kırıcı davranış) ve *vakıalar ispatlanmış olsa dahi, bunu yeterli bulmayıp ayrıca müşterek hayata katlanmayı eşlerden en az birinden beklenemez hâle getirmiş olma olgusunu da arayan*(haysiyetsizce hayat sürme, akıl hastalığı ve evlilik birliğinin sarsılması) *görüş* şeklindedir (bu konuda bkz. **Öztañ, Boşanma**, s. 717). Bu tasnif boşanma sebeplerini *mutlak boşanma sebepleri* ve *nisbî boşanma sebepleri* şeklinde ifade etmektedir.

⁸⁹ Bu konuda bkz. **Aras**, s. 12 vd.; **Arslandoğan Kurşuncu**, s. 3 vd.; **Cansel**, s. 82 vd.; **Cin**, s. 22 vd.; **Ersöy**, s. 9 vd.; **Köprülü/Kaneti**, s. 151 vd.; **Özdemir**, s. 6 vd.; **Öztañ**, s. 369 vd.; **Öztañ, Boşanma**, s. 716-717.

⁹⁰ **Öztañ, Boşanma**, s. 716-717.

⁹¹ **Cansel**, s. 82-83; **Cin**, s. 22-23; **Ersöy**, s. 9-10; **Köprülü/Kaneti**, s. 151; **Özdemir**, s. 6; **Öztañ**, s. 369.

⁹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Aras**, s. 12-15; **Arslandoğan Kurşuncu**, s. 3-4; **Köprülü/Kaneti**, s. 151; **Özdemir**, s. 6-7.

⁹³ **Feyzioğlu**, s. 251-253; **Özdemir**, s. 7. Kusur ilkesine kanunkoyucu nezdinde büyük önem verilmesinin yanı sıra, aynı zamanda özellikle yargı içtihatlarının etkisiyle uygulamamızda kusurun boşanma yargılamasında belirleyici faktör oynadığı belirtilmektedir

dayalı boşanma sistemini hâlen uygulayan ülke sayısı ciddi oranda azalmıştır.

- (ii) *Evlilik birliğinin temelden sarsılması ilkesi*, boşanmanın gerçekleşmesi için taraflardan birinin kusurlu olmasını aramaz. Zira şayet evlilikteki düzen bozulmuşsa ve ortak hayat çekilmez hâle gelmişse, evlilik birliğinin devamında bir fayda kalmamış demektir ve evlilikte meydana gelen düzen bozukluğu, evliliğin amaç ve işlevini yok etmekte, devamını toplumsal açıdan gereksiz kılmaktadır⁹⁴. Türk Medenî Kanunu 166. Maddesi ile bu ilkeyi farklı ölçüler çerçevesinde kabul etmiştir. Günümüzde hemen tüm çağdaş hukuklardaki temel boşanma nedeni evlilik birliğinin sarsılmasıdır⁹⁵.
- (iii) *İrade ilkesine göre*, tarafların serbest iradeleriyle kurulan evlilik birliği gene ancak tarafların serbest iradeleri ile sona erdirilebilmelidir. Bu ilke genellikle boşanma sistemlerinde [*boşanma her iki eşin ortak iradeleri ile gerçekleşiyorsa*] anlaşmalı boşanma veya [*boşanma eşlerden yalnızca birinin iradesi ile gerçekleşebiliyorsa*]serbest boşanma ile ifade edilir⁹⁶. Boşanmaya karar verilmesi için taraf iradelerinin bu yönde olmasının gerekliliği (bkz. TMK m. 166/3), Türk boşanma hukuku sisteminde irade ilkesine kısmen de olsa yer verildiğinin göstergesidir⁹⁷.

(**Odendahl**, s. 648). Bu duruma örnek olarak Yargıtay'ın özellikle 60'lı, 70'li yıllarda eşlerin birbirine ilgi ve sevgisinin kalmaması durumunun boşanma için yeterli olduğu, ancak sonraki kararların kusura dayalı olmayan neredeyse hiçbir boşanma davasının bulunmadığı yönündeki içtihatlar verilmektedir (bu konuda bkz. **Odendahl**, s. 648). Öyle ki, 2001 yılında kabul edilen 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu ile getirilen yeni düzenlemeye (TMK m. 181/2) göre, mirasçılarının, ölen davacının yerine boşanma davasını "kusuru tespit etmek amacıyla" devam ettirmesi, kusur ilkesinin hukuk sistemimizde önemli derecede güçlendiği şeklinde yorumlanmaktadır (**Odendahl**, s. 649).

⁹⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Aras**, s. 15-17; **Arslandoğan Kurşuncu**, s. 4-5; **Ersay**, s. 12-13; **Köprülü/Kaneti**, s. 152; **Özdemir**, s. 7; **Öztaş**, s. 370.

⁹⁵ **Özdemir**, s. 7.

⁹⁶ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Aras**, s. 17-18; **Arslandoğan Kurşuncu**, s. 5-6; **Cin**, s. 23-24; **Ersay**, s. 11; **Köprülü/Kaneti**, s. 151; **Özdemir**, s. 8; **Öztaş**, s. 371.

⁹⁷ Ancak bu hüküm ile tam anlamıyla anlaşmalı boşanma kurumu kabul edilmemiş, sadece tarafların anlaşması hâlinde boşanma kolaylaştırılmıştır. Zira taraflar boşanmayı istemiş

- (iv) *Elverişsizlik ilkesine* göre, eşlerden biri bedensel veya ruhsal bozukluklarından dolayı evlilik hayatından doğan yükümlülüklerini yerine getirememekte ise, boşanmaya hükmedilebilir (örneğin bkz. TMK m. 165). Boşanma davası açılabilmesi için eşlerden birindeki özür, yani elverişsizliğin (örneğin akıl hastalığı, cinsel sapıklık, gelecek soylar için tehlikeli hastalıklar, iktidarsızlık, kısırlık ve bulaşıcı hastalıklar gibi) evlilik birliğini diğer eş için çekilmez hâle getirmiş olması gerekir. Dolayısıyla bu boşanma sebebine dayanılabilmesi için özrün diğer eş için evliliği çekilmez bir hâle getirmesi aranmaktadır⁹⁸.
- (v) *Füilî ayrılık ilkesine* göre, birlikte yaşam sürdürmeyi gerektiren evlilik birliğinde eşlerde böyle bir niyetin ve isteğin kalmadığı anlaşılırsa, evlilik birliğinin sarsılmış olduğunun kabulü gerekir (bkz. TMK m. 164). Bu ilkeye göre, boşanmaya hükmedilebilmesi için eşlerin belirli bir süre boyunca biraraya gelmemiş olmaları gerekli ve yeterlidir; ayrıca eşlerin kusurlu olması da aranmaz⁹⁹.

Türk Medenî Kanunu'nun boşanmaya ilişkin hükümleri yukarıdaki ilkeler ışığında değerlendirildiğinde, boşanma sebeplerinde kusurun oldukça önemli bir rol oynadığı tespit edilebilmektedir¹⁰⁰. Bu düzenlemelerin yanı sıra her ne sebebe dayanırsa dayansın boşanmada maddî ve manevî tazminatı

ve bunun için mahkemeye başvurmuş olsalar dahi, hâkim onların talebiyle hukuken bağlı değildir; onları bizzat dinleyip kararını verecektir (Aras, s. 9-10; ayrıca bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Arslandoğan Kurşuncu, s. 6). Şüphesiz ki böyle bir görüş, esasında toplumun en küçük birimi olan aileyi korumayı amaçlarken toplumu oluşturan bireylerin, reşit dahi olsa boşanma konusunda kendi başlarına karar verebilecek kadar bireyleri yeterli görmemektedir, bunun için bir üst otoritenin denetimini gerekli bulmaktadır. Şüphesiz ki bir hukuk politikası olan boşanma sistemleri, toplumun sosyolojik yapısı temel alınarak belirlenecektir, ancak içinde yaşadığımız yüzyıl itibarıyla bu görüşün çağdaş hukuk sistemlerinde çok fazla kabul görmediğini belirtmek gerekir.

⁹⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Aras, s. 19; Arslandoğan Kurşuncu, s. 6; Ersoy, s. 14; Köprülü/Kaneti, s. 152; Özdemir, s. 7; Öztan, s. 371.

⁹⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Arslandoğan Kurşuncu, s. 6-7; Özdemir, s. 8.

¹⁰⁰ Türk boşanma hukuku sisteminin kusur ilkesi üzerine kurulu olduğu ve hem boşanma sebepleri hem de boşanmanın sonuçları üzerinde kusurun güçlü etkisinin bulunduğu konusunda bkz. Aras, s. 12-15.

düzenleyen Türk Medenî Kanunu'nun 174. maddesinde de kusurun temel koşul olması, boşanma davalarında (hem hukukî sebep bakımından hem de talep sonucu bakımından) *tarafın kusuruna* belirleyici rol yüklemektedir¹⁰¹. Bu durumda boşanmak isteyen taraf, ister istemez karşı tarafın kusurunu

¹⁰¹ **Akyol**, s. 120-124; **Başpınar**, s. 64-69, 96-101; **Güneşlioğlu**, s. 48-51, 60; **Petek**, s. 53 vd.; **Serin Of**, s. 33-35, 53-55; **Tunç Türkol**, s. 43-45; **Tutumlu**, C. II, s. 1236-1284. Boşanma davalarında kusurun tespiti başlı başına bir sorundur. Yargıtay içtihatları son derece çarpıcı şekilde sorunu ortaya koymaktadır. Örneğin Yargıtay bir kararında çiftler arasında yaşanan ortak konutu terk, hakaret, fiziksel şiddet, psikolojik şiddet, cinsel sorunlar bulunmasına ve konuyla ilgili tanık ifadeleri ile kadının davalı ile davalının annesi tarafından dövüldüğüne ilişkin rapor bulunmasına rağmen, hangi tarafın daha fazla kusurlu olduğunu saptayamadığı için cinsel birlikteliğin neden başarlamadığının tespiti için bilirkişi raporu alınmasına karar vermiştir (HGK, 2.4.2008, 2-283/286; **Tutumlu**, C. II, s. 993-994). Kusurun tespiti için eşlerin birbirlerine ağır hakaret içeren sözlerinin yargılama ve ispat konusu yapıldığı; ağır kişilik hakkı ihlali içeren yargılama örneklerinin bazıları için bkz. HGK, 28.6.2006, 2-450/493 (**Tutumlu**, C. II, s. 999-1000); HGK, 13.12.2006, 2-787/805 (**Tutumlu**, C. II, s. 1000-1002); HGK 21.2.2001, 2-177/195 (**Tutumlu**, C. II, s. 1023-1024); HGK, 21.2.2001, 2-130/182 (**Tutumlu**, C. II, s. 1024-1025); HGK, 20.4.1988, 2-160/343 (**Tutumlu**, C. II, s. 1027-1028); 2. HD, 4.5.1992, 4790/5050 (**Tutumlu**, C. II, s. 1028).

Bunların yanı sıra gerek maddî gerekse manevî tazminat talep edebilmek için kusursuz olma şartı aranmaması; daha az kusurlu eşin de tazminat talebinde bulunabilmesi, hâkimi kusurun tespiti konusunda boşanma davalarında daha da fazla zorlamaktadır (*bu konuda bkz. Akyol*, s. 122). Yargıtay, her iki eşin de kusurlu olması hâlinde tazminata hükmedebilmek için pek çok konuda araştırma yapmakta, taraflardan ispatı son derece güç ve çoğusu yargılamada kişilik haklarının zedelenmesine sebebiyet verecek şekilde bazı vakıaların ispatını aramaktadır: Yargıtay konuya ilişkin bazı kararlarında, bir eşin ağır hakaretlerine karşılık, diğer eşin onu dövmesi; bir eşin intihara teşebbüs etmesine karşılık, diğer eşin bu durumla ilgilenmemesi; her iki eşin de başkasıyla karı koca hayatı yaşaması; bir eşin bir başkasıyla karı koca hayatı yaşamasına karşılık, diğer eşin bir başkasıyla nişanlanması; bir eşin güven sarsıcı davranışlarda bulunmasına karşın, diğer eşin şiddet uygulaması; her iki eşin birbirine karşı şiddet uygulaması; bir eşin üvey çocuğunu istememesine karşılık, diğer eşin kendisini istemediğini ve beğenmediğini söylemesi; bir eşin sürekli alkol kullanarak evlilik birliğine ilişkin görevlerini yerine getirmemesine karşılık, diğer eşin kocasına ve kayınvalidesine hakaret etmesi; bir eşin diğerini dövmesine karşılık, diğer eşin kayınvalidesine hakaret etmesi ve şiddet uygulaması; bir eşin sürekli alkol kullanarak evlilik birliğine ilişkin görevlerini yerine getirmemesine karşılık, diğer eşin güven sarsıcı davranışlarda bulunması hâllerinde eşlerin eşit kusurlu olduğuna karar vermiştir (bu kararlar için bkz. **Akyol**, s. 122-124).

araştırmak durumunda kalacak, bunun için de elindeki mevcut deliller yeterli olmadığında, bazen de karşı tarafın kusurunu ispat edebilmek için hukuka aykırı yollarla temin edebileceği ispat araçlarına başvurabilecektir. Özellikle günümüzde teknik imkânların gelişmesi ve sosyal ortamın değişmesi bu yöndeki eğilimleri artırmakta, neredeyse teşvik etmektedir. Bunun sonucu olarak bu uygulama ister istemez karşı tarafın temel haklarına, özel hayatına müdahale teşkil edecektir. Örneğin, zina sebebiyle boşanmaya dayanan tarafın (TMK m. 161) iddiasını ispat edebilmek için, çoğu kez diğer tarafın özel hayatına müdahale etmesi neredeyse kaçınılmazdır¹⁰². Hatta öğretide ifade edilen şekilde boşanma davalarında ikrar hâkimi bağlamadığından, kişi zinada bulunduğunu açıkça kabul etse dahi, hâkim bu ikrara dayanarak karar veremeyecek¹⁰³; mahkeme böyle bir durumda, fiili suçüstü ispat edecek deliller aramasa dahi *-zira zinanın suçüstü tespitinin ispat güçlüğüne sebebiyet verebileceği takdir edilmektedir-* yine de fiilin gerçekleştiğine dair ikna edici delillerin taraflarca getirilmesini bekleyecektir¹⁰⁴. Çoğu zaman özel

¹⁰² Uygulamada zinanın, çoğunluğu ancak hukuka aykırı yollardan elde edilebilecek delillerle ispatlanabileceği kabul edilmektedir: zührevi hastalığa yakalanmak, çıplak fotoğraf ya da birlikteliği ispat eder nitelikte fotoğrafın varlığı, iletişim araçları ile yapılan tespit, elektronik postalar, tanık anlatımı, hamile kalmak, düğün yapmak, birlikte olduğu kişinin itirafı ya da buna benzer bir olgunun ortaya çıkması hâlleri zina eyleminin varlığına karine olarak kabul edilmektedir (bu konuda bkz. **Tunç Türköl**, s. 61).

¹⁰³ Bu yönde bkz. **Oğuzman/Dural**, s. 115; **Özta**n, s. 378.

¹⁰⁴ Bu konuda bkz. **Helvacı**, s. 1158; **Özta**n, s. 378.

Ancak Yargıtay'ın bazı kararlarında zina fiilinin ispatlanması için ispat ölçüsünü çok düşürdüğü ve hatta bazen delil niteliği olmayan bilgi kaynaklarını dahi, zinanın ispatı için yeterli gördüğü kararları bulunmaktadır. Bu kararların özellikle zinanın suç olarak kabul edildiği, sosyolojik yapının bu konuda son derece hassas olduğu dönemlerde daha yoğun bir şekilde verildiğini belirtmek isteriz.

Örneğin Hukuk Genel Kurulu 1984 yılında verdiği bir kararda, dedikoduyu zinanın ispatı için yeterli bulmuştur: “(Aksine inandırıcı deliller bulunmadıkça asıl olan tanıkların doğruyu söylemiş olmalarıdır. (HUMK.254). Dosyada tanıkların olmamış olması gibi gösterdiklerinin kabulü için yeterli delil mevcut değildir. Kocanın Almanya’da bulunduğu zamana rastlayan olaylara ilişkin tanık sözlerinin gerçek dışı sayılması isabetsizdir. **Kaldı ki, olay gerçek olmasa bile kocadan çıkmayan zina dedikodusu dahi boşanma sebebidir.** O halde davalının bu tutumu karşısında davanın kabulüyle boşanmaya karar verilmesi gerekirken değerlendirmede ki yanılğı sonucu davanın reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır...) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle

hayata bu müdahale, karşı tarafın cinsel hayatına hukuka aykırı şekilde müdahale şeklinde somutlaşacaktır¹⁰⁵. Cinsel hayat ise, özel hayatın korunması hakkı kapsamında diğer bazı alt temel haklardan da üstün tutulan bir temel haktır. Zira cinsel hayat, kişinin hayatının en mahrem kısmını teşkil eder ve bu alana müdahale çok katı bir şekilde kabul görmemektedir¹⁰⁶. Bu

yeniden yapılan yargılama sonunda; mahkemece önceki kararda direnilmiştir. ... Tarafların karşılıklı iddia ve savunmaları dosyadaki tutanak ve kanıtlara, bozma kararında açıklanan gerektirici nedenlere göre Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Bu nedenle direnme kararı bozulmalıdır.” HGK, 8.6.1984, 2-160/692 (**Tutumlu**, C. II, s. 889). Benzer yaklaşım 1985 yılında 2. Hukuk Dairesi tarafından da gösterilmiştir: “Davalı kadının, kocasının yurt dışında bulunduğu bir dönemde, bir asteğmenle ilişki kurduğu, bu kişinin, değişik zamanlarda yalnız bulunan davalının evine geldiği, kapıyı kapatıp bir süre içeride kaldıktan sonra ayrılıp gittiği, görgü tanıklarının sözlerinden anlaşılmaktadır. ... Davalı, tanıklarla arasında onların kasıtlı konuşuklarını ispatlayacak nitelikte bir husumet de ileri sürememiş, sadece iftira olduğunu beyan etmiştir. **Dosyadaki deliller karşısında davalı kadının zinası açık ve seçiktir.**” (2. HD, 5.2.1985, 855/1046; **Tutumlu**, C. II, s. 889). İspat faaliyetinin ve özellikle boşanma davalarında ispat ölçüsünün, toplumsal yapıyla bağlantısını göstermek için Yargıtay 4. Ceza Dairesi’nin 1951 yılında vermiş olduğu bir kararı daha örnek olarak belirtmek isteriz: “... Aralarında hiçbir yakın akrabalığı olmayan bir erkekle kocasından ayrı yaşayan bir genç kadının bir arada kalmalarının ve bilhassa oda kapısının içeriden kapatmaları **zinanın en açık delilidir.**” denilmiştir (4. HD, 15.5.1951, 1623; **Tutumlu**, C. II, s. 889).

¹⁰⁵ Bir davada yerel mahkeme erkeğin eve geç gelmesini, eşi ile ilgilenmemesini, eşini ailesiyle birlikte oturmaya zorlamasını erkeğin kusurlu davranışı olarak kabul ediyor. Buna karşılık davalı kadının ise kusurlu davranışı olarak kadının “*cinsellikten kaçınması*” olarak belirlemektedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ise yerel mahkemenin tarafların kusurlarını eşit şekilde takdir etmesini hukuka aykırı kabul ediyor ve erkeğin kusurunun daha ağır olduğunu belirtiyor. Bu davada erkeğin “*kadının cinsellikten kaçındığı*” iddiasını ispat etmek için hangi ispat araçlarına başvurduğu belirsizdir. Ancak her ne şekilde ispat edilmiş olunursa olunsun kişilerin cinsel hayatının, ispatın konusu hâline getirilmesi dahi Anayasa’nın 20. ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 8. Maddeleri karşısında tartışmalıdır. Bu karar için bkz. 2. HD, 26.9.2013, 8256/22027 (Kazancı Bilişim-İçtihat Bilgi Bankası).

¹⁰⁶ Özel hayatın korunması çerçevesinde Yargıtay içtihatlarına göre de, kişinin özel hayatının bazı kısımları tamamen mahremdir ve bu alana hiçbir şekilde müdahale edilemez. Bu yaklaşım, temelini Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihat hukukundan almaktadır. Bu yönde bir Yargıtay kararı için bkz. “... özel hayatın gizliliği dediğimiz ve sadece bireyi ilgilendiren alana hiçbir şekilde müdahale edilemez. Örneğin kişinin cinsel

açından bakıldığında zina sebebine dayalı boşanma (TMK m. 161), başlı başına ölçüsüz addedilebilecek bir temel hak müdahalesini bünyesinde barındırdığı gibi, aynı zamanda temel hak öğretisine aykırı olan bu müdahalenin ispat hakkının kullanılması için hukuk sistemlerince koşul vakıa olarak kabul edilmesi de ihlâli âdeta ikiye katlamaktadır. Kişilerin özel hayatı kapsamında cinsel hayatına ölçüsüzce müdahale edilen tek boşanma sebebi zina da değildir, evlilik birliğinin temelden sarsılmasına dayanan boşanma sebebinde de, buna benzer uygulamalar yapılmaktadır¹⁰⁷.

yaşamı böyledir. Hayatın bu gizli alanı ihlal edilerek bir delil elde edilmiş ise, bunu kim, nasıl ve hangi amaçla elde etmiş olursa olsun söz konusu delil ceza mahkemesinde delil olarak kullanılamaz. Zira, hayatın gizli alanı bir delil elde etme yasağı teşkil eder.” 3. HD, 21.3.2013, 2012-23195/698 (*Ateş, Şerh*, s. 1406-1407).

Buna karşılık Hukuk Genel Kurulu’nun önüne giden bir olayda da, kadın, hangi sebeple olduğu karardan tam anlayamamakla birlikte, eşinin cinsel yönden yetersiz olduğunu düşünerek evi terk etmiştir. Bunun üzerine erkek eş, terke dayalı boşanma davası açmış; alınan bilirkişi raporu ile erkek eşin cinsel yönden yeterli olmasına rağmen, kadının ortak konuta dönüş davetine olumsuz yanıt vermesi sebebiyle mahkeme kadını kusurlu bularak boşanma talebini kabul etmiştir (HGK, 14.12.2011, 2-706/768; Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası). Bu karara konu yargılamanın özel hayatın korunması hakkına yaptığı müdahaleleri, yargılama sürecinde kişilik haklarının korunması bakımından modern hukuk yargılamalarında kabul edilmesi güç bir karar olduğu aşikârdır.

Benzer yönde, aynı zamanda insan onuruna ve kişilik haklarına ihlâl oluşturacak şekilde kadının kızlık zararının boşanma sebebi ve ispat faaliyetinin konusu olduğu yönünde kararlar için de bkz. 2. HD, 18.6.2003, 7774/9049 (*Tutumlu*, C. II, s. 1276); 2. HD, 2.6.2003, 7277/8127 (*Tutumlu*, C. II, s. 1019); 2. HD, 20.1.2003, 14849/660 (*Tutumlu*, C. II, s. 1020); 2. HD, 12.10.1998, 9154/10672 (*Tutumlu*, C. I, s. 656); 2. HD, 30.3.1987, 1905/2765 (*Tutumlu*, C. II, s. 1021-1022); 2. HD, 4.2.1986, 814/1057 (*Tutumlu*, C. II, s. 1022); 2. HD, 19.11.1985, 9308/9645 (*Tutumlu*, C. II, s. 1020-1021); 2. HD, 13.2.1984, 1073/1196 (*Tutumlu*, C. II, s. 1020-1021); HGK, 14.5.1975, 2-362/627 (*Tutumlu*, C. II, s. 1019-1020). Kadının evlilik ilişkisinin kurulmasının ardından hâlen bakire olmasının boşanma davası açısından kadının kusuru olup olmadığı konusunun tartışıldığı bir örnek için bkz. HGK, 16.3.2005, 2-171/159 (*Aras*, s. 202).

¹⁰⁷ Kadının boşanmak için erkeğin cinsel ilişkiden kaçtığını *tanık beyanları* ile ispat etmesi neticesinde lehine evlilik birliğinin temelden sarsıldığı ve artık çekilmez hâle gelmesi sebebiyle boşanma hükmünü elde ettiği bir örnek için bkz. 2. HD, 6.5.2008, 2007-13408/6544 (*Aras*, s. 208).

Yine erkeğin tüp bebek tedavisinden kaçınmasının, ortak hayatı temelden sarstığı ve birliğin devamına imkân vermediği yönünde örnek için bkz. 2. HD, 28.2.2008, 272/2443 (*Aras*, s. 209).

Boşanma sebeplerinin tamamına bakıldığında yine yargılama prosedüründe ve ispat faaliyetinin gerçekleştirilmesinde temel haklar açısından sorun yaratabilecek bir diğer boşanma sebebi, elverişsizlik ilkesidir. Zira elverişsizlik ilkesinin geçerli olduğu boşanma sistemlerinde boşanmak isteyen eş, diğer eşin bedensel veya ruhsal bozukluklarından dolayı evlilik hayatından doğan yükümlülüklerini yerine getiremediğini ispat etmekle yükümlüdür. Bu özür, cinsel bir hastalık olabileceği gibi ifşa edilmesi kişinin onurunu zedeleyebilecek herhangi bir hastalık da olabilir¹⁰⁸. Hukuk sistem-

Başka bir davada davacı cinsel birleşmenin gerçekleşmediği iddiası ile boşanma davası açmış; davalı ise, gerçekleştiğini savunmuş; Yargıtay ise, “davanın kabul edilebilmesi için eşler arasında cinsel birleşmenin gerçekleşmediğinin sabit olması gerekir ve bu konuda ispat külfeti de davacıya düşer” şeklinde karar vererek boşanma davasının reddi gerekirken kabul edilmesini bozma sebebi yapmıştır (2. HD, 21.9.1993, 8040; **Tutumlu**, C. I, s. 572).

Davacı erkeğin, davalı kadının cinsel ilişkiyi güçleştiren rahatsızlığı bulunduğunu, tıbbî tedavinin mümkün olmadığını ileri sürerek geçimsizlik sebebine dayanarak açtığı davada Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin, kadının bu durumu hakkında ikinci kez rapor alınarak boşanma hakkında karar verilmesi gerektiği yönünde verdiği bir karar için bkz. 2. HD, 1.7.1985, 5894/6173 (**Tutumlu**, C. I, s. 655). Benzer başka bir olay ve Yargıtay kararı için bkz. 2. HD, 16.12.1986, 10665/11069 (**Tutumlu**, C. I, s. 655-656).

Örnek olarak üzerinde durduğumuz yukarıdaki yargı içtihatları, yirmibirinci yüzyılın temel haklar öğretisine, insan onuruna yakışır şekilde ve kişilik haklarına saygı çerçevesinde yargılama sürecinin yürütülmesine ciddi bir engel oluşturmaktadır. Bugün gelinen noktada taraflar buna benzer ispat faaliyetlerine ve yargılama süreçlerine dâhil olmadan boşanabilme hakkına sahip olabilmelidirler. Bu şekilde iktidarsızlığın kusurun ispatına ve boşanma davasına konu yapılmasının eleştirisi hakkında bkz. **Odendahl**, s. 649-651. Buna karşılık Türk hukukunda iktidarsızlık sadece Türk Medenî Kanunu zamanında değil, İslâm hukukunda da benzer şekilde kusura dayalı mutlak bir boşanma sebebi olarak kabul edilmekteydi (**Aydın**, s. 291).

¹⁰⁸ Örneğin bir davada davacı, davalıdaki hormon bozukluğu sonucu erkek gibi sakalı olduğunu iddia ederek boşanma davası açmış; Yargıtay 2. Hukuk Dairesi de, yerel mahkemenin bilirkişiye başvurmasını bozma sebebi olarak görmüştür (2. HD, 4.11.1992, 10266/10751; **Tutumlu**, C. I, s.655). Kanaatimizce karar gerek kişilik haklarının yargılamada korunması gerekse tarafların evlilik kurumundan beklentisi ile hukuk düzeninin, toplumsal açıdan evlilik birliğine yüklediği anlamın örtüşüp örtüşmediği konularında oldukça tartışmalı bir niteliktedir. Ağız ve vücut kokusunun boşanmaya sebep olacak bir rahatsızlık olup olmadığının tartışıldığı bir Yargıtay kararı için bkz. HGK, 13.4.2005, 2-208/262 (**Tutumlu**, C. II, s. 1004-1005). Erkek eşin sürekli yatağı

lerinin, boşanabilmek için kişiyi, karşı tarafın tıbbî kayıtlarının hasta-hekim ayrıcalığı çerçevesinde korunan ve bu sebeple de boşanmak isteyen tarafın bu kayıtlara (*bilgi kaynağına, delile*) ya dava açmadan önce ancak *hukuka aykırı yollarla ulaşabileceği* veya dava açtıktan sonra bilirkişi incelemesi yolu ile karşı tarafın hastalıklarını *insan onuruna ve özel hayatın korunması hakkına* müdahale oluşturacak şekilde yargısal sürece dökülecek bir sistemin içerisine zorlaması kanaatimizce içinde bulunduğumuz yüzyılın hukuk anlayışı ile örtüşmemektedir. Zira kişi boşanmak istese ve eşiyle anlaşamasa dahi, boşanmak için belirli bir süre hayatını paylaştığı kişinin “*özrünü*”, “*rahatsızlığını*” iddia ve ispat yükü altında bırakılmamalıdır. Bu durum hem boşanmak isteyen kişinin onurlu bir şekilde boşanma hakkını kullanmasına hem de karşı tarafın tıbbî kayıtlarına, kişisel verilerine, özel hayatına ve onuruna aykırılık teşkil eder¹⁰⁹. Benzer şekilde örneğin “pek kötü veya ağır derecede onur kırıcı davranış” sebebi ile boşanma davası açılması, yargı kararlarından tespit edilebileceği üzere özellikle kötü ve onur kırıcı davranışa mâzur kalan taraf için çok hırpalayıcı bir ispat faaliyetine ve boşanma yargılamasına gebedir¹¹⁰. Yine pek çok boşanma davasında, davacı tarafın

ıslatması ve bu rahatsızlığı için tedavi olmamasının boşanma sebebi kabul edildiği bir karar için bkz. 2. HD, 11.7.1985, 4575/6146 (**Tutumlu**, C. II, s. 1039).

¹⁰⁹ Boşanmak için eşinin sara hastası olduğunu *iddia ve ispat* etmek zorunda bırakılmasına rağmen, boşanmak isteyen kişinin iradesi dikkate alınmaksızın evlilik kurumunun devam etmesi gerektiği yönünde bir Yargıtay kararı için bkz. 2. HD, 15.6.2004, 4941/7899 (**Tutumlu**, C. II, s. 972-973). Zira bu davada eşlerden birisi, diğerinin sara hastası olması sebebiyle ona karşı boşanma davası açıyor; davalının sara hastası olduğunu ispat etmek için eşi hakkında davada rapor aldırıyor; mahkeme de bu kişi hakkında tıbbî incelemeyi hem sara hastalığı yönünden hem de evliliği yürütecek ruhsal sağlığa sahip olup olmadığı yönünde yaptırıyor ve *-esasinda evlilik birliğinde eşlerin birbirlerine olan yükümlülüklerini yerine getirmeyen, karşı tarafın insan onuruna, özel hayatına ölçüsüzce müdahale eden-* davacı eşin talebini kabul etmiyor; zira mahkeme, davalı eşin bu hastalığının evlilik birliğinin devamına engel oluşturacak bir ruh bozukluğunun bulunmadığına karar veriyor. Bu koşullar altında devam ettirilen bu evlilikte, kişilik haklarının tamamen yerle bir edildiği bir yargılama sürecinin sonunda çiftlerin, ilişkilerini saygı ve sevgi çerçevesinde hâlen toplumun aile kurumuna karşı beklentilerini karşılayabilecek şekilde sürdürebilir sürdüremedikleri kanaatimizce son derece şüphelidir.

¹¹⁰ *Pek kötü davranış* sebebine dayanarak boşanmaya karar verilebilmesi için Yargıtay’ın da istikrarlı olarak *ispatını* aradığı unsurlar şu şekildedir: (i) bir davranışın bulunması, (ii) davranışın kasıtlı olması, (iii) davranışın eş tarafından gerçekleştirilmesi, (iv) davra-

lehine boşanma hükmü elde edebilmesi veya her iki tarafın da lehine tazminat hükmü elde edebilmesi kişilik haklarına saldırı niteliğini taşıyan şiddet olaylarını ispat edebilme şartına bağlıdır¹¹¹. Nitekim evlilik birliğinin temelden sarsılması nedenine dayalı boşanma davalarında dahi, kusurun ispatı için taraflar birbirlerinin kişilik haklarını zedeleyici birtakım ispat faaliyetlerine girmek zorunda kalmaktadır¹¹².

nışın eşe şahsına yönelik olması, (v) davranışın niteliği itibarıyla eşin beden ve ruh yapısı üzerinde tahrip edici, ona acı eziyet veren boyut ve yoğunlukta olması, (vi) devamlılık unsuru (*ayrıntı için bkz. Ersoy, s. 44-66*). Bu anlamda yargı kararlarında kabul edilen pek kötü davranışa acımasızca dövme, gıdasız bırakma, yaralama, sağlığı tehlikeye maruz bırakacak şekilde eşin elbiselerinin yakılarak veya ıslatılarak soğuk bir odada çıplak bırakmak, aç bırakmak, falakaya yatırmak, aşırı derecede cinsel ilişkide bulunmak, elektrik şoku uygulamak, özgürlüğünü kısıtlama, yatağa bağlayarak cinsel ilişki ile birlikte bıçaklama, gece sokağa atma, zincire bağlama, kamçılama, ellerini bağlamak, ayaklarını bağlamak, üçüncü kişilerle veya ailesiyle görüşmesini sürekli engellemek, kezzap veya kaynar su ile yıkamak, vücudunda sigara söndürmek, sağlıksız koşullarda yaşamaya mecbur bırakmak, sağlık hizmetlerinden yaralanmasına engel olmak, başkalarıyla cinsel ilişkiye zorlamak gibi davranışlar örnek olarak gösterilmektedir (*Ersoy, s. 44-45*). Aynı zamanda çoğusu işkence suçuna giren bu fiillere mâruz kalan tarafa, boşanma davası açarak, bir de bu fiilleri ispatlama yükümlülüğü getirilmesi kişilerin temel haklarına saygılı bir düşünce yapısının ürünü olmadığı gibi gerçekçi de değildir. Zaten işkence boyutunda karşı tarafça şiddete uğrayan mâğdurun, bir de bu fiilleri boşanma davasında ispat etmesini beklemek yargılama sürecinde insan onurunun korunması ilkesi ile de örtüşmemektedir. Taraflara salt kendi iradeleri ile boşanma imkânı tanınması, buna benzer düzenlemelerin kanundan kaldırılması, en azından tarafların insan onuruna ve temel haklarına saygılı bir şekilde ispat faaliyeti yürütme ve yargılanma haklarına hizmet edebilecektir.

¹¹¹ Boşanma davalarında tarafların fiziksel, psikolojik, ekonomik ve cinsel nitelikli şiddeti ispat etmesine yönelik ayrıntılı örnekler için bkz. **Özden**, s. 108-117.

¹¹² Evlilik birliğinin temelden sarsılmasına dayanan boşanma davalarında eşler birbirlerinin kusurlarını çeşitli vakıaların ispatı yoluyla gerçekleştirmektedir. Örneğin eşlerden birinin dövülmesi, dinî inançlarına saygı gösterilmemesi, yaptığı işin küçük görülmesi, kendisiyle alay edilmesi, kişiliğine saygısızlık gösterilmesi; eşin aksi ve kırıcı olması; eşe “muhabbetsiz” davranma; üçüncü kişiler önünde küçük düşürme; fizikî ve ruhsal yönden kaba davranma; aşırı kıskançlık; aile sırlarını ifşa etme; başka biri ile birlikte yaşama; eşlerden birinin uyuşturucu bağımlısı olması, evlilik birliğinin giderlerine katılmaması, çocukların bakım görevini ihmâl etmesi, evi terk etmesi gibi olguların evlilik birliğinin temelden sarsılması nedenine dayanan boşanma davalarında da ispatlanması gerekir. Bu konuda bkz. **Öztan**, *Boşanma*, s. 719-720.

Görüldüğü üzere boşanma davalarında kişilerin hayatlarının en mahrem yönleri acımasız bir şekilde dava konusu yapılabilmektedir. İşin mahiyeti gereği kin, nefret, intikam gibi duygulara gebe olan boşanma sürecinde hukuk kurallarının amacı âdetâ “ateşe körükle gitmek” olmamalı veya buna imkân verecek durumlardan kaçınılması sağlanmalıdır. Nitekim boşanma hukukunda kusur ilkesine veya karşı tarafın bazı eksiklik ya da evliliği yürütmesine engel olacak yönlerine ağırlık verilmesinin en sakıncalı sonuçlarından birisi, boşanmak isteyen eşin her türlü araca başvurarak karşı tarafı ithâm yoluna gidebilmesidir¹¹³. Hukuk düzeninin sadece evlilik ilişkisini sona erdirmeye konusundaki temel hakkını kullanmak isteyen kişiyi, böyle bir boşanma sürecine ve ispat faaliyetine sürüklemesi insan onuru ile de bağdaşmaz.

Temel hakların ve insan onurunun yargılama prosedüründe korunması bakımından sorunlu olan diğer boşanma sebeplerinin yanı sıra, Türk boşanma hukuku sisteminde kusurun önemli derecede rol oynaması, yıllardan bu yana boşanma rejiminde toplumsal anlamda tansiyonu çok yükseltmiş, bir sorunu çözerken hem sosyal ve psikolojik hem de hukukî birçok soruna yol açmıştır¹¹⁴. Maalesef bu olumsuz sonucun doğmasında kanundaki bu anlayış yanında, mevcut kuralları doğru uygulamayan veya yorumlamayan yargı makamlarının da önemli bir etkisi bulunmaktadır. Zira, artık mahkeme kararlarından anlaşıldığı üzere, mahkemeler çoğu durumda tarafların kusuru ispat etmesi noktasında tatmin eşiğini çok yükseltmiştir. İçtihatlara bakıldığında mahkemelerin dayak, hakaret, taciz, aldatma gibi çok olumsuz ve insan onuruna aykırı somutlaştırma faaliyetleri neticesinde ancak boşanmaya hükmedebildiğini ve hatta bazen bu durumda dahi boşanmaya hükmetmediğine rastlamak sıklıkla mümkündür¹¹⁵. Oysa, insan onuru Anayasa'nın Başlangıç

¹¹³ **Aras**, s. 13.

¹¹⁴ Bu yönde bir eleştiri yani kusura dayalı boşanma sebeplerinin hem eşler arasındaki kin ve nefreti artırdığı hem de kusurun ispatının yaşattığı güçlüklerin olumsuzlukları *Cin* tarafından henüz 1980'li yıllarda dahi yapılmıştır, ki 1980'li yıllardan bu yana temel haklar çok hızlı ve büyük bir gelişim kaydetmiştir. Bu konuda bkz. **Cin**, s. 22-23.

¹¹⁵ Benzer bakış açısı için bkz. **Özdemir**, s. 23. Özellikle Yargıtay'ın bu tarz bir katı tutum içerisine girmesinin gerekçesi, 1926 yılında Medenî Kanun'un kabulü ile benimsenen çağdaş, tek eşliliğe dayalı, laik, kadın-erkek eşitliğini temel alan ilkelerin bir kenara bırakılarak eski hukuka dönüleceği kaygısı şeklinde yorumlanmaktadır (**Özdemir**, s.

kısımında yer verilen ve medenî yargılama hukukunda da özel bir yeri olan temel bir ilkedir. Kişilerin açıklama ve ispat hakkı çerçevesinde sahip olduğu hukukî dinlenme hakkı, kişileri yargılamanın objesine dönüştürerek küçük düşürülmesini yasaklamış ve aksine yargılamanın objesi hâline getirilerek kişilere saygı duyulmasını, kişilerin kendisini özgürce ifade etmesi, hakkında yürütülen yargılamaya etki edebilmesi sağlanmıştır¹¹⁶. Bu anlamda kusura dayalı boşanma sebepleri, hem yargılamada kişileri âdeta objeleştirmekte hem de kendilerini veya karşındakileri küçük düşürücü birtakım ispat faaliyetleri içerisine dâhil etmeye zorlamaktadır.

Tarihî kökenlerine baktığımızda kusura dayalı bir boşanma sisteminden gelmeyen ve hatta bu noktada en geniş serbestiye dayanan serbest boşanma modelinden gelen toplumsal yapımıza rağmen, bugün Türk hukukunda kusur boşanma davalarında öyle güçlü rol oynayan bir uygulama alanına sahip olmuştur ki, bu uygulamaya Katolik inanç yapısının hâkim olduğu tarihî süreçlerde bile rastlanmamış olması mümkündür. Hatta bu fiilî durum öğretilerde, yaklaşık son doksan yılda, bir anlamda geçmişteki -erkeğe ve kısmen de kadına tanınan- serbest boşanma sisteminden, neredeyse boşanma yaşağını çağrıştıran bir uç sisteme geçildiği şeklinde yorumlanmaktadır¹¹⁷. Bugün tarihî kökeni ve en önemlisi dinî inançların yani bir anlamda dogmaların gereği olarak boşanmayı değil kolaylaştırması, zorlaştırması beklenen Hıristiyan/Katolik çoğunluklu toplumlarda dahi anlaşmalı boşanma gibi kişilerin serbest iradesine dayanan modeller kabul edilmektedir¹¹⁸. Türk

23). Nitekim evlilik birliğinin sona ermesi sonucunda genellikle kadının ve varsa çocuğun zarar göreceği endişesi, çözüm olarak evlilik birliğinin çözülmesini güçleştirerek kadının ve çocuğun korunabileceği düşüncesine dayanmaktadır. Nitekim Yargıtay'ın uzun yıllar boyunca kusuru bir defî değil itiraz sebebi olarak kabul etmesinin temelinde de, evlilik birliğini çözmek isteyen erkek eşe karşı kadını korumak idi (**Özdemir**, s. 23; bu konunun eleştirisi için ayrıca bkz. **Burcuoğlu**, s. 135-136. Ayrıca bu uygulamanın eleştirisi hakkında bkz. **Odendahl**, s. 653-654). Ancak günümüzdeki uygulamaya bakıldığında evlilik birliğinin çözümünü güçleştirerek kadının korunmadığı aşîkârdır. Kaldı ki içtihatlarda oluşan bu alışkanlık bugün boşanmak isteyen tarafların aşırı ispat güçlükleri altına sokmaktadır.

¹¹⁶ Bu konuda bkz. **Özekes**, s. 43-44.

¹¹⁷ **Özdemir**, s. 23.

¹¹⁸ Bu konuda bkz. aşa. II, D.

hukukunun ise, hem sosyolojik açıdan geçmiş kökeni olan serbest boşanma sisteminden bu kadar uzaklaşması hem de sonradan bünyesine kattığı mehz hukukundaki ve gelişmiş hukuk sistemlerindeki yaşanan gelişmelerden kendini uzaklaştırması, bu anlamda hukuk uygulamamızı temel haklar perspektifinden oldukça sıkıntılı bir noktaya sürüklemektedir. Bu konuda yaşanan en büyük problem de, boşanma davalarında kişilerin insan onuruna ve temel haklara aykırı şekilde iddia ve savunma yapmak ile benzer şekilde ispat faaliyeti yürütmek zorunda bırakılmasıdır.

Kusura dayalı boşanma sebeplerinin yargılama prosedüründe temel hakların ve insan onurunun korunması ile ispat güçlükleri noktalarında yarattığı sorunlar bir yana, bu sistemin, hukukun diğer kuralları ve hukukun bütününde yaşanan gelişmeler ile de örtüşmediği rahatlıkla ifade edilebilir. Zira örneğin son yarım yüzyıldır hukuk sistemleri alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerine ve anlaşmazlıkların barışçıl yöntemlerle çözümlenmesine yönelmiştir. Türk hukuku da bu konuda yaşanan gelişmeleri yakından takip etmiş, etmektedir. Bu çerçevede mevzuatımızda değişiklikler de yapılmıştır. Bu kapsamda boşanma davasına bakan hâkime, tahkikat aşamasına geçmeden önce tarafları uzlaştırma görevi yüklenmiş; ancak ilginç bir sonuç ve tutarsızlık olarak tarafların uzlaşamaması hâlinde görülecek davanın tahkikat aşamasında, taraflara acımasızca karşı tarafın kusurunu ispat etme yükümlülüğü de korunmaktadır. Dolayısıyla kusura dayalı boşanma sistemi, anlaşmazlıkların barışçıl yöntemlerle çözümlenmesi yönündeki gelişmelerle de ters düşmektedir.

4787 sayılı ve 9 Ocak 2003 tarihli Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun'un 7. Maddesi'ne göre, aile mahkemeleri, önlerine gelen dava ve işlerin özelliklerine göre, esasa girmeden önce, *aile içindeki karşılıklı sevgi, saygı ve hoşgörünün korunması bakımından* eşlerin ve çocukların karşı karşıya oldukları sorunları tespit ederek bunların sulh yoluyla çözümünü, gerektiğinde uzmanlardan da yararlanarak teşvik eder (AMKGYUHK m. 7/1)¹¹⁹. Bu arabuluculuk faaliyeti *sadece* son yarım yüzyıldır alternatif uyuşmazlık çözüm yöntemlerinin giderek önem kazanması sebebi ile hukuk sistemimize alınmamıştır; aile uyuşmazlıklarında arabuluculuğun önemi, aynı zamanda boşanma davalarındaki artış ve

¹¹⁹ Bu konuda ayrıca bkz. **Arslandoğan Kurşuncu**, s. 95-106.

eşlerin sağlıklı bir şekilde ayrılabilmesi için tüm hukuk sistemlerinde benzer bir gelişme içerisinde. Nitekim Avrupa Konseyi'nde de, Bakanlar Komitesi tarafından hazırlanan Aile Arabuluculuğu Hakkında R (98) 1 Sayılı Tavsiye Kararı da özellikle boşanma ve ayrılık süreçlerinde çıkan aile uyuşmazlıklarını barışçıl yöntemlerle çözümlenmeyi hedef alan sistemleri düzenlemiştir¹²⁰. Zira aile uyuşmazlıklarının olabildiğince dostane yöntemlerle çözümlenmesi toplumun en küçük birimini temsil eden bu kurumda sağlıklı ilişkilerin kurulması, sağlıklı bireylerin yetişmesi, kısacası sağlıklı bir toplum oluşturulabilmesi için zorunlu olarak görülmektedir¹²¹. Günümüzde geleneksel dava yolunun, aile uyuşmazlıklarındaki hassas ve duygusal sorunları çözmekte uygun olmadığı ve arabuluculuğun daha yapıcı bir yaklaşım sunduğu genel olarak kabul edilmektedir¹²². Bir yandan aile arabuluculuğu konusunda dünyada ve ülkemizde bu tarz gelişmeler yaşanırken diğer yandan arabuluculukta uzlaşmayan çiftleri boşanma sürecinde birbir-

¹²⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbek**, s. 77 vd. Tavsiye Kararı'nda kararın amacı şu şekilde ifade edilmektedir: Anlaşmaya dayalı bir yaklaşım geliştirmek ve bu yolla, bütün aile üyelerinin menfaati için anlaşmazlıkları azaltmak; özellikle çocukların velayeti ve çocuklarla kişisel ilişki kurulmasıyla ilgili uygun anlaşmaların yapılması yoluyla, çocukların menfaatlerini ve refahını en iyi şekilde korumak; aile hayatının sona ermesinin ve evlilik birliğinin dağılmasının zararlı sonuçlarını en aza indirmek; aile üyeleri ve özellikle aileler ile çocuklar arasındaki ilişkilerin sürekliliğini sağlamak; ayrılık ve boşanmanın, hem aileler, hem devlet için yol açtığı ekonomik ve sosyal maliyeti azaltmak (bkz. **Özbek**, s. 78)

¹²¹ Bu konuda bkz. **Özbek**, s. 78 vd. Örneğin Yargıtay bir kararında eşler arasındaki her türlü anlaşmazlığa, şiddete rağmen -çocuklarının da 3 yaşında olmasını dikkate alarak- olayları münferit olaylar olarak nitelendirerek, evlilik birliğinin temelden sarsılmadığına karar vermiştir: "28.12.2000 günü gerçekleşen ve kadından kaynaklanan boşanmaya esas alınan hadiseler, davacının eşinin üzerine bıçakla yürüyüp tehdit içeren sözlerine karşı gösterdiği tepkinin sonucudur. Münferit olaydır. Kaldı ki bu tarihten sonra davacı (koca) eşine gönderdiği 4.1.2001, 17.1.2001, 24.3.2001 ve 13.5.2001 günü mesajlarında sevgi dolu sözler kullanmıştır. Bu mesajlar evlilik birliğinin temelinden sarsılmadığını göstermektedir." 2. HD, 17.6.2003, 6017/9017 (**Tutumlu**, C. I, s. 639). Nitekim karara ilişkin verilen karşı oyda, eşlerin birbirlerine hakaret edip, yaraladıkları ve sonrasında ayrı yaşamaya karar verdikleri; gönderilen mesajların ise, her ikisi de dış hekimisi olan tarafların sosyal durumları ile uyumlu şekilde birtakım ortak işler için birbirleri ile iletişim içinde olduklarını gösterdiği, evlilik birliğinin temelden sarsıldığı vakasının davacı tarafında ispat edilmiş olduğu belirtilmiştir (**Tutumlu**, C. I, s. 640).

¹²² **Özbek**, s. 83.

lerinin kusurlarını acımasız bir şekilde ispat etme yükü altında bırakmak, tutarlı değildir. Hukuk kurallarının, sistemin bütünü içerisinde birbiri ile uyumlu olması beklenir. Bu anlamda kanaatimizce boşanma davalarındaki bu iki kurum -boşanmaya ilişkin anlaşmazlığın arabuluculukla çözümlenmesi ve boşanma sebepleri-, birbiri ile örtüşmemekte ve hatta zıt yöndeki hukuk politikalarının ürünü olarak çatışmaktadır.

D. Boşanma Sebepleri Konusunda Karşılaştırmalı Hukukta Yaşanan Gelişmeler

Boşanmaya ilişkin çağdaş hukuk sistemlerine bakıldığında, kusur ilkesinin boşanmanın dayandığı esaslar arasından çıkarılmakta olduğunu; gerek boşanma nedenleri, şartları gerekse boşanmanın sonuçları açısından kusur kavramından uzaklaşıldığını gözlemlemek mümkündür¹²³. Türk Medenî Kanunu'nda ise kusur ilkesi, hâlen gerek boşanma sebepleri gerekse boşanmanın sonuçları bakımından varlığını güçlü bir şekilde sürdürmektedir¹²⁴. Günümüzde hemen tüm çağdaş hukuklardaki temel boşanma nedeni evlilik birliğinin sarsılmasıdır¹²⁵. Yine çağdaş boşanma hukuku sistemleri çoğun-

¹²³ **Hatemi**, s. 102; **Özdemir**, s. 7. **Hatemi**, s. 102; **Özdemir**, s. 7. Yukarıda da üzerinde durduğumuz üzere kusur ilkesinden vazgeçilmesi özellikle 17. ve 18. Yüzyıllar'da baskın olan doğal hukuk görüşüne dayanmaktadır (bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Gürsoy**, s. 4). Bu görüş, 18 ve 19. Yüzyıllar'da kabul edilen medenî kanunlarda itibar gördü ve özellikle 19. Yüzyıl'da kabul edilen medenî kanunlar boşanmayı bu esasa göre hükme bağladılar. Bunun diğer bir anlamı da, evlenmenin dinî olmaktan ziyâde, bir dünya işi olduğu idi. Bu sebeple 19. Yüzyıl'da kabul edilen medenî kanunlar, boşanmayı daha kolaylaştırdılar; hatta, kusur olmadan tarafların anlaşmalarıyla boşanmayı da kabul ettiler (**Gürsoy**, s. 4). Bu gelişmelerin yaşanmasında evliliği sadece özel bir sözleşme olarak gören Fransız İhtilâli'nin de etkisi büyük olmuştur (bu konuda bkz. **Gürsoy**, s. 4).

¹²⁴ **Özdemir**, s. 7.

¹²⁵ **Odendahl**, s. 643 vd.; **Özdemir**, s. 7. Hatta *Odendahl*, 50'li ve 60'lı yıllarda Türkiye ve Almanya'da boşanma hususunda benzer düzenlemelerin geçerli olduğunu belirtmiştir (**Odendahl**, s. 647). Alman hukukunda boşanma rejiminde 1976 yılında, sistemi tamamen değiştiren reformun yapıldığı; Türkiye'de ise, o yıllardan bu yana -*anlaşmalı boşanmanın kısmen hukuk uygulamamıza ithâl edilmesinin yanında*- esaslı bir değişikliğin yapılmadığı göz önüne alındığında Türkiye'nin bu konuda Avrupa'da yaklaşık yarım asır önce uygulanmakta olan boşanma sistemini uygulamakta olduğunu ifade etmek, hatalı bir tespit olmayacaktır.

lukla eşlere, evlilik birliğini sürdürmeme iradesi ile ayrı yaşamaları (fiilî ayrılık) hâlinde, belirli bir sürenin dolmasıyla boşanma olanağı tanımaktadır¹²⁶. Özetle pek çok hukuk sistemi Türk boşanma sisteminde kabul edilen boşanma sebeplerini terk etmektedir¹²⁷. Bu yöndeki reformlar da, kendiliğinden boşanma yargılamalarındaki ispat hakkı güçlüklerini ve temel hak ihlâli sorunlarını önemli ölçüde bertaraf etmektedir¹²⁸.

¹²⁶ **Özdemir**, s. 8. Yirminci yüzyılda yaşanan dünya savaşları ve ardından yaşanan gelişmeler özellikle batılı hukuk sistemlerinin boşanma rejimlerinde önemli değişiklikler yaşanmasına sebebiyet vermiştir (*bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Gürsoy*, s. 12). Bu konuda yaşanan ilk gelişme yukarıda da belirttiğimiz üzere boşanma sebeplerinde kusurun terkedilmesidir; ikinci önemli gelişme ise, tarafların iradelerine üstünlük tanıyan aile birliğinin temelinden sarsılmış olmasına dayalı boşanma sebebinde yaşanan gelişmelerdir. Zira evlilik birliğinin temelden sarsılmış olup olmadığının belirlenmesinde objektif bir yöntem yerine şekli bir kriter bulma eğilimidir. Önceden kanunlarca kabul edilmiş olan objektif ölçüye göre, evliliğe son verebilmek için (*TMK m. 166 hükmüne benzer şekilde*) onun “tekrar kurulamayacak derecede ağır bir surette temelinden” sarsılmış olması gereklidir. Bu ölçünün uygulanmasının zor oluşu ve hatta bazı durumlarda tamamen imkânsız olması, hukukçuları ailenin temelden sarsılıp sarsılmadığını tespit için daha basit ölçüler aramaya sevk etmiştir. Yeni görüşlere göre, kanun tarafından belli edilen bir süre kadar eşler fiilen birbirinden ayrı yaşamış ve buna rağmen birleşmemiş iseler, böyle bir evliliğin tekrar kurulamayacak surette temelden sarsılmış olduğu kabul edilmelidir (*TMK m. 166 hükmüne benzer şekilde*). Böyle bir durumun varlığı, evliliğin artık yürütülemez hâle gelmiş olduğunun kabulü için yeterlidir (**Gürsoy**, s. 12-13).

¹²⁷ Bu eleştiriler için bkz. **Helvacı**, s. 1169.

¹²⁸ Kusura dayalı boşanma davalarında, eşlerin birbirlerinin kusurunu ispatlaması ve boşanma davasında ispat aracı olarak kullanmak üzere evliliklerinin, evliliğe dahil cinsel hayat gibi giz alanlarını ifşa etmek zorunda olması, temel haklara dayalı hukuk sistemlerini oldukça rahatsız etmiş ve bazı ülkelerde kanunkoyucunun boşanma sistemini tamamen değiştirmesine etki etmiştir. Bu başlık altında da belirttiğimiz üzere Almanya’da 1977 yılında, İsviçre’de 2000 yılında sırf bu sebeple kusura dayalı boşanma sistemleri tamamen terkedilmiştir. Bu sebeple tarafımızca *boşanma davalarına* ilişkin olarak bu hukuk sistemlerinde, yapılan reformlardan sonra bizdeki şekilde hukuka aykırı delil uygulamasına ve içtihat tartışmasına aynı yoğunlukta rastlanılamamıştır. Zira *boşanma davalarında* hukuka aykırı delil sorununa ilişkin tartışmaların özellikle Almanya’da 1977 yılından itibaren, İsviçre’de de 2000 yılından itibaren oldukça azaldığını gözlemlemek mümkündür.

Bu anlamda Türk hukuk uygulamasının, diğer ülkelere nazaran oldukça geriden geldiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır. Zira temel haklar öğretisinin en karanlık dönem-

Boşanma hukukunda özellikle Türk Medenî Kanunumuzun mehâzı olan İsviçre hukukunda yaşanan gelişmeler dikkat çekicidir. *Ziraİsviçre* aile hukukunda, 1 Ocak 2000 tarihinde yürürlüğe giren ve boşanma hukukunu

lerinde dahi, bu ülkelerde verilen bazı içtihatlardaki duyarlılığa, yirmibirinci yüzyıl temel haklar dünyasında ülkemizde rastlanamamaktadır. Örneğin Almanya'da 1955 yılında erkek eş, boşanma davasında kullanmak üzere eşinin sesini kayıt altına almış; boşanma davasında 72 cd'den oluşan bu bilgi kaynakları, hukuka aykırı olarak değerlendirilmeyerek boşanmaya esas alınmış; ancak ardından kadın, kişilik haklarının ihlâl edilmiş olması sebebiyle eski eşine karşı tazminat davası açmış ve bu tazminat davasında söz konusu yöntemle kadının kişilik haklarının zedelenmiş olduğu; ancak erkeğin kusura dayalı boşanma sebebini başka türlü ispat olanağı bulunmaması sebebiyle, söz konusu durumun hukuka uygunluk sebebi teşkil ettiğine karar verilmiştir (*karar için bkz. Üstündağ, s. 762, dn. 35; ayrıca bkz. Kılıçoğlu, s. 323-324*).

Alman Federal Mahkemesi'nin 1970 yılında boşanma davasında verdiği bir karara konu olayda, eşler bir süredir aynı konut içerisinde ayrı yaşam sürmektedirler ve sadece evin mutfağını ile diğer bazı alanlarını ortak olarak kullanmaktadırlar. Erkek eş, görülmekte olan boşanma davasında kadının kendisine hakaretlerini ispat edebilmek için müşterek konutun kadının kullanmadığı odalarından birisine, delikler açarak bazı akşamlar gizlice arkadaşı olan bir üçüncü kişiyi kadını gözetlemesi için yerleştirmiştir. Yerel mahkeme, gizlice dinleyen ve gözlemleyen bu kişinin boşanma davasında tanık olarak dinlenmesini kabul etmiş ve ifadeleri inandırıcı kabul edilerek boşanma kararına esas alınmıştır. Ancak Alman Federal Mahkemesi, davacı kocanın delil elde etmek amacıyla gerçekleştirdiği bu eylemi, davalı eşin kişilik hakkına müdahale olarak değerlendirmiştir. Kararda, kişiliğin gelişimi için her bireyin vazgeçilmez bir içsel kişisel hayat alanı bulunduğu; buna konut dokunulmazlığının da dahil olduğu ve bu alana bu şekilde herhangi bir müdahalenin yapılamayacağı belirtilmiştir. Bu anlamda konuta bir gözetleme cihazı yerleştirmekle dedektif yerleştirmek arasında bir fark olmayacağı, bu sebeple bu kişinin de tanık olarak dinlenemeyeceği belirtilmiştir (*karar için bkz. Kılıçoğlu, s. 346-347*). Öğretide bu kararı doğru bulmayan görüş genellikle, erkek eşin yaptığı müdahalenin kadının özel hayatının gizliliği hakkına müdahale teşkil ettiği, ancak boşanma davasında davacı erkeğin kusuru ispatlamak için başka bir çaresinin bulunmadığı, bunun da hukuka uygunluk sebebi teşkil edip etmediğinin değerlendirilmesi gerektiği yönünde olmuştur (*bu konudaki görüşlerin tamamı için bkz. Kılıçoğlu, s. 347-348*). Nitekim bu tartışmalar ve değerlendirmeler, Almanya'da bu kararın verilmesinden kısa bir süre sonra kusura dayalı boşanma sisteminin terkedilmesinde etkili olmuştur. Yine Almanya'da 1963 ve 1967 yıllarında hukuka aykırı yollarla elde edilen ve eşlerin aldatıldığını gösteren mektupların boşanma davasında delil olarak kullanılmak istenmesi üzerine, bu delillerin kullanılmayacağına ilişkin Alman Federal Mahkemesi ve Bonn Asliye Mahkemesi kararları için bkz. *Kılıçoğlu, s. 401*.

tamamen değiştiren kanun değişikliği ile büyük bir reform yapılmış ve kusurlu boşanma ilkesi *tamamen* terkedilmiştir¹²⁹. Zira bu reforma kadar, Türk Medenî Kanunu'nun da temel aldığı 1907 tarihli İsviçre Medenî Kanunu, boşanma sebeplerinde kusur ilkesini benimsemişti ve evliliğin kişiler üstü bir kurum olarak görülmesi sebebiyle kusur aynı zamanda boşanmanın sonuçlarında da etkili bir unsur idi¹³⁰. Buna göre İsviçre'de boşanma sebeplerini, özel boşanma sebepleri ve genel boşanma sebebi olmak üzere ikiye ayırma geleneği terkedilmiştir¹³¹. Ayrıca “boşanma sebepleri (*Scheidungsgründen*)” yerine “boşanma şartları (*Scheidungsvoraussetzungen*)” düzenlenmiş¹³²; boşanma davasında eşin kusursuz olması veya diğer eşe nazaran daha az kusurlu olmasının sağladığı avantajlar da Kanun'dan çıkarılmıştır. Aynı şekilde boşanmanın malî sonuçları bakımından da kusur ilkesinden tamamen vazgeçilmiş¹³³; böylece İsviçre'de kusur kavramı, boşanma hukukundan çıkarılmıştır¹³⁴.

¹²⁹ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Özdemir**, s. 33-77. Ayrıca bkz. **Serin Of**, s. 10-11.

¹³⁰ **Özdemir**, s. 3-35. İsviçre'de 1907 tarihli Medenî Kanunu, evlilik kurumunu “her şeyden önce, toplumun iyi davranışlı bir kadına sağladığı bir geçim kaynağı olarak düzenlediği, bu kurum evli kadının kendi kusurlu davranışı ile yıkılmadığı sürece, evli kadının bu statüsünün arzusu hilafına kaybedilmediği, sonuçta bir boşanma olması halinde de, bu boşanma ile sona eren evlilik nedeniyle geçim kaynaklarının yeni bir evlilik yapana kadar devam ettiği, evlilik kurumunun ona bu olanakları sağladığı” belirtilmektedir (bkz. **Schwenzer, I.**; Praxis Kommentar, Scheidungsrecht, Helbing & Lichtenhahn 2000, N. 4; naklen: **Özdemir**, s. 35).

¹³¹ **Helvacı**, s. 1151, 1168; **Honsell/Vogt/Geiser**, s. 671 vd.; **Özdemir**, s. 37-38; **Petek**, s. 44, dn. 1.

¹³² **Helvacı**, s. 1151; **Petek**, s. 44, dn. 1.

¹³³ Bu konuda bkz. **Özdemir**, s. 41-42; **Petek**, s. 44, dn. 1. ZGB § 125, boşanmanın sonucu olarak nafakanın şartlarını düzenlemiştir ve bu düzenlemesinde kusura hiç yer vermemiştir. Buna göre, boşanma sonucu yaşlılık yardım sandığının yaptığı uygun ödeme de dahil olarak geçimini uygun koşullarda sağlaması kendisinden haklı olarak beklenmeyen eşe, diğeri hakkaniyete uygun bir katkıda bulunmak zorundadır (ZGB § 125, 1). Böyle bir katkının gerekip gerekmediği, gerekiyorsa süresi ve tutarı konusunda hâkim şu unsurları dikkate alacaktır: (i) evlilikteki görev dağılımı, (ii) evlilik süresi, (iii) evlilik sırasındaki eşlerin yaşam standardı, (iv) eşlerin yaş ve sağlık durumu, (v) eşlerin gelir ve servet durumu, (vi) çocuklar için girilen yükümlülüklerin süresi ve durumu, (vii) meslekî formasyon ve kazanç perspektifleri, ayrıca nafakadan yararlanacak eşin meslekî kazanç için yapılması gereken harcamalar, (viii) yaşlılık sigortası ile sağ kalan eş lehine yapıl-

İsviçre’de yaşanan bu gelişmeler içerisinde bizim açımızdan önem taşıyan hiç şüphesiz ki, medenî yargılama sistemimizde pek çok yargısal temel hak ihlâline ve ispat güçlüklerine sebebiyet veren kusur ilkesinden hem boşanma sebepleri bakımından hem de boşanmanın malî sonuçları bakımından *tamamen* vazgeçilmiş olmasıdır. *Özdemir*, İsviçre hukukunda kusur ilkesinden vazgeçilmesinin nedenleri arasında genel olarak evliliğin çözülmesinde çoğu zaman hangi eşin kusurlu olduğu veya eşlerin ne oranda kusurlu olduklarının saptanmasının mümkün olmadığını; böyle bir araştırmada çoğu kez sonuca da varılamaması ve bir anlam da ifade etmemesi ile özetlemektedir. Zira eşlerin beraberliklerindeki çok az olay üçüncü kişiler tarafından belirlenebilir ve psikolojik açıdan yaşananları gösterebilir. Boşanma sonuçlarının da kusura dayalı olarak belirlenmesinin haksız sonuçlara götürebileceği ve özellikle ekonomik açıdan güçsüz eşlerin bundan zarar göreceği, ekonomik açıdan güçlü eşlerin ise kendi kusurlarının sonuçlarını evlilik sonrasında hiç yaşamayabileceği İsviçre hukukunda değişikliğin temelinde yatan düşünceler arasındadır. Yine değişikliğin gerekçesi olarak kusura belirli bir anlam yüklemenin ve kusur saptamasına girişmenin duygusal ilişkilerde, evliliğin çözülmesinde taraflara bir yarar sağlamayan, varolan tansiyonu faydasız şekilde yükselten ve özellikle çocuklar açısından olumsuz sonuçlar doğuran, boşanma kavgasının şiddetlenmesine neden olan bir olgu olduğu; kusur araştırmasının, çocuklar açısından da, boşanma son-

muş sigorta beklentileri ve meslekî veya başka bir özel ya da kamusal yardım sandığı ile birlikte muhtemel bir çıkış halinde çıkma ediminin paylaşılmasına ilişkin beklentiler (ZGB § 125, 2). Nafaka verilmesi talebi ise, nafaka verilmesi açıkça hakkaniyete aykırı görüldüğü takdirde ve özellikle nafaka alacaklısı tarafın (i) aile vazifelerini ağır şekilde ihmâli, (ii) kasıtlı olarak ihtiyaç içinde bulunma halini sürdürmesi, (iii) nafaka borçlusuna veya yakınlarına karşı ağır bir suç işlemesi hallerinde kısmen veya tamamen reddedilebilir (ZGB § 125, 3). Bu maddeler için bkz. *Özdemir*, s. 213-214.

Görüldüğü üzere kanunkoyucu nafaka yükümlüsünün belirlenmesinde veya nafakanın süresi, miktarı konusunda tarafların boşanmadaki kusurlarına hiç yer vermemiştir. Tarafların kusurları ancak nafaka miktarının azaltılmasında veya kaldırılmasında çok sınırlı şekilde kabul edilmiştir. Bu anlamda İsviçre boşanma hukukunda, hem boşanmanın sebepleri hem de boşanmanın sonuçları bakımından ‘kusur’ tamamen kurucu unsur olmaktan çıkarılmıştır.

¹³⁴ *Helvacı*, s. 1168.

rası ilişkilere yansdığından çocukların bundan zarar görmesinin kaçınılmaz olduğu gerçekleri etkili olmuştur¹³⁵.

Nitekim İsviçre'deki reform gerekçesini özetleyen bu görüş ve değerlendirmeler, kusura dayalı boşanma sistemine ciddi bir eleştiri yöneltmekteydi ve konu çeşitli araştırmalara, sosyolojik incelemelere konu olduktan sonra çözüme kavuşturulmuştur. Bugün kusur ilkesinin boşanma hukukundan çıkarılması ile İsviçre hukukunda hâkim olan görüş, boşanmanın sadece eşleri ilgilendiren bir iş olduğu; boşanmanın sonuçlarına ilişkin olarak da, esas sorumluyu aramaktan çok, boşananların sosyal açıdan ayakta tutulmaları gerektiği yönündedir¹³⁶.

Reform ile birlikte İsviçre Medenî Kanunu'nda boşanma hukukunun temeli, evliliğin sarsılması nedeni üzerine inşa edilmiş; ancak evliliğin temelden sarsılması olgusunun ispatı için de delil getirme şartı aranmamıştır¹³⁷. Aynı zamanda eşlere, ortak dava dilekçesi vermek suretiyle veya tek taraflı talep ile boşanabilme imkânı sağlanmıştır¹³⁸. İsviçre, Avrupa ülkeleri arasında aile ve boşanma hukukunu şekillendiren bu reform açısından oldukça yavaş davrandığı yönünden eleştirilmektedir¹³⁹.

Yukarıda bahsedilen şekilde İsviçre'de yaşanan gelişmeler ve özellikle boşanma modelinde kusurun reddedilmesi diğer Avrupa ülkelerinde de yaşanan bir evrimsel sürecin parçasıdır. Örneğin, Almanya'da 1976 yılında kabul edilen ve 1 Temmuz 1977 tarihinde yürürlüğe giren Evlilik ve Aile Hukuku Reformu Hakkında Birinci Kanun (*Das erste Gesetz zur Reform des*

¹³⁵ **Özdemir**, s. 37. Bu amaçla da İsviçre kanunkoyucusu ZGB § 111 ve § 112 ile anlaşmalı boşanma çekişmesiz yargı işi olarak kabul edilmiş (ZBG Art 116 ile de anlaşma sağlanamaması hâlinde çekişmesiz yargı işi olan anlaşmalı boşanmanın, boşanma davasına dönüşebilmesine imkân tanınmış); ZGB § 116 ile de, boşanma davasının uzlaşma sağlanması ile çekişmesiz yargı işine dönüşmesine imkân tanınmıştır (*bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Özdemir*, s. 39-40; **Petek**, s. 44, dn. 1).

¹³⁶ **Özdemir**, s. 37-38.

¹³⁷ **Özdemir**, s. 38. Ancak kanunkoyucu bazı durumları evlilik birliğinin sarsıldığına ilişkin kesin karine olarak kabul etmiştir. Örneğin eşlerin birlikte boşanma dilekçesi vermeleri veya uzun süren fiilî ayrılık bu şekildedir (*bu konuda bkz. Özdemir*, s. 38).

¹³⁸ **Aras**, s. 12. Ayrıca konuyla ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. **Hatemi**, s. 102; **Helvacı**, s. 1152-1155.

¹³⁹ **Özdemir**, s. 34.

Ehe und Familienrechts) ile Alman Medenî Kanunu (BGB) § 1564-1587 arasındaki boşanma düzenlemeleri ile birlikte önemli bir reform yapılmıştır¹⁴⁰. Bu reform çalışması ile 1977 yılı itibariyle Almanya’da boşanma modelinde kusur ilkesi neredeyse tamamen kaldırılmış ve onun yerini evlilik birliğinin temelinden sarsılması ilkesi (*başarısızlık ilkesi*) almıştır¹⁴¹. Ayrıca boşanma sebepleri içerisinde özel boşanma sebepleri kaldırılmış; bunun yerine evliliğin yürütülememesi şeklinde tek ve genel bir boşanma sebebi kabul edilmiş (BGB §1565)¹⁴²; ancak evliliğin yürütülememesi olgusunun

¹⁴⁰ Bu reform hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Burcuoğlu**, s. 113 vd. Ayrıca bkz. **Serin Of**, s. 9-10.

¹⁴¹ **Burcuoğlu**, s. 113-114; **Hatemi**, s. 102; **Özdemir**, s. 77; **Tekinay**, s. 182.

Almanya’da İkinci Dünya Savaşı’nın ardından müteffik devletler tarafından kurulan hükümet tarafından ağırlıklı olarak *kusur ilkesine dayanan* bir boşanma sistemi getirilmişti (**Odendahl**, s. 644). Çeşitli sebeplere dayanan kusur dayalı boşanma temelinin yanında yine “evlilik birliğinin ortadan kaldırılması” şeklinde ifade edilen bir boşanma temeli daha kabul edilmişti. Evlilik birliğinin ortadan kaldırılması ile eşlerin üç sene ayrı kaldıktan sonra her eşin boşanmak için mahkemeye başvurabilmesi imkânı tanımaktaydı. Bu durumda *kusuru daha az olan tarafa* itiraz hakkı tanınmıyor; bu konuda da, hâkime geniş bir takdir yetkisi veriliyordu (**Odendahl**, s. 644). Ancak Federal Almanya’da hâkimler, kendilerine verilen bu yetkiyi çok “çekingen” kullanmışlar ve çoğu zaman da, itiraz eden tarafın itirazını geçerli saymışlardır. Bu gelişmelerin ardından Hristiyan Demokrat Parti’nin iktidar olduğu dönemde, hâkimlere tanınan bu yetki de kaldırılmış; boşanma talep etmeyen ve boşanmaya itiraz eden tarafın itirazı, ancak kendisinin açıkça çelişkili davranmaması hâline inhisâr ettirilmiş; böylece boşanma hukukunda kusur prensibi tamamen egemen olmuştu (**Odendahl**, s. 644-645). Ancak bu kanunî düzenlemelerin ortaya çıkardığı uygulama, boşanmak isteyen ancak boşanmanın son derece zorlaştırıldığı bir sistemde çiftlerin kağıt üzerinde evli kalmalarına; bir tarafın başka bir eşle yaşaması ve yeni çocuklar dünyaya getirmelerine rağmen, bu kişilerin evlenmemeleri neticesinde gayrisahih nesepli çocukların çoğalması sonucunu doğurmuş (**Odendahl**, s. 645). Bu sonuç da yoğun eleştirilerin yapılmasına sebebiyet verdiğinden, 1967’de reform için çalışmalar başlamış ve toplam 9 yıl süren çalışmalar neticesinde, 1976 yılında büyük bir reform yapılmıştır (**Odendahl**, s. 645). Bu reform Hristiyan kiliseler ve hatta üstü kapalı olarak Katolikler tarafından dahi, sol ve liberal görüşün de desteği ile hayata geçirildi ve genellikle evlilik birliğinin sonlandırılmasında kusurun ölçülüp biçilemeyeceği benimsendi (**Odendahl**, s. 645).

¹⁴² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Burcuoğlu**, s. 115-119.

“Evlilik Birliğinin Başarısızlığa Uğraması” başlığını taşıyan BGB § 1565 hükmüne göre; “(1) Evlilik birliğinin başarısızlığa uğraması durumunda boşanma kararı verile-

ispatı için de ispatı kolaylaştırıcı birtakım karineler kabul edilmiştir¹⁴³. Kanunkoyucunun ispatı kolaylaştırıcı karineler getirmesinin sebebi, olabildiğince mahkemenin eşlerin evlilik hayatındaki gizli alanlara girmek istememesi, bu sebeple de ispatı kolaylaştırması olarak belirtilmektedir¹⁴⁴. Nitekim bu Reform ile yapılan değişiklikle birlikte hâkimler de, kısa zaman içerisinde bu değişikliğe adapte olmuş; özellikle kanunkoyucunun getirmiş olduğu *-bir yıllık ayrı yaşama-* kanunî karinesine dayanarak genellikle geçimsizliğin ve onu yaratan olayların detaylarına gitmekten kaçınmışlar; özellikle eşlerin belirli bir süre *-bir yıl-* ayrı yaşadıklarının tespitinden sonra boşanmaları çok

bilir. Bu başarısızlığa uğrama durumu; ortak yaşamın devam etmesi veya devamının taraflardan beklenemeyecek olmasıdır. (2) Diğer tarafın şahsından kaynaklanan bir sebep, evliliğin devamını tahammül edilemez kılıyor ise, bu şartlar altında davacının talebi üzerine eşler henüz bir yıl ayrı yaşamış olmasalar dahi boşanma kararı verilebilir.” (Odendahl/Uslu, s. 1499). Bu hüküm sebebiyle boşanmada kusur ilkesinin, ancak ayrıldıktan sonraki ilk yıl için önemini sürdürdüğü ifade edilmektedir (Odendahl, s. 645). Hatta kanunun kabul edilmesinden bu yana, bu ayrılığın ilk bir yılında boşanmanın çok daha zorlaştığı; hâkimlerin genel olarak bir yıllık ayrılık sürecini, taraflara bir düşünme süresi olarak yorumladığı belirtilmektedir (Odendahl, s. 645). Bu bir yıl içerisinde ise, ancak karşı tarafın *-kamuoyunu da ilgilendiren bir cinayet işlemesi veya cana kastetmesi gibi-* açık ve ağır bir kusurunun bulunması hâlinde hâkimlerin boşanmaya hükmettiği tespiti de yapılmaktadır (Odendahl, s. 645).

¹⁴³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Burcuoğlu**, s. 114; **Hatemi**, s. 102; **Özdemir**, s. 77-79. Ayrıca bkz. **Palandt**, s. 1799-1801.

“Evlilik Birliğinin Başarısızlığa Uğraması Hakkında Karine” başlığını taşıyan BGB § 1566 hükmüne göre; “(1) Eşlerin bir yıldan beri ayrı yaşamaları ve taraflardan ikisinin de boşanmayı talep etmesi yahut davalının boşanmayı onaylaması durumu, evlilik birliğinin başarısızlığa uğraması hakkında karine teşkil eder. (2) Üç yıldır ayrı yaşama da evlilik birliğinin başarısızlığı hakkında kesin karine teşkil eder.” (Odendahl/Uslu, s. 1499). Bu karineler dışında Alman hukukunda hâkime boşanma konusunda takdir yetkisi geniş ölçüde kabul edilmemektedir. Özellikle karinelerin varlığı hâlinde, hâkim boşanma konusunda takdir yetkisi kullanmamakta; boşanmaya hükmetmektedir. Bu durumun istisnası “*Istisnai Haller*” başlığını taşıyan BGB § 1568’de düzenlenmiştir: “Evlilik birliğinin başarısızlığa uğramasına rağmen, evlilik birliği içinde mevcut çocukların evlilik birliğinin korunmasına özel sebeplerden doğan istisnai menfaatleri zaruri ise veya boşanmaya itiraz eden davalı için boşanma alışılmışın dışındaki sebeplerden dolayı büyük bir güçlük yaratıyorsa, davacının menfaatleri de gözönüne alınarak, istisnai olarak evlilik korunabilir.” (Odendahl/Uslu, s. 1500).

¹⁴⁴ **Burcuoğlu**, s. 114.

kolaylaştırılmıştır¹⁴⁵. Bunun yanı sıra bu reform ile anlaşmalı boşanma da mümkün kılındığı gibi¹⁴⁶, boşanmanın sonuçları açısından da kusur belirleyici rol olmaktan çıkarılmıştır¹⁴⁷. Gilles tarafından reformun gerekçesi kusura dayalı boşanma sisteminin, boşanma davalarında “kirli çamaşırların ortaya çıkarılmasının ve mahkemenin eşlerin cinsel hayatları ile ilgili konuları araştırmak zorunda bırakılması” şeklinde belirtilmektedir¹⁴⁸. Nitekim *Burcuoğluda*, 1983 yılında kaleme aldığı çalışmasında Almanya’da 1977’de gerçekleştirilen bu reformun başlıca önemini kusur ilkesinin kaldırılması olarak belirtmekte; konunun bağlantısını özellikle boşanma yargılamasında kişilik haklarının korunması ve ispat faaliyeti noktasından kurmakta¹⁴⁹; en önemlisi Türk hukukunda da benzer bir reform ile kusur ilkesinin Almanya’da olduğu gibi boşanmanın sebepleri ve sonuçları bakımından kaldırılmasının gerekliliğini, kusura dayalı boşanmanın yarattığı boşanma gücününün -1980’li yıllarda dahi- toplumun kanayan bir yarası olduğunu¹⁵⁰

¹⁴⁵ **Odendahl**, s. 646. *Odendahl* aile hâkimlerinin boşanmayı bu kadar kolaylaştırılmasına yönelik içtihatlarının temelinde yatan sebeplerin araştırılmamış olduğunu belirtmekle birlikte, bu düşünce yapısının temelinde usûl ekonomisi ilkesi ile yapılan anketlerde eşlerin birbirlerinin kusurunu araştırması ve konunun ayrıntılara girmesinin, anlamsız ve hoş olmayan, tatsız bir iş olduğu yönündeki sonuçların etkili olduğunu belirtmektedir (*Odendahl*, s. 647).

¹⁴⁶ **Özdemir**, s. 78.

¹⁴⁷ İstisnâî durumlar dışında nafakanın, kusurdan bağımsız isteneceği konusunda bkz. **Odendahl**, s. 646. Nitekim Alman hukukunda da, İsviçre’de olduğu gibi uzun süren evliliklerde nafakanın amacının, evlilikte var olan yaşam seviyesinin boşandıktan sonra da her iki eş açısından mümkün olduğunca devam ettirmek olduğu kabul edilmekte; çocuk bakımı, yaş ve sağlık durumu dikkate alınarak her eşin boşanmadan sonra çalışabileceği öngörülmekte ve nafakanın buna göre hesaplanması gerektiği benimsenmektedir (**Odendahl**, s. 646).

¹⁴⁸ **Gilles** (Çev.: *Pekcanitez*), s. 15.

¹⁴⁹ “... Alman hukukunda, kusurun kanıtlanması gerekmediği içindir ki, boşanma usulünde artık yanlarını birbirine zıt, düşman ve gizlilik alanlarını olduğu gibi açıklamak zorunda kalacak olan iki kişinin oluşturduğu klasik anlamda bir ‘boşanma davası’ söz konusu olmayacaktır. Yine kusur ilkesi kaldırıldığı içindir ki, muhtaç duruma düşen eşin, evlilik süresince içinde bulunduğu sosyal ve ekonomik düzeyi sürdürmesi mümkün olur. Nihayet, kendi kusuru ile evliliği temelinden sarsmış olan kimse dahi boşanma hakkına sahiptir.” (**Burcuoğlu**, s. 135).

¹⁵⁰ “Kanımca, kusur ilkesini bütün şiddetiyle uygulatan, Medeni Yasanın 134/II. Maddesinin sakıncaları yararları ile karşılaştırıldığında daha ağır basacaktır.” (**Burcuoğlu**, s.

ifade etmektedir. Yazar, boşanma davalarında yaşanan ispat zorlukları ve ispat faaliyeti esnasındaki kişilik hakkı ihlallerini tüm gerçekliği ile ortaya koymaktadır:

“... Boşanmak istemeyen davalı eş, davacının kendisinden daha fazla kusurlu olduğunu kanıtlayacaktır. Bu yükümün yerine getirilmesi için tüm ‘kirli çamaşırlar’ ortaya dökülecektir. Karşılıklı ağır suçlamalar dizisi başlayacaktır. Örneğin, davalı kadın kocasının kendisini dövdüğünü, ihmal ettiğini, kendisine hakaret ettiğini, alkole veya kumara tutkun olduğunu, başka kadınlarla ilişkisi olduğunu kanıtlayacak ve daha sonra ‘ben boşanmak istemiyorum’, yani ‘kocamdan memnunum’ diyecektir. Şiddetli geçimsizliğin oluşmasında bir eşin hiç kusursuz olması güçlkle düşünülebileceğinden, davalıya bir kusur isnat edildiğinde, davalı boşanma davasını reddettirebilmek için, davacı aleyhine daha ağır bir kusurun gerçekleştiğini iddia ve ispat edecektir. ... Bu denli ahlaksız bir adamla evliliğin devamına karar verilmesi acaba hangi sosyal ya da ekonomik sığınma formülü ile doğrulanabilir? Burada korunmak istenen kadın aslında mahkum edilmiş değil midir?...”¹⁵¹

Bu tespitlerin ve önerilerin yapılmasının ardından tam otuz yıl geçmiş olmasına; Almanya’da, bu konudaki reformun üzerinden neredeyse yarım yüzyıl geçmiş olmasına; bu konuda Avrupa’da en geç kalan ülkelerden İsviçre’de ise reformun üzerinden neredeyse onbeş yıl geçmiş olmasına rağmen maalesef Türkiye’de kusura dayalı boşanma sisteminin değil terk edilmesine, yumuşatılmasına dair dahi pek bir gelişme gözlemlenememiştir. Bilâkis boşanma hukukunda “kusur” kavramı, Yargıtay içtihatları ile gücüne güç katmaktadır. Hatta Yargıtay’ın boşanma davalarında, çoğunlukla hukuka aykırı yollardan elde edilen bulguları delil olarak kabul etmesi, maalesef kusura dayalı boşanma sisteminin sakıncalarını daha da artırmaktadır.

136). Yazar, devamında boşanmayı zorlaştırmanın özellikle kadını korumak amacıyla büyük bir ısrarla benimsendiğini; ancak bunun hayatın gerçekleri ile uyumlu olmadığını hukukî ve yerinde gerekçeleri ile ayrıntılı olarak açıklamaktadır. Bu konuda bkz. **Burcuoğlu**, s. 136-137, 139-140. Benzer yönde eşlerin sırf kusuru ispatlamak için evliliklerinin tüm gizli yanlarını ortaya saçmaları yerine kusur ilkesinin hem boşanma sebepleri hem de boşanmanın malî sonuçları bakımından kaldırılması gerektiği görüşü için bkz. **Serin Of**, s. 10.

¹⁵¹ **Burcuoğlu**, s. 137-138.

Bunun yanı sıra örneğin İskandinav ülkelerinde de uzun zamandan bu yana kusur, boşanma modellerinde kurucu unsur olmamış; temel olarak anlaşmalı boşanma ve evlilik birliğinin sarsılması sebepleri, bu ülkelere de belirleyici rol olmuştur¹⁵². Ayrıca belirtmek gerekir ki gerek Alman gerekse İsviçre boşanma hukukunda boşanma davalarında tazminata hükmedilmesi yerine, boşanmanın malî sonuçları eşlerin evlilik süresince sahip oldukları ekonomik seviyenin boşanmadan sonra da devam etmesine imkân verecek şekilde düzenlenmektedir¹⁵³. Böylece ülkemizde zaman zaman görülebildiği gibi, kadının boşanma ile haksız zenginleşme elde etmesi mümkün kılınmaktadır¹⁵⁴.

III. MEVCUT SİSTEM İÇERİSİNDE ÇATIŞAN TEMEL HAKLAR ARASINDA DENGİNİN SAĞLANMASI

A. Boşanma Davasında Çatışan Temel Haklar

Yirmibirinci yüzyıl itibarıyla kişilerin mahremiyeti, özel hayatı temel haklar çerçevesinde katı bir şekilde koruma altına alınmaktadır ve bu temel haklara yapılabilecek müdahaleler de sınırlı bir şekilde evrensel ilkeler ve kurallar çerçevesinde belirlenmiştir. Bu durumda bir başkasının temel hak ve özgürlüğünün -*bu kapsamda özellikle ispat hakkının*- temin edilmesi ve korunması için kişilerin özel hayatına ve konut dokunulmazlığı, haberleşme özgürlüğü gibi diğer temel haklarına müdahale edilmesinin gerekli ve ölçülü olup olmadığı değerlendirilmelidir.

Özel hayatın korunması kapsamında kişilerin evlenmesi kadar bu evliliği sonlandırma özgürlüğünün bulunması da temel bir haktır¹⁵⁵.

¹⁵² Bu konuda bkz. *Cin*, s. 23-24.

¹⁵³ Bkz. yuk. dn. 133.

¹⁵⁴ Bkz. yuk. dn. 130.

¹⁵⁵ Evlenme, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12. Maddesi'nde açıkça düzenlenmekle birlikte madde metnine boşanma hakkı alınmamıştır (boşanmanın temel bir hak olduğu konusunda bkz. *Arslan Öncü*, s. 277-278). Oysa Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin esas aldığı Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'nin 16. Maddesi, evlenme temel hakkının yanı sıra boşanmayı da madde düzenlemesine dâhil etmiştir. Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi'ne göre, "Evlilik yaşındaki erkekler ve kadınlar, ırk, uyruklu ya da din bakımından herhangi bir sınırlama olmaksızın, evlenme ve bir aile kurma hak-

Boşanma da aynı evlenme gibi özel hayatın korunması kapsamında temel bir hak olarak kabul edilmektedir. Boşanmak isteyen tarafın ise boşanabilmesi için hukuk sistemimizde yukarıda belirtilen şekilde Türk Medenî Kanunu'nun 161 ilâ 166. maddelerinde sayılan durumlardan birinin varlığını ispat etmesi şarttır. Bu çerçeveden bakıldığında kişinin *boşanma* temel hak ve özgürlüğünü kullanabilmesi, boşanma davasının hukukî temelini oluşturacak boşanma sebebini (TMK m. 161-166) kanıtlayabilmesine bağlıdır. Bu anlamda da kişinin boşanma davasında kullanacağı ispat hakkı, o kişinin yine başka bir temel hakka kavuşmasını sağlayacaktır. Bu durumda ispat hakkına yapılacak müdahale, o kişinin başka bir temel hakkı olan *boşanma hakkını* kullanamaması ile de sonuçlanabilecektir. Bu çerçeveden bakıldığında boşanma davalarında, özellikle boşanmak isteyen tarafın ispat hakkını kullanabilmesi, özel bir öneme ve hassasiyete sahiptir. Bu sebeple boşanma davalarında kişilerin ispat hakkını kullanabilmesi hem ilk tahlilde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin gereği olarak açıklama hakkı kapsamında hem de ikinci tahlilde Sözleşme'nin 8. maddesinin gereği olarak özel hayatın korunması çerçevesinde sosyalleşme hakkı¹⁵⁶ kapsamında

kına sahiptir. Evlilik yaşındaki erkekler ve kadınlar, evlenmede, evlilik sürecinde ve evliliğin sona ermesinde eşit haklara sahiptirler." (EİHB m. 16, 1). Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12. Maddesi'nde düzenleme getirmemesi sebebiyle boşanmanın Sözleşme'nin 8. Maddesi çerçevesinde özel hayatın korunması hakkı kapsamına dâhil olduğu kabul edilmektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Arslan Öncü**, s. 277.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi evli çiftlerin ayrı yaşama hakkını yani ayrılma hakkını Sözleşme'nin 8. Maddesi çerçevesinde değerlendirmiştir. Zira Mahkeme *Airey v. İrlanda* davasında (*Airey v. Ireland* [9.10.1979], 6289/73, (hudoc) para. 31-33), özel yaşama ve aile yaşamına saygı hakkının evli çiftlerin ayrı yaşama hakkını da içerdiğine karar vermiştir (bu karar için ayrıca bkz. **Arslan Öncü**, s. 278).

¹⁵⁶ Özel yaşamın korunması hakkının sadece mahremiyet hakkından ibaret olmaması ve uygulama alanını kapalı kapıların ardı ile sınırlanmaması için kişilerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi kapsamında sosyalleşme hakkının bulunduğu kabul edilmektedir (sosyalleşme hakkının kapsamı ve bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Arslan Öncü**, s. 276-314). Sosyalleşme hakkı kapsamında kabul edilen alt temel haklar *evlenme ve boşanma hakkı, üreme hakkı, evlat edinme hakkı, aile yaşamı, iş çevresi, insanlarla evcil hayvanlar arasındaki ilişkiler* çerçevesinde şekillenmektedir (**Arslan Öncü**, s. 276-314).

boşanma hakkını kullanabilmesi için gerekli ve hatta zorunludur. Zira boşanma davasında karşı tarafın yine özel hayatının korunması pahasına diğer tarafın getirdiği delillerin kabul edilmemesi hem iddiasını ispat etmek isteyen tarafın ispat hakkına hem de boşanma hakkına müdahale oluşturmaktadır.

Dolayısıyla özellikle başka bir temel hakkın kullanımının bir anlamda ispat hakkına bağlı olduğu boşanma davalarında, bu hakkın *-ispat hakkının-* ayrı bir öneminin bulunduğu yadsınamaz. Ancak şüphesiz ki nihâyetinde boşanma hakkı gibi temel bir hakka hizmet etse dahi, ispat hakkının kullanımının da bağlı olduğu birtakım temel ölçütler, evrensel ilkeler ve kurallar vardır. Bunlar içerisinde de başlıca olanı, ispat hakkının kullanılabilmesi için başka kişilerin özel hayatlarına, konut dokunulmazlıklarına, haberleşme özgürlüklerine hukuka aykırı yollarla ve ölçülülük ilkesinin gerekliliklerini aşar şekilde müdahalelerde bulunulmasıdır. Bu sorunun çözümü için genel, soyut ve uyuşmazlık öncesinde *-apriori olarak-* bir temel belirlemek mümkün değildir. Zira çatışan haklar, *temel haklar* olduğundan ve hiçbir temel hakkın bir diğerine üstünlüğü bulunmadığından, böyle bir belirlemenin genel bir ilke olarak kabul edilmesi mümkün değildir. Bu sebeple ispat hakkının tesisi için müdahale edilen her bir hakkın anayasal sınırlandırma koşullarının ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekir. Örneğin kişinin konut dokunulmazlığına bir müdahale söz konusu ise, Anayasa'nın 21. maddesinin koşullarının oluşup oluşmadığına bakılması gerekir. Benzer şekilde kişinin gizlice bilgisayarına erişilerek delil elde edilmişse, özel hayatın korunmasına ilişkin Anayasa'nın 20. maddesindeki sınırlama sebeplerinin mevcut olup olmadığına bakılması gerekir. Bunların yanısıra Anayasa'nın 13. maddesi çerçevesinde ve özellikle ölçülülük ilkesi bakımından yapılacak bir değerlendirme, hukuka aykırı delillerin kullanımı konusunda kritik öneme sahiptir.

Bununla birlikte özellikle boşanma davalarında karşılaşılabilecek iki durum üzerinde taşıdığı özellikler sebebiyle ayrıca durmak isteriz. Bunlardan ilki, bir hukuka uygunluk sebebi olarak meşru savunma için delil elde edilmesi; ikincisi de, boşanmanın talî sonuçları arasında da sayılabilecek velâyet davalarıdır.

B. İspat Hakkının ve Delillerin Hak Sahibince Bizzat Korunması

Bir kişi, yargılamada iddia ettiği vakıanın ispatında kullanmak istediği ispat aracının tehlike altında olması hâlinde yani delilin bozulma, kaybolma, tahrip olma ihtimâli varsa; şayet bu delil bir tanık beyanı ve tanık da ağır hasta ise, mahkemeye başvurarak ispat hakkının korunması amacıyla delil tespiti yoluna başvurabilir. Ancak kişinin her zaman ispat hakkının konusunu oluşturan ispat aracını koruyabilmek, onu güvence altına alabilmek için mahkemelere başvurarak hukukî koruma, delil tespiti istemek için zamanı olmayabilir. İşte bu durumda istisnaî olarak kişiye, ispat hakkının konusunu oluşturan delili kendi kendine koruyabilme hakkı tanınmalı ve kişinin bu sebeple karşı tarafın hâkimiyet alanına yapabileceği müdahaleler meşru sayılabilmelidir¹⁵⁷.

Kişinin hakkını kendi gücüyle koruması, hukuka aykırılığı ortadan kaldıran bir sebeptir ve bu tür bir fiile hukukun sonuç bağlayabileceği hemen her hukuk alanında (*ceza hukuku, tazminat hukuku vb.*) geçerli bir şekilde kabul görmektedir¹⁵⁸. Kişinin kendi hakkını kendi gücüyle koruyabilmesi için (i) ispat hakkının korunması söz konusu olmalı, yani korumanın kişinin ileride uyuşmazlık konusu olacak vakıa iddiasını ispatlamak istediği ispat araçlarını konu alması gerekir; (ii) yetkili organların zamanında müdahalesi mümkün olamamalı, yani kişinin böyle bir durumda delil tespiti yaptırmak için mahkemeye başvurup ispat hakkının korunabilmesi için müdahale talep etmesi mümkün olmamalı; (iii) hakkın korunması için başka imkân olmamalıdır, yani hakkınbizzat haksahibince korunması için önlem alınmaması hâlinde yargılama sürecinde bu fiilin ispatlanması aşırı derecede zorlaşacak ve hatta imkânsız hâle gelecek olmalı ve (iv) güç kullanma uygun ve dengeli olmalı, yani karşı tarafın temel hakkına yapılacak müdahale -örneğin telefon görüşmesini kayda alma- ölçülülük ilkesi ile uyumlu olmalıdır¹⁵⁹.

Bütün bu belirttiğimiz unsurların gerçekleşmesi durumunda kişinin kendi kendine ispat hakkını koruması için karşı tarafın özel hayatına veya diğer temel haklarına müdahale etmesi, hukuken korunabilecektir. Başka bir

¹⁵⁷ Bu konuda bkz. **Kılıçoğlu**, s. 187-291.

¹⁵⁸ Bkz. Türk Borçlar Kanunu m. 64.

¹⁵⁹ Bu unsurlar için bkz. **Eren**, s. 611-613.

ifade ile normal şartlarda hukuka aykırılığı söz konusu olabilecek bu müdahâle, kişinin kendi hakkını kendisinin koruyabilmesinin unsurları gerçekleştiğinde hukuka aykırı delil olarak nitelendirilemeyecek ve yargılama sürecinde delil olarak kullanılabilir. Nitekim yukarıda belirtilen bu dört unsurun gerçekleşmesi hâlinde yapılan müdahalenin hukuka uygun olacağı kabul edilmektedir¹⁶⁰. Bu kapsamda özellikle karşı tarafa tuzak kurarak, hukuka aykırı delil yaratma yönteminin hiçbir şekilde meşru savunma kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olamayacağını belirtmek isteriz.

C. Velâyet Davalarının Özel Durumu

Yukarıda da belirtmiş olduğumuz üzere özellikle gelişmiş hukuk sistemlerinde bugün boşanma modelleri ferdîyetçi teorinin etkisi ile sadece bireyleri ilgilendiren bir karar olarak algılanmaktadır. Bireyler özgür iradeleri ile nasıl evlenmeye karar verebiliyorlarsa, ayrılığa da karar verebilirler. Ancak boşanmanın sonuçları arasında yer alan çocukların velâyetine ilişkin kararlar, bu şekilde salt tarafların iradeleri ile çözümlenebilecek bir mesele değildir¹⁶¹. Her şeyden önce devletin, çocukları gerekiyorsa ebeveynlerine karşı dahi koruma ve menfaatlerini gözetme yükümlülüğü bulunur; zira çocukların, aile ortamında bulunup bulunmadıklarına bakılmaksızın her hâlde bedenî, ruhî, ahlâkî bakımlardan gelişmelerinin temini, her türlü olumsuz koşullardan uzak şekilde yaşamalarının sağlanması için gerekli tedbirlerin alınması Devlet'in en önemli görevleri arasında yer alır¹⁶² (Ay m. 41/2,

¹⁶⁰ Eren, s. 612. Aynı yönde bir Ceza Genel Kurulu kararı için bkz. CGK, 21.6.2011, 2010-5-187/131 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası). Söz konusu Ceza Genel Kurulu kararına atıf yaparak benzer esasları medenî yargı açısından da kabul eden bir Yargıtay 4. Hukuk Dairesi kararı için bkz.: "...Kişinin kendisine karşı işlenmekte olan bir suçla ilgili olarak bir daha kanıt elde etme olanağının bulunmadığı ve yetkili makamlara başvurma imkanının olmadığı ani gelişen durumlarda karşı tarafla yaptığı konuşmaları kayda alması halinin hukuka uygun olduğunun kabulü zorunludur..." 4. HD, 20.6.2012, 2011-4664/10806 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

¹⁶¹ Yargıtay kararlarında da bu hususa özellikle vurgu yapılmaktadır. Örneğin; "... Velayet hakkı ve çocuk ile ilgili olarak alınacak kararlar kamu düzeni ile ilgilidir. Hakim tarafların iddia ve savunmaları ile bağlı değildir. Hakimlerin çocuklar için yararlı ve iyi olanı yapmaları gerekir." 2. HD, 25.1.2000, 13346/581 (Tutumlu, C. II, s. 1353). Bu konuda ayrıca bkz. Baygın, s. 259.

¹⁶² Tutumlu, C. I, s. 45.

4¹⁶³). Bu durum aynı zamanda Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin de bir gereğidir¹⁶⁴.

Kanaatimizce bir boşanma davasında *hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olan bir delilin*, velâyet davasında delil olarak kullanılması bazı durumlarda mümkün olabilecektir. Örneğin, eşlerden birinin diğerini aldattığına dair cinsel hayatının ve giz alanının ayrıntılarını ortaya koyan bir görüntü kaydı, bir boşanma davasında kanaatimizce kullanılamamalıdır. Zira bu durum Anayasa'nın 20. maddesine aykırılık teşkil etmektedir ve bu madde karşısında kişinin özel hayatına müdahalede bulunabilmek için ölçülülük ilkesi uyarınca gerekli bir durum söz konusu olmayabilir. Buna karşılık anne veya babanın haysiyetsiz yaşadığına ilişkin böyle bir görüntü kaydı, velâyet davasında delil olarak kullanılabilir¹⁶⁵. Zira devletin çocuğun menfaatinin, ruhsal ve fiziksel gelişimini koruma ve tesis etme yükümlülüğü karşısında, bu kamusal menfaat uğruna kişinin özel hayatına müdahalede bulunulabilir¹⁶⁶. Kısaca boşanma davasındaki hukukî menfaat ile velâyet

¹⁶³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Serozan**, s. 35-36. Ayrıca bkz. **Baygın**, s. 259 vd.

¹⁶⁴ Çocuğun, Çocuk Hakları Sözleşmesi karşısında da gözetilme ve korunma yükümlülüğü hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Serozan**, s. 49-54.

¹⁶⁵ Ancak bu durumda dahi delilin hukuka aykırı yollardan elde edilmiş olması, bu delilin yargılamada kullanılıp kullanılmayacağı konusunda tereddütler uyandırmaktadır. Türk hukukunda *Serozan*, soybağına ilişkin davalarda da, hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin hiçbir şekilde kullanılmaması gerektiğini; örneğin DNA analizi için erkekten *gizlice* saç veya sıvı örneği alınmasının, kişilik haklarına ihlâl niteliği taşıyacağını ve dolayısıyla bu şekilde gizlice elde delillerin soybağına ilişkin davalarda kullanılmasının mümkün olamayacağını belirtmektedir. Nitekim Yazar'ın görüşünü belirttiği tarihte hukuka aykırı yollardan elde edilen delillerin yargılamada kullanılmayacağına ilişkin Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 189. Maddesi hükmü mevcut olmamasına rağmen, bu yasak hukukun temel ilkelerinden çıkarılarak benimsenmiştir. Bu konuda bkz. **Serozan**, *Soybağı*, s. 760-761.

¹⁶⁶ Zira velâyet, ebeveynin temel bir hakkı değil, çocuğun sağlıklı bir ortamda büyüüp, sağlıklı bir erişkin olabilmesi için çocuğa tanınan bir temel haktır. Bu anlamda velâyet, önemli kamusal nitelikleri barındıran bir hukukî kurumdur (*bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Serozan*, s. 250-254). Kanaatimizce velâyet davasını, boşanma davasından ayıran temel özellik de çocuğun korunmasına yönelik kamusal menfaat ve devletin pozitif yükümlülüğüdür.

Nitekim Zürih Yüksek Mahkemesi de, 1983 yılında verdiği bir kararında, kamusal menfaatler ile ispat hakkı arasındaki ilişkiyi kurarak velâyet davasında babanın çocuğu

davasındaki hukukî menfaat aynı değildir ve böyle bir durumda hâkim, çatışan menfaatleri dengeleyerek ispat hakkının kullanılması ile kişilik haklarının korunması arasındaki dengeyi sağlamak zorundadır. Ancak önemle vurgulamak isteriz ki, soybağının tespiti davalarında, velâyet davalarında hukuka aykırı yollarla elde edilen bulguların delil olarak kullanılıp kullanılmayacağı meselesi, özellikle yabancı hukuk sistemlerinde oldukça tartışmalıdır. Bu tartışmalar, bu çalışma konusu dışında kaldığından üzerinde durmuyoruz¹⁶⁷. Burada sadece boşanma davaları ile soybağının tespiti ve velâyet davalarında korunan hukukî menfaatlerin çok daha farklı olduğunu vurgulamak ve bazı durumlarda, ölçülülük ilkesinin izin verdiği ölçüde özellikle velâyet davaları açısından durumun farklılık arzedebileceğini belirtmek istiyoruz.

SONUÇ

1. Günümüzde sırf boşanma davalarında karşı tarafın kusurunun ispatı için tamamen Anayasa'ya aykırı biçimde kişilerin özel hayatlarına müdahale edilmekte; kişilerin özel bilgilerine izinsiz şekilde erişilmekte; kişiler takip ettirilerek ses ve görüntü kaydı elde edilmeye çalışılmakta; eşler, diğer eş için iletişimin tespiti talebinde buluna-bilmekte ve bazı mahkemeler bu taleplere olumlu cevap vermekte; hatta kıskanç eşler sadece kendi eşleri için değil, aynı zamanda şüphelenilen üçüncü kişiler için de haberleşmenin tespiti kararı talep edebilmekte ve bazı mahkemeler bu talepleri de kabul edebilmekte¹⁶⁸; eşler arasında özel hayatın geçerli olmayacağına ilişkin¹⁶⁹

ile arasında geçen konuşma kaydını, hukuka aykırı bir delil olarak nitelemesine rağmen delil olarak kullanılmasını hukuka uygun bulmuştur. Bu karar için bkz. **Kılıçoğlu**, s. 225, dn. 710.

¹⁶⁷ Bu çerçevede özellikle soybağının tespiti davalarında hukuka aykırı yollardan elde edilen bulguların delil olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Kılıçoğlu**, *Babalık Testleri*, s. 279 vd.; **Reichenbach**, s. 598 vd.

¹⁶⁸ Bütün bu tespitler için bkz. **Ateş**, s. 97-104. Ayrıca bu yöndeki açıklamalarımız için bkz. yuk. I, B ve II, C.

¹⁶⁹ "...Kuşkusuz Anayasaya göre; herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Anayasa m.20/1) Ancak, evlilik birliğinde eşlerin, evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları da yasal bir zorunluluktur. (TMK.m.185/3) Eşlerden birinin, bu

veya Anayasal temel hak ve ilkelere aykırı yargı içtihatları verilmekte¹⁷⁰; zaman zaman yetkili merciiler, boşanma sürecindeki eşlerin boşanma sebebinin varlığını ispat edebilmek için hukuka aykırı yollarla delil elde edilmesi konusunda kişilere cesaret verici açıklamalarda bulunabilmektedir¹⁷¹. Bütün bu gelişmeler yaşanırken diğer yandan ülkemizde temel hakların, kişisel verilerin, özel hayatın korunması konusunda hem uluslararası arenada önemli adımlar atılmakta hem iç hukuk politikası olarak konuya ilişkin cezaî yaptırımlar (TCK m. 116, 132-135), yargılama kuralları (CMK m. 206/2, 217/2; HMK m. 189/3) getirilerek¹⁷² Türk hukuk sisteminin *temel haklara dayalı bir hukuk devleti* olması için büyük çabalar sarf edilmektedir.

2. Türk hukukunda geçerli olan kusura dayalı boşanma sebepleri dikkate alındığında, bu eski geleneksel anlayışın temel haklar konusunda yaşanan gelişmeler karşısında pek çok hukukî sorun yarattığı aşikârdır. Tarihî açıdan bakıldığında da, Türk hukukunda 1926 tarihli Medenî Kanun'dan önce boşanma çok daha kolaydı ve temel olarak kusur ilkesine dayanmaktaydı. O zamanlar üzerinde geleneksel Katolik evlilik anlayışının hüküm sürdüğü İsviçre Medenî Kanunu, Türk medenî hukukuna adapte edilirken bu sistemdeki boşanmaya ilişkin hükümler de benzer şekilde esas alınmış ve bu sistem 1926 yılı itibariyle ülkemizde uygulanmaya başlanmıştı. Bundan

alana ilişkin özel yaşamı, evlilikle biraraya geldiği ve birlikte yaşadığı hayat arkadaşı olan diğer eşi de en az kendisinininki kadar yakından ilgilendirir. **O nedenle, evlilikte, evlilik birliğine ilişkin yasal yükümlülükler alanı, eşlerin her birinin özel yaşam alanı olmayıp, aile yaşamı alanıdır. Bu alanla ilgili de eşlerin tek tek özel yaşamlarının değil bütün olarak aile yaşamının gizliliği ve dokunulmazlığı önem ve öncelik taşır. Bu bakımdan evliliğin yasal yükümlülükler alanı, diğer eş için dokunulmaz değildir.** Bu nedenle, eşinin sadakatinden kuşkulanan davacı-davalının, birlikte yaşadıkları her ikisinin de ortak mekanı olan konutta, eşinin bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirerek, eşinin aleni olmayan konuşmalarını kaydetmesinde bu suretle sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmayan davranışlarını tesbit etmesinde özel hayatın gizliliğinin ihlalden söz edilemez ve hukuka aykırılık bulunduğu kabul olunamaz...” 2. HD, 20.10.2008, 2007-17220/13614 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası). Kararın eleştirisi için ayrıca bkz. **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 705-706; **Tutumlu**, s. 2155 vd.

¹⁷⁰ Bkz. yuk. I, B.

¹⁷¹ Bkz. yuk. I, A.

¹⁷² Bkz. yuk. I, A.

sadece yarım yüzyıl öncesine kadar boşanmayı yasaklayacak kadar muhafazakâr bir yapıya sahip olan Katolik evlilik anlayışının hüküm sürdüğü toplumlardaki boşanma sistemlerinde dahi, günümüzde kusurlu boşanma sisteminden vazgeçilmekte ve boşanmada özellikle irade ilkesine üstünlük tanınmaktadır. Bu gelişmeler karşısında Türk boşanma hukukunda kusur ilkesine hâlen son derece önemli bir değer atfedilmesi, ispat hukuku alanında ve birebir ispat hakkının kullanılmasında, aşılması son derece güç hukukî sorunlara sebebiyet vermektedir. Bu durum maddî hukuk kurallarının, şeklî hukuk kuralları ile arasında çözülmesi mümkün olmayan bağı gözler önüne sermekte ve bu anlamda maddî hukukun yarattığı sorunların, şeklî hukukta aşılmasının güçlüğüne ortaya koymaktadır.

3. Nitekim mehzaz İsviçre Kanunu'nda da gerçekleştirilen reform ile mevcut modelin zıttı yönünde olan boşanmada kusur ilkesinden *tamamen* vazgeçilerek eşler arasında işbirliği ve anlaşmanın sağlanması, İsviçre kanunkoyucusunun temel tercihi olmuştur. İsviçre kanunkoyucusunu bu noktaya getiren ana etken ise, İsviçre'de 2000 yılında yapılan reformdan önce özellikle son çeyrekte boşanma davalarının, kusur ilkesi sebebiyle çok fazla çatışma ile dolması gösterilmektedir¹⁷³. Zira aile uyuşmazlıkları ve özellikle boşanma davaları zaten her zaman, duyguların mevcut anlaşmazlıkları abartabildiği hissi ve kişisel ilişkiler içerir veya anlaşmazlıkların gerçek niteliğini gizlerken¹⁷⁴, bir de eşlere karşı tarafın kusurunu ispat yükümlülüğü getirilmesi hem boşanma davalarında tansiyonu çok yükseltmekte hem de belki gerçekte olmayan veya abartıldığı kadar olmayan vakıaları ispat etme konusunda güçlükler yaratmaktadır. Dolayısıyla İsviçre'de kusura dayalı boşanma sisteminin terkedilmesinde, kusurun eşler arasında ispatının son derece güç olması; boşanma sebeplerinde kusura yer verilmesinin, boşanma davasında eşler arasındaki tansiyonu yükseltmek ve varsa çocuklara zarar vermek dışında gerçek bir fonksiyonunun kalmamış olması; evliliği sona erdirme iradesinde bulunan kişiler için artık kimin kusurlu olduğunun bir öneminin kalmaması, önemli olanın boşanma hükmü ile mahkemenin zayıf konumda bulunan eşin zarar görmemesinin sağlanması

¹⁷³ Özdemir, s. 39.

¹⁷⁴ Bu konuda bkz. Özbek, s. 82.

gerektiği sayılmaktadır¹⁷⁵. Kusur ilkesinin terkedilişi, Almanya’da da benzer kadere sahip olmuştur.

4. Boşanma davalarında kusurun temel şart yapılması, maddî hukuk alanında da, evliliğin sevgi temeli üzerine inşa edilmesi gerçeği ile örtüşmemesi yönünden de eleştirilmektedir. Nitekim Yargıtay içtihatlarında da, eşlerin birbirini sevmemesi bir boşanma sebebi olarak kabul görmemekte; eşler, birbirine sevgisiz kaldığını tanık ifadeleri ile ispat etseler dahi, mahkemeler boşanmaya hükmetmemektedirler¹⁷⁶. Bu durum ise, toplumun temel çekirdeği olan ailenin sevgi ve saygı esası üzerine kurulu olması gereği özelliğini de toplumsal açıdan dejenere edebilecek niteliktedir.

5. Konunun maddî hukuk boyutundaki tartışmalar da bir yana, kusura dayalı boşanma sisteminin hukuk yargılamasında yarattığı ihlâl ve güçlükler bu kadarla da sınırlı değildir. Özellikle son yarım yüzyıldır temel haklar konusunda yaşanan gelişmelerden medenî yargılama hukuku da nasibini almış ve bugün hem temel hakların hem de yargısal temel hakların yargısal prosedürde uygulanması konusunda herhangi bir tereddüt yaşanmamaktadır. Temel haklara saygı sadece hukuk sisteminde yargılamanın veya uyumsuzluğun taraflarını etkileyen bir unsur değildir. Temel haklara saygı, topyekünde hukuk sisteminde hukukî güvenliğin sağlanması, hukukî barışın tesisi için gerekli olan altyapıyı kurar. Bu anlamda bir taraftan ceza kanunları ile özel hayata müdahaleyi *-hukuk politikasının bir sonucu olarak-* suç addetmek; ancak boşanma davalarında, bu müdahaleye ölçüsüzce izin vermek, bu anlamda hukukî güvenliği de zedeler.

6. Yargısal temel haklar perspektifinden bakıldığında da, kişilere kusura dayalı boşanma sebebini ispat etme yükümlülüğünün temel haklar konusunda yaşanan gelişmelere rağmen hâlen hukuk sisteminde korunması kanaatimizce doğru değildir. Kusura dayanan boşanma sebebini ispatının güçlüğü ve imkânsızlığı bir yana; kişilerin insan onuruna yakışan bir şekilde iddia, somutlaştırma ve ispat faaliyeti yapma hakkı bulunur. *Gilles* tarafından haklı olarak dikkat çekildiği üzere, bugün medenî yargılama hukuku

¹⁷⁵ Bu konuda bkz. **Özdemir**, s. 37-38.

¹⁷⁶ **Odendahl**, s. 651.

ile Anayasa arasında ilişki kurulurken sadece doğal hâkim güvencesi, hak arama özgürlüğü gibi kavramlar akla gelmemekte; aynı zamanda yargılama prosedürlerinde insan onurunun korunması da aranmaktadır¹⁷⁷. Hayatlarının belirli bir döneminde aynı yastığa başkoymuş eşler, evlilik birliğini sonlandırmak veya boşanma neticesinde lehine tazminat hükmedilebilmesi için karşı tarafın kusurlarını ispat yükümlülüğü altında bırakılmamalıdır. Zira genel bir ifade ile ispat hakkı, yargılamanın taraflarına sadece hukuka uygun bir şekilde yargılama sürecinde açıklamada bulunma imkânı tanımaz; aynı zamanda insan onuruna yakışır bir şekilde iddia, savunma ve ispat faaliyetini gerçekleştirme imkânı tanır. Nitekim karşılaştırmalı hukuklarda da, belirli yargısal işlemlerin ileri sürülmesi ve araştırılması, kişilik hakkı veya özel hayatı aşırı derecede ihlâl edebileceğinden veya tehlikeye düşürebileceğinden, kanunlar bazı maddî hukuka ilişkin talepleri önceden reddetmiştir¹⁷⁸.

7. Birçok bilimsel araştırmanın gösterdiği olgu, boşanma sürecinde eşler arasındaki işbirliğinin, uyuşmazlığın en akılcı biçimde çözülmesinde ve en az travma ile atlatılabilesinde en önemli unsur olduğu yönündedir¹⁷⁹. Zira ancak bu şekilde gerçekleştirilmiş bir boşanma süreci çocukların gelişimini olumlu anlamda sağlayabilecek; böylece çocukların sağlıklı iletişim kuran ebeveynler tarafından korunması, sağlıklı ve sınırları çizilmiş ilişkiler içerisinde büyümeleri sağlanabilecektir. Bu nedenle de boşanma hukukunun görevinin, “uyuşmazlıkları çekmek değil, tersine tarafların ve çocukların mümkün olduğunca iyi bir şekilde yeni bir yaşama geçmelerinin sağlanması”

¹⁷⁷ Gilles (Çev. Pekcanitez), s. 10.

¹⁷⁸ Gilles (Çev. Pekcanitez), s. 15-16. Örneğin Almanya’da aile hukuku alanında eşlerin karşılıklı yükümlülükleri hakkında eşlerin ortak yaşamın tanzimini dava etmeleri, sadakatsizlik nedeniyle diğer eşin ikaz edilmesi, yükümlülüğün hatırlatılması veya buna uygun olarak verilen kararın cibrî icra yoluyla talebi yasaklanmıştır (bu konuda bkz. Gilles (Çev. Pekcanitez), s. 16).

¹⁷⁹ Özbek, s. 78-79; Özdemir, s. 39. Ayrılık ve boşanma davalarıyla zarar gören ailelerdeki anlaşmazlıkların azaltılmasının ve iletişimin iyileştirilmesinin, sosyal ve psikolojik masrafların azaltılmasında, fiziksel ve zihinsel sağlığın iyileştirilmesinde ve çalışma ve okul hayatındaki başarının artırılmasında çok faydalı olduğu, genel olarak kabul edilmektedir. Buna karşılık, çözülemeyen uyuşmazlıklar şiddetli strese ve bu durum da, ayrılmış ailelerin, gençlerin, yeniden yapılan evliliklerin ve aile hayatının huzurunun bozulmasına veya tehdit edilmesine yol açabilir (Özbek, s. 79).

olması gerektiği belirtilmektedir¹⁸⁰. Bu anlamda Türk hukukunda özellikle aile mahkemelerinde bir yandan hâkime, tarafları barışçıl yöntemler çerçevesinde ayrılmamaları konusunda uzlaşma sağlama yükümlülüğü yüklemek¹⁸¹ ancak diğer yandan da anlaşamayan çiftlere boşanma sürecinde birbirlerinin kusurlarını acımasızca ispat etme yükü getirmek birbiri ile örtüşmeyen ve hatta zıt düşen iki olgudur. Zira bugün geçerli olan kusura dayalı boşanma modelimiz, boşanma davasında bir eşin diğer eşin kusurunu ispat ettiği oranda lehine hak çıkardığı bir süreci ifade eder. Bu durumda ispat ve tahkikat aşamasında, taraflardan acımasızca karşı tarafın kusurunu ispat etmesini istemek; ancak bu süreçten hemen önce de, eşleri medenî ve uzlaşmacı bir şekilde anlaşmazlıklarını çözmeye davet etmek, kanaatimizce kendi içerisinde tutarlı değildir. Nitekim Anayasa'nın Başlangıç hükümlerine göre de yargılamayla ilgili herkesin “medeniyet ve hukuk düzeni içinde onurlu bir hayat sürdürme ve maddî ve manevî varlığını bu yönde geliştirme hakkı” bulunur. Hukuk kurallarının ise, hukuk sisteminin bütünü içerisinde tutarlı olması; bütün hukukî kuralların sistemi kuran diğer kurallar ile ahenk içerisinde olması beklenir. Ancak görülmektedir ki, bugün kusura dayalı boşanma sisteminin ürünü olan boşanma yargılamaları, anlaşmazlıkların barışçıl yöntemler çerçevesinde çözülmesinden, ispat güçlükleri ve temel hak ihlallerine kadar pek çok noktada medenî yargılama sistemimizin sınırlarını zorlamaktadır.

8. Geleneksel ve muhafazakâr bir hukuk politikasının ürünü olarak boşanma davalarında mahkemenin olağanüstü kontrol ve sonuç hakkında taraf iradelerini aşan şekilde yetki sahibi olması, bugün hukuk uygulamamızda mahkemeleri toplumun en küçük birimi olan aileyi korumak adına boşanmaya karar vermek konusunda son derece muhafazakâr hâle getirdiğini ifade etmek yanlış olmayacaktır¹⁸². Esasında bu düşünce yapısı ve özellikle

¹⁸⁰ **Özdemir**, s. 39.

¹⁸¹ Bkz. 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanun m. 7/1.

¹⁸² Boşanma davalarının bu durumu, boşanma davalarının mutlak şekilde kamu düzenine ilişkin olduğu konusundaki geleneksel anlayışın ürünüdür (bu konuda bkz. **Tutumlu**, C. I, s. 154). Bununla birlikte bu geleneksel anlayış çerçevesinde ailenin devletçe korunması gereğinin sosyolojik ve bireysel haklı nedenleri konusunda bkz. **Belgesay**, s. 217-218.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin, boşanma davalarında hâkimin konumunu "Boşanma davaları kamu düzenini ilgilendirdiğinden Hakime geniş takdir hakkı tanınmıştır. Tarafların bu dava üzerinde serbestçe hareket etme imkanı yoktur. Hakim evlenme sözleşmesiyle oluşan hukuki durumu mümkün olduğu ölçüde korumakla yükümlüdür." (2. HD, 7.4.2003, 3845/5047; Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası) şeklinde ifade etmesi, Türk hukukunda boşanma konusundaki geleneksel anlayışı yansıtmaktadır.

Bu konuda Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin görüşü, çalışmamızda da ele aldığımız üzere boşanma davalarında hâkimin yüksek bir kanaat ölçüsünün edinmesi, bu anlamda hâkime geniş bir takdir yetkisinin tanındığı yönündedir. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin bu yöndeki içtihadı kökleşmiştir. Örnek olarak bkz. 2. HD, 26.12.2007, 3671/17833; 2. HD, 3.2.2003, 160/1427; 2. HD, 26.9.2002, 9815/10724; 2. HD, 16.9.2002, 9063/10085; 2. HD, 2.4.2001, 3563/4976; 2. HD, 24.9.1999, 7415/9614; 2. HD, 25.6.1996, 5183/7153 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası).

Başka bir örnek bir karar için bkz. "Boşanma davaları kamu düzenini ilgilendirdiğinden hakime geniş takdir hakkı tanınmıştır. Tarafların bu dava üzerinde serbestçe hareket etme imkanı yoktur. Hakim evlenme sözleşmesiyle oluşan hukuki durumu mümkün olduğu ölçüde korumakla yükümlüdür. Toplumun en küçük birimini oluşturan ailenin korunması ön planda tutulur. Ancak evliliğin devamı toplumun düzenini zedeler hale gelmiş, toplum için sorun oluşturmaya başlamış ve evlilik, sosyal ve ahlaki yönden çökmüş ise, bu durumda evliliğin korunmasında gerek karı koca ve gerekse çocuklar yönünden bir yarar kalmamış demektir. Hakimin böyle bir evliliği sona erdirmesi en uygun çözüm olacaktır./Hakim belirtilen ilkeleri irdelemek bunlar hakkında yeterli bilgi toplamak evlilik birliğinin gerçekten onarılmaz şekilde kökünden sarsılıp sarsılmadığı hakkında bilgi ve kanaat sahibi olmak zorundadır. Sağlıklı bir sonuca ulaşılması olayların yeri, zamanı, ne şekilde olduğu, kimin davranışının öncelikli olduğu, karşı tarafın söz ve davranışlarının art niyetsiz bir tepki, bir öfke sonucu olup olmadığının bilinmesine bağlıdır./O halde tanıklardan olaylar hakkında ne şekilde bilgi sahibi olduklarını, taraflarla olan ilişkilerinin derecesini, olayın geçtiği yer ve zamanını, olayların ne şekilde ve nasıl başladığını, bu olaylardan sonra tarafların bir birbirlerine karşı olan tutum ve davranışlarının ne şekilde geliştiğini, somut olayın karı koca arasında alışkanlık haline gelmiş bir davranışın veya sözün gereği mi, yoksa belirli bir amaca yönelmiş olarak mı söylendiği veya oluştuğu ve benzer konular etraflıca sorulmalıdır." 2. HD, 15.10.2001, 12731/13868 (Tutumlu, C. I, s. 155-156). Ancak sonradan Hukuk Genel Kurulu'na direnme yolu ile giden bu davada Hukuk Genel Kurulu "Özel Daire bozma kararında yer alan 'boşanma davaları kamu düzenini ilgilendirdiğinden hakime geniş takdir hakkı tanınmıştır' ifadesi karar metninden çıkarılmak suretiyle Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır." şeklinde görüş bildirerek, boşanma davalarında mahkemenin geniş takdir yetkisi olması gerektiği konusundaki Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin görüşünü hukuka aykırı bulmuştur. Bu karar için bkz. HGK, 9.7.2003, 2-246/482 (Tutumlu, C. I, s. 155-156).

bu yetkilerle kadının boşanma sürecinde korunması düşüncesi, mehz İsviçre hukukuna da hâkim olan bir ilke idi. Ancak bugün gerek kadının hukuk düzenince bu şekilde gerçek anlamda korunamadığı gerçeği karşısında gerekse ferdîyetçi görüşün hukuk sistemlerine hâkimiyetini kurmuş olması, karşı tarafın rızası veya kusuru olmaksızın da çiftlerin boşanmalarına imkân tanımaktadır. Ayrıca boşanmayı zorlaştırmak ve özellikle kusura dayalı boşanma sebeplerinin ispatında kanaat ölçüsünü yükseltmek, ayrılmayı aklına koyan çiftleri, anlaşmalı boşanma yoluna başvurmaya ve bu yolda da bu sefer yalancı tanıklar bulmaya sevk etmektedir. Zira bugün anlaşmalı boşanma hukukî sebebinde de, eşler ayrılma konusunda uzlaşsalar dahi, hâkimin çiftlerin arasında geçimsizlik olduğu konusunda kanaat edinmesi ve dolayısıyla hâkimin ikna edilmesi gerekir¹⁸³. Bu durum ise, yine tarafları insan onuruna aykırı şekilde, yalancı tanıklar ‘ayarlamak’ suretiyle ispat faaliyetini sürdürmek zorunda bırakmaktadır.

9. Yine boşanma modelinde kusurun ispatının aranması, yargılama ekonomisi anlamında da adalet mekanizmasına ciddi bir zarar verebilecek niteliktedir. Taraflardan kusurun ispatı için delil sunmalarını beklemek, bu ispat faaliyeti için yüksek ikna ölçüsü belirlemek tarafları çok masrafsız ve basit usûlle ayrılma imkânları varken, çoğu zaman ispatı son derece güç, bazı durumlarda da imkânsız olan vakıaları ispatlama konusunda çaresiz bir çaba içerisine sokmaktadır. Bunun için çok defa tanıklar dinlenmekte, bazı durumlarda *-örneğin karşı tarafın hasta olduğunun, cinsel açıdan iktidarsız olduğunun, çocuk sahibi olamayacak olduğunun tespiti için-* bilirkişilere başvurulmakta, defalarca duruşma yapılmaktadır. Bu anlamda bu durumun usûl ekonomisi açısından yarattığı sorunlar, ayrı bir problemdir.

10. Boşanma davalarında kusura ilişkin ispat faaliyetinin konusu olan bilgi kaynakları ile ispat araçlarını boşanma yargılamasının hâricinde düşün-

¹⁸³ Oysa anlaşmalı boşanmanın, eşler uzlaştıkları için bir çekişmesiz yargı işi olduğu öğretilde kabul edilmektedir (*bu konuda bkz. Budak, s. 282; Özdemir, s. 117; Tutumlu, C. II, s. 1066. Aksi yönde görüş ve bu konudaki tartışmaların değerlendirilmesi konusunda bkz. Kadioğlu, s. 90-91*). Bu durumda taraflar arasında anlaşmazlık çıkıp boşanma talebi çekişmeli yargı işine dönüşmedikçe, hâkimin anlaşmalı boşanmaya sebebiyet veren geçimsizliğin boşanmaya yol açıp açmayacağını denetleyememesi gerektiği kanaatindeyiz.

düğümüzde, bütün bunların esasında kişilerin kişiliğine sıkı sıkıya bağlı unsurlar olduğu göz ardı edilmemelidir. Boşanma davasının hâricinde kişileri takip etmek için dedektif tutmak; ne yaptığını belgelemek adına ses veya görüntü kaydını almak; kişilerin özel mektuplarını, günlüklerini, bilgisayar kayıtlarını veya cep telefonu mesajlarını ele geçirmek; başlarına gelen rahatsızlıkları belgelemek adına rapor alınmasını istemek gibi olgular, mutlak olarak kişilerin özel hayatına ve Anayasa'da korunan pek çok temel hakkına haksız müdahale teşkil eder. Boşanma yargılamalarında alenîyetin kaldırılması da bu anlamda çözüm için yeterli değildir. Zira burada önemli olan sadece bu özel bilgilerin, mahkeme huzuruna ve üçüncü kişilerin de dâhil olduğu bir alana saçılması değil; tarafların, insan onuruna aykırı veya Anayasa'nın temel haklarını ihlâl edecek şekilde ispat faaliyeti yapma yükümlülüğü altında bırakılmasıdır. Bugün gelişmiş hukuk sistemlerindeki temel düşünce yapısı, evliliği sonlandırma olgusunun, bu kadar temel hakkın ihlâline göz yumacak kadar kamusal bir menfaat barındırmadığı; boşanmanın tüm sonuçları açısından tam anlamıyla olmasa da, ayrılığın sadece eşleri ilgilendiren bir karar olması yönündedir. Bu noktada önemle bir parantez açarak belirtmek isteriz ki-açıklamalarımızda da yer verdiğimiz üzere-, özellikle velâyet davaları bu gerekliliğin istisnası olarak değerlendirilebilir; zira devlet, boşanma davalarında tarafsız bir şekilde çocuğun haklarının korunmasından ve güvence altına alınmasından sorumlu olduğundan (Ay m. 41), bu ilkeler aynı hassasiyet ile velâyet davalarında uygulanmayabilecektir. Bu anlamda boşanma davalarında insan onuruna aykırı olabilecek ve ispatı için elde edilecek bulguların hukuka aykırı delil olarak nitelendirilmesi mümkün olsa da, bu deliller ölçülülük ilkesinin izin verdiği ölçüde velâyet davalarında delil olarak kullanılabilir. Örneğin kadının veya erkeğin çocuğun gelişimini olumsuz etkileyecek şekilde, haysiyetsiz hayat sürdüğünün ispat edilmesi ile bunun için örneğin tanık ifadelerine başvurulması, barındırdığı kamusal menfaat sebebiyle temel haklara müdahale olarak değerlendirilemeyecektir.

Bütün bu belirttiğimiz gerekçeler çerçevesinde medenî hukuk öğretisinde ifade edildiği üzere, -temel haklara dayalı hukuk devletlerinde yaşanan gelişmelere paralel şekilde- Türk hukuk sisteminde de kusura dayalı boşanma sisteminin tekrar gözden geçirilmesi ve hatta tamamen sistemin dışına çıkarılması, medenî yargılama hukuku esasları çerçevesinden de zorunludur.

Kişilerin temel haklara uygun ve insan onuruna yakışır şekilde ispat faaliyetini gerçekleştirebilmesi için ve aynı zamanda karşı tarafın boşanmada kusurunu ispat etmek gibi son derece güç bir ispat faaliyeti içerisine sürüklenmemesi için, bugün boşanma sebeplerinin özellikle ispat hukuku karşısında tekrar gözden geçirilmesi; bu yapılırken de özellikle mehz İsviçre hukuku başta olmak üzere karşılaştırmalı hukukta boşanma davası yargılamasının temel prensip ve kurallarının dikkate alınması gerekir¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Son olarak belirtmek isteriz ki, Türk boşanma yargılamasının karşılaştırmalı hukukta ve Avrupa Birliği hukukunda yaşanan gelişmeler çerçevesinde gözden geçirilmesi başka noktalardan da önem arz eder. Özellikle Avrupa Birliği'nde serbest dolaşım hakkının Avrupa Birliği vatandaşlarına tanınmasıyla birlikte evliliklerin de uluslararası yönü büyük bir artış göstermiş; bu sebeple aile hukukunun -ve bu arada boşanma ile ayrılık rejiminin- hukuk sistemleri arasında yeknesaklaştırılması ayrı bir önem kazanmıştır (**Baarsma**, s. 2-3; **Yılmaz**, s. 85 vd.). Küreselleşmenin ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihat hukukunun birleştirici etkisi de eklendiğinde günümüzde konunun uluslararası ve karşılaştırmalı hukuk sistemleri ile uyum sağlaması ayrı bir öneme sahip olmuştur (**Baarsma**, s. 245, 263 vd.).

Ayrıca Avrupa'da bu konuda somut gelişmeler de kaydedilmektedir ve bu gelişmeler içerisinde 2004 yılında hazırlanmış olan "Boşanma ve Eski Eşler Arasındaki Nafakaya İlişkin Avrupa Aile Hukuku İlkeleri" önemlidir. Bu İlkeler içerisinde de, kusura boşanma sistemi içerisinde hiç yer verilmemiş; boşanma sebepleri olarak da sadece (i) karşılıklı anlaşma ile boşanma ve (ii) eşlerden birinin rızası olmaksızın boşanma imkânlarına yer verilmiştir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. **Yılmaz**, s. 91 vd.

Kaynakça

- Akgündüz, A.;** Türk Hukuk Tarihi, Osmanlı Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2011.
- Akil, C.;** *Yargıtay Kararları Işığında Medeni Yargılama Hukukunda Hukuka Aykırı Biçimde Elde Edilmiş Delillerin Değerlendirilip Değerlendirilemeyeceği Meselesi*, AÜHFD [2012], C. 61, S. 4, s. 1223-1270.
- Akyol, F.;** Boşanmada Manevi Tazminat (Yayımlanmamış YL Tezi, Erzincan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Erzincan 2013.
- Akyürek, G.;** *Ceza Yargılamasında Hukuka Aykırı Delillerin Değerlendirilmesi Sorunu*, TBB Dergisi [2012], S. 101, s. 61-82.
- Alangoya, Y./Yıldırım, K./Deren-Yıldırım, N.;** Medenî Usul Hukuku Esasları, 7. Bası, Beta 2009.
- Aras, B.;** Boşanma Davalarında Yargılama Usûlü ve Aile Mahkemeleri, Adalet Yayınevi 2011.
- Aras, B.;** Roma Hukukundan Günümüze Boşanma Davalarında Yargılama Usûlü (Yayımlanmamış YL Tezi), Ankara 2005. (*Roma Hukuku*)
- Arslan Öncü, G.;** Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı, Beta Yayınları 2011.
- Arslandoğan Kurşuncu, B.;** Boşanma Davalarında Yargılama Usûlü (Yayımlanmamış YL Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2007.
- Artuk, M. E./Gökçen, A./Yenidünya, A. C.;** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 14. Baskı, Ankara 2014.
- Ateş, M.;** HMK Yargıtay İlke Kararları, 2. Bası, Cilt II, Yetkin Yayınları 2014. (*Şerh*)
- Ateş, M.;** *Hukuk Yargılamasında ve Özellikle Boşanma Davalarında Hukuka Aykırı Deliller*, Terazi Hukuk Dergisi [Şubat 2008], S. 18, s. 89-105.
- Aydın, Â.;** Türk Hukuk Tarihi, Beta 2010.

- Baarsma, N. A.;** The Europeanisation of International Family Law, Springer 2011.
- Başpınar, M.;** Boşanmanın Mali Sonuçları ve Özellikle Maddi ve Manevi Tazminat (Yayımlanmamış YL Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2008.
- Baumgärtel, G.;** *Ausprägung der prozessualen Grundprinzipien der Waffengleichheit und der fairen Prozeßführung im zivilprozessualen Beweisrecht*, in: Festschrift Franz Matscher zum 65. Geburtstag, Verfahrensgarantien im nationalen und internationalen Prozessrecht, Wien 1993, s. 29-39. (*Waffengleichheit*)
- Baumgärtel, G.;** *Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess*, Festschrift für Ulrich Klug zum 70. Geburtstag, Band II, Dr. Peter Deubner Verlag 1983, s. 477-492.
- Baygın, C.;** Soybağı Hukuku, Oniki Levha 2010.
- Berkin, N.;** Tatbikatçılara Medeni Usul Hukuku Rehberi, İstanbul 1980.
- Belgesay, M. R.;** *Aile Hayatı ve Boşanma ve Kaziyeli Muhkemeye İtiraz*, Ahmet Esat Arsebük'ün Aziz Hâtırasına Armağan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayımı 1958, s. 215-270.
- Bolayır, N.;** Hukuk Yargılamasında Delillerin Toplanmasında Tarafların ve Hâkimin Rolü, Vedat Kitapçılık 2014.
- Budak, A. C.;** *Prof. Dr. Baki Kuru'nun "Nizasız Kaza" İsimli Eserinden Beri Çekişmesiz Yargı Alanında Meydana Gelen Başlıca Değişiklikler*, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 273-303.
- Burcuoğlu, H.;** *Alman Hukukunda Yeni Boşanma Sistemi ve Bu Sistem Işığında Türk Boşanma Hukukuna İlişkin Bazı Öneriler*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası (1982-1983), C. 48, S. 1-4, s. 113-140.
- Cansel, E.;** *Boşanmanın Dayandığı Esaslar*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1977, Cilt II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 407, 1977, s. 67-112.

