

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

I / 2

Yılda iki sayı yayınlanan hakemli dergi

Cilt:I
Sayı:2
Yıl:2005



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

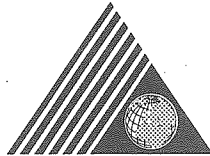
YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Yılda iki sayı yayınlanan hakemli dergi.

Cilt: 1

Sayı: 2

Yıl: 2004



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

Edir / Editor

Doç. Dr. Ali Cem Budak, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Danışmanlar Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Halûk Kabaaliglu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Belgin Erdomuş, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ztek, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Güzel, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Zehreddin Aslan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın Komisyonu / Editorial Board

Prof. Dr. Abdulkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Marmara Üniversitesi, İİBF

Prof. Dr. Augusto Sinagra, La Sapienza, Roma Üniversitesi

Prof. Dr. Bart de Schutter, Vrije Universiteit Brussel

Prof. Dr. Claudio Grossman, American University, Washington College of Law

Prof. Dr. Erhan Adal, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Haluk Ülman, Yeditepe Üniversitesi, İİBF

Prof. Dr. Hayri Domaniç, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Ğretim yesi

Prof. Dr. Helge Loytved, Universitat Bielefeld, Bundessocialgericht, Kassel

Prof. Dr. Michel Waelbroek, Brüksel Üniversitesi, ULB

Prof. Dr. Nanette Neuwahl, Montreal Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Patrick Hugg, Loyola University School of Law

Prof. Dr. Rayegan Kender, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hasan Kni, Yeditepe Üniversitesi İİBF

Prof. Dr. Ruşen Ergeç, ULB Universite Libre de Bruxelles

Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Akile Gürsoy, Yeditepe Üniversitesi

Prof. Dr. Vakur Versan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Ğretim yesi

Prof. Dr. Volkmar Gessner, Universitaet Bremen, The Oñati International Institute for Sociology of Law

Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Sabih Kanadoğlu, Onursal Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yeditepe Üniversitesi İİBF

Prof. Dr. Vural Savaş, Yeditepe Üniversitesi İİBF İktisat Bölüm Başkanı, Anayasa Mahkemesi eski yesi

Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, Yeditepe Üniversitesi Fransızca Kamu Yönetimi Bölüm Başkanı

Prof. Dr. Stefan Talman, Oxford Üniversitesi

Prof. Dr. Don Wallace, Wr., Georgetown Üniversitesi, International Law Institute-Chairman

Doç. Dr. Nuray Ekşi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Sibel İnceoğlu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. M. şükrü Alpaslan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. M. Alper Gmiş, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Necla Güney AĞdağ, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Heidelberg Max Planck Institute

Yard. Doç. Dr. Salih şahiniz, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Sultan zeltrk, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Kemal Erol, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Hakan zeltrk, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan hakemli bir dergidir. Dergiye yapılan atıflarda "YTHFD" kısaltması kullanılmalıdır.

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Cilt: 1 Sayı: 2 Yıl: 2004

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU	1
HUKUK VE İKTİSAT	
Prof. Dr. Vural Fuat Savaş, Anayasa Mahkemesi eski Üyesi, Yeditepe Üniversitesi İktisadi-İdari Bilimler Fakültesi, İktisat Bölümü Başkanı	3
2863 SAYILI KÜLTÜR VE TABİAT VARLIKLARINI KORUMA KANUNU'NA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER ÜZERİNE	
Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Kamu Hukuku Bölümü Başkanı	15
PRIVATE CAPITAL AND INFRASTRUCTURE: TRAGIC? USEFUL AND PLEASANT? INEVITABLE?	
Prof. Don Wallace, Jr., Chairman, International Law Institute	47
THE ROLE OF SOFT LAW IN GLOBALISATION: A LEGAL PERSPECTIVE	
Av. Okay Durman, Istanbul Bar Association	65
YENİ TÜRK CEZA KANUNU'NDA SUÇ ORTAKLIĞI	
Av. Murat Volkan Dülger, İstanbul Barosu Avukatlarından	85
ÖZEL HUKUK	139
TRAFFIC LIABILITY (A COMPARATIVE ANALYSIS) - II	
Prof. Dr. Erhan Adal, Vice Dean, Yeditepe University, Faculty of Law	141
HOLLANDA DENİZ KANUNLAR İHTİLÂFI KANUNUNU	
Doç. Dr. Nuray Ekşi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Başkanı	
Doç. Dr. Ali Cem Budak, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi	161
TÜRKİYE'DE YAPILAN YABANCI YATIRIMLARA İLİŞKİN MEVZUAT HAKKINDA GENEL DEĞERLENDİRME	
Doç. Dr. Nuray Ekşi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Başkanı	169
KISITLI VE KISITLI OLMAYAN ERGİN KİŞİLERİN KORUMA AMAÇLI ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KISITLANMASI (TMK432-437)	
Yrd. Doç.Dr. Mustafa Alper Gümüş, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi	189
OTELCİLİK SÖZLEŞMESİ	
Dr. Gül Doğan, Öğretim Görevlisi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi	229
VADELERİNE GÖRE MEVDUAT HESABI TÜRLERİ	
Arş. Gör. Nuri Erdem, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi	253
HASTA HAKLARI	
Araş. Gör. Bilge Onaran, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi	273

OPEN COVERS: THE WIND OF CHANGE BLOWING THROUGH THE INSURANCE MARKET Av. Zuhul Arıç, Ankara Bar Association; Yeditepe University, Doctoral Scholar	325
İCRA VE İFLAS KANUNU'NDA 4949 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER SEMPOZYUMU (10 Ocak 2004 günü Yeditepe Üniversitesi'nde düzenlenen Sempozyum'da sunulan tebliğler.).....	379
BİRİNCİ OTURUM / AÇILIŞ KONUŞMALARİ	381
Prof. Dr. Halûk Kabaalioglu (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı)	383
Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya	385
GENEL HACİZ YOLU VE KAMBIYO SENETLERİNE DAYALI TAKİBE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER Av. Talih Uyar, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi	387
İCRA VE İFLAS KANUNU'NUN 89. MADDESİNDE 4949 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER Doç. Dr. Abdurrahim Karşlı, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi	411
AV. TALİH UYAR VE DOÇ. DR. ABDURRAHİM KARSLI'NIN TEBLİĞLERİ HAKKINDAKİ SORU VE CEVAPLAR	419
İKİNCİ OTURUM	429
4949 SAYILI VE 17.7.2003 TARİHLİ KANUN İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİK ÇERÇEVESİNDE İHTİYATİ HACİZ KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE KONTROLÜ Prof. Dr. Nevhis Deren-Yıldırım, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi	431
İCRA VE İFLAS KANUNU'NDA İHTİYATİ HACZE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ Doç. Dr. Muhammet Özekes, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi	445
PROF. DR. NEVHİS DEREN-YILDIRIM VE DOÇ. DR. MUHAMMET ÖZEKES'İN TEBLİĞLERİ HAKKINDAKİ SORU VE CEVAPLAR	459
ÜÇÜNCÜ OTURUM	469
4949 SAYILI KANUNUN GETİRDİĞİ DEĞİŞİKLİKLERLE İCRA İFLAS KANUNU'NDA YER ALAN İPTAL DAVALARINA VE İFLASIN ERTELENMESİNE İLİŞKİN YENİ HÜKÜMLER Prof. Dr. Kamil Yıldırım, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanı	471
İFLAS HUKUKUNDAKİ YENİLİKLER Doç. Dr. Oğuz Atalay, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi.....	485
İCRA VE İFLAS KANUNUNDA 4949 SAYILI KANUNLA YAPILAN SIRA CETVELİNE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER Dr. Adnan Deyneklî, Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi	503
PROF. DR. KAMİL YILDIRIM, DOÇ. DR. OĞUZ ATALAY VE DR. ADNAN DEYNEKLİ'NİN TEBLİĞLERİ HAKKINDAKİ SORU VE CEVAPLAR	519

DÖRDÜNCÜ OTURUM	525
4949 SAYILI İCRA VE İFLÂS KANUNU'NDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASINA DAİR KANUN'UN ADI KONKORDATO İLE İLGİLİ HÜKÜMLERDE GETİRMİŞ OLDUĞU DEĞİŞİKLİKLERİN TESPİTİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ	
Prof. Dr. Süha Tanrıver, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi	527
PROF. DR. SÜHA TANRIVER'İN TEBLİĞİ HAKKINDAKİ SORU VE CEVAPLAR...	553
İÇTİHAH KRONİĞİ	557
KAT İRTİFAKLI ARSA PAYINI DAVACIDAN DEVRALMIŞ KİŞİLER AÇISINDAN KMK. 26/II HÜKMÜNÜN UYGULANIP UYGULANAMAYACAĞI SORUNU	
Prof. Dr. Abdulkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi	559
MEVZUAT KRONİĞİ	567
18.7.2003'DEN 1.11.2004'E KADAR GEÇEN DÖNEMDE YÜRÜRLÜĞE KONAN YENİ MEVZUAT VE RESMİ GAZETE'DE YAYINLANMIŞ ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI YA DA İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI İLE GETİRİLEN MEDENİ USUL VE İCRA-İFLAS HUKUKUNA İLİŞKİN KURALLAR, ÇÖZÜMLER	
Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı	569
TEKNOLOJİ GELİŞTİRME BÖLGELERİ KANUNU (TEKNOPARKLAR)	
Av. Serap Zuvin, İstanbul Barosu Avukatlarından, Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi	
Stj. Av. Eylem Çağrı Afacan, İstanbul Barosu	585
ESER İNCELEMESİ	597
YAVUZ ALANGOYA'NIN "MEDENİ USUL HUKUKU ESASLARI" KİTABININ TANITIMI VE ORADA DA ELE ALINAN BAZI HUKUK SORUNLARI ÜZERİNE DÜŞÜNCELER	
Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı	599



JOURNAL OF YEDITEPE UNIVERSITY

FACULTY OF LAW

Volume 1 No: 2 Year: 2004

CONTENTS

PUBLIC LAW	1
LAW AND ECONOMICS	
Prof. Dr. Vural Fuat Savaş, Former Member of the Constitutional Court of Turkey Head of Economics Department, Yeditepe University Faculty of Economics and Administrative Sciences.....	3
A DISCUSSION ON THE AMENDMENTS TO THE LAW NO. 2863 ON PROTECTION OF CULTURAL AND NATURAL HERITAGE	
Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe University Faculty of Law, Head of Public Law Department	15
PRIVATE CAPITAL AND INFRASTRUCTURE: TRAGIC? USEFUL AND PLEASANT? INEVITABLE?	
Prof. Don Wallace, Jr., Chairman, International Law Institute	47
THE ROLE OF SOFT LAW IN GLOBALISATION: A LEGAL PERSPECTIVE	
Av. Okay Durman, Istanbul Bar Association.....	65
ACCOMPLICE LIABILITY IN THE NEW TURKISH CRIMINAL CODE	
Av. Murat Volkan Dülger, Istanbul Bar Association.....	85
PRIVATE LAW	139
TRAFFIC LIABILITY (A COMPARATIVE ANALYSIS) - II	
Prof. Dr. Erhan Adal, Vice Dean , Yeditepe University Faculty of Law	141
MARITIME PRIVATE INTERNATIONAL LAW OF THE NETHERLANDS	
Associate Prof. Dr. Nuray Ekşi, Marmara University Faculty of Laws, Head of Chair for Private International Law and Procedure Associate	
Prof. Dr. Ali Cem Budak, Yeditepe University Faculty of Law	161
A GENERAL REVIEW OF FOREIGN INVESTMENT LAWS OF TURKEY	
Associate Prof. Dr. Nuray Ekşi, Marmara University Faculty of Laws, Head of Chair for Private International Law and Procedure.....	169
RESTRICTING THE FREEDOM OF PERSONS OF AGE INCLUDING INCOMPETENT PERSONS UNDER THE CARE OF GUARDIANSHIP (CIVIL CODE 432-437)	
Ass. Prof. Dr. Mustafa Alper Gümüş, Yeditepe University Faculty of Law.....	189
HOTEL CONTRACT	
Ass. Prof. Gül Doğan, Lecturer, Yeditepe University Faculty of Law	229
TYPES OF BANK DEPOSIT CONTRACTS ACCORDING TO TERM OF VALIDITY	
Nuri Erdem, Research Fellow, Yeditepe University Faculty of Law	253
PATIENT RIGHTS	
Bilge Onaran, Research Fellow, Yeditepe University Faculty of Law	273

**OPEN COVERS: THE WIND OF CHANGE BLOWING
THROUGH THE INSURANCE MARKET**

Av. Zuhâl Arıç, Ankara Bar Association, Doctoral Scholar,
Yeditepe University Faculty of Law 325

**SYMPOSIUM ON AMENDMENTS OF LAW NO. 4949 TO THE CODE OF
CIVIL EXECUTION AND INSOLVENCY**

(Papers submitted during the Symposium held at Yeditepe University on January 10, 2004) ... 379

FIRST SESSION / OPENING REMARKS

Prof.Dr. Haluk Kabaalıoğlu, Dean of the Faculty of Law, Yeditepe University 383

Eraslan Özkaya, Chief Justice, Turkish Supreme Court (Court of Cassation)..... 385

**AMENDMENTS RELATING TO ORDINARY DEBT COLLECTION PROCEDURES
AND DEBT COLLECTION PROCEDURES FOR COMMERCIAL PAPERS**

Av. Talih Uyar, Dokuz Eylül University Faculty of Law 387

**AMENDMENTS OF LAW NO. 4949 RELATING TO ARTICLE 89 OF THE CODE OF
CIVIL EXECUTION AND INSOLVENCY**

Associate Prof. Dr. Abdurrahim Karşlı, İstanbul University Faculty of Law 411

DISCUSSIONS ON PAPERS SUBMITTED BY AV. TALİH UYAR AND

ASSOCIATE PROF. DR. ABDURRAHİM KARŞLI..... 419

SECOND SESSION..... 429

**LEGAL NATURE OF AND CONTROL ON PRELIMINARY ATTACHMENT ORDERS
AFTER AMENDMENTS OF LAW NO. 4949 DATED JULY 17, 2004**

Prof. Dr. Nevhis Deren-Yıldırım, İstanbul University Faculty of Law 431

A REVIEW OF AMENDMENTS RELATING TO ATTACHMENT ORDERS

Associate Prof. Dr. Muhammet Özekes, Dokuz Eylül University Faculty of Law 445

DISCUSSIONS ON PAPERS SUBMITTED BY ASSOCIATE PROF. DR. NEVHİS

DEREN-YILDIRIM AND ASSOCIATE PROF. DR. MUHAMMET ÖZEKES 459

THIRD SESSION..... 469

**PROVISIONS OF CODE OF CIVIL EXECUTION AND INSOLVENCY
INTRODUCED BY LAW NO. 4949 RELATING TO *ACTIO PAULIANA* AND
DELAY OF INSOLVENT LIQUIDATION**

Prof. Dr. Kamil Yıldırım, Marmara University Faculty of Law,
Head of Chair for Civil Procedure..... 471

DEVELOPMENTS IN INSOLVENCY LAW

Associate Prof. Dr. Oğuz Atalay, Dokuz Eylül University Faculty of Law 485

**AMENDMENTS OF LAW NO. 4949 TO THE CODE OF CIVIL EXECUTION
AND INSOLVENCY RELATING TO RANKING OF CREDITORS**

Dr. Adnan Deyneklı, Reporter Judge, 19th Civil Chamber of the Court of Cassation..... 503

DISCUSSIONS ON PAPERS SUBMITTED BY PROF. DR. KAMİL YILDIRIM,

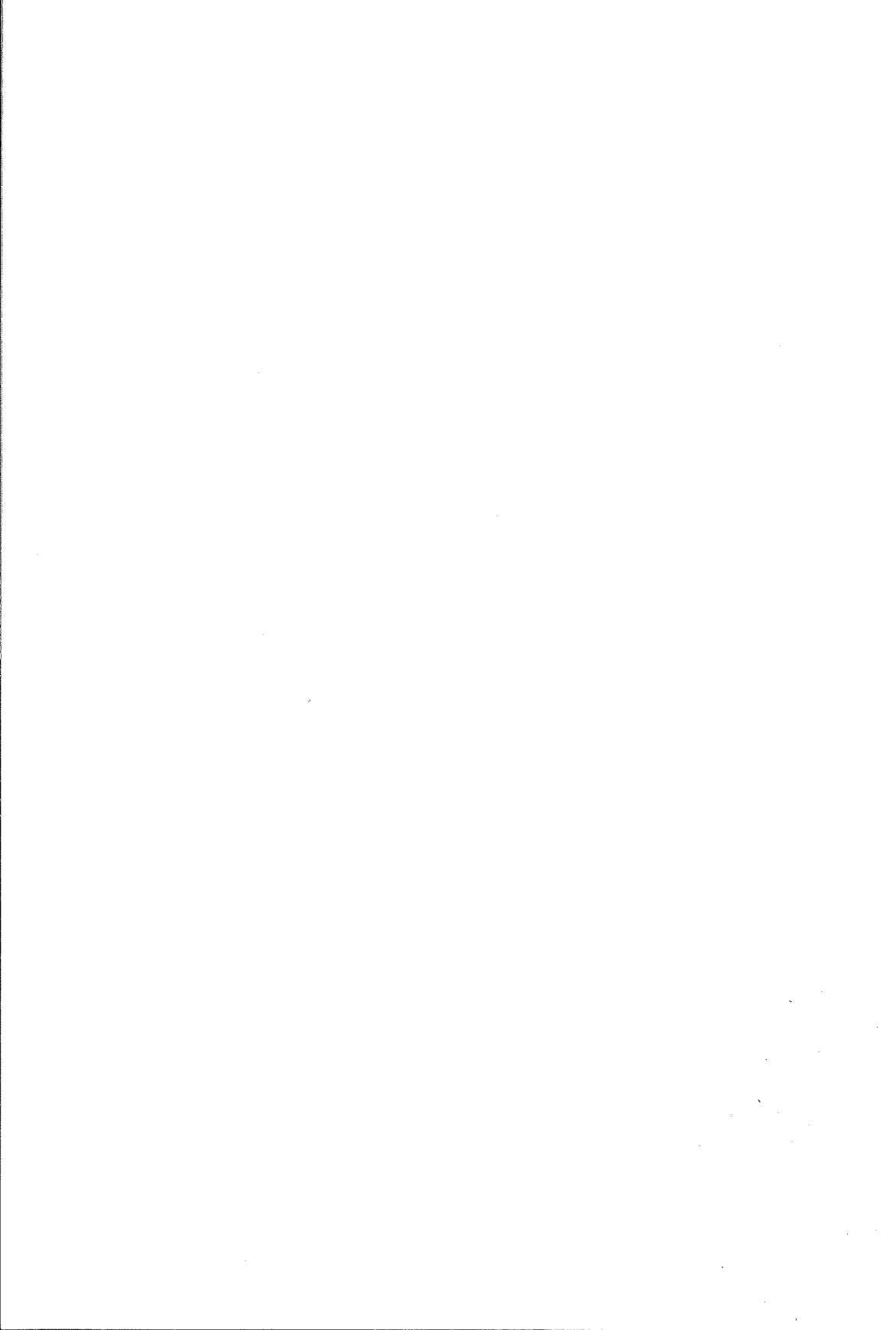
ASSOCIATE PROF. DR. OĞUZ ATALAY AND DR. ADNAN DEYNEKLİ..... 519

A REVIEW OF LAW NO. 4949 ON AMENDMENTS TO THE CODE OF CIVIL EXECUTION AND INSOLVENCY RELATING TO SIMPLE COMPOSITION WITH CREDITORS	
Prof. Dr. Sha Tanriver, Ankara University Faculty of Law	527
DISCUSSIONS ON THE PAPER SUBMITTED PROF. DR. SHA TANRIVER.....	553
CHRONICLE OF CASE REVIEWS.....	557
THE QUESTION IF ARTICLE 26(2) OF THE LAW ON PROPERTY ON BUILDING FLATS APPLY TO THE PERSONS TO WHOM A LAND SHARE WITH BUILDING RIGHTS HAS BEEN TRANSFERRED	
Prof. Dr. Abdulkadir Arpacı, Yeditepe University Faculty of Law.....	559
CHRONICLE OF LEGISLATION.....	567
NEW RULES AND SOLUTIONS INTRODUCED IN THE AREA OF LAW OF CIVIL PROCEDURE AND INSOLVENCY BY NEW LEGISLATION, CONSTITUTIONAL COURT JUDGMENTS AND JUDGMENTS FOR UNIFICATION OF COURT PRECEDENTS PUBLISHED IN THE OFFICIAL GAZETTE DURING THE PERIOD BETWEEN JULY 18, 2003 AND NOVEMBER 11, 2004	
Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe University Faculty of Law.....	569
LAW ON TECHNOLOGY DEVELOPMENT ZONES (TECHNOPARKS)	
Av. Serap Zuvin, Istanbul Bar Association, Adjunct Professor, Yeditepe University	
Stj. Av. (Trainee lawyer) Eylem ağrı Afacan, Istanbul Bar Association.....	585
BOOK REVIEW.....	597
AN INTRODUCTION OF THE BOOK “FUNDAMENTALS OF CIVIL PROCEDURE” BY YAVUZ ALANGOYA AND DISCUSSIONS ON SOME MATTERS DEALT WITH IN THE BOOK	
Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe University Faculty of Law, Head of Chair for Civil Procedure.....	599

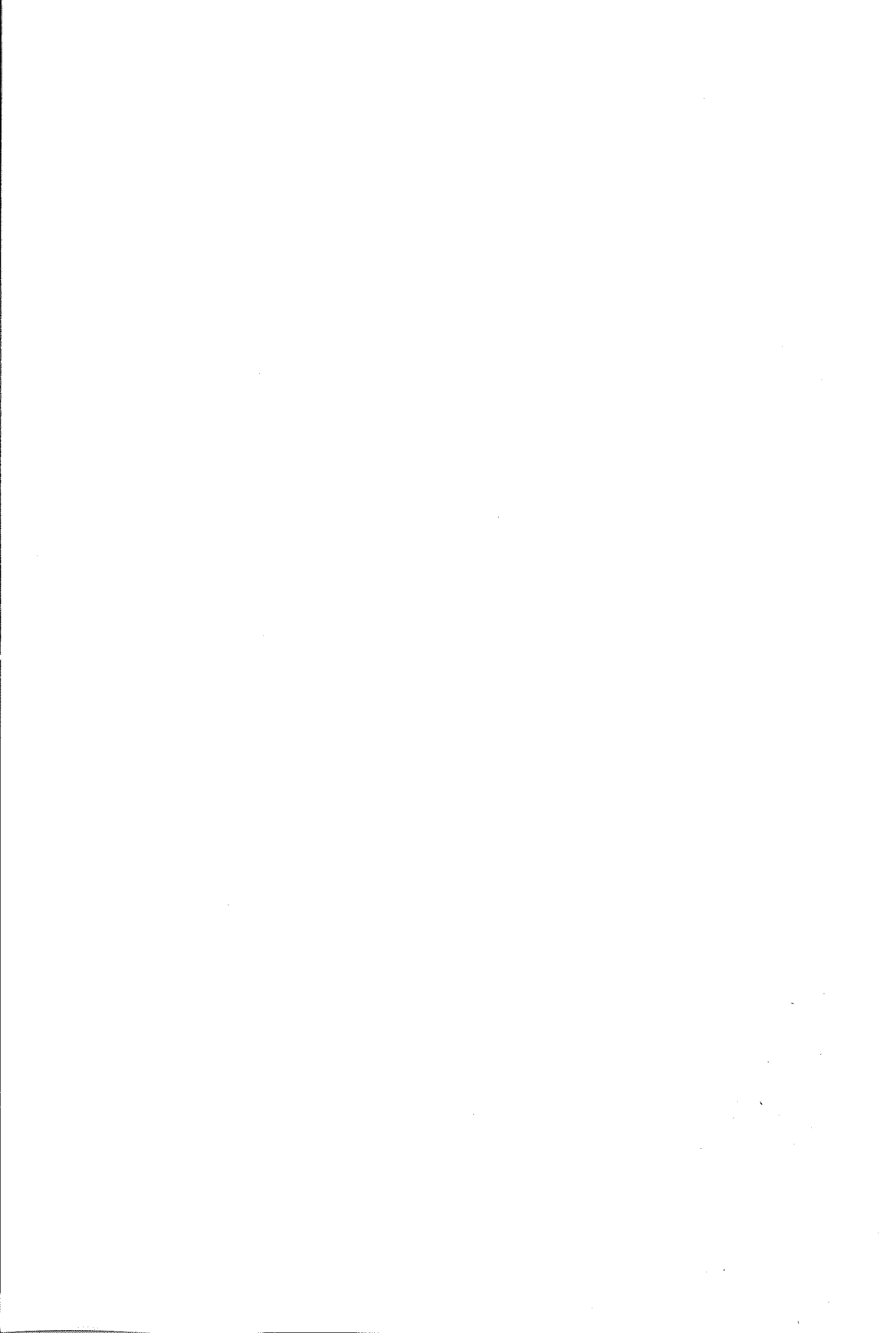


YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

1. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), altı ayda bir yayınlanan hakemli bir dergidir.
2. Dergide yayınlanabilecek yazılar, hukuk içerikli her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ve çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.
3. Dergimize yayınlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayınlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.
4. Yazılar Microsoft Word (98 ve üzeri versiyonlar) programında yazılmalıdır.
5. Yazıların teknik formatı şu şekilde olmalıdır:
Üst: 2, 5 cm; Alt: 2, 5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm
Metin: Times New Roman, 12 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı
Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı
6. Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adını, ünvanını, çalıştığı kurumu, açık adresini, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon ve faks numaralarını, e-posta adresini içerir bir bilgi kağıdı da teslim edilmelidir.
7. Her yazı, kaydedildiği bir diskette birlikte (ve başlığının İngilizce çevirisi de eklenmek suretiyle) A-4 boyutunda ve iki nüsha olarak teslim edilmelidir.
8. Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, disketteki biçimiyle “basılmaya hazır olarak” verildiği kabul edilir.
9. Yayın Kurulunda ilk değerlendirilmesi yapılan yazılar, hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda yazının yayımlanmasına, hakemden gelen rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yayımlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda haberdar edilecektir.
10. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, yayın kurulunca, tekrar hakeme gönderilebilir.



KAMU HUKUKU



HUKUK VE İKTİSAT

Prof. Dr. Vural Fuat Savaş

Yeditepe Üniversitesi İktisadi-İdari Bilimler Fakültesi
İktisat Bölümü Başkanı

Giriş

Bu makalenin konusu, son çeyrek yüzyılda ortaya çıkan yeni bir araştırma yöntemini (paradigmayı) tanıtmaktır. Bu yeni yöntemin adı Hukuk ve İktisattır.¹

Hukuk ve İktisat, ABD’de hukukçular üzerinde çok etkili olmuştur. Hatta son elli yılda hukuk alanında ortaya çıkan **en önemli gelişme** olduğu öne sürülmüştür. Önde gelen hukuk fakültelerinde standart ders programları içinde Hukuk ve İktisat’ın önemli bir yeri olmuştur. Stanford, Chicago, Columbia, George Mason, Miami ve diğer birçok üniversitede bu konuda araştırma merkezleri kurulmuştur.

Anayasa Mahkemesi ve Temyiz Mahkemesi gibi üst derece mahkemelerin üyeliklerine bu konuda eğitim alan yargıçlar atanmıştır.

Halen devam eden bu eğilimin temel amacı, iktisatın analiz aletlerini, hukuki problemlere uygulamak ve hukuk sisteminin işleyişini, piyasa ekonomisi kurallarıyla yönlendirmektir.

Bu makalede hukuk ve iktisat arasında böyle bir ilişkinin nasıl ku-

1 Yeni yaklaşımın adı olduğunu belirtmek için kelimelerin baş harfleri büyük yazılacaktır.

bulduğunu açıklayacak ve iktisatın hukuka uygulanışını destekleyen ve eleştiren görüşleri özetleyeceğiz.

Hukuk ve İktisat'ın köklerini çok gerilere götürmek mümkünse de, biz çağdaş tarihle kendimizi sınırlı tutacağız. Buna göre Hukuk ve İktisat 1950'li yıllarda A.B.D.'de ortaya çıkmış ve çok kısa bir sürede benimse-nip yayılmıştır. Özellikle 1970'li yıllarda Yargıç ve Profesör Richard A.Posner'in yayınlarıyla akademik gündemde ön sıralara yükselmiştir.

Richard A.Posner, ilk baskısı 1973'de yapılan **Hukukun Ekonomik Analizi**² adlı kitabında, iktisadi analizde kullanılan kavramların hukuka uygulanmasının yararlı olacağını savunmuştur. Posner'in çalışmaları ile birlikte "Chicago Okulu" adını alan bu yaklaşımda, iktisat, "rasyonel adam" modeline dayalı bir bilimsel analiz olarak kabul edilmiş ve bu analiz yönteminin hukuka uygulanması mümkün ve yararlı görülmüştür.

Yakın bir geçmişte, Chicago Okulu'na yöneltilen eleştiriler, Hukuk ve İktisat'ın incelediği konuları değiştirmiş, ancak temel ilke aynı kalmış-tır: İktisadi düşünce ve kavramlar, hukuka yön verecek ve içerik kazandı-racak niteliktedir ve mutlaka hukukun şekillenmesinde kullanılmalıdır.

Tanım ve İçerik

Hukukun ekonomik analizi veya Hukuk ve İktisat adı verilen bilim-ler arası paradigmayı şöyle tanımlamak mümkündür (Rowley 1989,³ s.25; Mackaay, 1999, s.65'den):

"Hukukun ekonomik analizi veya Hukuk ve İktisat, ekonomik teori-nin ve ekonometrik yöntemlerin hukukun ve hukuki kurumların oluşumu-nu, yapısını, işlemlerini ve etkisini incelemek amacıyla kullanılmasıdır."

Hukuk ve İktisat, hukuksal kurumları, ekonomik sistemin dışında değil, içinde yer alan değişkenler olarak görür ve bu kurumlarda meydana gelen değişmelerin, sistemin öteki değişkenleri üzerinde sebep olacağı et-kileri incelediği gibi, bu kurumların sabit olmadığını fakat ekonomik sis-temdeki tercihlere bağlı olarak değişeceğini savunur.

2 Richard A.Posner, **Economic Analysis of Law** (Boston: Little Brown, 1973).

3 Charles K. Rowley, "Public Choice and the Economic Analysis of Law" in N.Mercuro (ed.) **Law and Economics** (Boston: Kluwer Academic Publishers, 1989).

Mülkiyet, (property) sözleşme (contract) ve haksız fiil (tort) ile ilgili hukuki kuralların, çeşitli davranışları zımni olarak fiatlandırdığı ve bu nedenle iktisatın “fiat teorisi” yardımıyla incelenmelerinin mümkün olduğu görüşü 1970’li ve 1980’li yıllarda yoğun biçimde savunulmuştur (Cooter-Ulen, 1988 Preface).

Fiat teorisinin bu basit ilkesinden yola çıkan Hukuk ve İktisat’ın esas iddiası; **maksimizasyon** (maximization) **denge** (equilibrium) ve **etkinlik** (efficiency) gibi temel ekonomik kavramların, hukuku anlamak ve açıklamak için de gerekli kavramlar olduğudur. Bu iddia yazardan yazara farklı şiddette öne sürülmüştür.

En aşırı iddiaya göre hukuku iktisata indirgemek mümkündür. Bunun için **adalet**, (justice), **hak** (right), **görev** (duty) ve **kusur** (negligence) gibi geleneksel hukuk kavramlarının yerine iktisatın kavramlarını ikame etmek yeterli olacaktır. Kavramlar bu şekilde yer değiştirdikten sonra, hukuk terminolojisi tıpkı, aşırı bir yük gibi atılabilir. Örneğin adalet kavramı, ekonomik etkinlik kavramı ile değiştirilebilir. Bu görüşü savunan Posner’a göre hukuki kavramlar bireysel tercihlerin ifadesinden başka bir şey değildir ve daha somut bir kavram olan etkinlik ile değiştirilmelidir (Posner, 1973, Cooter-Ulen, 1988, s.10’dan).

Biraz daha yumuşatılmış bir iddiaya göre ise; iktisadi kavramlar hukukun büyük bir kısmını açıklamakta kullanılabilir, fakat bunun için hukuki kavramları elimine etmeye gerek yoktur. Hukuki terminoloji yerini korumaya devam etmeli fakat içerikleri iktisadi kavramlarla oluşturulmalıdır.

İktisatçıların “**rasyonel adam modeli**” adını verdikleri bu yaklaşıma göre bireyler tüketecekleri malları ve miktarlarını, kaç saat çalışacaklarını, seçimlerde hangi partiye oy vereceklerini, yasalarda yapılan bir değişikliğe nasıl tepki vereceklerini; yapacakları fayda-maliyet analizine göre belirler.

İktisatın bu analiz yaklaşımını ve hukuka nasıl uygulanacağını bir uzman şöyle açıklamıştır (Trebilcock, Richardson, 2002, s.152’den):

“İktisat, bireylerin rasyonel olduğunu ve önlerindeki mevcut davranış biçimlerinin fayda ve maliyetini hesapladığını, hukuki sınırlar da dahil olmak üzere tabi oldukları sınırları (constraint) bildiklerini ve bu koşullarda net bireysel yararlarını maksimize edecek davranış biçimini seçeceklerini varsayar. Bu yaklaşımı hukuka uygularsak, hukuki sistem, dev bir süpermarkete benzetilebilir. Burada da, zaman içinde değişebilen veya değiştirilebilen görece fiatlara sahip çeşitli hukuki alternatifler ve sınırlar var-

dır ve bireyler bir süpermarkette çeşitli mallar arasında nasıl tercih yapıyorlarsa o şekilde tercih yapar. Örneğin haksız fiilden doğan sorumluluk ve suçlara öngörülen cezalar, bazı faaliyetlerin görelî fiatlarını yükseltir. Buna karşılık vergi indirimi ve mali yardım gibi işlemler bazı faaliyetlerin görelî fiatını azaltır.”

İktisatın, hukukta kullanılabileceği fikri, fiat teorisinden alman bu ilhamdan doğmuştur. Bilindiği gibi iktisatın kurallarından biri fiat, talep ve arz arasındaki ilişkiye dayanır ve bu ilişki açıklanırken kullanılan kurallardan biri “fiat yükselince talep azalır, arz artar.” Diğeri de “fiat düşünce talep artar, arz azalır.” kurallarıdır. Basit gözlemlere dayalı ve sadece çok kısa zaman dönemi için geçerli olan bu kurallar, Hukuk ve İktisat yanlılarına, çok çekici gelmiş ve fiat teorisinin hukuka uygulanacağını düşündürmüştür. Bu alanın ünlü iki ismi, **Hukuk ve İktisat** adlı kitaplarında bu görüşü şöyle savunmuştur (Cooter-Ulen, 1998, s.11):

“Hukuk tarafından yaratılan kurallar, çeşitli davranış türleri için **zımni bir fiat** oluşturur ve bu kuralların sonuçları, bu zımni fiatlara gösterilecek tepkiye göre analiz edilir.”

Bu sözlerden anlaşılacağı üzere hukuki kurallar ve içerdikleri cezai yaptırımlar, bireylerin toplum içinde yapacakları davranışların fiatını belirler ve bireyler bu fiata göre bazı davranışlarda bulunmaya veya bulunmamaya karar verirler.

Posner da benzer bir görüşü benimsemiştir. Ona göre, yargıç hukukunun (common law) özünü, iktisatın “**servetin maksimizasyonu**” (maximum of wealth) “**fayda maksimizasyonu**” ve “**kar maksimizasyonu**” gibi kavramları kullanan ilkesi oluşturur ve bu nedenle iktisadi analiz, hukukun anlaşılması ve düzenlenmesi yönünden çok yararlıdır. Posner’a göre servet maksimizasyonu kaynakların etkin kullanımını gerektirdiği için yargıçlar da yasaları yorumlarken ve davaları karara bağlarken bu ilkeyi kendilerine rehber edinmelidir. Posner, bununla da yetinmeyip servet maksimizasyonu ilkesinin, hukukta yapılacak bir reformun kaynağı olması gerektiğini de öne sürmüştür. (Posner, 1985;⁴ Hsiung, s.3’den):

“Servet maksimizasyonu sadece yargıçların yapacağı işin doğru bir tanımı olmakla kalmaz, aynı zamanda, (mevcut sistemin) eleştirisi ve reformu için doğru bir kriter sağlar.”

4 R.A.Posner; “Wealth Maximization Revisited” Notre Dame Journal of Law 1985.

Hukuk ve İktisat'ın burada savunduğu ana fikri şöylece özetleyebiliriz: Yasalar yapılırken, yorumlanırken ve uygulanırken, ortaya çıkacak sonucun ekonomik maliyeti gözönünde bulundurulmalı ve mevcut çözümler arasında ekonomik maliyeti en düşük olan çözüm seçilmelidir. Bu ekonomik kritere uymayan mevcut kurallar da, yapılacak bir hukuk reformu ile ortadan kaldırılmalıdır.

Bu görüşleri paylaşmayan hukukçular da vardır. Onlara göre iktisadi analizin hukuka uygulanması bazı sakıncaları da beraberinde getirecektir. Bunun başında iktisatın bireyi tek başına, toplumdan soyutlanmış halde ele alıp incelemesi gelir. Rasyonel adam, aynı zamanda, kişisel çıkarlarının peşinde koşan bir “ekonomik adam” (homo economicus)dır. Oysa ki hukuk toplumsal düzeni sağlamak ve bunun için sadece kişiyi değil, kişiler arası ilişkileri de gözetmek durumundadır. Robert Ashford bu konuyu şöyle açıklamaktadır (Ashford,⁵ 1997, Hsiung, s.5'den):

“İyi bir hukukçu, insanları kendi başlarına yaşayan ve tek boyutlu fayda maksimizasyoncusu olarak düşünemez. Aksine, insanların birbirlerine ayrılmaz biçimde bağlı olduklarını ve bu bağlılığın tek boyutlu bir fayda fonksiyonu ile açıklanmasının veya tahmin edilmesinin mümkün olmayacağını bilmesi gerekir.”

Bir başka eleştirmen de Posner ve Chicago Okulu'nu şu sözlerle eleştirmiştir (Richardson, 2002, p.153):

“Chicago Okulu'nun yaklaşımında değerli noktalar vardır. Her şeyden önce bu yaklaşım, sezgiye dayanan, tarihsel yönden düşünülen eski hukuksal yaklaşımı önemli ölçüde ıslah etmiştir. Fakat önemli sorun iktisatın varsayımlarıdır. Örneğin Chicago Okulu'nun, rasyonel adamın nasıl davranacağı veya nasıl davranması gerektiği ile ilgili soyut yaklaşımı, insanların gerçek dünyada nasıl davrandıklarını pek az dikkate alır. Sonuçları bazan doğru bazan da yanlıştır. Özellikle bireylerin piyasadaki toplu davranışları söz konusu olduğunda bu soyut yaklaşımın sonuçları yanlıştır. Bu, bireylerin kendi durumlarını ıslah etmekten kaçındıkları için değil karşılarında seçebilecekleri çok sayıda alternatif davranış biçimi olduğu içindir. Bireyin bu seçeneklerden hangisini seçeceğini önceden tahmin etmek zordur. Ayrıca, bireylerin davranışı, kısmen de toplum tarafından empoze edilen ve benimsenen toplumsal normlar tarafından belirlenir. Kişi-

5 Robert Ashford, “Socio-Economics: What is its Place in Law Practice” Wisconsin Law Review, 1997 (Hsiung, s.5'den).

lerin gerçek dünyada ne kadar çeşitli ve önceden tahmin edilemeyen davranışlarda bulunduğunu bilen hukukçular için bu güçlüğü kavramak zor olmayacaktır.”

Bu eleştiriler Hukuk ve İktisat’ın araştırma konularını da önemli ölçüde etkilemiştir. Soyut varsayımlara dayalı analizler yanında, gittikçe artan sayıda empirik çalışmalar yapılmaya başlanmıştır. Toplumsal normların ve hukuk kurallarının tek tek ve birlikte, insan davranışlarını nasıl düzenlediğini ve sınırladığını araştıran hukukçular hızla artmıştır.⁶ Bu yeni yaklaşıma “**Yeni Chicago Okulu**” adı verilmiş ve sosyal normlarla dünya gerçeklerine, eski Chicago Okulu’na göre daha çok önem verilmeye başlanmıştır.

Makul ve Akılcı İnsan

Hukuk ve İktisat’ın iktisat teorisinden ve beklediğini ve bu beklentilere yöneltilen eleştirileri; hukukun ve iktisatın, ortak sükeleri olan insana nasıl baktıklarını inceleyerek sürdürmek yararlı olacaktır. Hukuk, iktisattan yararlanabilir, ancak önemli olan soru, bu yararlanmanın nereye kadar genişleyeceğidir.

İktisatın hukuktaki uygulama alanının genişliği hukukçuların ve sıradan bireylerin hukuk kuralları karşısındaki rasyonel davranışlarıyla belirlenecektir. Ancak Hukuk teorisinde ideal karar verici, “**makul**” (reasonable) olarak, iktisat teorisinde ise “**akılcı**” (rational) olarak tanımlanır. Makul adam ile akılcı adam arasındaki farkın açıklanması aynı zamanda hukukun iktisadi analizinin genişliğini belirlemenin de bir yöntemi olacaktır. Geleneksel görüşe göre **akılcı davranış** (rational behaviour); **tutarlı amaçların** (consistent ends) **etkin araçlarla** (efficient means) gerçekleştirilmesi olarak tanımlanır. Amaçların tutarsız olması ve araçların etkin olmaması halinde “**akıl dışı**” (irrational) davranış ortaya çıkar.

Bu tanımların ilginç özelliği akılcı davranışın (rationality) amaç ve araç seçimi yönünden kişiye sınırsız bir özgürlük tanıyan olmasıdır. Bu durumun önemli bir sonucu vardır: kişinin seçtiği amaçlar **toplum karşıtı** (anti-social) ve kullandığı araçlar **ahlak dışı** (immoral) da olsa kişinin davranışı; amaç ve araç uyumu sağlandığı takdirde, akılcı (rational) ola-

6 Bu konuda çalışan bazı ünlü isimler ve üniversiteleri şunlardır: Robert Cooter (Berkeley), Thomas Ullen (Illinois), Cass Sunstein (Chicago), Lisa Bernstein (Boston ve Georgetown), Lawrence Lessig (Harvard ve Stanford), Eric Posner (Pennsylvania ve Chicago).

caktır. Dolayısıyla iktisatçının rasyonel saydığı bir davranış; hukuk yönünden toplumsal düzeni bozan ve engel olunması gereken bir davranış olacaktır. Böyle bir çelişki iktisatın hukuka uygulanması açısından bir sorun yaratmayacak mıdır?

Hukuk ve İktisat'ın öncüleri, bunun bir sorun olmayacağını savunmuştur (Cooter-Ulen, 1998, s.11-12). Onlara göre toplum karşısı amaçlar izlemek veya ahlak dışı araçlar kullanmak, genellikle “**akıl dışı**” (unreasonable) olarak kabul edilir. Makul insan, içinde yaşadığı toplumun **kurallarına** (norms) ve **geleneklerine** (convention) uygun davranır ve bu nedenle amaçları toplumca paylaşılan değerlerle tutarlı olduğu gibi, takibi için izleyeceği yöntem de (araçlar) toplum kurallarına uygundur. Örneğin makul bir insan otomobil kullanırken, tehlikeli faaliyetleri önlemek için toplum tarafından konulan trafik kurallarına uyar.

Hukukta ideal bir karar verici, ister hakim isterse kanun koyucu olsun, makul bir insandır ve toplumsal kurallara uyacaktır. Bu kurallar da, genellikle, ekonomik rasyonalite kuralları olup **tutarlılık** (consistency) ve **etkinlik** (efficiency) koşullarını yerine getirir. “Bir insanın makul olması için önce rasyonel olması gerekir” anlamına gelen bu görüş aşırı bir iddia olmakla birlikte, hukuk sistemi içinde görevli kimseler yönünden değerlendirildiğinde gerçeği yansıttığı düşünülebilir.

Biraz zorlama kokusu taşıyan bu açıklama adı geçen yazarları da tatmin etmemiş olacak ki şöyle devam etmek zorunda kalmışlardır (a.e.):

“Bununla birlikte, hukuk düzeninde görevli kimseler; tutarlılık ve etkinlik koşulları yanında başka sınırlamalara ve kurallara da tabidir. Bu nedenle iktisat, hukukun tam bir açıklamasını yapamaz. Bu ilave kurallar uzun bir düşünce ve analiz döneminde özellikle etik ve politik felsefenin içinde şekillenmiş olup iktisatın dışındadır. Bu gerçek, Hukuk ve İktisat yaklaşımının önemli fakat eksik bir yaklaşım olduğunu düşündürmektedir.”

Hukuk ve İktisatın Ortak Yönleri

Yukarıda da belirtilmiş olduğu üzere İktisatçılar, 1960'lı yıllardan itibaren çeşitli sosyal bilimlere kendi analiz aletlerini taşımaya ve bu bilimleri iktisadi analiz yönünden incelemeye yönelmişlerdir. İktisatın temel kavramları ve analiz yöntemleri; hukuk, siyaset ilmi ve sosyoloji gibi değişik alanlara girmiş ve buralarda kendine yer edinmiştir. “**İktisatın Emperyalizmi**” diye adlandırılan bu yayılma kendini en çok hukuk alanında

hissettirmiştir. Posner ve Parisi'nin belirttiği gibi (Posner-Parisi, 1997, s.ix⁷; Hsiung, tarihsiz, s.1'den):

“Hukuk ve İktisat, önceleri iktisatın dışında sayılan bilimler arasında iktisatın en başarılı şekilde uygulandığı bir alan olmuştur.”

İktisadi analizin, diğer sosyal bilimlerdeki uygulamasına oranla hukukta daha derin ve yaygın bir etkiye sahip olmasının çeşitli nedenleri vardır. Bunların başında sükelerinin, yani incelemeye konu olan varlığın aynı olması gelir. Gerçekten de iktisat ve hukukun süjesi insandır ve her ikisi de insanlarla ve insanlar arasındaki birebir ilişkilerle ilgilidir. İktisatın her konusu insanı ve insanlar arası ilişkileri kapsar. Hukuksal incelemeler de; hukuki mevzuat, anayasa ve hukuki kurumlar gibi konular yanında, öncelikle insanı ve insanlar arası ilişkileri ele alır. Hukuk ve İktisat'ın her gün yaygınlığı ve etkisi artan bir paradigma halini almasında bu ortak araştırma konusunun varlığı önemli bir rol oynamıştır.

Hukuk ile iktisat arasında ortak olan ikinci unsur, sahip oldukları amaçlardır. Gerçekten de iktisadi kavram ve analiz araçları mülkiyet hakkı, kişisel hak ve özgürlüklerden; aile hukuku, sözleşme, haksız fiil, ceza hukuku ve anayasa hukuku (Savaş, 1989)'na kadar hukukun pek çok alanında kullanılmaya başlanmıştır. Burada sorulması gereken soru, iktisat neden hukukta bu kadar önemli ve etkili bir yer edinmiştir sorusudur. Genel düzeyde baktığımızda ikisinin de amacı, toplumun “**kıt kaynaklarının etkin biçimde kullanılmasıdır**”. İktisat, “kıt kaynakların etkin kullanılması”nı konu edinmiştir. Hukuk da, ister yasama yoluyla konulmuş olsun, isterse yargıç yorumundan doğmuş olsun (common law), toplumun kıt kaynaklarının kullanımını üzerinde önemli bir etkiye sahiptir. Yukarıda belirtildiği gibi Chicago Okulu hukukun temel amacının “servetin maksimizasyonu” olduğunu öne sürmüştü. Hukuki kararlar, çoğu defa, toplumsal değer yargılarıyla kıt kaynakların kullanımını arasında bir denge kurmaya çalışır. İktisat ve Hukuk alanında çalışan ünlü bir Amerikan yargıcı bu konuyu şu sözlerle açıklamıştır (Frank Easterbrook, Richardson, 2002, s.151'den):

“İktisat, kıtlık karşısında rasyonel davranışı inceler. Bu nedenle iktisat ve hukuk birbirinden ayrılamaz. Çünkü, hukuki sistem de kıtlığın üstesinden gelmeye çalışır. Eğer her şey yeteri kadar bol olsaydı, ne hukuka ihtiyaç olacak ve ne de devlet var olacaktı.”

7 Richard A.Posner-Francesco Parisi; *Law and Economics: an Introduction* (1997).

Bu açıklamalardan anlaşılacağı üzere hukuk ve iktisat, iki sosyal bilim olarak ortak yönlere sahiptir. İkisi de insanı inceler ikisinin de amacı değişik isimler taşısa da mevcut alternatifler arasında maliyeti en düşük olan çözümü seçmektir. Cooter-Rubinfeld de bu noktayı şu sözlerle vurgulamıştır (ibid.):

“İktisat teorisinin hukuk tarafından benimsenmiş olması, öyle görünüyor ki iktisat ile hukuk arasındaki yapısal benzerliklerden kaynaklanmıştır. Örneğin hukukun “**makul adam**” (reasonable man) kavramı iktisatın “**rasyonel adam**” (rational man) kavramından çok farklı değildir. Hukukun araştırma konusu olan kazalardan doğan yükün adil dağılımı, iktisatçıların konusu olan riskin etkin dağılımından fazla farklı değildir.”

Bu ortak süje ve amaç dışında, iktisat teorisinin hukukun önemli bir eksikliğini tamamladığı öne sürülür. Bu görüşe göre, hukuk bir “**davranış teorisi**”nden yoksundur. Bir başka deyişle hukuk insan davranışlarının nedenlerini, sonuçlarını ve dış dünyadan gelecek etkilere nasıl tepki vereceğini açıklayan bir teoriye sahip değildir.

İktisatın “**pozitif iktisat**” ve “**normatif iktisat**” olarak ikiye ayrılmış olması hukukun bu eksikliğini gidermeye yaramıştır. Pozitif iktisat, belirli sınırlar altında kişilerin nasıl karar aldığını ve değişen koşullara kendilerini nasıl uyduracaklarını ele alır. Kısa bir deyişle pozitif iktisat “**olani**” inceler. İktisatın bir başka türü olan normatif iktisat ise “**olması gereken**” ile ilgilidir. Yani, belli koşullarda en iyi sonuca ulaşmak, bir başka deyişle etkinliği sağlamak için ne yapılması ve nasıl davranılması gerektiğini inceler.

İktisatın hem pozitif ve hem de normatif karaktere sahip olması, hukukun iktisadi analizi yönünden önemlidir. Çünkü Cooter ve Rubinfeld’in belirttiği gibi (Cooter-Rubinfeld, 1989;⁸ Hsiung tarihsiz, s.2’den):

“İktisat, hukuk teorisine, kendisinde eksik olan **davranış teorisi** ile **normatif standardı** vermiştir.”

Böylece iktisat, ortak yönleri yanında, hukuka yeni bir bakış açısı ve yeni bir analitik boyut kazandırmış olmakta ve bu nedenle hukuk içindeki yerini hem sağlamlaştırmakta ve hem de yaygınlaştırmaktadır.

8 Robert D. Cooter – Daniel L. Rubinfeld; “Economic Analysis of Legal Disputes and Their Resolution” *Journal of Economic Literature*, 27 (1989).

Sonuç

Yukarıda, hukuk bilginlerinin iktisatın hukuktaki yeri ve önemi konusundaki görüşlerini aktardık. Şimdi de, bir iktisatçı olarak, bu görüşleri, kısaca değerlendirmeye çalışacağız.

İktisatın ve hukukun insanı ve insan davranışlarını inceledikleri ve bu nedenle ortak bir yönleri bulunduğu doğrudur. Ancak amaçları konusunda aynı şeyi söylemek doğru değildir. İktisatın amacı “**etkinlik**”tir, hukukun amacı ise “**adalet**” (justice) olmalıdır. İktisatçılar, bu güne kadar “**adil**” bir gelir dağılımının nasıl olması gerektiğini belirleyememiştir. Hatta, gelir dağılımı teorisini oluşturamamıştır. Birçok iktisatçı çözümü, **Refah Teorisi**’nde; bir başka deyişle devlet müdahalesiyle sağlanacak “**gelirin tekrar dağılımı**”nda bulmuştur. Devlet politikasına bu konuda yol gösterecek olan ilke ise “**adalet**” kavramıdır. **Etkinlik ve adalet birbirinin tamamlayıcısıdır ve topluma birlikte yol göstermelidir. Bu nedenle Hukuk ve İktisat yaklaşımının etkinliği adaletin yerine ikame etmesinin ciddi bir yanlışlığı olduğunu düşünüyoruz.**

Hukuk ve İktisat yaklaşımına yönelteceğimiz ikinci eleştiri, bu yaklaşım taraftarlarının iktisadi kavram ve kuralları yeterince incelemeyen benimsemiş olmalarıdır. İktisatçılar, teorilerinin gerçekçi olmayan varsayımlara dayandığından yakınırken hukukçuların bu teorileri baştaçı etmeleri şaşırtıcı bir durumdur. Geleneksel iktisat teorisinin **tam rekabet, esnek fiyatlar ve rasyonel insan** varsayımlarının gerçek dünya ile ilişkisi yoktur. Maksimizasyon kavramı, matematiksel bir formülasyona dayanır ve gerçek dünyaya uygulanma şansı yoktur. Hukuk ve İktisat’ın, iktisat ilminin bu zayıf yönlerini yeteri kadar anlamadan ortaya çıkması şaşırtıcıdır.

Burada akla gelen soru, Hukuk ve İktisat alanında çalışan ünlü hukukçu-iktisatçıların, bu zaaflarına rağmen iktisadi kavram ve teorilere neden bu kadar önem verdikleri sorusudur. Bu soru bizi Hukuk ve İktisat’a yönelteceğimiz üçüncü eleştiriye getirir: Hukuk ve İktisat yaklaşımı, “**Yeni Liberalizm**” adı verilen ve 1970-1980 döneminin serbest dış ticaret, serbest piyasa, özelleştirme ve refah devletinin budanması şeklinde ortaya çıkan liberal ideolojinin bir uzantısıdır. Bu yaklaşımla yapılmak istenen şey, hukuk kurallarının içinde şekillenen toplumsal iradenin ve bunu yansıtan devlet otoritesinin sınırlandırılmasıdır.

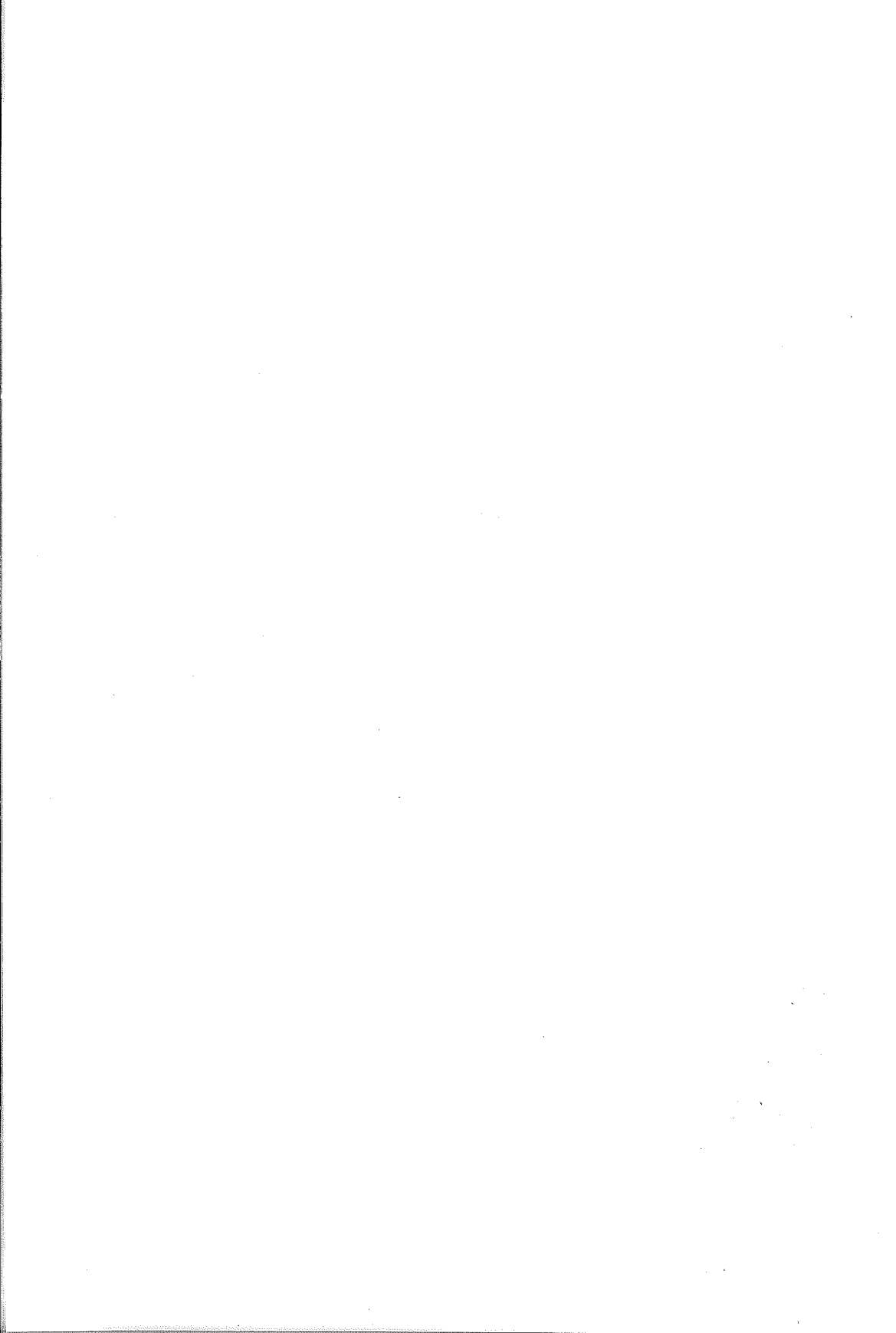
İktisatı, politikaya başarıyla uygulayan Nobel Ödülü sahibi, hocam Profesör Buchanan iktisatı diğer sosyal bilimlere uygulama gayretlerinin şu soruya cevap vermesi gerektiğini söylemiştir (Buchanan, 1987, s.313):

“Kendi değerlerimizi yaratabilecek bağımsız bireyler olarak, hem özgürlüklerimizi koruyup ve hem de birlikte barış, refah ve uyum içinde nasıl yaşayabiliriz?”

Hukuk ve İktisat söz konusu olduğunda vereceğimiz cevap şudur:
Etkinlik ve adaleti birlikte sağlayarak!

KAYNAKÇA

- Buchanan, J.M., **Economics: Between Predictive Science and Moral Philosophy** (Texas A&M University Press, 1987).
- Cooter R.-T.Ulen, **Law and Economics** (New York: Scott, Foresman and Co., 1988).
- Hsiung, B., “The Success of Law and Economics: A Methodological Interpretation”, (<http://www.nzbr.org>).
- Mackaay, E., “History of Law and Economics”, (<http://www.nzbr.org>).
- Richardson, I., “Law and Economics-and Why New Zealand Needs It” **New Zealand Business Law Quarterly** Vol.8, No.8 May 2002.
- Savaş, V.F., **Anayasal İktisat** (İstanbul, Beta 1989, 1993, 1997).



2863 SAYILI KÜLTÜR VE TABİAT VARLIKLARINI KORUMA KANUNU'NA GETİRİLEN DEĞİŞİKLİKLER ÜZERİNE

Prof. Dr. Bilge Umar

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Kamu Hukuku Bölümü Başkanı

27.7.2004 günlü, 25 535 sayılı RG'de yayınlanan 5526 sayılı "Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanunu ile Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun", 29 maddelidir. Bunlardan 17'si ile m. 27, 2863 sayılı yasaya değişiklikler getirmekte veya eklemeler yapmaktadır. Geriye kalan maddeler de, 2863 sayılı yasanın uygulanmasına yahut uygulayıcı örgütlere ilişkin kurallar getiren bazı diğer yasaları değiştirmektedir.

Bu değişiklikleri, değiştirme yasasındaki sıraya göre, ele alalım ve değerlendirelim.

Yasadaki, "Tanımlar ve kısaltmalar" başlıklı madde 3'deki değişiklikler

1. Burada, "Tanımlar" diye başlayan a bendindeki 1 sayılı alt bent, değişiklikten önce şöyle idi:

"Kültür varlıkları"; tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan yer üstünde, yer altında veya su altındaki taşınır ve taşınmaz varlıklardır.

Şimdi, şöyle oldu:

“Kültür varlıkları”; tarih öncesi ve tarihi devirlere ait bilim, kültür, din ve güzel sanatlarla ilgili bulunan **veya tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş bilimsel ve kültürel açıdan özgün değer taşıyan** yer üstünde, yer altında veya su altındaki **bütün taşınır ve taşınmaz varlıklardır.**

Bu ilk değişiklik hakkındaki değerlendirmemiz yazık ki, yasa koyucuyu kutlamak ve getirilen değişikliği anlamlı, olumlu bulmak doğrultusunda olmayacaktır. Çünkü, bir nesnenin “korunması gerekli kültür varlığı” sayılması için, onun bu alt bentte sayılan konulardan herhangi biriyle ilgili olması gerekmez, onların dışında bir konuyla ilgili olsa dahi o nesnenin günümüzdeki hâliyle gelecek kuşaklara geçirilmesinde kamu yararı varsa, nesne “Korunması gerekli kültür varlığı”dır. Diğer yandan, yasaya şimdi eklenen “bütün” sözcüğünün de hiç gereği yoktu; onun eklenmesiyle bir yarar sağlanmış değildir. Nihayet, “tarih öncesi ya da tarihi devirlerde sosyal yaşama konu olmuş ... *varlıklar*” ifadesinin neyi anlattığını keşfedebilmek için sanırım Kalkhas yahut Mopsos kadar usta kâhin olmak bile yetemez.

2. Aynı m. 3’de a bendinin 3 sayılı alt bendine, “kent kalıntıları” değişinden sonra gelmek üzere, “kültür varlıklarının yoğun olarak bulunduğu sosyal yaşama konu olmuş veya” deyişi eklenmiştir. Böylece, o bent şöyle olmuştur:

“Sit”; tarih öncesinden günümüze kadar gelen çeşitli medeniyetlerin ürünü olup, yaşadıkları devirlerin sosyal, ekonomik, mimari ve benzeri özelliklerini yansıtan kent ve kent kalıntıları, **kültür varlıklarının yoğun olarak bulunduğu sosyal yaşama konu olmuş veya önemli tarihi hadiselerin cereyan ettiği yerler ve tespiti yapılmış tabiat özellikleri ile korunması gereken alanlardır.**

Bu değişiklik bakımından da değerlendirmemiz farklı olmayacaktır. Kent kalıntıları kavramına, ilkçağ yerleşim alanlarının olmazsa olmaz göstergesi keramik kırıkları da dahildir ve Balıkesir ilindeki ilçe merkezi Savaştepe’ye su sağlayan tesislerin olduğu yerde bir zamanlar bulunan Kerasai kentinden, keza daha nice ilkçağ yerleşiminden günümüze bu tür keramik kırıkları dışında hiçbir görünür kalıntı ulaşmadığı halde oraları arkeolojik sit’tir; ülkemizdeki anlayış ve uygulama, çok doğru olarak, hep bu doğrultuda oldu. Şimdi, böyle keramik kırıklarından ibaret kalıntılar bile o yerin arkeolojik sit olarak belirlenmesine yetecek iken, yasaya, “kültür varlıklarının yoğun olarak bulunduğu” ve bir de üstüne “sosyal yaşama konu olmuş” deyişlerini eklemenin anlamı var mıdır? Sosyal yaşa-

ma konu olmamış yerleşim diye bir şey olabilir mi ki kent kalıntısı yerini kent kalıntısı yeri saymak için orasının bir zamanlar sosyal yaşama konu olmuş bulunmasını ayrıca arayalım? Hele, “kültür varlıklarının yoğun olarak bulunduğu” eklemesi hangi akla hizmet ediyor? Görünürde görkemli sütunların, heykellerin bulunmadığı yerleri arkeolojik sit kavramı kapsamından çıkarıp yapılaşmaya vesaireye açmaya bu memlekette hiçbir zaman hiçbir kafadaki iktidar kadrosunun gücü yetemez.

3. Sözü edilen, m. 3'deki, tanımlamalar getiren a bendine 7, 8, 9, 10, 11 ve 12 sayılı alt bentler eklenmiştir. Bunları görelim.

Yeni alt bent 7, şöyle demektedir:

“Ören yeri”; tarih öncesinden günümüze kadar gelen çeşitli uygarlıkların ürünü olup, topografik olarak tanımlanabilecek derecede yeterince belirgin ve mütecanis özelliklere sahip, aynı zamanda tarihsel, arkeolojik, sanatsal, bilimsel, sosyal veya teknik bakımlardan dikkate değer, kısmen inşa edilmiş, insan emeği [burada “ürünü” sözcüğü olmak gerekirken atlanmış] kültür varlıkları ile tabiat varlıklarının birleştiği alanlardır.

Bu tanımlama, bize, 1710 sayılı Eski Eserler Kanunu, m. 1 f. VI'daki sit kavramı genel tanımlamasından geniş ölçüde esinlenmiş olduğu için, tanıdık geliyor. O tanımlama şöyle idi:

Homojen oluşları ve özellikleri; tarihi, estetik, artistik, bilimsel, ekolojik, etnografik, edebi veya efsanevi önemleri bakımından korunmaları ve değerlendirilmeleri gereken, tabiatın veya tabiatla insanların müşterek eseri olan topografik bölgelere sit ... denir.

Görülüyor ki, m. 3 alt bent 3'de sit kavramının (DEÜ HF'nin 1990 yılında yayınladığı, Prof. Dr. Altan Çilingiroğlu ile ortak yapıt, Eski Eserler Hukuku kitabımızda s.46-48'de inceleyip eleştirdiğimiz, pek de başarılı olmayan) genel tanımlaması verildikten sonra, ayrı ayrı sit türleri içinde “arkeolojik sit” türünün özel tanımlamasını vermek için getirilmiştir ama nendense o tür için arkeolojik sit adı kullanılmayıp “ören yeri” denmiştir. Bu özel tanımlamayı vermenin herhangi bir yarara hizmet ettiğini sanmıyorum.

Yeni alt bent 8, hayli uzundur ve şöyledir:

“Koruma amaçlı imar plânı”; bu kanun uyarınca belirlenen sit alanlarında, alanın etkileşim-geçiş sahasını da göz önünde bulundurarak, kültür ve tabiat varlıklarının sürdürülebilirlik ilkesi doğrultusunda korunması amacıyla arkeolojik, tarihi, doğal, mimarî, demografik, kültürel, sosyo-

ekonomik, mülkiyet ve yapılaşma verilerini içeren alan araştırmasına dayalı olarak, hâli hazır haritalar üzerine, koruma alanı içinde yaşayan hane halkları ve faaliyet gösteren iş yerlerinin sosyal ve ekonomik yapılarını iyileştiren, istihdam ve katma değer stratejileri, koruma esasları ve kullanma şartları ile yapılaşma sınırlamalarını, sağlıklılaştırma, yenileme alan ve projelerini, uygulama etap ve programlarını, açık alan sistemini, yaya ulaşımı ve taşıt ulaşımını, alt yapı tesislerinin tasarım esasları, yoğunluklar ve parsel tasarımlarını, yerel sahiplilik, uygulamanın finansmanı ilkeleri uyarınca katılımcı alan yönetimi modellerini de içerecek şekilde hazırlanan, hedefler, araçlar, stratejiler ile plânlama kararları, tutumları, plân notları ve açıklama raporu ile bir bütün olan nazım ve uygulama imar plânlarının gerektirdiği ölçekteki plânlardır.

Şehir plânlamacılığı derslerinin kitaplarında belki 5-10, belki daha da fazla sayfaya yayılması beklenecek “Koruma amaçlı imar planı nasıl hazırlanmalı ve neleri içermelidir?” anlatımını böyle upuzun bir tanımlama içine tıka basa doldurmaya çalışan yeni alt bent 8, unsurlarının kalabalıklığı ve kullandığı “sağlıklılaştırma, açık alan sistemi, yerel sahiplilik ilkesi” gibi kent planlamacılığı sözlüğüne özgü teknik terimler dolayısıyla, bana “koruma amaçlı imar plân” hakkında sadece boz bulanık bir imge verdi; sanırım yasanın uygulamasını yapacak bütün hukukçular bakımından da işlevi bundan ibaret olacaktır. Oysa, kanunları yaparken kanun metnini eğitilmiş eğitimsiz herkesin anlayabileceği yolda yazmak çoğu zaman mümkün olmayabilir ve bu nedenle beklenemez ise de; o metinleri, uygulayacak kişilerin anlayabileceği içerikle yazmak ve örneğin yalnız mühendisliğin, tıbbın, eczacılık biliminin mensuplarınca anlamı sökülebilecek ifadelerden kaçınmak gerektiği açıktır.

Kanımca burada da aslında tamamen gereksiz lâf ebeliği yapılmıştır. Yasada m. 17 okununca, “koruma amaçlı imar plânı”nın ne olduğu biraz kafa yormakla anlaşılır: Bu, yerleşimlerdeki, korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarının bulunduğu bölümler için hazırlanması yasa buyruğu olan kalıcı bir imar plânıdır; diğer imar plânlarından farkı, bunun, o bölgedeki korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarını korumak ve değerlendirmek (örneğin onun kolay ulaşılabilir olmasını, uzakça mesafeden dahi ihtişamıyla görülebilir olmasını sağlamak) amacını özellikle göz önünde tutmuş bulunmasıdır. İşte bu kadar! Bunun hazırlanmasında hangi ilkelere uyulacağı vb. hukukun konusu değil kent plânlamacılığı bilim ve tekniğinin konusudur.

Yeni alt bent 9, şöyle diyor:

“Çevre düzenleme projesi”; ören yerlerinin arkeolojik potansiyelini koruyacak şekilde, denetimli olarak [“onları” denecekti] ziyarete açmak, tanıtımını sağlamak, mevcut kullanım ve dolaşımdan kaynaklanan sorunlarını çözmek, alanın ihtiyaçlarını çağdaş, [bu virgül gereksizdir] teknolojik gelişmelerin gerektirdiği donatılarla gidermek amacıyla her ören yerinin kendi özellikleri göz önüne alınarak hazırlanacak 1/500, 1/200 ve 1/100 ölçekli düzenleme projeleridir.

Yasanın bu tanımlamayı vermiş olmasının da önemsenecek bir yararı olduğunu sanmıyorum.

Yeni alt bent 10, yönetim alanı diye bir kavramdan söz ediyor; kendisi, bu alanın sınırlarını Kültür Bakanlığının belirleyeceğini söylediğinden, o alan için bir tanımlama getirilmesinin gereği vardı. Tanımlama şudur:

“Yönetim alanı”; sit alanları, ören yerleri ve etkileşim sahalarının doğal bütünlüğü içerisinde etkin bir şekilde korunması, yaşatılması, değerlendirilmesi, belli bir vizyon ve tema etrafında geliştirilmesi, toplumun kültürel ve eğitsel ihtiyaçlarıyla buluşturulması amacıyla, plânlama ve koruma konusunda yetkili merkezî ve yerel idareler ile sivil toplum kuruluşları arasında eşgüdümü sağlamak için oluşturulan ve sınırları ilgili idarelerin görüşleri alınarak Bakanlıkça belirlenen yerlerdir.

Metnin bu bölümünün de, uzun uzun konuşmayı çok seven ve kesinlikle hukukçu olmayan bir zâtın kaleminden çıktığı bellidir. Örneğin, sit alanları dedikten sonra tamamen gereksiz iken, bir sit türü (arkeolojik sit) olan ören yerini de anması; “belli bir vizyon ve tema etrafında geliştirmek” gibi başı sonu belirsiz lâflar etmesi, “toplumun kültürel ve eğitsel ihtiyaçlarıyla buluşturmak” gibi yasa metinlerinde görülmeyen romantik ve şair işi deyişler kullanması bunu gösteriyor.

Yeni alt bent 11, “Yönetim plânı ile” ilgilidir. (23.6.1965 günlü, 634 sayılı) Kat Mülkiyeti Yasası madde 28’de tamamen farklı içerikte bir belge kasedilerek kullanılmış Yönetim Plânı deyişine burada başka içerikle yer verilmesi doğru olmamıştır. Örneğin “Yönetim alanı koruma plânı” denebilirdi. Verilen tanımlama şöyledir:

“Yönetim plânı”; yönetim alanının korunmasını, yaşatılmasını, değerlendirilmesini sağlamak amacıyla, işletme projesini, kazı plânı ve çevre düzenleme projesi veya koruma amaçlı imar plânını dikkate alarak oluş-

turulan koruma ve gelişim projesinin, [buradaki virgül gereksizdir] yıllık ve beş yıllık uygulama etaplarını ve bütçesini de gösteren, her beş yılda bir gözden geçirilen plânlardır.

Yasaya konan alt bent 12 de şöyle diyor:

“Bağlantı noktası”, yönetim alanı sınırlarında yer almamakla birlikte, arkeolojik, coğrafi, kültürel ve tarihi nedenlerle veya aynı vizyon ve tema etrafında yönetim ve gelişiminin sağlanması bakımından bu yer ile iribatlandırılan kültürel varlıklardır.

Bir tanımlama bu kadar kötü olabilir. Bir kez, bağlantı noktası yahut herhangi bir nokta, bir koordinattır; bir kültürel varlıktan nokta diye söz etmek mantıklı değildir. Diğer yandan, kültürel varlık derken kastedilen nedir? Yasanın adında ve içinde geçen “kültür varlığı” mı? Öyle ise, niçin yasanın adında ve her yerinde kültür varlığı denmişken burada kültürel varlık denmekte? Sonra, “aynı vizyon ve tema etrafında yönetim ve gelişim” ne anlama geliyor? El mânâ fi batn’ş-şâir. Kültür ve doğa varlıklarıyla ilgili yasaların hazırlanmasına hukukçuları karıştırmayıp sanki bu işten de anlıyorlarmış gibi tasarıları kendileri hazırlamak, arkeologlarımızın Osman Hamdi Bey’den beri süregitmiş bir hastalığıdır ve yasa metinlerindeki ifade saçmalıkları, özellikle ülkemizden kaçırılan kültür varlıklarının geriye alınması için yurt dışında açılan dâvalarda, hukukçulara kök söktürmektedir.

4. 2868 sayılı yasadaki m. 3’ün “Kısaltmalar” diye başlayan b bendindeki, Koruma Kurulu deyiminin anlamını açıklayan alt bent (3), eskiden şöyle idi:

“Koruma Kurulu”; Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulunu [ifade eder].

Şimdi şöyle oldu:

“Koruma Bölge Kurulu”; Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Bölge Kurulunu [ifade eder].

Bu değişiklik, kendiliğinden anlaşılacağı üzere, Koruma Bölge Kurulu adı yerine şimdi Koruma Bölge Kurulu adının geçmiş olması yüzündendir (bkz. değişiklik yasasında Ek madde 1)

5. Değiştirme yasasının 2. maddesi ile, 2863 sayılı yasanın “Korunması gerekli taşınmaz kültür varlıkları” başlıklı ikinci bölümünün ilk maddesi olan ve *tıpatıp aynı başlığı taşıyan* (işte yasaları hukukçular değil

başkaları hazırlarsa böyle gülünçlüklere de düşülür) ve o varlıkları sayan m. 6 kuralında f. III'de sayılan örnekler arasına, mozayikler sözcüğünden sonra gelmek üzere, “peri bacaları” da eklenmiştir. Oysa madde başlığı “Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları” olduğu halde, şimdi sözü edilen f. III sadece korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarına ilişkindir, doğa varlıklarını kapsamaz ve sonu “...taşınmaz kültür varlığı örnekleridir” diye biter. Doğa yapısı peri bacalarını kültür varlıkları arasına koymak da işte ancak bu yasa değişikliğinin tasarısını hazırlayanlardan beklenir. Peri bacaları, f. IV'e konmalı idi.

6. 2863 sayılı yasadaki, “İzinsiz müdahale ve kullanma yasağı” başlıklı m. 9, 3386 Sa.K. ile değiştirilmiş iken şimdi bir daha değiştiriliyor. Değişiklikler şu konulardadır: a. Koruma Kurullarınca deyişinin yerine, Koruma *Bölge* Kurullarınca deyişi geçmiştir; b. Taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının yanına **koruma alanları ile sit alanları** da eklenmiş, onlar da madde kapsamına alınmıştır; c. Çok önemli bir değişiklikle, sıradan onarım, madde kapsamından, fizikî müdahale sayılmaktan çıkarılmış, son cümlenin başındaki *Onarım* sözcüğünün yerine “Esaslı onarım” deyişi geçirilmekle yalnız esaslı onarım madde kapsamında bırakılmıştır; d. Yıkma sözcüğünün yanına yakma da eklenmiştir ama aslında bunun pek önemi yoktur, çünkü madde gerek eski gerek şimdiki hâlinde “...veya benzeri işler inşâ ve fizikî müdahale sayılır” diye bittiğinden, korunması gerekli taşınmaz kültür ya da doğa varlığını yakmak hiç kuşkusuz eskiden de madde kapsamında sayılacaktı.

Söz konusu maddenin önemi, onun çiğnenmesi m.65'de ağır bir ceza yaptırımına bağlandığı için, büyüktür.

7. 2863 sayılı yasadaki, “Yetki ve yöntem” başlıklı, 3386 Sa.K. ile değiştirilmiş m. 10'da, yeniden değişiklikler yapılmıştır:

a. Maddede f. I'deki “yapmak” sözcüğünden sonra “veya kamu kurum ve kuruluşları ile belediyeler ve vâililiklere yaptırmak” deyişi eklenmiştir ve böylece f. I şimdi şöyle olmuştur:

Her kimin mülkiyetinde veya idaresinde olursa olsun, taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının korunmasını sağlamak için gerekli tedbirleri almak, aldırma ve bunların her türlü denetimini yapmak veya **kamu kurum ve kuruluşları ile belediyeler ve vâililiklere yaptırmak**, Kültür ve Turizm Bakanlığına aittir.

Değişikliğin hiçbir anlamı, yararı yoktur; çünkü koruma amaçlı her ne

tedbir gerekli olacaksa onu almak, aldırarak yetkisi kendisine tanınan Bakanlığın bu yetkisine dayanarak, gerekli denetimleri yapması için belediyelere, vâililiklere eski metin çerçevesinde de emir verebileceği pek açıktır.

b. Maddedeki f. VIII yürürlükten kaldırılmıştır. O madde, “Kültür ve Turizm Bakanlığınca kültür ve tabiat varlıklarının korunması ve değerlendirilmesi amacıyla vakıf kurulabilir” deniyordu.

c. Eskiden yâni 3386 sayılı yasanın değiştirdiği şekliyle 9 fıkralı iken f. VIII’in kaldırılması üzerine 8 fıkralı kalan maddeye 4 yeni fıkra eklenmiştir. Söz konusu fıkralar şunlardır:

Büyükşehir belediyeleri, vâililikler, Bakanlıkça izin verilen belediyeler bünyesinde kültür varlıkları ile ilgili işlemleri ve uygulamaları yürütmek üzere sanat tarihi, mimarlık, şehir plânlama, mühendislik, arkeoloji gibi meslek alanlarından uzmanların görev alacağı koruma, uygulama ve denetim büroları kurulur. Ayrıca, il özel idareleri bünyesinde, kültür varlıklarının korunmasına yönelik rölöve, restitüsyon, restorasyon projelerini hazırlayacak ve uygulayacak proje büroları ve sertifikalı yapı ustalarını yetiştirecek eğitim birimleri kurulur.

Belediyeler belediye sınırları ve mücavir alanları içerisinde, vâililikler ise bu sınırlar dışında yetkilidir.

Bu bürolar Koruma Bölge Kurulları tarafından uygun görülen koruma amaçlı imar plânı, proje ve malzeme değişiklikleri ile inşaat denetimi de dahil olmak üzere uygulamayı denetlemekle yükümlüdürler.

Alanın özelliği göz önüne alınarak, bu büroların hangi uzmanlık dallarından teşekkül edeceği, çalışma, izin usul ve esasları; Bakanlık ve İçişleri Bakanlığınca hazırlanacak bir yönetmelikte belirlenir.

8. 2863 sayılı yasanın “Hak ve sorumluluk” başlıklı 11. maddesinde f. I cümle 2’de yer alan “koruma alanları” deyişinden sonra gelmek üzere oraya (arada virgül ile) “, sit alanları” deyişi eklendi. Bu değişikliğin nedeni şudur ki, Yargıtay içtihatları, yasada sadece “korunması gerekli taşınmaz kültür varlıkları”nın zilyedlikle iktisap edilemeyeceği yolunda kural bulunduğu ve sit alanına dahil hiçbir yer zilyedlikle iktisap edilemez denmediği; buna göre, sit alanı içinde olan veya olmayan taşınmaz kültür varlıkları (devlet malı oldukları için) zilyedlikle iktisap edilemeyecek ise de sit alanı kapsamında kaldığı halde üzerinde veya altında taşınmaz kültür varlığı bulunmayan alanların zilyedlikle iktisap edilebileceği görüşünde

idi (Sabih Kanadoğlu, Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Hukuku, Genişletilmiş 2. bsl., Ankara 2003, s.127-148).

Sorunun çıkmasına yol açan, kanımca, Kültür Bakanlığı örgütünün bir yanlış uygulamasıdır. Çünkü, yasa (m. 3 bent a alt bent 3'de) sit alanı kavramını tanımlarken, çeşitli türlerde sit alanlarını kapsayan genel bir tanımlama vermişti ama o türler içinde arkeolojik sit kavramına giren bir yerden söz edebilmek için söz konusu yerde arkeolojik kalıntı olması gerektiği, verilen tanımlamadan ve ayrıca "arkeolojik sit" deyiminin kendisinden anlaşılabilirdi. Böyle iken, Bakanlık örgütü, şurasında burasında arkeolojik kalıntı bulunan herhangi bir arazi parçasının, yalnız o kalıntıları taşıyan bölümlerini değil, tümünü arkeolojik sit olarak tesbit ve tescil edegelmiştir. Bir yerin böyle bir tescile konu edilmesinin yasaya uygunluk derecesinin tartışıldığı bir dâvada, İzmir'deki İdare Mahkemelerinden biri tarafından bilirkişi olarak görevlendirilen üç tane çok sayın ve saygın arkeoloji Profesörü, şöyle bir rapor verebilmişlerdir (özetliyorum): "İptal isteyen kooperatifin arazisinin şu kadar km. doğusunda, vaktiyle ilkçağ Erythrai kenti halkının inşaatlar için taş çıkardığı bir taşocağı vardır; orası bir arkeolojik alandır. Keza, arazinin şu kadar km. batısında Germiyan Yalısı denen yerde de Myken keramiği bulunmuştur, onların bulunduğu yer dahi arkeolojik alandır. Buna göre, o iki yer arasında kalan bütün arazi arkeolojik sit niteliğindedir" (!). Kooperatif avukatı, mahkemeye, çok haklı olarak, "Sayın arkeolog bilirkişilerin, yasadaki arkeolojik sit kavramı hakkındaki anlayışı çok yanlıştır, yasaya göre ancak üzerinde arkeolojik kalıntı olan yer arkeolojik sit sayılabilir, birbirinden kilometrelerce uzaktaki iki arkeolojik kalıntı alanı arasında kalan bütün araziye toptan arkeolojik sit demek asla kanuna uymaz" açıklamasını yaptı ama dinleyen olmadı ve kooperatifin, orasını arkeolojik sit sayan Koruma Kurulu kararının iptali için açtığı dâva bu bilirkişi görüşüne dayanılarak reddedildi. Oysa, biraz önce belirttiğimiz üzere, hukuk mahkemeleri ve Yargıtay, bu konuda daha dikkatliydi ve arkeolojik sit alanı diye tesbiti yapılmış alan içinde, üzerinde veya altında hiçbir arkeolojik kalıntı bulunmayan arazi parçalarını, haklı olarak, korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı kavramının kapsamı içinde görmüyordu. Şimdiki yasa değişikliğini getiren sayın arkeologlar, hiç değilse bu çeşit arazi parçalarının zilyedlikle iktisap olanağı içinde bulunması durumunu ortadan kaldırmak sonucunu yaratacak yolda, o boş arazi parçalarını da gerçek anlamda arkeolojik sit içine sokacak ve kendilerince arkeolojik sit diye tesbit edilmiş koskoca arazi parçasının tümünü kapsayacak bir deyişi, yasaya ekletmişlerdir.

9. 2863 sayılı yasadaki m. 12'nin başlığı eskiden ""Korunması gerekli taşınmaz kültür varlıklarının onarımına katkı fonu" iken şimdi "Taşınmaz kültür varlıklarının onarımına yardım sağlanması ve katkı payı" olarak değiştirilmiştir. Aynı maddede f. 1'deki "ve kredi verilir" deyişi kaldırılmıştır (çünkü, "nakdî yardım yapılı" dedikten sonra bir de "ve kredi verilir" deyişine yer verilmesinin gereği yoktu; borç niteliğinde olmaksızın bile nakdî yardım yapılabilirdikten sonra, borç verme türünde nakdî destek sağlanması evleviyetle Bakanlığın yetkisinde olur). Eski hâliyle 4 fıkradan oluşan maddeye şimdi, "Kültür ve Turizm Bakanlığında yapılacak aynî, nakdî ve teknik yardımlar, fondan yapılacak harcamalar ve verilecek kredilerle ilgili usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir" diyen son fıkra kaldırılarak (ilki yine onun konusunu düzenlemek üzere) 5 yeni fıkra eklenmiştir. Sözü edilen yeni fıkralar şöyledir:

Bu amaçla, Bakanlık bütçesine yeterli ödenek konulur. Bakanlıkça yapılacak yardımlara ilişkin usul ve esaslar yönetmelikle belirlenir.

Belediyelerin görev alanlarında kalan kültür varlıklarının korunması ve değerlendirilmesi amacıyla kullanılmak üzere 1319 sayılı Emlâk Vergisi Kanunu'nun 8. ve 18. maddeleri uyarınca mükellef hakkında tahakkuk eden emlak vergisinin % 10'u nisbetinde "Taşınmaz Kültür Varlıklarının Korunmasına Katkı Payı" tahakkuk ettirilir ve ilgili belediyesince emlak vergisi ile birlikte tahsil edilir.

Tahsil edilen miktar, il özel idaresi tarafından açılacak özel hesapta toplanır. Bu miktar, belediyelerce kültür varlıklarının korunması ve değerlendirilmesi amacıyla hazırlanan projeler kapsamında kamulaştırma, projelendirme, plânlama ve uygulama konularında kullanılmak üzere il sınırları içindeki belediyelere vâli tarafından aktarılır ve bu pay vâlinin denetiminde kullanılır.

Bu madde uyarınca tahakkuk eden katkı payları hakkında 1319 sayılı kanunun üçüncü kısmı hükümleri uygulanır. Katkı paylarına ilişkin usul ve esaslar İçişleri Bakanlığı ile Bakanlık tarafından belirlenir.

2985 sayılı Toplu Konut Kanunu uyarınca verilecek kredilerin en az % 10'u tescilli taşınmaz kültür varlıklarının bakımı, onarımı ve restorasyonu işlemlerine ilişkin başvurularda kullanılır. Bu kapsamdaki öncelikli projeler Bakanlık ile Toplu Konut İdaresi Başkanlığı'nca müştereken belirlenir.

Görüldüğü üzere, yeni fıkralar, finansman sorununu çözmek, kay-

nak yaratmak amacını gütmektedir. Gerçekten, m. 12 eski hâliyle, devlete, kültür ve tabiat varlıklarının korunması, bakımı ve onarımı giderlerine katkıda bulunmak görevini yüklüyordu ama, bu görevin yerine getirilebilmesini kolaylaştıracak ek kaynak sağlanması sorunuyla ilgilenmiyordu. Şimdi ise, finansman sağlamanın yükü, üzerinde “korunması gerekli kültür ya da doğa varlığı” bulunan taşınmazların mâlikleri üzerine yıkılmıştır; bu kişilerin 1219 sayılı yasaya göre hesaplanan emlak vergilerini, belediyeler, % 10 zamlı olarak tahsil edeceklerdir ve bu ek bölüm, il özel idaresine devredilip onun açtıracığı özel bir hesapta toplanacaktır.

10. 2863 sayılı yasada “Kamulaştırma” başlığını taşıyan m. 15’de f. I bent a’nın 2. paragrafı, şöyle idi:

Koruma amaçlı imar plânında kültürel amaçlara ayrılan tescilli yapıların, bu amaçla onarılıp değerlendirilmesi kaydıyla Koruma Kurullarının kararı ve Bakanlığın tasdiki ile belediyelerce kamulaştırılması yapılabilir. Maksudına uygun kamulaştırma yapılmadığı tesbit edildiği takdirde yetki geri alınır.

O paragraf şimdi şöyle oldu:

Kamu kurum ve kuruluşları, belediyeler, il özel idareleri ve mahallî idare birlikleri tescilli taşınmaz kültür varlıklarını, koruma bölge kurullarının belirlediği fonksiyonda kullanılmak kaydıyla kamulaştırabilirler.

Kamulaştırma yetkisine sahip kuruluşların böylece genişletilmesi (sayısının artırılması) sakınca doğurmaz, çünkü kamulaştırmayı her kim yapmış ve taşınmazı sahiplenmiş olursa olsun, denetim yetki ve görevi Kültür Bakanlığındadır, ipin ucu ondadır. Ancak, bu madde 15 f. I bent a’da gerek değiştirilmeden kalan paragraf 1, gerek yukarıda gösterilen içeriği alacak yolda değiştirilen paragraf 2, başka bir yönden, tem teorik hem de pratik bir sorun yaratmaktadır. Dikkat edilirse, birinci paragrafta, “kısmen veya tamamen *gerçek ve tüzel kişilerin mülkiyetine geçmiş* olan korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları”; ikinci paragrafta, “taşınmaz kültür varlıklarını ... kamulaştırabilirler” deyişi vardır. Oysa, bu deyişler üç yönden yanlışır:

a. Taşınmaz kültür ve doğa varlığının kendisi, bu yasadaki m. 5 gereğince (ve Türk hukukunda neredeyse bir yüzyıl öncesinden beri), hem de daha varlığı bilinmeksizin yer altında, deniz dibinde bulunuyor olsa bile, devletin mülkiyetindedir. Devletin kendi mülkiyeti altındaki nesneyi kamulaştırması diye bir şey olamaz.

b. Kamulaştırılacak olan, üzerinde “korunması gerekli taşınmaz kültür ya da doğa varlığı”nın bulunduğu taşınmazın (tapuda ayrı kaydı bulunan arazi parçasının) kendisidir; onun üzerindeki taşınmaz kültür ya da doğa varlığı değil (zaten, 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu m. 10 gereğince kamulaştırmanın hazırlık işlemleri sırasında “Kamulaştırılacak taşınmaz malın tapuda kayıtlı bulunduğu yer, mevki; *pafta, ada, parsel numarası*; vasfı, yüzölçümü” belirlenecektir). Gerçekten, korunması gerekli kültür varlığı zaten devletin mülkiyeti altında bulduktan başka; teknik olarak, onun araziden ayrıca kamulaştırılması olanaksızdır; kamulaştırma işlemi ancak taşınmazlar hakkında yapılır, onlar kamulaştırılmadan üzerlerindeki (korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğinde olsun olmasın) yapıların, yapı kalıntılarının yahut (peri bacası gibi, korunması gerekli taşınmaz doğa varlığı niteliğinde olsun olmasın) doğa parçası varlıkların kendi başlarına kamulaştırılması mümkün değildir. Taşınmaz mülkiyetinin konusu, arazidir (şimdiki MK’da m. 704).

c. Hukukçu olmayan kişilerin hazırladığı ve 5 General iktidarı döneminde bir parlamento denetiminden geçmeksizin onların uygun görmesiyle yasalaşveren (böyle “yasa”lar, ayrıca Anayasaya aykırılık itirazı öne sürülmesine ve işin Anayasa Mahkemesine gitmesine hiç gerek olmadan kendiliğinden “keenlemyekûn” mudur değil midir, değilse nasıl ve hangi gerekçeyle geçerli sayılabilmektedir konusunun tartışılmasını Anayasa Hukuku uzmanlarına bırakalım.) 2863 sayılı yasa, bir de üstelik, tekrar tekrar değindiğimiz üzere, hukukçular işe karıştırılmaksızın taslağını arkeologlar hazırladığı ve metnindeki ifadeler yönünden nice yerde irili ufaklı çamllar devrildiği cihetle, şimdi üzerinde durduğumuz m. 15 ifadelerinde de m. 5’e hiç dikkat edilmemek yüzünden ortaya çıkmış, az önce değindiğimiz hatalar vardır. Ama doğrusu m. 5 dahi, devlet mülkiyetinin niteliği ve kapsamı konusunda ortaya soru işaretleri koymaktaydı ve o soru işaretlerinin üstüne, m. 15’deki ifadelerin (ve m. 11’deki, Taşınmaz kültür ve tabiat varlıklarının malikleri” ifadesinin) ortaya attıkları eklenince, korunması gerekli kültür varlığı nitelikli bir taşınmaz nesne üzerindeki devlet mülkiyetinin niteliğini, içeriğini yasaya göre nasıl belirlemek, anlatmak gerektiği konusunda hukukçuların bile kafası karışıyordu, yasa metnini kaleme alanlar kuyuya öylesine taşlar atmışlardı; hele Türk yasasını kendi önündeki bir davada uygulamak durumunda kalan yabancı mahkeme yargıcının, örneğin ünlü Elmalı Definesi dâvasına bakan Boston Mahkemesi yargıcının kafası daha da çok karışıyor, yargıç o konuda aydınlanmak için Türkiyeden gelen hukuk Profesörlerini bilirkişi olarak din-

lemek zorunda kalıyordu (Kanadoğlu, a.g.e., s.85-86 dn. 10'daki, o mahkeme hakiminin sıfat sorununu çözümleyen ara kararına bkz.; orada b bendinde, "Türk Üniversitelerinde hukuk Profesörü olan her iki bilirkişi" deyişle kastedilen iki kişiden biri ben idim, diğeri İdare Hukuku Profesörü, değerli sınıf arkadaşım Sait Güran idi). Başka konulardaki açıklamalarımızın yanı sıra, bu konuda, mahkemeye özetle şu açıklamayı yaptık:

Hukukumuzda, bir arazi parçası, üzerinde korunması gerekli kültür ya da doğa varlığı var diye, devlet malı olmaz. Yasadaki m. 5'in böyle bir işlevi yoktur. Arazi parçası, özel mülkiyette bulunabilir. Ancak, özel hukukumuzda temel ilke olarak, arazi üzerindeki mülkiyet, onun altında ve üstünde olan bütün oluşturuç parçaların yahut ağaç, yapı gibi eklentilerin de mâliki olmaya yol açtığı, bunların ayrı mâliki olamayacağı halde; hukukumuz bu temel ilkeye bazı istisnalar getirmiştir. Örneğin benim bir tarlam olsa, bunun üzerindeki mülkiyet hakkımın kapsamına, onun altındaki kömür yahut madenler, petrol girmez; bunlar devletin "hüküm ve tasarrufunda kamu malı" dır [kavram için bkz. Giritli/Bilgen/Akgüner, İdare Hukuku, İstanbul 2001, s.638648]. 2863 Sa.K., m. 5'deki kural da bu tür istisna getiren kurallardandır. Arazinin mülkiyeti bir gerçek kişide yahut özel hukuk tüzel kişisinde olsa da, bunun altında veya üstündeki, korunması gerekli kültür ya da doğa varlığı, devlet mülkiyetindedir. Bu devlet mülkiyeti, arazi sahibinin o kültür varlığından, örneğin konut olarak kullanılabilir yapıdan yararlanmasını kendiliğinden engellemez, ancak devletin bu konuda düzenlemeler ve kısıtlamalar getirmek yetkisi vardır. Bu gibi kısıtlamalara aykırı düşmemek kaydıyla bireyler, sahibi buldukları arazi üzerindeki korunması gerekli taşınmaz kültür varlığı niteliğinde yapılardan, mülkiyet hakları o varlığı da kapsamına alıyormuş gibi, yararlanabilirler.