- Centel, N./Zafer, H.;** Ceza Muhakemesi Hukuku, 11. Bası, Beta 2014.
- Cin, H.;** Eski Hukukumuzda Boşanma, 2. Baskı, Konya 1988.
- Cin, H./Akyılmaz, G.;** Türk Hukuk Tarihi, Konya 2011.
- Çınar, A. R.;** *Hukuka Aykırı Kanıtlar*, TBBD, 2004/55, s. 31-64.
- Demirhan, B.;** İslam ve Türk Hukukunda Kazâî Boşanma Sebepleri (Yayımlanmamış YL Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2013.
- Eren, F.;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 10. Bası, İstanbul 2008.
- Ersoy, A.;** Aile Hukukumuzda Boşanma Sebebi Olarak Pek Kötü veya Ağır Derecede Onur Kırıcı Davranış (Yayımlanmamış YL Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2010.
- Feyzioğlu, F. N.;** Aile Hukuku, 3. Baskı, Filiz Kitabevi 1986.
- Fink, A.;** Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, 1994 Köln.
- Frier, B. W./McGinn, T. A. J.;** A Casebook on Roman Family Law, Oxford University Press 2004.
- Gilles, P. [Çev.: Pekcanitez, H.];** *Yargı Faaliyetinde Kişiliğin ve Kişilik Alanının Korunması*, İzmir Barosu Dergisi, Ocak 1996, Y. 61, s. 9-28.
- Güneşlioğlu, F.;** Boşanma ve Boşanmanın Hukukî Sonuçları, (Yayımlanmamış YL Tezi, Bahçeşehir Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2009.
- Gürdoğan, B.;** *Boşanma Davalarına İlişkin Usûl Hükümleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1977, Cilt II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 407, 1977, s. 205-218.
- Gürsoy, K. T.;** *Boşanma Hukukunun Tarihi Gelişimine Genel Bir Bakış ve Boşanma Sebeplerinde En Yeni Eğilimler*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1977, Cilt II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 407, 1977, s. 1-45.

- Habscheid, J. W.;** *Das Persönlichkeitsrecht als Schranke der Wahrheitsfindung im Prozessrecht*, Gedächtnisschrift für Hans Peters, Springer Verlag 1967, s. 840-874. (*Persönlichkeitsrecht*)
- Habscheid, J. W.;** *Beweisverbot bei illegal, insbes. Unter Verletzung des Persönlichkeitsrechts, erlangten Beweismitteln*, Gedächtnisschrift für Peter Arens, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München 1993, s. 187-200.
- Hatemi, H.;** Aile Hukuku I, Evlilik Hukuku, Vedat Kitapçılık 2005.
- Helvacı, S.;** *İsviçre ve Türk Hukukunda Boşanma Sebepleri*, Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, 2. Cilt, İstanbul 2002, s. 1151-1169.
- Honsell, H./Vogt, N. P./Geiser, T. (Hrsg.);** Zivilgesetzbuch I, Art. 1-456 ZGB, Basler Kommentar, 2. Auflage, Helbing & Lichtenhahn 2002.
- Kadioğlu, N.;** Aile Mahkemelerinde Yargılama Usûlü (Yayımlanmamış YL Tezi, İstanbul Bilgi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2007.
- Karlı, A.;** Medeni Muhakeme Hukuku, 3. Baskı, İstanbul 2012.
- Kaya, M.;** *Telekomunikasyon Alanında Kişilik Haklarının Korunması*, Ankara Barosu Dergisi 2010/4, Y. 68, s. 279-334.
- Kaygısız, M./Sever, H.;** Dünyada Türkiyede Uygulamada Dedektif Sizsiniz, Seçkin 2014.
- Kılıçoğlu, E.;** Medeni Yargılamada Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Delillerin Kullanılması (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İstanbul 2011.
- Kılıçoğlu, E.;** *Gizli Babalık Testlerinin Soybağının Reddi Davasına Etkileri ve Bu Bağlamda Alman Hukukunda Hukuki Babanın Biyolojik Babalığının Açıklığa Kavuşturulması Talebinin Tanınması -Yargılama Hukuku Perspektifinden Bir Bakış-*, MÜHF Hukuk Araştırmaları Dergisi, C. 16 S. 3-4, 2010, s. 279-307. (*Babalık testleri*)
- Koca, M.;** *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Delilleri Değerlendirme Yasağı*, AÜHFD (2000), C. IV, S. 1-2, s. 105-146.
- Kodek, G. E.;** *Even if you steal it, it would be admissible - Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess*, in: *Recht ohne Grenzen*,

Festschrift für Athanassios Kaissis zum 65. Geburtstag, Sellier European Law Publishers 2012, s. 523-549.

Kodek, G. E.; Rechtswidrig erlangte Beweismittel im Zivilprozess, Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung, Wien 1987. (1987)

Köprülü, B./Kaneti, S.; Aile Hukuku, İstanbul 1985/1986.

Odendahl, H.; *Boşanma ve Boşanmada Kusur Meselesi Üzerine Düşünceler*, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 643-657.

Odendahl, H./Uslu, B.; *Alman Boşanma ve Nafaka Hukuku Mevzuatı*, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, Ankara 2010, C. II, s. 1499-1512.

Oğuzman, K./Dural, M.; Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 1998.

Özbek, M.; *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Aile Arabuluculuğu Konulu Tavsiye Kararı*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 7, S. 2, s. 71-102.

Özbek, V. Ö./Kanbur, N./Doğan, K./Bacaksız, P./Tepe, İ.; Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7. Baskı, Seçkin 2014.

Özbek, V. Ö./Kanbur, N./Doğan, K./Bacaksız, P./Tepe, İ.; Ceza Muhakemesi Hukuku, 6. Baskı, Seçkin 2014. (*Ceza Muhakemesi*)

Özbudun, E.; *Anayasa Hukuku Bakımından Özel Haberleşmenin Gizliliği*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1975, C. I, Ankara 1977, s. 265-295.

Özdemir, H.; *Haberleşmenin Gizliliği ve Kişisel Veriler*, Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2009, C. XIII, S. 1-2, s. 285-303. (*Özdemir, H.*)

Özdemir, N.; Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, Beta 2003.

Özden, S.; Boşanma Sebepleri Bakımından Aile İçi Şiddet (Yayımlanmamış YL Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), İstanbul 2010.

Özekes, M.; Medeni Usul Hukukunda Hukuki Dinlenilme Hakkı, Yetkin Yayınları 2003.

Öztan, B.; Aile Hukuku, 5. Bası, Turhan Kitabevi 2004.

- Öztan, B.;** *Türk Medenî Kanunu'na Göre Evliliği Sona Erdiren Sebepler, Özellikle Boşanma*, Prof. Dr. Turgut Kaplısüz'e Armağan, Ankara 2003, s. 713-728. (*Boşanma*)
- Öztunç, Ö.;** *Ceza Muhakemesinde Hukuka Aykırı Deliller (Yayımlanmamış Doktora Tezi)*, İstanbul 2010.
- Öztürk, B. (Edt.);** *Ceza Muhakemesi Hukuku*, 8. Baskı, Seçkin 2014.
- Öztürk, Ö.;** *Genel Boşanma Sebepleri (Yayımlanmamış YL Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü)*, İstanbul 2010.
- Palandt,** *Bürgerliches Gesetzbuch*, 70. Auflage, Verlag C.H. Beck München 2011.
- Pekcanitez, H.;** *Medeni Usul Hukukunda Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Değerlendirilmesi*, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 2, Ankara 2009, s. 789-850.
- Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.;** *Medenî Usûl Hukuku*, 14. Bası, Ankara 2013.
- Petek, H.;** *Terke Dayalı Boşanmada Manevî Tazminat*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2010, C. 12, S. 2, s. 43-78.
- Peters, E.;** *Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise und Beweismittel im Zivilprozess*, ZZP 76 (1963), s. 145-188.
- Reichenbach, S. B.;** *Zivilprozessuale Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Informationen am Beispiel heimlicher Vaterschaftstests*, AcP 206 (2006), s. 598-623.
- Schwab, K. H.;** *Unzulässigkeit von Beweismitteln bei Verletzung des Persönlichkeitsrechts*, Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag, Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen, Frankfurt am Main 1985, s. 421-434.
- Serin Of, E.;** *Boşanmanın Malî Sonuçları (Yayımlanmamış YL Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü)*, Konya 2008.
- Serozan, R.;** *Soybağı Hukuku Üzerine Çeşitlemeler*, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 759-777. (*Soybağı*)
- Serozan, R.;** *Çocuk Hukuku*, 2. Bası, Vedat Kitapçılık 2005.

- Sert, S.;** *İnternet Yoluyla Elde Edilen Kişisel Verilerin Genel Boşanma Sebepleri Arasında Değerlendirilmesi Meselesi*, TBBD 2015, S. 116, s. 275-292.
- Soyaslan, D.;** Ceza Hukuku Özel Hükümler, 10. Baskı, Ankara 2014.
- Soyaslan, D.;** *Ceza Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller*, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 3-4, Erzincan 2003, Cumhuriyetin Sekseninci Kuruluş Yılına Armağan, s. 9-22.
- Şen, E.;** Türk Ceza Yargılaması Hukukunda Hukuka Aykırı Deliller, İstanbul 1998.
- Tanrıver, S.;** *Türk Medeni Usul Hukuku Bağlamında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin Durumunun İrdelenmesi*, TBBD 2006, S. 65, s. 368-377.
- Tekinay, S. S.;** Türk Aile Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1982.
- Topçuoğlu, H.;** *Çeşitli Toplum ve Kültür Tipleri ve Boşanma Nedenleri*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi 50. Yıl Armağanı 1925-1977, Cilt II, Boşanma Hukuku Haftası, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları No. 407, 1977, s. 47-66.
- Tresenreuter, P.;** Die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweismittel im Zivilprozess, Verlag Dr. Kovac 2006.
- Tunç Türköl, D.;** Boşanma Davalarında Manevi Tazminat (Yayımlanmamış YL Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü), Ankara 2013.
- Tutumlu, M. A.;** Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, C. I, 2. Baskı, Seçkin 2009. (*Cilt I*)
- Tutumlu, M. A.;** Teorik ve Pratik Boşanma Yargılaması Hukuku, C. II, 2. Baskı, Seçkin 2009. (*Cilt II*)
- Tutumlu, M. A.;** *Hukuk Davasında Hukuka Aykırı Yollardan Elde Edilen Delillerin İspat Değeri*, Prof. Dr. Fırat Öztan'a Armağan, C. II, Ankara 2010, s. 2155-2162.
- Umar, B.;** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Yetkin Yayınları 2011.
- Ünver, Y./Hakeri, H.;** Ceza Muhakemesi Hukuku, Adalet 2014.
- Üstündağ, S.;** Medenî Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000.

Velidedeoğlu, H. V.; Türk Medenî Kanunu, Aile Hukuku, Cilt II, 5. Bası, İstanbul 1965.

Yaşar, O./Gökcan H. T./Artuç, M.; Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu, C. III, Madde 86-146, Adalet Yayınevi 2010.

Yıldırım, M. K.; *Medeni Yargılama Hukukunda İspat Yasakları ve Özellikle Taraflarca Hukuka Aykırı Yoldan Elde Edilmiş Deliller*, Erdoğan Teziç'e Armağan, İstanbul 2007, s. 861-869.

Yılmaz, C.; *Avrupa Birliği'nde Aile Hukuku'nun Uyumlaştırılması*, MÜHF - HAD, C. 14, S. 1-2, s. 85-113.

Yüksel, M.; *Mahremiyet Hakkı ve Sosyo-Tarihsel Gelişimi*, Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, S. 58, C. 1, s. 181-213.

Zeiss, W.; *Verwertung rechtswidrig erlangter Beweismittel*, ZZP 89 (1976), s. 377-399.

http://w3.gazi.edu.tr/~battal/kitaplar/bosanma_sebepleri.pdf; Boşanma Sebepleri, Bilimsel Araştırma Projesi Uygulama Sonuçları (Nihaî Rapor), Proje Yürütücüsü: Ahmet Battal, T.C. Başbakanlık Aile ve Sosyal Araştırmalar Genel Müdürlüğü/Akademik Dayanışma Araştırma ve Geliştirme Vakfı, Ankara 2008.

**^HALMAN FEDERAL MAHKEMESİNİN VERDİĞİ
BİR KARAR IŞIĞINDA DERNEKLERİN
“STATÜLERİ ÇERÇEVESİNDE” AÇTIĞI
TOPLULUK DAVALARI**

*Arş. Gör. Buse DİŞEL**

I. GİRİŞ

6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile düzenlenen topluluk davası (HMK m. 113), hukukumuzda yabancı bir kavram değildir. Kanun yürürlüğe girmeden önce de çeşitli özel düzenlemelerle belirli tüzel kişilere, üyelerinin ya da mensuplarının kolektif menfaatlerini korumak için dava açma yetkisinin tanındığı görülmektedir. Ancak Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen topluluk davası, genel olarak tüm tüzel kişilere dava açma imkânı tanınması bakımından yeni bir düzenlemedir.

Kanun’da topluluk davası açmak için birtakım şartlar öngörülmüştür. Bu şartlardan biri olan, tüzel kişilerin bu davayı “statüleri çerçevesinde” açabileceklerine ilişkin ifade, Türk doktrininde farklı şekillerde yorumlanmıştır. Yargıtay’ın da konuya ilişkin verdiği kararlarından anlaşıldığı üzere, söz konusu ifadeyi, dar yorumlama eğiliminde olduğu ve böylece topluluk davası açma imkânını kısıtladığı gözlemlenmiştir.

Alman hukukunda, hukukumuzdaki topluluk davasına en çok benzeyen dava, birlik davaları (Verbandsklage) olarak adlandırılan davalardır. Çalışmamızda yer verdiğimiz Alman Federal Mahkemesi’nin kararına konu olan olayda da bir dernek, üyelerinin menfaatlerini korumak için birlik davası

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

açmıştır. Federal Mahkeme, derneğin söz konusu davayı açmaktaki menfaatinin tespiti ederken statüsüne uygun davranıp davranmadığını değerlendirmiştir.

Çalışmamızın öncelikli amacı, Alman Federal Mahkemesi'nin davacı derneğin açtığı davada, statüsüne uygun davranıp davranmadığını tespit ederken ortaya koyduğu kriterleri paylaşmak ve kriterler ışığında, bizim hukukumuzdaki topluluk davasında öngörülen “statüleri çerçevesi” ibaresini yorumlamaya çalışmak olacaktır. Federal Mahkeme'nin kararına yansıyan olayın açıkça anlaşılabilmesi için, karar tarafımızca Türkçe'ye çevrilmiş ve metne kararın tamamı dâhil edilmiştir.

Çalışmamızda, esas aldığımız kararı değerlendirmeden önce, hukukumuzdaki topluluk davası ile Alman hukukundaki birlik davaları arasında bağlantı kurabilmek adına, her iki kurum hakkında genel bir açıklama yapılacaktır. Bu açıklamalardan sonra, Türk doktrini ve uygulamasındaki tüzel kişilerin “statüleri çerçevesinde” dava açma şartına ilişkin görüşlere yer verilecek ve bu görüşler değerlendirilecektir. Son olarak da Federal Mahkeme'nin konuya ilişkin kabul ettiği kriterler tespit edilip, Türk hukuku bakımından değerlendirilmeye çalışılacaktır.

II. ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ KARARI

A. Kararın Çevirisi

BGH: Yabancı Bir Hakkın Yerine Getirilmesinde Bir Derneğin Korunan Şahsî Menfaati, NZG 2011, 1305.

Hakkın aranması, bir derneğin üyesinin ticarî menfaatlerinin statüsüne uygun biçimde korunmasıyla örtüşüyorsa kural olarak o derneğin yabancı hakkın yerine getirilmesinde korunmaya değer bir menfaatinin olduğu kabul edilir (BGH'nin kararlarına ek olarak bkz. MDR 1956, 154; ayrıca NJW 1983, 1559). Bunun yanı sıra tek bir üyenin şahsî menfaatiyle sınırlı bir davayla da üyelerin tamamının ya da en azından çoğunluğunun ticarî menfaatlerinin korunması sağlanabilir. (BGH, K. v. 21. 9. 2011-VIII ZR 118/10 (OLG Köln).

Dava Konusu Olay:

Davalı, C-otomobillerinin Alman ithalatçısıdır. Davacı, C-yetkili bayilerinin menfaatlerini müşterek olarak gözetmiştir.

Derneğin görevleri, dernek tüzüğünde aşağıdaki gibi açıklanmıştır:

Madde 2 Derneğin Amacı ve Görevleri

Dernek, C- Sözleşme Partnerleri'nin gönüllülük esasıyla kurdukları bir menfaat birliğidir. Dernek, aşağıdaki görevleri belirlemiştir: “(...) 6. C-Almanya-AŞ'nin sözleşmedeki malların satılmasında ve/veya servis hizmetlerinin yerine getirilmesinde (özellikle pay ve ödemelerde kesinti yapılmasında) üyelerin ticarî gelir elde etme gücünü ihlâl edecek önlemler alması, işlemler yapması ve ihmali bulunması durumunda, derneğin C-Almanya-AŞ [=davalı]’ye karşı üyelerinin çıkarlarını koruması mümkündür. Dernek, üyelerinin menfaatlerini korumaya yönelik genel kurul tarafından karar alınması (m. 5/3, a, 6) durumunda, özellikle hukuk davaları ve rekabet kuruluna itirazlar olmak üzere, gerekli yasal yolların C-Almanya AŞ.’ye karşı uygulanmasını sağlamaya yetkilidir.”

Karar verilmesi için Tüzük'te aşağıdaki kurallar öngörülmüştür: “§ 5 Genel Kurul Toplantısı (...) 3. Genel Kurul toplantısında karar verilir: a) Mevcut oyların basit çoğunluğuyla (...) 6. Tüzük § 2, 6 gereğince, C-Almanya-AŞ'ye karşı, hukuk davaları ve rekabet kuruluna itirazlar dâhil olmak üzere, tüm gerekli yasal yollarla üyelerin menfaatlerinin korunmasına (...)”

1.2.2003 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere, davalı, onunla sözleşme yapan satıcılarla daha önceki sözleşmelerden farklı olarak belirli bir miktarda garanti edilen satıcı indirimini içermeyecek, aksine Nr. III Nr. 2'nin altında Ek 4 olarak “Mukavele Koşulları”na ilişkin aşağıdaki kuralları öngörecektir şekilde formüle edilmiş sözleşmeler akdetmiştir: “Yeni otomobiller için teslim gününde geçerli olan fiyat listesinden alınacak alış fiyatları geçerlidir. C-Almanya-AŞ. [= Davalı], ürünleri ve teslimat ücretleri için yeni fiyatlar tayin etmeye her zaman yetkilidir. C-Almanya-AŞ., sözleşme partnerine yeni fiyatları, söz konusu fiyatların belirlenmesi kararının alınmasından sonra derhal bildirir.”

Davalı tarafından satışa sunulan otomobil ürün yelpazesine, 2001 yılından beri Alman piyasasında bulunan ticarî araç “J IP”, kamyon “Ju I”, ayrıca orta sınıf binek otomobil “C” ve bunların arasına donanım çeşitliliği

olarak “S” katılmıştır. Bu otomobiller için satıcının kârı, 2005 yılından itibaren, “J II” ve “Ju I” modelleri için %14’e, “C S” modeli için ise %11’e çekilmiştir. 2006 yılının Temmuz/Ağustos aylarında, davalı tarafından ticarî araç sınıfındaki “J III” piyasaya sürülmüş ve bu araçla ilgili olarak yetkili bayilere gönderilen fiyat listesinde, bir önceki versiyon “J II” ye kıyasla yüzde iki oranında daha az satıcı kârı gösterilmiştir. Yeni model transporter “Ju II” bakımından da Aralık 2007 tarihli fiyat listelerinde satış farkının benzer şekilde indirildiği kanıtlanmıştır. “CS” modeli için davalı tarafından 18.2.2008’de yetkili bayilere gönderilen fiyat listesinde, önceki modele kıyasla, satıcının kar payı yüzde bir oranında indirilmiştir.

Taraflar arasında yürütülen görüşmelerde oranların yükseltilmesi hakkında herhangi bir anlaşmaya varılmamıştır. Davacı, genel kurul toplantılarında 7.12.2006’dan ve 24.11.2007’den itibaren mevcut üyelerin kararlarıyla “J III” ve “J II” otomobilleriyle ilgili; ayrıca 22.11.2008’den itibaren “CS” binek otomobillerine ilişkin yine mevcut üyelerin aldığı bildirilen kararlar, oranların düşürülmesinin geri alınması sağlamak için gerekli yasal yollara başvurmaya yetkili kılınmıştır. Davacı, ilk derece yargılamasında ileri sürdüğü ve sonradan itiraz edilmeyen iddialarında, söz konusu kararların oy birliği ile alındığını belirtmiştir.

Bu esnada davalı, 31.5.2011 tarihinde bayilik sözleşmelerini feshetmiştir. Davacı, ilk olarak davalının “J III” ve “J II” modelleri için yüzde iki ve “CS” modeli için yüzde bir oranında eksiltme yapma konusunda yetkili olmadığını tespitini talep etmiştir. İlk derece mahkemesi, davayı gerekçe belirtmeksizin reddetmiştir.

Davacı, davalının tüm üyeler hakkında satıcı kar paylarına ilişkin 31.5.2011 tarihine kadar uygulayacağı indirimler bakımından engellenmesi yönündeki talebini istinaf aşamasında değiştirmiştir. İlgili yetkili bayiler hakkında yapılan açıklamalara ilişkin istinaf mahkemesi tarafından dile getirilen kuşular yüzünden, davacı söz konusu men talebini, terditli olarak dokuz üye şirketle sınırlandırmıştır. Söz konusu üyelerin genel müdürleri, davacı derneğin yönetim kurulunda yer almaktadır. İstinaf mahkemesi, usûlî eksiklikten bu talepleri reddetmiştir. Davacı, Senato tarafından kabul edilen sınırlı temyizle, istinaf mahkemesinde ileri sürdüğü terditli talebini sürdürmüştür.

Temyiz talebi kabul edilmiştir.

Gerekçelerin Bir Kısmı:

[9] I. İstinaf mahkemesi (OLG Köln, Urt. v. 9.4.2010-OLGKOELN 20100409 Aktenzeichen 19 U 99/09, BeckRS 2011, BECKRS Jahr 05558), kanun yolu yargılaması için gerekli olduğu kadarıyla, kararının gerekçesini ayrıntılı olarak açıkladı:

[10] Terditli talep usûle aykırıdır. Gerçi davacının istinaf yargılamasında, ZPO § 533 uyarınca, terditli bir talep için yaptığı ıslâhı geçerlidir. Ancak söz konusu terditli talep, iradî dava takip yetkisi için bir talep hakkı bahşetmez. Bir dernek, üyeleri tarafından haklarının ileri sürülmesi için doğrudan yetkili kılınmışsa ve kendi adına dava takip etmesinde korunan bir yararı varsa üyelerinin haklarını, iradî dava takip yetkisi kapsamında ileri sürebilir. Derneğin dava açmaktaki menfaati, üyelerinin ticarî çıkarlarının derneğin statüsüne uygun bir şekilde korunmasına ilişkin ise, davacı derneğin korunmaya değer bir menfaat vardır. Ancak davacı, kendisine dava açmak konusunda yetki veren üyelerinin ticari çıkarlarını statüye uygun olarak koruduğunu yeterince ispat edememiştir.

[11] Gerçi davacı, Tüzük'ün 2. maddesinin 6. bendi uyarınca, özellikle kâr paylarının düşürülmesinde, üyelerinin menfaatlerini davalıya karşı korumak -gerektiğinde yasal yollara başvurmak- bakımından yetkilidir. Ama bu bent, tek bir üyenin ticarî çıkarları için, kâr payı indirimlerine karşı bir dava açılmasında davacının menfaati olduğuna esas teşkil etmemektedir. Bu husus, Tüzük'ün 5. maddesinin 3 a) bendinde, kâr payı indirimine karşı hukukî yolların başlatılması için genel kurulun çoğunluk kararı alması gerektiğini öngören ifaden de anlaşılmaktadır. Bu yönde bir karar verilmesi, davacıyı, sadece olumlu oy kullanan üyelerin haklarını hukuki yollarla takip etmek için yetkili kılar. Davacı, terditli talebiyle birlikte, sadece üyelerinin küçük bir kısmının haklarını ileri sürmüştür. Böylece dernek, -dernek amacından ve genel kurul tarafından verilen kararlardan farklı olarak- sadece söz konusu üyelerin bireysel menfaatlerini takip etmiştir. Ancak derneğin genel kurul kararıyla meşruluğu sağlanarak ve statüsüne uygun bir şekilde görevi olduğu üzere kâr payı indirimlerine ilişkin bu davayı açmasının caiz kabul edilebilmesi için, söz konusu davayı üyelerin hepsi ya da en azından –davacının söylemine göre- yüzde seksen oranında olumlu oy kullanan üyeler için açması gerekmektedir.

[12] II. Bu hüküm temyiz edilebilir.

[13] İstinaf mahkemesi tarafından açıklanan gerekçede terditli talebin caizliği kabul edilmemektedir. İradî dava takip yetkisinin koşulları - ki bu koşullar re'sen de temyiz incelemesinde dikkate alınır (*Senato*, NJW 2000, NJW Yıl 2000, s. 738 = NZI 2000, NZI Yıl 2000 s. 125, ayrıntılı açıklama için bkz. II 1)- davacının temyiz edilebilir olarak kabul edilen açıklamalarına göre mevcuttur.

[14] İstinaf mahkemesi, asıl hak sahibi tarafından verilen yetkiyle yabancı bir hakkın dava edebilmesini, ancak davayı takip eden ve hakka yabancı olan kimsenin bu davayı takip etmekte korunmaya değer şahsî bir menfaatinin bulunması halinde kabul etmektedir. (krş. BGHZ 96, BGHZ Cilt 96, s. 151 [BGHZ Cilt 96 s. 152] = NJW 1986, NJW Yıl 1986 s. 850; BGHZ 100, BGHZ Cilt 100 s. 217 [BGHZ Cilt 100 s. 218] = NJW 1987, NJW Yıl 1987 s. 2018; BGHZ 102, BGHZ Cilt 102 s. 293 [BGHZ Cilt 102 s. 296] = NJW 1988, NJW Yıl 1988 s. 1210; *BGH*, NJW 2000, NJW Yıl 2000 s. 738; GRUR 2008, GRUR Yıl 2008 s. 1108, GRUR Yıl 2008 s. 1108 kn. 54). Bununla birlikte, istinaf mahkemesi, davacının söz konusu talep bakımından korunmaya değer şahsî bir menfaatinin olup olmadığını tespit ederken aşırıya kaçmıştır.

[15] 2. Terditli olarak ileri sürülen men taleplerinde, davacının korunmaya değer bir menfaatinin olduğu reddedilemez.

[16] a) Yüksek mahkemenin kararına göre, dernek kurallarına uygun bir şekilde bir araya gelen toplulukların bu şekilde dava açmakta korunmaya değer menfaatlerinin olduğunu kabul edilebilmesi, açılan davalarda üyelerin ticari menfaatlerinin derneklerin statüsüne uygun bir şekilde korunmasına bağlıdır (krş. *BGH*, NJW 1956, NJW Yıl 1956 s. 298, I; NJW 1983, NJW Yıl 1983 s. 1559=GRUR 1983, GRUR Jahr 1983 s. 379, ayrıntılı açıklama için bkz. II 2 b; MDR 1976, MDR s. Yıl 1976 a652 = BeckRS 1975, BECKRS s. 3111, 5956; aynı şekilde *Lindacher*, in: MünchKomm-ZPO, 3. Bası, ayrıntılı açıklama için bkz. §§ 50 ff. kn. 60'dan önce; *Stein/Jonas/Bork*, ZPO, 22. Bası, ayrıntılı açıklama için bkz. § 50 kn. 58'den önce; aksi yöndeki kararlar için bkz. *BGH*, NJW 1967, NJW 1967 s. 1558; BGHZ 48, BGHZ Cilt 48, s. 12 [BGHZ Cilt 48 s. 15 f.]).

[17] b) Bu yüzden bu davada da belli bir ölçüde bulunur. Davalıya karşı bir davanın açılması da dahil olmak üzere, kâr oranlarının indirilmesi durumunda üyelerinin menfaatlerini korumak, davacının statüsüne uygun olarak yerine getirdiği ödevleri arasında sayılır. Bu amaç, sadece uyuşmazlık konusu olan asıl açılan davada değil; aynı zamanda istinaf yargılamasında ileri sürülen terditli talep için de söz konusudur.

[18] aa) İstinaf mahkemesinin sandığının aksine, davacının -tek başına da bağlayıcı olan- terditli talebinde ileri sürdüğü müdahale talebini, davalı ile adları belirtilen dokuz üye şirket arasındaki hâlihazırdaki sözleşmesel ilişkiyle sınırlandırmış olması buna engel değildir. Çünkü üyelerin ticarî çıkarlarının statüsüne uygun olarak korunması için, üyelerin tamamı veya en azından çoğunluğu için hukukî yollara başvurulması zorunlu olarak öngörülmektedir (ayrıca krş. Stein/Jonas/Bork, vor § 50 Rdnr. STEIN/JONAS, ZPO 1 § 50 Randnummer 58). Bununla birlikte tek bir üyeye sınırlandırılan bir dava da üyelerin tamamının ya da en azından çoğunluğunun ticarî çıkarlarını takip etmek amacına hizmet edebilir. İradî dava takip yetkilisi olarak davayı takip eden davacının korunmaya değer bir menfaatinin olup olmadığı tespit edilirken, davalarını yürüttüğü üyelerin sayısı önemli değildir, aksine önemli olan davanın amacının geriye kalan üyelerin ticarî menfaatlerini ilgilendirip ilgilendirmediği ve -tüzükte öngörülme-yen- bir yaptırımla bireysel menfaatlerin korunmasında aşırıya kaçılıp kaçılmadığıdır (krş. BGH, Urt. v. 17.2.1983 - BGH 19830217 Aktenzeichen I ZR 194/80; BGHZ 170, BGHZ Cilt 170 s. 18 = NJW 2007, NJW Yıl 2007 s. 593 Kn. NJW Yıl 2007 s. 593 Kn. 29).

[19] bb) Bu kriterler, söz konusu dokuz üyenin haklarını takip etmek bakımından, davacı derneğin korunmaya değer bir menfaatinin olduğunu kabul etmek için yeterlidir. Üyelerinin menfaatlerini koruma ödevi, Tüzük'ün 2. maddesinin 6. bendi uyarınca, davacıya yüklenmiştir. Bunun yanı sıra, davacının gerekli yasal tedbirleri alması, genel kurulun çoğunluk kararı almasına (Tüzük m. 5/3a, 6) bağlıdır. Davacı, mevcut üyelerin 7.12.2006'dan itibaren, 24.11.2007'den itibaren ve 22.11.2008'den itibaren geçerli olacak şekilde aldıkları kararlarıyla, üyelerinin menfaatlerini korumak için davalıya karşı yasal yollara başvurmak hususunda yetkilendirilmiştir. Dernek tüzüğü ve verilen kararlar sayesinde, nakledilen hakların ve görevlerin yerine getirilmesi için davacı, davalıya karşı öncelikle, daha sonradan men

davası olarak değiştirdiği, bir tespit davası açmıştır. Davacının dokuz üye şirketle -ki bu şirketlerin genel müdürleri davacı derneğin yönetim kurulunu oluşturmaktadır-, sınırlandırdığı ve terditli olarak ileri sürdüğü men talebi, üyelerin mevcudunun yeterli derecede somutlaştırılması bakımından istinaf mahkemesi tarafından dile getirilen şüphenin aksine açık bir usûli gerekçeye dayanmaktadır; adı geçen dokuz üyenin ticarî çıkarlarının geri kalan birlik mensuplarından farklı olması söz konusu değildir.

[20] Temyizde cevap dilekçesinde ileri sürülen görüşün aksine, söz konusu yargılamada elde edilecek bir hükmün sadece adı belirtilen birlik şirketleri ve davalı arasında kesin hüküm etkisi doğurması, davacının kendi hukukî menfaatini etkilenmez. Bu sınırlamaya rağmen, hakkın takip edilmesinde seçilen yöntem, davacıya aktarılan üyelerinin kolektif menfaatlerinin davacı tarafından korunmasına hizmet eder. Çünkü dava, davalı ile adı geçen dokuz üye şirket arasında kalmış olsa da hükmün içeriği, davacının diğer üyelerinin ticarî çıkarları üzerinde de kısmî bir etki yaratacaktır. Davalı tarafından uygulanan kâr oranlarının azaltılmasının kabul edilebilir olup olmadığına ilişkin eldeki karmaşık hukukî mesele, genel ve böylece yetkili bayilerin bireysel koşullarından bağımsız olarak cevaplandırılabilir. Bu sebeple, uyuşmazlık hakkındaki hükmün diğer yetkili bayiler için de yarar sağlaması mümkündür; bu yarar sözleşme taraflarının dayandığı bir uzlaşma sebebiyle ya da bundan dolayı oluşacaktır; çünkü mahkemeler devam eden bir davadaki mevcut hukukî görüşünü- zıt kararları önlemek için- paylaşır.

[21] 3. Hak sahibi aracılığıyla verilen yabancı hakkın takip edilmesi için gerekli yetki de mevcuttur. Davacının tüzüğündeki madde 2/VI, davacı aracılığıyla üyelerin menfaatleriyle ilgili bir dava açılması imkânını, bu yönde çoğunluk oyuyla karar alınması halinde, açıkça öngörmektedir. Bu sebeple Tüzük, başından beri, derneğin statüsüne uygun olarak görevini ifasında, mahkeme önünde görülecek anlaşmazlıkları da hesaba katmıştır. Bu durumda, davacının tüzüğünün 2/VI maddesinde, dernek üyeleri tarafından verilen -ve böylece görülen davada davacı tarafından temsil edilen dokuz üye tarafından da verilen - bir yetki, mevcut taleplerin dava edilmesi için - orada mevcut olan- üyelerin çoğunluk kararının olması durumunda zaten yer alır (krş. BGH, Urt. v. 19.12.1975 - BGH 19751219 Aktenzeichen V ZR 230/73; BGHZ 89, BGHZ Cilt 89, s. 1 [BGHZ Cilt 89, s. 3 f.] = NJW 1984, NJW Yıl 1984, s. 2220).

[22] 4. Zira davacı tarafından takip edilen davadaki kâr oranlarının indirilmesinin geri alınmasına ilişkin talep, UKLaG'deki UKLAG m. 1, UKLAG m. 2 anlamında men'i müdahale talepleriyle ilgili değildir ve rekabet hukukuyla da bir ilgisi yoktur. Davacının, ilgili talepleri bakımından, UKLAG m. 3, UKLAG m. 3 f. I, b. 1, UKLAG m. 3, b. 2 ya da UWG m. 8 UWG m. 8 f. III, UWG m. 8, b. 2'de düzenlediği şekilde bir dava takip yetkisinin olmasına gerek yoktur (krş. *BGH*, NJW 1998, NJW Yıl 1998, s. 1148 = WM 1998, WM Yıl 1998 s. 672, II 2)¹.

[23] III. Bütün bu açıklamalardan sonra, itiraz edilen karar istinaf mahkemesinin terditli talebi usûlsüz olarak reddetmesi bakımından hükümsüzdür, bu nedenle iptal edilmiştir (§ ZPO § 562 ZPO § 562 Absatz I ZPO). Dava, nihaî kararı vermek için uygun değildir, bu sebeple bozma çerçevesinde, böylece terditli talebin gerekçesine ilişkin meselelerle uğraşılabilmesi (ZPO § 563; § 563 f. I, 1) için İstinaf Mahkemesi'ne bozularak iade edilmektedir.

B. Olayın Özeti

Davacı, motorlu araç satan yetkili bayiler derneği [*Dernek*]; davalı ise C-Otomobillerinin Alman ithalatçısı olan bir anonim şirkettir [*C AŞ.*]. Dernek üyeleri ile davalı ithalatçı firma arasında, bayilik sözleşmesi vardır.

Yetkili satıcı bayiler, karara konu olan davadaki davacı *Dernek*'in üyeleridir. *Dernek*'e dernek tüzüğünde, yetkili bayilerin ticari çıkarlarının zedelenmesi halinde, üyelerinin menfaatlerini her türlü yasal yolla koruma görevi verilmiştir. Tüzük'e göre, *Dernek*'in bu görevini yerine getirebilmesi için, üyelerin bu yönde bir genel kurul kararı alması gerekmektedir ve bu karar basit çoğunlukla alınacaktır.

C AŞ., yetkili bayilerin sattığı araçların bir kısmında satıcı kâr marjını düşürmüştür. Söz konusu oranların yükseltilmesi konusunda taraflar arasında yapılan görüşmelerde, herhangi bir sonuç alınamamıştır. Bunun üzerine, üyelerin genel kurulda oybirliğiyle aldıkları karar uyarınca, *Dernek*'e bu konuda yasal yollara başvurması için yetki verilmiştir. *Dernek*, bu karara

¹ *Çevirmen notu:* Metinde yer alan UKLaG, Alman Müdahalenin Önlenmesi Kanunu'nun; UWG ise Alman Haksız Rekabet Kanunu'nun kısaltmasıdır.

dayanarak satıcı kâr marjlarının indirilmesinin hukuka aykırı olduğunun tespiti ve bu indirimin uygulanmasının men'ini içeren taleplerle *C AŞ.*'ye karşı bir dava açmıştır.

İlk derece mahkemesi, *Dernek*'in açtığı davayı reddetmiştir. Bunun üzerine istinaf yoluna başvuran davacı, bu aşamada men talebini ıslâh etmiştir. Terditli olarak ileri sürdüğü yeni men talebinde, söz konusu talebini sadece *Dernek*'in yönetim kurulunu oluşturan dokuz üye şirket ile sınırlandırmış ve kâr marjlarına ilişkin uygulamanın adı geçen dokuz üye hakkında önlenmesini istemiştir. İstinaf mahkemesi, bu talebi usûlî eksiklikten reddetmiştir. Bunun üzerine karar, davacı tarafından temyiz edilmiştir.

C. Mahkemelerin Kararları

1. Yerel Mahkemenin ve İstinaf Mahkemesinin Kararı

Alman Federal Temyiz Mahkemesi'nin kararında, ilk derece mahkemesinin kararı ile ilgili çok fazla detay yer almamaktadır. Kararda sadece, ilk derece mahkemesinin davacının taleplerini gerekçe göstermeden reddettiği belirtilmiştir. Davacı *Dernek*, ilk derece mahkemesinin kararına karşı, istinaf yoluna başvurmuştur.

İstinaf mahkemesi, bir derneğin dava açmakta korunmaya değer menfaati varsa dava takip yetkisinin de olduğunu; ancak bu menfaatin üyelerin ticarî çıkarlarını derneğin statüsüne uygun bir şekilde korunması halinde söz konusu olabileceğini belirtmiştir. Bu genel tespitten sonra, mahkeme, *Dernek*'in terditli talebinde, sadece üyelerinin bir kısmının (olayda dokuz üye) haklarını ileri sürerek dernek amacından saptığını ifade etmiştir. Mahkemeye göre, dernek en azından kâr payı indirimi için dava açılması yönünde olumlu oy kullanan tüm üyeler bakımından dava takip yetkisine sahiptir. Zira genel kurulun karar almasıyla meşruluğu sağlanan *Dernek*'in dava açma hakkı, ancak olumlu oy kullanan üyelerin tamamı hakkında kullanılırsa caizdir. Bu sebeplerle, davacı derneğin talebi reddedilmiştir.

2. Federal Mahkemenin Kararı

Temyiz mahkemesine göre, davacı *Dernek*'in terditli talebini, “dokuz üye şirket” için sınırlandırılmış olması, üyelerinin ticarî çıkarlarının statü-

süne uygun olarak korunmasına aykırı değildir. Ayrıca tek bir üyeyle sınırlı bir dava da üyelerinin tamamı ya da çoğunluğuna ait ticarî çıkarlarının dernek statüsüne uygun olarak korunması anlamına gelebilir. Bir derneğin iradî dava takip yetkisine sahip olup olmadığı belirlenirken, hakkı takip edilen üyelerin sayısına değil; davanın amacının üyeleri ilgilendirip ilgilendirmedigine ve tüzükte öngörülmeyen bir şekilde bireysel menfaatlerin korunmasında aşırıya kaçılıp kaçılmadığına bakılmalıdır.

Temyiz mahkemesi, somut olaya ilişkin davada elde edilecek hükmün sadece adı geçen dokuz üye şirket ile davalı arasında kesin hüküm etkisi doğuracağını, hakları davacı dernek tarafından takip edilmeyen diğer üyeleri etkilemeyeceğini belirtmiştir. Ancak bu durumun davacının davadaki menfaatini etkilemediğini belirten yüksek mahkeme, talep dokuz üyeyle sınırlandırılmış olsa da söz konusu davada elde edilecek hükmün diğer üyelerin kolektif menfaatlerinin korunmasına hizmet edeceği sonuca varmıştır. Zira mahkemeye göre, davalının uyguladığı kâr oranlarının indirilmesinin kabul edilebilir olup olmadığı, genel yani yetkili bayilerin bireysel koşullarından bağımsız değerlendirilebilecek bir husustur. Bu yüzden de mahkeme, söz konusu davada, davacının dava takip yetkisinin olduğu kabul etmektedir.

Temyiz mahkemesi, yukarıdaki gerekçelerle, davacının talebini reddeden İstinaf Mahkemesi'nin kararını iptal ederek davada esasa ilişkin bir karar verilmesi için dosyanın İstinaf Mahkemesi'ne gönderilmesine karar vermiştir.

III. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

A. Genel Olarak Topluluk Davası

Davalar, genellikle, bir hakkının inkâr ya da ihlâl edildiğini ileri süren, yani asıl hak sahibi olduğunu iddia eden kişi tarafından açılır. Bu durumda, davacının söz konusu davayı açmakta doğrudan ve kişisel bir menfaati vardır². Kural olarak, davanın kabul edilebilmesi için de davacının dava konusu ile ilgili, doğrudan ve kişisel bir menfaatinin bulunması gerekir. Ancak dava takip yetkisi (HMK m. 53) kurumu sayesinde, dava konusu

² Doğrudan ve kişisel menfaat kavramına ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. **Hanağası**, s. 157 vd.

üzerinde doğrudan ve kişisel bir menfaati olmayan kişi veya organların da taraf olduğu bir davada, davanın esasına girilip karar verilmesi mümkündür³.

Doğrudan ve kişisel menfaatin istisnalarından biri de “*Topluluk Davaları*”dır. Kolektif hukukî himayeyi sağlayan araçlardan biri olarak görülen bu davada⁴, tüzel kişilere kendisine yabancı menfaatlerin korunması için (üye, mensup ya da temsil olunan kesimin menfaatleri için) dava açabilme imkânı tanınmaktadır⁵.

Topluluk davaları, ilk kez 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile kabul edilmiştir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun kabul edilmesinden önce, bazı özel kanunlarla belli birtakım tüzel kişilere üyeleri adına dava açma yetkisi tanınmıştır. Örneğin, özel hukuk bakımından tüketici hukuku ve rekabet hukukunda bu şekilde davalar açılması, kısmî olarak uygulanmaktaydı⁶. Bu şekilde, özel hükümlerle dava açma konusunda yetki verilenler haricinde, diğer tüzel kişilerin kendi üyelerinin ya da mensuplarının menfaatlerini korumak için dava açıp açamayacakları, Türk uygulamasında tartışmalıydı⁷. Türk doktrininde ise, derneklerle veya tüzel kişilerle ilgili

³ **Deren-Yıldırım**, s. 27 vd.; **Pekantez/Atalay/Özkes**, s. 300-301; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 118; **Hanağası**, s. 187; **Börü**, s. 258.

⁴ Kolektif menfaat ve topluluk davasına ilişkin açıklamalar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Hanağası**, s. 195 vd.; **Özbay**, s. 30-33; **Hanağası**, Kolektif Menfaat, s. 366 vd.

⁵ **Akil**, s. 164-165.

⁶ Tüketici hukuku bakımından 6502 sayılı TKHK m. 73, 74’deki (*benzer şekilde*, 4077 sayılı eski TKHK m. 24’de) düzenlemeler ile rekabet hukuku bakımından RKHK m. 57 ve 58’deki düzenlemeler buna örnek olarak gösterilebilir.

⁷ Yargıtay 30.06.2005 tarihli bir kararında bir derneğin, üyelerinin menfaatlerini korumak için dava açamayacağına karar vermiştir: “2821 sayılı *Sendikalar Kanunu ile (md. 32/3) işçi sendikaları, işçilerin hizmet akdinden veya sigorta hukukundan doğan haklarını korumak üzere üyelerini temsilen dava açmaya ehil kılınmış ise de, davacı Emekli-Sen Tüm Emekliler Sendikası’nın bu kanuna göre kurulmuş bir sendika olmadığı, her ne kadar adında "Sendika" ibaresine yer verilmiş ise de aslında Dernekler Kanununa göre kurulmuş bir dernek olduğu anlaşılmaktadır. ...yasal anlamda sendika niteliğini taşımayan davacı tüzel kişiliğin sosyal güvenlik hukukuna ilişkin olarak üyeleri adına dava açmasına imkan sağlayan bir yasa hükmünün de bulunmadığı tartışmasızdır.” 10. HD, 30.06.2005, 4888/7608 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası). Danıştay’ın derneklerin tüzüklerinde dava açma yetkilerinin olması halinde dava açabileceklerini öngördüğü kararları bulunmaktadır: Söz konusu kararlara örnek olarak bkz. *Öte yandan, kendi üyelerinin hak ve menfaatlerini korumak amacıyla kanunla kurulmuş meslek birlikle-**

doğrudan bir görüş bildirilmemiş olsa da çoğunlukla, dava takip yetkisinin yasal takip yetkisi dışında devredilemeyeceği görüşü benimsenmektedir⁸. Bu görüş, kanunî bir yetki tanınmadığı müddetçe, tüzel kişilerin de bu şekilde bir dava açmalarının mümkün olmayacağı şeklinde yorumlanmaya müsaitti. Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile getirilen yeni düzenleme sayesinde, konu dernekler ve tüzel kişiliğe sahip diğer toplulukların üyelerinin kolektif ve şahsî menfaatlerini korumak için dava açması bakımından tartışmalı olmaktadır. Söz konusu maddede açıkça, “*Dernekler ve diğer tüzel kişilerin, statüleri çerçevesinde, üyelerinin veya mensuplarının yahut temsil ettikleri kesimin menfaatlerini korumak için, kendi adlarına, ilgililerin haklarının tespiti veya hukuka aykırı durumun giderilmesi yahut ilgililerin gelecekteki haklarının ihlal edilmesinin önüne geçilmesi için...*” dava açabileceği kabul edilmiştir (HMK m. 113). Bu düzenlemeyle kanun koyucu, tüm tüzel

rinin yanında, belli amaçlarla kurulmuş dernek, vakıf gibi özel hukuk tüzel kişiliğini haiz sivil toplum örgütlerinin de, kuruluş amaçlarıyla sınırlı olmak üzere dava açmaları mümkündür. Bu durumda, Tekel Müfettişleri Derneğinin Ana Tüzüğünde yer alan ve Derneğin Konusu ve Amacı kenar başlıklı 3. maddesinde, derneğin amacı üyelerinin tüm demokratik, ekonomik, sosyal ve özlük haklarını koruyup geliştirerek birleşmelerini ve dayanışmalarını sağlamak, derneğin faaliyetleri kenar başlığını taşıyan 4. maddesinin a fıkrasında da, üyelerinin tümünü ilgilendiren mesleki sorunların çözümlenmesi, üyelerinin personel hukukundan doğan haklarının savunulması ve yeni hakların elde edilmesi için çalışmak olarak belirlenen amacı ve faaliyeti göz önüne alındığında, Tekel Genel Müdürlüğü'nün, genel müdürlük merkez teşkilatında görev tahsisli konut verilecek unvanlar arasında başmüfettiş ve müfettişlere yer verilmemesine ilişkin 01.10.1998 günlü, 928 sayılı Yönetim Kurulu Kararı, dernek üyelerinin personel hukukundan doğan haklarını kısıtlayan niteliği ile doğrudan doğruya üyelerinin demokratik, ekonomik, sosyal ve özlük haklarını korumak amacıyla kurulan davacı derneğin faaliyet alanına giren ve bu dernek kişiliğinin hak ve çıkarlarını ilgilendiren konulardan olduğundan, anılan işleme karşı dava açmakta derneğin hukuki menfaati bulunduğu anlaşılmakta olup; davacı derneğin sübjektif ehliyetinin varlığı kabul edilmek suretiyle davanın esasının incelenmesi gerekmektedir.” İDDGK, 26.05.2000, 1999-390/761 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası). Aynı yönde bkz. 10. DD, 27.9.2004, 5645/6431 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası); 8. DD, 07.12.1999, 2477/70776431 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

⁸ **Postacıoğlu**, s. 199-200; **Kuru**, Usûl C. I, s. 1153; **Üstündağ**, s. 298, 306; **Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 303. Ancak doktrinde dava takip yetkisinin iradî olarak devredilmesinin mümkün olduğunu söyleyen yazarlar da bulunmaktadır. **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 120; **Deren-Yıldırım**, s. 29-38.

kişilere, üyeleri ve mensuplarının haklarını korumak için dava açma konusunda, genel bir dava takip yetkisi vermiştir⁹.

Kanun'da, topluluk davası açmak, birtakım şartlara bağlanmıştır. Bunlardan ilki, bu davaları sadece tüzel kişilerin açabilmesidir. Başka bir deyişle gerçek kişiler ya da tüzel kişiliği olmayan topluluklar, bu davayı açamaz. Diğer bir şart, davanın ancak tüzel kişilerin statüleri çerçevesinde açılmasıdır. Son olarak topluluk davasında, sadece ilgililerin haklarının tespiti, hukuka aykırılığın giderilmesi ve ilgililerin haklarının gelecekte ihlâl edilmesinin önlenmesi talepleri ileri sürülebilir¹⁰.

Alman hukukunda, bizim hukukumuzdaki topluluk davalarına en çok benzeyen kurum, “*Verbandsklagen*” olarak adlandırılan¹¹, Türkçeye “*birlik davaları*” olarak çevirebileceğimiz kurumdur¹². Hukuk Muhakemeleri Kanunumuz'da topluluk davaları, genel ve kavramsal olarak düzenlenmişken¹³, Alman Usûl Kanun'da birlik davaları ile ilgili genel bir kural yoktur¹⁴.

⁹ **Kuru/Budak**, s. 86.

¹⁰ Genel olarak topluluk davası ve davanın şartları hakkında açıklamalar için bkz. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 274; **Pekantez/Atalay/Özekes**, s. 494 vd.; **Umar**, s. 336; **Yılmaz**, s. 779 vd.; **Özbay**, *Topluluk Davaları*, s. 265 vd.; **Pekantez/Atalay/Özekes**, *Ders Kitabı*, s. 266-267. Bu şartlar, topluluk davalarının Anglo Sakson hukukundaki grup davalarından farklı olduğunu göstermektedir. Zira Türk hukukunda, gerçek kişilerin topluluk davası açması ya da bu davanın tazminat davası şeklinde açılabilmesi mümkün değildir. Grup davası hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Özbay**, s. 1 vd. Ayrıca, grup davası ile topluluk davasının farklarına ilişkin bkz. **Özbay**, *Topluluk Davaları*, s. 251-253; **Uysal**, s. 1165 vd.

¹¹ **Saenger**, *Kollektiv*, s. 198.

¹² **Atalı**, s. 112; **Atalı**, *Çeviri*, s. 1041; **Özbay**, s. 57-59; **Özbay**, *Topluluk Davaları*, s. 259; **Çiftçi**, s. 222. **Deren-Yıldırım**, Alman hukukundaki bu dava türünü, “*dernek davası*” olarak çevirmiştir (**Deren-Yıldırım**, *Kollektif Hukukî Himaye*, s. 308). *Hanağası* ise, “*grup davası*” terimini tercih etmiştir (**Hanağası**, s. 194; **Hanağası**, *Kolektif Menfaat*, s. 354).

¹³ Madde gerekçesi için bkz. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Karşılıdığı Maddeler, m. 118 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

¹⁴ **Kuru/Budak**, hukukumuzda topluluk davasında, dava takip yetkisi çok genel bir ifadeyle bütün tüzel kişilere tanındığı için, söz konusu davanın Avrupa Birliği'ndeki birlik davası müessesesine nazaran daha geniş kapsamlı olduğunu belirtmektedir (**Kuru/Budak**, s. 86).

Alman hukukunda, özel bir amaca dayanan birlik davası açma hakkı, değişik kanunlarla getirilen özel düzenlemelerle sadece o kanunlarda öngörülen tüzel kişilere kanunî dava takip yetkisi verme şeklinde tanınmıştır¹⁵. Ancak genel bir düzenlemeyle tüm dernek ve tüzel kişiliklere genel bir dava takip yetkisi tanınmamış olsa da, incelediğimiz kararda da kabul edildiği üzere, tüzel kişilerin, üyelerinin vereceği bir yetkiyle ve statülerine uygun olarak, iradî dava takip yetkisiyle kendi adına dava açabileceği kabul edilir¹⁶.

B. Tüzel Kişilerin Statüleri Çerçevesinde Dava Açma Şartı

a. Türk Doktrinindeki Görüşlerin Değerlendirilmesi

Topluluk davasının şartları arasında, farklı yorumlanmaya en müsait olanı, dernek ve diğer tüzel kişilerin bu davaları ancak “statüleri çerçevesinde” açabilmesidir. Söz konusu şart, Türk hukukunda kanunî düzenle-

¹⁵ Özellikle tüketici hukukuyla ilgili olarak Medenî Usûl Kanunu’nda (Zivilprozessordnung-ZPO) § 79/2, 2 ve 3; haksız ticarî anlaşmaların ve uygunsuz ticarî uygulamaların önlenmesi bakımından Haksız Rekabet Kanunu’nda (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb-UWG) § 8; Müdahalenin Önlenmesi Kanunu’nda (Unterlassungsklagengesetz - UKlaG), genel işlem şartlarının uygulanmasında müdahalenin önlenmesini isteme ve rücu hakkı (§ 1 UKlaG); Tüketicinin Korunmasına Dair Kanun’a aykırı uygulamalarda müdahalenin önlenmesini isteme hakkı (§ 2 UKlaG); Fikir ve Sanat Eserleri Kanunu’na aykırı olarak belirli ihlâllerde (§ 2a UKlaG); Rekabet Sınırlamalarına Karşı Kanun’da (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen-GWB) § 33/ 2, § 33; Enerji Ekonomisi Kanunu’nda (Energiewirtschaftsgesetz-EnWG) §32, 2 ve Telekomünikasyon Kanunu’nda (Telekommunikationsgesetz-TKG) § 44, 2’de Patent Kanunu’nda (Patentgesetz-PatG) § 81 ve 22’deki patentin hükümsüzlüğüne ilişkin dava, marka hakkının düşmesine ilişkin davalarda Marka Kanunu’nda (Markengesetz-MarkenG) § 55 gibi hükümlerde bazı dernek ve tüzel kişilere kolektif menfaatlerin korunması bakımından dava takip yetkisi tanınmıştır (Daha ayrıntılı açıklama için bkz. **Saenger**, Kollektiv, s. 205-206 vd. Ayrıca ilgili bölümün Türkçe çevirisi için bkz. **Çiftçi**, s. 230-231).

¹⁶ Üçüncü kişilerin kanunî bir dava takip yetkisi (gesetzliche Prozessstandschaft) olmasa da iradî dava takip yetkilisi (gewillkürte Prozessstandschaft) olarak dava açabilecekleri hallere verilen örneklerden biri de birlik davalarıdır. Konuya ilişkin Alman doktrinindeki açıklamalar için bkz. **Bärmann/Seuß**, kn. 60; **Baumbach**, § 50 kn. 47; **Braun**, s. 341; **Musielak**, § 51, kn. 28, 33-34; **Prütting**, § 50 kn. 47; **Saenger**, § 51 kn. 23; **Schellhammer**, s. 595; **Stein/Jonas**, § 50 kn. 58; **Thomas/Putzo**, § 51 kn. 35; **Zöllner**, § 50 kn. 58.

meyle getirilmiştir (HMK m. 113). Alman hukukunda da birlik davasının tüzel kişinin statüsüne uygun olması, bazı özel düzenlemelerle kanunî bir şart olarak aranmaktadır¹⁷. Ancak kanunî bir şart olarak öngörülme- yen hal-lerde dahi, yargı içtihatlarında ve doktrinde, birlik davasının konusunun derneklerin statülerine uygun olması, derneğin dava açmak için menfaati olup olmadığını tespit etmek bakımından aranmaktadır¹⁸.

Türk doktrinde, Kanun'daki “*statüleri çerçevesi*” ibaresinden ne anlaşılması gerektiğine ilişkin farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüşe göre, tüzel kişiliğin topluluk davası açabilmesi için, statüsünde kendisine dava açma konusunda açık bir yetkinin tanınmış olması gerektiği ifade edilmektedir. Bu görüşü savunan yazarlardan *Yılmaz*'ın gerekçesini, tüzel kişiler bakımından geçerli olduğunu savunduğu, “*ultra vires*” doktrini oluşturmaktadır. Söz konusu doktrin uyarınca tüzel kişiler, her türlü hukuksal faaliyette bulunamazlar; sadece statülerinde (ana sözleşmeleri, tüzüklerinde, senetlerinde vb.) yazılı olan faaliyetleri yapabilirler. Tüzel kişilerin topluluk davası açıp açamayacaklarının da buna göre belirlenmesi gerekmektedir¹⁹. *Kaya* ise

¹⁷ Alman hukukunda topluluk davasının düzenlendiği maddelerden bazılarında, tüzel kişilerin statülerine uygun dava açması gerektiği kanun koyucu tarafından açıkça belirtilmiştir. Örneğin, UWG § 8; GWB § 33, 2'deki kurallar bu şekildedir. ZPO § 79'da ise tüketici derneklerinin “*im Rahmen ihres Aufgabenbereichs*”, yani “*görev alanları çerçevesinde*” dava açabilecekleri ifade edilmiştir.

¹⁸ **Bärmann/Seuß**, kn. 60; **Baumbach**, § 50 kn. 47; **Braun**, s. 341; **Musielak**, § 51, kn. 28, 33-34; **Prütting**, § 50 kn. 47; **Saenger**, § 51 kn. 23; **Schellhammer**, s. 595; **Thomas/Putzo**, § 51 kn. 35; **Zöller**, § 50 kn. 58. Alman uygulamasında verilen kararlar da bu yöndedir. Örnek olarak bkz. BGH, NZM 2007, 407(409) (beck-online/Die Datenbank); BGH NJW 1983, 1559, 1561 (beck-online/Die Datenbank).

¹⁹ **Yılmaz**, Şerh, s. 781. *Yılmaz*'ın bu görüşü, Danıştay kararlarıyla da paralellik göstermektedir. Örneğin, “*Davacı Dernek Tüzüğü'nde, aktif görevdeki üyelerin hukuki haklarını savunmak üzere hukuki danışmanlık hizmeti vermek veya satın almak derneğin faaliyetleri arasında sayılmış ise de, hukuki danışmanlık hizmeti vermenin dava açma hakkını kapsamadığı anlaşılmış olup, Tüzükle üyeleri adına veya üyelerine yönelik tesis edilen işlemlere karşı dava açma yetkisi verilmeyen davacı Derneğin ehliyetinin, tüzüklerinde yazılı kuruluş amaçları ve faaliyet alanları ile sınırlı olması karşısında, davacı Derneğin amacının üyelerinin sosyal, kültürel, ekonomik, mesleki ve akademik gereksinimlerini karşılamaya yönelik çalışmalar yapmak olduğu şeklinde tanımlanmış ve faaliyet konularının da bu amaç doğrultusunda belirlenmiş olması nedeniyle, davacı Derneğin dava konusu işleme karşı dava açma yetkisinin bulunmadığı anlaşılmaktadır.*” 2. DD, 18.11.2011, 10080/5599 (Kazancı İctihat Bilişim-Bilgi Bankası).

idare hukuku bakımından yaptığı değerlendirmede, derneklerin amacı ve faaliyetlerini ilgilendiren idarî işlemlere karşı iptal davası açması ile üyelerinin menfaatlerine ilişkin dava açması arasında bir ayırım yapmaktadır. Derneklerin amacını gerçekleştirmek için dava açmasını, hak arama hürriyeti ile ilişkilendiren yazar, bu hususta gerçek kişiler ile tüzel kişiler arasında bir farklılık bulunmadığını belirtmekte ve tüzüklerinde dava açabileceği yönünde bir düzenleme yer almasa da dava açabileceklerini kabul etmektedir. Dernek üyelerinin menfaatinin ilgilendiren idarî işlemlere karşı açılan davalarda ise sadece, üyelerin ortak menfaatinin ilgilendiren idarî işlemlere karşı iptal dava açılabilirliğini belirtmekte ve bunun için derneğin tüzüğünde dava açma yetkisi olması gerektiğini ifade etmektedir. Çünkü yazara göre, Türk Medenî Kanunu veya Dernekler Kanunu'nda dava açma konusunda derneklere herhangi bir yetki verilmemiştir; ancak derneğin tüzüğünde dava açma yetkisini içeren bir hüküm bulunursa bu şekilde bir menfaat ilişkisi kurulmuş olacaktır²⁰. Doktrindeki diğer bir görüş ise, tüzel kişilerin kuruluş ve işleyiş amaçlarına uygun bir şekilde dava açma hakkına sahip olacaklarını, bunun haricinde tüzel kişinin statüsünde doğrudan bir dava açma yetkisinin olmasına gerek olmadığı yönündedir²¹.

²⁰ **Kaya**, s. 1302-1303; 1308-1309. Danıştay'ın bazı daireleri de verdikleri kararlarında, derneklerin tüzüklerinde dava açma yetkilerinin olması halinde dava açabileceklerini öngörmüştür. Örneğin, “Öte yandan her ne kadar davacı dernek, Tüzüğünde, banka mağdurlarının hak ve menfaatlerini korumak amacıyla dava açma hak ve yetkisinin kendisine görev olarak verildiğinden bahisle bu davanın açıldığını belirtmekte ise de; davacı derneğe, banka mağdurları adına dava açma hakkı değil, açılmış ve açılacak olan davaların takibine yardım etmek görevinin verildiği görülmektedir./Bu durumda, davacı derneğin, meşru, kişisel ve güncel bir menfaatinin etkilenmediği dolayısıyla işlemle menfaat ilişkisinin bulunmadığı anlaşılmıştır.” 10. DD, 27.9.2004, 5645/6431 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası); “Davacı derneğin amaçları arasında ormanların yok edilmesinin önlenmesi amacının bulunması davacının hukuki statüsü karşısında dava açma ehliyeti kazandırmamaktadır./Kaldı ki, Dernek Tüzüğü'nün 4. maddesinde yer alan dernek çalışmaları arasında derneğin amaçlarının gerçekleştirilebilmesini teminen dava açma yolu da öngörülmüştür./Bu nedenle davanın öncelikle ehliyet yönünden reddi gerekirken davanın esasını inceleyen idare mahkemesi kararında hukuka uyarlık bulunmamaktadır.” 8. DD, 07.12.1999, 2477/70776431 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

²¹ **Karaaslan/Eroğlu**, s. 215; **Özbay**, Topluluk Davaları, s. 266.

Tüzel kişinin statüsü denildiğinde, bu tüzel kişilik dernekse dernek tüzüğü, vakıfısa vakıf senedi ya da sendikaysa sendika tüzüğü anlaşılmalıdır. Dolayısıyla statüsü çerçevesi ibaresi, dernek örneği bakımından dernek tüzüğüne uygunluk olarak anlaşılmalıdır²². Bu konuda, doktrindeki görüşlerin temelde ayrıldıkları nokta, bir tüzel kişinin topluluk davası açabilmesi için statüsünde açıkça yetki verilmesine gerek olup olmadığıdır.

Tüzel kişilerin ayrıca dava açma yetkisi olması gerektiğini savunan *Yılmaz*'ın görüşünün temel gerekçesi, tüzel kişilerin ehliyetini sınırlandıran ultra vires ilkesidir. Bu görüşü değerlendirebilmek için, tüzel kişilerin, ehliyetinin sınırlandırılması konusunda açıklama yapmak gerekmektedir.

Tüzel kişilerde sınırlı sayı ilkesi geçerlidir ve tüzel kişiler kendi türlerine ilişkin olarak hak ehliyetine sahiptirler²³. Tüzel kişilerin ehliyetleri, iki şekilde sınırlanabilir. Bunlardan ilki, tüzel kişilerin nitelikleri gereğince gerçek kişilere özgü kimi haklardan yararlanamamasıdır (TMK m. 48). Doktrinde tartışmalı olan konu, Türk Medenî Kanunu'nun 48. maddesinde işin niteliği gereğince ortaya çıkan bu sınırlama dışında, tüzel kişilerin hak ehliyetinin sınırlı olup olmadığıdır. Türk Medenî Kanunu'nda derneklere ilişkin "*Dernekler, amaçlarını gerçekleştirmek üzere, tüzüklerinde belirtilen çalışma konuları ve biçimleri doğrultusunda faaliyetlerde bulunurlar.*" (TMK m. 90/1) şeklindeki bir hüküm yer almaktadır²⁴. Söz konusu hüküm, derneklerin hak ehliyetinin ana statülerinde belirtilen amaçlarıyla sınırlı

²² Dernek tüzüğüne, amacı ve bu amacı nasıl gerçekleştireceğine ilişkin derneğin faaliyet konusu ile çalışma konuları yazılır (TMK m. 58, DK m. 4).

²³ *Serozan*, s. 199-200; *Oğuzman/Seliçi/Oktay-Özdemir*, s. 256; *Dural/Öğüz*, s. 246.

²⁴ Ticaret ortaklıkları bakımından, doktrinde Eski Ticaret Kanunu m. 137'deki hüküm de bu görüşe gerekçe gösterilmekteydi. Bu hüküm uyarınca, ortaklık ehliyetinin ortaklığın konusu ile sınırlı olduğu belirtilmekteydi. Ancak yeni Türk Ticaret Kanunu'ndaki 125. maddeyle ultra vires ilkesi doktrini terk edilmiştir. Madde gerekçesinde de bu husus açıkça vurgulanmıştır: "*Bu madde, 6762 sayılı Kanunun 137 nci maddesinde öngörül-müş bulunan ve tüm ticaret şirketleri için geçerli olan ultra vires ilkesini, AET'nin 68/151 sayılı şirketlere ilişkin Birinci Yönergesinin ilgili hükmünü dikkate alarak kaldırmıştır.*" Söz konusu maddenin gerekçesi için bkz. TTK Madde Gerekçeleri, m. 125 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası). Bu değişikliğin ardından, ticaret şirketlerinin hak ehliyeti, işletme konusu ne olursa olsun, gerçek kişilere hasredilen hak ve borçlar dışında sınırsız hale gelmiştir (*Dural/Öğüz*, s. 248; *Pulaşlı*, s. 79; *Yıldız*, s. 114).

olduğu izlenimini uyandırmaya müsaittir. Doktrinde, özellikle bu hüküm dikkate alınarak, tüzel kişilerin hak ehliyetinin tahsis ilkesi (veya ultra vires) gereğince sınırlanabileceği kabul edilmektedir²⁵. Doktrindeki diğer bir görüş, söz konusu ilkenin tüzel kişinin hak ehliyetini değil; fiil ehliyetini sınırladığını savunmaktadır²⁶. Bu iki görüşün yanı sıra, doktrinde üçüncü bir görüşe göre de tüzel kişilerin ehliyetleri amaçlarıyla sınırlı değildir²⁷. Görüldüğü gibi, tahsis ilkesinin (veya ultra vires) medenî hukuk tüzel kişilerinde geçerli olup olmadığı, geçerli olduğu kabul edilse bile, söz konusu ilkenin tüzel kişinin hak ehliyetini mi yoksa fiil ehliyetini mi sınırladığı konusunda, doktrinde bir görüş birliği yoktur.

Dernekler Kanunu madde 90/1'deki hükmün, derneklerin ehliyetini (*doktrindeki farklı görüşler uyarınca, hak veya fiil ehliyetini*) sınırladığı kabul edildiğinde dahi, karşımıza bu sınırlamanın medenî usûl hukukunda geçerli olup olmadığı sorunu çıkmaktadır. Örneğin hak ehliyetini sınırladığı görüşü benimsenecek olursa, maddî hukuktaki hak ehliyetinin medenî usûl hukukundaki karşılığı taraf ehliyeti de bu kapsamda sınırlanacak mıdır? Aynı şekilde bu soruyu, fiil ehliyeti ve medenî usûl hukukundaki dava ehliyeti bakımından da düşünmek mümkündür. Türk doktrininde *Erişir*, bizim de katıldığımız üzere, bu soruya olumsuz cevap vermektedir. Yazara göre, medenî usûl hukukunda taraf ehliyeti, maddî hukuktaki sınırlamaları ihtiva etmeyen bir hak olarak anlaşılmalıdır²⁸. Doktrinde diğer yazarlar tarafından bu konuya açıkça değinilmemiş olsa da taraf ehliyetine ilişkin açıklamalarda bulunurken, maddî hukuktaki sınırlamalardan bahsetmeyerek tüzel kişilerin geçerli olarak kuruldukları andan itibaren hak ehliyetine,

²⁵ Serozan, s. 33-34; Özsunay, s. 61-62; Öztan, s. 29; Zevkliler/Acabey/Gökyayla, s. 563.

²⁶ Hatemi, s. 154; Akipek/Akıntürk/Ateş Karaman, s. 546; Alper, s. 76.

²⁷ Akünal, s. 26; Dural/Öğüz, s. 247-248.

²⁸ *Erişir*, s. 53. Doktrinde *Kale*, aksi görüştedir. Yazar, Türk doktrini bakımından tüzel kişilerde, ultra vires uygulanıp uygulanmamasının tartışmalı olduğunu dile getirdikten sonra, şayet tüzel kişilerde ultra vires ilkesinin geçerli olduğu sonucuna varılacaksa hak ehliyetindeki bu sınırlama, taraf ehliyetini de etkileyeceği sonucuna varmıştır. Yazara göre, tüzel kişilerin ehliyetinin ultra vires doktrinine göre sınırlanmayacağı kabul edilecek olursa da bu durumda taraf ehliyetinin kapsamı daha geniş olacaktır. (*Kale*, s. 89-90).

dolayısıyla da taraf ehliyetine sahip olacakları belirtilmektedir²⁹. Bu tartışmalar aynı şekilde, fiil ehliyeti ve sınırlamaları için de yapılabilir. Katıldığımız görüşe göre, fiil ehliyetinin sınırlandırıldığı kabul edilse dahi, bu sınırlama medenî usûl hukukunda geçerli değildir.

Bir tüzel kişinin açtığı topluluk davasının statüsüne uygun olup olmadığı değerlendirilirken, ultra vires ilkesine göre bir yorum yapılmaması gerektiği düşünmekteyiz. Zira öncelikle, ultra vires ilkesinin tüzel kişilerde geçerli olduğu dahi tartışmalıdır. Ayrıca geçerli olduğu kabul edilecek olsa bile, söz konusu ilke, tüzel kişilerin hak ehliyetini veya fiil ehliyetini (doktrindeki farklı görüşlere göre) sınırlayacaktır. Maddî hukuktaki bu ehliyetlerin usûl hukukundaki görünümü ise taraf ve dava ehliyetidir. Katıldığımız görüş uyarınca, hak veya fiil ehliyetine getirilen maddî hukuktaki sınırlamalar, medenî usûl hukukuna yansımayacaktır. Başka bir deyişle, kanaatimizce, tüzel kişi kanunla kurulmuş ve kanunda öngörülen organlara sahipse topluluk davasında, taraf ve dava ehliyetine de sahiptir. Kaldı ki, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 113. maddesinde kanun koyucu, davacı tüzel kişilere belirli şartlar altında, topluluk davası açabilmeleri için kanunî bir dava takip yetkisi tanımıştır. Şayet bir tüzel kişi, statüsüne uygun olarak dava açmazsa bu durumda, onun bu davada dava takip yetkisinin olmadığı kabul edilecek ve dava bu sebeple usûlden reddedilecektir. Başka bir deyişle, burada tartışılması gereken husus, tüzel kişinin taraf veya dava ehliyetinin varlığı değil; davada dava takip yetkisinin olup olmadığıdır. Hak veya fiil ehliyetinin sınırlamasıyla ilgili olan ultra vires ilkesi gerekçe gösterilerek dava açacak tüzel kişilerin statülerinde açıkça dava açma yetkisini aramak, söz konusu hükmün uygulamasını oldukça daraltacaktır.

Kaya'nın görüşü de Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girdikten sonra, özel hukuk uyumsuzlukları bakımından geçerli olmayacaktır. Zira Kanun'da derneklere ve diğer tüzel hukuk kişilerine açıkça genel bir dava takip yetkisi tanınmıştır. Böylece, maddedeki şartlara uygun olduğu müd-

²⁹ Belgesay, s. 78; Ansay, s. 109; Berkin, s. 63; Postacıoğlu, s. 209; Kuru, C. I., 929; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 223; Üstündağ, s. 288; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 294; Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 116; Karşı, s. 302; Umar, s. 192-193; Yılmaz, s. 515.

detçe, tüzel kişilerin topluluk davası açmakta korunmaya değer bir menfaati olduğu kanun koyucu tarafından kabul edilmektedir.

Bir tüzel kişinin statüsü çerçevesinde dava açtığını tespit etmek bakımından, kanaatimizce, söz konusu tüzel kişinin statüsünde yer alan amaç ve faaliyetleri ile topluluk davasının konusunun uyuşması yeterlidir. Örneğin, Emekli Öğretim Üyeleri Derneği, sadece emekli öğretim üyelerinin menfaatlerini korumak için topluluk davası açabilir, tüm öğretim üyelerinin menfaatini korumak için dava açamaz. Ya da bu dernek sadece, emekli öğretim üyelerinin derneğin kuruluş amacıyla ilgili menfaatlerini ilgilendiren davalar açabilir. Mesela, emekli öğretim üyeleri de birer tüketici olduklarından bahisle söz konusu derneğin tüketici hukukuyla ilgili bir davayı açması durumunda, derneğin dava takip yetkisi olmadığından dava usûlden reddedilecektir. Bu çerçevede, bir derneğin dava açabilmesi için tüzüğünde dava açabileceği yönünde bir kural veya yetki bulunmasına da gerek yoktur. Zira, derneğin üyelerinin menfaatlerini tüzüğünde öngörülen amacına uygun olarak koruması, zaten amacını gerçekleştirmek anlamına gelmektedir. Bir dernek, üyelerinin haklarını korumak için bir dava açıyorsa bu noktada, derneğin korunmaya değer bir menfaati vardır. Kanun koyucu da topluluk davasını düzenlediği 113. maddede, statüsü çerçevesinde dava açılması ifadesini kullanarak kanaatimizce bu hususu belirtmektedir. Böylece statüsü çerçevesinde dava açan derneğin, kanunî olarak kabul edilmiş korunan bir menfaati vardır ve derneğe kanun koyucu tarafından bir dava takip yetkisi tanınmıştır.

b. Yargıtay'ın Görüşünün Değerlendirilmesi

Yargıtay'ın topluluk davasıyla ilgili çok fazla kararı bulunmamaktadır. Ulaşabildiğimiz kararlar arasında, bir derneğin topluluk davası açması için tüzüğünde dava açmaya yönelik yetki verilmesine gerek olup olmadığına ilişkin Yargıtay'ın görüşünü yansıtan bir kararına rastlayamadık. Ancak 14. Hukuk Dairesi'nin kararlarından iki tanesi, Yargıtay'ın tüzel kişilerin "*statüleri çerçevesinde*" dava açmasına ilişkin şimdilik oluşan kanaatini göstermesi bakımından önemlidir. Söz konusu kararlar, derneklerle ilgili olmayıp baroların açtığı adliyedeki baz istasyonlarının kaldırılması talebini içeren topluluk davalarıyla ilgilidir.

Yargıtay'ın bu konudaki 22.3.2013 tarihli ilk kararı şöyledir:

“...somut olay bakımından, Baro tarafından HMK'nun 113. maddesine dayanılarak sağlığı tehdit ettiği iddiası ile baz istasyonlarının kaldırılması davası açılıp açılmayacağı hususunun tartışılması gerekmektedir. / ...1136 sayılı Avukatlık Kanunu'nun Baroların kuruluş ve niteliklerini düzenleyen 76. maddesi gereğince Baroların, avukatlık melseğini geliştirmek, meslek mensuplarının birbirleri ve iş sahipleri ile olan ilişkilerinde dürüstlüğü ve güveni sağlamak; meslek düzenini, ahlakını, saygınlığını, hukukun üstünlüğünü, insan haklarını savunmak ve korumak, avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacıyla tüm çalışmalarını yürüten, tüzel kişiliği bulunan, çalışmalarını demokratik ilkelere göre sürdüren kamu kurumu niteliğinde meslek kuruluşları olduğu, kuruluş amaçları dışında faaliyette bulunamayacakları, Baro Yönetim Kurulu'nun görevlerinin sayıldığı 95. maddesinde, avukatlık onurunun ve meslek düzeninin korunmasını, meslekin adalet amaçlarına uygun olarak bağlılık ve onurla yapılmasını sağlamak, mesleki ödevler hususunda Baro mensuplarına yol göstermek ve onlara bilgi vermek ve mesleki görevlerin yapılıp yapılmadığını denetlemek, mesleğe ve meslek mensuplarına yönelik hak ihlallerine karşı avukatlık mesleğini ve meslektaşlarını savunmak, bu konularda her türlü yasal ve idari girişimde bulunmak, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmakla görevli olduğu hükmüne yer verilmiştir. / Yukarıda yapılan açıklamaların ışığı altında somut olaya gelince; davacı Aydın Barosu Başkanlığı, Aydın Barosu, Aydın Adliyesi ve avukatlık bürolarının yanında veya tam karşısında kurulu olan baz istasyonunun sağlığı tehdit ettiğini belirterek kaldırılmasını istemiştir. Davacı Baro Başkanlığı, Avukatlık Kanunu gereğince tüzel kişiliği bulunan kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşudur. Barolar, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmak konusunda yasal olarak yetkili kılınmış olmakla birlikte Baroların hukukun üstünlüğünü savunma görevinin avukatlık mesleğinin geliştirilmesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğinden, Baronun avukatlık mesleğini ilgilendirmeyen ve avukatların ortak menfaatlerini koruma amacı dışında kalan işlemleri dava konusu etmesi durumunda, aktif dava ehliyetinin bulunduğu düşü-

nülemez. Kuruluş amacı, avukatlık mesleğini geliştirmek ve avukatlık mesleğini yapanların birbirleri ve iş sahipleri ile aralarındaki ilişkileri geliştirmek olup tüzel kişilik çalışanlarının sağlığı ile ilgili olarak onlar adına hareket etme görev ve yetkisi yoktur.”³⁰

14. Hukuk Dairesi, aynı konuya ilişkin verdiği ikinci kararında da benzer gerekçelerle, ilk karardaki görüşünü sürdürmüş ve davacı Kırıkkale Barosu'nun baz istasyonlarının kaldırılmasına ilişkin davayı açamayacağı sonucuna varmıştır³¹.

Söz konusu kararlarda, açıkça belirtmemiş olsa da, davacı baroların açtıkları topluluk davasının madde 113'te öngörülen “statüleri çerçevesi” şartına uygun olup olmadığı değerlendirilmiştir. Hukuk Dairesi, bu değerlendirmeyi Avukatlık Kanunu uyarınca, baroların kuruluş amacı ve niteliklerini göz önüne alarak yapmış ve davacı baroların söz konusu davalarda, aktif dava ehliyetinin olmadığı sonucuna varmıştır. Öncelikle, bir an için söz konusu davaların statüleri çerçevesinde açılmadığı kabul edilse dahi, davacı baroların aktif dava ehliyeti olmadığı sonucuna varılması doğru değildir. Dava ehliyeti, medenî hakları kullanma ehliyetinin medenî usûl hukukundaki görünümüdür (HMK m.51). Barolar, kuruluşlarının Adalet Bakanlığı'na bildirilmesiyle tüzel kişilik kazanırlar (AvK. m. 77/3). Kamu tüzel kişisi olan

³⁰ 14. HD, 22.03.2013, 1000/4361 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası).

³¹ “...davacı Kırıkkale Barosu Başkanlığı, Kırıkkale Adliyesinde kurulu olan baz istasyonlarının sağlığı tehdit ettiğini belirterek kaldırılmasını istemiştir. Davacı Baro Başkanlığı, Avukatlık Kanunu gereğince tüzel kişiliği bulunan kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşudur. Barolar, hukukun üstünlüğünü ve insan haklarını savunmak, korumak ve bu kavramlara işlerlik kazandırmak konusunda yasal olarak yetkili kılınmış olmakla birlikte, Baroların hukukun üstünlüğünü savunma görevinin avukatlık mesleğinin geliştirilmesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiğinden, Baroların avukatlık mesleğini ilgilendirmeyen ve avukatların ortak menfaatlerini koruma amacı dışında kalan işlemleri dava konusu etmesi durumunda, aktif dava ehliyetinin bulunduğu düşünülemez. Kuruluş amacı, avukatlık mesleğini geliştirmek ve avukatlık mesleğini yapanların birbirleri ve iş sahipleri ile aralarındaki ilişkileri geliştirmek olup onlar adına bu davayı açma görev ve yetkisi yoktur./Bu durumda mahkemece, yukarıda yapılan açıklamalar gözetilerek davacı Baro'nun aktif dava ehliyeti bulunmadığından davanın reddi gerekirken işin esasının incelenerek yazılı şekilde karar verilmesi doğru görülmemiş, bu sebeple hükmün bozulması gerekmiştir.” 14. HD, 10.05.2013, 5359/7140 (Kazancı İçtihat-Bilişim Bilgi Bankası).

baroların fiil ehliyetleri, dolayısıyla dava ehliyetleri vardır ve bu ehliyetlerini davalarda yetkili organları aracılığıyla kullanırlar (HMK m. 52). Dolayısıyla söz konusu davalarda, baroların dava ehliyeti tamdır. Burada tartışılması gereken usûlî eksiklik, dava ehliyeti değil; dava takip yetkisidir. Kanun'da, topluluk davası açmak için dava takip yetkisi, belirli şartlar altında verilmiştir (HMK m. 113). Eğer davacı tüzel kişinin statüsüne uygun olarak topluluk davası açmadığı kanaatine varılıyorsa davacının dava şartı olan dava takip yetkisi (HMK m. 114/1-e) olmadığı sonucuna varılmalıdır.

Davanın statüsüne uygun açılıp açılmadığı noktasında da 14. Hukuk Dairesi'nden farklı düşünmekteyiz. Kararlarda, her iki baronun da ancak Avukatlık Kanunu gereğince dava açabileceği, baz istasyonlarının kaldırılmasına ilişkin davaların ise, avukatlık mesleğini ilgilendirmediği ve avukatların ortak menfaatleriyle ilgili olmadığı için bir baro tarafından açılmayacağı belirtilmiştir. Oysa baroların kuruluş ve niteliklerini düzenleyen Avukatlık Kanunu'nun 76. maddesinin birinci fıkrasına göre, Aydın ve Kırıkkale Barosu bu davayı statüleri çerçevesinde açmıştır; çünkü barolar tam da bu madde uyarınca, bir meslek kuruluşu olarak insan haklarını savunmak ve korumak ve ayrıca avukatların ortak ihtiyaçlarını karşılamak amacını taşımaktadır. Avukatların mesleklerini icra ettikleri yerlerden biri olan adliyelerde, bir baronunun kendi mensubu olan avukatların sağlıklarını da tehlikeye atan baz istasyonlarının kaldırılmasına ilişkin bir dava açması, tam olarak avukatların ortak menfaatlerinin korunması amacına hizmet etmektedir. Bu davada Aydın ve Kırıkkale Baroları, üyesi olan avukatlardan oluşan topluluğu temsil veya topluluk adına hareket edebilecek tüzel kişiliklerdir³².

Topluluk davası, özellikle Hukuk Muhakemeleri Kanunu yürürlüğe girmeden önce, uygulama alanı çok olmayan bir kurumdur. Bu konudaki Yargıtay içtihadının azlığı da söz konusu davaların henüz geniş bir uygulama alanının olmadığını göstermektedir. Kanun koyucunun amacı, topluluk davasını düzenleyen madde gerekçesinde de belirttiği üzere, bu davaya kanunî bir temel kazandırarak, söz konusu davaların yaygınlaşmasını sağ-

³² Pekcanitez/Atalay/Özekes, topluluk davasının tanımında, davayı açabilecek olan tüzel kişileri belirtirken "...o topluluğu temsil ya da o topluluk adına hareket edebilecek olanlar..." ifadesini kullanmıştır (Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 494).

lamaktır³³. Ancak Yargıtay bu başlık altında değindiğimiz iki kararında da, davayı açabilecek tüzel kişiler bakımından oldukça sınırlayıcı bir yorum yapmıştır. Yargıtay'ın bu tutumu, topluluk davalarının uygulanmasını sınırlama eğiliminde olduğu şeklinde yorumlanmaya müsaittir.

c. Alman Federal Mahkemesinin Statüye Uygunluk Bakımından Kabul Ettiği Kriterler ve Bu Kriterlerin Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi

Alman Federal Mahkemesi'nin kararında, davacı *Dernek*'in kanunî dava takip yetkisi olmasa da bu davayı açmakta iradî dava yetkisinin olup olmadığı tartışılmıştır. İstinaf Mahkemesi ve Federal Mahkeme, davacı *Dernek*'in iradî dava takip yetkisine sahip olup olmadığını tespiti için öncelikle, açılan davanın dernek statüsüne uygun olarak açılıp açılmadığına ilişkin bir değerlendirme yapmıştır. Somut olayda, davacı *Dernek*'e tüzüğünde, üyeleri adına dava açma yetkisi tanınmıştır. Ancak buna rağmen *Dernek*'in statüsüne uygun olarak üyelerinin menfaatlerini koruyup korumadığı konusunda, İstinaf Mahkemesi ve Federal Mahkeme farklı kararlar vermiştir. İki mahkemenin görüş ayrılığına düşmesinin sebebi somut olayda, *Dernek*'in genel kurul kararıyla dava açma konusunda yetki veren üyelerinin tamamı için değil; sadece kendi yönetim kurulunu oluşturan dokuz üyeyle davayı sınırlanmış olmasıdır.

Her iki mahkemenin de kabul ettiği soyut ve genel kriterler, aşamalı olarak, şu şekilde özetlenebilir:

³³ Topluluk davasını düzenleyen maddenin gerekçesinde “*Maddede yer alan düzenlemeyle, esas itibarıyla Anglo-Sakson menşeli bir kurum olan ve Kıta Avrupası hukuk düzenlerinde de kabul görmeye başlamış bulunan, topluluk davası (grup, sınıf davası) kurumunun, kavramsal çerçevede de mevzuatımıza girmesi sağlanmıştır...Topluluk davası yoluyla, toplumsal yararın korunması ile dar ve teknik anlamda hukukî yarar kavramında bir açılım yaratılması sağlanmaktadır*” şeklinde yer alan ifadelerden anlaşıldığı üzere, kanun koyucun amacı, topluluk davasının kanunî düzenlemeye kavuşturularak uygulanmasını arttırmaktır. Madde gerekçesinin tamamı için bkz. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Madde Gerekçeleri ve 1086 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununda Karşılıdığı Maddeler, m. 118 (Kazancı İçtihat Bilişim-Bilgi Bankası).

- Bir dernek, üyelerine ait yabancı bir hakkı korumak için ancak kendi adına dava açma konusunda korunmaya değer bir menfaati varsa açabilir.
- Derneğin korunmaya değer menfaatinin olup olmadığı da hakkın takibinin dernek üyelerinin menfaatlerinin derneğin statüsüne uygun olarak korunmasına bağlıdır.
- Statüye uygunluk ise, davanın amacının üyelerin menfaatini ilgilendirmesi ve üyelerin hakkını korumak için yapılan talebin bireysel menfaatlerin korunmasında aşırıya kaçılmamasıdır.

Mahkemelerin görüş ayrılığına düştükleri kriter, üçüncü kriterdir. Somut olayda, İstinaf Mahkemesi statüsüne uygun olarak dava açmayı, Federal Mahkeme'ye göre daha sınırlı bir biçimde yorumlamıştır. İstinaf Mahkemesi'ne göre, dernek sadece dokuz üyeyle sınırlı dava açarak, amacından ve genel kurul kararlarında kendisine verilen yetkiden farklı hareket etmiş ve sadece belli üyelerin bireysel menfaatini takip ederek statüsüne uygun bir şekilde dava açmamıştır.

Federal Mahkeme ise, *Dernek*'in iradî dava takip yetkisinin olup olmadığını değerlendirirken üyelerin sayısının önemli olmadığını belirtmiştir. Mahkemeye göre, önemli olan dava neticesinde ulaşılmak istenen amacın haklarında dava açılmayan diğer üyelerin ticarî menfaatlerini de ilgilendirmesidir. Mahkemenin söz konusu yargılamada elde edilecek hükmün sadece dernek üyeleri ile davalı arasında kesin hüküm etkisi doğurmasının, davacı *Dernek*'in dava açmadaki menfaatini etkilemeyeceği yönündeki tespiti oldukça önemlidir. Mahkemeye göre, açılan dava, dokuz üyeyle sınırlandırılmış olsa da diğer üyelerin kolektif menfaatlerinin davacı tarafından korunmasına hizmet etmektedir. Çünkü davalı tarafından uygulanan kâr oranlarının azaltılmasına ilişkin hukukî mesele, genel ve yetkili bayilerin bireysel koşullarından bağımsız olarak cevaplandırılabilir bir uyuşmazlıktır. Dolayısıyla söz konusu davanın dokuz üyeyle sınırlandırılmış olması, üyelerin bireysel menfaatlerini koruma noktasında, aşırıya kaçma olarak anlaşılmamalıdır. Başka bir deyişle, açılan davanın *Dernek*'in tüzüğüne uygun olarak kabul edilmesi için, üyelerin tamamı ya da en azından çoğunluğu hakkında hukukî yollara başvurulması zorunlu değildir. Tek bir üyeyle sınırlı

bir dava da üyelerin tamamı veya çoğunluğunun çıkarlarını takip etme amacına hizmet ediyorsa davacının davayı açmasında hukukî yararı vardır³⁴.

Federal Mahkeme bu kararıyla, kanunî dava takip yetkisi olmayan derneklerin iradî dava yetkilisi olarak dava açabilmelerine imkân sağlayan içtihadî uygulamasını bir adım daha öteye taşımıştır. Söz konusu davada mahkemenin yaptığı yorum, her şeyden önce, derneklerin üyelerinin menfaatlerini korumaya yönelik dava açabilmeleri konusunda esnek olduğunu göstermektedir.

Federal Mahkeme'nin derneklerin tüzüklerine uygun dava açıp açmadığına ilişkin koyduğu kriterler hukukumuzda da uygulanabilir. Böylece örneğin, bir derneğin tüzüğüne uygun dava açıp açmadığı değerlendirilirken öncelikle, dernek tüzüğünde belirtilen amaç ve faaliyet konuları ile açılan davada ileri sürülen talebin uyuşup uyuşmadığına bakılmalıdır. Önemli olan haklarında dava açılan üyelerin sayısı değil, ileri sürülen taleplerin diğer üyelerin menfaatlerini de ilgilendirmesi ve belli birtakım üyelerin menfaati için dava açılmasında sadece bu üyelerin bireysel menfaatlerini koruma konusunda aşırıya kaçılmamasıdır.

IV. SONUÇ

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda, tüzel kişilerin topluluk davası açması genel olarak öngörülmüş ve onlara Kanun'daki şartlara uygun olarak dava açılması halinde, üyelerinin menfaatlerini korumak için dava takip yetkisi tanınmıştır (HMK m. 113). Dolayısıyla kanun koyucu, kanunî şartlara uygun bir dava açılması halinde, söz konusu davalarda davacı tüzel kişilerin korunmaya değer bir hukukî menfaatlerinin olduğunu kabul etmektedir. Şayet bir tüzel kişi, topluluk davasını Kanun'da öngörülen şartlara uygun bir şekilde açmazsa o davada dava takip yetkisinin olmadığı gerekçesiyle davanın usûlden reddine karar verilecektir.

³⁴ Federal Mahkeme'nin tespit ettiği bu kriterler, Alman doktrininde de kabul görmüştür. Doktrinde, hakka yabancı olanların iradî dava takip yetkilisi olarak dava açılması hallerine örnek olarak söz konusu karar gösterilmekte ve derneklerin iradî dava takip yetkisinin varlığı için söz konusu davaları, üyeleri tamamı veya çoğunluğu hakkında açmalarının gerekmediği belirtilmektedir (**Braun**, s. 341; **Prütting**, § 50, 47; **Thomas/Putzo**, § 51, kn. 35).

Çalışmamızda topluluk davası şartlarından statüleri çerçevesinde dava açılması incelenmiştir. Tüzel kişilerin topluluk davasını, statüleri çerçevesinde açabilmesi, statülerine uygun olarak dava açması demektir. Bu da davacı tüzel kişi örneğin, derneğe dernek tüzüğüne, vakıfısa vakıf senedi, sendikaysa sendika tüzüğüne uygunluk olarak anlaşılmalıdır. Çalışmamızda tüzel kişilerin statüleri çerçevesinde dava açma şartına ilişkin vardığımız sonuçlar şöyledir:

Öncelikle, topluluk davasının tüzel kişinin amaç ve faaliyetlerine uygun olup olmadığına bakılmalıdır. Çalışmamıza konu aldığımız, Alman Federal Mahkemesi'nin kararında da belirtildiği üzere, açılan dava neticesinde ulaşılmak istenen amaç ile derneğin amacının örtüşmesi gerekir. Ancak bu noktada, kanaatimizce, Türk doktrininde bazı yazarlarca kabul edildiği üzere, davacı tüzel kişinin dava açabilmesi için statüsünde dava açma konusunda bir yetki verilmiş olmasına ya da statüsünde faaliyetleri arasında üyelerinin ya da mensuplarının haklarını yasal yollarla koruyacağına ilişkin bir düzenlemenin yer almasına gerek yoktur. Zira Kanun'da topluluk davasına ilişkin maddede, dava açma konusunda yetki, genel olarak tüm tüzel kişilere tanınmıştır. Tüzel kişinin amaç ve faaliyetlerine uygun dava açmasından anlaşılması gereken, tüzel kişi hangi amaç için kurulmuşsa bu amaç doğrultusunda topluluk davası açabilmesidir. Sadece üyelerinin ya da mensuplarının menfaatlerini korumak gayesiyle, amacının tamamen dışında bir dava açması halinde, dava usûlden reddedilecektir. Ayrıca, Federal Mahkeme'nin isabetle belirttiği üzere, bir derneğin açtığı davanın tüzüğüne uygun olarak kabul edilmesi için, üyelerin tamamının ya da en azından çoğunluğu için hukukî yollara başvurması zorunlu değildir. Derneğin tek bir üyeyle sınırlandırdığı bir dava da şayet üyelerin tamamı veya çoğunluğunun çıkarlarını takip etme amacına hizmet ediyorsa davacının davayı açmasında hukukî yararı vardır.

Kaynakça

- Akil, C.;** *Yeni İsviçre Federal Medenî Usûl Yasası'nda Yer Alan Topluluk Davası (m. 89) Üzerine Kısa Bir Not*, TBBD, S. 95, 2011, s. 163 vd.
- Akipek, J. G./Akıntürk, T./Ateş Karaman, D.;** *Türk Medeni Hukuku Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, C. I, 8. Bası, İstanbul 2011.*
- Akünel, T.;** *Türk Medeni Hukukunda Tüzel Kişiler*, İstanbul 1995.
- Alangoya, Y./Yıldırım, K./Deren-Yıldırım, N.;** *Medenî Usûl Hukuku Esasları, 7. Baskı, İstanbul 2009.*
- Alper, G.;** *Özel Türk Hukukunda Ultra Vires İlkesi (Anlamı ve Kapsamı)*, İstanbul 2013.
- Ansay, S. Ş.;** *Hukuk Yargılama Usûlleri, 7. Bası, Ankara 1958.*
- Atalı, M.;** *Tarihi Bir Tesadüf: İsviçre'de ve Türkiye'de Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarıları, Temel Yapıdaki Benzerlik ve Farklılıklar*, HPD, S. 8, 2006, s. vd.
- Atalı, M. (Çev.);** *Almanya'da Kolektif Hukukî Himayenin Geliştirilmesi*, Prof. Dr. Fırat ÖZTAN'a Armağan, C. I, Ankara 2011, s. 1041 vd.
- Belgesay, M. R.;** *Dava Teorisi*, İstanbul 1943.
- Berkin, N. M.;** *Medenî Usûl Hukuku Esasları*, İstanbul 1969.
- Bärmann, J./Seuß, H.;** *Praxis Des Wohnungseigentum*, 6. Auflage, München 2013.
- Baumbach, A./Braun, J.;** *Lehrbuch des Zivilprozessrecht*, Tübingen 2014.
- Börü, L.;** *Sıfat ve Dava Takip Yetkisi*, BATİDER C. XXVII, S. 3, Eylül 2011, s. 249 vd.
- Çiftçi, P. (Çev.);** *Kolektif Hakların Yerine Getirilmesi*, X. Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı, İzmir 1-2 Ekim 2012, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, s. 221 vd.
- Deren-Yıldırım, N.;** *Türk, İsviçre ve Alman Medenî Usûl Hukukunda Kesin Hükümün Subjektif Sınırları*, İstanbul 1996.

- Deren-Yıldırım, N.;** *Kolektif Hukuki Himaye Medeni Usul Hukukunda Sonun Başlangıcı Mı, Etkin Hukuki Himayenin Vazgeçilmez Unsuru mu? II*, YD, 1997/2, s. 308 vd.
- Dural, M./Öğüz, T.;** *Kişiler Hukuku*, 12. Bası, İstanbul 2012.
- Erişir, E.;** *Taraf Ehliyeti*, İzmir 2007.
- Hanağası, E.;** *Davada Menfaat*, Ankara 2009.
- Hanağası, E.;** *Kolektif Menfaatin Hukuki Himayesi Biçimi Olarak Topluluk Davaları*, Halûk Konuralp Anısına Armağan, C. 1, Ankara 2009, s. 351 vd.
- Hatemi, H.;** *Medeni Hukuk Tüzel Kişileri*, İstanbul 1982.
- Kale, S.;** *Medenî Yargılamada Taraf Ehliyeti*, İstanbul 2010.
- Karaaslan, V./Eroğlu, M.;** *Kolektif Hukukî Himayenin Farklı Görünüm Şekilleri: Class Action ve Topluluk Davaları*, EÜHFD, C. XII, S. 3-4, Yıl: 2008, s. 201 vd.
- Karşlı, A.;** *Medenî Muhakeme Hukuku Ders Kitabı*, 2. Baskı, İstanbul 2011.
- Kaya, C.;** *İptal Davalarında Kişisellik Unsuru Açısından Derneklerin Sübjektif Dava Ehliyeti*, Prof. Dr. Bilge Öztan'a Armağan, Ankara 2008, s. 1295 vd.
- Kuru, B.;** *Hukuk Muhakemeleri Usûlü C. I*, İstanbul 2001.
- Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, Y.;** *Medenî Usûl Hukuku (Ders Kitabı)*, 24. Bası, Ankara 2013.
- Kuru, B./Budak, A. C.;** *Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Getirdiği Başlıca Yenilikler*, İBD, C. 85, S.5, 2011, s. 3 vd.
- Musiellak, H. J.;** *Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz Kommentar*, München 2014.
- Oğuzman, M. K./Seliçi, Ö./Oktay-Özdemir, S.;** *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, 12. Bası, İstanbul 2012.
- Özbay, İ.;** *Grup Davaları*, Ankara 2009.
- Özbay, İ.;** *Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Topluluk Davaları*, Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukukçuları Toplantısı-X, İzmir 1-2 Ekim 2012, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, s. 246 vd (*Topluluk Davaları*).
- Özsunay, E.;** *Medeni Hukukumuzda Tüzel Kişiler*, İstanbul 1982.

- Öztan, B.;** Tüzel Kişiler (Ders Notları), Ankara 1994.
- Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.;** Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.
- Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.;** Medenî Usûl Hukuku, Ders Kitabı, 2. Bası, Ankara 2014.
- Postacıoğlu, İ.;** Medenî Usûl Hukuku Dersleri, 6. Bası, İstanbul 1975.
- Prütting, H./Gehrlein, M.;** ZPO Kommentar, 6. Auflage, München 2014.
- Pulaşlı, H.;** 6102 sayılı Türk Ticaret Kanununa Göre Şirketler Hukuku Şerhi, C. I, Ankara 2011.
- Saenger, I.;** Zivilprozessordnung, Baden 2013.
- Saenger, I.;** *Kollektive Rechtsdurchsetzung*, X. Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukukçuları Toplantısı, İzmir 1-2 Ekim 2012, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, s. 197 vd. (*Kollektiv*).
- Schellhammer, K.;** Zivilprozess (Gesetz-Paxis-Fälle), 13. Auflage, 2010.
- Serozan, R.;** Tüzel Kişiler, Özellikle Dernekler ve Vakıflar, İstanbul 1994.
- Stein/Jonas/Reinhard, B.;** Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 2, §§ 41-127a, 22. Auflage, Tübingen 2004.
- Thomas, H./Putzo, H.;** Zivilprozessordnung FamFG, 35. Auflage, München 2014.
- Umar, B.;** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2014.
- Uysal, M.;** *Avrupa Birliği ve Türk Hukukunda Kolektif Hukuki Araçlar*, DEÜHFD, C. 15, Özel Sayı 2013 s. 1163 vd. (Basım yılı: 2014).
- Üstündağ, S.;** Medenî Yargılama Hukuku, 7. Bası, İstanbul 2000.
- Yıldız, B.;** *Ultra Vires İlkesinin Kaldırılmasının Ardından İşletme Konusunun Unsuru ve Ticaret Şirketlerinin İşletme Konusu Dışındaki İşlemlerinin Hukuki Niteliği*, BTHD, Eylül 2011, C. XXVII, S. 3, s. 111 vd.
- Yılmaz, E.;** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2013.
- Zevkliler, A./Acabey, B./Gökyayla, E.;** Medeni Hukuk (Giriş-Başlangıç Hükümleri-Kişiler Hukuku-Aile Hukuku), Ankara 2000.
- Zöllner, R.;** Zivilprozessordnung, 30. Auflage, Köln 2014.

Kısaltmalar

- AŞ.** : Anonim Şirket
BATİDER : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BeckRS : Beck-Rechtsperung (*Online- Dergi*)
BGH : Bundesgerichtshof (*Alman Federal Mahkemesi*)
BGHZ : Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshof in Zivilsachen
bkz. : bakınız
BTHD : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
C. : Cilt
çev. : Çeviren
DD : Danıştay Dairesi
DK : 5253 sayılı Dernekler Kanunu
EÜHFD : Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
GRUR : Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (*Dergi*)
HD : Yargıtay Hukuk Dairesi
HMK : 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu
HPD : Hukuki Perspektifler Dergisi
İBD : İstanbul Barosu Dergisi
İDDGK : Danıştay İdari Dava Daireleri Genel Kurulu
Kn. : Kenar numarası
krş. : karşılaştırmız
m. : madde
MDR : Monatsschrift für Deutsches Recht (*Dergi*)
Nr. : Nummer
NJW : Neue juristische Wochenschrift (*Dergi*)
NZG : Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (*Dergi*)

| | |
|-------------|--|
| OLG | : Oberlandesgericht (<i>Eyalet Mahkemesi, İstinaf Mahkemesi</i>) |
| RKHK | : 4054 sayılı Rekabetin Korunması Hakkında Kanun |
| s. | : sayfa |
| TBBD | : Türkiye Barolar Birliği Dergisi |
| TKHK | : Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun |
| TMK | : 4721 sayılı Türk Medenî Kanunu |
| Urt. | : Urteil (Karar) |
| vd. | : ve devamı |
| YD | : Yargıtay Dergisi |
| ZPO | : Zivilprozessordnung (<i>Alman Medenî Usûl Kanunu</i>) |

^HMİLLETLERARASI DERDESTLİK (Lis Alibi Pendens)

Arş. Gör. Ersin ERDOĞAN*

1. Genel Olarak

Bir uyuşmazlık konusu hakkında birden fazla ülkede birden fazla mahkemenin yetkili olması durumu söz konusu olabilir. Örneğin bir Fransız ile bir Türk arasında yapılan satım sözleşmesinde malların ifa yeri olarak Paris kararlaştırılmış, davalının yerleşim yeri de Ankara ise Türk mahkemeleri davalının yerleşim yeri nedeniyle yetkili olacak, muhtemeldir ki borcun ifa yeri sebebiyle Fransız mahkemeleri de yetkili olabilecek, hatta aradaki ilişki nedeniyle uyuşmazlıkla daha sıkı ilişkili üçüncü bir ülkenin de yetkisi gündeme gelebilecektir. Bu halde ilgili mahkemeler arasında milletlerarası yetki bağlamında pozitif bir yetki uyuşmazlığı çıkar¹. İşte aynı uyuşmazlık hakkında birden fazla ülke mahkemesinin yargılama yürütmesi halinde sorun olarak ortaya çıkan mesele, milletlerarası derdestlik yahut yabancı derdestlik olarak adlandırılır.

HMK m. 114 gereği iç -milli- uyuşmazlıklar açısından derdestlik, yani aynı davanın daha önceden açılmış ve halen görülmekte olması hali bir dava şartıdır. Bu çerçevede, yargılamanın her aşamasında taraflarca ileri sürülebilir ve hakim tarafından re'sen dikkate alınır ve ikinci davanın açıldığı mahkemece derdestlik nedeniyle davanın usulden reddine karar verilir. Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklar açısından da esas itibariyle derdestlik hali, hakimin hukukuna göre belirlenecektir. Bu manada davanın hangi

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

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

¹ **Baeumer**, Annette; Die auslaendische Rechtsaengigkeit und ihre Auswirkungen auf das internationale Zivilverfahrensrecht, Berlin 1999, s. 1; **Cheshire**, Geoffrey C./**Fawcett**, James J./**Carruthers**, Janeen M./**North**, Peter; Private International Law, Oxford 2012, s. 440.

anda açılmış olduğu, aynı davadan ne anlaşılması gerektiği hususları *lex foriye* göre belirlenecektir². Örneğin, Türk mahkemesindeki bir davanın açılış anı ile ilgili yabancı bir ülke hukukunun uygulanması mümkün değildir. Zira böyle bir uygulama hem pratik düşünceler ve usul ekonomisine uygun olmayacak hem milletlerarası karar ahengi bağlamında bir fayda sağlamayacak hem de tarafların bu kapsamda korunmaya değer farklı bir beklentilerinden söz edilemeyecektir. Derdestlik, saf görülecek yargılamanın işleyişi ile ilgili bir durumu ifade eder ve bu manada halihazırdaki kabule³ aykırı bir yorum yapmayı gerektirecek bir sebep mevcut değildir. Mesele, yurt dışındaki bir mahkemede açılmış olan davanın, derdestlik itirazına konu olarak veya hakim tarafından re'sen gözetilerek HMK m. 114'te öngörülen etkiyi gösterip göstermeyeceği noktasındadır.

Bu çalışmada, derdestliğe ilişkin olarak öz kavramsal açıklamadan sonra hukukumuzda ileri sürülen görüşler incelenecektir. Bu çerçevede milletlerarası derdestlik konusunda mevzuatımızda gerçekten genel bir hüküm bulunup bulunmadığı ve Türk hakiminin mevcut durum karşısında nasıl karar vermesi gerektiği tartışılacaktır. İlgili yerlerde Avrupa Birliği içerisinde, Kıta-Avrupası milli hukuklarında ve Anglo-Sakson hukukunda milletlerarası derdestliğin nasıl ele alındığı meselesi, mevcut görüşler temelinde karşılaştırmalı olarak incelenecektir. Bunun dışında özel olarak MÖHUK m. 41⁴ ile m. 48'de yer alan hükümlere ilişkin tartışmalara girilmeyecektir.

² **Rixen**, Hermann; Die Anwendung ausländischen Verfahrensrechts im deutschen Zivilprozess, Regensburg 1999, s. 162-163.

³ Yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda usul hukuku meselelerine uygulanacak hukuk konusunda yıllardır neredeyse evrensel olarak hakim in hukukunun uygulanması gerektiği kabul edilmesine rağmen, artık bunun mutlak olmadığı, özellikle maddi hukuk ile ilişkili somut bazı usul hukuku meselelerine hakim in hukuku dışında bir hukukun da uygulanabileceği tartışılıyor. Bu konuda bkz. **Arnold**, Anne K.; Lex Fori als versteckte Anknüpfung, Berlin 2009; **Jaeckel**, Fritz, Die Reichweite der lex-fori-Regel im internationalen Zivilprozessrecht, Berlin 1995; **Coester-Waltjen**, Dagmar; Internationales Beweisrecht: Das auf den Beweis anwendbare Recht in Rechtstreitigkeiten mit Auslandsbezug, München 1983; **Radtke**, Manfred; Der Grundsatz Der Lex Fori und Die Anwendbarkeit Ausländischen Verfahrensrechts, 1982; **Grunsky**, Wolfgang; "Lex Fori und Verfahrensrecht", ZJP 89, s. 241-259.

⁴ Bu konuda kapsamlı inceleme için bkz. **Akıncı**, Ziya; Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik, Ankara 2002.

2. Kavram

Derdestlik, bir uyuşmazlığa ilişkin olarak beraberinde belirli usuli sonuçları getiren, mahkemelerden birinin hüküm vermesi ile ortadan kalkacak olması nedeniyle zamansal anlamda sınırlı, bir askıda olma halidir⁵. Roma hukukundan beri aynı uyuşmazlığın birden fazla yargılanması, *ne bis de eadem re sit actio*, istenmemiştir. Zira bu durum hem gereksiz emek, zaman ve para kaybına neden olacak hem de neticede iki farklı kararın ortaya çıkma ihtimali nedeniyle hukuki kesinliğe ve güvenliğe zarar verecektir⁶. Hukuk Muhakemeleri Kanunu, derdestliği ismen zikretmeksizin aynı davanın daha önce açılmış ve halen görülmekte olmaması halini, olumsuz bir dava şartı olarak düzenlemiştir. Şu halde ilk tespit edilmesi gereken husus, derdestlik açısından aynı davadan ne anlaşılması gerektiğidir.

Aynı davadan söz edilebilmesi için ilk olarak tarafların aynı olması gerekmektedir⁷. Ancak burada belirleyici olan, tarafların kimliği⁸ ve verilecek hükmün diğer dava açısından kesin hüküm teşkil edip etmemesidir, yoksa ilgili davalar açısından tarafların konumları önemli değildir, yani ilk

⁵ Baeumer, s. 5.

⁶ Hk-ZPO/Saenger, Art. 261, para. 1; Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder; Medeni Usul Hukuku, Ankara 2014, s. 291; Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman-Figaneşe, İnci; Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2013, s. 395-396; Simons, unalex Kommentar Brüssel I-VO, vor Art. 27-30, para. 1; Hess, Burkhard; Europäisches Zivilprozessrecht, Heidelberg 2010, s. 321; Jaeckel, s. 85.

⁷ Zöller/Greger, Art. 261, para. 8a; Prütting/Gehrlein/Geisler, Art. 261, s. 788; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman, Art. 261, s. 1077; Kuru/Arslan/Yılmaz, s. 291; Thomas/Putzo/Reichold, Art. 261, s. 474; Pekcantez, Hakan/Atalay, Oğuz/Özekes, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013, s. 847; MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, Art. 261, s. 1549; Hk-ZPO/Saenger, Art. 261, para. 17; Karşlı, Abdurrahim; Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, İstanbul 2011, s. 435; Tanrıver, Süha; Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara 2007, s. 66; Kuru, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. IV, İstanbul 2001, s. 4233; Üstündağ, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1997, s. 485.

⁸ İlgili kişinin bir davanın tarafı iken diğer davada kanuni temsilci olması halinde taraflarda aynılıktan söz edilemeyecektir. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman, Art. 261, s. 1077; MüKo-ZPO/Becker-Eberhard, Art. 261, s. 1549.

davanın davacısı ikinci davada davalı, davalısı da davacı konumunda bulunabilir⁹.

Derdestlik itirazı bağlamında aynı davadan söz edilebilmesinin ikinci koşulu, uyumsuzluk konularının ve sebeplerinin aynı olmasıdır¹⁰. Bu unsur

⁹ **Zöllner/Greger**, Art. 261, para. 8a; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman**, Art. 261, s. 1077; **Thomas/Putzo/Reichold**, Art. 261, s. 474; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 847; **MüKo-ZPO/Becker-Eberhard**, Art. 261, s. 1549; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 847; **Kuru**, C. IV, s. 4233. ABAD ise Birlik müktesebatı çerçevesinde tarafların aynı olması konusunu, davada aynı rolde bulunmak koşuluna bağlamıyor, ancak mutlak manada aynı kişi olmayı da aramıyor, şayet uyumsuzluk konusuna ilişkin olarak tarafların menfaatleri örtüşüyor ve birine karşı alınacak hüküm diğeri açısından da kesin hüküm teşkil ediyor ise yine bu koşulun gerçekleşmiş olduğunu kabul ediyor. ABAD, 19.5.1998, C-351/96, *Drout Assurances SA v. CMI*, para. 19, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61996CJ0351&from=EN> (son erişim tarihi: 21.7.2014). Yine davalardan birinin tüzel kişilik adına yürütülürken diğerin de hukuken sahibi olan kimseye karşı, örneğin perdeyi kaldırma teorisi çerçevesinde, bizzat yürütülmesi halinde de tarafların aynılığından söz edileceğini belirtiyor. **Simons**, unalex Kommentar Brüssel I-VO, Art. 27, para. 28. Şayet davada, davacı ve davalı rolünde birden fazla kişi var ve aynılık yalnızca bazıları açısından söz konusu ise bu durumda yalnızca ilgili taraflar açısından m.27 uygulanacaktır. **Magnus/Mankowski/Fentiman**, Art. 27, para. 7; **Simons**, unalex Kommentar Brüssel I-VO, Art. 27, para. 26; **Hess**, s. 324.

¹⁰ **Zöllner/Greger**, Art. 261, s. 873; **Prütting/Gehrlein/Geisler**, Art. 261, s. 788; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman**, Art. 261, s. 1077; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 291; **Thomas/Putzo/Reichold**, Art. 261, s. 475; **MüKo-ZPO/Becker-Eberhard**, Art. 261, s. 1550; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 847; **Hk-ZPO/Saenger**, Art. 261, para. 18; **Karlı**, s. 435; **Tanriver**, s. 71; **Kuru**, C. IV, s. 4237; **Üstündağ**, s. 485. Dava sebebinin aynı olması hususunda ise ABAD, çekirdek alan teorisi olarak adlandırılan (Kernpunkttheorie-Heart of the Actions) teoriyi geliştirmiş ve davaların aynılığından söz edilebilmesi için dava konusu (Gegenstand- mème object-il medesimo oggetto-el mismo objecto-subject matter) ve dava sebebi (Grundlage-mème cause-il medesimo titolo-la misma causa-cause of action) ayrımına gitmiştir. Bu manada belirleyici olan çekirdek alanlarının aynı olmasıdır. Dolayısıyla bir devlet mahkemesinde açılan dava dilekçesinde sözleşmenin geçersizliği ileri sürülürken, diğer bir devlet mahkemesinde aynı sözleşmenin gereğinin yerine getirilmesinin istenmesi halinde, dava konularının aynılığından söz edilebilecektir. **Simons**, unalex Kommentar Brüssel I-VO, Art. 27, para. 30; **Hess**, s. 322; **Rechberger/Klicka**, Art. 232-233, para. 16; **Rüssmann**, Helmut; “Die Streitgegenstandslehre und die Rechtsprechung des EuGH - nationales Recht unter gemeineuropäischem Einfluss”, ZZZP 111, s. 402; **Walker**, Wolf D.; “Die Streitgegenstandslehre und die Rechtsprechung des EuGH - nationales Recht unter

Roma hukukundan beri geçerli olan *ne bis in idem* prensibinin derdestlik kurumu vasıtası ile medeni yargı içerisindeki uygulamasıdır ki aynı uyuşmazlık konusuna ilişkin tekrar yargılama yapılmasını yasaklar. Dava konularının aynılığı ise her iki davanın temeli olan somut yaşam ilişkisi ile talep sonuçlarının¹¹ örtüşmesi halinde söz konusu olur¹². Salt talep konusunun miktar yahut değerinin değiştirilmesi halinde ise aynılığın ortadan kalktığı söylenemeyecek, derdestlik itirazı yine ileri sürülebilecektir. Birinci dava hakkında verilecek hüküm ikinci dava açısından bağlayıcı olsa bile salt bir ön meselenin cevaplanması bağlamında mesele ele alınmış ise, dava konularının aynılığından söz edilemeyecektir¹³.

Aynı davanın birden fazla Türk mahkemesi önünde görülmesi halinde ne yapılması gerektiği HMK m. 114 ve 115'te düzenlenmiştir. Yukarıda da zikredildiği üzere milli derdestlik halinde dava şartı eksikliği nedeniyle ikinci dava usulden reddedilecektir¹⁴. Ancak aynı uyuşmazlığın hem bir Türk mahkemesi hem de yabancı bir mahkeme önünde görülmesi halinde ne yapılması gerektiğine ilişkin ne Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda ne de Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'da doğrudan bir düzenleme vardır. Yalnızca MÖHUK m. 41, Türklerin kişi hallerine ilişkin davalar bakımından ve m. 47, yetki sözleşmesi ile öngörülen mahkeme bakımından yabancı derdestliğin dikkate alınmasını öngörmüş-

gemeineuropäischem Einfluss", ZZZP 111, s. 433. Ayrıca bkz. ABAD, 8.12.1987, C-144/86, Gubisch Maschinenfabrik KG v. Giulio Palumbo, para. 19, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61986CJ0144:EN:HTML> (son erişim tarihi: 20.7.2014).

¹¹ Bu çerçevede aynı maddi ilişki açısından açılmış müspet tespit davası ile menfi tespit davası arasında aynılıktan söz edilebilecekken, tespit davası mevcut iken eda davası açılacak olursa artık talep sonuçları farklı olacağından derdestlik itirazı söz konusu olamayacaktır. **Thomas/Putzo/Reichold**, Art. 261, s. 475; **MüKo-ZPO/Becker-Eberhard**, Art. 261, s. 1550; **Hk-ZPO/Saenger**, Art. 261, para. 19; **Kuru**, C. IV, s. 4254. Fakat bu durumda hukuki yararın bulunmaması neticesi ile karşılaşılabilecektir.

¹² **Thomas/Putzo/Reichold**, Art. 261, s. 475; **MüKo-ZPO/Becker-Eberhard**, Art. 261, s. 1551.

¹³ **Zöller/Greger**, Art. 261, s. 873; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman**, Art. 261, s. 1078; **Thomas/Putzo/Reichold**, Art. 261, s. 475, **Baeumer**, s. 7.

¹⁴ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 291; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 521.

tür¹⁵.Yine taraf olunan bazı milletlerarası antlaşmalarda derdestliğe ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir¹⁶. Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkındaki Kanun'da düzenlenen iki durumda, şayet dava yabancı mahkemede açılmışsa derdestlik itirazı nasıl ileri sürüleceği ve mahkemece itiraz üzerine ne yönde karar verilecektir soruları da cevaplanmamıştır.

Bu çerçevede görüşümüzü belirtmeden önce yabancı bir mahkeme önünde açılmış olan davanın derdestlik sadedinde dikkate alınıp alınamayacağına ilişkin Türk öğretisinde ileri sürülen görüşler, ilgili kısımlarda karşılaştırmalı olarak yabancı hukuk sistemlerindeki mevcut kabul ve uygulamalara da atıf yapılarak incelenecektir.

3. Türk Hukukunda Milletlerarası Derdestlik Yaklaşımı

a. Milletlerarası Derdestliği Açık Hüküm Olmadıkça Egemenlik Yetkisinin İhlali Kabul Eden Görüş

Hukukumuzda hakim görüş, Türk mahkemelerince milletlerarası derdestliğin dikkate alınmayacağı yönündedir. Buna dayanak olarak iç hukukta kabul edilen derdestlik itirazının yabancı mahkemelerde görülen davalar açısından da tanınmasının, yabancı mahkemeler lehine Türk mahkemelerinin yetkisinden feragat neticesini doğuracağı ve bu nedenle egemenlik ilkesinin zedeleneceği belirtilmiştir¹⁷. Bir diğer gerekçe de Türk hukukuna göre dava açma hakkı olan bir kimsenin, söz konusu hakkının yabancı bir ülkede açılan dava nedeniyle elinden alınmayacağı şeklindedir¹⁸. Alman hukukunda da azınlıkta kalan benzer bir görüş, milletlerarası derdestliğin milli mahkemelerde dikkate alınmayacağını, zira mahkemelerin niteliği, uygulanacak usul hükümleri, yargılama giderleri sebebiyle milli mahkemeler ile yabancı mahkemeler arasında fark olduğunu; derdestliğe sınır ötesi etki tanınmasının tıpkı

¹⁵ Nomer, Ergin; Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2009, s. 84.

¹⁶ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 397; Nomer, s. 84.

¹⁷ Nomer, s. 85; Sargın, Fügen; "Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996, s. 188; Nomer, Ergin; "Milletlerarası Yetki Alanında Derdestlik İtirazı", İHFM 1959, s. 368 vd.; Seviğ, Muammer R.; Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilafı Kaidelerinin Sentezi, İstanbul 1941, s. 72.

¹⁸ Doğan, Vahit; "Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması", MHB 2002/2, s. 127.

kesin hüküm etkisinin tanınmasında olduğu gibi devletlerin egemenlik yetkisi ve yargı haklarının bir neticesi olduğunu ve yine egemenlik yetkisinin ülke toprakları ile sınırlandırıldığını, bu manada yabancı bir mahkemede derdestliğin dikkate alınabilmesi için tanıma ve tenfizde olduğu gibi açık bir hüküm olması gerektiğini belirtmektedir¹⁹.

b. Yabancı Mahkeme Hükümünün Tenfiz Edilebilirliği Koşulu ile Milletlerarası Derdestliği Kabul Eden Görüş

Buna karşılık, son yıllarda Türk hukukunda ileri sürülen bir görüş, yabancı mahkemede davanın derdest olduğu yönündeki itirazın, yabancı mahkemenin dava ile yakından bağlantılı olması ve verilecek kararın tenfizinin mümkünlüğü şartlarının birlikte gerçekleşmesi halinde dikkate alınmasının, milletlerarası usul hukukunun amacı ve tabii hakim ilkesine daha uygun olduğunu ifade ediyor²⁰. Bu görüş taraftarları, söz konusu itirazın dikkate alınması ile birlikte yabancı devlet lehine açık bir hüküm olmamasına rağmen yargı yetkisinden feragat edilmesinin devletlerin egemenlik yetkisine aykırı olacağına dair görüşün, gelişen milletlerarası ilişkiler karşısında kabulünün mümkün olmadığını; şayet yasalar ve sözleşmelerle açıkça engellenmemişse milletlerarası derdestliğin kabul edilmesi gerektiğini; Türk

¹⁹ **Schütze**, Rolf A.; “Die Wirkungen auslaendischer Rechtshaengigkeit in inlaendischen Verfahren”, ZJP 104, s. 144 vd. Ayrıca bkz. **Schütze**, Rolf A.; “Die Berücksichtigung der Rechtshaengigkeit eines auslaendischen Verfahrens”, NJW 1963, s. 1486. Fransız hukukunda milletlerarası derdestlik açısından özel bir hüküm olmaması ve derdestliğin egemenlik yetkisi nedeniyle sadece ülke toprakları ile sınırlı olması düşüncesi ile öğretide ve yargı kararlarında bugüne kadar yabancı derdestlik itirazına izin verilmemesi gerektiği kabul edilmiştir. **Schack**, Haimo; Internationales Zivilverfahrensrecht, München 2014, s. 314; **Baeumer**, s. 36; **Schütze**, ZJP 104, s. 138. İspanyol hukukunda da bir mahkeme kararından sonra yabancı mahkemede açılmış bir davanın milletlerarası bir sözleşmede açıkça belirtilmediği sürece dikkate alınmayacağı kabul edilmektedir. **Schütze**, Rechtsverfolgung im Ausland, s. 199; **Baeumer**, s. 43-44; **Schütze**, ZJP 104, s. 141. Belçika, Hollanda ve Lüksemburg’da da yaklaşım bu şekildedir. **Baeumer**, s. 38-39.

²⁰ **Eksi**, Nuray; Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul 1996, s. 177. Kırıkhan Asliye Hukuk Mahkemesi hakimi daha 1984 yılında derdestlik itirazının dikkate alınamayacağına karar verirken yabancı ülke mahkemesince verilecek kararın Türkiye’de infaz kabiliyeti olmamasına atıf yapmıştır. E. 1984/325, K. 1984/215, T. 20.6.1984, MHB 1986, S. 1, s. 81.

hukukunda bazı hallerde yabancı derdestliğin zımnen kabul edildiğini ve genel olarak da yasaklanmadığını; bu nedenle yabancı mahkemece verilecek kararın tanınma ve tenfizi ihtimali de mevcut ise milletlerarası derdestliğin kabul edilmesi gerektiğini ileri sürmektedir²¹.

Günümüzde Kıta Avrupası milli hukuk sistemlerinde kabul edilen genel yaklaşım da bu yöndedir²². Alman ve Avusturya hukuklarında milletlerarası derdestliğe ilişkin açık bir hüküm bulunmamasına rağmen, hakim görüş ve mahkeme içtihatları²³, iç hukukta yer alan derdestliğe ilişkin hükmü, teleolojik bir hüküm yürütme ve kıyas yolu²⁴ ile milletlerarası derdestlik bakımından şu şekilde ele almıştır: Yabancı bir ülke mahkemesinde davanın

²¹ Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe, s. 399.

²² Avrupa Birliği içerisinde de tanıma ve tenfiz konuları da özel olarak düzenlendiğinden üye ülkeler arasındaki yabancı derdestlik meselesine ilişkin, Brüksel I Tüzüğü m. 27 ve devamında “öncelik prensibi” dikkate alınarak paralel yargılamaları önlemeye yönelik açık hükümlere yer verilmiş, Tüzük çerçevesinde derdestlikten söz edilebilmesi için de tarafların ve dava sebebinin (denselben Anspruch-same cause of action) aynı olması gerektiği kabul edilmiştir. Bkz. ABAD, 8.12.1987, C-144/86, Gubisch Maschinenfabrik KG v. Giulio Palumbo, para. 11, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61986CJ0144:EN:HTML> (son erişim tarihi: 20.7.2014); ABAD, 6.12.1994, C-406/92, Tetry v. Maciej Rataj, para. 47, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61992CJ0406&from=EN> (son erişim tarihi: 20.7.2014).

²³ Alman Federal Mahkemesi, bir kararında *obiter dictum* şeklinde, milletlerarası derdestliğin, eğer yabancı ülkede ortaya çıkacak hükmün ülke içinde tanınabileceği öngörülüyorsa dikkate alınması gerektiğine ilişkin milletlerarası hukukta geçerli bir ilke bulunduğunu belirtiyor. BGH, Urt. 2.10.1957 - IV ZR 95/57, NJW 1958, s. 104.

²⁴ Değerlendirmenin temelinde, **Larenz**'in ifade ettiği adalet düşüncesi, yani eşit durumda bulunanların aynı şekilde ele alınması gereği olduğu belirtilmiştir. **Baumer**, s. 78-79. Bu çerçevede öncelikle iç hukuktaki derdestlik hükmünün (ZPO m. 261) *ratio legis*inin araştırılması ve milletlerarası derdestlik itirazı ile karşılaştırılması gereği ifade edilmiş; milli çifte derdestliğin yasaklanmasının sebebinin birbirleri ile çelişen hükümleri engellemek, ayrıca çifte yargılama ile getirilen gereksiz emek ve zaman israfından kaçınmak, yargılamanın ilk başladığı yeri dikkate alarak bunları asgariye indirmek ve mahkemeler arasında en erken hüküm verme yarışını ortadan kaldırmak olduğu belirtilmiş ve milletlerarası derdestlik itirazının da aynı amacı taşıyacağı öne sürülmüştür. **Schack**, s. 313; **Baumer**, s. 68 vd.; **Dohm**, Christian; Die Einrede auslaendischer Rechtsaengigkeit im deutschen internationalen Zivilprozessrecht, Berlin1996, s. 251-252; **Riezler**, Erwin; Internationales Zivilprozessrecht und Prozessuales Fremdenrecht, Berlin 1949, s. 452 vd.

derdest olduğuna dair itiraz, ancak yabancı mahkemenin konuya ilişkin olarak vereceği kararın ülke içinde de tanınması öngörüsü yapılabiliyor ise²⁵ dikkate alınmalıdır²⁶. Burada derdestlik, tanınmanın bir ön safhası olarak ele alınıyor²⁷. Yine tanınabilirliğe rağmen derdestliği dikkate almamanın istisnası olarak, tarafların etkin hukuki korunma hakkının engellenecek olması kabul ediliyor²⁸. Bu manada Alman Federal Mahkemesi de bir kararında İtalya’da açılmış boşanma davasına rağmen Almanya’da tekrar dava açılması durumunda derdestlik nedeniyle davayı reddeden kararı bozarken, İtalyan mahkemesindeki yargılamanın makul sürede tamamlanamaması sebebiyle kişilerin hukuki korunma hakkının engellendiğini belirtmiştir²⁹.

²⁵ Bu çerçevede tanınabilirlik açısından bir dönem tanınmanın “muhtemel” olmasının yeterli olmadığı, bundan öte bir tanınma öngörüsü yapılması gerektiği, tanınacağıın ispatlanması gerektiği tartışılmıştır. **Schneider**, Egon; “Wann ist die Rechtshaengigkeit auslaendischer Verfahren zu beachten?”, NJW 1959, s. 88. Alman İmparatorluk Mahkemesi de bir kararında milletlerarası derdestliğin dikkate alınabilmesi için yabancı mahkeme kararının ülke içinde tanınacağıın davalı tarafından ortaya konulması gerektiğine karar vermiştir. RG, Urt. 13.4.1901 - I ZS 15/01, RGZ 49, s. 344-345, <http://www.rgz-rgst.degruyter.de/> (son erişim tarihi: 22.7.2014)

²⁶ **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartman**, Art. 261, para. 7; **MüKo-ZPO/Lüke**, Art. 261, para. 75; **Geimer**, Reinhold; Internationales Zivilprozessrecht, Köln 2009, s.930; **Schütze**, Rolf A.; Rechtsverfolgung im Ausland- Prozessführung vor auslaendischen Gerichten und Schiedsgerichten, Berlin 2009, s. 198; **Walker**, ZZZ 111, s. 431; **Rixen**, s. 166; **Baeumer**, s. 68; **Dohm**, s. 248 vd.; **Schack**, Haimo; “Die Versagung der deutschen internationalen Zustaendigkeit wegen forum non conveniens und lis alibi pendens”, RabelsZ 1994, s. 51; **Linke**, Hartmut; “Anderweitige Rechtshaengigkeit im Ausland und inlaendischer Justizgewaehrungsanspruch”, IPRax 1994, s. 17; **Hochloch**, Gerhard; “Anmerkung- BGH, Urt. 12.2.1992 – XII ZR 25/91” NJW 1993, s. 256; **Schütze**, ZZZ 104, s. 137; **Geimer**, Reinhold; “Beachtung auslaendischer Rechtshaengigkeit und Justizgewaehrungsanspruch”, NJW 1984, s. 527; **Habscheid**, Walther J.; “Zur Berücksichtigung der Rechtshaengigkeit eines auslaendischen Verfahrens”, RabelsZ 1967, s. 254; **Riezler**, s. 453. Ayrıca, BGH, 10.10.1985 - I ZR 1/83, NJW 1986, s. 2195; BGH, Urt. 20.3.1964 - V ZR 34/62, MDR 1964, s. 587.

²⁷ **Schack**, s. 313.

²⁸ **Zöller/Geimer**, IZPR, para. 99; **Walker**, ZZZ 111, s. 446; **Schack**, Lis alibi pendens, s. 52; **Schütze**, ZZZ 104, s. 138.

²⁹ BGH, Urt. 26.1.1983 - IV b ZR 335/81, NJW 1983, s. 1269. Aynı yönde Türkiye’deki yargılamanın yavaşlığı sebebiyle verilen karar için bkz. BGH, Urt. 10.10.1985 - I ZR 1/83, NJW 1986, s. 2195.

Yine İtalyan hukukunda daha önce Medeni Usul Kanunu (CPC) m. 3 ile yasaklanmış olmasına rağmen 1995 yılında 218 sayılı İtalyan Milletlerarası Özel Hukuku Sisteminin Reformu (Riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato) m. 7 ile birlikte tarafları ve dava konusu aynı davanın yabancı bir mahkeme önünde daha önce başlatılmış olması halinde, şayet o mahkemece verilecek kararın İtalya'da da etki doğurabileceği (tanınacağı) söylenebiliyorsa, İtalyan hakim yargılamayı durduracağı öngörülmüş, daha sonra davanın ilk açıldığı mahkeme yetkisizlik kararı verirse veya vermiş olduğu karar İtalya'da tanınmazsa, tarafın başvurusu kaydıyla yargılamanın devam edeceği düzenlenmiştir³⁰. Benzer bir hükme İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun (Bundesgesetz über das internationale Privatrecht) 9. maddesinde de yer verilmiş, İtalyan Kanunu'ndaki hükümden farklı olarak İsviçre'de tanınabilir bir karar verildiği anda bekletilen davanın reddedileceği de açıkça öngörülmüştür³¹.

Buna karşılık **Nomer**, yabancı hukuk sistemlerinde kabul edilen kararın tanınabilme ihtimalini dikkate alarak milletlerarası derdestliğe müsaade edilmesinin doğru olmayacağını, zira Türk hukuku açısından tanımının diğer koşulları öngörülebilsen de kamu düzenine ilişkin sebep açısından bunun

³⁰ “Quando, nel corso del giudizio, sia eccepita la previa pendenza tra le stesse parti di domanda avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo dinanzi a un giudice straniero, il giudice italiano, se ritiene che il provvedimento straniero possa produrre effetto per l'ordinamento italiano, sospende il giudizio. Se il giudice straniero declina la propria giurisdizione o se il provvedimento straniero non è riconosciuto nell'ordinamento italiano, il giudizio in Italia prosegue, previa riassunzione ad istanza della parte interessata.” Almanca çevirisi için bkz. **Walter**, ZJP 109, s. 5.

³¹ **Walder**, Hans U.; Einführung in das internationale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1989, s. 194. Söz konusu düzenlemenin yapılmasından önce dahi İsviçre'de hakim görüş bu yönde idi. Bu görüşler için bkz. **Vogel**, Oscar; “Rechtshaengigkeit und materielle Rechtskraft im internationalen Verhaeltnis”, SJZ 1990, s. 78; **Habscheid**, Walther J.; Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht, Basel 1986, s. 179; **Straeuli**, Hans/**Messmer**, Georg/**Wiget**, Felix; Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1982, s. 192; **Habscheid**, Walther J.; “Bemerkungen zur Rechtshaengigkeitsproblematik im Verhaeltnis der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz einerseits und den USA andererseits”, FS für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, Tübingen 1981, s. 115; **Guldener**, Max; Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1951, s. 175.

mümkün olmadığını; hükmün ortaya çıktıktan sonra tanınmaması söz konusu olursa, bunun davacı açısından tatmin edici bir çözüm olarak algılanamayacağını; derdestlik itirazının iç hukukta dahi ilk itiraz olarak düzenlendiğini ve bu nedenle milletlerarası derdestlik itirazının dikkate alınamayacağını belirtmektedir³².

c. Milletlerarası Derdestlik Durumlarının Bekletici Mesele Yapılması Görüşü

Türk hukukunda ileri sürülen bir diğer görüşte de milletlerarası özel hukuk alanındaki gelişmeler ve ihtiyaçlar dikkate alındığında, yabancı mahkemece verilecek kararın Türkiye’de tanınması ve tenfizi mümkünse, Türk mahkemesinin yabancı mahkemede ki davayı bekletici mesele yapabileceği belirtiliyor³³. Bu görüşe dayanak olarak milletlerarası derdestlik itirazına izin verilmesi ile bekletici meselenin amaçlarının örtüşmesi, bu manada her ikisinin de usul ekonomisine hizmet ettiği ve çelişkili kararlardan kaçındığı düşüncesi; her iki durumda da neticenin kesin olarak bilinemediği başka bir mahkemenin kararına ilişkin bir husus olduğu öne sürülmüştür³⁴. Yargıtay

³² **Nomer**, Derdestlik İtirazı, s. 368 vd. Ayrıca bkz. **Nomer**, s. 85. Benzer görüşler Alman hukukunda da **Schütze** tarafından ileri sürülmüş, yazar hakime henüz gerçekleşmemiş olayları görme özelliği yüklemesi sebebiyle yabancı hükmün tanınabilirliğine ilişkin getirilen kriterin uygun olmadığını, zira hüküm ortaya çıkıncaya kadar tanımaya ilişkin bir değerlendirme yapılamayacağını; ayrıca yetkili birden fazla mahkemede dava açılmasının yargılamanın çok yavaş olması, davalının mal varlığını yurt dışına taşıması gibi sebeplerle kimi durumlarda tarafların meşru menfaatleri gereği olabileceğini belirtmiştir. **Schütze**, ZZZ 104, s. 144 vd. Ayrıca bkz. **Schütze**, NJW 1963, s. 1486.

³³ **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 402. Bu yönde ayrıca bkz. Yargıtay 2. HD, 15.6.2010, E. 2009/13541, K. 2010/11899, www.legalbank.net (son erişim tarihi: 23.7.2014). Benzer bir görüş Alman hukukunda da , hükmün daha sonra ülke içinde tanınmaması halinde ortaya çıkacak sıkıntılar ve hakimin önceden tanınabilirliği öngörmesindeki zorlukları dikkate alınarak, telafi edilemez bir karar vermektense, yabancı mahkemece kesin hüküm niteliğinde bir karar ortaya çıkıp tanınmasına karar verilinceye kadar, milli mahkemenin nihai kararını ertelenmesini ara çözüm olarak düşünülebileceği belirtilmiş, en azından davacının korunmaya değer menfaatinin olduğu yerlerde ZPO m. 148’in (bekletici mesele kurumunu düzenlemektedir) kıyasen uygulanmasına izin verilmesi gerektiği ileri sürülmüştür. **Habschied**, Berücksichtigung der Rechtsaengigkeit, s. 267-269.