11. 2863 sayılı yasadaki, değişiklik görmüş m. 17, bu kez de başlığıyla birlikte tümüyle değiştirildi ve yasalarımızdaki en uzun maddelerden biri olarak şu içeriği aldı:

Sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartları ile koruma amaçlı imar plânı

Madde 17. a) Bir alanın koruma bölge kurulunca sit olarak ilânı, bu alanda her ölçekteki plân uygulamasını durdurur. Sit alanının etkileşim çevresine ilişkin varsa 1/25 000 ölçekli plân kararları ve notları alanın sit statüsü dikkate alınarak yeniden gözden geçirilerek ilgili idarelerce onaylanır.

Koruma amaçlı imar plânı yapılıncaya kadar, koruma bölge kurulu tarafından üç ay içinde geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartları belirlenir. Belediyeler, vâililikler ve ilgili kurumlar söz konusu alanda ilgili meslek odaları, sivil toplum kuruluşları ve plândan etkilenen hemşehrilerin katılımı ile toplantılar düzenleyerek koruma amaçlı imar plânını hazırlatıp, incelenmek ve sonuçlandırılmak üzere koruma bölge kuruluna vermek zorundadır. İki yıl içinde koruma amaçlı imar plânı yapılmadığı takdirde, geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarının uygulanması, koruma amaçlı imar plânı yapılıncaya kadar durdurulur.

Bir yıllık süre içinde zorunlu nedenlerle plân yapılamadığı takdirde koruma bölge kurulunca bu süre bir yıl daha uzatılabilir.

Koruma bölge kurulunda görüşülen ve uygun görülen koruma plânları onaylanmak üzere ilgili idarelere gönderilir.

İlgili idareler, koruma amaçlı imar plânını en geç iki ay içinde görüşür ve varsa değişmesini istediği hususları koruma bölge kuruluna bildirir. Koruma bölge kurulunda bu hususlar da değerlendirilir ve kurul tarafından uygun görülen hâliyle plânlar ilgili idarelere onaylanmak üzere gönderilir. Altmış gün içerisinde onaylanmayan plânlar kesinleşerek yürürlüğe girer. Koruma amaçlı imar plânının yürürlüğe girmesiyle geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartları ayrıca karar almaya gerek kalmadan ortadan kalkar.

Ören yerlerinde çevre düzenleme projesi yapımı ve değişiklikleri, ilgili koruma bölge kurulunun uygun görüşü doğrultusunda Bakanlıkça yapılır, yaptırılır ve onaylanır.

Koruma amaçlı imar plânları ve çevre projelerinde yapılacak değişiklikler yukarıdaki usullere tâbidir.

Koruma amaçlı imar plânları; müellifi şehir plâncısı olmak üzere, alanın konumu, sit statüsü ve özellikleri göz önünde bulundurularak mimar, restoratör mimar, sanat tarihçisi, arkeolog, sosyolog, mühendis, peyzaj mimarı gibi meslek gruplarından Bakanlıkça belirlenecek uzmanlar tarafından hazırlanır.

Koruma amaçlı imar plânları ve çevre düzenleme projelerinin hazırlanması, gösterimi, uygulaması, denetimi ve plân müelliflerinin yeterliliği ile görev, yetki ve sorumluluklarına ilişkin usul ve esaslar, Bakanlık ile Bayındırlık ve İskân Bakanlığı'nca çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.

Koruma amaçlı imar plânlarının yapımı için belediyelere aktarılmak üzere İller Bankası Genel Müdürlüğü bütçesine yeteri kadar ödenek konur. İl özel idareleri ise bütçelerinde koruma amaçlı imar plânlarının yapımı için ödenek ayırırlar.

Koruma bölge kurulunca sit alanı olarak ilân edilen yerlerde; bu kararın ilânından önce imar mevzuatına ve onanlı [onaylı olsa gerek] imar plânlarına uygun olarak alınmış yapı ruhsatı ve eklerine göre subasman seviyesi tamamlanmış yapıların inşasına devam edilebilir, ancak bu maddenin (c) bendi uyarınca yapılanma hakkı aktarımını re'sen uygulamaya da idareler yetkilidir. Subasman seviyesi tamamlanmamış yapıların yapı ruhsatları iptal edilir. Kesin yapılanma yasağı bulunan sit alanlarında bu madde hükümlerinden faydalanılamaz.

b) Koruma amaçlı imar plânlarıyla kesin yapılanma yasağı getirilen sit alanlarında bulunan gerçek ve özel hukuk tüzel kişilerinin mülkiyetlerindeki taşınmazlar malikin başvurusu üzerine, belediye ve il özel idaresine ait taşınmazlarla takas edilebilir.

c) Yapılanma hakları kısıtlanmış tescilli taşınmaz kültür varlıklarına veya bunların korunma alanlarında bulunan ya da koruma amaçlı imar plânlarıyla yapılanma hakları kısıtlanan taşınmazlara ait mülkiyet veya yapılanma haklarının kısıtlanmış bölümünü, imar plânlarıyla yapılanmaya açık aktarım alanı olarak ayrılmış, mülkiyetlerindeki veya üçüncü şahıslara ait alanlara, aktarımdan yararlanacak öncelikli hakları belirleyerek bir program dahilinde aktarmaya, belediye sınırları ve mücavir alanlar içinde belediyeler, bunların dışında vâililikler yetkilidir.

Aktarım işleminde Sermaye Piyasası Kurulu'nca onaylı gayrimenkul değerlendirme şirketlerince yapılacak râyiç değer denkleştirmesi esastır. Ancak aktarıma konu hak tescilli taşınmaz kültür varlığına ilişkin ise yapı değeri dikkate alınmaz.

Bu taşınmazlar için, kısıtlanmış yapılanma haklarının, imar plânlarıyla aktarım alanı olarak ayrılmış yapılanmaya açık diğer alanlarda kullanılmasını sağlayacak ve bu hakkı hâmiline yazılı menkul kıymete dönüştürecek belgeler düzenlemeye, bu belgeleri yapılanma hakları kısıtlanmış alan olarak gösterilen ve tapuda bu konuda şerh düşülen alanlardaki taşınmaz sahiplerinden hak sahibi olanlara vermeye, imar plânında aktarım alanı olarak ayrılmış ve tapuda bu konuda şerh düşülen alanlarda ise ruhsat vermek için toplamaya ilgili idareler yetkilidir. Menkul kıymetlerin

basılması, saklanması, el değiştirme işlemlerinin onaylanması ve veri tabanının oluşturulması ve denetlenmesi İller Bankası'nca yapılır.

Bu alanlarda kesin yapılanma yasağı gelmesi nedeniyle yapılanma hakkının tamamen aktarılması hâlinde, yapılanma hakkı kısıtlanan taşınmaz, mütemmimi ile birlikte ilgili idare mülkiyetine geçer ve parseller ilgili idare adına tescil edilir ve hiçbir koşulda satışa konu edilemez.

Aktarıma konu parselde malikin korunabilir yapılanma hakkı kalması hâlinde ise yapılanma hakkı kısmen aktarılır. Bu durumda, mâlikin yapılanma hakkı kısıtlanmış alandaki mülkiyeti devam eder.

Ancak, aktarıma konu olan hak, tescilli taşınmaz kültür varlığı üzerinde ise, malikin bu varlığın korunması ve yaşatılması için gerekli bakım, onarım ve restorasyon çalışmasını, ilgili idare ile imzalanacak protokole uygun olarak menkul kıymetleri teslim almasını müteakip başlatarak tamamlaması zorunludur. Aksi halde, ilgili idare teslim edilen menkul kıymet bedelini faiziyle birlikte malikten tahsile yetkilidir. Bu hususlar ve protokol menkul kıymet tesliminden önce ilgili idarece tapuya her türlü harçtan ve damga vergisinden muaf olarak şerh edilir.

Kısıtlanmış hakların bulunduğu belediye sınırları içerisinde, aktarım alanı tespit edilmesinin mümkün olamaması hâlinde, ilgili idareler ortak program yürütmeye yetkilidir.

Yukarıdaki fıkranın uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bayındırlık ve İşkân Bakanlığı, İçişleri Bakanlığı ve Bakanlıkça hazırlanacak bir yönetmelikle belirlenir.

Maddenin (a) bendinde getirilen değişiklikler şu noktalardadır:

a. Birinci fıkrada, "imar plân uygulamasını durdurur" yerine "her ölçekteki plân uygulamasını durdurur" denmiştir. Fıkraya eklenen cümle 2, yenidir. Eski cümle 2 şimdi ayrı fıkranın (yeni f. II) konusu olmuştur.

b. İkinci fıkradaki üç aylık süre, eskiden bir ay idi. Eski metin "geçiş dönemi yapı şartları belirlenir" derken yenisi "geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartları belirlenir" demektedir. Eski metinde koruma amaçlı imar plânını hazırlamak görevi valiliklerle belediyelere (yâni, belediye sınırları içindeki yerler bakımından belediyelere, dışındaki yerler bakımından vâliliğe) düştüğü eski metinde belirtilmiş ve onların hazırlık aşamalarında toplantılar düzenlemesinden, herhangi bir kişi ya da kuruluşa danışmasından söz edilmez iken şimdi hazırlatma görevlileri arasında

“İlgili kurumlar” da (m. 10’da belirtilmişlerdir) anılıyor ve bunların koruma amaçlı imar plânını “kapalı kapılar ardında” hazırlatmayıp, AB’ne geçiş sürecinden hız alan, “yönetimde saydamlık” ilkesine uygun yolda, “İlgili meslek odaları, sivil toplum kuruluşları ve plandan etkilenen hemşehrilerin katılımı ile toplantılar düzenleyerek” plânın hazırlatılması buyurluyor. Hazırlatma süresine uyulmamasının yaptırımını eski metinde gösterilmemişti; şimdi, yeni f. II’nin son cümlesinde gösteriliyor.

c. Sürenin uzatılması olanağını öngören f. III, yenidir.

d. Maddede yeni f. IV, koruma amaçlı imar plânının hazırlanması sırasında onu hazırlatan idareye onaylanmak üzere gönderilme öncesinde, koruma bölge kurulunun incelemesinden ve onayından geçirilmesi gereğini ifade etmek üzere getirilmiş ise de buna ihtiyaç yoktu, çünkü bu gereklilik kurulun görevlerini belirten m. 57’nin d bendinden anlaşılabilir. m. 57’nin d bendinden anlaşılabilir.

e. Yeni f. V, Cumhurbaşkanının yasayı bir daha görüşülmek üzere TBMM’ne geri gönderme yetkisine benzer bir yetkiyi, koruma amaçlı imar plânının onaylanması bakımından, son kararı verecek olan, ilgili idareye (plânı hazırlatan idareye) tanıyor. Ayrıca, cümle 3’de, eski f. IV’de olduğu gibi, fiksiyon yaratma içeriğinde bir kural getiriliyor: ilgili idare biriminin 60 gün içinde onama kararı vermemiş olması (açıkça bir red kararı verilmiş bile olsa!) onama kararının verilmesi yerine yasa gereğince geçecek ve plân kesinleşerek yürürlüğe girecektir. Fıkradaki cümle 4, eski metinde bulunan f. II ile içerik yönünden aynıdır.

f. Yeni f. VI içeriğinde bir kural eski metinde yoktu; ancak oradaki çözüm, m. 10 kuralının doğal sonucudur.

g. Maddedeki f. VII içeriğinde bir kural da eski metinde yoktu, ama buradaki çözüm hukukun bir genel ilkesinin zorunlu sonucudur; geçerliliği özel bir şekilde yahut prosedüre bağlanmış işlemlerin değiştirilmesi veya geçersizleştirilmesi de aynı şekil veya prosedüre uyularak yapılır.

h. Maddedeki f. VIII dahi yenidir. Koruma amaçlı plânın “müellifi”nin yâni hazırlama baş sorumlusunun şehir plâncısı (plânlamacısı) olması gerektiğinin belirtilerek bu konuda bağlayıcı kural getirilmesi yerinde olmuştur. Ancak, fıkranın geri kalan bölümündeki sayım, sınırlayıcı değildir; Bakanlık gerekli görürse başka uzmanlık dalı mensubu bir kişiyi de plânın hazırlanmasında çalışacaklar, görüşü alınacaklar arasına katabilir. Zaten fıkradaki “gibi” sözcüğü bunu açıkça anlatmaktadır.

i. Maddedeki f. IX, yenidir. Kuralın önem taşıyan yanı, yönetmeliği Kültür Bakanlığının tek başına değil, Bayındırlık ve İskân Bakanlığı ile birlikte çıkaracağını belirtmiş olmasıdır. Bu, yerinde bir çözümdür.

j. Maddedeki f. X, yenidir. Kuralın kâğıt üzerinde kalıp kalmayacağını, gerçekten yeteri kadar ödeneğin sağlanıp sağlanmadığını hep birlikte göreceğiz.

k. Maddede f. XI, yenidir. 2683 sayılı yasanın ilk (yürürlüğe konduğu sıradaki) metninde m. 17 f. I'de cümle 2 olarak yer alan "Yapılanma hakları ile ilgili müktesep haklar yönetmelikle belirlenir" kuralı Anayasa Mahkemesinin 28.6.1988 günlü, E. 1987/21 K. 1988/25 sayılı kararı ile iptal edilmiş idi. Gerçekten, yasadan doğan müktesep haklardan bir bölümünün tanınması, ama belki de tanınması gereken bir bölümünün yok sayılması işleminin yönetmelikle yapılması doğru değildi. Şimdiki kural bu sorunu yâni ne zaman müktesep hakkın var sayılacağı sorununu çözüyor: Koruma amaçlı imar plânının şimdiki içeriğine göre yapılamayacak olan bir inşaat, o plânın yürürlüğe girmesinden önceki imar mevzuatına ve imar plânına uygun olarak alınmış bir yapı ruhsatına (veya eklerine, tâdillerine) göre yapılmaya başlanmış ve subasman düzeyine kadar tamamlanmış idiyse; o yapının tümünü tamamlamak konusunda müktesep hak vardır. Bunun dışındaki hallerde yapıyı tamamlamak yetkisi yoktur. Yapıya yeni başlamak yetkisi de elbette ki, evleviyetle, yoktur.

Ancak, fıkradaki son cümleye dikkat edilmelidir. Söylenen müktesep hak, ancak, o yerde daha eskiden inşaat yapma olanağı var iken ve bu nedenle de yapı ruhsatı alınabilmiş iken sonradan yapı etkinliğini tam o yerde yasaklayan bir "koruma amaçlı imar plânı"nın yürürlüğe girmesi hâlinde geçerlidir. Oysa o yer daha önce, yapılaşmaya izin verilmesi olanağı bulunmayan, birinci derecede sit alanı kapsamında iken her nasılsa kanunsuz bir yapı ruhsatı almakla yahut, daha kötüsü, hiç yapı ruhsatı almadan inşaata girilmiş ve koruma amaçlı imar plânı yürürlüğe girinceye kadar subasman düzeyine gelmiş idi ise, inşaatı tamamlama konusunda bu fıkraya dayanılarak müktesep hak iddiasında bulunulamıyacaktır.

Maddede yer alan (b) bendi görünüşte yenidir, aslında m. 15 f. I bent f'deki, bugüne değin değişiklik görmemiş olan kuralı yansıtmaktadır, yalnız orada hazine arazisi ile değiştirme öngörülmüşken burada belediye ve (veya denmeliydi) il özel idaresine ait taşınmazlarla takas yapılması söz konusu edilmiştir.

Maddenin (c) bendi yepyeni çözümler ve kavramlar getiriyor. Bir alanın 1. derecede arkeolojik sit alanı olarak tesbit ve tescil edilmesi üzerine o alanda mutlak yapılanma yasağı ortaya çıkınca mâlikin bir hazine arazisi ile kendi arazisinin takas edilmesini istemek hakkı, m. 15 f. I bent (f)'de belirtilmiş; arazinin yeni kabul edilen bir "koruma amaçlı imar plânı" gereğince kesin yapılanma yasağına tâbi kılınması üzerine belediyeye veya il özel idaresine ait bir araziyle takas edilmesi olanağı da şimdi incelemekte olduğumuz yeni m. 17 metninde, yukarıda değinilen, bent (b)'de öngörülmüş idi. Şimdiki bent (c) ise, kesin yapılanma yasağı getirilmeyip, yapı kondurmak yetkisinin (hak demiyorum çünkü bu ayrı bir hak değil, taşınmaz üzerindeki mülkiyet hakkının sağladığı yetkilerden biridir; ama yasa metnini yazan sayın arkeologlar bu gibi ayrıntıları bilmedikleri ve umursamadıkları için yasada yapılanma hakkı diye bir deyiş geçiyor) *kısıtlanması* faraziyesini ele alıyor. Bu faraziyede, "hakların kısıtlanmış bölümü", belediyenin ya da özel idarenin yahut da üçüncü şahısların (?) mülkiyetinde olup da bu iş için ayrılmış "alanlara" yâni arazilere belediye ya da vâililik kararı ile "aktarılacak" imiş. Sözü nü ettiğimiz tuhaf ve kesinlikle hukukçu kaleminden çıkmadığı sırtıp duran ifadeyle neyin kastedilmiş olabileceğini keşfedebilmek umuduyla, "Bu taşınmazlar için ..." diye başlayan bölümü okuyunca, büsbütün karanlığa, belirsizliğe saplanıyoruz. "Kısıtlanmış yapılanma haklarının ... aktarım alanı olarak ayrılmış yapılanmaya açık diğer alanlarda kullanılması"ndan söz ediliyor; mâlikin arazisinde kullanılması koruma amaçlı imar plânı yüzünden kısıtlanan hak, hiç kısıtlanmamış hâliyle, öteki arazide mi malike kullanılacak? Diğer arazinin mülkiyeti ona geçirilecekse, böyle dolambaçlı lâflara, hakkın kullanım yerinin aktarılması gibi deyişlere gerek yok, ortada düpedüz arazi takası vardır. Yok eğer öteki arazinin mülkiyeti ona geçirilmeden onun eski arazisi üzerindeki "yapılanma hakkı"(!) yâni oraya yapı kondurma yetkisi, hiç kısıtlanmamış hâliyle, öteki arazi üzerinde kullanılacaksa, ortaya çıkacak yapının mâliki, mütemmim cüz ilkesi gereğince, diğer arazinin maliki (belediye, il özel idaresi yahut üçüncü şahıs) olmayacak mı?

Sonra, bakıyoruz, kısıtlanan hakkın diğer arazide kullanılmasının sağlanacağından söz edilme sonrasında, "ve bu hakkı hâmiline yazılı menkul kıymete dönüştürmek" konusunda ilgili idarelere yetki veriliyor. Aca ba "ve" derken, "veya" mı kastediliyor yani kendi arazisine yapı kondurma yetkisi kısıtlanan kişinin eline bir menkul kıymet belgesi, bir tür bono tutuşturulması ikinci bir seçenek olarak mı gündeme geliyor yoksa "yapılanma hakkını aktarım alanına aktarma" diye ifade edilen, sâdece ve mut-

laka böyle bir menkul değerin zarara uğramış arazi sahibine verilmesi mi? Bütün bu soruların yanıtı belki ileride uygulamaya girilince göreceğimizle, “demek ki bunu kastediyorlarmış” denerek, alınmış gibi olacak ama aslında alınmayacak, çünkü tutturulan uygulama ne olursa olsun o uygulamanın ne olması gerektiği yasadan anlaşılıyor değildir ve demek ki sayın yetkililer çıkaracakları yönetmelikle, yasaya göre değil kendilerine göre bir uygulama belirleyeceklerdir.

12. 2863 sayılı yasada “Yapı esasları” başlıklı m. 18; eski hâliyle, üç fıkralı idi. Şimdi ona, eski f. I ile f. II arasına gelmek üzere 4 yeni fıkra daha eklendi, böylece madde 7 fıkralı oldu. Araya eklenip f. II, III, IV, V olan yeni fıkralar şunlardır:

Tescilli taşınmaz kültür varlıklarının rölöve, restorasyon ve restitüsyon projeleri [“nin hazırlanmasında” denmesi gerekirdi-Umar] ve bunların uygulanmasında restoratör mimar veya mimarın bulunması zorunludur. Bunlardan [taşınmaz kültür varlıklarından] I. Grup kapsamında olanların rölöve, restorasyon ve restitüsyon projelerinin uygulama çalışmaları, yapının özelliğine göre kalem işleri, ahşap, demir, taş işleri ve restorasyon konularında uzmanlaşmış kişilerce yapılır.

Sit alanları, korunması gerekli kültür varlıkları ve bunların korunma alanlarında onaylı plân ve proje dışı uygulama yapan veya yapılmasına yol açan sorumluların, koruma bölge kurulları ile ilgili konularda plân ve proje düzenlemesi ve uygulama sorumluluğu yapması beş yıl süre ile yasaklanır. Uygulama sorumlularının denetimi, ilgili belediye veya vâililikçe yapılarak aykırı hareket edenler, Bakanlığa ve ilgili meslek odasına bildirilir.

Proje uygulaması safhasında herhangi bir nedenle uygulama sorumlusunun ayrılması hâlinde bu husus Bakanlığa bildirilir, yenisi tâyin edilmedikçe uygulamaya devam edilemez.

Yapı esasları, denetim ve bu maddenin uygulanmasına ilişkin usul ve esaslar Bakanlıkça hazırlanacak yönetmelikle belirlenir.

En sona şöyle bir fıkranın eklenmesi kanımca doğru olurdu:

Yapılacak restorasyonlarda, kültür varlığının günümüze ulaşabilmiş hâlindeki özelliklerinin korunması ve bu özellikler yönünden kendini göstermiş eksilmelerin, yıpranmaların giderilmesi; restitüsyonlarda ise, günümüzden önce birtakım değişikliklere uğratılmış kültür varlığının aslî özelliklerinin ona yeniden kazandırılması ana hedef edinilir. Bu hedefle bağdaş-

mayan yenilemeler bozdurularak hedefe uygun biçimde yeniden yaptırılır ve bu yola gidilmesinin gerektirdiği zarar, sorumlularına tazmin ettirilir.

Önerinin gerekçesi şudur ki, yapılan bazı restorasyon çalışmaları, korunması gerekli taşınmaz kültür varlığının gerçek anlamıyla rezil edilmesine yol açmıştır. Ünlü Malabadi Köprüsü/ Çatakköprü'nün, Trakya'daki Salmydessos/Midye/Kıyıköy surlarının ve sur kapısının restorasyonu bu hâlin en iç sızlatıcı örnekleridir (Kıyıköy surlarının ve sur kapısının restorasyon öncesi durumu ile restorasyon sonrası durumunu gösteren fotoğraflar, İnkılâp Kitabevi yayını Trakya kitabımda verilmiştir; bkz. orada Resim No. 51-56).

13. 2863 sayılı yasa, m. 25'deki, bir hukukçunun asla kullanmayacağı pek câhil işi ve sakıncalı bir ifade, devletimizin Türkiyeden kaçırılmış taşınır kültür varlıklarını geri almak için açtığı dâvalarda TC vekili avukatların işini pek çok zorlaştıracak içeriktedir. Gerçekten, orada f. IV, yeni bulunarak m. 4'ün buyurduğu üzere devlete bildirilen, yerel müzeye getirilen korunması gerekli taşınır kültür varlıklarının, eğer müze yetkilileri onları müzede bulundurulmaya değmez sayarsa, "*sahiplerine*" bir belge ile iade olunacaklarını söylemiştir. Gerçekte, yeni bulunan taşınır kültür varlığı, yasadaki m. 5 gereğince, hatta bulunmasından önce bile, *devletin malıdır*. Onun müzeye alınmayıp *getirene* geri verilmesi, f. V'in sahibine iade etmekten dem vuran câhilce ifadesine rağmen, mülkiyeti getiren de bırakıyor değildir; tam tersine, devlet müzede tutulmaya değer olmayan o nesne için ödül vermek zorunda kalmamak amacıyla, nesneyi bulana vermekte ve onun mülkiyetini o anda bu kişiye kazandırmaktadır. Keza m. 64 bent a'da da diğer bir câhilce ifadenin kullanılıp, m. 24 ve 25'deki *satın alma işleminin yapılacağından* dem vurulmasına rağmen, kasdedilen, normal ödül verme kuralları çerçevesinde ödül hesaplaması yapılmayıp aynen satın alma bedeli saptar gibi ödülün hesaplanacağıdır; çünkü devlete ait nesneyi bulup getirene devletin vereceği parayı gerçek bir satın alma bedeli diye kabul etmek olanaksızdır.

Bütün bunları, Arkeoloji Profesörü ve o sırada İzmir 2 sayılı "Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kurulu" Başkanı, uygulamanın tam içinde bulunan değerli arkadaşım Arkeoloji Profesörü Dr. Altan Çilingiroğlu ile birlikte yazdığımız, DEÜ HF yayını "Eski Eserler Hukuku" kitabımızda (Ankara 1990, s.216) böylece yazmıştık. Dile getirdiğimiz eleştiriyi, sayın Sabih Kanadoğlu'nun da pek önemli saymadığı anlaşılıyor; kitabında (2. bsl., s.184-185) açıklamaları arasında bu konuya hiç değinmedikten

başka tam tersine (s. 185 başında), “amaçlanan, yapılan tasnif sonucu korunması gerekli görülmeyen varlıkların *sahiplerine* iadesidir” diyor. Bunu izleyen cümlelerinden anlaşıldığına göre kendisi, bu taşınır kültür varlığı, korunması gerekli görülmediği için 2863 sayılı yasa kapsamı dışında kalmaktadır diye düşünüyor; yâni o nesne m. 5 gereğince devlet malı değildir, bulunduğu arazi sahibinin (mütemmim cüz ilkesi gereğince) malı durumundadır ve şahipsiz arazide bulunmuş olup bulan kişi onun üzerinde mülkiyet kurmak niyetinde idiye MK m. 767 gereğince sahiplenme (eski terim: ihraz) yoluyla onun mülkiyetini edinecektir. Gerçekten uygulama da getirilen nesnenin bu telâkkiye tâbi tutulmasıyla yürütülüyor yâni müzelerimiz, getirilen nesne için, “Böyle kırık ilkçağ şişecikleri gibi nesnelere müzede teşhire değmeyeceği gibi zaten dolu olan depolarımıza bunları yığmak için neden yoktur, bunu beyan eden ve malın mülkiyetinin getirene bırakıldığı işbu belge ile doğrulanır” gibi bir belge vermeyip, o nesnenin eski eser olmadığı ve bu sebeple getirenden alınmadığı içeriğinde bir belge düzenliyorlar. *Oysa yasanın düzenlediği bu faraziye değildir ve kasdı da böyle uygulama yapılması değildir.* Yasa, getirilen kırık ilkçağ şişecikleri, kandil parçacıkları gibi fasa fiso şeyleri dahi ödül ödeyerek almak, depolara koymak zorunluluğundan müzeleri kurtarmak için m. 25 f. IV’ü getirmiştir ve son derecede açık olarak, “müzelere alınması gerekli görülmeyen” nesnelere belge düzenlenerek getirene bırakılmasından söz etmektedir. Zaten “korunması gerekli taşınır kültür varlığı” olmayan bir nesneyi bulan kişi onu “antika” zannederek müzeye getirirse, bunun için hiçbir işlem yapmaya, *hele hele belge düzenleyip o belge ile getirene iade etmeye* asla gerek olamayacağı pek açıktır.

Kısacası, sayın Kültür Bakanlığı bizim bu m. 25 f. IV lâfzına ilişkin eleştirimizi umursamamış yahut ondan haberi bile olmamış ve o ifadeyi şimdiki değişiklik yasasında düzeltmemiştir. Oysa, aynen endişe ettiğimiz gibi, devletimizin Türkiyeden kaçırılmış taşınır kültür varlıklarını geri almak için yurt dışında açtığı davalardan birinde, bunların en ünlü olanında (Elmalı Definesi dâvasında), dâvalı avukatları, hukukçular işe karıştırılmadan çıkarılan yasadaki iki ifade zaafına dayanarak, davanın başında, işin özünü incelemeye hiç gerek olmadan dâvanın sıfat yönünden reddi gerektiği itirazında bulunmuşlardı. Özetle, şunu diyorlardı:

Türkiyenin hukuku, korunması gerekli taşınır kültür varlıklarının devlet malı olacağını eskiden kabul ediyordu, doğru. Ama 1983’de çıkan 2863 sayılı yasa, iki maddesindeki ifadeden anlaşıldığı üzere, bu sistemi

değiştirmiştir. Artık o nesnelere Türk hukukunda devlet malı değildir. Gerçekten, eski yasalar bunların devlet malı olduğunu açıkça söylerken, yeni yasada m. 5 “devlet malı niteliğindedir” diyor. Görülüyor ki onlar artık devlet malına benzer bir rejime tâbidir ama teknik anlamda devlet mülkiyetine tâbi olmaktan çıkmıştır. Daha da önemli kanıt, m. 25 f. IV’dedir; bu madde, kültür varlığı bulunup müzeye getirildiğinde, müzeye alınması gerekli görülüyorsa bunu belirten bir belge düzenlenerek *sahibine* iade edileceğini söylüyor; çok açıktır ki yasa, malın daha önce de devlet mülkiyetinde olmadığını böylece belirtmiş olmaktadır. Oysa mahkemenizde açılan dâva, rızası yokken malı üzerinde başkasının zilyedliği kurulmuş taşınır sahibinin haksız zilyetten malı almak için açtığı istihkak dâvasıdır [Türk MK m. 683 f. II-Umar]; bu davayı ancak taşınır malın teknik anlamda, gerçek anlamda mülkiyetine sahip kişi açabilir; TC’nin böyle bir sıfatı olmadığı kendisinin kanunlarında görülüyor, bu dâvayı açacak sıfat sahibi olmadığından dâvasının hemen reddi gerekir.

Bu itiraz, dâvaya bakan Boston mahkemesini aylarca uğraştırdı. Mahkeme, TC kaçak kazıyla bulunup yurt dışına çıkarılan malın mâliki midir sorununu, malın çıkarıldığı yerin hukukuna yâni Türk hukukuna göre çözmek zorundaydı ama Türk hukukunun bu konudaki sistemini kendisi bilmiyordu, tarafların bilirkişi dinletmelerini istedi. ABD medenî usul hukukunda tarafların tanık dinletir gibi, kendi gösterdikleri bilirkişileri dinletmek yetkisi vardır. TC vekilleri (Larry Kaye yönetimindeki bir avukatlar ortaklığı; vaktiyle Herrick and Feinstein adıyla kurulmuş bir avukatlık bürosunun mensupları) bilirkişi olarak, az önce sözü edilen kitabın yazarı olduğum ve konu hakkında özel çalışmalarım bulunduğu için beni; bir de, İdare Hukuku öğretim üyesi ve kamu mallarının statüsü konusunun uzmanı olduğu için Prof. Dr. Sait Güran’ı bilirkişi gösterdiler. Dâvalı olan zengin Amerikalı antika koleksiyoncusunun vekilleri olan avukatlar ise, babası 2. Dünya Savaşı yıllarında Ankara’da Alman Büyükelçiliğinde görevli olduğu için çocukluğu ve gençliği Türkiye’de geçmiş, Türkçeyi bilen ve Türkçe hukuk metinlerini okuyabilen, şimdi Amerika’ya yerleşmiş Prof. Dr. Hans Baade’yi bilirkişi olarak gösterdiler. Kanadoğlu’un kitabında s.85-86’daki dn. 10’da aktarılan, mahkemenin bu sıfat konusunu TC lehine çözüme bağlayan ara kararında görüldüğü üzere, yaptığımız açıklamalarla, Türk hukukunun, korunması gerekli kültür varlıkları bulunmalarından önce dahi devlet mülkiyetindedir içeriğindeki geleneksel temel ilkesinden ayrılmadığını mahkemeye anlatmayı başardık ve oradaki karar verildi. Ama, TC adına dinletilen biz iki bilirkişi başarılı olmasaydık, o

karar verilmeyecekti; unutulmasın ki medenî usul hukukunda, gerekli sıfata sahip bulunduğu konusunda isbat yükünü, diğer söyleyişle isbatsızlığın riskini, davacı taşır. Başka bir memlekette TC'nin açacağı bir davada dâvalı tarafın aynı gerekçelerle sıfat yokluğu itirazını öne sürmesi hâlinde o mahkemeden başka türlü karar çıkması riski bu abuk sabuk ifadeleri içeren metinler dolayısıyla, ciddî olarak vardır. İfadelerin bir an önce düzeltilmesi yararlı olacaktır.

14. 2863 sayılı yasada “Koruma Yüksek Kurulu ve Koruma Kurulu Üyeliğinin Sona Ermesi, Süresi ve Huzur Hakkı” başlıklı, 3386 Sa.K. ile değişiklik görmüş m. 55, şimdiki değişiklik öncesinde şöyle idi:

Koruma Yüksek Kurulu ve Koruma Kurullarındaki tabîî üyelerin üyelikleri, kurumlarındaki görevleri süresince devam eder. Koruma Kurullarının Yükseköğretim Kurumu tarafından seçilen üyelerinin üyelikleri 5 yıl sürelidir. Bu üyeler iki dönemi aşmamak şartıyla yeniden seçilebilirler.

Koruma Yüksek Kurulu ve Koruma Kurulları üyeleri Bakanın lüzum görmesi hâlinde kurumlarınca değiştirilebilir.

Üyelikleri sona eren, ölen, istifa eden, hastalık ve görev gereği hariç, bir yıl içinde Koruma Yüksek Kurulu'nun iki, Koruma Kurulu'nun dört toplantısına katılmayan veya bir yıldan fazla süre ile yurt dışına giden temsilci üyelerin yerine yeni üye seçilir.

Kurul üyelerine Maliye ve Gümrük Bakanlığının uygun görüşü alınarak Bakanlıkça tespit edilecek miktarda huzur hakkı ödenir.

Son değişiklikle metin şöyle oldu:

Koruma Yüksek Kurulu ve Koruma Bölge Kurullarının kurum temsilcisi üyelerinin üyelikleri kurumlarındaki görevleri süresince devam eder.

Koruma Bölge Kurullarının Bakanlıkça ve Yükseköğretim Kurulunca seçilen üyelerinin görev süresi beş yıldır.

Koruma Yüksek Kurulu ve Koruma Bölge Kurulu üyeleri, görev ve yetki alanlarına giren konularda doğrudan veya dolaylı olarak taraf olamaz ve hiçbir menfaat sağlayamazlar. Aksine davrandığı tespit edilenlerin kurul üyeliği Bakanlıkça sona erdirilir.

Koruma Yüksek Kurulu ve Koruma Bölge Kurulu üyelerine, ayda altı toplantıyı geçmemek üzere her toplantı için devlet memur aylık katsa-

yısının (3000) gösterge rakamı ile çarpımı sonucunda bulunacak miktarda huzur hakkı ödenir.

Herhangi bir nedenle bir yıl içinde yıllık izin, hastalık ve mazeret izinleri hariç dört veya üst üste iki toplantıya katılmayan Koruma Bölge Kurulu üyelerinin üyelikleri sona erer.

Önemlice değişiklikler şunlardır:

a. Maddenin eski şeklinde, Bakana padişahvarî yetki veren f. II kaldırılmıştır.

b. Seçilen üyelerin iki dönem daha yeniden seçilebilmesine olanak veren eski f. I cümle 3 kaldırılmıştır daha doğrusu yeniden seçilmenin ancak iki yeni dönem için olabileceği yolundaki sınırlama kaldırılmıştır. Yeniden seçilmenin caiz olduğu ve sözünü ettiğimiz cümlelerin kaldırılmasından etkilenmeyeceği, duraksama götüremez çünkü seçilmiş bir kimsenin yeniden seçilebilmesi olanağı, genelde, özel hükmün varlığına muhtaç değildir; tersine, sınırlayıcı hüküm olmadıkça yeniden seçilebilmek genel olarak câizdir.

c. Yeni maddedeki f. III, eski maddede yoktu; kabulü yerinde olmuştur.

d. Kurul üyelerine ödenecek huzur hakkı'nın yâni toplantıda hazır bulunma (huzur burada o anlama geliyor) ücretinin miktarı eski metindeki tersine Bakanlığın takdirine ve Maliye Bakanlığının da bu takdiri uygun görmesine bırakılmayıp "oynak merdiven" (echelle mobile; aslında burada echelle merdiven değil ölçek anlamındadır) türü bir formülle açıkça belirlenmiştir.

e. Devamsızlıktan dolayı üyeliğin yitirilmesi yaptırımını eskiden Koruma Yüksek Kurulu üyeleri için de var idi; yeni metne göre, yoktur. Ayrıca eski metin, bir yıldan uzun süreyle yurt dışına giden temsilci (asıl görevinin bulunduğu kurumun temsilcisi durumunda olan) üyenin yerine yenisinin seçilmesini buyuruyorken yeni metinde bu kural yer almamakta ve dolayısıyla o üyenin mazeretli sayılmasına olanak tanınmaktadır.

15. 2863 sayılı yasadaki, "Koruma Kurullarının Görev, Yetki ve Çalışma Şekli" başlıklı, 3386 Sa.K. ile değişiklik görmüş m. 57 başlığında bulunan Koruma Kurulları deyişi, değiştirme yasasındaki Geçici m. 1 gereğince Koruma Bölge Kurulları olmuş; maddenin kendisinde şu değişiklikler yapılmıştır:

a. Kurulun görevlerini sayan bentlerden (c) bendinde, sit alanlarının tescilinden sonra "Geçiş dönemi yapı şartları"nı belirlemek görevini yerine getirme konusunda kurula verilen bir aylık süre üç aya çıkarılmıştır.

b. Orada (d) bendinde yer alan “onamak” deyişi “karar almak” diye değiştirilmiştir, çünkü m. 17’nin hem yeni hem eski metnine göre “Koruma amaçlı imar plânı”nın onanması belediye yahut vâililiğin işidir ve o makamın böyle bir onay verebilmesi önceden koruma kurulunun onayı uygun görmüş, bu doğrultuda görüş bildirmiş olmasına bağlıdır. Yâni işi sonuçlandıran son onay kararı belediye yahut vâililikten çıkacaktır.

c. Orada (g) bendinde bulunan “ilgili” deyişi, “sit alanlarına ilişkin” diye değiştirilmiştir ve böylece kurulun yetkisi genişletilmiştir. Çünkü eski metin, “Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve *koruma alanları ile ilgili uygulamaya yönelik karar almak*” yetkisini kurula tanıyordu; yeni ifadede ise “Korunması gerekli taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ve *koruma alanları ile sit alanlarına ilişkin uygulamaya yönelik kararlar almak*” denmektedir.

d. Eski metinde, (g) bendinden sonra üç fıkra geliyordu. Şimdi hem bunlar değiştirilmiş, hem de maddeye bunlardan sonra yeni fıkralar eklenmiştir. Ancak değiştirilenlerle yeni eklenenler birbirine karışmıştır ve üstelik, değiştirme yasası sadece “(g) bendinden sonra gelen fıkralar aşağıdaki şekilde değiştirilmiş ve maddeye aşağıdaki fıkralar eklenmiştir” dediği halde, bir de, eski f. II’deki, “kamu kurum ve kuruluşları (belediyeler dâhil) ile gerçek ve tüzelkişiler, koruma kurullarının kararlarına uymak zorundadırlar” kuralı, göreceğimiz üzere, genişletilerek yeni m. 61’e alınmıştır. Eski f. III, yeni metinde, değiştirilen ya da yeni eklenen fıkraların başında olarak yine yer alıyor; şimdi o, f. II olmuştur; lâfzı eskisinin hemen hemen aynıdır:

Koruma Bölge Kurullarının başkan ve yardımcıları, üyeler arasından kurulca seçilir. Başkanın yokluğunda kurula, başkan yardımcısı başkanlık eder.

Eski f. IV, şimdi sonuncu fıkra (f. X) olmuştur ve “Bu maddenin uygulanmasına ilişkin hususlar Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir” diye ifade edilmiştir. Yeni f. III, IV, V, VI, VII, VIII, IX kuralı olmak üzere yasaya eklenen kurallar şunlardır:

Koruma Bölge Kurulları, toplantıya katılması gereken üyelerin salt çoğunluğuyla toplanır ve toplantıya katılan üyelerin salt çoğunluğu ile karar alırlar. Ancak karar yeter sayısı Bakanlık ve Yükseköğretim Kurulunca seçilen üye sayısının salt çoğunluğundan az olamaz. Alınan kararlar bu kanun ve [Yüksek Kurulca alınan-Umar] ilke kararlarındaki dayanakları ile bilimsel gerekçeleri belirtilerek yazılır.

Koruma Bölge Kurullarının teknik ve idarî hizmetleri, Koruma Bölge Kurulu Müdürlükleri tarafından yürütülür.

Koruma Bölge Kurulu, belgeleri tam olarak Koruma Bölge Kuruluna ibraz edildiği tarihten itibaren, koruma amaçlı imar plânlarını en geç altı ay, uygulamaya yönelik projeleri ise en geç üç ay içinde karara bağlar.

Taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları, bunların korunma alanları ve sit alanlarında, 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 21. maddesi kapsamına giren ruhsata tâbi olmayan tâdilât ve tamiratlar; özgün biçim ve malzemeye uygun olarak, bünyesinde koruma, uygulama ve denetim büroları kurulmuş idarelerin izin ve denetimi ile yapılır. Bunların dışında her türlü inşâî ve fizikî müdahale Koruma Bölge Kurulunun izni ile yapılır.

Ancak, koruma amaçlı imar plânı onaylanmamış sit alanlarında, taşınmaz kültür varlığının bulunduğu parseller dışındaki inşâî ve fizikî müdahaleler, koruma amaçlı imar plânı hükümleri doğrultusunda, bünyesinde koruma, uygulama ve denetim büroları kurulmuş idarelerin izin ve denetimi ile yapılır.

Vakıflar Genel Müdürlüğü idare ve denetiminde olan mazbut vakıfların veya mülhak vakıfların mülkiyetindeki kültür varlıklarının 3194 sayılı İmar Kanunu'nun 21. maddesi kapsamına giren ruhsata tâbi olmayan tadilât ve tamiratları özgün biçim ve malzemeye uygun olarak Vakıflar Genel Müdürlüğüne yaptırılır.

Taşınmaz kültür ve tabiat varlıkları ile bunların korunma alanlarında yapılan tadilât ve tamiratlara ilişkin uygulama öncesi ve sonrasına ait rapor ve belgeleri, ilgili idareler ve Vakıflar Genel Müdürlüğüne ilgili Koruma Bölge Kurulu Müdürlüklerine gönderilir.

16. 2863 sayılı yasadaki, "Koruma Kurullarının Oluşumu" başlıklı m. 58'de de, başlık, değiştirme yasasındaki Geçici m. 1 dolayısıyla, "Koruma Bölge Kurullarının Oluşumu" diye değişti; ayrıca, maddede şu değişiklikler yapılmıştır:

a. Bent (a)'daki "müzecilik" deyişi yerine "hukuk" deyişi, "üç" sözcüğü yerine "beş" sözcüğü geçmiştir. Böylece, bent şu içeriği almıştır: "Arkeoloji, sanat tarihi, hukuk, mimarî ve şehir plânlamacılığı konularında uzmanlaşmış kişiler arasından Bakanlıkça seçilecek beş temsilci". Bakanlığın, hukuk diye bir uzmanlık dalı bulunduğu farkına varması çok sevindirici bir gelişmedir.

b. Bent (d)'deki "iki" sözcüğü "bir" olmuştur. Böylece, şimdiki ifade şöyledir: "Görüşülecek konu, Bayındırlık ve İskân Bakanlığı ile ilgili ise Bayındırlık ve İskân Müdürlüğünden bir teknik temsilci".

c. Bent (f)'deki "Orman Genel Müdürlüğü" deyişinin yerine "Çevre ve Orman Bakanlığı" deyişi geçmiştir. Yâni artık, ele alınacak konu gerek ormanla, gerek çevre sorunlarıyla ilgili bulunsun, kurula katılacak bir teknik temsilci göndermesi adı geçen Bakanlıktan istenecektir.

d. Maddeye (f) bendinden sonra gelmek üzere bir (g) bendi eklenmiştir. O bent şöyledir: (g) Görüşülecek konunun müze müdürlüğünü ilgilendirmesi hâlinde ilgili müze müdürü.

e. Madde sonuna, yâni değiştirilmeksizin kalan f. II sonrasına, f. III olarak şu kural eklenmektedir:

İlgili meslek odaları Koruma Bölge Kurulu toplantılarına gözlemci olarak katılabilirler.

Besbelli ki bu yeni kuraldan özellikle Mimarlar Odası yararlanacaktır.

17. 2863 sayılı yasadaki, "Kararlara uyma zorunluluğu" başlıklı m. 61, 3386 sayılı yasa ile kaldırılmıştı ve oradaki ilke, m. 57 f. II'ye alınmıştı. Bu kez, 61. madde diriltilmiş ve değişiklik öncesindeki m. 57 f. II yerinden alınıp, kaldırılmış, konu yeni m. 61'de düzenlenmiştir. Yeni madde şöyledir:

Kararlara uyma zorunluluğu

Madde 61. Kamu kurum ve kuruluşları ve belediyeler ile gerçek ve tüzel kişiler, Koruma Yüksek Kurulu ve Koruma Bölge Kurullarının kararlarına uymak zorundadır. Koruma Yüksek Kurulu'nun ilke kararları Resmî Gazete'de yayımlanır.

Plânlama yetkisi bulunan kamu kurum ve kuruluşları ile vâililik ve belediyeler, kurullarca alınmış ve alınacak sit alanı, derecelendirilmesi, sit geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartları, koruma amaçlı imar plânları ve revizyonlarına ilişkin kararlara karşı altmış gün içerisinde Koruma Yüksek Kuruluna itiraz edebilirler.

Bu itirazlar, Koruma Yüksek Kurulu'nca incelenir ve en geç altı ay içinde karara bağlanır. Koruma Yüksek Kurulu'na yapılacak itirazlarla ilgili usul ve esaslar Bakanlıkça çıkarılacak bir yönetmelikle belirlenir.

Böylece, 3386 sayılı yasa ile yapılan değişiklikten önceki rejime dö-

nülmüş ve Yüksek Kurulun etkinliği yeniden güçlendirilmiş olmaktadır. Bu, hayırlı bir “hatadan dönüş” olmakla birlikte, ne yazık ki yararı sınırlı kalacaktır. Şöyle ki:

Sonu çok acı biten ve iktidar kadrosunun “Biz millî iradeyi temsil ediyoruz, her uygun gördüğümüzü yaparız” kafasında gitmekle kendilerinin bu acı sonunu kaçınılmaz kıldığı DP iktidarı zamanında (1950-1960) bile, o iktidarın eseri olan Gayrimenkul Eski Eserler ve Anıtlar Yüksek Kurulu, esas itibariyle bir bilim kurulu ve bağımsız uzmanlar, otoriteler kurulu idi. 23 Temmuz 1983’de 5 General iktidarı zamanında çıkarılan 2863 sayılı KTVKK ise, o dönemin koşulları gereğince, yasanın öngördüğü Yüksek Kurulu (Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Yüksek Kurulu’nu), bir yandan siyasi iktidarın bir yandan da kadir-i mutlak devlet başkanının egemenliği altında, ama yine bilim kuruluşlarıyla biraz bağlantısı olan bir topluluğa çevirmişti. Yasada o zamanki m. 53’ün eski metnine göre, Yüksek Kurul’un 15 üyesinden 7’si, şimdi m. 53 bent 1 ve 3-8’de sayılan, çeşitli Bakanlıkların yüksek görevlileriydi (şimdi bent 2’de sözü edilen Başbakanlık Müsteşar Yardımcısı kurul üyesi değildi). Geriye kalan 8 üye seçimle geliyordu ama, seçimi Bakanlık yapmıyordu; 3 üyeyi Cumhurbaşkanı, 5 üyeyi (oluşum süreci yönünden geniş ölçüde Cumhurbaşkanının etkisinde bulunan) YÖK seçiyordu. Üstelik YÖK’ün belirleyeceği 5 üye, Üniversitelerin belli dallarda görev yapan öğretim üyeleri arasından seçilecekti. Şimdi ise kuruluşun ne hâle geldiği, m. 53 metninde görülüyor.

Böylece, Umar/Çilingiroğlu, s.298-299’daki eleştirilerimizi tekrar etmiş olduk. Aynı yerdeki şu ifadeyi de aktarmakta yarar var:

Yanlış anlaşılmasın; maddede sayılan makamları işgal edecek kişilerin yeteneğinden, iyiniyetinden, ciddiyetinden peşinen ve toptan kuşku duyulması elbette abes olur; eleştirimiz şu yöndendir ki, aldığı kararlarla binlerce yıllık kültür ve doğa varlıkları mirasının kaderini etkileyecek bir kurulun üyelerinin, hiç değilse çoğunluğuyla, hem kendileri siyasete bulaşmamış hem de siyasîlerin emri altında olmayan uzmanlardan seçilmesi aklın ve kamu yararının gereği idi. Çünkü gün gelir, siyasete bulaşmış kişiler, belli özellikleriyle korunması gereken bir kentsel sit alanına câmi yapmak gibi işlere kalkışabilirler. Bu durumda, girişimin yürütülmesine izin verilip verilmeyeceğini takdir edecekler, o siyasetçinin veya karşısındaki siyasetçinin baskısı altında bulunmayacak kişiler değilse, yazık olur kentsel sit alanlarına, eski eserlere.

18. 2863 sayılı yasadaki “Cezalar” başlıklı m. 65’de şu değişiklikler yapıldı:

a. Maddede (a) ve (c) bentlerinde bulunan ellibin liradan ikiyüzbin liraya kadar” ibareleri “beşmilyar liradan onmilyar liraya olarak” diye değiştirildi ve yasanın çıkarılmasına hukukçuları karıştırmamak uygulaması yine câhilce bir gaf yapılmasına yol açtı. Çünkü, yüzlerce yasa kuralında yer alan para cezaları, İkinci Dünya Savaşının çıkması üzerine para değerinde istikrar diye bir şeyin kalmadığı çok eski yıllardan başlayarak, her iki üç yıllık süre sonunda, gülünçleşiyor; yasa koyucu bu yüzden tekrar tekrar o kurallardaki para cezası miktarını arttıran yeni yasalar çıkarmak zorunda kalıyordu. Bu nedenle, tek defada sorunu kesin olarak çözecek bir kural arandı ve bulundu; bütün yasalardaki para cezalarını bir oynak-ölçek göstergesine bağlayıp o cezaların her yıl kendiliğinden artmasını sağlayacak bu kuralın uygulanmasına ilişkin esaslar, 14.12.1988 günlü ve 3506 sayılı yasa ile getirilmiş, 765 sayılı Türk Ceza Kanunu’na ek maddeler halinde konmuş ve o esaslarda en son değişiklik de 28.7.1999 günlü, 4421 sayılı yasa ile yapılmıştır. Görülüyor ki, 2863 Sa.K., m. 65’deki para cezalarının, anlattığımız sistem dışında bir yasa kuralıyla arttırılmasına hiç gerek yoktu ve şimdiki 5526 sayılı değişiklik yasanının böyle bir arttırmaya gitmesi, sisteme aykırı düşmüştür. Yine kuyuya bir taş atılmış oldu; ortaya çıkan soruna çözüm bulmak hukukçulara düşecek; diyelim 5 yıl sonra 5526 sayılı yasanın öngördüğü miktar (yâni 2863 Sa.K., m. 65’deki para cezasının miktarını 5 milyar liradan on milyar liraya kadar diye belirlemesi) gülünçleşince, o m. 65’deki ceza, para cezalarının kendiliğinden artmasına ilişkin TCK’daki sisteme tâbi olarak artmış mıdır yoksa hâlâ 5526 Sa.K.’daki miktarıyla mı kalmıştır sorusuna yanıt vermemiz gerekecek ve besbelli ki yanıtımız, ister istemez, “5526 Sa.K. o kuraldaki (m. 65’deki) para cezasını genel sistemin dışına çıkarıp kendisi belirlemiştir, ceza hâlâ oradaki gibidir” doğrultusunda olacak.

b. Maddedeki (b) bendi eskiden şöyle idi:

Sit şartlarına ve korunma planlarında, Taşınmaz Kültür ve Tabiat Varlıkları Koruma Kurullarınca belirlenen alanlarda öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaat yapan veya yaptıranlar bir yıldan üç yıla kadar ağır hapis ve ellibin liradan ikiyüzbin liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar.

Bent şimdi şöyle oldu:

Sit alanlarında geçiş dönemi koruma esasları ve kullanma şartlarına, koruma amaçlı imar plânlarına ve koruma bölge kurullarınca belirlenen koruma alanlarında öngörülen şartlara aykırı izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptırımlar bir yıldan üç yıla kadar ağır hapis ve üçmilyar liradan altımilyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar.

Getirilen en önemli değişiklik, eskiden yalnız izinsiz inşaat yapmak yahut yaptırmak suç sayılmış iken şimdi genel olarak izinsiz inşaat ve fizikî müdahalenin suç sayılmasındadır.

Bir önceki bentte bulunan para cezasıyla ilgili değişiklik konusunda dile getirdiğimiz eleştiriler, doğaldır ki, bu bentte bulunan para cezasıyla ilgili değişiklik bakımından da aynen geçerlidir.

c. Maddeye bir (d) bendi eklendi; bu bent şöyle demektir:

Bünyesinde koruma, uygulama ve denetim büroları kurulmuş idarelerden bu kanunun 57. maddesinin altıncı ve yedinci fıkraları uyarınca izin almaksızın veya izne aykırı olarak tamirat ve tadilat yapanlar ile izinsiz inşaat ve fizikî müdahale yapanlar veya yaptırımlar bir yıldan üç yıla kadar ağır hapis ve üçmilyar liradan altımilyar liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılırlar.

19. 2863 sayılı yasadaki, "Cezaların arttırılması" başlıklı m. 75'e bir fıkra eklendi. Bu fıkra şöyle demektir:

Türk Ceza Kanunu'nun ikinci kitabı, onuncu babinin yedinci faslında yazılı suçların konusu, bu kanun kapsamına giren taşınır kültür varlıkları ise, muayyen olan ceza üçte birinden az olmamak üzere iki katına kadar arttırılarak hükmolunur.

20. Değişiklik yasaının yukarıda No. 19'da değinilen değişikliği yapan m. 15'den sonraki maddeleri (yâni m. 16-29 ve Ek Madde 1-3) dar anlamda "Eski Eserler Hukuku/Kültür ve Doğa Varlıklarını Koruma Hukuku" kapsamında yâni o hukuk dalının biz hukukçulardaki anlayışla maddî hukuk denebilecek bölümü kapsamında değildir; bunlar, a. aslında İdare Hukukunun bir bölümü olan, örgüte ilişkin konuları düzenlemekte, yahut b. Vergilere, harçlara ilişkin kurallar getirmekte, yahut c. 4.1.2002 günlü, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu'nun bazı kurallarını değiştirmekte, yahut d. Vergiler, harçlarla ilgili olan, 2863 Sa.K., m. 21 kuralındaki f. I ve II'yi kaldırıp o maddenin sonuna "Bu kanun kapsamındaki tescil edilen taşınmaz kültür varlıkları için 29.6.2001 tarihli ve 4708 sayılı Yapı de-

netimi Hakkında Kanun uygulanmaz” fıkrasını eklemekte ve e. Son iki maddesini de (m. 28, 29) bütün yasalarda bulunan yürürlük maddeleri oluşturmaktadır (m. 28: “Bu kanun yayımı tarihinde yürürlüğe girer”; m. 29: Bu kanun hükümlerini Bakanlar Kurulu yürütür”).

**PRIVATE CAPITAL AND INFRASTRUCTURE: TRAGIC?
USEFUL AND PLEASANT? INEVITABLE?**

Prof. Don Wallace, Jr.
Chairman, International Law Institute

The subject of our book is privatization and globalization. I propose to write about a sub-set of our subject, privately financed infrastructure, where there is a confluence of privatization and globalization. However, I will not explore 'globalization' explicitly or deeply, as I am neither a political economist nor a literary philosopher. And by privatization, I propose to emphasize the future: that is to address the infrastructure that will be created with the participation of private capital and enterprise, rather than the past and the dismantling and disposition of existing public infrastructure and assets.

Many essays in this book reflect on the several meanings and implications of the word 'globalization'. To me, it seems more metaphor than explicit pointer. To be sure, there is more economic activity across national borders, and more mobility of economic factors, than in the recent past. And surely the rise of the internet both gives, and gives a sense of, much greater inter-connectivity among individuals and peoples. But the metaphorical import seems greater. 'Globalization' would appear to stand for: the sweep of materialism, consumerism, capitalism, modernization and American ascendancy- all the subject of controversy for some. My own view of the fashionably intellectual side of these controversies is skeptical: I accept the human desire for betterment in the developing coun-

tries as elsewhere, I share the view of Paul Tsongas a one time would-be liberal candidate for the US presidency, that his fellow liberals all too often 'believe in the fact of employees, but not employers', I think that genetically modified foodstuffs may have a useful role to play in developing countries as elsewhere, I think that different social classes may have very different views of ' globalization'- the comfortable may view things very differently from the hungry and unemployed.

Privately Financed Infrastructure

The private financing of infrastructure, in the developing countries, will be the specific focus of this essay. The entry of foreign capital and the participation of foreign investors(of course domestic capital may also be involved) in sectors of an economy and society previously and traditionally reserved for a country's government and the public sector, can most assuredly raise hackles of the sort associated with some of the controversy and reactions provoked by globalization. Of course, the phenomenon of privately financed infrastructure(PFI) is not confined to developing countries. Far from it: the United Kingdom- whose program is also confusingly called PFI but standing for Private Finance Initiative- has probably the most extensive experience as the Thatcher and successive governments have not only dismantled earlier nationalized industry but have acted in a host of public sectors including railroads, water, housing and other social ones; Japan has also embarked on such programs; Italy is reforming its power sector to accommodate private capital; indeed no country is immune from these developments. All of these countries seek a legal framework- a set of laws, regulations, procedures and practices- that will not repulse, but rather will attract and retain, private investment in infrastructure projects.

As a matter of concept, private involvement in the provision of infrastructure services can run the gamut: fully private with little or no regulation to fully governmental with government construction of the infrastructure facility-more typically in the last case(which we might call straight procurements), especially on larger projects, the government while financing the project(from taxes, or borrowed funds), will retain the services of private engineers and contractors for the construction. Within the mentioned gamut one can have management contracts, joint ventures(with ministries, state enterprises or independent public corporations) and the

range of public-private partnerships which are typical of PFI. Private funds may be provided by the project finance technique on a 'non-recourse' basis, where lenders look only to the project assets and income for repayment and security, as opposed to having recourse to the assets of the parent private project sponsors or the host government. Apart from bringing private capital into the provision of previously public services, some have called these public-private arrangements a revolution in the way the government procures (and provides to the public) goods and services, namely cooperatively with the private sector.

The legal form of these public private partnerships or PPPs (this is a field resonant with acronyms) also runs a gamut; indeed it is the gamut of acronyms to describe the possible legal and contractual arrangements which has given privately financed infrastructure its most widely known names: BOT, BOO, BOOT and all the rest. BOT, build-operate-transfer, captures some of the scale and complexity of these projects. It is a prime example of 'privatization' looking to the future; indeed, such a project is by definition of the future, for it waits to be built. It is not a case of 'privatizing' existing assets, although to be sure a government may join such new work to the disposition of existing assets, as Mexico did with its railroads, for example, requiring concessionaires to add to the existing facilities they acquired. There are many such examples; there are even ROTs, projects to rehabilitate(existing assets)-(and then)operate-(and)transfer, and similar variations.

In some ways, BOT is not even a privatization, although as just suggested it is commonly cited as such. In its pure form public assets are not being transferred to private hands, because the assets do not yet exist. What is 'privatized' is the function, previously performed by government. Of course, even that is not necessarily true, as many such functions have in many countries been performed by private parties, to whom the function has been 'delegated' or 'conceded' by a concession. In that regard, the view that the UK private finance initiative represents a revolution, as some hold, may be overblown. And yet the flourishing of large numbers of BOTs etc, worldwide, in many countries where they have been previously unknown, especially when all its scale and complexity is considered, is something new, certainly in recent times. The railroad, electric power, the Suez Canal and other projects of the nineteenth century do suggest precedents, in an age which it is said represented even greater

globalization-ie a greater percentage of capital to finance projects being foreign, international trade a greater percentage of global product- than the present.

Let us parse BOT (much of the parsing will apply *mutatis mutandi* to other arrangements, whether BOO, ROT etc). First, BUILD. Building a project is what contractors do in a traditional, straight procurement by government, the government using its own tax or borrowed funds. The government specifies the civil and other works and equipment it wants, and puts it out to bid. In BOT, the contractor (more accurately the concessionaire who will be hiring the contractor itself) may be designing the project, or indeed a system of them(not one school, but a system of primary education; not a single line of railroad or stretch of track, but the entire railroad of a province or more), to be sure within in some government parameters. It may be building on a 'turnkey' basis, using its own engineers and inspectors of construction.

But there is more to this, than even that, more to many BOT projects than was the case with the old and current delegation and concession system. A BOT project can be the idea of the private party, which can make an 'unsolicited proposal' to a government. Such was the case with a number of road and other projects in China and elsewhere in Asia; to be sure a government which is doing its job, will have a planning system, is able to impose its own paramaters, and indeed can 'just say no'. In the more usual situation the government will develop terms of reference and seek proposals. To be sure prospective concessionaires will offer their own views as to how to develop a project. And there is the matter of allocation of risks, frequently said to be the key in the working out of these projects, in negotiating the matrix of contracts which are required among the many parties (concessionaire, investors, contractors, lenders, government agencies et al) involved, and in determining what if any government support (in so-called limited recourse cases) will be required. After all, and this is one of the principal differences from standard government procurement, the concessionaire has to raise the finances, either its own and other's equity and usually a greater amount of lending to the concessionaire/project company.

What of OPERATE? In the typical government procurement, the government provides the services with the facilities it has built. In the case of PFI, the private concessionaire does; it is now on the front line dealing with users including customers, sometimes irate ones, of water, electricity, school

classes, what have you. To be sure, this situation is, or needs to be, complemented by effective government regulation of the newly privatized sector.

What of the “T” in BOT? As noted, the “T” stands for TRANSFER. This aspect of PFI may capture, as well as any, some of the ambiguities and tensions, not so much between globalization and privatization, as within privatization itself. Misgivings about turning over previously governmental functions to the private sector, whether for anti-foreigner, anti-capitalist, pro-union, pro-consumer or other reasons, are assuaged by only doing so for a fixed, possibly relatively short, term, followed by a “transfer” of the newly created infrastructure to the state. The precise length of the term is sometimes rationalized as that needed to pay off lenders, and give the equity investors/concessionaire a reasonable return; sometimes it is tied to the physical life of the original construction. To be sure, the possibility of BOO, build, operate, own(all this by the concessionaire), without a “t” or “transfer” suggests that ultimate government ownership is not an unavoidable necessity, that if a government and society can tear itself away from government ownership and operation of infrastructure and the provision of related services for a limited period of time, there may be no reason why it cannot do so permanently. This is a subject of controversy.

Realities

There are now many PFI projects in all parts of the world, and while their increase in certain sectors has slowed, because of various regional financial crises, the debacle of California power deregulation, the telecom bubble collapse, the Enron and similar scandals, the number of such projects grows. And the total amount of foreign capital invested in such projects, in developing countries alone, continues to grow, from [\$] in [19] to [\$] in [20]. And the economic and social sectors where PFI is present has expanded from the original and in some ways easiest (in terms of project financial arrangements such as the banking of power purchase agreements) power sector, to telecommunications, water, roads, bridges and railroads, seaports and airports, schools and hospitals, government office buildings, the London Eye ferris wheel and on and on, this in addition to the earlier and large oil and gas and mineral sectors (the latter not strictly infrastructure except in the case of related rail lines, pipelines and the like) in many, although not all, countries.

Of course not every part and scrap of public service and infrastructure should necessarily be put into the private sector, notwithstanding defensible claims as to its greater efficiency, innovation, responsiveness to consumers and the like. Some projects are too small to support private finance. And some sectors will not support the competition between service providers which must be a key discipline for private enterprise. To be sure, many would say that a government can and typically must regulate the provision of public services, with respect at least to safety, and possibly rates, minimum quality, continuity and universal service, and especially anti-competitive behavior. Privatization should not mean the substitution of 'public monopoly' by 'private monopoly' - and something like this has happened, in some Latin American privatizations of telecoms and electricity, and elsewhere.

The vision of all new infrastructure going forward on a PFI basis, especially in developing countries without sufficient funds or public services, but not only those countries, has seemed to some to be a win-win. Governments might use their funds for police functions and social services for which private capital was not available, while mobilizing private capital and superior skills for PFI. In some ways this has been a product of the euphoria of the Reagan and Thatcher years, the collapse of belief in extravagant government claims and the rising faith in the market and its works. The PFI movement continues; but all is not milk and honey. Some private initiatives have disappointed; one thinks of British Rail; its poor performance has weakened support for the proposed privatization and expansion on a PFI basis of the London Underground. And defaults in Asia, the inability to structure continuously needed power projects in such a way as to make them viable to investors while weening customers from unsustainably low rates, and finance market conditions, suggest that the pure non-recourse project, if it ever existed, may not always be feasible at this time and the foreseeable future. Government and other public funds and support, domestic and international, may be necessary. Of course government has always remained involved in these projects, either as planner, surely as negotiator, possibly as taxpayer and regulator.

The tensions of privatization, exacerbated by financial squalls and instabilities, remain. But the more abiding truth is this: in this 'globalizing' world, ie a world in which all people want a better life, that is a materially better life, including schooling, health, real work and worldly hope,

there must be vast development of infrastructure and its services. And governments in the developing countries do not have the resources, cannot raise sufficient taxes, do not have the credit to borrow sufficiently from commercial sources, and public sources such as the World Bank are not sufficient either. Nor will there be a Marshall Plan or anything of equivalent scope, and the IMF will not issue vast tranches of SDRs or the like. Something like PFI, some form of PPP, is inevitable if the countries of the world who need vast amounts of infrastructure and its services, are to develop in this world of large and growing populations, and rising material aspirations.

Given the assault of material development on the physical environment, given its assault too on our souls, one can call the need for PFI 'tragic', but there is no real alternative. And was the Soviet approach better in these respects? Of course not; I mention this, so that we will disentangle some of the resentments to globalization; they are not so much anti-foreign, or even anti-capitalist at heart; they are anti-materialist and anti-development. And development has costs and choices to be made, 'tragic' ones, but we cannot avoid them. Rather, we must proceed in useful ways, of course minimizing and modifying costs as our societies agree.

The UNCITRAL Project

Many individuals and bodies are wrestling with some of the difficult dilemmas to which I allude. As a lawyer, I feel most qualified in discussing the work of a lawmaking body, namely the United Nations Commission on International Trade Law(UNCITRAL), which has tackled this matter in an ambitious, and in my view largely successful, way. It has done so by the preparation of its Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, endorsed by the UN General Assembly on [], and is currently drafting model legislative provisions, equivalent in effect to a model law, to be linked to that Legislative Guide. I hasten to note that I have been involved in the production of this work both as an 'expert' and government delegate. The Legislative Guide usefully illuminates many of the issues raised by this confluence in PFI of globalization and privatization, and does so with a degree of particularity and at a level of practicality which I submit is useful in the extreme. It marries the 'macro' of the matter with the 'micro'. For those who would like to study the Legislative Guide(and eventually the legislative provisions), I refer

you to www.uncitral.org where the text is available in the six languages of the UN. I shall quote from the Guide from time to time, and possibly refer to it at other times.

The Introduction to the Guide states¹:

The purpose of the present *Guide* is to assist in the establishment of a legal framework favourable to private investment in public infrastructure. The advice provided in the *Guide* aims at achieving a balance between the desire to facilitate and encourage private participation in infrastructure projects, on the one hand, and various public interest concerns of the host country, on the other. The *Guide* discusses a number of concerns of fundamental public interest, which, despite numerous differences of policy and legislative treatment, are recognized in most legal systems. Points of public concern include matters such as continuity in the provision of public services; adherence to environmental protection, health, safety and quality standards set by the host country; fairness of prices charged to the public; non-discriminatory treatment of customers or users, full disclosure of information pertaining to the operation of infrastructure facilities and the flexibility needed to meet changed conditions, including expansion of the service to meet additional demand. Fundamental concerns of the private sector, in turn, usually include issues such as stability of the legal and economic environment in the host country; transparency of laws and regulations and predictability and impartiality in their application; enforceability of property rights against violations by third parties; assurances that private property is respected by the host country and not interfered with other than for reasons of public interest and only if compensation is paid; and freedom of the parties to agree on commercial terms that ensure a reasonable return on invested capital commensurate with the risks taken by private investors. The *Guide* does not provide a single set of model solutions to address these concerns, but it helps the reader to evaluate different approaches available and to choose the one most suitable in the national or local context.

1 UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects, the English text (hereafter "Guide"), p 2, para no. 4.

National Legislative and Policy Decision and Framework

It has been suggested by some that the privatization model, presumably representing the profit motive and private initiative, stands in contrast to the development model, presumably representing public policy and decision. The antinomy is not so great or stark, nor should it be so.

There are many ironies and paradoxes surrounding some of the enemies and critics of globalization, no matter how understood. Many are the children of globalization: they see the world whole, they feel responsibility for all of it. At the same time, they seem to object that so much has become 'global'. But here is a further irony: it 'ain't' all that global yet, we are still a system of nation-states, 'sovereign' nation-states; but then again a lot of the anti-globalizers don't like nation-states, at least not their governments, that much either.

The fact is, however, that intelligent action by the nation-state government is crucial to the proper evolution of PFI, to the proper joining of the forces of globalization with those of privatization. Specifically, government should and must create a proper framework for the entry and investment of private capital, whether foreign or domestic, into infrastructure sectors. The consequence of law's absence can be many; many foreign lenders and investors underestimate these, thinking they can easily work out deals, without a solid local legal framework. Unlikely: government decision will be slow, ad hoc, possibly not forthcoming; deals will be vulnerable to criticism and repudiation for lack of 'transparency' and the like.

Many have noted that a proper legal framework is needed at all levels and with respect to all aspects of PFI. Central government, provinces if any, municipalities, all relevant ministries and agencies, and all relevant sectors of the economy should be covered. The law is to provide authority (whether it wishes to exercise it, and the need to do so wisely and prudently, are entirely different matters) to grant concessions typically after rigorous competition, guarantees and other support, permit security (mortgages and liens) arrangements and to enter indirect agreements with lenders, address the issue of exclusive deals, duration of projects, regulation thereof (probably in special laws for the purpose), provision as to governing law (ie to what law or laws is a project subject), and handling of disputes, among others.

The need for law is obvious to many, but as already suggested not to all. Some reasons are relatively clear; thus many countries (socialist and others) have barred private participation (foreign, and possibly also domestic) in many relevant sectors and those need to be changed, or they permit it but on too narrow a basis (an old concession law, subject to too inflexible an administrative law), or the law is silent (in some common law jurisdictions) or deal with one level of government and not others.

In my view, there is a more important, indeed much more important, reason to tackle the matter, and many countries but not all are doing so, considering the enactment of 'concession' or 'BOT' or 'PFI' or 'PPP' laws. It is to require countries, their elites, governments and legislatures and hopefully their people to face up to the dilemmas and 'tragic' choices: development and improvement vs aversions and hesitations as to capitalism, nationalism vs globalism, past prejudices vs future hopes. A clear law will reassure investors and lenders; it will also send a signal to bureaucracies, hopefully speeding up decisions and negotiations and reducing those pesky 'transaction costs'. The laws can be generic and/or deal with particular sectors. Not all countries feel the politics are right: obstacles include unions whose members feel they will lose protected government jobs, nationalist feelings, bureaucratic hostility etc.

I surely do not intend to pooh pooh or minimize these realities. But if the alternative to acting is to announce policies of 'commitment' to PFI which do not address all issues and which do not carry constituencies, then one is deceiving oneself. The 'inevitability' of PFI has not yet been faced; and it may be that the time is not quite right yet in some places, but when will it be? And to twist this knife a bit more, I suppose that when the dilemmas are faced the previously mentioned matter of the "T" in "BOT" or duration of private participation in particular or all projects might as well be faced too.

Government's Sacred Duty or Free Bargaining?

For projects as complex as infrastructure projects, it is not unusual for several months to elapse in the final negotiations..... before the parties are ready to sign the project agreement. Additional time may also be needed in order to accomplish certain formalities that are often prescribed by law, such as approval of the project agreement by a higher authority. The

entry into force of the project agreement or of certain categories of project agreement is in some countries subject to an act of parliament or even the adoption of special legislation. Given the cost entailed by delay in the implementation of the project agreement, it is advisable to find ways of expediting the final negotiations in order to avoid unnecessary delay in the conclusion of the project agreement. A number of factors have been found to cause delay in negotiations, such as inexperience of the parties, poor coordination between different public authorities, uncertainty as to the extent of governmental support and difficulties in establishing security arrangements acceptable to the lenders. The Government may make a significant contribution by providing adequate guidance to negotiators acting on behalf of the contracting authority in the country. The clearer the understanding of the parties as to the provisions to be made in the project agreement, the greater the chances that the negotiation of the project agreement will be conducted successfully. Conversely, where important issues remain open after the selection process and little guidance is provided to the negotiators as to the substance of the project agreement, there may be considerable risk of costly and protracted negotiations as well as of justified complaints that the selection process was not sufficiently transparent and competitive.²

Our book addresses the relations and tensions between globalization and privatization, and I have spoken of the tensions and ambiguities within privatization and PFI themselves. Let me now address a tension which exists between different governmental, legal and business cultures, affecting PFI where capital comes from a country in one such tradition and the project is in a country from the other. This has something of the Lexus and Olive Tree conflict of which Thomas Friedman has written.³ In broad brush strokes, one can distinguish between systems where government and law are 'interventionist' with respect to the economy and those whose attitude is more *laissez faire*. With respect to PFI, there seems to be a rather marked divide between the Anglo-American common law and the civil law, especially that branch which contains the French division between commercial and administrative law and the exclusive jurisdiction of the administrative courts and the Conseil d'Etat. Lenders and investors, and their lawyers, coming from New York and London (and probably too from

2 Guide, p105.

3 Friedman, Thomas, *The Lexus and the Olive Tree*.

Paris) wish to be able to bargain freely to work out the best allocation of risks ie the best deal possible; to be sure the government is also free to work out the best deal it can. And governments do have power; they must, after all, accept any deal for it to go forward. And they have the added power of setting the stage and laying down the rules; thus, as in the case of traditional government procurement, selection of contractor or concessionaire, requires the successful bidder to be responsive to government requirements. And they can surely exercise their powers to protect the environment, labor and human rights-if they so choose. But this does not quite meet the philosophy of the French-style administrative law. The government does not believe it is free to bargain away its duty to ensure the quality, continuity, tariffs and universality of the service to be provided by the concessionaire. In turn, the concessionaire and its lenders will not provide finance unless comfortable with the deal. Lenders want broad security in project assets and income, something Anglo-American systems, especially the US's Uniform Commercial Code's Article 9 allows, whereas many civil law systems are not so hospitable. But such laws can be reformed and have been in some countries, and most needs of the parties can be otherwise negotiated. But difficulties there are; thus civil law governments under their administrative law retain the power to unilaterally alter a deal-to 'convert a two lane road into a four lane one'- in order to discharge their duty to provide public service. Typically the government must ensure 'balance' and compensation when it so acts, but in many countries this does not follow quickly. To avoid such unilateral power in the government, the investor/lenders try to put their deals under the ordinary commercial or civil law of a country, which does not confer such unilateral powers on government. This is usually forbidden by the courts, and when in Turkey even legislation to that effect was declared unconstitutional, the Constitution had to be amended. Clearly such government power poses problems, and is deemed to render projects 'unbankable'. If this problem, which can of course arise in more developed countries, is an example of the inevitability of PFI entailing a reform of laws and policies, and the making of choices, it is probably not a 'tragic' one. At this relatively 'micro' level, the prospect of accommodating the realistic requirements of capital(after all lenders cannot be expected to lend to a project where financial projections can be unilaterally and radically altered by government, given all the other risks already present in PFI projects) is something less than tragic. It is a pragmatic decision inherent in the recog-

dition of the needs for infrastructure and the characteristics of private capital. It can be done with useful results to society. Government, through general laws and regulation can protect its interests-and get better infrastructure and services in the process. That can be a 'pleasant' result.

Doing the Right Thing Even if it Seems Inconvenient: Competitive Selection

Recommendation 14. The law should provide for the selection of the concessionaire through transparent and efficient competitive procedures adapted to the particular needs of privately financed infrastructure projects.⁴

The above language from the Legislative Recommendations of the Legislative Guide tells us something about the ambiguities of capitalism, not about globalization. I have often made the point to friends in developing countries that problems and fears they have about big private companies are the problems that people dealing with them in developed countries may also have. Similarly, in the matter of straight procurement where the World Bank or other lending agency may require the agency of a developing country government to retain the services of a consulting engineer(sometimes from abroad) I point out that a developed country government or indeed big company may also need such 'outside' help. I trust this is not mere emollient consolation on my part. The point is that conflicting interests and the need to have structures and professional expertise to deal with and curb them is part of even a domestic market system, even without globalization. This brings us to one of the aspects of PFI which has not always been handled well by governments: namely the need for an elaborate system for the selection of the concessionaire. As already noted, some of the early road projects in China and elsewhere in Asia arose from 'unsolicited proposals, without competitive bidding. The Dabhol(Enron) project in Gujerat in India was not competed; when the state government later repudiated its obligations it sanctimoniously charged that the rates were improperly high(if these had resulted from an accepted bid as opposed to an accepted negotiation it would have been that much clearer that what the state government was doing was breaching a contract, which is what in fact it did). I know of a case where a foreign airline was interested in buying a national airline(this would have been a traditional priva-

4 Guide, p.xiii.

tization of existing assets) but would not do so because it would have to compete. I, as chairman of a training, research and technical advisory institute, would rather get a job without bidding for it. Competitive bidding costs the bidders (and by definition only one will succeed) money; it is expensive. It is frequently complained that PFI negotiations take too long, sometimes with inconclusive results, which is true, and that transaction costs are too great. And there are governments who assert that as they only 'delegate' what they might do themselves, and are therefore free to pick whom they wish, as they wish. It is also the case that PFI selection is intricate, many government agencies are inexperienced at it, and that they do not welcome further complication of the process. But open and transparent competition for government contract or favor is the imperative juncture of eager capitalist entrepreneurs and government discretion and power.

The Legislative Guide is therefore correct in insisting on a structured competitive selection process. It protects the 'Dabhol' deals of this world from later criticism that they are corrupt, and likewise protects governments who enter these deals. Such transparent process may not produce the lowest price, but it should produce the 'best' project. In the case of a water project in Manila, the city was divided in half, and the bidder offering the cheapest water per cubic meter in each half won; the price was lower for the richer half of the city (where pipes needed less repair, and bills are paid more promptly). This result may have been right, although both concessions are now bedevilled by disputes over (upward) price adjustments. I tell the story to indicate that PFI selection should not be like 'lowest price' tendering, but is rather more like selecting a lawyer- hire the best, that you can afford, where many factors other than price are relevant.

And globalization, when working at its best is relevant: experienced companies from abroad can produce a better competed result, breaking down cozy closed shops of local oligarchs from business and government. But governments must have the skills and will to negotiate (more precisely devise a structure of comparing proposals) and regulate the resulting operation of concessions well.

Social Services and Prices versus Returns on Capital

Tariffs or usage fees charged by the concessionaire may be the main (sometimes even the sole) source of revenue to recover the investment made in the project in the absence of subsidies or payments by the con-

tracting authority... or the Government.... The concessionaire will therefore seek to be able to set and maintain tariffs and fees at a level that ensures sufficient cash flow for the project. However, in some legal systems there may be limits to the concessionaire's freedom to establish tariffs and fees. The cost at which public services are provided is typically an element of the Governments's infrastructure policy and a matter of immediate concern for large sections of the public. Thus, the regulatory framework in many countries includes special rules to control tariffs and fees for the provision of public services. Furthermore, statutory provisions or general rules of law in some legal systems establish parameters for pricing goods or services, for instance by requiring that tariffs meet certain standards of "reasonableness", "fairness" or "equity".⁵

We have seen the competing claims of the investor who wishes to bargain freely and the government which wishes to assure certain characteristics of the service to be provided by the concessionaire. The price of the service, whether water in Manila or elsewhere, electricity or other which consumers may have come to see as a free or highly subsidized entitlement is a central instance. Recent protests over water prices (and related claims that concessionaires have failed to meet their obligations to repair and expand plant, pipes, meters and other equipment) in parts of Argentina come to mind. Electricity brownouts in many cities of the world push governments to seek IPP and other PFI projects, but the economics of gaining access to fuel sources, assuring transmission, and distribution problems sometimes akin to those with water, suggest that a competitive rate of return on 'non-recourse' (ie lenders look only to the project) capital, and 'social' prices for the consumer, may not be compatible. What is to be done; does the albatross of responsibility continue to cling to the government; must it continue to subsidize to some degree the price to the ultimate consumer, especially the poorer ones who cannot pay 'market' prices, say by coupons or the like? Of course governments must regulate for safety, to adjust prices, to require the concessionaire to respond to legitimate consumer complaints. Privatization to mobilize capital, entrepreneurship and competence, does not mean abdication to social Darwinism when it comes to what were once, at least in the ideal, public services. Privatization and globalization are not an 'either or', either private capital untrammelled or perfect social supervision; the latter has never existed (not in Plato's Republic or anywhere), the former will not be permitted.

5 Guide, p 113.

The Freely Negotiated Concession Agreement; Risks Revealed

We have seen that the concessionaire and its lawyers and lenders would like this (with the lenders wanting elaborate security interests in their favor, step-in rights etc etc which they usually obtain on the proposition: 'no protection, no money'). And in principle, it does not offend this author, for as I have suggested previously the government is always free to say no, must in fact agree to any concession agreement and controls a competitive bid process. Governments resist this principle and often try to specify various details eg with respect operations, training, assignment of rights, duration and termination etc etc Concessionaires, by contrast, cite best practise elsewhere in the 'globe' and in turn resist the government's negotiating demands. But this is not just the rush of global capital. In straight procurements too, the best practise of international standards has long intruded. Thus the British standard construction adopted by the International Federation of Consulting Engineers (FIDIC in the French) has long been in use throughout the developing world and indeed is now required in World Bank financed straight procurements.

Speaking of such procurements (not of their being financed by the World Bank); surely they are not an instance of globalization; to suggest as much is western arrogance, for surely a government anywhere will need to procure goods, civil works and services and many have done so for millennia. However a moment's reflection on these, also makes clear that PFI sometimes gets a 'bum rap' for phenomena inherent not in a private source of capital but rather in the nature of physical construction and human operations. I speak of such matters as human error, force majeure, delay and cost overruns. These exist in straight procurement as do many other risks, but they are hidden in unilateral decisions made by government bureaux, budgets and tax collections. In PFI, where factors such as capital, personnel, designs and plans are separated, they are out in the open, give rise to the endless pre-occupation with the allocation of risks already mentioned, similar pre-occupation with the exact nature of the 'public-private partnership' and, ultimately, the need to have soundly devised and negotiated concession agreements.

Chiapas, Human Rights, Finance and Disputes

I have undoubtedly revealed my 'take', that is to say my perspective and my biases, on the subject of this essay. At the risk of causing (further)

offense, but to clarify this matter further and put it in further perspective, let me recount my experience with Chiapas, that unhappy, southern state in Mexico, an experience which I had not in the country but in a conference hall at Cornell University, in Ithaca, New York in the United States. The conference dealt with the ill-fated Multilateral Agreement on Investment (the MAI) and there were protestors in the hall, one of whom was holding up a sign that said 'CHIAPAS' (that was all). One of the other speakers asked the protestor what Chiapas meant? She answered 'multinational corporations', explaining that they (who would presumably be helped by the MAI) caused the misery of Chiapas. The speaker said 'no, it is there absence that does'. Something similar may be said about the investment of private capital and energy, also promoted to be sure by 'globalization', in infrastructure. It can help, and it can do so, as already suggested, in ways fully compatible with protection of labor and other human rights and the environment, if governments will do the necessary. Moreover, there is no reason why companies and their personnel cannot be perfectly decent even without government pressures and regulation, although capital and profit have their imperatives. Lenders will want financial and security protections. Investors and lenders will want any disputes handled fairly and expeditiously. Solid techniques and procedures for some of this still need to be worked out, both conceptually and in practise in many countries, where court systems are weak, alternate dispute resolution mechanisms not in place, and governments resentful of having their decisions questioned. In the words of the Legislative Guide:

An important factor for the implementation of privately financed infra-structure projects is the legal framework in the host country for the settlement of disputes. Investors, contractors and lenders will be encouraged to participate in projects in countries where they have the confidence that any disputes arising out of contracts forming part of the project will be resolved fairly and efficiently. By the same token, efficient procedures for avoiding disputes or settling them expeditiously will facilitate the exercise of the contracting authority's monitoring functions and reduce the contracting authority's overall administrative cost. In order to create a more hospitable climate for investors, the legal framework of the host country should give effect to certain basic principles, such as the following: foreign firms should be guaranteed access to the courts under substantially the same conditions as domestic ones; parties to private contracts should have the right to choose foreign law as the law applicable to

their contracts; foreign judgements should be enforceable; and there should be neither unnecessary restrictions to access to non-judicial dispute settlement mechanisms nor legal impediments for the creation of facilities for settling disputes amicably outside the judicial system.⁶

Conclusion

I have tried to show that the phenomenon of PFI, the infusion of private capital, purpose and energy, into the previously fully public realm of social and economic infrastructure and related provision of services to the public, need not be seen as the apocalyptic clash of society and profit-mongering at the 'end of days'. *That* would be tragic. Rather we should view the phenomenon of PFI as an inevitable accompaniment of modernization and development within nations, that can be helped along by globalization, however understood, which can be subject to rational analysis, negotiation and management. As such it can be undoubtedly useful, and essential, to government and society. And if human progress and betterment, for all, is important to you, it is a development both interesting, indeed fascinating, and surely pleasant to observe and assist.

6 Guide, p173.

THE ROLE OF SOFT LAW IN GLOBALISATION: A LEGAL PERSPECTIVE*

Av. Okay Durman, LL.M.
Istanbul Bar Association

INTRODUCTION

Globalisation has had a considerable impact on global society. Globalisation describes a phenomenon whereby international actors interact with each other. These interactions, *inter alia*, include restructuring the world economy, protecting the environment and ensuring certain human rights. Globalization is a process which is essentially about increased interdependence, and a better terminology would be to talk about global interdependence, and perhaps to sometimes talk about global disfunctioning in terms of dependence and interdependence.

An inherent, and fundamental, consequence of globalisation is that it involves the global community interacting with each other. Regulating such interactions is a vital element of maintaining the global community actors who must possess both rights and obligations within a global context. Traditionally, the international actors possessing rights and obligations under international law were limited to States.

The introduction of new States and new areas of global concern has put pressure on States to reform international law. As well- as seeking to

(*) I would like to thank Dr. Kofi Oteng Kufuor, Lecturer at University of East London, for his guidance in the preparation of this essay.

regulate conduct through the traditional sources of international law, these new international actors have turned to the use of soft law instruments. While these instruments are not legally binding, they influence the development and interpretation of international law.

In the first part of this essay, globalisation and international law will be explained. Then in the second part the sources of international law will be mentioned. In the third part soft law and different meaning of soft law will be defined and then the role of soft law in international law and globalisation will be explained from a legal perspective, including commercial and environmental law- as well. While making this explanation, mostly the effect of soft law in treaties will be touched on; because soft law covers a wide range of treaties, from political treaties to binding and non-binding unilateral and multilateral treaties. The relationship between treaties and soft law is very important, and has great practical relevance to the work of international organisations. In fourth part the relationship between hard law, which is known as binding law, and soft law will be discussed. The last part is the conclusion part, and the role of soft law in globalisation and international law will be summarised according to the results taken from the essay. The essay will be supported by particular examples, such as international conferences, declarations and resolutions, which are the main examples of the role of soft law in international law and globalisation era as well.

I) GLOBALISATION AND INTERNATIONAL LAW

An inherent, and fundamental, consequence of globalisation is that it involves the global community interacting with each other. Regulating such interactions is a vital element of maintaining the global community actors who must possess both rights and obligations within a global context. Traditionally, the international actors possessing rights and obligations under international law were limited to States.¹

The rules of law binding upon States therefore emanate from their own free will as expressed in conventions or by usages generally accepted as expressing principles of law and established in order to regulate the

1 Alistair Rieu-Clarke, *Globalisation, International Law And The Sources Of International Law*, University of Dundee Publications, 13 (2001) (hereinafter Rieu-Clarke, *Globalisation*).

relations between these co-existing independent communities or with a view to the achievement of common aims.²

Globalisation has altered this classic view of international law, and its scope, in a number of ways.³ With greater interdependence between states, international law must accommodate the interests and values of a community possessing wider diversity in political, cultural and legal traditions, as well as experiencing different levels of development.⁴ Globalisation has also resulted in the introduction of new fields of international law, and the development of other areas of international law. Greater economic interdependence has led to developments in international economic law,⁵ while greater awareness and understanding of global concerns has led to advances in the law of environmental protection and the protection of human rights.⁶

Finally, increased interdependence has led to changes in the nature and function of international actors.⁷ It is assumed by institutionalist approaches that the role of the States is decreasing, or at least is being redefined, while the number and importance of international organizations are increasing.⁸ There has been an increase in standing structures dealing with matters between States themselves, and between States and non-governmental actors. Globalisation has therefore contributed to changing the subjects, the structure and the content of international actors.⁹

2 *Id* At 14.

3 Edward Brown-Weiss, "The Rise and the Fall of International Law?," 69 *Fordham Law Review* 345-372, 349 (2000) (hereinafter *Brown-Weiss Rise and of International Law*).

4 Kenneth Mickelson, "Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse", 16 *Wisconsin International Law Journal* 353-419, 360 (1998).

5 Volkmar Gessner & Ali Cem Budak, "Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law", Ashgate, 427-428 (1998) (hereinafter *Gessner & Budak, Globalisation of Law*).

6 Mario Giovanoli, "Reflections on International Financial Standards as Soft Law", *Essays in International Financial & Economic Law*, London Institute of International Banking, Finance and Development, 1-39, 5 (2002).

7 John King Gamble, "International Law-New Actors and New Technologies: Centre Stage for NGOs?", 31 *Law and Policy in International Business*: 221-262, 223 (2000) (hereinafter *Gamble, International Law*).

8 Gessner & Budak, *Globalisation of Law* *Supra* Note 5 At 3.

9 Rieu-Clarke, *Globalisation* *Supra* Note 1 At 27.

II) THE SOURCES OF INTERNATIONAL LAW

The sources of international law determine how international law is created. Statute of the International Court of Justice of Article 38(1) stipulates that: "The Court whose function is to decide in accordance with international law such disputes as are submitted to it, shall apply:

- a. international conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognised by the contesting states;
- b. international custom, as evidence of general practice accepted as law;
- c. the general principles of law recognised by civilised nations;
- d. subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law."

A) Custom

International custom is defined, under Article 38, as 'evidence of general practice accepted as law.' Customary international law consists of two elements: a general practice; and an acceptance that such practice is law. Due to customary international law's ability to enact universally binding legal norms, it is one of the principal sources of international law.¹⁰

B) State practice

The acts and omissions of State representatives contribute towards the formation of customary international law. For customary international law to exist it is unnecessary for all States to participate in the practice. The requirement is rather that a large majority of interested States must adhere to the practice. If only a limited number of States have a real interest in a matter, little State practice will be required.¹¹ Absolute rigorous

10 Anthony D'Amato, *The Concept of Custom in International Law*, London, Cornell University Press, 88 (2001) (hereinafter D'Amato, *Custom in International Law*)

11 Kevin Zemanek, "The Legal Foundations of the International System", 9 *Recueil des Cours* 255-289, 266 (1997) (hereinafter Zemanek, *Legal Foundations*).

conformity with the rule is also unnecessary. The amount of practice necessary will depend on the particular case. Establishing a new norm may require less than revising an old norm, although at least some repetition must occur.¹²

C) *Opinio Juris*

State practice by itself will be insufficient to establish a norm of customary international law; such practice must be accepted as law. The requirement that the practice be accepted as law leads to two further conditions: the practice must obviously be capable of becoming law; and the international community must accept the legal norm.¹³

The first of these two conditions separates acts of legal consequence from matter of politics or comity. The second of the two conditions, acceptance by the international community, is not tantamount to requiring universal acceptance.¹⁴ Acceptance by interested States and acquiescence by the rest of the community will suffice.