³⁴ **Dohm**, s. 277-278.

bekletici mesele yapılma hususunda farklı yönde kararlar vermiştir. 15. HD'nin 2012 tarihli bir kararında³⁵;

“adı geçenin alacak istemiyle MKJV şirketi hakkında Romanya mahkemelerinde açılan dava bulunduğu dosyadaki beyanlardan anlaşılmaktadır. Taşeronun bakiye alacağı bulunduğu sabit olduğu takdirde, ... eldeki bu davanın görülmesi açılan davanın sonuçlarına bağlıdır. O halde yapılması gereken iş, taraflar arasında görülmekte olan dava sonuçlarını beklemek...”

diyerek yabancı mahkemedeki davanın bekletici mesele yapılmasını kabul etmiştir³⁶. Buna karşılık 2. HD, 2010 yılında verdiği kararında³⁷;

“Yabancı mahkemede açılmış ve görülmekte olan davanın derdestlik itirazına esas alınabilmesi için, dava sebeplerinin aynı olması yetmez. Yabancı mahkeme kararının Türkiye'de tenfiz kabiliyetinin olması ve bu hususa ilişkin davanın görüldüğü yabancı D. ile Türkiye arasında anlaşmanın bulunması veya Türk Milletlerarası Özel Hukuku'nda bir düzenlemenin varlığı da gerekir.”

diyerek genel bir milletlerarası derdestlik itirazını kabul etmemiştir. Yine HGK da 2000 tarihli kararında³⁸;

“yabancı mahkemede derdest durumda olan bir davada, yabancı mahkemenin maddi ve hukuki nitelendirmeleri, kanun yollarından geçerek kesinleşmedikçe, tarafların Türk mahkemesinde delil olarak dayanılmaz ve bunun doğal sonucu da henüz yargılaması devam etmekte olan dava ön mesele oluşturmaz”

denilerek yabancı mahkemede görülen dava lehine bekletici mesele kararı verilemeyeceği hükme bağlanmıştır.

³⁵ Yargıtay 15. HD, 11.6.2012, E. 2011/2901, K. 2012/4661, **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 401.

³⁶ Aynı yönde Yargıtay 11. HD, 10.4.1986, E. 1486/1986, K. 1986/2090, **Dönmez**, İrfan, Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 1992, s. 203.

³⁷ Yargıtay 2. HD, 15.6.2010, E. 2009/13541, K. 2010/11899, www.legalbank.net (son erişim tarihi: 23.7.2014).

³⁸ Yargıtay HGK, 5.7.2000, E. 2000/19-1074, K. 2000/1126, www.kararevi.com (son erişim tarihi: 23.7.2014).

Nomer, bekletici mesele yapılmasına ilişkin görüşün de Türk hukuku açısından uygulanamayacağını, zira bekletici meselenin genelde mahkemenin vazifesi dışında kalan iddialar açısından söz konusu olduğunu, oysa burada mahkemenin vazifesizliğinin söz konusu olmadığını, bu nedenle birbirinden ayrı iki kurumun kıyas yolu ile birbiri hakkında uygulanmasının kabul edilemeyeceğini; netice itibariyle milletlerarası derdestlik itirazının Türk mahkemelerinde dikkate alınamayacağını belirtmektedir³⁹.

d. Milletlerarası Derdestliğin Dikkate Alınmasını Hukuki Menfaate Dayandıran Görüş

Doğan milletlerarası derdestliğin dikkate alınabilmesini, hukuki menfaat koşuluna bağlıyor ve şayet davacının, yabancı ülkede açılmış ve halen görülmekte olan davanın aynısını Türk mahkemelerinde de açmasında korunmaya değer bir menfaati varsa, kanunda düzenlenen iki halde dahi (m. 41 ve m. 47) buna müsaade edilmesi gerektiğini, aksi halde milletlerarası derdestliğin dikkate alınacağını belirtiyor⁴⁰. Ayrıca ilk olarak dava Türk mahkemelerinde açılmışsa, artık derdestlik itirazının dikkate alınamayacağını, zira bunun Türk mahkemelerine açık bir güvensizlik anlamına geleceğini iddia ediyor⁴¹.

4. Görüşümüz

Yukarıda incelendiği üzere davanın yabancı bir mahkemede görülüyor olması halinde Türk mahkemesince söz konusu derdestlik halinin dikkate alınıp alınmayacağına ilişkin Türk öğretisi, açık ve genel bir düzenleme mevcut bulunmadığı kanaatindedir. Bu belirleme, üç anlama gelebilir.

İlki, esasen Türk kanun koyucusunun burada açık bir düzenlemeye yer vermemesinin sebebi, milletlerarası derdestliğin dikkate alınmasını istemesidir. Diğer bir ifade ile bir boşluk ve eksiklik değil, bilinçli susma hali söz konusudur⁴². Yukarıda zikredilen ve milletlerarası derdestliğin dikkate

³⁹ **Nomer**, Derdestlik İtirazı, s. 368. Ayrıca bkz. **Nomer**, s. 85.

⁴⁰ **Doğan**, Yabancı Derdestlik, s. 144.

⁴¹ **Doğan**, Vahit; Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2013, s. 72.

⁴² Bilinçli susma hakkında bkz. **Larenz**, Karl; Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1992, s. 258.

alınamayacağını belirten görüşlerin normatif dayanağı ancak bu olabilir. Görüş taraftarlarınca belirtildiği üzere, yabancı mahkemede devam eden yargılamanın dikkate alınması, egemenlik yetkisinden feragat anlamına gelir ve ancak bu yönde açık bir irade var ise feragatten söz edilebilir.

İkincisi, burada yasalarda değil, bizim bugüne kadar olan yasaya ilişkin bilgimizde eksiklik vardır. Bu ihtimalde yasalarda ilgili meseleye ilişkin doğrudan bir hüküm yok, ancak aynı temel düşünceye sahip mevcut bir hükmün⁴³ kıyasen uygulanması durumu söz konusudur⁴⁴. Bilhassa hukukumuzda son yıllarda ileri sürülen, Alman ve Avusturya hukuklarında hakim durumda olarak zikredilen görüşler dikkate alındığında milli derdestliği düzenleyen HMK m. 114-115 veya bekletici meseleyi düzenleyen HMK m. 165'in kıyasen milletlerarası derdestlik hallerine uygulanması bu noktada akla gelebilecektir. Şayet ikinci anlamın doğru olduğu kanaatine varılacak olursa, hangi maddenin kıyasen uygulandığı verilecek karar bakımından da önem taşıyacaktır.

Üçüncü ihtimal ise burada gerçek manada bir hukuk boşluğu vardır. Diğer bir ifade ile bütün yasalarda, örf ve adet kuralları arasında meseleye doğrudan uygulanabilecek norm, normal şartlarda olması beklendiği halde, yoktur⁴⁵. Dolayısıyla MK m. 1 gereğince hakimin hukuk yaratması gerekecek, buna göre hakim milletlerarası derdestliğin dikkate alınıp alınmayacağına karar verecektir. Bu ihtimalin kabul edilmesi Anglo-Sakson hukukunda kabul edilmiş *forum non conveniens* öğretisinin⁴⁶ muhtemelen Türk hukukunda da farklı bir uygulaması neticesini doğuracaktır.

⁴³ Sauer, Wilhelm; Juristische Methodischenlehre, Aalen 1970, s. 288.

⁴⁴ Kıyasen yasalarda mevcut bir hükmün uygulanması halinin, yasalarda hiçbir hüküm bulunmaması nedeniyle ortaya çıkan boşluğun hakimin yeni bir kural yaratması yolu ile doldurulmasından farklı olduğu hakkında bkz. Zitelmann, Ernst; Lücken im Recht, Leipzig 1903, s. 24 vd.

⁴⁵ Hukuk boşluğu hakkında bkz. Oğuzman, Kemal M./Barlas, Nami; Medeni Hukuk, İstanbul 2013, s. 114 vd.; Lorenz, s. 258; Canaris, Klaus W.; Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1983, s. 39; Sauer, s. 281.

⁴⁶ Anglo-Sakson hukukunda bağımsız bir derdestlik- *lis alibi pendens*-kuralı yoktur. Amerikan hukukunda, hakimlerin karar verirken takdir yetkilerinin oldukça ön planda olduğu, bu manada aynı uyumsuzluğun birden fazla mahkeme önüne getirilmesi halinde çeşitli faktörlerden oluşan bir teste tabi tutulacağı, bu manada aksi ispatlanabilir şu

Zikredilen söz konusu üç anlamı incelemeden önce, Türk hukukunda gerçekten yabancı bir ülke mahkemesinde açılmış davanın dikkate alınmasına ilişkin genel bir hüküm bulunmadığı tespitinin yerinde olup olmadığı ortaya konulmalıdır.

Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda milletlerarası usul hukuku mevzularını düzenleme iddiasında olan Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun içerisinde, yetkiye, yabancı mahkeme kararlarının tanınması ve tenfizine yer verilmiş, ancak henüz yabancı mahkemece hüküm verilmeden önceki aşamayı ifade eden derdestlik halinin Türk yargısına etkisi açıkça düzenlenmemiş, yalnızca yukarıda zikredilen iki madde⁴⁷ ile sınırlı olarak açık bir hükme yer verilmiştir. Bu noktada, Türk mahkemelerinde yargılamanın işleyişini düzenlemeyi hedef alan Hukuk Muhakemeleri Kanunu hükümlerinin dikkate alınması söz konusu olabilir mi? Milli derdestlik halleri açısından HMK m. 114/I, 1 ile aynı davanın halen görülüyor olması, olumsuz bir dava şartı olarak düzenlenmiştir. Madde lafzında *aynı davanın, daha önceden açılmış ve hâlen görülmekte olmaması* ibaresine yer verilmiş, davanın Türk mahkemesinde yahut yabancı bir mahkemede açılmasına göre ayırım yapılmamıştır. Bu durumda ilgili maddenin milletlerarası derdestlik itirazı hallerine de uygulanabileceği söylenebilir mi?

faraziyelerden hareket edildiği belirtilmiştir: Tarafların özerkliğini dikkate alarak istisnai olaylarda onların birden fazla ülkede dava açmasına müsaade etme, daha ziyade ülke içindeki paralel yargılamalarda uygulanan ilk açılan davayı kabul etme, yetki sözleşmelerini esas alma, tespit davalarına karşı diğer davayı esas alma. Burada temel hareket noktası, bir uyuşmazlık açısından yetkili bir mahkemeye başvurulması, orasının en iyi yer yahut iyi bir yer olduğu manasına gelmeyeceği, bu manada en uygun *foranın* uyuşmazlığı çözmesi, latince ifadesi ile *forum conveniens*in uyuşmazlığı gidermesidir. Bu öğretiyeye göre, davacı uyuşmazlığı çözecek mahkemeyi seçtikten sonra, mahkeme uyuşmazlığın daha uygun ve daha adil olarak başka bir mahkemede giderilebileceğine karar verirse, takdir yetkisini bu yönde kullanarak söz konusu uyuşmazlık açısından yargı yetkisini kullanmaktan kaçınabilecektir. **Cheshire/Fawcett/Carruthers/North**, s. 441. **George**, James P., "International Parallel Litigation-A Survey of Current Conventions and Model Laws", Texas International Law Journal 2002/37, s. 506; **Leflar**, Robert A./**McDougal III**, Luther L./**Felix**, Robert T.; American Conflicts of Law, Virginia 1986, s. 152; **Payne**, Anne M.; "Doctrine of Forum Non Conveniens", Am. Jur. 2d Courts § 115, www.westlaw.com (son erişim tarihi: 24.7.2014); **Castel**, Jean G.; Private International Law, Toronto 1960, s. 251.

⁴⁷ MÖHUK m. 41 ve m. 47.

HMK m. 114 Türk mahkemelerinde açılmış bir davanın esası hakkında karar verilebilmesi için mevcudiyeti veya namevcudiyeti aranan koşulları düzenliyor. Şayet ilgili davada bu noktada bir uyumsuzluk bulunuyorsa ne yapılması gerektiği ise m. 115 ile düzenlenmiştir. Madde gerekçesinde, görülmekte olan bir davanın aynısının açılmasının, temelinde ideal veya bir ekonomik yarar olsa da hukuki korunma ihtiyacı, diğer bir ifade ile yine bir dava şartı olan hukuki yarar bulunmaması sebebiyle kabul edilmediği ve eski kanundakinin aksine bir ilk itiraz değil, dava şartı olarak düzenlendiği belirtilmiştir⁴⁸. Madde gerekçesinde belirtilenler yanında, halen görülmekte olan davanın bir başka mahkemede daha görünmeye başlamasının kabul edilmesinin diğer bir nedeni de yukarıda belirtildiği üzere usul ekonomisidir. Amaç tarafların ve mahkemenin çifte zaman ve para harcamasının önüne geçmektir. Burada tarafların ve mahkemenin usul ekonomisine aykırı bir duruma karşı korunması paralel yargılamanın ülke içinde veya dışında olmasından da bağımsızdır. Derdestliğin ülke içinde dikkate alınmasının bir diğer sebebi de çelişkili kararların ortaya çıkmasını engellemek ve bu şekilde hukuki kesinliğe hizmet etmektir. Paralel yargılama, ülke dışında dahi olsa çelişkili kararların ortaya çıkma riskini barındırır⁴⁹. Şu halde hem HMK m. 114'te düzenlenen milli derdestliğin hem de hakkında açık ve genel bir hüküm bulunmadığı iddia edilen milletlerarası derdestliğin amaçları aynıdır. Milletlerarası derdestlik hallerinde paralel yargılamalardan birinin yabancı bir mahkemede olması dışında derdestlik koşullarının mevcudiyeti de aynı şekilde belirlenecektir. Dolayısıyla HMK m. 114/I, 1'de yer alan düzenlemeyi, doğrudan milletlerarası derdestlik hallerine de uygulamaya ve yabancı bir ülke mahkemesinde görülen yargılamayı dikkate almaya engel nedir?

Hem milli derdestlik hem de milletlerarası derdestliğin amacının müşterekliği bir önceki paragrafta belirtildi: Hukuki yarar yokluğu, usul ekonomisi ve pratik düşünceler, çelişkili kararların önüne geçmek. Ancak zikredilen amaçların örtüşmesinden söz edebilmek için bir ön koşul var; yabancı ülke mahkemesince verilecek kararın Türkiye'de tanınıp tenfiz edilebilir olması

⁴⁸ Kanunun genel gerekçesi ve madde gerekçeleri için bkz.

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamaları/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf> (26.7.2014).

⁴⁹ Derdestlik kurumunun amaçları hakkında detaylı bilgi için bkz. **Tanrıver**, s. 20 vd.

gereği. Aksi halde, örneğin yabancı mahkeme kararının Türkiye’de tanınmayacağı durumda, bilhassa davalının Türkiye’de de mal varlığı varsa, davacının aynı davayı Türk mahkemelerinde açmasında hukuki yararı olacaktır. Dolayısıyla derdestliğin dikkate alınmasının temel sebebi ortadan kalkacaktır. Yabancı ülke mahkemesince verilecek kararın tanınıp tanınmayacağı da önceden kesin olarak söylemek mümkün değildir. Şu halde yabancı mahkeme kararının ülke içerisindeki etkisine ilişkin söz konusu belirsizlik nedeniyle ortaya çıkan farklılık, HMK m. 114’ün doğrudan uygulanmasına engel teşkil eder. Bu noktada ikinci aşama olarak kıyasen uygulanmanın mümkün olup olmadığı ele alınmalıdır.

Kıyas yahut latince kökenli anoloji, temeli Aristo’ya kadar dayanan ve her bir kavramın bilhassa tanımlanmasında önemli olan klasik akıl yürütmenin bir türüdür⁵⁰. Teknik bir terim olarak kıyas ise, belli bir fiili durum için konulmuş kuralın, o duruma benzeyen fakat hakkında hüküm bulunmayan başka bir duruma da uygulanmasıdır⁵¹. Diğer bir ifade ile teleolojik sebeplerle bir normun uygulama alanının, onun lafzına aykırı olmamak kaydıyla genişletilmesi ve başka bir durumu da kapsar hale getirilmesidir⁵². Latince *ubi eadem ratio ibi idem ius* şeklinde ifade edilen ve şartlar aynı ise hükmün de aynı olması gerektiğini⁵³ belirten prensibin somut olaylar ve hukuk kuralları çerçevesinde uygulanmasıdır⁵⁴. Atlama faaliyetinin başarılı bir şekilde tamamlanabilmesi için somut olaya ilişkin vakıalar ile normun öngördüğü koşul vakıaların örtüşmesi gerekir. Kıyastan söz edilmesi ise mutlaka farklı bir unsurun daha varlığı anlamına gelir ve farklı unsura rağmen normun uygulanabilmesinin, normların aynı amacı taşımasına bağlı olduğu belirtilir⁵⁵. Şu halde kıyas yoluna başvurulabilmesi için; öncelikle

⁵⁰ **Romeo**, Francesco; Analogie-Zu einem relationalen Wahrheitsbegriff im Recht, Ebelsbach 1991, s. 40. Kıyas, tümünden gelim ve tüme varımdan farklı olarak özelden özel hakkında sonuç çıkarmaya yarar.

⁵¹ **Gözler**, Kemal; Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu, Ankara 1998, s. 173.

⁵² **Emmenegger**, Susan/**Tschentscher**, Axel; Art. 1-Berner Kommentar ZGB, Bern 2012, para. 376.

⁵³ Bkz. Türk Hukuk Lûgati, Ankara 1991, s. 571.

⁵⁴ **Broom**, Herbert; Selection of Legal Maxims, Philadelphia 1852, s. 130.

⁵⁵ **Romeo**, s. 77.

yasaların bugüne kadar bilinen doğrudan anlamı ile somut bir olaya uygulanacak hukuk kuralı bulunamamalı, ancak benzer şartları taşıyan başka bir olay için bir hüküm bulunmalıdır. İkincisi, her iki kurumun amacı aynı olmalıdır⁵⁶. Örneğin, a, b, c, d özelliklerini taşıyan A olayı için kanun koyucu X sonucunu öngörmüştür. Ancak e, b, c, d özelliklerini taşıyan E olayı için herhangi bir hüküm öngörmemiştir. İşte kıyas yöntemi ile her iki olayın ortak yanları dikkate alınarak (b, c ve d özellikleri), hem A hem de E'nin aynı amaca sahip olması kaydıyla, A olayı için öngörülen X sonucu, E olayına da uygulanacaktır.

Milli derdestlik ile milletlerarası derdestliğin amaçları, yabancı ülke mahkemesince verilecek kararın tanınması koşulu ile müşterektir. Davaların aynı olup olmadığı da benzer şekilde⁵⁷ incelenecektir. Yalnızca burada yabancı mahkeme kararının tanınip tenfiz edilebilirliği ilave unsur teşkil edecektir. Şu halde milli derdestlik için öngörülen sonucu, yabancı mahkeme kararının tanınip tenfiz edilebilirliğine ilişkin öngörü koşulu ile milletlerarası derdestlik hallerine de kıyasen uygulayabilir miyiz?

Tenfiz edilmesi mümkün olmayan bir kararın ortaya çıkacağıının bilinmesi halinde davacının Türk mahkemelerinde de dava açmakta hukuki yararı vardır. Böyle bir halde usul ekonomisi ileri sürülerek de karşı konulamaz, zira aksi kabul hem Anayasa hem de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde düzenlenen hak arama hürriyetinin aşırı sınırlanması olacaktır. Ne yazık ki hükmün tanınip tanınamayacağı hüküm ortaya çıkıncaya kadar bilinemeyecektir. Bu durumda HMK m. 115'te öngörülen sonuç doğrudan uygulanır ve dava reddedilir, daha sonra yabancı ülke mahkemesince de usulden bir ret kararı gelir yahut Türkiye'de tanınması ve tenfize engel teşkil eden bir sebep ortaya çıkar ve bu arada zamanaşımı süresi dolacak olursa, davacı aslında Türk mahkemelerine zamanaşımı süresi içerisinde başvurmuşken engellenmiş ve neticede hak kaybına uğramış olacaktır. Ayrıca hükmün tanınamayacağı ortaya çıkınca ikinci bir dava açılması pratik düşünceler ve usul ekonomisine de uygun olmayacaktır.

⁵⁶ **Hemke**, Katja; *Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht*, Berlin 2006, s. 45; **Dohm**, s. 277.

⁵⁷ Aynılık yerine benzerlik denilmesinin sebebi, yabancı ülkede derdestliğin hangi anda ortaya çıkacağıının tabiatıyla o ülke kurallarına göre belirlenecek olması, diğer bir ifade ile yabancı ülke hukukunun bu manadaki rolüdür.

Milletlerarası derdestlik bakımından kıyasen uygulanabilmesi akla gelebilecek diğer hüküm HMK m. 165'tir.

HMK m. 165'te bekletici mesele kurumu düzenlenmektedir. Bir davanın görülmesi sırasında ortaya çıkan ve davanın sonuçlandırılabilmesi için, mahkemenin görevi dışında kalması sebebiyle, görevli makamca çözümlenmesine kadar beklenilmesi gereken sorunlara, bekletici mesele denir⁵⁸. Bekletici mesele kurumunun amacı da yine çelişkili kararlardan kaçınmak ve aynı meselenin iki kez incelenmesini önleyerek usul ekonomisine hizmet etmektir⁵⁹. Ancak burada bilhassa vurgulanması gereken husus bekletici mesele teşkil edecek konuların mahkemenin görevine girmiyor olmasıdır⁶⁰. Oysa milletlerarası derdestlik halinde, Türk mahkemesinin esas itibariyle görev alanına giren bir uyuşmazlık vardır. Şu halde milletlerarası derdestliğe nazaran hizmet ettikleri amaçları aynı olsa da varlık koşulları farklı olan bir kuruma ilişkin hükmün doğrudan veya kıyasen uygulanmasından söz etmek mümkün olmayacaktır. HMK m. 114'te olduğu gibi burada da yine amaçların örtüşebilmesi de esasında yabancı ülke mahkemesince verilecek kararın Türkiye'de tanınabilirliği koşuluna bağlıdır.

Netice itibariyle milletlerarası derdestlik açısından ne doğrudan ne de kıyasen uygulanabilecek bir hüküm mevcut değildir. Şu halde dikkate alınabilecek iki ihtimal kaldı. İlki Türk kanun koyucusunun bilerek ve isteyerek milletlerarası derdestlik konusunu düzenlemediği, zira dikkate alınmamasını istediği, ikincisi ise gerçek manada bir hukuk boşluğu.

Milletlerarası derdestlik itirazının egemenlik yetkisi sebebiyle dikkate alınmaması gerektiğine ilişkin görüş, esas itibariyle bilinçli susma halini kabul ediyor. Hukuk politikası açısından öncelikle şu tespitin vurgulanması gerekiyor: Gelişen milletlerarası ilişkiler ve sınır aşan uyuşmazlıkların sıklığı karşısında, devletlerin kapılarını dünyaya kapatarak hareket edebilmesi mümkün ve yerinde değildir. Aynı durum yabancı bir ülke mahkemesinde gerçekleşen yargılamanın dikkate alınması hususunda da geçerlidir. Şu

⁵⁸ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 464; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 603; **Pekcanitez**, Hakan; "Bekletici Mesele", EÜHFD 1980/I, s. 252.

⁵⁹ **Zöller/Greger**, Art. 148, para. 1; **Musielak/Stadler**, Art. 148, para. 1; **MüKo-ZPO/Wagner**, Art. 148, para. 1; **Stein/Jonas/Roth**, Art. 148, para. 3.

⁶⁰ **Pekcanitez**, Bekletici Mesele, s. 268.

halde, şayet devlet açıkça bir düzenleme ile kapılarını kapatmışsa⁶¹ -ki zikrettiğimiz gibi bugün için böyle bir anlayış yerinde olmayacaktır- ancak o halde egemenlik itirazı yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar açısından dikkate alınmalı, aksi takdirde değerlendirme pratik düşünceler ve usul ekonomisini, milletlerarası özel hukuk adaletini, bu manada tarafların meşru beklentileri ile milletlerarası karar ahengini gözeterek yapılmalıdır. Dolayısıyla Türk hukukunda milletlerarası derdestliğin dikkate alınmasına ilişkin kıyas yolu ile dahi bir hüküm olmadığı kabul edilince, bunun doğrudan sonucu, yabancı mahkemede davanın dikkate alınmaması olmamalıdır. Kanun koyucunun iradesi de bugünkü koşullar çerçevesinde değerlendirilmelidir. Pozitif hukuk açısından ise şu değerlendirme yapılacaktır: Yabancı mahkemede derdest davanın dikkate alınmaması için egemenlik yetkisi itirazını ileri süren görüşlerin hareket noktası, meseleyi kesin hüküm etkisi ile karşılaştırıp, derdestlik ve kesin hüküm itirazının aynı çerçevede ele alınması gereği iddiasıdır. Buna göre her iki kurum da çelişkili kararların ortaya çıkmasını engellemeye çalışıyor, derdestlik yalnızca *ne bis in idem* prensibine dayanan maddi anlamda kesin hükmün bir ön safhasıdır. İşte nasıl yabancı mahkeme kararlarına ülke içinde etki tanınması, egemenlik hakkı sebebiyle özel bir düzenlemeye ihtiyaç duyuyorsa ve bu tanıma-tenfiz hükümleri ile gerçekleştirilmişse, yabancı mahkemede davanın etkisinin ülke içine uzanabilmesi için de benzer bir hüküm olması gerekir⁶². Böyle bir hüküm bulunmaması ise kanun koyucunun buna imkan tanımak istemediği anlamına gelir. Zikrettiğimiz argümanın ilk kısmına katılmayı zaruri görüyoruz. Zira yabancı mahkemece verilmiş bir hükmün etkilerini, yine kararı veren ülkenin hukuku belirler. Bu nedenle söz konusu etkilerin başka bir ülke içinde de tanınabilmesi, etki doğurması istenen ülkenin hukukunda yasal bir düzenlemeyi zorunlu kılar. Ancak yabancı derdestliğin dikkate alınması halinde, derdest olmanın kendisi dışında yabancı ülke mahkemesinin derdestliğe bağladığı maddi ve usuli sonuçların başka bir ülkeye de erişmesi söz konusu değildir. Bu manada derdestliğin ortaya çıkması ile onun etkilerini ayırmak gerekir. Yabancı bir mahkemede derdest olan davanın aynı olup olmadığı da dahil derdestliğin koşulları, maddi ve usuli etkileri

⁶¹ Örneğin eski İtalyan Medeni Usul Kanunu'nun 3. maddesi ile yapılan budur.

⁶² **Schütze**, ZJP 104, s. 146, **Schütze**, NJW 1963, s. 1487.

Türk hukukuna göre belirlenecektir. Burada yabancı bir usul hukukun uygulanması değil, yabancı bir usul işleminin (dava açılması) değerlendirilmesi söz konusudur. Dolayısıyla Türk hukukunda milletlerarası derdestliğin dikkate alınmasına ilişkin kıyas yolu ile dahi uygulanacak bir hüküm olmadığı kabul edilecek olsa, bunun doğrudan sonucu, yabancı mahkemedeki davanın egemenlik gerekçesi ile dikkate alınmaması olamaz. Şu halde kesin hüküm açısından mevzu bahis olan egemenlik itirazının, yabancı ülkede dava açıldığını tespit etmek dışında bütün etkileri ve koşulları bakımından hala Türk hukukuna tabi derdestlik açısından dikkate alınması mümkün değildir.

Netice olarak elimizde bilinçli olarak nitelendirilemeyecek bir susma hali ve kurum ile aynı amacı taşıyan ancak yabancı mahkeme kararının tanınıp tenfiz edilmesindeki belirsizlik nedeniyle kıyasen uygulama imkanı bulunmayan HMK m. 114 ve varlık sebebi mahkemenin yetkisizliği olan HMK m. 165 mevcuttur. Şu halde ortaya çıkan bu hukuk boşluğu, MK m. 1/II çerçevesinde nasıl doldurulmalı, m. 114 ile m. 165 nasıl ve ne derecede dikkate alınmalıdır? Tarafları, dava konusu ve dava sebebi aynı olan uyuşmazlık, yabancı bir ülke mahkemesinin önüne getirildikten sonra Türk mahkemelerinin de önüne getirilmek istenecek olursa, kanaatimizce yaratılacak hukuk ve uygulama şu şekilde olmalıdır:

MK m. 1 gereğince hukuk yaratma yoluna gidecek hakim, somut duruma uygulanmak üzere genel bir kural belirleyecektir⁶³. Kuralı tespit ederken hem milletlerarası karar ahengi hem de tarafların meşru beklentilerini dikkate alacak, ayrıca pratik düşünceler ve usul ekonomisi boyutu ile de konuyu inceleyecektir. Öncelikle pratiklik ve usul ekonomisi açısından yapılacak değerlendirmede; tarafları, dava konusu ve dava sebebi aynı olan ikinci bir davanın tekrar açılması hem taraflar açısından ilave bir emek ve zaman harcaması anlamına gelecek hem de ikinci mahkeme muhtemelen kendisinden daha önce bitecek uyuşmazlığa, tanıma sebebiyle belki kesin hüküm dahi vermeden, gereksiz yere zaman, para ve iş gücü harcamış⁶⁴

⁶³ **Dural**, Mustafa/**Sarı**, Suat; Türk Özel Hukuku, C. I, İstanbul 2011, s. 139; **Oğuzman/Barlas**, s. 114; **Emmenegger/Tschentscher**, Art. 1, para. 452.

⁶⁴ 2012 yılı itibarıyla TÜİK verilerine Türk hukuk mahkemelerinin toplam 2.797.566 dava ile ilgilendikleri ve 1.707.410 karar verdikleri dikkate alındığında iş gücünde artışa

olacaktır. **Schütze**'nin belirttiği gibi⁶⁵ yalnızca ortaya çıkan maliyetleri tarafların yüklendiği ve kendileri istiyorsa buna müsaade edilmesini söylemek mümkün değildir. Zira her iki taraf da iki ayrı mahkemede yargılama istese dahi yargı sistemi üzerindeki yük mutlaka değerlendirmeye alınmalıdır. Tabiatıyla bu yabancı ülke mahkemesinde yargılamanın daha önce başlaması halinde geçerlidir. Bu noktada ikinci safha olarak tarafların meşru beklentileri incelenmelidir. Taraflardan biri yahut her ikisi de paralel yargılamayı isteseler dahi bu yöndeki taleplerinin meşru olarak kabul edilebilmesi hukuki yararlarının olmasına bağlıdır. Aynı yargılamanın iki ülkede birden görülmesi hususunda hukuki yarar ise ancak yabancı mahkemelerden verilecek kararların diğerinde tanınması ve tenfizinin mümkün olmaması halinde söz konusu -tarafların kararı o ülkelerde de icra etmek istemelerini gösterecek mal varlıklarının bulunması gibi geçerli sebepler de bulunmak kaydıyla olacaktır. Salt ideal yahut ekonomik yarar hukuki yararın mevcudiyeti için yeterli olmayacaktır. Üçüncü husus milletlerarası karar ahengi bakımından yapılacak değerlendirmedir. Paralel yargılamanın iki farklı ülkede devam etmesi halinde, farklı yargılamalar neticesinde farklı ve en önemlisi çelişkili kararların çıkması muhtemeldir. Bu ise karar ahengine bizzat çelişkili kararlar ile ciddi zarar verecektir. Şu halde pratik düşünceler, usul ekonomisi, tarafların meşru beklentileri ve karar ahengi dikkate alındığında, Türk hukukunda kıyas yolu ile dahi uygulanacak hüküm bulunmamasına rağmen Türk hakimî, MK m. 1'den aldığı yetki ile milletlerarası derdestliği dikkate alınmalıdır. Peki genel ve objektif hukuk kuralı nasıl belirlenmelidir?

Hakim, HMK m. 114'ün derdestlik için aradığı koşulları da dikkate alarak yabancı mahkeme kararının, tanınıp tenfiz edilebilir olacağı öngörüsünde bulunuyorsa, milletlerarası derdestliği de re'sen veya tarafların itirazı üzerine dikkate alınmalıdır. Ancak davacının hak arama hürriyeti de dikkate alınarak hak kayıplarına neden olmamak adına, söz konusu tanınabilirlik sadece bir tahmine dayandığı için davayı hemen reddetmemeli, yabancı mahkemece kesin bir karar verinceye kadar bekletmelidir. Yabancı mah-

sebeb olacak her durumun mahkemeye erişim hakkını engellemek kaydıyla ciddi şekilde ele alınması gereği aşıkardır. Veriler için bkz. http://www.tuik.gov.tr/VeriBilgi.do?alt_id=1070 (son erişim tarihi: 25.7.2014).

⁶⁵ **Schütze**, ZZZ 104, s. 144 vd.

keme kesin kararını verdikten sonra, söz konusu karar tanınıp tenfiz edilebilir ise -henüz daha tanınmadığı aşamada hukuki yarar, tanımadan sonra kesin hüküm sebebiyle- davayı reddetmelidir. Aksi takdirde davayı görmeye devam etmelidir. Bu durumda hem usul ekonomisine aykırı hareket edilmiş olacak hem mahkeme hem de davalı çifte zaman ve para harcamayacak hem de çelişkili kararların önüne geçilmiş olunacaktır.

5. Sonuç

Türk hukuku açısından milletlerarası derdestlik halinin mahkemelerimizce nasıl değerlendirileceği konusunda yapmış olduğumuz çalışmada, şu sonuçlara vardık:

1. Hukukumuzda milletlerarası derdestlik hallerinin dikkate alınıp alınamayacağına ilişkin doğrudan veya kıyasen uygulanabilecek genel bir hüküm mevcut değildir.

2. Egemenlik itirazı, Türk mahkemelerince yabancı bir mahkemede görülen davanın dikkate alınmasına engel olamaz, zira milletlerarası derdestliğin dikkate alınması halinde, derdest olmanın kendisi dışında yabancı ülke mahkemesinin derdestliğe bağladığı maddi ve usuli sonuçların başka bir ülkeye de erişmesi söz konusu değildir.

3. Usul ekonomisi, tarafların meşru beklentileri ve milletlerarası karar ahengi dikkate alındığında, Türk hukukunda kıyas yolu ile dahi uygulanacak hüküm bulunmamasına rağmen Türk hakimi, MK m. 1'den aldığı yetki ile milletlerarası derdestliği, yabancı mahkemece verilecek kararın tanınıp tenfiz edilebileceği öngörüsünde bulunması kaydıyla dikkate almalıdır.

4. Milletlerarası derdestliği dikkate alan hakim, davacının hak arama hürriyetini de dikkate alarak hak kayıplarına neden olmamak adına, söz konusu tanınabilirlik sadece bir tahmine dayandığı için davayı hemen reddetmemeli, yabancı mahkemece kesin bir karar verinceye kadar bekletmeli; yabancı mahkeme kesin kararını verdikten sonra, söz konusu karar tanınıp tenfiz edilebilir ise -henüz daha tanınmadığı aşamada hukuki yarar, tanımadan sonra kesin hüküm sebebiyle- davayı reddetmelidir. Şayet yabancı ülke mahkemesince verilen karar tanınıp tenfiz edilemez olur ise davayı görmeye devam etmelidir.

Kaynakça

- Akıncı**, Ziya; Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Sözleşmesine Dayanan Yabancı Derdestlik, Ankara 2002.
- Arnold**, Anne K.; Lex Fori als versteckte Anknüpfung, Berlin 2009.
- Baeumer**, Annette; Die auslaendische Rechtshaengigkeit und ihre Auswirkungen auf das internationale Zivilverfahrensrecht, Berlin 1999.
- Baumbach**, Adolf/**Lauterbach**, Wolfgang/**Albers**, Jan/**Hartmann**, Peter; Zivilprozessordnung kurz Kommentar, C. 1, München 2014.
- Broom**, Herbert; Selection of Legal Maxims, Philadelphia 1852.
- Canaris**, Klaus W.; Die Feststellung von Lücken im Gesetz, Berlin 1983.
- Castel**, Jean G.; Private International Law, Toronto 1960.
- Cheshire**, Geoffrey C./**Fawcett**, James J./**Carruthers**, Janeen M./**North**, Peter; Private International Law, Oxford 2012.
- Coester-Waltjen**, Dagmar; Internationales Beweisrecht: Das auf den Beweis anwendbare Recht in Rechtstreitigkeiten mit Auslandsbezug, München 1983.
- Doğan**, Vahit; Milletlerarası Özel Hukuk, Ankara 2013.
- Doğan**, Vahit; “Türk Hukukunda Yabancı Derdestliğin Nazara Alınması”, MHB 2002/2, s. 121-147 (Yabancı Derdestlik).
- Dohm**, Christian; Die Einrede auslaendischer Rechtshaengigkeit im deutschen internationalen Zivilprozessrecht, Berlin 1996.
- Dönmez**, İrfan; Markalar ve Haksız Rekabet Davaları, İstanbul 1992.
- Ekşi**, Nuray; Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, İstanbul 1996.
- Emmenegger**, Susan/**Tschentscher**, Axel; Art. 1-Berner Kommentar ZGB, Bern 2012.
- Geimer**, Reinhold; Internationales Zivilprozessrecht, Köln 2009.
- Geimer**, Reinhold; “Beachtung auslaendischer Rechtshaengigkeit und Justizgewaehrungsanspruch”, NJW 1984, s. 527-530 (NJW 1984).

- George**, James P.; “International Parallel Litigation-A Survey of Current Conventions and Model Laws”, *Texas International Law Journal* 2002/37, s. 499-540.
- Gözler**, Kemal; *Hukukun Genel Teorisine Giriş: Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu*, Ankara 1998.
- Grunsky**, Wolfgang; “Lex Fori und Verfahrensrecht”, *ZZP* 89, s. 241-259.
- Guldener**, Max; *Das internationale und interkantonale Zivilprozessrecht der Schweiz*, Zürich 1951.
- Habscheid**, Walther J.; *Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht*, Basel 1986.
- Habscheid**, Walther J.; “Bemerkungen zur Rechtsaengigkeitsproblematik im Verhaeltnis der Bundesrepublik Deutschland und der Schweiz einerseits und den USA andererseits”, FS für Konrad Zweigert zum 70. Geburtstag, Tübingen 1981, s. 109-125.
- Habscheid**, Walther J.; “Zur Berücksichtigung der Rechtsaengigkeit eines auslaendischen Verfahrens”, *RabelsZ* 1967, s. 254-274 (Berücksichtigung der Rechtsaengigkeit).
- Hemke**, Katja; *Methodik der Analogiebildung im öffentlichen Recht*, Berlin 2006.
- Hess**, Burkhard; *Europaeisches Zivilprozessrecht*, Heidelberg 2010.
- Hochloch**, Gerhard; “Anmerkung- BGH, Urt. 12.2.1992 - XII ZR 25/91” *NJW* 1993, s. 256-257.
- Jaeckel**, Fritz; *Die Reichweite der lex-fo-ri-Regel im internationalen Zivilprozessrecht*, Berlin 1995.
- Karlı**, Abdurrahim; *Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı*, İstanbul 2011.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; *Medeni Usul Hukuku*, Ankara 2014.
- Kuru**, Baki; *Hukuk Muhakemeleri Usulü*, C. IV, İstanbul 2001.
- Larenz**, Karl; *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlin 1992.
- Leflar**, Robert A./**McDougal III**, Luther L./**Felix**, Robert T.; *American Conflicts of Law*, Virginia 1986.

- Linke**, Hartmut; “Anderweitige Rechtsaengigkeit im Ausland und inlaendischer Justizgewaehrungsanspruch”, IPRax 1994, s. 17-19.
- Magnus**, Ulrich/**Mankowski**, Peter ve diğ er yazarlar; Brussels I Regulation, München 2012.
- Musielak**, Hans J. ve diğ er yazarlar; Kommentar zur Zivilprozessordnung, München 2014 (Musielak/Yazar, Art. X).
- Münchener Kommentar zur ZPO**; München 2013 (MüKo-ZPO/Yazar, Art. X).
- Nomer**, Ergin; Milletlerarası Usul Hukuku, İstanbul 2009.
- Nomer**, Ergin; “Milletlerarası Yetki Alanında Derdestlik İtirazı”, İHFM 1959, s. 343-374 (Derdestlik İtirazı).
- Nussbaum**, Arthur; Grundzüge des internationalen Privatrechts, Berlin 1952.
- Otte**, Karsten; Umfassende Streitentscheidung durch Beachtung von Sachzusammenhaengen, Tübingen 1998.
- Payne**, Anne M.; “Doctrine of Forum Non Conveniens”, Am. Jur. 2d Courts § 115, www.westlaw.com.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013.
- Pekcanitez**, Hakan; “Bekletici Mesele”, EÜHFD 1980/I, s. 249-275 (Bekletici Mesele).
- Prütting**, Hanns/**Gehrlein**, Markus ve diğ er yazarlar; ZPO Kommentar, Köln 2014 (Prütting/Gehrlein/Yazar, Art. X).
- Radtke**, Manfred; Der Grundsatz Der Lex Fori und Die Anwendbarkeit Ausländischen Verfahrensrechts, 1982.
- Rechberger**, Walter H. ve diğ er yazarlar; Kommentar zur ZPO, Wien 2006 (Rechberger/yazar).
- Riezler**, Erwin; Internationales Zivilprozessrecht und Prozessuales Fremdenrecht, Berlin 1949.
- Rixen**, Hermann; Die Anwendung ausländischen Verfahrensrechts im deutschen Zivilprozess, Regensburg 1999.

- Romeo**, Francesco; Analogie-Zu einem relationalen Wahrheitsbegriff im Recht, Ebelsbach 1991.
- Rüssmann**, Helmut; “Die Streitgegenstandslehre und die Rechtsprechung des EuGH”, ZZP 111, s. 399-427.
- Saenger Zivilprozessordnung: Handkommentar**; Baden-Baden 2009 (Hk-ZPO/Yazar).
- Sauer**, Wilhelm; Juristische Methodischenlehre, Aalen 1970.
- Schack**, Haimo; Internationales Zivilverfahrensrecht, München 2014.
- Schack**, Haimo; “Die Versagung der deutschen internationalen Zuständigkeit wegen forum non conveniens und lis alibi pendens”, RabelsZ 1994, s. 40-58 (Lis alibi pendens).
- Schneider**, Egon; “Wann ist die Rechtshaengigkeit auslaendischer Verfahren zu beachten?”, NJW 1959, s. 88.
- Schütze**, Rolf A.; “Die Wirkungen auslaendischer Rechtshaengigkeit in inlaendischen Verfahren”, ZZP 104, s. 136-149 (ZZP 104).
- Schütze**, Rolf A.; “Die Berücksichtigung der Rechtshaengigkeit eines auslaendischen Verfahrens”, NJW 1963, s. 1486-1487 (NJW 1963).
- Schütze**, Rolf A.; Rechtsverfolgung im Ausland- Prozessführung vor auslaendischen Gerichten und Schiedsgerichten, Berlin 2009 (Rechtsverfolgung im Ausland).
- Seviğ**, Muammer R.; Türkiye Cumhuriyeti Kanunlar İhtilafı Kaidelerinin Sentezi, İstanbul 1941.
- Simons**, Thomas/**Hausmann**, Rainer ve diğer yazarlar; unalex Kommentar zur Brüssel I-VO und zum Übereinkommen von Lugano, München 2012 (Yazar, unalex Kommentar zur Brüssel I-VO, Art. X).
- Stein**, Friedrich/**Jonas**, Martin ve diğer yazarlar; Kommentar zur ZPO, Tübingen 2005 (Stein/Jonas/Yazar, Art. X).
- Straeuli**, Hans/**Messmer**, Georg/**Wiget**, Felix; Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, Zürich 1982.
- Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman-Figanmeşe**, İnci; Milletlerarası Özel Hukuk, İstanbul 2013.
- Tanriver**, Süha; Medeni Usul Hukukunda Derdestlik İtirazı, Ankara 2007.

Thomas, Heinz/Putzo, Hans ve diğer yazarlar; Zivilprozessordnung, München 2014 (Thomas/Putzo/Yazar, Art. X).

Türk Hukuk Lûgati; Ankara 1991.

Üstündağ, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, İstanbul 1997.

Vogel, Oscar; “Rechtshaengigkeit und materielle Rechtskraft im internationalen Verhaeltnis”, SJZ 1990, s. 77-85.

Walder, Hans U.; Einführung in das internationale Zivilprozessrecht der Schweiz, Zürich 1989.

Walker, Wolf D.; “Die Streitgegenstandslehre und die Rechtsprechung des EuGH - nationales Recht unter gemeineuropaeischem Einfluss”, ZZP 111, s.429-454.

Zitelmann, Ernst; Lücken im Recht, Leipzig 1903.

Zöller, Richard ve diğer yazarlar; Zivilprozessordnung: ZPO Kommentar, Köln 2014 (Zöller/Yazar, Art. X).

İnternet Siteleri

http://www.tuik.gov.tr/VeriBilgi.do?alt_id=1070

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/Tasariasamalari/Kanunlasan/2011Yili/kanmetni/6100ss.pdf>

www.kararevi.com

www.legalbank.net

www.westlaw.com

<http://curia.europa.eu/juris/>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/>

<http://www.rgz-rgst.degruyter.de>

^HMİLLETLERARASI TAHKİM HUKUKUNDA GÖREV BELGESİ

Arş. Gör. Ekin (HACİBEKİROĞLU) ÖMEROĞLU*

GİRİŞ

Görev belgesi, milletlerarası tahkim hukukunda yargılamanın daha hızlı ve verimli bir şekilde yürütülmesi amacıyla hizmet etmeyi hedef olarak ilk kez Milletlerarası Ticaret Odası (“ICC”) tarafından kabul edilmiş olan bir kavramdır. Görev belgesi, ulusal düzeyde ise Milletlerarası Tahkim Kanunu (“MTK”)¹ ile hukukumuzda girmiştir. Gerek MTK ve gerekse ICC Tahkim Kuralları’na göre yürütülen bir milletlerarası tahkim yargılamasında, hakem veya hakem kurulunun, “Görev Belgesi” düzenleyeceği kabul edilmiştir.

Tahkim kurumları arasında en çok başvurulan kurum, ICC’dir. ICC’nin kuruluşundan bu yana ICC Tahkim Kuralları’na göre çözülen uyuşmazlıkların sayısı 17.000’i geçmiştir. ICC Tahkim Divanı’nın üyeleri ise 90’a yakın ülkeden ve farklı hukuk sistemlerinden seçilmektedir. Tüm bunlar düşünüldüğünde ICC Tahkim Divanı’nın gerçek anlamda uluslararası bir nitelik taşıdığı görülmektedir². Görev Belgesi’nin ilk kez ICC Tahkim Kuralları ile milletlerarası tahkim hukukuna kazandırılmış ve bu kurallar ile geliştirilmiş bir kavram olması ve MTK’da da düzenlenmesinden dolayı tarafımızca detaylı olarak incelenmesi gerekli görülmüştür.

Çalışmamızda görev belgesinin tarihsel gelişimi, avantajları ve dezavantajları, görev belgesinde yer alacak unsurlar ve görev belgesinin hukuki

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

¹ Kabul Tarihi: 21.06.2001, Resmi Gazete: 05.07.2001/S: 24453.

² Ergun Özsunay, 21. Yüzyıl Tahkim Hukukunda Üç Önemli Reform, Vedat, İstanbul 2014, s. 105-106.

sonuçlarına yer verilerek hem ICC tahkiminde hem de MTK'da yer alan söz konusu kavram tahkim uygulaması ışığında açıklanmaya çalışılacaktır.

A. Görev Belgesi Kavramı

Görev belgesi, tahkim hukukunda yargılamanın verimli bir şekilde yürütülmesini hedefleyerek, hakemlerin görev ve yetkilerinin kapsamı ile sınırlarını belirleyen, ilk kez ICC tarafından kabul edilmiş olan bir kavramdır. ICC Tahkim Kuralları yanında bu kuralları mehzaz olarak almış olan Belçika Tahkim ve Arabuluculuk Merkezi ("*CEPANI*") Tahkim Kurallarınca da (m. 22) görev belgesi kabul edilmiştir. CEPANI bu bakımından görev belgesini detaylı olarak düzenleyen kurumsal tahkim kuralı olarak tek örnektir³.

ICC Tahkim Kuralları'na göre yürütülen bir tahkim yargılamasında görev belgesinin hazırlanması zorunludur, tarafların ya da hakemin görev belgesinin düzenlenmediği bir tahkim yargılamasını yürütmesine ICC Tahkim Kuralları imkân tanımamaktadır. Bunun yanında milletlerarası tahkim uygulamasında ICC Tahkim Kurallarının uygulanmadığı *ad hoc* veya kurumsal tahkimlerde de tecrübeli hakemlerin genellikle yargılamanın başında görev belgesine benzer bir belge hazırladıkları görülmektedir⁴.

Hakem mahkemesi, sekretarya tarafından verilen dava dosyasını alır almaz tarafların sundukları dilekçeleri dikkate alarak bir görev belgesi hazırlamaktadır. Milletlerarası tahkim uygulamasında, görev belgesine ilişkin bir hukuki düzenlemenin bulunmadığı kurallara veya kanunlara dayalı yürütülen tahkim yargılamalarında genellikle görev belgesinin hazırlanması için taraflarla "dava yönetimi konferansı" adlı verilen bir toplantı yapıldığı görülmektedir. Toplantı yapılmadığı takdirde tüm taraflardan eşit biçimde bilgi toplanarak görev belgesinin hazırlandığı görülmektedir. Her iki halde de hakemlerin, taraflara görev belgesinin taslak halini göndermesi ve tarafların

³ Pieter **Sanders**, "The Terms of Reference in ICC Arbitration", Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in Honour of Robert Briner, ICC Publishing, 2005, s. 694.

⁴ Michael W. **Bühler**/Thomas H. **Webster**, Handbook of ICC Arbitration, 2. bs., Sweet&Maxwell, 2008, s. 258; Jacob **Grierson**/Annet **van Hooft**, Arbitrating under the 2012 ICC Rules, Wolters Kluwer, 2012, s. 147.

uygun bulup bulmadıklarının sorulması ile görev belgesinin hazırlanmasının faydalı olacağı ileri sürülmektedir⁵. Görev belgesi ile tahkim yargılamasında taraflar, hakemlerin görev ve yetkilerinin kapsamını belirlemektedirler. Görev belgesi taraflar ve hakemler tarafından imzalanarak hem taraflar hem de hakemler için bağlayıcı nitelik kazanmaktadır⁶.

Görev belgesi ile tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı arasında bir çelişkinin bulunması durumunda hangisinin esas alınacağı sorusu akla gelmektedir. Görev belgesi, tahkim sözleşmesinden sonra imzalanmış olması söz konusu soruya cevap verirken büyük önem taşımaktadır. Nitekim görev belgesi, tarafların son iradelerini oluşturacaktır. Bu nedenle tahkim sözleşmesinin hükümlerine ilişkin varolan bir problemde tarafların görev belgesinde yer alan iradelerinin esas alınması gerekmektedir⁷.

Görev belgesinin başlıca üç avantajının olduğu kabul edilmektedir. Bunlardan ilki, görev belgesinin hakeme yardım eden bir belge olması ve genellikle tarafların sundukları ilk dilekçelerinde iddia ve savunmalarını açıkça ifade edememesinden dolayı söz konusu iddia ve savunmalarının bir özetinin görev belgesinde yapılacak olmasıdır. Bu sayede görev belgesi hazırlanırken tahkim yargılamasından tarafların ne beklediği yargılamanın başında anlaşılır hale gelecektir. İkinci olarak, tahkim yargılamasının nasıl yürüyeceğine ilişkin bir çerçeve çizerek, tarafların yargılamanın konusu dışında kalan hususlara değinmesini önlemesidir. Böylece tahkim yargılamasının sonraki aşamalarında ortaya çıkabilecek yetki aşımı itirazlarının önüne geçilmiş olunmaktadır⁸. Son olarak ise yargılamanın dışında usuli bir

⁵ **Bühler/Webster**, s. 259; Erik **Schäfer**/Herman **Verbist**/Christophe **Imhoos**, ICC Arbitration in Practice, Kluwer Law International, 2005, s. 91.

⁶ Julian D. M. **Lew**/Loukas A. **Mistelis**/Stefan M. **Kröll**, Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003, s. 529.

⁷ Ziya **Akıncı**, “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Görev Belgesi”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II, Beta, İstanbul 2003, s. 982 (“MTK”).

⁸ Turgut **Kalpsüz**, Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, genişletilmiş 2. bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 83 (“Milletlerarası Tahkim”); Nuray **Ekşi**, “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e

taslak hazırlamak adına tarafların bir araya gelmesini sağlamasıdır⁹. Tüm bu avantajlarından dolayı görev belgesinin imzalanması ile tarafların açıkça ve yazılı olarak pek çok hususun hukuka uygunluğu konusunda anlaşmalarını ileri sürmeleri ile yargılama sonunda verilecek hakem kararının iptalinin engellenmesi ve kararın tenfiz edilmesi aşamasında bunun reddi olasılığının azaltılması görev belgesi ile sağlanacaktır¹⁰.

Görev belgesinin sağladığı faydalar yanında hazırlanmasının belirli bir zaman alması nedeniyle zaman kaybına yol açtığı ileri sürülerek görev belgesi eleştirilmektedir. Görev belgesinin yargılama başında formalite olarak anlaşılması, amacına uygun hazırlanmaması ve yargılamada kötü niyetli taraflarca bilinçli olarak tahkimi geciktirmek için kullanılmasının zaman kaybına yol açacağı kuşkusuzdur¹¹. Bunun yanında, New York Konvansiyonu'nun yaygınlaşması ve devletlerin milletlerarası tahkim hukukuna ilişkin düzenlemelerinin günümüzdeki tahkim anlayışına paralel olarak modernleşmesi ile görev belgesine duyulan ihtiyacın azaldığı ileri sürülmektedir¹².

B. Görev Belgesinin Niteliği

Görev belgesinin yeni bir tahkim anlaşması olup olmadığı, usuli bir niteliği taşıyıp taşımadığı gerek doktrin gerek yargı kararlarında tartışılmıştır. Görev belgesi öncelikle usuli bir işlem olarak kabul edilmektedir¹³.

Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl. 23, S. 1-2, 2003, s. 329 ("MTK"); **Grierson/van Hoof**t, s. 148.

⁹ Gary B. **Born**, International Commercial Arbitration, C. II, Kluwer Law International, 2009, s. 1819; **Lew/Mistelis/Kröll**, s. 530-531; **Schäfer/Verbist/Imhoos**, s. 91; **Akıncı**, MTK, s. 966; Nevhis **Deren-Yıldırım**, Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, Alkim, İstanbul 2004, s. 105.

¹⁰ Zela Narçin **Tosun**, Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları Uyarınca Görev Belgesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2009, s. 29.

¹¹ Ali **Yeşilirmak**, Türkiye'de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011, s. 102; Leyla **Keser Berber**, Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999, s. 94.

¹² **Schäfer/Verbist/Imhoos**, s. 90.

¹³ **Keser Berber**, s. 101.

Görev belgesinin içeriğinde nelerin yer aldığına bakıldığında bunların; hakemlerin görevlerinin kapsamına, hakemlere ödenecek ücrete, her iki tarafın iddia ve savunmalarının özetine ve taleplerine, uyuşmazlığın ve yargılamaya uygulanacak usul kurallarının ne olduğuna ilişkin detaylı bilgiler olduğu görülmektedir¹⁴. Bu nedenle görev belgesinin, taraflarla hakemler arasında yapılan bir hakem sözleşmesi niteliğinde olduğu da savunulmaktadır¹⁵.

Görev belgesinin tüm taraflarca imzalanması ve yetki itirazına ilişkin hiçbir kaydın görev belgesinde yer almaması halinde bunun yeni bir tahkim sözleşmesi olacağı ifade edilmektedir¹⁶. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise, 18.07.2007 tarihli ve E. 2007/15-444, K. 2007/554 sayılı kararında sözleşme ile ortaya konulan kanun hükümleri ve MTK'da belirlenen yöntemin dışına çıkan görev belgesinin yeni bir tahkim anlaşması anlamına gelmediğine ve görev belgesinin sözleşmeyi değiştirme gücüne sahip bir belge olmadığına karar vermiştir¹⁷.

Tarafların tahkim anlaşmasına ilişkin hususlarda anlaşması sonucunda görev belgesini imzalamaları ile taraflar arasındaki en son anlaşmanın görev belgesi olmasıyla beraber görev belgesi, tahkim anlaşmasını yerine geçen bir belge niteliğinde kabul edilmemekte, tahkim anlaşmasındaki boşlukları dolduran bir belge olarak değerlendirilmektedir¹⁸.

Görev belgesinin tahkim yargılamasındaki yerini kavramak bakımından tarihçesinin incelenmesinin faydalı olacağı kanısındayız.

¹⁴ Lew/Mistelis/Kröll, s. 528; Jean-François Poudret/Sebatien Besson, Comparative Law of International Arbitration, Sweet&Maxwell, 2007, s. 497; Nuray Ekşi, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, Beta, İstanbul 2013, s. 177 ("HMK"); Yeşilirmak, s. 101; Keser Berber, s. 94; Tosun, s. 15.

¹⁵ Kalpsüz, Milletlerarası Tahkim, s. 83

¹⁶ Keser Berber, s. 101.

¹⁷ Cemal Şanlı, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5. bs., Beta, İstanbul 2013, s. 280.

¹⁸ Akıncı, MTK, s. 982.

C. Görev Belgesinin Tarihçesi

1. ICC Tahkim Kurallarına Göre

a. 1922 Tarihli ICC Kuralları

1922 Tarihli ICC Kurallarında görev belgesine ismen yer verilmemekle birlikte görev belgesinin günümüzdeki yapısının temeli kurulmuştur¹⁹. Söz konusu kuralların 34'üncü maddesinde görev belgesi kavramı yerine "*form of submission*" şeklinde, Tahkim Divanı Sekreteryası'nın hakemlerin ve tarafların isimlerinin, tahkim yerinin, tahkim konusunun ve tarafların iddialarının yer aldığı belgeyi hazırlayacağı ve imzalanmak üzere taraflara tebliğ edeceği düzenlenmiştir²⁰. 1922 Tarihli ICC Kuralları ile söz konusu belgenin kabul edilmesinin nedeni, o dönemin Fransız Tahkim Kanunu'nun tahkim anlaşmasını ancak mevcut uyuşmazlıklar için kabul etmesi ve ileride doğabilecek uyuşmazlıklar için tahkim anlaşması yapılmasına izin vermemesine ilişkin düzenlemenin bertaraf edilebilmesiydi²¹.

1922 Tarihli ICC Kuralları'nda günümüzden farklı olarak görev belgesini hakem değil sekreteryaya hazırlamaktaydı. Söz konusu durumun, görev belgesinin amaçlarından biri olan hakemin dosyaya tam anlamıyla hakim olmasını sağlamaktan uzak olduğu görülmektedir²².

b. 1955 Tarihli ICC Kuralları

1955 Tarihli ICC Kuralları ile görev belgesi kavramı "*terms of reference*" adıyla ifade edilmeye başlanmıştır. Söz konusu kuralların

¹⁹ Akıncı, MTK s. 966; Sanders, s. 694.

²⁰ 1922 Tarihli ICC Kuralları m. 34; "a) Hakem ya da hakemlerin atanmasının ardından sekreteryaya şu hususları içeren bir belgeyi hakem mahkemesine sunulmak üzere hazırlar: Tarafların tam isimleri, ikametgahları, vb.; tahkim konusu (tahkim sözleşmesi vb. ile ilgili olarak); tahkim yeri; taraflarca yapılmak üzere dava ile ilgili iddia ve taleplerin özeti; kanunun araması halinde diğer detay ve bilgiler. b) Hazırlanan bu belge, ulusal komiteler, ulusal komitelerin bulunmaması halinde ise ICC'nin bir organizasyon üyesi aracılığıyla ilgili taraflara imzalamaları için gönderilir. Eğer taraflardan biri bu belgeyi imzalamayı reddederse tahkim mahkemesi, yargılamaya buna rağmen devam edebilir."

²¹ Yeşilirmak, s. 101; Sanders, s. 694; W. Laurence Craig/William W. Park/Jan Paulsson, International Chamber of Commerce Arbitration, 3. bs., Oxford University Press, 2000, s. 274.

²² Tosun, s. 17.

19'uncu maddesi²³ ile günümüzdeki görev belgesi büyük ölçüde benzerlikler taşımaktadır. 1955 tarihli ICC Kuralları ile getirilmiş en önemli değişikliklerden biri, 1922 tarihli ICC Kurallarında farklı olarak söz konusu kurallarda görev belgesinin tahkim divanı sekreteryası yerine hakem tarafından hazırlanacağına kabul edilmiş olmasıdır²⁴. Bununla birlikte divan tarafından görev belgesinin onaylanması zorunluluğunun devam ettiği de unutulmamalıdır.

1955 tarihli ICC Kuralları ile görev belgesinin taraflardan biri tarafından imzalanmaması halinde bunun tahkim yargılamasını etkilemeyecek tahkimin devam edeceği kabul edilmiştir. Aksi takdirde görev belgesine tahkim anlaşmasının üstünde bir etki tanınması sonucu doğacaktır²⁵.

c. 1975 Tarihli ICC Kuralları

1975 tarihli ICC Kurallarında ise görev belgesine ilişkin önceki düzenlemelerden farklı olarak, tarafların iddia ve savunmalarına yönelik bütün belge ve beyanlarını sunmaları yerine bunların özetini sunabilecekleri kabul edilmiştir. Söz konusu durumun tarafların devlet mahkemesine başvurduk-

²³ 1955 Tarihli ICC Kuralları m. 19; "1. Duruşmalara başlamadan önce hakem, kendisine sunulmuş olan belgelere göre ya da tarafların huzurunda kendi görev belgesini tanımlayan ve aşağıdaki hususları içeren bir belgeyi hazırlar: a) Tarafların tam adları; b) Tarafların tahkim süresi boyunca, bütün bildirimlerin ve iletişimin yapılacağı adresleri; c) Tarafların iddialarını içerir açıklamaları; d) Uyuşmazlıkla ilgili olarak karar verilmesi istenen hususlar; e) Hakemlerin tam adları ve adresleri, vs.; f) Tahkim yargılamasıyla ilgili işlemlerin yapılacağı yer; g) kararın tenfizine yönelik talep edilebilecek ya da divan ve hakemin düşüncesine göre belirtilmesinin istenebileceği diğer bütün hususlar. 2. Yukarıdaki birinci paragrafta belirtilen belgenin taraflar ve hakemlerce imzalanması zorunludur. Hazırlanan bu belgenin onay için Divana sunulması şarttır. Taraflardan biri ihtilafın ICC tarafından çözülmesi kaydı ile bağlı olmasına rağmen, yukarıda belirtilen belgenin hazırlanmasını ya da imzalanmasını reddederse, buna rağmen, Divan tarafından hakeme imzayı tamamlaması için tanınan sürenin dolmasıyla hakem kararı verilecektir. 3. Divan, taraflar bunu ayrıca öngörmedikçe hakeme Dostane Aracı olarak hareket etme yetkisini veremez ve bu durum hakem kararının yasal olarak icra edilebilirliğini hiçbir şekilde engelleyemeyecektir."

²⁴ Akıncı, MTK, s. 966.

²⁵ Tosun, s. 19.

larında ispat bakımından onlara kolaylık sağlayacağı da kabul edilmektedir²⁶.

Söz konusu kuralların 13'üncü maddesinde²⁷ görev belgesinin, tahkim yargılamasında sürat ilkesi gereğince dosyanın hakemlere tevdi edilmesinden itibaren iki ay içerisinde hazırlanması gerektiği kabul edilmiştir. İki aylık süre 1975 tarihli ICC Kurallarından itibaren tüm ICC Tahkim Kurallarında geçerli olan bir düzenlemedir. Milletlerarası tahkim uygulamasında söz konusu iki aylık süreye üç hakemli tahkim kurulunda iç görüşmeler nedeniyle ve toplantı için tarafların hepsine uygun bir zaman belirlenmesinin güç olmasından dolayı pek dikkat edilmediği ve hakemlerin sıklıkla ICC Tahkim Divanı tarafından söz konusu sürenin genişletilmesi konusunda talepte bulunduğu görülmektedir²⁸.

²⁶ Erik **Schäfer**, "Terms of Reference in the Past and Present", International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 3, No. 1, 1992, s. 11.

²⁷ 1975 Tarihli ICC Kuralları m. 13; "1. Dava ile ilgili işlemlerin hazırlıklarına başlamadan önce hakem, mevcut ve en son sundukları beyanlarına göre ya da tarafları huzurunda, kendi görevini tanımlayan bir belge hazırlayacaktır. Bu belge aşağıdaki hususları içerecektir. a) Tarafların tam adları ve unvanları, b) Yargılama ile ilgili olarak taraflara bildirimlerin veya iletişimin geçerli olarak yapılacağı adresleri, c) Tarafların her birinin iddiaları, d) Karar verilmesi istenen hususları, e) Hakemlerin tam adları, unvan ve adresleri, f) Tahkim yerini, g) Usule uygulanacak kurallara ilişkin ayrıntılı hususlar ve eğer öngörülmüşse, hakemlere dostane aracı olarak hareket etmelerine ilişkin açık hükmü, h) Kanuna göre kararın icrasını sağlamak ya da kolaylaştırmak amacıyla Divan ya da hakem tarafından talep edilebilecek diğer hususları. 2. Birinci paragrafta değinilen belge, taraflarca ve hakem tarafından imzalanacaktır. Hakem, divana, kendisine gönderilen dosyaya ilişkin olarak belirtilen belgeyi iki ay içinde, kendisi ve taraflarca imzalanmış olarak gönderecektir. Hakemin talep etmesi üzerine, istisnai şartlar halinde divan bu sürenin uzatılmasına karar verebilir. Taraflardan birinin belirtilen belgenin hazırlanmasına katılmayı ya da imzalanmasını reddetmesi halinde, Divan bu durumun 8. maddenin 2. ve 3. fıkrası ile ilişkili olduğunu düşünmesi halinde, benzer bir kararı onay için dikkate alacaktır. Daha sonra Divan kaçınan tarafın imzalaması için belli bir süre öngörecektir. Bu sürenin aşılması halinde tahkime devam edilecektir ve hakem kararı verilecektir. 3. Taraflar uyuşmazlığın esasına uygulanacak olan hukukun seçiminde serbesttirler. Tarafların esasa uygulanacak hukuku belirtmemiş olmaları halinde hakem, uyuşmazlığın durumuna göre uygun bulduğu hukuku uygulayacaktır."

²⁸ **Schäfer/Verbist/Imhoos**, s. 92; **Bühler/Webster**, s. 273.

1975 tarihli ICC Kuralları ile getirilen en önemli yeniliklerden birinin, görev belgesinin divan tarafından tasdik edilme zorunluluğunun kaldırılması olduğu söylenebilir²⁹.

d. 1998 Tarihli ICC Kuralları

ICC Tahkim Kurallarında yer alan görev belgesi, 1923'ten 1998 yılına kadar tahkim yargılamasında doğan pratik ihtiyaçlara dahi iyi cevap verebilmek adına farklı zamanlarda çeşitli değişikliklere uğramıştır. Bunlardan en önemlisi 1998 Tarihli ICC Kurallarıdır. Bu kuralların 18'inci maddesi³⁰ ile görev belgesine ilişkin getirilen en önemli değişiklik, hakemin, görev belgesinde yazılacak unsurlardan bir ya da birkaçının yer almasının uygun

²⁹ Ziya Akıncı, Milletlerarası Tahkim, Vedat, İstanbul 2013, s.190 ("Milletlerarası Tahkim").

³⁰ 1998 Tarihli ICC Kuralları m. 18; "1. Hakem mahkemesi, Sekreteryadan dosyayı alır almaz, dosyadaki belgelere dayanarak veya tarafların huzurunda ve tarafların yapmış oldukları en iyi sunumların ışığında Görev Koşulların belirleyen bir belge hazırlar. Bu belge, aşağıdaki hususları içerir: a) Tarafların adları, sıfatları, b) Tahkim süresi içinde kendileri ile yazışma yapmak veya tebligatta bulunmak için tarafların adresleri, c) Tarafların iddialarını özet olarak açıklaması ve talep veya karşı talep olarak ileri sürülen meblağların mümkün olduğunca belirtilmek suretiyle her bir tarafın netice ve talebi, d) Hakem Mahkemesi uygun olmadığı düşüncesinde değilse, karara bağlanacak hususların listesi, e) Hakemlerin adı, soyadı, unvanı ve adresi, f) Tahkim yeri, g) Uygulanacak usul kuralları ve belirtilmişse, hakeme dostane aracı (*amiable compositeur*) olarak hareket edebileceğine veya hak ve nesafet esasları dairesinde karar verebileceğine dair verilen yetkinin özellikleri, 2. Görev Belgesi taraflar ve hakem mahkemesi tarafından imzalanacaktır. Kendisine dosyanın tevdiinden itibaren geçen iki ay içinde, hakem mahkemesi, tarafların ve kendisinin imzaladığı Görev Belgesini Divana iletacaktır. Divan, Hakem Mahkemesi'nin gerekçeli talebi üzerine veya gerekli görüyorsa resen bu süreyi uzatabilir. 3. Taraflardan herhangi biri görev belgesinin düzenlemesine katılma veya imzalamayı reddederse, bu husus onay için Divana sunulur. Görev Belgesi m. 18/2 uyarınca imzalandıktan veya Divan tarafından onaylandıktan sonra tahkim devam edecektir. 4. Hakem Mahkemesi, görev belgesinin düzenlemesi sırasında veya bundan sonra mümkün olan en kısa sürede, taraflara da danıştıktan sonra, tahkimin yürütülmesini takip etmek amacıyla ayrı bir doküman olarak zaman cetveli (*provisional timetable*) hazırlayacak ve bunu Divan ve taraflara iletacaktır. Zaman cetvelinde daha sonra yapılacak her türlü değişiklik Divan ve taraflara iletilecektir."

bulmaması halinde bu unsurlara görev belgesinde yer verilmemesi yönünde karar verebilme yetkisinin tanınmasıdır³¹.

ICC tahkim yargılamasında görev belgesinin düzenlemesinden sonra tarafların iddia ve savunmalarını genişletme yasağı başlamaktadır. Söz konusu durum 1998 tarihli ICC Tahkim Kurallarının 19'uncu maddesinde düzenlenmiştir. Görev belgesinin imzalanması veya onaylanmasından sonra, hiçbir taraf görev belgesinin dışında kalan yeni talepler veya karşı talepler ileri süremeyecektir. Söz konusu ifadenin tersinden anlaşılması gereken husus, tarafların görev belgesi hazırlanana kadar taleplerini genişletip değiştirebilme konusunda serbest olduklarıdır. Görev belgesinin imzalanması veya onaylanmasından sonra ancak hakemin yeni taleplerin ve karşı taleplerin mahiyetini, tahkimin bulunduğu safhayı ve diğer ilgili durumları dikkate alarak bunların ileri sürülmesine izin vermesi mümkündür. Yeni taleplerin neyi kapsadığına ilişkin ise ICC Tahkim Kurallarında bir ibareye yer verilmemiştir. Ancak, mevcut bir talebin genişletilmesi yeni bir talep olarak kabul edilmeyecektir³².

Görev belgesinde tarafların iddia ve savunmalarını özetlemiş olması, bunların genişletilip genişletilmediğinin yargılamanın erken safhasında anlaşılmasını sağlayarak tarafların mevcut eksikleri gidermelerine olanak tanımaktadır³³.

1998 Tarihli ICC Kuralları ile getirilen diğer bir yenilik ise "Zaman Cetveli" olarak bahsedilen ve görev belgesine eklenmesi zorunlu kılınan başka bir belgenin hazırlanmasının öngörülmüş olmasıdır. Zaman Cetveli, tahkim süresinin nasıl değerlendirileceğine ilişkin olan bir belgedir. Örneğin, tahkim yargılamasında duruşma yapılıp yapılmayacağı, yapılacaksa ne zaman ve nerede yapılacağı, yazılı beyanların ne kadar zaman içerisinde sunulacağı gibi hususlar zaman cetvelinde yer alacaktır³⁴. Zaman Cetveli

³¹ Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 190; Tosun, s. 23; Sanders, s. 697.

³² Keser Berber, s. 99-100; Serge Lazareff, "Terms of Reference", ICC International Court of Arbitration Bulletin S. 17, No. 1, 2006, s. 25.

³³ Kalpsüz, Milletlerarası Tahkim, s. 83; Grierson/van Hooff, s. 148.

³⁴ Born, s. 1814; Schäfer/Verbist/Imhoos, s. 93; Sanders, s. 697; Serge Lazareff/Erik Schäfer, "The 1992 Practical Guide on Terms of Reference Revisited", ICC International Court of Arbitration Bulletin, S. 10/No. 2, 1999, s. 17.

içerisinde belirtilen sürede yargılamanın sona ermesi hedeflendiğinden, söz konusu belge aynı zamanda usul ekonomisine hizmet etmektedir. Bununla birlikte uygulamada süreye bağlanmış işlemlerin belirtilen süreler içerisinde yapılamaması nedeniyle Zaman Cetveli'nin pratik bir değerinin olup olmadığı tartışmalıdır³⁵. İmzalanmış ve sunulmuş bir görev belgesinde zaman cetveline yer verilmediği durumlarda Sekretarya genellikle hakemden ivedilikle bir zaman cetvelinin hazırlanması talebinde bulunmaktadır³⁶.

MTK'da ise zaman cetveline yer verilmemiştir.

e. 2012 Tarihli ICC Kuralları

1998 yılından itibaren uygulamada ve milletlerarası tahkim alanında karşılaşılan yeni sorunların çözüme kavuşturulabilmesi için ICC Tahkim Komisyonu'nun çalışmaları sonucunda ICC Tahkim Kuralları önemli bir revizyona uğramıştır³⁷. Bununla birlikte görev belgesine ilişkin madde düzenlenmesinde 1998 tarihli ICC Kurallarına kıyasla büyük değişikliklerin olmadığı görülmektedir.

Görev belgesi, 2012 tarihli ICC Kurallarının 23'üncü maddesinde³⁸ düzenlenmiştir. 1998 Tarihli ICC Kurallarında madde başlığı "Görev Belgesi

³⁵ Keser Berber, s. 103-104.

³⁶ Bühler/Webster, s. 275.

³⁷ Özsunay, s. 51.

³⁸ 2012 Tarihli ICC Kuralları m. 23; "1. Hakem mahkemesi, Sekretaryadan dosyayı alır almaz, dosyadaki belgelere dayanarak veya tarafların huzurunda ve tarafların yapmış oldukları en iyi sunumların ışığında Görev Koşulların belirleyen bir belge hazırlar. Bu belge, aşağıdaki hususları içerir: a) taraflardan her birinin veya tahkimde bir tarafı temsil eden herhangi bir kişinin veya kişilerin tam olarak adları, tanımları, adresleri ve diğer temas ayrıntıları b) Tahkim süresi içinde kendileri ile yazışma yapmak veya tebligatta bulunmak için tarafların adresleri, c) Tarafların iddialarını özet olarak açıklaması ve talep veya karşı talep olarak ileri sürülen meblağların mümkün olduğunca belirtilmek suretiyle her bir tarafın netice ve talebi, d) hakem mahkemesi tarafından uygun olmadığı düşünülmekçe, karara bağlanacak hususların listesi, e) hakemlerden her birinin tam olarak adları, adresleri ve diğer temas ayrıntıları, f) tahkim yeri ve g) uygulanacak usul kurallarının ayrıntıları ve varsa, hakem mahkemesine dostane aracı (*amiable compositeur*) gibi hareket etmek veya adalet ve nesafete göre (*ex aequo et bono*) karar vermek yetkisi verilmiş ise, buna ilişkin referans. 2. Görev Belgesi, taraflar ve hakem mahkemesi tarafından imzalanır. Hakem mahkemesi dosyanın kendisine iletildiği tarih-

ve Zaman Cetveli” iken, 2012 tarihli ICC Kuralları’nda 23’üncü madde sadece görev belgesine ilişkin olup “Zaman Cetveli”, “Dava Yöntemi Konferansı”nı düzenleyen 24’üncü maddeye aktarılmıştır.

2012 Tarihli ICC Kuralları’nın 23’üncü maddesine bakıldığında, 1998 tarihli ICC Kuralları’ndan farklı olarak tarafların görev belgesinin imzalanması veya onaylanmasından sonra görev belgesinin dışında kalan yeni talepler veya karşı talepler ileri süremeyeceklerine ilişkin kural maddenin son fıkrasında düzenlenmiştir.

2. Türk Hukuku’na Göre

a. Milletlerarası Tahkimde Görev Belgesi

Türk tahkim hukukunda görev belgesine ilişkin ilk düzenleme MTK’nın 10’uncu maddesinde yer almaktadır. MTK, Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu (“*UNCITRAL*”) tarafından hazırlanan Model Kanun’u esas almasına rağmen Model Kanun’da yer almayan görev belgesi kavramını düzenlemiştir. Söz konusu MTK düzenlemesi uyarınca; taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa, hakem veya hakem kurulu, dava ve cevap dilekçesi verildikten sonra bir görev belgesi hazırlayacaktır. Böylece MTK uyarınca görev belgesinin hazırlanma zamanı dava ve cevap dilekçesinin verilmesinden sonradır. Görev belgesinin en önemli unsurlarından birinin tarafların iddia ve savunmalarının yer alacak olması nedeniyle görev belgesinin hazırlanmasında cevap dilekçesinin verilmesi de beklenmektedir³⁹. Bununla birlikte görev belgesinde dava ve cevap dilekçelerinden önceki

ten itibaren iki ay içinde, kendisi tarafından ve taraflarca imzalanmış Görev Belgesini Divana sunar. Divan, hakem mahkemesinin gerekçeli istemi üzerine veya gerekli görürse, kendiliğinden bu süreyi uzatabilir. 3. Taraflardan herhangi biri Görev Belgesinin düzenlenmesine katılmayı veya belgeyi imzalamayı ret ederse, belge onay için Divana sunulur. Görev Belgesi m. 23/2 hükmü uyarınca imzalandığı veya Divan tarafından onaylandığı zaman, tahkim yargılamasına devam edilir. 4. Görev Belgesinin imzalanmasından veya Divan tarafından onaylanmasından sonra, tarafların hiçbiri, yeni taleplerin niteliğini, tahkimin bulunduğu aşamayı ve diğer ilgili durumları göz önüne alacak olan hakem mahkemesi tarafından izin verilmedikçe, Görev Belgesinin sınırları dışında kalan yeni taleplerde bulunamaz.”

³⁹ Akıncı, MTK, s. 968.

aşamada çözümlmesi gereken hususlar da olabileceğinden görev belgesinin hakemlerin ilk toplantısında hazırlanmasının daha yerinde olacağı da ileri sürülmektedir. Sıralamaya ilişkin emredici bir hüküm olmaması nedeniyle görev belgesinin davanın başında imzalanması halinde görev belgesinin hazırlanma zamanı öne çekilmiş olacaktır⁴⁰.

MTK m. 10/E uyarınca görev belgesinde tarafların adları, unvanları ve sıfatları, tahkim sırasında bildirim için geçerli adresleri, iddia ve savunmalarının özeti, istemleri, uyuşmazlığın açıklanması, hakemlerin ad ve soyadları, sıfatları ve adresleri, tahkim yeri, tahkim süresi, sürenin başlangıcı, uyuşmazlığa uygulanacak usul hükümleriyle ilgili açıklamalar ile hakemlere dostane aracılık yapma yetkisinin verilmiş olup olmadığına ilişkin hususlar yer almaktadır. MTK'da görev belgesinde yer alması gereken unsurlara ilişkin olarak iddia ve savunmanın değiştirilip genişletilmesine izin verilip verilmeyeceğine ilişkin bir ibarenin de görev belgesinde yer alması gerektiği savunulmuştur. Nitekim, MTK m. 10/D düzenlemesi, ICC Tahkim Kuralları ile paralel olarak tarafların, aksini kararlaştırmadıkça, tahkim yargılaması sırasında savunmalarını değiştirip genişletebilecekleri kabul edilmiştir. Bunun yanında hakem, bu işlemin gecikerek yapılmış olduğuna veya diğer taraf için haksız bir şekilde büyük zorluk yarattığına ve diğer hal ve şartlara da bakarak bu yönde bir değişiklik yapılmasına izin vermeyebilecektir. MTK'da yer alan her iki düzenlemenin birbiriyle uyumlu olması açısından iddia ve savunmanın değiştirilmesi veya genişletilmesine ilişkin unsura görev belgesinde yer verilmelidir⁴¹.

MTK ağırlıklı olarak, kurumsal tahkime yönelik bir düzenleme olmayan UNCITRAL Model Kanunu örnek aldığından, ICC Tahkim Kurallarından farklı olarak görev belgesinin sunulacağı bir makamı öngörmemiş sadece görev belgesinin hakem ve taraflarca imzalanacağına yer vermiştir. Bunun yanında ICC Tahkim Kurallarında taraflar ile Tahkim Divanı arasındaki ilişki düzenlenirken, söz konusu hükümlere MTK'da yer verilmemiştir. Bunun sonucunda MTK'da, taraflardan birinin görev belgesini imzalamak-

⁴⁰ Şanlı, s. 281.

⁴¹ Ekşi, MTK, s. 330.

tan kaçınması olasılığında hakemin nasıl bir tutum izleyeceği düzenlenmemiştir⁴².

ICC Tahkim Kurallarında öngörülen Zaman Cetveli belgesine MTK'da yer verilmemiştir. 2012 Tarihli ICC Tahkim Kurallarının görev belgesi başlıklı madde düzenlemesinde değil de ayrı bir madde olarak ele alınan Zaman Cetveli'nin, hakemlerin işini kolaylaştırması bakımından taraflara danışarak hazırlanması mümkündür⁴³.

MTK ile ICC Tahkim Kuralları karşılaştırıldığında, MTK'da hakemin yer almasını uygun bulmaması halinde bazı hususların belgede yer almaması yönünde ICC Tahkim Kurallarında hakeme tanınan takdir yetkisinin yer almadığı görülmektedir. MTK, bu bakımından 1975 tarihli ICC Tahkim Kurallarını benimsemiştir. Ancak hangi gerekçe ile bu düzenlemeyi kabul etmediği ise açıklanmamıştır⁴⁴. Bununla birlikte uyumsuzluğun hakemler tarafından daha çabuk ve iyi anlaşılması açısından, görev belgesi düzenlemesi aşamasında hakemlerden uyumsuzluğun açıklanmasını beklemek tahkim yargılamasının etkin bir şekilde yürütülmesine hizmet edecektir⁴⁵.

MTK, ICC Tahkim Kurallarından farklı olarak görev belgesinin düzenlenmesini taraflarca aksinin kararlaştırılmadığı hallere özgülemesinden dolayı görev belgesinden beklenen faydanın sağlanamayacağı ileri sürülmektedir⁴⁶.

b. İç Tahkimde Görev Belgesi

İç tahkim hukukuna ilişkin hükümler, 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun ("HMK")⁴⁷ 407-444 maddeleri arasında düzenlenmiştir. Söz konusu hükümlerde görev belgesi kavramına yer verilmediği görülmektedir. Her ne kadar görev belgesi HMK'da düzenlenmemiş olsa da, hakemlerin görev belgesini düzenleyemeyeceklerine dair bir yasak da getirilmiş değildir.

⁴² **Deren-Yıldırım**, s. 104; **Yeşilirmak**, s. 102.

⁴³ Turgut **Kalpsüz**, "Milletlerarası Tahkim Kanununda ICC Tahkim Kuralları ve IPL'den Esinlenen Hükümler", Milletlerarası Tahkim Semineri, 10 Mart 2003, s. 41 ("ICC Tahkim Kuralları"); **Tosun**, s. 43.

⁴⁴ **Tosun**, s. 24.

⁴⁵ **Akıncı**, MTK, s. 973.

⁴⁶ **Kalpsüz**, ICC Tahkim Kuralları, s. 22.

⁴⁷ Kabul Tarihi: 12.01.2011, Resmi Gazete: 04.02.2011/S: 27836.

Bu nedenle tarafların talebi halinde veyahut da taraflarca aksi kararlaştırılmamışsa hakemler kendiliğinden tahkim yargılamasında görev belgesi düzenleyebileceklerdir⁴⁸.

D. Görev Belgesinde Bulunması Gereken Zorunlu Unsurlar

Gerek ICC Tahkim Kuralları ve gerekse MTK, görev belgesinde hangi unsurların yer almasını gerektiğini ayrıntılı olarak düzenlemiştir. Bununla birlikte karşılaştırılmalı olarak her iki mevzuat açısından farklılıklar da mevcuttur. Görev belgesinde hangi unsurların yer alması gerektiği sınırlayıcı olarak sayılmadığından hakemler, görev belgesinde belirtilmeyen unsurların yer almasına da karar verebileceklerdir. Örneğin, görev belgesinde esasa uygulanacak hukukun yer alması ve buna tarafların da itiraz etmemesi ile yargılamanın ilerleyen safhalarında hakem kararının, olası bir iptal edilme ve tenfizinin engellemesinin önüne geçilmiş olunacaktır⁴⁹.

1. Taraflara ve Hakemlere İlişkin Bilgiler

ICC Tahkim Kurallarında tarafların ad ve sıfatlarının yazılması unsuru yer alırken MTK'da tarafların ad ve sıfatlarının yanında unvanlarının da yazılacağı hususu kabul edilmiştir. Aynı zamanda tarafların ad ve sıfatlarının doğruluğu kadar unvanlarının da hatasız olarak yer alması hakem kararının icrası bakımından önem taşımaktadır. Tarafların adları, sıfatları ve unvanlarına ilişkin yapılması gereken düzeltmelerin görev belgesinin hazırlanması aşamasında tamamlanması gerekmektedir⁵⁰. Tarafların adları, soyadları ve unvanlarına ilişkin bilgilerin görev belgesinde yer almasının önemi, tarafların görev belgesini imzalayarak kendilerine ilişkin yer alan bilgilerin doğruluğunu teyit etmiş ve karışıklığa yol açabilecek bilgilerin ise tamamlanmış olduğunu ikrar etmiş olmalarıdır⁵¹.

Görev belgesinde taraflara ilişkin yer alması gereken unsurlardan biri de tarafların adresleri ve iletişim ayrıntılarıdır. Bunun önemi, tahkim yargıla-

⁴⁸ Ergin **Nomer/Nuray Ekşi/Günseli Öztekin Gelgel**, Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. I, 4. bs., Beta, İstanbul 2013, s. 25; **Ekşi**, HMK, s. 178; **Yeşilirmak**, s. 102.

⁴⁹ **Kalpsüz**, Milletlerarası Tahkim, s. 85; **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 193.

⁵⁰ **Keser Berber**, s. 94; **Tosun**, s. 54-55; **Lazareff**, s. 26.

⁵¹ **Schäfer/Verbist/Imhoos**, s. 93.

ması boyunca taraflara kolaylıkla tebligatların ve bildirimlerin yapılmasının sağlanmasıdır. Görev belgesinin düzenlendiği bir tahkim yargılamasında tebligatlar, görev belgesinde belirtilen usul ve adrese göre yapılmak durumundadır. Tarafların adresleri yazılırken faks numaralarının ve elektronik posta adreslerinin yer alması da günümüz koşullarına uygunluk bakımından önem taşımaktadır⁵². Tarafların büyük bir hukuki öneme sahip olan tebligat ve bildirimler için bir usul kararlaştırmaları da mümkündür. Uygulamada genellikle tarafların kurye, teleks, telefon gibi bildirim araçlarını kullandıkları görülmektedir⁵³. Belirlenen usule uygun olmayan bir tebligatın gerçekleştirilmiş olması halinde ise, tarafların iddia ve savunma haklarının ihlali gerçekleşmiş olacağı için hakem kararının tenfiz talebinin reddi gündeme gelecektir.

Tarafların avukatla temsil edilmesi halinde taraflar için aranan tüm hususlar avukat bakımından da aranmaktadır.

ICC Tahkim Kurallarında ve MTK'da görev belgesinde tarafların yanında hakemler için de birtakım bilgilerin de yer alması öngörülmüştür. Buna göre hakemlerin adları, soyadları, sıfatları ve adresleri de görev belgesinde yer alacaktır. Hakemlerin adları, soyadları, sıfatları ve adresleri belirtilirken bunun yanında hangi tarafça atandığının veya tek hakem ya da üçüncü hakem olduğuna ilişkin bilginin belirtilmesinin de faydalı olacağı kabul edilmektedir⁵⁴. Bunun yanında eğer tahkim anlaşmasında hakemlerin, belirli bir alanda uzmanlık sahibi olması gibi, taşınması gereken özelliklere yer verilmişse, görev belgesinde de hakemlerin bu özellikleri taşıyıp taşımadığına ilişkin bilgiye yer verilmesi gerektiği kabul edilmektedir⁵⁵.

MTK'da hakemlerin ismen belirtilmesi hususuna önemli sonuçlar bağlandığı görülmektedir. O kadar ki, ancak ismen belirtilen hakemlerin olması durumunda tarafların tahkime gitmeyi kararlaştırdıkları varsayılmaktadır. Bunun yanında tahkim anlaşmasında hakemin ismen belirtilmemesi durumunda yeniden hakem seçme yoluna gidileceği de kabul edilmiştir. Belir-

⁵² Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 195.

⁵³ Ekşi, HMK, s. 172; Keser Berber, s. 95.

⁵⁴ Akıncı, Milletlerarası Tahkim, s. 200; Keser Berber, s. 96.

⁵⁵ Bühler/Webster, s. 269.

tilen sebeplerden dolayı görev belgesi hazırlanırken tahkim anlaşmasında hakemlerin isminin yer alıp almadığına ve görev belgesine bu hususun aktarılmasına dikkat edilmelidir⁵⁶.

2. İddia ve Savunmaların Özeti

Görev belgesinde yer alan en uzun bölüm genellikle tarafların iddia ve savunmalarının özetinin yer aldığı bölüm olmaktadır. Görev belgesinde tarafların iddia ve savunmalarının yer almasının nedeni hakemin bunları eksiksiz ve tam anlamasıdır. Bu nedenle tarafların iddia ve savunmalarının tamamının değil de bir özetinin yer alması görev belgesinin amacına uygun düşmektedir. Bununla birlikte hakemin karar safhasında iddia ve savunmalarının özetine değil de kapsamlı halini dikkate alacağı şüphesizdir. Görev belgesinin imzalanması ile tarafların diğer tarafın iddia ve savunmalarını kabul ettiği anlamına gelmediği de unutulmamalıdır⁵⁷.

Tarafların iddia ve savunmalarına ilişkin özetin hakem tarafından açıkça anlaşılması halinde ne yapabileceği kurallarda yer almasa da, uygulamada böyle bir olasılıkta hakemin taraflardan açıklama istemek üzere talepte bulunabileceği kabul edilmektedir⁵⁸.

Görev belgesinde tarafların iddia ve savunmalarının özetinin yer almasına ilişkin olan unsur bakımından MTK ile ICC Tahkim Kurallarında farklılık bulunmaktadır. Söz konusu farklılık ICC Tahkim Kurallarında dava ve karşı davada talep olarak ileri sürülen meblağın belirtmesi aranırken MTK'da söz konusu hususun aranmamasıdır. Bunun MTK bakımından önemli bir eksiklik teşkil ettiği ileri sürülmektedir⁵⁹. ICC tahkim yargılamasında ise genellikle tarafların ileri sürdükleri meblağın tam hesabının değil de muhtemel miktarının belirtilmesinin yeterli olduğu ve kesin miktarın çoğunlukla bilirkişi tarafından tespit edildiğinde belirlenebildiği kabul edilmektedir⁶⁰.

⁵⁶ **Tosun**, s. 65-66.

⁵⁷ **Akıncı**, MTK, s. 971; **Keser Berber**, s. 96.

⁵⁸ **Schäfer/Verbist/Imhoos**, s. 94.

⁵⁹ **Kalpsüz**, Milletlerarası Tahkim, s. 85.

⁶⁰ **Bühler/Webster**, s. 267.

Görev belgesinde tarafların iddia ve savunmalarının özetinin yer aldığı bölümün genellikle davacının iddiası, karşı tarafın davacının iddiasına verdiği cevap ve son olarak her iki tarafın taleplerinin yer aldığı üç paragraflık bir bölümden oluştuğu görülmektedir⁶¹.

3. Tahkim Yeri

Tahkim yeri, milletlerarası tahkim hukukunda önemli sonuçlar bağlanmış olan bir kavramdır. Tahkim usulüne uygulanan kurallarda ve uluslararası anlaşmalarda, tahkim anlaşması ile ilgili problemlerde tahkim yerinin dikkate alındığı görülmektedir. Tahkim yeri kavramı, milletlerarası tahkime ilişkin kanunların uygulama alanını belirlediği gibi (MTK'da olduğu üzere), hakem icra kabiliyeti açısından da önem taşımaktadır⁶².

ICC Tahkim Kuralları m. 18 uyarınca tahkim yeri, taraflar aksini kararlaştırmadıkça hakem tarafından belirlenecektir. Bunun yanında hakem, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, taraflarla görüşerek toplantıları ve duruşmaları uygun olan başka bir yerde de yapabileceklerdir. MTK m. 9 uyarınca da tahkim yeri, taraflarca veya onların seçtikleri tahkim kurumunca serbestçe kararlaştırılacaktır. Bu konuda bir anlaşma olmaması halinde tahkim yeri hakem tarafından olayın özelliklerine göre belirlenecektir. MTK, ICC Tahkim Kuralları gibi hakemin, tahkim yargılamasının gerektirdiği durumlarda taraflara da bildirmek koşuluyla başka bir yerde de toplanabileceklerini kabul etmiştir. Bundan sonra hakemler, belirlenen tahkim yerini görev belgesinde belirteceklerdir.

Görev belgesinin düzenlendiği bir tahkim yargılamasında, tarafların bundan önce tahkim yerini kararlaştırmamış olmaları halinde görev belgesinin düzenlenmesi ile taraflar, ikinci bir kez tahkim yerini belirleme ya da tahkim yerini belirlemişlerse bunu değiştirme şansına sahip olacaklardır⁶³.

4. Usule Uygulanacak Kurallar

Görev belgesinde yer alması zorunlu olan unsurlardan bir diğeri de tahkim yargılaması usulüne uygulanacak kurallardır. Görev belgesinin

⁶¹ Tosun, s. 70.

⁶² Akıncı, MTK, s. 975; Keser Berber, s. 97.

⁶³ Tosun, s. 77; Schäfer/Verbist/Imhoos, s. 95.

düzenlemesi, taraflar ve hakem arasında tahkim usulüne uygulanacak kurallar hakkında görüşebilme imkânını ve tahkim yargılamasının nasıl devam edebileceği hususunda şeffaflığı sağlayacaktır⁶⁴.

ICC Tahkim Kuralları m. 19'a göre, tahkim usulüne ICC Tahkim Kuralları uygulanacaktır. Bu Kurallarda hüküm olmaması halinde, tarafların veya onların kararlaştırılmaması halinde hakemin tespit edeceği kurallar, söz konusu kuralların tahkime uygulanacak herhangi bir milli hukukun usul hukuku kurallarından bahsedilmesine bakılmaksızın uygulanacaktır. MTK m. 8' göre de, taraflar, hakem tarafından uygulanacak yargılama kurallarını, MTK'da yer alan emredici hükümler saklı kalmak koşuluyla serbestçe kararlaştırabilecekler ya da bir kanuna, milletlerarası veya kurumsal tahkim kurallarına atıf yapmak suretiyle belirleyebileceklerdir. Taraflar arasında herhangi bir anlaşmanın olmaması halinde ise hakem, tahkim yargılamasını MTK hükümlerine göre yürütecektir.

Görev belgesinde hangi usul hukukunun veya kurallarının uygulanacağı açıkça belirtilecek ve özel usul hükümlerine de yer verilerek belgelerin sunulması, tanıkların bildirilmesi için gereken süreler de öngörülebilecektir. Bunun yanında, tahkimin dili, tebligat usulü, ihtiyati tedbire ilişkin hususlar ve usule ilişkin konularda hakem kurulu başkanının tek başına hareket edip etmeme konusunda yetkisinin olup olmadığına ilişkin usulü konular da görev belgesinde yer alacaktır. Tahkimin dilini taraflar kararlaştırabileceği, eğer buna ilişkin bir anlaşma yoksa uyuşmazlıkla ilgili belgelerin dili ve tahkim yeri gibi unsurlar dikkate alınarak hakem tarafından da belirlenebilecektir⁶⁵.

Usule uygulanacak kurallar bölümünde tahkim yargılamasının gizliliğine ilişkin anlaşmanın da yer alması gerektiği kabul edilmektedir. Nitekim yargılamanın gizliliği tahkimin yapıtaşlarından biri olarak kabul edilmektedir. 2012 Tarihli ICC Tahkim Kuralları m. 22/3 düzenlemesi ile açıkça hakem tarafından gizliliğe ilişkin talimatların yapılabileceğini belirtmiştir. Taraflar, hakem tarafından yapılacak olan talimatlardan kaçınmak amacıyla

⁶⁴ Keser Berber, s. 97; Bühler/Webster, s. 270; Schäfer/Verbist/Imhoos, s. 95.

⁶⁵ Akıncı, MTK, s. 977; Keser Berber, s. 97; Grierson/van Hooft, s. 150; Lazareff, s. 27; Craig/Park/Paulsson, s. 281.

görev belgesinde yargılamanın gizliliğinin sağlanmasına ilişkin unsurun yer almasını talep edebileceklerdir⁶⁶.

5. Hakemlere Dostane Aracılık (*Amiable Compositeur*) Yetkisinin Verilmesi

Milletlerarası tahkim hukukunda 1961 Tarihli Avrupa (Cenevre) Sözleşmesi'nin m. 7/2 düzenlemesi, UNCITRAL Model Kanun'un m. 28/3 ve MTK'nın m. 12/C düzenlemesi ile tahkim hukukunda esnekliğin sağlanması açısından hakemlere hakkaniyet ve nesafet veya dostane aracı olarak karar verebilme yetkisi tanınmıştır. Ancak bunun için tarafların hakemleri açıkça yetkili kılmaları gerekmektedir. UNCITRAL Model Kanun'un bu şekilde bir düzenlemeye yer vermesinin nedeninin, tahkim yargılamasının taraflarını kötü sürprizlerden korumak istemesi olduğu belirtilmiştir⁶⁷.

ICC Tahkim Kuralları uyarınca da, hakemlere dostane aracı (*amiable compositeur*) gibi hareket etmek veya adalet ve nesafete göre (*ex aequo et bono*) karar vermek yetkisi verilmiş ise, buna ilişkin referansın da görev belgesinde yer alması gerekmektedir.

Dostane aracılık, niteliği açısından bir tahkim yolu olup genellikle hukukçu olmayan hakemlerin seçildiği tahkim yargılamalarında taraflarca hakeme tanınan bir yetkidir. Dostane aracılıkta taraflar hakemlere, hukuk kurallarına sıkıca bağlı kalmaksızın hakkaniyete göre karar verebilme yetkisini vermektedirler. Bununla birlikte dostane aracılık yetkisi verilen hakemlerin, taraflara eşit davranma ve savunma hakkını ihlal etmemeden oluşan yargısal temel haklara da uymaları gerektiği unutulmamalıdır⁶⁸.

Dostane aracılık yapma yetkisini almış olan hakemin izlemesi gereken yolun öncelikle uyuşmazlığa uygulanacak maddi hukuk ile başlaması, burada bir çözüm bulamaması veya bulduğu çözümün adil olmaması halinde hakkaniyet ve nesafete göre karar vermesi şeklinde olması gerektiği kabul edilmektedir⁶⁹.

⁶⁶ Bühler/Webster, s. 270; Grierson/van Hooff, s. 150; Lazareff, s. 29.

⁶⁷ Deren-Yıldırım, s. 121.

⁶⁸ Akıncı, MTK, s. 978; Tosun, s. 85.

⁶⁹ Deren-Yıldırım, s. 122.

E. Milletlerarası Tahkim Hukukunda Görev Belgesinin Doğurduğu Hukuki Sonuçlar

1. Görev Belgesinin Düzenlenmesinin Hukuki Sonuçları

Görev belgesinin düzenlenmesi ve taraflarca imzalanması halinde tarafların aralarındaki uyuşmazlığı tahkim yolu ile çözecekleri konusunda anlaşmış oldukları kabul edilecektir. Böylece taraflar, görev belgesinde tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı ile ilgili herhangi bir itirazda bulunmamışlarsa, daha sonra tahkim sözleşmesinin veya tahkim şartının bulunmadığını ileri sürerek hakem kararına karşı iptal davası açamayacaklardır⁷⁰.

Görev belgesinin avantajları arasında sayılan ve aynı zamanda hukuki sonuç olarak karşımıza çıkan diğer iki husus, görev belgesinin düzenlenmesi ile hakem kararının iptal edilme olasılığının ve tenfizinin reddi olasılığının azalmasıdır. Nitekim görev belgesinde yer alacak unsurlar üzerinde tarafların ihtilafsız olmaları MTK'da yer alan iptal sebeplerinin gerçekleşme olasılığını azaltacaktır⁷¹. Aynı şekilde imzalanmış veya onaylanmış bir görev belgesi, hakem kararının tenfiz koşullarını⁷² büyük ölçüde taşıyacak nitelikte

⁷⁰ Akıncı, MTK, s. 981; Tosun, s. 105; Craig/Park/Paulsson, s. 287.

⁷¹ MTK m. 10/E'de belirtilmiş görev belgesinde yer alan unsurlar üzerinde taraflar arasında bir anlaşmazlık yoksa ve MTK m. 15/A'da yer alan iptal sebeplerinin gündeme gelme olasılığı düşük olacaktır. MTK m. 15/A'da yer alan iptal sebepleri şu şekildedir: 1. Taraf ehliyeti eksikliği ve geçersiz tahkim anlaşması, 2. Hakem seçiminin taraf anlaşması veya kanuna aykırı olması, 3. Hakem kararının tahkim süresi içerisinde verilmemiş olması, 4. Yetkiye ilişkin hukuka aykırı hakem kararı verilmesi, 5. Hakemlerin yetkilerini aşması veya taleplerin tamamı hakkında karar vermemesi, 6. Tahkim yargılamasının usule uygun yürütülmemesi ve bu durumun kararın esasına etkili olması, 7. Taraflara eşit davranılmaması, 8. Uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması, 9. Hakem kararının kamu düzenine aykırı olması.

⁷² 1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine Dair New York Andlaşması'nın m. 5 düzenlemesinde yer alan tenfizin reddi sebepleri şu şekildedir: 1. Tahkim anlaşmasının geçersizliği veya tarafların ehliyetsizliği, 2. Adil yargılanma ilkesinin gözetilmemesi, 3. Yetki aşımı/Tahkim anlaşması veya taraf iradeleri dışında karar verilmiş olması, 4. Hakemin seçim yöntemine veya usule uygulanacak hukuka aykırılık bulunması, 5. Hakem kararlarının bağlayıcı olmaması veya iptal edilmiş olması, 6. Uyuşmazlığın tahkime elverişli olmaması, 7. Hakem kararının kamu düzenine aykırı olması.

olacaktır. Örneğin, görev belgesinde tahkim sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin bir itirazın yer almaması durumunda, tenfiz aşamasında tahkim anlaşmasının geçersizliğinin ileri sürülmesi dürüstlük kuralına aykırılık teşkil edecektir⁷³.

2. Görev Belgesinin Düzenlenmemesinin Hukuki Sonuçları

Çalışmamızda belirttiğimiz üzere MTK'ya göre, taraflar aksini kararlaştırmadıkça, hakemlerin görev belgesi hazırlamaları gerekmektedir. Bununla birlikte MTK, görev belgesinin düzenlenmemiş olmasının nasıl bir sonuç doğuracağına ilişkin bir hüküm getirmemiştir.

MTK bakımından görev belgesinin düzenlenmemiş olmasının hakem kararının iptaline yol açıp açmayacağı üzerinde durmak gerekmektedir. Hakem kararının hangi hallerde iptal edileceği MTK'da sınırlı sayı ilkesi uyarınca düzenlenmiştir. MTK m. 15/A belirtilen sebepler dışında hakem kararının iptal edilmesi mümkün değildir. Söz konusu maddede görev belgesinin düzenlenmemiş olması bir iptal sebebi olarak sayılmamakla birlikte, kabul edilen diğer iptal sebeplerinden iki tanesinin görev belgesinin düzenlenmemiş olması halinde hakem kararının iptaline yol açıp açmayacağı incelenebilir. Bunlardan ilki MTK m.15/A/b düzenlemesidir. Buna göre, hakemin seçiminde tarafların anlaşmasında belirlenen ya da MTK'da öngörülen usule uyulmamış olması hakem kararının iptaline neden olacaktır. Bununla birlikte görev belgesi, hakem seçimi yapıldıktan sonra düzenleneceği için görev belgesinin düzenlenmemesinin iptaline neden olamayacaktır.

Görev belgesinin düzenlenmemesi halinde hakem kararının iptal olup olmayacağı hususunda incelenmesi gereken diğer düzenleme de MTK m. 15/A/f hükmüdür. Buna göre, tahkim yargılamasının taraflarca kabul edilen usule veya tarafların anlaşmasının bulunmaması halinde MTK hükümlerine göre yürütülmemesi ve bu durumun kararın esasını etkilemesi halinde hakem kararı iptal edilecektir. Taraflar aksini kararlaştırmadıkça, hakem kurulu görev belgesini düzenleyecektir. Buna rağmen düzenlenmemiş olmasının usule aykırılık oluşturacağı aşikardır. Bununla birlikte MTK m. 15/A/f hükmüne göre aynı zamanda bu usule aykırılığın hakem kararının esasına da etki

⁷³ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 210; **Tosun**, s. 105-107.

etmesi aranmaktadır. Görev belgesinin niteliğine baktığımızda bu belgenin, hakemlerin görevlerini genel olarak tespit eden bir belge olduğu görülmektedir ve bu durum hakem kararının esasını etkilemeyecektir. Böylelikle, MTK bakımından görev belgesinin düzenlenmemiş olması bir iptal sebebi olarak karşımıza çıkmayacaktır⁷⁴. Bunun yanında usul ekonomisi ve hukuki barışın sağlanması açısından önemsiz olan ihlaller de dahil olmak üzere her türlü usul ihlalinin iptal nedeni olarak nitelendirilmemesi gereği de unutulmamalıdır⁷⁵.

Milletlerarası tahkim hukukunda görev belgesinin hazırlanmasını öngören bir tahkim usulüne rağmen görev belgesinin hazırlanmaması usule ayrılık oluşturmakla birlikte, tahkim yargılaması veya tahkim anlaşmasına ilişkin başkaca bir problemin olmadığı ve sadece hakemin görev belgesini hazırlamadığı olasılıkla hakem kararının iptali görev belgesinin varoluş amacına ayrılık oluşturacaktır. Bu nedenle, başkaca bir iptal sebebi olmadıkça sadece hakemin görev belgesini hazırlamamış olması nedeniyle hakem kararı iptal edilmemelidir⁷⁶.

ICC Tahkim Kuralları, MTK'da olduğu gibi görev belgesinin düzenlenmesine ilişkin maddede, tarafların kararlaşrtmasına bırakmamış, sadece söz konusu kurallara göre yürütölen bir tahkim yargılamasında görev belgesinin hazırlanması gereğinden bahsetmiştir. Milletlerarası tahkim yargılamasının temelini irade özerkliği prensibi oluşturduğundan tarafların aralarında yapacakları bir anlaşma ile görev belgesinin düzenlenmemesini kararlaştırmaları mümkün olmalıdır. Bununla birlikte milletlerarası tahkim uygulamasında ICC Tahkim Divanı, görev belgesinin düzenlenmediğı bir tahkim yargılamasında usuli problemlerin olabileceğı düşüncesiyle taraflara görev belgesinin düzenlenmesi gerektiğini bildirecek, buna rağmen düzenlenmesi halinde tahkim yargılamasını ICC bünyesinde sonlandırabilecektir⁷⁷.

⁷⁴ **Kalpsüz**, Milletlerarası Tahkim, s. 86; **Şanlı**, s. 281; **Eksi**, MTK, s. 330-331; **Tosun**, s. 112.

⁷⁵ **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, s. 209; Yavuz **Kaplan**, Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Seçkin, Ankara 2002, s. 52.

⁷⁶ **Akıncı**, MTK, s. 980; **Tosun**, s. 112.

⁷⁷ **Keser Berber**, s. 105; **Tosun**, s. 113-114.

3. Görev Belgesinin İmzalanmamasının Hukuki Sonuçları

Görev belgesinin imzalanmamasının hukuki sonucu MTK ve ICC Tahkim Kurallarına göre farklılık göstermektedir. Zira ICC Tahkim Kuralları, taraflardan birinin görev belgesinin düzenlenmesine katılmaması veya belgeyi imzalamaması sonucunda hukuki durumun ne olacağını açıkça düzenlenmişken MTK'da böyle bir olasılığın sonucuna yer verilmemiştir. MTK'da tarafların görev belgesini imzalamaktan kaçınması halinde ne olacağını düzenlenmemiş olmasının tahkim yargılamasında zaman kaybına yol açabilecek nitelikte olduğu da savunulmaktadır⁷⁸.

MTK'nın uygulama alanı bulduğu tahkim yargılamasında tarafların görev belgesini, belgenin içeriği hakkında anlaşamamaları nedeniyle imzalamamaları halinde ilgili şerhi koyarak belgeyi imzalamalarının söz konusu sorunu çözeceği ve yargılamanın erken bir aşamada durmasının engellenebileceği ileri sürülmüştür⁷⁹.

ICC Tahkim Kuralları m. 23/3 düzenlemesi ise açıkça taraflardan herhangi birinin görev belgesinin düzenlenmesine katılmayı veya belgeyi imzalamayı reddetmesi durumunda, görev belgesinin onay için Divana sunulacağını kabul etmiştir. Bu durumda Divan görev belgesinin m. 23'e uygun bir belge olup olmadığını ve görev belgesini imzalamayan tarafın gerçekten imzadan kaçınmak hususunda haklı gerekçesinin olup olmadığını da inceleyecektir. Bunun yanında görev belgesinin, hakemin yetkisiz olması nedeniyle imzalanmadığı durumlarda Divan'ın tahkim sözleşmesinin varlığı hakkında da bir inceleme yapması gerektiği ileri sürülmektedir⁸⁰. Söz konusu düzenlemenin amacı, tahkim yargılamasında taraflardan birinin kötü niyetli hareket ederek tahkim yargılamasını durdurma niyetinin önüne geçmektedir⁸¹.

Tahkim yargılamasına ancak görev belgesi m. 23/2 hükmü uyarınca imzalandığı veya Divan tarafından onaylandığı zaman devam edilebileceği ICC Tahkim Kuralları tarafından kabul edilmiştir. Görev belgesinin Divan

⁷⁸ Yeşilirmak, s. 102.

⁷⁹ Kalpsüz, Milletlerarası Tahkim, s. 86; Tosun, s. 119.

⁸⁰ Keser Berber, s. 103; Lazareff, s. 30.

⁸¹ Bühler/Webster, s. 274.

tarafından onaylanması halinde, belgeyi imzalamaktan kaçınan tarafa imzalaması için genellikle yedi ile on dört gün arasında değişen uygun bir süre vermektedir⁸².

SONUÇ

Görev belgesi, milletlerarası tahkim hukukunda yargılamanın daha hızlı ve etkin bir şekilde yürütülmesi amacıyla hizmet etmeyi hedef alarak ilk kez ICC Tahkim Kuralları tarafından kabul edilmiş olan bir kavramdır. Türk hukuku bakımından MTK'da da taraflar aksini kararlaştırmadıkça görev belgesinin düzenlenmesi kabul edilmiştir.

Gerek ICC Tahkim Kurallarında ve gerekse MTK'da görev belgesinde yer alacak unsurlara yer verilmiştir. Görev belgesinde taraflara ve hakemlere ilişkin bilgiler, tarafların iddia ve savunmalarının özeti ile talepleri, tahkim yeri ve tahkim usulüne uygulanacak kurallara yer verilecektir.

Görev belgesinin hakeme yardım eden bir belge olması ve genellikle tarafların sundukları ilk dilekçelerinde iddia ve savunmalarını açıkça ifade edememesinden dolayı söz konusu iddia ve savunmalarının bir özeti görev belgesinde yapılacak olması, görev belgesinin avantajlarından biridir. Bu sayede görev belgesi hazırlanırken tahkim yargılamasından tarafların ne beklediği yargılamanın başında anlaşılır hale gelecektir. Görev belgesi aynı zamanda, tahkim yargılamasının nasıl yürüyeceğine ilişkin bir çerçeve çizerek tarafların yargılamanın konusu dışında kalan hususlara yer vermesini önleyecektir. Tüm bunların yanında görev belgesi, usuli bir taslak hazırlamak adına tarafların bir araya gelmesini sağlayacaktır. Bütün bu avantajları birlikte değerlendirdiğimizde, görev belgesinin imzalanması ile tarafların açıkça ve yazılı olarak pek çok hususun hukuka uygunluğu konusunda anlaşmalarını ileri sürmeleri ile yargılama sonunda verilecek hakem kararının iptalinin engellenmesi ve kararın tenfiz edilmesi aşamasında bunun reddi olasılığının azaltılması görev belgesi ile sağlanmış olacaktır.

Görev belgesinin hazırlanmasının belirli bir zaman alması nedeniyle zaman kaybına yol açtığı ileri sürülerek görev belgesi aynı zamanda eleştirilmektedir. Görev belgesinin yargılama başında formalite olarak anlaşılacak

⁸² Keser Berber, s. 103; Tosun, s. 120.

amacına uygun hazırlanmamasının ve yargılamada kötü niyetli taraflarca bilinçli olarak tahkimi geciktirmek için kullanılmasının zaman kaybına yol açacağı kuşkusuzdur. Görev belgesine, New York Konvansiyonu'nun yaygınlaşması ve devletlerin milletlerarası tahkim hukukuna ilişkin düzenlemelerinin günümüzdeki tahkim anlayışına paralel olarak modernleşmesi ile görev belgesine duyulan ihtiyacın azaldığı da milletlerarası tahkim hukukunda ileri sürülmektedir. Görev belgesi, ICC Tahkim Kuralları ve CEPANI Tahkim Kuralları dışında başkaca bir kurumsal tahkim kurallarında yer almamaktadır. Bunun başlıca nedeni, tarafların ve hakemlerin diledikleri zaman görev belgesi veya ona benzeyen başkaca bir belgeyi hazırlayacak olmalarıdır. Bu sebeplerden dolayı HMK tahkiminde görev belgesine yer verilmemiş olması isabetlidir. Bununla birlikte MTK dışında başkaca bir devletin tahkim kanunu tarafınca görev belgesinin kabul edildiği tespit edilememiştir. MTK'da da görev belgesinin kötü niyetli tarafça tahkim yargılamasını geciktirmek için kullanılabilmesi mümkündür. Bunun başlıca nedeni, görev belgesinin imzalamaktan kaçınılması halinde yargılamanın nasıl devam edeceğine ICC Tahkim Kurallarının aksine MTK'da yer verilmemiş olmasıdır. Kısacası görev belgesinin faydaları yadsınmamakla birlikte, görev belgesinin yer verilmediği tahkim kuralları ve kanunlarında da görev belgesinin düzenlenmesine ilişkin bir engelin bulunmadığı söylenebilecektir.

Kaynakça

- Akıncı**, Ziya; “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu ve Görev Belgesi”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C. II, Beta, 2003, (“MTK”).
- Akıncı**, Ziya; Milletlerarası Tahkim, Vedat, İstanbul, 2013, (“Milletlerarası Tahkim”).
- Born**, Gary B.; International Commercial Arbitration, C. II, Kluwer Law International, 2009.
- Bühler**, Michael W./**Webster**, Thomas H.; Handbook of ICC Arbitration, 2. bs., Sweet&Maxwell, 2008.
- Craig**, W. Laurence/**Park**, William W./**Paulsson**, Jan; International Chamber of Commerce Arbitration, 3. bs., Oxford University Press, 2000.
- Deren-Yıldırım**, Nevhis; Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, Alkım, İstanbul 2004.
- Ekşi**, Nuray; Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nda Tahkim, Beta, İstanbul 2013, (“HMK”).
- Ekşi**, Nuray; “Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme”, Prof. Dr. Gülören Tekinalp’e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl. 23, S. 1-2, 2003, s. 295-338, (“MTK”).
- Grierson**, Jacob/**Van Hooff**, Annet; Arbitrating under the 2012 ICC Rules, Wolters Kluwer, 2012.
- Kalpsüz**, Turgut; “Milletlerarası Tahkim Kanununda ICC Tahkim Kuralları ve IPL’den Esinlenen Hükümler”, Milletlerarası Tahkim Semineri, 10 Mart 2003, s. 16-34, (“ICC Tahkim Kuralları”).
- Kalpsüz**, Turgut; Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, genişletilmiş 2. bs., Yetkin Yayınları, Ankara 2010, (“Milletlerarası Tahkim”).
- Kaplan**, Yavuz; Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık, Seçkin, Ankara 2002.

- Keser Berber**, Leyla; Uluslararası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Tüzüğü Uygulaması, Seçkin Yayınevi, Ankara 1999.
- Lazareff**, Serge; “Terms of Reference”, ICC International Court of Arbitration Bulletin S. 17, No. 1, 2006, s. 21-32.
- Lazareff**, Serge/**Schäfer**, Erik; “The 1992 Practical Guide on Terms of Reference Revisited”, ICC International Court of Arbitration Bulletin, S. 10/No. 2, 1999, s. 14-19.
- Lew**, Julian D. M./**Mistelis**, Loukas A./**Kröll**, Stefan M.; Comparative International Commercial Arbitration, Kluwer Law International, 2003.
- Nomer**, Ergin/**Eksi**, Nuray/**Öztekin Gelgel**, Günseli; Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. I, 4. bs., Beta, İstanbul 2013.
- Özsunay**, Ergun; 21. Yüzyıl Tahkim Hukukunda Üç Önemli Reform, Vedat, İstanbul 2014.
- Poudret**, Jean-François/**Besson**, Sebastien; Comparative Law of International Arbitration, Sweet&Maxwell, 2007.
- Sanders**, Pieter; “The Terms of Reference in ICC Arbitration”, Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in Honour of Robert Briner, ICC Publishing, 2005, s. 693-706.
- Schäfer**, Erik; “Terms of Reference in the Past and Present”, International Court of Arbitration Bulletin, Vol. 3, No. 1, 1992.
- Schäfer**, Erik/**Verbist**, Herman/**Imhoos**, Christophe; ICC Arbitration in Practice, Kluwer Law International, 2005.
- Şanlı**, Cemal; Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5. bs., Beta, İstanbul 2013.
- Tosun**, Zelal Narçin; Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları Uyarınca Görev Belgesi, Yetkin Yayınları, Ankara 2009.
- Yeşilirmak**, Ali; Türkiye’de Ticari Hayatın ve Yatırım Ortamının İyileştirilmesi İçin Uyuşmazlıkların Etkin Çözümünde Doğrudan Görüşme, Arabuluculuk, Hakem-Bilirkişilik ve Tahkim: Sorunlar ve Çözüm Önerileri, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2011.

^HYARGI KARARLARININ KALİTESİ*

(Çev.) Arş. Gör. Abdulkadir HAŞHAŞ**

GİRİŞ

1- Adaletin kalitesi, Avrupa Konseyi'nin eskiden beri devam eden kaygılarından. Bu kaygı, adalete erişimin kolaylaştırılması, yargılama usûllerinin geliştirilmesi ve basitleştirilmesi, mahkemelerin iş yükünün azaltılması ve hâkimlerin faaliyetlerinin sadece yargısal aktivitelerde yoğunlaştırılması konularında, Konsey'in bünyesindeki sözleşmelerde, önerelerde ve tavsiye kararlarında görülmektedir¹.

2- Bu kapsamda ve Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi'nin (AHDK) görev tanımına da uygun olarak, AHDK, 11 nolu bu Görüş'ü, adaletin kalitesinin en önemli unsuru olan yargı kararlarının kalitesine hasretmiştir.

H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi'nin 11 Numaralı Görüşü, Strasbourg, 18 Aralık 2008

** Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

¹ Bu konu hakkındaki bütün metinler, Avrupa Konseyi'nin adaletin kalitesine olan ihtiyaca dikkat çektiğini göstermektedir: "Avrupa Konseyi'ne göre kalite için sadece karara bakmak yeterli değildir; olaya geniş çerçeveden bakıldığında adaletin kalitesi, hâkimlere, avukatlara, mahkeme personeline ve hükümle son bulan yargılama usûlünün kalitesine de bağlıdır. Bu yüzden Avrupa Konseyi, kalitenin artırılması için bu konuların her birinde sarfedilen emeğin artırılmasını tavsiye etmektedir." (resmi olmayan çeviri), (Jean-Paul JEAN, "La qualité des décisions de justice au sens du Conseil de l'Europe", Poitiers Üniversitesi, Hukuk ve Sosyal Bilimler Fakültesi'nde 8-9 Mart 2007 tarihinde düzenlenen "Yargı Kararlarının Kalitesi" konulu konuşmadan. - bkz. "CEPEJ Studies" No. 4).

3- Anlaşılır gerekçelendirme ve çözümlenmeler yargı kararlarının temel gereklerinden ve adil yargılanmanın önemli unsurlarındandır. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (AİHS) 6. maddesi, üye devletlerin bağımsız ve tarafsız mahkemeler kurmasını ve yargılama usûllerini daha etkin usûllere yükseltmesini gerekli kılar. Bu yükümlülüğün gerçek anlamı şudur: Hâkimler, adaleti yerine getirirken, vatandaşın üstün yararı için, hukuki sebepleri ve vakıaları adil ve doğru bir şekilde değerlendirmelidir. Yüksek kaliteli bir yargı kararı, doğru sonuca -hâkimlerin sahip oldukları olanaklar çerçevesinde- adil, hızlı, anlaşılır ve kesin bir şekilde ulaşılmış olmalıdır.

4- Yargı bağımsızlığının bir vatandaş hakkı olarak kabul edilmesi gerektiğini akılda tutarak AHDK, 2001 tarihli (1) nolu Görüşü'nde yargı bağımsızlığını "hâkimlerin menfaatine olan bir ayrıcalık olarak değil, hukukun üstünlüğünün ve adalet arayan ve bekleyen herkesin menfaatine" olarak belirtmiştir. AHDK, 2001 yılından beri görüşlerinde, yargı hizmetinden faydalananların, her sistemde, sadece yargılama haklarına ulaşmalarını garanti altına almayı değil; aynı zamanda verilen kararların kalitesi aracılığıyla yargısal süreçle ulaşılan sonuçlara güven duyulmasının da sağlanması gerektiğini ileri sürmüştür².

5- Bu Görüş'ün amacı, bir yargı kararının değerlendirilmesinin aracı olan ve kanun tarafından tanınmış kanun yollarına başvuru hakkı ilkesini sorgulamak değildir. Bu ilke, demokratik toplumlarda Hukuk Devleti ilkesinin anayasal bir garantisi olan hâkim bağımsızlığının bir sonucudur.

6- AHDK, görevi kaliteli kararlar vermek olan hâkimlerin, yargı kararlarının kalitesinin irdelenmesi ve kalitedeki faktörlerin belirlenmesi ve bu faktörlerin değerlendirilmesi konusunda iyi bir pozisyonda olduklarını dikkate almaktadır.

7- Bir yargı kararı, farklı ülkelerin uygulamalarından ve yargı sistemlerinin kendine özgü yanlarından bağımsız olarak, hukukun genel ilkeleriyle

² Ayrıca bkz. 18 Haziran 2008 tarihinde Estonya'nın Tartu kentinde Avrupa Hâkimleri Danışma Konseyi'nin çalışma grubu ve Estonya'lı hukuk heyetinin katılımı ile Estonya Yüksek Mahkemesi tarafından düzenlenen yargı kararlarının kalitesi konulu konferansın sonuç kısmı.

tanımlanabilecek temel unsurları taşımalıdır. Bunun temelinde, bir yargı kararı ile sadece karara konu olan uyuşmazlık hakkında taraflara hukuki kesinlik sağlayan bir çözüm sunmak değil, aynı zamanda başka uyuşmazlıklar çıkmasını önleyecek bir içtihat oluşturmak ve sosyal barışı güvence altına almak da yatmaktadır.

8- Bayan Maria Giuliana CIVININI tarafından AHDK üyeleri arasında yapılan anket³ sonucu oluşturulan rapor göstermektedir ki, ülkelerin, yargı kararlarının kalitesinin değerlendirilmesinde ve artırılmasında çok çeşitli yaklaşımları bulunmaktadır. Rapor ayrıca vurgulamaktadır ki kalitenin değerlendirmesi için uygulanan yöntemler, her hukuk sisteminin geleneklerine dayanmaktadır. Ama yine de bütün ülkeler kendilerini, birbirine benzer şekilde, karar vermek zorunda olan hâkimlerin mevcut koşullarını geliştirmeye adanmıştır.

9- Bu Görüş'te “Yargı kararı”, AİHS'nin 6. maddesinin kapsamında, aşağıdakileri de kapsayacak şekilde:

- Medenî, Cezaî ve İdarî meselelerde verilen kararlar;
- İlk derece mahkemeleri, İstinaf mahkemeleri, Temyiz mahkemeleri ayrıca Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararlar;
- Geçici kararlar;
- Nihâî kararlar;
- Tek hâkim veya birden çok hâkim tarafından verilen hükümler veya emirler;
- Karşı görüş olan veya olmayan kararlar;
- Meslekten hâkim olan veya olmayanlarla, ikisinin birlikte bulunduğu mahkemelerce verilen kararlar;

bağımsız ve tarafsız mahkemelerce, bir dava veya iş için verilen karardır.

³ Yargı kararlarının kalitesi ile ilgili anket ve verilen cevaplar için AHDK'nın sitesine bakınız: www.coe.int/cpje.

I. BÖLÜM

YARGI KARARLARININ KALİTE FAKTÖRÜ

A. Dış Faktörler: Mevzuat, Ekonomik ve Sosyal Koşullar

10- Bir yargı kararının kalitesi sadece kararı veren hâkime bağlı değildir. Hâkimin dışında, kanunların kalitesi, hukuk sistemine ayrılmış kaynakların yeterliliği ve hukuk eğitiminin kalitesi gibi çeşitli dış etkenlere de dayanmaktadır.

1. Mevzuat

11- Yargı kararları öncelikle, yasama tarafından yürürlüğe koyulan kanunlara dayanmaktadır. Anglo-Sakson Hukuku'nda ise emsal kararlarla koyulmuş kurallara veya prensiplere dayanmaktadır. Bu hukuk kaynaklarının amacı sadece yargı hizmetinden faydalananların haklarının ne olduklarını veya hangi suça hangi cezanın verileceğini saptamak değildir. Ayrıca hangi yargı kararının hangi yargılama usulünden alındığını da belirlemektir. Bu şekilde yasamanın yapmış olduğu tercihler, davaların hangi usülle görüleceğinin yanında, açılacak olan dava tiplerini ve sayılarını da etkilemektedir. Yargı kararlarının kalitesi, çok sık değişen düzenlemelerden, kötü kaleme alınmış veya açık ve anlaşılır olmayan madde metinlerinden ve yargılama usulündeki eksikliklerden etkilenebilir.

12- Bu yüzden AHDK'ya göre, ulusal parlamentolar, yürürlükteki ve tasarı halindeki düzenlemelerin hukuk sistemi üzerindeki etkilerini gözlemlemeli ve değerlendirmelidir. Ayrıca ulusal parlamentolar, hâkimlerin yüksek kaliteli yargı kararları ile yürürlükte ve tasarı halindeki düzenlemelere etki edebilmesini sağlayacak düzenlemeler getirmelidir. Yasama organı yaptığı düzenlemelerin, AİHS ile uyumlu ve uygulaması basit ve anlaşılır olmasını sağlamalıdır. Yorum yapmayı kolaylaştırması açısından, yasama faaliyeti için hazırlanan metinler erişime hazır tutulmalı ve anlaşılabilir bir dille kaleme alınmalıdır. Yargıyı ilgilendiren herhangi bir düzenlemeyle ilgili, parlamentoda müzakere edilmeden önce, bir yargı organı veya ona eşdeğerde bir organın görüşü alınmalıdır.

13- Taraf menfaatlerine uygun, kaliteli kararlara ulaşabilmek için, hâkimlerin, özgürce ve etkili bir karar verebilmelerini sağlayacak -örneğin; dosyayla düzgün bir şekilde ilgilenmesi için gerekli zaman- yasal ve usûli bir çerçeveye ihtiyaçları vardır. Bu konuda AHDK'nın 2004 tarihli ve 6 numaralı Görüşü'nde yer alan "dosya yönetimi" ne ilişkin tartışmalara bakılabilir⁴.

2. Kaynaklar

14- Yargı kararlarının kalitesi hukuk sistemine ayrılan kaynaklarla doğrudan ilgilidir. Mahkemeler, sayıca yetersiz personel ve maddi kaynaklar ile etkili bir şekilde yönetilemez. Hâkimlere verilen ücretin yeterli olması hem hâkimleri etkileme girişimleri için, hem de hâkimlerin davranışları⁵ için bir önlem niteliğindedir. Ayrıca ücretin yeterli olması en iyi adayların hâkimliğe girişini de garanti altına alacaktır. Nitelikli kalem personeli ile hâkim yardımcıları günlük işler ile evrakların hazırlanmasında hâkimin iş yükünü azaltacak bu da mahkemelerden çıkacak kararların kalitesinin artmasına katkı sağlayacaktır. Bu kaynakların eksikliği etkin işleyen bir hukuk sisteminin kaliteli kararlara ulaşmasını imkânsız kılacaktır⁶.

3. Hukuk Aktörleri ve Hukuk Eğitimi

15- Sadece hukuk sistemi içerisindeki aktörlere odaklanılsa bile hukuk sisteminin performansının kalitesi açıkça birçok rol arasındaki etkileşime bağlıdır: polis, savcılar, savunma avukatları, katipler, jüri (uygulanan ülkelerde) vb. Hakim, bu zincirdeki halkalardan sadece birisidir. Üstelik son halka da değildir. Kararların icra aşaması da eşit derecede önemlidir. Sadece yargı kararlarının kalitesine odaklanıldığında, daha önce de söylenildiği gibi

⁴ Özellikle muhakeme hukuku dallarını ilgilendiren, AHDK'nın 2004 tarihli 6 numaralı Görüşü'nü burada anmak gerekir. Bu görüş, kaliteli yargı kararlarının makûl bir süre içinde oluşması için yasamanın maksimum yargılama süresi ile alternatif uyuşmazlık çözümü, ceza hukukunda yer alan uzlaşma kurumu, basit yargılama usûlü ve tarafların usûli hakları gibi konularda denge sağlanması üzerinedir. Ayrıca bu Görüş, alternatif uyuşmazlık çözümü ile ilgili düzenlemelerin finansal kaynaklarının garanti altına alınması konusunu da içermektedir.

⁵ Bkz. AHDK'nın 2001 tarihli 1 numaralı Görüş'ünün 61. paragrafı.

⁶ Bkz. AHDK'nın 2001 tarihli 2 numaralı Görüş'ü.

hâkimlerin performansı, merkezde olmasına rağmen yargı kararının kalitesini etkileyen tek faktör değildir.

16- Yargı kararlarının kalitesi diğer faktörlerin yanında hukukla uğraşan herkesin eğitimiyle de alakalıdır. Bu yüzden AHDK hukuk eğitimi ve hukuk uygulamasının rolüne dikkat çekmektedir.

17- Bu bağlamda hakimler için mesleğin başında ve meslek hayatı boyunca devam eden programlar bulunmalıdır. Bu programlar profesyonel tekniklerin sürdürülmesi ve geliştirilmesini içermelidir. Bu eğitim programları ulusal ve uluslararası düzenlemelerdeki ve hukuki ilkeleredeki değişikliklerin hakimlere aktarılmasının yanında, önlerine gelen uyumsuzlukların temelinde yatan sorunları anlayacak hukuk dışı bilgi ve tamamlayıcı becerilerin de geliştirilmesini sağlamalıdır.

18- Hâkimlerin ayrıca etik ve iletişim becerileri konusunda da eğitilmeleri gerekmektedir. Bu eğitimler hâkimlerin hem yargılamaya katılan taraflarla hem de kamuoyu ve medyayla olan ilişkilerine yardımcı olacaktır. Hâkimlerin etkili dosya hazırlama ve yönetme becerilerinin (örneğin; bilgi teknolojilerinin, dosya yönetiminin, çalışma tekniklerinin, karar yazma tekniklerinin-bu teknikler hâkimin kendi tarzını seçme takdirinin yanında genel modellerin bulunduğu bir karar yazma kılavuzu- kullanılması) geliştirilmesi eğitimleri dava dosyalarındaki gereksiz gecikmelerin ve aşamaların ortadan kalkmasında ayrı bir öneme sahiptir⁷.

19- Buna ek olarak adliye müdürleri, insan kaynakları yönetimi, dosya akışının yönetilmesi ve düzenlenmesinde stratejik planlama ve bütçenin kullanımı ve finansal kaynakların tüketiminde etkili planlama konularında eğitilmelidir. İdari personel ve hâkim yardımcılarını duruşmalara hazırlık ve dosyaların sorunsuz bir şekilde ilerlemesi konularında özel olarak eğitilmelidir (örneğin; bilgi teknolojilerinin kullanımı, dosya ve zaman yönetimi teknikleri, kararların kaleme alınması, yabancı diller, taraflar ve kamuya ile iletişim ve hukuki araştırma). Bunun sonucunda hakimlerin idari ve teknik

⁷ Broşürler, iyi ve kötü uygulamalara ilişkin örnek olaylar, bir metod dahilinde hüküm yazımına ilişkin standart modeller, bilgi formları ve hâkimler için yargılama usûllerini detaylandıran şemalar eğitim amaçlı geliştirilip, hâkimler arasında dağıtılabilir.

konularda görevleri azalacak, böylece hakimler entelektüel bakış açılarına, yargılamanın yönetimine ve içtihat oluşturmaya yoğunlaşabileceklerdir.

B. İç Faktörler: Profesyonellik, Usûl, Duruşma ve Karar

20- Yargı kararlarının kalitesi, hâkimlerin profesyonelliği, yargılama usûlleri, dosya yönetimi, duruşmalar ve kararların doğal unsurları gibi dahili birtakım faktörlere de dayanmaktadır.

1. Hâkimlerin Profesyonelliği

21- Hakimlerin profesyonelliği yüksek kaliteli yargı kararlarının en önemli garantisidir. Hâkimlerin profesyonelliğinin içeriği, yüksek düzeyde hukuk eğitiminin verilmesine ilişkin 2003 tarihli, 4 numaralı ve 2006 tarihli 9 numaralı Görüş ile, bağımsızlık kültürünün gelişimi, etik ve ahlak bilimini içeren 2001 tarihli, 1 numaralı ve 2002 tarihli 3 numaralı Görüşler doğrultusundadır.

22- Bir yargı kararında sadece olayla bağlantılı hukuki meseleler değil, uyumsuzluğun içeriği ile bağlantılı olan, hukuk dışı, ahlaki, sosyal ve ekonomik kavramlar ve gerçeklikler de önem taşımaktadır. Bu da dosyayla ilgili karar verirken hâkimin bu hususları da göz önünde bulundurmasını zorunlu kılmaktadır.

23- Yargı otoriteleri tarafından, yargının performansının değerlendirilmesi ile ilgili yapılan değerlendirmeler ve yönlendirmeler, yargı kararlarının kalitesini ve değerlendirme yöntemlerinin yeterliliğini geliştirecektir.

2. Yargılama Usûlü ve Dosya Yönetimi

24- Eğer amaçlanan, hem taraflar hem de toplum tarafından kabul edilmiş yüksek kaliteli bir yargı kararı ise, yargılama usûlü açık, net ve de AİHS'nin gereklerini sağlıyor olmalıdır.

25- Bununla birlikte yukarıdaki gereklilikleri sağlayan usûl kurallarının varlığı tek başına yeterli değildir. AHDK'ya göre hâkimler usûl kurallarını

etkin bir şekilde ve tam olarak uygulayabilmelidirler. Yargılama usûlünün doğru bir şekilde gelişmesine sebep olacak nihaî ürün, karardır⁸.

26- Bir kararın AİHS'nin 6. maddesi uyarınca makûl süre içinde verilip verilmediği de o kararın kalitesinin önemli unsurlarındandır. Bununla birlikte hızlı yargılama ile AİHS'nin 6. maddesiyle koruma altına alınan adil yargılanma hakkı gibi kalitenin diğer faktörleri arasında çatışma olabilir. Sosyal uyumun ve hukuki kesinliğin korunmasının önemiyle birlikte zaman unsurunda muhakkak göz önünde bulundurulmalıdır. Ancak zaman unsuru hesaba katılması zorunlu olan tek faktör değildir. AHDK'nın 2004 tarihli, 6 numaralı Görüş'ünde de vurguladığı üzere adaletin kalitesi sadece üretkenlikle eş tutulamaz. Niteleyici yaklaşım, hukuk sisteminin, temel hedefleri yanında sistemin kapasitesini de hesaba katmalıdır. Yargılamanın makûl süre içerisinde tamamlanması hukuk sisteminin hedeflerinden sadece bir tanesidir.

27- Bazı ülkeler dosya yönetimi ve duruşmaların idaresi konularında, işe yarar standart modeller oluşturmuşlardır. İyi bir dosya yönetimine geçişe ilişkin bu tarz girişkenlikler her hâkimce desteklenmelidir.

28- Hâkimler arasındaki bilgi ve tecrübe paylaşımının öneminin de vurgulanması gerekir. Bu tarz bir uygulama hâkimlerin dosya yönetimi üzerinde tartışmaları ve bazı hukuk kurallarının uygulanması sırasında karşılaşılan zorluklar ile oluşması muhtemel uyuşmazlıklara değinilmesi imkânını sağlayacaktır.

3. Duruşma

29- Duruşma, AİHS'nin gereklerine uygun olmalıdır. Böylece taraflar ve toplum için adil yargılanmanın, düzgün tasarlanmış minimum standartları garanti altına alınmış olur. Duruşmalar için yapılacak doğru bir iyileştirme, hem taraflar hem de toplum tarafından, nihaî kararın anlaşılması ve kabul görmesi üzerinde doğrudan bir etki oluşturacaktır. Bu iyileştirmeler, dosyanın düzgün bir şekilde değerlendirilmesi için, hâkimin ihtiyacı olan bütün

⁸ AHDK 2004 tarihli 6 numaralı Görüş'ünde, prensipleri düzenleyen R (84) 5 numaralı tavsiye kararında, hâkimlerin medenî yargılamalarda davanın idaresinde aktif rol almasının önemini vurgulamıştır (özellikle bkz. 90-102 ve 126. paragraflar).

unsurları haiz olmalıdır. Bu da yargı kararlarının kalitesi üzerinde kritik bir etkiye sahiptir. Duruşmalar, AİHM içtihatlarında tanımlandığı gibi düzenlenmelidir.

30- Bir kararın hem taraflar hem de toplum tarafından kabul görmesi isteniyorsa, aleni ve şeffaf bir duruşmanın, silahların eşitliği ve taraflarca getirilme ilkelerine uygun yapılması gerekir.

4. Kararın Doğal Unsurları

31- Yüksek bir kaliteye ulaşabilmek için, etkili bir şekilde icra edilebilirliğin yanısıra, olaya uygun hukuk kurallarının uygulandığının, adil bir yargılanma, ve maddi vakıalara uygun bir değerlendirmenin yapıldığının taraflar ve toplum tarafından farkedilmesi gerekir. Bütün bu sayılanlar kararda mevcut ise taraflar dosyalarının düzgün bir şekilde değerlendirildiğine ve sonuçlandırıldığına, toplum da kararın sosyal barışı tekrar sağladığına ikna olacaktır. Bu hedeflere ulaşmak için ise bazı zorunlulukların yerine getirilmesi gerekir.

a. Açıklık

32- Bütün yargı kararlarının taraflar ve toplum tarafından anlaşılabilmesinin ön şartı, kararın anlaşılır, açık ve basit bir dille kaleme alınmasıdır. Bu da kararın gerekçeyle tutarlı ve herkes tarafından anlaşılabilir bir şekilde yazılmasına bağlıdır⁹.

33- Her hâkim kararı kaleme alırken, eğer mevcutsa bir standart bir model kullanılmalı veya hâkimin kendi tarzını ve karar yapısını oluşturacak opsiyonu olmalıdır. AHDK' ya göre yargı otoriteleri, kararların kaleme alınmasını kolaylaştırmak amacıyla, özet bir metin derleyebilirler.

b. Gerekçe

34- Yargı kararları gerekçeli olmak zorundadır¹⁰. Yargı kararlarının kalitesi kural olarak gerekçenin kalitesine bağlıdır. Düzgün bir gerekçe,

⁹ Konuyla ilgili olarak AHDK'nın 2005 tarihli 7 numaralı Görüşü'nde özellikle 56 ila 61 paragraflara bakınız.

¹⁰ Bu kurala istisna oluşturan durumlar mevcut olabilir. Örneğin, dava yönetimine ilişkin ara kararlar (duruşmanın ertelenmesi gibi), önemsiz usûli meseleler veya çekişmesiz

yargılamanın hızlandırılması amacına ihmal ettirilmemesi gereken bir zorunluluktur. Hâkimlerin düzgün bir gerekçeyle kararlarını hazırlayabilmeleri için makûl bir zamana ihtiyaçları vardır.

35- Gerekçenin açıklanması, sadece tarafların kararı anlamalarını ve kabullenmelerini kolaylaştırmaz, her şeyden önemlisi keyfiyeti önler. Birincisi, gerekçe, hâkimi tarafların taleplerine cevap vermeye zorlar ve bu talepleri karar bakımından adil ve hukuki kılar. İkincisi, yargı sisteminin fonksiyonunu toplum bakımından anlaşılır hale getirir.

36- Gerekçe, tutarlı, anlaşılır, çelişkisiz ve anlamı açık olmalıdır. Gerekçe, hâkimi o kararı vermeye götüren sebepler zincirini, o kararı okuyan üçüncü bir kişiye de göstermelidir.

37- Gerekçe, hâkimin, AİHM tarafından açıkça ifade edilen (savunma hakkı ve adil yargılanma hakkı) prensiplere uygunluğunu yansıtmalıdır. Kişisel özgürlükleri ilgilendiren (tutuklama kararı) veya şahıs ve malvarlığını ilgilendiren (küçüğün koruma altına alınması, taşınır ve taşınmazlar için ihtiyatî haciz) konularda verilen geçici hukuki koruma kararlarında uygun bir gerekçe bildirim zorunludur.

38- Gerekçede tarafların talepleri karşılık bulmalıdır. Diğer bir deyişle iddia ve savunmanın talep sonuçlarının gerekçede karşılık bulması gerekir. Bu önemli bir güvencedir, çünkü tarafların taleplerinin hâkim tarafından incelendiğini ve dikkate alındığını kesinleştirir. Gerekçede, tarafları kötileyen veya aşağılayan herhangi bir ifade bulunmamalıdır.

39- Hâkimin takdir hakkına bağlı olarak hâkimler vakıalar ve talepler arasından sadece uyumsuzluğun çözümü için gerekli olanlara cevap vermeli-dirler.

40- Kararın gerekçe kısmı illa ki uzun olmak zorunda değildir. Kararın doğru anlaşılır olması ile kısalık arasında bir denge kurulmalıdır.

konular hakkındaki kararlar, yüksek mahkemede yapılan duruşmada ilk derece mahkemesinde aynı temele dayalı yapılan tartışmalar hakkındaki kararlar, jüri kararları ve kanun yolunda verilmesi gereken kararlar, gerekçe yazma zorunluluğuna, o ülkenin hukukuna göre, istisna oluşturabilir.

41- Gerekçe yazma zorunluluğu, savunmanın ileri sürdüğü her iddiaya cevap verme anlamını taşımamaktadır. Bu zorunluluğun kapsamı her kararın özelliğine göre çeşitlilik göstermektedir. AİHM kararlarına¹¹ göre, gerekçe yazma zorunluluğu tarafların talepleri kadar, her ülkenin hukukî düzenlemelerine, örf ve adet hukukuna ve doktrine bağlı olarak değişmektedir. Adil yargılanma hakkı kapsamında gerekçe, hâkime sunulan, uyuşmazlığın temeli olan çekişmeli hususların değerlendirilmiş olduğunu yansıtmalıdır¹². Jürili yargılamalarda, hâkim, jürinin kararında vakıaların ve çekişmeli hususların açıkça anlaşılır olmasını sağlamalıdır.

42- İçerik açısından karar, uyuşmazlığın temelinde yatan vakıaların ve hukukî sorunların incelendiğini yansıtmalıdır.

43- Hâkim gerekçede vakıaları incelerken, delillere yapılan itirazlara ve bu delillerin kabul edilebilirliğine değinmelidir. Hâkim gerekçede, uyuşmazlığın çözümünde rol oynayan delillerin kuvvetine de değinmelidir.

44- Uyuşmazlık konusu incelenirken uygulanan, ulusal, uluslararası¹³ ve Avrupa Hukuku¹⁴ hukuk kurallarına değinilmelidir. Hâkim gerekçede ilgili anayasal, ulusal ve uluslararası hukuk kurallarına atıfta bulunmalıdır. Mümkün olan yerlerde diğer ülkelerin mahkeme kararlarına veya hukuk kurallarına atıf yapılması faydalı olabilir. Anglo-Sakson hukukunda ise bu bir gerekliliktir.

45- Anglo-Sakson hukukuna tabî ülkelerde yüksek mahkemelerin kararları, benzer hukukî uyuşmazlıklarda bağlayıcı emsal kararlar niteliğindedir. Roma hukukunun uygulandığı ülkelerde yüksek mahkeme kararları, aynı etkiye sahip olmamakla beraber benzer hukukî uyuşmazlıklarda hâkimlere yol gösterme konusunda değerli birer yol göstericidir. Bu yüzden, içinde hukukî meselelerin ayrıntılı incelendiği çalışmalara atıf yapan gerekçeler

¹¹ Bkz. Boldea- Romanya, 15 Şubat 2007, §29; Van de Hurk - Hollanda, 19 Nisan 1994, §61.

¹² Bkz. Boldea- Romanya, 15 Şubat 2007, §29; Helle - Finlandiya, 19 Şubat 1997, §60.

¹³ Bkz. AHDK'nın 2006 tarihli 9 numaralı Görüşü.

¹⁴ "Avrupa Hukuku" kavramı, Avrupa Konseyi ve Avrupa Topluluğu mevzuatlarını da kapsayacak şekildedir.

özenle hazırlanmalıdır. Toplumun ve tarafların beklenti ve ihtiyaçlarının karşılanması için bu özen gösterilmelidir.

46- Birçok dosyada uyuşmazlık konusunun incelenmesi, hukuk kurallarının yorumlanması anlamına gelir.

47- Hâkimin kuralları yorumlamasından bahsederken, hukukî kesinlik ilkesini unutmamak gerekir. Gerçekten de hukukî kesinlik ilkesi, yüksek kaliteli bir yargı sisteminin garantisi olan, öngörülebilirliği ve hukukun uygulanmasını garantiler.

48- Hâkimler, önlerine gelen uyuşmazlıkta ulusal ve uluslararası hukukta yer alan yorum kurallarını uygulayacaktır. Bu konuda Anglo-Sakson hukuku ülkelerinde emsal kararlar yol göstericidir. Roma hukukunun geçerli olduğu ülkelerde ise, görevi hukukta birliği sağlamak olan yüksek mahkeme kararları bu konuda yol gösterecektir.

49- Hâkimler hukuku tutarlı bir şekilde uygulamalıdır. Eğer bir mahkeme müstakâr kararlarından ayrılacaksa bunun gerekçesini kararında açık bir şekilde belirtmelidir. Böyle istisnaî durumlarda mahkemenin, bu yeni yorumunun karar tarihinden veya belirteceği bir tarihten itibaren uygulanacağını belirtmesi yerinde olur.

50- Yüksek mahkemelerdeki iş yükü, karar verme sürecinin hem hızını hem de kalitesini etkileyecektir. AHDK, iş yükünün fazla olduğu yüksek mahkemelerde, kanun yoluna başvuru için o ülkenin hukuk sistemine uygun mekanizmaların uygulanması gerektiğini tavsiye eder.

c. Karşı Oylar

51- Bazı ülkelerde hâkimler oybirliği veya oy çokluğu ile karar verebilirler. Böyle durumlarda karşı oy da çoğunluğun oyu ile birlikte yayımlanmalıdır. Çoğunluğun aldığı karara kısmen veya tamamen katılmayan hâkimin gerekçesi çoğunluğun gerekçesinden farklı hukukî temellere dayanmalıdır. Bu durum kararın içeriğini geliştireceği gibi, hem kararın anlaşılmasına hem de hukukun gelişimine fayda sağlayacaktır.

52- Karşı oylar usûle uygun olarak gerekçelendirilmiş olmalı ve hâkimin vakıaları ve hukuk kurallarını değerlendirmiş olduğunu yansıtmalıdır.

d. İcra

53- Bir yargı kararında hüküm fıkrası açık, anlaşılır ve çelişkisiz olmalı, kolayca etki doğuracak kapasitede olmalıdır. Eğer bir eda hükmünü içeriyorsa neyin yapılacağını, neyin yapılmayacağını veya neyin ödeneceğini içermeli, kolayca icra edilebilir olmalıdır.

54- Bir yargı kararı, AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen adil yargılanma hakkına uygun olarak hem makûl sure içerisinde verilmeli hem de mümkün olan durumlarda, kazanan tarafın menfaatine olacak şekilde etkili bir şekilde icra edilebilir olmalıdır. AİHM'nin kararlarında da bu husus vurgulanmıştır. Gerçekten de Sözleşme, insan haklarının teorik olarak korunması amacıyla oluşturulmamış; aksine pratikte ki etkisinin sağlamış olduğu korumayı hedeflemiştir.

55- Bir hüküm aşağıda sayılanlara benzer, temel karakteristik özelliklere sahip olmalıdır:

(i) Her şeyden önce hüküm lafzı ile icra edilebilir olmalıdır. Bununla kastedilen, kararda, açıkça gösterilmiş, uygulanabilir hükümler yer almalıdır. Mahkemenin hükmetmiş olduğu edime ilişkin kesinlik içermeyen veya kafa karıştırma ihtimali bulunan herhangi bir cümle bulunmamalıdır. Anlaşılması zor, farklı anlamlara gelebilecek bir karar, hukuki korumanın etkinliğini ve güvenilirliğini zayıflatacak niteliktedir.

(ii) Bir hüküm ayrıca o hukuk sisteminin icra hukuku kurallarına uygun-nasıl etkili bir şekilde icra edilebilecekse o şekilde- olmalıdır. Çoğu hukuk sisteminde icra aşaması, durdurulabilir veya ertelenebilir niteliktedir. İcranın ertelenmesi veya durdurulması bazı durumlarda şüphesiz ki hukuka uygundur. Ancak erteleme veya durdurma bir taktik hilesi olarak kullanılabilir. İsabetsiz durdurma veya ertelemeler, yargı sürecinin felcine neden olabilir ve yargı kararlarının etkinliğini yitirmesine neden olabilecek stratejiler

geliştirilmesine yol açabilir. Adaletin etkinliğini sağlamak adına bütün ülkeler geçici icra usûllerine sahip olmalıdır¹⁵.

56- Kaliteli bir hüküm (ceza hukukuna ilişkin olmayan), eğer basit ve etkili bir icra usûlü yoksa hiçbir işe yaramayacaktır. Basit ve etkili bir icra usûlünün bir hâkimin gözetiminde olması önemlidir. Hâkimler icra prosedürü sırasında ortaya çıkabilecek zorlukları çözebilmelidir. Bu çözüm, etkili bir icra prosedüründe taraflara lüzumsuz masraflara yol açmamalıdır.

II. BÖLÜM

YARGI KARARLARININ KALİTESİNİN DEĞERLENDİRİLMESİ

57- AHDK, bir yargı kararının öncelikle ulusal bir mahkeme tarafından kanun yolu denetimine tabi tutulması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru hakkı kapsamında bir denetimden geçmesi gerekliliğine vurgu yapmaktadır. Üye devletler, yargılama usûllerinin, bir üstteki mahkemenin kararlarında belirtilen gereklilikleri sağladığından emin olmalıdır.

A. Değerlendirmenin İçeriği

58- 90'lı yıllardan bu yana yargı kararlarının sadece esasına ilişkin yapılan değerlendirmelerin, bir yargı kararının kalitesinin değerlendirilmesinde tek başına yeterli olamayacağına dair farkındalık oluşmaktadır. Bu Görüş'ün ilk bölümünde görüldüğü üzere, bir yargı kararının kalitesi, o kararın oluşumuna kadar olan bütün aşamaların kalitesinden etkilenmektedir. Bu yüzden hukuk sisteminin tamamı bir bütün olarak incelenmelidir. Üstelik yargı hizmetinden yararlananların gözünden bakıldığında, dar anlamda kararın hukuki kalitesinin tek başına önemli olmadığı görülmektedir. Yargılamanın uzunluğu, aleniyet, yargılamanın idaresi, hâkimin taraflara yaklaşımı ve yargının toplum gözündeki itibarı da yargı hizmetinden yararlananlar tarafından dikkat edilen değerlerdendir.

59- AHDK, yargı kararlarının kalitesinin değerlendirilmesinde kullanılacak herhangi bir metodun, yargının bağımsızlığına kısmen veya tamamen müdahale etmemesi gerektiğine özellikle vurgu yapmaktadır.

¹⁵ Bkz. AHDK'nın 2004 tarihli 6 numaralı Görüşü'nün 130. paragrafı.

60- Yargı kararlarının kalitesinin değerlendirilmesinde, AİHS'nin temel ilkelerinin tamamının göz önünde bulundurulması gereklidir. Sadece ekonomik veya idari amaçla değerlendirme yapılmamalıdır. Kararların ekonomik açıdan değerlendirilmesinde dikkatli olunmalıdır. Yargının rolü, hukukun uygulanması ve hukuka yapılan etkinin üzerindedir. Bu yüzden sadece ekonomik açıdan yapılan değerlendirme yeterli olmayacaktır.

61- Bir kalite değerlendirme sistemi, sıkı bir şekilde yargı kararlarının kalitesinin artırılmasını hedef almalıdır. Bu sistem sadece bürokratik amaçlara hizmet etmemelidir. Kalite değerlendirmesi yargının harici bir kontrol mekanizması haline gelmemelidir.

62- AHDK, adaletin kalitesinin değerlendirilmesinin, adli teşkilatın bir bütün olarak veya belirli mahkeme türlerine göre veya belirli bir bölge mahkemelerinin değerlendirilmesini ifade ettiğini, yoksa farklı amaçlarla herhangi bir hâkimin yetkinliğinin değerlendirilmesiyle karıştırılmaması gerektiğini vurgulamaktadır¹⁶.

63- Değerlendirme usûlü, özellikle, mevzuatta yapılacak değişiklikler, yargılama usûlünde yapılacak değişiklikler veya geliştirmeler ve hâkimlerin veya mahkeme personelinin ileri eğitimi konularındaki ihtiyaçları tespit etmeyi amaçlamalıdır.

64- Amaçlar, metod ve değerlendirme usûlü doğru bir şekilde tanımlanmalı ve anlaşılabilir olmalıdır. Hâkimler tarafından veya hâkimlerin yoğun katkısı ile belirlenmelidir.

65- Değerlendirme şeffaf olmalıdır. Hâkimlerle ilgili kişisel veya tanımlayıcı veriler gizli tutulmalıdır.

66- Yargı kararlarının kalitesinin değerlendirilmesi, hâkimin kararlarını tekdüze hale getirmemeli, adli gerçeği veya dosyanın kendine özgü durumlarını değerlendirme usûlüne uydurmaya zorlamamalıdır.

¹⁶ Bkz. AHDK'nın 2004 tarihli, 6 numaralı Görüşü'nün 34. paragrafı ile 2007 tarihli, 10 numaralı Görüşü'nün 52 ila 56 ve 78. paragrafları.

67- Kararların değerlendirilmesi sistemi, her türden ve dereceden mahkemeyi, her türlü uyuşmazlığı ve bunları çözmek için gerekli olan uzmanlığı ve yeteneği, göz önünde bulundurarak oluşturulmalıdır.

B. Değerlendirme Metodları

68- AHDK'ya göre değişik değerlendirme metodlarının harmanlanmasında fayda vardır. Farklı kalite unsurları arasındaki bağlantı ile farklı kaynaklardan elde edilen veriler (hem nicelik hem de nitelikle ilgili veriler) birlikte kullanılmalıdır. Sadece bir değerlendirme metodu diğerlerine tercih edilmemelidir. Değerlendirme metodları bilinebilir olmalı ve anlaşılabilir bir şekilde tanımlanmalı, bilimsel bir titizlikle hazırlandığı ve bilimsel bir bilgi olduğu yönünde tanıtımda bulunulmalıdır. Her şeyin ötesinde değerlendirme sistemi, kararın yerindelğine müdahale etmemelidir.

69- AHDK, devletlerin birbirinin aynısı değerlendirme sistemlerini kabul etmelerinin mümkün olmadığını göz önünde bulundurmaktadır. Bu Görüş'ün de amacı, çeşitli değerlendirme sistemlerini ayrıntılı bir şekilde tanımlamak değildir. Neredeyse imkânsız olan bu yöntem yerine her devletin kendi tecrübeleri doğrultusunda seçim yapabileceği en uygun metodlar listesini oluşturmak amaçlanmıştır.

1. Hâkimlerin Kendi Kendilerini Değerlendirmeleri ve Yargı Sistemi İçerisindeki Diğer Aktörler Tarafından Değerlendirilmeleri

70- AHDK, akran değerlendirmesi ve hâkimlerin öz değerlendirmeleri konularında üye devletleri teşvik etmektedir. Ayrıca AHDK, harici kişilerin (avukatlar, savcılar, hukuk fakültesi profesörleri, vatandaşlar, ulusal veya uluslararası sivil toplum kuruluşları gibi) de değerlendirmeye katılmaları konusunda tavsiye vermektedir. Bu harici katılım yargının bağımsızlığına olumsuz bir etki yapmamalı, yargının saygınlığını da azaltmamalıdır. Bu yüzden yargı kararlarının değerlendirilmesinde öncelik, etkili ve zamanında sonuçlanan bir kanun yolu usûlü olmalıdır.

71- Yüksek mahkemeler, oluşturdukları içtihatlarla, kendi yaptıkları hukuk uygulamalarıyla ve hazırladıkları yıllık raporlarla yargı kararlarının kalitesinin değerlendirilmesine katkıda bulunabilirler. Bu sebeple yüksek

mahkemelerin kararlarının anlaşılır, istikrarlı ve tutarlı olması son derece önemlidir. Ayrıca yüksek mahkemeler yargı kararlarının kalitesine, alt derece mahkemeleri için hazırlayacakları yönergelerle katkıda bulunabilirler. Bu yönergeler, mevcut kararlar hakkında, uygulanabilir prensipler şeklinde olabilir.

2. İstatistiksel Metodlar

72- Niceliksel istatistik metodu çeşitli derecelerdeki mahkemelerin tutmuş olduğu istatistiklerden oluşmaktadır (devam eden dosya sayısı, açılan dosya sayısı, karara bağlanan dosya sayısı, her dosyada yapılan duruşma sayısı, iptal edilen duruşma sayısı ve yargılamanın uzunluğu gibi). Mahkemece yapılan işlemlerin sayısı, vatandaşların ihtiyacı ile yargının kapasitesini ölçmede önemli bir mihenk taşıdır. Bu kapasite, yargının kalitesinin ölçülmesinde kullanılan göstergelerden bir tanesidir. Bu metod, mahkeme hareketliliğini ölçmekle birlikte tek başına, verilen kararların kalitesinin değerlendirilmesinde yeterli değildir. Kararların niteliği dosyanın özelliğine göre değişebilir. Örneğin bir hâkim, miktar veya değer bakımından küçük bir davada birbiri ile bağlantılı birçok karar verebilir. İstatistikler tek başına her zaman doğru sonuca götürmeyebilir. Bu yüzden istatistiklerin her zaman bir içerikle birlikte sunulması gerekir. Buna rağmen bu metod, dosyanın makul süre içerisinde görülüp görülmediğini ya da iş yükünün etkisini değerlendirmede ek başka bilgilerle kullanılabilir ve mahkemenin işyükünün düzenlenmesinde alınacak önlemlerin belirlenmesinde kullanılabilir.

73- Niteliksel istatistik metodunda kararlar, türlerine, konularına ve karmaşıklıklarına göre sınıflandırılırlar. Bu metod, değişik türdeki dosyaların etkili ve doğru bir şekilde tevziini sağlamak ve bir mahkemenin kaldırabileceği minimum ve maksimum iş yükünün ölçümüne olanak sağlar. Bu metodun en önemli özelliği, belirli türdeki davaların veya uyuşmazlıkların kendine özgü durumlarının dikkate alınması ve verilen karar sayısı az olsa bile harcanan emeğin hesaba katılmasıdır. Niteliksel istatistik metodunun en önemli zorluğu, hangi faktörlerin değerlendirmeye alınacağı ve bu faktörleri tespit etmeye yetkili olan makamın neresi olacağı sorularına cevap bulmaktır.

74- Kanun yoluna başvuru dosyalarının sayısı ile onanan kararların sayısı objektif olarak belirlenebilir olmasına rağmen bir kalite göstergesi olarak dikkate alındığında tamamen görecelidir. Buna rağmen AHDK, kanun yoluna başvuru dosya sayısı ile onanan dosya oranının, kararların kalitesini yansıtmayacağını belirtmektedir. Onanan bir karar, yüksek mahkeme hâkiminin temyiz konusu hakkında yapmış olduğu bir değerlendirmeden başka bir şey değildir. Belki de onanan bu karar, daha yüksek bir mahkeme tarafından bozulacak bir karar olabilir¹⁷.

3. Yargı Sistemi İçerisinde Kurul'un Konumu

75- Yargı kararlarının kalitesini değerlendirecek olan ulusal veya uluslararası bir Kurul, yürütmenin etkisinden bağımsız kişilerden oluşmalıdır. Bu Kurul'a yapılacak olası herhangi bir baskıdan kaçınmak için, yargı için en üst bir oluşumun mevcut olduğu ülkelerde¹⁸, Kurul, sadece yargı kararlarının kalitesinin değerlendirilmesi ile yetkilendirilmelidir. Kurul'un içinde, verilerin toplanması ve kalitenin değerlendirilmesi, yargının disiplin işlerinden sorumlu departmandan tamamen farklı bir departman tarafından gerçekleştirilmelidir. Yargı için en üst bir oluşumun mevcut olmadığı devletlerde, yargı kararlarının kalitesinin değerlendirilmesi, hâkimlerin bağımsızlığını garanti altına alan bir yapı bünyesinde yapılmalıdır.

ANA SONUÇLAR VE TAVSİYELER

a) Yasama tarafından yürürlüğe konulan kanunların kalitesi, yargı kararlarının kalitesine etki eden harici unsurlardan bir tanesidir. Bu yüzden yasamanın yapmış olduğu düzenlemelerin uygulama üzerindeki etkileri ile hazırlanmış olduğu tasarıların hukuk sistemi üzerindeki etkilerini takip etmesi ve değerlendirmesi önemlidir.

b) Kaliteli kararların oluşması, yeterli beşeri, finansal ve fiziksel kaynakların varlığına ihtiyaç duyduğu kadar, sistemdeki hâkimlerin mali güvencelerinin sürdürülmesine de bağlıdır.

¹⁷ Bkz. AHDK'nın 2004 tarihli, 6 numaralı Görüş'ünün 36. paragrafı.

¹⁸ Yargı işleri ile ilgili bu üst yapı, AHDK'nın 2007 tarihli, 10 numaralı Görüşü'ndeki tavsiyeler doğrultusunda kurulmalı ve yürütülmelidir.

c) Yargı kararlarının kalitesinin yükseltilmesinde, hukuk eğitiminin, hâkimlerin ve hukukla ilgili meslek mensuplarının eğitiminin olağanüstü bir önemi vardır.

d) Ayrıca hâkimlere hukuk dışı konularda da eğitim sağlanması, mahkeme personelinin idarî ve teknik konularda eğitilerek hâkimi bu görevlerde rahatlatması ve hâkimin zamanını hüküm vermenin entellektüel boyutuna odaklanmasının sağlanması da oldukça önemlidir.

e) Açıkça görülüyor ki yargı kararlarının kalitesinin standardı, hukuk sistemi içerisindeki sayısız unsurun birbiriyle olan etkileşiminin bir sonucudur.

f) Hâkimlerin profesyonelliği, yargı kararlarının kalitesinin en önde gelen garantisi ve yargı kararlarını etkileyen dahili unsurlardan en önemlisidir. Profesyonellik, bünyesinde, hâkimlerin iyi düzeyde bir hukuk eğitiminden geçirilmesini, bağımsızlık kültürünün, etik ve ahlak biliminin geliştirilmesini barındırır. Profesyonellik hâkimin sadece hukukî konularda değil hukuk dışı konularda da farkındalığının olmasını gerektirir.

g) Yargı kararlarını etkileyen diğer dahili unsurlar usûl ve dosya yönetimidir. Usûl, açık, anlaşılır, şeffaf ve öngörülebilir olmalıdır. Hâkim, yargılamayı aktif ve isabetli bir şekilde yürütüp, yönetebilmelidir. Karar, makûl bir süre içerisinde verilmelidir. Ancak, yargılamanın sürati hesaba katılması gereken tek faktör değildir. Adil yargılanma hakkı, sosyal uyum ve hukukî kesinlik de göz önünde bulundurulması gereken faktörlerdendir.

h) Hâkimler arasında danışma toplantıları ve dosya yönetimine ilişkin uygulamalar teşvik edilmelidir.

i) Duruşma AİHM kararlarında tanımlandığı şekilde düzenlenmeli ve AİHS'nin tüm gereklerini yerine getirmelidir. Bu, hem taraflar hem de toplum için adil yargılanmanın ve diğer standartların garanti altına alınmasını sağlar.

j) Yüksek kalitedeki bir kararın kilit unsurları, yargılamanın adil bir şekilde yürütülmesi, hukuk kural ve ilkelerinin doğru uygulanması, maddî vakıaların doğru değerlendirilmesi ve icra edilebilirliktir.

k) Kararlar anlaşılabilir olmalı; açık ve basit bir dille kaleme alınmalıdır. Hâkimler, isterlerse kendi tarzlarını oluşturabilmeli veya standart modellerden birini kullanabilmelidir.

l) AHDK, yargı otoritelerinin, yargı kararı yazımı konusundaki örnek uygulamaların tanıtıldığı bir katalog hazırlamalarını tavsiye etmektedir.

m) Yargı kararları kural olarak gerekçeli olmalıdır. Kararın kalitesi, gerekçesinin kalitesine bağlıdır. Gerekçelendirme hukuk ilkelerinin yorumunu içerebilir. Gerekçelendirme hukukî kesinliği ve tutarlılığı her zaman sağlamaya çalışmalıdır. Ancak bir mahkeme daha önce vermiş olduğu karardan dönmek isterse bunu yeni kararında açıkça belirtmelidir.

n) AHDK, her ülkenin geleneklerine uygun bir üst mahkemeye başvuru yolunu düzenlemesini tavsiye etmektedir.

o) Karşı oylar, kararın içeriğinin gelişmesine katkıda bulunurlar ve hem kararın hem de uygulanan kuralların anlaşılmasına yardımcı olurlar. Bu karşı oylar tamamen gerekçeli olmalı ve kararın metninde yer almalıdır.

p) Hem kararın kendisi hem de hüküm fıkrası açık ve karşılıklı mahal vermeyen bir dille yazılmalıdır. Şarta bağlı olmayan, etkisini hemen gösterecek şekilde, bir şeyin yapılması veya yapılmaması veya bir şey verilmesi durumunun açıkça belirtildiği, icraya elverişli bir şekilde kaleme alınmalıdır.

q) AHDK, bir yargı kararının ulusal bir mahkeme tarafından kanun yolu denetimine tabi tutulması ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru hakkı kapsamında bir denetimden geçmesi gerekliliğine vurgu yapmaktadır.

r) Hukuk sisteminin tamamı yargı kararlarının kalitesi bakımından gözden geçirilmelidir. Yargılamanın uzunluğu, şeffaflığı ve yargılamanın yönetilmesi konularına özel ilgi gösterilmelidir.

s) Değerlendirme AIHS'nin temel prensiplerine uygun olarak yapılmalıdır. Sadece ekonomik veya idari sebeplerin ışığında değerlendirme yapılmamalıdır.

t) Yargı kararlarının kalitesinin değerlendirilmesinde kullanılan herhangi bir metod, yargının bağımsızlığına bir müdahale aracı olarak kullanılmamalıdır. Bu metodlar, bürokratik bir araç olarak veya başka amaçlar için

kullanılmamalıdır. Hâkimlerin profesyonel yeteneklerinin değerlendirilmesi ile yargı kararlarının kalitesinin değerlendirilmesi farklı şeyler olup, başka amaçlar için hâkimlerin değerlendirilmesinde kullanılmamalıdır. Her şeyden öte değerlendirme sistemleri kararın yerindelğine müdahale etmemelidir.

u) Her şeyden öte değerlendirme süreci ihtiyaçların tanımlanmasını amaçlamalıdır. Eğer ihtiyaç varsa mevzuatta yapılacak değişiklikleri veya yargılama usûlünde yapılacak değişiklikleri ve geliştirmeleri veya hâkimlerin veya mahkeme personelinin ileri eğitimini amaçlamalıdır.

v) AHDK, farklı değerlendirme metodlarının harmanlanmasında fayda olduğunu vurgulamaktadır. Değerlendirme metodlarının, bilimsel bir bilgi, alan ve ilgi olduğu göz önünde tutulmalı ve buna uygun olarak metodlar, anlaşılır ve şeffaf olmalıdır

w) AHDK, akran denetimi ve hâkimlerin öz denetimi konularını teşvik etmektedir. AHDK ayrıca, yargının bağımsızlığına gölge düşürmeyecek şekilde, değerlendirmeye harici katılımların olmasını da tavsiye etmektedir.

x) Yüksek mahkemeler hazırlamış oldukları yıllık raporlarla, vermiş oldukları içtihatlarla ve yapmış oldukları hukuk uygulamalarıyla yargı kararlarının kalitesine ve değerlendirilmesine katkı da bulunabilirler. Bu nedenle yüksek mahkemelerin içtihatlarının açık, tutarlı ve istikrarlı olması büyük öneme sahiptir.

y) Bütün yargı işleri için bir oluşumun bulunduğu yerlerde, değerlendirme, bu oluşumun kontrolü altında, böyle bir oluşumun bulunmadığı yerlerde ise hâkimlerin bağımsızlığını garanti altına alan bir yapının kontrolünde yapılmalıdır.

^HKARAR İNCELEMESİ
HUKUK MUHAKEMELERİ KANUNU'NUN
10. MADDESİ UYARINCA
SÖZLEŞMENİN İFA YERİNİN TESPİTİ

*Arş. Gör. Büşra KAZMAZ**

**I. İNCELEME KONUSU YARGITAY KARARI (15. HD.
08.12.2011 2011/6950 E. 2011/7275 K.)**

“Dava, trafo satışı ve montajına ilişkin sözleşmeden kaynaklanan ayıp bedelinin tahsiline karar verilmesi istemiyle açılmıştır. Taraflar arasındaki sözleşmenin konu başlıklı maddesinde, sistemin imaliyle alıcının imalatçı fabrikasında çalışır vaziyette teslim edilmesi kararlaştırılmış, makinenin montajının davalıya ait işyerinin bulunduğu başka bir ilde yapılacağı da kabul edilmiştir. Uyuşmazlığın çözümünde sözleşmenin ifa edildiği yer mahkemesi de yetkilidir.

Yukarıda tarih ve numarası yazılı hükmün temyizden tetkiki davacı vekili tarafından istenmiş ve temyiz dilekçesinin süresi içinde verildiği anlaşılmış olmakla dosyadaki kâğıtlar okundu gereği konuşulup düşünüldü:

Dava, trafo satışı ve montajına ilişkin sözleşmeden kaynaklanan ayıp bedelinin tahsiline karar verilmesi istemiyle açılmıştır. Davalı süresinde verdiği cevap dilekçesinde, yetki itirazında bulunmuş, mahkemece sözleşmenin ifa yeri Kadıköy ilçesi olduğu gibi özel yetkili mahkeme ve davalı ikametgâhı da Kadıköy’de olduğundan bahisle yetkisizlik kararı verilmiş, karar davacı tarafından temyiz edilmiştir.

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı

Taraflar arasındaki sözleşmenin konu başlıklı maddesinde, sistemin imâliyle alıcının imâlatçı fabrikasında çalışır vaziyette teslim edilmesi kararlaştırılmış ise de bu husus teslimine ilişkin olup makinenin montajının dava-hya ait işyerinin bulunduğu Gaziantep'te yapılacağı da kabul edildiğinden sözleşmenin ifa yerinin Gaziantep olduğu anlaşılmaktadır. HMK'nın 10. maddesi uyarınca sözleşmenin ifa edildiği yer mahkemesi de yetkili bulunduğundan, davalının yetki itirazının reddine karar verilerek uyuşmazlığın esasının incelenmesi gerekirken taraflar arasında sözleşmenin sadece malzeme teslimine ilişkin maddesi gözetilerek montajın varlığı üzerinde durulmadan yetkisizlik kararı verilmesi usul ve yasaya aykırı olmuş, kararın bozulması gerekmiştir.

Yukarıda açıklanan nedenlerle davacının temyiz itirazlarının kabulü ile kararın bozulmasına, fazla alınan temyiz peşin harcının istek halinde temyiz eden davacıya geri verilmesine, 08.12.2011 gününde oybirliği ile karar verildi¹.

II. OLAYIN ÖZETİ

Yargıtay Kararı'na konu olayda taraflar trafo imâl, teslim ve montajına ilişkin bir sözleşme yapmışlardır. Sözleşmeye göre; trafo, satıcının yerleşim yeri olan İstanbul Kadıköy'de teslim edilecek, ancak trafonun montaj işlemi Gaziantep'te yapılacaktır. Alıcı trafodaki ayıp nedeniyle ayıp bedelinin satıcıdan tahsiline ilişkin olarak Gaziantep'te dava açmıştır. Davalı satıcı cevap dilekçesinde yetki itirazında bulunmuştur.

III. MERCİLERİN ÇÖZÜM TARZI

A. İlk Derece Mahkemesi Kararı

Gaziantep'te bulunan ilk derece mahkemesi, davalının yerleşim yerinin Kadıköy'de bulunması sebebiyle genel yetkili mahkemenin ve aynı zamanda taraflar arasındaki sözleşmede sözleşmenin ifa yeri olarak da Kadıköy kararlaştırıldığından Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. maddesine göre özel

¹ 15. HD. 08.12.2011 2011/6950 E. 2011/7275 K. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), (02.09.2014).

yetkili mahkemenin de Kadıköy Mahkemeleri olduğunu belirterek yetkisizlik kararı vermiştir.

B. Yargıtay 15. Hukuk Dairesi Kararı

Davacının temyiz talebi üzerine Yargıtay 15. Hukuk Dairesi, sözleşmede trafoyun teslim yeri olarak Kadıköy belirtilmiş olsa da montaj yerinin Gaziantep olarak kararlaştırılmış olması sebebiyle ifa yerinin Gaziantep olacağı, bu sebeple Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. maddesine göre Gaziantep mahkemelerinin özel yetkili mahkeme olduğunu ifade ederek ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu yetkisizlik kararını usûl ve yasaya aykırı bularak, kararı bozmuştur.

IV. ÇÖZÜLMESİ GEREKEN HUKUKÎ PROBLEM

Olaya konu sözleşmede taraflar davalıya ait iki farklı edime ilişkin olarak iki farklı ifa yeri belirlemiştir. İlk derece mahkemesi teslimi esas olarak tarafların teslimine ilişkin olarak belirlediği ifa yerini Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. maddesine göre özel yetkili mahkeme olarak kabul ederken, 15. Hukuk Dairesi montajı esas almış olup montajın yapıldığı yer olan Gaziantep Mahkemelerini özel yetkili mahkeme olarak kabul etmiştir. Merciler yetkili mahkemeyi belirlemek için neden teslim yeri veya montaj yerini esas aldıklarını kararlarında belirtmemişlerdir. Mercii kararlarına baktığımızda sorunun, ifa yerini tespit ederken borç ilişkisindeki hangi edimi esas almak gerektiği üzerinde toplandığı görülür.

V. İNCELEME VE DEĞERLENDİRME

A. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. Maddesine Göre Özel Yetkili Mahkeme

Bir davaya hangi yerdeki görevli mahkeme tarafından bakılacağını belirlemeye yarayan yetki kuralları hukukumuzda kural olarak kamu düzenine ilişkin görülmemiştir. Bu sebebe bağlı olarak çoğunlukla tek bir mahkeme yetkili olarak görülmeyip davanın açıldığı tarihte davalının yerleşim yeri mahkemesini yetkili mahkeme olarak öngören genel yetki kuralı

yanında davacıya seçim hakkı tanıyan özel yetki kuralları da düzenlenmiştir² (HMK m. 6; HMK m. 8, 10, 11/2, 11/3, 15/1, 16). Hukuk Muhakemeleri Kanunu³ dışında diğer kanunlarda da özel yetkiye ilişkin kurallar yer almaktadır (Karayolları Trafik Kanunu m. 110; TMK m. 25/son, 177; İİK m. 69/2, 72/8, 89/3, 142/1; TKHK m. 73/5).

Genel yetki kuralı gereğince hakkını yargı kuvveti aracılığıyla arayan kimsenin karşı tarafa dava açabilmesi için onun ayağına gitmesi, davalının yerleşim yerinin bulunduğu yerde davasını açması gerekmektedir. Davacı olacak taraf bir dava açmadan önce böyle bir yükü göze alıp almama konusunda düşünme ve karar verme yetkisine sahipken davalı taraf aleyhine açılmış davaya katılmak mecburiyetindedir. Ayrıca davacının talebi henüz bir iddiadan ibaret olup, haklı olduğu henüz kesin değildir⁴. Bu sebeple davalı taraftan kendi oturduğu yerden başka yere gitme külfetine katlanması kural olarak beklenemez. Ancak bu genel kural yanında bazı ihtiyaçlar dolayısıyla davacıya seçim hakkı tanıyan özel yetki kuralları da öngörülmüştür. Davalı açısından bakılırsa sözleşmesel ilişkide onu kendi yerleşim yerinden başka bir yerde davaya katılmaya mecbur kılacak sebepler gösterilebilir. Borcunu ifa etmeyen borçlu karşısında dava açacak alacaklıyı borçlunun yerleşim yerine gitme külfetinden kurtarmak gereklidir⁵. Bu sebeple Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. maddesinde sözleşmeden doğan davalarda sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi özel yetkili mahkeme olarak kabul edilmiştir. Bu maddede yer alan sözleşme ifadesi ile malvarlığı hakkı olan borçlar hukukundan doğan sözleşmeler kastedilmektedir⁶. Aile, kişiler ve miras hukukuna ilişkin sözleşmeler bakımından bu madde uygulanmaz. Çünkü evlenme, evlat edinme nişanlanma sözleşmelerinin borçlar hukuku anlamında ifasından söz edilemez⁷. Aynı şekilde bir sözleşme olmadığı için sebepsiz zenginleşme, haksız fiil ve vekâletsiz iş görme gibi hallerden doğan

² Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 163.

³ Kabul Tarihi: 12.01.2011, Yürürlük Tarihi: 01.10.2011, RG. 04.02.2011 S. 27836.

⁴ Aybay, s. 218; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 164.

⁵ Aybay, s. 222.

⁶ Aybay, s. 223, 224; Yılmaz, s. 978; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 168; Umar, s. 45; Deliduman, s. 5; Görgün, s. 79; Kırmızı, s. 193.

⁷ Aybay, s. 223.

uyuşmazlıklarda, vasiyetname gibi tek taraflı hukukî işlem neticesinde doğan borçlar bakımından da bu özel yetki kuralı uygulama alanı bulmaz. Ayrıca bu madde geçerli sözleşmeler bakımından uygulanacak olup sözleşmenin yazılı olması gerekmez⁸. Ancak sözleşmenin geçerli olup olmadığına ilişkin davalarda da 10. maddeye göre belirlenen mahkemenin yetkili olacağı ifade edilmiştir⁹. Borcun esasî çekişmeli olup davalı sözleşmeyi inkâr ederse 10. maddeye göre yetkili mahkeme belirlenemez¹⁰.

B. Konuya İlişkin Yargıtay Kararları

“Dava, istisna (eser) sözleşmesinden kaynaklanan alacağın tahsili (para alacağı) için yapılan icra takibine vaki “itirazın iptali” istemine ilişkindir. Dava, İstanbul Mahkemesinde açılmış; davalı iş sahibi vekili, süresinde verdiği cevap layihasında, yetkisizlik ilk itirazında bulunarak, Ankara Mahkemesinin yetkili olduğunu bildirmiştir. Mahkeme, BK.nun 73. maddesine dayanarak, ilk itirazı reddetmiş ve esastan hüküm kurmuştur... Sözleşmeden doğan davalar; aynı zamanda, sözleşmenin icra olunacağı mahal mahkemesinde de görülebilir. Somut olayda, cihazların bakım ve onarım yeri, yani sözleşmenin ifa yeri, TCDD Ankara Hastanesinin bulunduğu Ankara'dır. Yetki yönünden dava dilekçesinin reddiyle dosyanın yetkili Ankara Asliye Ticaret Mahkemesine gönderilmesi gerekirken, BK.nun 73. maddesine yanlış anlam verilerek, yetkisizlik ilk itirazının reddiyle işin esasına girilmesi doğru olmamış ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir¹¹“.

Karara konu olayda taraflar arasında Ankara'da bulunan bir hastanenin cihazlarının bakım ve onarımına ilişkin bir eser sözleşmesi mevcuttur. Davacı yüklenici sözleşmeden kaynaklı para alacağının tahsilini talep etmektedir. Bu sebeple itirazın iptali davasını kendi yerleşim yeri olan İstanbul'da açmıştır. Ancak Yargıtay bakım ve onarım işinin yapıldığı yer olan

⁸ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 168, 169; Yılmaz, Şerh, s. 123, 124; Görgün, s. 79.

⁹ Aybay, s. 224, 225; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 169.

¹⁰ Yılmaz, Şerh, s. 125; Umar, s. 45. 19. HD. 25.1.2005 2005/693 E. 2005/183 K. (Yargı Dünyası 2005/114 s. 145, 146). Aksi görüş için bkz. Postacıoğlu, s. 164.

¹¹ 15. HD. 15.01.1998 1997/5040 E. 1998/81 K. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), (05.09.2014).

Ankara'nın ifa yeri olduğunu, hem ifa yeri mahkemesi hem de davalının yerleşim yeri mahkemesi olan Ankara Mahkemelerinin yetkili olduğunu belirterek ilk derece mahkemesinin vermiş olduğu kararı bozmuştur.

“Dava, 818 Sayılı BK'nın 355 ve devamı maddelerine göre eser sözleşmesi gereği ödenen bedelin işin yapılmaması sebebiyle iadesi istemine ilişkindir. Sözleşmeye göre davacı iş sahibi, davalı yüklenici olup, yüklenicinin sözleşmede belirtilen makinaların imâl ve montajını yapmayı da üstlendiği ve montajın yapılacağı fabrika Yenimahalle Cumhuriyet Bulvarı No: ... Kozan-Mersin adresinde olduğundan sözleşmenin ifa yeri Mersin ilidir^{12c}.”

Bu olayda da taraflar arasında eser sözleşmesi vardır; ancak burada bir önceki olaydan farklı olarak iş sahibi davacı konumundadır. İş sahibi işin yapılmasını istememekte olup işin yapılmaması sebebiyle önceden ödemiş olduğu bedelin tahsilini talep etmektedir. Her iki Yargıtay Kararı da değerlendirildiğinde bu kararlarda Yargıtay'ın Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. maddesinde yer alan *sözleşmenin ifa yeri* ifadesini eser sözleşmeleri bakımından davayı kimin açtığına, neyin talep edildiğine bakmaksızın işin ifa yeri olarak algıladığı görülür¹³. Ancak daha eski tarihli Yargıtay Kararları'na bakıldığında bu kararlarda dava konusu esas alınarak sözleşmenin ifa yerinin belirlendiği görülür:

“...Dava, eser sözleşmesine dayanılarak eser bedelinden kalan...liranın ödetilmesi istemine ilişkindir...Borçlar Kanununun 73. maddesinde borç bir miktar paradan ibaret ise ödeme alacaklının verme zamanında oturmakta olduğu yerde vukubulur. Bu nedenle ve HUMK'nun 10. maddesinin açık hükümleri uyarınca davanın İzmir'de açılması doğrudur¹⁴”.

¹² 15.HD. 19.03.2013 2013/561 E. 2013/1848 K. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), (05.09.2014).

¹³ Aynı yönde kararlar için bkz. 11. HD. 19.01.2004 2003/5521 E. 2004/375 K. (<http://www.kazanci.com/kho2/ibb/giris.htm>), (05.09.2014); 15. HD. 15.12.1998 1998/1661 E. 1998/4742 K. (Yılmaz, s. 965-966); 15. HD. 26.01.2005 2005/4709 E. 2005/257 K. (Yılmaz, Şerh, s. 126-127).

¹⁴ 15. HD. 15.02.1979, 1979/2497 E. 1979/286 (Uygur, s. 154); Aynı yönde kararlar için bkz. 11. HD. 07.03.1991 1991/8 E. 1991/1588 (Yılmaz, s. 974); 15. HD. 09.05.1980,

Uygulamada ifa yeri mahkemesinin yetkisine ilişkin olarak tereddütler yaşandığı görülmektedir. Yargılama sürecinin başlangıcında davanın hangi yerdeki mahkemede açılabileceğini, yetkili mahkemede açılıp açılmadığını belirleyebilmek için sözleşmenin ifa yerinin tespiti gereklidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda sözleşmenin ifa yerinin tespitine yönelik herhangi bir hüküm yer almamakta olup bu doğrultuda ifa ve ifa yeri kavramlarının Medenî Usûl Hukuku bakımından özel bir anlamı bulunmamaktadır. Bu sebeple ifa yerinin tespiti bir usûl meselesi olmayıp maddî hukuk meselesidir ve bu tespit Borçlar Hukuku kurallarına göre yapılacaktır.

C. İfa Yeri Kavramı

Bir borç ilişkisi edim yükümleri ve yan yükümler şeklinde yükümler içerir. Borç ilişkisinin asıl konusunu oluşturan yükümlülük edim yükümlüdür. Çünkü borç ilişkileri borçluya borçlanılan edimi alacaklının edim menfaatini gerçekleştirecek şekilde yerine getirme ödevi yükler¹⁵. Edim yükümleri asli edim yükümleri ve yan edim yükümlerinden ibarettir. Asli edim yükümü sözleşmenin tipini belirleyen, sözleşmeden beklenen asıl amacı simgeleyen edim yükümlüdür. Yan edim yükümü ise ikinci derecede olan ve bu bakımdan asli edime bağımlı yükümlerdir. Yan yükümler ise sözleşmeden doğan ve edim yükümleri dışında kalan diğer yükümlerdir¹⁶. Yan yükümler genel olarak dürüstlük kuralından ve güven ilişkisinden doğar¹⁷. Açıklanan yükümleri bir örnek üzerinde göstermek gerekirse örneğin satım sözleşmesinde satıcının satılan makineyi alıcıya teslim ve mülkiyeti ona geçirme buna karşılık alıcının satım bedelinin satıcıya ödeme borçları birer asli edim yükümlüdür. Bu sözleşme esas itibarıyla bir satım sözleşmesi olsa da taraflar satılan makinenin montajını sözleşmede öngörebilirler. Makinenin montajını yapma yükümü satıcı bakımından yan edim yükümlüdür. Makinenin kullanılması tehlike arz ediyorsa gerekli önlemlerin alıcıya bildirilmesi, kullanma kılavuzu verilmesi ise yan yükümler arasında yer alır.

1980/1202 E. 1980/1216 (YKD 1980/9 s. 1272-1273); 6. HD. 24.09.1979 1979/4543 E. 1979/6860 K. (Yılmaz, s. 976).

¹⁵ Eren, s. 23, 29; Kılıçoğlu, s. 26.

¹⁶ Eren, s. 37.

¹⁷ Eren, s. 39.

Edim yükümleri ve yan yükümler dışında diğer bir yüküm çeşidi de tali yükümlerdir. Edim yükümlerinin ve yan yükümlerin borçlu tarafından ihlal edilmesi ve gereği gibi ifa edilmemesi ve temerrüt hallerinde tazminat yükümü, sözleşmenin sona ermesi hallerinde iade borcu gibi yükümler tali yükümlerdir. Tali edim yükümü borç ilişkisi doğduğu anda değil, daha ileri safhada söz konusudur. Gereği gibi ifa edilmeyen edim tazminat edimine dönüşür¹⁸.

Borç ilişkisi içerdiği edimlerden biri ifa edilse de varlığını sürdürür. İfa dar anlamda borcu sona erdiren bir sebeptir. Ancak her ilişki gibi bir borç ilişkisinin varlığı da ulaşılmak istenen amaçla sınırlıdır. Bu amaca ulaşılması için ilk yükümlerin tam ve doğru olarak yerine getirilmesi gerekir. Fakat bu amaç borca aykırılık nedeniyle gerçekleştirilmezse borçlunun tazminat (tali edim) yükümünü yerine getirmesi öngörülmüştür¹⁹.

İfa en basit ifadeyle borçlunun borcunu yerine getirmesi olarak tanımlanabilir. Borç ilişkisini meydana getiren edimler ifanın konusunu oluşturur. Alacaklının ifasını talep yetkisine sahip olduğu, borçlunun ifa yükümlülüğü altına girdiği edim verme, yapma, yapmamaya ilişkin olabilir²⁰.

Alacaklının borç konusunu kullanabileceği, yararlanabileceği ya da tasarruf edebileceği hâkimiyet sahasını gösteren ifa yeri kavramına gelince, borcun yerine getirileceği bir alandır ve bir coğrafi mekândan ibarettir²¹.

6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu²²'nin 89. maddesinin birinci fıkrasında borcun ifa yerinin tarafların açık veya örtülü iradelerine göre belirleneceği ifade edilmiştir. Ancak taraflar arasında ifa yerini belirlemeye yönelik bir anlaşmanın bulunmadığı durumlarda ifa yeri Kanun ile belirlenir. Türk Borçlar Kanunu'nun 89. maddesinin birinci fıkrasında ifa yerini belirlemede borcun para borcu, parça borcu ve para ve parça borcu dışındaki borçlar olmasına göre üçlü ayırım yapılmıştır. Buna göre para borçlarında ifa yeri alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yeridir. Buradaki para borcu sadece

¹⁸ Eren, s. 30, 31.

¹⁹ Eren, s. 29, 30; Kılıçoğlu, s. 522.

²⁰ Kılıçoğlu, s. 3, 522; Hatemi/Gökyayla, s. 203.

²¹ Kılıçoğlu, s. 523.

²² Kabul Tarihi: 11.011.201, Yürürlük Tarihi: 01.07.2012, RG. 04.02.2011 S. 27836.

sözleşmeden kaynaklanan para borcu anlamında değil dava edilen alacağın hangi sebeple olursa olsun para alacağı olmasıdır. Para borcunun kaynağı sözleşme, sebepsiz zenginleşme, haksız fiil veya başka bir sebep de olabilir²³. Parça borçlarında sözleşmenin kurulduğu sırada borç konusunun bulunduğu yer; para ve parça borçları dışındaki tüm borçlar içinse doğumları sırasında borçlunun yerleşim yeri ifa yeridir (TBK m. 89).

Ç. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. Maddesi Uyarınca İfa Yerine Esas Alınacak Edim

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. maddesinde *sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi* ifadesi kullanılmıştır. Buna bağlı olarak 10. maddeye göre yetkili mahkemenin belirlenebilmesi için öncelikle sözleşmenin ifa yerinin belirlenmesi gerekecektir. Doktrinde sözleşmenin ifa yeri ifadesinin açık bir ifade olmaması sebebiyle bu ifadeden ne anlaşılması gerektiği konusunda bir takım görüşlere yer verilmiştir:

Sözleşmenin ifa edileceği yer mahkemesi davacının sözleşmeye dayanarak talep ettiği şeye göre belirlenir. Sözleşmede her iki tarafa ait edimler mevcutsa davacının ifasını istediği şeye göre yetkili mahkeme tespit edilmelidir²⁴. Başka bir ifade ile iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden doğan davalarda, yetkili mahkeme davalının borcunu yerine getireceği yere göre belirlenmelidir²⁵.

Postacıoğlu²⁶ ve Kuru²⁷ya göre sözleşmede karşılıklı olarak farklı yerlerde ifa edilmesi öngörülen borçlara yer verilmişse davalıya terettüp eden borçların ifa yeri yetkili mahkemenin belirlenmesinde esas alınmalıdır. Umar²⁸ ise aynı sonuca tarafların kendi lehine yapılacak olan ifanın yerini esas almaları gerektiğini ifade ederek ulaşmıştır. Sözleşmenin birden çok ifayı öngörmesi durumunda her bir ifa yükümlülüğüne ilişkin davada o belli yükümlülüğün ifa yeri mahkemesi yetkili olacaktır. Ancak sözleşmenin

²³ Oğuzman/Öz, s. 31 vd.

²⁴ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 168, 169.

²⁵ Kuru, s. 295.

²⁶ Postacıoğlu, s. 164.

²⁷ Kuru, s. 295.

²⁸ Umar, s. 41.

bütünü etkileyen bir irade fesadı yüzünden sözleşmenin iradesi fesada uğramış kişiyi bağlamadığının tespiti davası belli bir yükümlülüğe ilişkin olmamakla beraber burada ağırlıklı önem taşıyan ifa yükümlülüğü esas alınmalıdır²⁹.

Yukarıda ifa ile ilgili yapılan açıklamalara bakıldığında bir sözleşmenin ya da borç ilişkisinin ifasından ziyade münferit bir borcun ifası söz konusudur. Bu durumda *sözleşmenin ifası* ifadesi yanlış bir ifadedir. Çünkü bir sözleşmede tarafların karşılıklı olarak borçları ve bu borçlara ait farklı ifa yerleri olabileceği gibi bir tarafa ait birden fazla borç yine buna bağlı olarak birden fazla ifa yeri olabilir. Bu sebeple sözleşmenin ifa yeri ifadesinden uyuşmazlık konusu yükümlülüğün yerine getirileceği yerin anlaşılması gerekir. Bu durumda yapılacak olan, uyuşmazlık konusu ifayı tespit etmektir³⁰. Bu bağlamda ifa yeri buna bağlı olarak yetkili mahkeme her münferit borç ve alacak bakımından müstakilen tespit edilmesi gereken bir husustur³¹. Örneğin; bir kira sözleşmesinde taraflar kira bedelini para olarak değil de bir hizmet olarak ödeneceğini kararlaştırmışlar ve hizmet eksik görülmüş ise, kiraya veren eksik hizmet bedelini para olarak talep ederse kendi yerleşim yerinde dava açabilir³².

Satım sözleşmesi gereğince alıcının teslim edilecek malların bedelini peşin olarak ödemiş olmasına rağmen bir kısmı teslim edilmeyen mallardan kaynaklanan alacağın tahsili için açılacak dava da aynı şekilde alacaklının yerleşim yeri mahkemesinde, yani örneğe göre davacı alıcının yerleşim yeri mahkemesinde açılmalıdır³³. Ancak davacı mal bedelinin iadesini istemeyip, teslim edilmeyen malların teslim edilmesini isteseydi bu durumda malların teslim edileceği yer esas alınarak yetkili mahkeme belirlenecekti.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. maddesine göre yetkili mahkeme, yukarıda verilen kira sözleşmesi ve satım sözleşmesi örneklerinde olduğu gibi davalının yerine getirmediği veya gereği gibi yerine getirmediği edimin (ki bu edimler örneklere göre sırasıyla hizmet borcu ve teslim borcu-

²⁹ Umar, s. 41-43.

³⁰ Kalpsüz, s. 9-11; Yılmaz, s. 969.

³¹ Üstündağ, s. 224.

³² Yılmaz, Şerh, s. 127.

³³ 19. HD. 10.02.2005 2005/7136 E. 2005/1013 K. (Yılmaz, Şerh, s. 128).

dur) ifa yerinden ziyade davacının talep ettiği edimin (eksik hizmet bedeli, mal bedelinin iadesi) ifa yeri esas alınarak belirlenmelidir. Önemle belirtmek gerekir ki Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. maddesi sadece belli bir edimin yerine getirilmesi için açılan davalara özgü değildir. Burada önemli olan uyuşmazlığın sözleşmeden doğmasıdır. Bu sebeple belli bir edimin yerine getirilmesine yönelik eda davası açılması durumu dışında, sözleşmenin varlığının tespitine yönelik davalarda, sözleşmenin belli bir ifadesinin nasıl yorumlanması gerektiği konusunda açılan davalarda veya sözleşmenin iptali istemiyle açılan davalarda da 10. madde uygulama alanı bulur. Belli bir edimin yerine getirilmesine ilişkin olmayan bu tür davalarda 10. maddeye göre özel yetkili mahkemeyi belirlerken ağırlıklı önem taşıyan ifa yükümlülüğü esas alınmalıdır³⁴.

D. Somut Olaya İlişkin Değerlendirmeler

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. maddesine göre karara konu olayda hangi mahkemenin özel yetkili mahkeme olduğu konusundan önce olayla ilgili olarak maddi hukuka ilişkin açıklamalar yararlı olacaktır.

Karara konu olayda taraflardan biri trafonun imal, teslim ve montajını üstlenirken diğer taraf ise bir ücret ödemeyi borçlanmıştır. Yargıtay bu sözleşmeyi trafo satışına ilişkin bir sözleşme olarak nitelendirmiş olsa da kanımızca bu sözleşme eser sözleşmesidir. Çünkü eser sözleşmesinde yüklenici bir eseri meydana getirmeyi ve teslim etmeyi, iş sahibi ise bu eser karşılığında ücret ödemeyi borçlanmaktadır³⁵. Eser sözleşmesini satım sözleşmesinden ayıran en önemli yön satımda hazır bir ürün alınmaktayken eser sözleşmesinde ürün sözleşmeden sonra üretilir ve istenilen nitelikte yapımı sağlanır³⁶. Yüklenicinin meydana getireceği eserin niteliği taraflar arasında kararlaştırılabilir. Herhangi bir nitelik kararlaştırılması olmasa da eserin iş sahibinin sözleşme kapsamında elde etmeyi beklediği yarara uygun olması gerekmektedir. Yüklenicinin teslim edeceği eser iş sahibinin ifa menfaatini karşılayacak niteliklere sahip değilse yüklenicinin sorumluluğu doğmaktadır. Ayıba karşı tekeffül borcu, yüklenicinin eseri teslim borcunun bir tamam-

³⁴ Umar, s. 43.

³⁵ Öktem, s. 1947; Selimoğlu, s. 1, 14-16.

³⁶ Selimoğlu, s. 17-19.

layıcısı olarak meydana getirdiği eserde ortaya çıkan ayıp ve eksiklikleri üstlenme borcudur. Başka bir ifadeyle yüklenicinin ayıba karşı tekeffül borcu asli edim yükümünün bir tamamlayıcısıdır³⁷.

818 sayılı Borçlar Kanunu³⁸, nun 360. maddesine göre muayene ve ihbar külfetini yerine getiren iş sahibi, eserin düzeltilmesini isteme hakkı, sözleşmeden dönme hakkı veya ücretin indirilmesini isteme hakkına sahiptir. İş sahibinin ücret indirimini seçtiğini bildirmesi üzerine, ayıp oranında ücret borcu azalmış olur. Eser ücreti tamamen ödenmişse, indirilmiş ücret tutarı faiziyle birlikte geri istenebilir. Söz konusu iade talebi, sebepsiz zenginleşmeye değil yine sözleşmeye dayanan bir iade borcuna dayanır³⁹.

Karara konu olayda iş sahibi davacının ücretin indirilmesini isteme hakkını kullandığı görülmektedir. Davacı iş sahibi daha önce kararlaştırılan bedeli ödemiş olup indirim oranında önceden ödediği paranın tahsilini istemektedir.

Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. maddesine göre yetkili mahkemeyi belirleyebilmek için uyuşmazlık konusu edimin ifa yerini esas almak gerekecektir. Karara konu olayda davacının ücret ödeme edimi uyuşmazlık konusu değildir. Bu yüzden davalıya ait edimlere bakmak gerekir. Ancak söz konusu sözleşmeye göre davalının birden fazla borcu mevcuttur. Bunlar; sözleşmenin yapıldığı ilk aşamada imal ve teslim borcu ile montaj borcudur. Karardan montaja ilişkin bir sorun olmayıp, trafonun ayıplı bir şekilde teslim edildiği anlaşılmaktadır. Bu durumda Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin montaj yerini esas alarak yetkili mahkemeyi belirlemesi yanlış olmuştur. Ancak teslim yeri de yetkili mahkemeyi belirlerken esas alınması gereken bir edim değildir. Çünkü burada dava konusu edim teslim değil, teslim borcunun gerektiği şekilde yerine getirilmemesi nedeniyle ücretten indirim

³⁷ **Öktem**, s. 1947.

³⁸ Kararın tarihine bakıldığında henüz 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun yürürlükte olmadığı görülür. Bu yüzden somut olay bakımından değerlendirmelerimizi 818 sayılı Borçlar Kanunu'nu esas alarak yaptık. Ancak belirtmek gerekir ki iş sahibinin ayıp nedeniyle seçimlik haklarına ilişkin olarak 818 sayılı Kanun ile 6098 sayılı Kanun arasında sistematik yapısı ve metinde yapılan sadeleştirme dışında herhangi bir hüküm değişikliği söz konusu değildir.

³⁹ **Tandoğan**, s. 56.

hakkının davacı tarafından kullanılması sonucu ayıp oranında azalan ücretin iadesidir. Davacı iade borcunu yerine getirmeyen davalıdan bir miktar paranın tahsilini sağlamak amacıyla dava açmaktadır. Borçlar Kanunu'nun 73. maddesi (TBK m. 89) gereğince taraflar arasında borcun ifa yeri açık veya örtülü olarak kararlaştırılmamışsa para borçlarının ifa yeri alacaklının ödeme zamanındaki yerleşim yeridir. Bu hüküm gereğince karara konu olayda Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. maddesi uyarınca özel yetkili mahkeme alacaklının yerleşim yeri mahkemesi olmalıdır.

SONUÇ

1. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. maddesinde yer alan “*sözleşmenin ifa edileceği yer*” ifadesi tereddütlere yol açabilecek bir ifadedir. Çünkü ifa edilen şey sözleşme değil, sözleşmeden doğan borçtur. Bu durumda sözleşmenin ifasından ziyade borçların ifasından söz edilebilir.

2. Sözleşmeden doğan bir borç ilişkisinde tarafların karşılıklı olarak birbirlerine karşı borçları olabileceği gibi her bir tarafın birden fazla borcu da olabilir. Bu durumda her bir borca bağlı olarak ifa yeri de çeşitlilik arz edecektir. Bu çeşitlilik göze önünde bulundurulduğunda ifa yeri mahkemesini belirlerken hangi borcun esas alınacağı konusunda uygulamada zaman zaman tereddütler yaşandığı görülmektedir.

a. Sözleşmenin ifa yeri ifadesi sözleşmeden doğan herhangi bir borcun ifa yeri olarak anlaşılmalı her bir uyuşmazlık ve talep edilen borca göre 10. maddeye göre yetkili olacak mahkemenin değişebileceği unutulmamalıdır.

b. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerde ifa yeri mahkemesinin yetkisini belirlerken her bir tarafın borcuna bakılmalı uyuşmazlık konusu olan borcun ifa yeri esas alınmalıdır.

c. Uyuşmazlık konusu olan borç her zaman davalı ile davacı arasında yapılan sözleşmede öngörülen edim yükümlerinden biri olmayabilir. Edim yükümünün borçlu tarafından yerine getirilmeme veya gereği gibi yerine getirilmemesine bağlı olarak tali edim yükümleri de müstakil bir borç olarak değerlendirilmeli, davacının davalıdan talep ettiği dava konusu borcun ifa yeri esas alınarak sonuca varılmalıdır.

ç. Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 10. maddesi sadece belli bir edimin yerine getirilmesi için açılan davalara özgü olmayıp sözleşmenin varlığının tespiti, sözleşmenin iptali, bir hükmünün yorumlanmasına ilişkin olarak sözleşmeden doğan her türlü uyuşmazlıklar için uygulama alanı bulur. Bu durumda uyuşmazlığa ilişkin ağırlıklı önem taşıyan ifa yeri 10. maddeye göre yetkili mahkemenin belirlenmesinde esas alınacaktır.

Kaynakça

- Aybay, A.;** “Borcun İfa Yeri ve Yetkili Mahkeme” İÜHFM 1961, XXVI/1-4 s. 218-225.
- Deliduman, S.;** “Son Değişiklikler Çerçevesinde Hukuk Muhakemeleri Kanunu İle Borçlar Kanunu İlişkisi”, Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 2012/1, s. 1-25.
- Eren, F.;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 16. Bası, İstanbul 2014.
- Görgün, L. Ş.;** Medenî Usûl Hukuku, 3. Bası, Ankara 2014.
- Hatemi, H./Gökyayla, E.;** Borçlar Hukuku Genel Bölüm, İstanbul 2011.
- Kalpsüz, T.;** Ticari Satışta İfa Mahalli, Ankara 1960.
- Kılıçoğlu, A.;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 15. Bası, Ankara 2012.
- Kırmızı, M.;** Hukuk Mahkemelerinde Görev ve Yetki, Ankara 2011.
- Kuru, B.;** Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. 1, İstanbul 1990.
- Oğuzman, K./Turgut, Ö.;** Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. 1, İstanbul 2013.
- Öktem, S.;** “Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayrıptan Doğan Hakları” İBD, C. 80, S. 5, Y. 2006, s. 1947-1965.
- Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.;** Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.
- Postacıoğlu, İ.;** Medeni Usul Hukuku, İstanbul 1975.
- Selimoğlu, Y. E.;** İstisnâ (Eser) Sözleşmesi, Ankara 2010.
- Tandoğan, H.;** Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. 2, Ankara 1987.
- Umar, B.;** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2014.
- Uygur, Y.;** İnşaat Hukuku, Ankara 1993.
- Üstündağ, S.;** Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, İstanbul 2000.
- Yılmaz, E.;** “İfa Yeri Mahkemesinin Yetkisi (Yargıtay’ın Bir Kararı Münasebetiyle)” Prof. Dr. Faruk Erem Armağanı, Türkiye Barolar Birliği Yayını, Ankara 1999, s. 963-979.
- Yılmaz, E.;** Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2013, (Şerh).

Ƙısaltmalar

| | |
|---------------|--|
| BK | : 818 Sayılı Borçlar Kanunu |
| bkz. | : bakınız |
| C. | : Cilt |
| E. | : Esas Numarası |
| 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 İflas Kanunu |
| İÜHFMM | : İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası |
| K. | : Karar Numarası |
| m. | : madde |
| RG. | : Resmi Gazete |
| s. | : sayfa |
| S. | : Sayı |
| TBK | : 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu |
| TCDD | : Türkiye Cumhuriyeti Devlet Demiryolları |
| TKHK | : 6502 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun |
| TMK | : 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu |
| vd. | : ve devamı |
| Y. | : Yıl |
| YKD | : Yargıtay Kararları Dergisi |

^HANAYASA MAHKEMESİ'NE BİREYSEL BAŞVURUDA UYULMASI GEREKEN SÜRELER

*Arş. Gör. Ramazan KORKMAZ**

GİRİŞ

Hakları ihlal edilen ya da ihlal tehlikesi ile karşılaşan kişiler, bu haklarını koruyamadıkları zaman devletin yetkili organlarına başvurmakta-
dadırlar. Başvurulan organ ise, çoğunlukla yargı organıdır. Yargı organları
olan mahkemeler Anayasa'nın 9. maddesi uyarınca, Türk milleti adına
bağımsız olarak, hakkın haklıya iadesi veya hak ihlali ortaya çıkmadan
engellenmesi görevini yerine getirmektedirler. Hak ihlali yapanlar ise özel
hukuk (gerçek veya tüzel) kişileri olabileceği gibi kamu da olabilir. İhlalci
kişiler karşısında hak arama özgürlüğünü kullanan mağdur taraf ise, hakkına
her zaman kavuşamayabilir. Bunun nedenleri, mahkemenin tutumu, karşı
tarafın davayı sabote eden tutumları veya kendisinin gereği gibi davasına
özen göstermemesi olabilir. Eğer kişi, maddi hukuk açısından gerçekten
haklı olmasına rağmen, maddi hukukla uyumlu bir adli gerçek ortaya çıkmamışsa,
mahkemenin verdiği kararı değiştirmek ya da düzeltebilmek için üst
derece yargılama yerlerine başvuracaktır. Kanun koyucu, yargı yerlerinden
elde edilen kararların kişileri hukuki yönden tatmin edici niteliğinin ağır
basması ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (ve Eki olan protokol-
lerinin) gereği gibi uygulanabilmesi için, ülke içinde tüketilmesi gerekli en
üst yargılama faaliyeti olarak Bireysel Başvuru'yu öngörmüştür. Bu yolla
kişilerin adalet anlayışının sağlanabilmesine hizmet edilmeye ve ayrıca,
Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önündeki mahkûmiyetler en aza indiril-
meye çalışılmıştır.

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim
Dalı, e-posta: ramazankorkmaz123@gmail.com

Hukuk düzeninin sağladığı çoğu hakta olduğu gibi Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru hakkında da birtakım süreler söz konusu olmaktadır. Bu sürelerin temel getiriliş amacı, en başta Anayasa Mahkemesi'nin iş yükünü azaltmak olmakla birlikte, özünde hukuk güvenliğinin sağlanmasıdır. Hukuk güvenliği ise, kişilerin uyması gerekli kuralların (konumuz açısından Bireysel Başvuru'ya ilişkin süre kurallarının) daha evvelden bilinmesi ile sağlanabilecektir. Bir hakkın kullanılabilmesine yönelik getirilen süreler de çeşitlilik arz etmektedir. Hukuk düzeninin koyduğu süreler içinde hak kullanılmazsa, ya hak ortadan kalkmakta ya da o hakkın talep edilebilirliği son bulmaktadır. İlk halde hak düşürücü süreden, ikinci halde ise zamanaşımı süresinden bahsedilir. Benzer bir durum da bireysel başvuru hakkı için getirilmiştir. 6216 sayılı Kanun'da bireysel başvuru için iki tür süre öngörülmüştür. Bunlardan ilki, bireysel başvuruların Anayasa Mahkemesi tarafından hangi tarihten itibaren incelenmeye başlayacağı ile ilgilidir. Yani kanun koyucu, hangi tarihten itibaren bireysel başvuruların Anayasa Mahkemesi'nce incelenebileceğini belirtmiştir. Diğeri ise, ne zamandan itibaren bireysel başvuru yapılabileceğine ilişkindir. Bu düzenleme daha çok, bireysel başvuru hakkının kullanılmaya müsait olacağı sürenin belirlenmesine yöneliktir. Yani, kişilerin hangi aşamadan sonra bu hakkı kullanabileceği ikinci süre tipi ile belirlenmektedir. Bunların yanında, Kanun'un koyduğu süreler bazı durumlarda kesintilere de uğrayabilmektedir. Bu çalışmada her iki süre tipi de incelenecek olup, ayrıca süre şartının aranmadığı (ya da süre şartının aranmasının gerekli olmadığı) hallere de değinilecektir. Bu haller bireysel başvuru hakkının kullanılmasına yönelik istisnai nitelikte olup her somut olayda araştırılması ve ona göre bir karar verilmesi gerekecektir. Bu istisnaların kural haline dönüştürülmesi, bireysel başvurunun ikincil bir hak arama yolu olmasına zarar verebilecek niteliktedir.

I. Türk Hukuk Sistemine Bireysel Başvuru Hakkının Kazandırılması

Temel insan haklarının daha iyi bir hukuk sistemi ile korunması gerekliliği, özellikle İkinci Dünya Savaşı'ndan sonra ileri sürülen ve pek çok dünya ülkesi tarafından kabul edilen bir fikirdir. Savaş sırasında insanlığın maruz kaldığı kötü muameleler ve söz konusu durumun devamlılık arz edebileceği korkusu, bu fikrin çok fazla taraftar toplamasına neden olmuştur.

Bu yönde ülkeler tarafından atılan önemli adımlar olmakla birlikte, Avrupa ülkeleri açısından 4 Kasım 1950'de Roma'da İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin (bilinen adıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin) imzalanması, daha sonraları diğer dünya ülkelerine de örnek olabilecek temel belirlemeleri yapmıştır. İnsan haklarına saygı yükümlülüğünü temel mihenk taşı edinen bu sözleşme¹, günümüz için en iyi insan hakları koruyucusu kurallar bütünü olarak (sözleşmeye daha sonradan dâhil edilen ek protokoller ile birlikte) kabul edilebilir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, sadece temel hakların tanınması için hükümler koymamış, bu hakların gereği gibi kullanılabilmesi ve korunabilmesi için bir mahkemenin oluşumunu sağlamıştır. Sözleşme'de tanınan hakkı ihlal edilen herkes, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne müracaat ederek hakkının yeniden tesisini sağlayabilecektir. Sözleşmeye taraf olan her ülke, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde mahkûm olmamak için, Sözleşme'nin ruhuna uygun bir hukuk sistemini kurmak ve işletmek zorunluluğunu kendinde görmektedir. İşte bu sayede, Türk Hukuk sistemimize de, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Avrupa Konseyi'nin direktifleriyle ülke içinde kullanılması gerekli olan ve insan haklarının iade veya yeniden tesisini sağlayan bir hak arama yolunun (yani Bireysel Başvuru'nun) kazandırılması gereklilik göstermiştir. Zira, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde açılan davalarda ülkemizin durumunun pek de iyi olduğu söylenemez. Son yıllarda ihlal sayılarında azalma olmakla beraber, ülkemiz aleyhine verilen 2010 yılındaki kararlar, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin o yıl verdiği toplam kararların %20'sine denk gelmektedir ki bu oran oldukça yüksektir. 2010 yılı içerisinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin icra organı olan Bakanlar Komitesi'nde uygulanmayı bekleyen 9922 karar arasından 1547 adedi Türkiye aleyhinedir. 2011 yılında bu sayı 1780'e çıkmıştır. 2012 yılı içinde 2870 karar sonuçlandırılmıştır ki bu sayı ülkemiz aleyhine yapılan tüm başvuruların sadece %6'sıdır. 2012 yılında görüşülmeyi bekleyen dosya sayımız ise 15940'tır. 2012 sonu itibarıyla verilen 2870 karardan sadece 60

¹ Bu fikrin oluşmasındaki temel neden, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ilk maddesinin başlığının '*İnsan Haklarına Saygı Yükümlülüğü*' olması ve maddede '*Yüksek Sözleşmeciler Tarafından Kendi Yetki Alanları İçinde Bulunan Herkesin, bu Sözleşme'nin Birinci Bölümünde Açıklanan Hak ve Özgürlüklerden Yararlanmalarını Sağlamaları*' şeklinde, tüm insanları kapsayıcı bir düzenlemenin getirilmesidir.

ihlal içermeyen başvurulara aittir, 2521 kararda en az bir hak ihlali bulunmuştur. Yapılan hak ihlallerine bakıldığında ilk üç sırayı adil yargılanma hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı ve mülkiyet hakkı oluşturmaktadır².

İhlal kararları ile verilen tazminat miktarları da ülke ekonomisi açısından önemli sayılabilecek cinstendir. Sadece 2010 yılı için ülkemizin ödediği tazminat miktarı yaklaşık 24,5 milyon €'dur. Bu sayı 2011 yılında ise 30,8 milyon €'ya dayanmıştır. Son 10 yılda sadece Türkiye'deki vatandaşların insan haklarının ihlal edilmesi nedeniyle AIHM'nin hükmettiği tazminat miktarı çeyrek milyar €'yu bulmuştur. Türkiye 2004-2011 yılları arasında mahkûm olduğu davalar sonucu toplam 207 milyon 942 bin 904 € ödemiştir³.

İnsan hakkı ihlallerine yönelik olarak ülkemiz açısından ortaya çıkan bu durum karşısında, hak ihlallerinin büyük bir bölümünü ülke içi hak arama yollarıyla sonlandırma amacıyla olan kanun koyucu ise, direktiflere de uyarak, ülke içinde tüketilmesi zorunlu bir hak arama yolu olan Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru'yu hukuk sistemimize kazandırmak istemiştir⁴. Ancak bunun yapılabilmesi için Anayasa değişikliğine gidilmesi gerekiyordu ve söz konusu değişiklik 5982 sayılı Kanun'la yapılmıştır. Bu Anayasa değişikliği, referandumda kabul edilmiş ve Anayasa'nın 148. maddesine yapılan eklemelerle Bireysel Başvuru hakkı tanınmıştır. 5982 sayılı kanunun TBMM'deki görüşmeleri esnasında milletvekilleri ve Adalet

² <http://www.inhak.adalet.gov.tr/istatistikler/2012.html>, E.T.: 08.03.2013; Benzer istatistikler için bkz.: **Altan**, Alparslan; Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar) Paneli, TBB Yayını, Ankara 2011, s. 143; **Göztepe**, Ece; Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar) Paneli, TBB Yayını, Ankara 2011, s. 33; **Korkmaz**, Ramazan; Medenî Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, İstanbul 2014, s. 49-50.

³ <http://www.hukukihaber.net/gundem/aihm-tazminatları-astronomik-duzeye-ulasti-h31254.html>, E.T.: 08.03.2013.

⁴ Benzer yönde görüş için bkz.: **Kuzu**, Burhan; Türkiye için Anayasa Şikayeti Modeli Tartışma Paneli, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 21, s. 261-262; **Türk**, Hikmet Sami; Türkiye için Anayasa Şikayeti Modeli Tartışma Paneli, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 21, s. 294, "Anayasa Mahkemesince Anayasa Şikayetlerinin incelenmesiyle AIHM'e gidecek davalarda bir azalma olacağını umut ediyoruz. Ama bu, AIHM'e başvuru için gerekli olan iç hukuk yollarının biraz uzamasına neden olacaktır."

Bakanı'nın da belirttiği üzere bu yolun esas getiriliş gayesi, vatandaşların AİHM'e çok fazla sayıda başvuru yapıyor olması ve bunun neticesinde ülkemizin tazminat ödemek zorunda bırakılıyor oluşudur⁵.

Anayasa değişikliği ile gerekli hukuki zemin oluşturulduktan sonra, Bireysel Başvuru yargılamasına da uygun bir Anayasa Mahkemesi oluşturulmaya çalışılmış ve bu yönde gerekli kanuni düzenleme 6216 sayılı Anayasa Mahkemesi'nin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkındaki Kanun ile yapılmıştır. 6216 sayılı Kanun'un 45-51 maddeleri arasında düzenlenen Bireysel Başvuru, bu iki hukuki düzenlemeyle hukuk sistemimize kazandırılmış ve Anayasa Mahkemesi, İçtüzüğünü de değiştirerek etkin bir Bireysel Başvuru yargılaması yapmayı amaçlamıştır.

Doktrinde, üzerinde uzlaşmış '*bireysel başvuru*' tanımı yoktur. Bunun belki de en temel sebebi bireysel başvuru uygulamasının, diğer ülkelerde⁶

⁵ 23. Dönem, 5. Yasama yılı, 80-84. Birleşimler, <http://www.tbmm.gov.tr/tutanak/donem23/tutanak5.htm>, E.T.: 10.11.2012.

⁶ **Gören**, Zafer; Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru (Anayasa Şikayeti), Anayasa Yargısı Dergisi, C. 11, s. 98; **Maria Emilia Casas Baamonde**, Amparo Başvurusu, Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 2009, S. 26, s. 101-120; **Genaro David Gongora Pimentel**, Amparo Ne İçindir?, Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 2009, S. 26, s. 163-282; **Paczolay**, Peter; Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar- Venedikte Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 21, s. 194-203, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg21/venedik.pdf, (E.T:12.10.2012); **Paczolay**, Peter; Anayasa Şikayeti: Bir Karma Çözüm Mü?, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 26, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/PeterPaczolay.pdf, s. 313-320, (E.T:12.10.2012); **Patrono**, Mario; The Protection of Fundamental Rights by Constitutional Courts- A Comparative Perspective; **JONG-DAE**, Kim, Anayasa Şikayeti Sistemi Kore Deneyimi, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 26, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/KimJongDae.pdf, s. 145-153, (E.T:12.10.2012); **Hassemer**, Winfried; Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar- Almanya'da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 21, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg21/almanya.pdf, s. 164-178, (E.T:12.10.2012); **Holzinger**, Gerhart; Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikayeti ve Bireysel Başvuru, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 26, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/GerhartHolzinger.pdf, s. 61-79, (E.T:12.10.2012); **Haller**, Herbert; Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar- Avusturya'da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 21, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg21/avusturya.pdf, s. 50-69, (E.T:12.10.2012); **Mavčić**, Arne Marjan; Tüketilmesi Gereken veya AİHS Anlamında Geçerli Bir İç Hukuk Yolu

uzunca bir geçmişi olması karşısında, ülkemiz açısından çok yeni olmasıdır. Bireysel başvuru için şöyle tanımlamalar yapılmıştır:

*Anayasa şikayeti temel hak ihlallerini gidermeye, ortadan kaldırmaya yönelik bir hukuki çaredir*⁷.

*Bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlal edilen bireylerin açabilecekleri bir dava türü, ancak ikincil ve yardımcı nitelikteki olağanüstü bir hukuki çaredir*⁸.

*Bireysel başvuru ya da anayasa şikâyeti, kamu gücü tarafından temel hak ve özgürlükleri ihlal edilen kişilerin, diğer hak arama yollarının tüketilmesinin ardından iç hukukta başvurabilecekleri ikincil ve istisnai nitelikte hak arama yoludur*⁹.

*Bireylerin belli hak ve özgürlüklerinin, kamu makamları tarafından ihlali iddialarını, anayasa mahkemesine götürebilmelerine yarayan ve olağanüstü ve ikincil nitelikte, ülke içinde en son hak arama imkânıdır*¹⁰.

Bireysel başvuru kurumu, önceden verilmiş mahkeme kararını düzeltmeyi amaçlayan ve fakat bu karardan doğan, konusu ve tarafları ilk mahkemedeki yargılamadan ya da idari işlemde tamamen farklı,

Olarak Bireysel Şikayet, http://www.concourts.net/Mavcic_Tr_BireyselBasvurunun_TemelOzellikleri.pdf, s. 1-29, (E.T:12.10.2012); **Mellinghof**, Rudolf; Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikayeti, Anayasa Dergisi, C. 26, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/RudolfMellinghof.pdf, s. 31-44, (E.T:12.10.2012); **Esen Arnwine**, Selin; İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu, AÜHFD, Y. 2003, C. 52, S. 4, s. 249-271; **Zorkin**, Vallery, Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Bireysel Başvuru, Anayasa Dergisi, C. 26, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/ValeryZorkin.pdf, s. 283-312, (E.T:12.10.2012); **Aydın**, Öykü Didem; Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 15, S. 4, s. 123; **Korkmaz**, 11-46.

⁷ **Göztepe**, Ece; Anayasa Şikayeti, Ankara 1998, s. 20.

⁸ **Aydın**, s. 125.

⁹ **Sağlam**, Musa; Bireysel Başvuru 'Anayasa Şikayeti', HUKAB Sempozyum Serisi 1, Ankara 2011, s. 1. Benzer yöndeki bir başka tanım için bkz.: **Ekinci**, Hüseyin/**Sağlam**, Musa; 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, s. 9, kaynak: http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/66_Soru.pdf, E.T.: 24.10.2012.

¹⁰ **Ergül**, Ergin; Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması, Ankara 2012, s. 5-6.

başvuruyu karara bağlayacak Anayasa Mahkemesinin ilk ve son derece mahkemesi olarak görev yaptığı, sui generis hukuki yol veya davadır. Diğer bir ifadeyle bireysel başvuruyu, kamu gücüne karşı temel hak ve özgürlükleri korumayı amaçlayan, diğer olağan kanun yollarının tüketilmesinden sonra son hukuki çare olarak başvurulabilen, konusu ve tarafları ilk mahkemedeki yargılamadan tamamen farklı, anayasal yargı koluna tabi, kendine özgü, ikincil nitelikte bir dava türü şeklinde tanımlayabiliriz¹¹.

Türk hukukunda, bireysel başvuru vasıtasıyla, konusu insan hakları (temel hak ve özgürlükler) olan yeni bir maddi hukuk ve usul hukuku oluşmaktadır¹².

Anayasa şikayeti yardımcı bir kanun yolu olmayıp, temel hakların ve temel hak benzeri hakların usuli korunması için kendine özgü bir hukuki çaredir. Yasama ve yargı organının temel hakları ihlaline karşı tanınmış olan özel bir düzenlemedir¹³.

Bireysel başvuru yolu, temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlal edilenlerin başvurabilecekleri ikincil ve yardımcı nitelikli bir dava türüdür¹⁴.

Anayasa şikayeti dendiği zaman, kamu gücünün bir hakkı ihlal ettiği iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuru anlaşılmalıdır¹⁵.

Bireysel başvuru, temel hak ve özgürlükleri kamu gücü tarafından ihlal edilen bireylerin başvurdukları olağanüstü bir kanun yolu olarak tanımlanabilir¹⁶.

¹¹ **Özbey**, Özcan; Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara 2012, s. 73.

¹² **Doğru**, Osman; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul 2012, s. 1.

¹³ **Pekcanitez**, Hakan; Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti, Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 1995, C. 12, s. 261.

¹⁴ **Uzun**, Cem Duran; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu (Anayasa Şikayeti) Beklentiler ve Riskler, SETA Analiz Dergisi, Y. Şubat 2012, S. 50, s. 5.

¹⁵ **Sabuncu**, M. Yavuz/**Esen Arnwine**, Selin; Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Tartışma Paneli, Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 2004, S. 21, s. 229; Aynı yönde: **Esen**, Selin; Türkiye'de Anayasa Şikayeti, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti/ Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar) Paneli, TBB Yayını, Ankara 2011, s. 44.

Anayasa şikâyeti, anayasada ve anayasal belgede öngörülen belirli hak ve özgürlüklerden birinin veya birden fazlasının, yasama, yürütme ve yargı erklerinden bir veya birden fazlası tarafından icrai veya ihmali bir edimle ihlal edilmesine karşı, hakkı ihlal edilen veya kamu düzenini gerektiren hallerde özel olarak yetkilendirilmiş kişi veya kişiler tarafından, söz konusu ihlalin geçici tedbir, iptal veya tespit kararları yoluyla önlenmesi amacıyla, olağan hukuk yolları tüketildikten sonra, ihlale konu olan eylem veya eylemsizliğin anayasaya veya anayasal belgeye uygunluğunu incelemeye yetkili Mahkeme önünde dava edilmesi imkânı taniyan usuli bir haktır¹⁷.

Tanımlarda da görüldüğü üzere, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru ile ilgili çeşitli unsurlar bu tanımlamalara dâhil edilmiş olup 'bireysel başvuru' yerine 'Anayasa Şikayeti' kavramının da kullanıldığı belirlenebilmektedir.

'Bireysel başvuru' yerine 'Anayasa Şikayeti' kavramını kullanmak, biraz da bu kurumun yabancı uygulamasındaki isminin Türkçe'ye çevrilmesi ile ilgilidir. Zira, Alman hukukundaki "Verfassungsbeschwerde" ve İngilizce'deki "Constitutional Complaint" terimlerinin dilimizdeki karşılığı Anayasa Şikayeti'dir. Ancak bu kavram doktrinde yanlış bulunarak eleştirilmiştir¹⁸. Türk Dil Kurumu sözlüğünde 'şikayet' kelimesi 'hoşnutsuzluk

¹⁶ Atasoy, Hakan; Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 3, S. 9, s. 72. Aynı yöndeki bir başka tanım için bkz.: Kılınc, Bahadır; Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 2008, S. 25, s. 25.

¹⁷ Şirin, Tolga; Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, İstanbul 2013, s. 11.

¹⁸ "... Mevzuatımıza bireysel başvuru kavramının alınması ve yasama işlemlerine karşı başvuru olanağının bulunmaması nedeniyle 'bireysel başvuru' terimini kullanmak amaca uygun olacaktır. ... 'başvuru' yerine 'şikayet' teriminin kullanılmasının da uygun olmayacağı kanaatindeyiz. ... Bir muhakeme şartı olan şikayet, suçtan zarar görenin soruşturma ya da kovuşturma yapılmasını istemesidir. Belli suçlardan zarar görenlerin, ceza kovuşturmasının muhtemel sakıncalarına karşı korunmaları amacıyla, bu suçlardan dolayı ceza kovuşturması ve muhakeme yapılabilmesi için, kanunla konulmuş bir engelin kaldırılması şart koşulmuş ve bu engeli kaldırma işlemine şikayet adı verilmiştir. Şikayetin konusu, suç olduğu sanılan belli bir olaydır. ... Şikayetin bir ceza hukuku

belirten söz veya yazı, sızlanma, sızıltı, yakınma, yakıntı' anlamlarına gelmektedir¹⁹. Bireysel başvurunun niteliklerine ve işlevine baktığımızda, şikayet kelimesinin anlamlarından olan '*sızlanma, yakınma ve hoşnutsuzluğu*' bünyesinde barındırdığını görüyoruz. Çünkü bireysel başvuru da, hakkında verilen karardan memnun olmayan kişinin hoşnutsuzluğundan, yakınmasından ortaya çıkan bir hak arama yoludur. Yaptığımız bu değerlendirmeye göre, bizce "anayasa şikayeti" ya da "bireysel başvuru" terimlerinin birbiri yerine kullanılmasında, '*şikayet kelimesinin teknik (CMK., İİK., RKHK. vb.) anlamda kullanılmaması kaydıyla*' bir mahsur yoktur²⁰. Ancak, çalışmada kavram birliğinin oluşması açısından, 6216 sayılı Kanun'da bahsedildiği haliyle "bireysel başvuru" terimini kullanmayı daha doğru buluyoruz.

II. Bireysel Başvuruların Kabul Edilmeye Başlandıği Tarih

Bireysel başvuru, hukuk sistemimize yeni kazandırılmış bir hak arama yoludur. Tamamen yerleşmiş bir uygulama halini alması belli bir sürenin geçmesini gerekli kılacaktır. Hukuk güvenliğini sağlamak ve geçmişte kesin sonuca bağlanmış dosyaların tekrar incelenmesini engellemek amacıyla bireysel başvuruların kabul edilmeye başlandıği bir süre öngörülmüştür²¹. Buna göre, 6216 sayılı Kanun'un 76. maddesinde, bireysel başvuruya ilişkin

kurumu olup 'cezalandırılabilme şartı' olduğunu söyleyenlerin yanında, şikayetin 'muhakeme hukuku kurumu' olduğunu, dolayısıyla sadece soruşturmaya girişebilmek için bulunması lazım gelen bir şart olduğunu söyleyenler de vardır. ... Şikayet dilekçesinde veya tutanağa geçirilen beyanda genelde 'şikayetçiyim', 'cezalandırılmasını istiyorum', 'davacıyım' gibi ifadeler kullanılmaktadır. Hâlbuki 'bireysel başvuruda' bu şekildeki bir talebe ihtiyaç yoktur. Çünkü başvurucunun karşısında gerçek veya tüzel bir kişinin varlığı da şart değildir. Önemli olan Anayasa ve kanunda belirtilen ölçütlere aykırı bir eylem veya işlemin yapılmış olmasıdır." Bu eleştiri için bkz.: **Özbey**, s. 69-71.

¹⁹ http://www.tdk.gov.tr/index.php?option=com_gts&arama=gts&guid=TDK.GTS.50f125df6bac11.84113147, E.T.: 25.12.2012.

²⁰ Benzer yöndeki bir görüş için bkz.: **Kılınc**, Bahadır; s. 21-22; Bu hak arama yolunun olağanüstü bir yol olup olmadığı hakkındaki görüşler için bkz.: **Ural**, Sami Sezai; Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru, Ankara 2013, s. 126-127; **Ermenek**, İbrahim; Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medeni Yargılama Hukukuna Yansımaları, MİHDER Y. 2013, C. 9, S. 26, s. 9-23; **Korkmaz**, s. 9-10.

²¹ **AYM. BB. No.: 2012/51**, K.T.: 25/12/2012.

45-51. maddelerinin 24/09/2012 tarihinde yürürlüğe gireceği, yine geçici 1/VIII. maddesinde Anayasa Mahkemesi'nin 23/09/2012 tarihinden sonra kesinleşen nihai işlem ve kararlar aleyhine yapılacak bireysel başvuruları inceleyeceği belirtilmiştir.

Belirlenen sürenin (23/09/2012 tarihinin) getiriliş amacı, Anayasa Mahkemesi kararlarına da yansıdığı üzere hukuk güvenliğinin sağlanmasıdır. Hukukun genel ilkelerinden birisi hukuk güvenliği, hukuk normlarının öngörülebilir olmasını, bireylerin tüm eylem ve işlemlerinde devlete güven duymalarını, devletin de hukuki düzenlemelerde bu güven duygusunu zedeleyici yöntemlerden kaçınmasını gerekli kılar. Kanunlar, ilke olarak yürürlük tarihlerinden sonraki olay, işlem ve eylemlere uygulanmak üzere çıkarılır. Bu nedenle, bireysel başvurular bakımından Anayasa Mahkemesinin zaman bakımından yetkisi için kesin bir tarihin belirlenmesi ve Mahkemenin yetkisinin geriye yürür şekilde uygulanmaması hukuk güvenliği ilkesinin bir gereğidir²².

Bir diğer sebep ise, geriye yürtür şekilde düzenleme yapılmadan, Anayasa Mahkemesi'nin zaten çok fazla olan ve mevcut çalışan kadrosuyla çözümlenmesi imkânsız olan iş yükünü arttırmamaktır. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruya ilişkin vermiş olduğu kararlara da baktığımızda bu düzenlemenin işe yaradığı görülmektedir. Çünkü Anayasa Mahkemesi, esas incelemesine girmeden verdiği kararların çoğunda başvuruların '*zaman bakımından yetkisizlik nedeniyle incelenemeyeceğini*' belirtmiştir²³.

Ayrıca, böyle bir süre belirlemesi yapılarak Anayasa Mahkemesi'nin yapısı, bireysel başvuruların incelenmesine uygun hale getirilmeye çalışılmıştır. Buna yönelik olarak, Anayasa değişikliğinden sonra Anayasa Mahke-

²² AYM. BB. No.: 2012/51, K.T.: 25/12/2012.

²³ Örnek kararlar için bkz.: AYM. BB. No.: 2012/51, K.T.: 25/12/2012; AYM. BB. No.: 2012/73, K.T.: 5/3/2013; AYM. BB. No.: 2012/162, K.T.: 12/2/2013; AYM. BB. No.: 2012/260, K.T.: 26/3/2013; AYM. BB. No.: 2012/329, K.T.: 12/2/2013; AYM. BB. No.: 2012/388, K.T.: 25/12/2012; AYM. BB. No.: 2012/475, K.T.: 5/3/2013; AYM. BB. No.: 2012/491, K.T.: 5/3/2013; AYM. BB. No.: 2012/595, K.T.: 26/3/2013; AYM. BB. No.: 2012/644, K.T.: 5/3/2013; AYM. BB. No.: 2012/754, K.T.: 5/3/2013; AYM. BB. No.: 2012/829, K.T.: 5/3/2013; AYM. BB. No.: 2012/832, K.T.: 12/2/2013; AYM. BB. No.: 2012/883, K.T.: 5/3/2013; AYM. BB. No.: 2012/889, K.T.: 26/3/2013; AYM. BB. No.: 2012/947, K.T.: 12/2/2013; AYM. BB. No.: 2013/781, K.T.: 26/3/2013.

mesi'ne raportörler alınmış, yeni alınan ve daha önceki raportörler bireysel başvurunun özünü anlayabilmek için anayasa şikayeti uygulaması olan ülkelere eğitime gönderilmiştir.

III. Otuz Günlük Süre (Başvuru Süresi)

6216 sayılı Kanun'un 47/V. maddesine göre, hak ihlaline uğradığı iddiasında olan bir kişinin bireysel başvuruda bulunabilmek için otuz günlük Bireysel Başvuru süresi vardır. Eğer bu süre içerisinde başvuru, başvurusunu yapmazsa artık bireysel başvuru hakkını kaybedecek ve ülke içerisinde tüketilmesi gereken en son iç hukuk yolunu tüketmediği için de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvuru yapamayacaktır. Yani, düzenlemedeki otuz günlük süre hem iç hukukta hakkın elde edilebilmesi hem de uluslararası başvuru yollarının kullanılabilmesi açısından, önem arz etmektedir.

Anayasa Mahkemesi'ne yapılacak başvurularda aranan otuz günlük süre koşulu (başvuru süresi) doktrinde, bu sürenin kısa olduğu hususunda tartışmalara neden olmuştur. Kimi yazarlara göre belirlenen bu süre, bireysel başvuruya yüklenen öneme binaen çok kısa kalmaktadır. Çünkü, iç hukuktaki en son hak arama yolu olan bireysel başvuru mecburî kılınmakla birlikte, sürenin bu kadar kısa belirlenmesi, hak sahibi olan başvuru açısından bazı olumsuzluklara neden olabilecektir. Bu kadar kısa bir sürenin belirlenmesi Kanun'un, Anayasanın uygulanması ve yorumlanması veya temel hakların kapsamının ve sınırlarının belirlenmesi açısından önemsiz ve başvuru hakkının nitelikli bir zarara uğramadığı başvuruları önleme, başvuru hakkının kötüye kullanımlarını engelleme eğilimine uygun düşmemektedir. Sürenin daha uzun tutulması, örneğin iptal davasına paralel olarak altmış gün olarak belirlenmesi nitelikli bir dilekçe hazırlanmasını ve daha soğukkanlı düşünmeyi gerektirebilir²⁴.

Doktrinde belirtilen görüşlere kısmen katılmak mümkündür. Mesela, otuz günlük sürenin iptal davasına benzer şekilde altmış güne çıkarılması

²⁴ **Aydın**, s. 155; **Şahbaz**, İbrahim; Türkiye'de Anayasa Şikayeti, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar) Paneli, TBB Yayını, Ankara 2011, s. 99; **Korkmaz**, s. 110.

gündeme getirilebilir. Bu sayede yapılacak başvuruda nitelik artabileceği gibi pek fazla hak ihlaline uğramadığını düşünen kişinin başvuru yapmaktan vazgeçerek Anayasa Mahkemesi'ne iş yükü çıkarmayacağı da belirtilebilir. Fakat, kanunda belirtilen sürenin otuz gün olması, ilk aşamada, gereksiz başvuruları süre yönünden engellemek ve bu sayede Anayasa Mahkemesi'ne ek iş yükü çıkarmamak amacıyla kısa tutulmuştur. Ayrıca kanun koyucu, önemli bir hak ihlaline uğradığı iddiasında olan kişinin, bireysel başvuru gibi ülke içinde en son hak arama yoluna başvuracaksa adeta acele etmesi gerektiğini belirtircesine hemen başvurusunu yapmasını belirtmiştir. Bireysel başvuru uygulamasına baktığımızda, otuz günlük sürenin çok da kısa olmadığını (ilerleyen süreçte yerleşmiş bir bireysel başvuru incelemesi sistemimiz ve içtihatları oluşursa bu süre artırılabilir²⁵) görmekteyiz.

Bireysel başvurunun diğer ülkelerdeki uygulamalarına göz attığımızda, bu sürenin çeşitlilik arz ettiğini görmekteyiz. **Almanya**'da, Türk hukukundaki uygulamaya benzer şekilde bir yargı kararı aleyhine bireysel başvuru yoluna gitmek isteyen taraf, bu kararın kendisine tefhim ya da tebliğinden itibaren *bir ay* içinde Mahkeme'ye gitmelidir. Eğer bir mahkemenin ya da idarenin ihmaline karşı bireysel başvuruda bulunuluyorsa, ihmal devam ettiği sürece başvuruda bulunulabilir ve ihmal sona erdiği anda bir aylık süre işlemeye başlar. Bireysel başvuru, bir yasa ya da aleyhine bir kanun yolunun açık olmadığı bir işleme karşı yapılmak isteniyorsa süre bir ay değil bir yıldır. **İspanya**'da yasama organlarının yasa gücünde olmayan işlem ve kararları için, kesinleşme tarihlerinden itibaren *üç ay*; parlamentoların ya da organlarının işlem ve kararlarına karşı, yargı kararının kesinleşmesinden itibaren *yirmi gün*; yürütme ve kamu yönetimi organlarının işlem ve kararlarına karşı, bunlar aleyhine verilen mahkeme kararının tebliğinden itibaren *yirmi gün*; vicdani reddin kaynaklanan başvurular için *yirmi gün*; yargı kararlarının amparoya (bireysel başvuruya) konu olması için, tebliğlerinden itibaren *yirmi gün*; seçim yargısına ilişkin kararlar için süre, adaylar için *iki*

²⁵ Bu sayede daha da gelişmiş bir insan hakları anlayışı ortaya konabilecek, daha fazla hak ihlali iddiası Anayasa Mahkemesi'nin önüne geleceğinden daha zengin bir içtihat bankası oluşabilecektir. Ayrıca, kısa süreler nedeniyle başvurusunu yapamayan ya da ivedilikle başvurusunu yapan kişiler hak kaybına uğrama tehlikesi altında kalmayacaktır.

gün, seçmenler için *üç gündür*²⁶. Buradaki yirmi günlük süreler 2007'deki düzenlemeler ile otuz güne çıkarılmıştır²⁷.

A. Başvuru Süresinin Başlangıcı

Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir (6216 S.K. m. 47/V). Madde metninde bahsedilen başvuru yolları, hak ihlali iddiasına karşı iç hukukta öngörülen hak arama yollarıdır. Buna itiraz, istinaf, temyiz ve karar düzeltme de dâhildir. Kanun'daki düzenleme bu şekilde olmasına rağmen AY. m. 148/III'te bireysel başvuruda bulunabilmek için "... *olağan kanun yollarının tüketilmiş olması şarttır*" denilerek başvuru süresinin başlama anını, '*hak arama yollarının tüketilmesi*' olarak değil de sanki '*olağan kanun yollarının tüketilmesi*' olarak görüldüğü anlamı çıkmaktadır. Aslında anayasada belirtilen, teknik anlamdaki kanun yolu olmayıp *kanun tarafından öngörülen olağan hak arama yoludur*.

Bireysel başvuru, diğer hak arama yollarına göre ikincil nitelikte bir haktır. Bir hak ihlalinin ortadan kaldırılması ya da engellenmesi için ülke içinde kullanılacak daha öncelikli nitelikte herhangi bir müessese düzenlenmişse önce bunun kullanılması gerekir²⁸. Mesela işkence ve kötü muamele yasağına aykırı olarak, kendisine karşı işkence yapıldığı ve bu nedenle hak kaybına uğradığı iddiasında olan bir kimse öncelikle devletin bu konuyla ilgilenmesi için kurulan birimlerine (kolluk ve mahkemelere) müracaat edecektir. Çünkü, bir olaydaki hak ihlalinin gidermeye yetkili ilk makam bunlardır. İlk derece mahkemeleri, karşılaştıkları olayda kişinin hak kaybını tespit etmişse bunun hemen sonlandırılması veya tazmin edilmesine yönelik hükümler kuracaktır. Yine de kişi, hak ihlalinin tam anlamıyla ortadan kaldırılmadığı iddiasındaysa (yani, mahkemelerden etkin bir korunma sağlaya-

²⁶ Esen Arnwine, s. 261; Göztepe, s. 35.

²⁷ Esen Arnwine, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Paneli- Konuşma, Kaynak: <http://www.izmirbarosutv.org.tr/detay.asp?id=191&b=Anayasa%20Mahkemesi`ne%20Bireysel%20Ba%FEvuru>, E.T.: 20.01.2013.

²⁸ İkinci, Hüseyin; Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvurularda Bir Kabul Edilebilirlik Koşulu Olarak "Başvuru Yollarının Tüketilmesi" Sorunu, TAAD, Y. 3 (2012), S. 11, s. 3.

madıysa) diğer kanun yollarını (istinaf, temyiz, karar düzeltme²⁹) tükettikten sonra Anayasa Mahkemesi'ne, bireysel başvuru yargılaması yapılması amacıyla başvurabilecektir.

İlk derece mahkemelerinin temel görevi, olayı ele alıp hak ihlalini tespit ederek ihlali ortadan kaldırmaktır³⁰. Fakat, bu mahkemelerdeki görevlilerin de hata yapabilmelerine karşın kanun koyucu, bir üst mahkeme tarafından kararların denetlenmesi (bu denetim, hukuki bir denetim olup yerindelik denetimi değildir) ve hata varsa ortadan kaldırılmasını sağlamak için kanun yolunu öngörmüştür³¹. Kanun yolları da, uygulanacakları olaya göre farklılık gösterebilir. Bazı durumlarda kanun koyucu, olayın daha önemsiz olması sebebiyle yerel mahkemelerin verdiği kararlara karşı herhangi bir kanun yolu öngörmemiştir. Örneğin, 2014 yılı için 1890 TL'nin altındaki bir uyuşmazlık için verilen mahkeme kararının artık temyiz sınırının altında kalması ve üst hak arama yollarına başvurulamamasında olduğu gibi. Yine, bazı kararlar aleyhine ise, hüküm altına aldıkları hakkın daha önemsiz görülmesi sebebiyle sadece istinaf yolu öngörülmüş olup temyiz yolu kapalı tutulmuştur. Bu durumlarda, karar aleyhine gidilebilen bir kanun yolu varsa ve bu yola başvurulmamışsa karar, başvurulabilecek sürenin sonunda kesinleşir ve bu kararlar aleyhine bireysel başvuruda bulunulamaz. Mesela, kölelik ve zorla çalıştırma yasağına aykırılıktan doğan bir davada mağdur, yerel mahkeme kararına karşı temyiz yolu öngörülmüş olup da temyize başvurmamışsa, temyize başvurma süresinin sonunda verilen karar kesinleşecektir ve bu kişi, hak ihlali iddiası için öngörülen kanun yollarının tamamını kullanmadığı için bireysel başvuruda bulunamayacağından otuz günlük sürenin aranmasına gerek kalmayacaktır. Çünkü, o karar aleyhine ülke içinde tüketilmesi gerekli

²⁹ **Ekinci**, TAAD, s. 11, “Başvurucunun şikayetine çözüm getirme yetkisine sahip olmayan cumhurbaşkanlığı, ombudsman, insan hakları kurulları veya meclis soruşturma komisyonları gibi idari ve siyasi kuruluşlara yapılan başvurular ... Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru açısından 30 günlük hak düşürücü süreyi durdurmayacaktır.”

³⁰ **Ekinci**, TAAD, s. 2-3; **Korkmaz**, s. 113.

³¹ **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/ **Yılmaz**, Ejder; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 23. Baskı, Ankara 2012, s. 585; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 14. Bası, Ankara 2013, s. 737; **Karlı**, Abdurrahim; Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, İstanbul 2011, s. 657 vd.; **Görgün**, L. Şanal/**Kodakoğlu**, Mehmet; Medeni Usul Hukuku, 2. Bası, Ankara 2012, s. 308 vd.

ve kullanılabilir bir hak arama yolu (üst merci incelemesi) varken kişi, kendi hatası ya da inisiyatifi ile o yola başvurmamıştır.

Yerel mahkemenin kararına karşı kanun yolu öngörölmüş ve kişi süresi içinde kanun yoluna başvurmuşsa, otuz günlük süre henüz işlemeye başlamayacaktır. Çünkü kişinin, aleyhine kanun yoluna başvurmuş olduğu karar henüz kesinleşmemiştir ve bu nedenle de, bireysel başvuruya gitme imkânı (kural olarak) doğmadığı için otuz günlük başvuru süresi de söz konusu olmayacaktır. Kanun yolu incelemesinden olumlu bir yanıt gelir ve yerel mahkemenin kararı bozulursa, bozma kararına uyulmasıyla birlikte karar kesinleşeceğinden, otuz günlük süre bu kesinleşme anından itibaren işlemeye başlayacaktır. Buna rağmen yerel mahkeme ilk kararında direnirse (yani üst mahkemenin kararına uyulmazsa) kanun yolundaki inceleme henüz bitmemiş olduğundan (Genel Kurul incelemesi yapılacağından) otuz günlük süre Genel kurul kararından sonra, kararın tarafa tebliği ile başlayacaktır. Ancak kanun yolu incelemesinden olumsuz bir cevap gelirse ve kanun yolu incelemesi talebi reddedilirse otuz günlük süre kanun yolunun sonlandığının tarafa tefhim ya da tebliği ile başlayacaktır. Burada dikkat edilmesi gereken husus, otuz günlük sürenin başlaması için kesinleşmiş kararın kesinleşme gününün değil tebliğ tarihinin esas alınması olmalıdır³². Anayasa Mahke-

³² Bu yönde bir karar için bkz.: **AYM. BB. No.: 2013/1557**, K.T.: 16/4/2013, §. 12,21, 26-27, “*Karar düzeltme isteminin sonucu, 7/1/2013 tarihinde başvuruculara tebliğ edilmiştir. Bireysel başvurunun ön şartlarından birisi de başvuru süresidir. Süre, başvurunun her aşamasında dikkate alınması gereken bir usul hükmüdür. Başvurucular vekili, 7/1/2013 tarihinde, karar düzeltme isteminin reddine dair kararın esas ve karar numaralarını içeren tebliğ mazbatasını tebellüğ etmiştir. Başvurucular vekiline karar düzeltme isteminin reddine dair kararın aslı veya sureti tebliğ edilmemişse de 7/1/2013 tarihinde, karar düzeltme isteminin reddine dair kararı ve dolayısıyla ihlale neden olduğu iddia edilen Mahkeme hükmüne ilişkin başvuru yollarının tüketildiğini öğrenmiştir. Otuz günlük başvuru süresi de başvurucuların veya vekillerinin karara erişme olanağına sahip oldukları tarihten itibaren başlamaktadır. Öte yandan 1086 sayılı Kanun’un yukarıda anılan hükmüne göre, karar düzeltme isteminin sonucunun taraflara bildirilmesi yeterli olup, ayrıca karar düzeltme isteminin reddine dair kararın tebliği de gerekmemektedir. Başvurucular vekiline karar düzeltme isteminin reddi, 7/1/2013 tarihinde bildirildiği hâlde, başvurucular otuz günlük süre geçtikten sonra 26/2/2013 tarihinde başvuruda bulunmuşlardır. Açıklanan nedenlerle, başvuru yollarının tüketildiği tarihten itibaren otuz gün geçtikten sonra yapılan başvurunun, diğer kabul edilebilirlik*

mesi, bireysel başvuru hakkının kullanabileceği sürenin en erken, kesin kararın tarafa tefhim veya tebliğ ile başlayacağını belirtmektedir. Ancak, kararın kişiye tefhim veya tebliği ile başlayacak bu süreye tek başına riayet edilmesi yeterli değildir. Zira, bir hak ihlali iddiası ile mahkeme kararına karşı bireysel başvuruda bulunulabilmesi için mahkemenin kararının, tüm iç hukuk yolları tüketildikten sonraki kesinleşme tarihinin de 23/9/2012'den daha sonrasında olması gerekir. Nitekim Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuruya ilişkin olarak verdiği bir kararda da konu bu şekilde anlaşılmaktadır. Başvuru konusu olayda³³, Başvurucu, eşinin ameliyatını yapan hekimin kusurlu olduğu iddiası ile 21/3/2001 tarihinde Denizli Cumhuriyet Başsavcılığına suç duyurusunda bulunmuş, yapılan soruşturma sonucunda ilgili hekim hakkında açılan kamu davasında Denizli 4. Asliye Ceza Mahkemesinin 29/1/2009 tarih ve E. 2008/810, K. 2009/35 sayılı kararı ile kamu davasının zamanaşımı nedeniyle ortadan kaldırılmasına karar verilmiştir. Başvurucu, Denizli 1. Asliye Hukuk Mahkemesinde 17/6/2005 tarihinde maddi ve manevi tazminat istemiyle hukuk davası açmıştır. Anılan Mahkemenin 1/10/2010 tarih ve E. 2005/394, K. 2010/178 sayılı kararı ile başvurusunun maddi ve manevi tazminat istemi reddedilmiştir. Başvurucunun temyizi üzerine söz konusu Mahkemenin kararı, Yargıtay 4. Hukuk Dairesinin 2/2/2012 tarih ve E. 2010/13450, K. 2012/1325 sayılı kararı ile onanmıştır. Başvurucunun karar düzeltme talebi ise aynı Dairenin 14/6/2012 tarih ve E. 2012/5613, K. 2012/10506 sayılı kararı ile reddedilmiş, karar aynı tarihte kesinleşmiştir. Başvuru konusu kararın bireysel başvuruların incelenmeye başlandığı tarih olarak belirlenen 23/9/2012 gününden önce kesinleşmiş olduğu anlaşıldığından başvurunun, diğer kabul edilebilirlik şartları yönünden incelenmeksizin "zaman bakımından yetkisizlik" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekmiştir. Çünkü, başvuruya konu karar, 14/6/2012'de kesinleştiğinden Anayasa Mahkemesi'nin yargılamaya başlayabileceği 23/9/2012'den önceki bir tarihte kesinleşmiş olduğu için başvuru, zaman şartının yerine getirilmemesi nedeniyle reddedilmiştir. Yani bireysel başvurunun (diğer şartları taşınması halinde) dinlenebilmesi için hem 23/9/2012'den sonra kesinleşmiş bir karara hem de kararın kesinleşmesinin

şartları yönünden incelenmeksizin "süre aşımı" nedeniyle kabul edilemez olduğuna karar verilmesi gerekir."

³³ **AYM. BB. No.: 2012/51**, K.T.: 25/12/2012.

haberlar edilme tarihinden itibaren otuz günlük süre içinde başvuruda bulunulması gerekir. Bu iki zaman şartını bünyesinde barındırmayan başvurular zaman bakımından yetkisizlik gerekçesiyle reddedilecektir.

B. Karar Düzeltmenin Süreye Etkisi

Uygulama açısından tartışmalara neden olabilecek bir sorun, karar düzeltme kanun yolunun bireysel başvuruda bulunmadan evvel tüketilmesinin gerekip gerekmediğidir. Bu tartışmalara yol açan temel etken, karar düzeltmenin olağan kanun yolu olup olmadığıdır.

Karar düzeltme, Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonunda vermiş olduğu kararlarına karşı kanun koyucu tarafından tanınmış, olağan bir kanun yoludur. Yani bir hüküm hakkında Yargıtay'ın temyiz incelemesi sonunda vermiş olduğu karara karşı karar düzeltme yolu açık ise (HUMK. m. 440), o hüküm ancak karar düzeltme yoluna başvurulmaması veya karar düzeltme başvurusunun reddi ile kesinleşebilir. Kanun yolu deyince kural olarak, bir kararın üst mahkeme tarafından incelenmesi anlaşılır. Oysa karar düzeltme yolunda, karar düzeltme talebi, bu kararı vermiş olan Yargıtay'da incelenip karara bağlanır. Bu nedenle karar düzeltme yolu, Yargıtay'ın temyiz incelemesi sırasında yapmış olduğu hataların düzeltildiği kendine özgü bir kanun yoludur³⁴. Karar düzeltme, ancak temyiz yoluna gidildikten sonra başvurulabilecek bir kanun yolu olduğundan, temyiz yolunun devamı niteliğindedir³⁵. Karar düzeltme olağan kanun yolu olmasına rağmen her Yargıtay kararına karşı da karar düzeltme talebinde bulunulamaz³⁶.

³⁴ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 649; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 827; **Karşlı**, s. 697; **Görgün/Kodakoğlu**, s. 328; **Berki**, Ömer; Karar Düzeltme Müessesesi, Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, s. 150; **Bilge**, Necip; Karar Düzeltmenin İslam Hukukundaki Dayanağı, Prof. Dr. K. Fikret Arık'a Armağan, Ankara 1973, s. 65; **Üstündağ**, s. 898 vd.; **Sungurtekin**, Meral; Karar Düzeltmenin Kanun Yolu Niteliği ve Karar Düzeltme Dilekçesinde Sebep Gösterme Zorunluluğu Bulunup Bulunmadığı Meselesi, Yargıtay Dergisi, Y. 16, C. 16, Sıra S. 64, S. 4, Ekim 1990, s. 483; **Gürdoğan**, Burhan; Tashihi Karar Müessesesi, Ahmet Esat Arsebük Armağanı, Ankara 1958, s. 285; **Yılmaz**, Ejder; Karar Düzeltmede Para Cezası, Adalet Dergisi, Y. 64, S. 1, Ocak 1973, s. 526-527.

³⁵ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 650.

³⁶ Karar düzeltme yoluna gidilemeyecek kararlar şunlardır: Sulh hukuk mahkemesi kararlarının temyiz edilmesi üzerine verilen kararlara karşı kural olarak karar düzeltmeye

Karar düzeltme yolu kapalı olan kararlar için bireysel başvuruda bulunacak olan başvurucunun, Yargıtay tarafından verilen kararın kesinleşmesi ve kesinleşmenin öğrenilmesiyle (kural olarak tebliğ ile) bireysel başvuruda bulunma hakkına sahip olacağını söyleyebiliriz. Bu kişi açısından karar düzeltme yoluna başvurma zorunluluğu Anayasa Mahkemesi tarafından aranmaz.

Karar düzeltme yolu açık olan kararlar aleyhine, karar düzeltme yoluna başvurulmadan bireysel başvuru yapılırsa, tüketilmesi gereken iç hukuk yolları aşaması kat edilmiş olmayacağından başvuru reddedilecektir. Karar düzeltmeye ilişkin olarak öngörülen on beş günlük başvuru süresi (*Yargıtay kararının tebliğinden itibaren*) içinde karar düzeltme talebinde bulunulmazsa, karar düzeltme talebinden vazgeçildiği varsayılacağından, tüm iç

gidilemez. Miktar veya değeri HUMK. m. 440/III'teki parasal değerden daha az olan Yargıtay kararlarına karşı karar düzeltme yoluna gidilemez. Görevsizlik, yetkisizlik, hâkimin reddi, dava ya da karşılık davanın açılmamış sayılması, davaların birleştirilmesi kararlarına ilişkin Yargıtay kararları ile Yargıtay'ın merci tayinine ilişkin kararları aleyhine karar düzeltme yoluna gidilemez. Tavzih kararının temyiz edilmesi üzerine verilen Yargıtay kararları aleyhine karar düzeltme yoluna gidilemez. Hakemlerin verdiği hükümlerin ve HUMK.'nin tahkim hükümlerine göre mahkemece verilecek kararların onanmasına veya bozulmasına yönelik Yargıtay kararlarına karşı karar düzeltme yoluna gidilemez. İş mahkemelerinin verdikleri kararlar üzerine Yargıtay tarafından verilen kararlar için karar düzeltme yoluna gidilemez. Aynı Yargıtay kararı için birden fazla defa karar düzeltme yoluna gidilemez. Sulh hukuk mahkemesi kararlarına karşı karar düzeltmeye gidilemeyeceği kuralının istisnası (yani sulh hukuk mahkemesinin karar düzeltme kanun yolu uygulanabilecek kararları): 1- Sulh hukuk mahkemesinin mirasçılık belgesi verilmesi hakkındaki isteklerle bu belgenin değiştirilmesi veya iptali kararlarının temyizi üzerine verilen Yargıtay kararlarına karşı, HUMK. m. 440/III'teki parasal sınır (2014 yılı için 11.530 TL) aranmaksızın karar düzeltme yoluna gidilebilir. 2- Kat Mülkiyeti Kanunundan doğan davalarda sulh hukuk mahkemesinden verilen kararların temyiz edilmesi sonunda verilen Yargıtay kararları için karar düzeltmeye başvurulabilir. Ancak, HUMK. m. 440/III'teki sınır aranır. 3- Kira sözleşmesine dayanan davalara ilişkin olmak üzere sulh hukuk mahkemesinden verilip de Yargıtay'da temyiz neticesinde ortaya çıkan kararlar aleyhine karar düzeltme yolu açıktır. Bu nedenle, sulh hukuk mahkemesinden verilip de karar düzeltme yolu açık olan bu kararlar aleyhine karar düzeltme talebinde bulunulmadan iç hukuk yollarının tamamı tüketilmiş sayılmayacağından, 6216 sayılı kanunun 45/II. maddesine muhalefetten, başvuru süre yönünden reddedilecektir. **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 650.

hukuk yolları tüketilmemiş kabul edilecek ve kişi, bireysel başvuru yapamayacaktır. Çünkü başvuru açısından aranacak olan en temel başvuru şartlarından birisi, (kural olarak) iç hukuk yollarının tüketilmesi gerekliliğidir.

Bireysel başvuruda bulunacak kişi, eğer karar düzeltme yoluna başvurursa, otuz günlük bireysel başvuruda bulunma süresi, karar düzeltme yolundan alınan sonucun kişiye bildirilmesine kadar ötelenektir. Ayrıca, karar düzeltme incelemesi devam ettiği sürece hak ihlaline yol açtığı iddia edilen karar, kesinleşmiş sayılmayacaktır³⁷.

Anayasa Mahkemesi'nin, hak ihlali iddiasıyla mahkeme kararına karşı bireysel başvuruda bulunulabilmesi için karar düzeltme yolunun tüketilip tüketilmemesi gerekliliği (ve dolaylı olarak da, karar düzeltmenin olağan mı olağan üstü mü kanun yolu olduğu) hususundaki kararlarında netlik bulunmamaktadır. Nitekim, bireysel başvuruya konu bir kararda³⁸ “başvurucunun, astsubay statüsünde görev yapmakta iken Milli Savunma Bakanlığı tarafından 4/11/1981 tarihinde tesis edilen işleme Türk Silahlı Kuvvetlerinden (TSK) ilişkisi kesilmiştir. 10/3/2011 tarih ve 6191 sayılı Sözleşmeli Erbaş ve Er Kanunu'nun 10. maddesinin (7) numaralı fıkrası ile 926 sayılı Kanun'a eklenen geçici 32. madde, 12/3/1971 tarihi sonrasındaki yargı denetimine kapalı idari işlemler veya Yüksek Askerî Şûra kararlarıyla TSK'dan ilişkisi kesilenlere bazı haklarının iadesinin sağlanması amacıyla idareye başvuru imkânı getirmiş ve bu hükümden yararlanabilmek için 6191 sayılı Kanun'un yürürlük tarihinden itibaren 60 gün içinde Milli Savunma Bakanlığına başvurulması gerektiği hükme bağlanmıştır. Başvurucu bahsedilen düzenlemeden faydalanmak amacıyla 10/5/2011 tarihli dilekçeyle Milli Savunma Bakanlığına başvurmuşsa da talebi reddedilmiştir. Başvurucunun Milli Savunma Bakanlığı tarafından tesis edilen işlemin iptali talebiyle 9/11/2011 tarihinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde açtığı dava, Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 3. Dairesinin 13/9/2012 tarihli kararı ile reddedilmiş, karar düzeltme yoluna gidilmediği için karar bu tarihte kesinleşmiştir. Karar, başvurucuya 7/11/2012 tarihinde tebliğ edilmiştir.” Kararda kullanılan

³⁷ Karar düzeltmeye ilişkin açıklanan tüm bu hususlar aslında bireysel başvurunun ikincil olma özelliğiyle doğrudan ilgilidir. İkincil hak arama yolu olan bireysel başvuru incelemesi, hak ihlalinin ilk önce derece mahkemeleriyle giderilmesini amaçlar. **Korkmaz**, s. 118.

³⁸ **AYM. BB. No.: 2012/947, K.T.: 12/2/2013.**

'karar düzeltme yoluna gidilmediği için karar bu tarihte kesinleşmiştir' ibaresinden 'eğer karar düzeltme yoluna gidilseydi AYİM'nin kararı kesinleşmeyecekti yani, karar düzeltme olağan kanun yolu olacaktı' sonucu çıkmaktadır. Fakat aynı kararda kullanılan '1602 sayılı Kanun'un 63. maddesi uyarınca, Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin daireleri veya Daireler Kurulu kararları verildikleri tarihte kesin olup kesin hükmün bütün sonuçlarını doğurur. Dolayısıyla kararın tebliğinin hükmün kesinleşmesi üzerinde bir etkisi bulunmayıp tebliğ tarafların kararlardan haberdar olmalarını sağlar.' ibaresi AYİM kararlarının verildiği anda kesin olduğunu belirterek karar düzeltmeyi olağan üstü kanun yolu olarak görmemize de imkân sağlamaktadır.

Bu kararla aynı konudaki bir başka kararda³⁹ da benzer açıklamalar yapılmıştır: "Başvurucunun bu idari işlemin iptali talebiyle 28/7/2011 tarihinde Askeri Yüksek İdare Mahkemesinde açtığı dava, Birinci Dairenin 22/5/2012 tarihli kararı ile reddedilmiştir. Karar düzeltme başvurusu ise aynı Dairenin 9/10/2012 tarihli kararı ile reddedilmiş, karar 7/11/2012 tarihinde başvurucu avukatına tebliğ edilmiştir... Başvurucunun avukatına nihai karar 7/11/2012 tarihinde tebliğ edilmiş olup, bu tarihten itibaren en son 7/12/2012 tarihine kadar başvuru yapılması gerekirken, 12/12/2012 tarihinde yapılan başvuruda süre aşımı bulunduğu sonucuna varılmaktadır." Olaydaki karar, otuz günlük bireysel başvuruda bulunma süresine uyulmadığı için reddedilmişse de yukarıdaki ibarelerle karar düzeltmenin olağan bir kanun yolu olduğu anlaşılmaktadır. Ancak, konuyu düzenleyen 4/7/1972 tarih ve 1602 sayılı Askeri Yüksek İdare Mahkemesi Kanunu'nun 'Askeri Yüksek İdare Mahkemesi kararlarının sonuçları' başlıklı 63. maddesinin birinci fıkrası şöyledir: "Daireler ve Daireler Kurulu kararları kesin olup, kesin hükmün bütün hukuki sonuçlarını hâsıl eder. Bu kararlar aleyhine, ancak bu kanunda yazılı kanun yollarına başvurulabilir." Yine aynı kanunun 66. maddesinde "Daireler ile Daireler Kurulundan verilen kararlar hakkında bir defaya mahsus olmak üzere, ilamın tebliği tarihinden itibaren onbeş gün içinde aşağıda yazılı sebepler⁴⁰ dolayısıyla kararın düzeltilmesi

³⁹ AYM. BB. No.: 2012/1075, K.T.: 12/2/2013.

⁴⁰ a) Kararın esasına etkisi olan iddia ve itirazların, kararda karşılanmamış olması; b) Bir ilamda birbirine aykırı hükümler bulunması; c) Kararın usul ve kanuna aykırı bulunması.

istenebilir.” Tüm bu kanuni düzenlemeye göre karar düzeltmeyi olağan üstü kanun yolu olarak görmemiz de ihtimal dâhilinde olmaktadır.

C. Olağanüstü Kanun Yolunun Bireysel Başvuru Süresine Etkisi

Bireysel başvuruda bulunabilmek için gerekli olan şartlardan birisi (kural olarak) tüm iç hukuk yollarının tüketilmesidir. Bu iç hukuk yollarından kasıt ise, olağan kanun yollarıdır. Fakat, bireysel başvuruya ilişkin düzenlemelere baktığımızda, olağan kanun yolları yanında olağanüstü kanun yollarına da başvurulursa, başvurunun akıbetinin ne olacağı açıkça düzenlenmiş değildir. Acaba, olağanüstü kanun yoluna başvuruldu diye otuz günlük süre, bu (olağanüstü) kanun yolunun sonuna mı sarkacak yoksa sadece olağan kanun yollarının tüketilmesi yeterli görülüp otuz günlük süre olağan kanun yolundan sonra mı başlayacaktır? Bu soruya cevap verebilmek için öncelikle olağanüstü kanun yolu kavramına değinmekte fayda vardır. Olağanüstü kanun yolu, kesinleşmiş kararlar aleyhine başvuru istisnai bir yoldur⁴¹. Hukuk yargılamamızda *yargılamanın yenilenmesi* (ve kanun yararına temyiz⁴²) olağanüstü kanun yoludur. Bireysel başvuru da (kural olarak) kesinleşmiş kararlar aleyhine başvuru bir hak arama yolu olduğu için uygulamada, bir karar aleyhine olağanüstü kanun yoluna gidilmesine gerek olmadan bireysel başvuru yapılabilmektedir⁴³. Ancak, buna rağmen başvurucu kişi olağan kanun yolundan aldığı karar neticesinde olağanüstü kanun yoluna da başvurursa ve olağanüstü kanun yolu incelemesi devam ederken bireysel başvuruda bulunmak isterse, *olması gereken hukuk açısından*, otuz günlük bireysel başvuruda bulunma süresinin bu olağanüstü kanun yolu denetiminin kararı ile başlaması daha yerinde olacaktır⁴⁴. Çünkü, bir uyuşmazlığı ilk önce incelemek ve hukuki çözüme kavuşturmak, ilk derece mahkemelerinin görev alanına girer. Olayı ilk elden görecek olan yer, ilk derece

⁴¹ **Umar**, Bilge; Türk Medenî Usûl Hukukunda İadei Muhakeme, İÜHF C. 29, S. 1-2, s. 262-263; **Umar**, Şerh, s. 1041 vd.; **Önder**, Ayhan; Muhakemenin İadesinde Reform (Muhakemenin Yenilenmesi), İÜHF C. 38, S. 1-4, s. 61 vd.; **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 691vd.; **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 921 vd.; **Karlı**, s. 701 vd.

⁴² **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 587.

⁴³ **Şahbaz**, s. 87-88.

⁴⁴ Aynı yönde görüş için bkz.: **Şahbaz**, s. 84; **Korkmaz**, s. 121.

mahkemeleridir. Ayrıca bu durum, Anayasa Mahkemesi'nin iş yükü şikâyetini kısmen de olsa hafifletebilecek bir çözüm önerisidir. Nitekim, olağanüstü kanun yolunda hakkını elde eden bir kimse, bireysel başvuruda bulunmak istemeyeceğinden, Anayasa Mahkemesi'ne ek iş yükü de doğmayacaktır⁴⁵. Bireysel başvuruya ilişkin kanuni düzenlemeye baktığımızda da 6216 sayılı kanunun 45/II. maddesinde “*İhlale neden olduğu ileri sürülen işlem, eylem ya da ihmal için kanunda öngörülmüş idari ve yargısal başvuru yollarının **tamamının** bireysel başvuru yapılmadan önce tüketilmiş olması gerekir*” denilerek kanun yolları açısından herhangi bir sınırlama getirilmediği görülmektedir. Ancak burada dikkat edilmesi gereken husus, bu kanun yolunun sonuna kadar otuz günlük sürenin ertelenebilmesi için olağanüstü kanun yolu incelemesi yapılmasının şartlarının oluşması gerekliliğidir. Eğer kişi olağanüstü kanun yoluna başvurmuş ama talebi reddedilmişse bunun, bireysel başvuruda bulunma süresinin başlamasına etkisi yoktur⁴⁶.

IV. Gecikmiş Başvuru

Bireysel başvuruda bulunacak olan başvurucu açısından önem arz eden bir diğer husus ise, gecikmiş başvuru müessesesidir. Bireysel başvurunun, başvuru yollarının tüketildiği ve buna ilişkin kararın kesinleştiği tarihten, başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde yapılması gerekir. Otuz gün içinde bireysel başvuru yapılmazsa, aynı konuya ilişkin tekrar başvuruda bulunulamaz. Çünkü belirlenen otuz günlük süre, hak düşürücü niteliktedir.

⁴⁵ Ancak, olağanüstü kanun yoluna başvurulması halinde otuz günlük başvuru süresinin bu kanun yolundan çıkacak karardan sonra başlaması gerektiği önerisi de bizzat hak ihlallerine neden olabilecektir. Özellikle makul sürede yargılanmadığı iddiasında olan bir kimse, olağanüstü kanun yoluna da başvurursa süre daha da artabilecek ve yine de istediği sonuca ulaşamama tehlikesi içinde kalabilecektir. Olağanüstü kanun yoluna başvuran kişinin bu yolla da hakkına kavuşturulamaması demek kişinin makul sürede yargılanmasına ek bir negatif değer katılacağı anlamına gelir.

⁴⁶ Bu sonuca esasen bir kıyaslama ile varmaktayız. AİHM'e başvuruda bulunmak için öngörülen altı aylık süre, olağanüstü kanun yolu incelemesi başlamışsa bu incelemede verilecek karara kadar ötelenir. Bkz.: **Gözübüyük**, A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna Başvuru Süresi, İnsan Hakları Yıllığı, C. 12, <http://yayin.todaie.gov.tr/goster.php?Dosya=MDQ5MDUwMDU3MDQ5>, E.T:14.11.2012.

Bireysel başvuru süresinin hak düşürücü nitelikte olması sebebiyle, hak kaybına uğrama tehlikesi ile karşılaşan kişilerin durumunu daha kötüleştirmemek adına kanun koyucu bu müesseseyi getirerek, haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvuramayanlara, mazeretin ortadan kalktığı tarihten itibaren on beş gün içinde ve mazeretlerini belgeleyen delillerle birlikte başvurabilme şansı vermiştir. Başvurucu mücbir sebep veya ağır hastalık gibi haklı bir mazereti nedeniyle süresi içinde başvurusunu yapamadığı hallerde, mazeretinin ortadan kalktığı tarihten itibaren on beş gün içinde, mazeretini belgeleyen delillerle birlikte başvurusunu yapabilecektir.

Kanun koyucu, bireysel başvuruda gecikmiş başvuruyu düzenlerken engelin ortadan kalktığı andan itibaren işlemeye başlayacak on beş günlük süreyi düzenlemiş olmasına rağmen, engelin ne kadar süre devam edeceği ve buna yönelik bir üst sınır belirlemiş değildir. Böyle bir sınırlamanın getirilmesi, gecikmiş başvuru müessesesinin özüyle de örtüşmeyecektir. Mesela, hakkında, temel hak ihlaline neden olacak mahkeme kararı verilip de kendisine tebliğ edilemeden bir engelle (mesela mücbir sebeple) karşılaşan kişi, engel ne zaman ortadan kalkarsa o zaman başvurusunu yapacaktır. Engelin devam edebileceği maksimum süre kanunda belirtilmediği için engelin devamlılığı açısından sınırlama yoktur. Önemli olan, engelin devamlılığının objektif olarak haklılık göstermesi, yani kişinin, engelin devam etmesinde kendi kusurunun bulunmamasıdır. Engelin devamında başvuru kusurunun belirlenmesi konusu komisyonun görevidir. Bu konuda, Komisyonlar raportörlüğünce mazeretin kabulünün gerekip gerekmediği yönünde karar taslağı hazırlanır. Komisyon, işin esasına girmeden, öncelikle başvuru mazeretinin geçerli görülüp görülmediğini inceleyerek mazereti kabul veya reddedecektir. Başvurucunun mazereti kabul edilirse, diğer bireysel başvuru şartlarının incelenmesi hususlarına geçilecek, eğer başvuru mazereti kabul edilmezse diğer hususlara geçmeden bireysel başvuru, süre şartı gerçekleşmediği için reddedilecektir.