Increased interdependence and cooperation between States, as a result of globalisation has or altered the concept of customary international law, although it has affected how it is used. The greater number of interactions between States, and the improved accessibility to information has meant that in some respects it is easier to assess state practice and *opinio juris*. However, the increased number of States representing a greater diversity in values and interests makes it harder for States to agree on customary international law.¹⁵

D) Treaties

Treaties, or international conventions, are defined as being, an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designa-

12 Rieu-Clarke, *Globalisation Supra* Note 1 At 29.

13 D'Amato, *Custom in International Law Supra* Note 8 At 89.

14 *Id.*

15 Rieu-Clarke, *Globalisation Supra* Note 1 At 31.

tion.¹⁶ The globalisation era has seen a proliferation in treaty-making practice. Treaties have proved particularly important where there has been a need to regulate new areas of global concern. Given the requirement for custom to be formed over a certain period of time and the need for repetition, treaties have been preferred for their ability to conclude clear and precise rules over matters requiring a quick response.¹⁷

However, in contrast to customary international law, treaties are only binding on those consenting to be bound by their terms. A common tendency in recent years has been to use multilateral treaties as a means of codifying and developing existing international law.¹⁸ The proliferation of multilateral, and bilateral, treaties has in turn influenced the development of customary international law.

E) The Relationship between Treaties and Custom

Provisions of treaties may declare, crystallise or develop norms of customary international law. When a provision of a treaty declares an existing norm of customary international law the treaty may be used as evidence of State practice or *opinio juris*. If the provision of the treaty does indeed represent a norm of customary international law, parties to the treaty will be bound both by the treaty provision and customary international law; non-parties to the treaty will only be bound customary international law.¹⁹ Evidence of whether a provision in a treaty norm does indeed represent customary international law can be found, for example, in the *travaux préparatoires*, voting and negotiating records at diplomatic conferences, commentaries to the treaty, and the treaty text itself.²⁰

16 Alan Boyle, "Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law", 48 *International and Comparative Law Quarterly* 901-913, 901 (1998) (hereinafter Boyle, *Treaties and Soft Law*).

17 Massimo Di Maggio, "Environmental Law: When Does it Make Sense to Negotiate International Agreements?", 87 *American Journal of International Law* 377-397, 384 (1993) (hereinafter Di Maggio, *International Agreements*).

18 Brown-Weiss, *Rise and of International Law* *Supra* Note 3 At 353.

19 D'Amato, *Custom in International Law* *Supra* Note 8 At 93.

20 Gennady Danilenko, *Law Making in the International Community*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 29, (1998). (hereinafter Danilenko, *Law Making*).

F) General Principles

There has been considerable debate over the nature of international law obligations derived from 'the general principles of law recognised by civilised nations.'²¹ This debate is however mostly of academic value as the International Court of Justice (ICJ), for instance, rarely finds recourse to the general principles of law, having usually found a rule under customary or conventional law. Much of the debate surrounding general principles of international law has focused on identifying their origin. One view maintains that general principles of international law are derived, or ascertained, from generally recognised principles of the domestic law of States.²² Under this approach it is not necessary that a principle be observed by all States as long as a representative majority, which includes the main forms of civilisation and the principal legal systems of the world, adhere to the principle. Another view maintains that general principles of international law can also be derived from international relations and the particularities of the international legal system.²³

G) Judicial Decisions and Writings of Publicists

As a secondary source of international law, the role of judicial decisions and the writings of publicists is not to make law but rather to testify as to its existence. The theory behind this approach is that where the conclusions of a monograph or the decision of a Court are supported by quoted material and logically and convincingly reasoned, there is no reason why this research should not be relied upon, particularly if the conclusions derive from an authority such as the ICJ, or from a well respected writer.²⁴

The work of the International Law Commission and other non-governmental organisations plays a similar role to judicial decisions and the writings of publicists. Besides from providing direct evidence of customary international law through, for example, questionnaires to States, the International Law Commission and similar institutions will declare existing law and seek to develop international law.²⁵

21 Rieu-Clarke, Globalisation *Supra* Note 1 At 33.

22 John Charney, "Universal International Law", 87 *American Journal of International Law* 529-551, 534 (1993).

23 Brown-Weiss, Rise and of International Law *Supra* Note 3 At 359.

24 Zemanek, Legal Foundations *Supra* Note 9 At 269.

25 Danilenko, Law Making *Supra* Note 18 At 33.

H) Legal Norms-Non-Legal Norms

The introduction of new States and new areas of global concern has put pressure on States to reform international law. Broadly speaking, this pressure comes from two camps, developing States and non-State actors. As well as seeking to regulate conduct through the traditional sources of international law, these new international actors have turned to the use of non-binding agreements.²⁶ While these agreements are not legally binding they influence the development and interpretation of international law. Moreover, non-State actors, such as transnational corporations and non-governmental organisations may play a significant role in their formation.²⁷

III) WHAT IS SOFT LAW?

In the past, many legal scholars and international courts simply accepted the notion that no law governed a particular subject until a new treaty was concluded or states signaled their consent to a new customary-law rule or, alternatively, struggled to find customary law where none existed. However, today all but the most doctrinaire of scholars see a role for the so-called soft law - precepts emanating from international bodies that conform in some sense to expectations of required behavior, but that are not binding on states.²⁸

With a few exceptions in respect of rules embodied in proper instruments of international law, most of the international rules, guidelines, standards and other arrangements are not of a legally binding nature and are therefore generally referred to as soft law.²⁹ In international law, soft law rules have been analyzed as norms of various degrees of cogency, persuasiveness, and consensus that are incorporated in agreements between States but do not create enforceable rights and duties: indeed these cover a wide range, from political treaties (joint statements of policy) to binding agreements with a unilateral escape clause, from obligations to negotiate agreements to non-self-executing norms requiring fur-

26 Dave Shelton, "Law, Non-Law and the Problem of 'Soft-Law'", see <www.asil.org> last visited 24 May, 2004 (hereinafter Shelton, Problem of Soft Law).

27 Gamble, *International Law* *Supra* Note 6 At 230.

28 Steven Ratner, "International Law: The Trials of Global Norms", 12 *Foreign Policy* 23-42, 25 (1998) (hereinafter Ratner, Global Norms).

29 Giovanoli, *Reflections as Soft Law* *Supra* Note 5 At 6.

ther treaties and hortatory provisions (calling for co-operation by states to achieve certain purposes), as well as a variety of co-operative arrangements, which have been more of the character of agreed procedures of international public administration, and various other types of declarations and recommendations.³⁰ Another definition for soft law is the principles aimed at structuring later actions of members of the international community.³¹ Soft law is also defined as a gentlemen's agreement, "which is an agreement which is not an agreement, made between two persons neither of whom is a gentleman, whereby each expects the other to be strictly bound without himself being bound at all".³² Soft law has a wide range of possible meanings, but three are of direct relevance to the present enquiry.

A) Soft law is not binding.

When used in this sense soft law can be contrasted with hard law, which is binding. Treaties are by definition always hard law because they are always binding. In this category of soft law the legal form is decisive: if the form is that of a treaty it cannot be soft law. If the form is that of a non-binding agreement, it will not be a treaty for precisely that reason and we will have what is in effect a soft agreement. Moreover, an agreement involving the states may be binding even if it is not a treaty, so the distinction between hard and soft agreements is not simply synonymous with the distinction between treaties and non-treaties. Moreover, once soft law begins to interact with binding treaties, its non-binding character may be lost or altered.³³

30 *Id* At 3.

31 Joseph Di Mento, *The Global Environment And International Law*, Austin, University of Texas Press, 35 (2003).

32 J Vaisley, quoted in *Chemco Leasing SpA v. Rediffusion plc* (19) July 1985, upheld in the Court of Appeal, 1986 CA Transcript 1115.

33 Boyle, *Treaties and Soft Law* *Supra* Note 14 At 903.

34 Dave Shelton, *Commitment and Compliance – The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System* (Oxford: Oxford University Press), 25 (2000) (hereinafter Shelton, *Non Binding Norms*).

35 Giovanoli, *Reflections as Soft Law* *Supra* Note 5 At 8.

B) Soft law consists of general norms or principles, not rules

An alternative view of soft law focuses on the contrast between rules, involving clear and reasonably specific commitments which are in this sense hard law and norms or principles, which, being more open-textured or general in their content and wording can thus be seen as soft.³⁴ From this perspective treaties may be either hard or soft, or both.³⁵ The distinction between treaty and soft law is not clear cut. At best, soft law rules may be characterised as general principles which might contribute to the interpretation of related legally binding rules.³⁶

C) Soft law is law that is not readily enforceable through binding dispute resolution.

Here the contrast is between a treaty subject to compulsory adjudication in cases of dispute, such as the 1982 UN Convention on the Law of Sea, and a treaty or other instrument under which disputes can be referred unilaterally only to non-binding compliance procedure, such as the Montreal Protocol to the Convention on the Ozone Layer.³⁷ It is the character of the dispute resolution process which determines whether we have hard or soft law.

IV) SOFT LAW AS NON-BINDING LAW

Reliance on soft law as part of the law making process takes a number of different forms, including declarations of intergovernmental conferences, such as the Rio Declaration on Environment and Development or the resolutions of UN General Assembly.³⁸ While the legal effect of these different soft law instruments is not necessarily the same, it is characteristic of all of them that they are carefully negotiated, and often carefully drafted statements, which are in some cases in treaty form.³⁹ There is at least an element of good faith commitment, and in many cases, a desire to influence state practice and an element of law-making intention and progressive development.⁴⁰

36 *Id* At 18.

37 Boyle, *Treaties and Soft Law*, *Supra* Note 14 At 903.

38 *Id*.

39 Giovanoli, *Reflections as Soft Law* *Supra* Note 5 At 9.

40 Shelton, *Non Binding Norms* *Supra* Note 32 At 36.

A) Soft law as an alternative to law-making by treaty

There are several reasons why soft law instruments may represent an attractive alternative to law-making by treaty. First, it may be easier to reach agreement when the form is non-binding. Use of soft law instruments enables states to agree to more detailed and precise provisions because their legal commitment and the consequences of any non-compliance are more limited. Secondly, it may be easier for some states to adhere to non-binding instruments because they can avoid the ability for the domestic treaty ratification process, and perhaps escape democratic accountability for the policy to which they have agreed. Thirdly, soft law instruments will normally be easier to amend or replace than treaties, particularly when all that is required is the adoption of a new resolution by an international institution. Treaties take time to replace or amend, and the attempt to do so can result in an awkward and overlapping network of old and new obligations between different sets of parties. Lastly, soft law instruments may provide more immediate evidence of international support and consensus than a treaty whose impact is heavily qualified by reservations and the need to wait for ratification and entry into force.⁴¹

The non-binding form of an instrument is of relatively limited relevance in the context of customary international law-making. Treaties do not generate or codify customary law but because they either influence state practice and provide evidence of *opinio juris* for new or emerging rules, or because they are good evidence of what existing law is.⁴²

Both treaties and soft law instruments can be vehicles for focusing consensus on rules and principles, and for mobilising a consistent, general response on the part of the states.⁴³ Depending upon what is involved, treaties may be more effective than soft law for this purpose because they indicate a stronger commitment to the principles in question and to that extent they carry greater weight than a soft law instrument, but the assumption that they are necessarily more authoritative is misplaced.⁴⁴ To take only one example, it is clear that the 1992 Rio Declaration on Environment and development codifies both some existing international

41 Shelton, Problem of Soft Law *Supra* Note 24.

42 D'Amato, Custom in International Law *Supra* Note 8 At 91.

43 Shelton, Non Binding Norms *Supra* Note 32 At 37.

44 *Id.*

law and tries to develop some new law.⁴⁵ It is not obvious that a treaty with the same provisions would carry greater weight or achieve its objectives any more successfully.

B) Soft law as part of the multilateral treaty-making process

Some non-binding soft law instruments are significant only because they are the first step in a process eventually leading to conclusion of a multilateral treaty. Examples are numerous, but they include UNEP Guidelines on Environmental Impact Assessment which were subsequently incorporated in the 1991 ECE Convention on Environmental Impact Assessment in a Trans-boundary Context.⁴⁶

Other soft law instruments are used as mechanisms for authoritative interpretation or amplification of the terms of a treaty. This has occasionally been the role of General Assembly resolutions in regard to articles of the UN Charter, such as those dealing with decolonisation or the use of force.⁴⁷ The same task is performed more frequently by resolutions, recommendations and decisions of other international organisations, and by the conferences of parties to treaties.⁴⁸

Another important related role for soft law instruments is to provide the detailed rules and technical standards required for implementation of some treaties. Environmental soft law is quite often important for this reason, setting standards of best practice or due diligence to be achieved by the parties in implementing their obligations.⁴⁹ These eco-standards are essential in giving hard content to the overly-general and open-textured terms of framework environmental treaties.⁵⁰ But it is claimed that, soft law treaties such as the Rio agreements are an inadequate basis for effective control of the economic and social globalisation processes and sustainable development.⁵¹

45 Boyle, *Treaties and Soft Law*, *Supra* Note 14 At 904.

46 For more examples see *Id.*

47 Danilenko, *Law Making* *Supra* Note 18 At 38.

48 For the examples see Boyle, *Treaties and Soft Law*, *Supra* Note 14 At 905.

49 Di Maggio, *International Agreements* *Supra* Note 15 At 387.

50 *Id.*

51 Maria Adebowale, Chris Church, "Environment and Human Rights: A New Approach to Sustainable Development", 16 *Wisconsin International Law Journal* 353-419, 369 (1998).

The Convention on Nuclear Safety and the Joint Convention on the Safety of Spent Fuel and Radioactive Waste Management have now incorporated in binding treaty articles the main elements of IAEA's fundamental safety standards for nuclear installations, radioactive waste management and radiation protection, and most of its Code of Practice on the Trans-boundary Movement of Radioactive Waste.⁵² Those remaining IAEA standards which retain a soft law status will still be relevant when determining how the basic obligations of states parties to these agreements are to be implemented. Moreover, under the Joint Convention there is also an obligation on states parties to take account of relevant IAEA standards in adapting national law.⁵³ These various agreements have significantly strengthened the legal force of IAEA standards and, in conjunction with non-binding soft law safety standards, have created a more convincing legal framework for the international regulation of nuclear risks.⁵⁴ They exemplify once again how soft law and treaties can interact in a complex regulatory framework.

Some treaties give binding force to soft law instruments by incorporating them into the terms of a treaty by implied reference. The 1982 UN Convention on the Law of the Sea makes extensive use of this technique, impliedly incorporating recommendations and resolutions of IMO.⁵⁵

The non-binding force of soft law can be over stated. In many of the above examples states are not necessarily free to disregard applicable soft law instruments, even when not incorporated directly into a treaty, they may represent an agreed understanding of its terms. Thus, although of themselves these instruments may not be legally binding, their interaction with related treaties may transform their legal status into something more.

V) SOFT LAW AS STANDARDS

Standards are codes, guidelines or principles that set out what are widely accepted as good practices. The widespread adoption of high-quality internationally accepted standards, or codes of good practice, can make

52 Boyle, *Treaties and Soft Law*, *Supra* Note 14 At 905.

53 *Id.*

54 Shelton, *Non Binding Norms* *Supra* Note 32 At 38.

55 Boyle, *Treaties and Soft Law*, *Supra* Note 14 At 906.

an important contribution to effective policy-making, well-functioning financial markets and a sustainable development and social globalisation, and international environmental legislation.⁵⁶

For instance in economics, adopting internationally accepted standards of financial supervision and regulation will help policy-makers implement policies that promote sound and efficient markets and enhance credibility and investor confidence. Through promoting sound policy-making and orderly and efficient markets, the voluntary adoption of standards of good practice will help to make the international financial system stronger and more stable.⁵⁷

From the legal viewpoint, these standards belong to the category of rules which it has become customary to designate as soft law, an expression which may well give rise to misunderstandings.⁵⁸ The phenomenon is by means new and is known in national jurisdictions as well as in the field of international relations.

Some treaties may be soft in the sense that they impose no real obligations on the parties. Though formally binding, the vagueness, indeterminacy, or generality of their provisions may deprive them of the character of hard law in any meaningful sense.⁵⁹ For instance, the Framework Convention on Climate Change provides a good example.⁶⁰ Adopted at the Rio Conference 1992, this treaty does impose some commitments on the parties, but its core articles, dealing with policies and measures to tackle greenhouse gas emissions, are so cautiously and obscurely worded and so weak that it is uncertain whether any real obligations are created.

There is, however, a second and more significant sense in which a treaty may be potentially normative, but still soft in character, because it articulates principles rather than rules. They may lay down parameters which affect the way court decide cases or the way an international institution exercises its discretionary powers.⁶¹ They can set limits, or provide

56 <www.globalpolicy.org> last visited 25 May, 2004.

57 Giovanoli, Reflections as Soft Law *Supra* Note 5 At 19.

58 D'Amato, Custom in International Law *Supra* Note 8 At 105.

59 Boyle, Treaties and Soft Law, *Supra* Note 14 At 908.

60 See for more information about example *Id.*

61 Shelton, Non Binding Norms *Supra* Note 32 At 38.

guidance, or determine how conflicts between other rules or principles will be resolved. They may lack the supposedly harder edge of a rule or an obligation, but they are certainly not legally irrelevant. As such they constitute a very important form of law, which may be soft, but which should not be confused with non-binding law.

VI) SOFT ENFORCEMENT

Another way of distinguishing hard and soft law is to focus not on questions of form or content, but on methods of dispute settlement in case of non-compliance. Hard enforcement is characterised most obviously by compulsory binding settlement of disputes.⁶²

The essential characteristic of soft law is that it cannot be enforced by legal means (such as lawsuits), as soft law rules are non-self-executing, either at the international or at the domestic level, because they are not legally binding; indeed, it is even questionable whether soft law can be considered to be law at all, within the strict meaning of term.⁶³

The contrasting model of soft enforcement or dispute avoidance, is one in which problems are referred to non-binding conciliation before an independent third party, or to some form of non-compliance procedure involving other parties to the treaty. In both situations there is an attempt to find an agreed solution, rather than to engage in adversarial litigation or claims for reparation. Soft enforcement characteristically evades issues of responsibility for breach, and relies on a combination of inducements or the possibility of termination or suspension of treaty rights to secure compliance.⁶⁴

Soft enforcement is best exemplified by the non-compliance procedure adopted by the parties to the 1987 Montreal Protocol to the Ozone Convention. The matter is referred for investigation to an Implementation Committee consisting of 10 parties elected on the basis of equitable geographical representation. There is also provision in Article 18 of the Kyoto Protocol to the Framework Convention on Climate Change for a non-compliance procedure to be negotiated. This Convention has created another

62 Danilenko, Law Making *Supra* Note 18 At 43.

63 Giovanoli, Reflections as Soft Law *Supra* Note 5 At 25.

64 Boyle, Treaties and Soft Law, *Supra* Note 14 At 909.

innovation in soft enforcement through the provision for a multilateral consultative process to resolve questions regarding implementation.⁶⁵

Why do states employ these techniques of soft enforcement for certain treaties? There are several reasons. First, like non-binding instruments, it facilitates agreement on rules or commitments which are hard in content.⁶⁶ These rules or commitments do have the binding force of a treaty, with all that implies in terms of a sense of obligation, but the consequences of non-compliance are not as severe or potentially troublesome as they would be if there was compulsory binding adjudication in every case of dispute or alleged non-compliance.⁶⁷ Secondly, soft enforcement is more suited to a regulatory approach which emphasises prevention of problems rather than reparation after the event.⁶⁸ Thirdly, non-compliance affects all parties to the treaty equally; there is considerable merit in designing a process for securing compliance which is multilateral in character and which allows all parties, as well as NGOs, to participate, and which ensures that all interests are adequately represented.⁶⁹ Lastly, soft enforcement typically facilitates more readily than judicial processes the necessary input of scientific and technical expertise required to deal with issues of compliance under agreements of this kind.⁷⁰

VII) THE RELATIONSHIP BETWEEN SOFT LAW AND HARD LAW

Even a very rapid analysis of the relationship between soft law and hard law reveals that there is no trace of a mental incompatibility.⁷¹ Indeed, historical experience with soft law in other fields suggests that sooner or later a process of consolidation and crystallization into legally binding rules occurs. More often than not, soft law has proved to be a precursor of emerging hard law. Under certain circumstances, the application

65 For more information about the examples in this paragraph see *Id* At 909-910.

66 Zemanek, *Legal Foundations Supra* Note 9 At 275.

67 Shelton, *Non Binding Norms Supra* Note 32 At 46.

68 Zemanek, *Legal Foundations Supra* Note 9 At 275.

69 Gamble, *International Law Supra* Note 6 At 240.

70 Boyle, *Treaties and Soft Law, Supra* Note 14 At 911.

71 Giovanoli, *Reflections as Soft Law Supra* Note 5 At 28.

of soft law can produce over time an accretion of hard law. The relationship between soft law and hard law often appears to be an evolutionary process and soft law arrangements may be seen as way-stations on the road to the conclusion of a treaty.⁷²

Standards on which an international consensus has been established on an informal basis could be made the object of an international treaty under which countries could sign up to specific standards, thus committing themselves to implement and enforce them within their national jurisdictions.⁷³ This process would help overcome the discrepancy between unification efforts in private commercial and financial law and the lack of uniform rules in public law. This effect would be particularly welcome, as public law and private law are increasingly interdependent (for instance, with respect to collateral and capital requirements, finality of payments and stability of payment systems, recognition of net positions, or the effect of setoff in insolvency procedures, etc.)⁷⁴

Soft law principles represent a starting point for new hard law, which attaches a penalty to noncompliance.⁷⁵ In the case of World Bank's Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment, the guidelines have served as the basis for the negotiation of a new treaty - the Multilateral Agreement on Investment (MAI) - by the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD). The MAI gives foreign investors the right to take any government to international arbitration for compensation when a law or state practice limits their freedom to invest or divest.⁷⁶

Whether in the case of hard or soft law, new participants are making increased demands for representation in international bodies, conferences, and other legal groupings and processes. They include substate entities, both those recognized in some way by the international community (Chechnya, Hong Kong) and those not (Tibet, Kashmir); nongovernmental organizations (NGOs); and corporations.⁷⁷ Claiming that the states to which they belong do not always adequately represent their interests, these

72 Danilenko, *Law Making Supra* Note 18 At 48.

73 Giovanoli, *Reflections as Soft Law Supra* Note 5 At 28.

74 *Id.*

75 Boyle, *Treaties and Soft Law, Supra* Note 14 At 911.

76 Ratner, *Global Norms Supra* Note 26 At 12.

77 Gamble, *International Law Supra* Note 6 At 250.

nonstate actors demand a say in the content of new norms. Some have faced staunch opposition to their participation in decision making: In 1995, China's government relegated NGOs to a distant venue during the UN's Fourth World Conference on Women in Beijing.⁷⁸

It is not that states are no longer the primary makers of international law. But scholars accept that these other actors have independent views - and the resources to push them that do not fit neatly into traditional theories of how law is made and enforced.⁷⁹

CONCLUSION

Among the most striking developments in recent years is increased attention to norms in particular the emergence of soft law or rules of conduct which in principle are not legally binding but which nevertheless have practical and even legal effects. Long familiar to international lawyers it gained prominence during the 1970s in the form of international codes of conduct to govern the activities of multinational corporations. During the 1990s, codes of conduct were elaborated increasingly by private actors, not by international organizations, both as codes among private actors and codes internal to private actors to the extent that argues that they represent a new generation of codes of conduct as part of a transformation of global and corporate governance. These so-called 'informal agreements' are often used because the obligations they embody are more equivocal and less visible than those contained in legally binding agreements.

This paper has shown that soft law has had a significant influence on international law and globalisation. An inherent, and fundamental, consequence of globalisation is that it involves the global community interacting with each other. Regulating such interactions is a vital element of maintaining the global community actors who must possess both rights and obligations within a global context. Regulating the transactions at the international level is the area of interest of the international law. As a chain reaction the increased number of soft law materials in international law has been influencing globalisation, especially in economics, social and environmental areas.

78 *Id* At 225.

79 Zemanek, *Legal Foundations Supra* Note 9 At 280.

Soft law is manifestly a multi-faceted concept, whose relationship to treaties is both subtle and diverse. The new international actors, such as new states, NGOs, have turned to the use of soft law instruments. While these instruments are not legally binding, they influence the development and interpretation of international law, as well as globalisation era. Soft law presents alternatives to treaties in certain circumstances, at other times it complements them, while also providing different ways of understanding the legal effect of different kinds of treaty. Compared to hard law, soft law has the advantages of lower contracting costs and lower sovereignty costs, and is often better adapted to conditions of uncertainty or those requiring compromise. Soft law in its various forms can of course be abused, but so can most legal forms, and it has generally been more helpful to the processes of international law making and globalisation.

REFERENCES

- Adebowale Maria & Church, Chris:** "Environment and Human Rights: A New Approach to Sustainable Development", 16 Wisconsin International Law Journal 353-419, (1998).
- Boyle, Alan:** "Some Reflections on the Relationship of Treaties and Soft Law", 48 International and Comparative Law Quarterly 901-913, (1998).
- Brown-Weiss, Edward:** "The Rise and the Fall of International Law?", 69 Fordham Law Review 345-372, (2000).
- Charney, John:** "Universal International Law", 87 American Journal of International Law 529-551, (1993).
- D'Amato, Anthony:** The Concept of Custom in International Law, London, Cornell University Press, (2001).
- Danilenko, Gennady:** Law Making in the International Community, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, (1998).
- Di Maggio, Massimo:** "Environmental Law: When Does it Make Sense to Negotiate International Agreements?", 87 American Journal of International Law 377-397, (1993).
- Di Mento, Joseph:** The Global Environment and International Law, Austin, University of Texas Press, (2003).
- Gamble, John King:** "International Law-New Actors and New Technologies: Centre Stage for NGOs?", 31 Law and Policy in International Business:221-262, (2000).

- Gessner, Volkmar & Budak, Ali Cem:** “Emerging Legal Certainty: Empirical Studies on the Globalization of Law”, Hampshire, Ashgate, 427-428 (1998).
- Giovanoli, Mario:** “Reflections on International Financial Standards as Soft Law”, Essays in International Financial&Economic Law, London Institute of International Banking, Finance and Development, 1-39, (2002).
- Mickelson, Kenneth:** “Rhetoric and Rage: Third World Voices in International Legal Discourse”, 16 Wisconsin International Law Journal 353-419, (1998).
- Ratner, Steven:** “International Law: The Trials of Global Norms”, 12 Foreign Policy 23-42, (1998).
- Rieu-Clarke, Alistair:** Globalisation, International Law and The Sources Of International Law, University of Dundee Publications, (2001).
- Shelton, Dave:** Commitment and Compliance – The Role of Non-Binding Norms in the International Legal System (Oxford: Oxford University Press), (2000).
- Shelton, Dave:** “Law, Non-Law and the Problem of ‘Soft-Law’”, see <www.asil.org>
- Zemanek, Kevin:** “The Legal Foundations of the International System”, 9 Recueil des Cours 255-289, (1997).

YENİ TÜRK CEZA KANUNU'NDA SUÇ ORTAKLIĞI

Murat Volkan Dülger, LL.M.*
İstanbul Barosu Avukatlarından

GİRİŞ

Ceza hukukunda, suç genel teorisinin önemli inceleme konularından birini de suçun özel görünüş türlerinden birisi olan suç ortaklığı (suça iştirak) konusu oluşturmaktadır. Çünkü; ilke olarak ceza yasalarında suç tipleri tanımlanırken tek bir failin suç oluşturan eylemleri gerçekleştirdiği göz önüne alınmakta ve suç tipleri buna göre düzenlenmektedir; ancak suç olarak tanımlanan bazı eylemler doğası gereği birden çok faille işlenebilmekte, bazı eylemler de doğaları gereği böyle olmamakla beraber yasa koyucunun iradesi doğrultusunda birden çok failin bir araya gelip yasada tanımlı eylemi gerçekleştirmesiyle suç niteliğini alabilmektedirler. Gerçekleşen birçok somut olayda da suçun daha kolay işlenmesi ve amaca ulaşabilmesi için, failin suç oluşturan eylemleri yaparken başka kişilerin yardımından yararlandığı görülmektedir. Özellikle örgütlü suçluluğun günümüzde çok artması ve karmaşıklaşan yaşam ilişkilerinin suç işleme şekillerini de karmaşık bir yapıya sokması, bunun sonucu olarak da suçların gerçekleştirilebilmesi için çok sayıda kişiye gereksinim duyulması konunun önemi büyük oranda arttırmaktadır.

İşte tüm bu durumları kapsayan bir açıklamanın yapılması ve bunun doğru bir kuramsal yapıya oturtulması suç genel teorisinin önemli bir sorununu oluşturmaktadır. Bunun önem göstermesinin nedeni ise; böyle-

(*) İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Anabilimdalı Doktora Öğrencisi.

likle bireylerin gerçekleştirdikleri ya da gerçekleştirilmesine bir şekilde katkı sağladıkları, hukuk düzeni tarafından suç olarak tanımlanan eylemlerden dolayı sorumluluk statülerinin belirlenmesinin ve eyleme sağladıkları katkıya göre cezalandırılmalarının sağlanmasının ancak bu sorumlulukların açık ve doyurucu bir şekilde ortaya konulmasıyla gerçekleştirilebilmesidir.

Nitekim 765 sayılı TCK'nın 64, 65, 66 ve 67. maddelerinde suç ortaklığı düzenlenmiştir. Yıllardan beri gelişen uygulamayla bu konu birçok kez Yargıtay kararlarına konu olmuş ve uygulamada bir kalıcılık ve belirlilik sağlanmıştır. Aynı şekilde öğretide de bu konu ayrıntılı şekilde işlenmiş ve yasanın bu konuda benimsediği sistematik görüşe benzer ya da farklı görüşler savunularak suç ortaklığının kuramsal yapısı ve bu konudaki ceza hukuku uygulaması açıklanmıştır.

Ancak uzun zamandan beri üzerinde durulan TCK'yı değiştirme çabaları Avrupa Birliği'ne girme yolunda büyük önem kazanmış ve hızlanmış, bunun sonucu olarak 26.09.2004 tarihinde kabul edilen 5237 sayılı yasa ile yeni bir ceza yasası oluşturulmuştur. Bu yeni yasa kendisine öncülük eden tasarılarından büyük oranda farklılık göstermiş ve pek çok alanda değişiklikler ve yenilikler getirmiştir. Değişiklik yapılan ve yeni bir görüş doğrultusunda düzenlenen konulardan birisi de YTCK'nın 37, 38, 39, 40, ve 41. maddelerinde düzenlenen "suç ortaklığıdır".

Bu çalışmanın konusunu da suç ortaklığının YTCK'daki düzenlenişinin açıklanması oluşturmaktadır. Çalışmanın ilk bölümünde kısaca YTCK'nın gelişimi ve genel olarak yapısı aktarılacaktır. İkinci bölümde ise suçluların çokluğu konusu açıklanacaktır. Üçüncü bölümde faillik türleri incelendikten sonra dördüncü bölümde suç ortaklığının kuramsal yapısı açıklanacak ve bu yapılırken özellikle failin belirlenmesi sorunu ve suç ortaklığı ile çok failli suçlar arasındaki fark vurgulanacaktır. Çalışmanın beşinci bölümünde 765 sayılı TCK'da suç ortaklığının düzenleniş biçimi ana hatlarıyla belirtildikten sonra altıncı ve son bölümde çalışmanın ana konusunu oluşturan 5237 sayılı YTCK'da suç ortaklığı konusunun düzenleniş biçimi dayandığı kuramsal görüşle birlikte incelenecektir.

I. YTCK'nın Oluşumu ve Genel Olarak Yapısı

A. YTCK'nın Oluşumu

1960'lı yıllardan bu yana ceza hukukundaki yeni ve demokratik gelişmelere yer vermek amacı ile Adalet Bakanlığı'nca ceza hukuku uzmanlarından oluşan çeşitli komisyonlar kurulmuş ve taslak ceza yasası metinleri hazırlanmış ve bu çalışmaların sonucunda 1989 Türk Ceza Kanunu Tasarısı ortaya çıkmıştır.

Bu tasarının yeniden gözden geçirilmesi, yine aynı komisyondan istenilmiş, metne son şekli verildikten sonra 1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısı oluşturulmuş ve bu metin görüşülmek üzere TBMM'ye gönderilmiştir¹. 1999 yılında seçimlerin yenilenmesi üzerine, 1997 Türk Ceza Kanunu Tasarısı hükümet tarafından yeniden incelenmesi için geri çekilmiş ve yeni bir kurul oluşturulmuştur, bu kurul 1997 metni üzerinde değişiklikler yaparak Türk Ceza Kanunu 2000 Tasarısını meydana getirmiştir. Son olarak aynı metin ele alınmış, gözden geçirilmiş ve Türk Ceza Kanunu 2001 Tasarısı ortaya çıkmıştır. Bundan sonra da söz konusu tasarı hakkında çalışmalar ve görüşmeler TBMM'de devam etmiş ve bu konuda görevli olan meclis alt komisyonu 12 Mayıs 2004 tarihinde elindeki tasarı metninde büyük oranda değişiklikler yaparak neredeyse tamamen yeni bir tasarımı kabul ederek kamu oyunun tartışma ve görüşüne sunmuştur.

Meclis alt komisyonu tarafından kabul edilen tasarı metni bu kez de meclis adalet komisyonu tarafından ele alınmış ve bu metinde de bazı değişiklikler yapılarak meclis genel kuruluna sunulmuştur. Sonuçta, 26.09.2004 tarihinde tasarı metni meclis tarafından kabul edilerek 5237 sayılı Yeni Türk Ceza Kanunu (YTCK) olarak yasalaşmıştır. Bu yasa 344. maddesi gereğince 01.04.2005 tarihinde yürürlüğe girecektir.

B. YTCK'nın Genel Olarak Yapısı

YTCK oluşturulurken modern ceza hukukunun ilkelerinin gözetilmeye çalışıldığı ve öncelikle 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (TCK)'nun devleti koruyan yapısından vazgeçilerek kişilerin korunmasının öne çıkarılması

1 TBMM'ye görüşülmek üzere verilen hükümet tasarısının genel yapısı ve getirilen eleştiriler hakkında bkz: Çetin Özek, "1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı'na İlişkin Düşünceler", İÜHF Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'na Armağan Sayısı, C:LVI, S:1-4, İstanbul, 1998, s.21-68.

rdığı, bunun vurgulanması için de tasarının ikinci kitabını oluşturan özel kısımda, kişilere karşı işlenen suçlardan başlanarak suç tiplerinin düzenlendiği böylelikle Avrupa'da yürürlükte olan modern ceza yasalarına sistematik açıdan uyum sağlandığı belirtilmektedir².

Bu düzenleniş biçimi karşılaştırmalı hukuk açısından değerlendirildiğinde gerçekten de sistematik açıdan bugün Avrupa'da yürürlükte bulunan modern ceza yasalarının birçoğunda özel kısımda öncelikle "kişilere yönelik" suç tiplerinden başlanılarak suçların düzenlendiği görülmektedir³. Bu yasalara örnek olarak İsviçre Ceza Yasası, Avusturya Ceza Yasası, İspanyol Ceza Yasası, İsveç Ceza Yasası, Rusya Ceza Yasası ve Hırvatistan Ceza Yasası verilebilir⁴. Buna karşın eski anlayışı devam ettirerek önce devlete karşı suçlara yer veren yasalar da bulunmaktadır⁵. Bunlara örnek olarak da Alman Ceza Yasası, İtalyan Ceza Yasası, Danimarka Ceza Yasası ve Polonya Ceza Yasası verilebilir⁶.

Ancak bu kıstas tek başına bir ceza yasasının modern olup olmadığını göstermeye yeterli değildir. Bu konudaki esas ölçüt yasanın içeriğinin modern teori ve görüşlere uygun olup olmadığı ve yasanın oluşturulduğu çağa uygun ve hatta ötesinde bir yer edininmediğidir⁷. Üzülerek be-

2 **Mustafa Avcı**, "Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısı'nın Genel Olarak Değerlendirilmesi", **Türk Ceza Kanunu Reformu: İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Der: Teoman Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.211.

Karşı görüşte: "Ayrıca, kamuoyuna alt komisyon tasarısının insanı ön plana aldığı yolundaki yansımaların aksine, cezaların alabildiğine ağırlaştırıldığı, sürekli olarak netice sebebiyle ağırlaşmış suç ve cezaların öngörüldüğü ve bastırıcı bir matığın izlendiği belirlenmektedir." **Ümit Kocasakal/Fehmi Demir/Mehmet İpek**, "Kişilere Karşı Suçlar", **Türk Ceza Kanunu Tasarısı: Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Temmuz 2004): İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Eylül 2004): Kurumsal Raporlar-Toplantılara Sunulan Raporlar-Bilimsel Raporlar**, İstanbul, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi-Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, 2004, s.48.

3 **Yener Ünver**, **Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003, s.823.

4 **Yener Ünver**, "Çeşitli Ülkelerdeki Güncel Ceza Hukuku Gelişmeleri", **Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı**, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayını, 2004, s.907-1012; **Ünver**, **Hukuksal Değer**, s.815-818.

5 **Ünver**, **Hukuksal Değer**, s.824.

6 **Ünver**, **Hukuksal Değer**, s.815-818.

7 **Ünver**, **Hukuksal Değer**, s.824.

lirtilmelidir ki YTCK bu açıdan bazı çağdaş düzenlemelere yer vermeye çalışsa da genel olarak modern ceza yasalarına uyum göstermemektedir. Ancak YTCK'nın modern ceza yasalarıyla uyum gösterdiği konulardan birinin yasanın sistematığı olduğu ve bunun yerinde bir düzenleme yöntemi olduğu söylenebilir⁸.

YTCK iki kitap halinde hazırlanmış, kitaplar kısımlara, kısımlar da bölümlere ayrılmıştır. İlk kitapta yine 765 sayılı TCK'da olduğu gibi ceza hukukunun genel ilkeleri belirtilmiş ve bu kitap temel ilkeler, tanımlar ve uygulama alanı, "ceza sorumluluğunun esasları" ve "yaptırımlar" başlıklı üç kısma ayrılmıştır. İkinci kitap ise "insanlığa karşı suçlar", "kişilere karşı suçlar", "topluma karşı suçlar" ve "millete ve devlete karşı suçlar ve son hükümler" şeklinde dört kısma ayrılmış ve bu ayrıma göre suç tipleri düzenlenmiştir⁹.

Suç ortaklığı, YTCK'nın ilk kitabının, ceza sorumluluğunun esasları başlıklı ikinci kısmının, suça iştirak başlıklı dördüncü bölümünde düzenlenmektedir.

II. Tek Failli ve Çok Failli Suç Ayrımı

Suç ortaklığı konusunun iyi anlaşılabilmesi ve değerlendirilebilmesi için öncelikle tek failli suç ve çok failli suç ayrımının açıklanması gerekmektedir.

A. Tek Failli Suçlar

Yasal tanımda yer alan suç tipinin işlenebilmesi için bir tek failin yeterli olduğu suç tiplerine tek failli suçlar denilmektedir. Nitekim birçok suç tipinde fail, 765 sayılı TCK'da "her kim" ya da "kim"; 5237 sayılı YTCK'da ise "kimse" ya da "kişi" ifadesiyle bu şekilde tanımlanmaktadır. Failliliğin bu türünün vurgulanmasının nedeni bunun aşağıda görüleceği üzere suç ortaklığı açısından önem taşımasıdır¹⁰.

8 Ünver, Hukuksal Değer, s.830.

9 Bu düzenlenişin eleştirisi açısından bkz: Erdener Yurtcan, "Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin Genel İnceleme", **Türk Ceza Kanunu Tasarısı: Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Temmuz 2004): İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Eylül 2004): Kurumsal Raporlar-Toplantılara Sunulan Raporlar-Bilimsel Raporlar**, İstanbul, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi-Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, 2004, s.75.

10 Timur Demirbaş, **Ceza Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s.411.

B. Çok Failli Suçlar

Bazı suç tipleri ancak birden çok failin katılımıyla işlenebilirler. Buna öğretide genel olarak “zorunlu iştirak” denilmektedir¹¹. Zorunlu iştirakin bulunduğu suç tiplerinden bazıları doğal yapıları gereği en az iki failin katılımını zorunlu kılmakta bazıları ise yasal tanımları gereği birden çok kişiyle işlenebilmektedirler, öğretide bu suç tipleri için “çok failli suç” kavramı kullanılmaktadır.

Çok failli suçlar ayrı bir önem arz etmektedirler; çünkü suç ortaklığıyla bazı açılardan benzerlik göstermekte ve bu nedenle farklı yönlerinin ortaya çıkarılması gerekmektedir. Ceza hukuku öğretisinde önceleri ayrı bir kavram olarak çok failli suçlar üzerinde durulmamış, bunların farklı özellikler gösterdiği fark edilince ise bunların “iştirak” türü olduğu düşünülmüştür. Bugün ise artık çok failli suçlar, suça iştirakin bir türü olarak değerlendirilmemektedir. Çünkü birden çok failin suçun oluşumu için zorunlu olarak bulunması gereken suç tipleri -suça (zorunlu) iştirak gibi- suçun özel görülüş biçimi olmayıp doğrudan suçun oluşumu için yasal tanımda aranan bir özelliktir¹².

Öğretide çok failli suçlar da kendi arasında “yakınsama suçları” ve “karşılaşma suçları” olarak ikiye ayrılmaktadır¹³. Bu ayrıma göre yakınsama suçlarında, suçun oluşumunun katkıda bulunan kişiler aynı yönde hareket etmekte ve aynı amacın gerçekleşmesi için hareket etmektedirler. TCK m.304 (tutuklu ve hükümlülerin ayaklanması suçu), m.313 (cürüm işlemek için teşekkül oluşturma suçu), m.168 (silahlı çete kurma suçu), m.403 b.10/11 (teşekkül halinde uyuşturucu ticareti yapma suçu) ve m.236 (memurların toplu olarak görevi terk etmesi suçu); YTCK m. 296 (tutuklu ve hükümlülerin ayaklanması suçu) ve m. 220 (suç işleme amacıyla örgüt kurma) yakınsama suçlarına örnek olarak verilebilir. Karşılaşma suçlarında ise, suçun oluşumunda katkı sağlayan kişiler yine aynı amacın gerçekleşmesini istemekte ancak bu kez farklı yönlerden hareket ederek amaca ulaşmaktadırlar. TCK m.403 b.5’de YTCK m.188 f.3’de yer alan (uyuş-

11 Kayıhan İçel/Füsün Sokullu Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih Mahmutoğlu/Yener Ünver, *Suç Teorisi*, 2. Kitap, Yeniden Gözden Geçirilmiş İkinci Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000, s.367.

12 Türkan Yalçın Sancar, *Çok Failli Suçlar*, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1998, s.36.

13 Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Genel Hükümler I*, Üçüncü Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002, s.801, 802; İçel vd., a.g.e., s.368.

turucu madde ticaret yapmak suçu) ve eskiden yürürlükte olan zina suçu buna örnek olarak gösterilebilir¹⁴.

Bu konuda son olarak belirtilmelidir ki; doğası gereği ya da yasal tanım gereği çok failli suç olarak tanımlanan suç tiplerinin de suç ortaklığı halinde işlenmesi mümkündür. Ancak bunun olabilmesi için, çok failli suçların gerçekleşebilmesi için zorunlu olan faillerin dışında başka kişilerin suça katkıda bulunması gerekmektedir¹⁵.

III. Faillik Türleri

A. Doğrudan Faillik

Ceza yasasında belirli şekildeki eylemler suç olarak düzenlenirken, bu eylemleri gerçekleştiren kişi muhatap, yani suçun faili olarak belirtilmektedir. İşte bu duruma “doğrudan ya da bağımsız faillik” denilmektedir. Yani yasada tanımlanan suçu doğrudan doğruya işleyen eylemi yerine getiren kişi doğrudan faildir.

B. Ortaklaşa Faillik

Doğrudan faillik ve dolaylı faillik dışında bulunan bir diğer faillik türü de ortaklaşa failliktir. Bu faillik türünde kişiler suç oluşturan eyleme belirli ölçülerde katkı sağlamakta ve aynı suç işleme kararıyla hareket etmektedirler. Ortaklaşa failliğin gerçekleşebilmesi için iki ölçütün bulunması gerekir; bunlardan birisi failler tarafından eylem üzerinde müşterek hakimiyet kurulması diğeri ise birlikte suç işleme kararının bulunmasıdır¹⁶. Bu ölçütler aşağıda YTCK ile ilgili açıklama yapılırken incelenecektir.

C. Dolaylı Faillik

Suç oluşturan eylemler bazen diğer bir kişinin araç olarak kullanılması suretiyle gerçekleştirilebilir. Bu durumda, arka plandaki kişi, suçu oluşturan icra hareketlerini gerçekleştiren kişinin ve hareketinin üzerinde

14 İçel vd., a.g.e., s.368.

15 Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.804.

16 İçel vd., a.g.e., s.371.

üstün bir hakimiyet kurmaktadır¹⁷. İşte bu durumda dolaylı ya da dolayısıyla faillik durumundan söz edilmektedir.

Arka planda kalan kişinin suçun icrai hareketlerini yapan ön plandaki kişi üzerinde hakimiyet kurmasını sağlayan iki durum vardır. Bunlardan ilki ön plandaki kişinin yanlıgı içinde olması diğeri ise bu kişi üzerinde zor kullanılması ya da bu kişinin tehdit edilmesidir¹⁸. Kısacası ön plandaki kişinin olaya etkisi ya kasıtlı değildir ya da bu konuda karar verme yeteneğinden yoksundur (çocuklarda ve akıl hastalarında olduğu gibi)¹⁹.

Dolaylı failliğın esasını açıklayan iki farklı görüş ileri sürülmüştür. Bunlardan esas eylemin tipik, hukuka aykırı ve kusurlu olmasını arayan katı bağıllık prensibini benimseyen klasik ceza hukuku görüşüne göre, araç olarak kullanılan kişinin kusursuz olması veya eylemin cebir ve tehdit altında işletilmesi halinde suçu işleten arka plandaki kişi şerik olamayacağı için, bunun dolaylı fail olarak sorumlu tutulacağı ileri sürülmüştür. Esas eylemin tipik ve hukuka aykırı olmasını yeterli gören sınırlı bağıllık prensibini benimseyen görüşe göre ise, her suç ortağının kendi kusurundan dolayı sorumlu tutulması mümkün olabilecek, esas eylemi gerçekleştiren failin kusursuz olması şeriklerin sorumluluklarında değışiklik meydana getireyecektir. Dolayısıyla esas eylemin failinin kusurlu olmadığı durumda dahi eyleme iştirak söz konusu olabilecektir. Bu durumda şerikliğe göre failliğın önceliğı söz konusu olduğu için azmettiren veya yardım edenin eylem üzerinde hakimiyeti olduğu takdirde dolaylı faillik söz konusu olacaktır²⁰.

Dolaylı failliğın esasını ve kapsamını açıklamada ileri sürülen farklı görüşlerden katı bağıllık prensibi 765 sayılı TCK açısından geçerliydi. Bu yasanın düzenlenmesinde suça iştirak açısından ikili sistem benimsendiğı için bu sistemin açığına kapamak için dolaylı faillik kurumu devreye girmekteydi. Ancak 5237 sayılı YTCK açısından ikilik sistem terk edildiğı için esas eylemi gerçekleştiren kişi kusurlu olmasa da şerikler kusurlarından sorumlu tutulabilecektir. Buna göre bir kişiye aldatarak ve kastı ol-

17 Ali Kemal Yıldız, "Dolayısıyla Faillik", *Ceza Hukuku Günleri: 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler (26-27 Mart 1997-İstanbul)*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1998, s.235; İçel vd., a.g.e., s.399; Demirbaş, a.g.e., s.424.

18 İçel vd., a.g.e., s.400.

19 Demirbaş, a.g.e., s.424.

20 İzzet Özgenç, *Suçta İştirakin Hukuki Esası ve Faillik*, İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliğı Yayını, 1996, s.199; Yıldız, a.g.y., s.236.

maksızın suç işleyen kişi kusurlu eyleminden dolayı sorumlu tutulacaktır. Nitekim dolaylı faillik konusunda 765 sayılı TCK'da bir düzenleme bulunmazken 5237 sayılı YTCK'nın 37. maddesinin 2. fıkrasında bu durum açık bir biçimde düzenlenmiştir.

Sonuç olarak dolaylı faillikte, yukarıda aktarıldığı şekilde başkasını suç işlemeye sevk eden kişi, kendisi suç işlemiş gibi araç şahsın eyleminden dolayı sorumlu tutulmaktadır.

IV. Kuramsal Açından Suç Ortaklığı

A. Suç Ortaklığının Konusu

Yukarıda aktarılan tek faili suçlar ve çok faili suçlar grupları dışında kalan suç tipleri de zorunluluk arz etmese de birden çok kişiyle birlikte işlenebilmektedir. Ceza yasalarının özel kısımlarında suç tipleri düzenlenirken ayrıksı durumlar dışında bunların bir kişi tarafından gerçekleştirilmeleri göz önünde bulundurulmaktadır. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere bu suç tipleri de genellikle bir kişi tarafından değil birden çok kişinin birlikte hareket etmeleri ya da çeşitli şekillerdeki katkılarıyla gerçekleştirilmektedir²¹. Bu durumda suç olarak tanımlanan eylemin oluşumunda katkıda bulunan suç ortaklarının hepsinin belirli ölçülerde de olsa eyleme olan katkılarından dolayı sorumlulukları bulunmaktadır²².

İşte suç ortaklığına ilişkin kurallar ile bir kişinin işleyebileceği bir suçun birden fazla kişinin katılarak işlenmesi halinde suça katılan bu kişilerin sorumlulukları düzenlenmektedir²³.

B. Suç Ortaklığının Hukuksal Esası

Suç ortaklığının (suça iştirakin) konusunu, suç olarak tanımlanan haksız eyleme katılan kişilerin bu eylemden dolayı sorumluluk statülerinin belirlenmesi olduğu²⁴ yukarıda belirtilmişti.

21 Demirbaş, a.g.e., s.411.

22 Faruk Erem/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk, *Ceza Hukuku Genel Hükmümler*, Tümüyle Gözden Geçirilmiş Ondördüncü Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997, s.357; İçel vd., a.g.e., s.369.

23 Ayhan Önder, *Ceza Hukuku Dersleri*, İstanbul, Filiz Kitapevi, 1992, s.414; Demirbaş, a.g.e., s.411.

24 İçel vd., a.g.e., s.369; Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.369; Önder, a.g.e., s.414.

Bu suç ortaklarının bir suçun oluşuma yönelik katkıları birbirinden farklı şekillerde olabilmektedir. Bu katkılardan bazısı suçun oluşumu için olmazsa olmaz özellik gösterirken bazı katkılar da suçun oluşumunu kolaylaştırabilmekte ya da failin suç işleme yönündeki kararlılığını arttırabilmektedir. Söz konusu bu katkıların, katkıda bulunanların sorumluluklarının derecesinin belirlenmesi açısından bir değerlendirmeye tabi tutulması gerekmektedir; bu değerlendirme sonucunda ise suç ortaklığı şekilleri ortaya çıkmaktadır.

Türk ceza hukuku öğretisinde suç ortaklığı konusunda iki farklı görüşten hareketle konu açıklanmaya çalışılmıştır. Bazı yazarlar suça iştirak açısından klasik görüş olan asli fail-fer'i fail ayırımından hareketle konuyu açıklarken²⁵ son yıllarda bu konuyu işleyen ve özellikle Alman öğretisinin etkisinde kalan yazarlar bu konuda ikili ayırımın terk edilip "fail ve şerik" şeklinde iki ana ayırım olduğunu ve suça sağlanan katkının bu iki kavram üzerinden tartışılması gerektiğini ileri sürmektedirler²⁶. Uygulama açısından ise 765 sayılı TCK'da kabul edilen "asli iştirak-fer'i iştirak" ayırımına göre hareket edilmiş ve suça iştirak açıklanmıştır. Ancak 5237 sayılı YTCK'da yer alan suç ortaklığına ilişkin düzenlemelerde bu ikili ayırım terk edilerek suça katılanlar yalnızca fail ve şerik olarak Alman hukukunda olduğu şekilde bir ayırma tabi tutularak düzenlenmiştir.

1. Fail

Ceza yasasında belirli şekildeki eylemler suç olarak düzenlenirken, bu eylemleri gerçekleştiren kişi muhatap, yani suçun faili olarak belirtilmektedir. Öğretide fail, "davranış normunun asli muhatabı, suç tarifine uygun vakıaların, ceza hukukun ana figürü" olarak tanımlanmaktadır. Kısaca fail, yasada suç olarak tanımlanan haksız eylemi gerçekleştiren²⁷ suçun oluşmasına sebep olan asıl eylemi gerçekleştiren²⁸, suçun

25 Sulhi Dönmezer/Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, Yeniden Gözden Geçirilmiş Onbirinci Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1997 s.464; Erem/Da-nışman/Artuk, a.g.e., s.361, 362; Önder, a.g.e., s.434 vd.

26 Özgenç, a.g.e., s.139 vd.; İçel vd., a.g.e., s.370.

27 Özgenç, a.g.e., s.139.

28 John Kaplan/Robert Weisberg, Criminal Law Cases and Materials, Canada, Little, Brown & Company (Canada) Limited, 1986, s.577.

gerçekleşmesi açısından “olmazsa olmaz” nitelikteki hareketi yapan²⁹ kişidir.

Fail kavramı da kendi içinde üç farklı türde olabilmektedir. Buna göre yasada tanımlı asıl eylemin, fail tarafından tek başına gerçekleştirilmesi durumunda “doğrudan veya bağımsız faillik”, bu eylemin bir aracı kullanılarak gerçekleştirilmesi durumunda “dolaylı faillik”, eylemin birden çok suç ortağı ile birlikte gerçekleştirilmesi durumunda ise “ortaklaşa faillik” söz konusu olmaktadır³⁰.

Fail olmayı belirleyen ölçütler konusunda özellikle Alman ceza hukuku öğretisinde çeşitli görüşler ortaya çıkmıştır. Bunlara örnek olarak “nedensellik bağıını esas alan görüş”, “fail kavramını dar ve geniş olarak yorumlayan görüş”, “cezanın faile göre belirlenmesini esas alan (subjektif) görüş” ve “eylem hakimiyetini ölçütünü esas alan görüş” verilebilir. Bugün için Alman öğretisinde “eylem hakimiyetini ölçütünü esas alan” kuramının suç ortaklığının hukuksal esasını açıklayan görüşler arasında büyük bir çoğunluk tarafından kabul edildiği belirtilmektedir³¹. Bu çalışmanın boyutları içerisinde tüm bu görüşlerin aktarılması olanağı yoktur; ancak YTCK’da da kabul edilen görüş olduğu için “eylem hakimiyeti” ilkesine aşağıda kısaca değinilecektir.

2. Şerik

Suçun yasal tanımında bulunan eylemi tek başına tamamen gerçekleştirilmeyen ancak bu eylemin gerçekleştirilmesine bir şekilde katkı sağlayan kişi şerik olarak tanımlanmaktadır³².

Buna göre yasada şerikliğe ilişkin olarak bulunan genel hükümler sorumluluk alanını genişletmektedir³³. Bir başka deyişle, şerikliğe ilişkin kurallar, asıl suçu düzenleyen maddeyi failden başkasına da genişleten kurallardır. Bu bakımdan şerikliğe ilişkin kurallar tamamlayıcı niteliktedir,

29 Michael J. Allen, *Textbook on Criminal Law*, London, Blackstone Press Limited, 1999, s.190.

30 İçel vd., a.g.e., s.370.

31 Bu konuda geniş açıklama için bkz: Özgenç, a.g.e., s.41-126.

32 İçel vd., a.g.e., s.370; Özgenç, a.g.e., s.141.

33 İçel vd., a.g.e., s.370.

bunun doğal sonucu olarak da şerikliğe ilişkin kuralların ceza yasasında yer almaması durumunda suça katkı sağlayan ancak fail olarak değerlendirilemeyen kişilerin suçtan sorumlu tutulmaları ve cezalandırılmaları mümkün olmayacaktır³⁴.

Şeriklik de faillik gibi kendi içinde türlere ayrılmaktadır. Buna göre azmettirme ve yardımda bulunma şerikliğinin iki türüdür³⁵. Bu konudaki ayrıntılı açıklama aşağıda YTCK'nın getirdiği sistem incelenirken verilecektir.

Şeriklik konusunda belirtilmesi gereken son konu ise "bağlılık ilkesidir." Bu ilkenin bulunmasının sebebi ise; şerik açısından, failliğin oluşması için gerekli koşulların bulunmadığı durumlarda bu koşulların yerini alması ve böylelikle şerikin suçtan sorumlu tutulabilmesinin sağlanmasıdır³⁶. Bu konu da aşağıda daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

C. Suç Ortaklığında Sorumluluğun Belirlenmesindeki Sistemler

Suç ortaklığıyla işlenen suçlarda suça katılanların sorumluluklarının belirlenmesi ve cezalandırılması konusunda üç sistem bulunmaktadır. Bunlar; eşitlik sistemi, ikilik sistemi ve cezanın faile göre belirlenmesi sistemidir.

1. Eşitlik Sistemi

Bu sisteme göre suçu ortaya çıkaran koşullar arasında bir ayrım yapılamaz, dolayısıyla amaçlanan neticenin gerçekleşmesi sonucu oluşan suç da parçalara ayrılamaz. O halde bir suçun ortaya çıkmasında katkı sağlayan kişilerin suçun oluşumuna sağladıkları katkılar da bölünüp tek başına cezalandırılmaz³⁷. Buna göre bir suçun oluşumuna katkı sağlayan kişiler "suçu beraber işleme konusunda bir kader birliği yaptıkları"³⁸, dola-

34 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.448; Demirbaş, a.g.e., s.412.

35 İçel vd., a.g.e., s.370.

36 İçel vd., a.g.e., s.371.

37 Demirbaş, a.g.e., s.413.

38 Serap Keskin, "Suç Ortaklığı (Suça İştirak)", *Ceza Hukuku Günleri: 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler (26-27 Mart 1997-İstanbul)*, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1998, s.228; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.806; Demirbaş, a.g.e., s.413; Dönmezer/Erman, a.g.e., s.453-455; Önder, a.g.e., s.415, 416.

yısıyla başkasının suçunu kendilerine mal ettikleri için, katkıları ne olursa olsun suçun tam cezasıyla cezalandırılırlar³⁹. Bu sistemde fail ve şerik şeklinde ayırım yapılmayarak suça katılan herkese aynı şekilde ceza verildiği için bu sisteme “objektif suç birliği” de denilmektedir⁴⁰.

Bu sistemi savunanlar da kendi içinde çeşitli görüşleri savunmakta ancak sonuçta suça katılan herkesin aynı ceza ile cezalandırılması konusunda görüş birliğine varmaktadırlar⁴¹. Ancak bu sistem çok katı olduğu için eleştirilmiş ve uygulamada yargıca takdir yetkisi tanınarak suç ortaklarının suçun gerçekleşmesine olan katkılarına göre cezayı arttırması ya da hafifletmesi olanağı tanınmıştır.

Bu sistemin suç ortaklığının düzenlenmesi konusunda benimsendiği yasalara örnek olarak Yeni Fransız Ceza Kanunu ve Kanada Ceza Kanunu verilebilir⁴².

2. İkilik Sistemi

Bu sistem “klasik sistem” olarak da adlandırılmaktadır. Buna göre, suça katılanların suçun oluşumundaki rollerine göre ikili bir ayırım yapmakta ve suçun işlenmesi açısından etkin olan, asli nitelikte hareket yapanlara suçun tam cezası verilmekte ve bunlara “asli fail” denilmektedir. Diğer yandan suçun oluşumunda asli nitelikteki hareketlerle katkıda bulunmayıp suçun oluşumuna yardımcı nitelikte hareketler yapanlara suçun tam cezasına göre daha az ceza verilmekte ve bunlara “fer’i fail” denilmektedir⁴³.

Asli fail ile fer’i failin hangi ölçüte göre ayrılacağı konusunda da farklı görüşler ortaya çıkmıştır. Buna göre; öznel bir temelden hareket edenlere göre, suç oluşturan eylemi kendi eylemi olarak benimseyenler asli fail, başkasının eylemine katılan bu eylemi başkasının olarak görenler ise

39 Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.359.

40 Demirbaş, a.g.e., s.413.

41 Bu görüşler için bkz: Dönmezer/Erman, a.g.e., s.453-455; Keskin, a.g.y., s.227, 228.

42 Keskin, a.g.y., s.228, 229.

43 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.456; Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.359; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.806; Demirbaş, a.g.e., s.413, 414; Keskin, a.g.y., s.229.

fer'i fail olarak değerlendirilecektir. Nesnel bir temelden hareket edenlere göre ise, yasal tanımda yer alan tipe uygun hareketi yapanlar asli fail, bu hareket dışında katkı sağlayanlar ise fer'i fail olarak değerlendirilecektir⁴⁴.

Bu sistemi kabul eden yasalara örnek olarak 1889 tarihli İtalyan Ceza Kanunu ve 765 sayılı TCK verilebilir. Ayrıca Anglo-Sakson hukuk sisteminde de köklerini geleneksel İngiliz Hukuk Sisteminin örf ve adetleri ile bu adetlere ilişkin içtihatlardan alarak gelişen ikili sistem kabul edilmektedir. İngiltere'de ve Amerika Birleşik Devletleri'nin pek çok eyaletinde suç ortaklığı konusunda ikili sistem uygulanmaktadır⁴⁵.

3. Cezanın Faile Göre Belirlenmesi Sistemi

Cezanın faile göre tayini sistemine öğretide "sübjektif sistem" de denilmektedir⁴⁶. Bu sistemin belirleyici unsuru "herkese kendi kötülüğünün yoğunluğuna göre ceza" verilmesinin gerektiğidir⁴⁷. Bu sistemde de asli fail – fer'i fail ayrımı bulunmaktadır; ancak ceza verilirken suça katılanların kişilikleri, ruhsal durumları ve suç öncesi yaşayışları da cezanın belirlenmesinde etkili olmalı ve bu konuda yargıca takdir yetkisi tanınmalıdır⁴⁸. Ancak kişinin suç öncesi yaşamının cezanın belirlenmesi açısından incelenmesine 2. Dünya Savaşı'ndan sonra oluşturulan modern ceza yasalarında yer verilmemiştir. Ancak yine de bu görüşü savunan pozitivist yazarlarca failin kişiliğini meydana çıkaracak araştırmalara ve özellikle saiklerin incelenmesine yer verilmesinin ve her failin kişiliğine uygun gelecek ceza ile cezalandırılmasının gerektiğinin savunulduğu belirtilmektedir⁴⁹.

Cezanın faile göre belirlenmesi sisteminin geçerli olduğu yasalara örnek olarak ise İtalya ve İsviçre ceza yasaları gösterilebilir. Ayrıca Almanya ve Avusturya ceza yasaları bu sistemin etkisinde kalarak düzenlenmiş

44 Keskin, a.g.y., s.229.

45 Kaplan/Weisberg, a.g.e., s.577; Allen, a.g.e., s.190.

46 Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.359; Önder, a.g.e., s.417, 418.

47 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.460; Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.359; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.806; Demirbaş, a.g.e., s.414; Keskin, a.g.y., s.229.

48 Keskin, a.g.y., s.230.

49 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.463.

ancak birkaç noktada bu sistemden ayrılmışlardır⁵⁰. Ancak belirtmelidir ki bu yasaların sistemine göre faile kötülüğü oranında ceza verilmekle beraber, ceza miktarı belirlenirken faillerin geçmiş yaşantısı ve alışkanlıkları dikkate alınmamakta, suç eylemle sınırlı bir inceleme yapılmaktadır.

D. Suç Ortaklığının Şartları

Aşağıda açıklanacak olan suç ortaklığı durumlarının gerçekleşebilmesi için bazı şartların varlığı gerekmektedir. Söz konusu şartlar hem 765 sayılı TCK'da hem de 5237 sayılı YTCK'da düzenlenen suç ortaklığına ilişkin kuralların uygulanması açısından geçerlidir, zaten söz konusu şartlar bu kuralların yorumlanmasıyla çıkartılmaktadır⁵¹. Bunlar; suça katılanların birden fazla olması, hareketlerin nedensellik değeri taşıması, suça katılma iradesinin bulunması ve suç ortaklığında eylemin en azından teşebbüs aşamasına gelmiş olmasıdır.

1. Suça Katılanların Birden Fazla Olması

Suç ortaklığından söz edilebilmesi için öncelikle birden fazla kişinin suça katılması gerekmektedir. Ancak suça katılan bu kişiler yukarıda açıklanan çok faili suçlardaki suçun oluşumu için gerekli olan faillerden olmamalıdır. Bunun dışında çok faili suçlar açısından suç ortaklığının söz konusu olabileceği yukarıda da belirtilmiştir⁵².

Ayrıca şerik açısından sorumluluğun söz konusu olabilmesi için bir harekette bulunulması gerekir, çünkü hareket olmaksızın sorumluluk da söz konusu olmayacaktır. Bu hareket çeşitli şekillerde olabilir. Söz konusu hareketler olumlu ya da olumsuz şekilde olabileceği gibi maddi ya da manevi şekilde de olabilir⁵³.

50 Keskin, a.g.y., s.230-231; Demirbaş, a.g.e., s.414.

51 Ancak bunların açıklanması bu çalışmanın sınırlarını aşacağı için kurallar başlıklar halinde birer paragraf olarak açıklanacaktır; atıf yapılan kaynaklarda bu şartların ayrıntılı açıklaması bulunmaktadır.

52 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.466.

53 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.468.

2. Hareketlerin Nedensellik Bağı Taşınması

Suç ortaklığının söz konusu olabilmesi için gerekli olan ikinci koşul, suça iştirak edenin maddi veya manevi nitelikteki hareketinin suçu oluşturan asıl eylemin gerçekleşmesi açısından bir nedensellik bağı içinde olmasıdır. Suç ortağının katkısı olmadan netice meydana gelmeyecekti ya da netice gerçekleşen şekilde meydana gelmeyecekti denebiliyorsa suç ortağının yaptığı hareketin suç tipinin gerçekleşmesi açısından nedensellik bağı taşıdığı söylenebilecektir⁵⁴.

Ayrıca bir hareketin nedensellik bağı taşıyıp taşımadığı ve bunun suç ortaklığına ilişkin kurallara uygulama olanağı verip vermediği her somut olay açısından araştırılacaktır. Bu yapılırken, suç ortaklarının birbirini tanımak zorunda olmadıkları, suçun oluşumuna sağlanan katkının maddi ya da manevi nitelikte olabileceği ve suç ortaklığına ilişkin irade ile sağlanan katkının birlikte bulunması gerekliliği de göz önünde bulundurulacaktır⁵⁵.

3. Suça Katılma İradesinin Bulunması

Suç ortaklığına ilişkin kuralların uygulanabilmesi için gerekli olan üçüncü şart ise suç ortaklarında suça katılma iradesinin bulunmasıdır. Suça katkı sağlayan hareketin nedensellik bağı taşınmasının yanı sıra bunu yapan kişinin suça katkı sağlama iradesinin de bulunması şarttır. Buradan çıkan sonuç, suç ortağının suça katılma şeklindeki hareketini kasten yani bilerek ve isteyerek yapmasının gerekli olduğudur. Suç ortağı hem katkı sağladığı hareketi hem de failin işlemeyi kastettiği suça olan katkısını bilecek ve bunu isteyecektir.⁵⁶

Bu başlık altında değinilmesi gereken önemli bir konu da taksirli suçlarda suç ortaklığının olanaklı olup olmadığıdır. Öncelikle belirtilmelidir ki kasten işlenen bir suça taksirli bir hareketle iştirak edilmesi mümkün değildir; çünkü yukarıda da belirtildiği gibi suç ortağı katkı sağlayan hareketini kasıtlı yapmalıdır. Taksirli suça kasten iştirak edilmesi halinde ise artık suç ortaklığı değil faillik söz konusu olmaktadır. Aynı şekilde tak-

54 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.465, Önder, a.g.e., s.420.

55 Önder, a.g.e., s.420.

56 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.483; Önder, a.g.e., s.425.

sirli suçta taksirle iştirak halinde de suç ortaklığı değil faillik söz konusu olmaktadır⁵⁷.

4. Bütün Failler Bakımından Aynı Olan Suçun En Azından Teşebbüs Aşamasına Gelmiş Olması (Bağlılık Kuralı)

Suç ortaklığının gerçekleşebilmesi için gerekli olan dördüncü ve son koşul ise bağlılık kuralının varlığı ve yasal tanımdaki eylemin en azından teşebbüs derecesine gelmiş olmasının gerekliliğidir. Henüz hazırlık hareketi derecesinde olan ve suçta teşebbüs derecesine gelmeyen hareketlerden dolayı suç ortaklığından söz edilmesi mümkün değildir⁵⁸. Bu aşağıda ayrıntılı olarak işlenecek bağlılık kuralının doğal sonucudur.

Söz konusu bağlılık kuralı hem 765 sayılı TCK hem de 5237 sayılı YTKK açısından geçerli olduğu için her iki yasa uygulamasında da bu kuralının bulunmaması ve teşebbüs aşamasına gelmemiş bir suçtan dolayı suç ortaklığının gerçekleşmesi mümkün olmamaktadır.

V. 765 sayılı TCK'da Suç Ortaklığının Düzenlenişi

765 sayılı TCK'da ikili sistem benimsenerek asli ve fer'i iştirak ayrımı yapılmıştır. Buna göre failliğin karşılığı olarak TCK m. 64'de asli iştirak, şerikliğin karşılığı olarak ise TCK m. 65'de fer'i iştirak düzenlenmiştir. Her iki suç ortaklığı türü de kendi içinde maddi iştirak ve manevi iştirak olarak ikiye bölünmüştür. Asli iştirak şekillerinde faillere suçta karşılık gelen tam ceza verilirken, fer'i iştirak şekillerinde faillere cezanın indirilerek verilmesi öngörülmüştür⁵⁹.

57 Önder, a.g.e., s.422, 423.

Dönmezer/Erman, taksirli suçlara iştirakin prensip olarak mümkün olduğunu belirtmekle beraber bunun taksirli suçlara iştiraktan çok, taksirli suçları birlikte işlemek olarak değerlendirilmesinin daha yerinde olduğunu ifade etmekte ve taksirli suçlara iştirakin kabul edilmesi için her türlü tereddüt ve kuramsal tartışmaya son vermek için bunun yasada açık bir biçimde düzenlenmesinin gerekli olduğunu belirtmektedirler. Dönmezer/Erman, a.g.e., s.496.

58 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.478; Önder, a.g.e., s.421.

59 İçel vd., a.g.e., s.371; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.807.

A. Asli İştirak

765 sayılı TCK'nın sisteminde asli iştirak de kendi arasında ikiye ayrılmıştır. Bunlardan birisi asli maddi iştirak diğeri ise asli manevi iştiraktır. Asli maddi iştirakte suçu oluşturan eylemi işleyen, hareketi yapan kişi; asli manevi iştirakte ise azmettirme düzenlenmiştir.

1. Asli Maddi İştirak

Asli maddi iştirak yani faillik, TCK'nın 64. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenmiştir; buna göre "fiili irtikap edenler" ve "fiili doğrudan doğruya beraber işleyenler" asli maddi fail olarak suçun öngördüğü tam ceza ile cezalandırılacaklardır. Fiili irtikap eden kavramıyla kastedilen, suç tipinde tanımlı hareketi doğrudan doğruya yapan kişidir. Buna göre adam öldürme suçunda silahın tetiğini çeken, müessir fiilde yumruk atan fiili irtikap eden kişidir. Fiili irtikap edenlerin birden fazla olması durumu mümkündür (ortaklaşa faillik); iki kişinin aynı ormanı farklı yerlerde ateşe vermeleri gibi⁶⁰.

"Fiili doğrudan doğruya beraber işlemek" ifadesiyle ise yasal tanım da suçun oluşumu için belirtilen hareketin doğrudan yapılmamasına rağmen, kişinin yaptığı hareketin suçun oluşumu için gerekli hareketle aynı zamanda olması ve yaptığı hareketin suçun oluşumu için çok önemli olması durumu kastedilmektedir⁶¹. Öğretide bunun aslında bir fer'i iştirak durumu olduğu ancak suça bu şekilde yapılan katkının suçun oluşumundaki önemi göz önünde bulundurularak asli iştirak şeklinde değerlendirildiği belirtilmektedir⁶².

Bu iştirak türüne örnek olarak müessir fiilde kişinin, kavga eden arkadaşının hasmının kollarını tutarak arkadaşının hasmını bıçaklanmasına olanak yaratması ya da tecavüz suçunda kişinin mağdurenin kollarını tutarak failin cinsel birleşmeyi sağlamasına olanak yaratması ya da hırsızlık suçunda kişinin para kasasını açması ancak içindeki para ve mücevherleri almaması gösterilebilir.

60 Bahri Öztürk/Mustafa Ruhan Erdem/Veli Özer Özbek, *Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku*, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2001, s.269, 270.

61 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.520; Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.391; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.821; Demirbaş, a.g.e., s.431.

62 Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.821; Demirbaş, a.g.e., s.431.

2. Asli Manevi İştirak

Asli manevi iştirak ise TCK'nın 64. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiştir. Bununla kastedilen "azmettirmedir", maddede azmettirenlere de suçun tam cezasının verileceği belirtilmiştir. Azmettirmede, kafasında suç işleme yönünde hiçbir düşünce olmayan asli maddi faile, suç işleme kararı aldırılmaktadır⁶³.

Azmettirmenin, fer'i manevi iştirak şekilleriyle arasındaki en önemli fark azmettirmede asli maddi failin aklında suç işlemeye yönelik bir düşüncenin önceden olmamasıdır. Oysaki fer'i manevi iştirakte, asli maddi failde zaten önceden oluşmuş bir suç işleme düşüncesi bulunmakta ancak bu düşünce fer'i manevi fail tarafından kuvvetlendirilmektedir.

Azmettirmenin düzenlendiği TCK'nın 64. maddesinin 2. fıkrasında "ancak fiili icra edenin onu işlemekte şahsi bir menfaati olduğu sabit olursa azmettiren şahsın cezası ölüm yerine 24 sene, müebbet ağır hapis yerine 20 sene ağır hapistir; sair cezaların altında biri indirilir." denilmek suretiyle, asli maddi failin işlediği suçta kişisel bir çıkarı olması durumu asli manevi fail için bir hafifletici neden olarak öngörülmüştür. Bunun nedeni azmettirenin yönlendirmelerinin tek başına suçun işlenmesinde etkili olmadığı düşüncesidir⁶⁴.

B. Fer'i İştirak

765 sayılı TCK'nın sisteminde fer'i iştirak de kendi arasında üçe ayrılmıştır. Bunlar, fer'i maddi iştirak, fer'i manevi iştirak ve zorunlu fer'i iştiraktır. Fer'i maddi iştirakte suça katılanın maddi hareketlerle yardımda bulunması düzenlenmişken, fer'i manevi iştirakte suça katılanın manevi açıdan destek olması durumu düzenlenmiştir.

1. Fer'i Maddi İştirak

Fer'i maddi iştirak, TCK'nın 65. maddesinin 2. ve 3. fıkralarında düzenlenmiştir. Bu iştirak türü iki şekilde tanımlanmıştır, buna göre "fiilin işlenmesine yarayacak iş ve vasıtaları tedarik edenler" ve "suçun işlenmesinden evvel veya işlendiği sırada müzaheret ve muavenetle icrasını kolay-

63 Demirbaş, a.g.e., s.432.

64 Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.397; Artuk/Gökçen/Yenidünya, a.g.e., s.823.

laştırırlar” asli fer’i fail olarak değerdendirilecek ve suçun öngördüğü tam cezadan 3. fıkradaki düzenlemeye göre daha az ceza ile cezalandırılacaklardır.

Fiilin işlenmesinde kullanılacak iş ve vasıta temininin suçun işlenmesinden önce yapılması gerekir. Örneğin silahın temin edilmesi ya da failin olay yerine ulaştırılması gerekir. Bu hareketin suçun icrai hareketleriyle hem zamanlı olduğu durumda, ya doğrudan doğruya beraber işlemek şeklindeki asli maddi iştirak ya da müzaheret ve muavenette bulunmak şeklinde fer’i maddi iştirak türü oluşacaktır⁶⁵. Ayrıca söz konusu işin veya vasıtanın, suçun işlenmesine elverişli olması ve suçun gerçekleştirilmesinde kullanılması gerekir. Aksi durumda fer’i maddi faillik söz konusu olmaz⁶⁶.

Müzaheret ve muavenetle eylemi kolaylaştırmakla kastedilen ise faile yardım (müzaheret) ve eyleme yardımdır (muavenet)⁶⁷. Suçun işlenmesini kolaylaştıran her türlü yardım buraya dahildir. Bu yardım suçun gerçekleştirilmesinden önce yapılabileceği gibi suç işlendiği esnada da yapılabilir⁶⁸. Ancak suçun işlenmesinden önce yapılan muavenet ve müzaheret icrai hareket niteliğinde ise artık bu durum hazırlık hareketleri kapsamında olacağından asli iştirak durumu söz konusu olur. Bunun ayrımı her somut olayda yargıç tarafından yapılacaktır⁶⁹. Banka güvenlik görevlisinin bankanın soyulması için kapısını açık bırakıp gitmesi ya da banka kasasına ne zaman para getirildiğinin soygunculara bildirilmesi bu duruma örnek olarak gösterilebilir.

2. Fer’i Manevi İştirak

Fer’i manevi iştirak ise TCK’nın 65. maddesinin 1. ve 2. fıkralarında düzenlenmiştir. Buna göre “suç işlemeğe teşvik”, “suçu irtikap kararını takviye etmek”, “fiil işlendikten sonra müzaheret ve muavenette bulunacağını vaat etmek” ve “suçun ne suretle işleneceğine müteallik talimat vermek” fer’i manevi iştirak hallerini oluşturmaktadır.

Yasada fer’i manevi iştirakin şekilleri olarak gösterilen “suç işleme-

65 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.529.

66 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.529; Demirbaş, a.g.e., s.432.

67 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.530.

68 Demirbaş, a.g.e., s.433.

69 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.530.

ğe teşvik” ile suç işleme düşüncesi olan ancak bu konuda henüz karar vermemiş olan failin suç işleme yönünde karar vermesinin sağlanması belirtilmektedir. “Suçu irtikap kararını takviye etme”, suç işlemeye karar vermiş failin suçun maddi unsurunu oluşturan hareketleri gerçekleştirmesi yönünde teşvik edilmesi anlamındadır. “Fiil işlendikten sonra müzaheret ve muavenette bulunmak” ile suçu işlenmeden önce faile suçu gerçekleştirmesi halinde yardım edileceği yönünde söz veriminde bulunulması kastedilmektedir. “Talimat vermek” ise suçu oluşturan icra hareketlerine başlanmadan önce faile yol göstermek, suçun işleniş biçimini açıklamak anlamındadır⁷⁰.

3. Zorunlu Fer’i İştirak

Bir kişinin suçun işlenişine yukarıda açıklanan fer’i iştirak hallerinden biriyle katılması ancak bu katkı olmaksızın suçun gerçekleşmesinin mümkün olmaması hali TCK’nın 65. maddesinin 2. fıkrasının son cümlesinde düzenlenmiştir. Öğretide bu duruma “zorunlu fer’i iştirak” denilmektedir. Yasanın düzenlemesi gereğince bu halde kişinin eylemi fer’i iştirak derecesinde olmasına rağmen suçun oluşumuna katkısının derecesi nedeniyle cezası asli iştirak durumundaki gibi indirim yapılmaksızın suç için öngörülen tam ceza şeklinde verilecektir⁷¹.

Buna örnek olarak kavga eden iki kişiden birine yanında bulunan arkadaşının belinden çıkardığı tabancayı vermesi ve tabancayı alanın da bunu ateşleyerek kavgaya karışan diğer kişiyi öldürmesi verilebilir. Burada görüldüğü gibi zorunlu fer’i failin tabancayı vermemesi durumunda adam öldürme suçunun gerçekleşmesi mümkün değildir.

C. Cezayı Etkileyen Nedenlerin Suç Ortaklarına Etkisi

Suç ortaklığı konusunda birçok görüşün ortaya atıldığı ve çeşitli tartışmaların yapıldığı önemli bir konu da cezayı etkileyen nedenlerin suç ortaklarına etkisi bir başka deyişle bu nedenlerin suç ortaklarına geçip geçmeyeceği (sirayeti) konusudur.

Cezayı etkileyen neden, suçun türünü (vasfını) değiştirmeyen, ancak suçun niteliğine etkili olan, suçun daha ağır ya da hafif sayılmasını

70 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.531, 532; Demirbaş, a.g.e., s.436.

71 Demirbaş, a.g.e., s.437.

da etkili olan ve suçun unsurları dışında kalan sebepler olarak tanımlanmaktadır⁷².

765 sayılı TCK, klasik ceza hukuku görüşünün etkisiyle düzenlendiği için bu yasada suçun unsurları dışında cezayı etkileyen nedenlere yer verilmiştir, dolayısıyla 765 sayılı TCK'da hem cezayı hafifleten nedenlere hem de cezayı ağırlatan nedenlere ilişkin maddeler bulunmaktadır⁷³. 765 sayılı TCK'da bazı suç tipleri açısından bunların düzenlendikleri maddelerde cezayı kaldıran ve hafifleten nedenlerin belirtilmesine karşın bunların suç ortaklarına etkisi bakımından genel bir düzenleme bulunmamaktadır. Ancak cezayı ağırlatan nedenlerin suç ortaklarına etkisi açısından 66. ve 67. maddelerde genel düzenlemelere yer verilmektedir⁷⁴. Aşağıda kısaca bu nedenler açıklanacaktır.

1. Cezayı Etkileyen Kişisel Nedenler

Cezayı etkileyen kişisel nedenler, cezayı hafifletici kişisel nedenler ve cezayı ağırlatıcı kişisel nedenler olarak ikiye ayrılmaktadır.

a. Cezayı Hafifleten Kişisel Nedenler

Cezayı hafifleten kişisel nedenler suç ortaklarının cezasını etkilemez. Bunlar yalnızca kendilerinde kişisel hafifletici neden bulunan suç ortağı açısından etkili olurlar (örneğin TCK m.285/2 ve TCK m.523'te olduğu gibi); dolayısıyla 765 sayılı TCK'da bu konu hakkında genel bir düzenleme bulunmamaktadır⁷⁵.

b. Cezayı Ağırlatan Kişisel Nedenler

Cezayı ağırlatan kişisel nedenlerin suç ortaklarına etkisi TCK'nın 66. maddesinde açık bir biçimde düzenlenmiştir. Buna göre kişisel nitelikteki ağırlatıcı nedenlerin suça katılanlar tarafından bilinmesi halinde ağır-

72 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.512.

73 İçel vd., a.g.e., s.407.

74 Önder, a.g.e., s.444.

75 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.514; Önder, a.g.e., s.444; Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.409.

latıcı neden bunu bilenlere de uygulanacaktır⁷⁶. Söz konusu bilme şartı, şeriklerin suç ortaklığına ilişkin iradelerini açıkladıkları veya bu irade ile hareket ettikleri zaman gerçekleştirmiş olmalıdır⁷⁷. Ayrıca kişisel ağırlatıcı nedenin asli veya fer'i failde bulunması açısından yasadaki bir ayırım yapılmamıştır; her iki durumda da söz konusu ağırlatıcı neden bunu bilen suç ortaklarına uygulanacaktır⁷⁸.

Kişisel ağırlatıcı nedenlerin diğer suç ortaklarını da etkilemesinin kabul edilmesi öğretide eleştirilere uğramıştır. Bu konuda bazı yazarlar, yalnızca asli failde bulunan kişisel ağırlatıcı nedenlerin diğer suç ortaklarını da etkilemesi gerektiği, fer'i failde bulunan kişisel ağırlatıcı nedenin diğer suç ortaklarına etkide bulunmasının yerinde olmadığı karşılaştırmalı hukuktan örnekler verilerek eleştirildiği gibi TCK'nın bu konuda yalnızca bilme şartıyla yetinmesinin de eksik olduğu kaynak yasadaki olduğu gibi bunun suçun işlenişini kolaylaştırmasının aranmamasının düzenlemeyi daha da düşündürücü bir hale getirdiği belirtilmektedir⁷⁹. Yine bazı yazarlar yalnızca bilme şartıyla yetinilmesinin eksik olduğunu bunun yanı sıra suçun işlenişini kolaylaştırma şartının da aranması gerektiğini belirtmektedirler⁸⁰. Bazı yazarlar ise bu düzenlemenin suç genel teorisinin suç ortaklığına ilişkin ilke açısından yanlış olduğunu ve bu nedenle, yasadaki çıkarılması gerektiğini belirtmektedirler⁸¹.

Gerçekten de kişisel ağırlatıcı nedenlerin diğer suç ortaklarına etkide bulunması adaletli bir düzenleme olarak görülmemektedir. Adı üstünde kişisel nedenler geçerli olduğu fail açısından etkili olmalıdır. Bir kişinin

76 İçel vd., a.g.e., s.408; Dönmezer/Erman, a.g.e., s.514; Önder, a.g.e., s.444.

77 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.535; Önder, a.g.e., s.444. İçel vd. ise bu bilmenin suça katılma anında bulunması gerektiği belirtilerek, Dönmezer/Erman'ın bu konuda daraltıcı yorum yaptığı ifade edilmiş ancak suça katılma anından neyin kastedildiği açıkça gösterilmemiş bir sonraki paragrafta suça katılma anının hareketin gerçekleştirildiği an olmayıp bu iradenin olduğu an olduğu belirtilmiştir. İçel vd., a.g.e., s.408 dn.121. Ancak belirtmelidir ki Dönmezer/Erman açıklamalarında "kişisel ağırlatıcı sebebin bulunduğu bilme, nedensellik değeri taşıyan hareketlerin yapılmasından önce ya da, hiç olmazsa, bu hareketler yapılırken mevcut bulunacaktır" ifadesini kullanarak bu konuda daraltıcı bir yorum yapmadıklarını göstermektedirler.

78 İçel vd., a.g.e., s.409; Dönmezer/Erman, a.g.e., s.536; Önder, a.g.e., s.444.

79 Önder, a.g.e., s.444, 445.

80 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.515.

81 İçel vd., a.g.e., s.409.

babasını öldürmesine yardım eden kişi “bir babayı öldürme” düşüncesiyle hareket etmemekte yalnızca “herhangi bir kişiyi öldürme” düşüncesiyle hareket etmektedir. Aynı şekilde fer’i fail açısından geçerli olan bir kişisel ağırlatıcı nedenin diğer suç ortaklarına geçmesi de aynı derecede gereksizdir⁸².

TCK’nın 66. maddesi gereğince cezayı ağırlatıcı kişisel nedenlerin diğer suç ortaklarını etkilemesi halinde, cezası arttırılarak verilen suç ortaklarının cezasında belirli oranda indirim yapılması da öngörülmüştür. Yani öncelikle cezayı ağırlatıcı kişisel neden dolayısıyla suç ortaklarının cezasında arttırım yapılacak sonra da 66. maddenin 2. fıkrası gereğince ağırlaştırılmış müebbet hapis ile müebbet hapiste indirim yapılacak diğer cezalar açısından ise indirim yapılması yargıcın takdir yetkisine bırakılacaktır.

2. Cezayı Etkileyen Eylemsel Nedenler

Cezayı etkileyen eylemsel durumlar da, cezayı hafifletici eylemsel durumlar ve cezayı ağırlatıcı eylemsel durumlar olarak ikiye ayrılmaktadır.

a. Cezayı Hafifleten Eylemsel Nedenler

Cezayı hafifleten eylemsel nedenler açısından öğretide farklı görüşler bulunmaktadır. Bazı yazarlar 765 sayılı TCK’da cezayı hafifleten eylemsel nedenler hakkında genel bir düzenleme bulunmadığı için bu durumun suç ortaklarının cezasını etkilemeyeceğini, bunların yalnızca kendilerinde eylemsel hafifletici neden bulunan suç ortağı açısından etkili olacağını belirtmektedirler⁸³. Bazı yazarlar ise cezayı hafifleten eylemsel nedenler açısından kuralın, bunların bütün suç ortaklarına etkide bulunması olduğu çünkü bu nedenlerin suçun maddi varlığını etkilediklerini belirtmektedirler⁸⁴. Yine bu ikinci görüşteki yazarlar TCK’da bu açıdan açık bir

82 Nitekim Dönmezer/Erman da bunun ikilik sistemin getirdiği bir sakınca olduğunu şu şekilde belirtmektedirler: “Esasen cezanın faile göre tayini sistemi kabul edildiğinde, sirayet problemi kendiliğinden ortadan kalkar ve kişisel ağırlatıcı sebepler her şerik için ayrı ayrı göz önünde tutulur. Fakat ikilik sistemi benimsenirken, suçun işlenmesinde hiçbir nedensellik değeri olmayan bir ağırlatıcı sebebi, sırf diğer şeriklerin bunu bildikleri düşüncesi ile, onlara da sirayet ettirmek doğru olmaz” Dönmezer/Erman, a.g.e., s.515.

83 Önder, a.g.e., s.444; Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.410.

84 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.517.

düzenleme bulunmamasına rağmen cezayı hafifletici eylemsel nedenlerin tüm suç ortaklarına etkide bulunmasının gerektiğini ancak bunun bir cezaya etkili nedenlerin suç ortaklarına etkisi konusu olup olmadığının tartışmalı olduğunu belirtmektedirler⁸⁵.

Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında varılan sonuç, TCK'da cezayı hafifleten eylemsel nedenler açısından bir düzenleme olmadığı için suç ve cezada yasallık prensibi gereği bunun yorumla uygulanmasına imkân olmadığı yönündedir⁸⁶. Bu nedenle cezayı hafifleten eylemsel nedenler yalnızca ilgili olduğu kişi açısından geçerli olacak suçta katılan diğer kişilerin cezasına etkide bulunmayacaktır.

b. Cezayı Ağırlatan Eylemsel Nedenler

Cezayı ağırlatan eylemsel nedenlerin suç ortaklarına etkisi de TCK'nın 67. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre bu nedenler yalnızca eylemin niteliğine ilişkin olabileceği gibi suçun vasfını değiştiren nedenler de olabilecektir⁸⁷.

Cezayı ağırlatan eylemsel nedenler genellikle suçun işlenme araçlarını ilgilendiren ve eylemin daha ağır bir duruma gelmesini sağlayan nedenlerdir. Örneğin kıyafet değiştirerek suç işlemek (TCK m.493/3, 497), suçun işlenmesinde hile ve cebir kullanmak (TCK m.175, 179, 495) suçun silahla işlenmesi (TCK m.457) gibi⁸⁸.

Eylemsel nitelikteki ağırlatıcı nedenlerin suçta katılanlar tarafından bilinmesi halinde ağırlatıcı neden bunu bilenlere de uygulanacaktır⁸⁹; dolayısıyla eylemsel ağırlatıcı nedenlerin suç ortaklarına da etkide bulunabilmesi için bu nedenin bilinmesi şarttır. Eylemsel nedenin diğer suç ortaklarına etkide bulunabilmesi için bu nedenin asli failde ya da fer'i failde bulunması açısından fark yoktur⁹⁰.

85 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.517 dn.328.

86 Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.410.

87 Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.414.

88 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.518; Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.414.

89 İçel vd., a.g.e., s.408; Dönmezer/Erman, a.g.e., s.514; Önder, a.g.e., s.444; Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.414.

90 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.537; Önder, a.g.e., s.445.

TCK'nın 67. maddesinde, kaynak yasanın karşılık maddesinden ve 66. maddeden farklı olarak bilmenin eylemin gerçekleştirildiği zamanda olması aranmaktadır. Bilme anına ilişkin bu düzenleme yerinde olarak öğretilerde eleştirilmektedir⁹¹.

V. 5237 sayılı YTCK'da Suç Ortaklığının Düzenlenişi

A. Öngörülen Sistem

Yukarıda suç ortaklığında sorumluluğun belirlenmesi konusundaki sistemlere işaret edilmiş ve bunlardan ikilik sisteminin 765 sayılı TCK tarafından benimsendiği aktarılmıştı.

5237 sayılı YTCK'da ise bu sistemden ve bunun ikili ayırımından vazgeçildiği yasa da suç ortaklığının düzenlendiği 37. maddenin gerekçesinde belirtilmiştir. Bunun nedeni olarak da “bu sistemin en önemli sakıncasının, kişinin suçun işlenişine katkısının, gerçekleştirilen suçun bütünlüğü içerisinde değil, ondan bağımsız olarak ele alınması” olduğu ve “asli iştirak”, “fer’î iştirak” ayırımının adil ve eşit olmayan bir cezalandırmayı sonuçlaması ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması” gösterilmiştir⁹². Ancak aşağıda yapılan ayrıntılı açıklamalarda görüleceği

91 İçel vd., a.g.e., s.409; Dönmezer/Erman, a.g.e., s.537; Önder, a.g.e., s.445.

92 YTCK'nın 37. maddesinde ikilik sistemden vazgeçilmesinin nedeni olarak şu gerekçeye yer verilmiştir:

“Bu sistemin en önemli sakıncası, kişinin suçun işlenişine katkısının, gerçekleştirilen suçun bütünlüğü içerisinde değil, ondan bağımsız olarak ele alınmasıdır. Örneğin bir işyerinde işlenen silâhlı yağma suçunda, dışarıda gözcülük yapan kişinin fiili yağma suçunun bütününden bağımsız olarak değerlendirilmektedir. Bu nedenle, gözcülük yapan uygulamada bazen “asli fail” bazen “fer’î fail” olarak sorumlu tutulmaktadır. Bu sistemde, suçun işlenişine iştirak eden kişilerin çoğu zaman “asli fail” olarak mı yoksa “fer’î fail” olarak mı sorumluluğu gerektirdiği duraksamaya yer vermeyecek bir biçimde saptanamamaktadır. Halbuki, örnek olayda gözcülük yapma fiilinin diğer kişilerle birlikte işlenen yağma suçunun gerçekleşmesine olan etkisi bir bütün olarak değerlendirildiğinde; gözcülük yapan kişinin de diğer suç ortaklarıyla birlikte suçun işlenişinde ortak hâkimiyet kurduğu sonucuna ulaşılır. Bu durumda ise gözcülük yapan kişinin de fail olarak sorumlu tutulması gerekir.

Hükümet Tasarısında da benimsenen “asli iştirak”, “fer’î iştirak” ayırımının adil ve eşit olmayan bir cezalandırmayı sonuçlaması ve uygulamada zorluk ve duraksamalara neden olması dolayısıyla, bu ayırımı esas alan düzenleme tasarıdan çıkarılmıştır.”

üzere kuramsal açıdan sistem değişmişse de özellikle azmettirme ve yardım etme başlıkları altında yapılan düzenlemelerle TCK'da yer alan düzenlemeler devam ettirilmiştir⁹³.

Ayrıca belirtmelidir ki yasa koyucu gerekçesinde de belirttiği üzere ikili sistemin sakıncalarından söz etmiş ancak ikili sistemdeki düzenlemelerle yeni sistem arasında belirgin bir farklılık yaratmamıştır. Bunun yanı sıra sistem değişikliğini açıklamaya çalışan gerekçe de yeterli olmamış ve neden kuramsal açıdan bir değişikliğe gidilmesine gereklilik olduğu yine kuramsal olarak açıklanmamıştır.

YTCK'nın 37. maddesinin gerekçesinde failin belirlenmesi ve buna bağlı olarak iştirak şekillerinin yani şeriklerin belirlenmesinde “eylem üzerinde kurulan hakimiyet” ilkesinin esas alındığı belirtilmiştir. Maddenin gerekçesinde suç ortaklığının suça katkı sağlayanların sorumluluklarının belirlenmesi ile ilgili kurallar olduğu ve getirilen yeni sisteme göre suça katılma şekillerinin “faillik, azmettirme ve yardım etme” olduğu belirtilmiştir⁹⁴.

YTCK'da suç ortaklığına ilişkin düzenlemeler incelendikten sonra yasanın, suça katılanların sorumluluklarının belirlenmesinde hangi sistemi benimsediği konusunda bir açıklama yapmak daha iyi bir sonuç verecektir.

B. Faillik

Yukarıda 5237 sayılı YTCK'da ikili sistemden vazgeçildiği belirtilmiştir. Bunun sonucu YTCK'da “fail” ve “şerik” olarak iki ana ayırım bu-

93 **Köksal Bayraktar/Önder Öztürel/Pınar Memiş**, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Genel Hükümleri”, **Türk Ceza Kanunu Tasarısı: Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Temmuz 2004): İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Eylül 2004): Kurumsal Raporlar-Toplantılara Sunulan Raporlar-Bilimsel Raporlar**, İstanbul, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi-Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, 2004, s.35. Bu yazarlar getirilen düzenlemenin eski sisteme benzediği belirtmekle birlikte faillik, azmettirme ve yardım etmede gereksiz ayrıntıya yer verildiğini belirtmektedirler.

Yeni getirildiği belirtilen sistemde gerçekten de gereksiz ayrıntıya girilmiştir. Örneğin dolayısıyla faillik ve bağlılık kuralının açık bir biçimde düzenlenmesine gerek yoktur; ayrıca azmettirmenin de anlaşılabilir bir biçimde bu kadar öne çıkarılması ve ayrıntılı düzenlenmesi gereksizdir.

94 “Yeni yapılan düzenlemeyle, iştirak şekilleri, fiilin işlenişi üzerinde kurulan hâkimiyet ölçü alınarak belirlenecektir. Bu sistemde birer sorumluluk statüsü olarak öngörülen iştirak şekilleri ise, faillik, azmettirme ve yardım etmeden ibarettir.”

lunmakta bunun dışında bu suçta katılma şekilleri “asli” ve “fer’i” olarak ayrılmamaktadır. Fail suçta doğrudan işleyen kimse, şerik ise suçun işlenmesinde yardımcı bulunan ya da azmettiren kimsedir.

YTCK’nın 37. maddesinde faillik başlığı altında 1. fıkrada “doğrudan faillik” 2. fıkrada ise “dolaylı faillik” düzenlenmiştir.

1. Doğrudan Fail

YTCK’nın 37. maddesinin 1. fıkrasına göre “suçun kanuni tanımında yer alan fiili birlikte gerçekleştiren kişilerden her biri, fail olarak sorumlu olur”. Suçu meydana getiren eylemi, icrai hareketleri bizzat yapan kişi doğrudan faildir⁹⁵. Bu madde TCK’nın 64. maddesinin 1. fıkrasında düzenlenen “asli maddi failin” yerine gelmek üzere düzenlenmiştir. YTCK ile getirilen yeni sistem gereğince azmettirme, faillik olarak görülmediği için azmettirmeye bu maddede yer verilmemiştir.

Öğretide bazı yazarlar suç ortaklığı açısından yasada tanımlanan hareketlerin yerine getirilmesinin aranmasının hatalı olduğunu, bu durumda suç ortaklığının son derece dar bir alanda uygulanabileceği yönünde eleştiriler getirmektedir⁹⁶. Gerçekten bu ifadenin kullanılmayarak birlikte “suçu işleyenler” denilmesi daha yerinde bir düzenleme olacak idiyse de bu ifadenin kullanılması da çok olumsuz değildir; çünkü fail suçun yasal tanımındaki eylemi gerçekleştiren kişidir, söz konusu ifadeyle de bu belirtilmiştir.

Öğretide, YTCK’nın 37/1 maddesindeki faillğe ilişkin düzenlemenin Alman CK m.25’den alındığı, ancak Alman CK’nın 25/1 maddesinde yer alan “suçu bizzat veya bir başka kişi aracılığıyla işleyen kişi fail olarak cezalandırılır” şeklindeki failin tanımına yönelik düzenlemenin

95 Anglo-Sakson hukuk sisteminde doğrudan faile “principal” birinci dereceden asli fail denilmektedir. Kaplan/Weisberg, a.g.e., s.577.

96 Duygun Yarsuvat/Köksal Bayraktar/Necmi Yüzbaşıoğlu/Erdoğan Bülbül/Ümit Kocasakal/E. Eylem Aksoy/Pınar Memiş/Gülşah Kurt/Çağla Tansuğ/Didem Yılmaz, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesinin Görüşü”, *Türk Ceza Kanunu Tasarısı: Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Temmuz 2004): İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Eylül 2004): Kurumsal Raporlar-Toplantılara Sunulan Raporlar-Bilimsel Raporlar*, İstanbul, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi-Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, 2004, s.130, 131.

YTCK'ya aktarılmadığı, bunun sebebinin anlaşılmadığı ve yasada eksiklik yarattığı belirtilmektedir⁹⁷.

Aslında yasada bu açıkça failin bir tanımına yer verilmesine gerek yoktur; çünkü failim kim olduğu ve bireyin hangi hallerde fail olarak kabul edilip gerçekleştirdiği eylemlerden sorumlu tutulduğu öğretilerde ve uygulamada açık bir biçimde ortaya konulmaktadır. Ceza yasalarında her kavramın tamının yapılması kazuistik bir yöntemle yol açabileceği gibi, yasanın uygulanma alanını da güdülen suç politikasıyla çelişir şekilde olumsuz yönde daraltabilecektir. Ancak bu yasada benimsenen yöntem gereğince, fail başlığı altında ortaklaşa failliğin ve dolaylı failliğin tanımlanması ancak esas konu ve bölüm başlığı olan failin tanımlanmaması önemli bir eksiklik oluşturmaktadır.

2. Ortaklaşa Fail

YTCK'nın 37. maddesinin 1. fıkrasında tek kişinin fail olması düzenlendiği gibi ortaklaşa faillik de düzenlenmiştir. YTCK'nın suç ortaklığı konusu düzenlenirken Alman Ceza Hukuku'ndaki güncel öğretilerin etkisi altında kalındığı yukarıda belirtilmiştir. Bunun somut örneklerinden biri 37. maddede ortaklaşa faillik kurumunun düzenlenmesinde ve özellikle maddenin buna ilişkin gerekçesinde görülmektedir. Gerekçede ortaklaşa failliğin gerçekleşebilmesi için iki şartın bulunması gerektiği, bunlardan birisinin "faillerin eylem üzerinde ortaklaşa hakimiyet kurmalarının gerekliliği" diğerinin ise "birlikte suç işleme kararının varlığı" olduğu belirtilmektedir. Bu iki ölçütün bulunması durumunda ortaklaşa faillik gerçekleşmiş olacak, faillerin hepsine suç için öngörülen tam ceza verilecektir. Söz konusu ölçütler şunlardır:

a. Suçun İşlenişi Üzerinde Hakimiyet Kurulması

Suçun işlenişi üzerinde hakimiyet kurulması, faillerin aralarındaki iş bölümü gereğince suç oluşturan eylemin bir bölümünde hakimiyet kurulması anlamındadır. Ortaklaşa faillikte sorumluluğun esaslı şeriklikte oldu-

97 Durmuş Tezcan/Mustafa Ruhan Erdem, "Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu", **Türk Ceza Kanunu Reformu: İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Der: Teoman Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.346, 347.

ğu gibi bağıllık kuralına dayanmamakta, failer bizzat işbölümüne göre gerçekleştirdikleri eylemden dolayı sorumlu olmaktadır⁹⁸.

Eylem üzerinde hakimiyet kurulup kurulmadığının belirlenmesi ise suç ortaklarının suçun işlenmesinde üstlendikleri görevler ve bu görevin suçun oluşumu için taşıdığı önem ve gereklilik göz önünde bulundurularak yapılmaktadır. Ancak bu, eylem tamamlanıp suç oluştuğundan sonra geriye yönelik olarak “eğer faillerden biri tarafından gerçekleştirilen eylem olmasaydı suç gerçekleşir miydi” tarzında bir değerlendirme olmayacaktır. Gerçekleşen netice dikkate alınmaksızın somut eylemin oluşumu açısından, failin yapmış olduğu -eylemin bir parçası olan- hareketler ve bu hareketlerin önemi değerlendirilecek ve buna göre karar verilecektir. Nitekim maddenin gerekçesinde de bu durum açık bir şekilde ifade edilmiştir⁹⁹.

Örneğin bir kuyumcu soygununda altınları ve parayı toplayıp torbaya koyan kişi ile kuyumcu çalışanlarına silah doğrultup etkisiz kalmasını sağlayan kişi ve hatta kuyumcunun kapısında bekleyip içeri girilmesine engel olmak suretiyle polise haber verilmesini engelleyen kişi gerçekleştirilen soygun eylemi üzerinde aynı derecede hakimdirler. Altınların ve paranın toplanması, çalışanların etkisiz halde tutulması ve polise haber verilmesinin engellenmesi soygun eylemini başarıyla gerçekleştirmekte aynı derecede önemli ve etkilidirler. Bu nedenle söz konusu örnekte suçun oluşuma katkı sağlayan herkes YTCK'nın 37. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen ortaklaşa fail konumundadırlar.

Ancak her olayda yukarıdaki örnekte olduğu gibi suça katkı sağlayan faillerin eylemlerinin birbirini tamamlayıcı nitelik taşıması söz konusu olmayabilir. Örneğin beş kişinin bir araya gelip anlaşarak ortak düşmanlarının geçeceği yol üzerinde pusu kurmaları ve düşman sayılan kişi bu yerden geçerken beşinin birden ateş etmeleri ancak bazı mermilerin

98 İçel vd., a.g.e., s.372; Özgenç, a.g.e., s.261.

99 “Müşterek faillikte, birlikte suç işleme kararının yanı sıra, fiil üzerinde ortak hâkimiyet kurulduğu için, her bir suç ortağı fail statüsündedir. Ortak hâkimiyetin kurulup kurulmadığının saptanmasında suç ortaklarının suçun icrasındaki rolleri ve katkılarının taşıdığı önem göz önünde bulundurulur. Bu durumda, fiilin icrası veya sonuçsuz kalması ortak faillerden her birinin elinde bulunmaktadır. Örneğin suç ortaklarından birinin cebir veya tehdit kullanılarak mağduru etkisiz hâle getirdiği, diğerinin de üzerindeki para ve sair kıymetli eşyayı aldığı yağma suçunda her iki suç ortağının suçun işlenişine yaptıkları katkı, suçun icrası açısından birbirini tamamlayıcı niteliktedir. Dolayısıyla, her iki suç ortağı, suçun işlenişinde ortak bir hâkimiyet kurmaktadır.”

mağdura isabet etmesi bazılarının ise isabet etmemesi ama sonuçta ortak düşmanlarının ölmesini sağlamaları durumunda olduğu gibi.

Burada her fail aynı suç işleme kastıyla aynı icrai hareketi gerçekleştirmekte ve fazla kişinin katılımıyla amaçladıkları sonucun gerçekleşmesini daha kuvvetli bir olasılık haline getirmektedirler. Burada artık ölüme neden olan merminin kimin silahından çıktığının bir önemi yoktur. Failler ortak düşmanlarına silah doğrultup ateş ederlerken aynı suç işleme kararlılığını ortaya koymakta ve aynı suçla korunan hukuksal değeri ihlal etmektedirler. Netice olarak da amaçladıkları sonucun gerçekleşmesini sağlamaktadırlar. Bu nedenle söz konusu durumda tüm faillere suç için öngörülen tam cezanın verilmesi gerekmektedir¹⁰⁰.

Özellikle kasten adam öldürme ve kasten müessir fiil suçlarında yurarda verilene benzer örneklerde ortaklaşa faillerin varlığı durumunda kimin silahıyla ölüme ya da müessir fiile yol açıldığı belli olmadığı durumlarda öğretide¹⁰¹ ve Yargıtay kararlarında¹⁰² TCK'nın 463. maddesi gereğince cezada indirimde gidilmesi yönünde bir görüş bulunmakta ve yasa maddesi karşısında bu uygulama ve görüş bir zorunluluk olmaktadır. Bunun yanı sıra öğretide bu görüşü eleştiren ve suç genel teorisi açısından uygun olmadığını ortaya koyan görüşler de bulunmaktadır¹⁰³.

YTCK'nın 37. maddesinin açık düzenlemesi ve bu konudaki maddenin gerekçesi¹⁰⁴ karşısında artık bu tür eylemlere indirim uygulanması

100 İçel vd., a.g.e., s.377, 378.

101 Sulhi Dönmezer, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 14. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1995, s.147-154.

102 "Müşteki, sanıkların attığı taşlardan birisinin kendisine isabet ettiğini ifade etmiş olup, hangi sanığın attığı taşla yaralandığı saptanamadığına göre, tayin edilen cezaların TCK'nun 463 üncü maddesi uyarınca indirilmesi gerekir." 2. CD. Kt. 15.06.1983, E.83/4212 K.83/4359; akt: İçel vd., a.g.e., s.379 dn.33.

103 İçel vd., a.g.e., s.379, 380.

104 "Suç ortaklarının iştirak katkılarının karşılıklı olarak birbirlerini tamamlamadığı durumlarda da müşterek faillik mümkündür. Bazı hâllerde failler, her biri suçun kanuni tanımındaki bütün unsurları tek başına gerçekleştirmek üzere, bir anlaşmaya varabilir. Örneğin bir kişiyi öldürmek için aralarında anlaşmış olan beş kişi, amacın gerçekleşme ihtimalini daha da yükseltmek için, aynı anda mağdurun üzerine ateş ederler. Ateşlenen mermilerden bir kısmı mağdura isabet eder, bir kısmı ise etmez. Bu örnek olayda bütün suç ortakları ortak bir suç işleme kararına dayanarak birlikte hareket etmektedirler. Bu beş suç ortağının ateşlediği mermilerden sadece bir tanesinin mağdura isabet edip ölümüne neden olması hâlinde dahi, tamamlanmış kasten adam öldürme suçundan dolayı bu kişilerden her biri müşterek fail olarak sorumlu tutulacaktır."

mümkün olmayacaktır. Zaten yasa koyucunun bu konudaki görüşüne uygun olarak YTCK'da, TCK'nın 463. maddesini karşılayacak benzer bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Dolayısıyla öğretide yer alan görüşlerden yukarıda belirtilen ve düzenlemeyi eleştiren görüş yasa koyucu tarafından da benimsenmiş ve bu konudaki adaletsiz uygulamalara son verilmek istenmiştir.

Burada üzerinde durulması gereken bir diğer konu da hazırlık hareketlerine yapılan katkıdır. Hemen ifade edilmelidir ki salt hazırlık hareketlerine katkı sağlanmış olması ve icra hareketlerine katılmaması ya da suçun icra hareketlerine geçilmeden teşebbüs derecesinde kalmış olması durumunda, ortaklaşa faillik gerçekleşmez. Çünkü bu durumda eylem üzerinde hakimiyet kurulması söz konusu olmamaktadır. Bu türlü hareketleri yapan kişi şerik (yardım eden) olarak değerlendirilecektir¹⁰⁵.

b. Birlikte Suç İşleme Kararı

Ortaklaşa failliğin gerçekleşebilmesi için gerekli olan bir diğer koşul da, failer arasında birlikte suç işleme kararının bulunmasıdır. Bu, birlikte bir eylemin gerçekleştirilmesi ve böylelikle bir sonuca ulaşmak yönünde tüm failerde bir istek ve bilgi bulunması şeklinde olmalıdır. Madenin gerekçesinde bu kararlık, kast kavramı içerisinde düşünülmelidir denilmektedir¹⁰⁶; ancak bu hatalı bir açıklama olmuştur; çünkü kast suç için gerekli bir unsur, karar kasttan da geniş ve daha çok da o suçun birlikte başkalarıyla birlikte işlenmesine ilişkin iradedir.

Ayrıca suç ortaklığından söz edebilmek için suç tipinde genel suç işleme kastının dışında bir saik yani özel kastın varlığı aranıyorsa bu özel kastın da tüm failer tarafından paylaşılması gerekir¹⁰⁷. Aksi takdirde birlikte suç işlem kararından ve dolayısıyla ortaklaşa faillikten söz edilemez.

Suç ortaklarının eylemlerini, doğrudan kast ya da olası kast gibi farklı kast türlerinin etkisi altında gerçekleştirmeleri ise ortaklaşa failliği etkilememektedir. Örneğin bir alışveriş merkezinin önüne terör eylemi yapmak amacıyla iki kişi tarafından bomba koyulması olayında failerden

105 İçel vd., a.g.e., s.383.

106 "Müşterek faillik bakımından zorunlu diğer bir koşul, failer arasında birlikte suç işleme kararının varlığıdır. Belli bir hareketin icrasına ve neticenin meydana gelmesine ilişkin olan birlikte suç işleme kararı, kast kapsamında düşünülmelidir."

107 İçel vd., a.g.e., s.384, 385.

biri bombanın patlamasından sonra birkaç kişinin de ölmesini istemekte diğeri ise bunu öngörmekte ancak kayıtsız kalmaktadır. Bombanın patlamasından sonra gerçekleşen adam öldürme eylemi neticesinde her iki fail de YTCK'nın 37. maddesinin 1. fıkrası gereğince ortaklaşa fail kabul edilecek ve gerçekleşen suç için öngörülen cezayı alacaklardır. Bu durum maddenin gerekçesinde de belirtilmiştir¹⁰⁸.

Birlikte suç işleme kararının varlığından söz edilebilmesi için bunun suç işlenmeden önce ya da icra hareketleri meydana getirilirken bulunması gerekir. Yoksa faillerden biri suçun icrai hareketlerini gerçekleştirirken diğer failin de gelip suça katkı sağlaması durumunda artık birlikte suç işleme kararının varlığından söz edilemez burada habersiz olarak suç katkısı sağlayanın durumu şerikliğe (suça yardım eden) uymaktadır¹⁰⁹. Nitekim bu durum maddenin gerekçesinde de belirtilmiştir¹¹⁰.

Suçun işlenmesi sırasında ortaklaşa faillerden birinin işlemeyi kararlaştırdıkları suçun sınırını aşarak daha ağır bir suç işlemesi halinde, kararlaştırdıkları suç tipi açısından ortaklaşa faillik, sınır aşılarak gerçekleştirilen suç tipi açısından ise tekil faillik söz konusu olacaktır. Örneğin yankesicilik suretiyle gerçekleştirilen bir hırsızlık da mağdurun eylemin farkına varması ve bunun üzerine faillerden birinin silah çekip zor kullanarak YTCK'nın 148. maddesinde düzenlenen yağma suçunu gerçekleştirmesi halinde yağma suçuna katılmayan fail kararlaştırılan suç tipi olan YTCK'nın 142. maddesinde düzenlenen nitelikli hırsızlık suçundan ceza alacak, silah doğrultup zor kullanan fail ise tekil olarak YTCK'nın 148. maddesinde düzenlenen yağma suçundan ceza alacaktır.

Netice sebebiyle ağırlaşmış suçlardan¹¹¹ ortaklaşa faillerin sorumlu-

108 "Suç ortaklarının suçun işlenişine ilişkin kastlarının doğrudan veya olası kast gibi farklılık göstermesinin, müşterek fail olarak sorumlulukları üzerinde bir etkisi yoktur."

109 İçel vd., a.g.e., s.386, 387.

110 "Bir suçun failine, onun haberi olmaksızın, tek taraflı iradeyle, suçun işlenmesine başlamadan önce veya suçun icrası sırasında yardım edilmesi hâlinde, müşterek fail olarak değil, yardım eden olarak sorumlu tutulmak gerekir."

111 Öğretide bu duruma genel olarak "objektif sorumluluk hali" denilmekteyse de yerinde gerekçelerle öğretide bunun yanılgılı bir görüş olduğu ve "taksir, kastın aşılması ve netice sebebiyle ağırlaşmış suçların" subjektif sorumluluk hali olduğu belirtilmektedir. Bkz: **Yener Ünver**, "Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk", **Ceza Hukuku Günleri: 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler (26-27 Mart 1997-İstanbul)**, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1998, s.111, 112.

ğunda ise suçun temel şekli açısından aralarında birlikte suç işleme kararı olan failler ortaklaşa fail olarak gerçekleştirdikleri eylemden sorumlu tutulacaklardır. Meydana gelen ağır sonuç açısından ise ortaklaşa faillerden gerçekleşen ağır neticeye en azından taksirli bir hareketi neticesi neden olan fail ya da failler gerçekleşen ağır sonuçtan sorumlu olacak, gerçekleşen ağır neticeden taksir derecesinde dahi kusuru olmayan failler bu sonuçtan sorumlu tutulamayacaklardır¹¹².

765 sayılı TCK'nın düzenlemesine göre ise ağırlaşan netice durumunda, ortaklaşa failler ister taksirle hareket etmiş olsun isterlerse tamamen kusursuz olsunlar gerçekleşen neticeden sorumlu tutulmaktadır. 5237 sayılı YTCK'nın 23. maddesinde "bir fiilin, kastedilenden daha ağır veya başka bir neticenin oluşumuna sebebiyet vermesi hâlinde, kişinin bundan dolayı sorumlu tutulabilmesi için bu netice bakımından en azından taksirle hareket etmesi gerekir" denilerek failin netice sebebiyle ağırlaşan suçlardan sorumlu tutulabilmeleri için en azından taksirle hareket etmesini arandığı için ortaklaşa failliğin gerçekleşmesi için bu failerin ağırlaşan netice açısından en azından taksirle hareket etmeleri gerekecek, taksir derecesinde dahi kusuru olmayan kişiler gerçekleşen neticeden sorumlu tutulamayacakları için ortaklaşa fail olarak da değerlendirilemeyeceklerdir. Görüldüğü üzere yukarıda anılan YTCK'nın 23. maddesiyle netice sebebiyle ağırlaşan suçtan sorumluluk açısından olumlu yönde bir düzenleme yapılmıştır.

3. Dolaylı Fail

765 sayılı TCK'nın düzenlemesinde dolaylı faillik kurumu genel olarak düzenlenmediği gibi, özel durumlarda da bu konuya ilişkin hüküm yer almamıştır. Söz konusu durumun ceza yasasında bir eksiklik yarattığının öğretide eleştiri konusu yapılması yasa koyucu tarafından dikkate alınmış ve bugüne kadar öğreti ve uygulama tarafından kabul edilen dolaylı faillik YTCK ile yasa maddesi haline getirilmiştir¹¹³.

112 İçel vd., a.g.e., s.389.

113 Dolaylı failliğin YTCK'da ayrı bir düzenlemeye konu yapılması, bu yasada ceza hukukundaki çağdaş kurumlara yer verilmesinin bir kanıtı olduğu belirtilmektedir. bkz: Avcı, a.g.y., s.216.

Ancak dolaylı faillik suç teorisinde uzun zamandır varlığı kabul edilen bir kurum olduğu gibi öğretide ve uygulamada zaten varlığı kabul edilen ve uygulanan bir kurumun yasada tanımının yapılması, yasayı çağdaş bir hale getirmemektedir.

YTCK'nın 37. maddesinin 2. fıkrasında dolaylı faillik "suçun işlenmesinde bir başkasını araç olarak kullanan kişi de fail olarak sorumlu tutulur" şeklinde düzenlenmiştir. Yasanın açık ifadesinden de anlaşıldığı ve maddenin gerekçesinde de belirtildiği¹¹⁴ gibi dolaylı faillikte arka plandaki kişi, suçu oluşturan icra hareketlerini gerçekleştiren kişinin ve hareketinin üzerinde üstün bir hakimiyet kurmaktadır.

Burada belirtilmesi gereken önemli konu dolaylı fail ile azmettiren arasındaki farktır. Dolaylı fail, başından sonuna kadar olayları kendi kontrolünde bulundurmaktadır. Suçun icra hareketlerini gerçekleştiren kişi bir robot gibi sadece denilenleri yapmakta ve gerçekleştirilen eyleme yalnızca istek duymaksızın aracılık etmektedir yani dolaylı faillikte kişilerden birisi diğerinin vasıtası durumuna gelmektedir. Azmettirmede ise, kişi suç işleme yönünde bir kararı olmayan kişiye suç işleme kararı aldırılmakta faili bu yönde ikna etmektedir ancak azmettirilen kişi bundan sonra kendi inisiyatifini de kullanarak ve kendi iradesiyle suç işlemektedir¹¹⁵.

Dolaylı faillikte asıl icra hareketlerini yapan kişi değil arka planda olan ve vasıta kişiyi kullanarak suçun gerçekleşmesini sağlayan kişi sorumlu olur ve suç için öngörülen yaptırımla cezalandırılır.

YTCK'da dolaylı failliğin düzenlendiği 37. maddenin 2. fıkrasının 2. cümlesiyle ise genel bir ağırlatıcı neden öngörülmüş ve kusur yeteneği olmayanların dolaylı fail tarafından suçun işlenmesinde araç olarak kullanılması durumunda verilecek cezanın üçte birden yarısına kadar arttırılması öngörülmüştür¹¹⁶. Bu ağırlatıcı nedenin öngörülmesinin iki nedeni vardır. Bunlardan birisi yasanın gerekçesinde de belirtildiği gibi kusur yeteneği olmayan kişilerin istismar edilmesi diğeri ise böyle kusur yeteneği olmayan kişilerin ikna edilerek suç işlemeye yönlendirilmelerinin daha kolay olmasıdır¹¹⁷.

114 "Dolaylı faillikte, arka plandaki kişi, suçun icraî hareketlerini gerçekleştiren şahsın ve hareketinin üzerinde hâkimiyet kurmaktadır ve bu hâkimiyet nedeniyle, fail olarak sorumlu tutulmaktadır."

115 Yıldız, a.g.y., s.236; Özgenç, a.g.e., s.200.

116 Öğretide sağır ve dilsizler ile akıl hastası olmayan alkol ve uyuşturucu madde bağımlıları bakımından da ceza arttırımına gidilmesinin daha yerinde olacağı belirtilmektedir. **Fatih Selami Mahmutoğlu**, "TBMM Adalet Komisyonu'nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş", **Türk Ceza Kanunu Reformu: İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Der: Teoman Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.367.

117 Karşılaştırmalı hukukta böyle bir ağırlatıcı nedenin olmadığı ve bu konuda cezanın arttırılması gerektiren özel bir durum olmadığı nedeniyle bu düzenlemeye getirilen eleştiriler için Bkz: **Tezcan/Erdem**, a.g.y., s.347.

Ancak söz konusu düzenleme karışıklıklara yol açabilecek bir yapıdadır. Yukarıda belirtildiği üzere ağırlatıcı nedenin öngörüldüğü ikinci fıkrada “kusur yeteneğini kaldıran hallerden” söz edilmiş ancak bunların hangi haller olduğu gösterilmemiştir. YTCK’nın 24-34. maddeleri arasında ise “ceza sorumluluğunu kaldıran ve azaltan haller” başlığı altında hatalı bir şekilde kusurluluğu kaldıran haller ve ceza sorumluluğunu kaldıran haller aynı yerde düzenlenmiştir. Öğretide de bunların hangi sorumluluğu kaldırdığı yönünde tartışmalar bulunmaktadır. Bu nedenle bu fıkranın düzenlemesi belirginlik ilkesine aykırıdır. Buna göre kusur yeteneği bulunmayan kişilerin dolaylı fail tarafından kullanılması halinde, dolaylı failin cezası arttırılarak verilecektir.

Yukarıda açıklandığı üzere, ister doğrudan olsun ister dolaylı olsun eylem üzerinde hakimiyet sağlayan ve suça katkıları önemli ölçüde olan kişiler YTCK’nın düzenlemesine göre fail olarak kabul edilecek ve suç için öngörülen tam yaptırım ile cezalandırılacaklardır.

YTCK’da ikili sistemden vazgeçilmesinin doğal bir sonucu olarak zorunlu fer’i iştirake ilişkin bir düzenlemeye de gerek kalmamıştır. Zaten bu düzenlemeye yer verilmesinin nedeni olarak ikili sistemin ortaya çıkardığı bazı sorunların aşılma istenmesi gösterilmiştir. Yukarıda açıklanan eylem üzerinde hakimiyet kurulması ölçütüne göre failin belirlendiği yeni sistemde, eskiden zorunlu fer’i şerik olarak nitelendirilen ancak suç için öngörülen tam ceza ile cezalandırılan kişiler bundan böyle doğru şekilde fail olarak nitelendirilecekler ve suçun ortaklaşa faili olarak buna göre cezalandırılacaklardır.

C. Şeriklik

Yukarıda YTCK ile fail ve şerik ayrımının getirildiği belirtilmişti. Şerik, suç oluşturan eylem üzerinde hakimiyeti olmayan, gerçekleştirdiği eylem suçu icra eden kadar önem arz etmeyen, ancak yine de suçun işlenişinde katkı sağlayan ve böylece suça katılma iradesini gösteren kişidir.

Yukarıda şeriklik kuramsal açıdan açıklanırken, “şerikliğe ilişkin kuralların, asıl suçu düzenleyen maddeyi failden başkasına da genişleten kurallar olduğu, bu bakımdan şerikliğe ilişkin kuralların tamamlayıcı nitelikte olduğu, bunun doğal sonucu olarak da şerikliğe ilişkin kuralların ceza yasasında yer almaması durumunda suça katkı sağlayan ancak fail olarak değerlendirilemeyen kişilerin suçtan sorumlu tutulmalarının ve cezalandırılmalarının mümkün olmadığı” belirtilmişti. İşte bu nedenle YTCK’nın

38. ve 39. maddelerinde açık bir biçimde şeriklik düzenlenmiştir.

Şerikliğin türleri olarak, YTCK'nın 38. maddesinde "azmettirme", 39. maddesinde ise "yardım etme" halleri düzenleme altına alınmıştır.

Ancak şeriklerin başkasının eyleminden sorumlu tutulabilmeleri için gerekli olan ve "bağlılık kuralı" olarak adlandırılan bir ilke vardır. Öğretide bugüne kadar varlığı kabul edilen bu ilke 5237 sayılı YTCK'nın 40. maddesiyle yasa maddesi haline getirilmiştir. Ancak burada yasayla ilgili önemli bir eleştiriye yer vermek gerekmektedir.

YTCK'nın 40. maddesinde bağlılık kuralının açık bir şekilde düzenlenmesine gerek bulunmamaktadır. Bu zaten öğretide tartışılmış, çözülmüş ve varlığı kabul edilen bir kuraldır. Böylelikle hukukun gelişmesini sağlayan önemli kaynaklardan biri olan öğretinin çalışma alanı kısıtlanmış ve yasadaki düzenleme nedeni ile eli kolu bağlanmış olmaktadır. Bu ise ileride ortaya çıkması olası olan bu konudaki yeni kuramların bu konuya uygulanmasını engelleyecektir.

Bunun yanı sıra söz konusu maddede bağlılık kuralı başlığı altında bağlılık kuralıyla hiçbir ilgisi olmayan "özgü suçlarda suç ortaklığına ilişkin düzenlemeye" 2. fıkrada ve "suça ortaklığın söz konusu olması için eylemin en az teşebbüs derecesinde kalmasının gerektiğine ilişkin düzenlemeye" 3. fıkrada yer verilmiştir. Yasada bağlılık kuralının düzenlenmesi gereksizken bu başlık altında bir de ilgili olmayan konuların düzenlenmesi YTCK'nın 40. maddesini büsbütün hatalı bir hale getirmiştir. Bu maddeye yasa metninde yer verilmemesinin en uygun çözüm tarzı olduğu belirtilmelidir.

Şeriklik konusunun daha iyi anlaşılabilmesi için aşağıda öncelikle bağlılık kuralı daha sonra da şerikliğin türleri olan azmettirme ve yardım etme açıklanacaktır.

1. Bağlılık Kuralı

Bir suça şerik olarak iştiraktan söz edilebilmesi için bir başka kişinin işlediği yasal tanıma uygun suç oluşturan bir eylemin varlığı gerekir. İşte şeriklerin (azmettiren veya yardımda bulunan) başkasının gerçekleştirdiği bu eylemden dolayı sorumlu tutulabilmeleri için hukuksal bir bağlaça gerek vardır; buna öğretide bağlılık kuralı denilmektedir¹¹⁸.

118 İçel vd., a.g.e., s.410; Önder, a.g.e., s.424.

Bağlılık kuralı, failliğin oluşması için zorunlu koşulların bulunması halinde bunların yerine geçmekte ve bu sayede, şeriklerin gerçekleşen suçtan sorumluluklarını sağlamaktadır. Böylelikle, eylem üzerinde hakiyet kuramayan veya özel faillik niteliğini bünyesinde taşımayan ve bu nedenle fail olarak değerlendirilemeyen suç ortağı, bağlılık kuralı gereğince gerçekleşen suçtan sorumlu tutulmaktadır¹¹⁹.

Bağlılık kuralı gereğince, azmettiren veya yardım edenin gerçekleşen suçtan sorumlu tutulabilmeleri için failin işlediği suçu kasten işlemesi ve eylemin hukuka aykırı olması gerekir. Yani taksirle işlenen bir suç açısından şeriklik söz konusu olmaz. Aynı şekilde failin gerçekleştirdiği eylem açısından bir hukuka uygunluk nedeninin varlığı halinde, eylem suç oluşturmayacağı için gerçekleşmeyen bir suça azmettirme ya da yardım etme de söz konusu olmaz.

Bağlılık kuralına göre şerikleri suçtan sorumlu tutabilmek için suç oluşturan eylemi gerçekleştiren failin kusur yeteneğinin bulunması gerekmez. Örneğin kusur yeteneği olmayan bir akıl hastasının bir kişiyi öldürmesi için azmettirilmesi ve silah sağlanması bunun üzerine akıl hastasının gösterilen kişiyi silahla öldürmesi sonucunda her ne kadar kusur yeteneği olmayan akıl hastası gerçekleştirdiği suç nedeniyle cezalandırılmayacaksa da, kendisini azmettiren ve silah sağlayarak yardım eden kişiye bağlılık kuralı gereğince bu kusur yeteneğinin olmaması hali geçmeyecek ve bu kişi(ler) gerçekleşen suçtan sorumlu tutularak yasada kendileri için belirtilen şekilde cezalandırılacaklardır.

Aynı şekilde bağlılık kuralı gereğince cezayı hafifleten ya da ortadan kaldıran kişisel nedenler yalnızca ilgili suç ortağı açısından sonuç doğuracaklardır. Örneğin insanın sağlığını tehlikeye sokacak şekilde açlık nedeniyle zorunluluk halinde bulunan bir kimseyi fırına girip ekmek çalması konusunda azmettiren kişi, hırsızlık suçuna azmettirme nedeniyle cezalandırılırken, eylemi gerçekleştiren kişi YTCK'nın 24. maddesinin 2. fıkrası gereğince cezalandırılmayacaktır.

Bağlılık kuralının doğal bir sonucu olarak 5237 sayılı YTCK'da "kişisel ve eylemsel ağırlatıcı nedenlerin" şeriklere uygulanmasına ilişkin olarak 765 sayılı TCK'da ve hükümet tasarısında yer alan maddelere yer verilmemiştir. Çünkü ikilik sistemden vazgeçilerek bir çeşit cezanın faile göre belirlenmesi sisteminin kabul edilmesi ve dolayısıyla bağlılık kuralı-

119 İçel vd., a.g.e., s.370.

na açık bir şekilde yer verilmesinden sonra ağırlatıcı nedenlerin kişisel ve eylemsel olarak ayrılmasına ve bunların ayrıca yasa metninde belirtilmesine gerek kalmamıştır. Zaten öğretide bu tür düzenlemelerin yasa maddesinde yer almasının suç genel teorisi ile bağdaşmaması nedeniyle uygun olmadığı yönünde görüşler bulunmaktadır.¹²⁰

2. Azmettirme

YTCK'nın 38. maddesinde "başkasını suç işlemeye azmettiren kişi, işlenen suçun cezası ile cezalandırılır" denilerek şerikliğin bir türü olan azmettirme düzenlenmiştir. Azmettirmenin tanımının yasa maddesinde verilmeyişi öğretide eleştiri konusu yapılmıştır¹²¹; gerçekten de azmettirme hakkında bu kadar ayrıntılı bir düzenleme getirilip azmettirme kavramının tanımlanmaması önemli bir eksiklik olmuştur. Azmettirme ya bu kadar ayrıntılı düzenlenmeyip öğretide ve uygulamada konunun açıklaması sağlanmalı ya da bu kadar ayrıntılı bir düzenleme içersinde azmettirmenin tanımını da yer verilmeliydi.

YTCK'nın suç ortaklığında sorumluluğun belirlenmesine ilişkin olarak ikili sistemi kabul etmeyişinin bir sonucu olarak azmettirme asli manevi iştirak olmaktan çıkarılmış ve şerikliğin bir türü olarak değerlendirilmiştir.

765 sayılı TCK'nın düzenlemesi değerlendirilirken ikili sistemin etkisiyle azmettirme "öngörülen ceza nedeniyle asli faillik olarak" açıklanmıştır. Ancak bu azmettirmenin etkisini tam olarak açıklayamamaktadır; çünkü azmettirmede suçun maddi unsurunu oluşturan eyleme doğrudan bir katkı yoktur. 5237 sayılı YTCK ile suç ortaklığı konusunda ikili sistemin terk edilmesi ve suç ortaklığında faillerin ceza sorumluluğunun belirlenmesinde "eylem üzerinde hakimiyet" ilkesinin benimsenmesiyle azmettirme failliğin bir türü olarak değil, söz konusu ilkeyle uyumlu bir şekilde şerikliğin bir türü olarak düzenlenmiştir; çünkü azmettirmede, azmettiren kişinin suçu oluşturan eylem üzerinde bir hakimiyeti yoktur. Bu yerinde bir düzenlemedir, her ne kadar azmettiren ceza olarak fail gibi

120 İçel vd., a.g.e., s.409. Karşı görüşte bkz: Tezcan/Erdem, a.g.y., s.347.

121 Mehmet Emin Artuk/Alı Rıza Çınar, "Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler", **Türk Ceza Kanunu Reformu: İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Der: Teoman Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.77.

suçun tam cezasının verilmesi öngörülmekteyse de bu yasa koyucunun azmettirmeye verdiği öneminin bir sonucudur yoksa kuramsal açıdan azmettirme bir faillik türü olduğu için değildir.

Azmettirmede, kafasında suç işleme yönünde hiçbir düşünce olmayan asli maddi faile, suç işleme kararı aldırılmaktadır¹²². Dolayısıyla ancak kasten işlenebilen bir suç tipi açısından azmettirme gerçekleştirilebilir. Azmettirme, eylemin gerçekleştirilmesi yönünde isteyerek bir manevi etkinin yaratılması olduğu için, ihmali bir davranışla azmettirmenin gerçekleştirilmesi mümkün değildir, azmettirme icrai bir hareket türüdür¹²³.

Azmettirme eyleminin kendisi de bunu yapan kişi tarafından kasten yapılmalıdır. Bu yapılırken faile hangi suçun işlenmesi isteniyorsa bu yönünde etkide bulunulmalı ve eylem kime yönelik olacaksa bu kişi de belirlenmelidir, ancak bunun dışında azmettirmenin gerçekleştirilmesi için eylemin gerçekleştirileceği yer ve zamanın gösterilmesine gerek yoktur. Ayrıca azmettirilen yani suçu gerçekleştirecek olan failin de belli olması gerekir. Bu belli olmadan yapılan azmettirmeye yönelik eylemlerle –diğer şartların da gerçekleşmesi halinde- TCK m.311'in yerini almak üzere YTCK'da m. 214'de düzenlenen "suç işlemeye tahrik" suçu gerçekleştirilmiş olur¹²⁴.

Azmettirmenin gerçekleştirilmesi için, bağıllık kuralı gereğince azmettirilen eylemin fail tarafından gerçekleştirilmesi veya en azından teşebbüs derecesinde kalması gerekir; aksi takdirde buna "sonuçsuz kalmış azmettirme" denilir ve bu durumda azmettirmeye ceza verilmez¹²⁵.

Azmettirmeye, şerikliğin diğer türü olan yardım etmede öngörülen "suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek" eylemi arasındaki en önemli fark azmettirmede failin aklında suç işlemeye yönelik bir düşüncenin önceden olmamasıdır. Oysaki şerikliğin diğer türü olan yardım etmede failde zaten önceden oluşmuş bir suç işleme düşüncesi bulunmakta ancak bu düşünce yardım eden tarafından kuvvetlendirilmektedir¹²⁶.

122 Demirbaş, a.g.e., s.432.

123 İçel vd., a.g.e., s.389.

124 Köksal Bayraktar, Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü, İstanbul, İÜHF Yayını, 1977, s.16; İçel vd., a.g.e., s.402; Demirbaş, a.g.e., s.432.

125 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.464, 476, 477.

126 Yıldız, a.g.y., s.237.

YTCK'da azmettirmenin düzenlendiği 38. maddenin 2. fıkrasında azmettirme açısından bir genel ağırlatıcı neden öngörülmüştür. Buna göre, azmettirmenin üstsoy ve altsoy ilişkisinden doğan nüfuz kullanılmak suretiyle gerçekleştirilmesi halinde, azmettirenin cezası üçte birden yarısına kadar artırılacaktır. Çocukların suça azmettirilmesi halinde ise, üstsoy ve altsoy ilişkisinin varlığı dahi aranmayacaktır. Bu genel ağırlatıcı nedenin konulmasının sebebi ise ülkemizde özellikle son zamanlarda kamuoyunun tepkisini çeken “töre cinayetleri” olmuştur. Bu adam öldürme eylemlerinde feodal yapı içinde olan aileler üstsoy ve altsoy ilişkisinden yararlanarak zaman zaman çocuk yaştaki fail üzerinde baskı kurmakta ve suça azmettirerek adam öldürme eyleminin gerçekleşmesini sağlamaktadır. Aynı sosyal durum ve gereklilik günümüzde azalarak devam eden kan davası gütmeye nedeniyle işlenen adam öldürme eylemleri için de geçerlidir. İşte bu ve benzer suç tipleri ve maksatlar yasa koyucu tarafından göz önünde bulundurularak azmettirme açısından söz konusu genel ağırlatıcı neden düzenleme konusu yapılmıştır.

Ancak azmettirme açısından bu ağırlatıcı nedenin düzenlenmesinin sebebi olarak hatalı bir gerekçeye yer verilmiştir. Buna göre bu ağırlatıcı nedenin hukuksal dayanağı “azmettirme olgusunun tek başına bir haksızlık ifade etmesidir.” Bu hatalı bir gerekçedir çünkü azmettirmenin tek başına bir haksızlık ifade ettiği ve bir suç işleme iradesini ortaya çıkardığı doğrudur; ancak bu, suç gerçekleşmediği halde azmettirenin cezalandırıldığı bir düzenlemenin gerekçesi olabilir ve işlenmeyen bir suça rağmen azmettirenin cezalandırılması halinde “azmettirmenin tek başına bir haksızlığın ifadesi olduğu” ve bu nedenle suç işlenmemesine rağmen bu davranışın cezalandırıldığı söylenebilir. Ancak çocukların azmettirilmesinin ağırlatıcı neden yapılmasının bu gerekçeyle bir ilgisi yoktur, bu ağırlatıcı nedenin gerekçesi yukarıda açıklandığı gibidir.

Suç teorisinden uzaklaşarak; modern suç politikasının verilerine göre düzenlendiği iddia edilen bir yasada belli bir bölge ve sınırlı sayıdaki olay göz önüne alınarak genel bir ağırlatıcı nedene yer verilmesi, yasanın genelinde etkili olduğu söylenen çağdaş ilkelerle kesinlikle bağdaşmamaktadır¹²⁷.

127 Aynı görüşte ve karşılaştırmalı hukukta böyle bir ağırlatıcı nedenin olmadığı ve bu konuda cezanın artırılması gerektiren özel bir durum olmadığı nedeniyle bu düzenlemeye getirilen eleştiriler için Bkz: Tezcan/Erdem, a.g.y., s.347.

Azmettirmenin düzenlendiği yine aynı maddenin 3. fıkrasında azmettirme açısından bu kez de genel bir hafifletici neden öngörülmüştür. Buna göre, “azmettirenin belli olmaması halinde, kim olduğunun ortaya çıkmasını sağlayan fail veya diğer suç ortağı hakkında” cezada indirim yapılabilecektir. Bunun gerekçesi olarak ise kovuşturma açısından kolaylık sağlanması gösterilmektedir¹²⁸.

Burada açıkça belirtilmelidir ki ceza yasalarında kesinlik içermeyen bir ifadeye yer verilmesi ceza hukukunda geçerli belirginlik ilkesiyle çelişecektir. Nitekim azmettirmenin düzenlendiği 38. maddesinin 3. fıkrasında “hükmolunabilir” şeklinde ucu açık bir ifadeye yer verilmesi belirginlik ilkesiyle çelişmektedir. Bu nedenle inceleme konusu fıkranın düzenlenişi hatalıdır; ya bu fıkraya hiç yer verilmemeli ya da “hükmedilir” şeklinde kesin bir ifadeye yer verilmelidir.

Özellikle bu düzenleme yasa koyucunun azmettirmeye verdiği önemi göstermesi açısından ilginçtir. Fail veya suç ortaklığında faillerin azmettireni bildirmesi durumunda cezalarında yasada belirtilen oranda indirim yapılabilecektir, ancak bu indirimin yapılması zorunlu değildir, bu konuda yargıca takdir yetkisi bırakılmıştır. Bu takdir yetkisinin kullanılabilmesinin şartı ise azmettirene ilişkin olarak verilen bilginin maddi gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlamasıdır. Şeriklerden yardım edenin azmettireni bildirmesi ise yardım eden açısından bir hafifletici neden olarak öngörülmemiştir. Bu düzenleme öğretide “sayın muhbir vatandaşı” yarattığı¹²⁹, faillerin kötü duygular beslediği kişilerin adını vermek suretiyle mahkemeleri yanıltabilecekleri¹³⁰ ve azmettireni ortaya çıkaran kimseye indirim sağlanırken faili ortaya çıkarana indirim sağlanmamasının çelişki yarattığı¹³¹ gerekçeleriyle yerinde olarak eleştirilmektedir.

Söz konusu düzenleme uygun değildir; çünkü bu düzenlemeyi eleştiri-

128 “Üçüncü fıkrada, ceza soruşturması ve kovuşturmasının amacına hizmet eden bir hükme yer verilmiştir.”

129 Köksal Bayraktar, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı’na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri”, **Türk Ceza Kanunu Reformu: İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Der: Teoman Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.33; Yarsuvat vd., a.g.y., s.131.

130 Mehmet Alagöz, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, **Türk Ceza Kanunu Reformu: İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar**, Der: Teoman Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.251; Mahmutoğlu, a.g.y., s.367.

131 Mahmutoğlu, a.g.y., s.367.

ren yazarların da belirttiği gibi bununla kişilerin muhbirlik yapması istenmektedir. Diğer taraftan azmettirenin ortaya çıkarılması için böyle bir indirim sebebi öngörülmüşken failin ya da yardım edenin ortaya çıkarılması için böyle bir indirim nedenin öngörülmemesi yasanın gerekçesinde açıklanmadığı gibi mantıksal olarak açıklanması da mümkün görülmemektedir.

Sonuçta azmettirmeye ilişkin olarak, 765 sayılı TCK'nın düzenlemesiyle 5237 sayılı YTCK'nın düzenlemesi karşılaştırıldığında YTCK'da azmettirme için öngörülen genel ağırlatıcı ve hafifletici nedenlerin dışında özellikle uygulama açısından büyük bir farklılık görülmemektedir. Farklılık kuramsal açıdan yapılmış ve azmettirme asli faillikten çıkarılarak şerikliğin bir türü olarak düzenlenmiştir.

Ancak bu düzenleme uygulamayı ve bu konuda YTCK'nın yürürlüğe girmesinden önce verilmiş Yargıtay kararlarını geçersiz bırakacak nitelikte değildir. Ancak uygulama açısından hiç etkisi olmayan bir kuramsal değişikliğe gidilmesinin gerekliliğini anlamak mümkün görülmemektedir. Bunun dışında azmettirmenin gerçekleşmesi için gerekli olan ve öğretilde ayrıntılı olarak açıklanan şartlar YTCK'nın 38. maddesinde düzenlenen azmettirme açısından da geçerli olacaktır.

3. Yardım Etme

YTCK'nın 39. maddesinde şerikliğin diğer biçimi olan "yardım etme"¹³² düzenlenmiştir¹³³. Yasanın gerekçesinde hükümet tasarısındaki "fer'i iştirak" maddesine sadık kalınarak bu maddenin düzenlendiği belirtilmiştir. Gerçekten de madde incelendiğinde hükümet tasarısındaki maddeyle büyük oranda benzer olduğu görüldüğü gibi 765 sayılı TCK'da fer'i iştirakin düzenlendiği 65. maddeyle de büyük oranda benzerlik göstermektedir.

132 Anglo-Sakson hukuk sisteminde "accessory" ikinci derecede fail kavramı karşılığı olarak yardım etme düzenlenmiştir. Bu sisteme göre ikinci derecede fail ise ikili sistemde bulunan fer'i failin yerine kullanılmaktadır. Kaplan/Weisberg, a.g.e., s.577.

133 Öğretilde yardım etme ile fer'i iştirakin birbirinden çok farklı olduğu, yardım etmenin tam anlamıyla hukuksal bir kavram olmadığı, bu kavramının kullanılmasının ilerde geniş yorumlanabileceği belirtilmektedir. Yarsuvat, a.g.y., s.131.

Ancak belirtilmelidir ki yardım etme her ne kadar TCK'da yer alan fer'i iştiraki oluşturan hareketlerin hepsini karşılamaktaysa da kuramsal açıdan fer'i iştirakin yerini almak üzere düzenlenmemiştir. Bu kavram yukarıda anlatıldığı gibi fail ve şerik şeklindeki ayırımın bir sonucu olarak yer almakta ve bir şeriklik türünü oluşturmaktadır.

YTCK'nın 39. maddesinin 2. fıkrasında suça yardım etme durumunun neler olduğu tek tek gösterilmiştir. Buna göre şerikliğin bir türü olan yardım etme; “suç işlemeye teşvik etmek veya suç işleme kararını kuvvetlendirmek veya fiilin işlenmesinden sonra yardımda bulunacağını vaat etmek, suçun nasıl işleneceği hususunda yol göstermek veya fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamak, suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak icrasını kolaylaştırmak” hareketlerinden biri veya birkaçının birlikte yapılması halinde gerçekleşecektir¹³⁴.

Yasada yardım etmenin şekillerinden biri olarak gösterilen “suç işlemeye teşvik” ile suç işleme düşüncesi olan ancak bu konuda henüz karar vermemiş olan failin suç işleme yönünde karar vermesinin sağlanması belirtilmektedir. “Suç işleme kararını kuvvetlendirmek” ise suç işlemeye karar vermiş failin suçun maddi unsurunu oluşturan hareketleri gerçekleştirmesi yönündeki kararının desteklenmesi bu yönde kararının güçlendirilmesi anlamındadır.

“Fiil işlendikten sonra yardımda bulunacağını vaat etmek” ile suçu işlenmeden önce faile suçu gerçekleştirmesi halinde yardım edileceği yönünde söz verimde bulunulması kastedilmektedir. “Yol göstermek” ise suçu oluşturan icra hareketlerine başlanmadan önce faile suçun işleniş konusunda yol gösterecek şekilde suçun işleniş biçimini açıklamak anlamındadır¹³⁵.

Yardım etmenin yasada gösterilen şekillerinden bir diğeri de fiilin işlenmesinde kullanılan araçları sağlamaktır. Fiilin işlenmesinde kullanılacak bu araçların suçun işlenmesinden önce yapılması gerekir. Örneğin suçta kullanılacak silahın önceden getirilip faile teslim edilmesi gerekir. Ayrıca sağlanan bu aracın, suçun işlenmesine elverişli olması ve suçun gerçekleştirilmesinde kullanılması gerekir. Aksi durumda yardım etme ve dolayısıyla şeriklik söz konusu olmayacaktır.¹³⁶

Yardım etme açısından YTCK'nın 39. maddesinde düzenlenen son durum ise 2. fıkranın “c” bendinde gösterilmiştir. Buna göre suçun işlenmesinden önce veya işlenmesi sırasında yardımda bulunarak suçun icrasını kolaylaştırmak da yardım etme şeklinde bir şeriklik halidir. Suçun iş-

134 Aynı durumlar Anglo-Sakson hukuk sisteminde de yardım etmeye karşılık gelen ikinci dereceden asli failliğin içinde değerlendirilmektedir. *Allen*, a.g.e., s.193.

135 *Dönmezer/Erman*, a.g.e., s.531, 532; *Demirbaş*, a.g.e., s.436.

136 *Dönmezer/Erman*, a.g.e., s.529; *Demirbaş*, a.g.e., s.432.

lenmesini kolaylaştıran her türlü yardım buraya dahildir. Maddenin açık ifadesinde de görüldüğü gibi bu yardım suçun gerçekleştirilmesinden önce yapılabileceği gibi suç işlendiği esnada da yapılabilir¹³⁷. Ancak suçun işlenmesinden önce yapılan yardım suçun maddi unsurunu oluşturan bir icrai hareket niteliğinde ise artık bu durum hazırlık hareketi kapsamında olacağından faillik durumu söz konusu olur. Bunun ayrımı her somut olayda yargıç tarafından yapılacaktır¹³⁸.

Yardım etmenin gerçekleşebilmesi için, bağıllık kuralı gereğince yardım edilen eylemin fail tarafından gerçekleştirilmesi veya en azından teşebbüs derecesinde kalması gerekir; aksi takdirde yardım etme biçimindeki şeriklik gerçekleşmez.

Ayrıca bir suça yardım etme kasten gerçekleştirilmelidir, taksirle yardım etme hali cezalandırılmaz. Aynı şekilde yardım edilen suç tipi de kasten gerçekleştirilen bir suç olmalıdır. Yardım etmenin kasten yapılmasının bir sonucu olarak yardım edilen suçun somut belirlenebilir bir suç olması gerekir. Bu nedenle suç işlemek için oluşturulmuş örgütlere yardım edilmesi ceza yasalarında ayrı bir suç tipi olarak düzenlenmektedir¹³⁹.

Yukarıda yapılan açıklamalardan TCK'nın 65. maddesiyle YTCK'nın 39. maddesinin karşılaştırılmasından açıkça görüldüğü üzere her iki madde arasında bir fark bulunmamaktadır. YTCK ile şerikliğin bir türü olarak kabul edilen "yardım etme" durumunun içinde TCK'nın 65. maddesinde düzenlenen fer'i maddi ve fer'i manevi iştirak hallerinin tümü düzenlenmiş ve birebir birbirlerini karşılar bir düzenleme yapılmıştır¹⁴⁰. Bu uygulama açısından bir farklılığın doğmamasına ve bugüne kadar bu konuda verilen yargı kararlarının da aynen geçerli olmasına yol açacaktır.

137 Demirbaş, a.g.e., s.433.

138 Dönmezer/Erman, a.g.e., s.530.

139 İçel vd., a.g.e., s.406.

140 Öğretide bu düzenlemenin eskisi düzenlemeye göre daha kazustik olduğu nedeniyle yerinde olmadığı belirtilmektedir. bkz: Artuk/Çınar, a.g.y., s.77.

Ancak yukarıda ayrıntılı olarak açıklandığı üzere 765 sayılı TCK'da fer'i failliğin düzenlendiği maddeyle 5237 sayılı YTCK'da yardım etmenin düzenlendiği 38. madde arasında dilin sadeleştiği dışında bir fark bulunmamaktadır.

D. Suç Ortaklığında Eylemin Gelmesi Gereken Aşama

Suç ortaklığında bağlılık kuralının düzenlendiği 40. maddenin 3. fıkrasında suç ortaklığından dolayı sorumu tutulabilmek için suçun gelmesi gereken aşama belirtilmiştir. Yukarıda da belirtildiği gibi öğretiyeye bırakılması gereken ve zaten kuramsal açıdan çözülmüş bir konunun bir de ilgili olmayan bir başlık altında düzenlenmesi tamamen hatalı olmuştur.

Bağlılık kuralının niceliksel etkisi nedeniyle ve suç ortaklığının bir şartı olarak, azmettiren veya yardım eden biçiminde şerik olarak sorumlu tutulmak için, azmettirilen ya da yardım edilen suçun tamamlanmış veya en azından teşebbüs derecesinde kalmış olması gerekir. Henüz hazırlık hareketlerinde kalmış, teşebbüs derecesine ulaşmamış bir eylem nedeniyle şeriklik söz konusu olmaz. Bu durum maddenin gerekçesinde de açık bir şekilde belirtilmiştir¹⁴¹.

E. Özgü Suçlarda Suç Ortaklığı

Bağlılık kuralı içersinde düzenlenen bir başka durumda 40. maddenin 2. fıkrasında yer verilen özgü suçlarda iştirak konusudur. Hemen belirtmelidir ki bu konunun da yukarıda belirtildiği üzere hem yasada düzenlenmesi hem de ilgisiz bir başlık altında düzenlenmesi hatalı olmuştur.

Özgü suçlar, ceza yasalarının özel kısımlarında yer alan suç tiplerinde suçun gerçekleşebilmesi için failde aranan bir özelliktir. Buna göre bu suç tiplerinde failin kamu görevlisi olması (zimmet suçu) ya da öğretildeki genel görüşe göre erkek olması (ırza geçme) gibi kişiye bağlı özellikler aranmaktadır.

Bağlılık kuralı ve YTCK'nın 40. maddesinin 2. fıkrası gereğince özgü suçlarda, ancak özel fail niteliğini taşıyan kimse suçtan fail olarak sorumlu olur. Bu tür suçlarda suça katılan diğer kişiler ancak azmettiren ya da yardım eden şeklinde şerik olabilirler. Ancak failin örneğin zimmet suçunda olduğu gibi cebir ve tehdidin etkisiyle dolaylı fail olarak kullanılması durumunda ise bu kişiyi kullanan arka plandaki kişiler aynen kamu görevlisiymiş gibi zimmet suçundan cezalandırılmalıdırlar¹⁴².

141 "Azmettiren veya yardım eden olarak sorumluluk için, suçun tamamlanmış veya en azından teşebbüs aşamasına varmış olması gerekir. Bu sonuç, bağlılık kuralının niceliksel etkisinden çıkarılmaktadır."

142 Sahir Erman, *Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, İstanbul, Dünya Yayıncılık, 1992, s.39.

Söz konusu bu suç tiplerinde suç ortaklığı mümkündür. Bu suçlara özgü fail özelliğini taşımayan kimselerin de iştirak etmesi mümkündür. Ancak bu durumda suç ortağının failin bu özelliğini bilmesi gerekmektedir¹⁴³.

Çok failli suçlarda özgü suç iştirak ise özellik göstermektedir. 765 sayılı TCK'nın 212. maddesinde düzenlenen rüşvet alma suçunun gerçekleşebilmesi için bir rüşvet alanın bulunması gerektiği gibi bir de rüşvet verenin bulunması gerekir ancak bu faillerden her birinin gerçekleştirdiği eylem kendi açısından suç oluşturur ve bu nedenle bunların birbirlerinin eylemine iştiraki söz konusu olmamaktadır. İşte bu suçta iştirak edilmesi halinde suç ortaklarının hangi failin suçuna göre cezalandırılacağı sorun oluşturmaktaydı. Bu nedenle TCK'nın 216. maddesinde yapılan değişiklikte suç ortaklarının kimin eylemine yardım ettiyse o failin ceza aldığı maddeye göre cezalandırılması esas düzenlenmiştir¹⁴⁴.

YTCK'da ise 252. maddesinin 1. fıkrasında rüşvet alma suçu düzenlenmiş aynı maddenin devam eden 2. fıkrasıyla ise rüşvet verenin de bu suçtan dolayı kamu görevlisi gibi sorumlu tutulacağı belirtilmiştir. Böylelikle bu suçtan dolayı özgü suçta iştirak sorunu da çözümlenmiştir. Buna göre failin kamu görevlisi olduğunu bilmek şartıyla bu suçta iştirak edilmesi mümkündür.

Buradan hareketle genel bir sonuca varılmak istendiğinde ise 765 sayılı TCK açısından kabul edilen kural yerindedir. Buna göre 5237 sayılı YTCK'nın uygulaması açısından da çok failli suçlarda faillerden birinin ya da birkaçının belirli bir nitelikte olması halinde, bu failin özelliğini bilerek yardım eden ya da azmettiren kişiler bu failin işlemiş olduğu suçta iştiraktan dolayı cezalandırılacaklardır.

F. Suç Ortaklığında Gönüllü Vazgeçme

YTCK'nın 41. maddesinde suç ortaklığında gönüllü vazgeçmenin etkisi düzenlenmiştir. Böyle bir düzenleme 765 sayılı TCK'da yer almazken yeni ceza kanununda açık ve ayrıntılı bir şekilde düzenlenmiştir; ancak hemen belirtilmelidir ki her ne kadar suç ortaklığında gönüllü vazgeç-

143 Erem/Danışman/Artuk, a.g.e., s.379, 380; Ayhan Önder, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994, s.217.

144 Mehmet Emin Artuk/Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003, s.410, 411.

me düzenleniyor olsa da sistematik açısından bu maddenin “suça teşebbüs” bölümünde düzenlenmesi daha yerinde olurdu.

YTCK'nın 36. maddesinde gönüllü vazgeçme ve faal nedamet (etkin pişmanlık) birlikte düzenlenmektedir. Buna göre “fail suçun icra hareketlerinden gönüllü vazgeçer ..., teşebbüsten dolayı cezalandırılmaz.; fakat tamam olan kısım esasen bir suç oluşturduğu takdirde, sadece o suça ait ceza ile cezalandırılır”. Görüldüğü üzere bu maddeyle TCK'da gönüllü vazgeçmenin düzenlendiği 61. maddenin 2. fıkrası arasındaki tek fark 36. maddede aynı zamanda etkin pişmanlık halinin de düzenlenmiş olmasıdır¹⁴⁵.

YTCK'nın 41. maddesinde ise suç ortaklığının söz konusu olduğu suçlarda sadece gönüllü vazgeçen suç ortağının gönüllü vazgeçmeden yararlanacağı diğer suç ortaklarının ise suçun tamamlanan kısmı kadar cezalandırılacağı belirtilmektedir.

Öncelikle belirtilmelidir ki failin suçun icra hareketlerinden vazgeçmesi halinde eğer teşebbüs durumu söz konusu değilse suç ortaklığının buna ilişkin şartı gerçekleşmeyeceği için suç ortakları açısından sorumluluk söz konusu olmayacaktır.

Yadım edenin 39. maddede belirtilen yardım etmeye ilişkin hareketlerini bırakması halinde yardım eden açısından gönüllü vazgeçme durumu söz konusu olacaktır.

Azettiren açısından gönüllü vazgeçmenin söz konusu olabilmesi içinse azettirilen kişiyi suçu işlememesi için ikna etmesi ve azettirilenin ikna olarak suçun icra hareketlerini bırakması gerekmektedir. Azmet-

145 Yasanın gerekçesinde ise tam ve eksik teşebbüs ayırımından vazgeçildiği belirtilmek suretiyle etkin pişmanlık halinin de düzenlenmediği ve gönüllü vazgeçmenin tüm icra hareketlerini kapsar şekilde düzenlendiği bunun da modern suç politikasının temel araçlarından biri olduğu belirtilmektedir. Her ne kadar isim farklı olarak verilsede failin icra hareketlerinden vazgeçmekle yetinmeyip suçun gerçekleşmemesi için icra hareketleri tamamlandıktan sonra çaba sarf etmesi etkin pişmanlığı oluşturmaktadır. Söz konusu her iki durumda da faile ceza verilmemesi ise suç politikasıyla ilgili bir tercihtir.

Ayrıca yine burada belirtilmelidir ki; her ne kadar madde gerekçesinde olmadığı belirtilse de gerçekte maddede düzenlenmiş bulunan etkin pişmanlığın gerçekleşmesi için neticenin gerçekleşmesinin fail tarafından önlenmesi kadar failin bir başka kişiyi kullanarak neticenin gerçekleşmesi de mümkündür. Örneğin yangın çıkardıktan sonra failin bir başkasına yangın söndürücüyü kullandırtıp yangını söndürtmesi durumunda olduğu gibi.

tirenin suçun işlenmemesi yönündeki tüm çabalarına rağmen azmettirilenin eylemine devam etmesi halinde ise 41. maddenin 2. fıkrası gereğince azmettiren açısından gönüllü vazgeçme söz konusu olacaktır¹⁴⁶.

YTCK'nın 41. maddesinin 2. fıkrasında ise gönüllü vazgeçenin suçun işlenmesi için gösterdiği çabalar dışında başka bir etken nedeniyle gerçekleşmemesi durumunda ve gönüllü vazgeçenin bütün gayretine rağmen işlenmesi durumunda da gönüllü vazgeçmenin bu kişilere uygulanacağı belirtilmektedir.

SONUÇ

5237 sayılı YTCK ile suç ortaklığı konusunda yeni bir sistemin getirildiği belirtilmektedir. Bu bir bakıma doğrudur; gerçekten de 765 sayılı TCK'da suç ortaklığı açısından kabul edilmiş olan ikili sistem yeni ceza yasasında kabul edilmemiştir. Buna göre suç ortakları açısından "asli-fer'i" ayrımı kaldırılmış yalnızca faillik ve şeriklik düzenlenmiştir. TCK'ya göre asli manevi faillik olarak kabul edilen "azmettirme" de öngörülen yeni ayırma göre yerinde olarak bir şeriklik türü olarak düzenlenmiştir.

Ancak bir bakıma da özellikle uygulamaya yönelik olarak TCK'nın düzenlemesi göre büyük bir değişiklik olmamıştır. Çünkü yasa koyucunun azmettirmeye verdiği önem nedeniyle 765 sayılı TCK'da olduğu gibi 5237 sayılı YTCK'da da azmettiren, suçu gerçekleştiren faile olduğu gibi suçun tam cezasının verilmesi öngörülmüştür. Bunun yanı sıra fer'i maddi faillik ve fer'i manevi faillik, yardım etme başlığı altında birleştirilerek ve kullanılan dil sadeleştirilerek aynen 765 sayılı TCK'da olduğu gibi korunmuştur.

Yasa koyucunun yeni olarak nitelendirdiği bu sistemi, suça katılanların sorumluluklarının belirlenmesi için önerilen sistemlerden her hangi birisine tamamen uyduğunu söylemek mümkün değildir. Her ne kadar gerekçede ikilik sistemin kaldırıldığı söylene de yukarıda açıklandığı gibi 765 sayılı TCK'da bulunan maddelerden pek farklılık bulunmamaktadır.

Aslında ikilik sistemin bırakıldığı ve farklı bir sistemin benimsendiği bir bakıma ve göreceli olarak doğrudur. Gerçekten de yasada yalnızca faillik ve şeriklik öngörülmüş ve şerikliğin gerçekleşebilmesi için gerekli

146 765 sayılı TCK açısından, aynı durumda azmettirenin yetkili mercilere haber vermesi ve bunların etkisiyle suçun tamamlanmamasının sağlanmasıyla gönüllü vazgeçenin söz konusu olabileceği belirtilmektedir. Önder, a.g.e., s.406.

olan bağıllık kuralı açık bir biçimde düzenlenmiştir. Ancak bu farklılık suç ortaklığını kuramsal açıdan farklı bir zemine oturtmak açısından olmuş uygulama açısından ise büyük bir farklılık getirmemiştir. Yalnızca ikilik sistemin sakıncalarını ortadan kaldırmak için düzenlendiği belirtilen zorunlu fer'i iştirak, olması gerektiği gibi failliğin içine alınmış ve ayrıca bu konuda bir düzenleme yapılmasına gerek kalmamıştır.

Buna göre kabul edilen sistem eşitlik ve ikili sistem olmadığına göre sübjektif sisteminin değişik bir görünümü olarak değerlendirilebilir. Sonuç olarak ise getirilen bu yeni düzenlemenin eski sistemle benzediği ve bu nedenle bu konuda verilmiş eski yargı kararlarını da etkisiz hale getirmediğini ancak suç ortaklığı konusunu kuramsal açıdan daha farklı bir zemine yerleştirdiği söylenebilecektir.

Ancak yukarıda görüldüğü üzere kuramsal temel dışında pek bir farklılık getirilmediğine göre neden böyle bir değişiklik yapıldığının ve yıllardır uygulanan ve hem öğreti hem de uygulama tarafından sorunları çözülmüş bir sistemin terk edildiğinin doyurucu bir açıklaması yoktur. Üstüne üstlük bu yapılırken bazı hatalar yapılmış ve öğretide yer alması gereken konu ve kavramlara yasal düzenlemede yer verilmiştir. Bu nedenle de eleştirilere açık bir düzenleme haline gelmiştir.

Sonuç olarak suç ortaklığı konusunda yapılan düzenlemelerin uygulama açısından çok büyük bir değişiklik getirmediği söylenebilecekse de kuramsal açıdan değişiklik getirildiği ve yeni bir yasada olmaması gerektiği şekilde hatalı düzenlemelere yer verildiği, bu nedenle eleştiriye açık bir düzenleme olduğu söylenebilecektir.

KAYNAKÇA

- Alagöz**, Mehmet, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı”, Türk Ceza Kanunu Reformu: İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar, Der: Teoman Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.247-254.
- Allen**, Michael J., Textbook on Criminal Law, London, Blackstone Press Limited, 1999.
- Artuk**, Mehmet Emin /Ali Rıza Çınar, “Yeni Bir Ceza Kanunu Arayışları ve Adalet Alt Komisyonu Tasarısı Üzerine Düşünceler”, Türk Ceza Kanunu Reformu: İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar, Der: Teoman Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.37-84.
- Artuk**, Mehmet Emin /Ahmet Gökçen/A. Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 4. Baskı, Ankara, Turhan Kitabevi, 2003.
- Artuk**, Mehmet Emin /Ahmet Gökçen/Caner Yenidünya, Ceza Hukuku Genel Hükümler I, Üçüncü Baskı, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Avcı**, Musatafa, “Türk Ceza Kanunu, TCK Tasarıları ve Özellikle 2004 TCK Tasarısı'nın Genel Olarak Değerlendirilmesi”, Türk Ceza Kanunu Reformu: İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar, Der: Teoman Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.199-232.
- Bayraktar**, Köksal, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı'na İlişkin Genel Bir Değerlendirme ve Genel Hükümler Üzerine Birkaç Eleştiri”, Türk Ceza Kanunu Reformu: İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar, Der: Teoman Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.21-35.
- Bayraktar**, Köksal, Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü, İstanbul, İÜHF Yayını, 1977.
- Bayraktar**, Köksal /Önder Öztürel/Pinar Memiş, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Genel Hükümleri”, Türk Ceza Kanunu Tasarısı: Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Temmuz 2004): İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Eylül 2004): Kurumsal Raporlar-Toplantılara Sunulan Raporlar-Bilimsel Raporlar, İstanbul, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi-Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, 2004, s.31-37.
- Demirbaş**, Timur, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2002.
- Dönmezer**, Sulhi, Kişilere ve Mala Karşı Cürümler, 14. Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1995.
- Dönmezer**, Sulhi /Sahir Erman, Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku, C.II, Yeniden Gözden Geçirilmiş Onbirinci Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 1997.
- Erem**, Faruk/Ahmet Danışman/Mehmet Emin Artuk, Ceza Hukuku Genel Hükümler, Tümüyle Gözden Geçirilmiş Ondördüncü Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997.

- Erman**, Sahir, Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, İstanbul, Dünya Yayıncılık, 1992.
- İçel**, Kayıhan/Füsun Sokullu Akıncı/İzzet Özgenç/Adem Sözüer/Fatih Mahmutoğlu/Yener Ünver, Suç Teorisi, 2. Kitap, Yeniden Gözden Geçirilmiş İkinci Bası, İstanbul, Beta Yayıncılık, 2000.
- Kaplan**, John/Robert Weisberg, Criminal Law Cases and Materials, Canada, Little, Brown & Company (Canada) Limited, 1986.
- Keskin**, Serap, “Suç Ortaklığı (Suça İştirak)”, Ceza Hukuku Günleri: 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler (26-27 Mart 1997-İstanbul), İstanbul, Beta Yayıncılık, 1998, s.227-233.
- Kocasalak**, Ümit /Fehmi Demir/Mehmet İpek, “Kişilere Karşı Suçlar”, Türk Ceza Kanunu Tasarısı: Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Temmuz 2004): İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Eylül 2004): Kurumsal Raporlar-Toplantılara Sunulan Raporlar-Bilimsel Raporlar, İstanbul, İstanbul Barosu-Galatasa-ray Üniversitesi-Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, 2004, s.47-58.
- Mahmutoğlu**, Fatih Selami, “TBMM Adalet Komisyonu’nda Kabul Edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Görüş”, Türk Ceza Kanunu Reformu: İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar, Der: Teoman Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.357-378.
- Önder**, Ayhan, Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1994.
- Önder**, Ayhan, Ceza Hukuku Dersleri, İstanbul, Filiz Kitabevi, 1992.
- Özek**, Çetin, “1997 Türk Ceza Yasası Tasarısı’na İlişkin Düşünceler”, İÜHFM Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu’na Armağan Sayısı, C:LVI, S:1-4, İstanbul, 1998, s.21-68.
- Özgenç**, İzzet, Suça İştirakin Hukuki Esası ve Faillik, İstanbul, İstanbul Büyükşehir Belediyesi Hukuk Müşavirliği Yayını, 1996.
- Öztürk**, Bahri/Mustafa Ruhan Erdem/Veli Özer Özbek, Uygulamalı Ceza Hukuku ve Emniyet Tedbirleri Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş Beşinci Baskı, Ankara, Seçkin Yayınevi, 2001.
- Tezcan**, Durmuş/Mustafa Ruhan Erdem, “Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin TCK Tasarısı Hakkındaki Raporu”, Türk Ceza Kanunu Reformu: İkinci Kitap: Makaleler, Görüşler, Raporlar, Der: Teoman Ergül, Ankara, Türkiye Barolar Birliği Yayını, 2004, s.327-355.
- Ünver**, Yener, “Çeşitli Ülkelerdeki Güncel Ceza Hukuku Gelişmeleri”, Prof. Dr. Çetin Özek Armağanı, İstanbul, Galatasaray Üniversitesi Yayını, 2004, s.907-1012.
- Ünver**, Yener, Ceza Hukukuyla Korunması Amaçlanan Hukuksal Değer, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 2003.

Ünver, Yener, “Ceza Hukukunda Objektif Sorumluluk”, Ceza Hukuku Günleri: 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler (26-27 Mart 1997-İstanbul), İstanbul, Beta Yayıncılık, 1998, s.109-195.

Yalçın Şancar, Türkan, Çok Failli Suçlar, Ankara, Seçkin Yayıncılık, 1998.

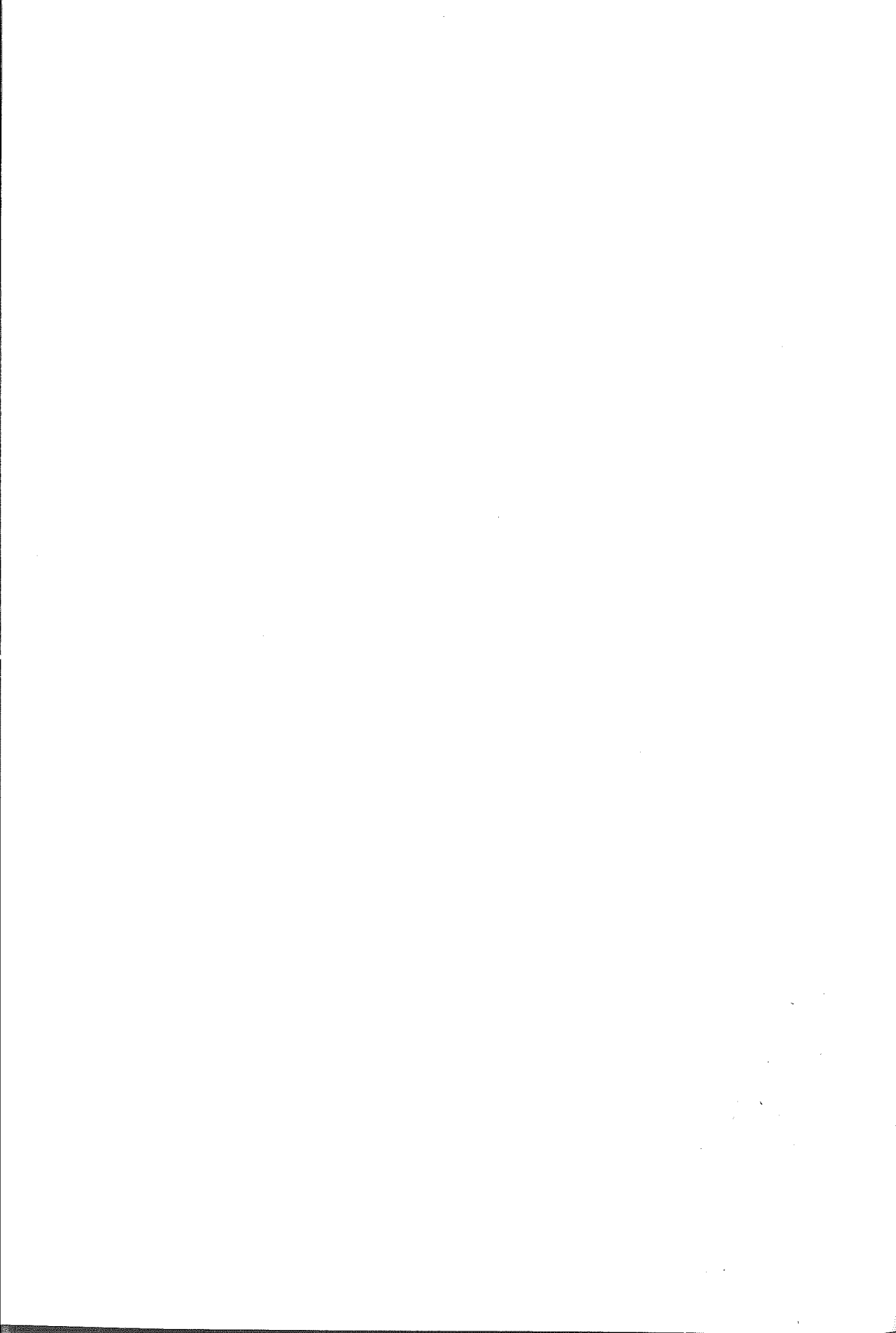
Yarsuvat, Duygun /Köksal Bayraktar/Necmi Yüzbaşıoğlu/Erdoğan Bülbül/Ümit Kocakakal/E. Eylem Aksoy/Pınar Memiş/Gülşah Kurt/Çağla Tansuğ/Didem Yılmaz, “Türk Ceza Kanunu Tasarısı Hakkında Galatasaray Üniversitesinin Görüşü”, Türk Ceza Kanunu Tasarısı: Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Temmuz 2004): İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Eylül 2004): Kurumsal Raporlar-Toplantılara Sunulan Raporlar-Bilimsel Raporlar, İstanbul, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi-Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, 2004, s.117-149.

Yıldız, Ali Kemal, “Dolayısıyla Faillik”, Ceza Hukuku Günleri: 70. Yılında Türk Ceza Kanunu-Genel Hükümler (26-27 Mart 1997-İstanbul), İstanbul, Beta Yayıncılık, 1998, s.235-244.

Yurtcan, Erdener, “Türk Ceza Kanunu Tasarısına İlişkin Genel İnceleme”, Türk Ceza Kanunu Tasarısı: Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Temmuz 2004): İstanbul Barosu-Türk Ceza Hukuku Derneği Toplantısı (10 Eylül 2004): Kurumsal Raporlar-Toplantılara Sunulan Raporlar-Bilimsel Raporlar, İstanbul, İstanbul Barosu-Galatasaray Üniversitesi-Türk Ceza Hukuku Derneği Ortak Yayını, 2004, s.71-76.



ÖZEL HUKUK



TRAFFIC LIABILITY II (*)

Prof. Dr. Erhan ADAL, M.C.L. (Columbia)
Vice Dean, Yeditepe University, Faculty of Law.

b) American law

There is no **Uniform Traffic Code** within the **United States**. In 1994 the American Automobile Association (AAA) prepared a “**Uniform Motor Vehicle Code**”, but this document was not accepted as a uniform code³⁶. Liability was solved by “**Voluntary Security Responsibility Laws**”. Voluntary Security Responsibility Laws may be divided into two categories:

(i) **Laws compensating the damage:** Florida, Indiana, Maine, Maryland, New York, Oregon, Vermont, Virginia, New Hampshire, Nevada, Tennessee, Kansas.

(ii) **Laws facilitating the proof of damage:** Alabama, Alaska, Arizona, Arkansas, California, Colorado, Columbia, Connecticut,

(*) The Introduction of this article appeared in Yeditepe Üniversitesi Legal Review I/1, Tome I, Number 1, Year 2004, pp. 353-361. Footnotes are placed in consecutive order; new abbreviations and list of bibliography are added at the end of present article.

36 **Bolgar, V.** Motor Vehicle Accident Compensation: Types and Trends, Am. J. Comp.L. 2, 1953, pp.515 et seq., **Grad, F.**, Recent Developments in Automobile Accident Compensation, Col.L.Rev.50, 1950, pp.300 et seq., **İmre, Z.**, Motorlu Taşıt Araçlarının Mecburi Mesuliyet Sigortası ve Kapsamı, BATİDER, 1973, pp.286 and contributions by **Özsunay, E.**, on pp. 292 et seq. and 446-452.

Delaware, Georgia, Idaho, Illinois, Iowa, Hawaii, Kentucky, Louisiana, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Mississippi, Montana, Nebraska, New Jersey, New Mexico, North Carolina, South Carolina, South Dakota, Texas, Utah, Washington, West Virginia, Wisconsin, Wyoming.

Early as 1932, the **Columbia Plan**³⁷, deeply impressed with the great and increasing number of motor vehicle accidents and the seriousness of the problems, presented a detailed plan modeled upon the **New York's workmen's compensation system**, but no positive results were obtained.

The **State of Massachusetts** was among the first five states in the world to enact compulsory motor vehicle liability insurance law³⁸ Although the American law also is based on the fault principle, some modifications in proving the negligence of the driver are accepted³⁹. For example, the **last clear chance presumption, family automobile doctrine, family purpose doctrine, frolic and detour doctrine** are such examples.

(a) The last clear chance presumption:

Under this doctrine, a plaintiff may recover from a defendant motorist for injuries or damages suffered, notwithstanding his own contributory negligence, where plaintiff was in a place of peril of which he was unaware or from which he was unable to relieve himself. The doctrine imposes upon person duty to exercise ordinary care to avoid injury to another who has negligently put himself in position of peril, and who can reasonably apprehend is unconscious of or inattentive to peril or unable to avoid imminent harm. Necessary elements of the doctrine are:

aa) plaintiff was contributory negligent by placing herself in a position of immediate peril,

37 Report by the Committee to Study Compensation for Automobile Accidents to the Columbia University for Research in the Social Sciences, 1932; summarized in "Compensation for Automobile Accidents: A Symposium; 32 Col.L.Rev.1932, pp.785 et seq., also comp. **Robert E.Keeton**; L'assurance automobile permettant l'indemnisation des victims independemment de la faute dans le Massachussets, Rev.Int.' l Dr. Comp. 1971, pp.115 et seq.

38 **Mass. Ann. Laws Ch. 90 §§ 34 A-J; C.175, §§ 113 a-b, 1946; Grad, Recent Developments in Auto Accident Compensation 50 Col.L.Rev.1959, 300 et seq, 303.**

39 **Prosser, Law of Torts, 2.Ed. Minnesota, 1955 at pp.290/91, 295, 345, 352.**

bb) plaintiff was unable to remove herself from such peril by the exercise of reasonable care,

cc) defendant discovered or should have discovered plaintiff's dangerous situation in time so that by exercising reasonable care the defendant could have prevented the accident,

dd) defendant failed to exercise any reasonable care,

ee) defendant had the last clear chance to prevent the accident.

(b) Family automobile doctrine:

When an automobile is maintained by the owner thereof for the general use and convenience of his or her family, such owner is liable for the negligence of a member of the family, having general authority to drive the car, while it is being used as such family car; that is, for the pleasure or convenience of the family or a member of it.

(c) Family group doctrine:

According to that doctrine the term family is not confined to persons related to the owner, but includes members of the collective body of persons living in his household for whose convenience the car is maintained and who have authority to use it.

(d) Family purpose doctrine:

Under this doctrine where one purchases and maintains automobile for comfort, convenience, pleasure, entertainment and recreation of his family, any member thereof operating automobile will be regarded as agent or servant of the owner and the owner will be held liable for injuries sustained by third person by reason of negligent operation of vehicle by member of family.

c) Frolic and detour

Sometimes also called deviation, used to define a voluntary departure by railroad carrier, without necessity or reasonable cause, from the regular or usual route or from a stipulated or customary mode of carriage. In employment, departure of employee from his course of employment and duties to employer for purposes entirely personal. Such term comes into use and is applied in worker's compensation cases and in actions against employer by third persons for injuries caused by employee.

B) Liability based on presumption of fault:

a) Italian law

Italian Civil Code article 2054 and Italian writers have accepted that the liability depends on presumption of fault. Liability starts as soon as the vehicle is put into motion and create a danger for others⁴⁰.

According to **CC.It.Article 2054: "Vehicular traffic."**

"The driver of a vehicle not on rail, is obliged to repair damage done to persons or things by the movement of the vehicle, unless he proves that he has done everything possible to avoid the damage.

In case of a collision between vehicles, it is presumed, in the absence of evidence to the contrary, that each driver contributed equally to produce the damage sustained by the several vehicles.

The owner of the vehicle, or, in his stead, the usufructuary or the acquirer subject to a reservation of ownership, is jointly liable with the driver, unless he proves that the movement of the vehicle took place against his will.

In every case, the persons indicated in the foregoing paragraphs are responsible for damage arising from defective construction or deficient upkeep of the vehicle."

b) French Law

In France the development of traffic liability started with the case **Bessières v. Compagnie des Voitures l' Abeille**⁴¹ and **Jand'heur v. Les Galeries Belfortaises**⁴²,

40 **Peretti**, Codice della Strada, Torino; **Gentile**, La responsabilita automobilistica nel nuovo Codice, Riv.Resp.Civ. 1942, at 117/18; **Brasiello**, Nozione di colpa ed eventi da circolazione dei veicoli, Riv. Circ. Strad. 1947, at 83; also see **von Bar Christian** op.cit. I, pp. 360 note 158 and II at 138-139 and Italian court decisions on 41 and bibliography on pp. 118-119.

41 Cour de Cassation, Chambre Civile, 29 July 1924, D. 1925.I.5 (note Ripert) S.1924 I.321 (note **Esmein**); **Mehren/Gordley**, The Civil Law System, Boston. 2. Ed. 1977 at pp.621-631.

42 Cour de Cassation, Chambre Civile, 21 February 1927, D. 1927 I. 97 (note Ripert) S. 1927 I. 137 (note **Esmein**).

It was established that CC.Article 1384 accepts two elements for liability against the guard⁴³ of the object:

(a) When the object itself created damage, **liability for dangerous activities,**

(b) When the result is due to lack of necessary care and diligence, **the violation of this care and diligence.**

Then came the *Desmares* case⁴⁴, which created confusion. Finally by accepting the new **Road Traffic of July 1985** also referred as **Loi Badinter** (named after the Minister of Justice), today France as accepted strict liability⁴⁵ in respect of road traffic accidents caused by motor vehicles **without searching whether a special danger is created or not**⁴⁶.

The new Law regulates that damage is divided into two: **damage resulting from personal injuries and damage to goods.** The law provides as follows:

Article 1: "The provisions of the present chapter apply to victims of a traffic accident (even if they are transported by virtue of a contract) in which a motorized land vehicle is involved (included its trailers or semi trailers, but not railway or tramway vehicles circulating on their own lines)"⁴⁷.

43 CC. Article 1384/I "A is responsible not only for the damage which he causes by his own act, but also for that caused by the act of persons for whom he is responsible, **or things under his guard**". The concept of "guard" was accepted when there was the possibility of the use, the direction and the control of the car. See *Bar von Christian*, op.cit. I, at pp.134-137.

44 Civ. 21 July 1982, D.1982, 449. The case concerned a road traffic accident and decided that in a claim under Art.1284 the plaintiff's fault would prevent recovery of compensation if it was unforeseeable and avoidable, but it would never result in a reduction of the compensation, *Youngs, R.*, op.cit.at 234 note 86.

45 See *Bar von Christian*, op.cit.at I, 619 note 293; *Tunc, A.* Traffic Accident Compensation, Toward a European Civil Code, 2.Ed. Kluwer Law International, 1998, Boston at pp.467 section 7.1.

46 *Youngs, R.*, op.cit. 251-253.

47 This means that when a train collides with a vehicle on a level crossing, the railway undertaking can claim under the **new 1985 law; but the guardian of the car can only claim under Article 1384.**

Article 2: “Victims (including drivers)⁴⁸ cannot have force majeure or the action of a third person raised as a defense against them by the driver or keeper of a vehicle mentioned in Article 1”.

Article 3: “Victims (excluding drivers of motorized land vehicles) will be indemnified from damage resulting from personal injuries which they have suffered, without it being possible for their own fault (unless it was their inexcusable fault⁴⁹ which was the exclusive cause of the accident) to be raised as a defense against them.

The victims referred to in the preceding paragraph, if they are aged less than 16 or more than 70, or if, whatever their age, they are holders, at the moment of the accident, of a certificate recognizing a degree of permanent incapacity or invalidity at least equal to 80 % will be, in any case, indemnified for damage resulting from personal injuries which they have suffered.

However, in cases referred to in the two preceding paragraphs, the victim will not be indemnified by the author of the accident for damage resulting from personal injuries if he has voluntarily sought the damage which he has suffered”.

Article 4: “Fault committed by a driver of a motorized land vehicle has the effect of limiting or excluding the indemnification of harm which he has suffered”.

Article 5: “Fault committed by a victim has the effect of limiting or excluding indemnification of damage to goods which he has suffered. Nevertheless, medical supplies and appliances delivered on medical prescription give rise to an indemnification according to the rules applicable to compensation for personal injury. When the driver of a motorized land vehicle is not the owner of it, the fault of this driver can be set against the owner in relation to the indemnification of the damage caused to this vehicle. The owner has a right of recourse against the driver”.

48 A driver is the person in control of the vehicle; i.e. the person who makes the movements necessary for driving it, Youngs, op.cit. 251 note 198.

49 The Cour de Cassation has defined this term as a voluntary fault of an unexpected gravity exposing its author without valid reason to a danger of which he ought to have been aware; see Youngs, 252 note 199; Pollard, P. Source book on French Law, 1996, London, pp.245–252.

Article 6: “The prejudice suffered by a third party from the act of damage caused to the direct victim of a traffic accident is compensated taking into account of the limitations or exclusions applicable to the indemnification of the damage”.

Ricochet victims, i.e. persons who suffer harm as a result of injury to or death of someone else, are in the same position as direct victims; they can claim in precisely the same circumstances as those which the direct victim could have claimed⁵⁰.

C) Strict liability

a) German law:

According to §§ 7 of the German Traffic Code (StVG) and the German doctrine, liability is an objective one⁵¹.

StVG §§ 7: “If through the use of a motor vehicle, a person is killed or the body or health of a person is injured or property is damaged, the holder of the vehicle is liable to the injured party for damages arising there from.

Liability is excluded when the accident is due to an unavoidable event that is caused neither by a defect in the condition of the vehicle nor by failure in its mechanism. An event is particularly considered unavoidable when it is caused by the behavior of the injured party, or of a third person who is not engaged in the operation, or by the behavior of an animal and both the operator and the driver of the vehicle conducted themselves with all the care required by the circumstances.

Should any person use the vehicle without the knowledge and will of the holder, he shall be instead of the holder, liable for damages. The holder is nevertheless liable for damages if the use of the vehicle was made possible through his negligence. Sentence 1 of this para-

50 Decision of 14 February 1986, Gaz. Pal. 1986, I, 146 cited in *Youngs*, at p.253 note 207.

51 *Müller*, *Strassenverkehrsrecht*, 17.Ed. Berlin, 1953 at 173; *Haffter*, *Die Motorfahrzeughaftpflicht im Schweizerischen, Deutschen, Italienischen und Französischen Recht*, Winterthur, 1956 at 33 et seq.; *Youngs*, 253-254; *Zweigert/Kötz, Jagush/Hetschel, Strassenverkehrsrecht*, 34 Ed., München, 1997; *von Bahr* at p.416 NJW 1996, 1354.

graph does not apply when the person using the vehicle was employed by the holder of the vehicle for the operation of the motor vehicle or when the vehicle has been left to his possession by the holder.”

b) Swiss law:

The **Swiss Traffic Code (SVG)** establishes the holder’s strict liability to which only superior force or the gross negligence of the injured party or of a third person are exceptions⁵².

The **Saskatchewan Automobile Insurance Act**, is the first attempt to coordinate individual liability with the compulsory provisions of large scale social insurance. The law imposes liability in its strictest sense; the insurance covers (every person) “**driving, or riding in or on, or operating a vehicle in Saskatchewan, independently of all other causes, through accidental means excluding suicide**” (the **Saskatchewan Automobile Accident Insurance Act**), 1947, Part II, Section 16, amended by the Law of 1948.⁵³

It is my sincere belief, that, as civilization develops due to modern technology, the concept of “**strict liability**” will replace the fault principle⁵⁴. Liability for dangerous objects and equitable responsibility must be improved. Social justice necessitates such a development. **Accident insurance** has already wholly or partly replaced the law of torts as regards traffic accidents in many countries; e.g. Sweden, Norway and Finland, Israel, Poland and New Zealand. **The Accident Compensation Act of 1972 in New Zealand somewhat extended the social security system.**

Social security systems are more developed in some countries than others, but in most industrial states in Europe today citizens who have an accident are covered for medical costs and loss of income, at any rate for a period. Where the accident causes permanent disability protection tends to be adequate, if only the victim is an employee and the accident is an accident at work, but an accident suffered on the way to or from work is treated as an industrial accident in many countries and some countries,

52 **Haffter**, 120, 131 and **Bussy**, *Responsabilité Civile automobile*, FJS No.906- 921 a.