Başvurucunun, gecikmiş başvuru yolundan faydalanabilmesi için, mazeretinin ne olduğunu ayrıca ve açıkça başvuru dilekçesine yazması gerekecektir. Bunun yanında, mazereti haklı gösteren delillerin de başvuru dilekçesine yazılması (*ve varsa eklenmesi*) gerekir. Mesela başvuru, dava sonucunda verilen kesin kararın, yoğun bakımda olmasından dolayı tebliğ alınamadığını, bu yüzden de bireysel başvuruda bulunamadığı iddiasındaysa

bu olguyu başvuru dilekçesine yazmalı, varsa başvuru yapamadığı süre içinde hastanede olduğunun belgesini dilekçesine eklemelidir. Eğer kişinin elinde bu belgeler mevcut değilse başvurucu, bu belgelerin nelerden temin edilebileceğini de başvuru dilekçesine yazmalıdır. Bu sayede Anayasa Mahkemesi, mazeretin haklılığına karar verebilmek için öncelikle bu belgeyi temin etmeye çalışacak, gerekli resmi yazışmaları resen yapacaktır. Bu konuda Mahkeme, kendisine verilen görevlerin yerine getirilmesi sırasında yasama, yürütme, yargı organları, kamu idareleri, kamu görevlileri, bankalar ile diğer gerçek ve tüzel kişilerle doğrudan yazışır, bilgi ve belge ister⁴⁷, gerekli gördüğü her türlü belge, kayıt ve işlemi inceler, bilgi almak üzere her derece ve sınıftan kamu görevlileri ile ilgilileri çağırabilir, idare ve diğer tüzel kişilerden temsilci isteyebilir (AYM. İçtüzüğü m. 70/I). Mahkemeye ulaşan bilgi ve belgeler, on beş günlük süre içinde görüşlerini sunabilmeleri için başvurucuya, Adalet Bakanlığına ve varsa diğer ilgililere tebliğ edilecektir. Mahkeme, başvurucu ya da kamu otoritesinin, istenen bilgi ya da belgeyi sunmaktan kaçındığı ya da bir delili gizlediği yahut her ne suretle olursa olsun davet edildiği hâlde yargılamaya etkili bir şekilde katılmadığı kanaatine varırsa, bu durumdan gerekli sonuçları çıkararak kararını verecektir (AYM. İçtüzüğü m. 70/II-III).

Bireysel başvuruda bulunmaya yönelik otuz günlük süre şartı, haklı bir neden dolayısıyla gecikmiş başvuruda bulunma imkânı varken eski hale getirmeye konu olamaz. Çünkü bu sürenin eski hale getirilmesi için, usulî başka imkânın olmaması gerekir⁴⁸.

V. Zaman Şartının Dikkate Alınmadığı Haller

Anayasa Mahkemesi'ne yapılan bireysel başvuruların, Mahkeme tarafından dinlenebilmesinin en önemli şartı zaman şartıdır. Bu şarta uyulmadan yapılan başvurular, başkaca bir incelemeye konu olmaksızın reddedil-

⁴⁷ Örnek karar için bkz.: **AYM. BB. No.: 2013/1243**, K.T.: 16/4/2013, § 14, “Başvurucu hakkında tesis edilen işlem dosyada bulunmadığından, 15/2/2013 tarihli ara kararı ile başvurucu hakkında tesis edilen işlem ve işleme dayanak teşkil eden bilgi ve belgeler Emniyet Genel Müdürlüğünden istenilmiştir.”

⁴⁸ **Tercan**, Erdal; Medeni Usul Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) Eski Hale Getirme, Ankara 2006, s. 86.

mektedir. Fakat, bazı hallerde zaman şartına uyulmasının başvuru eden beklenemeyeceği aşıkardır. Zaman şartının dikkate alınmadığı haller esas olarak, bir hak ihlali iddiasına karşı diğer hak arama veya kanun yollarına gidilmesine gerek olmayan hallerdir⁴⁹. Bazı özel durumlarda başvuru, aleyhine yapılan işlem, eylem veya verilen karar için diğer hak arama yollarına başvurmak zorunda bırakılmamalıdır. Bunun aksine davranışlar, hak ihlalinin olumsuz niteliğini arttırabileceği gibi hak ihlalinin ortadan kaldırılmasını da imkânsız kılacaktır.

Bireysel başvuru uygulamasında kural, hak ihlali iddiasının ülke içindeki tüm hak arama yolları ile ortadan kaldırılması olup buna yönelik olarak hakkı ihlal edilen kişiler, hak ihlalini yapan bir idareye önce idareye başvuru yaparlar. İdareden olumlu bir yanıt alamadığı için hak ihlali devam eden kişi, daha sonra ilk derece mahkemesi vasıtasıyla hakkına kavuşmaya çalışır. Mahkemeden çıkan karardan hoşnut olmayan kişinin gideceği son hak arama yolu kanun yoludur. Kanun yolundan da bir netice elde edilemezse karar kesinleşir. Kararın kesinleşmesi demek aslında hak ihlalinin mahkeme kararıyla tescillenmesi demektir. Bazı özel durumlarda ise, tüm bunlara gerek kalmaksızın kişiye kısa yoldan hakkına kavuşma fırsatı verilmelidir.

Mesela, mülkiyet hakkı yok sayılan bir kimse, mahkemede açmış olduğu davasında 10 yıldır sonuç elde edemiyorsa, hakkı sürüncemede bırakılıyordur. Kişi, ülke içindeki hak arama yolu olan dava açmak seçeneğine başvurmuşsa da uzun zamandır hak ihlali giderilememiş olabilir. Dava sonuçlanmadığı için bir üst mahkemeye de gidemeyen davacının artık hakkın kendisine iadesi konusunda umudu tükenmiştir. Uygulamada bu ve buna benzer pek çok örnekle karşılaşılmaktadır⁵⁰. Üstelik sadece hukuk davala-

⁴⁹ Benzer düzenlemeler AİHM'e bireysel başvuruda da vardır. Ayrıntı için bkz.: **Özbey**, TAAD, s. 27-32; **Madra**, Ömer; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara 1981, s. 179-187; **Ekinci**, TAAD, s. 6-16.

⁵⁰ Örnek karar için bkz.: **AYM. BB. No.: 2012/367**, K.T.: 17/9/2013, §. 5-10, "Başvurucunun dava konusu taşınmazı satın aldığı iddia ettiği Şevkiye Tikveşli tarafından 15/3/1965 havale tarihli dilekçe ile bir kısım davalılar aleyhine Bornova Asliye Hukuk Mahkemesinde müdahalenin önlenmesi ve ecrimisil davası açılmıştır. Dava konusu taşınmazlara ilişkin kadastro tespit çalışması yapılması üzerine, dosya görevsizlik kararı ile Bornova Tapulama Mahkemesine gönderilmiştir. Bornova Tapulama

rında değil ceza davalarında da bu durum gözlemlenmektedir. Buna benzer davalar sebebiyle ülkemiz aleyhine AİHM önünde pek çok başvuru yapılmakta ve mahkumiyet kararı verilmektedir.

Buna yönelik olarak, *kanunda herhangi bir düzenleme bulunmamasına rağmen*, bireysel başvuru uygulamasının getirilme mantığıyla, aşağıdaki hallerin varlığı halinde başvuruçunun, hak ihlalinin giderilmesine yönelik olarak diğer hak arama yollarını kullanmasına gerek söylenebilir⁵¹:

A. Hak Arama Yolunun Bizzat Kendisi, Bir Hak İhlalini Doğuruyorsa

Yukarıda vermiş olduğumuz örnekte, mülkiyet hakkının ihlal edildiği iddiasında olan kişinin davası, makul sürede sonuçlandırılmadığı için kişi hem mülkiyet hakkından mahrum kalmaktadır hem de mahkeme, kişinin anayasada belirtilen makul sürede yargılanma hakkını ihlal etmektedir⁵².

Mahkemesinin 1973/113 esas sayılı dosyası üzerinde yürütülen yargılama sırasında, 19/12/1984 tarih ve E.1973/113, K.1984/99 sayılı karar ile, tapulama tutanaklarının usulüne uygun olarak tanzim edilmediği belirtilerek, taşınmazların olağan usule göre tespitlerinin yapılması için İzmir Tapu ve Kadastro Müdürlüğüne gönderilmesine karar verilmiştir. Tespit tutanaklarının Bornova Tapulama Mahkemesine yeniden gönderilmesi üzerine, davanın Mahkemenin 1986/13 esasına kaydı yapılmıştır. Bornova Kadastro Mahkemesinin 1986/13 esası üzerinde yürütülen yargılama sırasında, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 13.10.2003 tarih ve 434 sayılı kararı ile Bornova adliyesinin İzmir adliyesi ile birleştirilmek üzere kapatılması nedeniyle 24/10/2003 tarihinde devir kararı verilerek, dosya İzmir Kadastro Mahkemesine gönderilmiştir. İzmir Kadastro Mahkemesinin 2003/14 esas numarasına kaydı yapılan dava hâlihazırda ilk derece mahkemesi önünde derdestir.”, AYM. BB. No.: 2012/650, K.T.: 5/12/2013, §. 7-10, “Başvurucu tarafından 18/6/2001 tarihinde Ankara 8. Asliye Ticaret Mahkemesinde menfi tespit davası açılmıştır. Mahkemenin E.2001/411 sayılı dosyası üzerinde yürütülen yargılamada ilk duruşma 2/10/2001 tarihinde yapılmıştır. Başvuru yapılmasını takiben, Ankara 8. Asliye Ticaret Mahkemesinin 12/12/2012 tarihli ve E.2001/411, K.2012/554 sayılı kararı ile, başvuruçunun davasının reddine karar verilmiştir. Ankara 8. Asliye Ticaret Mahkemesinin 29/12/2012 tarihli müzakeresinde, kararın tebligat işlemleri nedeniyle halihazırda kesinleşmemiş olduğu bildirilmiştir.”

⁵¹ Aynı yönde görüş için bkz.: **Turhan**, Mehmet; Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Tartışma Paneli, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 21, s. 252; **Korkmaz**, s. 124 vd.

⁵² **Vitkauskas**, Dovydas/**Dikov**, Grigory; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması-Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları (çev.:

Şimdi bu olayda, başvurucuya “yurt içinde tüketilmesi gereken tüm hukuk yollarını tüketmemişsin, o yüzden bireysel başvuru yapamazsın” denilerek iç hukuk yollarının tüketilmesinin beklenmesi ne kadar doğrudur? Böyle yapmak, mülkiyet hakkı gaspa uğratılan kişi açısından bir de makul sürede yargılanma hakkı ihlaline neden olacaktır ki bu da, ihlal edilen hakların çoğalmasına sebebiyet verir. Ülkemiz aleyhine AİHM önünde karara bağlanan dosyalarda en çok ihlal edilen hakkın makul sürede yargılanma olduğu düşünülürse, bireysel başvurunun getirilmesinin en temel amacının aslında bu sorunlara, ülkemizin menfaatlerini koruyacak bir cevap bulabilmektir. Bu konuyu biraz da AİHM’e bireysel başvuruya benzetmek mümkündür. Şöyle ki; AİHM, Türkiye’nin gerçekleştirmiş olduğu makul sürede yargılanma hakkı ihlallerinde, yurt içinde öngörülen hak arama yolları tamamlanmasa da yapılan başvuruları kabul etmektedir. Bunun en güzel örneği, ülkemiz açısından yeni bir düzenlemeye (AİHM’e yapılmış bazı başvuruların tazminat ödenmek suretiyle çözümü-AİHM İnsan Hakları Tazminat Komisyonu) kaynaklık eden Ümmühan Kaplan/Türkiye pilot kararıdır. Karara konu olayda, kadastro uyumsuzluğu nedeniyle 1970’te dava açılmıştır. AİHM’e yapılan başvuru sırasında da dava halen derdest durumdadır. AİHM incelemesini yapmış ve 20/3/2012’de kararını vermiştir. Bu da gösteriyor ki, AİHM, henüz iç hukuk yolları tamamlanmadan yapılan bazı başvuruları kabul edebilmektedir. Bunun en temel nedeni ise, davanın özelliklerine (*davadaki taraf sayısı, davanın karmaşık olup olmadığı, özel bir bilgiyi gerektirip gerektirmemesi, davanın uzamasını haklı kılacak ve mahkeme dışındaki nedenlerden kaynaklanacak sorunların olması vb.*) bakılarak tayin edilebilecek çözüm süresinin aşılmasıyla, hak arama yolunun bizzat hak ihlaline neden olmasıdır⁵³.

Av. Serkan Cengiz), Avrupa Konseyi Strazburg 2012, s. 83 vd.; **Mole**, Nuala/**Harby**, Catharina; Adil Yargılanma Hakkı-İnsan hakları Kitapçıkları no:3, Council of Europe 2001 (çev.: belirtilmemiş), s. 46 vd.

⁵³ Benzer kriterlerin Anayasa Mahkemesi tarafından da kullanıldığı, Mahkeme’nin verdiği kararlardan açıkça görülmektedir. Örnek karar için bkz.: **AYM. BB. No.: 2012/367**, K.T.: 17/9/2013, §. 23, “*Makul sürede yargılanma hakkının amacı, tarafların uzun süren yargılama faaliyeti nedeniyle maruz kalacakları maddi ve manevi baskı ile sıkıntılardan korunması olup, davanın karmaşıklığı, yargılamanın kaç dereceli olduğu, tarafların ve ilgili makamların yargılama sürecindeki tutumu ve başvurucunun davanın hızla sonuç-*

B. Hak İhlali Belli Bir Sistemik Kazanmışsa

AİHM uygulamasında bu duruma idari pratik gelişmesi ya da sistematik sorun denmektedir. Belli konularla ilgili açılan davalarda verilen kararların ve uygulamaların sürekli aynı olması⁵⁴ sonucunda kişilerin hak ihlaline uğramasından dolayı, bu konulara giren ihlallerde iç hukukta belirtilen hak arama yolları kullanmadan AİHM'e yapılan başvurular kabul edilmektedir. Benzer bir durum Anayasa Mahkemesi'ne, kesinleşmeyen kararlar aleyhine yapılan bireysel başvurularda da uygulanabilecektir.

C. Başvurulacak Yoldan Sonuç Alınmayacağı Kesinse

İç hukuk kuralları tarafından, tüketilmesi zorunlu bir hak arama yolu olarak öngörülüp de, bu yoldan sonuç alınmanın beklenemediği hallerde AİHM, o iç hukuk yolu tüketilmeden yapılan başvuruları kabul etmektedir. Mesela, Azerbaycan'daki Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru uygulaması her ne kadar ülke içinde tüketilmesi zorunlu bir yol olsa da AİHM Azerbaycan açısından bireysel başvuruyu, sahip olması gereken nitelikleri bünyesinde barındırmadığı ve hak ihlallerini gideremediği için, ülke içinde tüketilmesi gerekli bir iç hukuk yolu olarak görmemektedir⁵⁵.

İşte bu sebep halinde, AİHM'ne bireysel başvuruda olduğu gibi, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuruda da etkili olmayacak hak arama yollarının tüketilmesini beklemeden bireysel başvuru yoluna gitmek müm-

landırılmasındaki menfaatinin niteliği bir davanın süresinin makul olup olmadığının tespitinde göz önünde bulundurulması gereken hususlardır.”

⁵⁴ **AİHM. Ümmühan Kaplan/Türkiye Kararı, Başvuru No.: 24240/07**, K. T.: 20/3/2012, §. 46. “Mahkeme, farklı ulusal mahkemeler önündeki davaların süresinin aşırı uzun olmasından ve Sözleşme'nin 6 § 1. maddesi tarafından konulan “makul süre” gereğine karşılık vermemesinden ötürü Türkiye aleyhine yöneltilen çok sayıda başvuru olduğunu tespit ettiğine dikkat çekmiştir (idari dava için, bkz. Ayık v. Türkiye, no.10467/02, § 30, 21 Ekim 2008; sivil dava için, bkz. Ebru ve Tayfun Engin Çolak v. Türkiye, no.60176/00, § 107, 30 Mayıs 2006; ceza davası için, bkz. Tendik ve diğerleri v. Türkiye, no.23188/02, § 36, 22 Aralık 2005; İş Mahkemesi önündeki dava için, bkz. Hüseyin Ertürk v. Türkiye, no. 54672/00, §§ 32-33, 22 Eylül 2005; ticari dava için, bkz. Kadriye Sülün v. Türkiye, no. 33158/03, § 29, 6 Şubat 2007; Kadastro Mahkemesi önündeki dava için, bkz. Veli Uysal v. Türkiye, no.57407/00, § 36, 4 Mart 2008).”

⁵⁵ **Aliyev**, Cabir; Anayasa Şikayeti, İstanbul 2010, s. 53 vd.

kün olmalıdır. Buna yönelik olarak verilen bireysel başvuru kararında Mahkeme, zaman şartına riayet etmeden başvuru yapabilmenin yolunu açmıştır⁵⁶: “Diğer taraftan bireysel başvuru yolunun ikincil niteliği gereği Anayasa Mahkemesine bireysel başvuruda bulunabilmek için öncelikle olağan kanun yollarının tüketilmesi zorunludur. Bu ilke uyarınca, başvuru Anayasa Mahkemesi önüne getirdiği şikâyetini öncelikle ve süresinde yetkili idari ve yargısal mercilere usulüne uygun olarak iletmesi, bu konuda sahip olduğu bilgi ve kanıtlarını zamanında bu makamlara sunması ve aynı zamanda bu süreçte dava ve başvurusunu takip etmek için gerekli özeni göstermiş olması gerekir. Anayasa Mahkemesinin başvuru yolları henüz tüketilmeden bir başvuruyu kabul edip incelemesi kural olarak mümkün değildir. Ancak başvuru yolunun tüketilmesinin başvuru hakkına yönelik ihlalin giderilmesi açısından herhangi bir etkisi yoksa, başka bir deyişle başvurulacak yol etkisizse ya da başvuru yolunun tüketilmesinin beklenmesi halinde başvuru hakkına yönelik ciddi ve geri dönülmesi imkansız bir tehlike ortaya çıkacaksa anayasal haklara saygı ilkesi Mahkemenin bu başvuruları incelemesini gerektirebilir. İdari bir işlem olan sınır dışı edilme işlemine karşı hukukumuzda idari yargı yollarına başvurulması ve yürütmeyi durdurma talebinde bulunulması mümkündür. Ancak idari yargıya yapılan başvuru-yürütmenin durdurulması kararı verilmedikçe- sınır dışı edilmeyi engellemektedir. Başka bir deyişle yargı yoluna başvurunun sınır dışı edilme kararını otomatik olarak askıya alma etkisi yoktur. Elbette idare mahkemeleri sınır dışı edilme kararı hukuka aykırıysa ya da ilgilinin sınır dışı edilmesi halinde gönderileceği ülkede yaşamına ya da maddi veya manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike bulunduğu anlaşılırsa yürütmeyi durdurma kararı verebilir. Ancak başvurulmasına rağmen idari yargı mercilerince yürütmeyi durdurma talebinin ve buna karşı yapılan itirazın reddine karar verilmiş ve kişinin yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik tehlike devam ediyorsa anayasal haklara saygı ilkesi Mahkemenin bu başvuruları incelemesini gerektirir. Bu durumda ilgili bireysel başvuru yapabilmek için idari yargı mercileri önündeki davanın sonuçlanmasını beklemek zorunda bırakılamaz. O halde yürütmeyi durdurma talebinin ve buna karşı yapılan itirazın reddedilmiş ve henüz davanın esası hakkında da bir

⁵⁶ AYM. BB. No.: 2013/1243, K.T.: 16/4/2013, §. 24-26.

karar verilmemiş olduğu hallerde, bireysel başvuruda bulunulması durumunda, idari davaya konu edilen uyuşmazlığın konusunu oluşturan hak ve özgürlükler kategorisi dikkate alınarak bir çözüm üretilmesi, eğer başvurucunun yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik ciddi ve kişiselleşmiş bir riskin varlığı kapsamlı dayanaklar ile ortaya konulmuş ise bireysel başvuru Mahkemece incelenmeli ve gerekirse tedbire hükmedilmelidir. Buna karşılık kişinin yaşamına ya da maddi ve manevi bütünlüğüne yönelik ciddi bir tehlike söz konusu değilse somut olayın özellikleri dikkate alınıp, daha sınırlı bir yaklaşım benimsenerek gerekirse hukuk yollarının tüketilmesi beklenmelidir.”

SONUÇ

Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuru, ülkemiz açısından yeni bir hak arama yoludur. Bu hak arama yolunun hukuk sistemimize kazandırılması ile ilgili olarak değişik zamanlarda bazı çalışmalar yapılmış ve nihayetinde 5982 sayılı Anayasa değişikliği ile bu hak arama yolu kanuni düzenlemeye kavuşturulmuştur. Bu uğraşın temel nedeni ise, AİHM önünde ülkemiz aleyhine verilen ihlal kararlarını minimize etmektir.

Bireysel başvuru yargılaması, ülke içindeki en üst hak arama yoludur. Bu nedenle, bu hak arama yoluna başvurmadan evvel diğer hak arama yollarının kural olarak tüketilmesi gerekmektedir. Söz konusu ikincillik prensibine uymayan başvurular reddedilecektir. Geçerli bir başvuru açısından aranan bir diğer önemli şart ise, bireysel başvuruda bulunmak isteyen kişinin uyması gereken süre koşuludur. Hukuk sistemimizdeki diğer başvuru yollarında da olduğu gibi, bireysel başvuru yargılamasının geçerli olarak başlatılabilmesi için uyulması gereken süreler, kanun koyucu tarafından belirlenmiştir. Bu sürelerden ilki, bireysel başvuru yargılaması yapmakla görevli olan Anayasa Mahkemesi’nin, kesinleşen kararlar açısından inceleme yapmaya yetkili kılındığı süredir. Buna göre Mahkeme, 23/9/2012 tarihi itibarıyla kesinleşen kararlar aleyhine yapılan başvuruları inceleyebilecektir. Bu tarihten önce kesinleşen kararlar aleyhine, diğer şartlar tam olsa bile başvuru yapılamayacaktır. Dikkat edilmesi gereken ikinci süre ise, kararların kesinleşmesini izleyen otuz günlük bireysel başvuru süresidir. Buna göre, bir mahkeme kararı aleyhine başvuruda bulunacak olan kişi,

başvuru yollarının tüketildiği tarihten; başvuru yolu öngörülmemişse ihlalin öğrenildiği tarihten itibaren otuz gün içinde başvurusunu yapmalıdır. Eğer başvuru, bu süre içinde başvurusunu yapmazsa, sürenin hak düşürücü niteliğinden ötürü bir daha başvuruda bulunma şansı ortadan kalkacaktır. Fakat kanun koyucu, başvuru süresini kendi kusuru olmaksızın kaçırın kişi için gecikmiş başvuru yapma şansını sunarak, başvuru yapamamasını gerektiren durumun ortadan kalkmasından itibaren on beş gün içinde, gerekli belgelerle mahkemeye başvurarak gecikmiş başvuru yapma fırsatı sunmuştur. Hatta, yasal düzenlemelerde açık hüküm olmamasına rağmen, hak ihlalinin devamlılık arz ettiği, hak arama yollarından çözüm elde edilemeyeceğinin açık olduğu hallerde ve bizzat hak arama yolunun kendisinin hak ihlaline sebebiyet verdiği durumlarda iç hukuk yolları tüketilip kesin karar verilmesi beklenmeden de bireysel başvuru yapılabilmesi gerekir. Ülke içi son hak arama yolu olan bireysel başvurunun, süre açısından sıkı şekil şartlarına tabi tutulması (özellikle ülke içi diğer hak arama yollarının tüketilmesinin beklenmesi açısından) hak ihlaline uğrayan başvurusunun uluslararası hak arama yollarını kullanmasına engel yaratabilir.

Kaynakça

- Aliyev**, Cabir; Anayasa Şikayeti, İstanbul 2010.
- Altan**, Alparslan; Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar) Paneli, TBB Yayını, Ankara 2011, (s. 142-151).
- Atasoy**, Hakan; Türk Hukukunda Bireysel Başvuru Yolu, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Y. 3, S. 9, (s. 71-98).
- Aydın**, Öykü Didem; Türk Anayasa Yargısında Yeni Bir Mekanizma: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi C. 15, S. 4, (s. 121-170).
- Berki**, Ömer; Karar Düzeltme Müessesesi, Dr. A. Recai Seçkin'e Armağan, Ankara 1974, (s. 143-190).
- Bilge**, Necip; Karar Düzeltmenin İslam Hukukundaki Dayanağı, Prof. Dr. K. Fikret Arık'a Armağan, Ankara 1973, (s. 63-79).
- Doğru**, Osman; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Rehberi, İstanbul 2012.
- Ekinci**, Hüseyin; Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvurularda Bir Kabul Edilebilirlik Koşulu Olarak "Başvuru Yollarının Tüketilmesi" Sorunu, TAAD, Y. 3 (2012), S. 11, (s. 1-20).
- Ekinci**, Hüseyin/**Sağlam**, Musa; 66 Soruda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru, s. 9, kaynak: http://www.anayasa.gov.tr/files/bireysel_basvuru/66_Soru.pdf, E.T.: 24.10.2012.
- Ergül**, Ergin; Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine Bireysel Başvuru ve Uygulaması, Ankara 2012.
- Ermeneç**, İbrahim; Anayasa Mahkemesinin Bireysel Başvuru Üzerine Verdiği Kararların Medeni Yargılama Hukukuna Yansımaları, MİHDER Y. 2013, C. 9, S. 26, (s. 9-23).
- Esen Arnwine**, Selin; Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Paneli-Konuşma, Kaynak: <http://www.izmirbarosutv.org.tr/detay.asp?id=191&b=Anayasa%20Mahkemesi%20ne%20Bireysel%20Ba%FEvuru>, E.T.: 20.01.2013.

- Esen Arnwine**, Selin; İspanya'da Bireysel Başvuru Yolu, AÜHFD, Y. 2003, C. 52, S. 4, (s. 249-271).
- Esen**, Selin; Türkiye'de Anayasa Şikayeti, Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar) Paneli, TBB Yayını, Ankara 2011.
- Genaro David Gongora Pimentel**, Amparo Ne İçindir?, Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 2009, S. 26, (s. 163-282).
- Gören**, Zafer; Anayasa Mahkemesine Kişisel Başvuru (Anayasa Şikayeti), Anayasa Yargısı Dergisi, C. 11, (s. 97-134).
- Görgün**, L. Şanal/**Kodakoğlu**, Mehmet; Medeni Usul Hukuku, 2. Bası, Ankara 2012.
- Göztepe**, Ece; Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar) Paneli, TBB Yayını, Ankara 2011, (s. 32-65).
- Göztepe**, Ece; Anayasa Şikayeti, Ankara 1998.
- Gözübüyük**, A. Şeref; Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna Başvuru Süresi, İnsan Hakları Yıllığı, C. 12, <http://yayin.todaie.gov.tr/goster.php?Dosya=MDQ5MDUwMDU3MDQ5>, E.T:14.11.2012.
- Gürdoğan**, Burhan; Tashihi Karar Müessesesi, Ahmet Esat Arsebük Armağanı, Ankara 1958, (s. 285-306).
- Haller**, Herbert; Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar- Avusturya'da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 21, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg21/avusturya.pdf, (s. 50-69) (E.T:12.10.2012).
- Hassemer**, Winfried; Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar- Almanya'da Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 21, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg21/almanya.pdf, (s. 164-178) (E.T:12.10.2012).
- Holzinger**, Gerhart; Avusturya Anayasa Hukukunda Anayasa Şikayeti ve Bireysel Başvuru, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 26, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/GerhartHolzinger.pdf, (s. 61-79), (E.T:12.10.2012).

- Jong-Dae**, Kim; Anayasa Şikayeti Sistemi Kore Deneyimi, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 26, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/KimJongDae.pdf, (s. 145-153), (E.T:12.10.2012).
- Karşlı**, Abdurrahim; Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 2. Baskı, İstanbul 2011.
- Kılınç**, Bahadır; Karşılaştırmalı Anayasa Yargısında Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Kurumu ve Türkiye Açısından Uygulanabilirliği, Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 2008, S. 25, (s. 19-59).
- Korkmaz**, Ramazan; Medenî Usûl Hukuku Açısından Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru, İstanbul 2014.
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 23. Baskı, Ankara 2012.
- Kuzu**, Burhan; Türkiye için Anayasa Şikayeti Modeli Tartışma Paneli, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 21, (s. 258-263).
- Madra**, Ömer; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara 1981.
- Maria Emilia Casas Baamonde**, Amparo Başvurusu, Anayasa Yargısı Dergisi, Y. 2009, S. 26, (s. 101-120).
- Mavčić**, Arne Marjan; Tüketilmesi Gereken veya AİHS Anlamında Geçerli Bir İç Hukuk Yolu Olarak Bireysel Şikayet, http://www.concourts.net/Mavcic_Tr_BireyselBasvurununTemelOzellikleri.pdf, (s. 1-29), (E.T: 12.10.2012).
- Mellinghof**, Rudolf; Federal Almanya Cumhuriyeti'nde Anayasa Şikayeti, Anayasa Dergisi, C. 26, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/RudolfMellinghof.pdf, (s. 31-44), (E.T:12.10.2012).
- Mole**, Nuala/**Harby**, Catharina; Adil Yargılanma Hakkı-İnsan hakları Kitapçıkları no:3, Council of Europe 2001 (çev.: belirtilmemiş).
- Önder**, Ayhan; Muhakemenin İadesinde Reform (Muhakemenin Yenilenmesi), İÜHF C. 38, S. 1-4, (s. 59-114).
- Özbey**, Özcan; Türk Hukukunda Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Hakkı, Ankara 2012.

- Paczolay**, Peter; Anayasa Şikayeti ve Buna İlişkin Sorunlar-Venedikte Temel Hak Şikayeti Hakkında Rapor, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 21, (s. 194-203), http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/anyarg21/venedik.pdf, (E.T:12.10.2012).
- Paczolay**, Peter; Anayasa Şikayeti: Bir Karma Çözüm Mü?, *Anayasa Yargısı Dergisi*, C. 26, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/PeterPaczolay.pdf, (s. 313-320), (E.T:12.10.2012).
- Patrono**, Mario; The Protection of Fundamental Rights by Constitutional Courts- A Comparative Perspective.
- Pekcanitez**, Hakan; Mukayeseli Hukukta Medeni Yargıda Verilen Kararlara Karşı Anayasa Şikâyeti, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Y. 1995, C. 12, (s. 257-287).
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet; *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, 14. Bası, Ankara 2013.
- Sabuncu**, M. Yavuz/**Esen Arnwine**, Selin; Türkiye İçin Anayasa Şikâyeti Modeli Tartışma Paneli, *Anayasa Yargısı Dergisi*, Y. 2004, S. 21, (s. 229-247).
- Sağlam**, Musa; Bireysel Başvuru 'Anayasa Şikayeti', HUKAB Sempozyum Serisi 1, Ankara 2011.
- Sungurtekin**, Meral; Karar Düzeltmenin Kanun Yolu Niteliği ve Karar Düzeltme Dilekçesinde Sebep Gösterme Zorunluluğu Bulunup Bulunmadığı Meselesi, *Yargıtay Dergisi*, Y. 16, C. 16, Sıra S. 64, S. 4, Ekim 1990.
- Şahbaz**, İbrahim; Türkiye'de Anayasa Şikayeti, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru (Anayasa Şikayeti/Anlamı, Kapsamı ve Olası Sorunlar) Paneli*, TBB Yayını, Ankara 2011, (s. 71-127).
- Şirin**, Tolga; Türkiye'de Anayasa Şikâyeti (Bireysel Başvuru) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ve Almanya Uygulaması ile Mukayeseli Bir İnceleme, İstanbul 2013.
- Tercan**, Erdal; *Medeni Usul Hukukunda (Kesin Sürelerin Kaçırılması Halinde) Eski Hale Getirme*, Ankara 2006.
- Turhan**, Mehmet; Türkiye İçin Anayasa Şikayeti Modeli Tartışma Paneli, *Anayasa Dergisi*, C. 21, (s. 248-257).

- Türk**, Hikmet Sami; Türkiye için Anayasa Şikayeti Modeli Tartışma Paneli, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 21, (s. 291-295).
- Umar**, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Şerhi, Ankara 2011.
- Umar**, Bilge, Türk Medenî Usûl Hukukunda İadei Muhakeme, İÜHFMC. 29, S. 1-2, (s. 261-298).
- Ural**, Sami Sezai; Hak ve Özgürlüklerin Korunması Bağlamında Bireysel Başvuru, Ankara 2013.
- Uzun**, Cem Duran; Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Yolu (Anayasa Şikayeti) Beklentiler ve Riskler, SETA Analiz Dergisi, Y. Şubat 2012, S. 50, (s. 4-26).
- Üstündağ**, Saim; Medeni Yargılama Hukuku Cilt I-II, İstanbul 2000.
- Vitkauskas**, Dovydas/**Dikov**, Grigory; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Adil Yargılama Hakkının Korunması-Avrupa Konseyi İnsan Hakları El Kitapları (çev.: Av. Serkan Cengiz), Avrupa Konseyi Strazburg 2012.
- Yılmaz**, Ejder; Karar Düzeltmede Para Cezası, Adalet Dergisi, Y. 64, S. 1, Ocak 1973, (s. 524-538).
- Zorkin**, Vallery; Rusya Federasyonu Anayasa Mahkemesi Uygulamasında Bireysel Başvuru, Anayasa Yargısı Dergisi, C. 26, http://www.anayasa.gov.tr/files/pdf/anayasa_yargisi/ValeryZorkin.pdf, (s. 283-312), (E.T:12.10.2012).

^HYABANCILIK UNSURU TAŞIYAN UYUŞMAZLIKLARDA YETKİ SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI VE HMK MADDE 17 KAPSAMINDAKİ YETKİ SÖZLEŞMESİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİ

*Arş. Gör. Deniz MERAKLI YAYLA**

GİRİŞ

Yabancılık unsuru taşıyan uyumsuzluklarda tarafların yapacağı yetki sözleşmesi Türk Mahkemesi'nin yetkilendirilmesine ilişkin olabileceği gibi, yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesine ilişkin de olabilir. Bu kapsamda yetki sözleşmesinin geçerliliğinin hangi hukuka göre belirleneceği önem taşımaktadır. Zira hukukumuzda HMK m. 17 uyarınca yetki sözleşmesinin sadece tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında yapılabileceği kabul edilmiştir. Bu kapsamda HMK'nın uygulanacağı durumlarda, yetki sözleşmesinin taraflarının tacir veya kamu tüzel kişisi olması zorunludur. Ancak belirtmek gerekir ki, yetkinin kesin yetki olmadığı hallerde yetki itirazı HMK m.116 uyarınca ilk itiraz olarak kabul edilmektedir. Bu nedenle yetki sözleşmesi HMK m. 17'ye uygun olarak yapılmamış olsa bile, tarafların ilk itiraz olarak bu hususu ileri sürmemeleri halinde yetki sözleşmesinin geçerliliği hakim tarafından re'sen incelenmeyecektir. Yabancı mahkemenin yetkilendirilmesi durumunda ise, yetki sözleşmesinin geçerliliği dava açılan yabancı mahkemenin kendi hukuk kurallarına göre belirlenecektir¹.

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usûl ve İcra İflâs Hukuku Anabilim Dalı

¹ **Kuru**, Baki; "Sözleşme ile Yabancı Mahkemelerin Yetkili Kılınması", MHB, 1986, S. 2, s. 144; **Nomer**, Ergin; Devletler Hususi Hukuku, Yenilenmiş 20. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s. 377; **Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman-Figanmeşe**, İnci; Milletler-

Konumuz kapsamında yetki sözleşmesinin taraflar bakımından sınırlandırılması önem arz etmektedir. Bu nedenle öncelikle Türk Mahkemeleri'nin yetkilendirilmesi ve yabancı mahkemelerin yetkilendirilmesi durumlarında yetki sözleşmesinin taraflar bakımından geçerliliği üzerinde durulacaktır.

Yetki sözleşmesi ile Türk Mahkemeleri'nin yetkilendirilmesi durumunda, davada takip edilecek usûlün hakim hukukuna, yani *lex fori*'ye tabi olması nedeniyle Türk Mahkemeleri'nin yetkilendirilmesi durumunda uygulanacak olan HMK m. 17 hükmü kapsamında bu sözleşmenin üçüncü kişilere teşmili değerlendirilecektir. Sözleşme kendisine teşmil edilecek üçüncü kişinin tacir veya kamu tüzel kişisi olması gerekip gerekmediği tespit edilerek, tacir sıfatının hangi hukuka göre belirleneceği üzerinde durulacaktır. Ardından Türk Mahkemeleri'nin yetkilendirilmiş olması durumunda, yetki sözleşmesinin üçüncü kişilere teşmilinde bazı özel durumlar ele alınarak bir sonuca varılmaya çalışılacaktır.

I. YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN UYUŞMAZLIKLARDA YETKİ SÖZLEŞMESİNİN TARAFLARI

A. Yabancılik Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Türk Mahkemeleri'nin Seçilmesi Halinde

Türk Mahkemesi'ne yetki veren sözleşmenin şekli ve geçerlilik şartları *lex fori*'ye², yani Türk Hukukuna tabidir³. Hukukumuzda yabancılik unsuru

arası Özel Hukuk, 2. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2014, s. 314; **Doğan**, Vahit; Milletlerarası Özel Hukuk, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara 2013, s. 91.

² Özel hukuka ait davalarda takip edilecek usul, kural olarak kendisine başvuru mahkemenin tabi bulunduğu hukuka göre yürür. Hakim tabi olduğu hukukun uygulanmasına *lex fori* denir. Yargı faaliyetinin kamu hukukuna giren bir faaliyet olması nedeniyle taraflara ait bulunan usuli işlemlerin de *lex fori*'ye tabi kılınması usulün bütün olarak tek bir hukuk nizamı içerisinde yürütmesi zorunluluğundan doğmaktadır (**Nomer**, Ergin, s. 380-381).

³ **Pekantez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku, 14. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 178; **Ekşi**, Nuray, Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2000, s. 125; **Nomer**, Ergin, s. 466; **Şanlı/Esen/Ataman-Fıganmeşe**, s. 378; **Kuru**, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 641; **Çelikel**,

içeren uyuşmazlıklarda Türk Mahkemeleri'nin yetkilendirilmesine ilişkin olarak özel bir düzenleme mevcut değildir. Ancak MÖHUK m. 40, Türk Mahkemeleri'nin milletlerarası yetkisini, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarının tayin edeceğini düzenlemektedir. Bu kapsamda yabancılık unsuru içeren uyuşmazlıklarda Türk Mahkemeleri'nin yetkili mahkeme olarak seçilmesine ilişkin sözleşmelerin geçerliliği ve hükümleri HMK'da düzenlenen yetki sözleşmesi hükümlerine atıf yapılarak düzenlenmiş olmaktadır⁴.

Hukukumuzda iç hukukun yer itibariyle yetki kuralları, milletlerarası yetki kuralları olarak da uygulandığı için, milletlerarası yetkinin varlığı, yer itibariyle yetkili mahkemenin bulunmasına bağlıdır⁵. Bu nedenle taraflarca seçilmiş bir Türk Mahkemesi'nin yetkisinin varlığı iç hukuk kurallarına göre geçerli bir yetki sözleşmesinin yapılmasına bağlı olmaktadır.

Konumuz bakımından yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda yetki sözleşmesinin taraflar bakımından geçerliliğine değineceğiz. Bu kapsamda yetki sözleşmesinin taraflar bakımından sınırlanmasına ilişkin HMK m. 17 hükmü önem arz etmektedir. Buna göre, tacirler veya kamu tüzel kişileri, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlık hakkında, bir veya

Aysel/**Erdem**, Bahadır; Milletlerarası Özel Hukuk, 13 Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2014, s. 584; **Sungurtekin Özkan**, Meral; Türk Medeni Yargılama Hukuku, Barış Yayınları, İzmir 2013, s. 43; **Süral**, Ceyda; "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi", TBBD, 2012, S. 100, s. 190; **Canbeldek**, Özlem; "Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usûl Kanunu Işığında Yetki Sözleşmeleri", MİHDER, C. 8, S. 22, 2012/2, s. 217; "...yapılan yargılamada Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin, iç hukukun yer itibariyle yetki kurallarına göre tayin edileceği gözetilmelidir..." (Y. 23. HD., 14.06.2012, 1806/4187 [**Kazancı İçtihat Bankası**]); Fransız hukukunda da, bu husus benzer şekilde ifade edilmiştir. Buna göre Fransız hukukunda yetki şartı ile Fransız Mahkemeleri yetkilendiriliyorsa, bu yetki şartının kabul edilebilirliği konusundaki lex forinin yetkisi, aktin yapıldığı yerdeki hukukun şekil şartlarını dikkate almaz (**Légier**, Gérard; Refondu par Gwendoline Lardeux, "Actes Juridiques, Forme, Domaine de la loi applicable à la forme", Juris Classeur Droit International, Fasc.551-20, 2007, kn. 47. (www.lexisnexis.com/fr/droit, 20.10.2014).

⁴ **Şanlı/Esen/Ataman-Figanmeşe**, s. 378.

⁵ **Nomer**, Ergin, s. 445.

birden fazla mahkemeyi sözleşmeyle yetkili kılabilirler. Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça dava sadece sözleşmeyle belirlenen bu mahkemelerde açılır. Yetki sözleşmesinin geçerlilik şartlarını düzenleyen HMK m. 18’de ise, tarafların üzerinde serbestçe tasarruf edebileceği konular ile kesin yetki hallerinde yetki sözleşmesi yapılamayacağı belirtilmektedir. Söz konusu maddenin ikinci fıkrasında yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı olarak yapılması, uyuşmazlığın kaynaklandığı hukuki ilişkinin belirli veya belirlenebilir olması ve yetkili kılınan mahkeme veya mahkemelerin gösterilmesinin zorunlu olduğu düzenlenmektedir.

HMK m. 17 uyarınca, yetki sözleşmesinin sadece tacir veya kamu tüzel kişileri arasında yapılabileceği kabul edilmesi nedeniyle yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlığa ilişkin yapılan yetki sözleşmesinin taraflarının da tacir veya kamu tüzel kişisi olması gerekmektedir.

Doktrinde, kanunun taraflar bakımından getirdiği bu sınırlama eleştirilmekte ve MÖHUK m. 47 hükmü ile Türk vatandaşı veya yabancı gerçek ve tüzel kişilere, yabancı mahkemeleri yetkilendirmek imkanı verilmişken; özellikle Türk vatandaşlarını Türk Mahkemeleri’ne müracaat imkanından mahrum bırakmanın yerinde olmadığı belirtilmektedir⁶.

B. Yabancılık Unsuru Taşıyan Uyuşmazlıklarda Yabancı Mahkemelerin Seçilmesi Halinde

Tarafların, yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlığa ilişkin olarak yabancı bir devlet mahkemesini yetkilendirmek için yapacakları sözleşmede MÖHUK m. 47 uygulama alanı bulacaktır. Anılan hükme göre; yer itibarıyla yetkinin münhasır yetki esasına göre tayin edilmediği hallerde, taraflar, aralarındaki yabancılık unsuru taşıyan ve borç ilişkilerinden doğan uyuşmazlığın yabancı bir devlet mahkemesinde görülmesi konusunda anlaşabilirler.

MÖHUK m. 47 hükmü gereğince, taraflar arasında yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlık çıkması halinde tarafların yabancı bir devlet mahkemesini yetkilendirmesine ilişkin olarak yapacakları yetki sözleşmelerinde, HMK m. 17’de düzenlenen şartlar aranmamaktadır. Yetkinin münhasır

⁶ Nomer, Ergin, s. 466, dn. 195; Çelikel/Erdem, s. 585; Aksi görüş için bkz.: Süral, s. 193.

yetki⁷ esasına dayanmadığı hallerde, yetki anlaşmasıyla yabancı bir devlet mahkemesinin yetkili kılınması için sözleşmenin konu itibarıyla yabancılık unsuru içermesi⁸ ve borç ilişkilerinden doğan bir ihtilaf olması yeterlidir⁹. MÖHUK m. 47 uyarınca, sözleşme ancak yazılı delille ispat edilmesi halinde geçerli olur.

Yukarıda belirtilen şartlar çerçevesinde, yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlık söz konusu ise taraflar, tacir veya kamu tüzel kişisi olmamaları halinde uyuşmazlığın Türk Mahkemeleri'nde görülmesi için yetki sözleşmesi yapamayacaklar; ancak, yabancı bir devlet mahkemesinde görülmesi için yetki sözleşmesi yapabileceklerdir.

Yabancı bir devlet mahkemesinin yetkilendirilmesi durumunda, yapılan yetki sözleşmesinin geçerliliği o devletteki medenî usûl hukuku kurallarına tabi olacaktır¹⁰. Örneğin Fransız hukukunda yetki sözleşmeleri hukukumuzda olduğu gibi taraflar bakımından sınırlandırılmaktadır. Fransız Medeni Usul Kanunu m. 48'de sadece tacir sıfatını taşıyanlar arasında yetki sözleşmesi yapılmasına izin verilmiştir. Ancak yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlık halinde yetki sözleşmesi yapılmış olması durumunda Avrupa Birliği üyesi olan ülkelerin yapmış olduğu milletlerarası sözleşmeler önem arz edecektir. Zira sözleşmenin taraflarından birinin Avrupa Birliği üyesi ülkenin vatandaşı olması halinde 22 Aralık 2000 tarihinde kabul edilen Brüksel 1 Tüzüğü¹¹ uygulama alanı bulacaktır. Fransız Doktrini'nde, söz konusu hükmün kamu düzenine ilişkin olduğu kabul edilmektedir¹². Bu kapsamda Fransız hukukunda yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlığın söz konusu olması halinde iç hukuk kuralı olan Fransız Medenî Usûl Kanunu'nun 48.

⁷ Milletlerarası usul hukukunda, belirli bir uyuşmazlık hakkında sadece belirli bir devlet yargısının karar verme yetkisi varsa, o devlet mahkemelerinin münhasır yetkisinden bahsedilir (**Nomer**, Ergin, s. 468; **Doğan**, s. 88).

⁸ Yabancılık unsuru için bkz.: **Süral**, s. 192.

⁹ **Nomer**, Ergin, s. 473; **Çelikel/Erdem**, s. 571; bunlara ek olarak yetki anlaşmasına konu teşkil eden ihtilafın ve yetkili kılınan mahkemenin de belirli veya belirlenebilir olması gerektiğine ilişkin olarak bkz.: **Nomer**, Ergin; s. 473; **Şanlı/Esen/Ataman-Figenmeşe**, s. 386.

¹⁰ **Nomer** Ergin, s. 471.

¹¹ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:fr:HTML>

¹² **States**, Olivier; *Droit Judiciaire Privé*, Paris, Ellipses Édition, 2006, s.79.

maddesi hükmünün uygulama alanı bulup bulmayacağı tartışılmıştır¹³. Fransız Temyiz Mahkemesi bir kararında, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklara, Medenî Usûl Kanunu'nun 48. maddesinin şekli gerekliliklerinin uygulanabilirliğinin unutulmaması noktasında bir ayırım yapmış¹⁴; başka bir kararında ise 48. maddenin yabancılık unsuru taşıyan davalarda uygulanmasını kabul etmemiştir¹⁵. Doktrinde, yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların zorunlu olarak milletlerarası ticaretin teamüllerinin hesaba katılması için belirli bir esneklik içinde olması gerektiği belirtilmektedir¹⁶.

MÖHUK m. 47'ye tabi yetki sözleşmesinin geçerliliği ancak uyuşmazlık Türk Mahkemesi'nin önüne geldiğinde incelenebilir; ancak, bu durumda Türk Mahkemesi'nin yetkisinin tarafların anlaşması ile ortadan kaldırılması (derogation) değil, belirli bir uyuşmazlık için yetkili mahkemenin taraflarca belirlenmesi söz konusudur ve bunu da Türk milletlerarası yetki kuralları kabul etmektedir¹⁷. Her mahkemenin kendi yetkisini kendi hukukuna göre belirleyecek olması nedeniyle, 47. maddeye göre yapılan bir yetki anlaşması ile yetkili kılınan yabancı mahkeme, belirtilen anlaşma ile yetkili olup olmadığını kendi hukukuna göre tespit edecektir¹⁸.

II. YABANCILIK UNSURU TAŞIYAN UYUŞMAZLIKLARDA TÜRK MAHKEMELERİ'NİN YETKİLENDİRİLMESİ HALİNDE YETKİ SÖZLEŞMESİNİN ÜÇÜNCÜ KİŞİLERE TEŞMİLİ

A. Genel Olarak Yetki Sözleşmesinin Üçüncü Kişilere Teşmili

Kural olarak sözleşmenin, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişilere etkisi yoktur; ancak, bazı hallerde sözleşme üçüncü kişiler bakımından da

¹³ Tartışmalar için bkz. **Légier**, kn. 49.

¹⁴ Cass. Chambre Com., 30 janv. 1990: JurisData n° 1990-000166 (www.lexisnexis.com/fr/droit, 25.10.2014).

¹⁵ **Guez** Philippe, L'Election de For En Droit International Privé, Dissertation, 1992, kn. 355.

¹⁶ **Légier**, kn. 49.

¹⁷ **Nomer**, Ergin, s. 469.

¹⁸ **Şanlı/Esen/Ataman-Figenmeşe**, s. 387.

etki doğurabilmektedir¹⁹. Sözleşmenin üçüncü kişilere teşmili, taraflar arasındaki sözleşmenin üçüncü kişiler üzerinde doğuracağı etki ile sözleşmenin tarafı olmayan üçüncü kişiyi de kapsamına alacak şekilde sözleşmenin taraflarının genişletilmesidir. Bu nedenle konumuz bakımından, sözleşmenin üçüncü kişilere teşmil edilebileceği durumların tespiti önem arz etmektedir.

Hukukumuzda yetki sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler bulunmakla birlikte usûl sözleşmesi niteliğinde olduğu görüşü hakimdir²⁰. Yetki sözleşmesinin asıl etkisini usul hukuku alanında göstermesi nedeniyle usûl sözleşmesi olduğu kabul edilmektedir²¹. Ancak medeni hukuk ile medeni usul hukuku alanlarının sıkı ilişki halinde olduğu dikkate alınarak medenî usûl hukukunda usul sözleşmelerine ilişkin düzenleme olmayan hallerde maddi hukuk hükümlerinden medenî usûl hukukunun özellikleri de dikkate alınmak suretiyle yararlanılır²². Bu kapsamda sözleşmelerin nisbiliği ilkesi usul sözleşmeleri bakımından da geçerlidir. Yani usul sözleşmeleri de kural olarak tarafları arasında sonuç doğurur. Nitekim Fransız hukukunda, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişiler ve yetki sözleşmesine ilişkin değerlendirme yapılırken öncelikle Medeni Kanun'un 1165.

¹⁹ **Sargın**, Fügen; Milletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Anlaşmaları, Ankara 1996, s. 232.

²⁰ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, HMK'ya Göre Medenî Usûl Hukuku, s. 177; **Aşık**, İbrahim; "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre Yetki Sözleşmesi", TBBD, 2011, S. 97, s. 20. Yetki sözleşmesinin hukuki niteliğine ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. **Bolayır**, Yetki Sözleşmeleri, s. 42 vd; Yetki sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır. Hukukumuzda yetki sözleşmelerinin hukuki niteliğine ilişkin farklı görüşler mevcuttur. Bir görüşe göre yetki sözleşmeleri maddi hukuka ilişkin sözleşmelerdir; bu nedenle maddi hukuk kurallarına tabidir (**Üstündağ**, Saim; Medenî Usûl Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları, İÜHF, 1961, C. XXVII, S. 1-4, s. 313; **Postacıoğlu**, s.160 dn. 13); **Bilge/Önen**, yetki sözleşmesinin cevazı bakımından bir usûl hukuku işlemi olduğunu ve bu nedenle yabancı bir devlette yapılmış olsa bile davaya bakan mahkemenin kanununun uygulanacağını belirtmekte; sözleşmenin hukuki niteliği bakımından ise, yetki sözleşmesinin maddi hukuka bağlı olması nedeniyle sözleşmenin inikadı, rıza beyanları ve irade fesadı bakımından sözleşmeler hakkındaki genel hükümlere tabi olduğunu kabul etmektedir (**Bilge/Önen**, s. 201).

²¹ **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, HMK'ya Göre Medenî Usûl Hukuku, s. 256; **Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis; Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Baskı, s.106; **Bolayır**, Yetki Sözleşmeleri, s. 47.

²² **Karsh**, Usuli İşlemler, s. 238.

maddesindeki hükümden yola çıkılmıştır. Medeni Kanun'un 1165. maddesi kapsamında, sözleşmelerin nisbiliği ilkesi nedeniyle sözleşmeler, sadece tarafları arasında sonuç doğurur²³. Mahkemeyi yetkilendirmeye ilişkin şart, sözleşmesel bir karaktere sahiptir ve sözleşmeyi imzalayan tarafları bağlar²⁴. Bu kapsamda sözleşmeler, bundan yararlanan üçüncü kişilere zarar veremez²⁵. Yetki şartının kural olarak üçüncü kişilere etkisi yoktur²⁶. Üçüncü kişiler, yetki şartını kabul etmedikleri sürece yetki şartı ile bağlı değildir²⁷. Ancak doktrinde tacir olmayan üçüncü kişinin yetki şartını kabul edemeyeceği belirtilmektedir²⁸. Milletlerarası karakterli bir uyumsuzluğu içeren ve Fransız Yargılaması'nın emredici olarak gördüğü ülkesel bir kurala aykırı olmayan milletlerarası yetki şartları kural olarak geçerlidir²⁹.

Fransız Hukuku'nda olduğu gibi Hukukumuz bakımından da borçların nisbiliği ilkesinin³⁰ kabulü nedeniyle sözleşmeler kural olarak taraflar arasında sonuç doğurur. Bu kapsamda sözleşmenin üçüncü kişiye teşmili istisnai hallerde söz konusu olabilir. Ancak hukukumuzda Fransız Hukukundan farklı olarak sözleşmenin üçüncü kişiye teşmilinin kabul edilmesi durumunda, özel bir düzenleme olmadıkça üçüncü kişinin onayı aranmayacaktır.

Hukukumuz bakımından yetki sözleşmesinin üçüncü kişilere teşmilinde öncelikle, sözleşmenin teşmil edileceği üçüncü kişinin de tacir veya kamu

²³ **Guiez**, kn. 581; **Lebaue**, kn. 21; "...bir sözleşmenin mahkemeyi yetkilendirme şartı sadece imzalayanlara karşı hukuki etki yaratabilir (CA Versailles, 30 mai 2002: La Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 31, 1er Août 2002, 1185 [www.lexisnexis.com, 24.10.2014]).

²⁴ Beraudo Jea-Paul/Beraudo Marie Joseph, Fasc. 631-31: Convention Bruxelles du 27 Septembre 1968, Convention de Lugano du 16 septembre 1988, Règlement n° 44/2001 du conseil du 22 décembre 2000, Compétence, Prorogation volontaire de compétence, kn. 12.

²⁵ **Guiez**, kn. 581.

²⁶ **Lebeau**, Daniel; Compétence Des Tribunaux De Commerce, Clauses Attributives De Compétence, JurisClasseur Commercial, Fasc. 160, 2013, kn. 21 (www.lexisnexis.com, 22.10.2014).

²⁷ **Lebaue**, kn. 25.

²⁸ **Lebaue**, kn. 25.

²⁹ **Després**, Isabelle, Code de Procédure Civile, 101^e édition, Paris, Dalloz 2009, s. 93.

³⁰ **Oğuzman/Öz**, C.1, s. 28.

tüzel kişisi olmasının gerekip gerekmediği tespit edilmelidir. Zira milletlerarası uyuşmazlıklarda taraflar, bağımsızlığına ve tarafsızlığına güvendikleri bir mahkemenin yetkilendirilmesi amacını taşımaktadırlar. Bu kapsamda bu tip uyuşmazlıklar bakımından yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkeme çoğu zaman asıl sözleşmenin yapılmasında önem arz etmekte ve taraflar güvenmedikleri bir mahkemenin yetkilendirilmesine ilişkin yetki kaydı taşıyan asıl sözleşmeyi imzalamaktan kaçınmaktadırlar. Bu kapsamda yetki sözleşmesinin üçüncü kişilere teşmil edilmesinde, üçüncü kişinin sözleşmenin tarafı olmaması nedeniyle korunması gerekirken, diğer yandan yetki kaydına güvenerek asıl sözleşmeyi imzalamış olan tarafın da bu güveninin korunması gerekmektedir. Bu halde dürüstlük kuralları uygulama alanı bulmalıdır. Zira milletlerarası yetki kuralları konusunda dürüstlük kuralları da uygulama yeri bulacaktır³¹. Dürüstlük kuralı, sadece maddi hukuka özgü değil, Medenî Usûl Hukuku bakımından da yargılamaya ilişkin bir ilkedir³².

Sözleşmenin üçüncü kişilere teşmil edilebilmesi için öncelikle teşmile konu sözleşmenin geçerli olması gerekmektedir. Yani taraflar arasında yapılan yetki sözleşmesinin geçersiz olması durumunda sözleşmenin üçüncü kişilere teşmili söz konusu olmayacaktır.

Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda yetki sözleşmesinin üçüncü kişilere teşmil edilebileceği özel durumlar aşağıda ayrıca değerlendirilecektir. Öncelikle genel olarak sözleşmenin üçüncü kişilere teşmilinde HMK m. 17'de taraflar bakımından getirilmiş olan tacir veya kamu tüzel kişisi olma zorunluluğunun³³ üçüncü kişiler bakımından da aranmasının gerekip gerekmeyeceği sorunu ele alınmalıdır. Bu konuda doktrinde bir görüşe göre yetki sözleşmesi külli ve cüzi halefler bakımından bağlayıcıdır³⁴. Diğer bir

³¹ **Nomer**, Ergin, s. 475.

³² HMK m. 29'da tarafların dürüst davranma ve doğruyu söyleme yükümlülüğü düzenlenmektedir.

³³ Aşık, Alman Medenî Usûl Kanununda hukukumuzdan farklı olarak tacir veya kamu tüzel kişileri dışındaki kişiler açısından yetki sözleşmesi yapma imkanının tamamen ortadan kaldırılmadığını belirtmektedir. Kişi bakımından getirilen sınırlamalara ilişkin açıklamalar için bkz. **Aşık**, s. 24 vd.

³⁴ **Kuru/Arslan/Yılmaz**, s. 156.

görüşe göre ise, yetki sözleşmesinin üçüncü kişiye teşmili için üçüncü kişinin de tacir veya kamu tüzel kişisi olması gerekmektedir³⁵. Karşılı, üçüncü kişinin tacir olmaması halinde, o hukuki ilişkinin tarafı olsaydı yapamayacağı bir sözleşmenin getirdiği imkanı elde etmiş veya külfete katlanmış olacağı gerekçesiyle sözleşmenin ancak üçüncü kişinin de tacir veya kamu tüzel kişisi olması halinde teşmilinin mümkün olacağını kabul etmektedir³⁶. Bolayır, HMK m. 17'de yetki sözleşmesi yapabilecek kişilerin tacirler veya kamu tüzel kişileri olarak sınırlandırılmış olması nedeniyle bu durumda kanun koyucunun iradesine uygun yorum yapılması gerektiğini belirterek sözleşmeyi tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan üçüncü kişilere teşmil etmenin kanun koyucunun iradesine aykırı olarak fazlasıyla genişletmek anlamına geleceğini kabul etmektedir³⁷.

Doktrinde, taraflardan birinin üstün ekonomik ve sosyal gücünün diğer tarafın iradesinin serbestçe oluşumunu engellediği hallerde yetki sözleşmesine geçerlilik tanınmayacağı kabul edilmektedir³⁸. Esasen bu kabulün altında hukuki ilişkide güçlü olan tarafın kendisine tanınan serbestiyi kötüye kullanmasının önlenmesi yatmaktadır. Zira tarafların yetki sözleşmesi yapmasına ilişkin sınırlamalar ile sosyal ve ekonomik bakımdan güçlü olan tarafın zayıf olan tarafı kendi istediği şekilde bir yetki sözleşmesi yapmaya zorlayarak onu tabii hakiminden uzaklaştırmasına engel olmaktadır³⁹.

Kanımızca HMK m. 17 hükmünün getiriliş gerekçesinin de zayıf konumda olan kişileri korumak olduğu göz önünde bulundurulduğunda yetki sözleşmesinin her iki tarafının da tacir veya kamu tüzel kişisi olması zorunluluğu sözleşmenin üçüncü kişilere teşmili halinde üçüncü kişi bakımından da geçerli olmalıdır. Zira bu durumda Karşılı'nın da belirttiği üzere üçüncü kişi, o hukuki ilişkinin tarafı olsaydı yapamayacağı bir sözleşmenin getirdiği imkanı elde etmiş veya külfete katlanmış olacaktır⁴⁰. Her iki tarafın da tacir olduğu bir hukuki ilişkide tacirlerden biri, diğer taraftan daha güçlü bir

³⁵ Karşılı, Medenî Muhakeme, s. 281; Bolayır, Makale, s. 134.

³⁶ Karşılı, Medenî Muhakeme, s. 281.

³⁷ Bolayır, Makale, s. 134.

³⁸ Ekşi, s. 130-131; Sargın, s. 166.

³⁹ Ekşi, s. 126.

⁴⁰ Karşılı, Medenî Muhakeme, s. 281.

konumda olabilirse de tacirin basiretli davranma zorunluluğu nedeniyle tacirler yaptıkları yetki sözleşmesinin sonuçlarını öngörebileceklerdir. Ancak bu durumda genel işlem şartlarına ilişkin sınırlama tacirler veya kamu tüzel kişileri arasında yapılan yetki sözleşmeleri bakımından geçerlidir⁴¹. Her iki tarafın tacir olması halinde, TTK m. 55/f hükmüne göre dürüstlük kuralına aykırı işlem şartları kullanmak haksız rekabet kapsamında değerlendirilecektir. TTK'ya tabi ticari sözleşmeler bakımından bu hükümler TBK'nın genel işlem şartlarını sınırlayan hükümleri karşısında özel hüküm sayılarak öncelikle uygulanacak, fakat bunlarda boşluk olması halinde TBK hükümleri uygulama alanı bulacaktır⁴².

B. Yetki Sözleşmesinin Üçüncü Kişilere Teşmiline İlişkin Bazı Özel Durumların İncelenmesi

1. Genel Olarak

Halefiyet, sözleşmenin devri, sözleşmeye katılma gibi durumların mevcut olup olmadığı o hukuki ilişkinin tabi olduğu maddi hukuk kuralına göre belirlenecektir. Maddi hukuka göre değerlendirme yapmanın zorunlu olduğu hallerde kanunlar ihtilafı kurallarına göre hukuki ilişkinin tabi olduğu hukuk kuralı tespit edilmelidir. Ancak hukuki ilişkinin tabi olduğu maddi hukuk kuralı somut olay bakımından tespit edilebileceği için çalışmamızda, Türk maddi hukukuna göre tespitlerde bulunulacaktır. Bu durumda her somut olay bakımından ayrı değerlendirme yapılmalıdır. Zira örneğin halefiyetin şartları, o hukuki ilişkinin tabi olduğu maddi hukuka göre belirlenecektir.

2. Halefler Bakımından Yetki Sözleşmesinin Geçerliliği

Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda yukarıda da belirttiğimiz üzere Türk Mahkemeleri lehine yetki veren yetki sözleşmesinin geçerliliği lex foriye göre tespit edilecektir⁴³. Bu kapsamda Türk Mahkemeleri'nin yetkilendirilmesi durumunda yetki sözleşmesinin taraflarının tacir veya

⁴¹ Ayrıntılı bilgi için bkz. **Budak**, s. 21- 22.

⁴² **Oğuzman/Öz**, s. 165.

⁴³ Bkz.: I, A.

kamu tüzel kişisi olma zorunluluğu, sözleşmenin üçüncü kişilere teşmi-
linde de uygulama alanı bulacaktır. Ancak belirtmek gerekir ki, üçüncü
kişinin halefiyeti maddi hukuka ilişkin olduğu için taraflar arasındaki hukuki
ilişkinin tabi olduğu hukuka göre halef olarak kabul edilip edilmediği tespit
edildikten sonra tacir veya kamu tüzel kişisi olup olmadığının tespiti
gerekecektir.

Usuli itirazlar *lex fori*ye tabidir; ancak bir usuli itirazın içeriği itibariyle
maddi hukuk münasebetine istinat etmesi durumunda maddi hukuk münase-
betine tatbiki gereken maddi hukuka göre hükme bağlanır⁴⁴. Örneğin
MÖHUK m. 9/I uyarınca Türk Hukuku'nda gerçek kişiler hak ve fiil ehliyeti
bakımından şahsi statü olarak milli hukuklarına tabidir⁴⁵. Bu kapsamda
hukukumuz bakımından yetki sözleşmesinin geçerli olması için tarafların
tacir veya kamu tüzel kişisi olması zorunluluğu *lex fori* nedeniyle kabul
edilmektedir. Ancak tarafın tacir veya kamu tüzel kişisi statüsünde olup
olmadığının hangi hukuka göre belirleneceğinin tespiti de önem arz etmek-
tedir. Bu bakımdan Nomer, tacir sıfatının maddi hukuka ait bir kavram
olduğunu; bununla birlikte usule ilişkin faaliyetlere girişilmesinin bu kav-
rama bağlı kılındığı ölçüde bir usul hukuku kavramı olarak da ortaya çık-
acağını belirtmektedir. Yazar, tacir sıfatının kesinlikle *lex fori*'ye (hakimin
hukukuna) tabi olacağını söylemenin mümkün görünmediğini; sırf usul
meselelerine tabi olması halinde vasıflandırmada *lex fori*'nin hakim olaca-
ğını; özellikle mahkemeler teşkilatı alanında, örneğin iflas yolunun sadece
tacirlere kullanılması halinde tacir sıfatının tayininin *lex fori*'ye göre yapı-
lacağını belirtmektedir⁴⁶. Ancak kanımızca tacir sıfatının *lex fori*'ye göre
belirlenmesinin ağır sonuçları olabilecektir. Örneğin tabi olduğu hukuka
göre tacir sıfatı taşımayan bir kimse hakkında *lex fori* uygulandığında tacir
olarak değerlendirilip iflasına karar verilmesi söz konusu olabilecektir. Bu
nedenle tacir sıfatı maddi hukuka göre tayin edilmelidir. Bu kapsamda iflasın
gerçekleşmesi için aranan şartlar *lex fori*'ye göre belirlenmeli; ardından tacir
sıfatı, hukuki ilişkinin tabi olduğu hukuka göre tespit edilmelidir⁴⁷. Bu

⁴⁴ Nomer, Ergin, s. 381.

⁴⁵ Ayrıntılı bilgi için bkz. Nomer, Ergin, s. 15 vd.

⁴⁶ Nomer, Ergin, s. 406.

⁴⁷ Türk maddi hukukuna tabi hukuki ilişkilerde yetki sözleşmesinin taraflarının tacir
sıfatının belirlenmesine ilişkin bilgi için bkz: Yılmaz, Ejder; Hukuk Muhakemeleri

kapsamda Türk Mahkemeleri'ni yetkilendiren yetki sözleşmesi bakımından da tarafların tacir olması zorunluluğu lex fori gereğidir. Ancak tarafların tacir sıfatını taşıyıp taşımadıkları hukuki ilişkiye uygulanacak maddi hukuka göre belirlenmelidir. Aynı husus kamu tüzel kişiliğinin belirlenmesi için de söz konusudur.

HUMK döneminde yetki sözleşmesinin kural olarak külli ve cüzi haleflere teşmili kabul edilmekteydi⁴⁸. Üstündağ, yetki sözleşmesi ile kural olarak münhasıran şahsa bağlı bir hak doğmaması nedeniyle söz konusu sözleşmenin şahsa bağlı hak içeren karaktare sahip olmaması veya özel durumların aksini göstermemesi durumunda diğer sözleşmeler gibi tarafların külli ve cüzi haleflerini bağlayacağını kabul etmektedir⁴⁹. Ancak HUMK m. 22 hükmüne göre yetki sözleşmesi yapılmış olması halinde tarafların tacir veya kamu tüzel kişisi olmaları şartı aranmamakta, her gerçek kişi de yetki sözleşmesinin tarafı olabilmekteydi. Ayrıca yetki sözleşmesi ile genel ve özel yetkili mahkemelerin yetkisinin kaldırılıp kaldırılmadığı tartışmalı olmakla beraber Yargıtay'ın kabul ettiği ve doktrinde baskın görüş yetki sözleşmesinin, kanunen yetkili olan diğer mahkemelerin yetkisinin kaldırılmayacağı yönündeydi⁵⁰. Bu görüş çerçevesinde yetki sözleşmesinin ilgili olduğu hukuki ilişkiye göre üçüncü kişinin bu sözleşmenin taraflarından

Kanunu Şerhi, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2013, s. 200-201; **Can**, Ozan; "6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na göre Yetki Sözleşmesinin Tarafı Olarak Tacir", *Batder*, C. XXVIII, S. 3, Eylül 2012, s. 237 vd.

⁴⁸ **Üstündağ**, *Salahiyet Anlaşmaları*, s. 337; **Uyanık**, s. 101; **Sargın**, s. 232; **Bolayır**, *Yetki Sözleşmeleri*, s. 75.

⁴⁹ **Üstündağ**, *Salahiyet Anlaşmaları*, s. 337; **Sargın**, s. 232; **Bolayır**, Nur; "Hukuk Muhakemeleri Kanunu'na Göre Yetki Sözleşmeleri", *İBD*, C. 85, S. 5, Y. 2011, s. 134; **Canbeldek**, s. 228.

⁵⁰ **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; *Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 181; **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özkes**, Muhammet; *Medenî Usûl Hukuku*, 9. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010, s. 130; Y. 13. HD., 28.11.2008, 7253/14202 (**Kazancı İçtihat Bankası**, 21.10.2014); Postacıoğlu, tarafların anlaşarak genel yetkili mahkemenin yetkisini ortadan kaldıramayacağını; ancak, özel yetkili mahkemelerin yetkisini kaldırabileceğini belirtmekte idi (**Postacıoğlu**, s. 162); Üstündağ ise, tarafların münhasır yetki anlaşması dahi yapabileceklerini kabul etmekte idi (**Üstündağ**, *Medenî Yargılama Hukuku*, C. I-II, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 217, dn. 121); Ayrıntılı bilgi için bkz. **Bolayır**, *Yetki Sözleşmeleri*, s. 159 vd.

birine halef olduğunun belirlenmesi halinde yetki sözleşmesinin halefi de bağlayacağı kabul edilmekteydi. HMK m. 17'nin yürürlüğe girmesi ile taraflar bakımında tacir veya kamu tüzel kişisi olma zorunluluğu getirilmiş olması nedeniyle doktrinde yetki sözleşmesinin haleflere teşmiline ilişkin farklı görüşler mevcuttur.

Kuru- Arslan-Yılmaz, yetki sözleşmesinin tarafların külli ve cüzi haleflerini bağlayacağını belirtmektedir⁵¹. Karşılı ise, usûl sözleşmelerinin etkilerinin usûl hukuku alanında doğması nedeniyle bu etkilerin yorumunun da usûl hukuku hükümleri dikkate alınarak yapılması gerektiğini; bu kapsamda HMK m. 17 ve kanun koyucunun iradesi bu imkanının sadece tacirlere ve kamu tüzel kişilerine tanınması yönünde olduğunu belirtmektedir. Bu kapsamda bir kişinin doğrudan yapacağı bir sözleşme ile elde edemeyeceği bir imkanı veya bir külfeti halefiyet yoluyla elde etmesi doğru olmayacaktır. Eğer zayıf taraf korunmak isteniyorsa her durumda korunmalıdır, doğrudan yapamayacağı bir işlemde aynı kişiyi cüzi veya külli halef olduğunda değişik bir pozisyonda kabul etmek usul hukuku ilkeleri açısından da uygun olmayacaktır⁵². Karşılı/Koç/Konuralp, yetkili mahkemenin tespitinde davanın açıldığı anda tarafların tacir veya kamu tüzel kişisi sıfatını taşımaya devam etmesi gerektiğini; kanun koyucunun, yeki sözleşmesi ile tarafların külli ve cüzi haleflerinin bağlı olmasını isteseydi buna yönelik bir düzenleme yapacağını, bu nedenle miras yoluyla yetki sözleşmesine taraf olması gereken mirasçıların bu koşulları sağlamıyor olması halinde yetki sözleşmesinin geçerliliğini yitireceğini belirtmektedirler⁵³.

Bolayır, külli ve cüzi haleflerin yetki sözleşmesi ile bağlı olup olamayacakları sorusunun HMK m. 17 dikkate alınarak cevaplandırılması gerektiğini; bu çerçevede tacirlerin veya kamu tüzel kişilerinin yetki sözleşmesi yapmalarına imkan tanındığına göre kanun koyucunun yetki sözleşmesinin kapsamını oldukça dar tutma amacında olduğunu, bu nedenle yetki sözleş-

⁵¹ **Kuru**, C. I, s. 574; **Kuru**, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder; Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı (6100 Sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış), 24. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, s. 156.

⁵² **Karşılı**, Medenî Muhakeme, s. 281.

⁵³ **Karşılı**, Abdürrahim/Koç, Evren/Konuralp, Cengiz Serhat; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemler Konular, Alternatif Yayınları, İstanbul 2014, s. 36.

mesinin külli ve cüzi haleflere teşmil edilmesinin onların tacir veya kamu tüzel kişisi olmaları halinde mümkün olacağını kabulü gerektiğini belirtmektedir . Yazar, maddi hukukun mirasçılar ile alacağı ve borcu devralanlar bakımından halefiyet kuralı getirmiş olmasının bu kuralın usul hukukunda da mutlak olarak uygulanmamasını, HMK'daki hükümler dikkate alınarak yorumlanması gerektiğini belirtmekte; bu kapsamda sözleşmeyi tacir ve kamu tüzel kişisi olmayanlara da teşmil etmenin, yetki sözleşmesinin kapsamını kanun koyucunun iradesine aykırı olarak fazlasıyla genişletmek anlamına geleceğini vurgulamaktadır⁵⁴.

Belgin Güneş, yetki sözleşmesinin geçerliliğinin davanın açıldığı tarihte de devam ediyor olması gerektiğini; bu kapsamda tarafların da tacir sıfatını davanın açıldığı tarihte de muhafaza ediyor olmaları gerektiğini; HMK m. 19/IV hükmünün uygulanması halinde tarafların tacir olmasının aranmadığını ve kanun koyucunun halefiyet durumunda, haleflerin tacir sıfatını taşımalarını istemeseydi HMK m. 19/IV'te olduğu gibi bunu açıkça düzenleyeceğini belirterek miras yoluyla yetki sözleşmesine taraf olması gereken mirasçıların tacir vasfını taşımamaları durumunda yetki sözleşmesinin usûl hukuku bakımından geçerliliğini yitireceğini belirtmektedir⁵⁵.

Kanımızca, Bolayır'ın da belirttiği üzere, yetki sözleşmesinin tarafların külli ve cüzi haleflerine etkisinin değerlendirilmesinde kanun koyucunun amacı esas alınmalıdır. HMK m. 17'nin yürürlüğe girmesiyle birlikte kanun koyucunun taraflar bakımından getirdiği bu sınırlama nedeniyle halefin tacir veya kamu tüzel kişisi olmaması durumunda yetki sözleşmesinin onlara teşmili mümkün olmamalıdır.

3. Kambiyo Senedinin Ciro Edilmesi Halinde Cirantalar Bakımından Yetki Sözleşmesinin Geçerliliği

Kambiyo senedinde geçerli olarak konulmuş bir yetki şartının cirantalar hakkında da hüküm ifade edebilmesi için cirantaların tacir veya kamu tüzel kişisi niteliğini haiz olmaları gerekir⁵⁶. Budak, kambiyo senetlerine dayalı

⁵⁴ Bolayır, Makale, s. 134.

⁵⁵ Belgin Güneş, Derya; "Yetki Sözleşmeleri", İBD, C. 86, S. 5, Y. 2012, s.216, 217.

⁵⁶ Karlı/Koç/Konuralp, s. 36.

takipte birlikte takip edilecek senet borçlularından bir kısmının tacir olduğu hallerde yetki şartının sadece senet borçlusu bakımından geçerli olacağını belirtmektedir⁵⁷. Bolayır da, bonolardaki yetki kayıtlarında bonoyu düzenleyen tarafın tacir olmaması halinde, HMK m. 17 hükmü nedeniyle yetki şartının geçersiz olacağını belirtmektedir⁵⁸. Kanımızca bu durumda da, halefiyet bakımından belirttiğimiz gerekçelerle yetki şartı sadece tacir veya kamu tüzel kişisi olmaları halinde geçerlilik arz edecektir.

4. Feri Müdahilin Açacağı Rücu Davasında Feri Müdahil Bakımından Yetki Sözleşmesinin Geçerliliği

Yetki sözleşmesi kural olarak, sözleşmenin tarafı olmayan ferî müdahil hakkında sonuç doğurmayacaktır. Zira ferî müdahale, taraflardan birinin yanına, üçüncü bir kişinin ona yardım etmek için katılmasıdır⁵⁹. Ancak taraflar arasındaki dava, yetki sözleşmesi ile kabul edilen mahkemede görüldüğü sırada, asıl tarafın ferî müdahile karşı veya ferî müdahilin asıl tarafa karşı rücu davası açması söz konusu olabilir. Bu durumda HUMK m. 57 uyarınca ferî müdahil rücu davasını asıl davanın görüldüğü mahkemede açabilmekteydi⁶⁰. Özen, kefilin asıl borçlu ve alacaklı arasında yapılan yetki sözleşmesiyle yetkili kılınan mahkemede rücu davasını açabileceğini belirtmektedir⁶¹. Ancak kanımızca söz konusu düzenlemenin HMK'da yer alması nedeniyle yetki sözleşmesinin tarafı olmayan ferî müdahilin, asıl tarafa karşı ya da asıl tarafın ferî müdahile karşı açacağı rücu davasında yetkili mahkeme yetki sözleşmesine göre belirlenmemelidir. Nitekim ferî müdahilin asıl tarafa açacağı rücu davasını yetki sözleşmesinde belirlenen mahkemede açabilmesi HUMK m. 57 nedeniyle kabul edilmekte idi. Ancak söz konusu hükmün yürürlükte olmaması nedeniyle ferî müdahil, asıl tarafa açacağı davada yetki sözleşmesine dayanamayacaktır.

⁵⁷ Budak, s. 58.

⁵⁸ Bolayır, Makale, s. 133.

⁵⁹ Pekcanitez, Hakan; Medenî Usûl Hukukunda Ferî Müdahale, Ankara 1992, s. 18.

⁶⁰ Bolayır, Yetki Sözleşmeleri, s. 75.

⁶¹ Özen, Burak; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012, s. 468.

Feri müdahilin kefil olması halinde ise, kural olarak yetki sözleşmesinin tarafı olmayan ferî müdahil, yani kefil hakkında sözleşme uygulama alanı bulmayacaktır. Ancak Borçlar Kanunu'nun 596. maddesinin birinci fıkrasında kefilin rücu hakkına ilişkin düzenlemede kefilin alacaklıya ifade bulunduğu ölçüde onun haklarına halef olacağı belirtilmektedir. TBK m. 596'da yer alan halefiyet ilkesi, kefilin her türlü ispat gücünden kurtularak rücu hakkını kullanabilmesini ve bu sırada alacaklının ferî nitelikteki teminatlara başvurabilmesini amaçlamaktadır⁶². Halefiyete dayanan rücuda, alacaklıyı tatmin eden kefile, alacaklıya ait haklar geçer; bir başka deyişle kanuna dayanan bir alacağın devri gerçekleşir⁶³. Alacaklının, esas borçlu karşısında sahip olduğu haklar kanun gereğince, kendiliğinden kefile geçer. Ancak bu durumda halefiyet bakımından yaptığımız yorum burada da uygulama alanı bulmalı ve bu kapsamda ferî müdahil konumunda bulunan kefil, tacir veya kamu tüzel kişisi değil ise, alacaklıya ifade bulunursa, asıl borçluya karşı açılacak davada asıl borçlu ile alacaklı arasında yapılmış bulunan yetki sözleşmesinde belirtilen mahkemede dava açamamalıdır.

Kuru, HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde yaptığı değerlendirmede, kefilin alacaklıya ödediği miktar için asıl borçluya karşı açacağı rücu davasında, asıl borçlu ile alacaklının yapmış oldukları yetki sözleşmesine dayanabileceğini; çünkü borcu ödeyen kefilin bununla alacaklının asıl borçluya karşı sahip olduğu haklara da halef olacağını belirtmektedir⁶⁴.

Kefilin halefiyetinin kabulünün temel amacı, alacaklının tatmin edilmesiyle kefilin malvarlığında ortaya çıkan olumsuz etkiyi en kolay ve çabuk yoldan denkleştirmektir; kefil rücu hakkını kullanırken halefiyet ayrıcalığından yararlanırsa, hem asıl borçluya arasındaki temel ilişkiyi ispat küfletinden kurtulacak hem de alacaklının elindeki teminatlardan yararlanma imkanına kavuşacaktır⁶⁵. Bu kapsamda yetki sözleşmesini kefile teşmil etmek, kefilin korumak için kabul edilen halefiyetin amacı ile çelişecektir. Zira yetki sözleşmesinin kefil bakımından geçerli olduğunun kabulü halinde,

⁶² **Özen**, s. 427.

⁶³ **Özen**, s. 499.

⁶⁴ **Kuru**, C. I, s. 574; **Üstündağ**, bu durumda yetki sözleşmesine ilişkin olarak kefilin menfaati bulunması gerektiğini belirtmiştir (**Üstündağ**, *Salahiyet Anlaşmaları*, s. 338).

⁶⁵ **Özen**, s. 459.

tacir veya kamu tüzel kişisi olmayan kefil, yetki sözleşmesi ile kendi ülke mahkemelerinde dava açamayacak, yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkemede dava açmak zorunda kalacaktır. Oysa kanun koyucunun kefilin alacaklıya halef olmasını kabul etmesinin sebebi borcu ödeyen kefilin, asıl borçluya rücu hakkını teminat altına almaktır⁶⁶.

5. Dava Arkadaşlığı Durumunda Yetki Sözleşmesinin Dava Arkadaşlarına Etkisi

Uyuşmazlığın taraflarından birinde zorunlu dava arkadaşlığı olması halinde yetki sözleşmesinin tüm dava arkadaşlarının katılımıyla yapılması gerekmektedir⁶⁷. Bu nedenle zorunlu dava arkadaşlığının söz konusu olması halinde yetki sözleşmesinin geçerli olabilmesi için tüm dava arkadaşlarının tacir veya kamu tüzel kişisi olması gerekecektir⁶⁸.

İhtiyari dava arkadaşlığı durumunda yapılan yetki sözleşmesi ise, sadece yetki sözleşmesini imzalayan dava arkadaşı bakımından sonuç doğuracaktır. Bu kapsamda müşterek borçlulardan veya alacaklılardan birinin taraf olduğu yetki sözleşmeleri, buna taraf olmayan ihtiyari dava arkadaşları hakkında uygulama alanı bulmayacaktır⁶⁹.

6. Üçüncü Kişi Yararına Sözleşme Durumunda Yetki Sözleşmesinin Üçüncü Kişiye Etkisi

Kendi adına sözleşme yapan kişi, sözleşmeye üçüncü kişi yararına bir edim yükümlülüğü koydurmuşsa, edimin üçüncü kişiye ifa edilmesini isteyebilir (TBK m. 129/I). Söz konusu hüküm eksik(gerçek olmayan) üçüncü kişi yararına sözleşmeye ilişkindir. Eksik üçüncü kişi yararına sözleşme, sözleşmeye taraf olmayan üçüncü kişinin kural olarak edimin ifasını talep ede-

⁶⁶ **Oğuzman/Öz**, C. I, s. 270.

⁶⁷ **Ulukapı**, Ömer; *Medenî Usûl Hukukunda Dava Arkadaşlığı*, Mimoza Yayınları, Konya 1991, s. 145; **Karşlı**, *Medenî Muhakeme*, s. 282; **Bolayır**, *Yetki Sözleşmeleri*, s. 74.

⁶⁸ **Budak**, Ali Cem; “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Görev, Yetki ve Yetki Sözleşmesi (HMK m. 5-19) Konularında Getirdiği Yenilikler”, *Bankacılar Dergisi*, Y. 24, Özel Sayı, İstanbul, Ocak 2013, s. 57; **Karşlı**, *Medenî Muhakeme*, s. 282.

⁶⁹ **Kuru**, C. I, s. 574; **Bolayır**, *Yetki Sözleşmeleri*, s. 74; **Budak**, s. 57; **Ansay**, Sabri Şakir; *Hukuk Yargılama Usûlleri*, 7. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1960, s. 104; **Uyanık**, s. 102.

meyip sadece kendisine yapılan ifayı kabul edebilmesidir⁷⁰. Bu kapsamda eksik üçüncü kişi yararına sözleşmenin varlığı halinde, üçüncü kişinin ifayı talep etme hakkı olmadığı için dava açması ve dolayısıyla yetki sözleşmesinin üçüncü kişiye teşmil edilmesi söz konusu olmayacaktır. Ancak üçüncü kişi veya üçüncü kişiye halef olanlar da, tarafların amacına veya örf ve âdete uygun düşüğü takdirde edimin ifasını isteyebilirler (TBK m. 129/II). Bu durumda üçüncü kişi veya ona halef olanlar bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya bildirdikten sonra, alacaklı borçluyu ibra edemeyeceği gibi, borcun nitelik ve kapsamını da değiştiremez. İfayı lehdarın yani üçüncü kişinin de isteyebildiği hallere üçüncü kişi yararına tam sözleşme denir⁷¹.

Üçüncü kişi yararına eksik sözleşmelerde, üçüncü kişi yararına tam sözleşmelerden farklı olarak borç ilişkisinin nisbiliğine tam olarak istisna oluşturan bir durum olmadığı; bu durumda lehdarın taraflar arasındaki hukuki ilişkiye dayanarak bir hak ileri sürmesinin mümkün olmadığı belirtilmektedir⁷². Üçüncü kişi yararına tam sözleşmelerde ise borç ilişkisinin nisbiliğine istisna oluşturmakta; zira bu durumda bir kişi kendisinin taraf olmadığı bir sözleşme uyarınca bazı haklar kazanmakta ve bunları ileri sürebilmektedir⁷³.

Tarafların üçüncü kişi yararına sözleşme yapmaları mümkün olduğu için yetki sözleşmesini de üçüncü kişi yararına yapabilirler⁷⁴. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere gerçek olmayan üçüncü kişi yararına sözleşmede üçüncü kişinin talep hakkı olmadığı için sadece üçüncü kişi yararına tam sözleşmede üçüncü kişi yararına yetki sözleşmesi yapılabilecektir. Üçüncü kişi yararına yetki sözleşmesi, üçüncü kişi bakımından da etki doğuracağı için “inter partes etki” prensibi geçerli olmayacaktır⁷⁵. Bu kapsamda üçüncü

⁷⁰ **Oğuzman/Öz**, s. 431; **Hatemi/Gökyayla**, Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012, s. 281.

⁷¹ **Oğuzman/Öz**, s. 430- 431.

⁷² **Oğuzman/Öz**, s. 431.

⁷³ **Oğuzman/Öz**, s. 431.

⁷⁴ **Uyanık**, Ayfer; Türk Mülletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul, 1994, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), s. 102; **Bolayır**, Yetki Sözleşmeleri, s. 75.

⁷⁵ **Uyanık**, s. 102; **Bolayır**, Yetki Sözleşmeleri, s. 75; sözleşmelerin nisbiliği bakımından değerlendirmeye ilişkin olarak bkz.: **Akyol**, Şener; Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Vedat Kitapçılık, Ankara 2008, s. 204-205.

kişi yararına yapılan yetki sözleşmesi BK m. 129/II'nin farklı bir görünümüdür⁷⁶.

Akyol, alacaklı ile borçlu arasında doğan usul hukukuna ilişkin savunmaların borçlu tarafından, üçüncü kişiye karşı ileri sürülebileceğini, bu kapsamda yetki sözleşmesine ilişkin savunmaların da üçüncü kişiye karşı ileri sürülebileceğini belirtmektedir⁷⁷. Kanımızca üçüncü kişi yararına sözleşme her ne kadar inter partes prensibinin istisnası olsa da, üçüncü kişinin yetki sözleşmesinden yararlanabilmesi veya yetki sözleşmesinin ona karşı ileri sürülebilmesi için üçüncü kişinin tacir veya kamu tüzel kişisi olması gerekmektedir. Zira üçüncü kişinin, tarafı olarak yapamayacağı bir sözleşmeyi üçüncü kişi yararına sözleşme ile elde edebilmesi yargılama hukuku ilkelerine aykırı olacak ve kanunun dolanılmasına da sebebiyet verebilecektir.

7. Sözleşmenin Devri Durumunda Yetki Sözleşmesinin Sözleşmeyi Devralana Etkisi

Sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden ve sözleşmede kalan taraf arasında yapılan bir anlaşma ile gerçekleşir (TBK m. 205/1). Buna göre sözleşmenin devri üç taraflı bir anlaşma ile gerçekleşir⁷⁸. Bu sözleşmenin geçerliliği, devredilen sözleşmenin geçerliliğine bağlıdır (TBK m. 205/3). Ayrıca sözleşmenin devri, sözleşmeyi devralan ile devreden arasında yapılan bir anlaşma ile de gerçekleşebilir (TBK m. 205/2). Ancak bu durumda bu sözleşmenin devri sözleşmesine, sözleşmede kalan tarafça önceden izin verilmeli ya da sonradan onay verilmelidir. Zira bu durumda sözleşmede kalan tarafın da menfaati vardır⁷⁹.

Bu kapsamda sözleşmenin devri durumunda üçüncü kişi sözleşmenin tarafı haline gelmektedir⁸⁰. Bu nedenle devredilen sözleşmenin yetki şartını

⁷⁶ **Bolayır**, Yetki Sözleşmeleri, s. 75.

⁷⁷ **Akyol**, s. 209.

⁷⁸ **Eren**, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014, s. 1256; **Nomer**, Haluk N.; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2013, s. 369; **Ayrancı**, Hasan; Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 97.

⁷⁹ **Ayrancı**, s. 98.

⁸⁰ **Ayrancı**, s. 116.

da içermesi durumunda, yetki şartının geçerli olabilmesi için sözleşmenin tarafı haline gelen üçüncü kişinin tacir veya kamu tüzel kişisi olması gerekecektir⁸¹. Ancak bu durumda taraflar arasındaki yetki sözleşmesinin sözleşmeyi devralan kişiye teşmili söz konusu değildir. Çünkü sözleşmeyi devralan kişi, sözleşmenin tarafı haline gelmekte ve sözleşmeyi devreden taraf, devir işleminden sonraki dönem için sorumluluktan kurtulmaktadır⁸².

8. Sözleşmeye Katılma Durumunda Yetki Sözleşmesinin Devralana Etkisi

Sözleşmeye katılma durumunda, üçüncü bir kişi sözleşmenin bir tarafına, mevcut tarafın yanında yer almak üzere katılmakta; katılan, mevcut tarafla birlikte onun hak ve borçlarına sahip olmaktadır⁸³. Bu kapsamda sözleşmenin devrinden farklı, mevcut taraflardan birinin sıfatına son vermiyip onunla birlikte sözleşmenin tarafı olmaktadır⁸⁴.

TBK m. 206 uyarınca; sözleşmeye katılma, sözleşmenin tarafları ile katılan arasında yapılan üç taraflı sözleşme ile gerçekleşir. Sözleşmeye katılmaya ilişkin sözleşmenin geçerliliği, katılma konusu sözleşmenin şekline bağlıdır (TBK m. 206/3). Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, sözleşmeye katılan ile yanında yer aldığı taraf sözleşmenin diğer tarafına karşı müteselsilen alacaklı ve borçlu olurlar (TBK m. 206/2). Bu nedenle borca katılma sözleşmesinin geçerli olabilmesi, her üç tarafın da irade beyanları aynı şekil kapsamında yer almasına bağlıdır.

Söz konusu hükümler değerlendirildiğinde, sözleşmeye katılma durumunda da, sözleşmeye katılan artık sözleşmenin tarafı haline gelmekte, üçüncü kişi olmamaktadır. Sözleşmeye katılmanın geçerliliğinin katılma konusu sözleşmenin şekline tabi olması nedeniyle, yetki sözleşmesinin katılan bakımından hüküm doğurabilmesi için hem katılanın tacir veya kamu tüzel kişisi olması hem de yazılı olarak yapılması gerekecektir.

⁸¹ Karşlı/Koç/Konuralp, s. 36.

⁸² Ayrancı, s. 116.

⁸³ Eren, s. 1256; Nomer, Haluk, s. 371.

⁸⁴ Oğuzman/Öz, C. 2, s. 621.

SONUÇ

Yabancılık unsuru taşıyan uyuşmalıklarda tarafların yapacakları yetki sözleşmesinin geçerlilik şartlarının tespiti için öncelikle tarafların yetkilendirmek istedikleri mahkemenin Türk Mahkemeleri mi yoksa yabancı bir devlet mahkemesi mi olduğunun belirlenmesi gerekecektir. Zira taraflar Türk Mahkemeleri'ni yetkilendirmek için yetki sözleşmesi yapacaklarsa, Türk Mahkemeleri'nin yetkisine ilişkin MÖHUK m. 40'ın iç hukuk kurallarına atıf yapması nedeniyle HMK m. 17 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Buna göre tarafların, yabancı unsurlu bir uyuşmazlık için Türk Mahkemeleri'ni yetkilendirebilmeleri için tacir veya kamu tüzel kişisi olmaları gerekir. Yabancılık unsuru taşıyan bir uyuşmazlıkta taraflar, yabancı bir devlet mahkemesini yetkilendirmek isterlerse, bu durumda MÖHUK m. 47 hükmü uygulama alanı bulacaktır. Söz konusu hükümde yetki sözleşmesinin taraflarına ilişkin herhangi bir sınırlama olmadığından ve hüküm iç hukuk kurallarına atıf yapmadığından tarafların, uyuşmazlığın yabancı bir devlet mahkemesinde görülmesine ilişkin yetki sözleşmesi yapabilmeleri için tacir veya kamu tüzel kişisi olmaları şartı aranmayacaktır.

Yetki sözleşmesinin üçüncü kişilere teşmilinde Türk Mahkemeleri'nin yetkilendirilmesi durumunda kendisine yetki sözleşmesi teşmil edilecek üçüncü kişinin de tacir veya kamu tüzel kişisi olması kuralının uygulanıp uygulanmayacağı önem arz etmektedir. Kanımızca yetki sözleşmesinin usuli bir sözleşme olması nedeniyle usul hukuku ilkelerinden ve usul hukukuna ilişkin yorum kurallarından hareket etmek gerekmektedir. Kanun koyucu HMK m. 17 hükmü ile, zayıf konumda bulunan tarafları korumayı amaçlamıştır. Maddenin gerekçesinde de, daha zayıf konumda olan kimselerin daha güçlü olan tacir veya kamu tüzel kişilerine karşı korunma ihtiyacının ortaya çıktığı belirtilmektedir. Ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklarda bazı durumlarda yetki sözleşmesi gerçek kişi lehine de olabilecektir. Ayrıca milletlerarası uyuşmazlıklarda taraflar, yetki sözleşmesi ile bağımsızlığına ve tarafsızlığına güvendikleri mahkemeyi yetkilendirme amacı taşımaktadırlar. Bu nedenle yetki sözleşmesi ile yetkilendirilen mahkeme çoğu zaman asıl sözleşmenin yapılmasında önem arz etmekte ve taraflar güvenmedikleri mahkemenin yetkilendirilmesi durumunda asıl sözleşmeyi de imzalamaktan kaçınabilmektedirler. Bu nedenle yetki sözleşmesinin üçüncü kişilere teşmi-

linde, üçüncü kişinin sözleşmenin tarafı olmaması nedeniyle korunması gerekirken, sözleşmenin tarafının da yetki kaydına güvenerek asıl sözleşmeyi imzalamış olması durumunda bu güveni korunmalıdır. Zira hangi devlet mahkemesinde yapılan yargılamanın lehe olacağını bilmek önceden mümkün değildir. Bu bakımdan lehe olan hüküm her somut olay bakımından değişiklik arz edebilecektir. Bu tespitin yapılabilmesinin güçlüğü nedeniyle kanımızca tarafları korumak amacıyla getirilen HMK m. 17 hükmü kapsamında üçüncü kişinin de tacir veya kamu tüzel kişisi olması gerekmektedir. Ayrıca tarafların yabancı bir devlet mahkemesini yetkilendirmek istemeleri halinde tacir veya kamu tüzel kişisi olmaları şartı aranmazken Türk Mahkemeleri'ni yetkilendirebilmek için tacir veya kamu tüzel kişisi olmalarının zorunlu olması çelişki yaratmaktadır.

Çalışmamızda mevcut düzenleme göz önünde bulundurularak üçüncü kişiye teşmil konusunda bazı özel durumlar ele alınmıştır. Bu kapsamda halefiyet, ferî müdahale, dava arkadaşlığı, kambiyo senetlerinin ciro edilmesi hali, üçüncü kişi yararına sözleşme ve sözleşmenin devri hükümleri incelenmiştir.

Kanımızca Fransız Hukukunda kabul edilen sözleşmelerin, bundan yararlanan üçüncü kişilere zarar veremeyeceği ilkesi hukukumuz bakımından da geçerlidir. Bu kapsamda üçüncü kişinin tarafı olarak yapamayacağı bir sözleşmenin ona teşmili hükmün getirilme amacı ile bağdaşmayacaktır.

Kaynakça

- Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis;** Medenî Usûl Hukuku Esasları, 7. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul 2009.
- Akyol, Şener;** Tam Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme, Vedat Kitapçılık, Ankara 2008.
- Ansay, Sabri Şakir;** Hukuk Yargılama Usûlleri, 7. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, Ankara 1960.
- Aşık, İbrahim;** “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre Yetki Sözleşmesi”, TBBD, 2011, S. 97, s. 11-48.
- Ayrancı, Hasan;** Sözleşmelerin Yüklenilmesi (Devri), Yetkin Yayınevi, Ankara 2003.
- Belgin Güneş, Derya;** “Yetki Sözleşmeleri”, İBD, C. 86, S. 5, Y. 2012, s. 197-221.
- Berkin, Necmeddin M.;** Tatbikatçılara Medenî Usûl Hukuku Rehberi, Filiz Kitabevi, İstanbul 1969.
- Bilge, Necip/Önen, Ergun;** Medenî Yargılama Hukuku Dersleri, 3. Baskı, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, 1978.
- Bolayır, Nur;** “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na Göre Yetki Sözleşmeleri”, İBD, C. 85, S. 5, Y. 2011, s. 131-147, (Makale).
- Bolayır, Nur;** Medenî Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul, 2009, (Yetki Sözleşmeleri).
- Budak, Ali Cem;** “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Görev, Yetki ve Yetki Sözleşmesi (HMK m. 5-19) Konularında Getirdiği Yenilikler”, Bankacılar Dergisi, Y. 24, Özel Sayı, İstanbul, Ocak 2013, s. 42-61.
- Can, Ozan;** “6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu’na göre Yetki Sözleşmesinin Tarafı Olarak Tacir”, Batıder, C. XXVIII, S. 3, Eylül 2012, s. 237-263.
- Canbeldek, Özlem;** “Hukuk Muhakemeleri Kanunu ve Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Kanunu Işığında Yetki Sözleşmeleri”, MİHDER, C. 8, S. 22, 2012/2, s. 199-233.

- Çelikel, Aysel/Erdem, Bahadır**; Milletlerarası Özel Hukuk, 13 Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2014.
- Després, Isabelle**; Code de Procédure Civile, 101e édition, Paris, Dalloz 2009, s. 93.
- Doğan, Vahit**; Milletlerarası Özel Hukuk, Gözden Geçirilmiş 2. Bası, Ankara 2013.
- Ekşi, Nuray**; Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisi, 2. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2000.
- Eren, Fikret**; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 17. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2014.
- Guez, Philippe**; L'Election de For En Droit International Privé, Dissertation, 1992.
- Hatemi, Hüseyin/Gökyayla, Emre**; Borçlar Hukuku Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2012.
- Karşlı, Abdürrahim**; Medenî Muhakeme Hukuku, 3. Bası, İstanbul 2012, (Medenî Muhakeme).
- Karşlı, Abdürrahim**; Medenî Usûl Hukukunda, Usuli İşlemler, İstanbul 2001, (Usulî İşlemler).
- Karşlı, Abdürrahim/Koç, Evren/Konuralp, Cengiz Serhat**; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Problemler Konular, Alternatif Yayınları, İstanbul 2014.
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder**; Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı (6100 Sayılı HMK'na Göre Yeniden Yazılmış), 24. Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, (HMK'ya göre Medenî Usûl Hukuku).
- Kuru, Baki/Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder**; Medenî Usûl Hukuku Ders Kitabı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010, (HUMK'a Göre Medenî Usûl Hukuku).
- Kuru, Baki**; Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. I, 6. Bası, Demir Demir Yayınevi, İstanbul 2001, (C. I).
- Kuru, Baki**; "Sözleşme ile Yabancı Mahkemelerin Yetkili Kılınması", MHB, 1986, S. 2, s. 140-145, (Sözleşme ile Yabancı Mahkemelerin Yetkili Kılınması).

- Lebeau**, Daniel; “Compétence Des Tribunaux De Commerce, Clauses Attributives De Compétence”, *JurisClasseur Commercial*, Fasc. 160, 2013, (www.lexisnexis.com/fr/droit, 22.10.2014).
- Légier**, Gérard; Refondu par Gwendoline Lardeux, “Actes Juridiques, Forme, Domaine de la loi applicable à la forme”, *JurisClasseur Droit International*, Fasc.551-20, 2007, (www.lexisnexis.com/fr/droit, 20.10.2014).
- Nomer**, Ergin; *Devletler Hususi Hukuku*, Yenilenmiş 20. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2013.
- Nomer** Haluk N.; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 13. Bası, Beta Yayınevi, İstanbul 2013.
- Oğuzman**, M. Kemal/Öz, Turgut; *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, C. I, 11. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2013.
- Özen**, Burak; 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu Çerçevesinde Kefalet Sözleşmesi, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2012.
- Pekcanitez**, Hakan; *Medenî Usûl Hukukunda Fer’i Müdahale*, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları No: 30, Ankara 1992.
- Pekcanitez**, Hakan/Atalay, Oğuz/Özkes, Muhammet; *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medenî Usûl Hukuku*, 14. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2013, (HMK’ya Göre Medenî Usûl Hukuku).
- Pekcanitez**, Hakan/Atalay, Oğuz/Özkes, Muhammet; *Medenî Usûl Hukuku*, 9. Bası, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010, (HUMK’a Göre Medenî Usûl Hukuku).
- Postacıoğlu**, İ. E.; *Medenî Usûl Hukuku Dersleri*, 6. Bası, İstanbul 1975.
- Principes ALI/UNIDROIT de procédure civile transnationale*, (<http://www.unidroit.org/french/principles/civilprocedure/ali-unidroitprinciples-f.pdf>, 18.06.2014).
- Sargın**, Fügen; *Milletlerarası Usul Hukukunda Yetki Anlaşmaları*, Ankara 1996.
- States**, Olivier; *Droit Judiciaire Privé*, Paris, Ellipses Édition, 2006.

- Sungurtekin Özkan**, Meral; Türk Medeni Yargılama Hukuku, Barış Yayınları, İzmir 2013.
- Süral**, Ceyda; “Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Türk Mahkemelerinin Milletlerarası Yetkisine Etkisi”, TBBD, 2012, S. 100, s. 167-216.
- Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman-Figanmeşe**, İnci; Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, İstanbul 2014.
- Şanlı**, Cemal; Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlık Çözüm Yolları, İstanbul 2013.
- Ulukapı**, Ömer; Medeni Usul Hukukunda Dava Arkadaşlığı, Mimoza Yayınları, Konya 1991.
- Uyanık**, Ayfer; Türk Mülletlerarası Usûl Hukukunda Yetki Sözleşmeleri, İstanbul 1994, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- Üstündağ**, Saim, Medenî Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Bası, İstanbul 2000, (Medenî Yargılama).
- Üstündağ**, Saim; Medeni Usul Hukukunda Salahiyet Anlaşmaları, İÜHFİM, 1961, C. XXVII, S. 1-4, s. 310-339, (Salahiyet Anlaşmaları).
- Yılmaz**, Ejder; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara 2013.

İnternet Kaynakları :

Kazancı İçtihat Bankası (www.kazanci.com.tr)

www.legifrance.gouv.fr

<http://www.lexisnexis.com/fr/droit>

<http://www.unidroit.org/french/principles/civilprocedure/main.htm>

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:fr:HTML>

<http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/fr/c-textes/lug-idx.htm>

^HULUSLARARASI TAHKİMDE “TAHKİM ANLAŞMASININ HÜKÜMSÜZ, TESİRSİZ VEYA İCRASININ İMKANSIZ OLMASI” KAVRAMLARI

*Arş. Gör. A. İpek SARIOZ BÜYÜKALP**

GİRİŞ

Bilindiği üzere, Türkiye Cumhuriyeti, uyuşmazlıkların devlet yargısı dışındaki çözüm yolları arasında önemli bir yere sahip olan uluslararası ticari tahkimin gelişmesi amacıyla, yaklaşık 150 devletin imzalayarak yürürlüğe koyduğu, 10.06.1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkında New York Konvansiyonu’nu (“NYK”) 08.05.1991 tarihinde onaylayarak yürürlüğe koymuştur¹. Aynı amaçla, 21.06.2001 tarihli

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

* Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Milletlerarası Özel Hukuk Anabilim Dalı

¹ **Onay Belgelerinin Tarihi:** 08.05.1991; **Onay Belgelerinin Resmi Gazete (R.G.) Yayın Tarihi:** 21.05.1991; **Yürürlüğe Giriş Kararnamesinin Tarihi:** 15.08.1991; **Yürürlüğe Giriş Kararnamesinin R.G. Yayın Tarihi:** 25.09.1991, bkz. T.C. Dışişleri Bakanlığı resmi internet sitesi: <file:///C:/Documents%20and%20Settings/ipek.sarioz/My%20Documents/Downloads/ok-yabanci%20hakem%20kararlari-3731.pdf> (erişim tarihi:02.12.2013).

NYK’nın yürürlüğe girmesinden önce yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi mülga 2675 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un (“MÖHUK”) 43 ilâ 45. maddelerinde yer alan hükümler çerçevesinde düzenlenmekteydi. Benzer hükümler 5718 sayılı MÖHUK’un 60 ilâ 62. maddelerinde yer almakta olup, NYK’nın uygulama alanına girmeyen yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizi bu hükümlere göre gerçekleştirilmektedir. Bununla beraber, uluslararası ticari hakem kararlarının tanınması ve tenfizinde NYK’nın oldukça geniş uygulama alanı (âkit

ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu² (“MTK”) kabul edilmiş, böylece yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünde uygulama alanı bulacak kurallara ilişkin düzenlemeler getirilmiştir.

Tahkime teşvik iradesi yalnızca uluslararası uyuşmazlıklarda değil, aynı zamanda yabancılık unsuru taşımayan uyuşmazlıklar açısından da kendisini göstermektedir. 12.01.2011 tarihli ve 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu³ (“HMK”) da 407 ve devamı maddelerinde ulusal (iç) tahkime ilişkin düzenlemeleri içermektedir.

Konumuz açısından önem taşıyan hükümler, uluslararası ticari bir sözleşmede yer alan tahkim şartına rağmen bir tarafın uyuşmazlığı devlet yargısına götürmesi, diğer tarafın ise tahkim itirazında bulunması halinde,

devlet sayısının çokluğu) karşısında, MÖHUK’un ilgili hükümlerinin çok da fazla uygulanmadığını belirtmek gerekmektedir.

² R.G.: 05.07.2001; Sayı: 24453.

³ R.G.: 04.02.2011; Sayı: 27836. HMK’nın tahkim ile ilgili hükümlerinin uygulama alanını belirten 407. maddesi uyarınca “[tahkim kısmında yer alan] hükümler, 21/6/2001 tarihli ve 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanununun tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır”. HMK m.407 ile, MTK’nın “yabancılık unsuru” başlıklı 2. maddesine yapılan açık atıf, her iki kanunun uygulama alanı bakımından yapılan tartışmalara açıklık getirmektedir. Kanımızca HMK’nın bu hükmü, MTK’nın uygulama alanını açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre MTK, m.2 anlamında yabancılık unsuru içeren ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya yine yabancılık unsuru içermekle beraber MTK hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca uygulanmak üzere seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanacaktır. (m. 1/f. 2). Zaten bu yorum tarzı T.C. Anayasası’nın 125. maddesinde yer alan “*Kamu hizmetleri ile ilgili imtiyaz şartlaşma ve sözleşmelerinde bunlardan doğan uyuşmazlıkların milli veya milletlerarası tahkim yoluyla çözülmesi öngörülebilir. Milletlerarası tahkime ancak yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıklar için gidilebilir*” şeklindeki ifade ile de uyumludur.

Diğer taraftan, kanımızca MTK m. 2 çerçevesinde yabancılık unsuru içeren bir tahkimde taraflar uygulanacak kurallar açısından HMK’daki hükümlere atıf yapabileceklerdir. Zira MTK’nın “tahkim yargılamasında uygulanacak kurallar” ile ilgili 8. maddesinde, “*tarafların, tahkim yargılamasına uygulanacak kuralları, MTK’nın emredici hükümleri saklı kalmak kaydıyla serbestçe seçebilecekleri*” ifade edilmiştir. Bu hükümden çıkan sonuç uyarınca, taraflar, gerek HMK, gerekse başka yargılama kuralları seçmek suretiyle, tahkim yargılamasında uygulanacak kurallar konusunda MTK’nın emredici hükümlerinin çizdiği çerçeve içinde serbest olacaklardır.

mahkemenin uyuşmazlığın çözümünü “gerçek (yetkilendirilmiş) forum” a yani hakem heyetine bırakmasını düzenleyen hükümlerdir.

MTK’nın genel gerekçesinde, “Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (UNCITRAL) tarafından hazırlanan kanun örneği ve karşılaştırmalı uluslararası tahkim hukukundaki çağdaş anlayış, gelişme ve ilkelerin esas alındığı” belirtilmektedir⁴. Gerçekten de Kanun’un birçok maddesinde, UNCITRAL Model Kanunu’nun 1985 yılı düzenlemesindeki⁵ hükümlere yer verildiği görülmektedir. Buna ilaveten, HMK’nın iç tahkime ilişkin hükümleri açısından da Model Kanun’dan esinlendiği, böylece aslında MTK ve HMK’nın tahkim hükümlerinin birbirine -birkaç farklı nokta haricinde- uyumlu hale getirildiği görülmektedir.

Çalışmamızda öncelikle tahkim itirazı ile ilgili mevzuat incelenecektir. Daha sonra tahkim itirazının incelenmesi açısından MTK ve NYK’da yer alan hükümlerin uygulama alanları üzerinde durulacaktır. Son olarak, tahkim itirazı ile karşılaşan Türk hâkiminin inceleme konusu yapacağı “tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya icrasının imkânsız olması” kavramları açıklanmaya çalışılacaktır.

I. TAHKİM İTİRAZINA İLİŞKİN MEVZUATIN İNCELENMESİ

MTK’nın 5. maddesi uyarınca “tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlıkta dava mahkemede açılmışsa; karşı taraf, tahkim itirazında bulunabilir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi ve tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin uyuşmazlıkların çözülmesi, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun [6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanununun] ilk itirazlara ilişkin hükümlerine tâbidir. Tahkim itirazının kabulü halinde, mahkeme davayı usulden reddeder.”

Model Kanun’un 1985 yılı düzenlemesinin 8. maddesi uyarınca, “tahkim anlaşmasının konusunu oluşturan bir uyuşmazlık ile ilgili olarak kendisine başvurulmuş mahkeme, bir tarafın [davalının] en geç uyuşmazlığın

⁴ Bkz. MTK’nın genel gerekçesi: <http://www2.tbmm.gov.tr/d21/1/1-0874.pdf> (erişim tarihi: 20.11.2013).

⁵ Bkz. http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/ml-arb/06-54671_Ebook.pdf (erişim tarihi: 20.11.2013).

esasına dair savunmalarının yer aldığı cevap dilekçesine kadar tahkim itirazında bulunması halinde, tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya uygulanması imkânsız olduğunu tespit etmediği sürece, tarafları tahkime sevkemelidir.” Aynı hüküm, HMK’nın “tahkim itirazı” başlıklı 413. maddesinde yer almakta ve tahkim itirazının Türk Medeni Usul Hukuku anlamında bir “ilk itiraz” olarak kabul edildiği belirtilmektedir⁶. Bununla beraber, anılan bu hükme 15.08.2010 tarihinden itibaren geçerli olan UNCITRAL Model Kanunu’nun 2010 versiyonunda yer verilmediği görülmektedir⁷.

Yukarıda değinildiği üzere, UNCITRAL Model Kanunu’nu esas alan MTK, tahkim itirazını düzenleyen 5. maddesinde Model Kanun’dan ayrılmıştır. MTK m. 5’in gerekçesinde bu farklılığa ilişkin herhangi bir açıklama bulunmamaktadır. Buna karşın, hakem heyetinin tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere, kendi yetkisi hakkında karar verebilmesine (*competence-competence* ilkesine) ilişkin MTK m. 7/H hükmü düzenlenirken, UNCITRAL Model Kanunu’nun 16. maddesi ile paralel bir hüküm kabul edilmiştir.

Diğer taraftan, MTK’nın 5. maddesinde yer verilmeyen ancak UNCITRAL Model Kanunu’nun (1985) 8. maddesinde yer alan ifadenin, NYK’nın tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin II. maddesinin 3. fıkrasında da düzenlendiğini belirtmek gerekmektedir. Buna göre, “*bir âkit devlet*

⁶ Türk Medeni Usul Hukuku açısından, MTK m. 5, HMK m. 116 ve ulusal tahkimde de HMK m. 413’ün açık düzenlemeleri karşısında, tahkim itirazının bir ilk itiraz olduğu çok açıktır (Hakan **Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes**, Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Yetkin Yayınları, 2013, s. 542). Bu düzenlemelerden önce, tahkim itirazının teknik anlamda bir ilk itiraz olmayıp, sözleşmeye dayalı bir def’i olduğu yönündeki görüş ve Yargıtay kararları için bkz. Cevdet **Yavuz**, “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, *MÜHF II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu*, 14 Şubat 2009, s. 165 vd.

⁷ Bkz. <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/arbitration/arb-rules-revised/arb-rules-revised-2010-e.pdf> (erişim tarihi: 20.11.2013). Aşağıda tartışılacağı üzere, tahkim heyetinin kendi yetkisi hakkında karar vermesini (*competence-competence*) düzenleyen Model Kanun’un (2010) 23. maddesi, mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleme yetkisi ile ilgili hiçbir düzenlemeye yer vermemektedir. Anılan hüküm yalnızca, hakem heyetinin, yetkisi ile ilgili herhangi bir devlet mahkemesinde görülen yargılamadan bağımsız olarak tahkim yargılamasına devam edebileceğini ve karar verebileceğini düzenlemektedir (bkz. UNCITRAL Model Kanunu (1985) m. 8/f. 2).

mehkemesi, tarafların [II. maddenin] anladığı mânâda anlaşma akdettikleri bir meseleye taallük eden ihtilâfına vaziyed ettiği takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkânsız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunları birinin talebi üzerine hakemliğe sevkeder”.

Aynı şekilde, Türkiye'nin de taraf olduğu Uluslararası Ticari Tahkime Dair 1961 tarihli Avrupa-Cenevre Konvansiyonu'nun⁸ VI. maddesinin 3. fıkrasında, “bir uyumsuzluk ile ilgili olarak devlet mahkemelerine başvurulmadan önce hakem heyetine başvurulmuşsa, tahkim anlaşmasının yokluğunun, geçersizliğinin veya hükümden düşmüş olup olmadığının tespiti için kendisine başvuru alan âkit devlet mahkemelerinin, ciddi sebepler olmadıkça, hakem heyetinin yetkisi konusunda karar vermeyi, hakem kararının verilmesine dek ertelemekle yükümlü oldukları” belirtilmektedir.

Görüldüğü üzere, gerek UNCITRAL Model Kanunu'nda (1985), gerekse HMK'da düzenlenen tahkim anlaşmasının geçersizliği ile ilgili mahkemece yapılacak incelemeye ilişkin hükmün temelinde NYK'da yer alan bu ifade bulunmaktadır. MTK'da yer almayan bu düzenlemenin ne anlama geldiğine, neden aynı ifadeye MTK'da yer verilmediğine, tahkim anlaşmasının “hükümsüz, tesirsiz veya icrasının imkânsız olması”ndan ne anlaşılması gerektiğine, ilişkin açıklık bulunmamaktadır.

Diğer taraftan, tahkim anlaşmasının “hükümsüz, tesirsiz veya icrasının imkânsız olması”na karar vermek konusunda mahkemelerin mi, hakem(ler)in mi yetkili olduğu hususunun ayrı bir tartışma konusu olduğunu belirtmek gerekmektedir. Tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin MTK m. 5'in lafzı, konumuz ile yakın irtibatlı bu tartışmanın temelini oluşturmaktadır⁹.

⁸ European Convention on International Commercial Arbitration of 1961 Done at Geneva, April 21, 1961.

⁹ MTK m.5'in UNCITRAL Model Kanunu'na oranla yalnız sayılabilecek ifadesinin, özellikle MTK m. 7/H hükmü ile birlikte değerlendirildiğinde, aslında tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında hakem heyeti lehine yetki devri yaptığı, mahkemeye nazaran hakem heyetinin tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği hakkında öncelikli karar verme yetkisi olduğu düşünülebilirse de, bu sefer MTK'nın 1985 UNCITRAL Model Kanunu m. 8/f. 2'de yer alan ifadeyi neden hükme bağlamadığı sorusu ile karşılaşılacaktır. Zira, Model Kanun m. 8/f. 2 uyarınca, tahkim anlaşmasına konu bir uyumsuzluğun mahkeme önüne götürülmesi ve davanın derdest olması, hakem heyetinin yapacağı yargılamanın başlatılmasına, devamına ve hakem kararının verilmesine engel teşkil

Aynı şekilde, çalışmamız kapsamında olmamakla birlikte, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin incelemenin, MTK'nın hakem kararının iptali sebeplerini düzenleyen 15. maddesi ve MTK'nın uygulama alanına girmeyen yabancı bir hakem kararının Türkiye'de tanınması ve tenfizine ilişkin red sebeplerini düzenleyen NYK'nın V. maddesi üzerindeki etkisinin de tartışılması gerektiği açıktır¹⁰. Ancak bu sorun da, gerek doktriner

etmeyecektir. HMK'nın 413. maddesinde bu husus "*Tahkim itirazının ileri sürülmesi, tahkim yargılamasına engel değildir*" şeklinde düzenlenmektedir. MTK'nın gerekçesinde, MTK'nın 5. maddesinde bu ifadeye neden yer verilmediğine, kanun koyucunun, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin mahkeme ve hakem heyeti nezdinde devam etmekte olan davaların derdestlik ilişkisinin düzenlenmesi konusunda neden suskun kaldığına ilişkin bir açıklama da yer almamaktadır. Bu hükmün MTK'da düzenlenmemiş olmasının hakem heyeti aleyhine bir durum yaratıp yaratmadığı da sorgulanması gereken bir husustur. Burada belki de İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu (İsv. MÖHK) ile ilgili bir hatırlatma yapmakta fayda vardır. 18.12.1987 tarihli İsv. MÖHK'da da MTK'da olduğu gibi tahkim yargılaması ile başka bir devlet veya tahkim mahkemesi nezdinde yürütülen paralel yargılamalar ile ilgili derdestlik ilişkisi düzenlenmemekteydi. Ancak İsviçre Federal Mahkemesi, 14.05.2001 tarihli Fomento kararında, (bkz. ATF 127 III 279; http://relevancy.bger.ch/php/clir/http/index.php?lang=fr&zoom=&type=show_document&highlight_docid=atf%3A%2F%2F127-III-279%3Afr; erişim tarihi: 25.12.2013) uyuşmazlığın esasına ilişkin davanın öncelikle yabancı mahkemede açılmış olması karşısında, " tarafları ve konusu aynı olan davanın yabancı bir ülke mahkemesinde önceden açılmış olması ve yabancı mahkemenin vereceği kararın İsviçre mahkemelerince tanınıp tenfiz edilebileceği kanaatine varması halinde, İsviçre mahkemelerinin davayı askıya almakla yükümlü olduğunu" düzenleyen İsv. MÖHK. m. 9/f. 1 hükmünü kıyasen uygulayarak İsviçre'de yürütülmüş tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararının iptaline karar vermiştir. Federal Mahkeme'nin bu çok eleştirilen kararından sonra İsv. MÖHK m.186'ya yapılan ek ile (m.186/I bis), yabancı mahkeme veya tahkim yargılamalarının İsviçre'de yürütülen tahkim yargılamaları üzerinde, ciddi bir gerekçe var olmadığı sürece, hiçbir etki yaratmayacağı, İsviçre'deki tahkim yargılamasının askıya alınmayacağı düzenlenmiştir. Kararın incelemesi ve İsv. MÖHK m.186'ya yapılan ek düzenlemenin incelenmesi ile ilgili bkz. Domitille **Baizeau**, "Modification de l'article 186 de la LDIP Suisse: procédures parallèles et litispendance, clarification du législateur après la jurisprudence Fomento", (http://www.lalive.ch/data/publications/dab_Modification_de_l'article_186_de_la_LDIP_suisse_2007.pdf; erişim tarihi: 15.01.2014).

¹⁰ Örneğin, MTK'nın uygulama alanına giren bir tahkim anlaşması kapsamındaki uyuşmazlığın söz konusu olması ve fakat uyuşmazlığın Türk mahkemelerinin önüne getirilmesi halinde, MTK m. 5 uyarınca mahkemenin tahkim anlaşmasını geçersiz sayarak

anlamda gerekse uygulama açısından derinlemesine tartışılması gereken ayrı bir husustur.

II. TAHKİM İTİRAZININ İNCELENMESİNDE MTK VE NYK'DA YER ALAN HÜKÜMLERİNİN UYGULAMA ALANLARI

A. Genel Olarak

MTK'nın 5. maddesinde yer verilmeyen, ancak UNCITRAL Model Kanunu'nda ve NYK'da yer alan “*tahkim anlaşmasının mahkemece hükümsüz, tesirsiz veya icrasının imkânsız bulunması*” ifadesine pek çok ülkenin tahkim mevzuatında da rastlamak mümkündür. Örneğin 1996 yılında kabul edilen İngiliz Tahkim Kanunu'nun¹¹ 9. maddesinde, tahkim anlaşmasına konu bir uyuşmazlığın devlet mahkemelerine götürülmesi halinde, tarafların mahkemeden yargılamayı ertelemesini (*stay of legal proceedings*) isteyebileceklerini düzenledikten sonra, aynı maddenin 4. fıkrasında, mahkemenin “*tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya icrasının imkânsız olduğuna*”

davayı esaslan incelemeye başlaması, bu arada hakem heyetinin de tahkim anlaşmasını geçerli sayarak hakem kararını vermesi ve hakem kararı aleyhine olan tarafın MTK m. 15 uyarınca iptal davası açması halinde, bu arada uyuşmazlığın esasına ve dolayısıyla tahkim anlaşmasının geçersizliğine dair mahkeme kararı da kesinleşmiş ise, bu kararın kesin hüküm teşkil etmesi nedeniyle hakem kararının iptali, iptal davası açılmamışsa, icra edilebilirlik şerhi verilmemesi, yani hakem kararının hükümsüz kalması söz konusu olabilecektir.

MTK'ya göre gerçekleştirilmeyen bir tahkim yargılaması açısından da benzer bir durum söz konusu olabilir. MTK'ya tabi olmayan tahkim anlaşması kapsamındaki uyuşmazlığa ilişkin olarak Türk mahkemelerinde dava açılması ve MTK m. 5 uyarınca tahkim itirazında bulunulması halinde, mahkemenin tahkim anlaşmasının geçersiz olduğuna hükmederek davayı esaslan görmesi ve sonuç olarak vereceği karar ile devam etmekte olan tahkim yargılaması sonucunda verilen hakem kararının tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda çelişmesi durumunda, hakem kararının Türkiye'de tanıma/tenfize konu edilmesi aşamasında ne gibi sorunlarla karşılaşacağı ayrı bir tartışma konusudur. Özellikle MTK m. 1/f. 3 uyarınca, MTK m. 5 ve 6'nın, tahkim yerinin Türkiye dışında belirlendiği durumlarda da uygulanacağı dikkate alındığında, MTK m. 5'de düzenlenen tahkim itirazı üzerine yapılacak incelemenin nitelik ve kapsamı daha da büyük bir önem kazanmaktadır.

¹¹ Arbitration Act, 1996 Chapter 23, 17.06.1996.

hükmetmesi halleri dışında yargılamayı ertelemesi gerektiği hükme bağlanmaktadır¹².

Alman Medeni Usul Kanunu'nun¹³ (Alman MUK) 1032. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, mahkeme, en geç davanın esasına dair yapılacak ilk duruşmaya kadar ileri sürülmesi gereken tahkim itirazı neticesinde, "*tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya icrasının imkânsız olduğunu tespit etmedikçe*", davanın reddine karar vermelidir¹⁴.

Bununla beraber, özellikle UNCITRAL Model Kanunu'ndan ayrılan ülke düzenlemelerinde daha farklı ifadelere rastlamak mümkündür. Örneğin Fransız Medeni Usul Kanunu'nun (Fr. MUK) gerek ulusal (iç), gerekse uluslararası tahkimde uygulama alanı bulan 1448. maddesinde tahkim anlaşmasına konu bir uyuşmazlığın mahkeme önüne getirilmesi halinde "*mahkeme, şayet hakem heyeti henüz oluşmamışsa ve ancak tahkim sözleşmesinin açıkça hükümsüz veya açıkça uygulanamaz olduğunu tespit ederse*" kendisini yetkili sayabilecektir¹⁵.

¹² Bkz. (<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/23/section/9>; erişim tarihi: 10.12.2013): "*(1) A party to an arbitration agreement against whom legal proceedings are brought (whether by way of claim or counterclaim) in respect of a matter which under the agreement is to be referred to arbitration may (upon notice to the other parties to the proceedings) apply to the court in which the proceedings have been brought to stay the proceedings so far as they concern that matter.*

(...)

4) On an application under this section the court shall grant a stay unless satisfied that the arbitration agreement is null and void, inoperative, or incapable of being performed."

¹³ Code of Civil Procedure as promulgated on 5 December 2005 (Bundesgesetzblatt (BGBl., Federal Law Gazette) I page 3202; 2006 I page 431; 2007 I page 1781), last amended by Article 3 of the Act dated 24 September 2009 (Federal Law Gazette I page 3145), (http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html; erişim tarihi: 10.12.2013).

¹⁴ Bkz. http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_zpo/englisch_zpo.html#p3447: "*(1) Should proceedings be brought before a court regarding a matter that is subject to an arbitration agreement, the court is to dismiss the complaint as inadmissible provided the defendant has raised the corresponding objection prior to the hearing on the merits of the case commencing, unless the court determines the arbitration agreement to be null and void, invalid, or impossible to implement."*

¹⁵ Fr. MUK'un tahkime ilişkin hükümleri 13.01.2011 tarihli ve 2011-48 sayılı Tahkim Reformuna İlişkin Kararname ile değiştirilmiştir: Art. 1448: "*Lorsqu'un litige relevant*

Amerikan Tahkim Kanunu'nun¹⁶ 9. bölümünün 3. paragrafında ise çok daha farklı bir ifade kullanılmaktadır. Buna göre, tahkim anlaşmasına konu bir uyuşmazlığa ilişkin mahkemede dava açılması halinde, mahkeme, dava konusunun ilgili tahkim anlaşması kapsamında “*tahkime sevk edilebilir*” olduğuna karar verdiği takdirde yargılamayı askıya alacaktır¹⁷.

İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu¹⁸ (İsv. MÖHK) m. 7/b uyarınca, tahkime elverişli bir uyuşmazlığa ilişkin tahkim anlaşması akdedilmiş olması halinde, İsviçre mahkemeleri, “*tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya icra edilemez olduğuna*” hükmetmediği takdirde yetkisiz olduğuna karar verecektir¹⁹. Bununla beraber, kanun koyucu, İsv. MÖHK'un 176 ve devamı maddelerinin uygulama alanına giren uluslararası tahkim yargılamalarında, mahkemelerin tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyebilmelerine olanak tanıyan herhangi bir hüküm düzenlememiş, sadece hakem heyetinin yetkisini belirleyen bir hükme yer vermiştir. İsv. MÖHK'un 186. maddesi uyarınca, hakem heyeti, yargılamayı askıya almayı gerektirecek

d'une convention d'arbitrage est porté devant une juridiction de l'Etat, celle-ci se déclare incompétente sauf si le tribunal arbitral n'est pas encore saisi et si la convention d'arbitrage est manifestement nulle ou manifestement inapplicable.” Bkz. (http://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?sessionId=AB1681972B13D05E186928484CA8FD8E.tpdjo07v_3?idSectionTA=LEGISCTA000023450936&cidTexte=LEGITEXT000006070716&dateTexte=20131212 ; erişim tarihi: 12.12.2013).

¹⁶ US Federal Arbitration Act United States Code Title 9, Enacted February 12, 1925, Codified July 30, 1947, Amendments September 3, 1954; July 31, 1970; November 19, 1988; August 15, 1990; November 15, 1990; December 1, 1990; May 7, 2002.

¹⁷ “*If any suit or proceeding be brought in any of the courts of the United States upon any issue referable to arbitration under an agreement in writing for such arbitration, the court in which such suit is pending, upon being satisfied that the issue involved in such suit or proceeding is referable to arbitration under such an agreement, shall on application of one of the parties stay the trial of the action ...*” (<http://www.law.cornell.edu/uscode/text/9/3>; erişim tarihi: 12.12.2013).

¹⁸ Loi fédérale sur le droit international privé du 18.12.1987.

¹⁹ Art 7: “*Si les parties ont conclu une convention d'arbitrage visant un différend arbitral, le tribunal suisse saisi déclinera sa compétence à moins que: (...)*
b. le tribunal ne constate que la convention d'arbitrage est caduque, inopérante ou non susceptible d'être appliquée, (...)” (<http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19870312/201307010000/291.pdf>; erişim tarihi: 12.12.2013).

ölçüde ciddi sebeplerin varlığı dışında, önündeki uyuşmazlığın diğer bir hakem heyetinin veya bir devlet mahkemesinin önünde derdest olup olmadığına bakmaksızın, kendi yetkisi hakkında karar verebilecektir²⁰.

Milletlerarası Ticaret Odası'nın (MTO) 01.01.2012 tarihinden itibaren geçerli olan yeni tahkim kurallarının "tahkim anlaşmasının etkisi" başlıklı 6. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, tahkim yargılaması ancak, MTO Tahkim Mahkemesinin -ki bu mahkeme tarafların, aralarındaki uyuşmazlığın MTO Tahkim Kurallarının uygulanması yoluyla çözümünü kararlaştırmaları halinde, tahkim yargılamasının idaresini gerçekleştirecek mahkemedir- MTO Tahkim Kuralları'na uygun bir tahkim anlaşmasının varlığına dair bir ilk görünüş (*prima facie*) incelemesi neticesinde olumlu karar vermesine bağlıdır²¹.

Görüldüğü üzere, karar mercii (hakem heyetinin mi, mahkemenin mi nihai kararı vermeye yetkili olduğu) ve incelemenin kapsamına ilişkin hükümler yanında, özellikle tahkimin yaygın olarak gerçekleştirildiği ve taraflarca sıklıkla tahkim yeri olarak seçilen devlet mevzuatlarında, tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliğine ilişkin oldukça farklı düzenlemelere rastlanmaktadır. Türk tahkim mevzuatında da, HMK m. 413, MTK m. 5 ve NYK m. II/3 birlikte değerlendirildiğinde, diğer ülkelerden farklı, kendine özgü bir düzenlemenin benimsendiğini söylemek yanlış olmayacaktır.

²⁰ Art. 186: " (1) *Le tribunal arbitral statue sur sa propre compétence. (Ibis) Il statue sur sa compétence sans égard à une action ayant le même objet déjà pendante entre les mêmes parties devant un autre tribunal étatique ou arbitral, sauf si des motifs sérieux commandent de suspendre la procédure.*"

²¹ ICC Arbitration Rules (2012), art 6/4: (...) *The arbitration shall proceed if and to the extent that the Court is prima facie satisfied that an arbitration agreement under the Rules may exist.*"; bkz. (<http://www.iccwbo.org/Products-and-Services/Arbitration-and-ADR/Arbitration/ICC-Rules-of-Arbitration/>; erişim tarihi: 12.12.2013).

Bununla beraber, tahkim yargılamasının bazı taraf veya talepler hakkında başlatılmayacağına ilişkin kararları dışında, MTO Tahkim Mahkemesinin vereceği tahkim yargılamasının başlamasına ilişkin (olumlu) kararlar, hakem heyetince de gözden geçirilecektir. Tahkim Mahkemesinin kendileri hakkında olumsuz karar verdiği kişiler ise, kendileri hakkında bağlayıcı bir tahkim anlaşmasının var olup olmadığı hakkında herhangi yetkili bir mahkemeye başvurabilirler. Hakem heyeti tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna hükmettiği sürece, yargılamaya devam edecektir (bkz. m. 6/5-6-9).

B. NYK m. II/3 Hükümünün Tahkim Anlaşmalarının Geçerliliğinin İncelenmesindeki Rolü

Bilindiği üzere, MTK ancak yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya taraflar ya da hakemin/hakem heyetinin tahkim usulüne MTK'nın uygulanmasını kararlaştırdıkları durumlarda uygulama alanı bulabilmektedir (MTK m. 1/f. 2). Bununla beraber, kanun koyucu MTK'nın istisnaen uygulama alanı bulabilecek iki maddesinin olduğunu hükme bağlamıştır. Buna göre, MTK uygulama alanı bulamayacak olsa bile, tahkim anlaşmasına konu bir uyuşmazlığın Türk mahkemeleri önüne getirilmesi halinde tahkim itirazında bulunulabileceğini düzenleyen MTK m. 5 ve Türk mahkemelerinden ihtiyati tedbir istenebileceğini düzenleyen MTK m. 6 uygulanabilecektir. Örneğin, tarafların tahkim yerini İsviçre, tahkime uygulanacak usul kurallarını da MTO Tahkim Kuralları olarak belirlediği bir tahkim anlaşmasına konu uyuşmazlık ile ilgili olarak Türk mahkemelerinde dava açılması halinde, MTK uygulama alanı bulamayacaktır. Ancak Türk mahkemesinde açılan davanın davalısının tahkim itirazında bulunması halinde, yabancılık unsuru taşıyan uluslararası bir tahkim anlaşmasının varlığı nedeniyle, tahkim itirazı usul hukuku açısından MTK m. 5 çerçevesinde değerlendirilecek ve anılan hükümde belirtildiği üzere HMK'da yer alan ilk itiraza ilişkin düzenlemeler esas alınacaktır.

Bununla birlikte, aslında MTK'nın diğer hükümlerinin -özellikle de tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği de dahil olmak üzere hakem heyetinin kendi yetkisine karar verebileceğine ilişkin *competence-competence* ilkesini düzenleyen MTK m. 7/H'nin- uygulama alanı bulamaması da dikkate alınırsa tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin kararı Türk mahkemeleri verecektir.

Bu noktada, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin Türk mahkemelerinde yapılacak incelemenin hangi hükümler esas alınarak yapılacağı sorusu karşımıza çıkmaktadır. MTK m. 5 hükmü tahkim itirazına ilişkin usul açısından uygulama alanı bulacaktır ama tahkim anlaşmasının şekli bakımından gerekli koşulları ve esası bakımından uygulanacak hukuku belirleyen

MTK m. 4 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır²². Bu durumda, tahkim yargılamasının aslında kendisi ile hiç ilgisi bulunmayan, iptal davasına bakmakla da görevli olmayacak Türk mahkemelerinin yapacağı geçerlilik incelemesinde NYK m. II'yi dikkate alması gerekecektir. Zira, her ne kadar aslen yabancı hakem kararlarının tanınması ve tenfizini düzenlemek üzere akdedilmiş olsa da, NYK'da, tahkim anlaşmasının icra edilmesi açısından taraf devletlerde yeknesaklığın sağlanması amacıyla tahkim anlaşmasının geçerliliğine (tanınmasına) ilişkin bir hükme de (m. II) yer verilmiştir²³. Kaldı ki, yukarıda verdiğimiz örnekte Türk mahkemeleri olsa olsa muhtemel bir tanıma/tenfiz mahkemesi olarak inceleme yapacaktır.

Türk mahkemelerinin, yabancılık unsuru taşıyan ancak MTK'nın uygulama alanına girmeyen tahkim anlaşmalarının geçerliliğine ilişkin inceleme yaparken, uluslararası standartları esas alması gerekecektir. Bu bağlamda, her ne kadar MTK m. 5'de yer verilmemiş olsa da, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin incelemede NYK m. II/3'de yer alan kavramlara giren bir halin söz konusu olup olmadığının araştırılması gerekecektir. Bu nedenle aşağıda NYK m. II/3'de bahsedilen "tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya icrasının imkânsız olması" kavramları incelenmeye çalışılacaktır. Ancak, anılan kavramların açıklanmasına geçmeden önce, NYK m. II/3 çerçevesinde yapılacak incelemenin hangi hukuka göre yapılacağı, yani tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda kanunlar ihtilafı meselesinin çözüme kavuşturulması gerektiği düşüncesindeyiz.

²² Aksi görüş için bkz. Sibel **Özel**, Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Legal Yayıncılık 2008, s. 81. Yazar, tahkim yerinin Türkiye olmadığı, tahkim prosedürüne de MTK'nın uygulanmasının kararlaştırılmadığı tahkimlerde, Türk mahkemesinde ileri sürülen tahkim itirazının yine MTK m. 4/f. 3 çerçevesinde çözümleneceğini belirtmektedir.

²³ NYK m. II hükmünün çok acele kaleme alınması nedeniyle hükmün uygulama alanına ilişkin yapılması gereken düzenlemenin unutulduğu belirtilmektedir. Bununla beraber, hükmün uygulama alanının m. I'e kıyasen belirlenmesi gerektiğinin altı çizilmektedir (Albert Jan **van den Berg**, "New York Convention of 1958, Consolidated Commentary Cases Reported in Volumes XXII (1997) - XXVII (2002)", *Yearbook Comm. Arb'n XXI/III* (2003), (eser bundan böyle "van den Berg, Consolidated Commentary" olarak anılacaktır) s. 599; <file:///C:/Documents%20and%20Settings/ipek.sarioz/My%20Documents/Downloads/NYC+Commentary+2003.pdf>).