53 See **Lawson**, *Negligence in the Civil Law*, Oxford, 1955, at 306 et seq.

54 See **Karayalçın**, *Mesuliyet ve Sigorta Hukuku Bakımından Başlıca İşletme Kazaları*, 1960, at 153-154; **Mehren/Gordley**, at 612 et seq; 690 et seq.

such as Switzerland and the Netherlands include all accidents suffered by a worker, including “accidents off work”⁵⁵. A recent example of this development in Turkey was the enactment of the new Highway Traffic Code in 1983⁵⁶.

Article 85 of the Traffic Code deals with “Civil Responsibility”. The code was adopted from the Swiss Federal Traffic Act of 1958⁵⁷. The exhibit below shows the comparison between SVG and Turkish Highway Traffic Code:

55 See *Zweigert/Kötz*, op.cit. 678 No.VI; 680-682; 683.

56 Law number 2918 was passed on October 13, 1983; see Official Gazette, October 18, 1983, no.18, 1983, No.18195, **Bolatoğlu**, Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletmenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara 1988, **Eren**, Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları, AÜHFD Vol.XXXIX, No.1-4, 1986-1987, at 159-212, **Adal**, E. Yeni Karayolları Trafik Kanunu Neler Getiriyor? Milliyet Gazetesi, November 14, 1983 at p.2 et seq.

57 Law of December 19, 1958, Strassenverkehrsgesetz (SVG); Loi fédérale sur la circulation routière (LCR), see **Bussy/Rusconi**, Code Suisse de la Circulation Routière, 3.Ed.Lausanne 1996, RS 741. 01.

EXHIBIT

SVG

HIGHWAY TRAFFIC CODE

58/I	85/I
58/II	85/III
58/III	85/IV
59/I	86/I
59/II	86/II
60/I	88/I
60/II	88/II
61/I	89/I
61/II	89/II
61/III	89/III
62/I	90
63/I	91/I
63/III	92
65/I	97
65/II	95/I
65/III	95/II
66/I	96/I
66/III	96/II
69/I	102/I
69/II	102/II
69/III	102/III
70/I	103
71/I	104/I
72/I	105/I
72/III	105/II
72/IV	105/III
72/V	105/IV

Article 85 of the Turkish Highway Traffic Code is as follows:

Liability of the holder and the owner of the enterprise "If through the use of a motor vehicle, a person is killed or injured, or property is damaged, the holder of the vehicle and the owner of the enterprise is liable to the injured party for damages arising there from.

If the motor vehicle has caused death or bodily injury, an annotation at the traffic registry where the vehicle is registered will be carried out by the public prosecutor to prevent the transfer or establish any right over the vehicle causing the damage.

Liability of the holder of the vehicle arising from a traffic injury resulting from a motor vehicle not in use; depends upon the injured party, proving the fault of the holder or persons for whom he is held responsible or any defective state of the vehicle causing the traffic accident.

The holder is equally liable, due to the discretionary power of the judge, for damages inflicted by consecutive assistance to the assisting party. However, the liability in this instance; depends upon the fact that, the holder is personally responsible of the accident or that the assistance is carried out to him or to the person within the vehicle.

The holder and owner of the enterprise, is responsible of the fault of the driver or the fault of the auxiliary persons, as if his personal fault".

According to article 86 of the Code: Exemption or limitation of liability:

"Liability is excluded when the accident is due to an act of God that is caused neither by the fault of the holder or fault of the persons for whom he is held responsible or by fault of the owner of the enterprise nor by a defective state of the vehicle affecting the accident, or the gross negligence of the injured party or of a third person.

If the holder or owner of the enterprise cannot exempt himself from liability but proves that the fault of the injured party contributed to the accident; the judge may mitigate the amount of compensation by taking into consideration the circumstances and conditions".

Article 87 of the Code: Application of general rules:

“If the person injured or killed is transported gratuitously or the motor vehicle is delivered to him gratuitously, the legal liability of the holder or the owner of the enterprise and relations between the owner of the motor vehicle and the holder for liability of damages given to the vehicle, will be subject to general rules.

Liability of the keeper or the owner of the enterprise for damages given to the goods of the injured party transported in the vehicle excluding goods in the trunk and similar goods, is also subject to general rules”.

Article 90 of the Code: Material and moral compensation:

“Matters related to the manner and contents of material compensation and moral compensation are subject to the general rules of illegal acts regulated in the Code of Obligations”.

Features of liability according to the Highway Traffic Code can be enumerated as follows

(a) In general:

Liability does not depend upon fault but upon strict liability, liability for dangerous activities, objects⁵⁸.

(b) Death, injury or material damage must occur. For damages given to transported goods and moral damages, the general principles of the Code of Obligations related to illegal acts will be applied⁵⁹.

(c) Damage must be inflicted by a motor vehicle⁶⁰.

58 See Tandoğan, *Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku*, Ankara, 1981 at 223, Adal, *Trafik Kazalarında Akit Dışı Hukuki Sorumluluk*, İstanbul, 1963 at 10 et seq.; Deschenaux/Tercier, *La responsabilité Civile*, 2.Ed. Berne at § § 15 pp. 140-160; Eren, *op.cit.* at 160 et seq.

59 For contract of transportation the provisions of the Commercial Code, Articles 781 et seq. and for moral damages Article 90 of the Highway Traffic Code will be applied.

60 According to Article 3 of the Highway Traffic Code “Highways, are land strips, bridges and areas which are dedicated to the use and benefit of the public for traffic purposes”, Adal, at 49-50; Tandoğan, at 244, Bolatoğlu, at 31 et seq. According to Article 3 “all vehicles operated by means of a machine propulsion to carry persons, animals or transport goods in highways, are considered as motor vehicles. According to Article 103, non motor vehicles and motor bicycles are subject to general principles of illegal acts”.

(d) The use of a motor vehicle must have caused the damage⁶¹.

(e) There must be an adequate causality between the use of the vehicle and the damage resulted⁶².

Act of God, gross negligence of the injured party, gross negligence of the third party are extenuating liability in the measure of interrupting the chain of adequate causality⁶³.

(f) The person responsible is the Keeper / Holder or Operator⁶⁴ and owner of the enterprise⁶⁵.

The keeper is not always necessarily the owner; it is the person who performs the act of operating the vehicle and benefiting from it economically⁶⁶. This person will have the final word in deciding to introduce the vehicle into traffic and remove it; he will be in charge of all the expenses of the vehicle as well.

-
- 61 The term "use" corresponds to German word "Betrieb". The Swiss text refers to as "durch den Betrieb (by means of use); whereas the French word is "emploi"; see Bussy, FJS 909, 1-2; Bussy/Rusconi, at 538-539, Haffter, 33 et seq. According to the doctrine of **mechano technique system**, a motor vehicle is considered to be at use when its mechanic parts (engine and headlights) are functioning; Adal, Motorlu Taşıtın İşletilmesi, BATİDER, 1965, T.II, pp.305-331. The Swiss jurisprudence and doctrine have extensive material on the subject of use; see Bussy/Rusconi, at 538 specially for the **Guillot** and **Liniger** cases where it denied the application and was criticized; Gürsoy, İsviçre Hukukunda Trafik Kazalarında Doğan Hukuki Sorumluluğun Ana Hatları, Ankara, 1974 at 33-34; 37-40.
- 62 See Adal, op.cit.60 et seq.; Özsunay, Türk Hukukunda İşletenin Sorumluluğu ve Sorumluluktan Kurtulması Bakımından Kusurun Etkisi ve Önemi, İstanbul MHE 1981, at 12 et seq.; Tandoğan, at 244-245.
- 63 Özsunay, at 102 et seq.; Gürsoy, at 45 et seq.; Adal, 103 et seq.
- 64 The Swiss Text uses (**détenteur, Halter**). The French Code uses (**guardian**). The Austrian Traffic Code mentions (**Betriebsunternehmer**). The German StVG speaks of the "halter". This requires an actual, legal and economical connection between the vehicle and the responsible person. Adal, at 78, Eren, at 175 et seq; Özsunay, Trafik Hukukunda Zarar Giderimi Sorumlusu Olarak "İşleten" (araç sahibi gibi) Kavramına İlişkin Bazı Sorunlar, BATİDER, 1971, 88 et seq.
- 65 Accepted by the new amendment of 17.10.1996; see Çelik, H. Trafik Yasasındaki Son Değişikliklerin Tazminat Hukuku Yönünden Değerlendirilmesi, IBD 1996, t.70, No. 10-11-12, pp.778-795, Bolatoğlu, at 60 et seq.
- 66 Tandoğan, at 226 et seq.; the new Traffic Regulation, Official Gazette dated June 16, 1985, number 18786, in Article 3 defines the holder as "the person who owns the motor vehicle or appears in the traffic registry according to the pact of reservation of property or person who receives the motor vehicle as rent, loan

The Traffic Code introduces a new concept as “persons for whom the holder is held responsible (Traffic Code article 85/III). This category includes people who affect directly the responsibility of the holder⁶⁷.

(g) In case of unauthorized use of the motor vehicle, as a rule, the holder of the vehicle is assumed to be liable (Traffic Code article 107).

However if no fault is imputable neither to the holder nor to the persons for whom the holder is held responsible, the injury will be recovered through the “Guarantee Fund”⁶⁸.

(h) In case of collisions of responsibility⁶⁹ among various dangerous objects; e.g. motorcar and motor bicycle, the risk pertaining to each vehicle, (the inherent risk) will be taken into consideration⁷⁰.

(i) The concept of traffic accident is defined in Article 3 as “an event which results in death, injury or damage by means of which one or more motor vehicles are involved in the state of motion on the highway”⁷¹.

or mortgage”. Apart from this criteria the Highway Traffic Code mentions as the holder, the following:

aa) in case of towage (Article 102);

bb) professional bodies engaged with the reparation, maintenance and purchase of the motor vehicle (Article 104);

cc) rally organizations (Article 105);

dd) state and other public owned enterprises (Article 106/I);

ee) unauthorized usage of the motor vehicle (Article 107).

67 The following persons are included within this category:

aa) the driver of the vehicle;

bb) assistants (auxiliaries) contributing to the use of the vehicle;

ee) passengers within the vehicle contributing to the use of the vehicle. See Bernasconi, M., “Die Haftung des Motorfahrzeughalters für andere Personen”; Zürich, 1973.

68 See “The Guarantee Fund Regulation; Official Gazette”, August 10, 1990, number 20601; Kender, R. Trafik Sigortasında Garanti Fonu, Ankara 1975, at 433-445.

69 See ‘Adal, Motorlu Taşıt İşleticisinin Uğradığı Zararla İlgili Olarak “Sorumluluk Çatışmaları”, BATIDER, 1968 at 704 et seq., Brehm, Le risqué inherent a l’emploi d’ un motorcycle compare a celui d’une voiture automobile SJZ 61 at 69 et seq.

70 See Bolatoğlu, at 152-155; Eren, at 192, 201.

71 Article 84 has regulated that certain events are prima facie evidence of gross negligence; violation of traffic rules, such as: crossing at a red light, crossing when prohibited by competent authority, accident on highway where no entry sign exists, trespassing the other lane, collision to the rear of the vehicle, disobeying the priority rule of crossing, collision in parked areas.

(j) According to Article 85/II, liability of the holder of a vehicle causing a traffic injury while **not in use**, depends upon the injured party of proving the fault of the keeper or the fault of the persons for whom he is held responsible or a defective state of the vehicle causing the accident.

(k) In Article 85/III, for damages inflicted by consecutive assistance to the assisting party, the keeper is again held liable but the judge will use his discretionary power and the assistance must be carried out to him or to the persons within the vehicle and the keeper must be personally responsible⁷².

(l) The holder is assumed to be responsible for the fault of (i.e. violating a traffic rule) of the driver as if they were his personal fault (Article 85/IV).

(m) There is an obligation for the keepers or owners, to make a compulsory liability insurance contract (Article 91); any vehicle lacking this insurance provision may be suspended from traffic. The insurance provision, entitles the injured party to sue, directly the insurance company within insurance limits (Article 97).

(n) According to article 108 the following events will be covered by the “guarantee fund”, namely:

- i - hit and run cases,
- ii - damages inflicted by vehicles without any compulsory liability insurance contract,
- iii - bankruptcy of the insurance company,
- iv - in theft or usurpation of the vehicle causing the damage.

(o) Certain persons who are engaged in professional activities related to the motor vehicles are also presumed to be liable as if they were the keeper of vehicle; e.g. repairmen, galleries selling cars, garages (Article 104).

(p) In case of races and rallies, the organizing body is assumed to be liable as if he were the keeper of those vehicles (Article 105).

(q) The concept of traffic has been defined in article 3 as “the state and movement of pedestrians, animals and vehicles on highways”.

⁷² See Bolatoğlu, at 180–182

(r) The liability of the keeper is excluded when the accident is due to:

i - an act of God,

ii- gross negligence or fault of the injured party,

iii - gross negligence of the third party.

In case of Act of God, it is not sufficient merely to prove that vis major occurred. This vis major must not be caused neither by:

aa) the fault of the keeper or fault of the persons for whom the keeper is held responsible, or by fault of the owner of the enterprise, nor by

bb) a defective state of the vehicle affecting the accident (Article 86)⁷³.

(s) The owners of the motor vehicles are obliged to register their vehicles to traffic registry and obtain their registration certificate (Article 19).

(t) The vehicles registered must contain a **traffic certificate plus a registration plate**. No vehicle is allowed to circulate without these documents. Vehicles lacking these documents will be prohibited from the traffic (Article 21/I).

(u) All kinds of transfers and sales of registered motor vehicles will be done through **public notaries**. Notaries will inscribe and certify such a transfer and purchase to the registration office. Such transactions must be notified to the traffic registry within **fifteen work days**. All kinds of transfers and sales which are not carried out by public notaries are invalid (Article 20).

(v) A **central data processing center** will be established and will contain all relevant information concerning the driver and the alterations made in the vehicles (Article 132).

(w) Articles 122-125 regulate traffic training which starts at the primary school and is repeated according to the requirements prescribed in by laws prepared for this purpose.

(y) Article 109/I of the Traffic Code regulates that the statute of limitations for claims arising for the compensation of material damages is,

73 See Adal, 658, c and d; Bolatoğlu, 163-192.

two years starting from the date the injured person has cognizance of the damage and the person responsible for compensation and in any case, after ten years of the accident date. If the criminal code regulates a longer period of limitations to this offence, then this period will also be applied for material compensation claims (Article 109/III).

(z) Finally, Article 111 regulates that all prior arrangements related with compensation claims are invalid and that all arrangements or conciliations after the event which are manifestly insufficient or excessive in relation to the amount of compensation, may be rescinded within two years starting from the date of their enactment.⁷⁴

74 In SVG Article 87/II this period is one year.

ABBREVIATIONS

A.A.A. ,	American Automobile Association.
A.B.A.J.	American Bar Association Journal.
A.B.N.Y.	Association of the Bar of New York.
Am.J. Comp.L.	American Journal of Comparative Law.
AÜHFD	Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi.
Art.	Article.
BATIAE	Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü.
BATIDER	Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi.
Civ.	Cour de Cassation Civil Chamber.
D.	Recueil de jurisprudence, Dalloz.
e.g.	(<i>exempli gratia</i>), for example.
FJS	Fiches Juridiques Suisse.
Gaz.Pal.	Gazette du Palais (periodical).
Harv. L.Rev.	Harvard Law Review.
i.e.	(<i>id est</i>) that is.
Int. L.Q.	International Law Quarterly.
İBD	İstanbul Barosu Dergisi.
JdT	Journal des Tribunaux.
Mich. L.Rev.	Michigan Law Review.
MHE	Mukayeseli Hukuk Enstitüsü.
N.Y.C.B.A.	New York City Bar Association Bulletin.
N.Y.U.L.Q. Rev.	New York University Law Quarterly Review.
N.W.L. Rev.	Northwestern Law Review.
NJW	Neue Juristische Wochenschrift.
Riv. Circ. Strad.	Rivista della Circolazione Stradale.
Riv. Resp. Civ.	Rivista Responsabilita Civile.
S,	Recueil Sirey.
St VG	Strassenverkehrsgesetz (German Road Traffic Act, 19.12.1952).
SVG	Strassenverkehrsgesetz (Swiss Federal Traffic Act, 19.12.1959).
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung.
T.	Tome.
U. Pe. L. Rev.,	University of Pennsylvania Law Review.
Vol.	Volume.

BIBLIOGRAPHY

- ADAL, E.:** Trafik Kazalarında Akit Dışı Kişinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul, 1963 (Doctoral thesis),
- Trafik Kazalarında Zarar Görenin Himayesi, *BATIDER*, 1964, T.II, pp.384-396.
 - Motorlu Taşıtın İşletilmesi, *BATIDER*, 1965, T.II, pp. 147-158.
 - Motorlu Taşıtın Hususiyle Otomobilin Mahiyetinden Gelen Tehlikenin Tespiti, *BATIDER*, 1966, T.III, pp.704-719.
 - Trafik Kazalarında Orta/Vasat Kusur Kavramı, *IBD*, 1968, T.XLII, pp.18-29.
 - Motorlu Taşıt İşleticisinin Uğradığı Zararla İlgili Olarak "Sorumluluk Çatışmaları", *BATIDER*, 1968, T.IV, No.4, pp.620-646.
- AVERBACH, A.:** Handling Accident Cases, New York, 1961.
- BALLANTINE:** Compensation for Automobile Accidents, *A.B.A.J.* 18, 1932, 221.
- BALTAZAR, J.Q.:** Indemnification of traffic injuries through compulsory Motor vehicle liability insurance, *Philippine Law J.* 32, 1957, pp.157-181.
- BOHLEN:** The Effect of Rebuttable Presumptions of Law Upon the Burden of Proof, 68 *U.Pe.L.Rev.*1919, p.307 et seq.
- BOLATOĞLU, B.:** Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Araç İşletenin Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 1988.
- DEAK, F.:** Automobile Accidents, *U.Pe.L.REV.*79,
- Accidents, *Minnesota L.Rev.*XXI, 1937/1931, pp.271-305.
 - Liability and compensation for automobile, No.2, 1937, p.309 et seq.
- EHRENZWEIG:** Psychoanalysis of Negligence, *N.W.L. REV.*855, 1953.
- EREN:** Karayolları Trafik Kanununa Göre Motorlu Taşıt İşletenin Akit Dışı Sorumluluğunun Hukuki Niteliği ve Unsurları, *AÜHFĐ No.1-4*, 1986-1987, 159 et seq.
- ESMEIN:** Un plan Américain d'indemnisation des victims d'accidents 'automobiles, *J.C.P.*1955, I, 1253.
- FLEKING, J.:** Accidental liability reconsidered: The impact of liability insurance, *The Yale L.J.* 57, 1947-1948, pp.549-555.
- GILLAM:** Products liability in the automobile industry, *Minnesota*, 1960, pp.193-203.
- HARLEY:** Compensation without fault, 20 *A.B.A.J.* 1934, 710.
- HARPER/JAMES:** The law of Torts, Boston, 1956, II, pp.734 et seq.
- KEETON:** Liability insurance and Responsibility for settlement, *Harv.L.Rev.*67, 1953-1954, 1136

LANDIS: Report by the Committee to study compensation for Automobile Accidents, Harv.L.Rev.45, 1931-32,

LAWSON, F: Negligence in the Civil law, Oxford, 1955.

LEMMON: Insurance and the Automobile: Where are headed? Int.'1 L.Q. 1954, 369.

LILLY, F.R.: Compensation for Automobile accidents: A Symposium, 32 Col.L.Rev.1932, 803.

MARRYOTT, F.: Automobile Accidents and Financial Responsibility, New York, 1930.

PROSSER: Law of Torts, 2.Ed. Minnesota, 1955, 346.

SCHWARTZ, L.: Trial of Automobile Accident Cases, (I/II Legal) New York, 1958.

SMITH: Frolic and Detour, 23 Col.L.Rev.1923, 444.

- Compensation for automobile accidents, 32 Col.L.Rev.1932, 785 et seq.

THORTON, MC: Automobile accident problems and proposed legislation, 25 N.Y.C.B.a.1953, 295 et seq.

YOUNG/AUSTIN/DOWLING: Compensation for Automobile Accidents, 32 Col.L.Rev.1932, 785 and 803 et seq.

HOLLANDA DENİZ KANUNLAR İHTİLÂFI KANUNU

Doç. Dr. Nuray Ekşi

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Devletler Özel Hukuku
Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

Doç. Dr. Ali Cem Budak

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medenî Usul İcra ve İflâs
Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

GİRİŞ

Deniz ticaretin alanında, ulusal veya uluslararası kuruluşlar, meslek birlikleri tarafından hazırlanan matbu formlar ve genel işlem şartları yaygın olarak kullanılmaktadır. Konuyla ilgili olarak uzman kuruluşlar tarafından hazırlanan bu metinlerin kullanılması, emredici hükümler dışında, ulusal hukuklara olan ihtiyacı önemli ölçüde azaltmıştır. Uygulamada, taraflar, tip sözleşmelere veya genel işlem şartlarına atıfta bulunarak bunları aralarındaki sözleşmenin bir eki veya parçası haline getirmektedirler (incorporation by reference). Bu düzenlemeler, sözleşme hükmü olarak tarafları bağlarlar. Sözleşme hükmü olarak mahkemeler veya hakemler tarafından uygulanan bu düzenlemeler ticarî hayattaki ihtiyaçları daha iyi karşılamakta; uyuşmazlığın çözümü için gerekli hükümleri içermektedirler¹. Ayrıca, deniz ticaretine ilişkin birçok konuda yapılan milletlerarası konvansiyonlarla taraf devletler açısından ortak bir sistem getirilmeye çalışılmaktadır.

1 Ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray EKŞİ, Milletlerarası Deniz Ticareti Alanında “Incorporation” Yoluyla Yapılan Tahkim Anlaşmaları, İstanbul 2004, s. 263-291.

Ancak deniz ticareti alanında, gerek uzman kuruluşlar tarafından hazırlanan metinler gerekse milletlerarası konvansiyonlarla ortak bir düzenleme oluşturma çabalarına rağmen, her ülkenin mahkeme ve icra teşkilatını doğrudan ilgilendiren konular millî hukukların hakimiyet alanına bırakılmıştır. Üstelik, taraflar arasındaki sözleşmelerin ve bu sözleşmelerin eki haline getirilen tip kuralların veya genel işlem şartların geçerli olup olmayacakları sözleşmenin esasına uygulanacak hukuka göre tayin edilecektir. Sözleşmenin esasına uygulanacak hukuk ise kanunlar ihtilâfi kuralına göre belirlenecektir.

Deniz ticaretine ilişkin uyuşmazlıkların çoğunun yabancılık unsuru taşıması sebebiyle, bu alanda Türk mahkemeleri kanunlar ihtilâfi ve milletlerarası usul hukuku sorunlarıyla sıkça karşılaşmaktadır.² Hatta, deniz ticareti alanında diğer özel hukuk alanlarının hiçbirinde rastlanmayacak kadar fazla yabancılık unsuru taşıyan uyuşmazlıkların bulunması “deniz milletlerarası özel hukuku” dalının varlığından söz edilmesine yol açmıştır³. Türkiye’de, deniz ticareti hukuku da dahil yabancılık unsuru taşıyan işlem ve ilişkilerle ilgili hükümler prensip olarak Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (MÖHUK)’da yer almaktadır. Deniz ticaretinden kaynaklanan uyuşmazlıklarda MÖHUK’daki hükümlerin uygulanacağına şüphe yoktur. Bu bağlamda, yabancılık unsuru taşıyan, gemi mülkiyeti ve gemi üzerindeki aynî haklar bakımından 23. madde; denizde eşya veya yolcu taşıma sözleşmeleri, charter partiler, gemi onarım ve gemi inşa sözleşmeleri ve römorkaj sözleşmeleri bakımından 24. madde; denizde çatma bakımından 25. madde hangi ülkenin hukukunun uygulanacağını göstermektedir. MÖHUK’un ve Türkiye’nin taraf olduğu milletlerarası antlaşmaların yanı sıra Türk Ticaret Kanununda da kanunlar ihtilâfi kuralına rastlanmaktadır. Örneğin, TTK’nın 866/II. maddesi, Türk gemi sicilinde kayıtlı bulunan gemi üzerindeki mülkiyetin iktisap ve ziyasının hangi ülkenin hukukuna tabi olduğunu düzenleyen bir kanunlar ihtilâfi kuralıdır⁴.

- 2 1995 yılında yapılan bir araştırmaya göre, Yargıtay 11. Hukuk Dairesine gelen ve yabancılık unsuru taşıyan ticari davaların yaklaşık üçte biri deniz ve kara taşımacılığından doğan uyuşmazlıklar ile ilgilidir. Bkz. Ali Cem BUDAK, Making Foreign People Pay, Aldershot 1999, s.150.
- 3 Erdoğan GÖĞER, Deniz Ticareti Hukukundan Doğan Kanunlar İhtilâfi, Ankara 1969, s. 2-4; deniz ticareti ile ilgili kanunlar ihtilafı hakkında kapsamlı bir çalışma için bkz. Peter MANKOWSKI, Seerechtliche Vertragsverhaeltnisse im Internationalen Privatrecht, Tübingen 1995.
- 4 Madde ile ilgili açıklamalar için bkz. Gülören TEKİNALP, Devletler Hususî Huku-

Deniz ticaretinin kendine has özelliklerinin ağır bastığı meselelerde, özel hukukla ilgili her konuda yabancılık unsuru taşıyan işlem ve ilişkilerle ilgili olarak düzenleme getiren milletlerarası özel hukuka ilişkin kanunların yetersiz kaldığı da bir gerçektir. Bu gerçeği dikkate alarak, bazı ülkeler sadece deniz ticaretine özgü kanunlar ihtilâfı kurallarını içeren özel kanunlar yapmaktadırlar. Deniz ticareti alanında en gelişmiş hukuk sistemlerinden birine sahip olan Hollanda'da⁵ 18 Mart 1993 tarihli Deniz Kanunlar İhtilâfı Kanunu, 1 Mayıs 1993 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Kanunun 1. maddesi, deniz kanunlar ihtilâfı açısından atıf teorisini (renvoi) bertaraf etmiştir. Bu maddeye göre, Kanunda yer alan kanunlar ihtilâfı kurallarında belirtilen ülke hukuku sadece o ülkede yürürlükte bulunan maddî hukuk kurallarını kapsar. Kanunun 2. maddesi gemi üzerindeki mülkiyet ve diğer aynî haklara; 3. maddesi iflâs yoluyla veya icra yoluyla geminin satışı sırasında ileri sürülen alacağın mevcudiyetine, alacakların sıra cetvelindeki sırasına, imtiyazlı olup olmadıklarına; 4. maddesi üçüncü şahısların çarter partilere ilişkin taleplerine; 5. maddesi üçüncü şahısların konişmentodan kaynaklanan hak ve borçlarına; 7. maddesi çatmaya uygulanacak hukuku tayin etmektedir. Kanunun 6. maddesi ise, varna limanı hukukunun hangi meselelerde uygulanacağını göstermektedir. Kanunun 8. maddesi, Hollanda Ticaret Kanununda yapılan değişikliklere ilişkindir.

Kanunun özellikle 3, 4, 5 ve 6. maddeleri Türk milletlerarası özel hukukunda tereddüt edilen konuları düzenlemektedir. Uygulamaya ışık tutmak ve yeni bir ticaret kanunu ile milletlerarası özel hukuk kanununun hazırlıklarının sürdürüldüğü bir dönemde konuyla ilgili çalışmalara katkıda bulunmak amacıyla Hollanda Deniz Kanunlar İhtilâfı Kanununu Türkçe'ye tercüme etmenin faydalı olacağını düşündük.

kunda Gemi Alacaklısı Hakkı, İstanbul 1967, s. 32 vd.; Gülören TEKİNALP, Devletler Hususî Hukukunda Gemi Alacaklısı Hakkının Doğuşu ve Buna İlişkin Problemler, IV(1967)2 BATİDER, s. 236; Nuray EKŞİ, Yabancı Gemilerin İhtiyati Hacz, 2. bası, İstanbul 2004, s. 93 vd..

5 Hollanda Medeni Kanunu'nun taşıma hukukuna ilişkin (navlun sözleşmesine ilişkin ayrıntılı hükümler içeren) 8. Kitabı İngilizce ve Fransızca'ya tercüme edilmiştir. Bkz. P.P.C. Haanappel / Ejan Mackaay, New Netherlands Civil Code Book 8 Means of Traffic and Transport, Den Haag 1995.

HOLLANDA DENİZ KANUNLAR İHTİLÂFI KANUNU⁶

Madde 1

Bu Kanunun hükümlerinin “uygulanacak hukuk” olarak yollamada bulunduğu hukuk, kanunlar ihtilâfi kuralları hariç olmak üzere, söz konusu ülkenin ulusal hukukudur.

Madde 2

3. maddenin hükümleri saklı kalmak üzere, tescil edilmiş geminin mülkiyet hakkına kimin sahip olduğu; gemi üzerinde hangi aynî hakların bulunduğu; mülkiyet hakkının ve diğer aynî hakların kapsamının ne olduğu; geminin hangi tamamlayıcı parçalarının bu hakların kapsamına girdiği, söz konusu hak doğduğu anda geminin tescil edildiği ülke hukukuna tabidir.

Madde 3

1. Tescil edilmiş geminin iflâs veya haciz yoluyla satışından elde edilen bedelin Hollanda’da bulunan mahkeme tarafından paylaşılması sırasında, iflâs alacağı olarak veya hacze iştirak prosedürü içinde ileri sürülen alacağın mevcut olup olmadığı ve kapsamı hakkında, bu alacağın tabi olduğu hukuk uygulanır.

2. Bir önceki paragrafta sözü edilen alacağın rüçhanlı (rehinle korunan) olacak olup olmadığına; bu alacağın kapsamına, sırasına ve rüçhan (rehin) hakkının sonuçlarına iflâsın açıldığı veya paraya çevirmenin başladığı anda geminin tescil edilmiş olduğu ülkenin hukuku uygulanır. Şu kadar ki, sıra cetvelinin düzenlenmesinde, bir alacağa ipotekli alacaklılardan daha üst sırada yer verilebilmesi için, söz konusu alacağın Hollanda hukukuna göre de bu (ipotekli) alacaklılara karşı imtiyazlı olması lazımdır.

3. Alacağa uygulanan hukuka göre, geminin paraya çevrilmesinde elde edilecek bedelden tatmin edilmek konusunda diğer alacaklılara göre rüçhanlı olmayan (rehinle korunmayan) alacağa rüçhan hakkı tanınmaz.

6 Bu çeviri, Prof. Dr. William TETLEY’in 28.9.2004 tarihli yazılı iznine istinaden yapılmıştır.

Madde 4

1. Gemi işletme sözleşmesinin taraflarından biri veya onun istihdam ettiği veya onun adına faaliyette bulunan bir şahıs ya da taşınmakta olan veya taşınacak malların maliki yahut bu mallar üzerinde hak sahibi olan taraf aleyhine akit dışı sebeple dava açılması halinde, bu kişinin, kendisinin akdettiği veya gemi işletme sözleşmeleri zincirine bağlı olarak başkası tarafından akdedilen sözleşme hükümlerine dayanıp dayanmayacağı, akit dışı iddiaya uygulanacak hukuka göre belirlenir.

2. Bununla birlikte, gemi işletme sözleşmesinin tarafları arasındaki ilişkide, yukarıdaki paragrafta belirtilen hususlar, bu sözleşmeye uygulanacak hukuka tabidir.

Madde 5

1. Malların konişmento kapsamında taşınması halinde (konişmentoyu imzalayan veya konişmento nam ve hesabına imzalanan şahıs hariç) üçüncü bir şahsın konişmentoya göre taşıyanın haklarına ve borçlarına sahip olup olmadığı ve sahip ise hangi şartlar altında sahip olduğu sorununa; ve aynı zamanda konişmentonun taşıyan ile ilgili olarak doğurduğu hak ve borçlara kimin sahip olacağı sorununa, taşıma sözleşmesinin taraflarının seçmiş olduğu hukuk dikkate alınmaksızın, sözleşmeye göre boşaltmanın yapılacağı limanın bulunduğu ülkenin hukuku uygulanır.

2. Bununla beraber, önceki paragrafta belirtilen hususlar, sözleşme konusu malların teslimi, yükleme yeri, yükleme usulü ve süresine ilişkin borçlar bakımından yükleme limanının bulunduğu ülkenin hukukuna tabidirler.

Madde 6

Navlun sözleşmesine uygulanacak hukuk hangi devletin hukuku olursa olsun,

(a) Taşıyanın mallar üzerinde hapis hakkının bulunup bulunmadığına ve varsa bu hakkın kapsamına,

(b) Taşıyanın veya taşıyanın malı teslim edeceği kişinin, malların hangi durumda teslim edildiğini veya mallarda kayıp yahut malların kısmen ya da tamamen hasara uğradıkları şüphesi varsa, kayıp veya hasarın takdiri de dahil olmak üzere, kaybın veya hasarın sebebini tespit etmek için, adli ince-

leme yaptırmaya hakkı bulunup bulunmadığına ve bu hakkın kullanılmasının hukuki sonuçlarına malların gönderildiği ülke hukuku uygulanır.

Madde 7

1. Bu madde anlamında “çatma” iki geminin birbirine temasını ifade eder. Bu madde, yalnızca, gemilerin sebep olduğu ve gemilere veya gemide bulunan mallara veya şahıslara zarar veren çatmalardan doğan sorumlulukla ilgilidir. Bu maddenin uygulanmasında, bir geminin, o gemiyi tescil eden veya adına tescil edildiği devlete yahut gemi hakkında tescil belgesi veya ona eşdeğer bir belgenin düzenlendiği devlete veya tescil, tescil belgesi veya benzeri belgenin yokluğu halinde gemi malikinin vatan-daşı olduğu devlete bağlı olduğu kabul edilir.

2. Bu maddenin 3 ve 4. paragrafları saklı kalmak kaydıyla, geminin bir devletin iç sularında veya karasularında meydana gelen bir çatmayla ilgili sorumluluğu o devletin hukukuna tabidir; açık denizlerde çatmadan sorumluluk tazminat davasının açıldığı devletin hukukuna tabidir.

3. Çatmadan doğan sorumluluğa ilişkin bir konvansiyona taraf olan veya hukukları konvansiyondaki hükümlerle uyumlu olan farklı devletlere bağlı gemiler arasındaki çatmaya konvansiyondaki hükümler veya söz konusu devletin eş değer hükümleri uygulanır.

4. Çatmaya karışan bütün gemiler aynı devletin tebası ise, bu devletin hukuku uygulanır. Bu kural, sadece nehir taşımacılığı yapan gemilerin karıştığı çatmalarda uygulanmaz.

5. Uygulanacak hukuk hangi devletin hukuku olursa olsun, sorumluluğun belirlenmesinde çatma yerinde ve zamanında yürürlükte olan bütün deniz trafik kuralları dikkate alınır.

6. Sorumluluğa uygulanacak hukuk, özellikle,

- (a) Sorumluluk sebeplerini,
- (b) Sorumluluktan muafiyet sebepleri ve sorumluluğun paylaşılmasını,
- (c) Tazmin edilecek zararın niteliğini,
- (d) Zararın miktarını,
- (e) Kendi adına zararın tazminini talep edebilecek kişilerin kimler olduğunu,

- (f) Temsil olunanın, temsilcinin fiilinden,
- Davalının, istihdam ettiği veya onun adına başka faaliyetlerde bulunan kişilerin fiillerinden,
 - Geminin, gemi sahibinin veya işletmecisinin, kaptanın fiilinden sorumluluğunu,
- (g) Tazminat talep etmek hakkının temlik edilip edilemeyeceğini ve kanun yoluyla intikal edip etmeyeceğini,
- (h) İspat yükü ve karineleri,
- (i) Dava zamanaşımı süresini; zararların tazmini talebinde zamanaşımı süresini; zamanaşımının başlangıcını, kesilmesini ve durmasını

belirler.

Madde 8 (Hollanda Ticaret Kanununa yapılan değişikliklere ilişkindir.)



TÜRKİYE'DE YAPILAN YABANCI YATIRIMLARA İLİŞKİN MEVZUAT HAKKINDA GENEL DEĞERLENDİRME

Doç. Dr. Nuray Ekşi

Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Devletler Özel Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

I. Genel Olarak Yabancı Yatırımların Hukukî Dayanakları

Türk hukukunda, yabancı sermaye yatırımları ile ilgili düzenlemeleri, “kaynağı” açısından, iki kısma ayırabiliriz: Millî mevzuat ve milletlerarası antlaşmalar. Usulüne uygun olarak onaylanan milletlerarası antlaşmaların kanun hükmünde olduğu Anayasanın 90/V. maddesi ile 244 sayılı Kanunda¹ ifade edildiğinden bunlar da iç hukukun bir parçasını teşkil ederler². Dolayısıyla, Türkiye tarafından onaylanan iki veya çok taraflı yatırım antlaşmaları “kanun” gibi uygulanırlar. Bununla beraber, yabancı sermaye ile ilgili düzenlemelerin “kaynağı” açısından aradaki farkı vurgulamak bakımından ikili bir ayırım yapılmıştır.

1 Milletlerarası Antlaşmaların Yapılması, Yürürlüğü ve Yayınlanması ile Bazı Antlaşmaların Yapılması İçin Bakanlar Kuruluna Yetki Verilmesi Hakkında Kanun: RG 11.6.1963/11425.

2 Anayasanın 90. maddesinin V. fıkrasında yer alan milletlerarası antlaşmaların “kanun gibi” uygulanacağına ilişkin hükmün anlamı Türk doktrininde tartışmalıdır. Doktrinde ileri sürülen görüşler hakkında bkz. Kemal BAŞLAR, The Implementation of International Law in Turkish Municipal Law, 34(2002)51 Annales de la Faculté de Droit d’Istanbul, s. 65-71.

II. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu

4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu³, 17.6.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Kanun ile 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu⁴ yürürlükten kaldırılmıştır (md. 5/c).

1. Kanunun Amacı ve Kapsamı

Kanunun amacı, doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesi, yabancı yatırımcıların haklarının korunması, yatırımlarda uluslararası standartlara uyulması ile ilgili esasları düzenlemektir. 4875 sayılı Kanun ile, mülga 6224 sayılı YSTK döneminde mevcut olan “izin ve onay” sisteminin, “bilgilendirme” sistemine dönüştürülmesi hedeflenmiştir. Kanunun kapsamına sadece doğrudan yabancı yatırımlar girmektedir. Buna karşın dolaylı yabancı sermaye yatırımları kapsam dışı tutulmuştur.

Dolaylı yatırımlar, portföy yatırımları olarak ortaya çıkmaktadır. Portföy yatırımları ile doğrudan yatırımlar arasında bazı farklılıklar bulunmaktadır. Portföy yatırımcısı, risk anında yatırımını hemen çekebilir veya başka alana kaydırabilir. Doğrudan yatırımlarda ise, risk anında yatırımın kısa sürede ve kolayca geri çekilmesi veya tasfiye edilmesi mümkün değildir. Portföy yatırımcısının, yatırım yaptığı ülkede fizikî olarak bulunmasına gerek yoktur. Buna karşın doğrudan yatırımcı, ev sahibi ülkede yatırım süresince bulunmak zorundadır. Doğrudan yatırımlarda, personel ve ekipmanın korunması yatırımın işlemesi ve tamamlanması açısından hayati önem taşımaktadır. Portföy yatırımında ise personel ve ekipmanın korunması sorunu yoktur⁵.

3 RG 17.6.2003/25141.

4 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu (RG 23.1.1954/8615) 14 maddeden oluşmaktaydı. Kanuna göre, yabancı sermayenin Türkiye’de yatırım yapabilmesi için bazı şartların gerçekleşmiş olması gerekiyordu. Bu şartlar şunlardı: Yatırımın, ekonomik gelişmeye yararlı olması; Türk özel sektörüne açık olan bir alanda yapılması; ülke çapında tekel teşkil eden faaliyetlerde bulunan kuruluşlarda çoğunluk hissesine sahip olmaması (mülga 6224 sayılı Kanun md. 1). Kanunun 2. maddesinde yabancı sermaye olarak kabul edilecek değerler sıralanmıştı. Türkiye’de yatırım yapan yabancı sermayeye tanınan imkânlar ise 3-7, 10. maddeler arasında düzenlenmişti. Kanunun verdiği görevleri yerine getirmek üzere Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Dairesi’nin kuruluşuna ve çalışma usulüne 8. maddede yer verilmişti.

5 M. SORNARAJAH, *The International Law of Foreign Investment*, Cambridge 1996, s. 4-6; Bilgin TIRYAKIOĞLU, *Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması*, Ankara 2003, s. 11.

4875 sayılı Kanunun 1. maddesinde, Kanunun doğrudan yabancı yatırımlara uygulanacak muameleyi kapsadığı ifade edilmiştir. Daha çok sıca para olarak ülkeye kolayca giren, kâr ortamı daraldığında veya herhangi bir riskle karşılaşıldığında yatırıma ev sahipliği yapan ülkeyi kolayca terk eden portföy yatırımları kapsam dışı tutulmuştur. Ayrıca, menkul kıymet borsalarında hisse edinimi, yabancı sermaye olarak sayılan değerler arasında kabul edilmemiştir. Buna karşın, Kanunun 2/2-ii maddesinde, menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi veya menkul kıymet borsalarından en az %10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olmak doğrudan yabancı yatırım türü olarak kabul edilmiştir. Kanaatimizce, menkul kıymet borsalarında %10 hisse edinimi önemli bir miktar teşkil etmesi sebebiyle Kanunun kapsamına alınmakla beraber portföy yatırımı niteliğindedir. Bu şekilde hisse edinimini doğrudan yatırım olarak kabul etmek mümkün değildir.

2. Yabancı Yatırımcı

Kimlerin yabancı yatırımcı sayılacağı 4875 sayılı Kanunun 2. maddesinde sıralanmıştır.

- Yabancı devlet vatandaşlığına sahip gerçek kişiler,
- Yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşları,
- Yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiler,
- Uluslararası kuruluşlar

yabancı yatırımcı olarak kabul edilmiştir. Türk vatandaşlarının yabancı yatırımcı sayılabilmeleri için yurt dışında ikamet etmeleri gerekir. Türk vatandaşlarının yurt dışında ikamet sahibi olup olmadıkları Medenî Kanuna göre belirlenmeyecektir. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği'nde⁶, ikametgahın yurt dışında olduğunun tespiti açısından farklı bir kriterden hareket edilmiştir. Yönetmeliğin 10. maddesinde yurt dışında ikamet ettiğini çalışma veya ikamet izni ile belgeleyen Türk vatandaşlarının yabancı yatırımcı sayılacakları ifade edilmiştir. Böylece, bir Türk vatandaşının, yabancı yatırımcı statüsünü kazanması için, yurt dışında yerleşme niyetiyle oturması değil, çalışma izni veya ikamet izni almış olması yeterli sayılmıştır.

6 RG 20.8.2003/25205.

3. Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımı Sayılan Değerler

Bir yatırımın yabancı sermaye yatırımı sayılabilmesi için, bu yatırıma ilişkin değer “yabancı yatırımcı” tarafından getirilmesi; yurt dışından getirilmesi veya yurt içinden sağlanması ve Kanunda sayılan kategorilerden birine girmesi gerekir.

Yurt dışından getirilen, TCMB tarafından alım satımı yapılan konvertibl para şeklindeki nakit sermaye⁷, devlet tahvilleri hariç şirket menkul kıymetleri, makine ve teçhizat, fikrî ve sınaî mülkiyet hakları yabancı sermaye olarak kabul edilmiştir. Türkiye’den sağlanan ve yatırıma dönüştürülen bazı değerler de yabancı sermaye kapsamına alınmıştır. Bu değerler şunlardır: Yeniden yatırımda kullanılan kâr, hâsılat, para alacağı ve malî değeri olan yatırımlarla ilgili diğer haklar; doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar gibi iktisadî kıymetler. Ancak doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklarla ilgili iktisadî kıymetlerin yabancı sermaye olarak kabul edilebilmesi için, bu kıymetler aracılığıyla yeni bir şirket kurulması veya şube açılması veya menkul kıymet borsaları dışında hisse edinilmesi veya menkul kıymet borsalarından en az %10 hisse oranı ya da aynı oranda oy hakkı sağlayan edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak olunması gerekir.

4. Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarına İlişkin Esaslar

4875 sayılı Kanunda, mülga 6224 sayılı Kanunun 1. maddesinde aranılan şartlara yer verilmemiştir. Diğer bir anlatımla, yatırımın, ekonomik gelişmeye yararlı olması; Türk özel sektörüne açık olan bir alanda yapılması; ülke çapında tekel teşkil eden faaliyetlerde bulunan kuruluşlarda çoğunluk hissesine sahip olmaması aranmamıştır. Milletlerarası antlaşmalar ve özel kanun hükümleri ile aksi öngörülmedikçe Türkiye’de doğrudan yabancı yatırımların serbest olduğu ifade edilmiştir.

Ayrıca, yabancı yatırımcılarla yerli yatırımcılar arasında eşitlik esasına yer verilmiş; karşılığı ödenmedikçe yatırımın kamulaştırılmayacağı belirtilmiş; yabancı yatırımın gerektirdiği taşınmaz malların alımına izin

7 Türk parası da konvertibl bir paradır ve dolayısıyla yurt dışından getirilmesi halinde yabancı sermaye olarak işlem görecektir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Nuray EKŞİ, Kambiyo Mevzuatında İhracat/İthalat Hesapları ve Bu Hesapların Kapatılmamasına İlişkin Suçlar, 2. bası, İstanbul 2004, s. 61 vd.

verilmiş; uyuşmazlıkların çözüm yolu olarak mahkemeye müracaat yolunun yanı sıra millî veya milletlerarası tahkime başvuru olanağı getirilmiştir (4875 sayılı Kanun md. 3).

Yabancı yatırımcıların Türkiye'deki faaliyetlerinden elde ettikleri her tür gelirin yurt dışına transfer edilmesi serbestisi aynen muhafaza edilmiştir (4875 sayılı Kanun md. 3/c).

5. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Getirdiği Yenilikler

1) Kanunda, yabancı sermaye olarak sayılacak değerlerin kapsamı genişletilmiş, doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar gibi iktisadî kıymetler de bazı şartlarla yabancı sermaye kavramına dahil edilmiştir (4875 sayılı Kanun md. 2/2).

2) Yabancı sermaye yatırımlarının, kamu yararı gerektirmedikçe ve karşılıkları ödenmedikçe kamulaştırılamayacağı veya devletleştirilemeyeceği belirtilmiştir (4875 sayılı Kanun md. 3/b). Aslında bu hüküm yabancı sermaye mevzuatında ilk defa yer alması nedeniyle yeni bir hüküm olarak kabul edilebilirse de, kamulaştırma ve devletleştirmenin genel esasları Anayasada açıkça saptanmış olduğundan gerçek anlamda bir yenilikten söz etmek mümkün gözükmemektedir. Anayasanın 46/İ. maddesine göre, devlet veya kamu tüzel kişileri, kamu yararının gerektirdiği hallerde, karşılıklarını peşin ödemek şartıyla, özel mülkiyette bulunan taşınmaz malların tamamını veya bir kısmını, kanunla gösterilen esas ve usullere göre, kamulaştırmaya ve bunlar üzerinde idarî irtifaklar kurmaya yetkilidir. Anayasanın 47. maddesinde, kamu hizmeti niteliği taşıyan özel teşebbüslerin, kamu yararının zorunlu kıldığı hallerde devletleştirilebileceği; devletleştirmenin gerçek karşılığı üzerinden yapılacağı belirtilmiştir. O halde, karşılıkları ödenmeksizin ve kamu yararı gerektirmedikçe kamulaştırma veya devletleştirme yapılmaması Anayasa'nın emridir⁸. Ayrıca, kamu yararı gerektirmedikçe ve karşılığı ödenmedikçe yapılan kanunlaştırmalar devletler hukuku açısından meşru kabul edilmemektedir⁹. Üstelik, ayrımcılığa dayanan millîleştirmeler devletler hukukunda meşru olmayan uygu-

8 Kamulaştırmanın ulusal ve uluslararası boyutları ile Kamulaştırma Kanununda yapılan değişikliklere ilişkin bir değerlendirme için bkz. Tayfun AKGÜNER/Hasan ERMAN, Kamulaştırmada Son Gelişmeler ve Malikin Geri Alma Hakkı (İlginç Bir Karar), 1(2002)1-2 İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 3 vd..

9 SORNARAJAH, 315.

lamalar olarak kabul edilmektedir. Irk ayırımı yasağı devletler hukukunun *ius cogens* prensiplerinden birini teşkil etmektedir¹⁰. Ayrıca, yabancı yatırımların güvence altına alınabilmesi için özellikle 1970'li yıllardan itibaren giderek artan bir biçimde ikili yatırım antlaşmaları yapılmaktadır. İkili yatırım antlaşmalarında, haksız el koymalar yasaklandığı gibi kamulaştırma veya devletleştirmeye uluslararası standartlara uygun olarak, ayırım gözetmeksizin ve karşılığı derhal ödenerek yapılması şartlarıyla izin verilmiştir¹¹. Bu açıdan, 4875 sayılı Kanunun 3/b maddesi, bir yenilik getirmemiş, Anayasada ve ikili yatırım antlaşmalarında mevcut olan ilkeleri tekrarlamıştır.

Yabancı yatırımların kamulaştırılması doğrudan olabileceği gibi dolaylı da olabilir. Doğrudan kamulaştırma (direct expropriation), özel mülkiyette bulunan mallara devlet tarafından el konulmasıdır. Buna karşın, dolaylı kamulaştırmada (indirect expropriation), yatırıma ev sahipliği yapan devlet (host state) malların mülkiyetini kendi uhdesine geçirmeksizin yatırımcının mülkiyete bağlı haklarını ve menfaatlerini kullanmasını engellemektedir¹². Bu tür bir müdahale muhtelif şekillerde gerçekleşebilir: Örneğin, yabancı yatırımın aşırı veya ihtiyarî vergilendirilmesi; yatırımcının fikrî mülkiyet haklarına müdahale edilmesi; yatırımdan elde edilen kârın paylaşılmasının yasaklanması; yatırım kredi sözleşmelerine yüksek faiz uygulanması; yabancı yatırımcının çalıştırdığı personele ödediği ücret oranlarında fahiş ve zorunlu artışların yapılması; fazla ve gereksiz personelin işten çıkarılmasının engellenmesi; yabancı yatırımcının hammaddelere ulaşımının engellenmesi; ihracat veya ithalat lisanslarının reddedilmesi^{13, 14}. 4875 sayılı Kanunda kamulaştırmanın türlerine yer verilmemiştir. Bununla

10 SORNARAJAH, 318-319.

11 Hüseyin PAZARCI, Uluslararası Hukuk, Ankara 2003, s. 33.

12 Istvan POGANY, Bilateral Investment Treaties: A Comparative Analysis, Current Issues in International Business Law, Edt. David L. Perrott/Istvan Pogany, Brookfield 1988, s. 161-162.

13 POGANY, 162; Yabancı yatırımların doğrudan ve dolaylı kamulaştırılması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. TİRYAKIOĞLU, 188 vd..

14 İdare hukukunda, yukarıda örnek olarak sayılan hususlar anlamında bir "dolaylı kamulaştırma" kavramı kullanılmamaktadır. Bu alanda "kamulaştırma", "kamulaştırmaz el koyma", "dolayısıyla kamulaştırma" veya "fiilî kamulaştırma" kavramlarına yer verilmiştir. "Kamulaştırmaz el koyma" kavramı ile "dolayısıyla kamulaştırma" kavramları aynı anlamda kullanılmaktadır (Salih ŞAHİNİZ, Yargıtay Kararları Işığında "Kamulaştırmaz El Koyma", I(2004)1 YÜHFD, s. 51). Dolayısıyla kamu-

beraber Türkiye'nin taraf olduğu yatırımların teşviki ve korunmasına ilişkin yatırım antlaşmalarının bazılarında, doğrudan ve dolaylı kamulaştırmadan söz edilmiştir. Söz konusu antlaşmalara göre, yabancı yatırımlar kamu yararı amacıyla ve ayırım gözetmeyecek biçimde, yeterli ve etkin bir tazminatın zamanında ödenmesi; yürürlükteki mevzuat ile antlaşmadaki genel prensiplere uygun olarak hareket edilmesi halleri dışında *dolaylı veya doğrudan* kamulaştırmayacak veya devletleştirilemeyecektir¹⁵. Diğer bazı antlaşmalarda ise kamulaştırma başlığı altında yukarıdaki hükme benzer bir düzenleme getirildikten sonra, kamulaştırma ya da devletleştirme benzeri etkiler yaratan uygulamaların kamulaştırma niteliğinde olduğu belirtil-

leştirme, idarenin özel kişiye ait taşınmazı bilerek veya bilmeyerek kamulaştırma usul ve kurallarına uymadan, bir bedel ödemediği hallerde işgal ederek kamu hizmetine tahsis etmesi ve üzerinde bir takım bayındırlık eserleri meydana getirmesi olarak tanımlanmaktadır (Esin ÖRÜCÜ, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, İstanbul 1976, s. 45; İsmet GİRİTLİ/Pertev BİLGEN/Tayfun AKGÜNER, İdare Hukuku, İstanbul 2001, s. 699; Pertev BİLGEN, İdare Hukuku Ders Notları Kamulaştırma İstimval, İstanbul 1995, s. 88; İlhan ÖZAY, Günışığında Yönetim, İstanbul 2002, s. 473; ŞAHİNİZ, 51 vd.). “Örneğin, bir bayındırlık kamu hizmetinin yerine getirilmesi sırasında idare ajanlarının bilerek ya da bilmeyerek bayındırlık işini (bir yol yapımını) özel bir mülkün sınırları içine taşımaları” bir dolayısıyla kamulaştırmadır (GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, 699-700; BİLGEN, Kamulaştırma İstimval, 88). O halde dolayısıyla kamulaştırma idarenin bir taşınmaza hukuka aykırı olarak el koyması durumunda söz konusudur (GİRİTLİ/BİLGEN/AKGÜNER, 699-700; BİLGEN, Kamulaştırma İstimval, 88). Dolayısıyla kamulaştırmada, taşınmaz kamu hizmeti ile kaynaşmış, üzerinde bayındırlık eserleri genel yararlanmaya özgülümlenmiş olması nedeniyle kamusal mal niteliği almış olur (ÖZAY, 473).

Dolayısıyla kamulaştırmada, sonuç olarak, mülkiyetin idareye geçmesi söz konusudur. Mülkiyet geçmeden sadece özel hukuk kişinin yatırım faaliyetini zorlaştıracak idarî eylem ve işlemlerin ancak hukuka aykırılığı ileri sürülebilir. Zira, tüm idarenin işlem ve eylemlerinde kamu yararına uygun davranması (işlemin amaç unsurunun mutlaka kamu yararı olması) ayrıca, işlem ve eylemlerde bu arada temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmada ölçülülük ve eşitlik ilkesine uygun davranması gerekir. Yukarıda dolaylı kamulaştırmaya örnek verilen eylem ve işlemler ise yatırım faaliyetini sınırlandırıcı veya zorlaştırmaya örnek verilen eylem ve işlemlerdir. Türk idare hukuku açısından, mülkiyetin idareye geçmediği durumlarda kamulaştırmadan söz etmek mümkün değildir.

15 Örneğin, ABD (md. III: RG 13.8.1989/20251), Hollanda (md. 5: RG 8.9.1989/20276), Bağlades (md. III: RG 13.9.1989/20281), İsviçre (md. 5: RG 6.10.1989/20304), Tunus (md. III: RG 3.1.2003) ile yapılan yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması antlaşmaları.

miştir¹⁶. Dolaylı kamulaştırma, ikili antlaşmalarla mevzuatımıza girmiş olmakla beraber, antlaşmalarda dolaylı kamulaştırma sayılan hallerin neler olduğuna ilişkin bir düzenleme bulunmamaktadır¹⁷.

3) Yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri şirketler, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mal edinebilirler (4875 sayılı Kanun md. 3/d)¹⁸. Sermayenin tamamı, hatta hem sermaye hem de ortakların tamamı yabancı olsa bile Türkiye’de kurulan şirket, Türk şirketi statüsündedir. Demek ki, gayrimenkul edinmesi söz konusu olduğunda, bu şirket yabancı değil yerli muamelesi görecektir. Nitekim, mülga 6224 sayılı Kanunda gayrimenkul edinme ile ilgili bir hüküm olmamasına rağmen uygulamada yabancı sermaye ile kurulan şir-

16 Örneğin, Rusya Federasyonu ile yapılan antlaşmanın VI. maddesi (RG 16.5.2000/24051). Antlaşmanın onay kanunu için bkz. RG 11.11.1999/23873.

17 Kamulaştırmaya ilişkin mevzuatımıza göre, kamulaştırmadan söz edebilmek için mülkiyetin idareye geçmesi gerekir. Mülkiyet geçmeden sadece özel hukuk kişisinin yatırım faaliyetini zorlaştıracak idarî eylem ve işlemler varsa bunların sadece hukuka aykırılığı ileri sürülebilir. Zira, idarenin bütün işlem ve eylemlerinde kamu yararına uygun davranması, diğer bir ifadeyle, işlemin amaç unsurunun mutlaka kamu yararı olmasının yanı sıra idarenin işlem ve eylemlerinde bu arada temel hak ve özgürlükleri sınırlandırmada ölçülülük ve eşitlik ilkesine uygun davranması gerekir. Yukarıda dolaylı kamulaştırmaya örnek verilen eylem ve işlemler ise yatırım faaliyetini sınırlandıran veya zorlaştıran dolayısıyla haksız hukuka aykırı idarî eylem ve işlemlerdir. Türk idare hukuku açısından, mülkiyetin idareye geçmediği durumlarda kamulaştırmadan söz etmek mümkün gözükmemekle birlikte dolaylı kamulaştırma ikili yatırım antlaşmaları ile Türk hukukunda yerini almış bulunmaktadır.

18 Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü, 4578 sayılı Kanun ile ilgili iki Genelge yayımlamıştır. Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Yabancı İşler Dairesi Başkanlığının B091TKG0160001/1363-100/841 sayılı ve 7.8.2003 tarihli Genelgesi:

“T.C.17 Haziran 2003 tarihli ve 25141 sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak yürürlüğe giren 5 Haziran 2003 tarih ve 4875 sayılı “Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu” ile, 18.01.1954 tarihli ve 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu yürürlükten kaldırılarak; doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesi ve artırılması, yabancı yatırımcının haklarının korunması, yabancı yatırımların gerçekleşmesinde izin ve onay sisteminin bilgilendirme sistemine dönüştürülmesi amaçlarıyla yeni esaslar getirilmiştir.

4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ile, yabancı yatırımcılar yerli yatırımcılarla eşit muameleye tabi tutulmuş; yatırım izni, şirket kuruluş izni gibi izin ve onaylar kaldırılmış; yabancı yatırımcıların ülkemizde kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinimine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynî hak edinmeleri serbest bırakılmıştır.

ketler gayrimenkul edinebilmekteydi¹⁹. Bu sebeple, söz konusu düzenlemeyle, teoride tartışılan ancak uygulamada sorun yaşanmayan bir meseleye yasal açıklık getirilmiştir.

4) Kanunda, uyuşmazlıkların çözümü başlığı altında 3/c maddesinde, yabancı yatırımcıların idare ile yaptıkları kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların tahkim yoluyla da çözümlenebileceği

4875 sayılı Kanunun 5. maddesiyle de, 18.01.1954 tarihli ve 6224 sayılı Kanun kapsamında kurulan yabancı sermayeli şirketlerin kazanılmış hakları saklı kalmak kaydıyla bu Kanuna tabidirler, hükmü getirilmiştir.

Yabancı sermayeli şirketlerin ülkemizde faaliyetlerine ilişkin 4875 sayılı Kanuna göre faaliyet gösterecek veya mülga 6224 sayılı Kanuna göre kurulmuş şirketler, kuruluş yeri ve idare merkezi esasına göre yabancı sermayeli Türk şirketleri sayılmaktadır. Bu sebeple, gerek mülga 6224 sayılı Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanununa göre faaliyet izni almış, gerekse 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununa göre faaliyet gösterecek yabancı sermayeli şirketlerin taşınmaz edinimleri ve tapu siciline yönelik diğer talepleri, Türk Ticaret Kanununa göre kurulan şirketler ile aynı usul ve esaslara tabi tutulması gerekmektedir.

Bu itibarla, 4875 sayılı Kanuna göre faaliyet gösterecek veya mülga 6224 sayılı Kanuna göre faaliyet izni almış yabancı sermayeli şirketlerin taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynî hak edinimlerine yönelik talepleri, başkaca bir tereddüt bulunmaması halinde, ticaret sicil memurluklarından alarak ibraz edecekleri şirketin taşınmaz edinme yetkisini ve yetkilisini gösterir yetki belgeleri değerlendirilmek suretiyle ilgili tapu sicil müdürlüklerince sonuçlandırılacaktır”.

Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü Yabancı İşler Dairesi Başkanlığının B091TKG0160001/1363-100 Sayılı Genelgesi:

“Ayrıca, 4875 sayılı Kanunda, Hazine Müsteşarlığı tarafından bu konuda bilgi sistemi kurulması öngörüldüğünden, yapılacak işlemlere müteakip ilgi (a) genelge eki “bilgi formu”nun uyuştuğu kısımına yetki belgesi ve işleme esas diğer evrakı müspiteye bakılmak suretiyle “ 4875 sayılı Kanuna göre kurulmuştur” veya “ 6224 sayılı Kanuna göre kurulmuştur “ ibaresi yazıldıktan sonra Genel Müdürlüğe gönderilecektir.

23.8.1989 tarihli ve 982.8/3090 sayılı genelgenin bu genelgeye aykırı hükümleri ile 29.4.2003 tarihli ve 1361-100/460 sayılı genelge yürürlükten kaldırılmıştır.

Bilgi edinilmesini ve bu genelgenin bölgenize bağlı tapu sicil müdürlükleri ile kadastro müdürlüklerine duyurularak genelge hükümleri doğrultusunda işlem yapılmasının teminini rica ederim.

19 YSÇK'nın 7. maddesinde, yabancı sermaye mevzuatı gereğince gerekli izinler alınmak suretiyle kurulan şirket ve şubelerin Türk şirketi ve şubesi sayılacakları ifade edilmişti. Bu hüküm sebebiyle, yabancı sermaye ile Türkiye'de kurulan şirketler veya şubeler yabancı muamelesine tabi tutulmamaktaydı ve gayrimenkul edinebilmekteydiler.

ifade edilmiştir. Türk hukukunda, 1999 yılından itibaren yapılan yasal değişikliklerle ve düzenlemelerle kamu hizmeti imtiyaz sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların millî veya milletlerarası tahkim yoluyla çözümünün önündeki engeller kaldırılmıştır²⁰. Dolayısıyla, 4875 sayılı Kanunun 3/c maddesi, ilk defa yabancı sermaye mevzuatında tahkimi ele alan bir hüküm olmakla beraber, aslında tahkim alanında Türk hukukundaki son gelişmeleri yansıtmaktan öteye bir yenilik getirmemektedir.

5) Kanun, nakit dışı sermayenin değer tespiti konusunda mülga 6224 sayılı Kanundan farklı bir düzenleme getirmiştir²¹. Nakit dışı sermayenin değer tespiti Türk Ticaret Kanunu hükümleri çerçevesinde yapılır. Yabancı ülkelerde kurulan şirketlerin menkul kıymetlerinin yatırım aracı olarak kullanılması halinde, menşe ülke mevzuatına göre değer tespitine yetkili makamların veya menşe ülke mahkemelerince tespit edilecek bilirkişilerin ya da uluslararası değerlendirme kuruluşlarının tespitleri esas alınır.

6) Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği, yabancı yatırımcıların kurabilecekleri veya iştirak edebilecekleri şirketlerin türlerini, yürürlükten kaldırılan mevzuata nazaran, genişletmiştir. Yönetmeliğin 9. maddesine göre, yabancı yatırımcıların kurabilecekleri veya iştirak edebilecekleri şirketler, TTK'da düzenlenen şirketler ile BK'da düzenlenen adî şirketlerdir. Adî ortaklık, konsorsiyum, iş ortaklığı, ortak girişim gibi isimler altında sözleşmeye dayalı olarak kurulan ve TTK'da düzenlenen şirketlerin belirgin niteliklerini taşımayan ortaklıklar, yabancı sermaye mevzuatı açısından adî ortaklık sayılırlar. Böylece, Yönetmeliğin 9. maddesi ile yabancı yatırımcıların kuracakları veya iştirak edecekleri şirketlerin anonim veya limited şirket olmasına ilişkin sınırlama kaldırılmıştır. TTK'da düzenlenen kolektif ve komandit şirketler ile anonim ve limited şirketlerin yanı sıra kullanılan isim ne olursa olsun her türlü adî şirket yabancı sermaye ile kurulabilir veya kurulmuş şirketlere iştirak edilebilir.

7) Yabancı yatırımcıların Türkiye'deki faaliyet ve işlemlerinden doğan kâr, temettü, satış, tasfiye ve tazminat bedelleri, lisans, yönetim ve ben-

20 Yatırım uyuşmazlıkları ve milletlerarası tahkim hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Ergin NOMER/ Nuray EKŞİ/Günseli ÖZTEKİN, Milletlerarası Tahkim, 2. bası, İstanbul 2003, s. 73 vd..

21 "Kıymet takdiri, hem menşe memleket parasıyla hem de ithal zamanında carî resmî kambiyo rayicine göre Türk parasıyla yapılır. 8. maddede derpiş olunan itiraz yolu mahfuz kalmak şartıyla Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğünün kıymet takdiri hususundaki kararı nihaîdir" (mülga 6224 sayılı Kanun md. 2/son f.).

zeri anlaşmalar karşılığında ödenecek meblâğlar ile dış kredi ana para ve faiz ödemeleri, bankalar veya özel finans kurumları aracılığıyla yurt dışına serbestçe transfer edilebilir (4875 sayılı Kanun md. 3/c). Transfer serbestisi mülga 6224 sayılı Kanunda da yer almaktaydı. Ancak 6224 sayılı Kanunda, transferin, ana yabancı sermayenin mensup olduğu menşee memleket para cinsiyle ve cari resmî kambiyo rayici üzerinden yapılacağı ifade edilmişti (mülga 6224 sayılı Kanun md. 4/a). 4875 sayılı Kanunda ise, yabancı sermayenin mensup olduğu ülke parasından ve resmî kambiyo rayicinden söz edilmemiştir. Diğer bir ifadeyle, yabancı ülkeye yapılacak transferlerde paranın cinsi konusunda herhangi bir sınırlama getirilmediği gibi hangi kurun esas alınacağına ilişkin olarak bir hüküm öngörülmemiştir.

8) Mülga 6224 sayılı Kanun zamanında, yabancı sermayeli şirket, şube ve irtibat bürolarında çalıştırılacak yabancı personelin, çalışma izni Hazine Müsteşarlığı tarafından verilmekteydi. 4875 sayılı Kanunun 3/g maddesinde ise, yabancı sermaye ile kurulan şirket, şube ve kuruluşlarda istihdam edilecek yabancı uyruklu personele, çalışma izinin, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı tarafından verileceği ifade edilmiştir. Yabancılarla Türkiye’de çalışma izninin nasıl ve hangi şartlarla verileceği ayrı bir kanunla düzenlenmiştir. Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında 4817 sayılı Kanun 6.9.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir²². Ayrıca, 4875 sayılı Kanun çerçevesinde faaliyette bulunan şirket, şube ve irtibat bürolarında istihdam edilecek yabancı personelin çalışma izinlerine ilişkin usul ve esaslar Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik²³ ile düzenlenmiştir. Yönetmeliğin, adı esas alındığında sanki yabancı sermayeli şirket, şube ve irtibat bürolarının tamamını kapsıyor gibi gözükse de aslında bu Yönetmelik sadece “özellik arz eden yabancı yatırımlar”da istihdam edilecek “kilit personel”i kapsamaktadır²⁴. Bu nedenle, aslında Yönetmeliğin adının kapsamına göre belirlenmesi ve “özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımlarda istihdam edilecek yabancı kilit personele ilişkin yönetmelik” olarak adlandırılması gerekirdi.

22 4817 sayılı Kanunun 36. maddesine göre, bu Kanunun 24. maddesi yayım tarihinde, diğer maddeleri ise yayımı tarihinden itibaren altı ay sonra yürürlüğe girer (RG 6.3.2003/25040). Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanunun Uygulama Yönetmeliği için bkz. RG 29.8.2003/25214.

23 RG 29.8.2003/25214.

24 Özellik arz eden doğrudan yabancı sermaye yatırımları ile kilit personel Yönetmelikte tanımlanmıştır. Tanımlar için bkz. Yönetmelik md. 4.

9) Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ile yabancı sermayeli şirket, şube kuruluşu ya da iştiraklerde ön izin alma zorunluluğu kaldırılmıştır. 4875 sayılı Kanun bu işlemlerle ilgili bilgi verme yükümlülüğünü getirmektedir. Daha önce alınan, şirket ve şube kuruluş izni; yerli şirketlere yabancıların iştirak izni; yatırım izni; şirket faaliyet konusu değişikliklerine ilişkin izinler; sermaye artışı ve hisse devri izinleri; dolaylı iştirak izinleri; lisans, know-how, teknik yardım, franchise anlaşmalarının tescilli izinleri artık alınmayacaktır²⁵. Yabancı yatırımcılar tarafından kurulacak şirket ve şubelerden istenilecek bilgiler 4875 sayılı Kanunun uygulama Yönetmeliğinde sayılmıştır²⁶.

10) Şirket kuruluşu, ortaklığa katılma ve şube açma durumlarında, yurt dışında yerleşik her bir kişi veya kuruluşun asgari 50.000.- ABD Doları sermaye getirmesi şartı kaldırılmıştır²⁷. Böylece yurt dışından getirilecek sermayede miktar kısıtlaması kaldırılmış olmaktadır.

11) 4875 sayılı Kanun ile, yabancı yatırımlar ile ilgili politika belirleme ve bilgi isteme görevi Hazine Müsteşarlığına verilmiştir. Kanunun 4. maddesine göre, Hazine Müsteşarlığı, kalkınma plân ve yıllık program hedeflerini, ülkenin genel ekonomik durumunu ve dünyadaki yatırım eğilimleriyle ilgili kamu kurum ve kuruluşları ile özel sektör meslek kuruluşlarının görüşlerini dikkate alarak, doğrudan yabancı yatırımlar konusundaki politikaların genel çerçevesini belirleyecektir. Müsteşarlık, doğrudan yabancı yatırımlara ilişkin bilgi sistemini kurmak ve geliştirmek amacıyla, yatırımlar hakkındaki istatistiki bilgileri, her türlü kamu kurum ve kuruluşları ile özel kesim meslek kuruluşlarından istemeye yetkilidir. Söz konusu bilgiler, istatistik amaçları dışında ispat aracı olarak kullanılamaz (4875 sayılı Kanun md. 4). Hazine Müsteşarlığının, Kanunun yürürlüğe girmesinden önce var olan izin ve onay yetkisi ise kaldırılmıştır.

III. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununa İlişkin Yönetmelikler

4875 sayılı Kanunun geçici 1. maddesine göre, bu Kanunun uygulanmasını göstermek üzere hazırlanacak yönetmelikler yürürlüğe girinceye kadar, mevcut kararname, tebliğ ve genelgelerin bu Kanuna aykırı ol-

25 <http://www.hazine.gov.tr/mevzuat/sss.htm> (14.12.2003).

26 Bkz. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği md. 5.

27 http://www.hazine.gov.tr/mevzuat/dyy_aciklama.htm (14.12.2003).

mayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunur. 4875 sayılı Kanunun uygulama yönetmeliğinde ise, kararname, tebliğ ve genelgelerin yürürlükten kaldırıldığına ilişkin bir hüküm bulunmamaktadır. Konuyla ilgili karar, tebliğ ve genelgeler şunlardı: Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı²⁸; 1567 sayılı TPKKHK İlişkin 32 Sayılı Karar²⁹ ve Hazine Müsteşarlığı tarafından hazırlanan tebliğler³⁰.

Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununa ilişkin iki yönetmelik yürürlüğe girmiştir. Bunlardan biri Kanunun uygulanma şekline, diğeri yatırımlarda istihdam edilecek yabancı personele ilişkindir. 4875 sayılı Kanunun Uygulama Yönetmeliğinde³¹, Hazine Müsteşarlığı tarafından kamu kurum ve kuruluşlarından, kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşlarından ve meslek birliklerinden temin edilecek bilgiler; yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye’de kurulacak şirket ve şubelerden istenilecek belgeler; irtibat bürolarının kuruluşu ve işleyişi; yabancı yatırımcılar tarafından kurulacak şirket türleri düzenlenmiştir. Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik ise, özellik arz eden yabancı yatırımlarda çahştırılacak yabancı kilit personele ilişkin hükümler içermektedir.

- 28 RG 23.7.1995/22352. Bu Karar, yabancı sermaye olarak kabul edilen değerleri (YSÇK md. 2); yatırım izninin alınmasını (YSÇK md. 3); yabancı personel çalıştırılmasını (YSÇK md. 4); yabancı sermayeye tanınan imkânları (YSÇK md. 5-7) düzenliyordu. Türkiye’ye sermaye getirilmesi ile ilgili izin, tescil, yatırım teşvik araçlarından yararlandırma, izin belgelerinin tescil ve iptali işlemleri HM YSGM tarafından yapılmaktaydı. YSÇK’nın 8/II. maddesine göre, YSGM, ileri teknoloji ve yüksek maddî kaynak gerektiren; ilgili mevzuata göre yatırım ve hizmetlerin kısmen veya tamamen yerli ve/veya yabancı şirketler vasıtasıyla yap-işlet-devret modeli ile gerçekleştirilmesi için gerekli organizasyonu ve koordinasyonu yapıyordu.
- 29 RG 11.8.1989/20249. 32 sayılı Kararın 12. maddesinde, Türkiye’ye gelecek yabancı sermaye başlığı altında, dışarıda yerleşik kişilerin Türkiye’de şirket kurmaları, mevcut veya kurulacak şirketlere iştirak etmeleri, şube açmaları; irtibat bürosu kurmaları yabancı sermaye mevzuatına göre gerekli iznin alınması; verilen izinler çerçevesinde faaliyette bulunulması ve öngörülen sermayenin getirilmesi koşullarına bağlanmıştır.
- 30 Mülga 6224 sayılı Kanun döneminde, YSÇK hakkında üç tebliğ hazırlanmıştı. YSÇK hakkında 1 sayılı Tebliğ yürürlükten kaldırılmıştı. 2 sayılı Tebliğ yürürlüğe girmişti (RG 24.8.1995/22384). Bu Tebliğde, 3 sayılı Tebliğ ile değişiklikler yapılmıştı (RG 27.6.1996/22679). Söz konusu tebliğlerde, yabancı sermayenin Türkiye’de gerçekleştirebileceği faaliyetler, izin prosedürü ve gerekli belgeler; yabancı sermayeye tanınan imkânlar ayrıntılı bir şekilde düzenlenmişti.
- 31 RG 20.8.2003/25205.

IV. Milletlerarası Antlaşmalar

1. Yatırımların Teşviki ve Korunmasına İlişkin İki Taraflı Antlaşmalar

Yabancı sermaye yatırımlarının korunması ve teşvik edilmesi amacıyla Türkiye, ilk defa 1963 yılında Almanya ile bir antlaşma yapmıştır. Daha sonra 1988 yılında İslam Konferansı Teşkilatına Üye ülkelerle yaptığı antlaşmayı, 1989 yılından itibaren ard arda imzaladığı yatırımların karşılıklı teşviki ve korunması antlaşmaları takip etmiştir³². İkili antlaşmalar hemen hemen aynı içeriğe sahiptir. Yatırıma ev sahipliği yapan ülke ile yabancı yatırımcı arasında ortaya çıkan uyuşmazlıkların nasıl çözümleneceğini düzenleyen hükümler de adeta birbirinin tekrarı durumundadır. İkili yatırım antlaşmalarının önemli bir özelliği uyuşmazlık halinde tahkim merkezlerine başvurunun, ev sahibi devletin ihtiyarına bırakılmayıp zorunlu hale getirilmiş olmasıdır³³. Başvurulacak tahkim merkezleri IC-SID, UNCITRAL ve ICC olarak belirlenmiştir.

2. Yabancı Yatırımların Güvence Atına Alınmasını Sağlayan Çok Taraflı Antlaşmalar

a. Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon (ICSID)

Türkiye, söz konusu ikili antlaşmaların yanı sıra ICSID³⁴ ve MI-GA³⁵'ya da taraftır. Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon³⁶ ile yatırım anlaşmazlıklarının çözümü için uluslararası bir merkez kurulmuştur. Merkezin amacı, antlaşmada yer alan hükümler doğrultusunda taraf

32 Antlaşmaların yapıldığı ülkeler ve metinleri için bkz. NÖMER/EKŞİ/ÖZTEKİN, 255-573.

33 Turgut TAN, İdare Hukuku ve Tahkim, 32(1999)3 Amme İdaresi Dergisi, s. 15.

34 RG 6.12.1988/20011.

35 RG 6.12.1988/20011.

36 Konvansiyon, İngilizce adının (Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States) kısaltması olan "ICSID" veya imzalandığı yer olması nedeniyle "Washington Konvansiyonu" olarak da anılmaktadır.

devletler³⁷ ile diğer taraf devletlerin vatandaşları arasında yatırımlardan kaynaklanan uyuşmazlıkların uzlaştırma ve tahkim yolu ile çözümü için çalışmaktadır³⁸. Yabancı yatırımcının, yatırım yapacağı ülke mahkemelerine karşı güvensizliği veya tereddüdü ICSID tahkimi ile giderilmiş ve kendisine bir devlete karşı onunla eşit mücadele yapacağı bir ortam sunulmuştur. Aynı şekilde, yatırıma ev sahipliği yapacak ülke yabancı sermayeyi bir yandan çekmek isterken diğer yandan kendi menfaatlerinden taviz vermediği bir sisteme kavuşmuştur. Tarafların menfaat eşitliği tahkime başvuru, hakem heyetinin oluşumu, kararın sonuçları ve icrası aşamalarının hepsinde temin edilmiştir³⁹. ICSID, yatırım uyuşmazlıklarının çözümünde uzlaştırma (conciliation), tahkim veya uzlaştırmanın başarısız olması halinde bunu takiben tahkime gidilmesi şeklinde alternatif metodlar öngörmüştür. Bu usullerden birini başlatan taraf, devlet olabileceği gibi yatırımcı da olabilir. Kural bu olmakla beraber olayların çoğunda davacı yabancı yatırımcıdır. Ev sahibi ülkenin tahkimi başlatmasına az rastlanmaktadır⁴⁰. ICSID tahkimi için üç temel şart aranmaktadır. Bunlar tarafların rızası, tarafların kimliği ve ihtilâfın türüdür⁴¹. Taraflar tahkim iradelerini muhtelif şekillerde beyan edebilirler⁴². İrade beyanının yanı sıra tarafların kimliği de ICSID tahkimi için önem taşımaktadır. Taraflardan birinin devlet, diğerinin yabancı bir devletin vatandaşı olması gerekir. Ev sahibi ülke ile vatandaşları arasındaki uyuşmazlıklar ICSID'e götürülemez. ICSID tahkimi için diğer önemli bir şart, uyuşmazlığın yatırımdan kaynaklanmasıdır.

37 ICSID üyeliği bütün ülkelere açıktır. Dünya Bankası grubunun üyesi diğer kuruluşlarda olduğu gibi ICSID'e üye olmak için IMF ve Dünya Bankası üyesi olmak zorunlu değildir (A. Mahfi EĞİLMEZ, IMF Dünya Bankası ve Türkiye, İstanbul 1997, s. 119).

38 Konvansiyon'un hazırlık çalışmaları için bkz. Ümit HERGÜNER, International Centre for Establishment of Investment Disputes: Its Establishment and Jurisdictional Capacity (1985)1 MHB, s. 9-10; John COLLIER/Vaughan LOWE, The Settlement of Disputes in International Law Institutions and Procedures, Oxford 2000, s. 59-60.

39 Nuray EKŞİ, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon ICSID, AVRASYA GÜNLERİ Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukukî İhtilâfların Çözümlemesi Sempozyumu Bildiriler Panel 18-19 Haziran 1998, İstanbul 1999, s.6.

40 EKŞİ, ICSID, 146.

41 Alan REDFERN/Matin HUNTER/Murray SMITH, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 2nd ed., London 1991, s. 47.

42 Ayrıntılı bilgi için bkz. EKŞİ, ICSID, 146-147.

Konvansiyonda, “yatırım” kavramı tanımlanmamıştır. ICSID tahkimine geleneksel yatırım uyuşmazlıklarının yanı sıra yeni yatırım türleri olan teknoloji transferi ve hizmet sektörüne ilişkin sözleşmelere ilişkin uyuşmazlıklar için de başvurulmaktadır⁴³. Bu güne kadar ICSID tahkimine götürülen uyuşmazlıklar, bankalar, kimyasal fabrikalar, inşaat şirketleri, yiyecek üretim teşebbüsleri, oteller, hukuk büroları, madencilik girişimleri, karşılıklı fonlar, liman işletmeleri, hapishaneler, radyo istasyonları, geçiş ücreti yollar, kamu iktisadi teşebbüsleri ile ilgilidir. Bu da göstermektedir ki, ICSID’e sunulan uyuşmazlıklar sadece hacim olarak değişmemekte, aynı zamanda ekonominin birçok sektörüne de ulaşmaktadır⁴⁴.

b. Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Antlaşması (MIGA)

Çok Taraflı Yatırım Garanti Kuruluşu Antlaşması (MIGA⁴⁵) ile yatırımları garanti altına alacak bir kuruluş oluşturulmuştur. Kuruluşun amacı, üye ülkeler arasında ve özellikle kalkınmakta olan üye ülkelere, verimli amaçlara yönelik yatırım akışını temin etmek; yatırımcıların, bir ülkedeki yatırımları nedeniyle maruz kalabilecekleri ticarî olmayan risklere karşı garanti sağlamaktır. Yabancı yatırımcı MIGA’ya başvurarak yapacağı yatırımın garanti altına alınması talebinde bulunabilir. MIGA’nın garanti verebilmesi için, yatırımın gelişmekte olan bir ülkede yapılması gerekir (MIGA md. 14). Ayrıca yatırımcının ve yatırımın MIGA’nın 12-13. maddelerinde aranan şartlara uygun olması gerekir. Garanti altına alınan riskler, Antlaşmanın 11. maddesinde dört başlık altında toplanmıştır: Döviz transferi riskleri, kamulaştırma ve benzeri tedbirlerden kaynaklanan riskler, ev sahibi ülkenin yatırımcı ile yaptığı sözleşmeyi ihlâl etmesi riski, ev sahibi ülkede savaş ve kargaşa hali. Bazı zararlar garanti kapsamı dışında tutulmuştur. Yatırımcının kabul ettiği veya kendi eylem ve işlemlerinden doğan zararlarla MIGA ile garanti sözleşmesi yapılmadan önce ev sahibi devletin yol açtığı zararlar MIGA’nın sağladığı garantiye dahil edilmemiştir.

MIGA’nın yatırım garantisi verebilmesi için yatırımcının bir ön başvuruda bulunması gerekir. Ön başvurusunu yapan yatırımcı, yatırıma ilişkin

43 H. SMIT/V. PECHOTA, *International Arbitration Treaties*, London 1998, s. 121; REDFERN/ HUNTER/SMITH, 47-48.

44 Nuray EKŞİ, *İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları Uyarınca ICSID Kurallarında Tahkim Deneyimi*, 1(2002)1-2 İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi, s. 86.

45 Multilateral Investment Guarantee Agency.

bütün çalışmalarını tamamladıktan sonra garanti almak için nihaî başvuruda bulunur⁴⁶. Yatırım anlaşması ve buna ilişkin borç anlaşmaları Konvansiyonda aranılan şartlara uygunsuzsa MIGA, garanti sözleşmesi çerçevesinde yatırımdan kaynaklanan riskleri garanti altına alır. Ancak MIGA'nın yabancı yatırımcıyla garanti sözleşmesi imzalamasından önce yatırıma ev sahipliği yapan ülkenin onayını alması gerekir. Riskin gerçekleşmesi halinde, MIGA yatırımcının garanti altına alınan risklerden doğan zararlarını öder⁴⁷.

V. Yatırım Ortamının İyileştirilmesine ve Avrupa Birliği Müktesebatına Uyum İçin Yapılan Düzenlemeler

Türkiye'de yatırım ortamının iyileştirilmesi için çalışmalar yapılmaktadır. Bakanlar Kurulunun 11.12.2001 tarih ve P/2001/10 sayılı prensip kararıyla "Türkiye'de Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Reform Programı" kabul edilmiştir. Bu bağlamda "Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Koordinasyon Kurulu (YOİKK) tesis edilmiştir. Bu Kurul, Başbakanlığa bağlanmıştır.

Kopenhag kriterleri, 1993 yılından beri Avrupa Birliğine üye olmak isteyen devletler tarafından yerine getirilmesi gerekli olan kriterlerdir. Kriterler, ekonomik, siyasî ve hukukî kriterler olmak üzere üç başlık altında toplanmaktadır. Kopenhag kriterleri, Avrupa Birliği yükümlülüklerini yerine getirmek, Avrupa Birliğinin ekonomik yapısına uyum sağlamak, çok partili sistemi benimsemiş olmak, özgür seçme ve seçilme hakkının tanımak, insan haklarına saygılı olmak, hukuk devletinin gereklerini yerine getirmek, azınlık haklarını anayasanın teminatı altına almak, serbest piyasa ekonomisinin gereklerini yerine getirmek, rekabete dayalı bir pazar yapısı oluşturmak, makro ekonomik sorunlardan arındırılmış bir ekonomiye sahip olmak gibi konuları kapsamaktadır. 1980'li yıllardan itibaren Türkiye'de yatırım yapan yabancı şirketler -ki bunların başında ABD'li ve Avrupa Birliği üyesi devletlere ait olan şirketler geliyordu- devlet veya devletin kurumları ile yaptıkları sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkları milletlerarası tahkime götüremedikleri için şikâyetle bulunuyorlardı. Hatta bu sorun o kadar ciddi boyutlara ulaşmıştı ki Türkiye'de yatırım yapmak istemiyorlardı. Köprü, tünel, baraj, içme ve kullanma suyu, arıtma tesisi, kanalizasyon, otoyol, demiryolu, haberleşme, fabrika vb. tesisler, çevre kir-

46 EĞİLMEZ, 116.

47 EĞİLMEZ, 116.

liliğini önleyici yatırımlar, yeraltı ve yerüstü otoparkı, deniz ve hava limanları yapımı ve işletilmesine olanak sağlayacak şekilde yap-işlet-devret sözleşmelerinden doğan uyuşmazlıkların idarî yargıda çözümlenmesi esastı. Söz konusu sözleşmelerden doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkimde görülmesine mevzuatımızın elverişli olmadığı yargı kararlarında ifade ediliyordu. Özellikle 1999 yılından itibaren, başta Anayasada olmak üzere yapılan muhtelif yasal değişiklikler ve yabancı sermaye mevzuatındaki yeni düzenlemelerin yanı sıra taraf olduğumuz milletlerarası antlaşmalar kapsamında yabancı sermaye yatırımlarından doğan uyuşmazlıkların milletlerarası tahkim yolu ile çözümüne imkân sağlanmasıyla yabancı yatırımcılar açısından elverişli hukuk iklimi oluşturulmuştur.

Helsinki Zirvesinde, Türkiye'ye adaylık statüsü verildikten sonra Avrupa Birliği Komisyonu 2001 yılında katılım ortaklığı belgesini hazırlamıştır. Bu belgede Türkiye tarafından kısa ve orta vadede gerçekleştirilmesi gereken yasal düzenlemeler belirlenmiştir. Katılım ortaklığı belgesine dayanarak Türkiye, Avrupa Birliği müktesebatına nasıl uyum sağlayacağına ilişkin ulusal programını hazırlamıştır⁴⁸. Ulusal programın ardından uyum paketleri çerçevesinde muhtelif alanlarda yasal değişiklikler yapılmıştır. Ulusal program 2003 yılında yeniden gözden geçirilmiş ve gözden geçirilmiş metin de Resmî Gazete'de yayımlanmıştır⁴⁹. Türk mevzuatının, Avrupa Birliği müktesebatına uyumuna ilişkin Ulusal Programda sermaye hareketlerine de yer verilmiştir. Ulusal Programda, "sermayenin serbest dolaşımı" başlığı altında, mevcut yasal durum özetlenmiş; Avrupa Birliği müktesebatı hakkında bilgi verilmiş ve Avrupa Birliği müktesebatı ile Türk mevzuatı karşılaştırılarak yapılması gereken değişiklikler ile alınması gerekli önlemlere yer verilmiştir.

48 Bakanlar Kurulu Kararı (Karar Sayısı 2001/2129): Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı ile Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar: RG 24.3.2001/24352 Mükerrer.

49 Bakanlar Kurulu Kararı Karar Sayısı: 2003/5930 Ekli Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı ile Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Kararın Kabulü Dışişleri Bakanlığının 19.6.2003 tarihli ve 3276 sayılı Yazısı Üzerine Bakanlar Kurulunca 23.6.2003 tarihinde kararlaştırılmıştır: RG 24.7.2003/25178 Mükerrer.

KISALTMALAR

- İKÜ** : İstanbul Kültür Üniversitesi
ICC : International Chamber of Commerce
ICSID : Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States
UNCITRAL: United Nations Commission on International Trade Law
MHB : Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni
MIGA : Multilateral Investment Guarantee Agency.
TPKKHK : Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun
YOİKK : Yatırım Ortamının İyileştirilmesi Koordinasyon Kurulu
YSÇK : Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı
YSGM : Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü
YSTK : Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu
YÜHFD : Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

YARARLANILAN KAYNAKLAR

- Tayfun AKGÜNER/Hasan ERMAN**, Kamulaştırmada Son Gelişmeler ve Malikin Geri Alma Hakkı (İlginç Bir Karar), 1(2002)1-2 İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi.
Kemal BAŞLAR, The Implementation of International Law in Turkish Municipal Law, 34(2002)51 Annales de la Faculté de Droit d'Istanbul.
Pertev BİLGİN, İdare Hukuku Ders Notları Kamulaştırma İstimval, İstanbul 1995.
John COLLIER/Vaughan LOWE, The Settlement of Disputes in International Law Institutions and Procedures, Oxford 2000.
Nuray EKŞİ, Kambiyo Mevzuatında İhracat/İthalat Hesapları ve Bu Hesapların Kapatılmamasına İlişkin Suçlar, 2. bası, İstanbul 2004.
Nuray EKŞİ, Devletler ve Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümlemesi Hakkında Konvansiyon ICSID, AVRASYA GÜNLERİ Ekonomik ve Finansal İşbirliğinin Geliştirilmesinde Hukukî İhtilâfların Çözümlemesi Sempozyumu Bildiriler Panel 18-19 Haziran 1998, İstanbul 1999 (ICSID).
Nuray EKŞİ, İki Taraflı Yatırım Anlaşmaları Uyarınca ICSID Kurallarında Tahkim Deneyimi, 1(2002)1-2 İKÜ Hukuk Fakültesi Dergisi.
İsmet GİRİTLİ/Pertev BİLGİN/Tayfun AKGÜNER, İdare Hukuku, İstanbul 2001.

Ümit HERGÜNER, International Centre for Establishment of Investment Disputes: Its Establishment and Jurisdictional Capacity (1985)1 MHB.

A. Mahfi EĞİLMEZ, IMF Dünya Bankası ve Türkiye, İstanbul 1997.

Ergin NOMER/ Nuray EKŞİ/Günseli ÖZTEKİN, Milletlerarası Tahkim, 2. bası, İstanbul 2003.

Esin ÖRÜCÜ, Taşınmaz Mülkiyetine Bir Kamu Hukuku Yaklaşımı, İstanbul 1976.

İl Han ÖZAY, Günışığında Yönetim, İstanbul 2002.

Hüseyin PAZARCI, Uluslararası Hukuk, Ankara 2003.

Istvan POGANY, Bilateral Investment Treaties: A Comparative Analysis, Current Issues in International Business Law, Edt. David L. Perrott/Istvan Pogany, Brookfield 1988.

Alan REDFERN/Matin HUNTER/Murray SMITH, Law and Practice of International Commercial Arbitration, 2nd ed., London 1991.

H. SMIT/V. PECHOTA, International Arbitration Treaties, London 1998.

M. SORNARAJAH, The International Law of Foreign Investment, Cambridge 1996.

Salih ŞAHİNİZ, Yargıtay Kararları Işığında “Kamulaştırmaz El Koyma”, I(2004)1 YÜHFD.

Turgut TAN, İdare Hukuku ve Tahkim, 32(1999)3 Amme İdaresi Dergisi.

Bilgin TİRYAKİOĞLU, Doğrudan Yatırımların Uluslararası Hukukta Korunması, Ankara 2003.

KISITLI VE KISITLI OLMAYAN ERGİN KİŞİLERİN KORUMA AMAÇLI ÖZGÜRLÜĞÜNÜN KISITLANMASI

(TMK432-437)

Yrd. Doç.Dr. Mustafa Alper GÜMÜŞ
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. Giriş

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun (TMK) vesayet hukuku bakımından kişinin korunması amacına yönelik olarak getirdiği en yeni (ve biraz sonra göreceğimiz üzere TMK’da daki düzenleniş biçimiyle en tehlikeli) hukuksal kurum olarak karşımıza, altıncı ayırımında (TMK 432-437) düzenlenen –yasal terimleme ile- “koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması (KAÖK)¹ çıkmaktadır. Artık Türk vesayet hukukunun bir parçası², yeni ve bağımsız vesayeti tedbir/kurum olarak KAÖK³, TMK 432’nin gerekçesinin de vurguladığı üzere, İsviçre Medeni Kanununun 6 Ekim 1978 kabul tarihli ve 1 Ocak 1981 tarihinde yürürlüğe giren hükümleri (İsviçre

1 Aslında Kanun Koyucunun kullandığı “özgürlüğün kısıtlanması” deyimini teknik anlamdaki “ehliyet kısıtlaması” (TMK 405 vd.) ile karıştırılabileceğinden “özgürlüğün sınırlandırılması” ifadesini kullanması daha isabetli olurdu. Bu kapsamda kurumun adının var olan haliyle, “koruma amaçlı özgürlük kısıtlaması” olarak konulması, dilbilgisel olarak daha doğru olurdu. Biz, koruma amaçlı özgürlük kısıtlaması kurumunu bundan sonra kısaca “KAÖK” olarak ifade edeceğiz.

2 BGE 112 II 105-106.

3 SPIRIG, Eugen: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, teilband II 3a, Die Allgemeine Ordnung der Vormundschaft, Die fürsorgerische Freiheitsentziehung Art.397a- 397f, Zürich 1995, Vorbem. zu Art.397a-f N.47, s.15. KAÖK kurumunun diğer vesayeti tedbirlerle olan bağının koparıldığı yönünde bkz. STURM, Gudrun: Vormundschaftliche Hilfen für Betagte in Deutschland und in der Schweiz, Freiburg 1992, s.80.

Medeni Kanunu (İMK) 397a- 397f, 314a, 405a, 406) esas alınmak suretiyle yapılandırılmıştır. Aslında biraz sonra göreceğimiz üzere TMK, KA-ÖK kurumunu mehazı gibi –fakat kimi eksikleriyle birlikte- küçükler ve erginler için farklı, fakat birbiriyle bağlantılı bir kurallar sistemi olarak (TMK 337, 432-437, 446, 447) düzenlemiştir. Çalışmamız bu sistemin merkezinde yer alan ve kısıtlı olan ve olmayan ergin kişilerin koruma amaçlı özgürlüklerinin kısıtlanmasını düzenleyen TMK 432-437 hükümlerini inceleme konusu yapmaktadır.

II. İsviçre Hukukundaki Düzenleme

1907 tarihli İMK, kişinin kendi iradesi dışında bir kuruma yerleştirilebilmesi bakımından bir hüküm içermemekteydi. Sadece eski (e)İMK 406/TMK 390, vasinin eİMK 421/b.13-eMK 405/b.13'e göre vesayet makamının izniyle zorunluluk durumlarında kısıtlıyı bir kuruma yerleştirebilmesine olanak tanımaktaydı. Çocuk hukuku bakımından ergin olmayan kişi (küçük), eMK'da yer almayan eİMK 310/, eİMK 284/eMK 273 hukuksal dayanak noktası olarak alınarak bir kuruma yerleştirilebiliyordu. Buna karşılık bir ergin kişinin bir kuruma konulması sadece İMK 386 (TMK 420)'a göre vasi atanmasına yönelik yargılama sırasında sadece geçici bir önlem olarak mümkün olabiliyordu Ama aslında bu geçici tedbir dahi teknik anlamda bir özgürlük kısıtlaması niteliği taşııyordu. Bunun dışında kantonal mevzuat kapsamında "idare hukuku kaynaklı" bir uygulama olarak, kişinin bir kuruma yerleştirilmesi olanağı mevcuttu. Artık temel sorun kişinin kendi iradesi dışında özgürlüğü ortadan kaldırılacak veya sınırlandırılacak şekilde bir kuruma yerleştirilmesinin hukuksal dayanaklarının tesisi sorunuydu. İsviçre'nin 28.11.1974 tarihinde Roma'da 1950 tarihinde Avrupa Konseyi üyesi ülkelerin imzaladığı "İnsan haklarının ve Temel Özgürlüklerinin Korunmasına İlişkin Sözleşme"yi (AİHS) onaylamasıyla birlikte, sözleşmenin 5. maddesi (özellikle bu maddenin I/d ve e. bendi), 6. maddedeki yargılama garantisi ile birlikte ergin kişilerin koruma amaçlı özgürlüklerinin sınırlandırılabilmesine yönelik ilk hukuksal dayanağı sağlamıştır⁴. AİHS m.5/I. b.e'ye göre⁵, "Bulaşıcı hastalık yayabilecek bir kimsenin, bir akıl hastasının, bir al-

4 BBE 114 IA 184; 118 II 257; 121 III 254.

5 Hüküm hakkında ayrıntılı açıklamalar için bkz. GÖLCÜKLÜ, A. Feyyaz/GÖZÜ-BÜYÜK, A.Şeref: Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, 3. Bası, Ankara 2002, s.234 vd.

koliğin, uyuşturucu maddelere bağımlı bir kimsenin veya bir serserinin usu-lüne uygun olarak tutulu olarak bulundurulması” olanak dahilindedir⁶. İsviç-re Hukuku bakımından ikinci hukuksal dayanağı Federal Meclis’in daha 1940 yılında kabul ettiği Uluslararası Çalışma Örgütü’nün 29.No’lu zorla ve mecburi çalışmalara ilişkin sözleşmenin kurumda kalan kişilerin işgörme edimlerini düzenleme yetkisini yetkili organlara bırakan düzenlemesi oluş-turuyordu. Bu hukuksal altyapıya dayalı olarak hazırlanan ve parlamento ta-rafından 6.10.1978 tarihinde kabul edilen kişinin koruma amaçlı özgürlüğü-nün kısıtlanmasına olanak tanıyan İMK hükümleri (İMK 397a-397f, 314a, 405a), 1.1.1981 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁷. Türk Kanun Koyucusu da İs-viçre Hukukundaki bu gelişmelere karşı ilgisiz kalamamış, kişinin koruma amaçlı özgürlük kısıtlanmasına ilişkin hükümler demetini (İMK 397a-397f, 314a, 405a, 429a, eİMK 406, 421) (bir kısım hükümleri eleyerek bir kısım düzenlemeleri de hükmün amacıyla bağdaşmayacak şekilde değiştirerek) 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’na almış bulunmaktadır.

III.KAÖK’nın TMK’daki Sistematiik Düzeni

İMK 397a-397f, 314a, 405a, 406’da kişi için KAÖK’nın temel ku-rallarını ortaya koymaktadır⁸. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine uygun

6 Buna karşılık m.5/I b.d, bir küçüğün tutulabilmesi bakımından önem taşır ve İMK 314a ve 405a hükümlerinin de dayanağını oluşturur:

7 KAÖK kurumunun İsviçre Hukukundaki tarihsel gelişimi için ayrıca bkz. GEISER, Thomas: Basler Kommentar, Honsell.Vogt.Geiser (Hrsg), Zivilgesetzbuch I, art.1-456 ZGB, 2. Auflage, Basel 2003, Vor. Art.397a-f, N.1-3, s.1942-1943; SPIRIG, Vorbem. zu Art.397a-f, N.1 vd., s.3 vd.; LUSTENBERGER, Markus: Die Fürsorge-rische Freiheitsentziehung bei Unmündigen unter elterliche Gewalt (Art.310/314a ZGB), Freiburg 1987, s.3 vd. Bugün için İsviçre Hukukunda hazırlanan ve İMK’nın vesayet hükümlerini toptan değiştiren Yetişkinlerin Korunması Hakkındaki Kanun Tasarısı, 416 ve 426.maddeleri arasında, KAÖK kurumunu “Koruyucu Yerleştirme” başlığı altında tekrar düzenlemektedir. Tasarıdaki hükümlerin genel bir değerlendirmesi için bkz. REUSSER, Ruth: Auf dem Weg zu Erwachsenenschutzrecht-Überblick über die Totalrevision des Vormundschaftsrecht, Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd.122, 1. Halbband, s..279 vd.; ETZENSBERGER, Mario: Die “Fürsorge-rische Unterbringung” und “Behandlung einer psychischen Störung” aus der Sicht eines praktischen Psychiaters (Art.416-430 VE), Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Bd.122, 1. Halbband, s.365 vd.

8 Şematik düzen için bkz. RIEMER, Hans Michael: Grundriss des Vormundschafts-rechts, 2. Aufl., Bern 1997, §8, N.12, s.157.

olarak yapılandırılan bu sistemde İMK 397a-397f hükümleri, (kısıtlı veya kısıtlı olmayan) ergin kişilerin koruma amaçlı özgürlüklerinin kısıtlanmasını düzenlemektedir. Değiştirilmiş İMK 406 maddesi vesayet altındaki kısıtlının; İMK 405a vesayet altındaki küçüğün; İMK 314a ise velayet altındaki küçüğün koruma amaçlı özgürlüğünün kısıtlanmasını düzenlemektedir. İMK 397a-397f, TMK 432-437'ye, İMK 405a ise TMK 446'ya; İMK 406 ise TMK 447'ye alınmıştır. Ancak ilginç olan Türk Kanun Koyucusunun İMK 310 hükmünü bir kısım değişikliklerle TMK 347'ye alırken, İMK 310 hükmünü tamamlayan bir hüküm olan İMK 314a'yı karşılayan bir hükmü Türk Medeni Kanununa almamış olmasıdır⁹. Biz TMK sisteminde yaratılan bu eksikliği haklı bir gerekçeye dayandıramıyoruz. Mevcut durumda velayet altındaki küçüğün özgürlüğünün kısıtlanması prosedürüne ilişkin olarak Türk Hukuku için ortaya çıkan kanun boşluğunun, İMK 314a hükmüne uygun bir şekilde doldurulması tek çıkar yol olarak gözükmektedir. Zira, TMK 446'da vesayet altındaki bir küçüğün koruma amaçlı bir kuruma yerleştirilmesine olanak tanıyan ve bunun prosedürünü belirlemiş bir hukuk sisteminin, velayet altındaki küçük için aynı koruma vasıtasını kabul etmemesi beklenemez. Dolayısıyla TMK'daki bu "gerçek" boşluğun İMK 314a düzenlemesinin ilk iki fıkrasına paralel olarak doldurulmalıdır. Bunun dışında, 6.10.1978 değişikliğiyle KAÖK sistemi kurulurken KAÖK'dan doğan sorumluluk, İMK 429a'da vesayet organlarının sorumluluğuna ilişkin hükümlerden farklı olarak manevi tazminat talebinin şartları ağırlaştırılmış bir kusursuz sorumluluk hali olarak düzenlenirken; TMK'ya söz konusu hüküm alınmamıştır. Öte yandan İsviçre Hukukunda KAÖK'ya ilişkin hükümlerin yürürlüğe girmesiyle birlikte, işin doğası gereği fonksiyonunu yitirmiş olan ve vesayet altındaki kişinin bir kuruma yerleştirilmesini vesayet makamının iznine bağlayan İMK 421/b.13 hükmü yürürlükten kaldırılmıştır. Zira söz konusu yerleştirme kararının alınmasına ilişkin düzenlemeler İMK 397a vd.'nda ayrıntılı olarak düzenlenmişti. Oysa, Türk Kanun Koyucusu, KAÖK'ya ilişkin düzenlemeleri eksik dahi olsa TMK'ya alırken, İMK 421/b.13 (ve eMK 405/b.13)'ü karşılayan TMK 462/b.13 hükmünü aynen yerinde bırakmıştır. Kanımızca Kanun Koyucusunun gözünden kaçan bir ayrıntıdan doğan söz konusu "örtülü" kanun boşluğu, söz konusu hükmün uygulanmaması suretiyle doldurulmuş olacaktır¹⁰.

9 İsviçre Hukuku için bkz. LUSTENBERGER, s.1 vd.

10 Ölü hüküm olarak: ÖZTAN, Bilge: Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004, s.808.

Bu noktada öncelikle temel kuralları ergin kişilerin özgürlüklerinin kısıtlanmasına ilişkin TMK 432 vd.nda düzenlenen ve özünde hem özel hukuka hem de kamu hukukunun özelliklerini barındıran karma nitelikli bir vesayeti müdahale niteliğindeki¹¹ “koruma amaçlı özgürlük kısıtlamasının”, polisiye tedbirler¹² ve ceza hukukunun emniyet tedbirlerinden farklı bir müessese olduğu burada vurgulanmalıdır. Emniyet tedbiri, tehlikeli failer hakkında ceza yerine veya ceza ile birlikte hükmolunan, kişinin tehlikeliliği ile orantılı ve failin iyileştirilmesi amacını ön planda tutan cezai yaptırımlardır¹³. Bu noktada emniyet tedbirleri suç işlendikten sonra uygulama bulan kişinin iyileştirilmesi amaçlı bir cezai tedbir iken; KAÖK kurumu, kişi daha zarar görmeden önce korunmasını sağlamaya yönelik bir “önleyici” kurum olarak karşımıza çıkar.

IV. KAÖK'nün Amacı

Kurumun adından ve TMK 432/I hükmünün lafzından da anlaşılacağı üzere, KAÖK'nün amacı kişinin “kişisel korumasını” sağlamaktır¹⁴. Diğer bir deyişle KAÖK ile kişinin bağımsızlığını ve kendi sorumluluğunu yeniden üstlenebilmesi hedeflenir. Bu nedenle “söz konusu amaç” KAÖK hükümlerinin uygulanması ve yorumlanması bakımından “ana temayı” oluşturur. Buna göre kişinin ihtiyacı olan zorunlu ilgi ve bakım, kişinin insan onuruna uygun olmayan bir yaşam tarzından içinden çekilip çıkarılabilmesi, koruma amaçlı özgürlüğünün kısıtlanması ile sağlanacaktır. Sonuçta KAÖK kişinin korunması dışındaki hiçbir amaca hizmet edemez¹⁵. Sunulan bu ana tema eşliğinde, KAÖK'nin şartları aşağıda sunulmaktadır.

V. Özgürlüğü Kısıtlanacak Kişi

KAÖK'nin şartları, TMK 432'de düzenlenmektedir. Maddeye göre, “Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı,

11 Bu konudaki tartışmalar için bkz. SPIRIG, Vorbem. zu Art.397a-f, N.26 vd., s.10 vd.

12 Bkz. CAVIEZEL-JOST, Barbara: Die Voraussetzungen der fürsorgerischen Freiheitsentziehung (Art.397a Abs.1 und 2 ZGB), Stans 1988s.86 vd.

13 Ayr.ol.bkz. NUHOĞLU, Ayşe: Ceza Hukukunda Emniyet Tedbirleri, Ankara 1997, s.9 vd.

14 GEISER, Vor. Art 397a-f, N.9, s.1947.

15 SPIRIG, Art.397a N.5, s.24.

ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan her ergin kişi, kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde, tedavisi, eğitimi veya ıslahı için elverişli bir kuruma yerleştirilir veya alıkonulabilir. Görevlerini yaparlarken bu sebeplerden birinin varlığını öğrenen kamu görevlileri, bu durumu hemen yetkili vesayet makamına bildirmek zorundadırlar (f.1). Bu konuda kişinin çevresine getirdiği külfet de göz önünde tutulur (f.2). İlgili kişi durumu elverir elvermez kurumdan çıkarılır (f.3).” Söz konusu düzenleme İMK 397a hükmü ile karşılaştırıldığında önemli değişiklikler taşır. İMK 397a’ya göre, “Bir ergin veya kısıtlı kişi, ihtiyacı olan kişisel koruma başka türlü sağlanamıyorsa, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol bağımlılığı, diğer bağımlılık hastalıkları yada ağır bakımsızlıktan/ihmal edilmişlikten (schwere Verwahrlosung) dolayı uygun bir kuruma yerleştirilebilir veya alıkonulabilir (f.1). Bu konuda kişinin yakınlarına getirdiği yük dahi göz önünde tutulur (f.2) İlgili kişi durumu izin verir vermez salıverilmelidir (f.3).

Her şeyden önce KAÖK’nün yönü gerçek kişilere yöneliktir¹⁶. TMK 432/I’in lafzına bakıldığında koruma amaçlı özgürlüğü kısıtlanacak olan kişi, ergin kişidir. İMK 397a/I ise, TMK hükmünden farklı olarak “ergin veya kısıtlı kişilerin” özgürlüklerinin kısıtlanacağından bahsetmektedir. Bu noktada “Türk Hukukunda ergin bir kısıtlının koruma amacıyla özgürlüğünün kısıtlanması mümkün müdür? sorusu öncelikli olarak akla gelecektir. Cevabımız olumludur. Yani TMK 432/’deki “ergin kişi” ifadesinin İsviçre Hukukundaki gibi “kısıtlı veya kısıtlı olmayan ergin kişi” olarak okunması suretiye kısıtlanmış bir ergin kişinin de, koruma amaçlı özgürlüğünün kısıtlanabileceği kabul edilmelidir. Zira maddenin destekleyici gerekçesi bir yana, TMK 447’de gecikmesinde sakınca bulunan hallerde vasiye tanınan kısıtlıyı KAÖK’ya ilişkin hükümlere göre bir kuruma yerleştirme veya alıkoyma (ve durumu derhal vesayet makamına bildirme) yetkisinin tanınması, gecikmede sakınca olmayan hallerde TMK 432 vd. hükümlere göre kısıtlının koruma amaçlı özgürlüğünün kısıtlanabileceğini evleviyetle ortaya koyar¹⁷. Öte yandan bu hük-

16 SPIRIG, Art.397a N.14, s.26.

17 ÖZTAN, s.805-806; ÖZUĞUR, Ali İhsan: Velâyet-Vesayet-Soybağı ve Evlat Edinme Hukuku, Ankara 2003, s.729; GENÇCAN, Ö.Uğur: Koruma Amacıyla Özgürlüğün Kısıtlanması Davaları, Adalet Dergisi, Y.93, Temmuz 2002, S.12, s.41-42. Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük’ün 14. maddesinin 1. fıkrası da açıkça kısıtlı olan ve olmayan ergin kişilerin koruma amaçlı özgürlüklerinin sınırlanmasından bahsetmektedir.

mün özünde, korunma ihtiyacını daha çok duyacak olan kısıtlılar için uygulamaya elverişli olduğu da açıktır¹⁸. Sonuçta ergin kişi, kısıtlı olsun veya olmasın bu maddeye göre koruma amacıyla özgürlüğü kısıtlanabilecektir. Bu noktada kısıtlama ve buna bağlı vasi tayini ile KAÖK'nin birbirinden farklı ve bağımsız vesayeti tedbirler niteliğini bir daha vurgulayalım. Bu kapsamda hakkında KAÖK kararı verilen bir kişi hakkında, somut olayın şartlarına göre "kısıtlama" kararı alınmaktan vazgeçilebilecektir. Yine vasi kadar, kendisine kayyım veya yasal danışman atanan ergin kişilerin de bu hükme dayanarak koruma amaçlı olarak özgürlükleri kısıtlanabilecektir¹⁹.

Yukarıda belirttiğimiz üzere velayet altındaki küçükler için KAÖK, ancak İMK 314a'dan yararlanarak kanun boşluğunu doldurmak suretiyle yaratılan hükümlerle; vesayet altındaki küçükler içinse TMK 446'ya göre gerçekleşir. Bu noktada tartışmalı olan husus, velayet altına konulmuş kısıtlı ergin çocukların (TMK 419/III) TMK 432 vd.'na göre mi yoksa Türk Hukuku için de uygulanabilirliğini kabul ettiğimiz İMK 314a hükmüne göre mi koruma amaçlı özgürlüğünün kısıtlanabileceğidir. Yukarıda da belirttiğimiz üzere küçüklerin özgürlüklerinin kısıtlanabilmesi için başka yollarla önlenemeyen bir tehlikenin varlığı yeterli iken TMK 432 vd. ergin kişilerin kısıtlı olsun veya olmasın haklı bir sebep olmaksızın özgürlüklerinden mahrum kılınmasını önlemek için, özgürlük kısıtlaması için ağır şartların varlığını aramakta ve ancak ayrıntılı bir yargısal süreç sonrası özgürlük kısıtlamasını olanaklı görmektedir. Bu nedenledir ki kısıtlanıp velayet altına konulmuş olsa bile ergin bir kişinin özgürlüğünün TMK 432 vd.na göre kısıtlanması daha uygun olsa gerekir²⁰. Velayet altındaki ergin kişiye velayete ilişkin hükümlerin ergin kişilere uygulanmasının ancak olanaklı olduğu kadarıyla ve kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça mümkün olabilirdiği ve yine TMK 432/I'in sadece "ergin kişiden" bahsetmesi de bu sonucu destekler.

18 RIEMER, §8, N.9, s.155

19 SPIRIG, Vorbem. zu Art.397a-f N.49, s.15; ÖZTAN, s.806.

20 Aynı yönde: GEISER, Art.397a N.1, s.1953; SPIRIG, Art.397a N.18, s.26; (Ayrıntılı gerekçelemesiyle) CAVIEZEL-JOST, s.109; TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/ SCHMID, Jörg/RUMO-JUNGO, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich-Basel- Genf 2002, s.512; ÖZTAN, s.806.

VI. KAÖK'nün Şartları

Kişinin koruma amaçlı da olsa özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için “kanunda öngörülen şartların” gerçekleşmesi zorunludur. Bu bağlamda vesayet makamı, vasi atama yargılaması sırasında aşağıdaki göreceğimiz şartlar gerçekleşmeksizin TMK 420'deki geçici önlem alma yetkisine dayanarak hiçbir şekilde kişiyi özgürlüğünden mahrum edemez²¹. Kanunda öngörülen sorumluluk şartları, temelde sınırlı sayıda olan kişiye ilişkin zayıflık durumlarından ve bu zayıflık durumlarından doğan bir kısım olgulardan ibarettir²².

1.Özel Koruma İhtiyacı

TMK 432/I, kişi için KAÖK önlemine başvurulabilmesi için, “sınırlı sayıdaki” kişisel zayıflık hallerinden²³ kaynaklanan özel bir kişisel koruma ihtiyacının varlığını aramaktadır. Bu husus hükümdeki “kişisel korumanın başka şekilde sağlanamaması” ifadesiyle ortaya konmaktadır. Diğer bir söyleyişle, kişisel zayıflık hallerinden doğan bu kişisel koruma ihtiyacının varlığı şart olduğu gibi, aşağıda göreceğimiz üzere yeterli korumanın ilgili kişi özgürlüğünden mahrum edilmeksizin de sağlanamaması şarttır. Kişi özgürlüğü kısıtlanmaksızın da korunabiliyorsa özgürlüğünden mahrum edilemez. Kanun bu şekilde ileride göreceğimiz orantılılık prensibini, KAÖK kararının alınması noktasında açıkça vurgulamaktadır²⁴.

TMK 432/II hükmü, “Bu konuda kişinin çevresine getirdiği külfet de göz önünde tutulur” hükmünü içermektedir. “Maddede geçen “bu konuda” ibaresinin yönü, kişinin kişisel korumasını başka şekilde sağlanamamasına yönelik olup, kişinin üçüncü kişi için arzettiği tehlike TMK 432/I'in biraz sonra ayrıntılı olarak inceleyeceğimiz lafzı bir kenara bırakılırsa KAÖK için bir tatbeşand (kurucu olgu) oluşturmaz. Özellikle ilgili kişinin bakımı, çevresindekilerin (sadece akrabaların değil, komşularının ve diğer sürekli bir ortam birlikteliğinde olduğu kişilerin)²⁵ sahip ol-

21 GEISER, Art. 397a N.16, s.1958.

22 SPIRIG, Art.397a N.3, s.24; BGE 116 II 407; 114 II 213.

23 RIEMER, §8, N.8, s.155.

24 TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, s.513.

25 SPIRIG, Art.397a N.360, s.89; GEISER, Art.397a N.26, s.1961; MATTMANN, Stefan: Die Verantwortlichkeit bei der fürsorglichen Freiheitsentziehung (Art.429a

dukları ekonomik ve sosyal değerler tüketilerek gerçekleştiriliyorsa, artık kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasına daha rahat karar verilebilir. Dolayısıyla burada kişiye çevresindekilerin “serbest iradeleriyle” yaptıkları yardım ve verdikleri destek göz önüne alınacağından; ilgili kişinin korunmasının çevresine yüklediği külfetin “aşırı” olması şarttır. Özellikle kişi geçirdiği uzun süreli psikotik kriz dönemlerinde çevresinin yardımından uzak kalıyorsa, özgürlüğünün kısıtlanması gerekir²⁶.

Söz konusu özel bakım ihtiyacı, bir yönüyle terapötik ve (bedensel hastalıklarda) sağaltımsal önlemleri, öte yandan kişinin insan onuruna uygun yaşayışını sağlayan her türlü kişisel bakım ve destek fiilini kapsar: Yeme, giyim, bedensel bakım ve en asgarisinden bir şeylerle meşgul olma, ilgilenme ihtiyacı gibi²⁷. Dolayısıyla vesayet makamı kişinin özgürlüğü kısıtlamadan önce şu soruya cevap vermelidir: “Özgürlüğünden mahrum edeceğim kişi, özgürlüğünü kısıtlamadığım takdirde, “taşıdığı (yasada öngörülen) yetersizlik haline bağlı olarak, insanca yaşayışın gerektirdiği bir biçimde beslenebilecek, ısınabilecek, taşıdığı hastalığı tedavi ettirebilecek, ihtiyaçlarını giderebilecek midir?” Cevap olumsuzsa vesayet makamının başvuracağı yol, diğer şartlarında mevcudiyeti halinde kişinin özgürlüğünün kısıtlanması olacaktır.

İlgili kişi bir kuruma yerleştirilmeksizin yapılacak ayakta tıbbi tedaviler, TMK 432 vd.ndaki KAÖK tedbirler kapsamında yer almaz²⁸.

2. Zayıflık Durumu²⁹

Kanun, sadece kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasıyla giderilebilecek özel koruma ihtiyacı doğuran kişisel sosyal-biyolojik zayıflık hallerini, “sınırlı ve alternatifli olarak” saymaktadır.Sayılan sebepler büyük ölçüde TMK 405 ve 406’da sayılan kısıtlama sebepleriyle örtüşmektedir.

ZGB), Freiburg 1988, s.136; ÖZTAN, s.247. Yükü taşıyan çevre kapsamında aileye yapılan vurgu için TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, s.513. Ayrıca bkz. Türk Medeni Kanununun Velayet, Vesayet ve Miras Hükümlerinin Uygulanmasına İlişkin Tüzük m.14/II:“Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasında kişinin ailesine, yakınlarına, komşularına ve çevresine getirdiği külfet de gözönüne tutulur.”

26 Bkz. GEISER, Art.397a N.26, s.1961; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, s.513.

27 GEISER, Art.397a N.4, s.1954.

28 BGE 118 II 248.

29 İsviçre Hukuku bakımından ayrıntılı bir inceleme için bkz. CAVIEZEL-JOST, s.117 vd.

a. Akıl hastalığı ve akıl zayıflığı: Bu sebeplerden birincisi akıl hastalığı ve akıl zayıflığıdır. Tıbbi anlamının ötesinde hukuksal nitelikteki bir yaklaşımla “sürekli tarzda normal dışı her zihinsel durum akıl hastalığı ve akıl zayıflığı olarak tanımlanabilir³⁰. Akıl hastalığı ve akıl zayıflığı temelde bir nitelik değil, nicelik farklılığıdır. Buna göre akıl zayıflığı, akıl hastalığı ile karşılaştırıldığında, daha hafif bir psişik bozukluğu ifade eder. Bu kapsamda kalıtsal psikoz, akut şizofreni ve manik-depressif rahatsızlıkların bu hukuksal nitelikteki “akıl hastalığı” kavramının altında yer alacağı açıktır.

b. Alkol ve uyuşturucu bağımlılığı: Bir kısıtlama sebebi olan alkol ve uyuşturucu madde bağımlılığı (bağımlılık tehlikesi değil!) aynı zamanda, diğer şartların gerçekleşmesi halinde özgürlüğünün kısıtlanması sebebidir. TMK 432/I, “uyuşturucu bağımlılığından” bahsederken; İMK 397a/I daha kapsayıcı bir kavram olarak “diğer bağımlılık rahatsızlıklarından” bahsetmektedir. Bu kapsamda İsviçre hükmünün seçtiği ifade daha isabetlidir. Türk Hukukunda da, “uyuşturucu bağımlılığı” ifadesinin İsviçre hukukundaki gibi geniş kapsamlı olarak, özellikle uyuşturucu dışındaki diğer madde bağımlılığı hallerini de içerecek biçimde yorumlanması yerinde olur. Bu ise sonuçta her türlü hap, yapıştırıcı madde (Bally), vs. bağımlılıkları hallerinde de kişinin özgürlüğünün koruma amaçlı sınırlandırmasına olanak sağlar.

Alkol bağımlılığı halinde ya kişi aşırı bir alkol ihtiyacı içerisinde ya da aldığı alkol ile irade gücünü tüketmiştir³¹. Özellikle kişinin alkol yüzünden çevresi ve yakınları ile olan kişisel ilişkileri tamamen kesilmişse, özgürlük kısıtlaması bir zorunluluk taşır. Bağımlılığın bedensel veya psişik oluşu önem taşımaz. Alkol bağımlılığının getirdiği diğer psikolojik rahatsızlıklar da KAÖK için ayrıca göz önüne alınır³². Kişinin alkole bağlı aldığı aşırı kiloların getirdiği engel ve kişisel zayıflıklar da alkol bağımlılığı kapsamında değerlendirilmelidir³³. Kavram bu yönüyle tıbbi anlamda “alkolle ilgili bozukluklardan” farklıdır³⁴.

Buna karşılık, uyuşturucu bağımlılığına, yukarıda belirttiğimiz üzere her türlü uyuşturucu madde bağımlılığı kadar, bağımlılık yaratıcı tıbbi

30 RIEMER, §4, N.10, s.47; SPIRIG, Art.397a N.26, s.29; MATTMANN, s.130; OĞUZMAN, Kemal/DURAL, Mustafa: Aile Hukuku, 2. bası, İstanbul 1998, s.435.

31 GEISER, Art.397a N.8 s.1955; SPIRIG, Art.397a N.51, s.35.

32 SPIRIG, Art.397a N.56, s.36.

33 GEISER, Art.397a N.8 s.1955.

34 bkz. DSM-IV, s.99.

maddeler ve diğer maddelere ilişkin bağımlılık halleri de girer. Ancak aynı alkol bağımlılığında olduğu gibi, uyuşturucu bağımlılığının da kişide kişisel korunmasını gerektirecek kişisel zayıflığa yol açması (örn. girilen ağır uyuşturucu krizleri, ağır kişilik değişimleri, uyuşturucu madde elde etmek için yasal olmayan yollara başvurma vs.) gerekir. İsviçre öğretisinde, uyuşturucu bağımlılığı halinde kişide aranacak zayıflık durumunun derecesinin, bu bağımlılık akıl hastalığı veya akıl zayıflığına (veya İsviçre Hukuku bakımından ağır bir ihmal edilmişliğe) yol açmadıkça, alkol bağımlılığına göre daha ağır olması gerektiği vurgulansa da³⁵; biz her iki kişisel zayıflık sebebini eşit ağırlıkta değerlendiriyoruz. Yine uyuşturucu bağımlılığı nedeniyle kişinin özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için kişinin söz konusu bağımlılığından tek başına, kendi çabasıyla kurtulması için hiçbir umudun kalmasının gerektiği yönünde İsviçre Mahkeme uygulamasında gelişen görüşleri de, KAÖK'nin amacıyla bağdaşmadığı için yerinde bulmuyoruz³⁶.

c. Ağır Tehlike Arzeden Bulaşıcı Hastalık ve Serserilik: TMK 432, İMK 397a'da yer almayan iki durumu, yani "ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık ve serserilik" hallerini de, kişinin özgürlüğünü kısıtlayıcı sebepler arasında saymıştır. Oysa İMK 397a/I, yukarıda incelenen sebeplere ek olarak bir "havza-toplayıcı sebep" olarak "ağır ihmal edilmişlik (schwere Verwahrlosung)"³⁷ şartını aramaktadır³⁸. Söz konusu sebepler arasındaki ilgisizlik açıktır. Dikkatli bir bakışın görebileceği üzere "ağır bulaşıcı hastalık³⁹ ve serserilik⁴⁰" kavramları, kişinin kişisel za-

35 GEISER, Art.397a N.8 s.1956.

36 Bu konudaki tartışmalar için bkz. GEISER, Art.397a N.9 s.1956. Uyuşturucu terapisinin sonuçsuz kaldığı hallerde KAÖK yoluna gidileceği yönünde bkz. RIEMER, §8, N.9, s.156.

37 Kavram hakkında bkz. SPIRIG, Art.397a N. 90 vd., s.41 vd.

38 ULUSAN'ın TMK 432 bakımından yaptığı açıklamalarda (ULUSAN, İlhan: Die Neugestaltung des Familienrechts durch das neue türkische Zivilgesetzbuch, Österreichische Notariatszeitung, 8/2002, s.225 vd. (234)) serserilik kavramını, ihmal edilmişlik-bakımsızlık anlamında ele almaktadır.

39 TMK 432'nin gerekçesine göre, "Ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalıkların ne olduğunun belirlenmesi tıp biliminin işi olmakla beraber, buraya AIDS, kolera, ilerlemiş verem ve veba gibi hastalıkların gireceği söylenebilir." Aynı yönde: BAŞPINAR, Veysel: Türk Medeni Kanunu İle Aile Hukukunda Yapılan Değişiklikler ve Bu Konuda Bazı Önerilerimiz, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.52, S.3, 2003, s.98 dn.103.

40 1982 Anayasasının 19.maddesinin gerekçesine göre, serseri terimi, "muntazam ve normal geçim kaynağından mahrum ve meskeni bulunmayan" kimseleri ifade eder.

yıflığına dayalı korunması için getirilmiş bir hükümde, “kişisel zayıflığı nitelemekten uzak anlamlarıyla, korumanın süjesini bir anlamda “kişiden” “topluma” kaydırmaktadır. Bu konu aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.

3. Toplum için Tehlike Oluşturma

TMK 432'nin lafzı, mehz İsviçre hükmü ile karşılaştırmalı olarak incelenirse, İMK 397a'da yer almayan bir şartın daha KAÖK için Türk Kanun Koyucusu tarafından kabul edildiği görülecektir. TMK 432'ye göre, “Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden birini kendisinde barındıran her ergin kişinin, ancak toplum için tehlike oluşturduğu takdirde” koruma amaçlı özgürlüğünün kısıtlanmasına karar verilebilecektir.

Yukarıda belirtilen ve İMK 397a'da yer almayan “ağır bulaşıcı hastalık ve serserilik” halleri, yine İMK 397a/I'de yer almayan, fakat TMK 432'ye komisyonda eklenen “...sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan” ifadesi ile birlikte ele alınması KOÖK kurumunun temel amaç ve işlevinin Türk Hukukunda tamamen ters yüz edildiği sonucunu açıkça ortaya çıkarmaktadır. Aslında burada Türk Kanun Koyucusunun İMK 397a hükmünde yaptığı bu değişikliğin amacı, KAÖK kurumunun 1982 Anayasasının 19. maddesinin 2. fıkrasında yer alan “Mahkemelerce verilmiş hürriyeti kısıtlayıcı cezaların ve güvenlik tedbirlerinin yerine getirilmesi; bir mahkeme kararının veya kanunda öngörülen bir yükümlülüğün gereği olarak ilgilinin yakalanması veya tutuklanması; bir küçüğün gözetim altında ıslahı veya yetkili merci önüne çıkarılması için verilen bir kararın yerine getirilmesi; toplum için tehlike teşkil eden bir akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin bir müessesede tedavi, eğitim veya ıslahı için kanunda belirtilen esaslara uygun olarak alınan tedbirin yerine getirilmesi; usulüne aykırı şekilde ülkeye girmek isteyen veya giren, ya da hakkında sınır dışı etme yahut geri verme kararı verilen bir kişinin yakalanması veya tutuklanması; halleri dışında kimse hürriyetinden yoksun bırakılamaz.” hükmüne uygunluğunu sağlamaktır. Ancak İMK 397a hükmü TMK 432'ye aktarılırken KAÖK kurumunu Anayasa hükmüne uydurmak için yapılan bu değişikliklerle, hükmün ruhu ve amacı tamamen ortadan kaldırılmıştır. Zira Any.19'un gerekçesinde de vurgulandığı üze-

re⁴¹ anayasa koyucu, akıl hastası, uyuşturucu madde veya alkol tutkunu, bir serseri veya hastalık yayabilecek bir kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasını bu kişileri topluma yönelik bir potansiyel suçlu olarak gördüğü için olanaklı saymıştır. Oysa KAÖK'nın amacı doğrudan kişiyi korumaktır, yoksa toplumu değil⁴². GEISER'in de vurguladığı gibi, KAÖK'da üçüncü kişinin korunması ikincil bir önem taşır⁴³. Bu bağlamda, TMK 432/I'in ilk kısmındaki "akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serserilik sebeplerinden biriyle toplum için tehlike oluşturan" ifadesinin, hükmün devamındaki "kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması" şartı ve TMK 432/II hükmüyle açık bir çelişki oluşturduğu açıktır. Öte yandan Anayasanın 19/II maddesinin toplum için tehlike oluşturan hallerde kişinin özgürlüğünün kısıtlanabileceğini öngörmesi, kişinin bizzat kendisi için tehlike oluşturacağı hallerde (TMK 23) özgürlüğünün kısıtlanamayacağı anlamına gelmeyeceği gibi; kişiye karşı toplumun korunması gerekiyorsa, yapılacak düzenlemenin yeri, 1982 Anayasasının 19.maddesinin gerekçesinden de açıkça çıkarılabileceği üzere⁴⁴ TMK değil, toplumsal savunma tedbirleri öngören başka bir kanun

41 "Dördüncü halde iki ayrı durum söz konusudur. Birinci halde, bulaşıcı hastalıkların yayılmasını önlemek amacı güdülmüştür. Bu tür bir hastalık yayabilecek kimselerin serbestçe dolaşmalarının önlenmesi, mesela kendisinin evden çıkmasına izin verilmemesi buna örnek gösterilebilir. İkinci hal ise "suç öncesi tehlikeli hal" olarak adlandırılan durumda bulunan kişileri ve bunlar konusunda alınması gerekli tedbirleri içermektedir. Bilindiği gibi suçla savaşta etkili olunabilmesi için suçun işlenmesini beklememek; suç işlemeye fevkalade müsait bir düzey üstünde bulunan kişiler hakkında, zamanında uygun tedbirler alarak zararı daha kaynağında önlemek gerekir. "Suç öncesi safha" denilen bu safhada bulunan kişiler özellikle, uyuşturucu madde tutkunları, alkolikler, akıl hastaları yahut serserilerdir."

42 Ayr.ol.bkz. GEISER, N.397a, N.15, s.1958-1959. İsviçre parlamentosu da, kişinin kendisini veya üçüncü bir kişiyi tehlikeye düşürmesi halinde özgürlüğünün kısıtlanmasını öngören bir önergeyi değişiklik görüşmeleri sırasında reddetmiştir.

43 GEISER, Art.397a, N.3, s.1954.

44 Any.m.19'un gerekçesinden: "...Kolayca anlaşılacağı gibi bir akıl hastası, uyuşturucu madde tutkunu yahut alkoliğin veya yukarıda ifade edildiği anlamda bir serserinin suç işleme ihtimali, diğer kişilerin gösterdiği riskten daha yüksektir. Bunlar kendi hallerine bırakıldıkları takdirde toplum için devamlı bir tehlike ve tehdit teşkil edeceklerdir. Kendilerinin bir adım daha atarak suç alanına girmelerine engel olmak için kendileri konusunda "önleyici güvenlik tedbirleri" yahut, diğer bir terimle, "toplumsal güvenlik tedbirleri" alınmaktadır. Bu tedbirlerin neler olduğu, uygulama şartları ve benzeri hususlar, bugün pek çok ülkede kabul edilmiş bulunan "toplum-

olmalıydı. Bu nedenle KAÖK kurumuna “toplumsal tecrit” fonksiyonu yükleyen “toplum için tehlike oluşturma şartı”, TMK 432’nin kapsamından en kısa sürede hükümden çıkarılmalıdır. Zira KAÖK’nın amacı hiçbir zaman kişiyi tecrit etmek, toplumdan uzaklaştırmak değildir⁴⁵. Ancak söz konusu toplum için tehlike oluşturma şartının bir “pozitif hukuk normunda varlığını sürdürdüğü bugün için toplum için tehlike oluşturan bir kişinin özgürlüğünün kısıtlanabiliyorsa, kişinin bizzat kendisine karşı tehlike oluşturduğu hallerde söz konusu özgürlük kısıtlaması öncelikle (evleviyetle) olanaklı olmalıdır. Kişinin sahip olduğu kişisel değerleri bizzat kendisinin tahrip etmesini (ihlalini) yasaklayan bir hukuk düzeninde (TMK 23) bu sonucun kabulü kaçınılmazdır. Bir kişinin özgürlüğünün kişisel koruması için kısıtlanmasının, son tahlilde, sağlıklı bir toplum oluşturulmasına yönelik bir tehlike halinin savuşturulması anlamına geleceği de unutulmamalıdır. Yukarıda sunulan açıklamalar çerçevesinde biz, TMK 432/I’in uygulanabilmesi bakımından salt kişinin kendisine yönelik tehlikelerden kişisel korunma ihtiyacının doğmuş olmasını yeterli görüyoruz⁴⁶.

Ancak mevcut düzenleme mevcut lafzıyla, bir yönüyle de TMK 432’nin uygulamasını oldukça daraltmış görülmektedir. Zira bu hüküm lafzıyla uygulanırsa, “kişi akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalık veya serse-

sal savunma kanunları” tarafından düzenlenecektir. Bu tür tedbirlerin bazılarının (müessesede eğitim) uygulanması, “tehlikeli hal gösteren kişinin şu veya bu şekilde kısıtlanmasını zorunlu kılar...”.

Nitekim yasalaşmayan 9 Ekim 1984 tarihli “Toplum İçin Tehlike Teşkil Eden Akıl Hastası, Uyuşturucu Madde ve Alkol Tutkunu Serseri ve Hastalık Yayabilecek Kişilerin Tedavi, Eğitim ve Islahı hakkında Kanun Tasarısı” henüz suç işlememiş tehlikeli kişiler hakkında “toplumsal savunma tedbirleri” alınacağını belirtmekteydi.

45 GEISER, Art.397a, N.5, s.1955.

46 Türk Hukuk öğretisinde nispeten kişinin korunması ağırlıklı olarak bkz. ÖZTAN, s.806. Buna karşılık, GENÇCAN’ın (s.41, 4721 Sayılı Türk Medenî Kanunu, 2. Cilt, Madde 352-1030, Ankara 2004 (Şerh), s.1842) ve ÖZUĞUR’un (s.728-729) mevcut kurumu (ve KOÖK için TMK 432/I’de sunulan sebepleri) doğrudan “Toplum için tehlike” unsuru üzerinden tanımlaması isabetsiz ve tehlikeli bir yaklaşımdır. KILIÇOĞLU’nun (KILIÇOĞLU, Ahmet: Medenî Kanun’umuzun Aile- Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, 2.B, Ankara 2004, s.160-161 ve özellikle s.163) açıklamalarındaki “ağırlıklı” vurgu da kişinin korunmasından çok toplumun korunması üzerinedir. Benzer: AKINTÜRK, Turgut: Türk Medenî Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, C.II, 8.B., İstanbul 2003, s.515.

rilik sebeplerinden biri nedeniyle kişisel korumaya muhtaç olsa bile, bu kişi “toplum için bir tehlike oluşturmadıkça” hiçbir şekilde özgürlüğünden mahrum edilemeyecektir. Bu sonucun ise tatminkar olmadığı açıktır. Bu nedenle bizce burada yapılacak şey yeni TMK’nın birçok maddesinde yaptığımız gibi, hükmü, İMK 397a maddesinde olduğu gibi algılamaktır. Ancak bu durumda yine de hükmün uygulama amacı, “ağır bakım ihtiyacı” şartını TMK’ya almadığımız için yine de sınırlandırılmış kalacaktır. Zira, “ağır ihmal edilmişlik” şartı, hakime takdirinde esneklik sağlayan soyut ifadeli bir şart olup; İMK 397a’nın sınırlı sayı ilkesini genişletici bir işlev görmektedir⁴⁷. Bu bağlamda İsviçre öğreti ve uygulamasının da vurduğu gibi, insan onuruyla kesinlikle bağdaşmayan her türlü bakımsızlık-sefalet hali bir özgürlüğü kısıtlama sebebidir⁴⁸. Oysa TMK 432 var olan lafzıyla bu esneklikten yoksundur. Örneğin İsviçre Hukukunda intihar eğilimi taşıyan kişilerin iyileşmeleri başka yollarla olanak danilinde olmadıkça, yani kişinin yaşamı ve varoluşuna ilişkin kişisel değerlerin korunması kişinin bir kurumda tutulması dışında bir yola olanak tanımıyorsa, koruma amaçlı özgürlüklerinin kısıtlanması bu “genişlik” sayesinde olanaklı görülürken⁴⁹; TMK uygulaması bakımından aynı sonuca kolayca varılamayacaktır. Bu kapsamda “toplum için tehlike oluşturma kavramı” üzerine aşırı odaklanarak KAÖK kurumunun kişinin korunmasını amaçlayan temel felsefesini gözünden kaçırarak bir kısım öğretinin, ağır bir kanser hastasının kendisi toplum için bir tehlike oluşturmadığı için kişisel korumaya ne kadar muhtaç olursa olsun özgürlüğünün kısıtlanamayacağı yönündeki görüşlerini⁵⁰, yukarıda sunulan gerekçelerle reddediyoruz.

4. Orantılılık

TMK 342/I’deki “kişisel korunmasının başka şekilde sağlanamaması hâlinde” ancak kişinin özgürlüğünün kısıtlanabileceğini öngörmesi ve sayet hukukunun temel ilkelerinden orantılılık ilkesini vurgular⁵¹. Zira KAÖK, kişinin kişisel özgürlüğüne yönelik ağır bir müdahaledir. Bu nedenle ilgili kişinin ihtiyacı olan kişisel koruma daha hafif bir tedbirle sağ-

47 GEISER, Art.397a N.10, s.1956.

48 BGE 128 III 14; GEISER, Art.397a N.10, s.1956; SPIRIG, Art.397a N..106, s.43.

49 GEISER, Art.397a N.5, s.1955.

50 Bkz. KILIÇOĞLU, s.163.

51 SPIRIG, Art. 397a N.258-259, s.68; MATTMANN, s.134; ÖZTAN, s.807.

lanabiliyorsa, artık o kişinin özgürlüğünden mahrum edilmesi yoluna gidilmemelidir. Özellikle kişinin bir kurumda temel ihtiyaçları karşılanabilecek bir şekilde tutulmadığı sürece bizzat kendisi ve çevresi için tehlike oluşturacağı hallerde, (örneğin kişinin kontrolsüz bir biçimde saldırgan kılan bir akıl hastalığı veya akıl zayıflığı durumu mevcutsa), KAÖK kararının verilebilmesi olanaklıdır. Bu kapsamda ailesi tarafından bir ahırda veya boş bir odada kilitli tutulan akıl hastası bir kişi için, KAÖK kararına dayalı olarak bir kuruma yerleştirme zorunludur. Zira ortada kişiye yönelik bir tecrit mevcut olsa bile, mevcut tecrit (özgürlük sınırlaması), kişinin kişisel değerlerini (başta sağlığını) koruyabileceği şekilde, kısaca insan onuruna uygun bir şekilde gerçekleştirilmemelidir.

Söz konusu orantılılık ilkesi, KAÖK'nın diğer vesayeti müdahale sağlayıcı kamusal önlemlere başvurulup başvurulamayacağını tespitinde de önem taşır. Özellikle kişinin korunması amacının gerçekleştirilmesi bakımından kişinin özgürlüğünün kısıtlanması kişinin ehliyetinin kısıtlanmasına nazaran daha hafif bir müdahale olarak görülebildiği hallerde -ki bu kişinin bedensel yetersizlik taşıdığı hallerde pek olanaklı değildir- kişinin vesayet altına alınması ya da kişiye yasal danışman tayini yoluna gidilmemelidir. Ancak kanımızca bu konudaki takdirinde vesayet makamı dikkatli olmalı ve sınır veya sınıra yakın olgularda, kişinin hem özgürlüğünü hem de ehliyetini kısıtlama yoluna gitmelidir.

5. Zayıflık Durumunun Sürekliliği:

TMK 432/III hükmünün de vurguladığı üzere, “İlgili kişi durumu elverir elvermez kurumdan çıkarılır”. Dolayısıyla KAÖK tedbirinin sürdürülebilirliği, kişisel koruma ihtiyacı doğuran zayıflık durumunun sürekliliği ile sınırlıdır. KAÖK kararında belirtilen zayıflık durumu ortadan kalkar kalkmaz, kişi kurumdan çıkarılmak zorundadır. TMK 432/III'de somutlaşan bu sonuç kişilerin zamanaşımına uğramayan ve devredilemeyen temel haklara sahip olmasının doğal bir sonucudur⁵². Buna göre kişinin özgürlüğü uyuşturucu bağımlılığı nedeniyle kısıtlanmışsa, bağımlılık durumu ortadan kalkar kalmaz kurumdan çıkarılmak zorundadır. Ancak kurumda kalınan süre içerisinde ayrıca bu kişi de bir akıl hastalığı veya akıl zayıflığı baş göstermişse, kişinin kurumda tutulmaya devam edilebilmesi için, ortaya çıkan bu yeni zayıflık durumuna dayanarak yeniden bir KA-

52 Ayrıca bkz. 435/II.

ÖK kararının alınması zorunlu olacaktır. Doğaldır ki, kurumun elverişliliği şartı kapsamında kişinin uyuşturucu tedavisi yapılan bir klinikten başka bir yere gönderilmesi de gerekebilecektir.

6. KAÖK Hükümlerinin Kişiyeye Yönelik İradesi Dışı (Cebri) Tedavi Uygulamaları İçin Yasal Bir Dayanak Oluşturup Oluşturmaya-cağı Sorunu

Bugün İsviçre Hukukundaki konuya ilişkin temel tartışmalardan bir tanesi de, KAÖK'ya ilişkin hükümlerin kişiyeye yönelik cebri (irade dışı) tedavi (tıbbi yardım) eylemleri için bir hukuksal temel (ve dolayısıyla hukuka uygunluk sebebi) oluşturup oluşturmayacağı noktasındadır. Bugün için İsviçre Federal Mahkemesi'nin ve hakim öğretinin kararlı tutumu, KAÖK'ya ilişkin hükümlerin cebri tedaviler için bir hukuksal dayanak oluşturmayacağı yönündedir⁵³. İsviçre öğretisinde savunulan ve bizimde katıldığımız görüşe göre⁵⁴, ilgili kişiyeye yönelik cebri tedavi, genel kişilik değerlerine müdahalenin hukuka uygunluğu kapsamında, ancak kişisel özgürlüğün esaslı bir ihlalinde üstün bir kamusal veya özel yarar ya da üçüncü kişinin korunmasında haklı bir menfaat söz konusuysa ve müdahalenin orantılılığı ilkesi kapsamında olanaklıdır. İlgili kişi iyileştirilmesine yönelik bağımsız bir terapiye veya soğaltıma alınamasa bile, sadece kişinin geçici rahatlmasına yönelik cebri tıbbi müdahaleler, sadece KAÖK'nın yürütümü sırasında caizdir. Örneğin bir uyuşturucu bağımlısı "TMK 432 vd. hükümlere göre" bir kuruma yatırıldığı takdirde, kendisi istemedikçe, kişiyi bağımlılıktan kurtarmaya yönelik tedavi sürecine başlanamayacağı gibi, psikiyatrik bozukluğu olan ve bir kliniğe yerleştirilene iradesi dışında ilaç ve/veya terapötik sürece dayalı bir tedavi uygulanamayacaktır. Ancak kurumda kişinin bağımlılık veya rahatsızlık nedeniyle kişinin normal/sakin durumundan çıktığı hallerde kişiyi normal du-

53 SPIRIG, Vorbem. zu Art.397a-f N.48, s.15 ve oradaki yazarlar; BGE 118 II 262; 121 III 208; 126 I 112; 127 I 18; 116 I 116; 130 I 18. Özellikle bkz.125 III 172-173.

54 TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, s.519. SPIRIG'e göre (Art.397a N.212-216, s.61), KAÖK'nın zorunlu kıldığı hastalığı ortadan kaldırmaya veya hafifletmeye yönelik cebri tedavi uygulamaları caizdir. Ancak cebri müdahale sadece bu amaç kapsamında olanaklıdır. Bu kapsamda, bir akıl hastasına psikiyatri kliniğinde yapılacak cebri müdahale sadece izolasyon ve cebri sakinleştirici verilmesini kapsar. Bunun dışında ilaçla tedavi ivedi zorunluluk halleri ve ciddi akut durumlarda olanaklıdır. Buna karşılık akıl zayıflığı halinde yapılabilecek tek şey ilgili kişinin uygun bir çevresel veya davranışsal terapiye alınması olabilecektir. Buna karşılık alkol ve uyuşturucu bağımlılığında cebri tedavi olanağı oldukça sınırlıdır.

rumuna getirmek için yapılan müdahaleler (örn. uyuşturucu krizine giren kişiye sakinleştirici ilaç verilmesi mümkün) olabilecektir.

VII. KAÖK'nın Hukuksal Sonucu ve Kurum Kavramı

TMK 432/I'in lafzına göre, yukarıdaki şartların gerçekleşmesi halinde kişinin "tedavi, eğitim veya ıslah" için "elverişli" bir kuruma "yerleştirilebilir" veya "alıkonulabilir". Yerleştirme ve alıkonulma, KAÖK'nın kurucu olgusu değil, bizzat hukuksal sonucudur. Ancak biraz sora göreceğimiz "kurumun elverişliliği", KAÖK'nın kurucu olgusuna dahildir⁵⁵.

Buradaki "yerleştirilme" ifadesi bir kişinin ilk kez bir kuruma konulmasını ifade ederken; "alıkonulma" kişinin kendisi bir zaten bir kurumda bulunuyorsa, kendisinin kurumdan dışarı bırakılmamasını ifade eder⁵⁶. Bu nedenle bir kuruma kendi iradesi ile yerleşmiş olan kişi, özgürlüğünün kısıtlanması kararı verilemeden önce istediği zaman kurumu terk edebilirken; karar verildikten sonra kendi istese bile artık kurumdan çıkabilmesi (TMK 432 vd.nm öngördüğü şartlar gerçekleşmedikçe) olanaklı değildir. Bu bağlamda özgürlüğü kısıtlanması istenen kişi, karar alınmadan önce her zaman için kurumu terk edebilir. Bu konuda vesayet makamının (TMK 420'yi kıyasen dahi) uygulayarak önleyici bir tedbir olarak kişinin kurumda alıkonulmasına karar verebilmesi mümkün değildir.

"Kurum" kavramının neyi ifade ettiği konusunda kanunda bir açıklık bulunmamaktadır. Bu çerçevede yargı uygulaması ve öğreti, kavramı "geniş anlamıyla" algılamakta ve "kişinin iradesinin aksine veya iradesinden yoksun olarak kişisel korumasının hareket serbestisinin hissedilebilir derecede sınırlandırılması suretiyle yerine getirildiği her yeri" kurum olarak nitelendirmektedir.⁵⁷ Bu kapsamda bir bakımevi, yurt veya kliniğin dahi "kurum" olarak nitelendirilebilmesi olanaklıdır. Ancak bir yerin kurum olarak nitelenebilmesi için, o yerden çıkışın fiilen kolaylıkla olanaklı olmaması, fakat çıkışın yasak olması yeterlidir. Bu anlamda çıkışın kurum

55 TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, s.514.

56 Bkz. SPIRIG, Art. 397a N.180 vd., s.56 vd. Buna karşılık ÖZTAN'a göre (s.806-807), "Yerleştirme kavramından kastedilen bir müesseseye zor kullanarak konmadır. "Alıkonulma" ise, bir kimsenin kendi iradesiyle bir kuruma girmek için başvurulması ve kuruma alınmasıdır".

57 GEISER, Art.397a N.22, s.1959-1960; SPIRIG, Art 397a N.119, s.46; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, s.514; LUSTENBERGER, s.80 vd.; MATTMANN, s.135; BGE 121 III 308;112 II 486.

yöneticilerinin izni haricinde ancak ve ancak firar ile mümkün olması kurum niteliği için zorunlu değildir⁵⁸.

TMK 432, İMK 397a'ın lafzında yer almayan bir şekilde, “tedavi, eğitim veya ıslah” ifadelerini içermektedir. Bu bağlamda kişinin özellikle tedavi amaçlı olarak bir kliniğe dahi yatırılabilmesi olanaklıdır. Bu anlamda, kurumun kamusal idare altında olması veya özel hukuk kurumlarının yönetilmesi önemli değildir⁵⁹. Bu nedenle bir kişinin darülaceze dışında özel bir huzurevi veya devlet hastanesi dışındaki bir kliniğe dahi yerleştirilebilmesi olanaklıdır. Ancak özellikle huzurevleri veya bakımevlerinin kişinin kurumdan ayrılmasını engelleyici gerekli güvenlik önlemlerine sahip olması şarttır. Bu çerçevede kişinin korunması kendisinin bir odada yalnız başına kalmasını gerektiriyorsa, konulacağı kurumun “elverişli sayılabilmesi için” kişinin tek başına barınabilmesine olarak tanıyan sağlam kilitli odalara konulması gerekir.

TMK 432/I doğaldır ki, yerleştirilecek kurumun “elverişli” olmasını aramaktadır. Elverişlilik somut olayın şartlarına göre değerlendirilir⁶⁰. Buna göre mevcut kurum organizasyonel yapısı, personel kapasitesi ile kişinin ihtiyacı olan “kişiye özgü” bakım ve korumayı, kısaca KAÖK'nın amacını “esaslı” bir şekilde sağlayabilecek düzeyde olmak zorundadır⁶¹. Bu anlamda, bedensel özrü nedeniyle özgürlüğü kısıtlanan bir kişinin (yaşına göre) bir huzurevi veya bakımevine konulacağı yerde bir akıl hastanesine konulması halinde seçilen kurum elverişsizdir. Aynı şekilde mevcut akıl hastalığı bir terapötik süreç ile iyileşebilecek kimseyi akıl hastanesindeki iyileşmez derecedeki ağır akıl hastalarıyla birlikte bulundurulması da uygun değildir. Bir kişinin özgürlüğü kısıtlandıktan sonra koruma amaçlı hapis hane ve tutukevine konulması İsviçre öğretisi ve yargı uygulamasında somut olayın şartlarına göre ancak çok istisnai hallerde gerçekleşeceği kabul edilmektedir⁶².

58 SPIRIG, Art. 397a N.120, s.46; GEISER, Art.397a N.22, s.1960.

59 GEISER, Art.397a N.22, s.1960; MATTMANN, s.135.

60 SPIRIG, Art. 397a N.125, s.47.

61 SPIRIG, Art. 397a N.123, s.46; GEISER, Art.397a N.24 s.1960; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, s.514; 112 II 487. İsviçre Federal mahkemesi temyiz yoluna başvurulduğunda kurumun elverişliliğini özel olarak incelemektedir. bkz. BGE 112 II 492; 114 II 218.

62 GEISER, Art.397a N.25, s.1961; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, s.514; SPIRIG, Art. 397a N.128, s.47; BGE 112 II 488 vd. İsviçre parlamentosu da, kişinin özgürlüğünün kısıtlanması halinde hapis haneye konulmasını öngören bir önergeyi görüşmeler sırasında kesin olarak reddetmiştir.

Bu noktada kanımızca seçilecek kurumun yeri de “elverişlilik” şartı kapsamında değerlendirilmelidir. Buna göre, KAÖK kararını kişinin yerleşim yeri vesayet makamı vermişse, vesayet makamı seçilecek kurumu öncelikle kendi yetki alanı içerisinde yer alan bir yer olarak belirlemek zorundadır. İlgili kişinin yerleşim yerindeki vesayet makamı ancak kendi yetki alanı içerisinde ilgili kişinin kişisel korumasını sağlamaya elverişli bir kurum yoksa, kendi yetki alanına en yakın yerdeki kuruma ilgili kişiyi yerleştirmelidir. Buna karşılık ilgili kişinin bulunduğu yer vesayet makamı KAÖK kararı veriyorsa, kurumu yerleşim yeri vesayet makamının yetki alanından veya yetki alanının yakınından belirlemek zorundadır.

Vesayet makamı kararında kişinin yerleştirileceği veya alıkonacağı kurumu “somut olarak” belirtmek zorundadır. Hakim kararını şarta bağlı veremez⁶³. Eğer ki özgürlüğü kısıtlanacak kişi ayırt etme gücünden yoksun değilse veya bu kişinin yaşlılığı veya akıl hastalığı veya akıl zayıflığı nedeniyle ayırt etme gücü büyük ölçüde ortadan kalkmamışsa, vesayet makamının yerleştirileceği kurum hakkındaki düşüncesini kendisine sorulmalıdır. Eğer kişinin yerleştirilebileceği “elverişli” bir kurum bulunmazsa kişinin özgürlüğü kısıtlanamaz. Zira bu takdirde KAÖK kararı verilebilmesi için gerekli olan kurucu olgu mevcut değildir⁶⁴. Ancak kurumun elverişliliği, bakımından “ideal olan” temelli bir değerlendirmeye de girilmez. Diğer bir deyişle “elverişli olan”, “ideal olan” değildir. Kişinin temel ihtiyaçlarının karşılanması yeterlidir⁶⁵. Bu kapsamda KAÖK kararı maddi anlamda bir kesin hüküm oluşturmaz⁶⁶.

Belki daha en başta yapmamız gereken bir saptamayı, şimdi ve burada yapmak zorundayız. Kişisel koruma amaçlı özgürlük kısıtlaması bir hukuksal kurum olarak yıllık gayri safi milli geliri 40.000 Amerikan doları olan bir ülkenin hukukundan, yıllık gayri safi milli geliri 3000 Amerikan doları civarında olan ve istatistiki verilere göre milyonlarca vatandaşının açlık sınırının altında yaşadığı bir ülke hukukuna aktarılmıştır. Bu noktada Türk Hakiminden insanlık onurunun gerektirdiği korumadan yoksun milyonlarca insanı bir kuruma yerleştirmesi beklenemeyeceği gibi,

63 GEISER, Art.397a N.20, s.1959.

64 SPIRIG, Art. 397a N.131, s.48; GEISER Art.397a N.23, s.1960.

65 SPIRIG, Art. 397a N.124, s.47; GEISER, Art.397a N.23, 25, s.1960-1961; MATTMANN, s.135; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, s.514.

66 GEISER, Art.397a N.28, 1961.

var olan sınırlı sayıdaki kurumlarda da mevcut devlet bütçesi rakamları ışığında sağlanabilecek korumanın ne ölçüde insan onuruna uygun bir kişisel koruma oluşturacağı da şüphelidir. Bu nedenle vesayet makamının karar verirken, ileride göreceğimiz “kişisel korumanın başka türlü sağlanamaması şartı” kapsamında, kişinin bir kuruma yerleştirilmesinin yerleştirilmemesine nazaran nazaran daha çok zarar verip vermeyeceğini araştırması yerinde olur.

VIII. KAÖK İçin Yetkili ve Görevli Mahkeme

Ergin bir kişinin koruma amaçlı özgürlüğünün kısıtlanması için yetkili ve görevli olan mahkemeyi TMK 433 göstermektedir. Buna göre, “Yerleştirme veya alıkoymaya karar verme yetkisi, ilgilinin yerleşim yeri veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde bulunduğu yer vesayet makamına aittir (f.1). Yerleştirme veya alıkoymaya karar veren vesayet makamı, kurumdan çıkarmaya da yetkilidir (f.2).” Bu hüküm İMK 397b düzenlemesine nazaran farklıdır. Söz konusu hükme göre, “Karar verme yetkisi, ilgili kişinin yerleşim yerindeki veya gecikmesinde tehlike bulunan hallerde oturma yerindeki vesayet dairelerinden birisine aittir (f.1). Gecikmesinde tehlike bulunan hallerde Kantonlar başka bir uygun makamı yetkili sayabilir (f.2). Yerleştirme veya alıkoyma kararını vermeye yetkili olan vesayet dairelerinden biri aynı zamanda çıkarmaya da yetkilidir; diğer hallerde bu konuda kurum karar verir (f.3)”. İMK kural olarak Kantonları vesayet makamı veya denetim makamından birisini görevli kılma konusunda yetkilendirirken; TMK 433/I karar alma yetkisini vesayet makamına bırakmıştır. Yine İMK 397/b’nin gecikmesinde sakınca bulunan hallerde (ve psikolojik rahatsızlıklarda) yetkili makam bakımından ikinci fıkrasında (Kantonların yetkisinde olmak üzere) sağladığı genişlemeyi; TMK 433/I salt gecikmesinde sakınca bulunan haller için yetkili vesayet makamını kişinin “oturduğu yer” değil, “bulduğu yer” olarak belirlemek suretiyle sağlamış olmaktadır⁶⁷.

Buna göre, ilgili kişinin yerleştirmesi veya alıkonulmasına karar verme yetkisi, ilgilinin yerleşim yeri veya gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde bulunduğu yer vesayet makamına aittir. Kişinin yerleşim yeri,

67 İsviçre öğretisi de, 397b/I'deki “oturduğu yer” kavramını geniş bir yorumla neredeyse “bulduğu yer” kavramına yakın bir kapsamda anlamaktadır. bkz. GEIGER, Art.397b N.6, s.1965.

TMK 19 vd.na göre belirlenir. Özellikle özgürlüğü kısıtlanan kişi vesayet altında bir ergin kişi ise, kendisinin bağlı olduğu vesayet makamı aynı zamanda, gecikmesinde bir sakınca bulunmayan hallerde özgürlüğünün kısıtlanmasına karar verecek olan makamdır (TMK 21). Buna karşılık ergin bir kişi kısıtlanarak velayet altına konulmuşsa, yine TMK 21'e göre, ana ve babasının yerleşim yerindeki vesayet makamıdır; ana ve babanın ortak yerleşim yeri yoksa, çocuğun kendisine bırakıldığı ana veya babanın yerleşim yeri vesayet makamı KAÖK için yetkilidir. Buradaki yetki hükmü, kamu düzenine ilişkin ve kesindir.

TMK 433/II'ye göre "yerleştirme veya alıkoymaya karar veren vesayet makamı, kurumdan çıkarmaya da yetkilidir". Bu hükmü göre kural yerleştirme veya alıkoyma kararı veren sulh hukuk mahkemesinin aynı zamanda çıkarma kararını vermeye de yetkili olduğudur. Ancak TMK 434'ün öngördüğü bildirim yükümlülüğünün ışığı altında TMK 433/II hükmü şu şekilde anlaşılmalıdır: Gecikmesinde tehlike olan bir durumda ilgili kişinin oturduğu yer vesayet makamınca yerleştirme veya alıkoyma kararı alınmışsa, söz konusu karar kişinin yerleşim yeri vesayet makamına bildirileceğine göre, söz konusu bildirimden sonra artık kişinin kurumdan çıkarılma kararını kural olarak kişinin yerleşim yerindeki vesayet makamı verecektir. Ancak bildirimden önce çıkarma şartları gerçekleşirse, yerleştirme veya alıkoyma kararını veren kişinin bulunduğu yer vesayet makamı aynı zamanda çıkarma kararı için de yetkili olur⁶⁸. Ancak tedbirin varlığını gerektiren sebep ortadan kalmış olup da, bildirim yapılmasına rağmen tedbirin ilgilinin yerleşim yeri mahkemesince derhal sona erdirilmesine olanak tanımayacak bir durum söz konusuysa (örneğin yerleşim yeri mahkemesinin bulunduğu yerde yıkıcı bir depremin meydana gelmesi), özgürlüğü kısıtlama kararı veren kişinin bulunduğu yer vesayet makamı aynı zamanda çıkarma kararını da verebilmelidir.

TMK 433/I'e göre kişinin özgürlüğünün kısıtlanmasına yönelik yargılama başladıktan sonra, kişinin yerleşim yeri veya bulunduğu yere ilişkin değişiklikler, özgürlüğün kısıtlanması kararını verecek vesayet makamının değişmesine neden olmaz. Buna karşılık ilgili kişinin yerleşim yeri, yargılama sonunda karar verilmesi ile icrası arasındaki dönemde, hatta

68 Aynı yönde: GEIGER, Art.397b N.16, s.1967. Aksi fikir: SPIRIG, Art.397b N.89, s.114.

istisnaen kuruma yerleştirme sırasında değişirse –ki bu değişiklik yeni bir bağımsız yerleşim yeri tayini veya (bağımlı yerleşim yerleri bakımından) velayet altına konulan ergin kişilerde ergin kişinin velisinin yerleşim yerinin değişmesi suretiyle de⁶⁹ olabilir-, yeni yerleşim yerindeki vesayet makamı, artık çıkarma kararını vermeye yetkilidir. Ancak yerleştirme veya alıkoyma kararını veren mahkeme biraz sonra göreceğimiz üzere durumu TMK 434'e göre yeni yerleşim yeri mahkemesine bildirmek zorundadır. Ancak bu bildirim gerçekleşinceye kadar kişinin derhal kurumdan çıkabilmesi için gerekenleri yapmaya bizzat alıkoyma veya yerleştirme kararı veren mahkeme devam etmelidir⁷⁰.

Çıkarma kararını verecek mahkeme, bu konudaki yetkisini kullanmadan önce kişinin yerleştirildiği kurumun bu konudaki görüşünü alabilir, ancak bu yetkiyi hiçbir zaman için kuruma devredemez⁷¹.

VIII. Bildirim Yükümü

TMK 433'de ilgili kişinin koruma amaçlı özgürlüğünün kısıtlanmaması bakımından yetkili olan mahkemeyi geniş kapsamlı olarak belirlemesi, mahkemeler arasında bir koordinasyon sorununu doğurur. Bu sorunu Kanun Koyucu öngördüğü bildirim yükümlülüğü ile aşmak oluna gitmiştir. TMK 434'e göre, "Kısıtlı bir kişi bir kuruma yerleştirildiği veya alıkonulduğu ya da ergin bir kişi hakkında vesayete ilişkin diğer önlemlerin alınmasına gerek görüldüğü takdirde, kişinin bulunduğu yer vesayet makamı veya özel kanunlarda öngörülen ilgililer, durumu yerleşim yeri vesayet makamına bildirmekle yükümlüdürler."

-Madde şekli olarak, bildirimde yükümlüsünü ilgili kişinin yerleştirilmesi veya alıkonulması kararı veren kişinin bulunduğu yer mahkemesi ve özel kanunlarda öngörülen ilgililer ile sınırlamıştır. Söz konusu ilgililer arasında nüfus memurları, idari makamlar, noterler ve mahkemeler sayıla-

69 Buna karşılık TMK 412'nin "Vesayet makamının izni olmadıkça vesayet altındaki kişi yerleşim yerini değiştiremez." hükmü karşısında bu vesayet makamının izni olmaksızın özgürlüğün kısıtlanması bakımından bir (kısıtlamayı kaldırmaya yönelik) bir yetki intikali gerçekleşmez.

70 GEISER, Art. 397b N.16, s.1967.

71 İsviçre Hukukunda karar makamının her zamanlı geri alma hakkı saklı kalmak şartıyla kişiyi kurumdan çıkarma yetkisini kliniğe devredebileceği kabul edilmektedir. bkz. GEISER, Art.397b N.17, s.1967 ve oradaki yazarlar.

bilir (TMK 405/II). İlgililerin bildirim yükümünün konusunu doğaldır ki sadece belirli bir ergin kişi hakkında koruma amaçlı özgürlüğünün kısıtlanmasını veya vesayete ilişkin diğer önlemlerin (vesayet, yasal danışmanlık, kayyımlik) alınmasını gerekli kılan sebeplerin varlığı oluşturur. Buna karşılık kısıtlı kişinin bulunduğu yer vesayet makamı, kısıtlı bir kişi için yerleştirme ve alıkoyma kararı almışsa, kısıtlı kişinin yerleşim yeri vesayet makamını verdiği yerleştirme ve alıkoyma kararından haberdar eder. Ancak kişinin bulunduğu yer vesayet makamı, hakkında KAÖK kararı vermiş olduğu veya olmadığı ergin bir kişinin yerleşim yeri vesayet makamını, ergin kişi hakkındaki vesayete ilişkin önlemlerin alınmasını gerekli kılan sebeplerin varlığından⁷² haberdar edecektir. Ancak bu açıklamaların da ortaya koyduğu üzere bulunulan yer vesayet makamının bildirim yükümü sadece “kısıtlı kişi” hakkında alınan KAÖK kararları için sınırladığından “kısıtlı olmayan bir kişi” hakkında alınan KAÖK kararları için bir bildirim yükümü yoktur. Ancak özgürlüğü kısıtlanan kısıtlı olmayan ergin kişi için “diğer” vesayeti tedbirlerin alınmasını gerekli kılan sebepler mevcutsa bu sebepler kişinin yerleşim yeri mahkemesine bildirilmek zorundadır.

(Kısıtlı olsun veya olmasın) ergin bir kişinin bulunduğu yer mahkemesi sadece gecikmesinde tehlike bulunan hallerde KAÖK için yetkili olup, bir tehlike bulunmadığı takdirde hem KAÖK için ve hem de (TMK 411’in açık lafzının öngördüğü üzere) vesayet işlerinde yetkili değildir: “Vesayet işlerinde yetki küçüğün veya kısıtlının yerleşim yerindeki vesayet dairelerine aittir”.

Vasinin ise kısıtlı kişinin özgürlüğünün kısıtlanması bakımından bir bildirim yükümlülüğü yoktur. Ancak vesayet altındaki bir küçük söz konusuysa küçüğün koruma amaçlı bir kuruma yerleştirilmesine “gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde bizzat vasi karar verir ve durumu derhâl vesayet makamına bildirir” (TMK 446/I). Yine TMK 447/II uyarınca “Gecikmesinde sakınca bulunan hâllerde vasi, koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanmasına ilişkin hükümlere göre kısıtlıyı bir kuruma yerleştirebilir veya orada alıkoyabilir ve durumu derhal vesayet makamına bildirir”. Bunun dışında kanun bir küçüğün veya kısıtlının kanuni temsilcilerine kapsamlı bakım yükümlüklerine rağmen bir bildirim yükümü yüklememiş-

72 Doğaldır ki bu bildirim, ergin kişinin özgürlüğü kişinin bulunduğu yer vesayet makamınca yetkili olmadığı için kısıtlanmamışsa, KAÖK’nün maddi şartlarını da kapsar.

tir⁷³. Aynı şekilde yapılacak bir yasal düzenleme ile yetkilendirilmedikleri sürece, bir kişinin bulunduğu veya alıkonulduğu kurumun bu kişiye ilişkin bildirimde bulunma yükümlülüğü yoktur.

Buna karşılık kişinin yerleşim yerindeki mahkemede KAÖK yargılaması başladıktan sonra kişi yerleşim yerini değiştirirse, artık eski yerleşim yeri vesayet makamından yeni yerleşim yerindeki vesayet makamına yapılacak bildirim sadece TMK 432/III'deki "çıkarma yetkisine" ilişkin olacaktır⁷⁴.

Bildirimde bulunan makam sadece vesayeti tedbirlerin uygulanması gereken sebebi vurgulayacak olup, uygulanacak tedbirin türünü bildirimde bulunulan yerleşim yeri vesayet makamı belirleyecektir.

Bu noktada söz konusu bildirim, kişinin kişisel zayıflığının geniş bir çevrede bilinmesi sonucunu yaratan bir kişisel değer ihlali oluştursa da, bu ihlal hukuka uygun bir nitelik taşır. İsviçre Hukukunda GEISER'e göre⁷⁵, bildirim yapılması, ilgili kişinin kişisel zayıflığının geniş bir çevrede bilinmesi sonucu yaratacağından, bu durum kişilik ihlali oluşturabilir. Bu kapsamda orantılılık ilkesi, bildirim yükümünün sakınlı olarak kullanılmasını gerektirir. Buna göre bir ergin kişi bakımından diğer vesayeti önlemlerin alınması gerekmiyorsa, söz konusu KAÖK kararının bildirimden kaçınılmalıdır. Yazara göre, küçük veya kısıtlıya ilişkin olarak alınan özgürlük kısıtlaması tedbirine ilişkin bildirim ise bu bildirim diğer vesayet makamını karar alması veya varolan tedbirlerin icrası için önem taşıyorsa yapılabilir.

Bu kapsamda ilgili kişinin kişilik hakkının korunması gereğince, gerek kararı alan gerekse karar kendisine bildirilen vesayet makamı kanun bir açıklama-bildirim yükümü öngörmedikçe veya diğer bir hukuka uygunluk sebebi mevcut olmadıkça alınan karara ilişkin ağızlarını sıkı tutmakla yükümlüdür. Özellikle kısa bir süre için bir klinikte veya bakımında kalan kişinin bu durumdan aile üyeleri ve yakınlarının haberdar olmamasında "korunmaya değer" bir menfaati bulunabilir.

-Yasal bildirim muhatabı, TMK 434'e göre ilgili kişinin yerleşim yeri vesayet makamıdır. Ancak kanımızca diğer ilgililer, bir kişinin korun-

73 GEISER, Art.397c N.9, s.1971. Söz konusu bildirim yükümünün, yasal temsilci için kabulü yönünde bkz. SPIRIG, Art397c N.33, s.124.

74 GEISER, Art.397a N.4, s.1970.

75 GEISER, Art.397a N.8, s.1971.

ması bakımından gecikmesinde sakınca bulunan hallerde, salt KAÖK tedbirinin uygulanması için ilgili kişinin bulunduğu yer vesayet makamına da bildirimde bulunabilmelidir.

-Bunun dışında Kanun, ilgili kişinin ana babası, akrabaları veya yakınlarına yönelik bir bildirimde bulunulma yükümlülüğü öngörmemiştir. Bu kapsamda, TMK 435/I'in sanki kuruma yerleştirilen kişinin yakınlarına yönelik bir bildirim yükümlülüğü varmış intibasını yaratan lafzı yanıltıcıdır. Hükümdeki bildirim, İsviçre Hukukunda olduğu gibi sadece TMK 436/b.1'e göre ilgili kişiye yapılacak yazılı bildirim ifade eder ve bu bildirim "yakınlar" ile bir ilgisi yoktur.

Bildirim, kanunda bir açıklık olmadığından yazılı veya sözlü her hangi bir şekilde yapılabilir. Ancak doğuracağı önemli sonuçlar bildirim yazılı şekilde yapılmasını zorunlu kılar. Ancak bildirim TMK 434'ün gerekli kıldığı tüm unsurları kapsamalıdır. Özellikle KAÖK kararı veren kişinin bulunduğu yer vesayet makamının, verdiği kararın bir örneğini göndermesi yeterlidir. Kişi için diğer vesayeti tedbirlerinin alınmasını gerektiren sebepler varsa bunlar da kararlar birlikte bildirilmelidir.⁷⁶

-Yapılan bildirim ile kişinin yerleştirildiği veya alıkonulduğu kurumdan çıkarılması veya bulunduğu kurumun değiştirilmesi veya mevcut kurumdaki özgürlük kısıtlamasının yoğunluğunun değiştirilmesi hususundaki kararları artık yerleşim yeri vesayet makamı verecektir. Bildirim yükümlünü yerine getirmeyen vesayet makamı veya diğer ilgililer, ilgili kişi veya üçüncü kişinin bu yüzden uğradığı zararlardan dolayı sorumludur.

IX. Vesayet Makamı Kararına İtiraz

Geniş anlamda bir vesayeti tedbir olarak koruma amaçlı özgürlük kısıtlaması, kişinin özgürlüğünden mahrum olması pahasına bir kapsamlı kişisel koruma sağlayan tedbir niteliğinde olduğundan, vesayet makamının aldığı karara ilişkin olarak bir üst denetim yolunun açılması kaçınılmaz bir sonuçtu. İşte TMK 435, vesayet makamının yerleştirme veya alıkoyma kararı ile çıkarma talebinin reddine yönelik kararlarına ilişkin itiraz yolunu öngörmektedir. Maddeye göre, "Kuruma yerleştirilen kişi veya yakınları, verilen karara karşı kendilerine bildirilmesinden başlayarak on gün içinde denetim makamına itiraz edebilirler (f.1). Bu hak, kurumdan çıkarılma is-

76 GEISER, Art.397c N.14-15, s.1972.

teminin reddi hâlinde de kullanılabilir (f.2).” Buna karşılık İMK m.397d’nin lafzı, itirazın şeklini de belirleyecek biçimde şu şekilde kaleme alınmıştır. “İlgili ya da yakınında bulunan kişiler, karara karşı bildirimden başlayarak on gün içerisinde yazılı olarak Mahkeme’ye başvurabilir (f.1). Bu hak çıkma dilekçesinin reddi halinde de söz konusudur (f.2).”

TMK 435 açıkça vesayet makamının KAÖK ve çıkarma talebinin reddi kararlarını denetim makamının denetimi altında tutmaktadır. Madde lafzı, yetkili vesayet makamının kişinin kurumdan çıkma talebini kabul veya kişi için KAÖK tedbirinin uygulanmasını ret kararlarına karşı denetim makamına itiraz olanağı tanımamış görünmektedir⁷⁷. İsviçre Hukukunda bu kararlar karşı da İMK 420/TMK 461 uyarınca itiraz olanağı tanınması gerektiği yönündeki eğilimlere rağmen, kanımızca burada menfi çözümün reddi ile bir gerçek olmayan boşluğun varlığı kabul edilip, KAÖK’nin uygulanmasını engelleyen veya sonra erdiren vesayet makamı kararlarına karşı da TMK 435 uyarınca itiraz olanağı sağlanmalıdır.

-İtiraz üzerine hakim, ilk olarak kişi için güncel bir hukuksal koruma menfaatinin bulunup bulunmadığını araştırır⁷⁸. Bu noktada kişinin korunmaya değer bir menfaati olmaksızın hukuka aykırı olarak vesayet dairelerince özgürlüğünün kısıtlanması TMK 468’e göre devletin sorumluluğunu gerektirir⁷⁹. Bunun dışında denetim makamı, vesayet makamınca seçilen kurumun “elverişliliğini” de inceleyecek ve gerekirse kişinin bir kurumdan diğer bir kuruma nakline yönelik bir karar da verebilecektir.

77 Aynı yönde: BGE 112 II 106. İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre, gerek tarihsel-teolojik yorum ve gerekse sistematik bir yorum Kanun Koyucunun İMK 397d’de sadece kişinin özgürlüğünü kaldıran veya sınırlayan tedbirleri konu edindiğini ortaya koyar. Dolayısıyla Kanun Koyucu konuyu burada olumsuz olarak (zıt anlamıyla) düzenlemiştir. Ayrıca bkz. 122 I 126; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, s.517.

78 GEISER, Art.397d N.8, s.1975.

79 İsviçre Hukukunda TMK 429a maddesi KAÖK bakımından devletin sorumluluğunu ayrıca düzenlemiştir. Maddeye göre, “Hukuka aykırı olarak bir özgürlük sınırlandırmasında bulunandan maddi tazminat ve ağırlığı haklı gösterdiği ölçüde manevi tazminat istenebilir (f.1). Kantonun, ihlali kasıtlı olarak veya ağır ihmali ile işleyen kişilere karşı rücu hakkı saklıdır (f.2)” Türk Hukuku bakımından da geçerli olacak şekilde İsviçre Hukukunda KAÖK kararlarını hukuka aykırı kılan haller için bkz. MATTMANN, s.129 vd.

80 BGE 122 I 35.

-İtirazın yapılacağı yetkili mahkeme TMK'da gösterilmemiştir. Bu bağlamda İsviçre Hukukunda KAÖK kararı veren vesayet makamının bulunduğu yerdeki veya ilgili kişinin yerleşim yerindeki ya da ilgili kişinin yerleştirileceği yerdeki denetim makamının kanton içi mevzuat çerçevesinde her kanton tarafından yetkili olarak belirlenebileceği öngörülmektedir⁸¹. Bize göre ise, KAÖK kararını ilgili kişinin yerleşim yeri vesayet makamı vermişse, itiraz yerleşim yeri vesayet makamının bağlı olduğu denetim makamına yapılmalıdır. Buna karşılık kararı ilgili kişinin bulunduğu yer vesayet makamı vermişse iki ihtimal söz konusudur: TMK 434'e göre alınan karara ilişkin olarak yerleşim yeri vesayet makamına bildirim henüz yapılmamışsa, kişinin bulunduğu yer vesayet makamının bağlı olduğu denetim makamına itiraz yapılmalıdır. Buna karşılık bildirim yapıp ilgili kişiyi kurumdan çıkarma yetkisi yerleşim yeri vesayet makamına geçince, artık itirazın ilgili kişinin yerleşim yeri vesayet makamının bağlı olduğu denetim makamına yapılması uygun olacaktır.

-KAÖK kararı için denetim makamına itiraz hakkı ilk planda özgürlüğü kısıtlanan ilgili ehliyet yönünden kısıtlanmış olan veya olmayan ergin kişidedir. Bu kişinin özgürlüğü kısıtlanmışsa kendisinin ayırt etme gücüne sahip olması yeterlidir. Kişinin ayırt etme gücüne sahip sayılabilmesi için, kendi iradesinin aksine bir kuruma yerleştirildiği veya kurumda alıkonulduğunun bilincinde olması ve kararın aksi yönündeki iradesini beyan edebilecek durumda olması yeterlidir.

Fakat olayların çoğunda koruma amaçlı özgürlüğü kısıtlanmak istenen kişinin içinde bulunduğu zayıflık hali (özellikle ayırt etme gücü de yoksa) kişinin hukuksal ilişkilerinde bütünüyle durağan ve ilgisiz kalması sonucunu doğurabilir. Bu nedenle söz konusu ilgili kişi ile ilişki içerisindeki bir kısım şahıslara da, itiraz olanağının sağlanmasının yerinde olacağı kuşkusuzdur. İşte TMK 435/I kurumuna yerleştirilen (veya alıkonulan) kişinin "yakınlarına" da verilen karara itiraz yetkisini "ayrıca" tanımıştır. Bu noktada "yakın" kavramından ne anlaşılacağı açıklanmaya muhtaçtır. Her şeyden önce özgürlüğü kısıtlanmak istenenin kişisel çevresinde yer alan, yoğun veya gevşek sosyal ilişki içerisinde olduğu kişilerin öncelikle yer alacağı açıktır. Ancak, konu özgürlük kısıtlaması olunca "yakın" kavramının kapsamının genişletilmesi zorunlu olacaktır. Bu bağlamda öncelikle TMK 435/I'deki yakın kavramının TMK 461/I'deki ilgili kavramını aşkın bir kapsama sahip olduğu söylenebilir. Buna göre özgürlüğü kısıtla-

81 Bkz. BGE 122 I 30; 114 II 217.

nacak kişiyi akrabalık, dostluk, mesleki faaliyet, görev vs. nedeniyle kurulan sosyal ilişki bağı içerisinde iyi bir şekilde tanıyabilmiş olan herkes yakın kavramına dahil olur⁸². Bu kapsamda kişinin arkadaşları, öğretmenleri, doktoru ve psikoloğu dahi yakın kavramına dahildir. İlgili kişiye “yakın” sayılabilmek için bir güven ilişkisinin veya bir hukuksal ilişkinin varlığı zorunlu değildir; bilakis kişiler arasındaki sosyal ilişkilerden doğan ve kişilerin birbirini tanımasına olanak veren her fiili bağ, yakın sayılabilmek için yeterlidir. Bu fiili bağ, kişilerin ortak bir mekânda yaşamalarını şart kılmaz. Buna göre, özgürlüğü kısıtlanmak istenen kişinin birlikte kirada oturdukları arkadaşı kadar, kendisini tanıyan komşusu ve mesai arkadaşları dahi yakın kavramına dahil olabilir.

“Yakın” kavramının genişliğine bağlı olarak birden fazla kişinin itibarında bulunması halinde, hakimin güvenilir bilgi edinebilmesi, -özellikle ilgili kişinin zayıflık oluşturan durumunu yakınlarından başarıyla sakladığı durumlarda- sunulan çelişkili ifadeler nedeniyle zor olabilir. Bu aşamada da denetim makamı resen araştırma ilkesi çerçevesinde gerekli incelemeyi ayrıntılı olarak yapmalıdır. Bunun dışında KAÖK kararı veren kişinin bulunduğu yer vesayet makamı kararına karşı yerleşim yeri vesayet makamı “yakın” olarak kabul edilemez.

TMK 435/I’in sanki kuruma yerleştirilen kişinin yakınlarına yönelik bir bildirim yükümlülüğü varmış intibayı yaratan lafzı yanıltıcıdır. Yukarıda da belirttiğimiz üzere hükümdeki bildirim (yazılı dikkati çekme), İsviçre Hukukunda olduğu gibi sadece TMK 436/b.1’e göre ilgili kişiye yapılacak yazılı bildirimini ifade eder ve bu bildirim “yakınlar” ile bir ilgisi yoktur⁸³. Dolayısıyla TMK 435/I metninin yukarıda sunduğumuz me-

82 Kavramın geniş anlaşılması yönünde: GEISER, Art.397d N:13, s.1977; SPIRIG, Art.397d N.24-26, s.131; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, s.517; ÖZTAN, s.808; BGE 114 II 217. Özellikle 122 I 30. TMK 432/I’in “yakın” kavramına nazaran İMK 397d’nin “yakınında bulunan kişi” kavramı bu bağlamda daha kapsayıcıdır. Zira Türk Kanun Koyucusu, “nahe verbundene Person” deyimini karşılığı “yakın” ifadesini kullanmışken (İMK 477/I karşılığı TMK 510/I); TMK 397d/I’deki “ihr nahestehende Person” ifadesini yine “yakın” kavramıyla karşılamıştır. Anca bu son ifadenin “yakınında bulunan kişi” olarak çevrilmesi daha sağlıklı olurdu.

83 Bu nedenle GENÇCAN’ın, TMK 435/I’e göre, hakkında KAÖK kararı verilecek kişi yanında yakınlarına da bir bildirimde bulunulacağını kabul ederek, “yakın kavramını sınırlayıcı” bir yaklaşımı kabul etmesi ve bu yönde yaptığı bir kısım açıklamalar (bkz. s.51) isabetsizdir. Diğer Türk hukuk öğretisi de yanlış çeviriden hareketle TMK 435/I’in ilgilinin yakınlarına yapılacak bildirimini de kapsadığı görüşündedir. Bkz. KILIÇOĞLU, s.166; ÖZTAN, s.808; ÖZUĞUR, s.731.

haz İMK 397d/I hükmü gibi okunması zorunludur.

-MK 435'in lafzı itirazın şekli konuda bir açıklıktan uzaktır. Oysa mehzaz İMK 397d bu itirazın yazılı şekilde yapılmasını öngörmüştü⁸⁴. Türk Hukukunda bu durumda itirazın yazılı veya sözlü olarak yapılabilmesi olanaklıdır. Ancak sözlü olarak yapılan itirazın derhal tutanağa geçirilerek altının itirazda bulunan kişiye imzalatılması zorunludur. İtiraz hakkı, hakkında KAÖK kararı alınan kişi için kanımızca "nisbi şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması" niteliğindedir. Buna karşılık "yakınların" itiraz hakkı, bir görüşe göre şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hak olmayıp, temsil yasağından ari olarak temsile dayalı olarak dahi ileri sürülebilir⁸⁵.

-İtiraz on gün içerisinde yapılmalıdır. Buradaki süre hak düşürücü süredir⁸⁶. Ancak söz konusu hak düşürücü sürenin geçirilmesi halinde, kuruma yerleştirme veya kurumda alıkoyma kararı maddi anlamda bir kesin hüküm teşkil etmediği için ilgili kişinin "çıkarılması" için yetkili olan vesayet makamına yönelik her zaman için çıkarma talebinde bulunulabilir⁸⁷.

Süre ilgili kişi için TMK 436/I uyarınca kendisine yapılması gereken alınan karara ilişkin yazılı bildirimden itibaren başlar. İlgili kişi için sürenin işlemeye başlaması için, TMK 436/I uyarınca ilgili kişiye yapılan bildirim (yazılı dikkati çekme) TMK 436'da belirtilen unsurları içermesi şarttır. Kararın içeriği hakkında daha önceden bilgi sahibi olunmuşsa söz konusu yazılı bildirimden (süre işlemeye başlamadan) önce dahi itiraz yoluna başvurulabilir. Buna karşılık diğer "yakınların" itiraz hakkı, KAÖK kararı hakkında bilgi sahibi oldukları andan itibaren başlar⁸⁸.

-İtiraz üzerine denetim makamı (asliye hukuk mahkemesi), basit yargılama usulü kapsamında vesayet makamının verdiği karara ilişkin maddi ve hukuksal sorunları serbestçe değerlendirir. Denetim makamının, KAÖK yerine diğer bir vesayeti tedbiri doğrudan almak hakkı bu konuda görevli olmadığı için söz konusu değildir. Ancak vesayet makamınca alınan KAÖK kararını uygun bulan denetim makamı, TMK 405/II'ye göre yetkili olan vesayet makamına ilgili kişi hakkında vesayet altına alınmayı gerektiren sebepleri bildirmek zorundadır.

84 bkz. SPIRIG, Art.397d N.51 vd., s.137.

85 GEISER, Art.397d N. 17, s.1978.

86 GEISER, Art.397d N.18, s.1978.

87 GEISER, Art.397d N.21, s.1978.

88 GEISER, Art.397d N.19-20, s.1978.

İtirazda bulunan kişinin itirazını geri alması veya ilgilinin kurumdan çıkmış olması halinde, itiraza ilişkin yargılama konusuz kalır⁸⁹. Hakim alacağı karar ilgili kişiye, itirazda bulunan yakınlar, vesayet makamına ve kararın icrasının zorunlu kıldığı ölçüde diğer kişilere (örn. kuruma) bildirilir⁹⁰.

X. Denetim Makamının Kararına Karşı Kanun Yoluna Başvuru

İsviçre Hukukunda, KAÖK kararını alacak makamı belirlemede her Kantonun kendisi yetkili olduğundan, kantonlar bazında yargı organı niteliğinde olmayan idari makamların KAÖK kararı almaya yetkisi olmaktadır. Bu nedendir ki, TMK 435'de "denetim makamına itiraz" olarak düzenlenen kurum, İMK 397d/I'de "mahkemeye başvuru" olarak düzenlenmiştir. Dolayısıyla İsviçre Hukukunda yapılan itiraz üzerine, KAÖK alan idari makamın kararına ilişkin denetimi yapan ilk derece mahkemesinin kararlarına karşı, kanun yollarına başvuru olanağı açıktır. Buna karşılık Türk Hukukunda KAÖK kararını sadece bir yargı organı (vesayet makamı) kararır ve bu kararın denetimi de TMK 435'e göre yine başka bir yargı organınca (denetim makamı) yapılmaktadır. Bu durumda Türk Hukukunda denetim makamınca vesayet makamının aldığı KAÖK karara itiraz üzerine alınan karara karşı kanun yolu açık mıdır? sorusunun cevaplanması zorunluluğu doğar. Kanımızca KAÖK'nin kişi özgürlüğüne yönelik getirdiği sınırlamanın ağırlığı, denetim makamının itiraz üzerine alacağı karara karşı Yargıtay'da kanun yolunun açık olmasını zorunlu kılacağı açıktır. Öte yandan Yargıtay'ın eMK döneminde eMK 404/II (TMK 461/II) uygulaması bakımından sulh mahkemesinin kararlarına karşı yapılan itiraz üzerine denetim makamınca alınan kararlara karşı dahi temyiz yolunu açık kıldığı da göz önüne alınırsa⁹¹, TMK 435/I'e göre denetim makamınca alınan karar için de kanun yolunun açık olduğu sonucuna "evleviyetle" ulaşılabilir⁹².