C. Tahkim Anlaşmasının Hükümsüz, Tesirsiz veya İcrasının İmkânsız Olmasına İlişkin İncelemede Uygulanacak Hukuk

Tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin Türk mahkemelerinde yapılacak incelemenin hangi hukuka göre yapılacağını belirtmekte fayda vardır. MTK'nın uygulama alanına giren bir tahkim anlaşmasının, şekil şartlarını da içine alacak şekilde “geniş anlamda geçerliliği” hakkında yapılacak incelemede, şekil bakımından geçerliliği düzenleyen MTK m. 4/f. 2 uygulama alanı bulacaktır. NYK'da ise şekil, m. II/1 ve 2'de düzenlenmektedir.

Tarafların tahkim anlaşması akdetme ehliyetlerine ilişkin ne MTK ne de NYK'da bir kanunlar ihtilafı kuralı yer aldığından, bu konuda 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun²⁴ (MÖHUK)'un ilgili hükmü uygulama alanı bulacaktır²⁵.

Tahkim anlaşmasının dar anlamda hükümsüzlüğüne ilişkin hususlar (irade sakatlıkları, genel sözleşmeler hukuku ilkeleri uyarınca kesin hükümsüzlük halleri) tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuka göre çözümlenecektir²⁶. MTK'nın uygulama alanına giren tahkim anlaşmaları açısından m. 4/f. 3 uygulama alanı bulacaktır. MTK m. 4/f. 3 uyarınca, “*tahkim anlaşması, tarafların tahkim anlaşmasına uygulanmak üzere seçtiği hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir.*” Buna göre, tahkim anlaşmasının esasına ilişkin hükümsüzlük hallerinin Türk Hukukuna göre değerlendirilebilmesi için, taraflarca tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk olarak Türk Hukukunun seçilmiş olması veya hiçbir hukukun seçilmemiş olması gerekmektedir, ki uygulamada genelde tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin ayrı bir hukuk seçiminin yapılmadığı görülmektedir. Kanun koyucunun, tahkim sözleşmesinin esasına uygulanacak hukuk olarak, kanunlar ihtilafı

²⁴ R.G.: 12.12.2007; Sayı: 26728.

²⁵ MÖHUK m. 9/f. 1 uyarınca hak ve fiil ehliyeti ilgilinin millî hukukuna tâbidir. Aynı maddenin 4. fıkrasında tüzel kişilerin veya kişi veya mal topluluklarının hak ve fiil ehliyetlerinin, statülerindeki idare merkezi hukukuna tâbi olacağı, fiilî idare merkezinin Türkiye'de olması hâlinde ise Türk hukukunun uygulanabileceği belirtilmektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özel**, s. 68 vd.

²⁶ Ziya **Akıncı**, Milletlerarası Tahkim, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2013, s. 112-113; **Özel**, s. 79.

kurallarına atıf yapmaksızın, doğrudan Türk Hukukunu (maddi hukuk kurallarını) belirlemesi çoğu zaman MTK'ya tabii tahkim yargılamalarının Türkiye'de gerçekleşecek olması mantığına dayanmaktadır. Ancak MTK'nın, tahkim yerinin Türkiye olmadığı fakat taraflar veya hakem(ler)in tahkime uygulanmak üzere MTK'yı seçtikleri tahkimlerde de uygulanabileceği unutulmamalıdır (MTK m.1/f. 2).

Konumuz açısından daha fazla incelenmesi gereken husus ise MTK'nın uygulama alanına girmeyen tahkim anlaşmalarının esas bakımından geçerliliğinde uygulanacak hukuktur. NYK kapsamında tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğine uygulanacak hukuk m. II'de değil, m. V/1/a hükmünde, tanıma/tenfiz talebinin reddi sebeplerinde yer alan tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin düzenleme kapsamında belirlenmiştir. Buna göre, *“tahkim anlaşması taraflarca seçilen hukuka, böyle bir seçim yapılmamışsa tahkim yeri hukukuna göre esas bakımından geçerli olmalıdır.”* Ancak, bu hükümde yabancı ülkede verilen ve Türk mahkemelerinde tanınması/tenfizi istenen bir hakem kararından bahsedildiği düşünülürse, taraflar tahkim anlaşmasının esasına uygulanmak üzere Türk Hukukunu seçmediği sürece, tanıma/tenfiz prosedürü çerçevesinde yapılacak olan tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine ilişkin incelemenin Türk Hukukuna göre yapılması mümkün olmayacaktır. Oysa NYK m. II/3'de, tahkim kararının tenfizi prosedüründen değil, tahkim anlaşmasına konu bir uyuşmazlığın Türk mahkemeleri önüne getirilmesi halinde, Türk mahkemelerinin tarafları tahkime sevk etmek üzere yapacağı incelemeden, bir anlamda *“tahkim anlaşmasının tanınmasından”* bahsedilmektedir. NYK m. II'de bu incelemenin hangi hukuka göre yapılacağı belirlenmemiş olması maddenin düzenlenişinin aceleye gelmiş olması izlenimini yaratmaktadır. Doktrinde NYK'nın tahkim yargılaması öncesi süreçte tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk ile ilgili olarak özellikle suskun kaldığı da belirtilmektedir²⁷.

Doktrinde, çeşitli fikirler ileri sürülmekle beraber, tahkim anlaşmasının geçerliliğini inceleyecek hâkimin kendi kanunlar ihtilafı kuralları uyarınca bulacağı hukukun yetkili olabileceği ya da m. V/1/a'da yer alan *“kanunlar ihtilafı”* kuralının m. II/3'e kıyas yoluyla uygulanabileceği ifade edilmek-

²⁷ Frank-Bernd Weigand, Practitioner's Handbook on International Arbitration, Staempfli Verlag 2002, s. 450.

tedir²⁸. İkinci görüş uyarınca, tahkim anlaşmasının maddi geçerliliği tarafların seçtiği hukuka, taraflar herhangi bir seçim yapmamışsa, tahkim yargılamasının gerçekleştirileceği yer hukukuna göre belirlenecektir. Buna göre, NYK m. II/3 kapsamında yapılacak incelemenin Türk Hukukuna göre yapılabilmesi için tarafların açıkça Türk Hukukunu seçmiş olmaları gerekir. Diğer ihtimalde, yani tahkim yerinin Türkiye olması halinde, tahkim anlaşmasına konu uyuşmazlığın büyük ihtimalle MTK m. 2 anlamında yabancılik unsuru taşıyor olması nedeniyle, MTK uygulama alanı bulacaktır. Oysa, NYK kapsamına giren bir tahkim anlaşmasının söz konusu olabilmesi için, tahkim usulüne yabancı bir kanunun uygulanması gerekmektedir. Bu durumda, tahkim yerinin Türkiye olması halinde NYK m. II/3 uygulama alanı bulamayacaktır²⁹.

Bu noktada, tarafların tahkim yerini belirlememiş olmaları ihtimalini de düşünmek gerekir. Şayet taraflar hem tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuku seçmemişler, hem de tahkim yerini belirlememişlerse, Türk hâkimi tahkim anlaşmasının esas bakımından geçerliliğini hangi hukuka göre inceleyecektir? Bu ihtimalde de, hâkimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarına göre belirleyeceği hukukun ya da tahkim anlaşmasının dayandığı asıl

²⁸ Albert Jan **van den Berg**, “The New York Convention of 1958: An Overview”, http://www.arbitrationicca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf, s. 11; **Weigand**, s. 450.

²⁹ Bu noktada doktrinde bir görüşün, MTK m. 2 anlamında yabancılik unsuru taşımasına ve tahkim yerinin de Türkiye olarak belirlenmesine rağmen, tarafların açıkça MTK’ya (veya HMK’ya) tabi olmayacağını kararlaştırdıkları tahkim yargılamalarının “yabancı hakem kararı” sayılacağını ve böyle bir tahkim yargılaması sonucunda verilecek hakem kararının NYK’ya göre tenfiz edileceğini ileri sürdüğünü de hatırlatmak gerekir (Cemal **Şanlı**, Milletlerarası Özel Hukuk, 2.Bası, Vedat Kitapçılık 2014, s.597). MTK m.2 çerçevesinde yabancılik unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği tahkim yargılamalarının MTK’ya tabi olacağını öngören MTK. m. 1/f. 2’nin emredici olduğuna ilişkin görüş için bkz. **Akıncı**, s. 59-60 ve s. 327-329.

Şanlı’nın görüşü uyarınca, MTK’nın uygulama alanına girse bile tarafların açıkça MTK’nın emredici kurallarına (aslında uygulama alanına) tabi kılmadıkları bir tahkim yargılaması mümkün olduğuna göre, tahkim anlaşmasının geçerliliğine NYK m. II/f.3’ün uygulandığı durumlar söz konusu olabilecektir. Bu durumda, taraflar tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk olarak Türk Hukukunu seçmemiş olsalar dahi, Türk Hukuku “tahkim yeri hukuku” olarak tahkim anlaşmasının esası hakkında uygulama alanı bulabilecektir.

sözleşmenin esasına uygulanacak hukukun veya tahkim yargılamasından “etkilenebilecek” devlet hukuklarının birikimli olarak uygulanabileceğine dair farklı fikirler ileri sürülmektedir³⁰.

Kanımızca, bu ihtimalde, tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin incelemeyi yapan mahkemenin kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulayarak belirleyeceği yetkili hukukun uygulanması daha doğrudur. Zira, tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine doğrudan asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun uygulanması aşağıda değineceğimiz “tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı (*separability*)” ilkesine aykırıdır³¹. Diğer taraftan, tahkim yargılamasından etkilenebilecek devlet hukuklarının belirlenmesinin ve bu devlet hukuklarının birikimli olarak uygulanmasının yaratacağı güçlükler karşısında en makul seçenek hâkimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulamasıdır. Kaldı ki, konuyu Türk mahkemelerinde görülmekte olan davalar açısından inceleme zarureti karşısında, Türk hâkiminin MTK’nın uygulama alanına girmeyen ve NYK’da belirtilen kriterlere göre de herhangi bir belirleme yapamadığı durumlarda kendi hukukunu uygulamaktan başka bir seçeneğinin olmadığı kabul edilmelidir.

Türk hâkiminin kendi kanunlar ihtilafı kuralları yerine doğrudan 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda³² (TBK) yer alan hükümleri uygulaması gerektiği ileri sürülebilirse de, kanımızca, tarafların tahkim anlaşması akdetmeye ehil olup olmadıklarının tespitine ilişkin yetkili hukukun

³⁰ Weigand, s. 451; van den Berg, Consolidated Commentary, s. 622. Yazar, ne tahkim yerinin ne de tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukukun belirlendiği böyle bir durumda, “kural olarak” incelemeyi yapan hâkimin kendi kanunlar ihtilafı kurallarını uygulaması gerektiğini belirtmektedir. Bununla beraber, Amerikan Federal Mahkemesinin “tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya icrasının imkânsız olması”na ilişkin incelemesinde “istisnaen” Federal Tahkim Kanunu’nu uyguladığını ifade etmektedir (s. 622-623).

³¹ Özel, s. 80. Yazar, MTK m. 4/f. 3 hükmünü incelemeyi önce çeşitli önerileri değerlendirirken, tahkim sözleşmesinin “temel sözleşmeden” farklı bir hukuk tarafından yönetilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Gerçekten de, tahkim sözleşmesinin geçerliliği hangi mercii önünde (devlet yargısı veya hakem heyeti) ve hangi aşamada (tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında ya da sonrasında) incelenirse incelenirse, asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun doğrudan tahkim sözleşmesine de uygulanması doğru olmayacaktır.

³² R.G.: 04.02.2011, Sayı: 27836.

belirlenmesinde olduğu gibi, yabancılık unsuru taşıyan bu durumda da, tahkim anlaşmasının geçerliliğine uygulanacak hukuk, MÖHUK'daki sözleşmelere ilişkin kanunlar ihtilafı kuralı (m. 24) uyarınca tespit edilmelidir. Tabii burada, tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları nedeniyle uygulama alanı bulacak objektif bağlama kuralında (m. 24/f. 4) düzenlenen karinenin -tahkim sözleşmesinin karakteristik edim borcunu yalnızca tek tarafa yükleyen bir sözleşme olmaması nedeniyle- uygulanamayacağı düşünüldüğünde, m. 24/f. 4'ün ilk cümlesinin uygulanması gerektiği sonucuna varılması söz konusu olacaktır. Buna göre, “*tarafların hukuk seçimi yapmamış olmaları hâlinde sözleşmeden doğan ilişkiye, o sözleşmeyle en sıkı ilişkili olan hukuk uygulanır.*” Bu durumda, Türk hâkiminin, tahkim anlaşmasının tarafları, tahkim yargılamasına uygulanacak usul kurallarının tahkim yeri ile ilgili düzenlemeleri, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk gibi faktörleri dikkate alarak tahkim sözleşmesi ile en sıkı ilişkili hukuku tespit etmeye gayret etmesi gerekecektir. Bununla beraber, tahkim anlaşması ile sıkı ilişkili bir hukukun da tespit edilememesi halinde, uluslararası ticaret hukukunun temel prensiplerinin dikkate alınmasının yani *lex mercatoria*'nın uygulanmasının taraflar açısından hakkaniyete uygun sonuçlara ulaşmayı mümkün kılabileceği de göz ardı edilmemelidir.

Diğer taraftan, tahkim sözleşmesinin bir usul hukuku sözleşmesi olmasından ve usul hukukuna ilişkin konuların hâkimin kendi hukukunun (*lex fori*) maddi hükümlerine tabi olmasından hareketle, Türk hâkiminin tahkim anlaşmasının geçerliliğine TBK'nın ilgili hükümlerini uygulayabileceği söylenebilirse de, burada tahkim anlaşmasının usulî geçerliliğinden değil, maddi geçerliliğinden bahsedildiği unutulmamalıdır. Bu nedenle, kanımızca en uygun çözüm, tahkim anlaşması ile en sıkı ilişkili hukukun tespit edilerek bu hukukun maddi hükümlerinin uygulanması olacaktır.

III. TAHKİM ANLAŞMASININ HÜKÜMSÜZ, TESİRSİZ VEYA İCRASININ İMKANSIZ OLMASI KAVRAMLARI

A. Genel Olarak

Tahkim anlaşmasının hükümsüz (*null and void*) olması tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk çerçevesinde tahkim anlaşmasının esaslı unsurlarının eksik olması, tahkim anlaşmasının gerekli şekil şartlarına uymaması -

ki bu husus aslında NYK m. II/3 çerçevesinde “dar anlamıyla” hükümsüzlük halleri arasında değerlendirilmemektedir³³, tarafların tahkim anlaşması akdetmeye ehil olmaması, irade sakatlıkları, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukuk tarafından belirlenen hükümsüzlük hallerinin gerçekleşmesi gibi durumları kapsarken, tahkim anlaşmasının tesirsiz (*inoperative*) veya icrasının imkânsız olması (*incapable of being performed*) tahkim anlaşmasının geçerli olarak kurulup hüküm ifade etmesine rağmen, daha sonra ortaya çıkan bir sebebe dayalı olarak işletilememesini, etkisini yitirmesini ifade etmektedir³⁴. Bu sebep, tahkim yargılaması başlamadan önce ortaya çıkabileceği ve tahkim anlaşmasına dayalı olarak yargılamanın başlatılmasına engel olabileceği gibi, yargılamanın devamı sırasında ortaya çıkarak hakem heyetinin karar vermesine engel olabilecek nitelikte de olabilir.

Her şeyden önce şunu belirtmek gerekir ki, her ne kadar tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya icrasının imkânsız olması durumlarından farklı ve ayrı bir biçimde değerlendirilebiliyor olsa da, tahkim anlaşmasının tesirsizliği ile icrasının imkânsızlığı çoğu zaman birbirine karışan ve birlikte ele alınan durumlara işaret etmektedir. Aşağıda da görüleceği üzere, doktrin ve içtihatlarda yer alan yorumlarda, aynı durum kimi zaman tahkim anlaşmasının tesirsizliğine, kimi zaman ise icrasının imkânsızlığına neden olmaktadır.

Tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya icrasının imkânsız olması kavram olarak ve lafzen sadece NYK’da (ve yabancılik unsuru içer-

³³ Gerek NYK’da gerekse 1985 UNCITRAL Model Kanunu m. 8’de kullanılan İngilizce ifade “*null and void*” şeklindedir. Bu terim Türkçeye “geçersiz”, “hükümsüz” veya “batıl” olarak çevirilmektedir. Tahkim anlaşmasının geçersizliği aslında teknik olarak “hükümsüzlük” halinden daha geniş bir kavramı ifade etmektedir. Bu nedenle tahkim anlaşmasının uyması gereken şekil şartlarına uymaması tipik ve belki de en sık rastlanan geçersizlik halini oluştururken, aşağıda açıklayacağımız NYK m. II/3 anlamında hükümsüzlük tahkim anlaşmasının şekline ilişkin aksaklıkları kapsamayacak biçimde dar yorumlanmaktadır (Albert Jan **van den Berg**, *The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation*, Kluwer Law and Taxation Publishers 1994, s. 155).

³⁴ Max **Bonnell**, “When is an arbitration agreement “inoperative”?”, *International Arbitration Law Review*, 2008, 11(3), 111-117, www.westlaw.com, s. 111; Bilgehan **Yeşilova**, *Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi*, Güncel Yayınevi, 2008, s. 546.

meyen ve dolayısıyla da çalışmamız dışında kalan ulusal tahkimi düzenleyen HMK’da) yer alıyor olsa da, aşağıda açıklanan durumların MTK’nın uygulanması açısından da önem arz ettiği unutulmamalıdır. Nitekim bazı hususlar açıklanırken MTK ile paralellik arz eden durumlar üzerinde de durulmaya çalışılacaktır.

B. Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü

Tahkim anlaşmasının hükümsüz olması, anlaşmanın aslında baştan itibaren hiçbir hukuki etki yaratmadığı anlamını taşımaktadır³⁵. Bu durum Borçlar Hukukundaki hükümsüzlük sebepleri ile bağlantılıdır. Tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğüne yol açan belli başlı sebepler arasında irade sakatlıkları, ehliyetsizlik, temsil yoluyla yapılan anlaşmalarda temsil ilişkisinden kaynaklanan eksiklikler, tahkim anlaşmasının esasına uygulanacak hukukun gösterdiği kamu düzeni ve emredici hukuk kurallarına aykırılık veya tahkim anlaşmasının icrasının sözleşmenin kuruluşundan itibaren objektif imkânsızlığa konu olması, muayyen kamu kurumunun tahkim yargılamasına taraf olma izni vermemiş olması gibi durumlar gösterilebilir³⁶. Yine, tahkim sözleşmesinin konusunun belirli veya belirlenebilir olması arandığından, tarafların, hangi uyuşmazlık(lar) hakkında tahkime gideceklerini belirlemiş olmaları gerekmektedir³⁷. Aksi halde tahkim anlaşması hükümsüz olacaktır.

³⁵ **van den Berg**, s. 156; Gary B. **Born**, International Commercial Arbitration, Chapter 5 - Formation, Validity and Legality of International Arbitration Agreements, Wolters Kluwer 2009, s. 710.

³⁶ **Akıncı**, s. 276-280 ve s. 344, 349; Cemal **Şanlı**, Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5. Baskı, Beta Yayınları, 2013; (eser bundan sonra “Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler” olarak anılacaktır) s. 271; Daniel **Girsberger**/Nathalie **Voser**, International Arbitration in Switzerland, Schulthess 2008, s. 56-57; Markham **Ball**, “The Essential Judge: the Role of the Courts in a System of National and International Commercial Arbitration”, *The Journal of the London Court of International Arbitration*, Vol. 22 No.1, 2006, s. 78; **Born**, s. 711; **van den Berg**, s. 156; Jean François **Poudret**/Sébastien **Besson**, Comparative Law of International Arbitration, Second Edition Updated and Reviewed, Thomson Sweet&Maxwell/Schulthess 2007, s. 133.

³⁷ **Akıncı**, s. 104, 110. Bu bakımdan tarafların, “bundan sonra aramızda çıkabilecek uyuşmazlıkların tümü tahkim yoluyla çözümlenecektir” şeklindeki anlaşmaları hükümsüz addolunmaktadır.

Tarafların tahkim iradesini yansıtmayan tahkim anlaşmaları baştan itibaren hiçbir etkiye sahip olmayacaktır³⁸. Zira tahkim anlaşmalarının hüküm ifade etmesi için belki de en önemli ve temel unsur, tarafların, aralarında doğmuş veya doğabilecek bir uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümü konusunda açık ve net bir şekilde anlaşmış olmalarıdır³⁹. Örneğin, tarafların ilk derece yargı mercii olarak tahkime, tahkim kararından memnun kalmadıkları takdirde ise kararın esastan incelenmesini mümkün kılacak şekilde ikinci derece yargılama mercii olarak devlet mahkemelerine gidebileceklerini öngören bir tahkim kaydının, tarafların tahkime gitmek ve aralarındaki uyuşmazlığa ilişkin olarak hakem heyetinin esastan karar vermelerini sağlamak konusundaki iradelerini yansıtmadığı kabul edilmiştir⁴⁰. Aslında,

³⁸ Aşağıda açıklanacağı üzere, tarafların tahkim iradesini yansıtmakla beraber, eksik veya dikkatsiz bir biçimde kaleme alınmaları nedeniyle birtakım karışıklıklara yol açan tahkim anlaşmaları, icrası mümkün olmayan anlaşmalar olarak ele alınmaktadır.

³⁹ **Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin E. 2012/3057, K. 2012/8736 sayılı ve 24.05.2012 tarihli kararında** şöyle denilmektedir: “*Davalının ... tarihli “nihai satım teyit mektubu”nda davacı tarafın ... tarihli yazısında yer alan “tahkim kaydını” kabul ettiğini gösteren açık veya örtülü bir irade beyanı bulunmamaktadır. Bilakis, davacı tarafın yazısında yer alan tüm satım koşulları, davalı tarafça daha açık bir şekilde yazılmış veya değiştirilmiş olup, tahkime veya davacının ileri sürdüğü diğer şartlara ilişkin bir irade açıklamasına ya da kabul beyanına yer verilmemiştir. Bir tahkim akdinden söz edebilmek için öncelikle tarafların bu konuda birbirine uygun irade beyanında bulunmaları gerekir. Davacı tahkim iradesini bildirmiş olup, davalı taraf ise aynı iradeyi gösterdiğine ilişkin açık veya örtülü bir beyanda bulunmamış ya da davacının ileri sürdüğü sözleşme koşullarını ifa ederek fiili bir kabul içine de girmemiştir.*” (karar yayımlanmamıştır). Yargıtay bu kararında haklı olarak tarafların tahkime gitmek konusunda irade beyanlarının birbirine uygun olmasını aradıktan sonra, “açık veya örtülü” irade beyanından bahsetmektedir. Ancak, aşağıdaki örneklerde de görüleceği üzere, tahkim anlaşması sadece tarafların açık irade beyanı ile kurulabilir. Örtülü irade beyanı veya “esas sözleşmenin fiili uygulaması” ile tahkim sözleşmesinin kurulamayacağını belirtmek gerekir.

⁴⁰ **van den Berg**, s. 156-157; **Akıncı**, s. 100, 101. Yazar, milletlerarası inşaat sözleşmelerine özgü bir durum olarak, “*sözleşmede tahkim şartı ile birlikte uyuşmazlık halinde “mühendis”e başvurulacağı yolundaki kaydın tahkim şartını geçersiz kılmayacağını*” belirtmektedir (s.104).

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin E. 2007/2680, K. 2007/4137 sayılı ve 18.06.2007 tarihli kararından: “*Esasen bir davanın hakemde görüleceğine dair hakem sözleşmesinin veya bir sözleşmeye eklenen tahkim şartının geçerli olabilmesi için ortaya konan*

devlet yargısını hakem heyetinin kararını düzeltmek üzere bir üst yargı mercii olarak belirleyen (kademeli) tahkim şartları ile mahkemelerle hakemleri birbirlerine alternatif yargı mercii olarak belirleyen (seçimlik) tahkim anlaşmalarını ayırt etmek gerekmektedir. Kademeli tahkim anlaşmaları tarafların tahkime gitmek konusundaki iradelerini tam olarak yansıtmadıkları gerekçesiyle “hükümsüz” olarak kabul edilirken, seçimlik tahkim anlaşmaları, aşağıda inceleneceği üzere, icrası mümkün olmayan tahkim anlaşmaları

tahkim iradesinin hiçbir tereddüde yer vermeyecek biçimde kesinlikte olması zorunludur. Oysa, sözleşmenin tahkim şartının düzenlendiği bölümünde, başlangıçta uyuşmazlığın tahkimde görüleceği belirtilmesine rağmen, sözleşmedeki teknik şartlar 10. maddesinde “sonuçta ihtilaflın mahkemelerde çözümleneceği” açıklanmıştır. Bu haliyle ortada kesin bir tahkim iradesinin varlığından da söz edilemeyeceğinden hakemlerce dava dilekçesinin görevsizlik nedeniyle reddine karar verilmelidir.”

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin E. 2009/1438, K. 2009/2153 sayılı ve 13.04.2009 tarihli kararından: “Taraflar, yaptıkları sözleşme ile uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözümlenmesini kararlaştırabilirler. Ancak, tahkim iradesinin hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olması gerekir. Uyuşmazlığın hakemde çözümlenmesi öngörüldüğü halde aynı sözleşmede yetkili mahkeme de belirtildiğinden kesin bir tahkim iradesinden söz edilemez. Mahkemelerin ihtilaflı çözmesi gerektiğinden, mahkemece tahkim itirazının reddi ile işin esasının incelenip davanın sonuçlandırılması gerekir.” (www.kazanci.com).

Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin E. 2012/4065, K. 2012/9080 sayılı ve 29.05.2012 tarihli kararından: “Taraflar arasındaki 26.07.2011 tarihli Sistem Kullanım Anlaşmasının Anlaşmazlıkların Çözümü başlıklı 14. maddesi; “TEİAŞ ile kullanıcının bu anlaşmanın hükümleri üzerinde mutabakata varamamaları halinde, anlaşmazlığın çözümü konusunda kuruma yazılı olarak başvuruda bulunabilir. Anlaşmazlıklar kurum tarafından çözüme kavuşturulur. Anlaşmazlıklar hakkındaki Kurul Kararları bağlayıcıdır.” biçiminde düzenlenmiştir. Tarafların aralarında çıkacak ihtilafların kural olarak mahkeme eliyle çözümlenmesi gerekir. Ancak taraflar imzaladıkları sözleşme ile ihtilaflın hakemler eliyle çözümlenmesini kararlaştırabilecekleri gibi, asıl sözleşmeden ayrı olarak da hakem sözleşmesi yapabilirler. Tahkim iradesi, hiçbir tereddüde yer vermeyecek şekilde açık ve kesin olmalı, tarafların ihtilaflın hakemde görülmesi iradesi kararlı bulunmalıdır. Sistem kullanım Anlaşmasının 14. maddesinde ise “Tarafların anlaşmazlığın çözümü konusunda kuruma yazılı olarak başvuruda bulunabilir.” ifadesi ile kesin bir tahkim iradesinden ve tahkim şartından söz edilemeyeceğinden, mahkemece tahkim itirazının reddi ile işin esasının incelenerek varılacak uygun sonuca göre karar verilmesi gerekirken, yazılı olduğu şekilde davanın usülden reddi doğru görülmemiştir.” (www.kazanci.com).

kapsamında değerlendirilmektedir. Ancak, Yargıtay her iki durumda da tahkim anlaşmasının hükümsüz olduğuna hükmetmektedir⁴¹.

Bir başka örnek olarak, taraflar arasındaki ilk sözleşmede tahkim şartına yer verilmesi, ancak sözleşmenin son halinde ise yetki kaydının düzenlenmiş olması karşısında, tahkim şartının “açıkça hükümsüz” olduğuna hükmedilen Fransız Yüksek Mahkemesi’nin 11.06.2006 tarihli bir kararı gösterilebilir⁴².

Diğer taraftan, “taraflardan birinin diğeri üzerinde ekonomik baskı kurarak tahkim anlaşmasında eşitliği kendi lehine bozacak hususlar kabul

⁴¹ Bkz. “Tahkim Anlaşmasının İcrasının İmkansız Oluşu” başlıklı bölüm. Bununla birlikte, doktrinde de mahkemelerin yetkisinin tahkime alternatif olarak saklı tutulması halinde tahkim sözleşmesinin geçersiz olacağını ifade eden bir görüşler vardır (**Pekcanitez/Atalay/Özkes**, s. 1075). **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin E. 2003/1050, K. 2003/3012 sayılı ve 31.03.2003 tarihli kararından**: “Taraflar arasında kararlaştırılan tahkim şartı, taraflara hakemden sonra mahkemeye gitme yetkisi verdiğine ve uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili olarak hakem kararını öngörmediğine göre geçersizdir.” (www.kazanci.com); **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin E. 2004/6686, K. 2005/3600 sayılı ve 12.04.2005 tarihli kararından**: “Hukuki uyuşmazlıkların çözüm yeri, mahkemelerdir. Ancak, bir sözleşmenin tarafları, kamu düzenini ilgilendirmeyen ve arzularına bağlı olan konularda, aralarında çıkacak uyuşmazlıkların halli için tahkim yolunu seçebilirler. Tahkim sözleşmesinde veya şartında, açıklık ve kesinlik bulunması, tahkimin en esaslı unsurunu oluşturur. Aksi halde, tahkim sözleşmesi veya şartı geçersiz duruma gelir ve uyuşmazlığa mahkemelerce bakılması gerekir. Somut olayda, taraflar arasında yapılan İnşaat Sözleşmesinin tahkime ilişkin “Hukuki Durum” başlıklı maddesinde “ Bu sözleşme hüküm ve tatbikinden doğabilecek davalar önce Bayındırlık Bakanlığı Müdürlüğünden istenecek üç kişilik tetkik elemanlarından oluşan hakem heyetine sunulacak buradan da bir sonuç alınmaması halinde Gebze mahkemelerince çözümlenecektir” şeklinde yer alan ifade karşısında taraflar arasında kararlaştırılan tahkim şartı, taraflara hakemden sonra mahkemeye gitme yetkisi verdiğine ve uyuşmazlığın çözümünde tek yetkili olarak hakem kararını öngörmediğine göre açıklık ve kesinlik unsuru taşımadığından geçersizdir. Bu durumda, taraflar arasındaki uyuşmazlığın çözüm yeri mahkeme olduğundan, yazılı gerekçeyle hakem itirazının kabulü nedeniyle davanın reddine ilişkin kararın bozulması gerekmiştir.” (www.kazanci.com). Ayrıca bkz. **Yavuz**, s. 150, 35 no.lu dn.’deki **Yargıtay 11. Hukuk Dairesi’nin E. 2005/4053, K. 2006/4040 sayılı ve 13.04.2006 tarihli kararı**.

⁴² Stavros **Brekoulakis**, “The Negative Effect of Compétence Compétence: The Verdict Has To Be Negative”, *Austrian Arbitration Yearbook*, pp. 238-258, 2009, s. 241, dn. 17.

ettirmesi” (*unfair/unconscionable arbitration agreements*) halinde de tahkim anlaşmasının hükümsüz olacağı ifade edilmektedir⁴³.

Diğer taraftan, asıl sözleşme ile tahkim anlaşmasının birbirinden bağımsız olduğunun (*separability*) ve asıl sözleşmeye ilişkin örneğin irade sakatlıkları hallerinin tahkim anlaşmasının geçersizliğine kendiliğinden (*ipso iure*) sebep olmayacağını altı çizilmelidir⁴⁴. İrade sakatlıklarının, yetkisiz kişilerce akdedilmenin veya diğer hükümsüzlük sebeplerinin doğrudan tahkim anlaşmasına yönelik olması gerekmektedir. Tahkim anlaşmasının vekil aracılığıyla yapılması ve vekalet ilişkisinin Türk Hukukuna tabi olması halinde, vekilin tahkim anlaşması akdetmek konusunda özel yetkiye sahip olması gerektiği unutulmamalıdır (TBK m. 504; HMK m.74)⁴⁵.

⁴³ Akıncı, s. 344. Yargıtay 9. Hukuk Dairesi'nin E. 2008/44630, K. 2009/237 sayılı ve 20.01.2009 tarihli kararından: “Tahkim sözleşmesi veya şartı; borçlar hukuku anlamında bir sözleşme olduğu için, sözleşmeler için genel şartların tahkim sözleşmesinde de bulunması ve aranması gerekir. Özellikle sözleşme özgürlüğünü olumsuz biçimde sınırlayan nedenlerden Borçlar Kanunu'nun 19 ve 20. maddeleri tahkim sözleşmesinin geçerlilik incelemesi sırasında doğrudan göz önünde tutulmalıdır. Tahkim sözleşmesinin ahlaka aykırı olması halinde geçerliğinden söz edilemez. Bu hal genellikle tahkim sözleşmesinde bir tarafın diğeri üzerinde ekonomik ve sosyal üstünlüğünü kullanarak tahkim sözleşmesinde eşitliği kendi lehine bozacak hukuklar kabul ettirmesi veya taraflardan birine hakemlerin yarından fazlasını veya tamamını seçme imkanının verilmesi hallerinde kendini gösterecektir.”

⁴⁴ van den Berg, s. 156; Poudret/Besson, s. 133-134; Akıncı, s. 114-115; Şanlı, Uluslararası Ticari Akitler, s. 271.

⁴⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2011/11-742, K. 2012/82 sayılı ve 22.02.2012 tarihli kararından: “... Tahkim sözleşmesi esas sözleşmeden bağımsız, ondan ayrı bir anlaşmadır. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden ayrılabilirliği, asıl sözleşmede yer alan tahkim klozları içinde geçerlidir. Bu sebeple tahkim klozunun geçerliliği, esas sözleşmenin geçerliliğine bağlı değildir. Asıl sözleşmenin geçersiz olması tahkim anlaşmasının geçerliliğini etkilemez. Yada tersine tahkim anlaşmasının herhangi bir sebeple geçersiz olması asıl sözleşmeyi etkilemez ve onu geçersiz kılmaz.

Yine TTK.nun 121. maddesi hükmü uyarınca hususi ve yazılı bir muvafakat olmadan acente müvekkili namına mukavele akdine salahiyetli değildir. Ayrıca, hangi hallerde vekile özel yetki verileceği, BK.nun 388/2. maddesiyle HUMK.63. maddelerinde belirtilmiştir. Buna göre vekilin tahkim sözleşmesi yapabilmesi için özel yetki verilmesi gerekir. Aksi halde müvekkili yapılan tahkim sözleşmesi hukuken geçersizdir...” Ayrıca bkz. Akıncı, s. 349, 627 no.lu dn'de belirtilen Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin 9108/9685

Tahkim anlaşmasının maddi geçerliliğine Türk Hukukunun uygulanması halinde TBK'nın sözleşmelerin geçerliliğini düzenleyen hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Kısaca ifade etmek gerekirse, TBK m. 27 uyarınca, konusu kanunun emredici hükümlerine, genel ahlâk ve kamu düzenine veya kişilik haklarına aykırı ya da konusu imkânsız olan tahkim sözleşmeleri geçersiz sayılacaktır⁴⁶. İrade sakatlıklarına ilişkin olarak da, TBK'nın hata, hile ve ikrahi düzenleyen 30 ilâ 38. maddeleri uygulanacaktır.

sayılı ve 15.11.1995 tarihli kararı; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun E. 2000/19-1122, K. 2000/1256 sayılı ve 11.10.2000 tarihli kararı; Yargıtay 19. Hukuk Dairesi'nin E. 2007/380, K. 2007/5114 sayılı ve 21.05.2007 tarihli kararı.

⁴⁶ Doktrinde, konusu bakımından batıl sayılan bir tahkim sözleşmesinin varlığı halinde, hakemlerin uyuşmazlığın esasına girmeden karar verebilecekleri belirtilmektedir. Mahkeme tarafından tenfiz edilemeyecek dahi olsa bu tür sözleşmelerin hakem(ler) tarafından "incelenmeye değer bulunması" ve taraflar açısından da icra kabiliyeti kazanması halinde, sırf kanunun batıl saymasından dolayı tahkim sözleşmesinin geçerli olmadığını iddia etmenin yanlış olacağı iddia edilmektedir (Yavuz, s. 159). Böyle bir durum olsa olsa geçerliliği mahkeme önünde incelenmeyen tahkim anlaşmaları için düşünülebilirse de, hakemlerin taraflara karşı "icra edilebilir bir hakem kararı verme" yükümlülüğü altında olduklarını unutmamak gerekir. Dolayısıyla, hakemlerin tahkim anlaşmasının kesin hükümsüz olduğuna hükmetmeleri halinde yetkisizlik kararı vermeleri gerektir.

Tahkim anlaşmalarının kesin hükümsüzlüğü sorunu özellikle Türk kamu düzenine aykırı tahkim anlaşmaları çerçevesinde doğmaktadır. Bunun tipik örneği tarafların adil yargılanma hakkını ihlal eden tahkim anlaşmalarıdır. Bu çerçevede, tahkim sözleşmesinde yer alan hakem seçimine ilişkin koşullar kamu düzeni kontrolüne tabi olmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 19-467/489 sayılı ve 09.06.1999 tarihli kararında, tahkim sözleşmesinin taraflarına terditli olarak hakem seçimi yapılabilmesi imkânını tanıyan hükmü kamu düzenine aykırı bulmamıştır: "*Taraflar arasındaki 8.2.1992 tarihli sözleşmenin 9. maddesinde bu sözleşmeden veya bu sözleşme ile ilgili olarak doğabilecek anlaşmazlıkların taraflarca dostça çözümleneceği, bunun imkânsız olması halinde tarafların konuyu normal mahkemelere müracaat etmeden İsveç'deki Stockholm Ticaret Odasının Tahkim Kurumuna götürecekleri kararlaştırılmıştır. Sözleşmenin anılan maddesine 11.9.1992 tarihinde yapılan ilave ile "Sözleşmeden doğan herhangi bir anlaşmazlık veya iddianın aynı zamanda Rusya'da Moskova Ticaret ve Sanayi Odasında Rus Malzeme Yasası ve kurallarına göre Uluslararası Tahkim Mahkemesi tarafından çözümleneceği, tahkim heyeti gibi, taraflar sözleşmenin 9. maddesine yapılan ilave ile Stockholm Ticaret Odasının Tahkim Kurumu yanında Moskova Sanayi ve Ticaret Odası nezdindeki Uluslararası Tahkim Mahkemesini de yetkili kılmıştır. Tarafların ortak*

Bu noktada, TBK'nın 20 vd. maddelerinde düzenlenen genel işlem şartları ile ilgili hükme yer vermenin gerekli olduğu düşüncesindeyiz. TBK m. 20 uyarınca, genel işlem şartları, “bir sözleşme yapılırken düzenleyenin, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların, sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli, nitelendirmede önem taşımaz.” TBK m. 21 genel işlem şartlarının geçerli kabul edilmeyeceği halleri düzenlemektedir. Buna göre, “karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme imkânı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır.” Yazılmamış sayılan genel işlem şartları dışındaki sözleşme hükümlerinin geçerliliğini koruyacağı m. 22'de açıkça ifade edilmiş, sözleşmeyi düzenleyenin, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremeyeceği hükme bağlanmıştır. Tüm bu düzenlemeler ışığında⁴⁷, artık, asıl sözleşme içinde veya ekinde “genel işlem şartları” olarak nitelendirilen, düzenleyenin karşı taraf ile müzakere etmediği ve karşı tarafça açık bir şekilde kabul edildiği anlaşılamayan tahkim anlaşmalarının hükümsüz olacağı kabul edilmelidir.

iradesi uyumsuzluğun hakemde çözümlenmesi yönünde olduğundan ve bu şekilde tahkim heyetinin seçimine engel yasal bir düzenleme bulunmadığından, terditli hakem seçiminin geçersiz olduğuna ilişkin mahkeme gerekçesi isabetli değildir.

Ek sözleşmede tahkim heyetini seçme hakkının iddia sahibine ait olduğu belirtilmiştir. Mahkemece bu düzenlemenin Türk kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilmiştir. Tahkim sözleşmesinde veya bir sözleşmede yer alan tahkim şartında taraflardan sadece birine hakem heyetini seçme hakkının tanınması halinde taraflardan biri lehine yargılamada üstünlük sağlanmış olacağından böyle bir tahkim sözleşmesi veya tahkim şartı geçerli değildir. Oysa somut olayda hakemleri seçme hakkı iddia edene yani her iki tarafa da tanınmıştır. Böyle bir tahkim şartı ile davacı satıcı firma, yargılama bakımından üstün bir duruma getirilmemiştir. Bu nedenle ek sözleşmedeki hakem seçimine ilişkin hükmün kamu düzenine aykırı olduğu kabul edilemez.” (www.kazanci.com).

⁴⁷ Genel işlem şartları ile ilgili değerlendirmeler için bkz. Kemal **Oğuzman**/Turgut **Öz**, 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 11.Bası Vedat Kitapçılık, 2013, s. 164 vd.

Yukarıda sayılan ve tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğüne yol açan haller MTK m. 4/f.3 anlamında tahkim anlaşmasının “geçerliliğine” ilişkin hallerdir. MTK m. 4/f.3’deki “geçerlilik” aslında sadece tahkim anlaşmasının esas bakımından (maddi) geçerliliğini kapsamaktadır. Zira geniş anlamda tahkim anlaşmasının geçersizliğine ilişkin bir konu olan tahkim anlaşmasının şekli ve aslında tahkim anlaşmasından tamamen farklı bir konu olan tahkime elverişlilik m. 4/f.2 ve m. 1/f.4’de düzenlenerek m. 4/f.3’ün kapsamı dışında bırakılmıştır⁴⁸. Aynı durum, NYK açısından da geçerlidir. Zira tahkim anlaşmasının şekli ve tahkime elverişlilik NYK m. II/1 ve 2’de düzenlenmektedir ve m. II/3’deki haller dışında değerlendirilmektedir⁴⁹.

Yukarıda bahsi geçen ve m. 4/f.3’ün kapsamı dışında kaldığını belirttiğimiz tahkime elverişlilik, bir uyuşmazlığın konusu itibariyle tahkim yoluyla çözülebilmesinin mümkün olup olmadığını ifade eden objektif tahkime elverişlilik kavramını ifade etmektedir. Bunun yanında, tahkim anlaşmasının taraflarının, tahkim anlaşması yapabilmek için gerekli ehliyete sahip olup olmadıklarını ifade eden (daha çok kamu tüzel kişilerinin tahkim anlaşması akdetmek için gerekli yetkiye sahip olup olmadıklarını ele alan) “sübjektif tahkime elverişlilik” kavramının tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğüne ilişkin inceleme ile bağlantısından da bahsetmek gerekmektedir⁵⁰. Tahkim anlaşması akdetmeye ehil olmayan taraflar arasındaki bir tahkim anlaşmasının hükümsüz olacağını hatırlatmakta fayda vardır.

C. Tahkim Anlaşmasının Tesirsiz Oluşu

Yukarıda belirttiğimiz üzere, tahkim anlaşmasının “tesirsiz oluşu” ifadesi öncelikle NYK’da, daha sonra ise 1985 UNCITRAL Model Kanunu’nda benimsenmiş bir ifadedir. Fakat her iki metnin de kabulü sırasındaki hazırlık çalışmalarında bu ifadenin hangi anlama geleceği, ne tür

⁴⁸ Akıncı, s. 112-113. Bununla beraber tahkim anlaşmasının şekli ve tahkime elverişliliğinin MTK m. 5 çerçevesinde, mahkemece yapılacak tahkim anlaşmasının geçerliliğine ilişkin incelemenin kapsamında olup olmadığını başka bir sorun olduğunu hatırlatmakta fayda görmekteyiz.

⁴⁹ van den Berg, s. 155.

⁵⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Burak Huysal, Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, 2010, s. 14-19; Yeşilova, s. 321 vd.

durumlarda tahkim anlaşmasının tesirsiz kalabileceği irdelenmemiştir⁵¹. Bu şekilde “kapsayıcı ve kesin olmayan” bir ifadenin benimsenmesinin altında, farklı ülke mevzuatlarına göre doğabilecek çeşitli işlevsizlik hallerinin karşılığı olabilecek, her ülkenin hukukçularının kendi kanunlarına göre yorum yapabilmelerini sağlayacak alanı yaratabilecek adeta “kısa ve öz” bir terim bulma ihtiyacı yatabilir. Zira her ne şekilde ortaya çıkarsa çıksın ya da her nasıl ifade edilirse edilsin, tahkim anlaşmasının taraflarının ve farklı devlet mevzuatlarının ondan beklediği işlevi yerine getiremeyecek olması halinde “tesirsiz” bir tahkim anlaşmasından bahsedilebilecektir.

Çeşitli ülke mevzuat ve içtihatlarında bir fikir birliği oluşmadığını hatırlatmakla birlikte, özellikle *common law* sistemini uygulayan mahkemelerin, çoğu zaman, tahkim anlaşmasının taraflarca feshedildiği, tarafların tahkim anlaşmasının uygulanmasından feragat ettikleri veya tahkim anlaşmasının -tahkim veya tanıma/tenfiz yeri mevzuatlarına aykırılık nedeniyle uygulanmadığı durumlarda “tesirsiz” bir tahkim anlaşmasının varlığına hükmettikleri ifade olunmaktadır⁵².

Gerçekten de taraflar tahkim anlaşması yapmakta serbest oldukları kadar, söz konusu anlaşmayı feshetmekte de serbesttirler. Örneğin, İngiliz Yüksek Mahkemesi 2002 yılında verdiği bir kararda⁵³, tarafların davranışlarının tahkim anlaşmasının feshi anlamına gelip gelmediğini tartışmıştır. Anılan karara konu olayda, taraflardan biri (Downing) tahkim şartı içeren sözleşmeden doğan uyumsuzluk ile ilgili olarak diğer tarafa (Al Tameer) iki ayrı tarihte hakemini seçmesi için ihtar göndermiş, karşı taraf ise her seferinde tahkim şartını içeren asıl sözleşmenin var olmadığını ileri sürmüştür. Sonuç olarak Downing İngiliz mahkemelerinde dava açmış, bu sefer de Al Tameer sözleşmede tahkim şartının var olduğunu ileri sürerek tahkim itirazında bulunmuştur. *Court of Appeal* asıl sözleşmenin inkârının davalı açısından tahkim itirazının ileri sürülememesi sonucunu doğuracağını hükme bağlamıştır⁵⁴. Aslında bu noktada dikkat edilmesi gereken husus, borç ilişkisinin nedeni olan asıl sözleşme ile tahkim şartının, aynı sözleşme içinde

⁵¹ **Born**, s. 708-709; **van den Berg**, s. 154; **Bonnell**, s. 111-112; **Yeşilova**, s. 534.

⁵² **Born**, s. 710-711; **Bonnell**, s. 113.

⁵³ Downing v. Al Tameer Establishment [2002] EWCA Civ 721; [2002] C.L.C 1291

⁵⁴ **Bonnell**, s. 113-114; **Yeşilova**, s. 510.

akdedilse dahi, iki ayrı sözleşme olarak değerlendirilmesi gerektiğidir. Aşağıda da inceleneceği üzere, bu iki sözleşmenin kaderi birbirinden tamamen ayrıdır. Asıl sözleşme ile tahkim anlaşmasının birbirinden bağımsızlığı (*separability*) ilkesi gereğince, bir tarafın asıl sözleşmeyi feshetmesi, tahkim sözleşmesinin de feshedildiği anlamını taşımayacaktır. Ancak burada mahkeme, asıl sözleşmenin baştan itibaren yok olduğuna ilişkin davalı tarafça ileri sürülen iddianın, sözleşmenin diğer tarafına tahkim anlaşmasının feshedildiğini kabul ve devlet yargısına başvuru hakkı tanıdığına, bu durumda davalı tarafın da varlığını inkâr ettiği sözleşmede yer alan tahkim anlaşmasına dayanarak tahkim itirazında bulunamayacağına hükmetmiştir. Tahkim anlaşmasının feshi, taraflardan birinin açık iradesi veya Downing davasında olduğu gibi taraflardan birinin davranışları sonucu ortaya çıkabilir. Bu çerçevede, taraf ifade ve davranışlarının yorumlanmasında genel sözleşmeler hukuku ilkelerinden yararlanılacaktır⁵⁵.

Tahkim anlaşmasından feragat edilmesi de mümkündür⁵⁶. Bu durumun en basit örneği, bir tarafın, tahkim anlaşmasına konu bir uyuşmazlık hakkında devlet yargısında dava açtığı durumda, karşı tarafın tahkim itirazında bulunmamasıdır. Aynı şekilde, tahkim anlaşmasının taraflarından birinin önce tahkimde, daha sonra da mahkemede aynı konuya ilişkin dava açması, ilgili tarafın tahkim anlaşmasından feragat ettiği şeklinde yorumlanabilir. Yargıtay'ın da tahkim sözleşmesinin taraflarının, hakem yerine devlet yargısına başvurmaları halinde, tahkim sözleşmesinin uygulanmasından vazgeçtiklerine ilişkin kararları mevcuttur⁵⁷. Avustralya Federal Mahkemesi,

⁵⁵ **Bonnell**, s. 114.

⁵⁶ **Yeşilova**, s. 509.

⁵⁷ **Akıncı**, s. 125. **Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 5065/6721 sayılı ve 11.12.2009 tarihli kararından**: “Dava, yanlar arasında yapıldığı bildirilen arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı olarak açılmıştır. Davacı tarafından açılan davada “tahkim itirazında” bulunan yüklenici şirket, kendi davasında sözleşmedeki tahkim koşulunu dikkate almadan genel mahkemede davasını açmıştır. Geçerli tahkim sözleşmesi veya şartına rağmen sözleşmenin taraflarınca davalarını hakem yerine mahkemelerde açmış olmaları durumunda; tahkim sözleşmesinin veya şartının uygulanmasından vazgeçmiş olduklarının kabulü gerekir. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları, sözleşmede kararlaştırılan tahkim şartının uygulanması olanağını ortadan kaldırmışlardır. Açıklanan bu sebeplerle davalılarca yapılan tahkim itirazı kabul edilemez.”; **Yargıtay 15. Hukuk Dairesi'nin 4423/4960 sayılı ve 04.10.2010 tarihli kararından**: “Dava, kat

tahkim anlaşmasına konu bir uyuşmazlık ile ilgili olarak, bir tarafın devlet mahkemesine başvurması halinde, diğer tarafın davanın askıya alınması talebiyle mahkemeye başvurması ve bu başvurunun davanın esası ile ilgili olguları da içermesi ihtimalini değerlendirmiştir⁵⁸. Mahkeme, haklı olarak, aynı zamanda tahkim yargılamasını başlatan davalının devlet yargısına başvurmasının tahkim anlaşmasından feragat ettiği anlamını taşımayacağına hükmetmiştir.

Tahkim veya tenfiz yeri hukukunun, tahkim anlaşmasını özellikle uyuşmazlığın belirli bir tarafı açısından tesirsiz kılan hükümler içermesi de mümkün olabilir. Bu duruma, özellikle işçi, sigortalı veya tüketiciye karşı başlatılan tahkim yargılamalarında rastlandığı belirtilmektedir⁵⁹. Örneğin, sigortalının ancak uyuşmazlık doğduktan sonra akdedilmiş olan tahkim anlaşmasının tarafı olabileceğine veya tüketicinin ancak asıl sözleşmeden ayrı ve tüketicinin okuyup rıza gösterdiğini açıkça ispatlayan yazılı bir tahkim sözleşmesi ile bağlı olabileceğine dair hükümler böyledir. Bu durumda tahkim anlaşması, gerekli şartları gerçekleştirmediği sürece, sigortacı ve satıcı/sağlayıcı açısından geçerli sayılıp etki doğurur iken, sigortalı ve tüketici için etki doğurmayacaktır.

Türk Hukukunda, tahkime elverişlilik konusunun dışında değerlendirilen ve tahkim anlaşmasını bir taraf için etkisiz kılan bu tür hükümler yer

karşılığı inşaat sözleşmesine dayalı cezai şart alacağına tahsil istemine ilişkindir. Geçerli tahkim sözleşmesi veya şartına rağmen sözleşmenin taraflarınca davalarını hakem yerine mahkemelerde açmış olmaları durumunda; tahkim sözleşmesinin veya şartının uygulanmasından vazgeçmiş olduklarının kabulü gerekir. Çünkü T.M.K.nun 2. maddesi gereğince herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz. Arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinin tarafları, sözleşmede kararlaştırılan tahkim şartının uygulanması olanağını ortadan kaldırmışlardır. Davalılarca yapılan tahkim itirazı kabul edilemez.” **Yargıtay 15. Hukuk Dairesi’nin 1581/1652 sayılı ve 23.03.2010 tarihli kararından:** “Dava, arsa payı karşılığı inşaat sözleşmesinden kaynaklanan gecikme tazminatı ve kira bedeli istemine ilişkindir. Geçerli tahkim sözleşmesi veya şartına rağmen sözleşmenin tarafları davalarını mahkemede açmışlarsa, sözleşme veya şartın uygulanmasından vazgeçmiş sayılırlar.” (www.kazanci.com).

⁵⁸ Pan Australia Shipping Pty Ltd v The Ship “Comandate” (No.2) (2006) 234 A.L.R. 483 at [484].

⁵⁹ **Bonnell**, s. 115-116.

almamaktadır⁶⁰. Bununla birlikte, her ne kadar tahkim anlaşmasının tesirsiz olması başlığı altında değerlendirilmese de, yukarıda yer verdiğimiz ve tahkim anlaşmalarının hükümsüzlüğüne yol açabilecek TBK'nın genel işlem şartları ile ilgili düzenlemeleri hatırlatmakta fayda görmekteyiz⁶¹.

Son olarak, hakem heyetinin taraflarca veya tahkime uygulanacak usul kurallarınca belirlenen süre içinde karar vermemesi, yargılamanın örneğin hakemlerin farklı görüşte olmaları nedeniyle sonlandırılmaması halinde de, tahkim anlaşmasının tesirsiz kaldığından söz edilmektedir⁶². Bu durumlara ek olarak tahkim yargılamanın taraflarından birisinin taraf ehliyetini kaybetmesi ve ilgili tarafın haleflerinin tahkim yargılamasına devam etmeyeceklerini bildirmeleri ya da hiçbir bildirimde bulunmamaları halinde de tahkim anlaşmasının tesirsiz kaldığı kabul edilmelidir.

Aslında, tahkim anlaşmasının “görevi”, yani tarafların tahkim anlaşmasından beklentisi, tahkim anlaşmasının sadece yargılamayı başlatmaya değil, aynı zamanda yargılama sonunda “icra edilebilir” bir karar almaya da elverişli olmasıdır⁶³. Yani tahkim anlaşmasının tesirsizliğine sebep olabilecek bir durum, hakem kararı verinceye ve hatta hakem kararı icra edilinceye kadar ortaya çıkabilir. Bu çerçevede, hakem kararının iptal edilmiş olmasının da tahkim anlaşmasını tesirsiz kılacağı dile getirilmektedir⁶⁴.

⁶⁰ Türk Hukukunda zayıf tarafın korunması amacıyla kabul edilen müdahaleci ve emredici kuralların kamu düzeni ve tahkime elverişlilik açısından değerlendirilmesi için bkz. **Huysal**, s. 93 vd.

⁶¹ Özellikle tüketici hukukunda genel işlem şartları ile ilgili olarak bkz. **Oğuzman/Öz**, s. 171 vd.

⁶² **Poudret/Besson**, s. 131; **van den Berg**, s. 158. MTK'nın 11. maddesinin (B)/4 hükmü uyarınca “tahkim süresinin uzatılmasına ilişkin talebin reddedilmesi” ve (B)/5 hükmü gereğince, “taraflarca, hakem kararının oybirliği ile verilmesi öngörülmesi olmasına rağmen hakemlerin farklı görüşte olmaları” tahkim yargılamasını sona erdiren haller arasında sayılmaktadır.

⁶³ “*Tahkim anlaşması kural olarak amacına ulaşması ile yani uyumsuzluk hakkında karar verilmesiyle sona erer.*” (**Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 1073).

⁶⁴ **van den Berg**, s. 158. Yazar, tahkim anlaşmasının varlığına rağmen, aynı uyumsuzluğa ilişkin kesinleşmiş bir hakem veya mahkeme kararının verilmiş olmasının da kesin hüküm ilkesi (*res judicata*) uyarınca tahkim anlaşmasını tesirsiz kılacağı ifade etmektedir. Bununla beraber, bir hakem kararının, ancak tahkim yerinde “icra edilebilir” olduğuna karar verilmesi veya tanıma/tenfizinin istendiği ülkede tanındığı/tenfiz edildiği

D. Tahkim Anlaşmasının İcrasının İmkânsız Oluşu

Tahkim anlaşmasının icrasının imkânsız olması, daha çok tarafların tahkim anlaşmasını akdederken dikkatsiz davranmaları sonucunda ortaya çıkan, tahkim anlaşmasının -genelde hakem heyeti oluşmadığı için- mahkemelerde de yorum yoluyla tamamlanamadığı ve etki doğurmasının sağlanamadığı durumları ifade etmektedir. Tahkim anlaşmasının icra edilebilir olması için, tahkim yerinin veya hakem heyetinin ne şekilde oluşturulacağına ilişkin usulün ya da tahkim usulüne uygulanacak kuralların belirlenmesi gerekir. Bu hususlardan birinin tereddüde yer vermeyecek biçimde belirlenmesi halinde, tahkim yeri usul kuralları ya da hakem heyeti veya tarafların seçtikleri usul kuralları eksik kalan noktaların tamamlayarak tahkim anlaşmasının icra edilebilmesini sağlayacaktır⁶⁵.

Tahkim anlaşmasının bu unsurlardan hiçbirini içermemesi, örneğin tarafların “işbu sözleşmeden doğan uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözümlenecektir” gibi bir tahkim şartı -ki bu tür ifadeler doktrinde “beyaz tahkim şartı (white clauses) denilmektedir- öngörmeleri halinde, şayet tahkim anlaşmasını tamamlayıcı bir bağlama unsurunun (*subsidiary connecting factor*) da uygulama alanı bulamadığı bir durum söz konusu ise, “icrası imkânsız bir tahkim şartı”ndan bahsetmek gerekecektir⁶⁶. Örneğin, tahkim yerinin

takdirde kesin hüküm niteliğine kavuşacağı unutulmamalıdır. Keza, bir devlet mahkemesinde geçerli bir tahkim anlaşmasına aykırı olarak dava görülmüş ve hüküm kesinleşmişse, bu durum ancak bu devletin tahkim yeri veya tanıma/tenfiz yeri devleti olması halinde hakem kararının icrasına (ilk ihtimalde iptal prosedürü, ikinci ihtimalde ise tanıma/tenfizin reddi sonucunda) engel olabilecektir.

⁶⁵ Bazı tahkim kanunlarında tahkim yerinin, hakem kurulunun ve hatta uygulanacak usul kurallarının belirlenmediği hallerde dahi tahkim anlaşmasının icra edilebilir kılacak çareler öngörülmüştür. Örneğin, Alman Medeni Usul Kanunu m. 1025/f.3 uyarınca, tarafların tahkim yerini belirlememiş olmaları halinde, taraflardan birinin işyeri veya mutad meskeninin Almanya’da bulunması halinde, mahkeme hakem heyetinin oluşması için gerekli atamaların yapılması görevini icra edecektir (**Poudret/Besson**, s. 126; Stefan M. **Kröll**, “The “Incapable of Being Performed” Exception in Article II (3) of the New York Convention”, in: *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, the New York Convention in practice*, ed. E. Gaillard/D. Di Pietro, Cameron May Ltd 2008 s. 338).

⁶⁶ **Poudret/Besson**, s. 130; **Kröll**, s. 331. Bununla birlikte, Hong Kong Yüksek Mahkemesi, taraflarca “üçüncü bir ülkede, üçüncü bir ülkenin kurallarına ve Uluslararası Ticari

Türkiye olarak belirlenmesi halinde, şayet uyuşmazlık MTK m. 2 anlamında yabancılik unsuru taşımaktaysa, MTK uygulama alanı bulacaktır. Bu durumda tarafların hiçbir belirleme yapmamaları halinde dahi, MTK'ya göre hakem heyeti belirlenebilecek ve tahkim yargılaması bu kurallar uyarınca sürdürülerek hakem kararının verilmesi sağlanabilecektir. Yine, şayet taraflar hakemlerin seçim usulünü tam olarak belirlemişlerse, oluşan hakem heyeti tahkime uygulanacak usul kurallarını belirleme yetkisine sahip olacak ve örneğin -yine uyuşmazlığın yabancılik unsuru taşıması halinde- MTK m. 1/f. 2 uyarınca, MTK'nın uygulanmasına karar verebileceklerdir.

Tahkim anlaşmasının icrasına yönelik sorunların genellikle *ad hoc* tahkimde yaşandığını belirtmek gerekir. Yine de bu sorunlar, mahkemelerin, tarafların tahkime gitmek yönündeki iradelerini saptamaları üzerine, muğlak ya da birbiriyle çelişen ifadeler içeren tahkim anlaşmalarını yorum yolu ile mümkün olduğunca ayakta tutmak yönünde çaba sarf etmeleri sonucunda çözümlenebilmektedir⁶⁷. Örneğin, tarafların aralarındaki sözleşmede, hem

Tahkim Birliği usul kurallarına uygun olarak yapılacağı" öngörülen bir tahkim şartına dahi geçerlilik tanımıştır. Mahkeme burada tarafların tahkim iradesinin açıkça anlaşıldığı hükmüne varmıştır. (Lucky-Goldstar International (H.K.) Limited v. Ng Moo Kee Engineering Limited, 5 May 1993, Excerpts published in [1993] 2 Hong Kong Law Reports (HKLR), 73, Abstract prepared by the Secretariat: "The plaintiff, a Hong Kong company and subsidiary of a Korean company, sold sets of elevators to the defendant, a Hong Kong company. The contract contained an arbitration clause which provided for arbitration in a "3rd country, under the rule of the 3rd country and in accordance with the rules of procedure of the International Commercial Arbitration Association". The plaintiff sued for damages in the Hong Kong courts and the defendant sought a stay of the proceedings pursuant to article 8 MAL. The plaintiff argued that the arbitration agreement should be considered null since it referred by mistake to an unspecified third country, or inoperative since it referred to a non-existent organization and non-existent rules. The court found that the arbitration clause sufficiently indicated the parties' intention to arbitrate. It held that the reference to an unspecified third country, to a non-existent organization and non-existent rules did not render the arbitration agreement inoperative or incapable of being performed since arbitration could be held in any country other than the countries where the parties had their places of business and under the law of the place of arbitration, which could be chosen by the plaintiff. The court granted the stay of proceedings sought by the defendant and ordered the plaintiff to pay the costs of the proceedings.")

⁶⁷ Kröll, s. 330.

belirli bir devlet mahkemesini hem de tahkimi yetkili kılmaları halinde (seçimlik anlaşmalar), tahkim anlaşmasının geçerli olduğuna, seçim hakkının davacı olduğuna hükmedilmektedir⁶⁸. Bununla beraber Yargıtay’ın yetkili

⁶⁸ Bu yöndeki Fransız mahkemelerince yerleşik içtihatlar için bkz. **Brekoulakis**, s. 241; **Poudret/Besson**, s. 130; **Yeşilova**, s. 539. Yazar, bu tür seçimlik anlaşmalarda, yetkili mahkeme kaydının yanında, tahkime sadece belirli bir tarafça gidilebileceğinin de kararlaştırılabilmekte olduğunu; bu gibi durumlarda dahi, sözleşmede belirlenen tarafın tahkim yargılaması başlatması halinde geçerli bir tahkim anlaşmasının varlığının kabul edilmesi gerektiğini belirtmektedir. Diğer taraftan, Alman Federal Mahkemesi 1998 yılında verdiği bir kararda, böyle bir tahkim şartını, “seçim hakkının, tarafın sadece davacı olacağı durumlarda sınırlandırılmamış olması ve diğer tarafın gereksiz yargılama giderlerini karşılamak zorunda bırakılmayacağı” gerekçeleriyle geçersiz saymıştır (**Yeşilova**, s. 540).

Doktrinde, tarafların tahkim şartının yanında yetkili mahkemeyi de belirlemeleri (*forum selection*) halinde, belirlenen mahkemenin ancak tahkime yardımcı olabileceği hususlarda yetkili olabileceği ifade edilmektedir (**Kröll**, s. 331). Ancak şunu unutmamak gerekir ki, tahkim yargılamasında ihtiyati tedbir alınması, hakemlerin seçimi, delillerin toplanması gibi mahkemenin yardımını gerektiren hallerde yetkili mahkeme çoğu zaman tahkim yeri mahkemeleri (tahkimin gerçekleştiği ülke mahkemeleri) olacaktır ve bu durum tahkimin tabii olduğu kurallarda (örneğin tahkimin MTK’ya göre yapıldığı durumda MTK m. 3’de) düzenlenmektedir. Böyle bir durumda, örneğin İstanbul’da ICC kurallarına göre tahkimi öngören bir tahkim şartı yanında seçimlik olarak Cenevre mahkemelerinin de yetkilendirilmiş olması ihtimalinde, Cenevre mahkemeleri mi tahkim yargılamasına yardımcı olacaktır? Kanımızca, bu sorun uygulanan tahkim kurallarında yer alan yetki kuralının, örneğimizde MTK m.3’ün niteliği ile ilgilidir. Şayet MTK m.3’de yer alan yetki kuralının Türk mahkemeleri açısından münhasır yetki yarattığı düşünülürse yabancı mahkemeden alınan tahkim yargılamasına ilişkin kararın Türkiye’de icrası mümkün olmayacaktır (MÖHUK m.54/b bendi). Bu düşünce çerçevesinde, MTK m. 3’de belirtilen mahkeme dışında yabancı bir mahkemenin yetkilendirilmesi de mümkün değildir (MÖHUK m. 47/f. 1). Bununla beraber, yabancı mahkemeden tahkim yargılaması ile ilgili verilebilecek kararlara baktığımızda, bu kararların nitelik itibarıyla tanıma/tenfize müsait olmadığı, dolayısıyla yabancı mahkemenin yetkilendirilebileceği düşünülse dahi, bunun pratik bir sonucu olmayacağı söylenebilir. Diğer taraftan, doktrinde, tahkim yargılaması için gerekli olan mahkeme yardımının tahkim yeri mahkemelerinden başka mahkemelerde de sağlanabileceği ifade edilmektedir (**Kröll**, s. 342).

Doktrinde, MTK’nın uygulama alanındaki bir tahkim yargılamasında, yetkili mahkemenin seçimi konusunda taraflara irade serbestisinin tanınmadığı belirtilmiş, bu konuda bir yetki sözleşmesinin yapılamayacağı ifade edilmiştir (**Akıncı**, s. 101-102). Diğer taraftan

mahkeme ve tahkime birlikte atıf yapıldığı durumlarda tahkim şartını geçersiz saydığı görülmektedir⁶⁹. Şunu belirtmek gerekir ki, tahkim şartı ile yetkili mahkemeyi belirleyen kaydın seçimlik değil de kademeli olarak düzenlenmesi halinde, tarafların tahkim iradesinin açık olmaması nedeniyle geçerli bir tahkim anlaşmasından bahsedilemeyecektir⁷⁰.

Tarafların hem kurumsal hem de ad hoc tahkime birlikte atıf yapmaları halinde de, mahkemelerce tahkim anlaşmasının mümkün olduğunca işletilebilir olması yönünde yorum yapıldığı ifade edilmektedir⁷¹. Bu gibi durumlarda tarafların gerçek iradelerinin araştırılıp hakem heyetinin oluşturulmasının sağlanması yerinde olacaktır. Zira artık birçok tahkim mevzuatında kabul edildiği üzere, hakem heyeti, tahkim anlaşmasının varlığı ve geçerliliği

Yargıtay 15. Hukuk Dairesi E. 2007/2145, K. 2007/4389 sayılı ve 27.06.2007 tarihli kararında “taraflarca yetkili mahkemenin belirlenmesinin 4686 sayılı MTK’nın 3. maddesindeki açıklamalara uygun olduğuna” hükmetmiştir. Bu karardan Yargıtay’ın tahkimde yetkili mahkemenin taraflarca belirlenmesine cevaz verip vermediği tam olarak anlaşılammaktadır. Zira, karara konu olayda tarafların seçtiği mahkeme ile MTK m. 3’ün belirlediği mahkemenin örtüşüyor olması kuvvetle muhtemeldir.

⁶⁹ **Yargıtay 14. Hukuk Dairesi’nin 5385/5667 sayılı ve 08.12.1975 tarihli kararından:** “Dava, davaya dayanak olan istisna sözleşmesinin 9. maddesi uyarınca davalılar lehine tesis edilen ipoteğin terkinine ilişkindir. Bu sözleşmenin 14. maddesinde aynen “anlaşmazlıklar tarafların tayin edeceği ve meslek odasından çağrılacak 1 er mimardan kurulu hakem heyetince çözümlenecektir. Bu heyet tarafından çözümlenmeyen problemler için İzmir Mahkemeleri yetkilidir” demişlerdir. Bu halîyle çekişmenin halli için hem hakemleri, hem de mahkemeyi görevli kabul etmişlerdir. Genel ilke olarak bir hukukî çekişmenin çözümünde asıl görevli mercii mahkemeleridir. Tarafların sözleşmeyle bu konuda hakemleri yetkili kılması istisna bir işlemdir. Bu nedenle tahkim sözleşmesinde taraflar hem hakemleri hem de tabii mercii olan mahkemeleri görevli kabul edemezler. Bu tür tahkim sözleşmeleri geçersiz olduğundan çekişmenin davanın olduğu mahkemede çözümlenmesi şarttır.” (www.kazanci.com).

⁷⁰ “Taraflar arasındaki uyumsuzluğu, bağlayıcı ve nihai olarak çözüme kavuşturan bir usul, aynı türdeki bir başka usulle yarışabilir; ancak kademelendirilemez.” (Yeşilova, s. 541). Bkz. “Tahkim Anlaşmasının Hükümsüzlüğü” başlıklı kısım.

⁷¹ **Poudret/Besson**, s. 130. Tarafların aynı anda hem Zürih Ticaret Odası Tahkimine, hem UNCITRAL Tahkim Kurallarına, hem de -hakemlerin seçimi için- ICC kurallarına atıf yaptıkları bir tahkim şartında İsviçre Federal Mahkemesi, hakemlerin seçimi için ICC’ye yapılan atfın görmezden gelinmesi yönünde hüküm kurarak tahkim anlaşmasını geçerli saymıştır (ATF 130 III 66 sayılı karar).

de dâhil olmak üzere kendi yetkisi hakkında karar vermeye ehil olacaktır. Taraflar hakem heyeti oluştuktan sonra da tahkim anlaşmasının gerçek iradeleri dışında yorumlandığını ileri sürebileceklerdir. Burada önemli olan, tarafların, aralarındaki uyuşmazlığı bir hakem heyetinin çözmesi hususunda açık iradelerinin saptanmasıdır.

Tarafların aynı uyuşmazlığa ilişkin olarak iki ayrı ve birbiriyle çelişen tahkim anlaşması yapmaları ve bu anlaşmaların hangisinin uygulanacağına dair herhangi bir hükme yer vermemeleri halinde de birtakım sorunlar yaşanabilecektir. Bu gibi bir durumda da, yine tahkim yargılamasını başlatan tarafın (davacı) hangi tahkim anlaşmasına dayanacağını seçme hakkına sahip olacağı ifade edilmektedir⁷². Böyle bir durumda, sonraki tahkim anlaşmasının önceki anlaşmayı hükümsüz kıldığının da kabul edilebileceği kanaatindeyiz.

Tarafların kurumsal tahkime atıf yapmayıp, ad hoc tahkimi seçtikleri ihtimalde, taraflarca belirlenen hakem heyetinin oluşumuna ilişkin usulün işletilmesi açısından da bazı sorunlar yaşanabilir. Her ne kadar, ulusal tahkim mevzuatlarında hakem heyetinin oluşumu açısından tamamlayıcı usuller (*fallback mechanisms*) öngörülmüş olsa da, bazen bu sorunların aşılması mümkün olmamaktadır⁷³. İki tarafın da işbirliği olmaksızın hakem heyetinin oluşturulamayacağına ilişkin hükümlerin kabulü tahkim anlaşmasının icrasına engel olabilmektedir. Örneğin, tarafların, “tahkim yargılamasını, her biri aktif olarak görev yapan hâkimlerden oluşan üç hakemli bir heyetin gerçekleştireceği” üzerinde anlaşmaları halinde, Alman Hukukunun aktif hâkimlerin ancak tarafların ortak iradesi ile veya bağımsız üçüncü bir tarafça atanabileceğine ilişkin hükmü karşısında, tarafların hakemler üzerinde anlaşmamaları halinde, tahkim anlaşmasının icrasının mümkün olmadığına karar verilmiştir⁷⁴. Yine, tarafların tek hakemli bir tahkim yargılaması öngörmeleri ve hakemi de ismen belirttikleri ihtimalde, belirlenen hakemin

⁷² Poudret/Besson, s. 130.

⁷³ Kröll, s. 336-337.

⁷⁴ Karl-Heinz Böckstiegel/Stefan Michael Kröll/Patricia Nacimiento, Arbitration in Germany, The Model Law in Practise, Wolters Kluwer, 2008, s. 144; CA Salerno, 31.12.1990, Conceria Est Partenio SpA v. James Garnar&Sons Ltd, XXI Y.B. Com. Arb. 576 (1996), Kröll, s.337’den naklen.

ölmesi halinde de icra edilmesi imkânsız bir tahkim anlaşması ile karşı karşıya kalınacaktır⁷⁵.

Diğer taraftan, önceden belirlenen atama merciinin, hakem atamasını yapmaması, atanmış/önceden belirlenen hakem veya hakem heyetinin uyuşmazlığı çözmeye müsait olmaması veya görevini icra etmek istememesi gibi durumlarla da karşılaşılabilir⁷⁶. Yine, taraflarca önceden belirlenen hakem veya hakemlerin tarafsızlıklarını kaybettiği durumlar söz konusu olabilir. Bu gibi hallerde, taraflarca önceden seçilen hakemlerin şahsı ön plana çıkmaktadır. Şayet tarafların, tahkime konu uyuşmazlığın sadece önceden belirlendikleri hakem veya hakemlerce çözülmesini amaçladıkları anlaşılıyorsa, bu takdirde önceden belirlenen hakemlerin değiştirilmesi mümkün olmamalı, dolayısıyla tahkim anlaşmasının icrasına imkân tanınmamalıdır⁷⁷. Şayet taraflar yeni bir hakem veya hakem heyeti üzerinde anlaşma sağlayabilirlerse, artık yeni ve icra edilebilir bir tahkim anlaşmasından bahsetmek gerekecektir.

Doktrinde, Alman ve Avusturya tahkim mevzuatı uyarınca, tahkim heyetinin kendini yetkisiz sayması ve uyuşmazlıktan el çekmesi halinde de tahkim anlaşmasının icrasına imkân kalmadığı ifade edilmektedir⁷⁸. Bununla beraber, böyle bir durumun MTK m.15/A/1/d hükmü uyarınca tahkim kararının iptali sebebi olduğunu hatırlatmakta fayda vardır. Şayet iptal davasına bakan mahkeme de, hakemlerin yetkisizlik kararının hukuka uygun olduğuna hükmederse, bu durumda artık tahkim anlaşmasının -en azından MTK uyarınca- icra edilebilir olmadığını kabul etmek gerekir.

Tarafların tahkim yerini belirlemeleri tahkim yeri mahkemelerinin yargılamaya yardımcı olması, yargılamanın başlatılması ve devamına ilişkin kuralların belirlenmesi ve özellikle tahkim kararına karşı açılması muhtemel

⁷⁵ **Born**, s. 711; **Bonnell**, s. 111 Bununla beraber, taraflarca önceden belirlenen hakemin ölmesi hali, doktrinde, tahkim anlaşmasının tesirsiz kaldığı durumlar arasında da sayılmaktadır (**Poudret/Besson**, s. 131).

⁷⁶ **Kröll**, s. 338-339; **van den Berg**, s. 159. Yazar bu gibi durumlarda, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk uyarınca tahkim anlaşmasının “sona ermesine” hükmedilebileceğini, bu açıdan tahkim anlaşmasının “tesirsiz” veya “icrasının imkânsız olması”nın önem arz etmediğini dile getirmektedir.

⁷⁷ **Kröll**, s. 339.

⁷⁸ **Böckstiegel/Kröll/Nacimiento**, s. 144; **Kröll**, s. 339-340.

iptal davaları açısından hayati önemi haizdir. Ne var ki, hakem heyetinin oluşturulması belki de tahkim yerinin belirlenmesinden çok daha önemli olabilir. Zira birçok ulusal tahkim mevzuatı uyarınca, hakem heyetinin tahkim yerini belirleme yetkisi vardır (MTK m. 9/f. 1). Bu nedenle tahkim yerinin belirlenmemesi başlı başına tahkim anlaşmasının icrasının mümkün olmaması anlamını taşımayacaktır. Bununla beraber, tarafların belirlediği tahkim yerinde tahkim yargılamasının yapılamadığı durumlar ortaya çıkabilmektedir. Özellikle, İran devrimi sonrasında, bir tarafın Amerikalı olduğu uyuşmazlıklarda, Amerikalı taraf için tahkim yerine gitmenin mümkün olmaması karşısında Amerikan mahkemeleri, tahkim yeri seçiminin tahkim şartının kalan kısmından ayrılamayacağı gerekçesiyle, bu tahkim anlaşmalarının icrasının mümkün olmadığına karar vermiştir⁷⁹. Diğer taraftan, taraflardan birinin tahkim yerine gidemediği her durumda, tahkim anlaşmasının kendiliğinden icra edilemez hale geldiğinin kabul edilmemesi gerektiği de vurgulanmaktadır⁸⁰. Zira birçok ulusal tahkim mevzuatında, duruşmaların tahkim yerinden farklı bir yerde de görülebileceğine ilişkin düzenlemeler yer almaktadır (MTK m. 9/f. 2). Özellikle tarafların tahkim anlaşmasını yaparken tahkim yerinde örneğin iç savaş, çatışma gibi hallerin varlığından haberdar olmaları ve buna rağmen tahkim yerini bilerek seçmeleri durumunda tahkim anlaşmasının icrasının imkânsız olduğuna karar verilmemesi gerektiği savunulmaktadır⁸¹.

Tarafların kurumsal tahkimi seçmeleri ve ilgili kurumun kurallarının uygulama alanı bulduğu tahkimlerde genellikle çok fazla sorun yaşanmamaktadır. Bununla beraber, kurumsal tahkimin öngörüldüğü hallerde de “patalojik” tahkim anlaşmalarına rastlamak mümkündür. Bu hallerin başında seçilen tahkim kurumuna yönelik yanlış veya belirsiz ifadeler, kısaltmalar ya da hiç var olmayan veya tahkim anlaşması akdedildikten sonra dağılan/faaliyetine son verilen tahkim kurumlarına yapılan atıflar gelmektedir⁸².

⁷⁹ National Iranian Oil Co. v. Ashland Oil Inc., 817 F. 2d 326 (5th Cir. 1987), **Kröll**, s. 341’den naklen; aynı karara ilişkin bkz. **Yeşilova**, s. 547, dn. 331.

⁸⁰ **Kröll**, s. 342.

⁸¹ **Kröll**, s. 342.

⁸² **Akıncı**, s. 105. Yazar, örneğin, “ICC” yerine “BCC” yazılması halinde merkezi Paris’deki MTO tahkimi yerine, Bahreyn’deki tahkim merkezine yollama yapılmış olacağı belirtmektedir. Gerçekten de, tarafların kullandıkları yanlış kısaltma veya tahkim

Uygulamada çoğu zaman, MTO (ICC) Tahkim Kurallarına yapılan atfın yanında şehir isimlerinin yer aldığı görülmektedir. Örneğin, tarafların Cenevre MTO Tahkimine atıf yapmaları durumunda, MTO Tahkim Mahkemesi ve devlet yargısı tarafından benimsenen ortak çözümün, yargılamanın Cenevre’de ve MTO Tahkim Kurallarına göre yapılacağı yönünde olduğu dile getirilmektedir⁸³. Bunun yanında, özellikle hem tahkim kurumunun isminin muğlak olması hem de tahkim yeri olarak belirlenen yerde tarafların belirlediği isme yakın bir tahkim kurumunun bulunması halinde tahkim kurumunun belirlenmesinde sorun yaşanabilmektedir. Böyle bir durumda taraflardan birinin tahkim yeri mahkemesine yapacağı başvuru sonucunda hangi tahkim kurumunun görevlendirildiğine hükmedilmesi mümkün olacaktır; mahkemenin yapması gereken “*favor validatis*” ilkesine uygun olarak tarafların gerçek iradelerinin tespiti⁸⁴. Diğer taraftan, tarafların iki ayrı tahkim kurumuna birden atıf yapmaları, tarafların bu iki kurumdan birine başvurmak konusunda seçim haklarının olacağı şeklinde yorumlanmaktadır⁸⁵.

kurumu isimleri uyumsuzluğun yanlış bir kurumda görülmesi sonucunu doğurabilmektedir. **Yargıtay 19. Hukuk Dairesi’nin E. 2011/4149, K. 2011/7619 sayılı ve 07.06.2011 tarihli bir kararı şu şekildedir:** “*Dosyadaki yazılara, mahkemece uyulan bozma kararı gereğince hüküm verilmiş olmasına ve özellikle taraflar arasındaki sözleşmenin 10. maddesinde yer alan tahkim kaydına dayanarak hakem kararının Londra’da verilmiş bulunmasına, Londra Uluslararası Tahkim Mahkemesi (Court of International Arbitration)’nin uluslararası bir tahkim kurumu olmasına, bu tahkim kurumunun Paris’teki Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi’nden (The International Court of Arbitration of the ICC)’den farklı bulunmasına, Adalet Bakanlığı’nın 22.07.2010 tarihli yazısında Londra’daki Uluslararası Hakemlik Mahkemesinin Paris’te Kurulu Uluslararası Ticaret Odası ICC”den farklı bir kurum olduğunun belirtilmiş olmasına göre davacı vekilinin temyiz itirazlarının reddi gerekmektedir.*

(...) *Tenfizi istenen karar Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Mahkemesi’nce verilmiştir.*

Taraflar arasındaki sözleşmede bu kurum tahkim mahkemesi olarak kararlaştırılmadığı için ortada tarafların anlaşmasına uygun hakem mahkemesinden verilmiş bir karar bulunmamaktadır. Bu durumda tenfiz isteminin mahkemece açıklanan gerekçeyle reddi gerekirken yetki yönünden reddi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir.”

⁸³ Poudret/Besson, s. 129; Yeşilova, s. 536.

⁸⁴ Yeşilova, s. 537.

⁸⁵ Kröll, s. 330-331.

Tarafların var olmayan veya tahkim anlaşması akdedildikten sonra faaliyetine son veren tahkim kurumlarına atıf yapımları da mümkündür. Tarafların var olmayan veya belirlenemeyen bir tahkim kurumuna atıf yapımları halinde, çoğu zaman yukarıda belirttiğimiz üzere, mahkemeler yorum yolu ile atıf yapılan tahkim kurumunu belirleyebilmektedir. Bununla beraber, böyle bir tespit yapılamıyorsa, hakem heyetinin nasıl oluşturulacağı veya tahkimin hangi kurallara göre yürütüleceğini belirlemek de mümkün değilse, ancak o zaman tahkim anlaşmasının icrasının mümkün olmadığına karar vermek gerekecektir. Atıf yapılan tahkim kurumunun dağılması halinde ise, iki farklı yaklaşım ortaya çıkmaktadır: bunlardan ilki, tahkim anlaşmasının icrasının imkânsız hale geldiği, diğeri ise faaliyeti son bulan tahkim kurumunun yerine geçen/yeni kurulan tahkim kurumunun kanunî halef sıfatıyla uyuşmazlığı çözmek konusunda yetki kazanacağıdır⁸⁶. Bu durumda yapılması gereken şey, yine tarafların gerçek iradelerinin yeni kurulan tahkim kurumunun yetkisinin lehinde olup olmadığıdır: şayet atıf yapılan “dağılmış” tahkim kurumu ile bu tahkim kurumunun yerine kurulan tahkim kurumu kuralları arasında taraflar açısından önem arz etmeyen değişiklikler varsa, bu takdirde tahkim anlaşmasının icrasına izin verilmeli; aksi takdirde tahkim anlaşmasının icrasının imkânsız olduğuna hükmedilmelidir⁸⁷. Bu çerçevede, her somut olayda, tahkim anlaşmasında atıf yapılan

⁸⁶ **Kröll**, s. 333-334. Bu duruma örnek olarak, Doğu Bloku ülkelerinin dağılması sırasında, Doğu Almanya Tahkim Mahkemesi'nin görevlerini, Almanya Cumhuriyeti'nin birleşmesi sonrasında, Berlin Tahkim Mahkemesi'ne devretmesi gösterilmektedir. Alman Federal Mahkemesi, 1994 ve 1995 yıllarında verdiği iki kararda, tarafların atıf yaptığı dağılan tahkim kurumu ile yeni kurulan tahkim kurumunun hakem heyetinin oluşması ile ilgili kurallarının tamamen farklı olduğu gerekçesiyle tahkim anlaşmasının tesirsiz (*inoperative*) olduğuna hükmetmiştir (Bundesgerichtshof, 20.01.1994, BGHZ 125, 7, 11 et seq.; Bundesgerichtshof, WM 1995, 1198, 1201; **Kröll**, s. 333'den naklen, ayrıca bkz. **Yeşilova**, s. 539, dn. 309). Diğer taraftan Avusturya Yüksek Mahkemesi, Sovyet Sosyalist Cumhuriyetler Birliği'nin (SSCB) dağılmasından önce taraflarca SSCB Ticaret Odası Tahkimine yaptıkları atfın, Rusya Federasyonu kurulduktan sonra Rusya Federasyonu Ticaret Odası Tahkimini yetkili kıldığına hükmederken, yeni kurulan Federasyonun Tahkim kurumunun SSCB Tahkim kurumunun kanunî halefi olduğunu belirtmiştir (Kararlar hakkında ayrıntılı bilgi için bkz **Kröll**, s. 334 ve ayrıca bkz. **Yeşilova**, s. 539, dn. 309).

⁸⁷ **Kröll**, s. 334-335.

ve fakat sonradan dağılan tahkim kurumunun taraflar açısından arz ettiği önem araştırılmalıdır.

Tahkimden önce alternatif uyuşmazlık çözüm yollarının belirlenmesi ve fakat bu yolların tüketilmemesi veya taraflarca tahkime başvurmak için belirli bir süre öngörülmesine rağmen, bu süre geçtikten sonra tahkime başvurulmasının da tahkim anlaşmasının icrasını imkânsız hale getirdiği söylenebilir. Zira tahkimden önce taraflarca başvurulması gereken arabuluculuk veya uzlaştırma gibi alternatif yollar tüketilmedikçe tahkim yargılaması başlatılamayacak, bu şekilde kendisine başvuru hakem veya hakem heyetinin de yetkisizlik kararı vermesi gerekecektir⁸⁸. Yine, tahkim başvurusunun örneğin, taraflar arasındaki müzakerelerin bitişinden itibaren otuz gün içinde yapılması gerektiğine ilişkin bir kayıt karşısında, tarafların öngörülen süre içinde tahkim başvurusunda bulunmaları gerekecektir. Aksi halde tahkim anlaşmasının icrası mümkün olmayacaktır⁸⁹.

Tahkim anlaşmasının taraflarından birinin tahkime katılmak konusunda yeterli maddi imkânlarla sahip olmaması durumu da tahkim anlaşmasının icrasının mümkün olup olamayacağı konusunda tartışılan bir durumdur. Konuya ilişkin farklı görüşler ileri sürülmekle beraber, özellikle maddi sorunlar yaşayan tarafın davacı olması halinde birbiri ile çatışan iki ilkenin varlığından bahsedilmektedir: ahde vefa (*pacta sunt servanda*) ve yargıya

⁸⁸ Yeşilova, s. 530-531. Yazar, üstünlük hazırlanmış, belirsiz alternatif uyuşmazlık çözüm yollarına (*Alternative Dispute Resolution*) başvurmayı öngören hükümlerin geçerli olup olmadığı, bu yollara başvurma zorunlu olup olmadığı veya bu yolların ne zaman taraflarca tüketilmiş sayılması gerekeceği hususlarında sorunlar yaşanabileceğini, ancak bu sorunların “ADR anlaşmalarının tahkim üzerindeki geciktirici etkisini” bertaraf edemeyeceğini dile getirmektedir. Bu nedenle ADR anlaşmalarının mümkün olduğunca açık, tahkim anlaşmasının uygulanmasına engel olmayacak şekilde kaleme alınması gerekmektedir.

⁸⁹ Tahkim anlaşmalarında öngörülen bu süre sınırlamaları ve anılan süre sınırlamasına uyulup uyulmadığı konusunda hakemlerin mi mahkemelerin mi yetkili olduğuna ilişkin tartışmalar için bkz. William Park, “Determining Arbitral Jurisdiction: Allocation of Tasks Between Courts and Arbitrators”, 8 *The American Review of International Arbitration* (*Am. Rev. Int'l Arb.*) 133, 1997, (www.lexisnexis.com). Bununla birlikte, tahkim anlaşmasında öngörülen sürede tahkim başvurusunda bulunulmaması, doktrinde, tahkim anlaşmasının tesirsizliği çerçevesinde de ele alınmakta, bu konudaki kararın hakemlere bırakılması gerektiği ifade edilmektedir (van den Berg, s. 159).

ulaşma ilkeleri⁹⁰. Gerçekten de, davacının tahkim yargılamasını başlatmak için hakem kurulunca hükmedilecek avansı yatırması gerekmektedir. Şayet davacının bu avansı karşılayacak maddi kaynağı yoksa kendisine tahkim yerine devlet yargısına gitme ve böylece yargıya ulaşma imkânının tanınması gerekmektedir. Bununla beraber, bu durum davalının davacı ile akdettiği tahkim anlaşmasına ilişkin menfaatlerinin (ahde vefa ilkesini) zedelenmesine yol açacaktır. Ayrıca belki de böylece, davacıya haksız bir kazanç sağlanacak, davacının artık kendisi için avantajlı olmayan bir tahkim şartından kurtulması sağlanacaktır⁹¹.

İngiliz Hukuku açısından tarafların maddi durumlarının yetersizliği tahkim anlaşmasının icrasının imkânsız hale gelmesi sonucunu yaratmamaktadır⁹². Özellikle uluslararası ticari uyuşmazlıklar açısından İngiliz ve Fransız mahkemelerinin daha katı davranmakta olduğu görülmektedir⁹³. Alman, Avusturya ve Hindistan yargısı ise, tahkim anlaşmasının Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin de 6. maddesinde yer alan hak arama/yargıya ulaşma hakkının önüne geçemeyeceği yönünde görüş beyan etmektedir⁹⁴. Tahkim yargılamasında, devlet yargısında olduğu gibi, adli yardım kurumunun işletilememesi nedeniyle, gerekli maddi güce sahip olmayan taraf aleyhine tahkimi ayakta tutmanın mümkün olmadığı düşüncesine karşın, taraflarca bilerek maddi imkânsızlık durumunun yaratılabileceği (*wilfully created impecuniosity*) veya bilerek yaratılmasa dahi bu imkânsızlığın kötüye kullanılabileceği düşüncesi ağır basmakta, İngiliz ve Fransız yargısı tarafından benimsenen çözümün uluslararası ticari tahkime daha uygun olacağı savunulmaktadır⁹⁵. Bununla beraber, ticari tahkimde davacının avans yatırmakla sorumlu olduğu düzenlenmekle birlikte, davalının da davacının yatıramadığı avansı yatırma ve bu şekilde tahkim yargılamasının devamını

⁹⁰ Kröll, s. 344.

⁹¹ Kröll, s. 344-345.

⁹² Kröll, s. 345; van den Berg, s. 159-160; Yeşilova, s. 547; Janoz Paczy v. Haendler Natermann.GmbH [1981] 1 Lloyd's Rep 302 (CA); Goodman v. Winchester&Alton Railway Plc [1985] 1 WLR 141.

⁹³ Kröll, s. 346.

⁹⁴ Böckstiegel/Kröll/Nacimiento, s. 144; Kröll, s. 347.

⁹⁵ Kröll, s. 349; van den Berg, s. 159-160.

sağlama imkânının olduğunu hatırlatmak gerekir. MTK m. 16/C hükmü uyarınca, “*hakem veya hakem kurulu, davacı taraftan yargılama giderleri için avans yatırmasını isteyebilir. Avans, hakem veya hakem kurulu kararında öngörülen süre içinde ödenmemişse hakem veya hakem kurulu yargılamayı durdurabilir. Yargılamanın durdurulduğunun taraflara bildirilmesinden itibaren otuz gün içinde avans ödenirse yargılamaya devam olunur, aksi halde tahkim yargılaması sona erer.*” Bu hükümden anlaşılacağı üzere, davacının hakem veya hakem kurulunca belirlenen avansı yatıramaması üzerine yargılamanın durduğunun taraflara bildirilmesi halinde, davalının da belirlenen avansı yatıramaması halinde tahkim yargılaması sona erecektir. Kanımızca, ancak böyle bir durumda tahkim anlaşmasının icrasının imkânsız hale geldiğinin kabulü gerekecektir.

SONUÇ

Yukarıdaki açıklamalardan anlaşılacağı üzere, tahkim anlaşmasının geçerliliğinin Türk mahkemelerince incelenmesinde dikkat edilmesi gereken birçok nokta vardır. Bu nedenle, yapılacak incelemede, gerek MTK gerekse NYK açısından uygulama alanı bulacak tahkim anlaşmasının hükümsüzlüğü, tesirsiz veya icrasının imkânsız oluşu kavramlarının açıklığa kavuşturulması büyük önem arz etmektedir. Farklı devlet mevzuat ve içtihatları incelendiğinde, özellikle tahkim anlaşmasının tesirsiz ve icrasının imkânsız oluşunu ayıran çok derin bir çizginin var olmadığı görülmektedir. Bu bağlamda, aynı durum, hem tahkim anlaşmasının tesirsizliği hem de icrasının imkânsız oluşu çerçevesinde değerlendirilebilir. Bununla birlikte, uygulamada mahkemelerin bu kavramları net bir şekilde ayırt etmek yerine, NYK m. II/3’e “bir bütün halinde” atfı yaparak tahkim anlaşmasının geçersizliğine hükmettikleri ifade edilmektedir⁹⁶.

Bu noktada kesin olarak yapılabilen tek ayırım aslında NYK m. II/3’ün uygulama alanı ile özellikle NYK m. II/1 ve 2’nin uygulama alanına giren hususlar arasındadır. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, tahkim anlaşmasının şekli NYK m. II/2’de ayrıca düzenlenmektedir. Yine m. II/1’de tahkim anlaşmasının, “sözleşmesel olsun veya olmasın”, belirli bir hukuki ilişkidir

⁹⁶ van den Berg, s. 155.

doğan ve tahkim yoluyla çözümünü mümkün olan uyuşmazlıklar hakkında akdedilebileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla tahkime elverişliliğin de m. II/3 kapsamında değerlendirilemeyeceği dile getirilmektedir⁹⁷.

Tahkim anlaşmasının geçersizliği ana başlığı altında inceleyebileceğimiz NYK m. II/3 ve 1985 UNCITRAL Model Kanunu m. 8’de yer alan yukarıda değindiğimiz bu üç kavramın tümü için ortak bir nokta bulunmaktadır: Özellikle NYK’nın uygulama alanına giren durumlarda tahkim anlaşmasının hükümsüz, tesirsiz veya icrasının imkânsız oluşu hususunda yapılacak incelemede uluslararası yeknesak standartlara uyulmalı ve bu üç kavram mümkün olduğunca dar yorumlanmalıdır⁹⁸. Doktrinde bu yorum tarzı “etkili yorum (*effective interpretation*)” olarak adlandırılmakta, tahkim anlaşmasının farklı şekillerde yorumlanabileceği durumlarda, anlaşmayı etkili kılan yorumun benimsenmesi gerektiği vurgulanmaktadır⁹⁹.

Gerçekten de, gerek ulusal, gerekse uluslararası tahkim mevzuatlarının amacının -günümüzde gitgide daha da açık bir şekilde ortaya konulduğu üzere- “tahkim anlaşmasının icra edilmesi” olduğu göz önüne alındığında, tahkim anlaşmasının, bu üç kavramdan hangisinin içine girerse girsin, uygulanamaması ve devlet mahkemelerinin tarafları tahkime “sevk etmemeleri”, ancak tahkim anlaşmasının açıkça geçersiz olması halinde, adeta “olağandışı bir ihtimal” olarak kabul edilmeli, taraf iradelerinin varlığı konusunda tahkim lehine yorum yapılmalıdır¹⁰⁰. Bu bağlamda, uluslararası tahkim anlaşmalarının geçerlilik karinesine (*presumptive validity and enforceability of international arbitration agreements*) tabi olduğundan bahsedilmektedir¹⁰¹.

⁹⁷ van den Berg, s. 155; Huysal, s. 170.

⁹⁸ John J. Barcelo, “Who Decides the Arbitrators’ Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol: 36:1115, 2003, s. 1128; van den Berg, s. 155; Born, s. 709-710.

⁹⁹ Girsberger/Voser, s. 57.

¹⁰⁰ Jack Graves, “Court Litigation over Arbitration Agreements: Is it Time for a New Default Rule?” (2012), *Scholarly Works. Paper 413*, <http://digitalcommons.tourolaw.edu/scholarlyworks/413>, s. 16; Born, s. 567-568 ve 709-710.

¹⁰¹ Born, s. 567-568 ve 709-710.

Diğer taraftan, NYK'da aslında hem tahkim anlaşmasının hem de tahkim kararlarının geçerliliğinin ve icrasının bir arada düzenlenmesinden hareketle, NYK m. II hükmünün tahkim kararlarının tanınmasının/tenfizinin reddi sebeplerini düzenleyen m. V hükmü ile paralel ve uyumlu bir şekilde yorumlanması ve uygulanması gerektiği de unutulmamalıdır¹⁰².

¹⁰² **Born**, s. 711.

Kaynaklar

- Akıncı**, Ziya; Milletlerarası Tahkim, 3. Bası, Vedat Kitapçılık, 2013.
- Baizeau**, Domitille; “Modification de l’article 186 de la LDIP Suisse: procédures parallèles et litispendance, clarification du législateur après la jurisprudence Fomento”, (http://www.lalive.ch/data/publications/dab_Modification_de_l'article_186_de_la_LDIP_suisse_2007.pdf).
- Ball**, Markham; “The Essential Judge: the Role of the Courts in a System of National and International Commercial Arbitration”, *The Journal of the London Court of International Arbitration*, Vol. 22 No.1, 2006.
- Barcelo**, John J.; “Who Decides the Arbitrators’ Jurisdiction? Separability and Competence-Competence in Transnational Perspective”, *Vanderbilt Journal of Taransnational Law*, Vol: 36:1115, 2003.
- Bonnell**, Max; “When is an arbitration agreement “inoperative?””, *International Arbitration Law Review*, 2008, 11(3), 111-117 (www.westlaw.com).
- Born**, Gary B.; International Commercial Arbitration, Chapter 5 - Formation, Validity and Legality of International Arbitration Agreements, Wolters Kluwer 2009.
- Böckstiegel**, Karl-Heinz/**Kröll**, Stefan Michael/**Nacimiento**, Patricia; Arbitration in Germany, The Model Law in Practise, Wolters Kluwer, 2008.
- Brekoulakis**, Stavros; “The Negative Effect of Compétence Compétence: The Verdict Has To Be Negative”, *Austrian Arbitration Yearbook*, pp. 238-258, 2009.
- Girsberger**, Daniel/**Voser**, Nathalie; International Arbitration in Switzerland, Schulthess 2008.
- Graves**, Jack; “Court Litigation over Arbitration Agreements: Is it Time for a New Default Rule?” (2012), *Scholarly Works Paper* 413, <http://digitalcommons.tourolaw.edu/scholarlyworks/413>.

- Huysal**, Burak; Milletlerarası Ticari Tahkimde Tahkime Elverişlilik, Vedat Kitapçılık, 2010.
- Kröll**, Stefan M.; “The “Incapable of Being Performed” Exception in Article II (3) of the New York Convention”, in: *Enforcement of Arbitration Agreements and International Arbitral Awards, the New York Convention in practice*, ed. E. Gaillard/D. Di Pietro, Cameron May Ltd 2008.
- Oğuzman**, Kemal/Öz, Turgut; 6098 Sayılı Yeni Borçlar Kanununa Göre Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt I, Gözden Geçirilmiş 11.Bası Vedat Kitapçılık, 2013.
- Özel**, Sibel; Milletlerarası Ticari Tahkimde Kanunlar İhtilafı Meseleleri, Legal Yayıncılık, 2008.
- Park**, William; “Determining Arbitral Jurisdiction: Allocation of Tasks Between Courts and Arbitrators”, 8 *The American Review of International Arbitration (Am. Rev. Int'l Arb.)* 133, 1997, (www.lexisnexis.com).
- Pekcanitez Hakan/Atalay Oğuz/Özekes**, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Yetkin Yayınları, 2013.
- Poudret**, Jean François/**Besson**, Sébastien; Comparative Law of International Arbitration, Second Edition Updated and Reviewed, Thomson Sweet&Maxwell/Schulthess 2007.
- Şanlı**, Cemal; Milletlerarası Özel Hukuk, 2.Bası, Vedat Kitapçılık, 2014.
- Şanlı**, Cemal; Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5. Baskı, Beta Yayınları, 2013.
- van den Berg**, Albert Jan; “New York Convention of 1958, Consolidated Commentary Cases Reported in Volumes XXII (1997) - XXVII (2002)”, *Yearbook Comm. Arb'n XXVIII*, (2003) (<file:///C:/Documents%20and%20Settings/ipek.sarioz/My%20Documents/Downloads/NYC+Commentary+2003.pdf>).
- van den Berg**, Albert Jan; The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation, Kluwer Law and Taxation Publishers 1994.

van den Berg, Albert Jan; “The New York Convention of 1958: An Overview”, (http://www.arbitrationicca.org/media/0/12125884227980/new_york_convention_of_1958_overview.pdf.)

Weigand, Frank-Bernd; Practitioner’s Handbook on International Arbitration, Staempfli Verlag 2002.

Yavuz, Cevdet; “Türk Hukukunda Tahkim Sözleşmesi ve Tabi Olduğu Hükümler”, *MÜHF II. Uluslararası Özel Hukuk Sempozyumu*, 14 Şubat 2009.

Yeşilova, Bilgehan; Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, Güncel Yayınevi, 2008.

^H4686 SAYILI MİLLETLERARASI TAHKİM KANUNU UYARINCA HAKEMLERİN VE MAHKEMELERİN GEÇİCİ HUKUKİ KORUMA KARARI VERME YETKİSİ

*Arş. Gör. Melis TAŞPOLAT TUĞSAVUL**

GİRİŞ

Dünyada yaşanan gelişmeler, globalleşme hareketleri, ekonomik ve sosyal ilişkilerin yoğunlaşması aynı zamanda uluslararası ticaret alanında uyuşmazlıkların çoğalmasına yol açmıştır. Tahkim kurumu da bu uyuşmazlıkları çözme biçimi olarak getirdiği avantajlar sayesinde ön plana çıkmıştır. Nitekim ulusal hukuk sistemlerindeki değişiklikler, uyuşmazlıkların sulh yolu ile çözümündeki güçlükler, davaların uzun yıllar sürmesi ve elde edilen kararların icrasındaki güçlükler bu alanda tahkimin uyuşmazlık çözüm biçimi olarak yaygınlaşmasına sebebiyet vermiştir.

Türk hukuku açısından uluslararası tahkime ilişkin temel hukuk kaynağı 4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu'dur (MTK)¹. Kanunun uygu-

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

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

¹ RG:05.07.2001 S: 24453. Burada eklemek gerekir ki; Türk hukukunda tahkim konusunda başkaca düzenlemeler ve Türkiye'nin taraf olduğu bazı uluslararası anlaşmalar da mevcuttur. Bu düzenlemeler ve anlaşmalar başlıkları itibarıyla şu şekilde ifade edilebilir: 13.08.1999 tarihli ve 44446 sayılı "TC. Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun", 21.01.2000 tarihli ve 4501 sayılı "Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkeler Dair Kanun", 22.11.2007 tarihli ve 5718 sayılı "Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun", 08.08.1991 tarihli ve 3730 sayılı Kanunla onaylanan "Uluslararası Ticari Tahkime Dair 1961 Tarihli Avrupa (Cenevre) Anlaşması", 08.05.1991 tarihli ve 3731 sayılı Kanunla onaylanan "Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizi Hakkındaki New York Anlaşması",

lama alanına yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar girmektedir². MTK'nın uygulama alanı

27.05.1988 tarihli ve 3453 sayılı Kanunla onaylanan “Devletlerle Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Halline Dair Konvansiyon”, Türkiye'nin taraf olduğu iki ve çok taraflı “Yatırımların Teşviki ve Korunması Anlaşmaları” (**Şanlı**, Cemal: Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5. Bası, İstanbul 2013, s. 255-257; **Nomer**, Ergin: Devletler Hususi Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2013, s. 529). Ayrıca bkz. **Ekşi** Nuray, Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, İstanbul 2013, s. 1 vd.; **Akıncı**, Ziya: Milletlerarası Tahkim, 3. Bası, İstanbul 2013, s. 16 vd. Ayrıca belirtmeliyiz ki; MTK yürürlüğe girmeden önce milli ve milletlerarası tahkim kurallarının tek bir kanunda düzenlenmesi ve böylece her iki kanun hükümleri arasında yeknesaklık sağlanması ve tahkimin uluslararası kurallara uygun olarak gelişiminin sağlanması amaçlanmıştır. Ancak MTK'nın kısa süre içerisinde çıkarılmak istenmesi bu düşüncenin gelişimini engellemiş ve bu konuda Prof. Dr. Yaşar Karayalçın Başkanlığında Prof. Dr. Ejder Yılmaz, Prof. Dr. Hakan Pekcanitez ve Dr. Sema Taşpınar tarafından çalışma yapılmış ve “Enstitü Taslağı” olarak 15 Mart 2001 tarihinde Adalet Bakanlığına sunulmuşsa da tahkim hükümlerinin tek bir kanunda yer alması mümkün olamamıştır (**Pekcanitez**, Hakan: Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununun Tahkime İlişkin Hükümleri, Milletlerarası Tahkim Semineri 19 Nisan 2011, Ankara s. 63).

² Türk tahkim hukuku mevzuatında milli-milletlerarası tahkim ayrımı ilk kez 4501 sayılı Kamu Hizmetleri ile İlgili İmtiyaz Şartlaşma ve Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklarda Tahkim Yoluna Başvurulması Halinde Uyulması Gereken İlkelere Dair Kanun'un (RG:22.01.2000 S:23941) yabancılık unsuruna ilişkin hükmü ile yasal bir zemine kavuşmuş olup, herhangi bir tereddüt olmaması açısından anılan 4501 sayılı Kanun'un kapsamına giren sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların tahkim yolu ile çözümünün bu kanuna tabi olduğu açıkça ifade edilmiştir (**Ekşi**, Nuray: Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:23, Sayı 1-2/2003, s. 303, **Ergöner**, Onur: 10. Yılında Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Uygulama Alanı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Cilt:7, Sayı:20, 2011/3, s. 153). Hemen vurgulamak gerekir ki; milletlerarası ticarete ilişkin uyuşmazlıkların Türkiye'de gerçekleştirilen bir tahkim yargılaması ile çözümlenmesi söz konusu olduğuna 2001 yılına kadar bu alana özgü bir düzenleme bulunmadığından ve tahkim ile ilgili tek yasal düzenleme Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nda (HUMK) yer aldığından, bu Kanun'un ilgili hükümleri (md.516-536) uygulanmakta idi. Bu hükümler ise, milletlerarası tahkimin niteliği ile bağdaşmayacak şekilde tarafların irade serbestisine ve hakem mahkemelerinin yetkilerine önemli sınırlamalar getirmekte idi (**Birsel**, Mahmut T./**Budak**, Ali

dışında kalan tahkim bakımından ise 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun (HMK)³ hükümleri geçerlidir. Nitekim HMK md. 407, MTK'ya atıfta bulunarak MTK'nın tanımladığı anlamda yabancılık unsuru içermeyen ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklar hakkında HMK'nın tahkime ilişkin hükümlerinin uygulanacağını belirtmiştir⁴.

Cem: Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler, Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Tahkim Örneği, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Sempozyum, Bildiriler, Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, s. 199 vd.). MTK, belirli yabancılık unsuruna sahip olan tahkimi, "milletlerarası tahkim" tanımı altında düzenlemiştir (**Öztekin Gelgel**, Günseli: Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı ve Getirmiş Olduğu Önemli Yenilikler, Bilgi Toplumunda Ünal Tekinalp'e Armağan, Cilt:II, s. 1083). Ayrıca MTK'nın uygulama alanı hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Kocasakal-Özdemir**, Hatice: Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Uygulama Alanının Belirlenmesi, Prof. Dr. Özer Seliçi'ye Armağan, Ankara 2006, s. 343 vd.; **Seviğ**, Vedat Reşit: Milli Tahkim ve Milletlerarası Tahkim, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:23, Sayı 1-2/2003, s. 643 vd.; **Seviğ**, Vedat Reşit: Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Özellikleri, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:22, Sayı 2/2002, s. 745 vd.

³ RG:04.02.2011, S: 27836.

⁴ Bir başka deyişle, Türkiye'de ulusal tahkim HMK md. 407 vd. hükümlerinde iç hukuka tâbi bir usul kurumu olarak düzenlenmiştir. HMK'da tahkim kurumu düzenlenirken MTK'da yer alan düzenleme ve mehz 1985 tarihli Birleşmiş Milletler (UNCITRAL) Model Kanunu ve tahkim hukukundaki gelişmeler esas alınmıştır. MTK'da uluslararası alanda tahkim kuralları arasında bütünlük ve uyum sağlamak; bu çerçevede bu yola başvuranlar için öngörülebilirliği temin etmek amaçlanmıştır. Bir diğer amaç ise mahkemelerin uluslararası tahkim kararları üzerindeki etkilerini azaltarak taraf iradelerini ön plana çıkarmak böylece daha liberal bir tahkim anlayışını oluşturmaktır. Oysa ki; HUMK'un uygulandığı dönemde milletlerarası tahkim kuralları ile ulusal tahkim arasında çok ciddi ve önemli farklılıklar mevcuttu. HMK ile iki düzenleme arasındaki farklılıklar büyük ölçüde giderilmiştir (**Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013, s. 1065, **Pekcanitez** (Tahkim), s. 64, **Pekcanitez**, Hakan: İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Taslağı, Prof. Dr. Burhan Ceyhan'a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt:12, Özel Sayı, 2010, s. 636); **Budak**, Ali Cem: Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Cilt:1, S:1 2012, s. 33). Ayrıca bkz. **Akıncı**, s. 22 vd. HMK Tasarısında yer alan tahkim hükümlerinde UNCITRAL Model Kanunu'na sadık kalınmasının olumlu bir gelişme olduğu husu-

“4686 sayılı Milletlerarası Tahkim Kanunu Uyarınca Hakemlerin ve Türk Mahkemelerinin Geçici Hukuki Koruma Kararı Verme Yetkisi” başlıklı çalışmamızda öncelikle geçici hukuki koruma kavramının milletlerarası tahkimde⁵ ne anlama geldiği hususu değerlendirilerek, konu beraberinde getirdiği tartışmaları ele alınarak incelenmeye gayret edilmiştir.

A. Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Tedbiri Kavramı

Milletlerarası tahkimde ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kavramları⁶ yerine daha çok bir üst başlık olan geçici hukuki koruma tedbirlerinden bahsedilmektedir⁷. Bununla birlikte belirtmek gerekir ki; kurumsal tahkim⁸

sunda bkz. **Alangoya, Yavuz/Yıldırım, Kamil/Deren-Yıldırım, Nevhis**: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul Barosu 2006, s. 213.

⁵ Tahkim daha çok ticaret hukukuna ait hukuki uyumsuzlukları kendisine konu olarak alır. Fakat asıl ağırlığı uluslararası alanda yabancı unsurlu olaylarda ve özellikle de uluslararası ticarete hissedilir. “Milletlerarası tahkim” kavramı yerine “milletlerarası ticari tahkim” kavramı da kullanılmaktadır. Milletlerarası tahkim devletler arasındaki çözümlünde başvurulan ve aslında devletler genel hukukunun konusunu oluşturan tahkimleri de kapsayan bir “üst kavram” izlenimini vermektedir. Bu nedenle; yanlış anlaşılmaya ve karışıklığa müsait olan bu kavram yerine, özel hukuka ilişkin işlem ve ilişkilerle ilgili tahkimi ifade etmek için “milletlerarası ticari tahkim” kavramı da tercih edilmektedir. Nitekim buradaki “milletlerarası” tâbiri yabancılik unsurunu vurgulamak için kullanılmıştır (**Şanlı**, s. 253-254, **Şanlı, Cemal/Esen, Emre/Ataman-Figanmeşe, İnci**: Milletlerarası Özel Hukuk, 2. Bası, İstanbul 2014, s. 546-547, **Şanlı, Cemal**: Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, s. 28 vd.). Ayrıca bu konuda bkz. **Nomer, Ergin/Ekşi, Nuray/Öztekin-Gelgel, Günseli**: Milletlerarası Tahkim Hukuku, C.I, 4. Bası, İstanbul 2013, s. 3 vd.; **Akıncı**, s. 60 vd. Çalışmamızda benimsemiş olduğumuz milletlerarası tahkim kavramı yabancılik unsuru içeren ticari ve ekonomik uyumsuzlukları konu alan tahkimlerdir.

⁶ MTK md. 6’da ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kavramları yer almıştır. Bu kavramlara yer verilmesinin doğurduğu olumsuz sonuçlar bakımından bkz. aşa. B.III.a.

⁷ Burada vurgulamak isteriz ki; tahkim yargılamasında geçici hukuki koruma önlemleri taraflar arasında çekişmeli hukuki durumun olduğu gibi kalmasını sağlamak ve taraflar ile üçüncü kişilerin haklarının korunmasını temin etmek bakımından önemlidir. Ancak geçici hukuki önlemlerin kullanılması konusunda dikkatli davranmak gereklidir. Zira bu önlemlerin taraflardan birince diğer tarafın baskı altına alınıp sıkıştırılması amacına yönelik bir silah olarak kötü niyetli bir biçimde de kullanılması mümkündür. Bu nedenle

sistemlerinde konuya ilişkin başkaca terimler de kullanılmaktadır. Örneğin Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları'nda "koruyucu ve geçici önlemler" (conservatory and interim measures, sichernde und vorläufige Massnahmen) (md. 23), Zürih Ticaret Odası Uluslararası Tahkim Kuralları'nda (md. 28) ve Quebec Ticari Tahkim Kurallarında (md. 38) "geçici ve koruyucu önlemler" (interim and conservatory measures, vorsorgliche und sichernde Massnahme) (md. 28), Dünya Fikri Mülkiyet Örgütü (WIPO) Kuralları (md. 46), Uluslararası Ticari Tahkime Dair Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Commission for International Trade Law, UNCITRAL) Tahkim Kuralları'nda⁹ (md. 26),

mahkemelerde ve hakem yargılamasında bu hususa dikkat edilerek bu silahın doğru olarak kullanılması sağlanmalıdır (Pekcanitez, s. 115-116).

⁸ Uluslararası ticari tahkim farklı şekillerde ortaya çıkmaktadır. Bazen taraflar, tahkimin daha çok kendi denetimlerinde cereyan etmesini isterler ve buna bağlı olarak hakemleri, tahkim yerini, tahkim usulünü ve tahkimin maddi hukukunu doğrudan doğruya kendileri belirlerler veya bu konuda hakemlere yetki verirler. Tahkimin en basit şeklini teşkil eden bu tip hakemlikte tahkim mahkemesi tarafların anlaşması üzerine ve yalnız taraflar arasındaki somut olay için geçici olarak teşekkül ettiği için bu tür tahkime "ad hoc" (geçici, arizi) tahkim denir. Buna karşılık bazen taraflar tahkimi önceden mevcut olan ve tahkimi organize eden belirli bir kurumun kurallarına ve idari denetimine tâbi kılarlar. Bu tür hakemlikte tahkimi organize eden kurum, tahkimi düzenleyen, önceden hazırlanmış kurallara sahiptir. Asıl itibarıyla taraf iradelerince düzenlenmeyen hususlar kurumun bu kurallarınca yönetilir. Ayrıca kurum, tahkimin iyi işleyebilmesi için idari ve teknik hizmetler sunar. Tahkimin bu türünde usul, esas ve idari bakımlardan önceden hazırlanmış kurallara göre tahkimi organize eden bir kurumun aracılığı söz konusu olduğundan, bu tür tahkime "kurumsal tahkim" denir (Şanlı, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 69, Şanlı, s. 286 vd.; Akıncı, s. 4 vd.).

⁹ Uluslararası Ticari Tahkime ilişkin pek çok ülke düzenlemesine UNCITRAL Model Kanunu önderlik etmiştir. Adından da anlaşılacağı üzere UNCITRAL Model Kanun'un amacı, Birleşmiş Milletler üyesi devletlere milli mevzuatın bir parçası olarak benimseyip kanunlaştırabilecekleri bir örnek kanun metni sunmaktır. Devletler, UNCITRAL Model Kanunu kendi resmi dillerine tercüme etmek suretiyle bir bütün olarak iktibas edebilecekleri gibi, kendi hazırlayacakları bir kanun tasarısında kısmen veya çeşitli değişikliklere tâbi tutarak kullanabilirler. Birleşmiş Milletler bünyesinde milletlerarası ticaret hukukunda uyum ve yeknesaklığı sağlamak üzere 1968 yılında Macaristan'ın girişimleri ile Birleşmiş Milletler Milletlerarası Ticaret Hukuku Komisyonu-UNCITRAL kurulmuştur. Bu komisyon milletlerarası ticaret alanında yeni anlaşmaların hazırlanması, kanunların çıkarılması ve ticari örf ve âdet ile ilgili düzenlemelerin yapıl-

“koruyucu geçici önlemler” (interim measures of protection) ve Amerikan Tahkim Derneği’nin Ticari Tahkim Kurallarında (md. 34) “geçici çareler” (interim relief) terimi kullanılmıştır¹⁰.

Genel olarak geçici hukuki himaye dava sonucunun ortaya çıkmasına kadar yargılama öncesinde veya sonrasında doğabilecek tehlikelerden davacı ve veya davalıyı korumak için yargı organlarınca verilen geniş ya da dar kapsamlı hukuki himaye olarak belirtilebilir. Bunu sağlayacak somut araçlar ise geçici hukuki himaye tedbirleridir¹¹. Devlet yargılaması ve icra hukuku

masında etkin olmuştur. Model Kanun UNCITRAL’in 21 Haziran 1985 tarihli toplantısında kabul edilmiştir (**Birsel/Budak**, s. 201-202; **Alangoaya**, Yavuz: UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği Hakkında, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu’na Armağan, İstanbul Üniversitesi, 1990, s. 1) Model Kanun’un Türkçe çevirisi için bkz. Sempozyum, s. 224 vd. Ayrıca bkz. **Deren-Yıldırım**, Nevhis: UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, s. 13 vd.; **Bozkurt-Yüksel**, Armağan Ebru: UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu’na Genel Bir Bakış, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt:2,Yıl:2, Sayı:4 , 20 Ocak 2011, s. 145 vd.

¹⁰ Alman hukukunda “einstweiliger” veya “vorläufiger Rechtsschutz” terimi ile genel anlamda geçici hukuki koruma ifade edilirken, “einstweilige Verfügung” terimi ile ihtiyati tedbirler kastedilmektedir. Ayrıca vorläufige und sichernde Massnahmen” terimi de sadece tahkim yargılaması için geçerli geçici ve koruyucu hukuki koruma olarak ifade edilmektedir. Bkz. **Thomas**, Heinz/**Putzo**, Hans: 30. Auflage, München 2009, s. 103; **Rosenberg**, Leo/**Scwab**, Karl Heinz/**Gottwald**, Peter: 17. Auflage, München 2010, s. 1040; **Özkes**, Muhammet: İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999; s. 40, dipn.37; ayrıca bkz. **Özbek-Hadimoğlu**, s. 27. Belirtmek gerekir ki; çeşitli hukuk sistemlerinde ve uluslararası nitelikteki hukuki metinlerde geçici hukuki koruma tedbirleri kavramına ilişkin olarak terminolojide birlik sağlanamamıştır (**Erişir**, Evrim: Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013, s. 4; **Balkar**, Süheyla: Uluslararası Ticari Tahkim ve Geçici Koruma Tedbirleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010, s. 34; **Özbek-Hadimoğlu**, Nimet: Milletlerarası Usul Hukukunda Geçici Hukuki Koruma, Ankara 2013, s. 27; **Kırlı-Aydemir**, Deniz Defne: Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 2013, s. 16; **Özsunay**, Ergun: Kurumsal Tahkim Sistemlerinde ve Bazı Ulusal Hukukların “Uluslararası Tahkimle İlgili Düzenlemeleri”nde Geçici ve Koruyucu Önlemler, İBD 2003/2, s. 267).

¹¹ **Yılmaz**, Ejder: Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt:1, Ankara 2001, s. 32. “... geçici hukuki koruma, karşı tarafın kötü niyetli davranışlarını önlemek, dava sonucunu güvence altına almak ve hak arama özgürlüğünün kullanılabilmesi (hayata geçirilmesi)

prosedürü içerisinde maddi ilişkinin açıklığa kavuşturulması ve icrası için belirli bir zamana ihtiyaç duyulmaktadır. Yargılamanın sonucunun da yargılamaya başlandığı sırada, hatta bu süreçten önce güvence altına alınması ihtiyacı ortaya çıkabilir. Zira yargılama sürecinde çeşitli sebeplerden dolayı yargılama ile elde edilmesi istenen sonuçlardan uzaklaşılması veya bu sonuçların elde edilmesinin güçleşmesi ihtimali ortaya çıkabilir. Bu güvence de geçici hukuki koruma tedbirleri ile sağlanacaktır. Bireylerin hak arama özgürlüğünün ve hukuki korunma taleplerinin güvence altına alınması hukuk devletinin bir gereği olduğundan geçici hukuki koruma fiili bir zorunluluk olmasının yanı sıra aynı zamanda hukuki bir zorunluluk da teşkil eder¹².

Geçici hukuki koruma tedbirlerine sadece ulusal mahkemeler tarafından değil Avrupa Topluluğu Adalet Divanı ve Uluslararası Adalet Divanı gibi uluslararası ve hatta uluslar üstü mahkemelerde de çoğunlukla başvurulmakta olup devlet yargılamasında olduğu gibi özellikle ticari uyuşmazlıklar bakımından büyük önem taşıyan tahkim yargılamasında da bu tür tedbirlerin varlığı her geçen gün artmaktadır¹³.

Geçici hukuki korumanın asıl yargılamayı tamamlayıcı bir fonksiyonu bulunmaktadır; bu yönüyle yargılama hukukunun amacıyla bir bütünlük oluşturur. Belirtilmelidir ki; geçici hukuki koruma, asıl davada olduğu gibi, taraflar arasındaki uyuşmazlığı kesin şekilde geleceğe yönelik olarak çözüme kavuşturmayacaktır. Geçici hukuki koruma, somut olarak maddi

için başvuru hukuki ve zorunlu bir çare; dava sonunda gerçekleşecek olan asıl (kesin) hukuki korumanın güvencesi olarak tanımlanabilir” (Arslan, Ramazan: Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler, Bankacılar Dergisi Özel Sayı, 2013, s. 7). Ayrıca muhtelif tanımlamalar için bkz. Pekcanitez, Hakan: Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2003, s. 115 vd.; Erişir, s. 4-5; Erten, Rifat: Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Ankara 2010, s. 8 vd.; Yeşilirmak, Ali: Provisional Measures in International Commercial Arbitration, Londra Kluwer 2005, s. 7 vd.; Tunç-Yücel, Müjgan: HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti, Ankara 2013, s. 19 vd.; Hadimoğlu-Özbek, s. 23 vd.; s. 9 vd.; Balkar, s. 6 vd.

¹² Özekes, s. 36-37; Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1009; Özsunay, s. 266. Ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Üstündağ, Saim: İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1981, s. 1 vd.

¹³ Bkz. Balkar, s. 2-3.

hukuka ilişkin hakların gerçekleştirilmesine ve elde edilmesine hizmet etmemekle beraber asıl yargılamada verilen hükmün gerçekleştirilebilmesi yolunu açık tutma suretiyle ona yardımcı olarak etkili bir hukuki koruma garantisi sağlar¹⁴. İşte söz konusu geçici koruma tedbirlerinin türleri arasında da ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz yer almaktadır. Başka bir anlatımla; geçici koruma daha genel ve üst kavram olarak kabul edilirken, ihtiyati tedbir ve para alacakları için kabul edilen ihtiyati haciz geçici hukuki koruma türleri arasında kabul edilmektedir¹⁵.

¹⁴ **Özekes**, s. 38-39; **Pekcanitez/Özekes/Atalay**, s. 1010.

¹⁵ Geçici hukuki koruma bir üst kavram olduğundan hukuk sistemimizde çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Buna medeni yargıda ihtiyati tedbirler dışında delillerin tespiti, İcra ve İflas Hukukunda ihtiyati haciz, İdari yargıda yürütmenin durdurulması, Anayasa Yargısında yürürlüğün durdurulması, Ceza Yargısında arama, tutuklama, el koyma örnek olarak verilebilir (**Yılmaz**, s. 38). Bir başka anlatımla; geçici hukuki koruma bir türünü teşkil eden ihtiyati tedbirden farklı ve daha genel bir kavramdır (**Yılmaz**, Ejder: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2013, s. 1652, **Yılmaz**, s. 39-173; **Özekes**, s. 41, **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 1011). Buna karşılık **Üstündağ**, ihtiyati tedbirlerin, para alacaklarının teminine yarayan ihtiyati haciz ve diğer hakların, yani para dışındaki çekişmeli hakların muhafazasına, teminine hizmet eden ihtiyati tedbirler olmak üzere ikiye ayrıldığını belirterek, bu iki tedbir çeşidinin tabii olduğu müşterek hükümler olduğu gibi ayrıldıkları hükümlerin de mevcut olduğunu ifade etmiştir. Bkz. **Üstündağ**, Saim: Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 582; **Üstündağ**, s. 5; aynı yönde bkz. **Alangoya**, H.Yavuz/**Yıldırım**, M. Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis: Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Tıpkı Bası, İstanbul 2011, s. 405, dipn.1. Hemen belirtmek gerekir ki; 1086 sayılı HUMK'da yer almayan "geçici hukuki koruma" kavramı HMK'nın 10. Kısımın Birinci ve İkinci Bölümünde düzenlenmiştir. Geçici hukuki koruma tedbirleri arasında "ihtiyati tedbirler", "delil tespiti", ve "diğer geçici hukuki korumalar" yer almaktadır. Bkz. **Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder: Medeni Usul Hukuku, 25. Bası, Ankara 2014, s. 556; **Yılmaz** (Şerh), s. 1651 vd.; **Umar** Bilge, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011, s. 1089 vd.; **Karşlı**, Abdurrahim: Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, İstanbul 2012, s. 751 vd.; **Sungurtekin-Özkan**, Meral: Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013, s. 397 vd. Doktrinde Kuru HMK Tasarısı'nı değerlendirirken "geçici hukuki korumalar" üst başlığına gerek olmadığını ifade etmiştir (**Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı V, Ankara 2007, s. 81). Ayrıca aile ve şahsın hukuku alanındaki özel ihtiyaçlara cevap vermek için bir çoğu Türk Medeni Kanunu'nda özel olarak düzenlenmiş ve kendine has özellikleri olup ihtiyati tedbirlerden bazı noktalarda farklı nitelikte aile ve

Milletlerarası tahkim uygulamasında, geçici hukuki koruma tedbirlerinin yeri, önemi, şayet mümkün görülmesi halinde içeriği, nasıl hükme bağlanacakları, icrası, bu sırada mahkemelerin yardım ve denetimi, milletlerarası tahkimin gerçekten böyle bir hukuki çareye ihtiyaç duyup duymadığı, tahkimin hukuki niteliği ile örtüşüp örtüşmediği gibi tüm hususlar ile ilgili özellikle düzenlemeler bağlamında yaşanan farklılıklar çoğu kez geçici hukuki koruma tedbirlerinin kendilerine özgü niteliklerinden kaynaklanmaktadır. Geçici hukuki korumalar asıl davada olduğu gibi taraflar arasındaki uyuşmazlığı geleceğe yönelik olarak çözmeyeceklerinden mantıksal olarak nihai hukuki korumanın yerini tutmamalı; onu aşmamalı ve fakat etkin ve işlevsel kılarak tamamlamalıdır¹⁶.

Milletlerarası tahkimde hangi geçici hukuki koruma kararlarının verilebileceği hususunda öncelikle tarafların anlaşması önem taşımaktadır. Bunun yanında tahkim usulüne uygulanacak hukuk, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuk ve tenfiz ülkesinin hukuku da tahkim yargılamasında geçici hukuki koruma kararı verilirken dikkate alınması gereken düzenlemeler olarak karşımıza çıkmaktadır¹⁷.

Kurumsal tahkimde karşılaşılan geçici hukuki koruma tedbirleri genellikle, delillerin toplanması, tespiti ve korunmasına, statükonun korunması ve taraflar arasındaki ilişkinin düzenlenmesine, uyuşmazlık konusunun korunması, maddi varlıkların devri ya da sarf edilmesini önlemeye yönelik olarak karşımıza çıkarlar. Delillerin korunmasına yönelik geçici tedbirler, tahkim yargılaması sona erinceye kadar delillerin korunmasını sağlamaya yöneliktirler. Örneğin bir yol, baraj veya liman inşaatında kullanılan malzemeye

şahsın hukukuna ilişkin geçici hukuki korumalar (TMK md. 194; md. 195; md. 196; md. 197; md. 198; md. 199; md. 405; md. 406) ile yine değişik kanun hükümlerinde yer verilen kendine has özellikleri olan diğer geçici hukuki koruma türleri (örneğin fikri ve sınai haklar bakımından düzenlenmiş ve diğer geçici hukuki koruma türlerinden farklı, bazen de onların tümünü içine alacak şekilde yer verilen geçici hukuki korumalar) mevcuttur (Özkes, Muhammet/Erişir, Evrim: Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2006/3, S:5, s. 1237).

¹⁶ Özkes, s. 38-39; Yılmaz, s. 37; Thomas/Putzo, s. 1249.

¹⁷ Schwab, Karl Heinz/Walter, Gerhard: Schiedsgerichtsbarkeit, 7. überarbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, Helbing&Lichtenhahn 2005, s. 160.

ilişkin uyuşmazlıklarda veya alıcıya teslim edilecek bir şeyin kalitesine ilişkin uyuşmazlıklarda bu çeşit önlemlere ihtiyaç duyulabilir. Yine karşı tarafın hakimiyet alanındaki uyuşmazlık konusu yapıda keşif veya bilirkişi tarafından inceleme yapılmasına izin vermesi istenebilir. Bozulma ihtimali bulunmama ile birlikte elden çıkarılmadığı veya kullanılmadığı takdirde taraf için katlanılmayacak zararlara neden olan delillerin tespiti önceden yapılabilir¹⁸. Statükonun korunmasına yönelik önlemlerde hakem mahkemesinin mevcut durumu olduğu gibi korunmasına yönelik önlemleri söz konusu olacaktır. Buna örnek olarak hakem kararı verinceye kadar işin durdurulması verilebilir. Veya tam tersi olarak özellikle süreli sözleşmelerde uyuşmazlık nedeniyle karşı tarafın edimlerini ifa etmekten kaçınması nedeniyle örneğin, inşaatın yapımının durması halinde büyük zararlar ortaya çıkabilir ve hakemler zararların önüne geçebilmek için tarafların yargılama boyunca inşaat sözleşmesi kapsamındaki edim yükümlülüklerini yerine getirmelerine karar verebilir. Yine bazı kurumsal tahkim sistemlerinde hakem mahkemesinin maddi varlıkların kaçırılmasını veya malların başkasına geçirilmesini önlemeye yönelik koruyucu önlemler alabildikleri görülmektedir. Bozulabilir malların satılması, uygun bir şekilde depolanması veya bir sanat eserinin muhafaza altına alınmasını içeren kararları buna örnek olarak verebiliriz¹⁹.

Uyuşmazlığın esası hakkında tahkim anlaşmasına dayanılarak yapılan yargılama yanında geçici hukuki koruma kararı gerektiği takdirde kimlerin yetkili olduğu konusunda ilk olarak akla mahkemeler ve hakemler gelmektedir.

¹⁸ Burada yine örnek olarak bir zararın tazmini için açılacak davada zarara uğrayan makinenin onarılmadan muhafazası ve bunun delillerin incelenmesine kadar çalışmadan kalmasının büyük zararlara neden olabileceğinden zarar gören işyerinin delil tespiti yaptırması verilebilir. Ancak dikkat edilmesi gereken nokta delil tespiti isteyebilmek için istenen delillerin henüz inceleme sırasının gelmemiş olması ve delil tespiti isteyen tarafın hukuki yararının olmasıdır (**Pekcanitez**, s. 127, **Pekcanitez/Atalay/Özekes**, s. 1051). Ayrıca delil tespiti konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. **Arslandoğan**, Birce: Medeni Yargılama Hukukunda Delil Tespiti 2014, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi, s. 13 vd.

¹⁹ **Özsunay**, s. 268-269; **Erten**, s. 43-45; **Schwab/Walter**, s. 162; **Walter**, Gerhard/**Bosch**, Wolfgang/**Brönniman**, Jürgen: Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Verlag Stämpfli + Cie AG, Bern 1991, s. 133-134.

B. Hakemlerin Geçici Hukuki Koruma Kararı Vermesi Yetkisi

I. Genel Olarak

Hakemler tarafından geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilip hükmedileceği konusu öncelikle hakemlerin yargı yetkileriyle ilgili olup, tarafların iradesine, tahkime uygulanacak kurallara ve ilgili milli hukuka bağlıdır. Hemen belirtmek gerekir ki; uzunca bir dönem geçici hukuki koruma kararlarına duyulan ihtiyacın mahkemelerin yardımı ile karşılanması gerektiği kabul edilmiş; bu konuda hakemlere yetki verilmemiştir²⁰. Ancak son otuz yılda uluslararası tahkimin gelişmesi ve günümüzde uluslararası uyuşmazlıkların olağan çözüm yöntemi haline gelmesi ile birlikte gerek pozitif hukuklarda, gerekse uluslararası tahkim uygulamasından çıkan içtihatlarda mahkemelerin yanında hakemlerin de geçici hukuki koruma kararı vermesi gerektiği, hatta bunun bir gereklilik olduğu ileri sürülmeye başlanmıştır. Hatta bu bağlamda tartışma konusu artık hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetme yetkilerinin bulunup bulunmadığı değil, bu yetkinin hangi kapsam ve nitelikte olduğu noktasında yoğunlaşmaktadır²¹.

Burada UNCITRAL Model Kanun uygulamasına değinmekte fayda vardır. Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Hukuku Komisyonu tarafın-

²⁰ Tahkimde hakemlerin geçici hukuki koruma önlemlerine karar veremeyeceklerine ilişkin görüşün dayandığı temel gerekçe hakemlerin “imperium” yetkisine sahip olmalarıdır. Ancak zamanla geçici hukuki koruma tedbirlerinin hakemlerin yargı yetkisi kapsamında kabul edilmesi gerektiği benimsenmeye başlanmış ve bu nitelemenin belirleyici ve kısıtlayıcı bir biçimde kullanılmadığı görülmektedir. Imperium latince kökenli bir kelime olup hiçbir lisanda tam olarak karşılığı bulunmamaktadır. Latince “imperare” fiilinden gelir ve “hükmetmek-buyurmak” anlamını taşır. İçinde “güç”, “yaptırım” ve “emir verme” kavramlarını barındırdığı ileri sürülür ve her üçü de ancak devletin sahip olabileceği yetkileri ifade eder (**Balkar**, s. 90-91).

²¹ **Walter/Bosch/Brönniman**, s. 127; **Schwab/Walter**, s. 55; **Yeşilova**, Bilgehan: Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir 2008, s. 647; **Yeşilirmak**, s. 50; **Balkar**, s. 113; **Erten**, s. 31; **Tunç-Yücel**, s. 33. Ancak tahkim yargılaması çerçevesinde uluslararası mevzuatta hakemler tarafından hangi şartlarda geçici hukuki koruma kararı verilebileceğinin açık olarak düzenlenmediği “gerekli görülen hallerde” veya “hakemler uygun gördüğü takdirde” gibi ifadeler yer verildiği görülmektedir. Bu konuda bkz. **Yeşilirmak**, s. 170-171.

dan hazırlanan 21.06.1985 tarihli UNCITRAL Model Kanun'un bazı maddeleri üzerinde 2006 yılında gelişen uluslararası ticaret ve bununla birlikte milletlerarası tahkimin önem kazanması üzerine ihtiyaçlara uygun değişiklikler yapılmasına karar verilmiştir ve yapılan bu değişikliklerin en önemli kısmı geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin olmuştur²². Söz konusu değişiklikten önce Model Kanun md. 17; *“ taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça, taraflardan birinin talebi üzerine, tahkim mahkemesi, taraflardan birinin ihtilaf konusuyla ilgili gerekli bulunduğu koruma tedbirlerini almasına ara tedbir olarak karar verebilir. Tahkim mahkemesi, taraflardan birinin bu yönde bir tedbirle ilgili uygun teminatı sağlamasına karar verebilir ”* şeklinde idi. Model Kanun'un anılan maddesi ile devlet mahkemelerinin geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmetmesi bakımından fiili tekeli kaldırılmış, böylece sadece mahkemelerin geçici hukuki koruma tedbirlerine karar verebileceği veya karar vermeye yetkili olduğu yönündeki dogma değiştirilmiştir. Bu düzenlemenin hakemlere; geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedip hükmetmeme; hükmedilecek ise hangi türüne hükmedileceği hususunda geniş bir takdir yetkisi tanıdığı, düzenlemede hakemlerin verecekleri geçici hukuki koruma tedbirleri konusundaki tek sınırlamanın söz konusu geçici hukuki koruma tedbirinin tahkim anlaşmasına konu uyumsuzluğun esasına ilişkin olması gerektiği belirtilmiştir²³. 2006 tarihli değişiklikten sonra ise 11 Kanun hükmü altında tasnif edilen bu ayrıntılı düzenleme hakemlere ihtiyati tedbirden önce gelmek ve ihtiyati tedbirin amacına engel olunmamasını sağlamak üzere “ön emir” kararları vermek yetkisi tanımakta, hakemler tarafından verilen ihtiyati tedbir kararlarının tanınması ve tenfizini ve tahkim yargılaması dolayısıyla devlet mahkemeleri tarafından verilen ihtiyati tedbir kararlarını ayrı ayrı düzenlemeye tâbi tutmaktadır²⁴.