89 GEISER, Art.397d N.25, s.1979.

90 GEISER, Art.397d N.26-27, s.1979.

91 Y.2.HD., 24.4.1984 T., 3646/3788, YKD, 1984, C.X, s.1166.

92 Denetim makamının kararının kesin olduğu yönünde: GENÇCAN, s.51; GENÇCAN, Şerh, s.1848; AKINTÜRK, s.515.

XI. KAÖK Yargılamasında Uygulanacak Yargılama Hukuku Kuralları

KAÖK'nın kişisel özgürlükler üzerinde yarattığı yıkıcı (-)/sınırlayıcı etki, KAÖK kararının alınması için yürütülecek yargılama sürecine daha büyük bir önem atfeder. Bu nedenle TMK 436, aynı TMK 184'ün boşanma davası için öngördüğü yargılama hukuku kurallarına benzer bir biçimde, KAÖK yargılaması sırasında uyulması gerekli olan ve ilgili kişiye yönelik asgari garantiyi sağlamaya yönelik yargılama hukuku kurallarını⁹³ belirlemiştir. TMK 436 hükmü şu şekildedir:

“Koruma amacıyla özgürlüğün kısıtlanması, aşağıdaki kurallar saklı kalmak üzere, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununa tâbidir:

1. Karar verilirken ilgilinin bunun sebepleri hakkında bilgilendirilmesi ve karara karşı denetim makamına itiraz edebileceğine yazılı olarak dikkatinin çekilmesi zorunludur.

2. Bir kuruma yerleştirilen kişiye, alıkonulma kararma veya kurumdan çıkarılma isteminin reddine karşı en geç on gün içinde denetim makamına itiraz edebileceği derhal yazılı olarak bildirilir.

3. Mahkeme kararını gerektiren her istem, gecikmeksizin yetkili hâkime ulaştırılır.

4. Yerleştirme kararı veren vesayet makamı veya hâkim durumun özelliklerine göre bu istemin görüşülmesini erteleyebilir.

5. Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalığı olanlar hakkında, ancak resmî sağlık kurulu raporu alındıktan sonra karar verilebilir. Vesayet makamının daha önceden bilirkişiye başvurmuş olması hâlinde denetim makamı bundan vazgeçebilir”.

Buna göre mevcut yargılama ilkeleri şunlardır:

-Sebep ve Kanun Yolları Hakkında Bilgilendirme Yükümü: TMK 436/I b.1'e göre “karar verilirken ilgilinin bunun sebepleri hakkında bilgilendirilmesi ve karara karşı denetim makamına itiraz edebileceğine yazılı olarak dikkatinin çekilmesi zorunludur.” Buna göre ilk başta vesayet makamı kararını verirken öncelikle ilgili kişiye yerleştirme veya alıkoymanın sebeplerine ilişkin ilgili kişiyi, kararı tesis ettiği sırada⁹⁴ bilgilendirmekle yükümlüdür. Buradaki “karar” ifadesi, kişi için verilecek KAÖK kararını kap-

93 BGE 127 III 387.

94 SPIRIG, Art.397e N.57, s.155.

sadığı gibi, TMK 435/II hükmü kapsamında kişinin kurumdan çıkarılma isteminin reddine ilişkin kararı da kapsadığından; hakim kurumdan çıkma talebinin reddi sebepleri hususunda da, hakkında KAÖK kararı olan kişiyi bilgilendirmek zorundadır. Bu anlamda “sebep hakkında” bilgilendirme hakim tarafından sözlü ve anlaşılır bir biçimde yapılmalıdır. Salt yazılı bilgilendirme, yargılama hukuku bakımından bozma sebebi oluşturur. Hakim gerektiğinde tercüman dahi kullanabilir. Bu kapsamda, ilgili kişiye yönelik istediği zaman özgürlüğünün kısıtlanması sebebinin öğrenme hakkı kullanılabileceği yönündeki bir bildirim yeterli değildir⁹⁵.

TMK 436/I b.1’e göre bilgilendirme ayrıca, ” denetim makamına itiraz olanağını” da kapsayacaktır. Yasa burada ilgilinin “dikkatinin çekilmesinden” bahsetmektedir. Dolayısıyla itiraz yoluna ilişkin bilgilendirme, kararın sebeplerine nazaran daha ayrıntılı olmak zorundadır. Bu nedenle madde, sebebe ilişkin bilgilendirmenin sözlü olmasını yeterli görmüşten, itiraz yoluna ilişkin bilgilendirmenin yazılı şekilde yapılmasını aramıştır.

Hakimin kararını verirken yaptığı salt TMK 435’e dayalı itiraz yoluna atıflı bilgilendirme yeterli değildir. Hakimin ayrıca, itirazın (başladığı tarihi de içerecek biçimde) süresini, yapılacağı makamı ve şeklini somut olarak (örneğin, “3.6.2004 tarihinden başlayarak 10 gün içerisinde bu karar karşı denetim makamı olan Kadıköy Asliye Hukuk Mahkemesi’ne yazılı olarak itiraz edebilirsiniz.”) belirtmesi zorunludur. Bu anlamda, “mahkemeye itiraz hakkınız var” şeklindeki bir dikkat çekme yeterli değildir.

TMK 436/b.1 lafzıyla vesayet makamının vereceği KAÖK kararı için öngörülmüş olsa da⁹⁶, bu kural kıyasen denetim makamının vesayet makamınca alınan KAÖK kararına yapılan itirazın reddine yönelik karar (TMK 435) için de kısmen uygulama bulmalı ve denetim makamı itirazı reddederken, Yargıtay’a başvurma olanağı bakımından da “ilgili kişinin” dikkatini çekmelidir⁹⁷. Bunun dışında yasa sadece ilgilinin sebep hakkında bilgilendirilip itiraz yolu hakkında dikkatinin çekilmesini kabul etmiş gibi görülse de, söz konusu itirazın “nisbi” şahsa sıkı sıkıya bağlılığı gereği, “gerekliyse (özellikle kişi kendisine sunulan bilgileri anlayamayacak

95 GEISER, Art.397e N.4, s.1983.

96 Yine bendin lafzından anlaşılacağı üzere, kurumda alıkoyma veya kuruma yerleştirmenin reddini veya kurumdan çıkma talebinin kabulünü öngören vesayet makamı kararları için bir bilgilendirme ve dikkat çekme yükümlülüğü öngörülmemiştir.

97 İsviçre Hukukunda benzer görüşte: GEISER, Art.397e N. 6, s.1984.

ölçüde bir zihinsel zayıflık taşıyorsa)” ilgili kişinin varolan yasal temsil-sine veya “bilinebilir en yakınlarına” yapılması uygundur. Bunun dışında TMK 435’e göre itiraz hakkına sahip “yakınlara” yönelik bir bilgilendirme ve dikkat çekme yükümlülüğü mevcut değildir⁹⁸.

Vesayet makamının TMK 436/b.1’deki itiraz yoluna ilişkin dikkati çekme yükümünü yerine getirmediği veya yetersiz yerine getirdiği sürece TMK 435/T’deki ilgili için olan itiraz süresi işlemeye başlamaz⁹⁹. Buna karşılık İsviçre öğretisindeki bir görüşe göre¹⁰⁰, sebebe ilişkin bilgilendirmenin yapılmaması ve yetersizliği KAÖK kararının geçerliliğini etkilemez. Ancak itiraz (mahkemeye başvuru) halinde söz konusu bilgilendirme eksikliği son aşamada hakim tarafından giderilmelidir. Kanımızca kısıtlama sebepleri, yapılacak itirazın içeriğinin oluşturulması bakımından önem taşıdığından, vesayet makamı gerekli bilgilendirmeyi yapmamışsa denetim makamı KAÖK’nın sebeplerine ilişkin olarak itirazda bulunan ilgili kişiyi bilgilendirdikten sonra, “dinleyerek” karar vermelidir. Bu bakımdan denetim makamının sebebe ilişkin bilgilendirmeyi yapmaması, ve ilgili kişiyi bilgilendirmeden “önce” dinleyerek karar vermesi temyiz incelemesi bakımından bir bozma sebebidir.

-Kuruma Yerleştirme Aşamasında Bilgilendirme Yükümü: Kanun Koyucu, ilgili kişinin bilgilendirilmesini salt KAÖK kararının verildiği an ile sınırlı tutmamış ve kurumu yerleştirilen (veya diğer bir sebeple zaten bir kurumda bulunurken hakkında alıkoyma kararı verilen) kişiye yönelik bir bilgilendirme yükümü öngörmüştür. TMK 436/b.2’ye göre, “Bir kuruma yerleştirilen kişiye, alıkonulma kararına veya kurumdan çıkarılma isteminin reddine karşı en geç on gün içinde denetim makamına itiraz edebileceği derhal yazılı olarak bildirilir.”

Buna göre ilgili kişi hakkında KAÖK kararının alındığı sırada yapılan bilgilendirme ve dikkat çekmeden başka, ilgili kişinin bu karara daya-

98 İsviçre Hukukunda kanun yoluna başvurma yetkisine sahip ilgili kişinin kişisel çevresindeki diğer kişilerin bilgilendirilmesi yönünde bkz. GEISER, Art.397e N. 7, s.1984. İsviçre Federal Mahkemesi’ne göre (BGE 114b II 218), kişi kendisine sunulan bilgileri anlayamayacak ölçüde bir zihinsel zayıflık taşıyorsa, ilgili kişinin durumundan yakınında bulunan kişiler resmen bilgilendirildiği takdirde mahkemenin bilgilendirme ve dikkat çekme yükümlülüğü ortadan kalkar. Aynı yönde: GEISER, Art.397e N. 7, s.1984.

99 GEISER, Art.397e N.8, s.1984.

100 GEISER, Art.397e N.8, s.1984.

narak fiilen bir kuruma yerleştirildiği veya kurumda alıkonulduğu hallerde, kendisinin “alıkonulma kararına veya kurumdan çıkarılma isteminin reddine karşı en geç on gün içinde denetim makamına itiraz edebileceği” hususundaki bildirim, yazılı olarak ve derhal yapılmak zorundadır. İlgili kişinin kurumda kendi isteği ile bulunurken alıkonulma kararının alınmış olması söz konusu bilgilendirme yükümünü ortadan kaldırmaz¹⁰¹. Bildirim kişi kuruma yerleştirilir yerleştirilmez (derhal) yapılmak zorundadır. Buradaki bildirim kişiye kişisel olarak -kurumda duvara veya kapıya asılan afiş veya levha ile genel bir bilgilendirme yeterli değildir-, yazılı ve yine anlaşılır bir biçimde yapılması gerekir¹⁰².

-İstemi Denetim Makamına Ulaştırma Yükümü: TMK 436/b.3’e göre, “Mahkeme kararını gerektiren her istem, gecikmeksizin yetkili hâkime ulaştırılır.” Buradaki “mahkeme kararını gerektiren her istem” ibaresi, mehzaz İsviçre Hukukunun KAÖK uygulaması göz önüne alındığında, sadece TMK 435/I ve II’ye göre denetim makamına yapılan itirazları kapsar. Çünkü İsviçre Hukukunda KAÖK kararı, Kantonlarda yargısal makam niteliğinde olmayan kurumlarca verildiğinden, bu kararlara itiraz mutlaka yargısal makamlara yapılmaktadır. TMK 436/b.3’ün lafzı, Türk Hukuk uygulaması göz önüne alınarak okunursa hüküm mahkeme kararını gerektiren, vesayet makamı ve denetim makamına yönelik her türlü istemi de kapsar. Buna göre, ilgili kişinin TMK 435’e göre denetim makamına yönelik taleplerinin yanında, örneğin vesayet makamına yönelik kurumdan çıkarılma istemi bakımından da ilgililer için bu istemi derhal hakime ulaştırılması zorunluluğu doğmaktadır. Biz maddeyi mehaza uygun olarak anlıyoruz.

Maddenin hakkında KAÖK kararı verilen kişinin istemlerini hakime derhal ulaştırma yükümlülüğüyle yüklediği kişiler olarak kurum personeli, klinikteki hekimler, kişinin vasisi veya kayyımı sayılabilir¹⁰³.

- Erteleme yetkisi: TMK 436/b.4’e göre, “Yerleştirme kararı veren vesayet makamı veya hâkim durumun özelliklerine göre bu istemin görüşülmesini erteleyebilir.” Söz konusu hükmün mehazı olan İMK 397e/b.4 dü-

101 Söz konusu bilgilendirmeden iradesiyle bir kurumda bulunan ilgili kişi için ancak istisnai hallerde, örneğin yaşlılar evinde bulunması halinde vazgeçilebileceği yönünde: GEISER, Art.397e N.10, s.1985. Aynı vazgeçmenin iradesiyle bir kurumda bulunmasa bile akıl zayıfı kişiler için de yapılabileceği yönünde: GEISER, Art.397e N.10, s.1985.

102 GEISER, Art.397e N.10, s.1985; ÖZTAN, s.809.

103 GEISER, Art.397e N.13, s.1985.

zenlemesinden farklı bir düzenleme getirmektedir. İMK 397e/b.4'e göre, "Yerleştirme kararı veren makam veya mahkeme yargısal karar talebine¹⁰⁴ erteleyici etki tanıyabilir" Bu hüküm karşısında İsviçre Hukukundaki durum şu şekildedir. İlgili kişi hakkında yerleştirme veya alıkoyma (ya da çıkarılma isteminin reddi) kararı vesayet makamınca verildikten sonra, ilgili kişi ve yakınında bulunan kişilerin İMK 397d/TMK 435'e göre itiraz etmesi (yargısal karar isteminde bulunması); vesayet makamınca verilen KAÖK kararının icrasını ertelemeyebilir. Ancak vesayet makamı veya İMK 397d'ye göre itiraz üzerine kendisine başvurulmuş hakim, gerekirse kuruma yerleştirme veya alıkoyma (ya da çıkarılma isteminin reddi) kararının yerine getirilmesinin ertelenmesine karar verebilir. Oysa İMK 397e/b.4 hükmü, TMK'ya alınırken çok daha farklı bir şekilde kaleme alınmıştır. Yukarıda belirtilen TMK 436/b.4 hükmüne göre "Yerleştirme kararı veren vesayet makamı veya hâkim durumun özelliklerine göre bu istemin görüşülmesini erteleyebilir". İsviçre hükmü, vesayet makamının verdiği yerleştirme, alıkoyma veya çıkarma isteminin reddi kararının icrasının ertelenmesini öngörürken; TMK hükmü vesayet makamının KAÖK kararının ve bendin lafzına bakılırsa denetim makamının¹⁰⁵ itiraza ilişkin vereceği kararın icrasını değil, buna ilişkin "istemin görüşülmesini" ertelemektedir. Bu durumda, vesayet makamı ilgili kişi hakkında KAÖK kararının verilmesi için yapması gereken incelemeyi, denetim makamı da vesayet makamının kararına karşı yapılan itirazı incelemeyi erteleyebilecektir. Böyle bir sonucun KAÖK kurumunun temelini dinamitleyeceği ise açıktır. Kanun Koyucunun TMK 436/b.4'deki farklı bir düzenleme getirme eyleminin bilinçli olarak mı gerçekleştirildiği, yoksa bir çeviri hatasından mı kaynaklandığı hususunda bir görüş belirtemiyoruz. Ancak söz konusu hükmün mehz İMK 397e/b.4 hükmüne uygun olarak anlaşılıp yorumlanması kanımızca daha uygundur. Zira biz yapılan istemlerin görüşülmesinin ertelenmesi sonucunu, kişinin kişisel korunmasının vakit geçirmeksizin sağlanmasını amaçlayan bağımsız bir vesayeti bir tedbir olarak KAÖK kurumunun amaçlarıyla bağdaştıramıyoruz¹⁰⁶. Buna göre

104 Buradaki "yargısal karar" ifadesinin İMK 397d ile birlikte değerlendirilmesi zorunlu olup, bu ifade TMK 435'deki itiraz üzerine denetimin makamının alacağı kararı karşılar.

105 Hükümdeki hakim kavramının Türk Hukukunda denetim makamı olarak okunması gerekir.

106 Türk Hukukunda ÖZTAN da (s.809), hükmü, kararın uygulanmasının ertelenmesi olarak almaktadır. Buna karşılık GENÇCAN (s.47; Şerhler, s.1848) ve ÖZUĞUR (s.733) isabetsiz olarak ertelemeyi "isteme" ilişkin olarak algılayıp açıklamaktadır.

TMK 436/b.3 hükmü şu şekilde anlaşılmalıdır: Vesayet makamı veya denetim makamı, vesayet makamının kuruma yerleştirme veya alıkoyma ya da kurumdan çıkarılma isteminin reddi kararının icrasını erteleyebilir. Buna göre, söz konusu erteleyici etki işin doğası gereği sadece ilgili kişinin bir kuruma yerleştirilmesi veya kurumda alıkonulması ya da çıkarılma isteminin reddi kararına ilişkin olarak alınabilir. Erteleme kararını, KAÖK kararını veren vesayet makamı alabileceği gibi, TMK 435/I'e göre yapılacak itiraz üzerine denetim makamı da alabilir. Karar makamı erteleme yetkisini resen kullanır. Ancak İsviçre öğretisinde de vurgulandığı üzere, bu erteleme yetkisi kullanılması KAÖK'nın icrası ivedilik taşımadığı sürece daima tercih olunmalıdır¹⁰⁷. Hakim itiraz üzerine yapılan yargılamanın sonuna kadar bu yetkiyi kullanabilir. Vesayet makamı veya denetim makamı, KAÖK kararının dayandığı sebebe bağlı olarak, tedbirin uygulanmasına veya icrasının ertelenmesine yönelik kararını orantılılık ilkesi çerçevesinde yapılandırır. Özellikle alkol ve madde bağımlılığı bakımından, bağımlı kişinin bağımlılıktan kurtulması için yapılacak kürlere katılmasını sağlamak için özgürlüğü kısıtlanmışsa, bir ivedilik durumundan bahsedilemez. Buna karşılık söz konusu uzun süreli tedavinin derhal başlamaması kişi bakımından ağır zarar doğuracak nitelikteyse, ivedilik şartı gerçekleşmiş olup, kararın icrasının ertelenmesi kararı verilemez¹⁰⁸.

-Resmî Sağlık Raporu Alınması: TMK 436/b.5'e göre, "Akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalığı olanlar hakkında, ancak resmî sağlık kurulu raporu alındıktan sonra karar verilebilir. Vesayet makamının daha önceden bilirkişiye başvurmuş olması hâlinde denetim makamı bundan vazgeçebilir." TMK 436/b.5 hükmü de kendisini karşılayan mehaz İMK 397e/b.5 hükmüne göre farklılıklar taşır. İsviçre hükmü sadece, psikolojik hastalıklar bakımından kişinin özgürlüğünün kısıtlanabilmesi için bilirkişinin görüşünün alınması zorunluluğunu öngörürken; TMK 43/b.5 hükmü, çok daha geniş bir kapsamda "akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalığı olanlar hakkında", KAÖK kararının alınabilmesini resmî sağlık kurulu raporuna bağlamıştır. Burada aranan sağlık kurulu raporu, KAÖK kararının alınması için gerekli emredici bir ön şart olup, önlemin alınması

107 GEISER, Art.397e N. 17, s.1986.

108 Ayrıca bkz. ve karşı. GEIGER, Art.397e N. 17, s.1986.

ivedi veya önlemin süresi geçici olsa bile alınmak zorundadır¹⁰⁹. Söz konusu sağlık kurulu raporu, kişinin kuruma yerleştirilmesi ve alıkonulması yanında kurumdan çıkarılmasına yönelik yargılama sırasında da alınmak zorundadır. Raporu düzenleyen sağlık kurulu mahkemeye yardımcı bir organ niteliğinde olup; hakim gerekli gördüğü takdirde özgürlüğü kısıtlanmak istenen kişi hakkında yeni bir incelemeye bağlı yeni bir rapor talebinde bulunabilir.

TMK 436/b.5, vesayet makamının kararına itiraz durumunda, vesayet makamının daha önceden bilirkişiye başvurmuş olması hâlinde denetim makamı yeni bir sağlık kurulu raporu almaktan vazgeçebilir. Ancak bu yetki denetim makamının ihtiyarında olup, yeni bir rapor istemesi için bir engel yoktur.

Yetkili mahkeme rapor talebinde bulunurken TMK 432 vd.ndaki KAÖK tedbirinin salt kişiyi korumayı amaçlaması nedeniyle, kişinin “toplum için tehlike oluşturup oluşturmadığının” araştırılmasını sağlık kurulundan istemesine gerek yoktur¹¹⁰.

Bunun dışında hakim, akıl hastalığı, akıl zayıflığı, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılığı, ağır tehlike arzeden bulaşıcı hastalığı olan ilgili hakkında sağlık kurulu raporunu aldıktan sonra hakkında KAÖK kararı verilecek olan ilgilinin kişisel bir korumaya muhtaç olup olmadığını, re’sen araştırma ilkesi çerçevesinde başta tanıklar olmak üzere her türlü delil üzerinden araştırmak zorundadır¹¹¹.

XII. Yargılama Usulü

TMK 437’ye göre, ” Hâkim, basit yargılama usulüne göre karar verir (f.1). Gerektiğinde ilgili kişiye adli yardım sağlanır (f.2). Hâkim, karar verirken ilgili kişiyi dinler (f.3)” düzenlemesini içerir. Söz konusu düzenleme İMK 397f’den esinlenmiştir: “Mahkeme, basit ve hızlı yargılama usulüne göre karar verir (f.1). İlgili kişiye gerektiğinde adli yardım sağlanır (f.2). İlk derece mahkemesi bu kişiyle sözlü olarak uyuşur (f.3).” İsviçre hükmü, “İsviçre hukukunda kantonal mevzuat kapsamında idari ma-

109 GEISER, Art.397e N. 19, s.1987. bkz. BGE 110 II 123-124.

110 Aksi fikirde: GENÇCAN, s.48 dn.19. Bendin menfi lafzı, serserilik hali için rapora gerek olmadığını ortaya koyar. bkz. KILIÇOĞLU, s.163.

111 Y.2.HD, 6.3.2003 T., E.1622, K.2977, s.1845, GENÇCAN, Şerh, s.1845.

kamların dahi KAÖK kararı verebildiği ve söz konusu kararlara karşı İMK 397d uyarınca yargısal yolla itiraz olanağının sağlandığı” yönündeki yurarda sunduğumuz bilgilerin tazelenmesiyle bir anlam kazanır. Bu nedenle, İsviçre Hukukunda İMK 397f hükmünün ilk iki fıkrası, ilk derece mahkemesindeki yargılama yanında, temyiz aşamasında da uygulama bulurken, 3.fıkra sadece KAÖK kararına karşı yapılan itirazı inceleyen ilk derece mahkemesinde uygulanır¹¹². Oysa Türk hukukunda gerek KAÖK kararını veren makam gerekse de itiraz mercii bir yargı organı niteliğinde bulunduğundan kanımızca TMK 437 düzenlemesinin her üç fıkrası da gerek vesayet makamı gerekse de itiraz üzerine denetim makamı tarafından yapılan inceleme aşamasında uygulama bulur. Yargıtay’daki temyiz incelemesi kural olarak dosya üzerinden ve ivedi iş olarak incelemenin öncelikli olarak yapılması gerekir (HUMK 438/I ve VI). HUMK 438/I, “kısıtlama” davalarında taraflardan birisinin talebi üzerine Yargıtay’daki yargılamanın “duruşmalı” olarak yapılmasına olanak tanımaktadır. Maddedeki “kısıtlama” ifadesi teknik anlamda “ehliyet kısıtlamasına yönelik yargılamayı (TMK 405 vd.) ifade etse de söz konusu lafz, şu haliyle koruma amaçlı “özgürlük kısıtlamasını” da ifade edebilecek bir genelliğe sahiptir. Öte yandan TMK 437 hükmünün gerek KAÖK kararı alınırken gerekse de kurumda çıkarılma talebinin incelenmesi sırasında uygulama bulacağıın altı çizilmelidir.

-KAÖK’ya ilişkin yargılamada “basit yargılama usulü” uygulanır (HUMK 507 vd.). Ancak söz konusu TMK 437/I düzenlemesi olmasaydı bile, HUMK 507/b.1 hükmü uyarınca, yine basit yargılama usulü burada uygulama bulacaktı. Bu düzenleme, ilgili kişinin gereken kişisel korumaya kavuşturulması (veya gereksiz yere özgürlüğünden mahrum edilmemesi için) için gerekli hızlı hareket etme zorunluluğunun bir sonucudur.

- Gerektiği takdirde TMK437/II, ilgili kişiye adli yardım sağlanacağını öngörmektedir. Söz konusu hükme dayalı adli yardımın yönü sadece “ilgili kişi” olup, itiraz olanağına sahip “yakınlara” yönelik adli yardım HUMK 465 vd. hükümlere göre gerçekleşir. Ancak yasa adli yardımı, “gereklilik” şartına bağlamıştır. Buna göre, somut olayın şartlarına göre yapılacak bir değerlendirme sonucunda ilgili kişinin vesayet makamı veya denetim makamı önünde menfaatlerini gereği gibi temsil edemeyeceğinin

112 GEISER, Art.397f N.1, s.1988 ve N.8, s.1990; TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGO, s.517. Basit yargılama usulünün nasıl işleyeceği hakkında bkz. GENÇCAN, s.48-49.

söylenbildiği her halde, adli yardım zorunludur. Bu bakımdan ilgili kişinin ayırt etme gücünden yoksun bulunduğu her halde adli yardım sağlanacaktır. Kişinin ayırt etme gücüne sahip olduğu hallerde mahkeme şartlara göre adli yardıma karar verebilir. Bu açıklamaların da ortaya koyduğu üzere, TMK 437/II'ye göre ilgili kişinin adli yardım talebi olmasa bile, gereken hallerde ilgilinin rızası dışında mahkemece re'sen adli yardımın sağlanmak zorundadır¹¹³.

-TMK 437/III'ün "Hâkim, karar verirken ilgili kişiyi dinler" hükmü karşısında gerek vesayet makamı gerekse itiraz üzerine denetim makamı, özgürlüğü kısıtlanacak (veya özgürlüğü kısıtlanmışsa, kurumdan çıkmak isteyen) ilgili kişiyi doğrudan dinleyecektir. Vekilin veya adli yardım görevlisinin dinlenmesi yeterli değildir.

113 Ayrıca bkz. GEISER, Art.397f N.12 vd., s.1990 vd.

OTELCİLİK SÖZLEŞMESİ

Dr. Gül Doğan

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Öğretim Görevlisi

I. SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Otelcilik sözleşmesi, otel ile müşteri arasında konaklama edimine yönelik sözleşmesel bir bağı ifade etmektedir. Bu sözleşmenin akdedilmesiyle, otelci, bir miktar para karşılığında müşterileri otele kabul etmek ve genellikle kısa bir süre için onların konaklamalarını, buna bağlı diğer hizmetler ve işlerini (yedirip içirme) sağlamak şeklinde şahsi bir edim yükümlülüğü altına girmektedir.

Tahsis veya kontenjan sözleşmeleri (Kontingent-Allotmentvertrag) de, otel sözleşmelerinin özel bir şeklini oluşturmakta ve belirli bir sürenin üzerindeki rezervasyonlar için yapılacak sözleşmeleri ifade etmektedir. Tahsis sözleşmesinin akdedilmesiyle otelci, belirli bir ücret karşılığında müşteriye (genellikle bir seyahat acentasına) karşı, otel odalarının belirli bir dönem genellikle bir sezon süresinde birbiri ardından düzenli olarak gelecek gruplar veya münferit müşterilere tahsisini, bir başka deyişle onların otelde konaklama ve işlerini üstlenmektedir¹.

Otelcilik sözleşmesi çerçevesinde, otelci-müşteri ilişkisini göz önünde tutan hükümlere örnek olarak, otelcilerin sorumluluğu hakkında

1 Bu konuda bkz. Turizm İşletmelerinin Bakanlıkla, Birbirleriyle ve Müşterileriyle İlişkileri Hakkında Yönetmelik (RG. 23.3.1983-17996), m. 41 (Kıs. Yönetmelik).

TBK. m. 478-480 hükümlerini ve Turizm İşletmelerinin Bakanlıkla, Birbirleriyle ve Müşterileriyle İlişkileri Hakkında Yönetmelik² hükümlerini gösterebiliriz.

II. SÖZLEŞMENİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Otelcilik sözleşmesi, karma sözleşmeler kapsamında yer alan kombine bir sözleşmedir. Kombine sözleşmelerde taraflardan birisi, çeşitli sözleşme tiplerine özgü birden fazla edimde bulunma, diğer taraf ise, tek bir edimi yerine getirme, genellikle bir miktar para ödeme borcu altına girmektedir. Bir başka deyişle, burada çeşitli tiplere özgü edimler birbirleriyle değişim ilişkisi içerisinde olmadan, sözleşmenin bir tarafında bir araya getirilmiştir³. Nitekim otelcilik sözleşmesinde oteller, bir miktar para karşılığında çeşitli sözleşmelere ait edimlerde bulunmaktadır. Aşağıda, bu sözleşmenin özellikleri üzerinde durulacaktır.

1. İki Tarafa Borç Yükleyen Rızai Bir Sözleşme Olması

Otelcilik sözleşmesi rızai bir sözleşme olup, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun iradeleriyle meydana gelmektedir. Bu nedenle, sözleşmenin meydana gelmesi için, otel odalarının müşterinin kullanımına terk edilmesi, anahtarın teslim edilmesi ve yemek sunulması gerekli değildir. İki tarafa borç yükleyen otelcilik sözleşmesi gereği otelci, otelcilik sözleşmesinden kaynaklanan edimleri yerine getirme, müşteri de bir miktar para ödeme borcu altına girer. Dolayısıyla, otelcilik sözleşmesinin ifasına ve ifa edilmemesine ilişkin olarak, karşılıklı sözleşmelere ilişkin hükümler (BK.m. 81, 82, 106 vd., 117/I) uygulanır.

2. Süreklilik Arz Eden Bir Sözleşme Olması

Sözleşme tarafları, belirli bir süre boyunca otelde konaklama edimini yerine getirmek hususunda karşılıklı olarak anlaşmışlarından, otelcilik sözleşmesini süreklilik arz eden bir borç ilişkisi olarak nitelendirmek

2 Turizm sektöründe uygulana mevzuat hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Boz, Necip: Turizm Hukuku, Ankara 2002.

3 Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/1, B. 4, Ankara 1985, s.71; Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B. 6, İstanbul 2002, s.23.

mümkündür. Otelci, edimin muaccel olmasıyla birlikte, sürekli veya tekrarlanan bir nitelik gösteren edimleri, kararlaştırılan süre içerisinde yerine getirmekle yükümlüdür. Söz konusu yükümlülük, sözleşmenin feshi veya ikale sözleşmesiyle ortadan kaldırılabılır.

3. Seyahat Aracıları Tarafından Akdedilen Sözleşmenin, Üçüncü Şahıs Yararına Bir Sözleşme Olması

Otelcilik sözleşmesi genellikle, üçüncü şahıs yararına bir sözleşme olarak akdedilir. Örneğin, seyahat aracıları olarak hizmet veren kuruluşlar tarafından otel ile akdedilen tahsis (kontenjan) sözleşmelerinde, otelcilik sözleşmesinden kaynaklanan edimler seyahat düzenleyene değil, müşteriye vaad edilmekte dolayısıyla, üçüncü şahıs yararına akdedilen bir sözleşme söz konusu olmaktadır. Sözleşmenin akdedildiği anda, üçüncü şahsın kimliğinin belirli olup olmamasının bir önemi bulunmamaktadır.

Otelcilik sözleşmesi de, tam üçüncü şahıs yararına veya eksik üçüncü şahıs yararına bir sözleşme olarak akdedilebilir. Taraflar, üçüncü şahsın sözleşme tarafı olmasa da, doğrudan rezervasyon talebinde bulunan müşteriyle aynı haklara sahip olacağı hususunda anlaşabilirler⁴. Kural olarak, sözleşme ilişkisi üzerinde sözleşme tarafları söz sahibidirler. Örneğin, sözleşmenin irade sakatlığı nedeniyle iptali veya fiyatın indirilmesini talep hakkı, sözleşme taraflarına aittir. Ancak, aksi kararlaştırılmadıkça, şüphe halinde tarafların, üçüncü şahsa otelcinin sunduğu ayıplı edimi kabulden kaçınma ve ayıba karşı tekeffülden kaynaklanan dava açma hakkı tanındıkları kabul edilmelidir⁵. Ayrıca üçüncü şahsa, BK. m. 106 vd. hükümleri çerçevesinde sözleşmeyi feshetme hakkı veya otele getirdiği eşyaların uğradığı zararın tazminini isteme hakkı (BK. m. 487) da tanınmalıdır⁶.

Vaadeden, sözleşmeden kaynaklanan tüm hak ve yetkilerinin, otelciye karşı bizzat kendisi tarafından ileri sürülebileceği hususunu saklı tutabilir. Ancak, bu durumun üçüncü şahsa bildirilmesi gerekmektedir. Böy-

4 Schmucki, Peter: Die zivilrechtlichen Verhältnisse beim Betrieb eines Reisebüros (Diss. Fribourg 1974), s.92.

5 Aksi görüşte, Bettoja, Luca: Der Gastaufnahmevertrag, Schriftenreihe zum Obligationenrecht, B. 61, Zürich 2000 s.87.

6 Doktrinde, söz konusu talepleri konaklama yükümlülüğünün ifasından kaynaklanan bağımsız talepler olarak nitelendiren görüşler bulunmaktadır; bkz. Bettoja, s.88, dn. 17'de adı geçen yazarlar.

lece, seyahat aracısına ifa engellerini önceden ortadan kaldırma fırsatı vermek suretiyle, seyahat araçları tarafından düzenlenen genel işlem şartlarının sınırlandırılması sağlanmış olur. Bu açıklamalardan hareketle, otelcilik sözleşmesini üçüncü şahıs yararına bir sözleşme olarak nitelendirmek hususunda genel geçerliliği olan bir kural bulunmadığı söylenebilir. Bu nedenle, üçüncü şahsın otelciye karşı hangi haklara sahip olduğu ve tam mı yoksa eksik üçüncü şahıs yararına bir sözleşme mi akdedildiği, her somut olayda araştırılması gereken bir husustur⁷.

4. İsimsiz Bir Sözleşme Olması

Doktrinde genel eğilim, otelcilik sözleşmesini, konaklama, buna bağlı diğer hizmetler ve yediriş içirme sözleşmelerinde öngörülen edimleri de kapsayan isimsiz sözleşme olarak nitelendirmekte⁸ ve bu sözleşmelerin, kanunda düzenlenen başka sözleşme tipleri için öngörülen unsurların, kanunun öngörmediği bir tarzda bir araya gelmesiyle oluşan sözleşmeler olduğu belirtilmektedirler⁹.

III. SÖZLEŞMEYE UYGULANACAK HÜKÜMLER

Kanunun çeşitli sözleşme tiplerinde öngördüğü unsurların, kanunun ön görmediği bir şekilde bir araya getirilmesiyle meydana gelen karma sözleşmelere uygulanacak hükümler konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden, çeşitli tiplerin birbirini götürmesi görüşüne göre, karma sözleşmelere, unsurunu taşıdıkları sözleşme tiplerine ilişkin özel hükümler değil, Borçlar Kanununun genel hükümleri uygulanmalıdır. Ancak bu görüş, hakim karar verme özgürlüğünü aşırı derecede sınırlandırdığı gerekçesiyle eleştirilere uğramıştır¹⁰. Soğurma görüşüne göre (absorptionstheorie), hangi sözleşme tipine ait unsur daha

7 Schmucki, s.169; OR-Gonzenbach, Art. 112 OR, N. 9 vd. (OR-Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, hrsg. Von Heinrich Honsell, Nedim Peter Vogt und Wolfgang Wiegand, Obligationenrecht I, Art. 1-529 OR, 2. Aufl., Basel 1996) (ks. OR-Bearbeiter)

8 Keller, Max/Schöbi, Christian: Das Schweizerische Schuldrecht, Bd. I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, 3. Aufl., Basel/Frankfurt 1988, s.96; Schluop, Walter R: Innominatverträge, Schweizerisches Privatrecht VII/2, Basel/Stuttgart 1979, s.931; Schmucki, s.176, Bettoja, s.90.

9 Schluop, s.931; aynı yöndeki federal mahkeme kararları için bkz. BGE 120 II 252 vd.

önemli ise, o tipe ait hükümler tüm sözleşmeye uygulanmalıdır. Bu görüş de, tarafların sözleşme kapsamını belirleme özgürlüğüne müdahale teşkil ettiğinden kabul görmemiştir¹¹. Birleştirme görüşüne göre (kombinati-onstheorie), karma sözleşmede her edime, ait olduğu sözleşme tipine ilişkin hükümlerin doğrudan uygulanması gerekmektedir¹². Birleştirme görüşü, karma sözleşmeyi meydana getiren unsurların bağımsız bir kimlik taşımadıkları, karma sözleşmenin bu unsurların basit bir toplamından değil, bir sentezinden ibaret olduğu gerekçesiyle eleştirilmiştir¹³. Gerçekten, çeşitli unsurların ait oldukları tiplere ilişkin hükümler birbirinden farklı olabileceği gibi, birbirleriyle de çelişebilir. Kıyas (analogie) görüşüne göre ise, karma akitler kanunen düzenlenmemiş olduklarından, bu sözleşmelere herhangi bir kanun hükmü doğrudan değil, ancak kıyasen uygulanabilir¹⁴. Yaratma görüşüne (kreationstheorie) göre, hakim karma sözleşmenin amacını ve tarafların karşılıklı menfaatlerini göz önünde tutarak, MK. m. 1 hükmünden hareketle, borçlar hukukunun genel esaslarını uygulamalı, böylece bir sonuca varamazsa kendisi yasa koyucuymuş gibi bir kural koymalıdır¹⁵.

Otelcilik sözleşmesine uygulanacak en uygun görüş, yaratma görüşüdür. Dolayısıyla, otelcilik sözleşmesine, her bir edim tipinin ait olduğu sözleşme tipine ilişkin kurallar kıyas yoluyla ve otelcilik sözleşmesinin yapısına uygun düştüğü ölçüde yorumlanarak uygulanmalıdır. Bu bakımdan, otel sözleşmesindeki farklı edim tiplerine göre, satım, kira, vekalet, istisna ve vedia sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması mümkündür¹⁶.

10 Kuntalp, Erden: Karışık Muhtevalı Akit, Ankara 1971, s.127; Tandoğan, s.73; Yavuz, s.23-24.

11 Kuntalp, s.127; Tandoğan, s.73; OR-Schluep/Amstutz Einleitung vor Art. 184, N. 13.

12 OR-Schluep/Amstutz, Einleitung vor Art. 184, N. 14; BK-Kramer, Art. 19-20 OR, N. 79; Schluep, s.801.

13 Tandoğan, s.74.

14 Tandoğan, s.74; OR-Schluep/Amstutz Einleitung vor Art. 184, N. 16; Schluep, s.802.

15 Tandoğan, s.74-75. OR-Schluep/Amstutz, Einleitung vor Art. 184, N. 17.

16 Schluep, s.931; Schöenberger, Wilhelm/Schmid, Emil: Zürcher Kommentar, V/2b, 1. Lieferung, Obligationenrecht, Kommentar zu aOR 253-260, 3. Aufl., Zürich 1974, Vorbem. zu Art. 253-274 aOR, N. 62.

IV. SÖZLEŞMENİN TARAFLARI

1. Otelci

Otelci, otelcilik sözleşmesinde müşterilerin otelde barındırılmalarını üstelenen gerçek kişileri veya tüzel kişiliği olan konaklama tesisi işletmelerini ifade etmektedir. Otelci, otelcilik sözleşmesinden kaynaklanan hizmet edimini, BK. m. 100 anlamında yardımcı şahıslar aracılığıyla yerine getirmektedir.

Otel işletmesi tek şahıs işletmesi olabileceği gibi, çok şahıs işletmesi şeklinde faaliyet gösteren bir işletmede olabilir. Gerçek kişi tacir, müşteri ile akdedilen otel sözleşmesi dolayısıyla tacir olmanın hüküm ve sonuçlarına (TK. m. 20 vd.) tabi olduğu gibi, kollektif veya komandit şirket niteliğini haiz otel işletmeleri için, otel sözleşmesinden kaynaklanan hak ve yükümlülükler hakkında Ticaret Kanununda şirketin ve ortakların üçüncü şahıslarla olan ilişkilerini düzenleyen hükümler (TK. m. 174 vd., m. 256 vd.) uygulanır¹⁷.

2. Müşteri

Kendisine sağlanacak konaklama edimi karşılığında, bir miktar para ödemeyi vaadeden taraf otelcilik sözleşmesinde müşteriyi ifade etmektedir. Söz konusu edimin muhatabı olan müşteri, seyahat aracısı olarak faaliyet gösteren bir kurumun yardımı söz konusu olmaksızın doğrudan bir otel odasının kendi adına rezerve edilmesini sağlayabilir. Müşteri, seyahat aracısı olarak faaliyet gösteren bir kurumun aracılığıyla da, bir otel odasının rezervasyonunu sağlayabilir.

3. Otelcilik Sözleşmesiyle İlgili Olarak Faaliyette Bulunan Aracılar

a. Seyahat Acentaları

Konumuz açısından taşıdığı önem dolayısıyla, otel sözleşmesiyle ilgili olarak faaliyette bulunan seyahat acentası kavramı üzerinde kısaca durmak gerekmektedir. Seyahat acentası kavramı¹⁸, seyahat düzenleyen, kar amacıy-

17 Bettoja, s.59 vd.

18 Yurt, adı geçen kavramı yerinde bulmamakta seyahat girişimcisi (seyahat bürosu) kavramlarını kullanmaktadır. Yazara göre, Seyahat acentalarının faaliyetleri içerisinde belirli seyahat edimlerine ya da bir bütün olarak organize edilmiş seyahatlerin pazarlanmasına aracılık etmek şeklinde faaliyetlerde bulunmak kadar, bilgi vermek ve kendi ad ve hesaplarına bir paket program şeklinde seyahatler düzenlemek de bulunmaktadır. Bu itibarla seyahat acentası, aracılık ve yardımcılık yönü olsa da, bağımsız faaliyet gösteren bir tacir, seyahat girişimcisi olarak kabul edilmelidir; bu konuda bkz. Yurt, Bülent: Seyahat Düzenleme Sözleşmesi, Ankara 2000, s.36.

la turistlere ulaştırma, konaklama, gezi, spor, kültürel aktiviteler ve eğlence imkânları sağlayan, onlara turizm ile ilgili bilgiler veren ve bu konuya ilişkin tüm hizmetleri sunan ticari kuruluşları ifade etmektedir¹⁹. Seyahat acentalarını, ifa ettikleri edimlere göre, seyahat aracısı (Reisevermittler) ve seyahat düzenleyen (Reiseveranstalter) olarak sınıflandırmak mümkündür.

aa. Seyahat Düzenleyen (Reiseveranstalter)

Seyahat düzenleyen, müşterinin ödeyeceği götürü bir ücret karşılığında taşıma, barındırma, yedirip içirme, gezdirme, eğlendirme gibi edimleri bir paket halinde yerine getirmeyi taahhüt eden kişidir²⁰. Seyahat düzenleyen, seyahat edimlerini doğrudan kendisi yerine getirebileceği gibi, üçüncü kişilerin hizmetlerinden de yararlanabilir²¹.

bb. Seyahat Aracısı (Reisevermittlung)

Seyahat aracısı, seyahat hizmetlerini bizzat yerine getirmemekte, başkaları tarafından sunulan çeşitli seyahat edimlerinin ve seyahat sözleşmelerinin aracılığını yapmakta; söz konusu edimlerin ifası ile ilgili sözleşme, müşteri ile bu edimleri ifa eden kimse arasında akdedilmektedir. Seyahat acentaları, seyahat aracısı olarak hizmet veren kuruluşlardır. Seyahat aracıları hakkında, vekalet (BK. m. 386 vd.) hükümleri uygulama alanı bulur.

b. Elektronik Rezervasyon Sistemi-Internet

Seyahat acentaları, günümüzde rezervasyon işlemlerini, elektronik rezervasyon sistemi aracılığıyla gerçekleştirmektedirler²². Elektronik re-

19 Mevzuatımızda seyahat acentaları kavramını düzenleyen başlıca kaynaklar için bkz. 1618 sayılı Seyahat Acentaları ve Seyahat Acentaları Birliği Kanunu (RG. 28.9.1972-14320) m. 1; Seyahat Acentaları Yönetmeliği (RG. 4.9.1996-22747, Değişiklik: 25.4.1997-22970, Düzeltme: 9.10.1996-22782) m. 3; Turizm İşletmelerinin Bakanlıkla, Birbirleriyle ve Müşterileriyle İlişkileri Hakkında Yönetmelik (RG. 23.3.1983-17996), m. 4.

20 Bettoja, s.39; Yurt, s.37.

21 Yurt, s.37.

22 Elektronik rezervasyon sistemi, bir iletişim ağıyla rezervasyon makamı ile elektronik verilerin toplanıp aktarıldığı merkez arasında belirli bir otel yada belirli bir bölgede bulunan otellerde, belirli bir süre boyunca otel rezervasyonu yapmayı sorgulamak anlamına gelmektedir (bkz. Burkhalter, Das elektronische Resarvationssystem der Schweiz, Entstehung, Verwirklichung und Scheitern einer Idee, Diss. Bern 1975, s.14; Bettoja, s.45, dn. 47).

zervasyon sistemi, müşterilerin rezervasyon taleplerini, buldukları yerden yönlendirmelerini ve seyahat araçlarına başvurmadıkları için de, söz konusu aracılık faaliyetinden kaynaklanan masraftan tasarruf etmelerini sağlamaktadır.

V. SÖZLEŞMENİN KONUSU

Otelcilik sözleşmesi çerçevesinde taraflar, konaklama, çeşitli eşyaların ve hizmet edimlerinin sağlanması konusunda anlaşmaya varmışlardır. Münferit edimler, otelcilik sözleşmesinin asli edim yükümlülükleri ve yan edim yükümlülükleri olarak belirlenebilir.

1. Asli Edim Yükümlülükleri

Esaslı noktalar, sözleşmeye tipini veren unsurlar olup, bu unsurlar olmaksızın bir sözleşmenin meydana geldiğinden söz edilemez. Otelcilik sözleşmesinde tipik olan asli edim yükümlülüklerini, şu şekilde sıralayabiliriz²³:

- Otel odalarını, müşterilerin konaklamaları için ihtiyaç duydukları mobilyalar ile döşemek, günlük kullanılan her türlü ihtiyaç malzemesini ve her türlü hizmet edimini sağlamak,

- Otel odalarında yiyecek veya içecek maddeleri bulundurmak, bunları tüketmek amacıyla, gereken araç ve cihazları ve yeme içmeye bağlı her türlü hizmet edimini sağlamak,

2. Yan Edim Yükümlülükleri

Bir sözleşme ilişkisinde asli edim yükümlülükleri yanında, sözleşmenin tipini belirlemeyen yan edim yükümlülükleri de söz konusu olabilir. Yan edim yükümlülükleri sözleşme taraflarınca kararlaştırılabileceği gibi kanunda da, çeşitli sözleşme tiplerinde asli edim yükümlülükleri yanında, bazı yan edim yükümlülükleri hükme bağlanmış olabilir. Yine, yan edim yükümlülükleri, MK. m. 2/I'e göre, dürüstlük kuralından da kaynaklanabilir²⁴.

23 Bettoja, s.65-66.

24 Merz, Hans: Berner Kommentar, Einleitungsband, Kommentar zu ZGB 1-10, Bern 1966, Art. 2 ZGB, N. 260.

Otelcilik sözleşmesi çerçevesinde de, taraflar için çeşitli yan edim yükümlülükleri söz konusu olabilir. Özellikle, otelcinin müşteriye ve müşterinin beraberinde getirdiği eşyalara karşı koruma ve himaye etme yükümlülükleri yan edim yükümlülükleridir. Aynı şekilde haber verme, bilgi verme ve yardım yükümlülükleri otelcilik sözleşmesinden kaynaklanan yan edim yükümlülüklerine verilebilecek diğer örneklerdir.

VI. SÖZLEŞMESİNİN MEYDANA GELMESİ

1. Genel Olarak

Otelcilik sözleşmesi, BK. m.1/I hükmü gereği, tarafların karşılıklı ve birbirine uygun irade beyanlarından meydana gelmektedir. BK. m. 2/II gereği, taraflar sözleşmenin esaslı noktaları üzerinde uyuşmuşlarsa, yan noktaların saklı tutulmuş olması sözleşmenin kurulmasını engellemez.

Doktrinde sözleşmenin esaslı noktaları, subjektif esaslı noktalar ve objektif esaslı noktalar olarak bir ayırma tabi tutulmaktadır. Taraflardan birisi, objektif yönden esaslı olmayan bir noktayı, sözleşme yapma iradesinin zorunlu şartı olarak görüyorsa bu husus, sözleşmenin subjektif esaslı noktasını oluşturmaktadır. Örneğin, müşteri açısından belirli bir otel odasında kalma isteği veya bir fiyat garantisi; otelci açısından ise, ne kadar süreyle otelde kalınacağı, peşin ödeme yapılması veya ilk taksidin ödenmesi, kredi kartı ile yapılan ödemelerde kartın yeterli garanti sağlaması gibi hususlar, otelcilik sözleşmesinin subjektif esaslı noktaları olarak öngörülebilir²⁵. Tarafların, söz konusu noktalar hakkında anlaşmaya varmamaları durumunda sözleşme kurulamaz.

Sözleşmenin kanunda yapılan tanımında yer alan zorunlu noktalara, sözleşmenin objektif esaslı noktaları adı verilir. Bu noktalar, herhangi bir sözleşmeye, o sözleşmenin tipini verir. Ancak belirtmek gerekir ki, kanunda tip özgürlüğü egemen olduğu için tipik unsurlar, her zaman sözleşmenin asgari içeriği değildir. Bunlar asgari muhtevadan daha geniş olabilirler. İsimsiz sözleşmelerde, esaslı noktalar, sözleşmenin anlam ve niteliğinden anlaşılmalıdır²⁶. Otelcilik sözleşmesinin bu anlamda karma sözleşme olduğu göz önünde tutulursa, sözleşmenin esaslı noktaları, yani sözleşmedeki edimin belirlenebilirliği açısından, ilgili sözleşme tiplerine ilişkin kanuni hükümlere başvurulabilir.

25 Bettoja, s.159.

26 Eren, Fikret: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, B. 8, İstanbul 2003; s.211.

Otelcilik sözleşmesi açısından tipik olan asli edim yükümlülüğü, otelcinin bir ücret karşılığında, konaklama ve yiyecek içecek temin etme yükümlülüğüdür. Tarafların bu edim yükümlülüğünün kapsamını ayrıntılı olarak düzenlemeleri gerekli değildir, objektif maddi kriterler göre (otelin kategorisi, yatak kapasitesi, yedirip içirmenin kapsamı - oda ve kahvaltı ya da tam veya yarım pansiyon olması-), bu hususların tespit edilebilmesi yeterlidir. Sözleşmenin süresinin taraflarca kararlaştırılması hususu, otelcilik sözleşmesi açısından objektif esaslı nokta sayılmaz. Tarafların açıkça kararlaştırmamaları durumunda, sözleşmenin belirsiz süreli bir sözleşme olduğu sonucuna varılır.

Otelcilik sözleşmesinde, ödenecek ücretin taraflarca kesin olarak kararlaştırılmış olmasının gerekli olup olmadığı hususu da üzerinde durulması gereken bir hususdur²⁷. Kanaatimizce, ödenecek ücret konusunda tarafların anlaşmaya varmaları, gerek müşteri gerekse de otelcinin menfaatindedir. Dolayısıyla rezervasyon talebi veya rezervasyon teyidi, ödenecek ücreti ihtiva etmelidir. Ancak tarafların, ücreti kesin olarak belirlemeleri şart olmayıp, ücretin objektif olarak belirlenebilir olması yeterlidir²⁸.

2. İrade Beyanlarının Açıklanması

a. İcap

Otelcilik sözleşmesinin akdedilebilmesi için otelcinin ve müşterinin irade açıklamalarını icap ve kabul şeklinde beyan etmeleri gerekmektedir. İcabın, otelci, müşteri ya da onların temsilcisi tarafından yapılmış olması önemli değildir. Bir irade açıklamasının bağlayıcı bir icap mı, yoksa bir icaba davet mi olduğu hususunun tespit edilmesi gerekmektedir. BK. m. 7/II hükmü gereği, tarifeler, fiyat listeleri, kataloglar, reklam amaçlı ilanlar ve video gösterileri, otel rehberleri bir icap değil, muhtemel müşterilere yönelik icaba davet olarak değerlendirilmelidir.²⁹

Otelcilik sözleşmesi bakımından rezervasyon talebi bir icap teşkil

27 Otelcilik sözleşmesini oluşturan sözleşme tipine göre farklı hükümler (BK. 184/III, 366, 386 /III), göz önünde tutularak, sözleşmeye uygulanacak bir kural bulunabilir.

28 Nitekim, bu konuda, Yönetmelik m. 49 hükmü yol göstericidir. Adı geçen hükme göre, "Müşterinin konaklamayı, yemekleri, otel tarafından sağlanan diğer olanak ve hizmetleri fiyatlarını sormadan kabul etmesi halinde yürürlükteki Bakanlıkça tasdikli fiyatlar uygulanır..".

29 Keller/Schöbi s.47; Bettoja, s.163.

etmektedir. Yönetmeliğe göre rezervasyon, turizm işletmelerinde isim belirterek yer ayırma ve kayıt işlemini ifade etmektedir (m. 4/f). Rezervasyon talebi, herhangi bir şekil şartına tabi değildir. Her ne kadar yönetmeliğin 7. maddesi gereği, rezervasyon talebinin yazılı olması gerektiği ve sözlü taleplerin en geç bir hafta içinde otelciye ulaşacak şekilde yazılı olarak (mektup, telgraf, teleks vb.) teyit edilmesi gerektiği hükme bağlanmış olsa da, BK. m. 11/I hükmü gereği, sözleşmenin geçerliliği, kanunda aksi düzenlenmedikçe herhangi bir şekil şartına tabi değildir. İcapta bulunan kabul için bir süre öngörmüş ise, bu sürenin sonuna kadar icabı ile bağlıdır (BK. m. 3). Kabul için bir süre belirlenmemiş ise, icap ile bağlılık süresi icabın hazırlar ve hazır olmayanlar arasında yapılmasına göre değişmektedir: Rezervasyon talebi hazırlar arasında ise, otelcinin derhal cevap vermesi halinde sözleşme akdedilmiş olur (BK. m. 4). Rezervasyon talebi, hazır olmayanlar arasında yapılmış ise, müşteri icabıyla üç gün bağlıdır (Yönetmelik, m. 9/II)³⁰.

b. Kabul

Yönetmelikte otel sözleşmesinin, otelcinin kabul açıklamasıyla tamamlandığı hükme bağlanmıştır (m. 9/I). Hazırlar arasında, kabul açıklamasında bulunmakla sözleşme kurulmuş olur. Hazır olmayanlar arasında ise, kabul açıklamasının müşteriye gönderilmesiyle sözleşme kurulur (BK. m. 10). Kabul açıklaması da, icap gibi açık olmalıdır ve yukarıda icabın şekli açısından açıklandığı gibi, kabul açıklamasının geçerliliği herhangi bir şekil şartına tabi değildir.

Temsilci aracılığıyla da, otelcilik sözleşmesinin akdedilmesi mümkündür. Temsilci, kanunda öngörülen şartlarla (BK. m. 32 vd., 449 vd., 388, MK. m. 50) otel adına irade açıklamasında bulunabilir ve bu beyan, oteli doğrudan bağlar. Müşteri de, iradesini temsilci aracılığıyla (seyahat aracısı) beyan edebilir. BK. m. 32/II hükmü gereği, otel temsil ilişkisinin varlığını mevcut durumdan anlayabiliyorsa ya da temsilci veya müşteri ile sözleşmeyi akdetmek kendisi için farksız ise, seyahat aracısı, müşteriyi temsilen sözleşmeyi akdedebilir. Nitekim, Seyahat Acentaları Yönetmeli-

30 Tezcan'a göre, talep edilen rezervasyon üç günden daha kısa bir süre sonra gerçekleşecek konaklamaya ilişkinse, yönetmeliğin 9. Maddesi uygulanmaz. BK. m. 5 gereği, halin icabına göre cevap süresi belirlenir ve icapta bulunan icapla bu süre boyunca bağlı kalır; bkz. Tezcan, Bülent: Turizm Hukuku, Ankara 2003, s.126.

ği m. 4/c hükmü gereği, seyahat acentaları, her türlü konaklama, yeme-içme ve eğlence işletmelerinde tüketici adına yer ayırtmak, kayıt işlemi yapmak yetkilerini haizdir.

VII. SÖZLEŞMENİN ŞEKLİ

Borçlar hukukunda, şekil serbestisi ilkesi kabul edilmiştir. BK. m. 11/I hükmüne göre, sözleşmenin geçerliliği, kanunda özel bir düzenleme olmadıkça hiçbir şekle tabi değildir. Ancak taraflar, şekle bağlı olmayan bir hukuki işlemi şekle tabi tutabilirler. Bu durumda karine olarak, tarafların şekli geçerlilik şartı olarak öngördükleri sonucuna varılır (BK. m. 16).

Otelcilik sözleşmesinin geçerliliği de, herhangi bir şekil şartına bağlı değildir. Birbirine uygun icap ve kabul açıklamalarında bulunmak suretiyle, otelcilik sözleşmesi kurulmuş olur. Daha öncede açıkladığımız gibi, icap ve kabul açıklamasının yazılı olmasını ön gören Yönetmelik m. 7 ve 9 hükümleri, herhangi bir şekil şartı getirmemiştir. Zira, şekil şartı ancak, kanun ile ön görülebileceğinden, bir yönetmelik hükmüne dayanılarak şekil zorunluluğunun getirildiği ileri sürülemez. Yönetmelikte öngörülen şekil şartını, taraflara yol gösteren, onları aydınlatma amacına yönelik bir düzenleme olarak değerlendirmek gerekmektedir³¹. Ancak, otel sözleşmesinin geçerliliği herhangi bir şekil şartına tabi değilse de, ispat bakımından sözleşmenin yazılı şekilde yapılmasında yarar vardır³².

VIII. SÖZLEŞMENİN HÜKÜMLERİ

1. Otelcinin Borç ve Yükümlülükleri

a. Otel Odalarını ve Ortak Alanları Kullandırmak ve Bunlara İlişkin Hizmetleri Sunmak

Otel sözleşmesinin akdedilmesiyle otelci, konaklama, yiyecek içecek tedarik etme hizmetleri dışında, ek hizmetler olarak nitelendirebileceğimiz, seminer ve kongre salonlarını, spor, eğlence ve dinlenme alanlarını

31 Tezcan, s.125-126, 128.

32 Tezcan'a göre, rezervasyon talebinin yazılı olarak gönderilip, altına "teyit-konfirme" notu düşülerek imzalanması halinde, ispat için aranan şekil şartı yerine getirilmiş olur; Tezcan, s.128, dn. 33.

müşterilerin yararlanmasına sunmakla yükümlüdür. Otelcinin söz konusu yükümlülüğü hakkında, kira sözleşmesine ilişkin hükümler (BK. m. 248 vd.) kıyasen uygulama alanı bulabilir. Dolayısıyla otelci, karşılaştırılan sözleşme süresi boyunca, söz konusu hizmetlerden müşterilerinin uygun bir şekilde yararlanmasını sağlamakla (BK.m. 251) yükümlüdür³³. Otel odalarının niteliği, otelin konumu, sınıfı, otelin tanıtımı amacıyla hazırlanan, reklam, broşür ve ilanlarda vaadedilen niteliklere uygun olmalı³⁴, objektif kriterlerden hareketle müşterinin söz konusu ilanlara duyduğu haklı güven korunmalıdır³⁵.

Nitekim Yönetmelik m. 47'de de, müşterinin sözleşme süresince rezerve edilen odaları ve bölümleri kullanma, otelin diğer tüm olanakları ve hizmetlerinden yararlanma hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir. Bu bölümlerden konaklama bedeline dahil olmayan bölümlerin (sauna, fitness center gibi bölümler genellikle ekstra ücrete tabidir) ücretleri, ayrıca ödenmelidir. Ancak, otelde bulunması zorunlu olan ilanlarda belirtilen bölümler, konaklama bedeline dahil olmadığı gerekçesiyle hizmet dışı tutulamaz³⁶.

Otelcinin söz konusu yükümlülüklerinin, ne zaman başlayacağı ve ne kadar devam edeceği soruları, Yönetmelik m. 20 ve 54/I çerçevesinde yanıtlanabilir. Adı geçen hükümlere göre, aksi karşılaştırılmadıkça otelci, müşterilerine ayrılan oda ve yararlanılacak mekânları, otele geliş günü saat 14.00'dan, ayrılış günü saat 12.00'ye kadar müşterilerinin kullanımına açık tutmakla yükümlüdür.

b. Yiyecek ve İçecek Sunma Hizmetlerini Yerine Getirmek

Konaklama, bazen sadece konaklamayı, oda vermeyi içerir. Bu durumda, kahvaltı veya yemek, sözleşme kapsamı dışındadır. Ancak genellikle otelcilik sözleşmesi, konaklamayla birlikte yemek verilmesini de ön

33 Rezervasyon talebine rağmen oteli hazır bulundurmama durumunda maddi tazminatın kabulüne ilişkin olarak bkz. Y. 11. HD. 24.1.1991 T., E. 8483, K. 160 (Uygur, Turgut: Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 8, Ankara 2003, s.9267)

34 Otelin taahhüt ettiği hizmetler ve otelin niteliği, Turizm İşletme Belgesi varsa Turizm Tesisleri Yönetmeliğinde, Belediye Belgeli ise, İşyeri Açma ve Çalışma Ruhsatlarına İlişkin Yönetmelikte belirtilen ilkelere göre tespit edilir.

35 Bettoja, s.180; BGE 120 II 237 vd.

36 Tezcan, s.172.

görmektedir³⁷. Otelci, otelin sınıfına uygun tür nitelik ve kalitede yeme içme hizmetleri vermekle yükümlüdür. Yiyecek ve içecek maddeleri gibi gıda maddelerinin otelde, her zaman müşterilere sunulmaya hazır ve tüketim uygun şekilde stok edilmesi de gerekmektedir. Otelcinin söz konusu yükümlülüğe aykırı davranması durumunda, BK. m. 194 veya 359 hükümleri uygulama alanı bulur.

c. Servis ve Diğer Hizmet Edimlerini Yerine Getirmek

Otelci, otelin sınıfına uygun nitelikte servis hizmetinde bulunmalıdır³⁸. Otel odalarının belirli aralıklarla temizlenmesi, otelin niteliğine göre çarşaf ve havluların değiştirilmesi, sabun, şampuan gibi günlük temizlik malzemelerinin temini gibi hizmetlerin de, yerine getirilmesi gerekmektedir. Otelci söz konusu yükümlülükleri, BK. m. 386 vd. veya 355 vd. hükümleri çerçevesinde yerine getirmelidir.

d. Müşterinin Şahsi Güvenliğini Sağlamak

Otelcinin, müşterinin şahsi güvenliğini sağlama, onu koruma yükümlülüğü sözleşmenin kapsamında varolduğu düşünülen bir yükümlülüktür. Otelci, otel odalarında ve müşterilerin kullanımına bırakılan eşyalar nedeniyle, müşterinin herhangi bir zarara uğramaması için gereken tüm tedbirleri almak ve üçüncü şahısların ve yardımcı kişilerin verdiği veya verebileceği zararlara karşı, müşterilerini korumak zorundadır. Koruma yükümlülüğü (Obhutpflicht) kapsamına, müşterinin hastalanması durumunda, tıbbi yardım sağlanması da girmektedir. Müşteri söz konusu yardım çerçevesinde, doktor ücretini ve ilaç masraflarını otelciye ödemekle yükümlüdür³⁹.

37 Yönetmelik m. 56 hükmüne göre, "Tam pansiyon ücretleri oda kahvaltısı ve iki yemek fiyatlarını kapsayan özel bir tarifedir. Yarım pansiyon ücretleri, oda kahvaltısı ve bir yemek fiyatlarını kapsayan bir tarifedir...".

38 Örneğin, beş yıldızlı otellerde 24 saat oda servisi hizmeti verilmesi zorunludur (Turizm Tesisleri Yönetmeliği m. 19/e-7).

39 Schlupe, s.935.

e. Müşterinin Eşyasını Korumak

Otelcinin bu yükümlülüğü, BK. m. 478-480. maddelerde hükme bağlandığı gibi, söz konusu hükümlerin tekrarı niteliğinde Yönetmelik m. 58-61'de de düzenlenmiştir. BK. m. 478 vd. da düzenlenen ve müşterilerin otele getirdikleri eşyalardan dolayı otelcinin sorumluluğunun hukuki niteliği konusunda, doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür⁴⁰. Doktrinde savunulan hakim görüşe göre, bu sorumluluk kanundan doğan bir sorumluluk olup, sorumluluğun doğması için otelcilik sözleşmesinin varlığı gerekli değildir⁴¹.

BK. m. 478'e göre, otelciler ya da hancılar, kendileri nezdinde bulunan yolcuların getirdikleri eşyanın her türlü bozulmasından, hasarından ya da çalınmasından⁴², zararın yolcuya, onu ziyaret eden, ona eşlik eden ya da onun hizmetinde olan kişilere isnat edilebileceğini veya mücbir sebep niteliğindeki bir olaydan ya da yolcu beraberindeki eşyanın niteliğinden sonuçlandığını ispat etmedikçe sorumludurlar. Dolayısıyla burada, otelcinin kusuruna dayanmayan objektif bir sorumluluk hali söz konusudur⁴³. Yolcu beraberinde getirilen eşya sebebiyle sorumluluk, otelciye ya da personeline hiçbir kusur isnat edilmedikçe 100 TL. ile sınırlanmıştır⁴⁴. Otelci veya hancı, "böyle bir mes'uliyeti deruhte etmediğini veya mes'uliyeti bu kanunda nev'i tayin olunmayan bir şartta talik et-

40 Bu görüşlerden birisine göre, bu sorumluluğun temeli, otelci ile yolcu arasında akdedilen otelcilik sözleşmesine veya misafir kabulü sözleşmesine (Gastaufnahmevertrag) dayanmaktadır (bu görüşte, bkz. Becker, Art. 487, N. 2); diğer bir görüşe göre, otelcinin sorumluluğu, otelciye tevdi sözleşmesine dayanır. Bir başka görüşe göre ise, sorumluluğun kaynağı muhafaza sözleşmesine dayanmaktadır; Bu konuda geniş açıklama için bkz. Tandoğan, Haluk: "Otelcilerin Mes'uliyeti", AHFD., C. XII (1955), s.204 vd. (kıs, Tandoğan, Mesuliyet).

41 Bühlmann, Maria M.: Die Pflicht des Gastwirtes zum Schutz der Sachen des Gastes und die Haftung bei einer Pflichtverletzung, Diss. Zürich, 1975, s.43 vd.; Bucher, Eugen: Obligationenrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl., Zürich 1988, s.282; Gautschi, Georg: Berner Kommentar, VI/2/6, Obligationenrecht, Kommentar zu OR 425-491, Bern 1974, Art. 487 OR, N. 2b, Art. 488 OR, N. 2a; aynı yöndeki federal mahkeme kararları için bkz. BGE 46 II 118; BGE 120 II 252 vd.; Tandoğan, Mesuliyet, s.207; İmre, Zahit: "Otel, han, umumi ahır ve garaj işletenlerin mesuliyeti", T. Taner'e Armağan, İstanbul 1956, s.192-193; Yavuz, s.770.

42 Y. 3. HD., 23.1.1964 T., E. 790, K. 582; 11. HD., 7.2.1984 T., E. 495, K. 591 (Uygur, s.9268).

43 Tandoğan, Mesuliyet, s.201.

44 100 TL. lik azami sınır ile ilgili eleştiriler için bkz. Taner, s.201.

tiğini yapıştırdığı ilanlarla bildirirse bile, mes'uliyetten kurtulamaz" (BK. m. 480/f. son). Yolcu ise, zararının varlığını öğrenir öğrenmez, bunu otelciye veya hancıya bildirmezse, bunlara karşı olan haklarını kaybeder (BK. m. 480/f. son).

Müşterinin eşyasından, onun otele getirdiği tüm menkuller anlaşılmalıdır. Ancak, kanunda kıymetli eşya, önemli miktarda para ve kıymetli evrak hakkında özel bir hüküm getirilmiştir. Şöyle ki, bu eşyalar otelci veya hancıya emanet edilmemiş ise, otelci veya hancı ancak kendisinin veya müstahdemlerinin kusuru halinde sorumlu olur. Emaneten kabul etmiş veya kabulden kaçınmış ise, sorumluluğu sınırlı değildir (BK.m. 479/I). "Yolcunun kendi nezdinde saklaması gereken eşya veya nakit ve emsalinde, yolcunun sair eşyası hakkındaki mes'uliyet kaidesi tatbik olunur" (BK. m. 479/II).

Müşterinin motorlu taşıt araçları ile ilgili olarak otelcinin sorumluluğu, Yönetmelik m. 61'de, "Otelci, müşterinin otelin garaj veya parkına koyduğu otomobil vb. vasıtanın hasar görmesinden kendi veya personelinin kusur veya ihmali koşulu ile sorumludur." şeklinde düzenlenmiştir.

f. Bilgi Vermek

Otelci, müşteriye otel kuralları ile ilgili olarak bilgi vermekle yükümlüdür. Nitekim, Yönetmelik m. 44/f. II'de, otelcinin, müşterinin gerekli otel kurallarını bilmesi için tedbir alması gerektiği hükme bağlanmıştır. Yine, yönetmeliğin 54/II hükmünde, otelciye bu kuralları, otel odaları ve genel kullanım alanlarına yazılı olarak asmak suretiyle duyurma yükümlülüğü de getirilmiştir.

2. Müşterinin Borç ve Yükümlülükleri

a. Ücret Ödeme Borcu

Konaklama ücretini ödeme borcu, müşterinin temel borcu olup, bu borç otelcinin konaklama ve buna bağlı ek hizmetleri sunma borcunun karşılığıdır. Ücret, bir miktar paradır ve herhangi bir para cinsinden belirlenebilir. BK. m. 83 hükmü gereği, ücret yabancı para cinsinden belirlenmiş olsa dahi, ödeme günündeki rayice göre Türk parası olarak ödenebilir. Ancak otelci, vadesinde ödenmeyen bedeli, fiili ödeme günündeki kur karşılığı Türk lirası olarak ödenmesini isteyebilir (BK. m.

83/III)⁴⁵. Otelci, ödemenin seyahat çeki, kredi, kartı veya yabancı para ile yapılmasını kabul edip etmemekte serbesttir (Yönetmelik m. 62).

Müşteri, sözleşmede kararlaştırılan bedeli ödemekle yükümlüdür. Ancak müşterinin, konaklamayı, yemekleri, otel tarafından sağlanan diğer olanak ve hizmetleri fiyatlarını sormadan kabul etmesi halinde, Bakanlıkça tasdikli tarife fiyatları üzerinden ödeme yapılır (Yönetmelik, m. 49).

Ödemenin, ne zaman muaccel olacağı hususunda, otelcilik sözleşmesini meydana getiren sözleşme tiplerine göre farklı hükümlerin uygulanması mümkündür⁴⁶. Ancak uygulamada, taraflarca aksine bir anlaşma olmadıkça, ödemenin otelcilik sözleşmesinin sona erdiği anda muaccel olacağı kabul edilmektedir. Yönetmelik m. 62 hükmüne göre, ücret ödeme borcu faturanın kesilip, müşteriye verilmesiyle muaccel olmaktadır.

Ücret genellikle, bir gün veya gece üzerinden hesaplanmaktadır. Müşteri, otele geliş günü ücreti tam olarak öder, ayrılış günü için ödeme yapmaz. Aksine bir anlaşma yoksa, ayrılan yerler ayrılış günü saat 12.00'ye kadar müşterinin kullanımına açık tutulur (Yönetmelik, m. 54)⁴⁷.

Ödeme yükümlülüğüne ilişkin zamanaşımı süresi hakkında, BK. m. 126/II hükmü uygulanır. Adı geçen hüküm gereği, otel ücretlerine yönelik davalar, beş yıllık zamanaşımı süresine tabidir.

Otelci, ön ödeme talebinde bulunabilir (Yönetmelik m. 9-10). Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça bu ön ödemeyi, BK. m. 156/I hükmü çerçevesinde pey akçesi olarak yani, sözleşmenin kurulduğunu ispata yarayan bir miktar para olarak değerlendirmek gerekmektedir⁴⁸. BK. m. 156/II'ye göre, aksine bir sözleşme veya yerel adet yoksa, pey akçesini alan, bunu alacağına mahsup etmek zorunda değildir. Ancak, modern iş hayatındaki görüş ve anlayışlara uygun düşmeyen bu karinenin aksi ispatlanabileceğinden, pey akçesi olarak verilen paranın, avans olarak ödendiğini ve asıl borçtan mahsup edilmesi gerektiğini kabul etmek gerekmektedir.

45 Otel sözleşmelerinde döviz cinsinden fiyat belirlenebilir. Ancak, belirlenen bedelin Türk Lirası karşılığı, aksi kararlaştırılmadıkça, döviz kurundaki değişiklikler nedeniyle tasdikli tarifeyi aşarsa, otelci aşan kısmı talep edemez. Tarife üzerinden tahsilat yapabilir (Yönetmelik, m. 12/II).

46 Satım sözleşmesi (BK. m. 183/II, 213/I), kira (BK. m. 257) veya istisna (BK. m. 364) sözleşmesine ilişkin hükümler, kıyasen uygulama alanı bulur.

47 Adı geçen hükümden hareketle, otele giriş saatini 12.00 olarak kabul etmek gerekmektedir.

48 Bettoja, s.196.

b. Özen Gösterme Borcu

Müşteri, BK. m. 256/I hükmü çerçevesinde, kullanımına tahsisi edilen otel odalarını, eşyaları ve oteldeki diğer alanları özenle kullanmak ve otelde bulunan diğer müşterileri rahatsız edecek eylemlerde bulunmamakla yükümlüdür⁴⁹. Nitekim, Yönetmelik m. 51'de, müşterinin kendisi, beraberindekiler veya sorumluluğu altındaki kişiler tarafından otele verilecek hasar ve zarardan tam olarak sorumlu olduğu belirtilmiş ve müşterilerin ve beraberinde bulunanların, otel hizmetlerinden yararlanırlarken iyi-niyet kurallarına uygun davranmaları gerektiğini düzenlemiştir (m. 53).

c. Otel Odalarını ve Kullanıma Tahsis Edilen Eşyaları İade Borcu

BK. m. 266/I hükmünün kıyasen uygulanması suretiyle, müşterinin otel odalarını ve kullanımına bırakılan eşyaları sözleşmeye uygun olarak teslim aldığı şekliyle geri vermesi gerekmektedir. Müşterinin söz konusu yükümlülüğe aykırı davranması durumunda otelci, MK. m. 683/II çerçevesinde mülkiyet hakkından kaynaklanan taleplerde bulunabilir.

Taraflarca aksi kararlaştırılmadıkça geri verme yükümlülüğü, sözleşme ilişkisinin sona erdiği gün, mutad iş saatleri içerisinde ifa edilmelidir (BK. m. 78). Nitekim, Yönetmelik m. 54 hükmü çerçevesinde söz konusu yükümlülük, otelde ayrılış günü saat 12.00'ye kadar yerine getirilmelidir.

d. Katlanma Yükümlülüğü

Otelci, konaklama sözleşmesindeki bedeli ve otel masraflarını ödemeyen müşterinin yanında getirdiği eşya üzerinde, alacağını tahsil edebilmek için hapis hakkına sahiptir. Söz konusu durumda müşterinin, hapis hakkına katlanma yükümlülüğü bulunmaktadır. BK. m. 482'de otelcinin hapis hakkı düzenlenmiş ve BK. 482/II'de, kiralayanın hapis hakkına ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanacağı belirtilmiştir. Yönetmelik m. 63'de de, otelcinin hapis hakkına ilişkin şöyle bir düzenleme getirilmiştir: "Otelci, faturasını ödemeyen müşterinin eşyasını alıkoymak hakkına sahiptir. Müşteri borcunu en geç 30 gün içinde tam olarak ödemediği takdirde otelci alıkoyduğu eşyayı satabilir".

49 Esasen söz konusu yükümlülük, MK. m. 2 hükmünden kaynaklanmaktadır.

e. Kıymetli Eşyaları Otelciye Teslim Etme ve Zararı Bildirme Yükümlülüğü

BK. m. 479 hükmüne göre, kıymetli eşya ve önemli miktarda paranın otelciye teslim edilmesi gerekir, otelcinin söz konusu eşya sebebiyle sorumluluğu hakkında BK. 478/II hükmü uygulanır.

Müşteri, BK. m. 480/I hükmü gereği, zararını öğrenir öğrenmez otelciye bildirmekle yükümlüdür⁵⁰; aksi halde müşterinin talep ve dava hakları⁵¹ sona erer. İhbarın yapılmaması, müşterinin BK. m. 478 ve 479 hükümleri gereğince dava açma hakkını ortadan kaldırır. Müşterinin, genel hükümlere dayanarak dava açmasına bir engel bulunmamaktadır.

f. Hayvan Getirmeme Borcu

Otelcinin açık izni olmadıkça, müşteri otele hayvan getiremez. Otelcinin izniyle getirilen hayvanların, ortak alanlara özellikle yemek salonlarına sokulması mümkün değildir. Hayvanların neden olduğu tüm zararlardan, müşteri sorumlu tutulur (Yönetmelik, m. 52). Adı geçen sorumluluk, BK. m. 56-57'de düzenlenen, kurtuluş kanıtı getirilebilen olağan sebep sorumluluğu ilkesine tabidir.

g. Mirasçıların, Müşterinin Ölümünden Kaynaklanan Zararları Karşılama Borcu

Müşterinin otelde ölümü halinde, ölüm nedeniyle doğan zararlardan ölenin mirasçıları sorumlu olup, söz konusu sorumluluk hakkında miras hukuku hükümleri uygulanır. Yönetmelik m. 65'de ölüm nedeniyle doğacak zararlara örnek olarak, odanın yeniden döşenmesi, dezenfekte edilmesi, yatak takımının yenilenmesi gibi giderler gösterilmiştir.

IX. SÖZLEŞMENİN SONA ERMESİ

Otelcilik sözleşmesi, sözleşmede kararlaştırılan sürenin geçmesi, sözleşmeden dönme, iptal, sözleşmenin feshedilmesi, ikale sözleşmesinin akdedilmesi, müşterinin ölümü veya mücbir sebeple sona erebilir.

50 Tandoğan'a göre, bildirmede kusurlu bir gecikme olup olmadığı halin icaplarına ve zararın büyüklüğüne göre tespit edilir. Zararı haber verme yükümlülüğünün zamanında yerine getirilmediğini ispat otelciye aittir (Tandoğan, Mesuliyet, s.226-227).

1. Süresinin Geçmesi

Taraflarca belirli bir süre kararlaştırılmışsa, otelcilik sözleşmesi kararlaştırılan sürenin sonunda sona erer. Bu sürenin sonunda müşteri, otelde kalma süresini uzatmak istiyorsa, otelciye talebine uygun bir icapta bulunmalıdır. Sürenin dolmasıyla birlikte, sözleşmeden kaynaklanan hak ve yükümlülükler sona erer ve müşterinin, kullanımına tahsis edilen odaları ve eşyaları iade yükümlülüğü doğar.

Otelcilik sözleşmesinde, sözleşmenin süresi kararlaştırılmamışsa, BK. m. 262'de belirsiz süreli kira sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması düşünülebilir. Ancak, kira sözleşmesine ilişkin hükümlerin, otelcilik sözleşmesine uygulanması pratikte bir fayda sağlamamaktadır. Zira, BK. m. 266/II-2'ye göre, "Mefruş apartmanlar yahut müstakil odalar yahut süknaya mahsus mefruşat ancak bir aylık müddetin hitamı için ve iki hafta evvel yapılması lazım gelen bir ihbar ile" feshedilebilir. Ön görülen iki haftalık süre, en kısa kanuni süredir. Ancak bu sürenin, otelcilik sözleşmesinin daha kısa süreli bir sözleşme olması nedeniyle uygulama alanı bulması güçtür⁵². Dolayısıyla, sözleşmenin amacını ve taraf menfaatlerini göz önünde tutarak bir çözüme varmak gerekmektedir. Kaldı ki, pratikte otelcilik sözleşmesinin süresinin kararlaştırılmadığı durumlara rastlamak, pek de mümkün değildir.

2. Sözleşmeden Dönme ve Sözleşmenin Feshi

Otelcilik sözleşmesinin tarafları, borçlar kanunundaki genel hükümlere göre yani, borçlu temerrüdü (BK. m. 106, 108) veya alacaklı temerrüdü (BK. m. 94) hükümlerine göre sözleşmeden dönme hakkını haizdirler. Borçlar kanunun adı geçen hükümleri, özellikle müşterinin otele gelmesi (no show) durumunda uygulama alanı bulmaktadır. Müşteri, haklı ve geçerli bir sebep olmaksızın otele gelmemişse otelci, sözleşmeden dönme hakkını kullanabilir.

Rezervasyon yapıldıktan sonra sözleşmenin feshedilip edilemeyeceği, feshi ihbar sürelerinin ne olacağı⁵³, otele gelmeme durumunda ödenen-

51 İmre, söz konusu talep hakkının, BK. m. 125'deki on yıllık zamanaşımı süresi içerisinde kullanılması gerektiğini belirtmektedir (İmre, s.207-208).

52 Bettoja, s.268.

53 Yönetmelikte iptal süreleri, bireysel sözleşmeler (m. 28), grup sözleşmeleri (m. 35) ve kontenjan sözleşmelerine (m. 43) göre farklı düzenlenmiştir; adı geçen kavramlar için bkz. Tezcan, s.128 vd.

cek tazminat hakkında⁵⁴, aksi taraflarca kararlaştırılmamışsa, Yönetmeliğin üçüncü bölümünde düzenlenen kurallar uygulanır. Yönetmelikte, müşterinin otele gelmemesi halinde sözleşmenin iptal edileceğinden bahsedilmekte ise de, bunu sözleşmenin feshedilmesi şeklinde anlamak gerekmektedir. Yönetmelikte, iptal bildirimının yazılı şekilde yapılması gerektiği belirtilmiştir (m. 25). Söz konusu şekil şartının, geçerlilik şartı olduğu düşüncesindeyiz⁵⁵.

BK. m. 264'de düzenlenen, kira sözleşmesinin önemli nedenlerle feshine ilişkin hüküm de, otelcilik sözleşmesine kıyasen uygulanabilir. Sözleşmenin ifasını mümkün kılmayı engelleyen önemli sebeplerin varlığı durumunda, otelcilik sözleşmesi de feshedilebilir. Ancak, sözleşmenin ifasını engelleyen subjektif durumların, hastalık, ekonomik zarara uğrama gibi sebeplerin otelcilik sözleşmenin feshine neden olan önemli sebepler olarak değerlendirilmemesi gerektiği düşüncesindeyiz⁵⁶. Yine, istisna sözleşmesinde, iş sahibinin tam tazminat karşılığında sözleşmeyi feshetmesinde (BK. m. 369) olduğu gibi, otelcilik sözleşmesinin de aynı şekilde feshedilmesi mümkündür.

3. Sözleşmenin İptali

Otelcilik sözleşmesi, irade sakatlıkları durumunda da iptal edilebilir. Özellikle BK. m. 23-24 hükümleri çerçevesinde, esaslı hataya uğrayan taraf, sözleşmeyi iptal etme hakkına sahiptir. Örneğin, müşteri, otelde düzenlenecek bir kongreye katılmak için rezervasyon yapmış ancak, daha

54 İhbar süresine aykırı fesihlerde veya müşterinin otele gelmemesi halinde ödenecek tazminata uygulamada "no show" denmekte ve otelci tarafından no show faturası kesilmektedir. Ödenecek tazminatın miktarı yönetmelikte, sözleşmenin türüne göre (bireysel sözleşme, grup sözleşmesi veya kontenjan sözleşmesi) farklı olarak düzenlenmiştir; bu konuda bkz. Yönetmelik m. 29, 35, 40.

55 Zira, TK. M. 20/III hükmü gereği, tacirler arasında temerrüt, fesih veya sözleşmeden rücu amacıyla yapılan her türlü ihtar ve ihbarların noter, iadeli taahhütlü mektup veya telgrafla yapılması gerekmektedir. Otelci, genel olarak tacir niteliği taşıdığından, bunların yapacağı ihtar ve ihtarların da yazılı olması gerekir. Tezcan'ın haklı olarak belirttiği gibi, buradaki yazılı şekil kavramı geniş yorumlanmalı ve faks, telex veya elektronik posta ile yapılan iptal bildirimlerinin de geçerli olduğu kabul edilmelidir (Bkz. Tezcan, s.145).

56 Bettoja, s.271, yazara göre hastalık durumu, müşterinin katlanması gereken bir rizikodur.

sonra kongre iptal edilmiş ise, otelcilik sözleşmesinin esaslı saik hatasına dayanılarak iptal ettirilmesi mümkündür⁵⁷.

4. Sözleşmeyi Sona Erdiren Diğer Sebepler

a. İkale Sözleşmesi

Taraflar, irade özerkliği ilkesi gereği, her zaman otelcilik sözleşmesini ortadan kaldıran yeni bir sözleşme yapabilecekleri gibi (ikale sözleşmesi), aralarında anlaşarak ve yeni bir sözleşme akdetmeye gerek olmaksızın da sözleşmeyi ortadan kaldırabilirler. Tarafların, ikale sözleşmesi akdetmeleri durumunda bu sözleşmenin geçerliliği, maddi hukuk yönünden herhangi bir şekil şartına tabi değildir.

b. Müşterinin Ölümü

MK. m. 599 hükmü gereği, müşterinin ölümü ile onun malvarlığı tüm hak ve borçlarıyla birlikte mirasçılara intikal eder. Müşterinin ölümü üzerine otelcilik sözleşmesine katılan mirasçı, zorunlu olarak sözleşmenin yeni tarafıdır⁵⁸.

Otelcilik sözleşmesinin de, sözleşmeyi oluşturan edim tipine göre, ölüm halinde kira sözleşmesi veya vekalet sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyasen uygulanması suretiyle, sona erdiği kabul edilmelidir. Nitekim, BK. m. 397/I hükmüne göre, aksi kararlaştırılmadıkça vekalet sözleşmesi taraflardan herhangi birinin ölümüyle son bulur. Aynı şekilde, BK. m. 265 hükmü gereği, kiracının ölümü halinde, kira sözleşmesi mirasçılar tarafından feshedilebilir⁵⁹.

57 Bettoja, s.272, aynı görüşte OR-Schluop/Amstutz Einleitung vor Art. 184 vd. OR, N. 360.

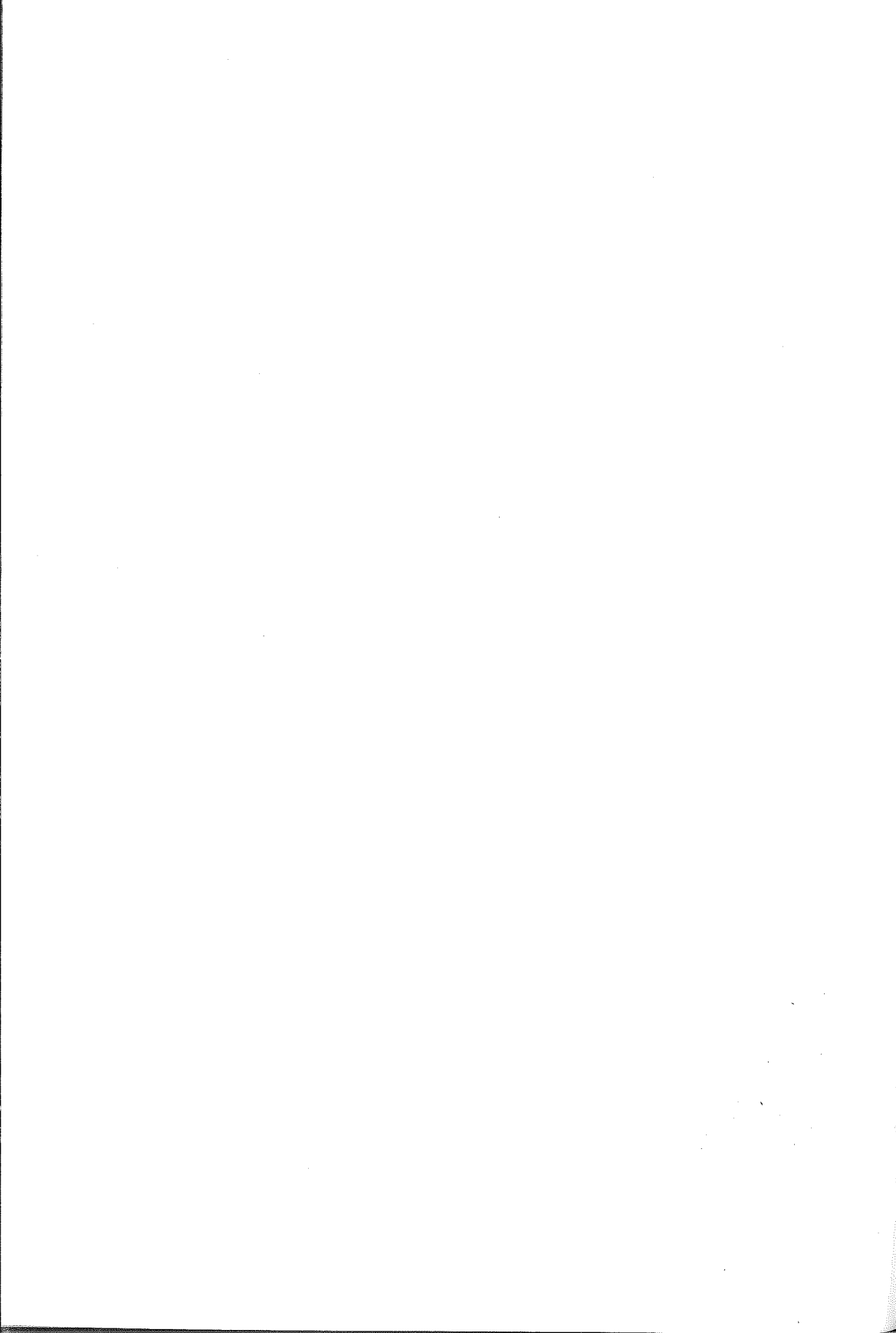
58 Bettoja, s.283.

59 Bettoja, otelcilik sözleşmesinin kira sözleşmesi ile kıyaslandığında, çok kısa süreli bir sözleşme olması itibarıyla, ölümün meydana geldiği günün akabinde hemen veya ölümü takip eden günde mirasçıların, otelcilik sözleşmesini feshedebileceklerini belirtmektedir; Bettoja, s.285.

c. Mücbir Sebep

Mücbir sebep⁶⁰, borçlar hukukunda genel bir sorumluluktan kurtulma sebebi olup, aynı sonuç Yönetmelik m. 22’de de, ifade edilmiştir. Adı geçen hüküm gereği, taraflardan birisinin öngörülmesi ve engellenmesi irade dışında olan zorlayıcı sebeplerle, otel sözleşmesindeki yükümlülüklerini yerine getirmesi imkânsız hale gelirse, borç ilişkisi, herhangi bir tazminat ödeme borcu söz konusu olmaksızın sona erer.

60 Tezcan’a göre, turizm hukukunda, bir durumun mücbir sebep sayılıp sayılmayacağı araştırılırken, sektörün uluslararası niteliğini dikkate almak gerekmektedir. Turizm sektörü doğal, toplumsal, siyasal, ekonomik vb. olaylardan çok çabuk etkilenen bir yapıya sahiptir. Bu nedenle, turizm hukukunda mücbir sebep ele alınırken, ortaya çıkan olayın dış pazardaki görüntüsü tüm boyutlarıyla değerlendirilmelidir; Tezcan, s.160-161.



VADELERİNE GÖRE MEVDUAT HESABI TÜRLERİ

Arş. Gör. Nuri Erdem
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

I. GENEL OLARAK

Mevduat hesapları çeşitli tasniflere tabi tutulurken bunlardan önemli ve uygulama açısından açıklığa kavuşturulması gereken bir türü mevduatın vadelerine göre tasnifidir. Bankalar Kanunu m.10 f. 3 mevduat sahiplerinin mevduatlarını çekme haklarının sınırlandırılmayacağından bahsederek vadesiz mevduata ilişkin bir kural getirirken diğer taraftan “mevduat sahibi ile banka arasında vade ve ihbar süresi hakkında kararlaştırılan şartlar saklıdır” diyerek vadeli ve ihbarlı mevduattan bahsetmiştir.

Mevduat hesaplarının vade ve türlerini tespit görevi Bankalar Kanunu m. 10 f. 2/a’ya göre Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankasıdır. Merkez Bankası, yayınlamış olduğu tebliğlerde¹ mevduat hesaplarının vadelerini düzenlemiştir. Bu bakımdan mevduat hesapları vadelerine göre; vadeli, vadesiz, ihbarlı ve birikimli mevduat hesapları olarak dört gruba ayrılmaktadır. Ancak biz temel ayırımımızı mevduat hesaplarının vadeye bağlanmış olup olmamasına göre yapıyoruz.

Öncelikle bu konuda temel nitelikteki mevduat ve banka hesabı kavramlarını açıklayacağız.