Özellikle genel olarak ulusal mevzuatlarda yer almayan geçici hukuki korumalara hükmedebilme şartları Model Kanun md. 17 A ile düzenleme

²² http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration.html; Duve, Christian: Die neuen UNCITRAL Arbitration Rules- höhere Effizienz, niedrige Kosten?, Recht der Internationalen Wirtschaft, Heft 1-2/2011, <http://www.christian-duve.de/downloads/UNCITRAL%20Arbitration%20Rules.pdf>.

²³ Pekcanitez, s. 119; Deren-Yıldırım, s. 81; Yeşilova, s. 650.

²⁴ Bkz. Budak, s. 44.

altına alınmıştır. Bunlardan ilki tedbir kararı verilmediği takdirde oluşacak olan zararın sonradan giderilecek tazminat ile dahi giderilemeyecek olması ve bu zararın tedbirin yöneldiği kişinin bu tedbir sebebiyle uğrayabileceği zarardan maddi olarak daha yüksek bir zarar olma şartıdır. Yani bu şart oranlılık ilkesine²⁵ işaret etmektedir. İkinci şart, tedbir talep eden tarafın uyuşmazlığın esası hakkında haklı çıkma ihtimalinin makul sayılması şartı olup madde içerisinde bu şartın hakim tarafından etkilememesi gerektiği vurgulanmıştır. Delillerin korunmasına yönelik geçici tedbirlerde ise bu şartların sadece tahkim mahkemesinin uygun gördüğü kapsamda uygulanacağı kabul edilmiştir²⁶.

UNCITRAL Model Kanunu'nda olduğu üzere ulusal mevzuatlarında hakemlerin geçici hukuki tedbirlere karar verebileceğini düzenleyen ülkelere örnek olarak Almanya ve İsviçre'yi gösterebiliriz²⁷.

Alman hukukuna göre, 1997 yılında Alman Usul Kanunu (Zivilprozessordnung, ZPO)'nun 10. kitabında değişiklik yapan Tahkim Yargılamasının Yeniden Düzenlenmesine İlişkin Kanun (Gesetz zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrecht)'dan önce hakemlere geçici hukuki koruma önlemleri verme konusunda bir düzenleme mevcut değildi ve bu

²⁵ Bkz. **Erişir**, s. 69 vd.

²⁶ Bkz. **Balkar**, s. 133 vd. 2006 değişikliğinden önceki düzenlemede yer alan geçici hukuki koruma tedbirinin “uyuşmazlığın esasına ilişkin olma” (“...in respect of the subjectmatter of the dispute”) ifadesinin lafzen yeni düzenlemede yer almadığına dikkat çekmek isteriz.

²⁷ Hakemlerin geçici tedbirlere hükmedebilmesine imkan tanımayan ülkeler de mevcuttur. İtalya, Arjantin, Yunanistan bunlara örnek olarak verilebilir (**Balkar**, s. 126; **Yeşilova**, s. 648, **Özsunay**, s. 286). İngiliz hukukunda 1996 yılında kabul edilen İngiliz Tahkim Kanunu (English Arbitration Act) geçici hukuki koruma önlemleri konusunda ayrıntılı ve görülen sorunları mümkün olduğunca ortadan kaldıracak şekilde hazırlanmıştır. Genel olarak belirtmek gerekirse; tahkim yargılamasında geçici hukuki koruma önlemleri konusunda yetki öncelikle hakem kuruluna verilmiştir. Mahkemelerin konuya ilişkin yetkisi sınırlı ve ancak hakem kurulunun bu konuda yetkisinin bulunmaması veya kararın alınması gereken anda buna muktedir olamaması halinde söz konusu olabilmektedir. Yani; İngiliz hukukunda mahkemeler geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda son başvuru yeri olarak belirlenmiştir (**Erten**, Rıfat: İngiliz Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.58. 2009/3, s. 557).

konu hakemler tarafından verilen kararların icra edilmesinin mümkün olup olmaması bakımından tartışmalı idi²⁸. ZPO md.1041/I ile tarafların aksini kararlaştırmamış oldukları hallerde hakem mahkemesinin tarafların talebi üzerine uyuşmazlık konusu hakkında geçici veya koruyucu tedbirlere hükmedebileceği öngörülmüştür. Burada taraflar şekle bağlı olmayan bir tahkim sözleşmesi ile geçici hukuki koruma önlemleri alma konusunda hakemleri yetkilendirmiş olurlar. O halde hakemler tahkim sözleşmesinden aldıkları yetkiyle geçici hukuki koruma önlemlerine karar verebilirler. Başka bir ifade ile; hakem mahkemesi bu konuda re'sen yetkili olmayıp, tarafın talebi üzerine bu konuda karar verebilir. Nitekim ZPO 1014/I'e göre tarafların aksini kararlaştırmaları da-bu konuda tahkim mahkemesini yetkili kılmamaları veya sınırlamaları- mümkündür. Ancak taraflar aksini kararlaştırmamışlar ise hakem mahkemesi yapılan tahkim anlaşması ile geçici hukuki koruma kararı alabilir; hakemlerin geçici hukuki koruma kararı alma konusunda özel olarak yetkilendirilmesine gerek yoktur. Ancak burada belirtmek gerekir ki; Alman hukukuna göre kanundan kaynaklanan bir yetkilendirme mevcut olmakla birlikte aynı zamanda yine taraf iradesine de ihtiyaç vardır²⁹.

Bununla birlikte taraflar tahkim yargılamasının özelliklerini kendileri belirlediğinden hakemler ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararları yanında üçüncü kişilerin haklarına zarar vermemek koşuluyla başkaca koruyucu önlemlere de hükmedebilirler. Hakem mahkemesi aynı zamanda karşı taraf için oluşabilecek zararlara karşılık olarak uygun bir teminat karşılığında tedbire hükmedebilir (ZPO md.1041/I). Alman hukukunda mahkemelerin -talep

²⁸ **Rosenberg/Gottwald/Schwab**, s. 1040; **Stein Friedrich/Jonas Martin**: Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Auflage, Band 9, Mohr Siebeck Verlag, 2008, s. 493.

²⁹ **Musielak**, Hans Joachim: Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 9. neubearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen München 2012, s. 2474; **Schwab/Walter**, s. 167; **Rauscher**, Thomas/**Wax**, Peter/**Wenzel**, Joachim: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck München 2008, s. 268-269; **Zöller**, Richard: Zivilprozessordnung, 28. neubearbeitete Auflage, 2010 Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, s. 2274. UNCITRAL Model Kanun'un 17. maddesindeki düzenleme uyarınca da aynı şekilde hakemlerin geçici hukuki koruma kararı verme yetkisi doğrudan kanundan kaynaklanmakta, hakemlerin taraflarca bu konuda özel olarak yetkilendirilmelerine gerek bulunmamaktadır (**Deren-Yıldırım**, s. 81).

halinde daha önce mahkemeye geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedilmesi için başvuru yapılmamışsa- hakemler tarafından hükmedilen geçici hukuki koruma tedbirinin icra edilmesine yardım edeceği ve mahkemelerin talep halinde hakemler tarafından verilen geçici hukuki koruma tedbirini değiştirebileceği veya kaldırabileceği öngörülmüştür (md.1041/II, III)³⁰.

Belirtmek gerekir ki; Alman hukukunda ZPO md. 1041 ile hakemlere geçici hukuki koruma kararı verme konusunda büyük bir özgürlük sağlanmıştır. Zira icra edilme konusunda devlet mahkemelerinin yardımı talep edilmediği sürece hakemler verilecek geçici hukuki koruma önlemleri açısından da geniş serbestiye sahiptirler³¹.

İsviçre hukukunda ise 1969 tarihli Tahkim Yargılamasına İlişkin Kantonlar arası Anlaşma (Konkordat über die Schiedsgerichtsbarkeit 27 März 1969) md. 26/I ile geçici hukuki koruma tedbirleri kararı verme konusunda münhasıran mahkemeler yetkili kılınmıştır. Bu düzenleme emredici olup, tarafların bu konuda tahkim mahkemelerini yetkilendirilmesine ilişkin yapacakları anlaşmalar geçersizdir. Bununla birlikte hakem mahkemesine tarafların rızaen yerine getirebilecekleri geçici hukuki koruma önlemleri tavsiye etme yetkisi tanınmıştır. 18 Aralık 1987 tarihli İsviçre Devletler Özel Hukuku Kanunu (Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, IPRG)³² md. 183 ile hakem mahkemesine taraflar aksini kararlaştırmadığı sürece geçici hukuki koruma tedbirleri verme konusunda yetki tanınmıştır. Yine aynı şekilde 1 Ocak 2011 tarihinde kabul edilen İsviçre Federal Hukuk Muhakemeleri Kanunu (Schweizerische Zivilprozessordnung, SZPO)³³ md. 374 ile de geçici hukuki koruma tedbiri verme konusunda hem hakemleri hem de mahkemeler yetkilendirilmiştir. Hem IPRG hem de SZPO açısından taraflar hakem mahkemesinin bu yetkisini anlaşma ile sınırlayabilirler ve

³⁰ Bkz.**Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 1040; **Thomas/Putzo**, s. 1301; **Rauscher/Wax/Wenzel**, s. 269; **Baumbach, Adolf/Lauterbach, Wolfgang/Albers, Jan/Hartmann, Peter**: Zivilprozessordnung 68. völlig neubearbeitete Auflage Verlag C.H. Beck München 2010, s. 2404.

³¹ **Rauscher/Wax/Wenzel**, s. 271.

³² <http://www.admin.ch/ch/d/sr/291/a183.html>.

³³ <http://www.admin.ch/opc/de/classified-compilation/19870312/index.html>.

kaldırabilirler³⁴. Burada da Alman hukukunda olduğu gibi hakem mahkemesi geçici hukuki koruma kararı verme konusunda re'sen yetkili değildir, tarafların talebi gerekir. Başka bir deyişle; hakem mahkemesi geçici hukuki koruma kararı verme konusunda münhasıran yetkili değildir. Taraflar açıkça aksini kararlaştırmadığı sürece devlet mahkemeleri de geçici hukuki koruma kararı verme konusunda yetkilidir³⁵.

Hakem mahkemesinin geçici hukuki koruma önlemlerine karar verirken hangi şartlara uyacağı her iki madde metninde de yer almamıştır. Buna göre SZPO md. 373'de yer alan yargılama kurallarından yararlanılması gerektiği belirtilmiştir. Her ne kadar her iki düzenleme uyarınca verilecek geçici hukuki koruma kararının uyuşmazlık konusuna ilişkin olması şartı³⁶ yönünde bir düzenleme kanunun lafzında yer almamakta ise de hakem mahkemesinin bu hususu dikkate alması gerektiği belirtilmiştir. Yine hakem mahkemesinin ilk aşamada geçici hukuki koruma kararı verirken geçerli bir tahkim sözleşmesinin olup olmadığını ve uyuşmazlığın tahkime elverişli olup olmadığını denetlemesi gerekir. İkinci aşamada ise hakem mahkemesinin verilecek olan geçici hukuki koruma kararının hukuka uygunluğunu denetlemesi gerektiği hususu belirtilmiştir³⁷. Hem IPRG md. 183/II hem de SZPO md. 374/II uyarınca şayet verilen geçici ve koruyucu önlemlere uyulmaz ise; hakem mahkemesinin devlet mahkemelerinden yardım talep edebileceği düzenlenmiştir.

Bu örnekler dışında belirtilmelidir ki; kurumsal tahkim sistemlerinin büyük çoğunluğunda da hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine karar vereceği düzenleme altına alınmıştır. Örnek olarak; Milletlerarası Ticaret Odası Tahkim Kuralları (md. 23); Alman Tahkim Enstitüsü Tahkim Kuralları (Paragraf 20), Hollanda Tahkim Enstitüsü Tahkim Kuralları (md. 37-38),

³⁴ **Sutter-Somm**, Thomas/**Hasenböhler**, Franz/**Leuenberger**, Christoph: Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2013 (Huber), s. 2683; **A. Gehri**, Myriam/**Kramer**, Michael: ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Orell Füssli Verlag AG 2010, S. 615-616.

³⁵ **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger**, s. 2684.

³⁶ Karş. ZPO md. 1041/I.

³⁷ **Walter/Bosch/Brönniman**, s. 140; **Gehri/Kramer**, s. 616; aynı yönde bkz. **Bucher**, Andreas: Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Verlag Helbing&Lichtenhahn Basel und Frankfurt am Main, 1989, s. 79.

Belçika Tahkim ve Arbuluculuk Merkezi Kuralları (md. 17) ve ICSID Tahkim Kurallarını (Kural 39) verebiliriz³⁸.

II. Türk Hukukunda Durum

Türk hukukunda MTK md. 6/II ve HMK md. 414 ile hakemlerin geçici hukuki koruma kararı verebilecekleri düzenleme altına alınmıştır. Hemen belirtelim ki; 1086 sayılı HUMK döneminde hakemlerin geçici hukuki koruma kararı verebileceklerine ilişkin bir düzenleme mevcut değildi. Bu nedenle hakemlerin HUMK döneminde geçici hukuki koruma tedbirlerine hükmedemeyecekleri, bu kararları verme yetkisinin mahkemelere ait olduğu belirtiliyordu³⁹.

MTK uyarınca da Alman ve İsviçre hukuk sistemlerinde olduğu gibi hakemlerin geçici hukuki koruma kararı vermelerine ilişkin düzenleme emredici nitelikte olamayıp, tarafların bunun aksine düzenleme yapmaları mümkündür. Bu düzenleme uyarınca hakemlerin kendiliğinden geçici hukuki koruma kararı vermeleri söz konusu olamaz; taraflardan birinin mutlaka bu konuda talepte bulunması gerekmektedir⁴⁰. Bununla birlikte maddenin devamında hakem veya hakem kurulunun geçici hukuki koruma kararı vermeyi uygun bir güvence verilmesine bağlı kılabileceği düzenleme altına alınmıştır. Zira böylece devlet yargılamasında olduğu gibi diğer tarafın

³⁸ Bkz. **Yeşilova**, s. 652 vd.; **Özsunay**, s. 269-270.

³⁹ **Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: Medeni Usul Hukuku, 9. Bası, Ankara 2010, s. 715; **Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, (VI Cilt), 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 6055; **Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım**, s. 619; **Nomer**, Ergin/**Ekşi**, Nuray/**Öztekin-Gelgel**, Günseli: Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. I, 3. Bası, İstanbul 2008, s. 21. Yargıtay 13. HD'nin T.07.01.2003, E.2002/12841, K.2003/185 sayılı kararı şu şekildedir: "...HUMK'da hakemlerin ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı vereceğine dair bir hüküm bulunmamasına ve ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı vermenin münhasıran mahkemelere ait olmasına rağmen hakem heyetinin görevi dışına çıkarak ihtiyati haciz kararı vermiş olması usul ve yasaya aykırı ise de...", <http://www.kazanci.com.tr>. Bu konuda Yılmaz olması gereken hukuk bakımından HUMK'da değişiklik yapılarak kamu otoritesinin gerekmediği durumlarda hakemlere bu kararı alma yetkisinin tanınabileceğini veya mahkemelerin bu konuda yardımcı rol üstlenebileceğini savunmuştur (**Yılmaz**, s. 878).

⁴⁰ **Pekcanitez**, s. 129; **Akıncı**, s. 133-134.

bu karardan dolayı bir zarara uğramasının söz konusu olabileceği ihtimali göz önünde bulundurulmuştur.

Ancak söz konusu düzenleme ile hakemlerin verebilecekleri geçici hukuki koruma kararlarına sınırlamalar getirilmiştir. Bu sınırlamalardan ilki, hakemlerin cebri icra organları tarafından icra edilmesi gereken ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veremeyecek olmasıdır (MTK, md. 6/II, c. 3). Yine hakemlerin vereceği ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının resmi organları bağlaması da söz konusu olmayacaktır. Kanunda getirilen bir diğer sınırlama da hakemlerin üçüncü kişileri bağlayacak şekilde ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veremeyecek olmalarıdır (MTK, md. 6/II, c. 3). Zira tahkim şartına taraf olmayan bir kişinin tahkime dahil olarak hakemlerin verdiği ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararına itiraz etmesi de mümkün olmayacaktır. Anılan sınırlamalar nedeniyle kendisine karşı ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilen tarafın hakemlerin bu kararını rızaen yerine getirmediği durumda hakemlerin vereceği ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararının sonuçsuz kalma ihtimali söz konusu olacaktır. Bu nedenle de bu ihtimali bertaraf edebilmek için MTK md. 6/III ile taraflardan birinin hakem veya hakem kurulunun verdiği ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararını yerine getirmediği durumda karşı tarafın ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilmesi istemiyle yetkili mahkemenin yardımını isteyebileceği hükmü öngörülmüştür.

MTK'da hakemlerin hangi şartlarda geçici hukuki koruma kararı verebileceklerine ilişkin düzenleme mevcut değildir⁴¹. Doktrinde bir görüş MTK

⁴¹ Özellikle İsviçre hukukunda geçici hukuki korumaların maddi hukuka ait olduğu görüşü hakimdir. Bu görüş uyarınca da geçici hukuki koruma önlemleri konusunda davanın esasına uygulanacak olan hukukun -"lex cause" kurallarının uygulanacağı belirtilmiştir. Ancak bunun da milletlerarası tahkim hukuku ile bağdaşmayacağı ileri sürülmüştür (**Walter/Bosch/Brönniman**, 139). Buna karşılık geçici hukuki koruma tedbirleri alanında bu gibi taleplerde derhal karar verilmesi gerekliliği karşısında hakimin esasa uygulanacak hukukun gerçek içeriğini tam ve doğru bir biçimde tespit edebilmesi imkanına çoğu zaman sahip olmayışı gerekçesi ile "lex fori" nin uygulanması gerektiği yaygın görüştür (**Balkar**, s. 199). Alman hukukunda geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda karar verirken tahkim yeri hukukunun Almanya olduğu durumlarda ZPO md. 1042'nin uygulama alanı bulacağı, yani tarafların kendi seçecekleri yargılama hukuku kurallarını veya kurumsal bir tahkim kurumuna atıf yaparak şartları belirleyebilecekleri

md.6 düzenlemesinde milletlerarası tahkim hukukunda yaygın olarak kullanılan geçici hukuki koruma tedbirleri yerine ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz şeklinde bir ayrıma gidilerek düzenleme yapılmasını hakemlere bir yükümlülük yükleyerek iç hukuktaki ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz ayırımına uygun hareket etmelerini beklediği, bu konuda MTK'da bir düzenleme olmamasının bilinçli olduğu yönündedir. Buna göre de iç hukuktaki şartlar dikkate alınmalıdır⁴². Ancak kanımızca bu konuda uluslararası tahkim uygulamasındaki ihtiyaçlar ve koşullar esas alınmalıdır⁴³. Nitekim hakemlerin Türk Usul Hukuku'ndaki geçici hukuki koruma tedbirlerinin hangi şartlara tabi olduğunu ve bu kurumların özelliklerini bilmesi beklenmemelidir. Aksinin kabulü milletlerarası tahkimin niteliği ile örtüşmeyecektir.

Hakemler geçici hukuki koruma kararı verirken tahkim yeri hukukundan bağımsız olarak dikkat edilmesi gereken genel şartlara uymalıdır. Buna göre öncelikle geçerli bir tahkim sözleşmesi ve tahkime elverişli bir konunun olması gerekir. Bununla birlikte hakemler hukuki dinlenilme hakkı, taraflara eşit davranma ve yargılamanın değişmez temelini Anayasa'da bulan ilkelere uyarak karar vermelidir⁴⁴. Yine hakemler karar verirken geçerli delillere dayanmalı, tam ispat şartları yerine getirilmese bile basit bir inceleme sonucunda talepte bulunanın haklı olduğu hakkında gerçeğe yakın kanaat edinmelidir. Bunların yanında acele karar verilmesi gerek durumlar, çekişmeli hususun içerdiği tehlike, her iki tarafın zararına engel olacak ve her iki tarafın azami yararını koruyacak şekilde menfaat dengesinin sağlanması, iddia edilen tehlikeli ve kötü niyetli davranış sonucu ortaya çıkan zararın tazmin edilip edilemeyeceği, diğer herhangi bir çarenin imkansızlığı gibi

öngörülmüştür (**Schwab/Walter**, s. 164). İsviçre hukukunda da aynı şekilde tahkim yeri hukukunun İsviçre olduğu durumlarda IPRG md.182 uyarınca tarafların kendi seçecekleri yargılama hukuku kurallarını veya kurumsal bir tahkim kurumuna atıf yaparak şartları belirleyebilecekleri öngörülmüştür (**Walter/Bosch/Brönniman**, s. 139).

⁴² **Yeşilova**, s. 670.

⁴³ **Pekantez**, s. 129.

⁴⁴ Hakemlerin geçici hukuki koruma önlemlerine karar verirken taraflara eşit davranması gerektiği ve hukuki dinlenilme hakkına uygun davranması gerektiği ZPO md. 1042/I ve IPRG md. 182/III, SZPO md. 373/IV açıkça düzenlenmiştir. Bkz. **Stein/Jonas**, s. 508; **Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann**, s. 2405; **Zöllner**, s. 2276; **Rauscher/Wax/Wenzel**, s. 286-287.

koşullar da hakemlerin geçici hukuki koruma kararı verirken uyması gereken şartlardır⁴⁵.

Hakemlerin geçici hukuki koruma kararları vermesine ilişkin olarak HMK md. 414/I düzenlemesinde, aksi kararlaştırılmadıkça tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulunun taraflardan birinin talebi üzerine bir ihtiyati tedbirin alınmasına veya delil tespitine karar verebileceği ve hakem veya hakem kurulunun ihtiyati tedbir kararı vermeyi uygun bir teminat verilmesine bağlı kılabilceği öngörülmüştür. Mahkeme hakem veya hakem kurulu tarafından verilen tedbir kararının geçerli bir tahkim sözleşmesi olması kaydıyla taraflardan birinin talebi üzerine icra edilebilirliğine karar verir (HMK md. 414/II). Tahkim yargılaması öncesi veya tahkim yargılaması sırasında taraflardan birinin talebi üzerine mahkemece verilen ihtiyati tedbir kararı, aksine karar verilmedikçe hakem veya hakem kurulu kararının icra edilebilir hale gelmesine veya davanın hakem veya hakem kurulu tarafından reddedilmesine kadar devam eder. Bu aşamalardan sonra kendiliğinden ortadan kalkar (HMK md. 414/IV). Ayrıca mahkeme tarafından verilen ihtiyati tedbir kararı hakem veya hakem kurulu tarafından değiştirilebilir veya ortadan kaldırılabilir (HMK md. 414/V).

III. Hakemler Tarafından Verilebilecek Geçici Hukuki Koruma Kararı Türleri ve Bu Kararların İcrası Sorunu

a. Hakemler Tarafından Verilebilecek Geçici Hukuki Koruma Kararı Türleri

MTK md. 6/II ile aksi kararlaştırılmadıkça, tahkim yargılaması sırasında hakem veya hakem kurulunun taraflardan birisinin istemi üzerine ihtiyati tedbire veya ihtiyati hacze karar verebileceği düzenleme altına alınmıştır. Yani bu düzenleme uyarınca göre hakemler geçici hukuki koruma türleri içerisinde yer alan hem ihtiyati tedbire hem de ihtiyati hacze karar verebileceklerdir. Ancak yukarıda da belirttiğimiz üzere MTK'da yine hakemlerin geçici koruma tedbirleri bakımından sahip olduğu yetkilere sınırlamalar getirmiştir. Buna göre hakemler cebri icra organları tarafından

⁴⁵ **Walter/Bosch/Brönniman**, s. 140; **Schwab/Walter**, s. 164; **Bucher**, s. 79; **Pekcanitez**, s. 130.

icrası ya da diğer resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı veremezler. Örneğin hakemler Karayolları Genel Müdürlüğü veya Devlet Su İşleri Genel Müdürlüğü tarafından uygulanacak bir tedbir kararına hükmedemezler⁴⁶. Yine hakemler üçüncü kişileri bağlayan ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı da veremezler. Buna göre de hakemlerin vereceği ihtiyati haciz veya ihtiyati tedbir kararının resmi organları bağlaması da söz konusu olamaz. Örneğin hakemler tedbiren bir malın veya aracın yurt dışına çıkarılmaması için gümrük müdürlüklerine yazı yazılmasına karar veremezler. Örnekleri çoğaltırsak hakemler resmi makam olan tapu dairesi, nüfus müdürlüğü, trafik müdürlüğü, ticaret sicili gibi resmi makamlar tarafından yerine getirilmesi gereken tedbirlere hükmedemezler. Zira özel kişilerden oluşan hakemlerin devletin resmi organlarının yerine getireceği emir niteliğindeki tedbir kararlarını vermelerine kanun izin vermemiştir⁴⁷.

Bu sınırlamaları göz önünde bulundurduğumuzda doktrinde Pekcanitez, hiç bir cebri icra gücü bulunmayan hakemlere MTK md. 6 ile ihtiyati haciz kararı verme yetkisinin tanınmasının isabetli olmadığı görüşündedir⁴⁸. Zira ihtiyati haczin tahkime yabancılığının en önemli sebebi borçlunun uyuşmazlıkla ilgisi bulunmayan mallarına zorla el konulmasıdır. Oysa zorla el koyma kamu iktidarını gerektirir ve bu yüzden mahkemelere ait olan bu yetkinin tamamen taraflar arasındaki tahkim anlaşmasına göre yetki kazanan fakat özel şahıs statüsünde olan hakemler tarafından kullanılması mümkün değildir. Başka bir deyişle; tek başına ihtiyati haciz kararı almak taraflar açısından bu kararın uygulanabilmesini sağlamamaktadır; ihtiyati haciz kararını takiben kararın cebri icrasına yönelik ikinci bir yargısal işlem yapılması gerekir (İİK md. 261).

Bu konuda Deren-Yıldırım; MTK bakımından kanun koyucunun bir yandan ihtiyati tedbirlerin yanı sıra ihtiyati haciz kararlarının da hakemler

⁴⁶ Pekcanitez, s. 123.

⁴⁷ Pekcanitez, s. 131; Akıncı, s. 134.

⁴⁸ Pekcanitez, s. 125; aynı yönde bkz. Özeks, s. 182-183; Kalpsüz, Turgut: Türkiye'de Milletlerarası Tahkim, 2. Bası, Ankara 2010; s. 43; Ekşi, s. 312; Tunç-Yücel, s. 55. Akıncı da, MTK'daki sınırlamalar uyarınca hakemlerin ihtiyati haciz kararı vermesinin pratikte mümkün olmadığını belirtmiştir (Akıncı, s. 27).

tarafından verilmesi olanağını getirerek bu konuda “cömert” davrandığını belirterek, diğer yandan da hakemlerin verebilecekleri ihtiyati tedbir kararının çerçevesinin bu hükümle son derece dar tutulduğunu ifade etmiştir⁴⁹.

Yeşilova ise hakem mahkemeleri tarafından ihtiyati haciz kararı verme meselesini çeşitli hukuk sistemleri açısından ve hakemlerin ihtiyati hacze karar vermemesi bakımından ileri sürülen gerekçeleri incelemiş ve ihtiyati haciz kararının verilmesi ardından kararın cebren icrasına yönelik ikinci yargısal işlemin yapılması gerektiği gerekçesi hakemlerin ihtiyati haciz kararı verememe yönündeki gerekçeye karşılık benzer bir durumun hakemlerce hükmedilmesinde tereddüt edilmeyen örneğin dava konusu taşınırın güvence altına alınması şeklindeki ihtiyati tedbir kararlarının icrası sırasında da gerçekleştirilebilecek olmasının göz ardı edildiğini belirtmiştir⁵⁰.

Alman hukukunda hakemlerin tüm geçici hukuki tedbirlerine karar verebilecekleri kabul edilmiştir. Buna göre hakemler hem ihtiyati tedbir kararı hem de ihtiyati haciz kararı verebileceklerdir. Ancak Alman hukukunda ihtiyati haciz anlamına gelen “Arrest” kavramı, borçlunun malvarlığına yönelik ihtiyati haciz (dinglicher Arrest) ve borçlunun şahsına yönelik ihtiyati haciz (persönlicher Arrest) olarak ikiye ayrılmaktadır⁵¹. Burada borçlunun malvarlığına yönelik olan haczin tipik bir geçici hukuki koruma kararı olduğu ve hakem mahkemesi tarafından verilebileceği ancak bunun icrasının devlet mahkemelerinin yardımı ile mümkün olacağı belirtilmiştir. Buna karşılık borçlunun şahsına yönelik ihtiyati haciz sadece devlet mahke-

⁴⁹ **Deren-Yıldırım**, s. 83.

⁵⁰ **Yeşilova**, s. 667-668. Ayrıca bkz. **Balkar**, s. 223 vd. Bu konuda doktrinde Akıncı hakemlere ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kararı verme yetkisini değerlendirirken ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz arasında bir ayrım yapmamış, hakemlerin bu kararları vermesi durumunda üçüncü kişilerin de bu kararlardan etkilenmesi, Türk hukukunda tahkim kurumuna olan yaklaşım ve tarafların bu kararlara uymaması halinde devlet yargısına başvurulacağı gerekçeleri ile ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararı verme yetkisinin mahkemelerde kalmasının daha yerinde olacağını ifade etmiştir (**Akıncı**, Ziya: Hakemlerin İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Verme Yetkisi, Prof. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İzmir 1997, s. 223).

⁵¹ Bkz. **Özkes**, s. 81. Alman hukukunda borçluya yönelik ihtiyati haciz olarak ifadesini bulan kurum Türk hukuku bakımından ihtiyati haciz niteliği taşımamaktadır. Zira hukukumuza göre ihtiyati haczin niteliği ve uygulama alanı borçlunun malvarlığına ilişkindir (**Özkes**, s. 81).

meleri tarafından verilebileceğinden hakem mahkemeleri karar veremeyecektir⁵². Burada aleyhine ihtiyati haciz kararı verilen taraf için bu kararın icrasına katlanma yükümlülüğü öngörülmüştür; ancak icrayı devlet mahkemeleri sağlayacaktır⁵³.

Alman hukukunun aksine İsviçre hukukunda ihtiyati haczin borçlunun malvarlığına ilişkin bir geçici hukuki koruma tedbiri olduğu ve uyuşmazlık konusuna ilişkin olmadığı gerekçesi ile hakemlerin ihtiyati haciz kararı veremeyecekleri -belki bu konuda ihtar yapabilecekleri- kabul edilmiştir⁵⁴.

Kanaatimizce de hakemlerin ihtiyati haciz kararı veremeyecekleri kabul edilmelidir. Zira bu durum ihtiyati haczin niteliği ile ilgilidir. Her ne kadar verilebilecek ihtiyati tedbirler bakımından da icra edilme noktasında mahkemelerin yardımı gerekse de ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz arasında amaç ve konu bakımından farklılıklar mevcuttur. İhtiyati tedbirde üzerine tedbir konulacak olan uyuşmazlık konusu olan şeyin kendisi olup, ihtiyati haczin konusu alacaklının para alacağının garanti altına alınmasıdır⁵⁵. Oysa ki; hakemlerin verecekleri geçici hukuki korumalar uyuşmazlık konusuna ilişkin olmalıdır. Niteliği gereği ihtiyati haciz zorunlu olarak cebri icrayı gerektirir ve sadece para alacağına yönelik olup malvarlığı değerlerini konu edebilir ve tarafça yerine getirilmesi mümkün değildir⁵⁶. Buna karşılık hakemlerin verdikleri bazı ihtiyati tedbirlerin bir kısmının icrasına gerek olmamaktadır, hakemler taraflardan birisine bir şey yapmasını veya yapmamasını emredebilirler⁵⁷.

Nitekim HMK md. 414/I ile hakemlere ihtiyati tedbir ve delil tespiti verme yetkisi tanınmış, buna karşılık ihtiyati haciz verme yetkisi tanınmamıştır⁵⁸. Bunun dışında HMK md. 414 düzenlemesinde MTK md. 6/II'deki sınırlamalara yer verilmemiştir. Ancak kanaatimizce de yetkilerini taraf

⁵² Schwab/Walter, s. 160; Zöller, s. 2275, Rauscher/Wax/Wenzel, s. 270.

⁵³ Stein/Jonas, s. 494.

⁵⁴ Walter/Bosch/Brönniman, s. 131.

⁵⁵ Yılmaz, s. 176 vd.; Özekes, s. 60 vd.

⁵⁶ Özekes, s. 67.

⁵⁷ Pekcanitez, s. 139.

⁵⁸ Bkz. Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1082; Pekcanitez (Tahkim), s. 73; Yılmaz (Şerh), s. 1727; Karsh, s. 918; Umar, s. 1157.

iradelerinden alan hakemlerin tahkim sözleşmesinin tarafı olmayan üçüncü kişileri bağlayacak şekilde ihtiyati tedbir kararı verme yetkileri yoktur⁵⁹.

O halde belirtmek gerekir ki; MTK md. 6 uyarınca anılan sınırlamalara bağlı kalmak kaydıyla hakemler ihtiyati tedbir kararı verebilecekler, fakat ihtiyati haciz kararı veremeyeceklerdir. Hakemlerin vereceği tedbir kararının Türk hukukunda bilinen bir tedbir kararı olmasının gerekmeyeceği, hakemlerin devlet mahkemesindeki hâkimden daha geniş yetkiye sahip olabileceği ve Türk hukukundaki tedbirlerden ayrılarak farklı bir tedbir kararı verebileceği, ancak verilen tedbir kararının aleyhine verilen kişi tarafından uygulanabilir olmasının gerektiği, aksi halde verilen tedbir kararının hiç bir anlamı olmayacağı, cebri icra yolu ile bu tedbirin icrası gerektiğinde ancak hâkimin vereceği tedbir kararının icrasının söz konusu olacağı, bunun dışındakilerin ise icra edilmeyeceğini ve bu durumda da icra edilecek ülkenin hukukunun (lex fori) uygulanacağı ve bu durumun da hakem mahkemesinin yetkisini değiştirmeyeceği belirtilmiştir⁶⁰.

Alman hukukunda hakem mahkemesi tarafından verilebilecek ihtiyati tedbirlerin Alman hukukunda bilinen bir tedbir kararı olup olmadığı meselesinin önemli olmadığı, burada usule ve esasa uygulanacak hukuk bakımından “lex fori”nin (mahkemenin hukuku) önemli olduğu, geçici hukuki koruma kararı verme konusunda hakem mahkemesinin yetkisinin devlet mahkemesinden ileri gidebileceği belirtilmiştir. Ancak burada tek şartın verilecek tedbir kararının diğer taraf bakımından gönüllü olarak icra edilmesi olduğu, aksi halde hakemler tarafından Alman hukukunda tanınmayan bir ihtiyati tedbir kararı vermenin mantıksız olacağı zira böyle bir kararın icrasında sorunlar çıkacağı ifade edilmiştir⁶¹. Yine Alman hukukunda başka bir yazar hakemlerin Almanya’da icra edilmesi mümkün olmayan tedbir kararları dahi verebileceklerini belirtmiştir. Zira burada hakem mahkemesi niteliği gereği devlet mahkemesinde olduğu gibi kanunlar ile bağlı değildir. Taraflar verilen tedbir kararını gönüllü icra edebilecekleri gibi başka bir ülkede icra edilmesi için dahi anlaşabileceklerdir⁶².

⁵⁹ Budak, s. 45.

⁶⁰ Pekcanitez, s. 132.

⁶¹ Schwab/Walter, s. 160-161.

⁶² Musielak, s. 2475. Bununla birlikte Alman hukukunda başka bir yazar hakemlerin devlet mahkemesi tarafından tanınmayan geçici hukuki koruma kararı vermelerinin

Buna karşılık İsviçre hukukunda bir yazar hakemler tarafından verilen geçici hukuki koruma kararlarının icrası aşamasında devlet mahkemelerinin yardımının gerekeceğinden ve bu yardımda da devlet mahkemesi hakiminin fonksiyonunun oldukça sınırlı olduğundan hakemlerin İsviçre hukukunda tanınmayan bir tedbir kararı veremeyeceği veya en azından hakemler tarafından verilebilecek kararlarının İsviçre hukukunda tanınan kararlar ile eş değer olması gerektiği görüşündedir⁶³.

Kanaatimizce Türk hukuku açısından milletlerarası tahkimde hakemlerin Türk mahkemeleri tarafından tanınan bir tedbir kararı vermesi şart olmamalıdır. Zira burada öncelikle tarafların iradesi devlet mahkemelerine gitmeyerek yaptıkları tahkim sözleşmesi uyarınca hakemlere gitmek yönünde oluşmuştur. Tahkimin bu gönüllülük temeli düşünüldüğünde aksinin kabulü hakemlerin yetkilerini sınırlamak anlamına gelecek ve milletlerarası tahkimin niteliğine uygun düşmeyecektir. Ancak şüphesiz burada hakemler karar verirken MTK md. 6'da düzenlenen sınırlamalara uymalıdır; örneğin hakemler üçüncü kişiler hakkında sonuç doğurduğundan çekişmeli olan ve üçüncü kişinin elinde bulunan malın yed'i emine teslim edilmesine karar veremeyeceklerdir⁶⁴. Kaldı ki; burada iki hususu birbirinden ayırmak gerekir. Hakemlerin belli bir konuda verecekleri geçici hukuki koruma tedbiri açısından "yetkili" olmaları ile söz konusu tedbirin "icra edilmesi" farklıdır⁶⁵. Hakemlerin verebilecekleri tedbir kararlarının çeşitliliğini bunların icra edilmesine ilişkin hukuki düzenlemeler ile sınırlandırmamak gerektiği düşüncesindeyiz.

Diğer üzerinde durulması gereken bir konu ise yine geçici hukuki koruma türleri arasında yer alan delil tespitine hakemler tarafından karar verilip verilemeyeceği hususudur. Zira yine MTK md. 6 uyarınca milletlerarası tahkim hukukunda kullanılan geçici hukuki koruma tedbirleri yerine iç

mümkün olup olmadığının düşünülmesi gerektiğini belirterek bu konuda kanaatini belirtmemiştir (Stein/Jonas, s. 494).

⁶³ **Bucher**, s. 81.

⁶⁴ Doktrinde Deren-Yıldırım, MTK md. 6'da öngörülen sınırlamalar sebebiyle hakemler tarafından verilebilecek tedbir kararlarının çerçevesinin dar olduğunu ve teminat amaçlı tedbirlerin dahi icra edilmesi gerektiği görüşündedir (Deren-Yıldırım, s. 83).

⁶⁵ Bu konuda bkz. **Balkar**, s. 145 vd.

hukukumuzda kabul edilen iki farklı geçici hukuki koruma tedbiri olan ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kavramlarına yer verilmesi bu şekildeki düzenlemenin bir geçici hukuki koruma türü olan delil tespitine tahkim mahkemesi tarafından karar verilemeyeceği şeklinde yorumlanıp yorumlanamayacağı meselesini gündeme getirmektedir. Bu konuda söz konusu maddenin dar yorumlanmaması gerekir. Nitekim kanun koyucunun böyle bir düzenleme biçimini delil tespitini dışarıda bırakmak için bilinçli olarak tercih ettiğini söyleyemeyiz. Çünkü delil tespiti uyuşmazlığın çözümü için zorunlu bir koruma tedbiridir. Bu nedenle delil tespitine hakemler de karar verebilir⁶⁶.

Alman hukukunda da delil tespiti geçici hukuki koruma kararları içerisinde değerlendirilerek⁶⁷ hakem mahkemesinin delil tespitine de hükmedebileceği sonucuna ulaşılmıştır⁶⁸.

İsviçre hukukunda delil tespiti geçici hukuki koruma türleri arasında değerlendirilmemektedir⁶⁹. Buna karşılık SZPO md. 183/I düzenlemesinde IPRG md. 183/I'den farklı olarak açıkça tahkim mahkemesinin delil tespitine de karar verebileceği öngörülmüştür.

b. Hakemler Tarafından Verilebilecek Geçici Hukuki Koruma Kararlarının İcrası Sorunu

Tahkim yargılamasında çoğunlukla tarafların hakemler tarafından verilen kararların gereğini gönüllü olarak yerine getirdikleri görülmektedir. Zira taraflar kendi iradeleri ile uyuşmazlığı hakem önüne getirdiklerinden ve uyuşmazlığı bir an önce çözmek isteyeceklerinden verilen kararları da rızaları ile yerine getirmeleri gerektiği işin niteliği gereğidir. Buna göre de hakem mahkemesi tarafından verilen geçici hukuki koruma kararlarını aleyhine karar verilen taraf rızaen yerine getirirse sorun yoktur⁷⁰.

⁶⁶ **Pekcanitez**, s. 128; aynı yönde **Balkar**, s. 143.

⁶⁷ **Schwab/Walter**, s. 162

⁶⁸ **Schwab/Walter**, s. 162; **Zöller**, s. 2275.

⁶⁹ **Walter/Bosch/Brönniman**, s. 135; **Öztek**, Selçuk: İsviçre Medeni Usul Kanunu'nun İhtiyati Tedbirler Konusundaki Düzenlemesine Genel Bir Bakış, Prof. Dr. Nur Centel'e Armağan Yılı: 2013, Cilt: 19; Sayı: 2, s. 261.

⁷⁰ **Pekcanitez**, s. 134; **Tunç-Yücel**, s. 45.

Ancak geçici hukuki koruma tedbirlerine ilişkin kararların taraflarca rızaen yerine getirilmediği takdirde Türkiye’de ne şekilde icra edileceği meselesi MTK md. 6/III’de düzenlenmiştir. Buna göre “*taraflardan biri, hakem veya hakem kurulunun verdiği ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararını yerine getirmese; karşı taraf ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilmesi istemiyle yetkili mahkemenin yardımını isteyebilir. Yetkili mahkeme⁷¹ gerekirse başka bir mahkemeyi de istinabe edebilir*”⁷².

Burada söz konusu madde metninin açık olmadığı, “*mahkeme yardımı*”nın ne anlama geldiği hususunun açık olmadığı özellikle mahkemenin inceleme yetkisi ve bunun kapsamına ilişkin MTK düzenlemesinde cevap bulunmadığı haklı olarak ifade edilmiştir⁷³.

Konuya ilişkin olarak Alman hukukunda da hakemler tarafından verilmiş rızaen yerine getirilmeyen geçici hukuki koruma kararlarının icrası için mahkemelerden yardım talep edilebileceği ve mahkemenin talep halinde hakemler tarafından verilen geçici hukuki koruma tedbirini değiştirebileceği veya kaldırmaya öngörülmüştür (ZPO md. 1041/II).

Bu şekilde mahkemelerin yardımına ilişkin bir düzenlemenin kabul edilmesinin sebebi Alman hukukunda hakemler tarafından verilen geçici hukuki koruma tedbirlerinin bir hakem kararı olup olmadığı meselesine kuşkuyla yaklaşıldığı ve bu kararların icra edilmeleri için ZPO md. 794/I, b.4a, 1060/I’e göre icra edilebilirlik şerhi aranması gerektiği olarak belirtilmiştir⁷⁴.

⁷¹ İlgili maddede yetkili mahkeme hususunda özel bir düzenleme öngörülmemiştir. Bu konuda bir görüş yetkili mahkemenin HMK hükümlerine göre tespit edilmesi gerektiği yönündedir (**Pekcanitez**, s. 138; **Tunç-Yücel**, s. 48, s. 95). Diğer görüş bu yardım talebinin MTK kapsamında yapılacak işlerden olduğundan görevli ve yetkili mahkemenin MTK md. 3’e göre belirlenmesi yönündedir (**Akıncı**, s. 135; **Kalpsüz**, s. 50; **Yeşilova**, s. 705, 706; **Erten**, s. 201).

⁷² Hakemler tarafından hem yabancı ülkede hem de Türkiye’de verilen geçici hukuki koruma tedbirlerini taraflar rızaen yerine getirmezler ise MTK md. 6/III uygulama alanı bulacaktır. Yani hakemler tarafından yabancı bir ülkede verilmiş ve Türkiye’de icra edilecek olan geçici hukuki koruma tedbirleri herhangi bir tenfiz rejimine tabi olmaksızın MTK md. 6/III’e göre mahkeme yardımından faydalanılmak suretiyle icra edilecektir (**Yeşilova**, s. 705).

⁷³ Bkz. **Yeşilova**, s.705 vd; **Erten**, s. 202 vd. **Balkar**, s. 243 vd.

⁷⁴ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 1040.

Burada devlet mahkemesi hâkiminin hakemlerin verdiği kararı denetlemek bakımından bir kontrol yetkisinin bulunmadığı dolayısıyla verilen kararın esas yönünden kendi hukukuna uygun olup olmadığını denetleyemeyeceği ifade edilmiştir. Bir başka deyişle; devlet mahkemesinin kontrol yetkisinin sınırlarını hakem mahkemesi tarafından verilen karar oluşturmaktadır. Devlet mahkemesi hakemler tarafından verilen kararın içeriğini inceleyemeyecektir. Fakat devlet mahkemesi hakem mahkemesi tarafından verilen kararın ancak kendi hukukuna göre icra edilebilirliğinin mümkün olmaması halinde karara icra edilebilirlik şerhi vermeyi reddedebilir. Zira hakem tarafından verilen ve icrası talep edilen kararların hâkimin hukukuna uygun veya en azından eş değer seviyede olması aranır⁷⁵. Ancak söz konusu kararın icrası Alman hukukuna göre düzenlenmemiş olsa bile eğer tarafın bu kararı yabancı ülke mahkemelerinde kullanması mümkün ise; devlet mahkemesinin hakem tarafından verilen geçici hukuki koruma kararının icra edilebilirliğine ilişkin şerh vermesinin mantıklı olabileceği belirtilmiştir⁷⁶.

O halde Alman hukukuna devlet mahkemesi hâkiminin yapacağı inceleme usule yönelik bir inceleme olacaktır, hâkim ancak belirli ve zorunlu hallerde hakemlerin kararını sınırlı bir biçimde değiştirebilecek veya kaldırabilecektir. Hakimin incelemesinin sınırı, taraflar arasında geçerli bir tahkim sözleşmesinin olup olmadığı, hakemlerin usulüne göre atanıp atanmadığı verilen kararın kendi hukukuna göre icra edilebilir nitelikte olup olmadığı ve verilen kararın kamu düzenini ihlal edip etmediği yönünden olacaktır⁷⁷.

İsviçre hukukunda da aynı yönde düzenleme mevcuttur. Ancak bu sistemde IPRG 183/II'ye göre hakem mahkemesi tarafından verilen geçici hukuki koruma kararının icrası talebiyle devlet mahkemelerine yine hakemlerin başvurabileceği düzenlenmiştir⁷⁸. Buna karşılık SZPO md. 374/II uya-

⁷⁵ Schwab/Walter, s. 169; Rauscher/Wax/Wenzel, s. 2765.

⁷⁶ Stein/Jonas, s. 499.

⁷⁷ Zöllner, s. 2274; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann, s. 2404.

⁷⁸ Türk hukukunda İsviçre hukukundan farklı olarak Alman hukukunda olduğu gibi hakemlerin verdikleri kararın icra edilmesi için devlet mahkemelerinden yardım talep edemeyeceği, bu talebi menfaat şartı gereği tarafların yerine getirmesi kabul edilmelidir (Pekcanitez, s. 140).

rınca devlet mahkemelerine hem tarafların hem de hakemlerin başvurabileceği düzenlenmiştir. IPRG md. 183/II uyarınca aksi kararlaştırılmadığı sürece taraflardan biri hakemler tarafından verilen geçici hukuki koruma kararının icrası için öncelikle hakem mahkemesine başvuracaktır. Bu durumda hakem mahkemesi verdiği geçici hukuki koruma kararının icrası için görevsizlik kararı verecek ve bunu devlet mahkemelerinden talep edecektir. Ancak hakem mahkemesi geçici hukuki tedbir kararının icrası için devlet mahkemelerine başvurmadan önce verilen geçici hukuki koruma kararına tarafların rızaen uymadığını tespit etmelidir. Ancak hakem mahkemesinin genel olarak hâl ve şartlardan verilen tedbir kararına diğer tarafın uymadığını belirlemesi yeterli olup bunun somut olarak ispatına gerek bulunmamaktadır⁷⁹. Yine bu sistemde devlet mahkemesi hâkiminin inceleme yetkisi oldukça sınırlı tutulmuştur⁸⁰. Şayet hakem mahkemesi tarafından verilen karar İsviçre hukukuna göre geçerli ve icra edilebilir bir karar ise bunu değiştirme yetkisi yoktur. Ancak aksi durumda hakim hemen talebi reddetmemeli, hakem tarafından verilen karara eşdeğer bir yeni bir karar vererek bu kararın icra edilebilirliğini sağlamalıdır⁸¹.

O halde MTK md. 6/III açısından da devlet mahkemesinin hakemler tarafından verilen geçici hukuki koruma kararını inceleme yetkisinin sınırlı olduğu sonucuna varılmalıdır. Devlet mahkemesi basit yargılama usulüne göre hakemler tarafından verilen karara sadece icra edilebilirlik etkisi tanımalı, işin esasına girerek inceleme yapmamalıdır⁸². Mahkeme bu incelemesini yaparken geçerli bir tahkim sözleşmesinin bulunup bulunmadığı, hakemlerin usulüne uygun olarak atanıp atanmadığı ve içeriğinin cebri icraya elverişli olup olmadığını⁸³ denetlemeli, hakem mahkemesinin kara-

⁷⁹ **Bucher**, s. 80-81. Doktrinde Erten, aynı şekilde Türk hukukunda da devlet mahkemesinin karşı tarafın karara uymayı reddettiğini kesin olarak belirlenmesi gerektiği görülmüştür (**Erten**, s. 201).

⁸⁰ **Walter/Bosch/Brönniman**, s. 150.

⁸¹ **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger**, s. 2687.

⁸² **Pekantez**, s. 137; **Deren-Yıldırım**, s. 84; **Erten**, s. 203.

⁸³ İçerik yönünden anlaşmanın cebri icraya elverişli olması, konusunun belli bir edimin ifasına (bir para borcunun ifası, bir malın teslimi, bir fiilin yapılması veya yapılmaması gibi) yönelik olması demektir. Anlaşmanın konusu, bir edimin ifası olmayıp, bir hukuki

rının içeriğini denetleme yetkisi bulunmamalıdır. Ancak devlet mahkemesi söz konusu hakem kararının genel ahlak kurallarına, kamu düzenine uygunluğunu ve şahsiyet haklarını ihlal edip etmediğini re'sen incelemelidir.

Vurgulamak gerekir ki; MTK md. 6/III'de yer alan “*ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı verilmesi istemiyle yetkili mahkemenin yardımını isteyebileceği*” ifadesinden kararın gereğinin yerine getirilmemesi halinde bu sefer de mahkemeden geçici hukuki koruma kararının talep edilmesi gerektiği gibi bir sonuç çıkmakta ise bu yorum şekli kabul edilmemelidir. Zira burada mahkemeye yüklenen görev yeniden geçici hukuki koruma kararı vermek değil hakem tarafından verilen geçici hukuki koruma kararının icrası hususunda yardımcı olmaktır⁸⁴.

Ancak devlet mahkemesinin -Almanya ve İsviçre hukuklarında kabul edildiği üzere- kararın icrası için zorunlu olduğu taktirde hakem mahkemesinin kararını eskisine uygun veya aynı değerde bir karar ile belli ölçüde değiştirebileceği kabul edilmelidir⁸⁵. Bir başka ifade ile; devlet mahkemesi “yardım” görevinden dolayı hakemin verdiği ve Türk hukukunda icra edilemeyen geçici hukuki tedbirlere ilişkin kararı, yine hakemin verdiği karara eş değer olmak şartıyla Türk hukukunda bilinen bir tedbir kararına dönüştürerek icrasını sağlamalıdır.

Hakemler tarafından verilen geçici hukuki koruma kararlarının icra edilmesi HMK md. 414/II'de, “*Mahkeme hakem veya hakem kurulunca verilen tedbir kararının geçerli bir tahkim sözleşmesinin var olması kaydıyla taraflardan birinin talebi üzerine icra edilebilirliğine karar verir*” şeklinde düzenlenmiştir. Burada da MTK düzenlemesinde olduğu gibi şayet aleyhine geçici hukuki koruma kararı verilen taraf bu karara rızaen uymaz ise diğer taraf kararın icra edilebilirliğine karar verilmesi için devlet mahkemesinden

ilişkinin tespitine yönelikse, bu durumda anılan anlaşma cebri icraya elverişli olmayacaktır (Önen, Ergun: Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972, s. 157).

⁸⁴ Pekantez, s. 164; Yeşilova, s. 706; Erten, s. 204. Buna karşılık Akıncı ilgili madde lafzına dayanarak tarafın mahkemeden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararı isteyebileceği görüşündedir (Akıncı, s. 134).

⁸⁵ Pekantez, s. 138; Erten, s. 203. Bu konuda Tunç-Yücel, mahkemenin icra edilebilirlik kararı verirken yeni bir tedbire hükmetmesinin HMK md. 414/I'e aykırılık teşkil edeceği görüşündedir (Tunç-Yücel, s. 47-48, s. 94-95).

yardım talep edebilecektir. HMK uyarınca da mahkemenin incelemesi geçerli bir tahkim sözleşmesinin olup olmadığı, hakemleri usulüne uygun bir şekilde atanıp atanmadığı kararın içeriğinin cebri icraya elverişli olup olmadığı, kararın kamu düzenine uygun olup olmadığı yönünde sınırlı olmalı, işin esasına girmemeli, talepte bulunan tarafın geçici hukuki koruma kararı ihtiyacının varlığını ve ilk görünüş itibarıyla haklı olup olmadığını araştırmamalı⁸⁶ ve kararı denetleme görevi bulunmadığını kabul etmek gerektiği kanaatindeyiz.

Nitekim düzenlemede açıkça mahkemenin geçerli bir tahkim sözleşmesinin bulunup bulunmadığını incelemesinin şart olduğu öngörülmüştür. Buna göre yetkili mahkeme işin niteliği gereği Türk hukukuna göre icra edilebilir bir tedbir veya tespit kararı ise hakem kararının icrasına hükmedecektir⁸⁷.

C. Mahkemelerin Geçici Hukuki Koruma Kararı Verme Yetkisi

I. Genel Olarak

Türk hukukunda hakemlerin geçici hukuki koruma kararı vermeleri öngörülmüş olmakla birlikte tarafların aynı konuda devlet mahkemelerinden geçici hukuki tedbirlerini talep etmesine ilişkin olarak bazı haklı menfaatleri bulunabilir. Örneğin geçici hukuki koruma tedbirine başvurulmak istendiği anda henüz hakem mahkemesi kurulmamış veya bazı esaslı nedenlerden dolayı hakem mahkemesi kısa süre içerisinde teşekkül etmeyecek durumda olabilir veya mahkeme tarafından verilen geçici hukuki koruma tedbirinin daha kolay icra edilmesi sağlanabilir⁸⁸.

Bunun yanında bazı hukuk sistemlerinde hakem mahkemelerine geçici hukuki koruma tedbirleri verme yetkisi tanınmış olsa da henüz hakemler tarafından verilen bu yöndeki kararların yabancı ülkelerde tanınıp icra edil-

⁸⁶ Bkz. **Budak**, s. 44.

⁸⁷ Bkz. HMK md. 414 Gereke. Her ne kadar HMK uyarınca hakemlerin verebileceği geçici hukuki korumalar bakımından MTK md. 6/II'deki sınırlamalar mevcut değilse de, devlet mahkemesi tedbir kararının üçüncü kişilere karşı icrası talebiyle karşılaşırsa HMK md. 414/II gereğince bu talebi reddetmelidir (**Budak**, s. 45).

⁸⁸ **Rosenberg/Schwab/Gottwald**, s. 1041.

meleri o ülke hukukuna veya uluslararası anlaşmalar çerçevesinde mümkün olmayabilir. Bir başka anlatımla; hakemlere belirli ülkelerde tedbir kararları alma yetkisi verilmiş olsa bile bu kararların etkisi hakem mahkemesinin bulunduğu ve bu yetkiyi tanıyan ülke ile sınırlı olabilecektir⁸⁹.

Öncelikle belirtmek gerekir ki; taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşması mevcut iken taraflardan birinin geçici hukuki koruma tedbir elde etmek için devlet mahkemelerine başvurması bazı sorunlar yaratabilir. Esasen taraflar arasında bir tahkim sözleşmesi mevcuttur ve hal böyle iken de örneğin UNCITRAL Model Kanun md. 8/I, New York sözleşmesi md. II/3, Avrupa Sözleşmesi md. VI ile mahkemelerin kendilerine yapılan başvurular üzerine tarafları tahkime sevketmeleri gerektiği düzenlenmiştir. Ancak geçici hukuki koruma tedbirleri açısından bu yönde bir istisna kabul edilmiş ve geçici hukuki koruma tedbirlerine karar vermek üzere mahkemelere yapılan başvuruların tahkim anlaşması ile bir çelişki içerisinde olmadığı öngörülmüştür (Avrupa Sözleşmesi, md. VI, 4; UNCITRAL Model Kanun md. 9).

Hem Alman hukukunda (ZPO md. 1033; ZPO md. 1041/II) hem de İsviçre hukukunda (IPRG md. 183/III; SZPO md. 374/I) geçici hukuki koruma tedbirlerinin hakem mahkemesine alternatif olarak devlet mahkemelerinden istenebileceği belirtilmiştir.

ZPO md. 1033 ile açıkça; taraflar arasında bir tahkim anlaşmasının yapılmış olmasının, tarafların devlet mahkemelerine başvurarak geçici hukuki koruma tedbirleri elde etmesine bir engel oluşturmadığı düzenlenmiştir. Bu anlamda hakem mahkemesinin kurulmasından sonra tarafların bir seçim hakkı olduğu ve tahkim yargılamasının başında bu seçim haklarını kullanmaları gerektiği ifade edilmiştir⁹⁰.

⁸⁹ Şanlı, s. 201.

⁹⁰ Rauscher/Wax/Wenzel, s. 268-269; Schwab/Walter, s. 166; Zöllner, s. 2274; Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 1041. Burada bir ayrıma dikkat çekmek isteriz. Yukarıda açıklandığı üzere hakem mahkemesi tarafından verilen geçici hukuki tedbire rağmen karşı tarafın bu tedbiri rızaen yerine getirmemesi durumunda tarafların devlet mahkemelerinin yardımını talep etmesi ile devlet mahkemelerine geçici hukuki koruma tedbirleri için doğrudan başvurma farklı niteliklere sahiptir.

Yine ZPO md. 1041/II uyarınca hakem mahkemesinden geçici hukuki koruma kararı vermesi talep edilmedikçe devlet mahkemelerinin yetkisi de mevcuttur.

Burada tahkim mahkemesinin yetkisi ile devlet mahkemesinin yetkisi yarışmakta olup (Konkurrenzverhältnis zwischen Staatsgericht und Schiedsgericht)⁹¹ taraflardan biri hakem mahkemesinden geçici hukuki koruma talep ederse hakem mahkemesi bunu yerine getirmeye yetkilidir. Yine taraflardan biri devlet mahkemelerine geçici hukuki koruma kararı almak için başvurursa bu durumda devlet mahkemeleri de karşı tarafın bu konudaki itirazını dikkate almaksızın geçici hukuki koruma kararı verme konusunda yetkili olacaktır⁹².

Alman hukukunda bir görüş hakemlerin geçici hukuki koruma kararı verme konusundaki yetkisini devlet mahkemelerinin bu kararı vermesi karşısında öncelikli veya en azından eşit derecede değerlendirmek gerektiğini, tarafın burada geçici hukuki koruma kararı verilmesi konusunda hakem mahkemesini veya devlet mahkemelerini seçme konusunda bir seçim hakkının mevcut olduğunu ve bu seçim hakkını da hakem mahkemesini seçerek kullanmış olduğu durumda artık devlet mahkemelerini seçmek için hukuki yararının bulunmadığı yönündedir⁹³. Buna karşılık diğer görüş, hakemlere geçici hukuki koruma kararı verme yetkisi tanıyan söz konusu maddenin pratikte uygulamasının zaten çok az olduğunu belirterek tarafların hem hakem mahkemesinden hem de devlet mahkemelerinden geçici hukuki koruma kararı alabilmelerinin mümkün olmasının yargılamayı uzatarak sürüncemede bırakacağını çoğunlukla alınacak bir geçici hukuki koruma tedbirinin icrasının yine devlet mahkemeleri tarafından yapılacağını ve bu bağlamda da hakem mahkemesine başvurmadan direkt olarak devlet mahkemelerinden geçici hukuki koruma kararı istenmesinin daha emin, güvenli ve amaca yönelik olduğu yönündedir⁹⁴. İsviçre hukukunda da; mahkemelerin

⁹¹ Bu hususu Musielak “*paralel yetki*” (Nebeneinander zweier Zuständigkeiten) olarak ifade etmiştir (Musielak, s. 274). Aynı yönde bkz. Rauscher/Wax/Wenzel, s. 269.

⁹² Schwab/Walter, s. 167.

⁹³ Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann Peter, s. 2404.

⁹⁴ Stein/Jonas, s. 493; Schwab/Walter, s. 166-167.

daha çabuk olarak geçici hukuki koruma önlemlerine başvurabileceği ve cebri icra bakımından sorun yaşanmayacağı ifade edilmiştir⁹⁵.

Biz de burada ilk görüşe katılarak geçici hukuki koruma kararı verme yetkisinin kanun maddesi ile hakemlere tanındığından, taraflar tahkim sözleşmesi yaparak devlet mahkemelerine başvurmayacakları yönünde iradelelerini ve seçimlerini belirlemiş olduklarından artık burada devlet mahkemelerinin geçici hukuki koruma kararı verme konusunda öncelikli düşünülmesi gerektiği kanısındayız Nitekim tahkime konu olan uyuşmazlıkta konu geçici koruma tedbirleri olsun veya olmasın mahkemeler ile hakemlerin karşılıklı yetki alanları belirlenirken “ikincilik ilkesi” dikkate alınmalıdır. Bu ilke mahkemelerin daima tahkim yargılamasında gölgede ve ikinci planda kalmasını ifade eder⁹⁶. Ayrıca uyuşmazlığın esasını inceleyen hakem mahkemesinin uyuşmazlık konusunda devlet mahkemelerine nazaran daha yetkin olduğu ve bu nedenle daha yerinde kararlar verebileceği hususu da göz ardı edilmemelidir.

II. Türk Hukukunda Durum

Öncelikle belirtmek gerekir ki; MTK ve aynı şekilde HMK'nın tahkime ilişkin ilgili maddeleri incelendiğinde devlet mahkemelerinin tahkime müdahalesinin en aza indirgenmek istendiği görülmektedir⁹⁷. Nitekim MTK md.3, “*Milletlerarası tahkimden kaynaklanan sorunlar için mahkemeler sadece bu Kanun'un hükümlerine göre müdahalede bulunabilirler*” şeklindedir. Yine HMK md. 411, “*Tahkim yargılamasına mahkemelerin yardımı*”⁹⁸, *bu Kısımda açıkça izin verilmiş olan hallerde mümkündür*” şeklindedir.

Bununla birlikte geçici hukuki korumalar konusunda gerek söz konusu kararların daha kolay icra edilebilmesi gerekse bu yetkilerin en uygun şekilde kullanılmasını temin için hakemlerle birlikte mahkemelere de karar

⁹⁵ Walter/Bosch/Brönnimann, s. 145.

⁹⁶ Bkz. Balkar, s. 183 vd.

⁹⁷ Akıncı, s. 131; Pekcanitez (Tahkim); s. 67; Ekşi, s. 151.

⁹⁸ Maddede daha önce “müdahale” ibaresi kullanılmış, ancak “yardımı” şeklinde değiştirilmiştir (Pekcanitez, Tahkim, s. 67).

verme yetkisi tanınmıştır. MTK md. 6/I düzenlemesine göre⁹⁹, göre; “*taraf-lardan birinin, tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sıra-sında mahkemeden ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz istemesi ve mahkemenin böyle bir tedbire veya hacze karar vermesi, tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmez*”.

O halde MTK düzenlemesine göre geçici hukuki koruma tedbirleri konusunda hem devlet mahkemeleri hem de hakemler yetkilidir. Zira her ne kadar MTK uyarınca hakemlere geçici hukuki koruma kararı verme yetkisi tanınmış olsa da yukarıda belirttiğimiz üzere hakemleri bu yetkisi sınırlandırılmıştır ve buna göre de mahkemeler tarafından alınması gereken geçici hukuki tedbirler söz konusu olabilmektedir¹⁰⁰.

Burada eklemek gerekir ki; MTK, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır (MTK md. 1/II). Ancak anılan kanunun ilgili hükümleri dikkate alındığında MTK md. 5 ve md. 6 hükümlerinin uygulanabilmesi için tahkim yerinin Türkiye’de olması ve söz konusu tahkimin bu kanuna tâbi olması şartları aranmaz; sadece tahkimin milletlerarası olması, yani MTK md. 2’de düzenlenen yabancılık unsurlarından birini içermesi gerekir (MTK, md. I/III).

O halde tahkimin Türkiye’de veya yabancı bir ülkede olup olmadığına bakılmaksızın tahkim sözleşmesinin taraflarından birinin tahkim yargılama-sından önce veya tahkim yargılaması esnasında mahkemeden geçici hukuki koruma talep etmesi ve mahkemenin de talep doğrultusunda karar vermesi

⁹⁹ MTK’nın mehzamı teşkil eden UNCITRAL Model Kanun’da bu şekilde bir düzenleme yoktur. Buna karşılık ad hoc tahkim hakkındaki 1976 tarihli UNCITRAL Tahkim Kuralları’nda (md. 26/III) bu yönde bir düzenleme mevcuttur. MTK md. 6/I bu hüküm-den alınmıştır. Bu hüküm Avrupa’da henüz genel olarak hakemlerin geçici hukuki koruma tedbirlerine karar vermelerinin kabul olunmadığı bir devrede taraflardan birinin bu amaçla devlet mahkemelerine başvurmasının tahkim anlaşmasından vazgeçerek uyuşmazlığın devlet mahkemeleri tarafından halledilmesinin kabul edildiği anlamına gelmeyeceğini açıklığa kavuşturmak üzere sözleşmeye konulmuş olan bir hükümdür (Kalpsüz, s. 44-45).

¹⁰⁰ Bu yönde bir düzenlemeyi gerekli kılan bir başka ihtimal de söz konusu ihtiyati tedbir veya ihtiyati haciz kararını Türkiye dışındaki bir ülkede alınması gerektiği durumlardır (Akıncı, s. 132).

tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmeyecektir¹⁰¹. Yani tahkim yerinin Türkiye dışında olması dolayısıyla aslında MTK'nın uygulanmayacağı uyuşmazlıklarda da Türk mahkemelerinden geçici hukuki koruma tedbirini talep edilebilecektir. Dolayısıyla bu düzenleme MTK'nın tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği uyuşmazlıklara uygulanacağı kuralının istisnasını teşkil eder¹⁰². O halde bir uyuşmazlık bakımından yabancı bir devlet mahkemesinin veya yabancı ülkedeki bir tahkim mahkemesinin yetkili olması o uyuşmazlığın esas bakımından Türk mahkemelerinin yetkisini ortadan kaldırmakla birlikte geçici hukuki koruma tedbirleri bakımından Türk mahkemelerinin yetkisi üzerinde herhangi bir etki doğmayacaktır.

Buna göre MTK açısından incelediğimizde geçici hukuki tedbir kararı vermek bakımından Almanya ve İsviçre hukuklarında olduğu gibi hakemler ile devlet mahkemelerinin yarışan yetkisi (paralel yetki) söz konusudur.

Bu durumda akıllara şu soru gelmektedir: Acaba tarafların tahkim yargılaması öncesinde geçici hukuki koruma tedbirleri için devlet mahkemelerine başvurmama hususunda yapacakları bir anlaşma geçerli olacak mıdır?

Doktrininde bir görüş, tarafların devlet mahkemelerine geçici hukuki tedbir talebi ile başvurma hakkının - özellikle icra aşamasının başarılı olması için- vazgeçilemez nitelikte olduğunu, cebri icra hukuku kapsamına giren konuların devletin egemenlik haklarının bir sonucu ve bu itibarla kamu düzeninden olmaları nedeniyle bu yönde bir anlaşmanın geçerli olamayacağı yönündedir¹⁰³. Bir başka görüş ise uyuşmazlıkların tahkim konusunda anlaşmış olan tarafların tahkim itirazı üzerine davanın esas hakkında mahkemelerin yetkisini bertaraf etmeleri kabul ediliyorsa, tarafların geçici hukuki koruma önlemleri için mahkemeye başvuramayacağının kabulünün mümkün olduğu yönündedir¹⁰⁴. Yine bu yönde bir anlaşmanın geçerli olduğu, devlet mahkemesi ile hakem mahkemesinin yetki yarışmasının tek istisnasının tarafların tahkim anlaşmasında açıkça geçici hukuki kararı verme de dahil

¹⁰¹ Şanlı, s. 193; Şanlı/Esen/Ataman-Figenmeşe, s. 454.

¹⁰² Kalpsüz, s. 50.

¹⁰³ Wolf, M., DB 1999, s. 1101, 1103 naklen Rosenberg/Schwab/Gottwald, s. 1041, dipn. 16. Şanlı/Esen/Ataman-Figenmeşe, s. 458; Kalpsüz, s. 47. Ayrıca bkz. Tunç-Yücel, s. 97.

¹⁰⁴ Pekcanitez, s. 142.

olmak üzere devlet mahkemelerine başvurmayacaklarını kararlaştırmış olmaları hali olduğu belirtilerek kabul edilmiştir¹⁰⁵. Bir başka görüş ise, seçilen tahkim organizasyonunun taraflar için bu yönde geçici hukuki tedbir niteliğinde bir karar alacak ve bunu hızlı bir şekilde yerine getirecek bir organı mevcut ise ancak bu durumda bu yönde bir anlaşmanın geçerli olacağı yönündedir¹⁰⁶.

Kanaatimizce, her ne kadar tahkimde taraf iradesi ön planda olsa ve aslında geçici hukuki koruma yetkisi verme konusunda devlet mahkemeleri ile hakem mahkemesi arasındaki paralel yetki durumunda hakem mahkemesi lehine öncelik tanınması gerektiğini düşüncesinde olsak da tarafların bu konuda yapacakları anlaşma ile devlet mahkemelerinin yetkisinin tamamıyla ortadan kaldırılmasının mümkün olmamalıdır. Zira tarafların devlet mahkemelerine başvuru hakları ve hak arama özgürlükleri engellenemez.

O halde esas dava bakımından tahkim mahkemelerinin yetkili kılındığı ve Türkiye’de icra edilecek ihtiyati tedbir kararları bakımından tarafların Türk mahkemelerinden geçici hukuki koruma talep etmeleri halinde bu talep HMK md. 390 uyarınca uyuşmazlığın esası bakımından görevli ve yetkili mahkemeye yapılmalı¹⁰⁷ ve tedbir kararının devamlılığının sağlanması için

¹⁰⁵ **Schwab/Walter**, s. 167. Aynı yönde İsviçre hukukunda bkz. **Walter/Bosch/Brönniman**, s. 146; **Sutter-Somm/Hasenböhler/Leuenberger**, s. 2685; **Gehri/Kramer**, s. 615.

¹⁰⁶ **Rosenberg/Gottwald/Schwab**, s. 1041.

¹⁰⁷ Taraflar arasında bir tahkim anlaşması bulunan hallerde esas dava açılmadan önce Türk mahkemelerinden bir ihtiyati tedbir alma ihtiyacı doğduğunda taraflar arasında tahkim anlaşması yokmuş gibi yetkili bir Türk mahkemesi bulunup bulunmadığına bakılmalı ve kanunen yetkili bir Türk Mahkemesi var ise bu ihtiyati tedbir kararı vermelidir. Bir başka ifade ile; HMK md. 390 düzenlemesindeki yetki kuralının taraflar arasındaki mevcut tahkim anlaşması nazara alınmadığı takdirde kanunen yetkili olacak Türk mahkemesinin yetkili olacağı şeklinde yorumlanmasının uygun olacağı doktrinde ifade edilmiştir. Ancak yine doktrinde HMK md.390 hükmünün Türk Mahkemeleri tarafından bu şekilde yorumlanmadığına dikkat çekilmiştir. Zira Şanlıurfa Asliye Hukuk Mahkemesi’nin 09.11.2012 tarih, D.İş 2012/190-K. 2012/189 sayılı kararında, HMK md. 390’daki düzenlemenin esas dava bakımından Türk mahkemelerinin yerel ve uluslararası yetkisinin bulunmadığı durumlarda Türk Mahkemelerinin tedbir kararı vermesi imkânını ortadan kaldırdığı, görevli ve yetkili mahkeme tarafından dava öncesi ve dava sonrası karar verilebileceği, dava konusu olayda ise görevli ve yetkili mahkemenin

kararının verildiği tarihten itibaren bir hafta içerisinde uygulanması talep edilmelidir (HMK md. 393/I)¹⁰⁸.

Uluslararası Pamuk Birliği Tahkim Mahkemesi olduğu, bu nedenle de ihtiyati tedbir kararının red edilmesi gerektiği yönündedir (Şanlı, s. 194 vd.; Şanlı/Esen/Ataman-Figenmeşe, s. 454 vd.).

Belirtmeliyiz ki; 1086 sayılı HUMK'a göre; dava açılmadan önce ihtiyati tedbir talebi bu tedbirin en az masrafla ve en çabuk nerede ifası mümkün ise o yer mahkemesinden veya esas hakkında yetkili olan mahkemeden istenebilirdi (HUMK md. 104/I). Dava açıldıktan sonra ise, davaya bakan mahkemeden başka bir mahkeme dava konusu uyuşmazlıkla ilgili olarak ihtiyati tedbir kararı veremezdi. Ancak davaya bakmakta olan mahkeme ihtiyati tedbirin başka bir yerde daha az masrafla ve daha çabuk ifasını mümkün görürse bu hususta o yer mahkemesini istinabe edebilirdi (HUMK, md. 104/II, c.2). HMK düzenlemesinde ise (HMK md. 390/I), ihtiyati tedbirin dava açılmadan önce esas hakkında görevli ve yetkili olan mahkemeden; dava açıldıktan sonra ise ancak asıl davanın görüldüğü mahkemeden talep edilebileceği öngörülmüştür. Bu hususta madde gerekçesinde, hiç ilgisi olmayan mahkemelerden ihtiyati tedbir istenmesinin önüne geçmek ve böylece ihtiyati tedbirde yetki ve görevle ilgili belirsiz ve kötüye kullanıma açık olan durumu belirli ve tereddütü ortadan kaldıracak hale getirildiği ifade edilmiştir (HMK md. 390 Hükümet Gerekçesi) Görev konusunda da açıkça 390/I'de belirtildiği üzere davanın esas bakımından hangi mahkeme görevli ise o yer mahkemesinden ihtiyati tedbir talep edilecektir. Ancak 1086 sayılı HUMK'un yürürlükte olduğu dönemde dava açılmadan önce ihtiyati tedbir talebinin en az masrafla ve en çabuk nerede ifası mümkün ise o yer mahkemesinden ihtiyati tedbir istenebileceğine ilişkin hüküm karşısında dava açılmadan önceki ihtiyati tedbirlerde bu genel kurala uyulmamakta ve asliye mahkemesinin görevine giren davalar için sulh mahkemesinden veya sulh mahkemesini görevine giren davalar için ihtiyati tedbir istenildiğine ve ihtiyati tedbir kararı verildiğine rastlanmakla birlikte bu uygulamanın yanlış olduğu doktrinde ifade edilmekte idi. Bkz. **Kuru**, Baki: Hukuk Muhakemeleri Usulü, (IV Cilt), 6. Baskı, İstanbul 2001, s. 4323; **Pekcantez/Atalay/Özekes** (9. Baskı), s. 674; **Arslan**, s. 12-13; **Karsh**, s. 753.

¹⁰⁸ İhtiyati tedbir kararının uygulanması HMK md.393 ile düzenlenmiştir. İhtiyati tedbirin uygulanması bakımından HUMK'da açık bir süre öngörülmemiştir. Geçici hukuki koruma niteliğindeki ihtiyati tedbirin çok uzun süre uygulanmadan ayakta kalmasının kötüye kullanıma açık bir durum ortaya çıkardığı ve bu halin tedbir alma amacına da aykırı düştüğü gerekçesi ile HMK md. 393/I hükmü kabul edilmiştir. Bu hükme göre tedbirin verildiği tarihten itibaren bir hafta içerisinde uygulanmasının talep edilmesi gerektiği, aksi halde bu süre içinde dava açılmış olsa dahi tedbir kararının kendiliğinden kalkacağı düzenlenmiştir. Burada önemli olan bir hafta içinde talepte bulunmaktır, tedbirin bunu icra edecek merci tarafından geç uygulanmasının taraf aleyhine bir sonucu

Şayet tahkim yargılamasından önce Türk mahkemelerinden geçici hukuki koruma talep edilmişse yine öncelikle tedbir kararının verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde kararın uygulanması talep edilmeli ve bu tedbir kararının uygulanmasının talep edildiği tarihten itibaren de otuz gün içerisinde tahkim davası açılmalıdır (MTK md. 10/A-II)¹⁰⁹. Verilen ihtiyati tedbir kararının devamlılığının sağlanması için tedbir talep edenin dava açtığına ilişkin evrakı yine kararın uygulanmasını talep ettiği tarihten itibaren iki hafta içinde¹¹⁰ kararı uygulayan memura ibraz ederek dosyaya koydurmalı ve karşılığında bir belge almalıdır (HMK md. 397/I). Davanın ne zaman açılmış sayılacağı da MTK md. 10/A düzenlemesinde yer almaktadır. Buna göre; “ *taraflar aksini kararlaştırmadıkça tahkim davası, hakemlerin seçimi için Asliye Hukuk Mahkemesine veya tarafların anlaşmasına*

olmayacaktır. Tedbir kararının uygulanması kural olarak kararı veren mahkemenin yargı çevresinde bulunan veya tedbir konusu olan mal veya hakkın bulunduğu yerdeki icra dairesinden istenir. Ancak mahkemece kararın yazı işleri müdürü tarafından uygulanmasına da karar verilebilir (HMK md. 393/II). Bkz. **Arslan**, s. 18; **Yılmaz** (Şerh), s. 1681; **Karlı**, s. 759.

¹⁰⁹ Burada uluslararası tahkimin gerekleri dikkate alınarak HMK md. 397’deki iki haftalık süre otuz güne çıkartılmıştır (**Şanlı**, s. 204). TMK md. 10/A’da 30 günlük tahkim davası açma süresinin ne zaman başlayacağı öngörülmemiştir. Belirtelim ki; HUMK döneminde md. 109’a göre dava açma süresi on gün olup, bu süre ihtiyati tedbir kararının verildiği tarihten itibaren işlemeye başlardı. Burada ihtiyati tedbir kararının icra edilmiş olup olmamasının önemi yoktu. Tedbir isteyen bu on günlük süre içinde davasını açıp, dava açtığına ilişkin mahkemeden alacağı belgeyi aynı on günlük süre içinde ihtiyati tedbir kararını icra eden memura verip ihtiyati tedbir dosyasına koydurması ve karşılığında ilmuhaber alması gerekirdi. Aksi halde ihtiyati tedbir hiçbir işleme gerek kalmadan kendiliğinden kalkardı (HUMK, md. 109, c.3). Oysa HMK md. 393/I hükmü ile ihtiyati tedbir kararının verildiği tarihten itibaren bir hafta içinde uygulanması düzenlendiğinden kanaatimizce MTK uyarınca da otuz günlük dava açma süresinin ihtiyati tedbir kararının uygulanmasının talep edildiği tarihten itibaren başlaması gerektiği şeklinde anlaşılması gerekir.

¹¹⁰ Burada bir noktaya dikkat çekmek isteriz: MTK md. 10/A’da da dava açma süresi otuz gün olmasına rağmen, HMK md. 397/I uyarınca dava açıldığına dair evrakı kararı uygulayan memura ibraz ederek dosyaya koydurmak ve karşılığında bir belge almak iki haftalık süreye tâbidir. Kanaatimizce bu çelişkiyi gidermek için MTK’da bir düzenleme yapmak gerekir. Aksi halde tahkim davası açma süresi otuz gün ancak dava açıldığına ilişkin evrakı dosyaya ibraz süresi 2 hafta olacaktır. Bu şartlara uyulmadığı takdirde de tedbir kendiliğinden ortadan kalkacaktır.

göre hakem seçecek olan kişi, kurum veya kuruluşa başvurulduğu ve eğer anlaşmaya göre hakemleri seçimi iki tarafa ait ise, davacının hakemini seçip kendi hakemini seçmesini diğer tarafa bildirdiği; anlaşmada hakem veya hakem kurulunu oluşturan hakemlerin ad ve soyadları belirtilmiş ise uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülmesi talebinin karşı tarafça alındığı tarihte açılmış sayılır”.

Bu durumda gündeme gelen bir mesele, tahkim anlaşmasına rağmen taraflardan birinin geçici hukuki koruma tedbiri kararı talebi için devlet mahkemelerine başvurması durumunda diğer tarafın tahkim ilk itirazını ileri sürüp süremeyeceği hususudur. Bu konuda Alman hukukunda, tahkim itirazının ancak esas hakkındaki duruşmada yapılabileceği ve geçici hukuki koruma prosedürü içerisinde bunun mümkün olmadığı gerekçesi ile devlet mahkemesinin bu itirazı dikkate almadan karar vermesi gerektiği ifade edilmiştir. Zira geçici hukuki koruma tedbiri prosedürü ile esas yargılama prosedürü birbirinden farklı esaslara tabidir¹¹¹. Kanaatimizce de bu durumda diğer tarafın MTK md. 5’de öngörülen tahkim itirazını ileri sürememesi gerekir. Tahkim itirazının ileri sürülmesi MTK md. 5 uyarınca HMK’nın ilk itirazlara ilişkin hükümlerine (HMK md. 116 vd.) tabi tutulmuştur¹¹². O

¹¹¹ Schwab/Walter, s. 166-167.

¹¹² Burada eklemek gerekir ki; 1086 sayılı HUMK’un uygulandığı dönemde tahkim itirazının bir ilk itiraz mı yoksa def’i olarak mı ileri sürüleceği hususunda tartışmalar mevcut idi. Ancak HMK ile birlikte Milletlerarası Tahkim Kanunu’nda yer alan düzenleme ile paralellik sağlanarak tahkim itirazının ilk itiraz olarak ileri sürülmesi gerektiği md. 116/b ve md. 413/I hükmü ile açıkça düzenlenmiştir. Nitekim HMK yürürlüğe girmeden önce doktrinde Alangoya, söz konusu itirazın ilk itirazlar kategorisinde incelenmesi gerektiğini, ilk itirazların numerus clauses sayılmasına karşın bu sayımlarda bir boşluk olabileceğini savunmuştu. Bkz. Alangoya, Yavuz: Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973, s. 63 Alangoya/Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 250. Buna karşılık Yargıtay tahkim itirazının def’i olarak ileri sürülmesini kabul etmekte idi. Yarg.15.HD, T.26.04.2005, E.2005/1183, K.2005/2574, Yarg.19.HD, T.19.04.2000, E.2000/2591, K.2000/2974 sayılı kararlarında; yerleşmiş Yargıtay içtihatları uyarınca tahkim itirazının davalı tarafından cevap dilekçesi verme süresi içerisinde yapılması gerektiğini belirterek tahkim itirazının bu yönüyle ilk itirazlara benzer olduğunu vurgulamış ancak bu itirazın teknik anlamda bir ilk itiraz olmayıp sözleşmeye dayalı bir def’i niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Bkz. <http://www.kazanci.com.tr>. Aynı yönde bkz. Yarg. 11.HD, T.04.10.2004, E.2004/189, K.2004/9234, Yarg. 19.HD, T.19.04.2000, E.2000/2591, K.2000/2974, <http://www.kazanci.com.tr>.

halde tahkim itirazı ancak davanın başında esasa cevapla birlikte ileri sürülebileceğinden geçici hukuki koruma tedbiri aşamasında bu yönde bir itiraz ileri sürülemez¹¹³.

Aynı konuyu düzenleyen HMK md. 414/III uyarınca; “ *Hakem veya hakem kurulunun ya da taraflarca görevlendirilecek bir başka kişinin zamanında veya etkin olarak hareket edemeyecek olduğu hallerde taraflardan biri ihtiyati tedbir veya delil tespiti için mahkemeye başvurabilir. Bu haller mevcut değil ise mahkemeye başvuru sadece hakem veya hakem kurulundan alınacak izne veya tarafların bu konudaki yazılı sözleşmesine dayanılarak yapılır*” Anılan kanun hükmü ile tahkimde devlet mahkemelerinin geçici hukuki koruma önlemleri konusundaki yetkileri MTK ve UNCITRAL Model Kanun’da karşılığı bulunmayan bir şekilde sınırlandırılmaktadır¹¹⁴.

Bu düzenlemeye göre taraflar, hakem veya hakem kurulu yanında ihtiyati tedbir veya delil tespiti kararı vermek için bir ön hakem de görevlendirebilirler¹¹⁵.

Geçici hukuki koruma kararı talebiyle mahkemeye müracaat edebilmek için hakem heyetinin veya ön hakemin zamanında ve etkin hareket edemeyecek olması koşulu aranmaktadır. Bu haller mevcut değilse taraflar ancak hakemlerden izin alarak veya aralarında bu konuda yazılı sözleşme yaparak devlet mahkemelerinden geçici hukuki koruma talep edebileceklerdir¹¹⁶.

¹¹³ Buna karşılık doktrinde Tunç- Yücel konuyu HMK md. 414/III açısından incelemiş ve HMK md. 414’ ün lafzı ve gerekçesinden arada bir tahkim sözleşmesi bulunuyorsa mahkemeden tedbir talep etmek için gerekli şartlar oluşmadığı halde taraflardan birinin mahkemeye başvurarak tedbir talep etmesinin mümkün olmadığı sonucunun ortaya çıktığı ve bu nedenle karşı tarafın tahkim itirazını ileri sürebilmesi gerektiğini belirtmiştir (**Tunç-Yücel**, s. 97).

¹¹⁴ **Budak**, s. 45.

¹¹⁵ Bkz. md. 414/III Hükümet Gerekçesi. Doktrinde Kanun metninde veya Gerekçede ön hakemlerin nitelikleri, nasıl tayin edilecekleri, hakemlerle ilişkileri gibi konuların belirsiz olduğu belirtilmiştir (**Budak**, s. 46).

¹¹⁶ Bkz. **Pekcanitez** (Tahkim), s. 74. Bu konuda doktrinde Budak geçici hukuki koruma ihtiyacı ortaya çıktıktan sonra tarafların yazılı sözleşme yapmalarının imkansız olmasa da çok nadir olabileceğini bu nedenle sözleşmeye tahkim şartı koymuş fakat ileride devlet mahkemelerinden geçici hukuki koruma talep etmek imkanını kaybetmek istemeyen kişilerin tahkim şartına bu yönde bir kayıt eklemeleri gerektiğine dikkat çekmiştir

Mahkeme tarafından verilen geçici hukuki koruma kararının kalkması MTK ve HMK’da ortak olarak düzenlenmiştir (HMK md. 414/IV, MTK md. 6/V). Buna göre aksine karar verilmedikçe hakem veya hakem kurulu kararının icra edilebilir hale gelmesiyle veya hakem kurulu tarafından reddedilmesi halinde kendiliğinden kalkar.

HMK md. 414/V ile mahkemenin verdiği ihtiyati tedbir kararının hakem veya hakem kurulu tarafından değiştirilebileceği ve ortadan kaldırılabileceği düzenlenmiştir. Anılan düzenleme doktrinde tartışma konusu olmuştur. Bir görüş söz konusu düzenlemenin mahkemelere olan güveni sarsacağı ve taraf iradesine bu derece üstünlük sağlamanın doğru olmadığı, kaldı ki; verilen hakem kararının kaldırılmasının diğer tarafın iradesine uygun düşmeyebileceği gerekçeleri ile eleştirmiştir¹¹⁷. Bir başka görüş; anılan düzenlemenin hem bir işlemi hangi makam yaptıysa kaldırılması kararını da o makamın vermesi gerektiğini belirten yetkide paralellik ilkesine hem de mahkeme kararını hiç bir organın ya da makamın değiştiremeyeceğine ilişkin Anayasa md. 138/son fıkrasına aykırı olduğu yönündedir¹¹⁸. Bir diğer görüş ise; hakemlerin bu konudaki yetkisinin mahkemenin verdiği ihtiyati tedbir kararını denetleme ve kaldırma yetkisi olarak anlaşılması gerektiği, bu yetkinin sadece koşullarda bir değişiklik olması durumunda ve durumun ispat edilmesi şartına bağlı olarak ihtiyati tedbir kararının kaldırılması ya da daha etkin geçici hukuki koruma sağlanabilmesi bakımından önceden mahkeme tarafından verilmiş olan tedbir kararının kısmen veya tamamen değiştirilebilmesine ilişkin olduğu yönündedir¹¹⁹.

(Budak, s. 45-46). Akıncı, teminat mektuplarının paraya çevrilmesinin önlenmesi veya hisselerin bir başkasına devrinin durdurulması gibi acilen karar verilmesi gereken durumlarda mahkeme müracaat için hakemlerden izin alınması gerekliliğini tarafların tedbir kurumundan beklentisi ile bağdaşmayacağını ifade etmiştir (Akıncı, s. 28).

¹¹⁷ Kuru (Tasarı Genel Değerlendirme), s. 85.

¹¹⁸ Ekşi, s. 175-176).

¹¹⁹ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 1083; Pekcanitez (Tahkim), s. 75. Ayrıca bu konuda bkz. Tunç-Yücel, s. 102 vd. Bu konuda Alman ve İsviçre hukukunda mahkeme tarafından verilen geçici hukuki koruma tedbiri kararının her ne kadar maddi anlamda kesin hüküm etkisi olmasa da bağlayıcı bir etkiye benzer bir etkisi olduğu (bindungsähnliche Wirkungen) belirtilmiştir. Ancak bu etki geçici hukuki koruma kararı veren mahkemenin bu kararı değiştirmek veya kaldırmak için bir daha inceleyemeyeceği anlamına

SONUÇ

Milletlerarası ticari tahkim alanında geçici hukuki koruma kavramını incelediğimizde MTK md. 6/II'deki ifadenin aksine ihtiyati tedbir ve ihtiyati haciz kavramları yerine daha çok geçici hukuki koruma tedbirlerinden bahsedilmiş olduğunu ve “koruyucu ve geçici önlemler”, “koruyucu geçici önlemler” gibi başkaca terimlerin de kullanıldığını görmekteyiz. Geçici hukuki koruma tedbirlerinin kendine özgü niteliklerinden dolayı da çeşitli hukuk düzenlerin de bu konuda farklı yaklaşımlar benimsenmiştir. Milletlerarası alanda tahkimin yaygın olarak kullanılması, globalleşen dünya düzeni, çağın getirdiği ihtiyaçlar da göz önünde bulundurulduğunda son otuz yıldır kurumsal tahkim sistemlerinde ve ulusal düzenlemelerde hakemlere geçici hukuki koruma tedbiri verme yetkisi tanınmıştır. Artık üzerinde durulması gereken husus bu yetkilerin sınırları meselesi olmuştur.

Türk hukukunda da milletlerarası tahkimi düzenleyen temel düzenleme niteliğinde olan MTK md. 6/II uyarınca ve ayrıca iç tahkimi düzenleyen HMK md. 414/I hakemlere geçici hukuki koruma tedbiri kararı verme yetkisi tanınmıştır.

MTK'nın ilgili düzenlemesinde hakemlerin geçici hukuki koruma türlerinden olan hem ihtiyati tedbire hem de ihtiyati hacze hükmedebilecekleri düzenlenmiş, aynı zamanda hakemlerin verebilecekleri geçici hukuki koruma kararlarına sınırlamalar getirilmiş, hakemlerin cebri icra organları tarafından icra edilmesi gereken, resmi organları ve üçüncü kişileri bağlayıcı yönde geçici hukuki koruma tedbirleri veremeyecekleri öngörülmüştür. Buna göre hem hakemlerin ihtiyati haciz kararı verebilmesini düzenlemek hem de buna karşı sınırlamalar getirmek kanaatimizce çelişki oluşturmaktadır. Zira ihtiyati haciz niteliği gereği borçlunun malvarlığına ilişkin olarak uygulanır ve cebri icra gücünü kullanmayı gerektirir. Kaldı ki; geçici hukuki koruma kararlarının uyuşmazlık konusuna ilişkin olması şartı da ihtiyati haciz kararları bakımından yerine getirilmemektedir. Ayrıca kanunun

gelmemekte, buna karşılık başka bir mahkemenin- konu için yetkili olsa bile- bu kararı inceleyemeyeceği anlamına gelmektedir. Hakem mahkemesi oluşmadığından dolayı taraflar devlet mahkemesinde geçici hukuki koruma kararı talep etmişler ise hakem mahkemesi bu durumda verilen tedbir kararının değiştirilmesine veya kaldırılmasına karar veremez (Schwab/Walter, s. 168; Walter/Bosch/Brönniman, s. 147).

lafzında hakemlerin sadece ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir kararı verebilecekleri ifadesi akıllara hakemlerin delil tespitine karar verip veremeyecekleri sorusunu getirmektedir. Burada hakemlerin bir geçici hukuki koruma türü olan delil tespitine de karar vermeleri gerektiği kabul edilmelidir. Nitekim HMK hükümlerinde hakemlerin delil tespiti ve ihtiyati tedbire karar verebilecekleri düzenleme altına alınmıştır (HMK md. 414/I).

Ayrıca yine MTK md. 6/III'de hakemler tarafından verilen geçici hukuki koruma kararlarının rızaen yerine getirilmediği durumlarda karşı tarafın mahkemenin yardımını isteyebileceği hükmünü öngörmüştür. Madde düzenlemesinde mahkemenin yardımından ne anlaşılması gerektiği açık değildir. Kendisinden yardım talep edilen mahkeme hakemler tarafından verilen geçici hukuki koruma kararının esasını inceleyememeli, sadece geçerli bir tahkim sözleşmesinin bulunup bulunmadığı, hakemlerin usulüne uygun atanıp atanmadığı, kararın içeriğinin cebri icraya elverişli olup olmadığı ve kamu düzenine uygun olup olmadığı hususları bakımından sınırlı olarak inceleyebilmelidir.

MTK md. 6/I geçici hukuki koruma kararı verme konusunda incelediğimiz Almanya ve İsviçre örneklerinde olduğu üzere hem mahkemelere hem de hakemlere paralel yetki tanımıştır. Buna göre, taraflardan birinin tahkim yargılamasından önce veya tahkim yargılaması sırasında devlet mahkemelerinden geçici hukuki koruma kararı talep etmesi ve mahkemenin bu yönde bir karar vermesi tahkim anlaşmasına aykırılık teşkil etmeyecektir. Bu maddenin uygulanabilmesi için de tahkim yerinin Türkiye'de olması ve söz konusu tahkimin bu kanuna tabi olması şartı aranmayacaktır, sadece tahkimin yabancılık unsuru içermesi yeterlidir. Başka bir deyişle; uyumsuzluk MTK'ya tâbi olmazsa ve tahkim yeri yabancı bir ülke olsa bile devlet mahkemelerinden geçici hukuki koruma talep edilebilecektir. O halde burada kanun koyucunun geçici hukuki korumayı tahkim yargılamasından ayrı bir prosedür olarak değerlendirdiği tespiti yapılabilir. Kanaatimizce taraflar yapacakları bir anlaşma ile mahkemelerin bu yetkisini bertaraf edemezler. Zira her ne kadar taraf iradelerine önem veren ve gönüllülük esasına göre şekillenen tahkim prosedüründe mahkemelerin yetkisi ikinci planda olsa da burada tarafların devlet mahkemelerine başvuru ve hak arama özgürlükleri kısıtlanmamalıdır.

Devlet mahkemelerinden geçici hukuki koruma kararı talep edildiğinde yetkili mahkeme HMK md. 390 hükmüne göre tespit edilmelidir. Ayrıca kararın devamlılığının sağlanması açısından kararın verildiği tarihten itibaren bir hafta içerisinde tedbir kararının uygulanması talep edilmeli (HMK md. 393) ve HMK md. 397’de öngörülen ihtiyati tedbiri tamamlayan diğer işlemler yapılmalıdır.

Konuya ilişkin bir mesele de taraflardan birinin geçici hukuki koruma kararı talebiyle devlet mahkemelerine başvurması durumunda diğer tarafın aralarındaki tahkim sözleşmesi gereğince tahkim itirazı ileri sürüp süremeyeceği meselesidir. Kanaatimizce burada tahkim ilk itirazı açılmış olan bir davada sadece esas ilişkin itirazlarla birlikte cevap süresi içerisinde ileri sürülebileceğinden geçici hukuki koruma prosedürü içerisinde ileri sürülememelidir.

Kaynakça

- Akıncı**, Ziya; Milletlerarası Tahkim, 3. Bası, İstanbul 2013.
- A. Gehri**, Myriam/**Kramer**, Michael; ZPO Kommentar, Schweizerische Zivilprozessordnung, Orell Füssli Verlag AG 2010.
- Akıncı**, Ziya; Hakemlerin İhtiyati Tedbir ve İhtiyati Haciz Verme Yetkisi, Prof. Şükrü Postacıoğlu'na Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İzmir 1997 (s. 209-223).
- Alangoya**, H. Yavuz/**Yıldırım**, M. Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis; Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Tıpkı Bası, İstanbul 2011.
- Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve Öneriler, İstanbul Barosu 2006.
- Alangoya**, Yavuz/**Yıldırım**, M. Kamil/**Deren-Yıldırım**, Nevhis; Medeni Usul Hukuku Esasları, 8. Bası, İstanbul 2011.
- Alangoya**, Yavuz; Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul 1973.
- Alangoya**, Yavuz; UNCITRAL Tahkim Yönetmeliği Hakkında, Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu'na Armağan, İstanbul Üniversitesi, 1990 (s. 1-39).
- Arslan**, Ramazan; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Geçici Hukuki Korumalar Konusunda Getirdiği Yenilikler, Bankacılar Dergisi Özel Sayı, 2013 (s. 7-27).
- Arslandoğan**, Birce; Medeni Yargılama Hukukunda Delil Tespiti 2014, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Doktora Tezi.
- Balkar**, Süheyla; Uluslararası Ticari Tahkim ve Geçici Koruma Tedbirleri, Galatasaray Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Ana Bilim Dalı Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 2010.
- Baumbach**, Adolf/**Lauterbach**, Wolfgang/**Albers**, Jan/**Hartmann**, Peter; Zivilprozessordnung 68. völlig neubearbeitete Auflage Verlag C.H. Beck München 2010.

- Birsel**, Mahmut T./**Budak**, Ali Cem; Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler, Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Tahkim Örneği, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Sempozyum, Bildiriler, Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü (s. 171-249).
- Bozkurt-Yüksel**, Armağan Ebru; UNCITRAL ve UNCITRAL Model Kanunu'na Genel Bir Bakış, Türkiye Adalet Akademisi Dergisi, Cilt: 2, Yıl:2, Sayı:4, 20 Ocak 2011 (s. 145-172).
- Bucher**, Andreas; Die neue internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Verlag Helbing&Lichtenhahn Basel und Frankfurt am Main 1989.
- Budak**, Ali Cem; Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun Tahkim Hükümleri, Uluslararası Ticaret ve Tahkim Hukuku Dergisi, Cilt: 1, S:1 2012 (s. 31-60).
- Deren-Yıldırım**, Nevhis; UNCITRAL Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları.
- Duve**, Christian; Die neuen UNCITRAL Arbitration Rules- höhere Effizienz, niedrige Kosten?, Recht der Internationalen Wirtschaft, Heft 1-2/2011, <http://www.christian-duve.de/downloads/UNCITRAL%20Arbitration%20Rules.pdf>.
- Ekşi**, Nuray; Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nda Tahkim, İstanbul 2013.
- Ekşi**, Nuray; Milletlerarası Tahkim Kanunu Hakkında Genel Bir Değerlendirme, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:23, Sayı 1-2/2003 (s. 295-338).
- Ergönen**, Onur; 10. Yılında Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Uygulama Alanı, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, Cilt: 7, Sayı:20, 2011/3 (s. 151-205).
- Erişir**, Evrim; Geçici Hukuki Korumanın Temelleri ve İhtiyati Tedbir Türleri, İstanbul 2013.

- Erten**, Rifat; İngiliz Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 58, 2009/3 (s. 540-577).
- Erten**, Rifat; Milletlerarası Ticari Tahkim Hukukunda Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Ankara 2010.
- Kalpsüz**, Turgut; Türkiye’de Milletlerarası Tahkim, 2. Bası, Ankara 2010.
- Karlı**, Abdurrahim; Medeni Muhakeme Hukuku Ders Kitabı, 3. Baskı, İstanbul 2012.
- Kırlı-Aydemir**, Deniz Defne; Milletlerarası Usul Hukukunda İhtiyati Tedbirler, İstanbul 2013.
- Kocasakal-Özdemir**, Hatice; Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun Uygulama Alanının belirlenmesi, Prof. Dr. Özer Seliçi’ye Armağan (s. 343-368).
- Kuru**, Baki; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Hakkında Genel Değerlendirme, Medeni Usul ve İcra İflas Hukukçuları Toplantısı V, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirmesi, TBB Yayınları, Ankara 8-9 Eylül 2006 (s. 58-85). (Tasarı Genel Değerlendirme).
- Kuru**, Baki/**Arslan**, Ramazan/**Yılmaz**, Ejder; Medeni Usul Hukuku, 25. Bası, Ankara 2014.
- Kuru**, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, (IV Cilt), 6. Baskı, İstanbul 2001.
- Kuru**, Baki; Hukuk Muhakemeleri Usulü, (VI Cilt), 6. Baskı, İstanbul 2001.
- Musiak**, Hans Joachim; Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 9. neubearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen München 2012.
- Nomer**, Ergin/**Eksi**, Nuray/**Öztekin-Gelgel**, Günseli; Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. I, 4. Bası, İstanbul 2013.
- Nomer**, Ergin/**Eksi**, Nuray/**Öztekin-Gelgel**, Günseli; Milletlerarası Tahkim Hukuku, C. I, 3. Bası, İstanbul 2008.
- Nomer**, Ergin; Devletler Hususi Hukuku, 20. Bası, İstanbul 2013.
- Önen**, Ergun; Medeni Yargılama Hukukunda Sulh, Ankara 1972.
- Özbek-Hadimoğlu**, Nimet; Milletlerarası Usul Hukukunda Geçici Hukuki Koruma, Ankara 2013.

- Özekes**, Muhammet/**Erişir**, Evrim; Konusu Para Alacağı Olan Geçici Hukuki Korumaların Karşılaştırılması ve Değerlendirilmesi, Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Dergisi, 2006/3, S: 5 (s. 1235-1272).
- Özekes**, Muhammet; İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999.
- Özsunay**, Ergun; Kurumsal Tahkim Sistemlerinde ve Bazı Ulusal Hukukların “Uluslararası Tahkimle İlgili Düzenlemeleri”nde Geçici ve Koruyucu Önlemler, İBD 2003/2 (s. 265-290).
- Öztek**, Selçuk; İsviçre Medeni Usul Kanunu’nun İhtiyati Tedbirler Konusundaki Düzenlemesine Genel Bir Bakış, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan Yıl:2013, Cilt: 19; Sayı:2 (s. 259-269).
- Öztekin Gelgel**, Günseli; Milletlerarası Tahkim Kanununun Uygulama Alanı ve Getirmiş Olduğu Önemli Yenilikler, Bilgi Toplumunda Ünal Tekinalp’e Armağan, Cilt: II (s. 1081-1093).
- Pekcanıtez**, Hakan; Yeni Hukuk Muhakemeleri Kanununun Tahkime İlişkin Hükümleri, Milletlerarası Tahkim Semineri 19 Nisan 2011, Ankara (Tahkim).
- Pekcanıtez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 9. Bası, Ankara 2010.
- Pekcanıtez**, Hakan; Milletlerarası Tahkimde Geçici Hukuki Koruma Önlemleri, Milletlerarası Tahkim Semineri, Ankara 2003 (s. 115-152).
- Pekcanıtez**, Hakan; İstanbul Tahkim Merkezi Kanun Taslağı, Prof. Dr. Burhan Ceyhan’a Armağan, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: 12, Özel Sayı, 2010 (s. 635-655).
- Pekcanıtez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet; Medeni Usul Hukuku, 14. Bası, Ankara 2013.
- Rauscher**, Thomas/**Wax**, Peter/**Wenzel**, Joachim; Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung, Band 3, 3. Auflage, Verlag C.H. Beck München 2008.
- Rosenberg**, Leo/**Scwab**, Karl Heinz/**Gottwald**, Peter; 17.Auflage, München 2010.
- Schwab**, Karl Heinz/**Walter**, Gerhard; Schiedsgerichtsbarkeit, 7. überarbeitete Auflage, Verlag C.H. Beck, Helbing&Lichtenhahn 2005.

- Seviğ**, Vedat Reşit; Milli Tahkim ve Milletlerarası Tahkim, Prof. Dr. Gülören Tekinalp'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:23, Sayı 1-2/2003 (s. 643-648).
- Seviğ**, Vedat Reşit; Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Özellikleri, Prof. Dr. Ergin Nomer'e Armağan, Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni, Yıl:22, Sayı 2/2002 (s. 745-750).
- Stein**, Friedrich/**Jonas**, Martin; Kommentar zur Zivilprozessordnung, 22. Auflage, Band 9, 2008 Mohr Siebeck Verlag.
- Sungurtekin-Özkan**, Meral; Türk Medeni Yargılama Hukuku, İzmir 2013.
- Sutter-Somm**, Thomas/**Hasenböhler**, Franz/**Leuenberger**, Christoph; Kommentar zur Schweizerischen Zivilprozessordnung (ZPO), 2. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG 2013, (Huber).
- Şanlı**, Cemal; Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara 1986, (Esasa Uygulanacak Hukuk).
- Şanlı**, Cemal; Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 5. Bası, İstanbul 2013.
- Şanlı**, Cemal/**Esen**, Emre/**Ataman-Figanmeşe**, İnci; Milletlerarası Özel Hukuk, 2.Bası, İstanbul 2014.
- Thomas**, Heinz/**Putzo**, Hans; 30. Auflage, München 2009.
- Tunç-Yücel**, Müjgan; HMK Uyarınca Tahkimde İhtiyati Tedbir ve Delil Tespiti, Ankara 2013.
- Umar**, Bilge; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, Ankara 2011.
- Üstündağ**, Saim; İhtiyati Tedbirler, İstanbul 1981.
- Üstündağ**, Saim; Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7.bası, İstanbul 2000.
- Walter**, Gerhard/**Bosch**, Wolfgang/**Brönniman**, Jürgen; Internationale Schiedsgerichtsbarkeit in der Schweiz, Verlag Stämpfli + Cie AG, Bern 1991.
- Yeşilova**, Bilgehan; Milletlerarası Ticari Tahkimde Nihai Karardan Önce Mahkemelerin Yardımı ve Denetimi, İzmir 2008.
- Yeşilirmak**, Ali; Provisional Measures in International Commercial Arbitration, Londra Kluwer 2005.

Yılmaz, Ejder; Geçici Hukuki Himaye Tedbirleri, Cilt: 1, Ankara 2001.

Yılmaz, Ejder; Hukuk Muhakemeleri Kanunu Şerhi, 2. Baskı, Ankara 2013.

Zöller, Richard; Zivilprozessordnung, 28. neubearbeitete Auflage, 2010
Verlag Dr. Otto Schmidt Köln.

İnternet Kaynakları :

<http://www.admin.ch> İsviçre Hükümeti Resmi İnternet Sitesi

<http://www.kazanci.com.tr> Kazancı İçtihat Bankası

^HANGLO-AMERİKÂN VE FRANSIZ HUKUKLARINDA BİLİRKİŞİLİK KURUMUNA GENEL BAKIŞ

*Arş. Gör. Fulya TEOMETE YALABIK**

GİRİŞ

Bilirkişilik kurumunun kökeni çok eskilere dayanmaktadır. Teknolojik ve sosyo-ekonomik değişimler doğrultusunda bilirkişilik kurumuna verilen dikkat ve önem de artmıştır. Türk hukukunda olduğu üzere, Anglo-Amerikan ve Fransız hukuklarında da yargılamanın uzun sürmesi ve yargılama masraflarının fazla olması eleştirilen önemli hususlardandır. Bilirkişi müessesesi aksayan, geciken adaletin ve fazla masrafların en önemli sebeplerinden biri olarak gösterilmektedir. Sorunlu olan bu önemli kuruma yönelik olarak hukuk sistemlerinde oluşturulan çeşitli çözüm önerileri, yeni yöntem ve türlerin uygulanmaya başlamasını sağlamıştır.

I. BİLİRKİŞİLİK KURUMUNUN TARİHİ GELİŞİMİ VE HUKUKİ NİTELİĞİ

A. Bilirkişilik Kurumunun Tarihi Gelişimi

Bilirkişilik kurumuna olan ihtiyaç sadece günümüze özgü değildir. Bilinen en eski kanun olan Hammurabi Yasalarında, bilirkişilik kurumuna ilişkin herhangi bir hususa değinilmemiş olsa da, Mısırlıların Mezopotamya'da tıbbi ve kliniksel vakıalara yönelik olarak bilirkişiye başvurdukları bilinmektedir¹.

^H Hakem incelemesinden geçmiştir.

^{*} Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı, Galatasaray Üniversitesi Özel Hukuk Programı Doktora Öğrencisi

¹ Robert F. Taylor, A Comparative Study of Expert Testimony In France and The United States: Philosophical Underpinnings, History, Practice And Procedure, Texas International Law Journal, vol. 31, 1996, s. 184.

Fransız ihtilalinden önceki hukuk sisteminden (*ancient law*), 21. yüzyıla kadar, özellikle gebelik ve nesep sorunlarında, hem medeni hem de kamu hukukuna ilişkin yargılamalarda bilirkişi incelemesine başvurulmuştur. Örneğin, 1353'te cerrahlar müessir fiil sonucu yaralanmış bir kişinin ne oranda yaralandığına ilişkin hem hukuksal hem de vakıasal sorunlarla uğraşmışlardır. 15. yüzyılda ise dilbilgisi uzmanları Latince bir sözcüğün anlamına ilişkin olarak araştırmalar yapmaya başlamışlardır. İşte bu ilk zamanlarda, bilirkişiler mahkemenin asistanları olarak addedilmişlerdi. 17. yüzyılla birlikte bilirkişiler, sadece “tanık” (*witness*) olarak anılmakta idi. Yani sadece bizzat tanık oldukları olay ve durumları belirtebilmekteydiler. 18. yüzyıl ile birlikte ise yaptıkları tanıklık “*opinion testimony*”; yani görüşlerini de bildiren tanıklığı ifade eden bir anlama sahip olmuş ve böylece bilirkişiliğin kapsamı genişlemiştir². Böylelikle mahkemeye yardım eden bu uzmanlar, artık sadece teknik bir kişi olmamakta, belirli bir konuda özel bilgi birikimine sahip kişilerin görüş bildirdiği bilirkişilik geniş bir kavram haline gelmiş olmaktadır.

Amerikan hukukunda, mahkemelerin, kavram olarak bilirkişi (*expert witness*) kelimesini kullanmadığı zamanlarda bile belirli konularda uzmanlaşmış (*specialized*) kişilerin duruşmalarda yer alması söz konusu olmuştur. Bu doğrultuda, orta çağ boyunca (ve Salem cadı duruşmaları dönemlerinde³), gerçeğin tespiti (*truth-detecting*) için batıl inanç testleri ve hayali kanıtlar kullanılmıştır. Bu dönemde, örneğin suçlanan kişinin sıcak demir çubukları (*red-hot iron bar*) ellerinde tutması sağlanmakta ve eğer elleri yanarsa suçsuz kabul edileceği; eğer elleri yanmazsa suçlu kabul edileceği

² Jack B. **Weinstein**, *Improving Expert Testimony*, University of Richmond Law Review, vol. 20, 1985-1986, s. 474.

³ Kısaca “Salem cadı duruşmaları”, ABD eyalet mahkemelerinde görülen bir seri duruşmaya verilen isimdir. Bu duruşmalarda, büyücülük (*witchcraft*) yapmakla suçlanan kişiler yargılanmıştır. Bu davalar 1692 ve 1693 yılları arasında görülmüştür. Bu davaların ilk görüldüğü yer Salem köyleri olduğu için bu isimle adlandırılmaktadır, ayrıntılı bilgi için bkz. Richard H. **Underwood**, *Truth Verifiers: From The Hot Iron To The Lie Detector*, Kentucky Law Journal, vol. 84, 1995-1996, s. 597 vd.

şeklinde açıklayabileceğimiz hurafelere dayalı yöntemler uygulanmakta idi⁴. “*Salem witch trials*” denilen bu dönem hiç de hafife alınmaması gereken ve bu dönemin bilirkişilik örneklerini gördükten sonra mevcut bilirkişi sisteminin büyük bir gelişim yaşadığı sonucuna varabileceğimiz bir dönemdir.

Güvenilir olmayan bilirkişi tanıklığının, bilirkişi tanıklığının hiç var olmamasından daha kötü olacağı görüşünden hareketle, mahkemeler 18. yüzyılın başlarında, güvenilirliğin başlıca özellik olduğunu belirtmişlerdir⁵. Buna ilişkin ilk teori Amerika Birleşik Devletleri’nde (ABD) şu Latin sözleri ile ifade edilmiştir: “*cuique in sua arte credendum est*”⁶; yani “ her bir kişiye kendi uzmanlık alanı ile ilgili olarak inanılması gerekir”⁷.

Mahkemelere bilirkişi deliline ilişkin olarak kabul edilebilir/güvenilir kararlar oluşturmaları için yol gösteren temel prensipler zamanla gelişme göstermiştir. İşkence ile sorgulama (*ordeal*) yapılan dönemlerdeki davalarda, güvenilirliğin belirlenmesi meselesi Tanrı’nın suçlu ya da suçsuzun belirlenmesinde müdahil olacağı inancıyla, tanrısal güçlere (*deity*) havale edilmekteydi⁸. *Frye v. United States*⁹ olarak adlandırılan karar ile birlikte, bu sorumluluk bilim adamlarının genel kabulüne bırakılmakta; *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.*¹⁰ kararı ile birlikte hakimin omuzlarına yüklenmekte idi¹¹.

⁴ Elizabeth L. **DeCoux**, The Admission Of Unreliable Expert Testimony Offered By The Prosecution: What’s Wrong With Daubert And How To Make It Right, Utah Law Review, vol. 2007, 2007, s. 136.

⁵ **DeCoux**, s. 140.

⁶ *Corning v. Burden*, 56 U.S (15 How.) 252, 270 (1854); *Ten Hogsheads of Rum*, 23 F. Cas. 846, 847 (C.C.D Mass. 1812) (No. 13, 830).

⁷ “*Each person is to be believed with regard to his own speciality*”.

⁸ **DeCoux**, s. 146.

⁹ 293 F. 1013 (D.C circuit 1923).

¹⁰ *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.* 509 U.S 579 (1993).

¹¹ 1993 tarihli *Daubert* kararı, Amerikan hukuku bakımından önem taşımaktadır. Bu davada, mahkeme davayı gören mahkemenin adeta bir bekçi (*gatekeeper*) gibi, bilirkişi tarafından sunulan görüşün güvenilirliğini belirlemek zorunda olduğuna dair bir karar vermiştir. Bu karar federal hakimler için bir dönüm noktası olmuş ve önlerine gelen her bilirkişi tanıklığında iki yönlü bir inceleme yapmaya başlamışlardır: 1- Bilirkişi tanıklığının güvenilir bir temele dayalı olup olmadığı ve 2- Denetlenen güvenilirliğin bilirki-

Bilirkişiliğin eski bir “mahkeme fenomeni”¹² olduğu çok açıktır. Özellikle *Frye v. United States; Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc*¹³ ve *General Electric Co. v. Joiner ve Kumho Tire Co. v. Carmichael*¹⁴ davaları bilirkişilik kurumunun gelişimine ışık tutan kararlar olmaları nedeniyle incelenmesi gereken önemli davalardır. Bu kararlar ABD mahkemelerinde bilirkişi tanıklığının güvenilirliğine ilişkin kilometre taşları olarak addedilmişlerdir¹⁵. Şöyle ki, *Daubert, General Electric ve Kumho* davaları, Yüksek Mahkeme üçlemesi (*The Supreme court trilogy*) olarak da anılmaktadır¹⁶.

Fransız hukukunda da, bilirkişilik kurumunun uzun ve renkli bir tarihi vardır. İlk olarak Kral IX. Louis döneminde, 1667 tarihli Fermana (*ordonnance*) bilirkişi raporu kabul edilmiştir. Fermana göre, bilirkişiler toplumda yüksek bir statüye sahip olmakta ve 18. yüzyılda ise babadan oğula geçen kalıtsal bir hal almaktadır. Bu durum bilirkişilik kurumunun kötüye kullanılmasına ve bilirkişilerin sahip olduğu kudretli statünün itibar kaybetmesine neden olmuştur¹⁷.

Fransız Devrimi, Fransız mahkemelerine yönelik olarak birçok yeni hükmün hukuka dahil edilmesine katkı sağlamıştır¹⁸. İşte tam bu dönemde, Fransız hukuku öncelikle hâkimlere bilirkişi seçme imkanını tanımıştır. Ayrıca, bu dönemde bilirkişilerin tıbbi uyuşmazlıklarda görev almaları için doktorluk diplomasına veya cerrahi diplomalara (*doctoral or surgical diplomas*) sahip olması zorunluluğunu getiren kurallar benimsenmiştir. Bilirkişilik kurumuna ilişkin kurallar Napolyon Kanununa dayanmaktadır. Bu kurallar neredeyse yüz elli yıl aynı kalmıştır. Bu kanunda yapılan köklü

şinin vardığı sonuca yönelik olmayıp, kullandığı prensipler ve metodoloji açısından olduğu dikkate alınmıştır.

¹² M. Neil **Browne**/Carrie L. **Williamson**/Linda L. **Barkacs**, The Perspectival Nature Of Expert Testimony In The United States, England, Korea, and France, Connecticut Journal of International Law, vol. 18, 2002, s. 55.

¹³ Çalışma boyunca *Daubert* olarak adlandırılacaktır.

¹⁴ Çalışma boyunca *Kumho* olarak adlandırılacaktır.

¹⁵ **DeCoux**, s. 141.

¹⁶ Age Of Expert Testimony: Science In The Courtroom: Report Of A Workshop, Science Technology And Law Panel, National Resaearch Council, Washington 2002, s. 5 vd.

¹⁷ **Taylor**, s. 190.

¹⁸ **Taylor**, s. 190.

değişiklikler 1944 yılı itibariyledir ve 15 Temmuz 1944 tarihli kanun ile birlikte, bilirkişilik uygulaması sadece mahkemenin teknik bilgi yeterliliğinin üzerindeki hallerde mümkün hale gelmiştir (madde 302). Bu kurallarsa 1970 yılında yeniden düzenlenmiştir.

Teknolojinin getirdiği köklü değişiklikler, birçok Avrupa ülkesindeki ve Amerika'daki adli bilirkişilik kurumunu önemli ölçüde etkilemiştir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarının bu konuda millî hukuklara yapmış olduğu etki de yadsınamaz¹⁹. Uluslararası anlamda bir mukayese yapıldığında ise hukuk sistemleri birbirinden farklı birçok ülkede aynı sorunlarla karşılaştığı sonucuna varabiliriz: Bilirkişi delilinin güvenilirliğinin nasıl garantilenebileceği, bilirkişilerin yeterliliği, yargılamada bilirkişi-hakimin hukuki statüsü gibi sorunlar söz konusu olmaktadır.

B. Bilirkişilik Kurumunun Hukuki Niteliği

Anglo-Amerikan hukuk sisteminde, bilirkişi “tanık” delili niteliğinde sayılmaktadır. Hatta, Anglo-Amerikan hukukunda bilirkişilik “*expert witness*”; yani uzman tanıklık olarak anılarak bilirkişilik kurumu tanık delili kavramı içinde incelenmektedir²⁰. Anglo-Amerikan ispat hukukunda bilirkişinin yargılamadaki konumu hakimden çok, davanın taraflarına yakındır²¹. Her ne kadar bilirkişi özel bir bilimsel veya teknik bilgiye sahip olsa ve bu yönü ile mahkemeye yardımcı olma işlevini taşısa da, bu durum Anglo-Amerikan hukukunda bilirkişiyi “hakim yardımcısı” konumuna yükseltmemektedir²². Buna karşılık, Türk hukukunda, yargılama usulü içindeki işlevi bakımından bilirkişiler, taraf delili olmaktan çok “hakim yardımcısı” konu-

¹⁹ Olivier **Leclerc**, Les Réformes Du Droit de l'Expertise, Revue Experts, n.71, juin 2006, s. 12.

²⁰ Nevzat **Gürelli**, Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul 1967, s. 9. Biz çalışmamızda bütünlük sağlanması amacıyla ve özellikle HMK'ya getirilen “uzman görüşü” kurumu ile karıştırılmaması amacıyla Anglo Amerikan hukukunda görülen uzman tanıklığı kavramını (*expert witness*), hukukumuzdaki adı olan “bilirkişilik” olarak adlandıracağız.

²¹ Ali Cem **Budak**, Anglo Amerikan Medeni Yargılama Hukukunda Bilirkişilik (Uzman Tanıklar), İstanbul Barosu Dergisi, 1991, sayı 10-12, s. 828.

²² **Budak**, s. 835.

mundadır²³. Buna gerekçe olarak, bilirkişi tayininin hakimnin takdirinde olması, bilirkişinin de hakim gibi tarafsız olması gerektiği ve bilirkişi ile mahkeme arasındaki ilişkinin özel hukuka değil de, kamu hukukuna tabi olması gösterilmektedir²⁴.

Bilirkişilik müessesesi, tanık deliline ilişkin en önemli kural niteliğindeki “tanık görüş beyan edemez” kuralına istisna teşkil etmektedir²⁵. Anglo-Amerikan hukukunda tanıkla ispat hususunda geçerli olan genel kurala göre, tanıkların görüşlerini bildirmesi yasakken, sadece vakıaları beyan etmelerine izin verilmektedir²⁶.

İngiliz ispat hukukunun gelişiminin başlangıcında, bilirkişi tanıklığının kullanımına ilişkin çok az kural mevcuttu ve bunun sonucu olarak da İngiliz hukukunda bilirkişilik, uygulamayla gelişen bir müessese olmuştur. Aslında bilirkişi tanıklığının İngiltere’deki görünümü, Kıta Avrupa’ında kullanılan yöntemlerle benzerlik göstermektedir²⁷. İngiliz hakimleri başlangıçta, uzmanlık gerektiren konularda jüriden mahkemeyi hukuken bilgilendirmelerini talep ederdi; ancak daha sonra bilirkişiler doğrudan hakimlere tanıklık etmeye başladı ve jüri üyeleri de bizzat delillerin değerini ölçmek üzere görevlendirildi. İşte jüri sisteminin gelişme gösterdiği bu erken dönemde mahkemeler, uzman bilgisini iki şekilde kullanmaktaydı: Başlangıçta mahkeme, mahkeme dışından, deneyimlerine dayanarak teknik sorunları belirleyebilen jüri üyesi seçmekteydi. Bunlara “*expert juries*”; yani uzman jüriler denilmekte idi. İkinci olarak da, mahkeme, teknik sorunları çözmeye yardımcı olmak üzere nitelikli kişileri mahkemeye davet etmekteydi. Bunlara da

²³ Kamil Yıldırım, Bilirkişi Delilin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu, 75. Yaş Günü İçin Prof. Dr. Baki Kuru Armağanı, Ankara 2004, s. 841.

²⁴ Hakan Pekcanitez/Oğuz Atalay/Muhammet Özekes, Hukuk Muhakemeleri Kanununa Göre Medeni Usul Hukuku, Ankara 2013, s. 780.

²⁵ Mücahit Tanverdi, Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1991, s. 25.

²⁶ Ancak tanığın bildirmiş olduğu görüş, vakılara ilişkin gözleminin, herkes tarafından varılabilecek basit bir sonucunun günlük dilde ifadesinden oluşuyorsa kabul edilebilir bir tanıklık söz konusu olabilecektir, İngiliz hukukunda İspat Kanunu (*Civil Evidence Act*) 1972 ve Amerikan hukukunda İspata İlişkin Federal Kurallar’ın (*Federal Rules of Evidence*) 701. maddesinde kaynağını bulmaktadır.

²⁷ Taylor, s. 186.

“*expert witness*”; yani uzman tanık denilmekte idi. Zamanla, uzman tanıkların kullanımı, uzman jürilerin²⁸ kullanımını gölgede bırakmıştır.

Fransız hukukunda bilirkişi, adalet yardımcısı (*auxiliaire de justice*) olarak kabul edilmektedir. Çünkü bilirkişi ne tarafların vekili, ne de görevlisidir. Aksine kamunun geçici olarak görevlendirdiği bir elemandır. Bilirkişi, yargılama süreci içinde hakimin yardımcısı (*l'assistant du juge*) konumundadır ve hakimin asli görevi olan yargılama alanına (*juger*) girmesi yasaklanmıştır. Bununla birlikte, Fransız içtihadına göre²⁹ bilirkişilik kurumuna, yargıya zaman zaman kamu hizmeti olarak katkıda bulunan bir nitelik (*collaborateur occasionnel du service public de la justice*) verilmiştir. Ayrıca, içtihata göre, bilirkişiler her ne kadar adalet yardımcısı olarak kabul edilmekteyse de, haklarında *Code de Procédure Civile* (CPC) madde 47³⁰, de düzenlenen adalet yardımcılarının ilişkin düzenlemenin de uygulanması

²⁸ En basit şekliyle, çalışmamızın alanını genişletmeden belirtmek gerekirse, Anglo-Amerikan hukukunda jüri, deliller üzerinde düşünüp, müzakere eden ve davanın temel vakıalarının neler olduğuna; diğer bir deyişle davanın vakıalarının fiili olarak neler olduğuna karar veren bir organdır, *Juries Act 1974*. Hakim ise, ilgili hukuk (*relevant law*) konusunda jüriyi yönlendirmekte ve sonrasında jürinin bulunduğu vakıalara hukuku uygulamakta ve nihai bir karara varmaktadır. Eğer görülen dava ceza davası ise, jüri suçluluğa ilişkin bir hüküm verecek; hakim de uygun mahkumiyete (*sentence*) karar verecektir, Catherine **Elliot**/Frances **Quinn**, *English Legal System*, 2002, s. 153. Hukuk davalarında ise, jüri ne kadar tazminata hak kazanıldığına karar verecektir. Mevcut İngiliz hukuk sisteminde, % 1'den daha az sayıdaki hukuk davalarında, dava jüri tarafından görülmektedir. The 1981 tarihli Supreme Court Act'e göre, hukuk davalarında, jürili yargılama dört tür davada görülmektedir: 1- Hakaret ve iftira (*libel and slander*), 2- Haklı nedene dayanmayan kovuşturma (*malicious prosecution*), 3- Haksız tutukluluk (*false imprisonment*), 4- Hile (*fraud*).

²⁹ Cass. Civ. 1., 21 décembre 1987, Guihaume, D. 1988, jur., p. 578, note T. Moussa; Gaz.Pal., 1988, 1, p. 149, somm. M.Sellon et M. Caratini; RTD civ., 1988, p. 397, obs. R. Perrot; Cass. Civ. 1., 14 février 1989, Bull. Civ. 1, n. 81; Cass. Civ. 1., 4 juin 1991, Bull. Civ. 1, n. 183. Comp. en matière administrative: CE., 26 décembre 1971, Aragon Rec., p. 172; AJDA, 1971, p.156, chron. D. Labetoulle et P. Cabanes.

³⁰ Maddeye göre adalet yardımcıları: yargının idaresinde temel ve olağan anlamda katkıyı sağlayan ve bunu meslek olarak yapan kişilerdir. “*Un auxiliaire de justice est celui qui, par profession, concourt de manière principale et habituelle à l'administration de la justice.*” Paris, 16 juin 1987: D.1987. IR 172.

reddedilmiştir³¹. Fransız hukukunda bilirkişinin hangi yöntemlerle çalışacağı düzenlenmiştir. Fransa’da bilirkişi ve hakimin birlikte çalışması esas kabul edilmektedir. Hakim açıkça bilirkişiye başvurma nedenlerini ve bilirkişinin hangi konularda inceleme yapacağını belirtmelidir³². Hakim gerekli gördüğü durumlarda bilirkişiye yardım etmelidir³³. Hakim, aynı zamanda tarafların bilirkişi ile işbirliği içinde belgelerin sağlanması ve bilirkişi ile görüşülmesini teminat altına almıştır. Anglo- Amerikan hukukundan farklı olarak, son sözü hakim söyler; yani esas karar mekanizması hakimdir. Bilirkişiler sadece hakimin karar vermesi için yol göstericidirler; yani bilirkişi raporunun hakim açısından bir bağlayıcılığı yoktur. Bilirkişiler asla, olaylara söz konusu davanın hakimi gibi yasal hükümler uygulayarak sonuçlara varmazlar (*finding of law*)³⁴.

II. BİLİRKİŞİLİK KURUMUNUN HUKUKİ DAYANAKLARI

Türk hukukunda, bilirkişiliğe ilişkin düzenlemelere Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun beşinci bölümünde “bilirkişi incelemesi” başlığı altında, 266-287. maddeler arasındaki hükümlerde yer verilmiştir.

Fransız hukukunda, bilirkişilik müessesesine ilişkin hükümler Fransız Medeni Usul Kanunu’nda (*Code de Procedure Civil Français*), beşinci bölüm, 232-284. maddeler arasındaki hükümlerde düzenlenmiştir.

Bilirkişi deliline ilişkin kurallar önceleri Anglo-Amerikan hukukunda, içtihatlarla oluşturulmuş; fakat 70’li yıllardan itibaren konunun yasal düzenlemelere bağlanması ihtiyacı doğmuştur. Bu nedenle Amerikan hukukunda, 1973 yılında Federal Mahkeme tarafından hazırlanan İspata İlişkin Federal Kurallar (*Federal Rules of Evidence-FRE*) 1975 yılında yasalaştırılmış ve yürürlüğe girmiştir. İspata İlişkin Federal Kurallar 701-706. maddeler arasında bilirkişilik müessesesine ilişkin düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca,

³¹ “Adli bilirkişi CPC’nin 47. maddesi anlamında adalet yardımcısı değildir.” “*L’expert judiciaire n’est pas un auxiliaire de justice au sens de l’article 47 CPC*”: Civ. 2., 7 mai 1980, Bull. Civ. II. n.98.; Gaz. Pal. 1981.1.38, note Viatte.

³² CPC madde 265.

³³ CPC madde 179, 236, 243, 269, 273-275.

³⁴ CPC madde 238: «...ne doit jamais porter d’appréciations d’ordre juridique.»

İspata İlişkin Federal Kuralların yürürlüğe girmesinden sonra bilirkişilik uygulamasına yönelik olarak önemli kararlar verilmiştir³⁵.

İngiliz hukukunda, bilirkişilik müessesesine ilişkin olarak, 1999 yılında yürürlüğe giren Medeni Usul Kuralları (*Civil Procedure Rules-CPR*) ve buna ek olarak 2005 yılında, Hukuk Davalarında Bilirkişilerin İfade Vermelerine Yönelik Bilgilendirme Protokolü (*The Protocol for the Instruction of Experts to Give Evidence in Civil Claims*) CPR'ye ek olarak uygulanmaktadır. Ayrıca 1972 tarihli Civil Evidence Act da bilirkişiliğe ilişkin asgari düzeyde hükümler³⁶ ihtiva etmektedir.

III. BİLİRKİŞİ ÇEŞİTLERİ

A. Taraf Bilirkişisi (*Party Expert*) ve Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi (*Court-appointed Expert*)

1. Taraf Bilirkişisi

Anglo-Amerikan hukukunda bilirkişilik kurumunu temel olarak ikiye ayırabiliriz. Bunlardan ilk akla gelen ve yaygın olarak uygulanan taraf bilirkişisidir (*party expert*). Taraf bilirkişisi, Anglo-Amerikan hukukunda ağır bir şekilde eleştirilmiştir³⁷. Eleştirilerin en önemli sebepleri, bilirkişi görüşlerinin neredeyse taraflarca oluşturulması; yani taraflı olması; bununla bağlantılı olarak bilirkişi ücretlerinin de taraflarca ödenmesidir. Hatta bir nevi “bilirkişilik endüstrisi” nin oluştuğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Şöyle ki, taraflarca atanan bilirkişiler, taraf vekilleri tarafından adeta kendi iddialarını doğrulamak üzere bir “bilirkişi dükkanı” ndan kiralanmakta, özellikle dava hakkında zayıf bir konuma sahip iken, bu bilirkişi sayesinde güçlü bir konuma gelinebilmektedir³⁸. Bilirkişi görüşlerinin tarafsız ve bağımsız olması sorgu ve çapraz sorgu (*cross examination*) yöntemleriyle

³⁵ *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc (Daubert); General Electric Co. v. Joiner ve Kumho Tire Co. v. Carmichael (Kumho)*.

³⁶ Madde 2, 3 ve 4'te.

³⁷ Anthony Champagne/Danny Easterling/Daniel W. Shuman/Alan Tomkins/Elizabeth Whitaker, Are Court-appointed Experts The Solution To The Problems Of Expert Testimony, *Judicature*, vol. 84/4, January-February 2001, s. 178 vd.

³⁸ Champagne/Easterling/Shuman/Tomkins/Whitaker, s. 181.

sağlanmaya çalışılmakta; fakat bu yöntemler de yetersiz kalmaktadır³⁹. Durum o kadar yokuşa sürülmektedir ki, yargılama adeta bilirkişiler savaşı şekline dönüşmekte ve bu doğrultuda çapraz sorgunun psikolojik baskısına dayanabilen ve ikna yeteneği üstün olan tarafın davada başarı sağladığı görülmektedir⁴⁰. Hatta, sık sık taraflı görüş yansıttığı ileri sürülen avukatlara yönelik olarak kullanılan “*hired-gun*”; yani kiralık tabanca lakabı, avukatlara yardım eden bilirkişilere yönelik olarak da, onların da taraflı davranması endişesiyle, zaman zaman kullanılmaktadır⁴¹.

2. Mahkeme Tarafından Atanan Bilirkişi

a. Amerikan Hukukunda

Yukarıda açıkladığımız taraf bilirkişiliğine yönelik olumsuz eleştiriler, tıpkı Türk hukukunda olduğu gibi ABD’de de bilirkişilik sisteminin eksiklerini giderebilmek amacıyla çözüm arayışlarına girişilmesine neden olmuş ve bu doğrultuda bazı reformlar gerçekleştirilmiştir. Bunlardan en önemlisi

³⁹ Amerikan hukukunda, çapraz sorgu yönteminin de kötüye kullanıldığından yakınılmaktadır. Şöyle ki, farazi bir duruşma gerçekleştirilerek çapraz sorgunun bilirkişi delili üzerindeki etkileri araştırılmıştır. Bu teste, çapraz sorgu sırasında bilirkişinin bilimsel çalışması hasım vekili tarafından küstahça eleştirilmiştir. Bu şekilde hileli bir sorgulama sonunda jüri, bilirkişinin oluşturduğu çalışmanın güvenilirliğine ilişkin olarak olumsuz etkilenmiştir. Dolayısıyla bu test sonucunda, hileli çapraz sorgu teknikleriyle, bilirkişi delilinin güvenilirliğini etkilemenin kolay olduğu ortaya çıkmıştır. Hatta çapraz sorgu, güvenilmezliğinden ötürü “*dirty trick*” yani “üçkağıtçılık” olarak adlandırılmaktadır, Andrew W. **Jurs**, Balancing Legal Process With Scientific Expertise: A Comparative Assessment Of Expert Witness Methodology In Five Nations, And Suggestions For Reform Of Post-Daubert U.S Reliability Determinations, http://works.bepress.com/andrew_jurs/4 (çevrimiçi 10.11.2011), s. 11-13.

⁴⁰ Ertan **Demirkapı**, Anglo-Amerikan Hukukunda Bilirkişilik Kurumunda Yeni Eğilimler, DEÜHFD, 2003, sayı 2, cilt 5, s. 51-52.

⁴¹ David **Kinley**/Alan **Rose**, The Quest For The Truth: A Comparative Analysis Of The Role Of Experts In Litigation, Australian Journal of Forensic Sciences, vol. 31/1, 1999, s. 6. Amerikalı akademisyen ve avukat John Langbein şu benzetmeyi örnek vermiştir: “Bilirkişi Amerikan Barosunun bir üyesi olarak bir saksafona benzemektedir, melodi belki saksafondan çıkmaktadır; fakat onu çalan avukattır”, John H. **Langbein**, The German Advantage In Civil Procedure, University of Chicago Law Review, vol. 52, 1985, s. 823.

“*court appointed expert*⁴²” olarak anılan mahkeme tarafından atanan bilirkişilik sisteminin oluşturulmasıdır. Fakat mahkeme tarafından atanan bilirkişiler, taraf avukatları tarafından pek benimsenmemektedir. Çünkü onlar açısından “gerçek bilirkişi” “onların tarafı lehine çalışan kişidir⁴³”. Bilirkişiler mahkeme tarafından atandığı zaman, avukatlar bilirkişiler üzerinde kurdukları kontrolü kaybetmiş olmaktadır. Örneğin, bilirkişinin mahkeme tarafından atanması halinde, avukatın bilirkişi ile davadan önce iletişim kurma olanağı azalacağından, hatta ortadan kalkacağından, avukat dava sırasında bir sürprizle karşılaşmaktan çekinmektedir. Ayrıca, avukatlar taraf bilirkişiliğinde olduğu gibi, bilirkişiyi çapraz sorgu için de önceden hazırlayamamaktadırlar. Hakimler ise mahkeme tarafından atanan bilirkişiliği nesnelliği desteklemesi açısından önemli bir başarı olarak değerlendirmektedir.

Genel olarak, mahkeme tarafından atanan bilirkişi sisteminin ABD’de tercih edilmemesinin sebeplerini şöyle sıralayabiliriz⁴⁴: 1- Hakimler bu sistemi çok istisnai olarak görmekteler ve çok nadir olarak vakıaların ve delillerin taraflarca getirilmesi ilkesinin (*adversarial system*) başarı gösteremediği bazı davalar için uygun görmekteler; 2- Taraflar bu sistemi tercih etmemekteler, genellikle de bilirkişinin seçimi konusunda aday göstermemekteler; 3- Aslında elverişli bir “*court-appointed*” sistem için duruşmadan çok önce bu ihtiyacın farkına varılıp harekete geçilmesi gereklidir. İşte bu ihtiyacın hemen duruşma yapılmadan az bir süre zarfında farkına varılması, mahkeme tarafından atanan bilirkişi yolu fırsatını da ortadan kaldır-

⁴² FRE madde 706. Mahkeme tarafından atanan bilirkişilik kavramı, her ne kadar 1975 yılında İspata İlişkin Federal Kurallar’ın (FRE) kabulüyle birlikte 706. maddede varlık kazansa da, aslında tarihi çok daha eskilere dayanmaktadır. 20. yüzyılın başında hakimlerin ve jürinin bilimsel ve teknik delilleri anlamalarını kolaylaştırmak üzere mahkeme tarafından atanan bilirkişiler yargılamada yer almaktaydı. Buna örnek olarak konusu karmaşık kimyasal patentleri içeren Parke-Davis & Co. V. H.K. Mulford Co., davasını gösterebiliriz, Sophia Cope, Ripe For Revision: A Critique Of Federal Rule Of Evidence 706 and The Use Of Court-Appointed Experts, Gonzaga Law Review, vol. 39, 2003/04, s. 165.

⁴³ Champagne/Easterling/Shuman/Tomkins/Whitaker, s. 181: “*Real experts work for lawyers*”

⁴⁴ Joe S. Cecil/Thomas E. Willging, Court-appointed Experts, Reference Manual On Scientific Evidence 1994, s. 530.

maktadır. Çünkü bilirkişinin yapacağı araştırma, bilirkişinin onayı, görev bildirimi ve bilirkişinin elde ettiği bulgular hakkında taraflarla iletişimine vakit kalmamaktadır⁴⁵; 4- Taraflardan birinin ekonomik açıdan daha zayıf olması sebebiyle mahkeme tarafından atanacak bilirkişi ücretini ödeyemeyecek olması; 5-Bilirkişilerin seçilmesi aşamasında hakimler seçim yapmakta zorlanmakta ve genellikle bu seçim sürecinde kendi kişisel ve profesyonel ilişkilerini kullanmaya meyilli olmaktadır; 6- Mahkeme tarafından atanan bilirkişi tarafından yapılan tanıklık veya hazırlanan rapor davanın sonucunda önemli bir etkiye sahip olmakta ve çoğu zaman kararda aynen esas alınmaktadır⁴⁶.

Mahkeme tarafından bilirkişi atanması konusunda, öncelikle bilirkişi ihtiyacının belirlenmesi gerekmektedir. Bilirkişinin seçiminde, tarafların rolü sınırlı olup, bu konuda hakimin büyük etkisi söz konusu olmaktadır. Hakimin bilirkişi ihtiyacını belirlemesi ve bunun için zamanında harekete geçerek tarafsız bir bilirkişiyi ataması büyük önem taşımaktadır. Bahsedilen bu hususlara dikkat edildiği takdirde, “*court-appointed expert*” sisteminin etkili bir şekilde kullanılması söz konusu olabilmektedir.

Ayrıca belirtmek gerekir ki, bilirkişi tayini hakime ayrı bir yük getireceği gibi, bunun tarafların masraflarını da arttıracığı bir gerçektir. Bununla birlikte, bilirkişi tarafından edinilecek bilgilerin davanın çözümüne yönelik olarak önem arzettiği durumlarda bu gereksiz görülen yük ve masraflara katlanılabiliyor olduğu da dikkat çeken bir noktadır. Böyle bir ihtiyacın bulunmadığı durumda tayin edilen bilirkişinin yargılama için yarardan çok külfeti olacaktır.

Amerikan hukukunda, mahkeme tarafından atanan bilirkişiliğe hukuk ve ceza yargısında çok nadiren rastlanılsa da, Teksas'ta aile hukuku davalarında sıklıkla mahkeme tarafından atanan bilirkişi uygulaması görülmektedir⁴⁷. Her ne kadar aile hukuku uygulamalarında Teksas'taki mahkeme tarafından atanan bilirkişiler iyi çalışmakta ve genel olarak takdir görse de, diğer dava tiplerinde mahkeme tarafından atanan bilirkişiliğin tercih edilmemesi ve uygulanmasına izin verilmemesi bir muammadır.

⁴⁵ Cecil/Willging, s. 543.

⁴⁶ Cecil/Willging, s. 543.

⁴⁷ Champagne/Easterling/Shuman/Tomkins/Whitaker, s. 183.

İspata ilişkin Federal Kurallar'ın (FRE) 706. maddesinde açıkça mahkeme tarafından atanan bilirkişi kurumuna izin verilmiştir. Ancak, bu yetki sadece bölge mahkemelerine (*district court*) verilmiştir. Mahkeme tarafından atanan bu bilirkişilerin asıl görevi, tarafların sunduğu delilleri ayrıntılı bir şekilde inceleyerek davanın esasına karar vermek (*merits decision*) üzere vakıa tespiti yapan (*fact-finder*) jüri veya hakime yardım etmektir. Bilirkişilerin mahkeme tarafından atanmasının birçok faydası olmasına rağmen, aynı zamanda çok da eleştiri alan bir sistem haline geldiği saklanamayacak bir gerçektir. Şöyle ki, bu sistemde bilirkişiler, hakim'in yetki alanına taşarak, adeta hakimmişçesine karar verebilmektedir⁴⁸. Halbuki, bilirkişiliğin esas amacı, bilirkişi tarafından bazı bilimsel, teknik ve diğer uzmanlaşmış bilginin varlığı olmaksızın vakıaların değerlendirilmesinin zor veya imkansız olduğu durumlarda çözüm yolu oluşturmasıdır⁴⁹. Mahkeme tarafından atanan bilirkişi sistemini düzenleyen İspata ilişkin Federal Kurallar'ın 706. maddesi, atanan bilirkişinin davanın tarafları tarafından sorgulanabilmesine (*adversarial examination*) izin vermektedir. Bu imkân sayesinde yargılama görülürken varolan boşluklar tamamlanmış olmaktadır. Ancak, hakim'in sadece teknik bir danışman (*technical advisor*) boyutunda yardım istediği hallerde, sorgu aşaması her ne kadar yargılamanın tamamlayıcı bir unsuru olsa da, hem yargılamayı uzatacak, hem hakim'in "*fact-finder*" olarak delil tespiti görevini yerine getirmekten kaçınarak bu görevi sorgu aşamasına bırakmasına neden olabilecek, hem de tüm bunlar ışığında hakim'in veya jürinin fikirlerinin çapraz sorguyla etkilenecek taraflı olabileceği endişesi oluşacaktır. Sonuç olarak, tüm bu sebepler, hakimlerin İspata İlişkin Federal Kurallar'ın 706. maddesini uygulamaktan çekinmelerine yol açmaktadır⁵⁰.

⁴⁸ Robert L. Hess, Judges Cooperating With Scientists: A Proposal For More Effective Limits On The Federal Judge's Inherent Power To Appoint Technical Advisors, *Vanderbilt Law Review*, vol. 54, 2001, s. 547.

⁴⁹ Edward V. Di Lello, Fighting Fire With Firefighters: A proposal For Expert Judges At The Trial Level, *Columbia Law Review*, vol. 93, 1993, s. 474.

⁵⁰ Ryan M. Seidemann/James G. Wilkins/Mindy Heidel, Closing The Gate On Questionable Expert Witness Testimony: A Proposal To Institute Expert Review Panels, *Southern University Law Review*, vol. 33, 2005-2006, s. 52-53.

b. İngiliz Hukukunda

İngiltere'deki sistem ise 1999 yılı itibariyle, mahkeme tarafından atanan bilirkişilere dayanmaktadır⁵¹. Lord Woolf tarafından hazırlanan ve medeni yargılama sisteminde reformu amaçlayan rapor doğrultusunda şekillenen İngiliz Usul Kanunu (*Civil Procedure Rules-CPR*) özellikle usul ekonomisine hizmet etmek amacıyla oluşturulan bir kanundur. Her ne kadar CPR, bilirkişilik müessesesine yönelik olarak temel bir değişiklik getirmemişse de, İngiliz hukukuna müşterek bilirkişi müessesesini (*single joint expert*) dahil etmiştir. Müşterek bilirkişi düzenlemesiyle, özellikle delilin tartışmasız olup da, bu delilin açıklanmasının mahkeme açısından gerekli olduğu durumlarda karşılaşılmaktadır. Ancak uyuşmazlık konusu meblağın yüksek olduğu önemli davalarda her iki tarafın da ayrı olarak bilirkişi belirlemesi ve bunlardan ayrı ayrı rapor alınması düzenlemesi de halen varlığını korumaktadır⁵². Müşterek bilirkişinin ücreti mahkeme tarafından tayin edilmemekte ve ödeme de mahkeme tarafından yapılmamaktadır. Taraflar, avukat (*solicitor*)⁵³ ve bilirkişi, bilirkişi ücreti üzerinde anlaşmakla⁵⁴ birlikte; uygulamada sıklıkla bilirkişi ücreti sözleşmesi, avukat ve bilirkişi arasında imzalanmaktadır⁵⁵. Müşterek bilirkişi kurumuna ilişkin düzenlemeler CPR'nin 35.7. maddesinde yer almaktadır. CPR'nin 35.7(1). maddesi tarafların talebi ile mahkeme tarafından tek bir ortak bilirkişinin tayin edilebileceğini belirten; 35.7(3). madde tarafların ortak bilirkişi seçiminde anlaşamadığı takdirde söz konusu olacak seçeneklere yer vermektedir. Tarafların ortak bir bilirkişi üzerinde anlaşamadıkları durumlarda bilirkişi listeden seçilecek

⁵¹ **Demirkapı**, s. 54.

⁵² **Güralp**, s. 207.

⁵³ İngiliz hukukunda mahkeme huzuruna çıkmayan, duruşmalara katılmayan kısaca danışman avukat anlamına gelmektedir, Henry J. **Abraham**, *The Judicial Process, An Introductory Analysis Of The Courts Of The United States, England, And France*, New York 1998, s. 92.

⁵⁴ Hukuk Davalarında Bilirkişilerin İfade Vermelerine Yönelik Bilgilendirme Protokolünün (*The Protocol for the Instruction of Experts to Give Evidence in Civil Claims*) 7. Bölümünde bu anlaşma sırasında hangi unsurların belirleneceği özetlenmektedir.

⁵⁵ Louis **Blom-Cooper QC**, *Experts In The Civil Courts*, Expert Witness Institute, Oxford 2006, s. 35.

yahut mahkeme bilirkişiyi kendisi tayin edecektir. Taraflar kendileri de davanın her aşamasında tavsiye almak amacıyla bilirkişi görevlendirebilmektedir. Yani taraf bilirkişisinin kullanımına bir engel yoktur; fakat mahkeme bilirkişisinin inceleyeceği delilin davanın çözümü için gerekli olmadığına karar verirse, bilirkişiyi görevlendiren taraf bu delile dayanamayacaktır. Bunun sonucu olarak da bilirkişi masraflarını davayı kazansa dahi geri alamayacaktır⁵⁶.

c. Fransız Hukukunda

1970 yılından sonra Fransa'da, bazı istisnai haller dışında, hakim bilirkişiyi taraflarla müzakere etmeden seçmeye başlamıştır. Bilirkişi tamamen teknik sorunlarla ilgilenmek zorundadır⁵⁷ ve asla hukuki konularda veya bulguların (*findings*) hukuki etkileri üzerinde açıklama yapamaz (CPC madde 238). Bilirkişi, tarafların temsilcisi değildir; ama görevini hakimden alan adli sistemin bir yardımcısı gibi hareket etmektedir. Fransız hukukunda bilirkişiliğe yönelik olarak dikkat çeken temel hususlar özellikle, bilirkişinin mahkemenin (adli veya idari) tayini ile göreve gelmesi; bilirkişinin görüşünün hakimi bağlayıcı nitelikte olmaması⁵⁸; yani tavsiye niteliğinde (*advisory*) olması ve bilirkişinin amacının hakim karar vermesine yardımcı olmasıdır. Fransız hukukunda da, Türk hukukunda olduğu üzere davanın tarafları, iddia ve savunmalarını ispat etmek üzere mahkemeden bilirkişi incelemesi yapılmasını talep edebileceği gibi; tarafların talebine bağlı olmaksızın hakim de kendiliğinden bilirkişiyi başvurması kararı verebilmektedir⁵⁹. Esas olarak, bilirkişi mahkeme tarafından tayin edilmekte ve bilirkişi bir nevi mahkemenin memuru kabul edilmektedir. Bilirkişilerin mahkeme tarafından atanması sistemi *le Roi Soleil* 14. Louis zamanına dayanan çok

⁵⁶ CPR madde 35.4; **Blom-Cooper QC**, s. 31.

⁵⁷ June 1, 1957, Cass. Civ. 1957 D. jur.; Apr. 21, 1958, Cass. Civ. 1958 D. Jur. 432; Pierre **Hebraud**/Pierre **Raynaud**, *Chronique De Procédure Civile*, *Revue Trimestrielle De Droit Civil*, vol. 58, 1959, s. 357vd.

⁵⁸ CPC madde 246. İlgili kararlar için bkz. Civ. 1., 12 novembre 1985. JCP 1985. IV. 40; Civ. 2., 14 décembre 1983: Bull. civ. II, n. 202; Civ. 3., 23 mars 1994: Bull. civ. III, n. 66.

⁵⁹ CPC madde 143; Yahya **Deryal**, *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, Ankara 2004, s. 95.

eski bir uygulamadır⁶⁰. Bu sebeple Fransa’da son derece gelişmiş bir “mahkeme tarafından atanan bilirkişi” sistemi mevcuttur⁶¹.

d. Türk Hukukunda

Türk hukukunda de mahkeme bilirkişi incelemesine kendiliğinden karar verebileceği gibi, taraflardan birinin talebi ile de karar verebilmektedir. Mülga Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu’nun 276. maddesinde “*ehlî-vukuf, iki taraf ittîfak edemedikleri halde tahkikat hakimi tarafından intihap olunur...*” hükmü yer almaktaydı. Uygulamada tarafların bilirkişinin seçimi konusunda uzlaştığını görmek pek mümkün olmamaktaydı. Dolayısıyla uygulamada zaten bilirkişiyi doğrudan hakim belirlemekte idi. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 268. maddesinde bilirkişinin seçimi konusunda tarafların uzlaşması ön şartını kaldırmış olmasının nedeni uygulamanın kanuna yansımaya olduğu kanaatindeyiz. Zaten taraflar bilirkişinin seçimi konusunda anlaşsın ya da anlaşmasın onu tayin edecek hakimin kendisidir. Bu sebeple, Türk hukukunda mahkeme tarafından atanan bilirkişilik söz konusudur. Bununla birlikte, Hukuk Muhakemeleri Kanunu ile birlikte hukumuza yeni dahil olan uzman görüşü, Anglo-Amerikan hukukundaki “taraf bilirkişisi” ile paralel bir uygulama gibi gözükse de değildir. Kanunda uzman görüşüne gerek özel ve teknik bilgiyi gerektiren hususlarda, gerek hukuki görüş için başvurulabileceği belirtilmektedir. Aslında “uzman görüşü” daha

⁶⁰ 1670 tarihli Fransız Ceza Usul Kanununda açıkça yer almaktadır. 1667 Emirnamesi Fransa’daki ilk milli usul kanunudur ve sonrasında bu kanun 1806 tarihli Napolyon Kanunu’nun bir parçası olmuştur (madde 302-323). Ayrıca, bu düzenlemeler aşamalı bir şekilde geliştirilerek 1944 yılında tamamıyla değişikliğe uğramış ve hatta Amerikan bilirkişilik uygulamasına yönelik olarak çalışan reformculara Fransız deneyiminden yararlanmak adına güzel bir fırsat sağlamıştır. 15 Temmuz 1944 tarihli kanun, 1667 tarihli düzenlemeye ilişkin yapılan en büyük yeniliktir. 1667 tarihli düzenleme erken dönemin teknolojik ihtiyaçlarını karşılamaya yönelik olduğu için, 20. yüzyılın ihtiyaçlarını karşılamıyordu ve 20. yüzyıl uygulaması için elverişsiz (*impractical*) kalmaktaydı. En önemli değişikliklerden biri, yargılama sürecini hızlandırma amacı taşıyan “*judge delegate*” yahut da “*juge de la mise en état*” olarak adlandırılan hakimlerin 30 Ekim 1935 tarihinde ilk kez kanun hükmünde kararname aracılığıyla varlık kazanmasıdır. William J. Travis, Impartial Expert Testimony Under The Federal Rules Of Evidence: A French Perspective, International Lawyer, vol. 8/3, 1974, s. 493, 494, 505.

⁶¹ Travis, s. 493.

önce uygulamada mevcut olup ancak kanunda yasal dayanağı olmayan “hukuki mütalaa”nın kendisidir. Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 293. maddesine⁶² göre, taraflar dava açıldıktan önce veya sonra, mahkemenin bilirkişiye başvurmasını beklemeden kendileri için eksik olan özel ve teknik bilgiyi gidermek ve iddia ve savunmalarını güçlendirmek için uzman görüşü alabilirler. Belirtmek gerekir ki, uzman görüşünü veren özel uzmanlar resmi bilirkişilerden farklı bir konumdadır. Her ikisine de bilirkişi denilmesi, kendilerinden uzmanlıklarıyla ilgili görüş alınması nedeniyledir⁶³. Uzman görüşü teknik anlamda bir bilirkişi raporu değildir⁶⁴. Bununla birlikte, uzman görüşleri hakim tarafından serbestçe değerlendirilebilecektir. Özel uzman ile taraf arasında bir özel hukuk sözleşmesi varken, bilirkişi hakimin yardımcısı olarak görülmektedir ve bilirkişi ile mahkeme arasındaki ilişkinin kamu hukukuna tabi olduğu kabul edilmektedir. Özel uzman ile davanın tarafları arasında özel hukuka ilişkin bir sözleşme olduğu kabulünün doğal sonucu olarak, özel uzmanın sorumluluğu da akdi sorumluluktur. Özel uzman görüşü resmi bilirkişi raporu niteliğinde delil olmayıp sadece tarafın mahkemeye sunduğu yazılı belgeye dayalı beyanıdır⁶⁵. Uzman raporu hakimin kişisel görüşünün oluşması için bir yardım vasıtasıdır⁶⁶. Bununla birlikte usul hukuku anlamında bilirkişi delili değildir. Ancak her iki taraf özel uzman görüşünün değerlendirmesinde anlaşırsa, mahkeme özel uzman raporunu esas alarak değerlendirebilecektir⁶⁷.

Bilirkişilerin mahkeme tarafından atanmasını, taraf bilirkişiliğinden daha tatminkâr bulmaktayız. Özellikle bilirkişi ücretinin ödenmesinin mah-

⁶² “(1) Taraflar, dava konusu olayla ilgili olarak, uzmanından bilimsel mütalaa alabilirler. Sadece bu nedenle ayrıca süre istenemez. (2) Hakim, talep üzerine veya resen, kendisinden rapor alınan uzman kişinin davet edilerek dinlenmesine karar verebilir. Uzman kişinin çağrıldığı duruşmada hakim ve taraflar gerekli soruları sorabilir. (3) Uzman kişi çağrıldığı duruşmaya geçerli bir özrü olmadan gelmezse, hazırlamış olduğu rapor mahkemece değerlendirmeye tabi tutulmaz”.

⁶³ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 798.

⁶⁴ Hakan Pekcanitez, Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Ankara 2009, s. 398.

⁶⁵ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 798.

⁶⁶ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 798.

⁶⁷ Pekcanitez/Atalay/Özekes, s. 798.

keme aracılığıyla yapılması bilirkişinin tarafsızlığının sağlanması açısından önemli bir kriterdir. Ayrıca, taraf bilirkişisinin tercih edildiği bir sistemde, tarafların ayrı ayrı bilirkişi getirerek onlara kendi görüşleri için etki ve hatta baskı yapması ve çatışan iki rapor ortaya çıkması mümkünken, bilirkişilerin mahkeme tarafından atanması durumunda hem bilirkişi raporu taraflardan bağımsız olacak, hem de hakim çatışan iki görüş arasında seçim yapmak zorunda kalmayacaktır. Bununla birlikte, mahkeme tarafından atanan bilirkişilerin yargının karar verme yetkisine tecavüz etme riskinin bulunduğu da bir gerçektir. Bu duruma engel olmak için, mahkemenin bilirkişinin görevlendirilmesine ilişkin kararında Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 273. maddesinde öngörüldüğü üzere, inceleme konusunun bütün sınırlarıyla ve açıkça belirlenmesi ve bilirkişinin cevaplaması gereken soruların belirtilmesi zorunlu olmalıdır. Bunun için hakim öncelikle maddi sorunlarla hukuki sorunları kesin çizgilerle birbirinden ayırmalı; hangi maddi vakia veya vakıaların özel ve teknik bilgilere dayandırılarak anlatılmasını yahut tespit edilmesini istiyorsa, somut sorular halinde bilirkişiye bildirmelidir⁶⁸.

B. Bilirkişilik Kurumuna Alternatif Olarak Üretilmiş Bilirkişi Türleri “*Special Master*” - “*Technical Advisor*” - “*Lay Assessors*” - “*Amicus Curiae*” - “*Science Court*”

Türk hukukunda olduğu üzere, Anglo-Amerikan ve Fransız hukuklarında da yargılamanın uzun sürmesi ve yargılama masraflarının fazla olması eleştirilen önemli hususlardandır. Bilirkişi müessesesi aksayan, geciken adaletin ve fazla masrafların en önemli sebeplerinden biri olarak gösterilmektedir. Hızla artan bilimsel gelişme ve doğurduğu karmaşa ve güçlük bu durumu daha da kötü hale sokmaktadır. Bununla birlikte bilirkişilerin güvenilir olmayan, objektif olmayan hatta zorlama yazılmış denebilecek raporları da bu kuruma olan güveni fazlasıyla sarsmaktadır. Sorunlu olan bu önemli

⁶⁸ Amerikan hukukunda, İspata İlişkin Federal Kurallar'ın 706. maddesinde aynı doğrultuda mahkeme tarafından atanan bilirkişilerin mahkeme tarafından görevlerinin kapsamı hakkında yazılı olarak bilgilendirilmesi gerektiği belirtilmektedir. Hükme göre, bu yazılı görev metni mahkeme memurları tarafından oluşturulabileceği gibi, tarafların da yer aldığı ve aynı zamanda katkıda bulunabildiği bir toplantıda da oluşturulabilmektedir. İngiliz hukukunda ise, CPR'nin 35.1. maddesinde genel bir ifadeyle, bilirkişi delilinin dava konusu mesele ile sınırlandırılması gerektiği belirtilmektedir.

kuruma yönelik olarak hukuk sistemlerinde çeşitli çözüm önerileri oluşturulmuş ve yeni yöntemler uygulanmaktadır. Bunlardan biri, Amerikan hukukunda yaygınlaşması önerilen, mahkeme tarafından atanan bilirkişilik uygulaması “*court appointed experts*” (Türk hukukunda zaten var olan) ve “*special master*” denilen özel uzmanlık kurumudur. Mahkeme tarafından atanan bilirkişileri de kendi içinde ikiye ayırabiliriz. 1-İspata ilişkin Federal Kurallar’ın 706. maddesi kapsamında mahkeme tarafından atanan bilirkişiler “*expert witness*, 2- 706. madde kapsamına girmeyen ve fakat mahkeme tarafından atanan teknik danışmanlar “*technical advisor*”. Ayrıca İngiliz hukukunda görülen danışmanlar “*lay assessors*” da yargılamada işlevsel bir görev üstlenmişlerdir. *Amicus curiae* kurumu da kendine özgü yapısı ile dikkat çekmekte ve bilirkişilik kurumunun boşluklarını doldurmak amacıyla Anglo-Amerikan ve Fransız hukuk sistemlerinde yer almaktadır. Bununla birlikte, çok daha ileriye giderek bir bilim mahkemesi (*science court*) kurulması dahi önerilmiştir.

Mahkeme tarafından atanan bilirkişilere (İspata İlişkin Federal Kurallar 706. madde kapsamında) yukarıda bilirkişi türlerini genel olarak ikiye ayırarak açıkladığımız A. bahsinde yer verildiği için bu başlık altında tekrar anlatılmayacaktır. Bu başlık altında ise herhangi bir önem sırası gözetilmeksizin “Taraf bilirkişisi” ve “mahkeme tarafından atanan bilirkişiler”e alternatif olan bilirkişilik türleri incelenecektir. Çalışmada, bu müesseselerin temel olarak hangi amaçları taşıdıkları ve yargılamaya kattıkları değerler bakımından bir çözüm yolu oluşturup oluşturmadıkları ele alınacaktır:

1. Özel Uzman (*Special Master*)

Amerikan hukukunda, özellikle uyuşmazlık konusunun karmaşık olduğu hukuk davalarında (*complex civil cases*) çözüm yolu olarak öngörülen “özel uzman” lar, tayin edildikleri dava konusunda uzman olan yerel avukatlar (*local practicing attorney*)⁶⁹, hukuk öğretim üyeleri veya emekli hakimlerdir. 17. yüzyılın başlarında, Amerika’nın İngiltere’nin sömürgesi olduğu dönemlerde, temyiz mahkemesinin İngiliz içtihadının bütünleyici bir parçası halini almasıyla, temyiz mahkemesinin çarklarının iyi bir şekilde

⁶⁹ Linda J. **Silberman**, *Judicial Adjuncts Revisited: The Proliferation Of Ad Hoc Procedure*, *The University of Pennsylvania Law Review*, vol. 137/6, June 1989, s. 2134.

işleyebilmesi için kendilerinden yararlanılan özel uzmanlar⁷⁰ yargılamanın önemli bir parçası haline gelmişlerdir. Özel uzmanın mahkeme tarafından atanması Federal Usul Kanunu'nun 53. maddesinde açıkça belirtilmiştir: “Jürinin olduğu davalarda, davaya ilişkin meseleler karmaşıksa; jürinin olmadığı davalarda da zararların hesaplanmasının zor olduğu durumlarda istisnai bir durumun varolduğunu göstermek şartıyla özel uzman tayin edilebilir.” Burada Amerikan Yüksek Mahkemesi'nin ve federal mahkemelerin aradığı ve dikkat ettiği iki unsur söz konusudur. “Karmaşık (*complicated*)” olma ve “istisnai koşul (*exceptional condition*)”. Belirtmek gerekir ki, sonucu belirleyecek olan tasarrufi konularda (*dispositive matters*) özel uzmana danışmak hatalı ve yersiz kabul edilmektedir. Özel uzmanlar delilin güvenilirliğine ilişkin tanıklık yapamaz veya görüş bildiremez⁷¹. Federal mahkemeler, özel uzman atanması için Federal Usul Kanunu 53. maddeyi dayanak olarak gösterebilecektir⁷². Hakim, ana görevi olan, davanın vakıalarının belirlenmesi (*findings of fact*) ve hukuki sonuca varılmasını (*conclusions of law*) da kapsayan, hüküm verme işini (*dispositive rulings*) bizzat kendi yapmalı ve bu işin yapılmasında özel uzmana yetki vermemelidir⁷³. Bu kısıtlamaların en önemli sebebi, yargılama sürecinin Senato tarafından onay alınmış bir bireye devredilmesinin engellenmek istenmesidir⁷⁴. Bu tip kısıtlamalar, özel uzmanların görev alanlarını kısıtlayarak, sadece kendine özgü karmaşık ya da hakim veya jüri için ayrıştırması külfetli olan hukuki meselelerle ilgilenmeleri sonucunu doğurmaktadır⁷⁵. Özel uzmanlar,

⁷⁰ James R. **Bryant**, The Office Of Master In Chancery: Colonial Development, American Bar Association Journal, vol. 40, July 1954, s. 595.

⁷¹ In re Bituminous Coal Operators' Association, Inc., 949 F. 2d 1165, (D.C Circuit 1991).

⁷² Ayrıntılı bilgi için bkz. I. David **Levine**, The Authority For The Appointment Of Remedial Special Masters In Federal Institutional Reform Litigation: The History Reconsidered, University of California Law Review, vol. 17/3, Spring 1984, s. 753-805; James S. **DeGraw**, Rule 53, Inherent Powers And, Institutional Reform: The Lack Of Limits On Special Masters, New York University Law Review, vol. 66, 1991, s. 800 vd.

⁷³ In re Bituminous Coal Operators' Association, Inc., 949 F. 2d 1166, (D.C Circuit 1991).

⁷⁴ Böyle bir yetki devrinden çekinen Amerikan Yüksek Mahkemesi La Buy v. Howes Leather Co., 352 U.S. 249 (1957) davasında bu endişesini gösteren bir karar vermiştir.

⁷⁵ **Silberman**, s. 116; Robert H. **Freilich**, Editor's Comment: The Use Of A Special Master In Complex Environmental Litigation, The Urban Lawyer, vol. 29/1, winter 1997, s. 1.

Bölge Mahkemesi hakim ve jürilerine karmaşık muhasebe işlerinde yardımcı olmanın yanı sıra, yargılama sonrası hakim tarafından yazılan kararın yazılmasını (*post-trial order*) da denetlemektedirler⁷⁶. Her ne kadar son yıllarda, özel uzmanların geleneksel görevlerinin kapsamı genişlese de, kanuni yeterlilikleri büyük ölçüde örgütsel (*organizational*) boyutta kalmıştır⁷⁷.

Yargılamada zamanın kısıtlı olması ve bazı anlaşılması zor ve teknik konuların varlığı özel uzmanlara başvurulmasının temel sebepleri arasında gösterilmektedir. Özellikle zararın hesaplanması ve muhasebe konularında özel uzmanın tayin edilmesi sorun yaratmamaktadır; çünkü özel uzmanlar bu tip konularda hukuki analiz yapmamakta, hakimin yargılama ve takdir alanına karışmamaktadır⁷⁸. Özel uzmanlara özellikle yüksek miktarda paranın dağıtımının ve idaresinin söz konusu olduğu topluluk davalarında (*class action*)⁷⁹ rastlanmaktadır. Bu tür davalarda, örneğin kaç üyenin davada taraf olabileceğinin belirlenmesi ve taraflara elde edilen tazminattan ne kadar pay düşeceği konularının belirlenmesi hususunda mahkemeye büyük rol düşmektedir. Türk hukukuna “topluluk davaları” Hukuk Muhakemeleri Kanunu’nun 113. maddesi ile birlikte yeni dahil olmuştur. Amerikan hukukundan farklı olarak tazminat talebini bünyesinde barındırmayan topluluk dava türü için böyle bir özel uzman bu çerçevede gerekli olmayacaktır.

Özel uzman kurumu ile mahkeme tarafından atanan bilirkişi sistemini karşılaştıracak olursak: Mahkeme tarafından atanan ve kendilerine tarafsız “*neutral expert*” de denilen bu bilirkişiler genellikle özel uzmanlara göre kendi alanlarındaki meseleleri daha iyi anlayacak şekilde donatılmışlardır. Ayrıca, mahkeme özel uzman düzenlemesinde öngörülen “karmaşık (*complicated*)” olma ve “istisnai olma (*exceptional condition*)” gibi kısıtla-

⁷⁶ Williams v. Lane, 851 F.2d. 867 (7. Circuit 1988); Gary W. v. Louisiana, 601 F. 2d 240 (5. Circuit 1979). Örneğin asbest davasındaki bilgilerin biraraya getirilmesi gibi, **Silberman**, s. 116.

⁷⁷ **Silberman**, s. 116.

⁷⁸ Wayne D. **Brazil**, Special Masters In Complex Cases: Extending The Judiciary Or Reshaping Adjudication?, The University of Chicago Law Review, vol. 53/2, Spring 1986, s. 396.

⁷⁹ Amerikan hukukundan örnek olarak: In re “Agent Orange” Product Liability Litigation, 94 F.R.D 173 (E.D.N.Y 1982).

yıcı (*restrictive*) şartları, mahkeme tarafından atanan bilirkişi müessesesinde aramak zorunda değildir.

Kısaca özel uzman müessesesinin faydaları olsa bile, bilirkişilik kurumunun karmaşıklığını yeterince ortadan kaldırabilen bir usul değildir. Mahkemenin özel uzman ataması davanın tarafları ve avukatların yarattığı gerilimi sona erdirmez⁸⁰; ama dikkatli ve doğru uygulandığında, özel uzmanlar mahkemelerde var olan uyuşmazlığın çözümüne mani olan gerilimin bastırılmasında önemli rol oynarlar. Çünkü davanın karmaşık bir hale girdiği sırada, özel uzmanlar devreye girerek anlaşılması zor ve teknik sorunların çözülmesine yardımcı olurlar.

2. Teknik Danışman (*Technical Advisor*)

Yine mahkeme tarafından atanan ve fakat kendilerine “*technical advisor*”; yani teknik danışman denilen, adeta hakimin kişisel danışmanı (*personal advisor*) gibi hizmet eden kişiler Amerikan hukukunun bir parçası olmuştur. Hakimlerin bu teknik danışmanları atama yetkisi, Anglo-Amerikan hukukuna hakim olan, vakıaların ve delillerin sadece taraflarca getirilmesi usulüne (*adversarial process*) bağlı olmaksızın; yani tarafların taleplerine bağlı olmaksızın hakimlere tanınmış bir yetkiye (*inherent power*) dayanmaktadır⁸¹. Bununla birlikte, bu teknik danışmanların atanması çok nadir görülmektedir⁸². Bunun sebebi, Federal Usul Kanunu’nun 53. maddesinde düzenlenen “özel uzman” atanmasına yönelik olarak varolan kısıtlamaların, bu teknik danışmanların özel uzmanlara benzemesi sebebiyle onlar için de uygulanmasındandır. Önemle vurgulamak gerekir ki, bu teknik danışmanlar İspata İlişkin Federal Kanun’un 706. maddesinde düzenlenen bilirkişilerden de çok farklıdır ve hukuki dayanağı 706. madde değildir⁸³. Bu teknik danışmanlar sadece içtihadı olarak (*judicially*) ortaya çıkmakta, Federal

⁸⁰ **Brazil**, s. 423.

⁸¹ **Reilly v. U.S.**, 863 F. 2d 149, 154 (1.Circuit 1988); **Ex Parte Peterson**, 253 U.S. 300, 312-313, 40 (1920).

⁸² **Hess**, s. 548.

⁸³ **Ass’n of Mexican-American Educators v. California**, 231 F. 3d. 572,591 (9. Circuit 2000).

Kanun'a dayanmamaktadır⁸⁴. Teknik danışmanlar sadece “gerçekten istisnai olan (*truly extraordinary*)” durumlarda; yani hakimin ilgili konuda beceri ve uzmanlığının olmadığı ve hakime yüklenen hukuki görev alanına taşmadan hüküm verilmesini hızlandırma amacı taşıyan davalarda atanmaktadırlar⁸⁵. Burada üzerinde hassasiyetle durulan husus şudur: Hem hüküm verme süreci hızlandırılmak istenmektedir; hem de hakimin sahip olduğu hukuki rolün zedelenmesinden kaçınılmaktadır. Aksi takdirde, teknik danışman yetkisini aşarak hakimmişçesine karar verir hale gelebilir. Bu da hiç istenmeyen ve çekinilen bir durumdur.

3. Danışmanlar (*Lay Assessors*)

Bu kurumun kaynağı İngiliz hukukudur ve meşruluğunu Supreme Court Act 1981'den almaktadır. Bu danışmanlar, mahkemenin bir üyesi sıfatına sahip olmadan, uzman olarak bir hakimin yanında yer almak ve hakime tavsiyelerde bulunmaktadırlar. Aslında danışmanlık kurumu olarak belirtebileceğimiz bu yöntemi kullanma hakkı uzun zamandır mahkemelere tanınmakta; fakat çok nadiren kullanılmaktadır⁸⁶. Bu yöntem yalnızca “*admiralty court*”; yani deniz hukukuna yönelik yargılamalarda ve ileri ölçüde ve üstün teknolojiye sahip konuları içeren patent davalarında uygulanmaktadır. Hakimler, özel uzmanlığa sahip bu danışmanları sadece belirli konulardaki davalarda kendileri ile birlikte duruşmalara katılmaları için tayin etmektedirler. Bu davalar genellikle teknik ve bilimsel delillerin önemli rol oynadığı davalardır. Bu danışmanların temel görevi, delilleri dinlemek ve kararın oluşturulmasında (*forming a judgement*) ve yorumlanmasında gerekebilecek yardımı hakime sunmaktır. Bununla birlikte, son kararı hakim yine kendi öz iradesine göre verecektir; yani danışman kararları hakim bakımından bağlayıcı değildir. *MacFadden v. Murdock* (1867) 11r CLR 211 davası, uzman kişinin niteliği kadar tecrübesinin de önemli olduğunu belirterek danışmanlık müessesesinin önemine vurgu yapmıştır. Birçok davada, hukuki kararların verilmesi aşamasında avukatlar tarafından teknik danışmanlık hizmeti verilmektedir. Hakimler, yanlarında çalışan hukuki

⁸⁴ Seidemann/Wilkins/Heidel, s. 53, dipnot 141.

⁸⁵ Reilly v. U.S., 863 F. 2d 149, 156.

⁸⁶ Blom-Cooper QC, s. 185.

anlamda nitelikli elemanlara danışmakta ve sonunda hukuku ve vakıaları özetleyerek jüriye sunmaktadırlar⁸⁷. Belirtmek gerekir ki, danışmanlar doğrudan hakime bağlıdırlar ve tarafların bu danışmanlara soru sormaları veya hakim tarafından danışmana sorulan sorulara danışmanın verdiği açıklamalar hakkında bilgi sahibi olmaları mümkün değildir. Bu sebeple, bunların delil niteliğinde olmadığı kabul edilmektedir⁸⁸.

4. “*Amicus Curiae*” (*Friends Of The Court*)

*Amicus curiae*⁸⁹, incelediğimiz hukuk sistemleri içinde, bilirkişilik müessesesine alternatif olan ve aynı zamanda bilirkişilik müessesesi kadar önem taşıyan bir müessesesedir. Bu önemine binaen, bilirkişilik müessesesine alternatif olarak üretilmiş diğer bilirkişilik türlerinden farklı olarak daha kapsamlı bir inceleme yapacağız.

a. *Anglo-Amerikan ve Fransız Hukuklarında Amicus Curiae*

Amicus curiae'nin sözlük anlamı, mahkemenin arkadaşı (*friend of the court*)'dır. *Amicus curiae* kurumu, özellikle Anglo-Amerikan hukuk sisteminde uzun zamandır varlık gösterse de, *amicus*'un görevi hiçbir zaman açıkça tanımlanmamıştır⁹⁰. *Amici*, bir davada doğrudan menfaati olmadığı halde, kendi inisiyatifıyla davaya müdahale eden, kendi bilgi birikimine dayanarak vakıa ve hukuk bakımından fikir veren ve aslında “*bystander*”; yani seyirci sıfatını verebileceğimiz kişidir⁹¹. *Grice v. R. Ferguson J* davasında, *amicus curiae* hakimin hukuk konusunda hatalı ve şüpheli olduğunu

⁸⁷ Elliot/Quinn, s. 202,203.

⁸⁸ Demirkapı, s. 56.

⁸⁹ “*Amici*”ve “*amicus*”, mahkemenin arkadaşları olarak adlandırılan bu kişileri ifade ederken; “*amicus curiae*”, bu kuruma verilen genel adlandırmadır. *Amicus, amici*'nin çoğuludur.

⁹⁰ Johannes Chan, *Amicus Curiae And Non-Party Intervention Focus On The Ma Case*, Hong-Kong Law Journal, vol. 27, 1997, s. 394.

⁹¹ Ernest Angell, *The Amicus Curiae American Development Of English Institutions, International and Comparative Law Quarterly*, vol.16, 1967, s.1017: “*A friend of the court. A term applied to a bystander, who without having an interest in the cause, on his own knowledge makes suggestion on a point of law or of fact.*” Frank M. Covey, *Amicus Curiae: Friend Of The Court*, De Paul Law Review, vol. 9, 1959-1960, s. 30 vd.

bildiren bir seyirci olarak tanımlanmaktadır⁹². *Amicus* dilekçesi (*brief*), davaya taraf olmayan; taraflardan bağımsız olarak hareket eden⁹³; diğer taraftan mahkemenin karar vereceği hukuki meselede dolaylı olarak menfaati olan bir kişi tarafından oluşturulmaktadır⁹⁴. *Amici* çoğunlukla davanın taraflarının bakış açısından farklı bir şekilde sorunları gösterebilmekte ve meseleye uygulanacak hukuk kurallarının karmaşıklaşması karşısında, mahkemenin meseleyi algılamasını kolaylaştırmaktadır⁹⁵. *Amici* vakıasal sorunlar bakımından görüş bildirebileceği gibi; hukuki konularda da görüş bildirebilmektedir⁹⁶. *Amici*'nin, hukuki konularda da görüş bildirebilmesi onu bilirkişilerden ayırmaktadır. Yüksek Mahkeme Kuralları'nın (*Rules of the Supreme Court*) 37. maddesi, *amicus curiae* uygulamasına dayanak oluşturmakta ve *amicus* dilekçesi hakkında usulü belirtmektedir. Bu maddede *amicus* dilekçesinin oluşturulabilmesi için tarafların yazılı onayının gerekli olduğu; taraflardan biri onay vermediği takdirde ise mahkemenin *amicus* dilekçesinin kabul edilmesinin takdiri için tarafların talepte bulunabileceği belirtilmektedir. Bununla birlikte, başsavcının, taraflardan yahut da mahkemenin ABD'nin menfaati için *amicus* dilekçesi oluşturulması konusunda izin almasına gerek yoktur. Bu istisna sadece Başsavcıya tanınmakta; mesela Kongre üyelerine ya da ABD Senatosuna tanınmamaktadır⁹⁷. Ayrıca *amicus* dilekçeleri mutlaka Yüksek Mahkeme Barosunun (*Supreme Court Bar*) bir

⁹² 1957, 11 DLR 699, 702.

⁹³ **Chan**, s. 394.

⁹⁴ Victor E. **Flango**/Donald C. **Bross**/Sarah **Corbally**, *Amicus Curiae Briefs: The Court's Perspective*, *The Justice System Journal*, vol. 27/2, 2006, s. 181; Paul M. **Smith**, *The Sometimes Troubled Relationship Between Courts And Their 'Friends'*, *Litigation*, vol. 24, 1998, s. 24 vd; L. T. **Munford**, *When Does The Curiae Need An Amicus?*, *Journal of Appellate Practice and Process*, vol. 1, 1999, s. 281; Susan **Hedman**, *Friends Of The Earth And Friends Of The Court: Assessing The Impact Of Interest Group Amici Curiae In Environmental Cases Decided By The Supreme Court*, *Virginia Environmental Law Journal*, vol. 10, 1990, s. 188.

⁹⁵ Andrew **Frey**, *Amici Curiae: Friends Of The Court Or Nuisances?*, *Litigation*, vol. 33/1, 2006-2007, s. 5.

⁹⁶ Dinah **Shelton**, *The Participation Of Nongovernmental Organizations In International Proceedings*, *American Journal of International Law*, vol. 88, 1994, s. 611.

⁹⁷ Judithanne Scourfield **McLauchlan**, *Congressional Participation As Amicus Curiae Before The U.S Supreme Court*, New York 2005, s. 5.

üyesi tarafından oluşturulmalıdır. *Amicus*'un dava ile olan ilgisini (*statement of interest*) göstermesi de şarttır⁹⁸. *Amicus curiae* olarak dilekçe hazırlayabilecek kişiler, Amerikan Yüksek Mahkemesi Kuralları'nın (*Supreme Court of the U.S Rules*) 5. maddesi uyarınca "Baroya kabul" başlığı altında açıkça belirtilen nitelikte Baroya kayıtlı olarak çalışan avukatları kapsamaktadır. Bu kişiler dışında kimse *amicus* dilekçesi oluşturamayacaktır. ABD Federal Temyiz Mahkemesi'nde *amicus* olarak avukatların başvurma zorunluluğuna karşın, avukat tarafından başvuru sınırlaması birçok eyalette söz konusu olmamaktadır. Örneğin Kaliforniya eyaletinde vatandaşlar avukat tarafından temsil edilmeseler de seslerini duyurabilmek amacıyla *amicus* olabilmektedirler⁹⁹.

Amicus curiae hakimin hatasını gösterdikten sonra veya mahkemeye fikrini söyledikten sonra görevi son bulmaktadır. *Amicus curiae* mahkemenin bir memuru veya kolu değildir ve yetkisini aşarak mahkemeye ait görevleri yerine getiremez. *Amicus curiae* davanın tarafı değildir ve görüş bildirdiği davada verilen kararlarla bağlı değildir¹⁰⁰. *Amicus curiae* müessesesi, Türk hukukundaki davaya asli ve fer'i müdahale şartlarını da taşımamaktadır. Her ne kadar *amicus curiae*, Türk hukukunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun 53. maddesi ve Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 66. maddesinde düzenlenen fer'i müdahale benzese de, bu ikisi farklı niteliklere sahiptir. Diğer bir ifadeyle, *amicus curiae* müdahil değildir; Amerikan hukukunda da *amicus*'un müdahil olmadığı açıkça belirtilmektedir¹⁰¹. En temel farklılık davaya katılan üçüncü şahıs, fer'i müdahalede yanında davaya katıldığı tarafın yardımcısı olarak taraf menfaatine hareket edecektir. Halbuki, *amicus*

⁹⁸ **McLauchlan**, s. 6. Hatta uygulamada dilekçe oluşturma menfaati, *amicus curiae* dilekçesinin ilk sayfasında '*statement of interest*' başlığı altında gösterilmektedir.

⁹⁹ Ruben J. **Garcia**, A Democratic Theory Of Amicus Advocacy, Florida State University Law Review, 2007-2008, vol. 35, s. 343 vd. Hatta Kraliçe Mariette Do-Nguyen, belediyenin yapmış olduğu bir işleme karşı açılan davada, *amicus* olarak görüşünü bildiren bir dilekçe oluşturmuştur, *Lockyer v. City and County of San Francisco*, 95 P. 3d 459 (2004) (S.122923, S122865), <http://caselaw.findlaw.com/summary/opinion/ca-supreme-court/2004/08/12/125059.html> (Çevrimiçi 15.12.2011).

¹⁰⁰ *Galbreath v. Metropolitan Trust Co.*, 134 F. 2d. 569 (C. C. A 10.th 1943).

¹⁰¹ **Covey**, s. 30 vd, *Walker v. Reynolds Metals Co.*, 87 F. Supp. 283 (Ore., 1949).

curiae taraflara değil, adaletin sağlanması için doğrudan mahkemeye hizmet etmektedir¹⁰².

Hakimin bir davaya uygulanacak hukukun belirlenmesinde (*matter of law*) emin olmadığı veya yanıldığı durumlarda, *amici curiae* mahkemeye fikrini belirtebilmektedir. Temel olarak, *amici*'lerin üç önemli görevi vardır¹⁰³: Bunlar: 1- Taraflarca sunulan vakıasal ve hukuki iddiaları kuvvetlendirmek veya tamamlamak ve bu doğrultuda bazı davalarda, taraflarca ileri sürülmeyen alternatif iddialar öne sürmek; 2- Karardaki (alt derecedeki mahkeme kararı) örtülü hususlara mahkemenin dikkatini çekmek veya davaya taraf olmayan kişi veya gruplar için istenmeyen sonuçlara dikkat çekmek; 3- Davanın öneminin altını çizmektir.

Bir davada *amicus curiae* yolunun kullanılması önem taşımaktadır; çünkü bu yolla davaya taraf olmayıp, karardan etkilenebilecek kişiler davadan haberdar edilmektedir. Ayrıca, görülmekte olan ve karardan etkilenebilecek olan diğer davaların mahkemelerine de bu yolla haber verilmiş olunmakta ve bazen de davalar arasındaki hukuki analizin farklılık gösterdiği bilgisi ilgili mahkemeye iletilmektedir¹⁰⁴.

Bu yöntem, ilk olarak Roma hukuku zamanında kullanılmış olup, daha sonra sınırlı bir şekli de Fransız mahkemelerinde kullanılmıştır. Fransız hukukunda Yüksek mahkemeye yöneltilen ilk "*amicus curiae*" taşıyıcı anneliğe yönelik bir davada söz konusu olmuştur¹⁰⁵. Mevcut Fransız hukukunda *amicus curiae* CPC'nin 143. maddesinde düzenlenmektedir. Bu hükümde "davanın çözümüne dayanan vakıalar tarafların talebiyle veya mahkemece

¹⁰² Sosyal, kamuyu ilgilendiren hususlarda *amicus curiae* uygulamasına eğilim ağırlıklıdır, Mary-Christine **Sungaila**, Effective Amicus Practice Before The United States Supreme Court: A Case Study, California Review of Law and Women's Studies, vol. 8, 1998-1999, s. 189.

¹⁰³ **Smith**, s. 24-26.

¹⁰⁴ **Smith**, s. 26.

¹⁰⁵ Bu davada seçilen uzman Profesör Jean Bernard seçkin bir onkolog olmanın yanı sıra, Ulusal Canlı Bilimi ve Sağlık Bilimleri Etik Danışmanlığı Komitesi (*National Consultative Ethics Committee for Lifesciences and Healthsciences*)'nin de başkanıdır, David W. **Duncan**, A Little Tour In France: Surrogate Motherhood And Amici Curiae In The French Legal System, Western State University Law Review, vol. 21, 1993-1994, s. 450-453.

re'sen hazırlık soruşturmasına tabi tutulabilir” denilmektedir. Fransız içtihadına göre *amicus curiae* ne bir tanıklık, ne de bilirkişiliktir¹⁰⁶.

Fransız hukuku, Anglo-Amerikan hukuk sistemindeki *amici curiae* uygulamalarından esinlenmiş olabilir; ama esas olarak *amicus curiae* kurumu eski Roma'da kabul edilmiştir¹⁰⁷.

Ancak önemle vurgulamak gerekir ki, sanıldığı gibi aksine *amicus curiae* kurumu sadece Fransız hukukunda gelişmiş bir kurum değildir. Fransız hukuku esas olarak, Amerikan ve İngiliz hukuklarının etkisiyle gelişmiştir. Şöyle ki, İngiliz hukukunda Kral III. Edward (1300)'den beri, *amici curiae*'nin görevi, mahkemeye gerçekler hakkında bilgi vermek (*inform the truth*) ve davanın taraflarının belirtmemiş olduğu veya yeterince, dürüst bir biçimde ve tarafsız olarak mahkemeye söylemediği hukuk ve vakıa sorunlarının sıralanmasını ve net bir şekilde görülmesini sağlamaktır¹⁰⁸. Erken dönem İngiliz hukukunda *amicus curiae* kurumu “mahkemenin özverili hizmetkârı” olarak görülmekteydi¹⁰⁹. Ayrıca, Amerikan hukukunda *oral shepardizing*¹¹⁰ olarak da nitelendirilmiştir¹¹¹. Bir mahkeme kararında *amicus*

¹⁰⁶ Paris, 21 juin 1988: D. 1989.341, Gaz. Pal. 1988; 6 juill. 1988, Gaz. Pal. 1988.

¹⁰⁷ Angell, s. 1017; Fowler V. Harper/Edwin D. Etherington, Lobbyists Before The Court, University Of Pennsylvania Law Review, vol. 101, 1953, s. 1176.

¹⁰⁸ Philip B. Kurland/Dennis J. Hutchinson/Joseph Fred Benson, Too Many Friends Of The Court, ABA, vol. 70, 1984, s. 16.

¹⁰⁹ J. S. Kaye, One Judge's View Of “Friends Of The Court”, New York State Bar Journal, vol. 61, 1989, s. 8 (naklen) Flango/Bross/Corbally, Amicus Curiae Briefs: The Court's Perspective, s. 181.

¹¹⁰ Bu kavram Amerikan hukuk doktrininde kullanılan bir kavramdır. Bu kavram Frank Shepard'ın (1848-1902) başlattığı bir hukuk hizmetinden dolayı bu adı almıştır. 1873 yılında Frank Shepard çeşitli mahkemelerin *amicus curiae* listelerini bir seri kitap halinde yayınlamaya başlamıştır. Böylece başka davalarda da benzer durumlarla karşılaşmış mı, karşılaşıldıysa nasıl kararlar verilmiş olduğuna bakılarak yargılamada karşılaşılan zorlukların üstesinden gelinmeye çalışılmıştır. Dolayısıyla, bu kavramla, mahkemede görev alan *amicus curiae*'ler tıpkı Frank Shepard'ın kitapları gibi, fakat sözlü olarak tarafların gözden kaçırdığı hususlarda mahkemeye yol göstermektedirler, <http://www.lectlaw.com/files/lwr17.htm>; <http://www.bulawinteractive.org/libraryblog/2013/05/> (Çevrimiçi 12.11.2014); Samuel Krislov, The Amicus Curiae Brief: From Friendship To Advocacy, Yale Law Journal, vol. 72, 1963, s. 694-695.

¹¹¹ McLaughlan, s. 4.

curiae şu şekilde ifade edilmiştir: “*Amicus curiae* ‘mahkemenin arkadaşı’ söz öbeğinin Latincesini ifade etmektedir ve *amicus curiae* bir avukattan nitelik olarak ayrılmaktadır. *Amicus curiae* sadece mahkeme menfaatine hizmet etmekte ve bu doğrultuda kamu menfaatinin olduğu davalarda mahkemeye, öneriler sunarak; hakimin zaten var olan danışmanlarına ek olarak, zor ve kapsamlı meselelerin anlaşılmasını ve bu doğrultuda mahkemenin doğru bir karar vermesini sağlayarak hakime yardımcı olmaktadır¹¹². *Amicus*’un en temel görevi hakimin bilmediği vakıa ve hukuku mahkemeye getirmek¹¹³ ve ayrıca hataların önlenmesi için hakime yardımcı olmaktadır¹¹⁴. *Amicus curiae*, mahkemenin arkadaşı olarak görülmekte ve tarafların dilekçelerinin neden tıpkı *amicus* dilekçeleri gibi tatmin edici olmadığı da eleştiri konusu olmaktadır¹¹⁵. Nitekim 18. yüzyılın ortalarından itibaren, “*amici*”; yani Anglo-Amerikan hukukunda mahkemenin arkadaşı (*friends of the court*) da denilen bu kişiler, İngiliz mahkemelerinde “*advocate to the court*”; yani mahkemenin avukatı görevini üstlenmeye başlamıştır¹¹⁶.

Amicus’un görevi, ülkelerin yargılama sistemleri farklılaştıkça bu doğrultuda çeşitlenmektedir. Şöyle ki, İngiltere’de *amicus* kullanımı üç geleneksel durumla sınırlandırılmıştır. İlki, mahkemenin önündeki önemli meselelerin diğer birçok kişiyi de etkileyebileceği durumlardır¹¹⁷. İkincisi, mahkemeye adaletsizliğin önlenmesi için başvurulması halidir. Bu durumda *amicus* mahkemeye gözden kaçırılmış kararları veya hukuki noktaları göstermektedir¹¹⁸. Üçüncü olarak, temsil edilmeyen (*unpresented*) veya davada bulun-

¹¹² Alexander v. Hall, 64 F.R.D. 152, 1974.

¹¹³ AG of Canada v. Aluminum Co of Canada (1987) 35 DLR (4th) 495, 505; Romaniuk v. Alberta (1988) 50 DLR (4th) 480, 488, 489-490, 492.

¹¹⁴ Sylvia H. **Walbolt**/Joseph H. **Lang**, *Amicus Briefs: Friends Or Foe Of Florida Courts?*, Stetson Law Review, vol. 32, 2002-2003, s. 269-270. *Amicus curiae*’nin 17 yy.’da varolan, hataları önleme amacı, bugün de devam etmektedir, Reagan William **Simpson**/Mary R. **Vasalty**, *The Amicus Brief: How To Be A Good Friend Of The Court*, USA, 2004, s. 2.

¹¹⁵ Ryan v. Commodity Futures Trading Commission, 125 F. 3d 1063,1064 (7. Circuit 1997).

¹¹⁶ Cf. Beard v. Travers (1949) 1 Vesey Sen. 313, 27 Eng. Rep. 1052.

¹¹⁷ Morelle v. Wakeling (1955) 2 QB 379; Re Scandinavian Bank Plc (1987) 2 WLR 752, 756.

¹¹⁸ Protector v. Geering (1656) 145 ER 394; R v. Wong Yin-Ping (1997) 2 HKC 312.

mayan (*absent*) taraf için tartışmalı hususların daha derin şekilde irdelenmesi halidir¹¹⁹. Günümüzde, İngiltere’de *amicus curiae* uygulaması pek de yaygın değildir. İngiliz hukukundan farklı olarak, Amerikan hukukunda ise *amicus curiae* müessesesi yaygın olarak uygulanmaktadır. Bunun en önemli sebebi İngiliz hukukunda hukuk yargılamalarında, dava ücret ve masrafları hakkında Amerikan hukukundan çok farklı düzenlemelerin mevcut olmasıdır¹²⁰. İngiltere’de sadece yargılamanın belirli aşamalarında davacılar tarafından az miktarda ücret ödenmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, İngiliz hukukunda taraflar çekinmeden davaya müdahil olabilmektedir¹²¹. Amerikan hukukunda ise taraflar davacı veya müdahil olmak konusunda tereddüt içindedirler¹²². Çünkü ancak davada haklı çıktıkları takdirde yapmış oldukları dava masrafları kendilerine ödenmektedir (*contingent fee*). Böylece Amerikan hukukunda *amicus* uygulaması dava masrafları konusunda bir çare oluşturmakta ve yaygın olarak kullanılmaktadır¹²³.

Amerikan hukukunda, 1812 yılı itibariyle fikir verme yöntemi olarak adlandırabileceğimiz ve *amicus curiae* yönteminin ilk görünüm şekillerinden olan “*way of suggestion*” yönteminin kullanımına Yüksek Mahkemece izin verildiğini görmekteyiz¹²⁴. Örneğin, Amerika’da Güney Karolina’dan 19. yüzyılın ilk dönemlerinin ünlü avukatı Henry Clay’in, çok sayıda davacıya sahip bir tapu davasında (*land title suit*) -*Green v. Biddle*¹²⁵- davanın esaslı noktalarını (*merits*) yeniden ifade etmek ve sözlü olarak yeniden tartışmak üzere *amici* (*friend of the court*) olması Yüksek Mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Böylece 19. yüzyılın ortalarında bu tip aynı davalarda (*in rem proceedings*) *amicus curiae*’ye başvurmak yaygın bir hal almıştır. Bu dava Kentucky eyaletindeki arazilerle ilgilidir; fakat bu davada Kentucky eyaletinin temsilcisi yoktur. İşte *amici* bu davada, görüş ve incelemelerini bildirerek Kentucky eyaletinin temsilci eksikliğini tamamlamış olmaktadır.

¹¹⁹ C v. D. (1992) 2 HKC 248.

¹²⁰ Chan, s. 397-398.

¹²¹ Gary F. Smith/Beth E. Terrell, The Amicus Curiae: A Powerful Friend For Poverty Law Advocates, Clearinghouse Review, vol. 29, 1995-1996, s. 774 vd.

¹²² Ruben Garcia, s. 342.

¹²³ Chan, s. 398.

¹²⁴ The Schooner Exchange v. McFaddon, 11 U.S. (7 Cranch) 116.

¹²⁵ Green v. Biddle (1823) 21 U.S (8 Wheat.)1.

Daha sonra, bu kuruma olan ilgi topluluk davaları (*class suit*) ve hile iddialarının söz konusu olduğu davalar gibi birçok davada da artarak devam etmiştir. Hatta resmi müdafî ile “*amicus curiae*” arasındaki çizgi bile yok denecek kadar azalmıştır¹²⁶. Zamanla, “*amicus curiae*” oluşumu daha da yaygınlaşmış ve Yüksek Federal Mahkeme ve Eyalet Mahkemelerinin yanı sıra, ilk derece mahkemelerinde bile uygulanabilir hale gelmiştir. Siyaset bilimci Samuel Krislov, “*amicus brief*”lerin özellikle müvekkillerin hukuki yeteneğinin -delil bulma konusunda- zayıf olduğu durumlarda büyük önem taşıdığını savunmaktadır¹²⁷. Bu tip davalarda, güçlü bir *amicus* dilekçesi, neredeyse davanın esasını oluşturan belgelerin (*merits brief*) yerini tutmaktadır. Bununla beraber, davanın esasına yönelik belgeler yeterli olsa bile, bir *amicus* dilekçesi, mahkemenin kararına dayandırabileceği bir bilgi olarak, mahkeme açısından çok değerli bir yardımcı rol üstlenmektedir¹²⁸. Öyle ki, alternatif uyuşmazlık çözüm yollarında dahi *amicus curiae* uygulaması görülmektedir¹²⁹. ICSID Tahkim Kuralları’nın 37/2. maddesi uyarınca *amicus* uygulamasına izin verilmektedir¹³⁰.

b. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde Amicus Curiae

Amicus curiae müessesesine uluslararası alanda, özellikle insan hakları davalarında sıkça rastlanmaktadır¹³¹. *Amicus curiae* müessesesi, uluslararası

¹²⁶ Angell, s. 1018.

¹²⁷ Krislov, s. 711; Kelly J. Lynch, Best friends? Supreme Court Law Clerks On Effective Amicus Curiae Briefs, Journal of Law and Politics, vol. 20, 2004, s. 34.

¹²⁸ Krislov, s. 711; Brown v. Board of Education of Topeka, 347 U.S 483, 1954.

¹²⁹ Eugenia Levine, Amicus Curiae In International Investment Arbitration: The Implications Of An Increase In Third-Part Participation, Berkeley Journal of International Law, 2011, vol. 29, s. 200 vd; Andrew de Lotbinière McDougall/Ank Santens, ICSID Tribunals Apply New Rules On Amicus Curiae, Mealey’s International Arbitration Report, 2007, vol. 22/2, http://www.whitecase.com/files/Publication/1c8e8d96-9588-4e86-8c13-523252138974/Presentation/PublicationAttachment/37e1af34-0172-4412-a094-5639d34243e6/article_ICSID_Tribunals.pdf (çevrimiçi 15.12.2011).

¹³⁰ Eugenia Levine, s. 210. Örnek karar için bkz. Biwater Gauff (Tanzania) Ltd. v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Procedural Order No. 5 (February 2, 2007), http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&actionVal=showDoc&docId=DC1589_En&caseId=C67 (çevrimiçi 15.12.2011).

¹³¹ Chan, s. 399.

boyutta “üçüncü taraf” (*third party*) statüsü altında düzenlenmekte; bu da Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS)’nin 36. maddesi ve mahkeme iç tüzüğü’nün 44. kuralında detaylandırılmaktadır. *Amicus curiae* müessesesine, AİHS’nin 36. maddesinde üçüncü şahsın¹³² müdahalesi (*third party intervention*) başlığı altında yer verilmektedir. Bu hükmün birinci bendinde *Daire ve Büyük Daire önündeki tüm davalarda, vatandaşlarından birinin başvuran taraf olması halinde, Yüksek Sözleşmeci tarafın yazılı görüş sunma ve duruşmalarda bulunma hakkının olduğu ve ikinci bendinde mahkeme başkanının, adaletin doğru sağlanabilmesi amacıyla, yargılamada taraf olmayan herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Tarafı yazılı görüş sunma veya duruşmalara katılmaya davet edebileceği* belirtilmektedir.

Mahkemenin *amicus curiae* uygulamasına temel olarak üç tip katılım söz konusu olmaktadır¹³³: 1-AİHM önünde görülen davada menfaati olan kişiler tarafından¹³⁴; 2-Özel hukuki uzmanlığa veya bilgiye sahip tüzel kişi,

¹³² Çalışmada “*third party intervention*” kavramının, üçüncü tarafın müdahalesi şeklinde Türkçeleştirmek yerine “üçüncü şahsın müdahalesi” olarak Türkçeleştirilmesi tercih edilmiştir. Çünkü AİHM uygulamasında 36. madde kapsamında, mahkeme Yüksek Sözleşmeci Tarafın görüş bildirmesine ya da duruşmaya katılmasına izin verecektir. *Amicus curiae* uygulaması, fer’i müdahale’ye benzese de fer’i müdahale kurumundan farklılık arz etmektedir; çünkü fer’i müdahalede üçüncü kişi, davayı kazanmasında yararlı olan taraf yanında davaya katılmakta ve yanında katıldığı tarafı bu davada koruyarak, hukuki durumunun olumsuz etkilenmesini önlemeye çalışmaktadır, Hakan **Pekcanitez**, Medeni Usul Hukukunda Fer’i Müdahale, Ankara 1992, s. 21. *Amicus curiae* müessesesinde ise *amicus* taraflardan birinin yardımcısı değildir, mahkemenin adil bir karar vermesi amacıyla davaya katılarak görüş bildirmektedir. Bu anlattıklarımızdan hareketle, AİHS’nin 36. maddesinde bahsedilen taraf, AİHS’e taraf Yüksek Sözleşmeci taraf (devlet) anlamında kullanılmaktadır. Yani müdahil olabilmek için mutlaka AİHS’e taraf olmak gerekmele birlikte, müdahil olacakların davaya taraf olmaması gerekmektedir. Dolayısıyla burada kavram benzerliğinden kaynaklanan bir karışıklık söz konusudur. Ayrıca AİHM açıkça, *amicus curiae*’nin davaya taraf olmadığını belirtmiştir. Bu doğrultuda, örneğin başvurandan farklı olarak *amicus*, AİHS’in 41. maddesinde düzenlenen “zarar görenin tazmini” konusunda hiçbir hak idda edemeyecektir, *Koua Poirrez v. France*, no. 40892/98, Chamber (Second section), Judgement 30.09.2003, 124, §68-69, <http://www.svb.nl/images/4089298.pdf> (çevrimiçi 15.12.2011).

¹³³ Lance **Bartholomeuz**, The Amicus Curiae Before International Courts And Tribunals, Non-State Actors And International Law, vol. 5, 2005, s. 209-286.

¹³⁴ İlgili diğer kararlar: Monako Prensesi Caroline bir Alman magazin yayıncısının yayınladığı fotoğraflardan şikayetçi olmuştur. Sonrasında İnsan Hakları Mahkemesine taşınan

grup veya kişiler tarafından¹³⁵; 3- Başvuranla yakın görüşe sahip ve aynı endüstri grubundaki menfaat sahipleri tarafından yapılan başvurulardan oluşmaktadır.

İlk tip katılana örnek olarak, sekiz İngiliz vatandaşının Heathrow Havaalanı'nın sebep olduğu yüksek ses seviyesinden şikayetçi olduğu davayı gösterebiliriz. Bu davada Heathrow Havaalanı'nın başlıca kullanıcısı olan British Airways'in yazılı görüşünü bildirmesine mahkemece izin verilmiştir¹³⁶. Diğer bir davada, on Türk başvuran, bir şirketin imtiyazlı izin alarak altın çıkardığı bir alanda yaşamakta ve şirketin izninin iptalini talep

davada yayıncının davaya katılmasına mahkemece izin verilmiştir, *von Hannover v. Germany*, no. 59320/00, Chamber (Third section), Judgement 24 June 2004. Bir başka örnek olarak, başvuran tarafından öldürülmüş olan çocuğun ebeveynlerinin mahkemede yazılı ve sözlü görüş bildirmelerine izin verilmiştir, *T. v. United Kingdom*, no. 24724/94, Grand Chamber, Judgement, 16 December 1999, <http://www.worldlii.org/eu/cases/ECHR/2004/294.html> (çevrimiçi 15.12.2011).

¹³⁵ Demokratik Toplum Partisinin AYM kararı ile kapatılması üzerine bu partinin dört kurucusu AİHM'e başvurmuştur. Bu dört kurucunun milletvekili dokunulmazlığı düşürülerek vatanın bölünmez bütünlüğünü bozmak suçundan hüküm giymişlerdir. Başvuranlar haklarındaki ceza yargılamasının siyasi amaçlı olduğunu ileri sürmüşlerdir. AİHM, Parlamentolararası Birlik (*IPU- The Inter-Parliamentary Union*)'in yazılı görüş bildirmesine izin vermiştir. Ayrıca mahkeme bir sivil toplum kuruluşu olan INTERRIGHTS'in görüş bildirmesine de izin vermiştir, *Sadak and Others v. Turkey* (No. 2), no. 25144/94, 26149/95 to 26154/95, 27100/95 and 27101/95, Chamber (Fourth Section) Judgement 11 June 2002. Mahkeme kararında IPU'nun birçok görüşüne gönderme yapmıştır, *Sadak and Others v. Turkey* (No. 1), no.29900/96, 29901/96, 29902/96 and 29903/96, Chamber (First Section), Judgement 17 July 2001, <http://www3.eurolii.org/eu/cases/ECHR/2006/1310.html> (çevrimiçi 15.12.2011) *Pretty v. United Kingdom* davasında ise, ölüme yardım ve ötenazi konusunda AİHM, Gönüllü Ötenazi Topluluğu (*Voluntary Euthanasia Society*) ve Katolik Piskoposlar (*Catholic Bishops*) örgütleri'nin görüşlerini bildirmelerine izin vermiştir. Bu iki örgüt, mahkemeye birbirine zıt görüşler bildirmişlerdir, *Pretty v. United Kingdom*, no. 2346/02, Chamber (Fourth Section), Judgement 29 April 2002, http://www.pusc.it/can/p_martinagar/Irgiurisprinternaz/HUDOC/Pretty/PRETTY%20vs%20UNITED%20KINGDOMen2346-02.pdf (çevrimiçi 15.12.2011).

¹³⁶ *Hatton and Others v. United Kingdom*, no. 36022/97, Chamber (Third section), Judgement, 2 October 2001, <http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/1d4d0dd240bfee7ec12568490035df05/bfe2e060d4047c2ec1256adb0026636c?OpenDocument> (çevrimiçi 15.12.2011).

etmekteydi. Mahkeme, altın çıkarıcı şirketin yazılı görüş bildirmesine izin vermiştir¹³⁷.

İkinci tip katılana örnek olarak, *Pini, Bertani, Manera and Atripaldi v. Roumenia* davasını gösterebiliriz. Mahkeme bu davada, Romanya'nın Avrupa Birliği üyeliğine yönelik başvurusunu inceleyen ve Romen evlat edinme uygulamasını bilen Avrupa Parlamentosu'ndan özel bir raportörün görüş bildirmesine kabul etmiştir¹³⁸. Homoseksüellere yapılan muamelelerde farklılık ve ayrımcılıktan doğan *Karner v. Austria* davasında ise mahkeme, üç sivil toplum örgütüne görüş bildirmesi için izin vermiştir. Bu sivil toplum örgütleri (Liberty, ILGA Europe, Stonewall) cinsel eğilimler hususunda ayrımcılık meselesinde uzmanlığı olan örgütlerdir. Mahkeme bu örgütlerin görüş bildirmesiyle bütün Yüksek Sözleşmeciler Taraf devletler açısından meselenin önemini altının çizileceğini belirtmiştir¹³⁹.

Son tip katılıma örnek olarak, Monako Prensesi Caroline'in bir Alman magazin editörünün yayınladığı fotoğraflardan şikayetçi olduğu davada, mahkeme Alman Magazin Yayıncıları Derneğinin (*Verband Deutscher Zeitschriftenverleger*) görüş bildirmesine izin vermiştir¹⁴⁰.

AIHM ağırlıklı olarak davaya müdahale edenlerin yazılı görüş bildirmesine izin verse de, çok nadir olarak sözlü görüş bildirmeye de izin vermektedir¹⁴¹.

¹³⁷ Taşkın and Others v. Turkey, no. 46117/99, Chamber (Third section), Judgement 10 November 2004, <http://www.rimmrights.org/Documents/2005turkeytaskinandothers.PDF> (çevrimiçi 15.12.2011).

¹³⁸ Pini, Bertani, Manera and Atripaldi v. Roumenia, no. 78028/01 and 78030/01, Chamber (Second Section), Judgement 22 June 2004, <http://sim.law.uu.nl/sim/caselaw/Hof.nsf/1d4d0dd240bfec7ec12568490035df05/bbf2716c7df25b01c1256ec1002b1295?OpenDocument> (çevrimiçi 15.12.2011).

¹³⁹ Karner v. Austria, no. 40016/98, Chamber (First Section), Judgement, 24 July 2003, §27.

¹⁴⁰ von Hannover v. Germany, no. 59320/00, Chamber (Third Section), Judgement, 24 June 2004.

¹⁴¹ 1998-2005 yılları arasında kabul edilen otuz beş amicus uygulamasından sadece üçünde amicus sözlü görüş bildirmiştir, Karner v. Austria, no. 40016/98, Judgement, Chamber (First Section), 24 July 2003, at 132; T v. United Kingdom, no. 24724/94, Judgement, Grand Chamber, 16 December 1999, at 127; Pini, Bertani, Manera and Atripaldi v.

Uluslararası alanda oluşturulan bu *amicus* dilekçelerinin büyük çoğunluğu sivil toplum örgütleri tarafından oluşturulmaktadır. Bu sivil toplum örgütleri mahkemenin doğru ve adil bir karar vermesi adına görüş bildirebilmektedir. Örneğin, *Lingens v. Austria*¹⁴² davasında, Uluslararası Basın Enstitüsü (*International Press Institute*) İnsan Haklarının Hukuken Korunması için Uluslararası Merkez (*INTERIGHTS- The International Centre For The Legal Protection Of Human Rights*)'in de yardımıyla yazılı görüş bildirmiştir. Aynı şekilde, *Soering v. U.K*¹⁴³ davasında, davalı suçlu bulunduğu takdirde, bu suçlunun ABD'ye iadesi söz konusu olacak ve idam cezasına mahkum edilecektir. Bu davada Uluslararası Af Örgütü (*Amnesty International*) ölüm hücresi cezası ve Avrupa'da idam cezasına ilişkin hukuki düzenlemeler hakkında görüş bildiren uzun bir *amicus* dilekçesi vermiştir.

Nüfusun büyük çoğunluğunun dini duygularını rencide etmesi sebebiyle bir filmin yasaklanması üzerine açılan *Wingrove v. United Kingdom*¹⁴⁴ davasında ise, *INTERIGHTS* dine hakaret edilmesi (*blasphemy laws*) hakkında görüş ve bilgilerini bir *amicus* dilekçesiyle mahkemeye sunmuştur.

Bir başka önemli AİHM kararında açıkça üçüncü kişi statüsü yani *amicus curiae* olarak da bilinen müessese aracılığıyla, devletlere davaya yazılı ve sözlü incelemelerini bildirmelerine izin verilmiştir. Soile Lautsi adlı

Roumania, no. 78028/01 and 78030/01, Judgement, Chamber (Second section), 22 June 2004, at 122.

¹⁴² (1986) 8 EHRR 193. Bu davada, Lingens Avusturyalı bir gazeteci ve aynı zamanda söz konusu derginin editörüdür. Lingens Avusturya Şansölyesinin davranış ve tutumu hakkında bir Viyana dergisinde makale yazmış ve bu makalede Şansölye hakkında “fırsatçı, ahlaksız, şerefsiz” gibi ithamlarda bulunmuştur. Bunun üzerine Lingens'e iftira davası açılmıştır. Avusturya Ceza Kanunu'na göre, eğer bu ithamların doğruluğu iddia eden tarafından ispatlanırsa iftira suçu gerçekleşmemiş olmaktadır (Avusturya Ceza Kanunu madde 111). Lingens iddialarını doğrulayamamıştır ve suçlu bulunmuştur. Bunun üzerine Lingens Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinde, AİHS madde 10 gereğince düşünce özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle şikayetçi olmuştur. AİHM, AİHS madde 10'un ihlal edildiğine karar vermiştir. Ayrıntılı bilgi için bkz. <http://sim.law.uu.nl/SIM/CaseLaw/hof.nsf/0/55babb6b1b20bbd9c1256640004c2384?OpenDocument> (çevrimiçi 30.11.2011).

¹⁴³ (1989) 11 EHRR 439.

¹⁴⁴ (1997) 24 EHRR 1.

İtalyan vatandaşının İtalya’da kamuya ait okullardaki sınıflarda çarmıha gerilmiş Hz. İsa figürlü haç (*crucifix*) bulunmasının laiklik ve devletin tarafsızlık ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle açtığı davada¹⁴⁵, AİHM tarihinde ilk defa bir davaya, davalı devletin yanında on Avrupa devletin birden katılmasına ve görüş bildirmesine izin vermiştir¹⁴⁶.

c. *Amicus Curiae* Hakkında Değerlendirme

Kısaca *amicus curiae*’yi önemli kılan noktayı belirtmek gerekirse, tarafların sahip olmadığı uzmanlığı ve ihtiyaç duyulan ek bilgiyi mahkemeye sunarak davanın önemini vurgulaması, ayrıca, çoğu zaman tarafların yapmadığı, ele almadığı hukuki tartışmaları da ele almasıdır¹⁴⁷.

2000 yılında yapılan bir araştırmaya göre, Amerikan Yüksek Mahkemesinde oluşturulan *amicus curiae* dilekçeleri elli yılda %800 artış göster-

¹⁴⁵ Lautsi and others v. Italy, application no. 30814/06, 18 March 2011, http://www.echr.coe.int/echr/resources/hudoc/lautsi_and_others_v_italy.pdf (çevrimiçi 15.12.2011).

¹⁴⁶ Mahkemenin bu talebe olumlu yanıt vermesinin ardından, Ermenistan, Bulgaristan, Güney Kıbrıs Rum Kesimi, Yunanistan, Litvanya, Malta, Monako, Romanya, Rusya ve San Marino hükümetleri davaya katılmışlardır. Bu devletlere ek olarak Avrupa Parlamentosu’nun Hristiyan Demokrat ve muhafazakâr gruplarına mensup, çoğunluğu İtalyan ve Polonyalı otuz üç parlamenter de davanın yazılı aşamasına görüşleriyle katılmışlardır. “European Centre for Law and Justice”, “Zentralkomitee des deutschen Katholiken”, “Semaines sociales de France” ve “Associazioni cristiane lavoratori italiani” (İtalyan hükümetinin lehine) ve “Greek Helsinki Monitor”, “Associazione nazionale del libero Pensiero”, “Eurojuris”, “International Commission of Jurists”, “Interrights” ve “Human Rights Watch” (davacı Soile Lautsi’nin lehine) görüş bildirmişlerdir. AİHM, madde 2 ve 10’un ihlal edilmediğine karar vermiştir. Kararı ayrıntılı olarak incelemek için bkz. http://www.echr.coe.int/echr/resources/hudoc/lautsi_and_others_v_italy.pdf (çevrimiçi 01.12.2011). *Crucifix* davası AİHM bakımından önemli bir emsal teşkil etmektedir. Çünkü genellikle üye devletler müdahil olmaktan kaçınmakta ve dava sadece devletin vatandaşını etkilediği zaman madde 36/1 kapsamında müdahil olmaktadır. Bu davada on devlet birden müdahil olarak aslında mahkemeye, yetkisinin sınırlarını, üye devletlerin istekleri aleyhine olarak yeni haklar yaratma sınırını açıklamaktadırlar. Bu müdahale bir nevi gücün dengelenmesi olarak görülmektedir.

¹⁴⁷ Flango/Bross/Corbally, s. 180 vd.

miştir¹⁴⁸. Buna göre: 20. yüzyılın ilk dönemlerinde Yüksek Mahkeme önünde görülen davaların %10'unda *amicus curiae* uygulaması söz konusu olurken¹⁴⁹; 1986-1995 arasında mahkemenin gördüğü davaların %85'inde *amicus curiae* usulu gerçekleştirilmiştir¹⁵⁰. 1996-2003 yılları arasında görülen davaların %95'inde en az bir *amicus* dilekçesi oluşturulmuştur¹⁵¹. Şu an mevcut Amerikan hukukunda geçmişe nazaran daha fazla *amicus curiae* dilekçesi oluşturulmaktadır. Aslında bu artış tüm eyaletler dikkate alınarak yapılan bir artışı ifade etmektedir. Eyaletlere göre ise artış oranlarında büyük farklılıklar söz konusudur. Örneğin, 2004 yılında yapılan bir araştırmaya göre, on sekiz eyalette bu oran artmışken, on üç eyalette bu oran sabit kalmış ve on dokuz eyalette bu oran düşme göstermiştir¹⁵². Amerikan hukukunda son yıllarda *amicus curiae* dilekçelerinin gereksiz görülerek sayılarının azaltılması amacıyla araştırmalar yapılmaya başlanmıştır. Bu doğrultuda bu dilekçelerin çoğunluğu gereksiz görülerek reddedilmektedir ve mahkemeye de zaman kaybettirmektedir¹⁵³. Faydaları görülse de zamanla mahkemeden çok, taraflardan birinin “arkadaşı” konumuna gelmişlerdir. Kurland, *amicus curiae*'lere karşı çıkmakta ve bu dilekçelerin kimse tarafından okunmadığını düşünmektedir¹⁵⁴. Bazı yazarlar ise *amicus curiae* dilekçelerinin okunmasının bile zaman kaybından ibaret olduğunu ileri sürmektedirler¹⁵⁵. Diğer taraftan bazı yazarlar ise *amicus* dilekçelerinin çok da önemli olmadığı yönünde düşünenlerin aslında bir kavram kargaşası yaşadığını belirtmek-

¹⁴⁸ Joseph D. **Kearney**/Thomas W. **Merrill**, The Influence Of Amicus Curiae Briefs On The Supreme Court, University of Pennsylvania Law Review, vol. 148, s. 749.

¹⁴⁹ **Kearney/Merrill**, s. 744.

¹⁵⁰ **Kearney/Merrill**, s. 744, 753.

¹⁵¹ Ryan J. **Owens**/Lee **Epstein**, Amici Curiae During The Rehnquist Years, Judicature, vol. 89, 2005, s. 129.

¹⁵² Sarah F. **Corbally**/Donald C. **Bross**/Victor E. **Flango**, Filing Of Amicus Curiae Briefs In State Courts Of Last Resort: 1960-2000, Justice System Journal, vol. 25, 2004, s. 44 vd.

¹⁵³ Voices for Choices v. III Bell Tel. Co., 339 F. 3d 542, 544 (7. Circuit 2003) <http://caselaw.findlaw.com/us-7th-circuit/1293418.html> (çevrimiçi 15.12.2011); Ryan v. Commodity Futures Trading Comm'n, 125 F 3d 1062 (7. Circuit 1997).

¹⁵⁴ Bill **Winter**, Critiquing The Supreme Court, ABA, vol. 69/4, April 1983, s. 424.

¹⁵⁵ Philip B. **Kurland**/Dennis J. **Hutchinson**, The Business Of The Supreme Court O.T 1982, University of Chicago Law Review, vol. 50, 1983, s. 647.

tedir¹⁵⁶. Şöyle ki Ennis'e göre, bazılarınca *amicus* dilekçeleri pasta üzerindeki krema olarak görülse de, yazara göre, *amicus* dilekçeleri pastanın kendisidir¹⁵⁷.

AİHM ise *amici curiae* uygulamasına iki temel sebeple izin vermektedir: Öncelikle hukuki menfaatleri etkilenen taraflar için “*due process*”¹⁵⁸ kapsamında etkili bir yöntem olacağı durumlarda ve ikinci olarak ise kamu yararına çalışan grupların AİHM kararlarına önemli meselelerde katkıda bulunacağı hallerde mahkeme *amicus curiae* uygulamasına izin verecektir¹⁵⁹.

Kanaatimizce, *amicus curiae* dilekçeleri tarafların ileri sürdüğü iddia ve vakıaların ötesinde davayı besleyici bilgiler içeriyor¹⁶⁰, hakimi yormadan kısa ve öz bilgilerle oluşturmuşsa, bu doğrultuda da yargılamanın uzamasına neden olmuyorsa yargılama için büyük önem taşıyan ve gerekli olan bir yöntemdir.

5. Vakıaları Doğrulayan Teknisyenler/ Danışman/ Bilirkişi (*Technicien Constatant/Consultateur/Expertise*)

Fransız hukukunda, CPC'nin beşinci bölümünde bilirkişi tarafından yapılan hazırlık soruşturması (*mesures d'instruction exécutées par un technicien*¹⁶¹) başlığı altında üç tür bilirkişilik öngörülmüştür. Bunlardan ilki, basit teknik sorulara cevaplar bulan “*constatation or factual verification*”; yani gerçeği meydana çıkarmaya yarayan bilirkişilerdir. Bu kişiler

¹⁵⁶ Bruce J. Ennis, Effective Amicus Briefs, Catholic University Law Review, vol. 33, s. 603.

¹⁵⁷ Ennis, s. 603.

¹⁵⁸ *Due process* kavramı aslında ilk şekilde sadece usuli güvenceleri sağlamak amacı ile düzenlenmiş bir kavramdır. Bugünkü anlamı usuli bir güvenceyi fazlasıyla aşmış ve usul yanında gerek federal, gerekse federe devletlerin tasarruflarının içeriğini de denetleme imkanı yaratan maddi *due process*, mahkeme içtihatlarıyla Amerikan hukukunun bir parçası haline gelmiştir, Kerem Altıparmak, “Due Process Of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, AÜHFD 1996, cilt 45, sayı 1-4, s. 219.

¹⁵⁹ Bartholomeuz, s. 241.

¹⁶⁰ Ruben Garcia, s. 321 vd.

¹⁶¹ Üç tür bilirkişinin var olmasından ötürü bunların hepsini kapsayacak bir sözcük olarak CPC'de “*technicien*”; yani teknisyen kullanılmıştır.

(*technicien constatant*), buldukları sonuçlara yönelik olarak fikirlerini belirtmezler (CPC madde 249). Bu türde sadece basit teknik sorunlara yönelik cevaplar arandığından, dava sürecinin de uzaması engellenmiş olur. Bu tür, bilirkişiliğin en basit ve yalın hali olduğu için, bulguların hukuki sonuçları (*conséquences de fait ou de droit*) veya hukuki güvenilirliği hakkında görüş bildirilemez (CPC madde 249/2).

İkinci tip bilirkişi incelemesi ise “*consultation*”; yani danışmadır. Danışma, basit şekilde bilgi-kanıt toplama ile tam anlamıyla gelişmiş bilirkişi anlayışının orta noktasında yer almaktadır (CPC madde 256). Mini bilirkişi “*mini-expertise*” de diyebileceğimiz bu türde, tam anlamıyla gelişmiş bir bilirkişilik kurumuna göre daha az resmi ve daha kolay yürütülebilen bir yöntem söz konusudur.

Üçüncü olarak tam anlamıyla gelişmiş bilirkişi “*expertise*” kurumundan bahsedebiliriz. Bu üçüncü tür, bilirkişi incelemesi türlerinden en karmaşık olanıdır. Buna göre, bir veya daha fazla bilirkişi araştırma yapar ve belirli bir konuda fikir beyan eder. Bu tip bilirkişi de kendi içinde üçe ayrılır: 1- Sevimli bilirkişi (*expertise aimable*)¹⁶², 2- Gayri-resmi bilirkişi (*expertise officieuse*)¹⁶³, 3- Adli bilirkişi (*expertise judiciaire*)¹⁶⁴. İşte Fransız hukukunda uzman kişiler tarafından farklı seviyelerde yapılan bu incelemeler, çeşitli bilirkişi türlerinin oluşumuna neden olmuştur.

6. Bilim Mahkemesi (*Science Court*)

Amerikan hukukunda, bilirkişilik müessesesine ilişkin sorunların çözümüne yönelik olarak bir bilim mahkemesi “*science court*” oluşturulması önerilmiş ve bu konu tartışılmış olsa da, gerçeklik boyutuna taşınamamıştır. Bilim mahkemesi kurulması önerilirken birden çok model önerilmiş, fakat

¹⁶² «*Friendly expert*” denilen bu tür bilirkişiliğin hukuki dayanağı, taraflar arasında yapılan bir sözleşmedir. Bu tip bilirkişiler mahkemenin memuru değildir; tarafların vekilidir, **Taylor**, s. 200.

¹⁶³ Taraflardan birinin talebi üzerine, davanın vakıalarını değerlendirmek üzere görev yapar, **Taylor**, s. 200-201.

¹⁶⁴ Mahkeme tarafından, taraflardan biri veya her iki tarafın da talebiyle yahut da mahkemenin kendi inisiyatifıyla başvuru kişilerdir. Bu tür bilirkişiler mahkemenin memuru konumundadır, **Taylor**, s. 201.

bunların içinde en dikkat çekenini “*The Kantrowitz Model*” olmuştur¹⁶⁵. Bu mahkemeye seçkin bilim adamlarından oluşturulmuş bir hakim heyetinin seçilmesi öngörülmekteydi¹⁶⁶. Bilim mahkemesine karşı oluşturulan en dikkat çekici aleyhtar görüş, bu mahkemenin aslında etkisiz olacağını düşünmeyip, tam tersine bu mahkemenin vermiş olduğu kararların kesin bilimsel meselelere dayanacağı korkusudur. Yani tahmin edilenin aksine bilimsel sonuçların çok etkili olacağı düşüncesidir¹⁶⁷. Kurulması önerilen bilim mahkemesinde bilimsel doğrular (*scientific truth*) belirlenmek amaçlanmıyordu. Asıl amaç acil cevap bekleyen sorunlara geçici çözümler bulmaktır¹⁶⁸.

Kanaatimizce bir bilim mahkemesi oluşturmak gerçekleşmesi zor bir hayalden ibarettir. Böyle bir bilim mahkemesinin hukuk sistemi içine yerleştirilmesini mümkün görmemekteyiz.

SONUÇ

Bilirkişi müessesesi Anglo-Amerikan hukukunda, jürinin sorunlu vakıalar üzerinde doğru değerlendirmeler yapabilmesi bakımından; Türk hukukunda ise, hakimin karar vermesine yardımcı olması bakımından etkili ve önemli bir yoldur. Bilirkişinin Anglo-Amerikan hukukunda görevi, jürinin gerekçeli bir tespit yapabilmesi için zorunlu olan bilginin sağlanabilmesi için, karmaşık konuları ortalama bir insanın anlayabileceği hale sokarak, açıklama yapmaktır. Ancak günümüzde jüri davalarda, bilirkişi ifadesi büyük oranda jürinin tespitlerini etkilemekte ve jürinin, bilirkişinin görüşlerini olduğu gibi kabul etmesine ve maalesef bu konuda kendisinin yeterince düşünmemesine sebep olmaktadır.

¹⁶⁵ James A. **Martin**, The Proposed “Science Court”, Michigan Law Review, vol. 75, April-May 1977, s. 1064-1069.

¹⁶⁶ Carol Henderson **Garcia**, Expert Witness Malpractice: A Solution To The Problem Of The Negligent Expert Witness, Mississippi College Law Review, vol. 12, 1991-1992, s. 60.

¹⁶⁷ **Martin**, s.1084, hatta kurulması önerilen bilim mahkemesinin adının, yapısı itibarıyla aslında “Bilim Yüksek Mahkemesi (*The Supreme Court of Science*)” olması tasarlanmaktaydı.

¹⁶⁸ **Martin**, s. 1085.

Türk hukukunda ise hakimlerin neredeyse her konuda ve en küçük duraksama yaşadıkları anda, kendilerinin araştırma ve inceleme yapmadan bilirkişi görüşüne başvurması; bilirkişiye gidilmesi gereken hallerde ise işin bütününe -sorunlar ayrıştırılmadan ve asıl istenen belirtilmeden- bilirkişiye bırakılması ve alınan raporların da aynen karara aktarılması önemli bir sorun haline gelmiştir. Bu durum özellikle Anayasa ile güvence altına alınmış olan yargı yetkisinin devredilmezliği ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. Buradaki tehlikeli noktalardan biri de bilirkişi raporlarının tartışılmadan aynen hükme esas alınmasıdır. Hakim kural olarak bilirkişi kararı ile bağlı değildir ve bilirkişi raporunu inceleyerek takdir edecek olan hakimdir.

Amerikan hukukunda ister jürili ister jürisiz sistem olsun, uygulanacak hukuku belirleyecek ve onu yorumlayacak olan tek kişi hakimin kendisidir. Yani hakim hukukun uygulanması konusunda davanın tek bilirkişisidir; dolayısıyla başka bir bilirkişi yardımına gerek yoktur. Bununla birlikte, hukukun karmaşık alanlarında hakimin karar vermesi zorlaşacaktır ve hatta kimi zaman hakimin hukuki bilgisi yetmeyecektir. Bu konuda Amerikan hukukunda hakimin gerekli uzmanlığı edinebilmesi için, hukuki bilirkişi tanıklığına başvurmasına gerek kalmadan, çeşitli olanaklar sunulmuştur. Örneğin, hakimin, görevleri hukuki araştırma ve analiz yapmak da olan adli memurları (*judicial clerks*) vardır. Hakim hukuki anlamda bilgisini eksik ve yetersiz hissettiği durumlarda uygulanacak hukuk hakkında bu danışmanlardan bilgi (*brief*) alabilmektedir.

Diğer bir konu ise Anglo-Amerikan hukukundan farklı olarak Türk ve Fransız hukuklarında taraf bilirkişiliğinin mevcut olmamasıdır. Açıkçası bu tür bilirkişiliğin düzenlenmemiş olmasını hukukumuz açısından olumlu görmekteyiz. Çünkü Anglo-Amerikan hukukunda şiddetle taraf bilirkişiliğinin adeta taraflar arasında bilirkişi savaşına dönüştüğünü ve bilirkişiliğin tarafsızlığına ve objektifliğine olan güveni azalttığına ilişkin birçok eleştiri söz konusu olmaktadır. Hatta Anglo-Amerikan hukukunda dahi tıpkı Türk hukukunda olduğu üzere mahkeme tarafından atanan (*court-appointed*) bilirkişiliğe doğru bir geçiş arzusu mevcuttur. Biz, bilirkişilerin mahkeme tarafından atanmasını, taraf bilirkişiliğinden daha tatminkar bulmaktayız. Özellikle bilirkişi ücretinin mahkeme tarafından ödenmesi bilirkişinin tarafsız-

lığının sağlanması açısından önem arz etmektedir¹⁶⁹. Ayrıca, tarafların ayrı ayrı bilirkişi getirerek onlara kendi görüşleri için etki yapması ve çatışan iki rapor ortaya çıkması mümkünken bilirkişilerin mahkeme tarafından atıldığı halde, hem bilirkişi raporu taraflardan bağımsız olacak, hem de hakim çatışan iki görüş arasında seçim yapmak zorunda kalmayacaktır. Böylece para ve zaman kaybı da azalacaktır.

Türk hukukunda olduğu üzere, Anglo-Amerikan ve Fransız hukuklarında da yargılamanın uzun sürmesi, yargılama masraflarının yüksek olması ve özellikle hukuki konularda bilirkişiye gidilmesi eleştirilen önemli hususlardandır. Bu eleştirilere karşılık, yabancı hukuklarda hakime yardım edecek çeşitli alternatif müesseseler yoluyla bu sorunların çözülmesi önerilmiştir:

Amerikan hukukunda FRE'nin 53. maddesi gereğince "jürinin olduğu davalarda, davaya ilişkin meseleler karmaşıkça; jürinin olmadığı davalarda, zararların hesaplanmasının zor olduğu durumlarda, istisnai bir durumun var olduğunu göstermek şartıyla özel uzman tayin edilebilir" denilmiştir.

Yine Amerikan hukukunda içtihatlarla ortaya çıkan teknik danışman yöntemi, Federal Kanun'a dayanmayan istisnai bir yöntemdir. Bu kişiler, hakimin ilgili konuda beceri ve uzmanlığının olmadığı ve hakime ait hukuki görev alanına girmeden hüküm verilmesini hızlandırma amacı taşıyan durumlarda mahkemece görevlendirilen kişilerdir.

Bu doğrultuda İngiliz hukukunda danışmanlar (*lay assessors*) mahkemenin bir üyesi sıfatına sahip olmadan, uzman olarak bir hakimin yanında yer alırlar ve hakime tavsiyede bulunurlar. Bu danışmanların temel görevi, delilleri dinlemek ve kararın oluşturulmasında ve meselenin yorumlanmasında gerekebilecek yardımları hakime sunmaktır. Fakat son kararı yine hakim kendi takdir edecektir.

Amicus curiae ise davanın taraflarının bakış açısından farklı bir şekilde sorunlara yaklaşmakta ve meseleye uygulanacak hukuk kurallarının karmaşıklaşması karşısında, mahkemenin meseleyi algılamasını kolaylaştırmaktadır.

¹⁶⁹ Samuel R. Gross, Expert Evidence, Wisconsin Law Review, vol. 1991, 1991, s. 1224 vd.

Bibliyografya

- Abraham**, Henry J.: *The Judicial Process, An Introductory Analysis Of The Courts Of The United States, England, and France*, New York 1998.
- Altıparmak**, Kerem: “Due Process Of Law” Kavramının Amerikan Hukukundaki Yeri Üzerine Bir İnceleme, *AÜHFD* 1996, cilt 45, sayı 1-4, s. 219.
- Angell**, Ernest: *The Amicus Curiae American Development Of English Institutions, International And Comparative Law Quarterly*, vol. 16, 1967, s. 1017-1044.
- Bartholomeuz**, Lance: *The Amicus Curiae Before International Courts And Tribunals, Non-State Actors and International Law*, vol. 5, 2005, s. 209-286.
- Blom-Cooper QC**, Sir Louis: *Experts In The Civil Courts, Expert Witness Institute*, Oxford 2006.
- Borel**, Jacques/**Boyd**, Stephen M.: *Opportunities For And Obstacles to Obtaining Evidence In France For Use In Litigation In The United States*, *International Law Review*, vol. 13, 1979, s. 35-45.
- Brazil**, Wayne D.: *Special Masters In Complex Cases: Extending The Judiciary Or Reshaping Adjudication?*, *The University Of Chicago Law Review*, vol. 53/2, Spring 1986, s. 394-423.
- Browne**, M. Neil/**Williamson**, Carrie L./**Barkacs**, Linda L.: *The Perspectival Nature Of Expert Testimony In The United States, England, Korea, And France*, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 18, 2002.
- Bryant**, James R.: *The Office of Master In Chancery: Colonial Development*, *American Bar Association Journal*, vol. 40, July 1954, s. 595-598.
- Budak**, Ali Cem: *Anglo Amerikan Medeni Yargılama Hukukunda Bilirkişilik (Uzman Tanıklar)*, *İstanbul Barosu Dergisi*, 1991, sayı 10-12, s. 827-841.

- Cecil**, Joe S./**Willging**, Thomas E.: Court-Appointed Experts, Reference Manual On Scientific Evidence, 1994, s. 529-573.
- Champagne**, Anthony/**Easterling**, Danny/**Shuman**, Daniel W./**Tomkins**, Alan/**Whitaker**, Elizabeth: Are Court-Appointed Experts The Solution To The Problems Of Expert Testimony, *Judicature*, vol. 84/4, January-February 2001, s. 178-183.
- Chan**, Johannes: Amicus Curiae and Non-Party Intervention Focus on The *Ma Case*, *Hong-Kong Law Journal*, vol. 27, 1997, s. 391-404.
- Cope**, Sophia: Ripe For Revision: A Critique Of Federal Rule Of Evidence 706 and The Use Of Court-Appointed Experts, *Gonzaga Law Review*, vol. 39, 2003/04, s. 163-196.
- Corbally**, Sarah. F./**Bross**, Donald. C./**Flango**, Victor. E: Filing of Amicus Curiae Briefs in State Courts of Last Resort: 1960-2000, *Justice System Journal*, vol. 25, 2004, s. 39-56.
- Covey**, Frank M.: Amicus Curiae: Friend Of The Court, *De Paul Law Review*, vol. 9, 1959-1960, s. 3037.
- DeCoux**, Elizabeth L.: The Admission Of Unreliable Expert Testimony Offered By The Prosecution: What's Wrong With Daubert And How To Make It Right, *Utah Law Review*, vol. 2007, 2007, s. 131-166.
- DeGraw**, James S.: Rule 53, Inherent Powers And, Institutional Reform: The Lack Of Limits On Special Masters, *New York University Law Review*, vol. 66, 1991, s. 800-849.
- Demirkapı**, Ertan: Anglo-Amerikan Hukukunda Bilirkişilik Kurumunda Yeni Eğilimler, *DEÜHFD*, 2003, sayı 2, cilt 5, s. 39-75.
- Deryal**, Yahya: *Türk Hukukunda Bilirkişilik*, Ankara 2004.
- Di Lello**, Edward V.: Fighting Fire with Firefighters: A Proposal for Expert Judges at the Trial Level, *Columbia Law Review*, vol. 93, 1993, s. 473-507.
- Duncan**, David W.: A Little Tour in France: Surrogate Motherhood and Amici Curiae in the French Legal System, *Western State University Law Review*, vol. 21, 1993-1994, s. 447-465.
- Elliot**, Catherine/**Quinn**, Frances: *English Legal System*, 2002.

- Ennis**, Bruce J.: Effective Amicus Briefs, Catholic University Law Review, vol. 33, 1984, s. 603-610.
- Flango**, Victor E./**Bross**, Donald C./**Corbally**, Sarah: Amicus Curiae Briefs: The Court's Perspective, The Justice System Journal, vol. 27/2, 2006, s. 180-190.
- Freilich**, Robert H.: Editor's Comment: The Use of a Special Master in Complex Environmental Litigation, The Urban Lawyer, vol. 29/1, winter 1997, s. 1-12.
- Frey**, Andrew: Amici Curiae: Friends Of The Court Or Nuisances?, Litigation, vol. 33/1, 2006-2007, s. 5-6.
- Garcia**, Carol Henderson: Expert Witness Malpractice: A Solution To The Problem Of The Negligent Expert Witness, Mississippi College Law Review, vol. 12, 1991-1992, s. 39-72.
- Garcia**, Ruben J.: A Democratic Theory Of Amicus Advocacy, Florida State University Law Review, 2007-2008, vol. 35, s. 343-358, (Ruben Garcia).
- Güralp**, Ayşe Gülin: Anglo-Amerikan ve Kıta Avrupası Medeni Yargılama Hukuku Sistemlerindeki Reform Çalışmaları, Yeni Gelişmeler Ve Türk Hukuku Bakımından Değerlendirilmesi, İstanbul 2011.
- Gürelli**, Nevzat: Türk Ceza Muhakemesi Hukukunda Bilirkişilik, İstanbul 1967.
- Harper**, Fowler V./**Etherington**, Edwin D., Lobbyists Before The Court, University Of Pennsylvania Law Review, vol. 101, 1953, s. 1172-1177.
- Hebraud**, Pierre/**Raynaud**, Pierre: Chronique De Procédure Civile, Revue Trimestrielle De Droit Civil, vol. 58, 1959, s. 357vd.
- Hedman**, Susan: Friends Of The Earth And Friends Of The Court: Assessing The Impact Of Interest Group Amici Curiae In Environmental Cases Decided By The Supreme Court, Virginia Environmental Law Journal, vol. 10, 1990, s. 187-212.
- Hess**, Robert L.: Judges Cooperating With Scientists: A Proposal For More Effective Limits On The Federal Judge's Inherent Power To Appoint Technical Advisors, Vanderbilt Law Review, vol. 54, 2001, s. 547-589.

- Jurs**, Andrew W.: Balancing Legal Process With Scientific Expertise: A Comparative Assessment Of Expert Witness Methodology In Five Nations, And Suggestions For Reform Of Post-Daubert U.S. Reliability Determinations http://works.bepress.com/andrew_jurs/4 (çevrimiçi 10.11.2011).
- Kearney**, J. D./**Merrill** T. W.: The Influence Of Amicus Curiae Briefs On The Supreme Court, *University Of Pennsylvania Law Review*, vol. 148, s. 743-855.
- Kinley**, David/**Rose**, Alan: The Quest For The Truth: A Comparative Analysis Of The Role Of Experts In Litigation, *Australian Journal Of Forensic Sciences*, vol. 31/1, 1999, s. 5-18.
- Krislov**, Samuel: The Amicus Curiae Brief: From Friendship To Advocacy, *Yale Law Journal*, vol. 72, 1963, s. 694-721.
- Kurland**, Philip B./**Hutchinson**, Dennis J./**Benson**, Fred Joseph: Too Many Friends Of The Court, *ABA*, vol. 70, 1984, s. 16-21.
- Kurland**, Philip B./**Hutchinson**, Dennis J.: The Business Of The Supreme Court O.T 1982, *University Of Chicago Law Review*, vol. 50, 1983, s. 628-650.
- Langbein**, John H.: The German Advantage In Civil Procedure, *University Of Chicago Law Review*, vol. 52, 1985, s. 823-886.
- Leclerc**, Olivier: Les Réformes Du Droit De l'Expertise, *Revue experts*, n. 71, juin 2006, p. 2-19.
- Levine**, David I.: The Authority For The Appointment Of Remedial Special Masters In Federal Institutional Reform Litigation: The History Reconsidered, *University Of California Law Review*, vol. 17/3, Spring 1984, s. 753-805.
- Levine**, Eugenia: Amicus Curiae In International Investment Arbitration: The Implications Of An Increase In Third-Party Participation, *Berkeley Journal Of International Law*, vol. 29, 2011, s. 200-224.
- Lucas**, Allison: Friends Of The Court? The Ethics Of Amicus Curiae Brief Writing In First Amendment Litigation, *Fordham Law Journal*, vol. 26, 1999, s. 1605-1634.

- Lynch**, Kelly J.: Best Friends? Supreme Court Law Clerks On Effective Amicus Curiae Briefs, *Journal Of Law And Politics*, vol. 20, 2004, s. 33-75.
- Martin**, James A.: The Proposed “Science Court”, *Michigan Law Review*, vol. 75, April-May 1977, s. 1058-1091.
- McDougall**, Andrew de Lotbinière/**Santens**, Ank: ICSID Tribunals Apply New Rules On Amicus Curiae, *Mealey’s International Arbitration Report*, 2007, vol. 22/2, http://www.whitecase.com/files/Publication/1c8e8d96-9588-4e86-8c13-523252138974/Presentation/PublicationAttachment/37e1af34-0172-4412-a094-5639d34243e6/article_ICSID_Tribunals.pdf (çevrimiçi 15.12.2011)
- McLauchlan**, Judithanne Scourfield: *Congressional Participation As Amicus Curiae Before The U.S Supreme Court*, New York 2005.
- Munford**, Luther T: When Does The Curiae Need An Amicus?, *Journal Of Appellate Practice And Process*, vol. 1, 1999, s. 279-284.
- Owens**, Ryan J./**Epstein**, Lee: Amici Curiae During The Rehnquist Years, *Judicature*, vol. 89, 2005, s. 127-133.
- Pekcanitez**, Hakan/**Atalay**, Oğuz/**Özekes**, Muhammet: *Hukuk Muhakemeleri Kanunu Hükümlerine Göre Medeni Usul Hukuku*, 14. Bası, Ankara 2013.
- Pekcanitez**, Hakan: Özel Uzman (Bilirkişi) Görüşü ve Değerlendirilmesi, Prof. Dr. Saim Üstündağ’a Armağan, Ankara 2009, s. 397-418.
- Pekcanitez**, Hakan: *Medeni Usul Hukukunda Fer’i Müdahale*, Ankara 1992.
- Seidemann**, Ryan M./**Wilkins**, James G./**Heidel**, Mindy: Closing The Gate On Questionable Expert Witness Testimony: A Proposal To Institute Expert Review Panels, *Southern University Law Review*, vol. 33, 2055-2006, s. 29-91.
- Shelton**, Dinah: The Participation Of Nongovernmental Organizations In International Proceedings, *American Journal Of International Law*, vol. 88, 1994, s. 611-642.
- Silberman**, Linda J.: Judicial Adjuncts Revisited: The Proliferation Of Ad Hoc Procedure, *The University Of Pennsylvania Law Review*, vol. 137/6, June 1989, s. 2131-2178.

- Simpson**, Reagan William/**Vasaly**, Mary R.: The Amicus Brief: How To Be A Good Friend Of The Court, USA, 2004.
- Smith**, Paul M.: The Sometimes Troubled Relationship Between Courts And Their Friends, *Litigation*, vol. 24, 1998, s. 24-26.
- Sungaila**, Mary-Christine: Effective Amicus Practice Before The United States Supreme Court: A Case Study, *California Review Of Law And Women's Studies*, vol. 8, 1998-1999, s. 187-196.
- Tanverdi**, MÜcahit: Medeni Usul Hukukunda Bilirkişilik, Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul 1991.
- Taylor**, Robert F.: A Comparative Study Of Expert Testimony In France And The United States: Philosophical Underpinnings, History, Practice And Procedure, *Texas International Law Journal*, vol. 31, 1996, s. 181-213.
- Travis**, William J.: Impartial Expert Testimony Under The Federal Rules Of Evidence: A French Perspective, *International Lawyer*, vol. 8/3, 1974, s. 492-522.
- Underwood**, Richard H.: Truth Verifiers: From The Hot Iron To The Lie Detector, *Kentucky Law Journal*, vol. 84, 1995-1996, s. 597-642.
- Walbolt**, Sylvia H./**Lang**, Joseph H.: Amicus Briefs: Friends Or Foe Of Florida Courts?, *Stetson Law Review*, vol. 32, 2002-2003, s. 269-308.
- Weinstein**, Jack B.: Improving Expert Testimony, *University Of Richmond Law Review* 1985-1986, vol. 20, s. 473-497.
- Winter**, Bill: Critiquing The Supreme Court, *ABA*, vol. 69/4, April 1983, s. 424.
- Yıldırım**, M. Kamil: Bilirkişi Delilin Mukayeseli Hukuk ve Türk Hukukundaki Durumu, Prof. Dr. Baki Kuru'ya Armağan, Ankara 2004, s. 833-841.

**ALMAN FEDERAL MAHKEMESİ KARARI
“ANONİM ŞİRKETLERİN DAVADA TEMSİLİ VE
KANUN YOLU AŞAMASINDA FER’İ MÜDAHALE”**

*(Çev.) Arş. Gör. Özlem YAZAR**

ZPO § 71 Abs. 3; AktG § 112; ZPO § 80

- a. Davaya katılma talebinin reddine kadar fer’i müdahilin yapmış olduğu işlemler, müdahalenin reddi kararının kesinleşmesinden sonra da asıl taraf bakımından etkisini korumaya devam eder.
- b. Yönetim kurulu ile anonim şirket arasındaki bir davada şirketin temsili, denetleme kurulunun organının bu konudaki kararına bağlıdır. Denetleme kurulunun bir üyesinin ya da denetleme kurulu başkanının kararı, birlikte karar alma sürecinin yerine geçemez.
- c. Denetleme kurulu başkanı, yönetim kuruluna karşı açılmış davaya ilişkin temsil yetkisini denetleme kurulunun rızasını almadan verirse, denetleme kurulu o zamana kadar yapılmış davaya ilişkin işlemleri oy çokluğuyla onaylayabilir.

BGH, 14.05.2013 - II ZB 1/11** - OLG Zweibrücken

LG Frankenthal

Alman Federal Mahkemesinin 2. Hukuk Dairesi, daire başkanı hâkim Prof. Dr. Bergmann ve hâkimler Caliebe, Dr. Drescher, Born ve Sunder aracılığıyla, 14.05.2013 tarihinde;

* Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usûl ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Çevirenin Notu: Söz konusu çeviri TÜBİTAK 2214/A Yurtdışı Doktora Sırası Araştırma Burs Programı süresi içerisinde yapılmıştır.

** Kararın Almanca metni için bakınız: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=96bbee63c71354e1321d27236942ed3b&nr=64379&pos=10&anz=45>.

Davalının istinaf talebine ilişkin Zweibrücken Eyalet Yüksek Mahkemesinin 4. Hukuk Dairesinin 04.01.2011 tarihinde verdiği red kararının bozulmasına ve bu bozma kapsamında yeniden yargılama yapılmak üzere dosyanın istinaf mahkemesine gönderilmesine karar verilmiştir.

Dava konusunun değeri: 200.000 Euro

Gerekçeler

I. Davalı, anonim şirket niteliğindeki bir inşaat şirkettir. Davalı şirketin payları, bir holding aracılığıyla, şirket kurucuları E.H. ve B.H.'ya aittir ve bu iki kardeş arasında ciddi bir gerilim söz konusudur. Davacılar, 06.06.2007 tarihinde - Senatonun 17.07.2012 tarihli kararında da belirttiği gibi (II ZR 55/11, ZIP 2012, 1750) - davalı şirketin yönetim kurulu üyesi olarak atanmışlardır.

26.10.2009 tarihinde davalı şirketin denetim kurulu toplantısı yapılmıştır. Toplantı gündem konularından birisi de davacı yönetim kurulu üyelerinin görevlerinden azledilmesidir. Davacılar, davalı şirketin T. bölgesindeki faaliyetlerinin genişlemesi için imar bakanına rüşvet vermekle suçlanmışlardır. Denetleme kurulunun altı üyesinden üçü E.H.'nın diğer üçü ise B.H.'nın önerisi üzerine denetleme kuruluna seçilmiştir. Denetleme kurulu, üçe üç oy vermiştir. B. H.'nın tavsiyesi üzerine atanan denetim kurulu üyeleri, önemli bir sebebin varlığını ve yönetim kurulu üyesi davacıların bu nedenle görevlerinden azledilmelerini kabul etmemişlerdir. Davalı şirket ana tüzüğünün onuncu maddesinin dördüncü fıkrasının beşinci cümlesine göre, denetleme kurulundaki oylamada oy eşitliği, oylama konusu talebin reddedildiği anlamını taşır. O zamanki denetleme kurulu başkanı, görevden azledilmeye ilişkin olumsuz oy veren bu üç denetleme kurulu üyesinin oy hakkını kötüye kullandığını ve bu sebeple oylarının dikkate alınamayacağını ileri sürerek, davacıların yönetim kurulu üyeliklerinin sona erdiğine karar vermiştir. Böylece denetleme kurulu başkanı, 26.10.2009 tarihli denetleme kurulu kararıyla davacıların yönetim kurulundaki görevlerinden azledildiklerini açıklamıştır. Yönetim kurulu üyeliğinden azledilen iki üye 02.12.2009 tarihinde denetleme kurulu tarafından temsil edilen davalı şirkete karşı açtıkları davayla, denetleme kurulu toplantısında alınan görevden azil kararının batıl olduğuna karar verilmesini ve yönetim kurulundan hukuka aykırı

şekilde azledilmelerinden doğan ve doğacak zararların davalı şirket tarafından karşılanmasını talep etmişlerdir.

Davacılar bir başka yargılamayla, yönetim kurulu üyeliğinin iptaline ilişkin kararın uygulanması ve yönetim kurulu üyesi olarak yapacakları işlemlerin engellenmesine tehlikesine karşı ihtiyati tedbir talebinde bulunmuşlardır. Frankenthal (Pfalz) Asliye Hukuk Mahkemesi bu konuda ihtiyati tedbir kararı vermiştir.

O zamanki denetleme kurulu başkanı, Frankenthal (Pfalz) Asliye Hukuk Mahkemesi ve Zweibrücken Eyalet Yüksek Mahkemesinde görülen davalarda şirketi temsil etmek istemiş ve bu yöndeki talebi denetleme kurulunca 19.06.2010 tarihinde değerlendirilmiştir. Bu talebin sebebi, yönetim kurulu üyelerinin görevden azli kararına karşı açılan dava ve buna bağlı olan ihtiyati tedbir yargılamasındaki avukatlara sadece denetleme kurulu başkanı tarafından vekâlet verilmesidir. Üç denetleme kurulu üyesi bu talebi kabul ederken B.H. tarafından göreve getirilen diğer üç üye bu temsil talebini reddetmiştir.

Asliye hukuk mahkemesinin verdiği ihtiyati tedbir kararına karşı davalı şirketin yaptığı itiraz, 23.06.2010 tarihinde Zweibrücken Eyalet Yüksek Mahkemesi (AG 2010, 918) tarafından, davalı şirketin itiraz yargılamasında hukuka uygun olarak temsil edilmediği gerekçesiyle reddedilmiştir.

Frankenthal (Pfalz) Asliye Hukuk Mahkemesi, denetleme kurulunun davacıların görevden azline ilişkin 26.10.2010 tarihinde verdiği kararın hukuku uygun olmadığına ve bu hukuka aykırı karardan doğan ve doğacak zararlardan davalı şirketin sorumlu olduğuna karar vermiştir.

Davalı şirket, asliye hukuk mahkemesinin bu kararına karşı Zweibrücken Eyalet Yüksek Mahkemesine istinaf başvurusunda bulunmuştur. İstinafa başvurma süresi içerisinde bir numaralı fer'i müdahil, davalının ilk derece mahkemesindeki taleplerine katılmış, aynı zamanda davalının yanında istinaf yoluna başvurmuş ve istinaf sebeplerini 19.07.2010 tarihinde yazılı olarak istinaf mahkemesine sunmuştur.

İstinaf mahkemesi, davalı şirketin istinaf talebini reddetmiştir. Çünkü davalı şirketi temsil eden avukata sadece denetleme kurulu başkanı tarafından vekâlet verilmiştir. İstinaf mahkemesi, B. H.'nın denetleme kuruluna

hukuka aykırı şekilde seçildiği ve bu sebeple verdiği oyun geçerli olmadığı iddiasını doğru bulmamıştır. Ayrıca, bir numaralı fer'i müdahilin davaya katılma talebi hukuka uygun görülmemiş ve istinaf talebi reddedilmiştir.

İstinaf talebinin reddi kararına karşı davalı şirket ve bir numaralı fer'i müdahil temyiz yoluna başvurmuştur. Temyiz süresi içerisinde iki numaralı fer'i müdahilde davalı tarafın yanında istinaf mahkemesi kararına karşı başvurulmuş, söz konusu istinaf mahkemesi kararını temyiz etmiştir. Federal Mahkemenin ilgili dairesinin 29.01.2013 tarihinde verdiği ara kararlar (ZIP 2013, 483) iki numaralı fer'i müdahilin, temyiz aşamasında davalı tarafın yanında yargılamaya katılması kabul edilmiştir.

II. İstinaf talebinin reddedilmesi kararına karşı yapılan temyiz başvurusu yerindedir. Bu durum, temyiz edilen kararın bozulması ve dosyanın istinaf mahkemesine tekrar gönderilmesi sonucunu doğurmuştur.

1. Kanuna göre (§ 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 522 Abs. 1 Satz 4 ZPO), istinaf mahkemesinin red kararının davalı şirketçe temyiz edilmesi esasen yerindedir (§ 574 Abs. 2 Nr. 2, § 575 ZPO). İstinaf talebinin reddi kararının temyiz incelemesinde davalı şirketin avukatı, davalı şirketten dolayı olmasa bile iki numaralı fer'i müdahilden dolayı yetkilidir.

a) Bir numaralı fer'i müdahilin müdahale talebi istinaf mahkemesi tarafından reddedilmiş ve bu kesinleşmiştir. Bu sebeple davalı şirketin avukatı, temyiz incelemesi için vekâletin bir numaralı fer'i müdahil tarafından verildiğini ileri süremez.

aa) İstinaf mahkemesi, bir numaralı fer'i müdahilin müdahale talebini, temyiz edilen kararlar geri çevirmiştir. Davacı, hukuki yarar yokluğu sebebiyle fer'i müdahilin davaya katılma talebinin reddini açıkça talep etmiştir. İstinaf mahkemesi, davalının ve davalıya yardım etmek amacıyla davaya katılmak isteyen fer'i müdahilin istinaf talebini ZPO § 71'deki prosedüre uymadan reddetmiştir. İstinaf mahkemesi, davalının istinaf talebini reddederken yerel mahkemenin farklı anlamlara gelebilecek gerekçelerine dikkat etmemiştir. İstinaf mahkemesi ayrıca, bir numaralı fer'i müdahilin davaya

müdahale etmekte hukuki yararının olmadığına ve bu sebeple müdahale talebinin reddine karar vermiştir.

bb) Bir numaralı fer’i müdahilin davaya müdahale talebine ilişkin istinaf mahkemesinin verdiği red kararına karşı kanun yoluna başvurulmamıştır.

Bir numaralı fer’i müdahil, istinaf yargılamasına katılma talebinin reddine ilişkin verilen ara kararı temyiz etmemiştir. Şayet kanun yoluna başvurulsaydı bu konu incelenebilirdi (§ 574 Abs. 1 Nr. 2 ZPO; BGH, Beschlussvom 24. Januar 2006 VI ZB 49/05, NJW-RR 2006, 644; vgl. ferner BGH, Beschlussvom 26. Mai 2008 II ZB 23/07, ZIP 2008, 1398). Bir numaralı fer’i müdahil, katılma talebinin reddine ilişkin ara kararı temyiz etmemiş, istinaf talebinin reddine ilişkin istinaf mahkemesi kararını temyiz eden davalıyla aynı sebeplere dayanmış ve davalıya temyiz aşamasında yardımcı olmak istemiştir.

cc) Bir numaralı fer’i müdahilin müdahale talebinin istinaf mahkemesince reddedilmesiyle ve bu karara karşı bir kanun yoluna başvurulmayarak, fer’i müdahilin davada yer alamayacağı (vgl. §71 Abs. 3, ZPO) ve asıl tarafa yardım etmek için işlem yapmaya yetkili olamayacağı kesinleşmiştir (vgl. BGH, Urteilvom 11. Februar 1982 III ZR 184/80, NJW 1982, 2070; Beschlussvom 12. Juni 1989 II ZB 2/89, juris Rn. 15; Beschlussvom 10. Januar 2006 VIII ZB 82/05, BGHZ 165, 358, 363; Beschlussvom 1. Juni 2011 VIII ZB 96/10 Rn. 4 juris). Özellikle, asıl tarafın başvurduğu temyiz kanun yolunda fer’i müdahil, avukatları aracılığıyla davanın asıl tarafını etkileyecek herhangi bir işlem yapamaz.

b) Davalı şirketin avukatı iki numaralı fer’i müdahil tarafından da yetkilendirildiğinden yapılan temyiz başvurusu geçerlidir. Davalı şirket avukatına istinaf mahkemesindeki yargılama için vekâlet verilip verilmemesinin bir önemi yoktur, kaldı ki § 81 ZPO’agöre, bir üst mahkemeye başvurmak zaten vekâlet kapsamı içerisindedir (vgl. hierzu BGH, Urteilvom 15. März 2006 XII ZR 138/01, NJW 2006, 2334 Rn. 14). Nitekim iki numaralı fer’i müdahilin temyiz kanun yoluna katılma talebi hukuka uygundur (vgl. BGH, Zwischenurteilvom 29. Januar2013 II ZB 1/11, ZIP

2013, 483) Bu sebeple başvuru yolu hem davalı hem de iki numaralı fer'i müdahil bakımından geçerlidir.

2. Temyiz talepleri gerekçelendirilmiştir. Davalı taraf avukatının Eyalet Yüksek Mahkemesine başvurmak için geçerli bir vekâleti olmadığı gerekçesine dayanılarak, davalı tarafın istinaf talebi reddedilemez.

İstinaf mahkemesi, ZPO § 71 Abs. 3'e göre istinaf yargılamasına katılma talebinin reddi kararının kesinleşmesine kadar bir numaralı fer'i müdahilin fer'i müdahil pozisyonuna ve yetkisine sahip olduğunu dikkate almamıştır (vgl. BGH, Urteilvom 9. März 1983 IVa ZR 211/81, NJW 1983, 2378; Beschlussvom 10. Januar 2006 VIII ZB 82/05, BGHZ 165, 358, 363). Fer'i müdahil böylece, davalının istinafına etki edebilir ve taleplerde bulunabilirdi. Bir fer'i müdahil, davaya katılma talebinin reddine ve bu kararın kesinleşmesine kadar davaya katılmaya ve faaliyette bulunmaya devam eder (BGH, Be-schlussvom 20. März 1985 IVa ZB 1/85, VersR 1985, 551; Dressler in BeckOK ZPO, Stand 30.10.2012, § 71 Rn. 12; Saenger/Bendtsen, ZPO, 5. Aufl., § 71 Rn. 7; Musielak/Weth, ZPO, 10. Aufl., § 71 Rn. 8; Stein/Jonas/Bork, ZPO, 22. Aufl., § 71 Rn. 10 mwN; MünchKomm-ZPO/Schultes, 4. Aufl., § 71 Rn. 11).

III. Hukuk Dairesi, yapılacak yargılamada aşağıdaki konulara dikkat edilmesi gerektiğini belirtmektedir:

1. Davalı şirketin denetleme kurulu başkanı tarafından verilen temsil yetkisi, denetleme kurulunun izni olmadan geçersizdir. Bir anonim şirketin denetleme kurulu başkanı, kural olarak denetleme kurulunca bu konuda verilen bir yetkilendirme kararı olmadan yönetim kuruluna karşı açılmış bir davaya ilişkin bir temsil yetkisi veremez.

a) AktG§ 112'e göre, yönetim kurulu üyelerinden birine karşı olan bir davada anonim şirket, denetleme kurulu tarafından temsil edilir (BGH, Urteilvom 9. Oktober 1986 II ZR 284/85, ZIP 1986, 1381, 1382; Urteilvom 22. April 1991 II ZR 151/90, ZIP 1991, 796; Urteilvom 16. Oktober 2006 II ZR 7/05, ZIP 2006, 2213 Rn. 5; Urteilvom 16. Februar 2009 II ZR 282/07, ZIP 2009, 717 Rn. 7; Zwischenurteilvom 29. Januar 2013 II ZB 1/11, ZIP 2013, 483 Rn. 10).AktG§ 108 Abs. 1'e göre, denetleme kurulunun davanın

takibi ile ilgili onayı, bu konuda alınmış açık bir denetleme kurulu kararıyla mümkündür (BGH, Urteilvom 16. Oktober 2006 II ZR 7/05, ZIP 2006, 2213 Rn. 8; Urteilvom 16. Februar 2009 II ZR 282/07, ZIP 2009, 717 Rn. 12; Zwischenurteilvom 29. Januar 2013 II ZB 1/11 Rn. 11). Denetleme kurulunun bu konudaki yetkisi sadece temsil yetkisinin verilmesini değil, şirketin davasına bağlı tüm sorunların çözümlenmesini de kapsar. Denetleme kurulu üyelerinin oy birliği ya da oy çokluğuyla verdikleri bu karar, denetleme kurulu iradesinin bir yansımasıdır (BGH, Urteilvom 6. April 1964 II ZR 75/62, BGHZ 41, 282, 286; Zwischenurteilvom 29. Januar 2013 II ZB 1/11, ZIP 2013, 483 Rn. 11). Bu birlikte karar alma süreci, sadece denetleme kurulundan daha farklı bir görüşe sahip diye bir denetleme kurulu üyesi ya da denetleme kurulu başkanı kararıyla değiştirilemez (BGH, Urteilvom 17. März 2008 II ZR 239/06, ZIP 2008, 1114 Rn. 11; Zwischenurteilvom 29. Januar 2013 II ZB 1/11, ZIP 2013, 483 Rn. 11).

b) Kendi yönetim kurulu üyelerine karşı olan bir davada anonim şirketin savunma hakkı, denetleme kurulunun bir bütün olarak karar alma yetkisi sebebiyle risk altında değildir. Acil bir durumun varlığında denetleme kurulu başkanı, denetleme kurulunun daha önceden bu konuda aldığı bir karara gerek duymadan, bir avukata yetki verebilir. Bu durumda denetleme kurulu başkanı, BGB § 177 anlamında yetkisiz temsilci olarak faaliyette bulunmuştur. (Hüffer, AktG, 10. Aufl., § 112 Rn. 7; Spindler in Spindler/Stilz, AktG, 2. Aufl., § 122 Rn. 44; K. Schmidt/Lutter/Drygala, AktG, 2. Aufl., § 112 Rn. 19; MünchKommAktG/Habersack, 3. Aufl., § 107 Rn. 61; KK-AktG/Mertens/Cahn, 3. Aufl., § 107 Rn. 55; Hopt/Roth in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 107 Rn. 125, § 112 Rn. 108). Denetleme kurulu, oy çokluğuyla aldığı bir karar yardımıyla, bu faaliyetleri daha sonra onaylayabilir.

2. B.H. tarafından görevlendirilen üç denetleme kurulu üyesinin oy verme haklarının, davacıların azledilmelerine ilişkin 26.10.2009 tarihli oylamada red oyu vermeleri sebebine dayanılarak, davanın yürütülmesine yönelik yetkisiz şekilde yapılan işlemlere onay verilmesiyle ilgili 09.06.2010 tarihli oylamada yasaklandığı anlamına gelmez ve bu konu yargılamanın devamında dikkate alınmalıdır. Oy verme yasağı, kişisel sebeplerin varlığı halinde söz konusudur. (vgl. dazu BayObLG, ZIP 2003, 1194, 1196;

Grigoleit/Tomasic, AktG, § 108 Rn. 28; Hopt/Roth, Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 108 Rn. 55). Söz konusu denetleme kurulu üyelerinin davacıların azline ilişkin red oyu vermeleri, denetleme kurulu başkanının savunduğu şekilde hakkın kötüye kullanılması olsa bile, bu durum yine de oy verme yasağına sebep olamaz. Çünkü üyelerin verdikleri oylar kendileriyle ilgili bir olaya ilişkin değildir. Denetleme kurulu ve yönetim kurulu arasındaki görev dağılımı esnasında, yönetim kurulu ile olan bir davada denetleme kurulu kararlarının etkileri açıkça belirtilmelidir. Dava ile ilgili daha önceki tarihli bir oylamada red oyu vermeleri sebebiyle, bu denetleme kurulu üyelerinin şirketin davada temsili ile ilgili oylamada oylarının yasaklanması, AktG §112'nin yapmış olduğu görev ayırımına aykırıdır.

3. B.H.'nin kullandığı oy şayet 19.07.2010 tarihli denetleme kurulu kararının sonucunun etkileyecek nitelikte ise, ancak bu durumda B.H.'nin denetleme kurulu üyeliğinin batıl olup olmadığı incelenir. İstinaf mahkemesinin görüşünün aksine, oylamanın ve B. H.'nin verdiği oyun batıl olarak kabul edilmesi halinde, davanın yürütülmesiyle ilgili o zaman kadar yapılan işlemlerin denetleme kurulunca onaylandığı kabul edilmelidir.

a) Eğer bir denetleme kurulunun seçilmesiyle ilgili verilen karar batılsa, bu kişinin denetleme kurulunda verdiği oy, denetleme kuruluna üye olamayan kişinin oyu gibi sayılacaktır (BGH, Urteilvom 19. Februar 2013 II ZR 56/12, ZIP 2013, 720 Rn. 20). Denetleme kurulu üyeliği batıl olmasına rağmen oy kullanan kişinin oyu, alınan ya da reddedilen kararın sonucunu etkiliyorsa, bu durumda söz konusu oy yokmuş gibi düşünülür ve buna göre sonuca varılabilir (vgl. BGH, Urteilvom 19. Februar 2013 II ZR 56/12, ZIP 2013, 720 Rn. 21). Organların yetkilerine ilişkin doktrine göre, üyeliği batıl denetleme kurulu üyesinin dahi yaptığı işlemler geçerlidir. Ancak bu doktrin, söz konusu üyenin yönetim kuruluna karşı açılmış bir davadaki işlemlere izin verilip verilmemesine ilişkin oyu konusunda kullanılamaz. Yönetim kurulu organı, bir denetleme kurulu üyesinin seçiminin batıl olup olmadığını kendiliğinden bilebilecek durumdadır ve bu yüzden yönetim kurulunun hukuken korunmasına da gerek yoktur (vgl. BGH, Urteilvom 19. Februar 2013 II ZR 56/12, ZIP 2013, 720 Rn. 23).

b) B.H.’nın denetleme kurulu üyesi olarak seçilmesi batıl kabul edilebilir. Çünkü söz konusu kişi, 07.07.2007 tarihindeki oylama esnasında ve sonrasında çoğunluk hissesinin davalı şirkete ait olduğu P. Limited şirketinin müdürüdür.

AktG§ 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2’ye göre, görev süresinin başlangıcında denetleme kurulu üyesi olmaya yetkili olmayan kişinin üyeliğe seçilmesi AktG § 250 Abs. 1 Nr. 4 gereğince batıldır. AktG§ 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2’ye göre, her kim şirkete bağlı başka bir şirketin yasal temsilcisi ise o kişi bir denetleme kurulu üyesi olamaz. AktG§ 17 Abs. 2, şirketin hisse çoğunluğunun başka bir şirkete ait olması halinde, bu şirketin AktG§ 17 Abs. 1 ve buna bağlı olarak AktG§ 100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 gereğince bağımlı olduğunu varsaymaktadır.

AktG§ 17 Abs. 2’nin bu varsayımı, çoğunluk hissesine sahip ortağın bağımlı olduğu kabul edilen şirket üzerindeki otoritesini yeteri kadar kullanmadığı ispatlanarak çürütülebilir (vgl. Hierzu Emmerich in Emmerich/Habersack, AktienundGmbH-Konzernrecht, 6. Aufl., § 17 Rn. 39 f.; Hüffer, AktG, 10. Aufl., § 17 Rn. 21 f.; MünchKommGmbHG/Liebscher, § 13 Anh. Rn. 114). Davacılar, P. Limited şirketinin AktG §100 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ve § 17 anlamında bağımlı olmadığını ileri sürmüştür. İstinaf mahkemesi, davacının P. limited şirketinin § 17 Abs. 2 AktG gereğince bağımlı şirket olduğu varsayımını çürütmeye ilişkin açıklamalarını (muhtemelen her iki tarafın tamamlayıcı açıklamalarını) incelemek zorundadır.

4. Son olarak, olayda olduğu gibi yönetim kurulu üyesine karşı açılan bir davaya ilişkin işlemlere onay talebinin denetleme kurulu tarafından reddedilmesi, kötüniyetli ve batıl sayılabilir. Çünkü söz konusu dava, denetleme kurulu kararına karşı açılmaktadır (Burada, davacıların yönetim kurulu üyesi görevlerinden azledilmelerine ilişkin karara karşı). Anonim şirket yönetim kurulu üyelerinin şirketin denetleme kurulu kararına karşı açmış olduğu bir davada denetleme kurulunun şirketin kendini savunmasına karşı çıkması, şirketin çıkarlarını ilgilendiren istisnai durumlarda mümkündür. Denetleme kurulunun karşı çıkması sebebiyle şirketin savunma hakkını kaybetmesi, genellikle, denetleme kurulu üyelerinin görevleriyle bağdaşmayan kararlarına dayanmaktadır. Özellikle burada olduğu gibi, yönetim kurulunca karşı çıkarılan denetleme kurulu kararında oy kullanan ve kullandıkları

oylar denetleme kurulu başkan tarafından kötüye kullanma olarak kabul edilen üyelerin davanın yürütülmesine onay vermemesi durumunda, söz konusu denetleme kurulu kararının mahkemece incelenmesinin önüne geçildiği düşünülebilir.

Bergmann

Caliebe

Drescher

Born

Sunder

İncelenen mahkeme kararları :

LG Frankenthal, 11.05.2010 - 1 HKO 50/09

OLG Zweibrücken, 04.01.2011 - 4 U 94/10

Kısaltmalar Cetveli

| | |
|-----------------------|---|
| Abs. | : Absatz (fıkra) |
| AG | : Amtsgericht (Sulh Mahkemesi) |
| AktG | : Aktiengesetz (Anonim Şirketler Hakkında Kanun) |
| Aufl. | : Auflage (bası) |
| BayObLG | : Bayerisches Oberstes Landesgericht (Bayern Eyalet Yüksek Mahkemesi) |
| BeckOK | : Beck’scher Online-Kommentar |
| BGB | : Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu) |
| BGHZ | : Entscheidungendes Bundesgerichtshofs in Zivilsachen (Alman Federal Mahkemesi’nin Hukuk Davalarındaki Kararları) |
| KK-AktG | : Karlsruher Kommentar zum Aktiengesetz |
| LG | : Landgericht (Asliye Mahkemesi) |
| MünchKommAktG | : Münchener Kommentar zum Aktiengesetz |
| MünchKommGmbHG | : Münchener Kommentar zum Gesetzbetreffenddie Gesellschaften mit beschränkter Haftung |
| MünchKommZPO | : Münchener Kommentar zum Zivilprozessordnung |
| NJW | : Neue Juristische Wochenschrift |
| NJW-RR | : Neue Juristische Wochenschrift-Rechtsprechungs-Report Zivilrecht |
| Nr. | : Nummer (Numara) |
| OLG | : Oberlandesgericht (Eyalet Yüksek Mahkemesi) |
| Rn. | : Randnummer (Kenar numarası) |
| VersR | : Versicherungsrecht |

| | |
|-------------|--|
| vgl. | : vergleiche (Karşılaştırınız) |
| ZB | : Zivilsenat des Bundesgerichtshofs (Alman Federal Yüksek Mahkemesi Hukuk Dairesi) |
| ZIP | : Zeitschrift für Wirtschaftsrecht |
| ZPO | : Zivilprozessordnung (Alman Hukuk Muhakemeleri Kanunu) |
| ZR | : Zivilrecht (Özel hukuk) |