1 Bkz.: Mevduatın Vade ve Türleri ile Katılma Hesaplarının Vadeleri Hakkında Tebliğ, Sıra no.2002/1 (RG 29.03.2002 S.24710).

II. TEMEL KAVRAMLAR

A) Mevduat Kavramı

4389 sayılı Bankalar Kanunu m.10'un başlığı "Mevduata ilişkin hükümler" olmasına rağmen, maddede mevduatın tanımı yapılmamış, "Yazılı ya da sözlü olarak veya herhangi bir şekilde halka duyurulmak suretiyle ivazsız veya bir ivaz karşılığında istendiğinde ya da belli bir vadede iade edilmek üzere para kabulü mevduat kabulü sayılır" demek suretiyle mevduat kabulü tanımlanmıştır. Buradan yola çıkılarak mevduat; istenildiğinde veya belirli bir vadede geri alınmak üzere, gerçek veya tüzel kişiler tarafından bankaya yatırılan para olarak tanımlanır². Genel olarak tevdiat işlemlerinin konusu para, kıymetli evrak veya sair kıymetli evrak olabilir ancak tanımdan da anlaşılacağı üzere mevduatın konusu özel olarak paradır. Yine Bankalar Kanunu anlamında mevduattan bahsedebilmek için paranın Bankalar Kanunu veya özel kanunlarında yetkili kılınmış bankalar tarafından toplanması gerekir. Yatırılan para karşılığında faiz verilip verilmemesi de nitelendirmede önem taşımaz³.

Mevcut düzenlemenin değiştirilmesi, yeni bir Bankalar Kanunu oluşturulması çalışmaları doğrultusunda BDDK tarafından hazırlanan Kredi Kuruluşları Kanunu Tasarısı Taslağı'nda ilk defa mevduatın tanımı yer almaktadır⁴. Taslağın "Tanımlar" üst başlığını taşıyan 3. maddesinde mevduat, "yazılı ya da sözlü olarak veya herhangi bir şekilde duyurulmak suretiyle ivazsız veya bir ivaz karşılığında istendiğinde ya da belli bir va-

2 Ünal Tekinalp, *Banka Hukukunun Esasları*, İstanbul, 1989, s.309, İbrahim Kaplan, *Banka Sözleşmeleri Hukuku*, Ankara, 1996 s.130, Haluk Konuralp, *Banka Tasarruf Mevduatının Hukuki Niteliği*, ABD., S. 37, s.14, Erden Kuntalp, *Mevduat Kavramı*, *Bankacılar Dergisi*, S. 8, s.42, Ahmet Battal, *Bankalar Kanunu Şerhi (Sorularla Banka Hukuku)*, Ankara, 2003, s.84, Murat Alışkan, *Türk Banka Hukukunda Mevduat Sigortası*, İstanbul, 2004, s.82, Mustafa Çeker, *Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı*, Adana, 2004, s.12.

3 Tekinalp, s.309.

4 Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu, *Kredi Kuruluşları Kanununu Tasarısı Taslağı*, Üçüncü Gözden Geçirme İçin Hazırlanan Metin, Düzenlemeler Dairesi, 14.12.2004 için bkz. <http://www.bddk.org.tr/turkce/mevzuat/mevzuat.htm#8>. Mevduata ilişkin hükümler, taslağın beşinci kısmında, 64-69. maddelerde yer almaktadır. Söz konusu maddeler, 4389 sayılı Bankalar Kanunu m. 10 esas alınarak hazırlanmıştır. Ayrıca 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun tasarruf mevduatının sigortalanmasına ilişkin 15. ve 20. maddeleri de kanun sistematigi açısından mevduata ilişkin hükümler arasında düzenlenmektedir.

dede geri ödenmek üzere kabul edilen para” olarak tanımlanmaktadır. Tanımın mevduat kabulünden yola çıkılarak yapıldığı göze çarpmaktadır.

B) Mevduatın Hukuki Niteliği

Mevduatın hukuki niteliği üzerinde duran kimi yazarlar sadece tasarruf mevduatı⁵ sözleşmesinin hukuki niteliğinden bahsederler⁶. Genel olarak, tasarruf mevduatını diğer mevduat türlerinden⁷ ayırmadan dahi

5 Bankalar Kanunu m. 10 f. 2/b’ye göre “gerçek kişiler tarafından bu nam altında açtırılan ve ticari işlemlere konu olmayan mevduat “tasarruf mevduatı”dır”. BDDK Taslağı’nın 3. maddesinde tasarruf mevduatı tanımlanırken, bir ticari işlem olmasına rağmen bu hesaplardan münhasıran çek keşide edilmesinin tasarruf mevduatı nitelendirmesine engel teşkil etmeyeceği açıkça dile getirilmektedir. Bu husus daha önceden de doktrinde kabul edilmekteydi. Bkz. Battal, s.87.

6 Bkz.Kaplan s.198, Kenan Tunçomağ, **Özel Borç İlişkileri**, İstanbul, 1974, s.389, Haluk Tandoğan, **Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri**, Ankara, 1985, s.329 vd.

7 Mevduatın Vade ve Türleri ile Katılma Hesaplarının Vadeleri Hakkında Tebliğ’de mevduatın diğer türleri de sayılmıştır. Buna göre:

“Genel ve katma bütçeli daire ve kurumların, yerel yönetimlerin, mahkemelerin, savcılıkların, icra ve iflas dairelerinin, tereke hakimliklerinin mevduatı “resmi kuruluşlar mevduatı”dır.

Gerçek kişilerin ticari işletmelerine, her çeşit ortaklıklara, kamu iktisadi teşebbüsleri ile bunlara bağlı müessese ve bağlı ortaklıklara, genel ve katma bütçeli kuruluşlarla yerel yönetimlerin ticari işletmelerine, döner sermayeli kuruluşlara, vakıfların, derneklerin, sendikaların, birliklerin ve mesleki kuruluşların kurdukları veya katıldıkları ticari işletmelere, sigorta şirketlerine ait mevduat “ticari kuruluşlar mevduatı”dır.

Bankalar özel finans kurumları ve özel kanunlarına göre mevduat kabulüne yetkili bulunan kuruluşlara ait mevduat “bankalararası mevduat”dır.

Kanunla kurulmuş sosyal güvenlik kurumlarına, vakıflara, derneklere, meslek teşekküllerine, sendikalara, kanunla veya bir kanuna dayanılarak kurulmuş tasarruf sandıklarına, resmi ve özel idare, müessese ve ortaklıklarla mesleki teşekküllerde yalnız kendi mensuplarına ait olmak üzere sağlık, sosyal yardım ve tasarruf sağlamak amacıyla kurulan sandıklara ait paralar, noter teminat ve emanet paraları, mahkemeler, savcılıklar, icra ve iflas daireleri ve tereke hakimlikleri nezdindeki paralar, mahkemelerce tevdi mahalli gösterilmek suretiyle yatırılan paralar, yöneticiler tarafından apartman yönetimi ile ilgili olarak yatırılan paralar, elçilik ve konsolosluklara ait paralar, uluslararası kuruluşların Türkiye’deki büro ve temsilciliklerine ait paralar, fonlara ait paralar, genel ve katma bütçeli kuruluşlar içerisinde yer almayan üst kurul, kurul ve kurumların paraları ile bunların dışındaki paralar “diğer mevduat” başlığı altında toplanacaktır.”

mevduat sözleşmesinin hukuki niteliği tartışmalıdır⁸. Doktrinde temel tartışma usulsüz tevdi ve karz akitleri etrafında gerçekleşir.

1) Karz ve usulsüz tevdi görüşleri

BK. m. 306'ya göre "karz öyle bir akittir ki onunla ödünç veren, bir miktar paranın veya diğer bir misli şeyin mülkiyetini ödünç alan kimseye nakil ve bu kimse dahi buna karşı bir miktar ve vasıfta müsavi aynı neviden şeyleri vermekle mükellef olur."

BK md. 472'ye göre usulsüz tevdi ise mudi (saklatan) tarafından verilen bir miktar para, misli eşya veya kıymetli evrakın müstevdi (saklayan) tarafından emin bir yerde saklanması ve belirli bir süre sonunda veya istendiğinde mislen geri verilmesi borcunu doğuran bir akittir.

Karzla usulsüz tevдинin ayırdedilmesi şu bakımlardan önem taşır⁹:

Karzda ödünç alan ödünç verenin kendisinden olan alacağıyla kendisinin ödünç verenden olan diğer bir alacağını takas imkânına sahiptir ancak usulsüz tevdiye saklayıcının aksi kararlaştırılmadıkça takas imkânı bulunmamaktadır¹⁰.

Yine tevdi edilen para her zaman geri istenebildiği halde karzda geri verme bir süreye bağlı tutulmamış olsa bile aksi sözleşmede kararlaştırılmadıkça ödünç alan ilk talep tarihinden itibaren altı haftalık bir süreden faydalanabilir¹¹.

Karzdaki, ticari işlemlerde şart edilmese dahi faiz verilmesi gerektiği hakkındaki karene usulsüz tevdiye yoktur. Karzda faiz yüksek, usulsüz tevdiye genelde düşüktür. Diğer taraftan karzda faizi parayı alan, usulsüz tevdiye veren öder. Bununla beraber saklayıcının parayı kullanıp karşılığında faiz ödemesi mümkündür¹².

Uygulama açısından tartışmanın büyük önemi vardır. Karz nitelendirilmesi bankaya takas imkânı, banka müşterisinin ise faiz ihtiyacına cevap vermektedir.

8 Tekinalp s.310.

9 Ayrıntılı bilgi için aynı konu başlığı altında bkz. Tandoğan s.327vd.

10 Tandoğan s.327.

11 Tandoğan s.327.

12 Tandoğan s.328.

Usulsüz tevdi nitelendirmesi ise faiz elde etme imkânı vermese de müşteriye dilediği anda parasını çekme imkânı tanımakta, bir taraftan da bankaya olabilecek borcuna mahsuben parasının takas edilme tehlikesini bertaraf etmektedir.

Takas birbirine karşı alacağına sahip şahıslardan birinin tek taraflı beyanıyla bu alacakları az olan tutarda sona erdirmesidir¹³. Alacakların karşılıklı ve aynı cinsten olmaları gerekir. Bu bakımdan para alacakları takasa elverişlidir, aynı şekilde bankadaki mevduat alacağı da takasa konu olabilir. Diğer bir şart da takas hakkını kullanmak isteyen tarafın alacağının ve borcunun muaccel olmasıdır. Fakat takas hakkını kullanmak isteyen tarafın alacağının muaccel, borcunun ise ifa edilebilir olması yeterli görülür. Bu bakımdan vadeli mevduat hesaplarının da bankanın alacağının muaccel olması şartıyla takasa konu olması mümkündür.

Takas hakkının kullanılması tek taraflı irade beyanıyla olur. Ancak istisnaen tevdi edilmiş geri verme borcu alacaklının rızası olmadan takas edilemez. (BK. m. 123 b.1) Bu yüzden vadesiz mevduat hesaplarına usulsüz tevdi nitelendirmesi yaptığımızda vadesiz mevduat alacağını bankanın tek taraflı takas beyanıyla sona erdirmeye imkânı ortadan kalkacaktır. Ancak bankalar kredi veya mevduat sözleşmelerine kendilerine tek taraflı beyanla takas yetkisi veren kayıtlar koymaktadırlar¹⁴. Borçlar kanununun takasa ilişkin hükümleri emredici olmadığından¹⁵ bu kayıtlar geçerlidir. Mevduat sözleşmelerine vadeli vadesiz ayrımı gözetilmeksizin karz akdi nitelendirmesi yapıldığında, bu kayıtlara ve mevduat sahibinin muvafakatine gerek olmadığı görüşü de savunulmaktadır¹⁶.

Mevduat sözleşmesinin karz akdi niteliğinde olduğunu savunan görüş, karz akdinin, paralarını muhafazadan ziyade işletmek gayesinde olan mevduat sahiplerinin faiz beklentilerini karşılamasından hareket eder. Çünkü bankalar mevduat olarak topladıkları paraları işletmekte, karşılığında müşteriye faiz vermekte ve diğer taraftan sözleşmeye koydukları hükümlerle kendilerine takas yetkisi tanımaktadırlar. Usulsüz tevdi görüşüne göre ise bankaya asıl olarak işletmek için değil muhafaza etmek için

13 M. Kemal Oğuzman / Turgut Öz, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2000, s.436, Fikret Eren, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, Ankara, 2003, s.1226

14 Seza Reisoğlu, **Bankalar Kanunu Şerhi**, Ankara, 2002, s.383.

15 Oğuzman /Öz s.446.

16 Bkz. Reisoğlu s 383, Kaplan s.148.

para yatırılır. Devletin tasarruf mevduatını koruyucu hükümler getirmiş olması da bu görüşü destekler¹⁷.

2) Diğer görüşler

Belirttiğimiz üzere mevduatın hukuki niteliği hakkındaki tartışmaların temelini karz ve usulsüz tevdi nitelendirmeleri oluşturmaktadır. Yine bu iki akit tipini temel almakla birlikte farklı nitelendirmeler de mevcuttur. Bir görüşe göre mevduat sözleşmesi her iki sözleşme tipinin özelliklerini de içeren, karma nitelikte *sui generis* bir akit¹⁸. Buna göre mevduat sözleşmesine her iki akit hükümleri “kıyas yolu ile ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde” uygulanacaktır. Yargıtay’ın uygulaması da bu doğrultudadır. Buna göre, “mevduat yatırma, ağırlıklı olarak esas itibarıyla belli oranda faiz elde etme amacına yöneldiği için karz akdine daha çok yaklaşan, ancak güvenilir bir kurumda parayı muhafaza etme fikri ile vedia akdini hatırlatan kendine özgü bir akit tipidir. Mevduata uygulanacak hükümler, ancak kıyas yolu ile ve niteliğine uygun düştüğü ölçüde karz akdi hükümleri ve istisnai hallerde vedia akdi hükümleri olacaktır”¹⁹. Ancak kanaatimizce bu çözüm tarzı mevduat kavramını hukuki bir temele oturtmak ve uyuşmazlıkları bu doğrultuda çözmek açısından yetersizdir.

Doktrinde tarafların mukavelede izledikleri amacın göz önünde bulundurulması gerektiğini savunan bir görüş daha taraftar bulmaktadır. Buna göre tarafların amacı parayı muhafaza etmekse usulsüz tevdi, kar elde etmekse karz akdi hükümleri uygulanmalıdır²⁰. Yine bu görüşe paralel olarak vadeli mevduatın karz, vadesiz mevduatın ise usulsüz tevdi olarak kabul edilmesi gerektiği de bazı yazarlarca savunulur²¹. İki görüş birbiri-

17 Mevduatın hukuki niteliği bakımından karz ve usulsüz tevdi görüşleri ve değerlendirilmesi için bkz: Kaplan s.198, 205-206.

18 Konuralp, s.19, Reisoğlu, s.330, Ali Sait Yüksel, **Bankacılık Hukuku ve İşletmesi**, İstanbul, 1989, s.141, Faruk Erem / Akın Altıok / Haluk Tandoğan, **Bankalar Kanunu Şerhi**, Ankara, 1989, s.38, İsmail Doğanay, Bankalardaki Mevduat Hesabından Kısmen Para Çekilirken veya Hesap Kapatılırken Bankaların Göstermek Yükümlülüğünde Oldukları Özen Borcu, **Batider**, 1994, C.XVII, S.4, s.25 vd.

19 Bkz HGK. 15.06.1994 11-178/398 YKD Nisan 1995, s.532.

20 Tunçomağ, s.390.

21 Cevdet Yavuz, **Borçlar Hukuku (Özel Hükümler)**, İstanbul, 2002, s.474, Tekinalp, s.312.

ne paraleldir diyoruz çünkü bu son görüşü savunan yazarlara göre vadeli mevduatın karz akdi niteliğinde olmasının dayanağı da mevduat sahibinin kar elde etme amacıdır. Vadesiz mevduat için de yine mevduat sahibinin parayı muhafaza etme amacının ağır basmasından hareketle usulsüz tevdi nitelendirmesi yapılmaktadır. Sonuç olarak bu görüşte de tarafların gözettikleri amaç dikkate alınmaktadır. Biz de vadeli mevduatın karz, vadesiz mevduatın ise usulsüz tevdi olarak kabul edilmesi gerektiği görüşüne katılıyoruz.

Gerçekten de bankacılık uygulamasında vadesiz mevduata karşılık ya hiç faiz verilmemekte ya da çok düşük faizler öngörülmektedir. Kanaatimizce burada mevduat sahibi parasını bankada muhafaza etmek istemekte ve bankada bulundurduğu parasını istediği zaman geri alma imkânını faiz elde etme imkânına tercih etmektedir. Diğer taraftan Bankalar Kanunu m.10 f.3'te "mevduat sahiplerinin mevduatlarını geri alma hakları hiçbir suretle sınırlanamaz. Mevduat sahibi ile banka arasında vade ve ihbar süresi hakkında kararlaştırılan şartlar saklıdır" demek suretiyle açık bir hüküm getirilmiştir ve bu hüküm karşısında bankanın vadesiz mevduatı talep üzerine hemen iade etme yükümlülüğü mevcuttur²². Bu halde vadesiz mevduata karz akdi nitelendirmesi yapılarak bankaya geri ödeme için altı haftalık bir süre tanınması imkânı ortadan kalkmaktadır. Bankalar Kanunundaki bu hükmün karz sözleşmesiyle bağdaşması mümkün değildir, ve bu durum vadesiz mevduatın usulsüz tevdi olduğunu kanıtlar niteliktedir²³.

Diğer taraftan kar elde etme amacına yönelik olarak mevduat sahibine faiz ödenmesinin kararlaştırıldığı, buna karşılık parayı alma hakkının vade ve ihbarla sınırlandırıldığı ve bankaya takas imkânını veren bir mevduat sözleşmesinin karz akdi olarak nitelendirilebileceği kanaatindeyiz, zira bu nitelendirme ne tarafların amacına ne de karz akdinin bünyesine ters düşmemektedir.

C) Banka Hesabı

Müşterinin bankadaki mevduatı hesap adı verilen muhasebe kayıtlarında yer alır²⁴. Bu kayıtlardan her türlü para hareketi izlenebilir. Bankayla

22 Reisoğlu, s.361.

23 Tekinalp, s.312.

24 Tekinalp, s.313.

yapılan sözleşmelere konulan, banka muhasebesinin taraflar arasında münhasır delil olduğuna ilişkin şartların kapsamına banka hesabı da girer²⁵.

Müşterinin alacaklı olduğu mevduat hesapları, alacak hakkını ihtiva ettiği için temlik edilebilir, ihtiyati tedbire, hacze, rehne, takasa konu olabilir, miras ile intikal eder, iflas masasına dahil olur ve üzerine intifa hakkı kurulabilir²⁶.

Mevduat sahibine yatırdığı para karşılığında bir hesap cüzdanı verilir.

Hesap cüzdanı mevduat sahibinin ismini içerdiği gibi (nama yazılı) içermeyebilir de (hamiline yazılı). Sırdaş hesap adı da verilen hamiline yazılı hesap cüzdanlarının hamiline yazılı kıymetli evrak olduğu savunulur²⁷. Kıymetli evrakı alelade senetlerden ayıran önemli özelliği içerdiği hakkın senede mündemiç olmasıdır. Senedin içerisinde yer alan hakka sıkı sıkıya bağlı olması şeklinde de ifade edilir. Bu bağlılık, hakkın ileri sürülebilmesini ve devredilebilmesini senedi elinde bulunduran yani senede vasıtalı zilyetliği de içine alacak şekilde geniş anlamda zilyet olan şahsın ibrazı şartına bağlar. Hakkın senede bağlanmasını senet kayıtları sağlar²⁸. Hamiline yazılı kıymetli evrak bu kayıtlardan çift yanlı ibraz ve teşhis kaydını içerir. Ödeme için senedin ibrazı şarttır ve borçlu ancak senet ibraz edilirse ödemede bulunabilir. Yine hak sahibi sadece senedin hamili olmakla bu sıfatını tanıtır ve borçlu da hamile ödemede bulunarak borcundan kurtulur.

Mevduat sahibinin ismini içermeyen bir hesap cüzdanındaki ibraz kaydının da kimliğin ispatıyla bertaraf edilmesi doğal olarak mümkün de-

25 İbrahim Kaplan, Banka Hesabı Türleri, Hesap Sahibinin ve Hesap Türünün Tayininde Uygulanacak Kurallar, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1994, c.49, s.273 vd.

26 Tekinalp, s.313.

27 Yargıtay da pek çok kararında hamiline (sırdaş) hesap cüzdanının hamiline yazılı kıymetli evrak olduğunu kabul etmektedir. Bkz 11. HD 16.03.1982 5485/1092 "İptali istenen hamiline vadeli mevduat cüzdanı "sırdaş hesap", hamiline yazılı kambiyo senedi hükmündedir... iptali istenen (hamiline vadeli mevduat cüzdanının) temsil ettiği mevduatın, cüzdanın elden devri suretiyle hamiline geçeceğine ve bu suretle hamiline düzenlenmiş kambiyo senedi sayılması gerekmesine (TTK. 570/1) ve TTK. 573 ve devamı maddeleri gereğince ziyai halinde bu belgenin de iptaline karar verilebileceğine... göre yukarıdaki gerekçelerle sonucu itibariyle doğru olan hükmün onanması gerekmiştir..." (<http://www.kazanci.com.tr>).

28 Ayrıntılı bilgi için bkz. Reha Poroy / Ünal Tekinalp, Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul 2001, s.82 vd., Fırat Öztan, Kıymetli Evrak Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, 1997, s.35 vd.

ğildir ve hakla senet arasındaki bu sıkı ilişki kanaatimizce hamiline yazılı kıymetli evrakı hatırlatmaktadır. Ancak diğer hesap cüzdanlarının kıymetli evrak sayılamayacağı kanaatindeyiz. Zira hakkın senetten ayrı ileri sürüle-memesi kıymetli evrakın en belirleyici özelliklerinden birisidir. Banka hesap cüzdanlarındaki ibraz şartları kesin bir şekilde uygulanmazlar, bu şartlar hesap cüzdanının olmazsa olmazı değildirler. Bankalar hesap cüzdanlarına sadece ibraz karşılığı ödeme yapılacağına dair kayıtlar koyarlar ancak çoğu kez, mevduat sahibinin kimliğini ispat etmesiyle ödeme gerçekleşmektedir. Ancak Yargıtay'a göre hesaptan para ödenirken hesap cüzdanının ibrazı gerekir, aksi takdirde uyumsuzluk halinde hesap cüzdanını görmeden ödeme yapan bankanın sorumluluğuna hükmedilmektedir.²⁹

Ancak önemle belirtmek gerekir ki yakın bir zamana kadar geçerli olan hamiline hesap cüzdanı uygulaması bugün için sona ermiştir. Bu konuda TCMB'nin 97/1 sayılı Mevduat Sertifikaları hakkındaki tebliği ve Bankalar Kanunu'nun ilgili hükmü uygulanacaktır³⁰. Bankalar Kanunu m 20. f. 4'e göre "bankaların kimliklerini ve vergi kimlik numaralarını belgelemeyen müşterileri adına mevduat, kredi ve her ne ad altında olursa olsun hesap açmaları, sözleşme düzenlemeleri, havale ve kambiyo hizmetleri ile diğer bankacılık ve mali hizmetleri vermeleri yasaktır".

Usulünce³¹ düzenlenmiş hesap cüzdanı bankadaki mevduatın kanıtlayıcı belgesidir. Banka hesap cüzdanındaki mevduat miktarınca müşteriye borçludur. Yargıtay'a göre banka kayıtlarında yer almasa veya banka kayıtları ile uyum sağlansa dahi bankalar hesap cüzdanında belirtilen miktarı

29 11. HD 11.12.1990, 2305/79880, "Hesap cüzdansız para ödeme banka teamüllerine göre mutad bir işlem değildir. Ancak, nadiren yapılan bir ödeme şeklidir. Bu şekilde yapılan ödemede; gerekli titizlik özen ve dikkatin gösterilmesi gerekir. Olayda hesap kartonundaki imza ile tediye fişindeki imza birbirine uymamaktadır. Bu nedenlerle; mahkemece, davalı bankanın ödeme yaparken gerekli dikkat ve özeni göstermediği, bu ödemeden dolayı sorumlu olduğu sonucuna varılarak davanın kabul edilmesi doğrudur." (<http://www.kazanci.com.tr>).

30 Çeker, s.91.

31 Yargıtay hesap cüzdanlarında yetkili banka mensuplarının imzasını aramaktadır. Bkz. 19. HD 1998 438/400, "Usulünce uygun düzenlenmiş ve yetkilisinin imzasını taşıyan hesap cüzdanı, müşterinin banka nezdindeki mevduatının kanıtlayıcı belgesidir. Banka hesap cüzdanındaki mevduat miktarınca müşteriye karşı borçlu olup, bunu kanun ve sözleşme hükümlerine göre, geri ödemekle yükümlüdür. Bu niteliği dikkate alındığında, davalı banka yetkilisinin imzasının taşımayan hesap cüzdanı ile bankanın sorumluluğundan söz edilemez." (<http://www.kazanci.com.tr>).

ödemek zorundadır. Hesap cüzdanlarında yer alan uyuşmazlık halinde banka kayıtlarının esas alınacağına dair kayıtlar dahi geçerli değildir³². Diğer taraftan bu sorumluluğunun üst sınırını müşteriye karşı banka yetkilisinin haiz olduğu yasal yetki kuralları içerisinde tutmak gerekir³³.

III. VADELERİNE GÖRE MEVDUAT HESAPLARI

A) Vadeli Mevduat Hesapları

1) Tanım

Vadeli mevduat hesapları, kar elde etme amacına yönelik olarak mevduat sahibine vadesiz mevduat hesaplarına oranla daha yüksek oranlarda faiz ödendiği, buna karşılık mevduat sahibi ile banka arasında kararlaştırılan vadeye kadar mevduat alacağıının müeccel olduğu hesaplardır³⁴. Nitekim Bankalar Kanunu m. 10 f. 3'e göre mevduat sahiplerinin mevduatlarını geri alma hakları hiçbir suretle sınırlandırılmaz ancak mevduat sahibi ile banka arasında vade ve ihbar süresi hakkında kararlaştırılan şartlar saklıdır. Ancak taraflar vadeli mevduat hesaplarından vadeden önce dahi para çekilebilmesi hususunda da anlaşabilirler. Böyle bir anlaşma yoksa mevduatın vadeden önce çekilmesi için bankanın muvafakati gerekir. Uygulamada bankalar vadesiz mevduat hesaplarına uyguladıkları faiz oranını vermek şartıyla vadenin kırılmasına muvafakat etmektedirler.

32 İsmail Doğanay, Bankalardaki Mevduat Hesabından Kısmen Para Çekilirken veya Hesap Kapatılırken Bankaların Göstermek Yükümlülüğünde Oldukları Özen Borcu, *Batider*, 1994, C.XVII, S.4, s.30. Yazarın değindiği Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 15 Haziran 1994 tarih ve 116178/398 sayılı kararında bu görüş "Her ne kadar bankalar mevduat sahibi müşterileri ile hesap açarken yaptıkları sözleşme ile iptidai sorumluluktan beri buldukları doğrultusunda anlaşsalar da bankalar... hükümetin imtiyazı ile kurulmuş oldukları için ...banka memurlarının hafif ve ağır kusurlarından dolayı, o memuru çalıştıran banka sorumludur..." denilerek açıklanmaktadır.

33 Bkz. 11 HD. 1995 7563/1127 "... bu sorumluluk, üçüncü kişilere karşı yetkilisinin haiz olduğu yasal yetki kuralları içerisinde kalması gerekir. Bu durum karşısında banka yetkilisinin görevini kötüye kullanarak, banka kayıtlarına aktarmadan banka adına kabul ettiği, mevduat hesabından; davalı bankanın uyguladığı cari faiz oranları üzerinden bankanın sorumluluğunun kabulü gerekir. Bu oranları aşan hesap cüzdanındaki yasal dayanağı bulunmayan faiz oranlarının sorumluluğa esas alınması doğru değildir. (<http://www.kazanci.com.tr>).

34 Tekinalp s.317.

2) Vadeye ilişkin özellikler

TCMB, Mevduatın Vade ve Türleri ile Katılma Hesaplarının Vade-leri Hakkında Tebliğ ile vade dilimlerini 1 aya kadar, 3 aya kadar, 6 aya kadar, 1 yıla kadar ve 1 bir yıldan daha uzun süreli olarak belirlemiştir. Böylelikle bankalar diledikleri vadelerde mevduat hesabı açabileceklerdir. Daha önceki düzenlemelerde ise vadenin bir aydan daha aşağı olamayacağı öngörülmüştü. Mevcut düzenleme ile vadeli mevduat hesaplarının günlük repoya alternatif olması düşünülmüştür³⁵.

Vade bitiminde hesabın yenilenmesi hususunda banka ile müşteri arasında bir anlaşma varsa buna göre vade bitiminde yenileme yapılır. Bu anlaşma müşterinin talimatıyla veya hesap cüzdanlarına konulan ibarelerle sağlanmış olabilir. Bu halde mevduat hesabı aynı vade ile yenilenmiş olacaktır. Eğer bu yönde bir anlaşma yoksa vade tarihinden itibaren vadesiz mevduat hesabına öngörülen faiz oranı uygulanacaktır.

Mevduat hesaplarının vade yerine ihbar süresine bağlanması da mümkündür, bu halde mevduat alacağı ihbardan belirli bir süre sonra muaccel olacaktır³⁶. İhbarın yapılması bir geçerlilik şartına bağlanmamışsa da noter marifetiyle yapılması ispat kolaylığı açısından yerinde olacaktır.

Birikimli mevduat hesapları ise asgari beş yıl vade ile açılan, sözleşmede belirlenen aylık veya üç aylık sürelerde hesaba para yatırmaya imkân veren mevduat hesaplarıdır.

Mevduat hesaplarına verilecek faiz oranları bankalar tarafından serbestçe belirlenir³⁷. Kuşkusuz vadeli mevduat hesaplarına verilen faiz oranları daha yüksektir. Ancak bankanın muvafakatiyle vadeli mevduatın vadeden önce çekilmesi halinde bu mevduata vadesiz mevduata uygulanan faiz oranı uygulanır. Kısmi çekilme durumunda ise kalan kısım için vade devam eder. Türkiye Bankalar Birliği'nin "Faizlerin Hesaplanmasında Bankalar Arası Uygulama Birliği Sağlanmasını Amaçlayan 02.06.1983 tarihli Mesleki Tanzim Kararı'nda" faizin günlük faiz esasına göre hesapla-

35 Reisoğlu, s.357.

36 TCMB ihbarlı mevduatı "çekileceği tarihten 7 gün önce yazılı bir ihbar verilmek suretiyle çekilen mevduat" olarak tanımlamış, muacceliyet süresini ihbardan itibaren 7 gün olarak belirlemiştir. Bkz Mevduatın Vade ve Türleri ile Katılma Hesaplarının Vadeleri Hakkında Tebliğ (Sıra no. 2002/1) RG 29.03.2002 S.24710.

37 Bkz. TCMB'nin 08.07.2002 tarihli Mevduat ve Kredi İşlemlerinde Uygulanacak Faiz Oranları ile Mevduatın Vade ve Türleri Hakkında Talimat.

nacağı belirtilmiştir.Buna göre faiz hesabına esas alınan gün sayısına valör tarihi dahil edilir, vadenin son günü dahil edilmez. Vadenin son günü bir tatil gününe rastlarsa da vadeli mevduata ait faiz o tarihte kesilir. Valör tarihi paranın bankaya yatırılmasını takip eden ilk iş günüdür

B) Vadesiz Mevduat Hesapları

1) Tanım

TCMB'nın yayınladığı tebliğde yaptığı tanıma göre vadesiz mevduat, "Bankanın izni aranmaksızın hesap sahibi tarafından istenildiği zaman kısmen veya tamamen geri çekilebilen, herhangi bir ihbar veya vade koşulu taşımayan ve faiz tahakkukları yıl sonunda veya hesabın kapatılmasında yapılan mevduattır."

Bu tanımda da değinildiği gibi çekilmesi açıkça bir vadeye veya ihbar süresine bağlanmayan hesaplar vadesiz hesaptır. Bunun gibi, tarafların bir vadeye bağladıkları fakat aralarında vade bitiminde yenilemeyi kararlaştırmadıkları ve mevduat sahibinin mevduatı vadesinde geri çekmediği hesapların da vadesiz hesap niteliği kazanacağı savunulmaktadır³⁸.

2) Vadesiz Mevduat Hesabı Sahibinin Parasını Dilediği Anda Çekme Hakkı ve Kuralın İstisnaları

Bankalar Kanunu'na göre vadesiz mevduat hesabı sahibinin parasını dilediği anda çekme hakkı vardır.Hatta kanunun 22. maddesinde bu hakkı kasıtlı olarak engelleyen banka görevlilerine cezai yaptırım öngörülmüştür³⁹. Daha önce de değindiğimiz gibi hüküm vadesiz mevduatın usulsüz tevdi niteliğine uygundur. Mevduat sahibi parasını bankada muhafaza etmek istemekte ve bankadaki parasını istediği zaman talep etme imkânını kar elde etme imkânına tercih etmektedir Ancak yine aynı kanunun 10. maddesinin 3. fıkrasında Medeni Kanunun rehinlere ve Borçlar Kanununun alacağın devir ve temlikine ilişkin hükümleri ile diğer kanunlardan kaynaklanan hak ve borçlara riayet edileceğini belirtilmiştir. Kanunun ba-

38 Tekinalp s.317.

39 "Kanunun 10. maddesinin (3) numaralı fıkrası hükmü saklı kalmak kaydıyla, mevduat sahiplerinin mevduatlarını geri almalarını kasıtlı olarak engelleyen banka görevli veya ilgili mensupları altı aydan iki yıla kadar hapis ve bir milyar lira ağır para cezası ile cezalandırılır."

zı maddelerine atıf yapılmış olması sınırlama amacı taşımamakla birlikte bunlar uygulamada en çok karşılaşılan haller olduğundan özellikle belirtilmiştir⁴⁰. Yine mevduat hesaplarının hacze, hapis hakkına, takasa konu olması halleri vadesiz mevduat hesabı sahibinin parasını dilediği anda çekme hakkının istisnasını teşkil edebilecektir⁴¹.

a) Mevduat Hesaplarının Rehnedilmesi

Üzerinde rehin hakkı kurulabilecek alacaklar temlike elverişli ve parayla değerlendirilmesi mümkün olan alacaklardır⁴². Mevduat hesapları da mevduat sahibi lehine bu özelliklere sahip birer alacak niteliğinde olduklarından alacakların rehni hükümlerine göre üzerinde MK m. 954 vd. düzenlenen rehin hakkı kurulabilir⁴³. Bankalar Kanunu m. 10'un lafzı da bu prensibe uygundur.

Mevduat üzerinde üçüncü kişilerden ziyade bankalar lehine rehin hakkı kurulmaktadır. Mevduat hesabı sahibinin bankaya olan borcundan dolayı mevduat hesabı üzerinde bankaya rehin hakkı tanınabilir. Uygulamada bankalar daha kredi sözleşmeleri akdederken müşterisinin veya kefilin mevcut ve hatta mevcut olmayan müstakbel alacakları üzerinde rehin hakkı sahibi olduklarına dair kayıtlar koymaktadırlar. İleride doğacak alacakların da rehnedilmesi mümkün olduğundan⁴⁴ bu tür kayıtlar geçerli olarak kabul edilirler⁴⁵. Bu halde rehinli alacaklı alacağı paraya çevirme yetkisine sahip olabilecektir. Ancak hakkın özünü ilgilendiren hususlarda hak sahibi yetkilidir.

40 Reisoğlu s.360.

41 Kredi Kuruluşları Kanununu Tasarısı Taslağı'nın, "Mevduatın veya özel cari ve katılma hesaplarının çekilmesi" başlıklı 66. maddesinde mevduat hesaplarının hapis hakkına ve takasa konu olması halleri de maddenin lafzına eklenmektedir. Biz takasa ilişkin açıklamalarımızı mevduatın karz akdi niteliğini incelerken belirttiğimiz için aşağıda tekrar etmeyeceğiz.

42 M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi, *Eşya Hukuku*, İstanbul, 2002 s.777.

43 Reisoğlu, s.379, Kaplan, s.144.

44 Oğuzman / Seliçi s.777.

45 Reisoğlu, s.379, Kaplan, s.145 Ayrıca bkz.: 19. HD. 1999 2640/4563 "kredi sözleşmesinde, borçluya ait hesaplardaki mevduatın, doğmuş ve doğacak borçların teminatı olarak rehinli bulunduğu kabulü, bankanın her ne şekilde olursa olsun doğan alacağına, ihbarda bulunmadan rehinli hesaplardaki mevduattan mahsup yapmasını yetkili kılar" (Cengiz Kostakoğlu, *Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif*, İstanbul 2004, s.339)

Kıymetli evrak niteliğinde bir senede bağlanmamış alacakların rehini için yazılı bir rehin sözleşmesi şarttır. Bir geçerlilik şartı olmamakla birlikte üçüncü bir kişiye rehnedilen mevduat hesaplarında bankanın alacağı yerine mevduat sahibine iyi niyetle ödeme yaparak bocundan kurtulmasına yol açmamak için rehnin bankaya bildirilmesi yerinde olur⁴⁶. Kıymetli evrak niteliğinde bir senede bağlanmış alacaklar ise kıymetli evraka özel hükümlere göre de rehnedilebilirler. Eğer hamiline yazılı hesap cüzdanlarının kıymetli evrak niteliğinde olduğunu kabul edersek yazılı rehin sözleşmesi bir geçerlilik şartı olmayacaktır zira hamiline yazılı kıymetli evrakın rehnedilmesi için senedin teslimi yeterlidir. (MK. m. 956)

b) Mevduat Hesaplarının Temliki

Mevduat hesabı alacak hakkı niteliğinde olduğundan mevduat sahibince bir başkasına temlik edilebilecektir⁴⁷. Alacağın temliki mevduat sahibi ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir sözleşmeyle gerçekleşir. Sözleşmenin yazılı şekilde yapılması bir geçerlilik şartıdır. Uygulamada noter tasdikli temlikname kullanılmakla beraber adi yazılı şekil yeterli olacaktır.

Borçlunun (banka) sözleşmeye katılması gerekmez. Ancak banka temlik kendisine bildirilmeden evvel iyiniyetli eski mevduat hesabı sahibine ödemede bulunursa B.K. m.165' e dayanarak borçtan kurtulacaktır.

Alacağın temlikiyle beraber, alacağı ispata yarayan hesap cüzdanı gibi belgelerin de devralana teslimi gerekir.

Gerçek alacaklının kim olduğunda tereddüte düşen bankanın mahkemeye başvurarak hakimden bir tevdi yeri bildirmesini istemesi ve buraya ödeme yaparak borçtan kurtulması mümkündür.

Alacağın temliki bankanın durumunu ağırlaştıramaz. Banka eski mevduat sahibine karşı ileri sürebileceği takas, ibra gibi savunmaları yeni mevduat sahibine karşı da ileri sürebilir. Burada takas imkânının yeni alacaklıya karşı da kullanılabilmesi takasta karşılıklılık şartının bir istisnasını teşkil eder.

46 Reisoğlu, s.379.

47 Alacağın temliki hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman / Öz, s.891 vd., Eren, s.1176 vd.

İşlememiş veya işlemiş olup da ödenmemiş faizler de yeni mevduat sahibine intikal eder. Vadeli mevduat hesaplarının temlikinde sadece hesap sahibi değişmekte olduğundan vade ve uygulanan faiz oranı aynen devam edecektir⁴⁸.

c) Mevduat Hesaplarının Haczi

Mevduat hesaplarının haczinin menkullerin haczine göre mi, üçüncü kişilerdeki mal ve alacakların haczine göre mi yapılacağı tartışma konusu olmuştur. Ancak şu an için doktrinde ve Yargıtay uygulamasında konunun pratikteki önemi dolayısıyla çözüm için orta bir yol tercih edilmiş ve uygulanmaktadır. Buna göre; Mevduat hesaplarının haciz işlemi, haciz tutanağının düzenlenerek borçluya bildirilmesi şeklinde, yani menkullerin haczi gibi gerçekleştirilir⁴⁹. Haciz tutanağı düzenlenmesi için mahalline, yani bankaya gidilmesine gerek yoktur. Haciz tutanağı icra dairesi'nde düzenlenir ve haczi yapan memur, alacaklı ve borçlu tarafından imza edilir. Bu işlemlerin tamamlanması ile borçlunun mevduatı haczedilmiş olur. Ancak uygulamada tatbik edildiği üzere borçlunun 3. kişilerdeki mal ve alacaklarını düzenleyen İİK. m.89'a göre bankaya haciz ihbarnamesi gönderilmesi ise, mevduat sahibine ödeme yapılmasını engelleyen bir tedbirdir⁵⁰.

48 Reisoğlu, s.378.

49 Baki Kuru, **Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi**, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2002, s.12 vd.

50 Bkz 12. HD. 2001 1313/2890: "Borçlunun 3. kişi bankadaki alacağı-mevduatı İİK.nun 106/2. maddesi gereğince menkul hükmündedir. Bu nedenle bankadaki mevduatın haczi menkul haczi gibi icra müdürlüğünce bankaya yazılacak yazı ile de haczedilebilir (HGK. 1.12.1999 tarih 1999/12-1003/1017 sayılı kararı). İİK'nun 88. maddesinin üst başlığında da açıkça belirtildiği gibi bankaya haciz ihbarnamesi gönderilmesi bankadaki mevduatın borçluya ödenmesini önleyen muhafaza tedbidir. Bu nedenle mevduatın haczi için haciz yazısı dışında bankaya ayrıca İİK'nun 89. maddesi gereğince haciz ihbarnamesi tebliği şart değilse de mevduatın 3. kişi nezdinde alacak niteliğini de arz etmesi sebebi ile haciz ihbarnamesi gönderilmesi sureti ile haczedilmesine de yasal bir engel bulunmamaktadır..."

Yargıtay'ın bir diğer kararı için bkz. 12. HD. 2000 1178/2594: "Bankalardaki mevduatın haczinin mutlaka İİK'nun 89. maddesine göre haczi gerekmez. Böyle bir ihbar üçüncü kişi yönünden doğuracağı sonuçlar bakımından önemlidir. Bunun dışında bankadaki mevduatın haczi için doğrudan müzekkere yazılarak hesaptaki paranın haczine engel hüküm yoktur. Müzekkere ile mevduata haciz konulabilir. Ancak, bankaya gidip icra memurunun bizzat fiili haciz uygulaması olanağı yoktur. Borçlunun bankadaki mevduat ı 3. kişideki hak ve alacak niteliğinde olmadığından borçluya ait bu para üzerine Banka ilgililerince icra müdürünün talimatına uyularak haciz şerhi konulması gerekir..." (<http://www.kazanci.com.tr>).

Bu bağlamda İİK'nun ilgili maddesindeki değişiklikten de bahsetmek gerekmektedir. 4949 sayılı "İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun", 30 Temmuz 2003 tarihinde Resmi Gazete'de yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. İlgili madde büyük ölçüde değiştirilerek, önceki düzenlemeden oldukça farklı bir uygulama getirilmiştir. Buna göre ikinci haciz ihbarnamesine de itiraz etmeyen üçüncü kişiye ayrıca üçüncü bir bildirimde bulunularak bu bildirim tebliğ edildiği tarihten itibaren 15 gün içerisinde menfi tespit davası açma ve yine bu bildirim tarihinden itibaren 20 gün içerisinde de menfi tespit davası açtığına dair belgeyi ilgili icra dairesine teslim etme olanağı tanınmıştır. Maddenin beşinci fıkrasının son cümlesinde yapılan değişiklik "Her halde üçüncü şahıs, borçlu ile kötü niyetli alacaklıya karşı dava açarak ödemek zorunda kaldığı paranın veya teslim ettiği malın iadesini isteyebilir" denmiş, böylelikle bankaya kötü niyetli olması muhtemel kabul edilen alacaklı ve borçludan ödemek zorunda kaldığı paranın iadesini isteme olanağı getirilmiştir. Şu halde banka ancak üç aşamalı haciz ihbarnamelerinden birine cevap vermesi ve bununla beraber menfi tespit davası dahi açmaması halinde yedinde kabul edilen bu miktarı ödemek zorunda kalabilecektir.

Vadeli mevduat hesaplarının haczedilmesi durumunda banka ile mevduat sahibi arasındaki vade ve ihbar süresine ilişkin anlaşma sona ermez. Ancak bankanın muvafakatiyle vadeden önce de mevduat hesabından para çekilebileceğinden dolayı, istekte bulunması halinde vadesi veya ihbar süresi dolmadığı halde mevduat hesabındaki paranın icra dairesine ödenebileceği kabul edilir. Ancak vadeye kadar beklenmesinin alacaklı ve borçlunun menfaatlerine uygun düşeceği görüşü de savunulur⁵¹.

Diğer taraftan İİK m. 45 hükmüne göre rehinle temin edilmiş bir alacağın borçlusu iflasa tabi şahıslardan olsa bile alacaklı yalnız rehinin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabilir. Bu bakımdan kredi sözleşmesiyle mevduat hesabı üzerinde bankaya rehin hakkı tanınmış olması halinde kredi alacaklısı banka alacağının tahsili için öncelikle rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapmalıdır. Ancak rehin limitini aşan bir alacağın varlığı halinde, limiti aşan kısım hakkında haciz yoluyla takip yapılabilir⁵².

51 Erem/ Altıok/ Tandoğan s.103, Kuru, s.119, Çeker, s.170.

52 Kostakoğlu, s.279.

d) Mevduat Hesapları Üzerinde Hapis Hakkı

Hapis hakkı şartların gerçekleşmesi halinde alacaklıya zilyedliğinde bulunan ve iadesi gerekli borçluya ait menkul mallar ve kıymetli evrakı iade etmeyerek alacağın teminatı olarak el koyma ve paraya çevirme yetkisi veren bir aynı haktır⁵³. Hapis hakkının doğması, alacaklının borçlunun rızası ile sözkonusu menkullere veya kıymetli evraka zilyet olması, alacaklının menkul malların maliki borçluya karşı muaccel bir alacak hakkının olması, alacaklının zilyedliğindeki menkul mal ile alacak arasında irtibat bulunması ve hapis hakkının kullanılmasının mümkün olması şartlarına bağlıdır.

Hapis hakkı ancak muaccel alacakların temini için kullanılırsa da borçlu aciz halindeyse muacceliyet şartı ortadan kalkar. (MK. m. 952) Böylece mevduat sahibinin iflası, aciz vesikası alması veya ödemelerini tatil etmesi gibi hallerde banka varsa kendi alacağının (örneğin banka kredisi) muaccel olmasını beklemeden hapis hakkını kullanabilir. Bu bakımdan bankanın sözleşmeyle kurulmuş bir rehin hakkının bulunmadığı ya da kendi alacağı muaccel olmadığı için takas hakkını kullanamadığı durumlarda önem kazanır⁵⁴. Çünkü hapis hakkı şartların gerçekleşmesi ile kanunen doğar.

Ancak takasın caiz olmadığı hallerde hapis hakkının da kullanılamayacağı ve bu hakkın kullanılmasının usulsüz tevdi nitelendirmesi ve bankanın iade borcunun mahiyeti ile bağdaşmayacağı da savunulmaktadır⁵⁵. Katıldığımız bu görüş sebebi ile vadesiz mevduat hesapları üzerinde hapis hakkının kullanılamayacağını düşünüyoruz.

e) Mevduat Hesaplarında Zamanaşımı

Bankalar Kanunu m. 10 f. 4'e göre son işlem tarihinden itibaren on sene geçmesine rağmen sahibince aranmayan her türlü mevduat hesapları zamanaşımına uğrar ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devredilir. Son işlem, hesap sahibinin bilgisi dahilinde yaptığı; hesaptan para çekme, hesaba para yatırma, adres değişikliğini bildirme, hesap cüzdanına faiz kaydettirme gibi işlemlerdir⁵⁶. Bu gibi işlemler zamanaşımını keser ve her işlemten sonra on senelik zamanaşımı süresi tekrar başlar.

53 Oğuzman / Seliçi, s.769 ve dipnot 130'da anılan yazarlar.

54 Reisoğlu, s.380, Kaplan, s.146.

55 Erem/Altıok/Tandoğan, s.105.

56 Reisoğlu, s.399.

Vadeli mevduat hesaplarında vade süresi dolmadan zamanaşımı işlemeye başlamayacaktır⁵⁷. Hesap açılırken her vade bitiminde yenileme kararlaştırılmışsa ilk yenileme zamanaşımı süresini kesecek ancak diğer yenilemelerde zamanaşımı kesilemeyecektir⁵⁸.

Küçükler için, yalnızca bunlara ödeme yapılmak kaydı ile açılan hesaplarda küçük reşit olmadan, belli bir yaşı veya okulu bitirme şartına bağlı hesaplarda da şart gerçekleşmeden zamanaşımı süresi işlemeye başlamaz⁵⁹.

IV. SONUÇ

Çalışmamız bankacılık uygulamasında öneme sahip olan mevduat hesaplarını bir vadeye bağlı olup olmaması yönünden incelemektedir. Mevduat sözleşmesinin hukuki niteliğini de yine bu ayırım çerçevesinde belirlenmiştir. Kanaatimizce mevduat sözleşmesinin bünyesine uygun olarak vadeli mevduatın karz sözleşmesi, vadesiz mevduatın ise usulsüz tevdi sözleşmesi niteliğinde kabul edilmesi gerekir.

Diğer taraftan, vade bitiminde yenileme, ihbarlı ve birikimli mevduat hesapları ve faize ilişkin açıklamalar vadeli mevduat hesapları çerçevesinde yapılmıştır. Buna göre, mevduat hesaplarının vade ve türlerini tespit görevi Bankalar Kanunu m. 10 f. 2/a'ya göre Merkez Bankasıdır. Merkez Bankası, vade dilimlerini 1 aya kadar, 3 aya kadar, 6 aya kadar, 1 yıla kadar ve 1 bir yıldan daha uzun süreli olarak belirlemiştir. Mevduat hesaplarının vade yerine ihbar süresine bağlanması da mümkündür. Mevduat hesaplarına verilecek faiz oranları bankalar tarafından serbestçe belirlenir.

Vadesiz mevduat hesaplarının usulsüz tevdi niteliğine uygun olarak Bankalar Kanununun m. 10 f. 3'te yer alan vadesiz mevduat hesabı sahibinin

57 Kredi Kuruluşları Kanununu Tasarısı Taslağı'nın zamanaşımına ilişkin 67. maddesine göre "Kredi kuruluşları nezdindeki mevduat, emanet ve alacaklardan hak sahibinin en son talep, işlem, herhangi bir yazılı talimatı, vadenin bitimi veya çekli hesaplarda çeklerin tamamının ibrazı, iadesi veya iptali tarihinden başlayarak on yıl içinde aranmayanlar zamanaşımına tabidir." Getirilen düzenleme ile zamanaşımı süresinin vadenin bitiminden itibaren başlayacağı açıklığa kavuşturulmaktadır. Diğer taraftan, çekli hesaplarda çeklerin tamamının ibrazı, iadesi veya iptali ile zamanaşımı arasında illiyet bağı kurulmaktadır.

58 Reisoğlu, s.401.

59 Reisoğlu, s.401.

parasını dilediği anda çekme hakkı ve bu hakkın ilgili maddede belirtilen ve belirtilmeyen istisnaları da incelememizde yer aldı. Bu kapsamda mevduat hesaplarının hacze, rehin hakkına, takasa, alacağın temlikine konu olması vadesiz mevduat sahibinin söz konusu hakkını sınırlandıracaktır. Mevduat hesapları üzerinde MK m. 954 vd. düzenlenen rehin hakkı kurulabilir. Yine mevduat hesabı alacak hakkı niteliğinde olduğundan mevduat sahibince bir başkasına temlik edilebilecektir. Mevduat hesaplarının haczi menkullerin haczine göre yapılır ancak mevduat sahibine ödeme yapılmasını engelleyen bir tedbir olarak İİK. m. 89'a göre bankaya haciz ihbarnamesi gönderilir.

Son olarak Bankalar Kanunu m. 10 f. 4'e göre son işlem tarihinden itibaren on sene geçmesine rağmen sahibince aranmayan her türlü mevduat hesapları zamanaşımına uğrar ve Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na devredilir.

KISALTMALAR

- İKÜ** : İstanbul Kültür Üniversitesi
ABD : Ankara Barosu Dergisi
Batider : Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi
BDDK : Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu
BK. : Borçlar Kanunu
bkz. : Bakınız
C. : Cilt
HD. : Hukuk Dairesi
HGK. : Hukuk Genel Kurulu
İİK : İcra İflas Kanunu
m. : Madde
MK. : Medeni Kanun
S. : Sayı
s. : Sayfa
TCMB : Türkiye Cumhuriyeti Merkez Bankası
vd. : ve devamı
YKD : Yargıtay Kararları Dergisi

KAYNAKÇA

AKINTÜRK, TURGUT: Borçlar Hukuku, İstanbul, 2001.

ALIŞKAN, MURAT: Türk Banka Hukukunda Mevduat Sigortası, İstanbul, 2004.

BATTAL, AHMET: Bankalar Kanunu Şerhi (Sorularla Banka Hukuku), Ankara, 2003.

ÇEKER, MUSTAFA: Hukuki Yönüyle Banka Mevduatı, Adana, 2004.

DOĞANAY, İSMAİL: Bankalardaki Mevduat Hesabından Kısmen Para Çekilirken veya Hesap Kapatılırken Bankaların Göstermek Yükümlülüğünde Oldukları Özen Borcu, Batider, 1994, C.XVII, S.4, s.25 vd.

EREM, FARUK / ALTIÖK, AKIN / TANDOĞAN, HALUK: Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara, 1989.

EREN, FİKRET: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Ankara, 2003.

KAPLAN, İBRAHİM: Banka Hesabı Türleri, Hesap Sahibinin ve Hesap Türünün Tayininde Uygulanacak Kurallar, Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi, 1994, c.49, s.273 vd.

KAPLAN, İBRAHİM: Banka Sözleşmeleri Hukuku, Ankara, 1996.

KONURALP, HALUK: Banka Tasarruf Mevduatının Hukuki Niteliği, ABD, S.37, s.14.

KOSTAKOĞLU, CENGİZ: Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif, İstanbul 2004.

KUNTALP, ERDEN: Mevduat Kavramı, Bankacılar Dergisi, S. 8, s.40.

KURU, BAKİ: Bankalardaki Mevduatın ve Diğer Alacakların Haczi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, 2002.

OĞUZMAN, M. KEMAL / SELİÇİ, ÖZER: Eşya Hukuku, İstanbul, 2002.

OĞUZMAN, M.KEMAL / ÖZ, TURGUT: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2000.

ÖZTAN, FIRAT: Kıymetli Evrak Hukuku, Genişletilmiş 2. Bası, Ankara, 1997.

POROY, REHA / TEKİNALP, ÜNAL: Kıymetli Evrak Hukuku Esasları, İstanbul, 2001.

REİSOĞLU, SEZA: Bankalar Kanunu Şerhi, Ankara, 2002.

TANDOĞAN, HALUK: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara, 1985.

TEKİNALP, ÜNAL: Banka Hukukunun Esasları, İstanbul, 1989.

TUNÇOMAĞ, KENAN: Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1974.

YAVUZ, CEVDET: Borçlar Hukuku (Özel Hükümler), İstanbul, 2002.

YÜKSEL, ALİ SAİT: Bankacılık Hukuku ve İşletmesi, İstanbul, 1989.

HASTA HAKLARI

Araş. Gör. Bilge Onaran
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

1. HASTA HAKKI KAVRAMI

I-GENEL OLARAK

Hasta hakları genel olarak kişi ile sağlık kuruluşları arasındaki ilişkileri dzenlemek üzere; kişinin sağlıklı kalma hakkına kendi iradesi dışında herhangi bir engel olmaksızın sahip olması, sağlık hizmetleri verilirken insan haklarının gözetilmesi, hastalara uygulanan tıbbi tedavinin insani boyutunun desteklenmesi, hastanın sağlık hizmetlerinden en üst düzeyde ve eşitlik çerçevesinde yararlanırken karşılaşabileceği zorlukların önlenmesi ve giderilmesi, hasta ile sağlık personeli arasındaki iletişimin geliştirilmesi için tarafların uymakla zorunlu oldukları esas ve kuralları kapsar¹

II-HASTA HAKLARI İLE İLGİLİ TEMEL KAVRAMLAR

1-HASTA HAKLARININ SÜJESİ OLARAK İNSAN VE DEĞERİ

İnsan, insan olmasından ötürü üstün bir değere sahiptir. 1982 Anayasasının 12. maddesinde de belirtildiği üzere; her Türk vatandaşı kişiliğine bağlı devredilmez, dokunulmaz ve vazgeçilmez temel hak ve hürriyetlere sahiptir.

1 Hasta Hakları ve Sorumlulukları, Türk Standartı, Birinci Baskı, Türk Standartları Enstitüsü, Ankara, ICS 11.020, TS 12222/Nisan 1997.

2- KİŞİLİK HAKLARI

A-Genel Olarak Kişilik Hakları

Kişilik hakkı, kişiliği oluşturan değerlerin tümü üzerindeki hak olarak ifade edilir². TMK'nun ilgili maddesinde de düzenlendiği ve korunduğu üzere; kişilik sağ ve tam olarak doğmakla başlar ve ölüm ile sona erer³. Kişiliğin kapsamı TMK'da açık olarak düzenlenmemiş ancak TMK 23. ve 24. maddeleri, kişiliğin korunmasına ilişkin genel çerçeve hükümler getirmiştir.

a-Maddi (Bedensel) Değerler

Yaşam hakkı önemli bir yönüyle kişi güvenliğini ve dokunulmazlığını ilgilendiriyor olup⁴, kişinin kendi yaşamı üzerinde karar verme hakkı, beden bütünlüğü, sağlık hakkı kişinin maddi varlığı (bedeni) üzerindeki haklarını teşkil eder^{5 6}. Söz konusu haklar mutlak haklardan olup⁷, herkesin bu hakları ihlaline hatta kişinin kendi tasarruflarına karşı dahi korunmuştur. TMK'nun 24. ve BK'nun 47. maddelerinde yaşama hakkı beden bütünlüğü ve sağlık haklarına yapılan saldırılar müeyyide altına alınmıştır.

b- Manevi Değerler

Kişinin özgürlükleri, onuru, şeref ve haysiyeti, adı üzerindeki hakkı, resmi üzerindeki hakkı, giz alanı manevi kişilik hakkını oluşturur⁸.

c- Mesleki-Ticari Değerler

Kişinin, ekonomik özgürlükleri ve varlığı, mesleki onuru ve saygın-

2 HELVACI Serap, Türk ve İsviçre Hukuklarında Kişilik Hakkını Koruyucu Davalar, İstanbul, 2001, s.41.

3 DURAL Mustafa / OĞUZ Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, İstanbul, 2002, s.15.

4 DURAL Mustafa /YAYLA Yıldızhan, Türk Vatandaşının Hakları, İstanbul, 1974, s.57.

5 DURAL/ÖĞÜZ, s.96.

6 ARPACI Abdülkadir, Kişiler Hukuku (Gerçek Kişiler), İstanbul, 2000, s.109.

7 HELVACI, s.46.

8 DURAL/ÖĞÜZ, s.118-131.

lığı, mesleki ve ticari sırları iş hayatından kaynaklanan mesleki-ticari kişilik değerleri olarak korunur⁹⁻¹⁰.

B-Hasta Haklarını İlgilendiren Kişilik Hakları

a-Yaşam Hakkı

Anayasanın 17/1. maddesinde de belirtildiği üzere herkes yaşama hakkına sahiptir. Anayasa herkesin beden ve ruh sağlığı içinde yaşayabilmesi ve tıbbi bakım görmesini sağlama ödevini devlete yüklemiştir¹¹. TMK'nun 23. ve 24. maddelerinde de yaşam hakkı öncelikle korunmaktadır. Yaşam hakkı, kişinin yaşamının sona ermesiyle son bulacağından, kişinin bedensel değerlerinin ve temel haklarının en önemlisidir¹².

Yaşam hakkının ihlali halinde BK'nun 45. ve 47. maddelerinde yer alan müeyyideler uygulanır. Yaşam hakkının ihlali ayrıca TCK'da suç olarak düzenlenmiş ve müeyyideye bağlanmıştır.

b- Sağlık Hakkı

Sağlık kavramı bedensel sağlıkla ruhsal sağlıktan oluşur. Sağlık hakkı, hasta haklarının dayanağı olan temel yasal haklardandır. Sağlıklı olma hakkı bulunan kişi sağlığı bozulduğunda ya da sağlığını korumak için sağlık hakkından yararlanmak durumundadır¹³.

c-Vücut Bütünlüğü

Vücut bütünlüğüne yapılan müdahalelerin hukuka uygun sayılabilmesi için, müdahaleye kişinin rıza göstermesi gerekir. Ancak rızanın geçerli sayılabilmesi için rızanın ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırı olmaması gerekir¹⁴.

9 DURAL/ÖĞÜZ, s.131-134.

10 ARPACI, s.130.

11 DURAL/YAYLA, s.58.

12 ZEVLİLİLER Aydın, Medeni Hukuk Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Aile Hukuku, Ankara, 1995, s.380; BAYRAKTAR Köksal, Hekimin Tedavi Nedeniyle Sorumluluğu, İstanbul, 1972, s.14.

13 ERDEN Hafize, Hasta Hakları, İzmit, 2001, s.35.

14 DURAL Mustafa, Landesbericht Türkei, Zivilrechtliche Regelungen Zur Absicherung der Patienten Autonomie am Ende des Lebens, Eine Internationale Dokumentation, Heidelberg/NewYork, 2000, s.959.

d-Kişinin Onur ve Saygınlığı

Onur ve saygınlık insanın insan olması sıfatıyla, doğuştan sahip olduğu temel değerlerden olup, kişilik haklarından sayılmaktadır¹⁵.

İnsan saygınlığı, insanın sırf insan olması nedeniyle sahip olduğu değerlerin tanınması ve sayılması anlamına gelir. Bu değerler kişinin manevi değerlerinden olup, içsel onur ve saygınlık, dışsal onur ve saygınlık olarak iki farklı görünüme sahiptir¹⁶.

İçsel onur ve saygınlık, kişinin kendisine olan saygısını, kendini değerli buluşunu ifade eder. Dışsal onur ve saygınlık ise, kişinin toplum içindeki onur ve saygınlığını, yani objektif olarak kişinin değeri hakkında başkalarının düşündüklerini ifade eder¹⁷.

e- Kişinin Giz Alanı

Kişinin yaşamı, kamuya açık alan, özel yaşam ve giz alanı olmak üzere üçe ayrılır. Kamuya açık alanın güncel yaşamdan ibaret olmasından ötürü toplumda belli bir aleniyet içinde gerçekleştiğinden gizlenmesi söz konusu olamaz¹⁸.

Özel yaşam ve giz alanına dahil olan olayların açıklanması kişilik haklarına dahil olduğundan, bu alanlara giren bilgilerin kişinin rızası olmadan açıklanması kişilik hakkının ihlali olup ancak kamu yararının olması veya bir görevin ifası hallerinde bu alanın ihlalinden bahsedilemez¹⁹.

3- KENDİ KADERİNİ BELİRLEME HAKKI

Kişinin kendi kaderini belirleme hakkı, kendi yaşamı üzerinde karar verme hakkıdır. Yaşam hakkının karşılığı olarak ölüm hakkı kabul edilemez²⁰.

Kişinin kendi kaderini belirleme hakkı, kişinin mevcut yaşamını na-

15 ERDEN, s.37.

16 DURAL/ÖĞÜZ, s.118.

17 DURAL/ÖĞÜZ, s.118.

18 DURAL/ÖĞÜZ, s.126.

19 ERDEN, s.38.

20 BAYRAKTAR, s.157.

sıl yaşayacağı ve hastalığının tedavisine uygulanacak yöntemi seçebilmesi hallerinde bahis konusu olur²¹.

2. HASTA HAKKININ TANIMI VE TIBBİ MÜDAHALE İLİŞKİSİNİN TARAFLARI

I-TANIM

Hasta hakkı öncelikle bir insan hakkıdır. HHY'nin 4. maddesinde hasta hakkının tanımı açıkça yapılmıştır. Bu tanıma göre; “ hasta hakları sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan fertlerin sırf insan olmaları sebebiyle sahip buldukları ve TC. Anayasası, milletlerarası anlaşmalar, kanunlar ve diğer mevzuat ile teminat altına alınmış bulunan haklarını ifade eder.”

Hakkın hukuken korunan çıkar olması sebebiyle, hasta hakkının içeriğini de hastanın hukuken korunan çıkarları oluşturur²².

II- TIBBİ MÜDAHALE İLİŞKİSİNİN TARAFLARI

1-HAK SAHİBİ TARAF

Tıbbi müdahale ilişkisinin yükümlü ve hak sahibi olmak üzere iki tarafı vardır.

Hak sahibi taraf, tıbbi müdahalenin çeşidine göre farklı tanımlanır. Sağlık hizmetinden yararlanan hasta, deneysel amaçlı bir tedaviye katılan hasta veya sağlıklı kişi, gönüllü, organ ve doku naklinde, organ veya dokuyu veren verici olarak tanımlanmakta olup; bu adlar altında tıbbi müdahaleye maruz kalan taraf, hasta hakkı açısından hak sahibi olan taraftır²³.

A-Hasta

HHY'nin 4. maddesinde de tanımı yapıldığı üzere; sağlık hizmetlerinden faydalanma ihtiyacı bulunan kimseye hasta denir.

21 ERDEN, s.39.

22 ERDEN, s.40

23 ERDEN, s.41.

B-Gönüllü

Deneysel amaçlı tıbbi müdahalelere, hastaların yanısıra, herhangi bir hastalığı olmayan sağlıklı kişilerin de katılması mümkündür.

Bali Bildirgesinde tedavi amaçlı olmayan araştırmalar da dahil olmak üzere, insanları ilgilendiren biyomedikal araştırmalara katılanların hasta ile aynı haklara sahip olduğu bildirilmiş ve bu kişiler için sağlık hizmetlerinden faydalanan hastalardan farklı bir düzenleme yapılmıştır. Ayrıca, insan onuru ile bağdaşmayan muamelelere maruz kalınmaması ve insanların kobay olarak kullanılmalarını önlemek amacıyla insan üzerinde yapılacak deneyler sıkı koşullara bağlanmıştır.

C-Verici

Organ Nakli Kanununun 5. maddesine göre, biyolojik madde alınabilmesi için gerçekleşmesi gereken şartların²⁴ yanısıra, 18 yaşını dolduran ve mümeyyiz olan kişi verici olabilir.

2-HUKUKİ ÖDEV SAHİBİ TARAF (YÜKÜMLÜ)

Sözkonusu tıbbi müdahalenin çeşidine göre hasta hakkının kendisine karşı ileri sürülebileceği taraf farklılıklar gösterir.

Gönüllünün karşısında, sponsor, araştırmacı (hekim) ve denetçi bulunur. Biyolojik maddenin transferinde ise, alıcı ve vericinin karşısında hastane, hekim, aracı bankası gibi aracı kurumlar bulunur. Hasta haklarının ihlalinde yükümlü olan kişi, ihlal edilen hakkın niteliğine ve somut olaydaki gelişmelere göre belirlenir²⁵.

§3. HASTA HAKLARININ TARİHSEL GELİŞİMİ VE HASTA HAKLARI İLE İLGİLİ YASAL DÜZENLEMELER

I- HASTA HAKLARININ TARİHSEL GELİŞİMİ

Hasta hakkı kavramı, insan hakları kavramının gelişimi ile beraber dikkate alınmıştır. İnsan hakları ilk kez İngiltere'de insanların doğuştan sadece insan olmakla birtakım hakları olduğu ve buna devletin saygı duy-

24 AKINCI Şahin, Türk Özel Hukukunda İnsan Kökenli Biyolojik Madde (Organ-Doğu) Nakli Kavramı ve Bundan Doğan Hukuki Sonuçlar, Ankara, 1996, s.53-54.

25 ERDEN, s.43-44.

ması gerektiği bir kavram olarak ortaya çıkmıştır. 18. asrın sonuna doğru yayınlanan Amerikan Hakları Bildirgesi ve Fransız İnsan ve Vatandaş Hakları Evrensel Bildirgesi ile resmi açıklamaya konu olmuştur. Birleşmiş Milletler teşkilatı ile de evrenselleşmiştir. 1948'de İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi yayımlanmıştır²⁶.

Yaşam hakkı da insan haklarının içindedir. Yaşam hakkı ile diğer hak ve özgürlükler kullanılabilir. Yaşam hakkı sağlıklı yaşamı gündeme getirir ve sağlıklı yaşam hasta haklarının korunması ile ilişkilidir. Esasen sağlık hakkı kavramı teknolojik ilerlemeler sonucu insanın hastalık halinde ne yapacağını bilemez durumlara düşmesi gibi açmazlar yarattığından daha somut olarak yerini hasta hakkına bırakmıştır. Bu konuyla ilgili ilk bildirme 1970'lerde Amerika'da gündeme gelmiştir. Amerikan kolonileri temel hakları kabul ederek yaşam hakkının bunların başında olduğunu belirtmişler ve 1976'dan sonra kabul edilen Amerikan Beyannamelerinde kişinin doğuştan birtakım haklara sahip olduğu, devletin bunları sınırlamayacağı kabul edilmiştir. Bu konu ilk defa 2. Dünya Savaşı sonunda açıkça gündeme gelmiş, nazi suçularının yargılanması için Nürnberg mahkemelerinde bahis konusu olmuştur. Nürnberg mahkemelerinde hastayı bilgilendirme, tıbbi müsaade onayı gibi kavramlar dile getirilmiştir. Amerikan Bildirgesinde de hastaya karşı somut birtakım zorunluluklar beyan edilmiştir. Hastaya hastalığı ile ilgili bilgi verilmesi esası konmuştur.

Uluslararası alanda İnsan Hakları Evrensel Beyannamesinde ve Ekonomik Toplumsal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesinde sağlık haklarına yer verilmiştir. Bu meyanda herkesin işsizlik, sakatlık, hastalık, yaşlılık ve kendi denetimi dışındaki koşullardan doğan geçim sıkıntısı durumunda güvenlik hakkına sahip olacağı bildirilmiştir. 1994'te Dünya Sağlık Örgütü'nün Avrupa Birimi tarafından yayımlanan Avrupa'da Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesi kabul edilmiştir. Bildirgenin ilk bölümünde yeralan sağlık hizmetlerinde insan hakları ve değerleri başlığı altında sağlık hizmetlerinin taşınması gerekli nitelik ve insan haklarının temel ilkeleri belirtilmiştir. Kişilerin fiziksel ve ruhsal bütünlüğüne saygı gösterilmesi haklarının çerçevesinde tıbbi hizmet atamaları gerektiği belirtilmiştir.

26 VURAL Gönül, Hasta Hakları, Ankara, 1993, s.1 (Hafize Erden, Hasta Hakları, İzmit, 2001, naklen).

II- AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ

Günümüzde insan hakları sadece iç hukukta değil uluslararası düzeyde de korunmaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, insan haklarının uluslararası düzeyde korunması amacıyla zorunlu hakları ve bunların korunmasına dair sistemi ve yargısal kurumları getiren belgedir²⁷. Daha sonra bu sözleşme bazı değişiklikler ve haklar getiren ek protokoller yapılmıştır. Sözleşme 1950 tarihinde Avrupa Komisyonu üyesi 15 ülke tarafından imzalanmış ve 1953'te yürürlüğe girmiştir. Türkiye de 1954'te yasa ile onaylamıştır. Bu sözleşme ile konan temel hak ve özgürlükleri koruyan hükümler ülkelerin iç hukuk düzenlemelerinde de uygulanabilir vasıfları ile mahkemeler önünde ileri sürülebilecek esaslar mahiyetini kazanmıştır²⁸.

Bu sözleşmenin en önemli özelliği de ilk olarak uluslararası nitelikte yargısal denetim sistemi ve güvencesi oluşturmasıdır. Öngörülen bu maksatla teşkilat olarak da; Avrupa İnsan Hakları Komisyonu, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Bakanlar Komitesi kurulmuştur. Ancak temel hakların korumasında öncelik taraf devletlere aittir. Taraf devletin iç hukuk yollarının yargısal yolla tükenmesinden sonra bu sözleşme ile getirilen güvence sistemi devreye girer. Bir devletin diğer bir sözleşmeci devlet aleyhine başvurabilmesi için Avrupa Konseyi Üyesi olması ve bu sözleşmeyi imzalaması yeterlidir. Bunun için devletin mağdur olması, başvuruda menfaati olması aranmaz. Buna mukabil gerçek kişilerin müracaatında kişinin hak ihlalinin mağduru olması aranmaktadır. Fakat zarar aranmamakta, muhtemel zarar yeterli olmaktadır²⁹.

Hasta haklarının insan haklarından olmasından ötürü uluslararası düzeyde korunma altına alınması gerekmektedir. Mağdur olan Avrupa İnsan Hakları Komisyonuna başvurma imkânına sahip olacaktır. Yaşam hakkı, devlet kurumu tarafından ihlal edilince ve iç hukuk yargı yolları tükenmişse, hakkını alamamış hasta veya yakını bu sözleşmenin getirdiği güvenceden yararlanabilecektir. Kişi ya insan hakları komisyonuna başvuru-

27 Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 4 Kasım 1950 tarihinde Avrupa Konseyine üye 15 ülke tarafından imzalanarak 03.09.1953 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu sözleşmeyi Türkiye 04.11.1950 tarihinde imzalamış, 10.03.1954 tarih ve 6366 sayılı yasa ile onaylamış ve 18.05.1954 tarihinde yürürlüğe koymuştur.

28 BATUM Süheyl, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türkiye, İstanbul, 1996, s.22.

29 BATUM, s.28-29, 35.

rup, komisyonda usul gereği dostça çözüm bekler, elde edemezse insan hakları mahkemesine başvurur ya da komisyona gitmeden doğrudan insan hakları mahkemesine başvurabilir³⁰

III- BAZI ÜLKELERDEKİ YASAL DÜZENLEMELER

Birçok ülkenin ulusal mevzuatında sağlık hakkının düzenlenmesinden uluslararası anlaşmaların tanınmış olması yeterli olduğu düşüncesiyle kaçınılmaktadır³¹. Bunun bir sebebi de sağlık hakkının devlet güvencesine alınmasının ekonomik kaynak yetersizliği sebebiyle zor olmasıdır. Aşağıda bu konuda düzenleme yapan bazı ülkelere değineceğiz.

1-İNGİLTERE

İngiltere’de son zamanlarda sağlık hizmeti standartının yükseltilmesi için hasta hakları bildirgesi hazırlanmış, ödeme imkânına bağlı olmaksızın klinik gereksinimin herkes için mevcut bulunan kapsamlı bir hizmet olduğu bildirilmiştir. İngiltere’de bütün hastaların ihtiyacı olan tedaviye ulaşma hakları vardır. Hastanın tedavisinde hekim sorumlu olup, hasta hekimingörüşüne katılmayabilir veya ikinci bir görüş alabilir. Hastaların bilgilendirme hakkı ve sorulara açık bir şekilde cevap isteme hakkı vardır. Yazılı rıza almak zorunlu olmamakla beraber anestezi ve cerrahi müdahaleler gibi risk taşıyan durumlarda yazılı izin önerilmektedir. Acil durumlarda izin alınma zorunluluğu yoktur. Özel hayata saygı duyulması, sır saklanması, tıbbi kayıt tutulması temel koşullardır³².

2-HOLLANDA

Hollanda hasta hakları konusunda ileri gitmiş ülkelerdendir. Tıbbi tedavi hakkı, bilgilendirme, izin hakkı, gizlilik ve özel hayata saygı hakkı ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Hollanda’da her tedavi için izin alınması ve hastanın sorduğu tüm soruları cevaplamak gereklidir³³.

30 ERDEN, s.18.

31 ERDEN, s.18.

32 ERDEN, s.19-20.

33 HATUN Şükrü, Hasta Hakları, İstanbul, 1999, s.46.

3- KANADA

Kanada'da ilgili yasalar eyaletlere göre değişmekle beraber herkesin tedavi hakkı garanti altına alınmıştır. Hastanın aydınlatılmış rızasının alınmasının her türlü tıbbi girişimin ön koşulu olduğu tüm eyaletlerce benimsenmiştir³⁴.

4- AVUSTURYA

Avusturya'da hasta hakları konusunda daha ayrıntılı düzenlemeler yapılmıştır. Avusturya medeni hukukuna göre tedavi veya operasyon başarısız olursa hastaya tazminat ödenir. Gereken tedavinin ihmali halinde de kusurun varlığı kabul edilerek hastaya tazminat ödenmesi esası getirilmiştir. Acil durumlar haricinde rıza alınması zorunludur.

Borçlar Kanunumuzdaki istihdam edenin sorumluluğa ilişkin genel prensip Avusturya hukukunda hasta hakları bakımından özel bir düzenlemeye konu olmuş, hekimler asistanlarından, hastaneler çalıştırdıkları kişilerin kötü yönetimlerinden de sorumlu tutulmuşlardır³⁵.

5- FİNLANDİYA

Finlandiya hukukunda hastalık sigorta sistemi uyarınca kanıt olmaksızın dahi hastaların uğradıkları zararın tazmin edilmesi esası getirilmiştir. Bu sigortaların primleri ise sağlık çalışanları tarafından ödenmektedir³⁶.

6- BULGARİSTAN, DANİMARKA, FRANSA, İSVİÇRE

Bulgaristan ve Danimarka'da da hekimlerin sorumluluğu bir kusursuz sorumluluk hali olarak kabul edilmiş ve hastaların uğradıkları zararların kusura bakılmaksızın tazmin edilmesi esası getirilmiştir.

Fransa ve İsviçre'de hekim özel hastanede çalışırken doğrudan dava edilebilirken, devlet kurumunda çalışıyorsa idari işlemler gerekir.

34 HATUN, s.46-47.

35 KOPETZKI Christian, Landesbericht Österreich, Regelungen, s.1-52.

36 LAHTI Raimo, Country Report Finland, The Convention On Human Rights and Biomedicine of the Council Of Europe- a Suitable Model for WorldWide Regulation, Heidelberg/NewYork, 2001, s.573-577.

IV- ULUSLARARASI BİLDİRGELER VE KARARLAR

1- NÜRNBERG KODLARI

Birçok ülkede insanlar üzerinde yeni ilaçların denenmesi, sıkı etik kurallara ve yasal hükümlere bağlanmıştır. Bu tip denemeler için ilgili makamlardan resmi izin alınması zorunludur. Bu konuda Nürnberg Mahkemesi tarafından 1947'de gönüllünün istemli olarak yazılı rızasının alınması, deneyin toplum yararı için iyi sonuçlar verecek başka yöntemlerle sağlanamayacak özellikte olması, kullanılacak gönüllünün sayısının az tutulması, deneyin fiziksel ve zihinsel yaralanmadan kaçınılacak şekilde yürütülmesi, deneyin önceki bilgi ve belgelere göre tasarlanması gibi hususlar belirlenmiştir. Bu belgeden sonra 1964 yılında Helsinki Bildirgesi kabul edilmiştir³⁷.

2- HELSİNKİ BİLDİRGESİ

Helsinki Bildirgesinde insan denekler üzerindeki biyomedikal araştırmalar için hekimlere yol gösterici öneriler 1964 Hekimler Kongresinde benimsenmiş ve 1983 Dünya Hekimler Kurultayında geliştirilmiştir³⁸.

3-LİZBON BİLDİRGESİ

Lizbon Hasta Hakları Bildirgesi hasta haklarının korunması amaçlı düzenlenen ilk uluslararası sözleşmedir. Türkiye'nin de kabul ettiği bu bildirgenin maddeleri özetle şöyledir. Hasta hekimi özgürce seçme hakkına sahiptir. Hasta özgürce etik ve klinik kararlar verebilen bir hekim tarafından bakılma hakkına sahiptir. Yeterli ölçüde bilgilendirildikten sonra önerilen tedaviyi kabul veya red hakkına sahiptir. Hasta hekimden tüm tıbbi ve özel hayata ilişkin bilgilerin gizli tutulmasını bekleme hakkına sahiptir. Hastanın onurlu bir şekilde ölme hakkı vardır. Dini temsilci kabul veya reddetme hakkına sahiptir. Bu bildirme diğer sağlık personeli ve kurumları karşısında hasta haklarını kapsamamaktadır³⁹.

37 ERDEN, s.23-24.

38 ERDEN, s.24.

39 HATUN, s.83.

4- AMSTERDAM BİLDİRGESİ

1994'te Amsterdam'da yapılan toplantıda Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Bürosu tarafından hazırlanmıştır. Hasta haklarının daha ayrıntılı incelendiği bildirgedir. Hasta haklarının geliştirilmesine yönelik belli başlı yöntemler belirlenmiştir. Buna göre sağlık kurumlarının sağlık personelinin ve hastaların sorumlulukları, yetkileri ve haklarına ilişkin özel yasa ve yönergeler hazırlanması, hasta ve sağlık personeli arasında ilişki ağı kurulması, hükümetlerin hasta hakları alanında çalışan kuruluşların kurulmasını desteklemesi, yapıcı tartışmalarla toplumun uyarılması yolunda kararlar alınmıştır⁴⁰.

5- BALİ BİLDİRGESİ

1995'te Dünya Tabipler Birliğinin yaptığı toplantıda Lizbon'da kabul edilen hasta hakları bildirgesi daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir⁴¹.

V- TÜRK HUKUKUNDAKİ YASAL DÜZENLEMELER

1- GENEL OLARAK

Türkiye Cumhuriyetinin kurulmasından sonra sağlık hizmetlerini düzenleyen yasalarda, insan hakları düzenlemesi çerçevesinde bazı hasta haklarına yer verilmiştir. Bu meyanda 1928 tarihli yasada sağlık hizmeti veren kişilerin özellikleri hakkında hükümler konarken, bu hekimlerin hastalara müdahaleden önce onay almaları zarureti belirtilmiştir. 1930 tarihli Hıfzısıhha Kanununda herkese sağlıklı yaşam ve sağlık hizmetlerinden istifade hakkı tanınmıştır. Ayrıca, ihbarı zorunlu hastalıklar hakkında doktorlara bildirim mükellefiyeti getirilmiştir. 1960 tarihli Tıbbi Deontoloji Tüzüğünde⁴² de temel hasta hakları hakkında hükümler vardır. Bu nizamnamede hastanın bilgilendirilmesi konusu ayrıntılı düzenlenmiştir. 1961 Anayasası da devlete herkesin beden ve ruh sağlığı ile yaşaması teminini sağlaması görevini vermiştir. 1982 Anayasasında ise (madde 17) kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı başlığı altında herkes yaşama, maddi ve manevi varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir

40 HATUN, s.84.

41 ERDEN, s.27.

42 RG. 19.02.1960, 8.10486.

denilmektedir. Ayrıca 20. madde de özel hayatın gizliliği, 56. maddede ise sağlık hizmetleri ve çevrenin korunması zarureti getirilmiştir. Diğer taraftan Türk Medeni Kanununda da kişilik hakkını koruyan davalar düzenlenmiştir. 1983 tarihli Sağlık ve Sosyal Yardım Bakanlığının çıkardığı kararnamede de herkese sağlık hizmeti için planlama yapma esasları getirilmiştir. 1988'de Hasta Hakları Yönetmeliği⁴³ yürürlüğe konmuştur. Bu yönetmelikte 1981-1997 tarihleri arasında Avrupa'nın çeşitli merkezlerinde yayınlanan tıp bildirgeleri gözönüne alınmış, bu bildirme ve sözleşmelerdeki hasta hakları temel alınmıştır. Bu yönetmelikte değişik yasa ve tüzüklerde bulunan hasta hakları tek bir düzenleme içinde toplanmıştır. Ayrıca, bu yönetmelikte hasta hakları; bilgi isteme, mahremiyete saygı, tedaviyi durdurma hakkı gibi hastayla ilgili birçok konu da düzenlenmiştir. Yönetmelik; hasta haklarını somut olarak göstermek, bu haklardan faydalanmak ve gerektiğinde hukuki korunma yollarını kullanabilme esaslarını düzenlemek amacı ile hazırlanmıştır. Hastaların bilgi istemek hakkı da belirtilmiş, bunu temini için hizmet veren sağlık kurumları vazifelendirilmiştir.

2- HASTA HAKLARI YÖNETMELİĞİNİN ULUSLARARASI HASTA HAKLARI BİLDİRGELERİ AÇISINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

A- Hasta Hakları Yönetmeliğinin Amaç ve Kapsamı

Bu yönetmelik hasta haklarını somut olarak göstermek ve sağlık hizmeti verilen bütün kuruluşlarda ve bu kuruluşlar dışında sağlık hizmeti verilen hallerde insan haysiyetine yakışır şekilde herkesin hasta haklarından faydalanabilmesine, hak ihlallerinin korunabilmesine ve gerektiğinde hukuki korunma yollarını kullanabilmesine dair esasları düzenlemek amacıyla hazırlanmıştır. Bu yönetmelik sağlık hizmeti veren resmi ve özel bütün kurum ve kuruluşları ve bunların dışında hizmete katılan her kademedeki ve unvandaki ilgilileri ve hizmetten faydalanma hakkına sahip bütün fertleri kapsar⁴⁴.

Hasta Hakları Yönetmeliğinin 1. maddesindeki yaklaşıma uygun olarak hasta hakları insan hakları çerçevesinde ele alınmış ve Uluslararası anlaşmalarda, TC Anayasasında ve diğer mevzuatta yer alan bütün haklar

43 RG. 01.08.1998, S.23420.

44 SERT Gürkan, Türkiye'de Hasta Hakları ve Yasal Temellerinin Uluslararası Bildirgeleri Çerçevesinde Tıp Etiği Açısından İncelenmesi, İstanbul, 2003, s.73-79.

kabul edilmiştir. Sağlık hizmetlerinin sunulmasında şu ilkelere uyulması esasları getirilmiştir. Bedeni, ruhi ve sosyal yönden tam bir iyilik hali içinde yaşama hakkı temel insan hakkıdır ve hizmetin her aşamasında dikkate alınır. Hastaların ırk, dil, din, cinsiyet, siyasi düşünce ve ekonomik sosyal durumları ile ve benzeri farklılıkları sağlık hizmeti verilmesinde dikkate alınmaz. Tıbbi zorunluluk ve kanunlarda yazılı haller dışında kimse- nin rızası olmaksızın vücut bütünlüğüne ve kişilik haklarına dokunulmaz, kişi rızası olmaksızın tıbbi araştırmalara tabi tutulamaz. Hastanın gizliliğine dokunulamaz. Bu ilkeler Uluslararası Hasta Hakları Bildirgelerindeki temel ilkelere uymaktadır.

Amsterdam Bildirgesinin 1. ve 3. maddelerinde “herkes fiziksel ve mental bütünlüğe sahip olmaya ve kişi olarak güvenli bir yaşam sürdürme hakkına sahiptir, insan olması dolayısıyla saygı görmeye hakkı vardır. Herkes kendi ahlaki ve kültürel değerlerine, dinsel ve felsefi inançlarına sahip olma hakkına ve bunlara saygı gösterilme hakkına sahiptir. Kadın ve erkek herkesin özel yaşamına saygı gösterilmelidir.” denmektedir.

B-Sağlık Hizmetlerinden Faydalanma Hakkı

HHY’de hastalara sağlık hizmetlerinden adalete ve hakkaniyete uygun olarak yararlanma hakkı tanınmıştır. Adalet kavramı herkese hakkı olanı vermeyi, hürriyete, eşitliğe ve insan haklarına saygıyı sağlamayı amaçlar. Hakkaniyet kavramı somut olayın özelliklerine başvurularak adaletin sağlanmasıdır. Bu görev sağlık kurum ve kuruluşunda çalışan personele verilmiştir. Hasta sağlık hizmetlerinden nasıl faydalanabileceği hususunda bilgi isteyebilir. Hastaya kesin ve yeterli bilgi verebilecek niteliğe sahip personel bulundurulmalı ve bilgiye kolay ulaşılması için tedbirler (broşür ve işaretler gibi) alınmalıdır. Amsterdam Bildirgesinde bu husus bilgilendirme başlığı altında yer almış olup yönetmelikte daha ayrıntılı olarak düzenlenmiştir.

Hasta sağlık kurum ve kuruluşunu seçme ve seçtiği sağlık kuruluşunda verilen sağlık hizmetinden faydalanma hakkına sahiptir. Mevzuat ile belirlenmiş sevk sistemine uygun olmak şartıyla hasta sağlık kuruluşunu değiştirebilir. Ancak, bunun için hastanın hayati tehlikesinin olup olmadığı konusunda hekim tarafından aydınlatılması gerekmektedir.

Yönetmeliğe göre hastanın sağlık kuruluşunda kalmasında tıbben yarar bulunmayan hallerde durum hastaya veya yetki verdiği kişiye açık-

lanmalıdır. Hastaya talebi halinde kendisine sağlık hizmeti verecek hekim ve personelin kimlikleri, görev ve ünvanları hakkında bilgi verilir. Mevzuat usullerine uymak şartıyla hasta bu personeli seçme, hekimi değiştirme, konsültasyon isteme hakkına sahiptir ancak ücret farkını hasta karşılar. Hasta modern tıbbın, bilgi ve teknolojinin gereklerine uygun teşhisin konulmasını ve tedavinin yapılmasını isteme hakkına sahiptir. Bunlara aykırı mahiyette teşhis ve tedavi yapılamaz. Amsterdam Bildirgesinde hastaların yüksek teknik standartlar ve sağlık personeli ile insani ilişkiler çerçevesinde kaliteli hizmet hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Bu bildirmede tanı, tedavi, bakımından sağlık hizmetlerinden kesintisiz yararlanma hakkına yer verilmiş olup, buna karşılık yönetmelikte bu bildirmeden farklı olarak bu hizmetlerin devamlılığı konusuna değinilmemiştir⁴⁵.

Hastaların teşhis ve tedavi esnasında hastalattın hekimleri reddetmesi halinde, günümüzde bu gibi nedenlerle hastanın tedavisini reddetmesinin yanlış olduğu kabul edilmiştir.

Hekim mesleki veya şahsi sebeplerle hastaya bakmayı acil yardım, resmi ve insani vazifesinin ifası halleri hariç olmak üzere reddedebilir. Ölüme veya hayati tehlikeye yolacabilecek, akli veya bedeni mukavemeti azaltabilecek hiçbir muamele yapılamaz ve talep edilemez.

Kişinin kendisinin veya bir başkasının talebi olsa dahi ötenazi yasaklanmıştır. Hastalar teknolojik ilerlemelerin ışığı altında ızdıraplarının azaltılması için talep hakkına sahiptir. Bu husus Lizbon Bildirgesinde de yer almıştır.

C-Sağlık Durumu ile İlgili Bilgi Alma Hakkı

Hasta sağlık durumu, kendisine uygulanacak tıbbi işlemler, fayda ve muhtemel sakıncalar, tedavi edilmemesi halinde ortaya çıkabilecek sonuçlar ve hastalığın her döneminin seyri ve neticesi konusunda bilgi isteme hakkına sahiptir. Bunu bizzat hasta veya küçük, kısıtlı veya temyiz kudretinden yoksun olması halinde velisi veya vasisi isteyebilir. Hasta dilediği takdirde başka bir hekimin de görüşünü alabilir.

Organ ve doku alınması ve saklanması ve nakli hakkında kişiye bunun yaratabileceği tehlikeler, psikolojik ve sosyal sonuçlar hakkında bilgi vermek gerekmektedir. Hekimin gebeliğin ortadan kaldırılması işleminin

45 SERT, s.79-92.

de tıbbi sonuçları hakkında bilgi vermesi gerekmektedir. Yönetmelikte hastanın aydınlatılmasının kapsamı ile ilgili ayrıntılı düzenlemeler yer almaktadır. Somut duruma göre hastanın farklı konularda da aydınlatılması gerekebilir, ayrıca kapsamı daraltılabilir. Lizbon Bildirgesinde akli denâfesi yerinde olan her hasta herhangi bir tedavi yöntemi için izin verip vermemeye hakkına sahiptir. Hastaya herhangi bir testin veya tedavinin amacının açıklanması gerekir. Amsterdam Bildirgesinde hastanın belirlediği bir kişinin de hastanın hastalığı konusunda bilgilendirilebileceği belirtilmiştir. Aksine bilgilendirilmemesi de istenebilir. Bu bildirmede ayrıca yasal temsilcinin onay vermeyi reddettiği durumlarda hekim veya diğer sağlık personelinin görüşü tıbbi girişimin hastayı ilgilendirdiği yolunda ise karar mahkemeye veya hakem heyeti merciine bırakılmalıdır.

Hastanın bilgilendirilmesi konusundaki ve kendisinin bilgilendirilmeyeceği durumlarla ilgili hükümler Lizbon Bildirgesinin 4. maddesindeki açıklamalara paraleldir. Hastanın bilinci kapalı olup kendini ifade edememesi durumunda bilgilendirme onayı resmi vekilinden alınmalıdır. Buna göre hastaya veya kısıtlı olması halinde veli veya vasisine bilgi verilebileceği hükmü yer almaktadır. Ancak yönetmelikte küçük kavramından ne anlaşılacağı açık olmayıp, küçük ifadesinin 18 yaşından küçük her hastayı kapsadığı farzedilirse, birçok hastanın hasta hakkının ihlaline sebep verilmiş olur. Küçük ve kısıtlının sınırlı ehliyetsizlik statüsü içinde vücut bütünlüğü gibi kendi kişiliklerine sıkı sıkıya bağlı karar verebilme yetkileri vardır, vücut bütünlüğü de bu mahiyette olup, bu bakımdan bilgilendirme hakkından mahrum bırakılması Türk Medeni Kanunumuza aykırı olur. Lizbon Bildirgesine göre yasal olarak ehliyetsiz olan bir hasta doğru kararlar verebiliyorsa onun kararları doğru kabul edilmeli ve hatta hasta resmi vekilinin bilgilendirilmesini yasaklayabilmelidir. Yönetmelikteki kısıtlıları vasilerinin bilgilendirileceğine dair hükmü amaca aykırı olabilmektedir, çünkü tüm kısıtlıları kapsamaktadır. Eğer kısıtlılık sebebi dışında hasta doğru karar verme ehliyetine sahipse bilgilendirme hakkından o yararlanmalıdır.

Hasta sağlık durumu ile ilgili bütün dosyayı doğrudan veya vekili veya kanuni temsilcisi vasıtasıyla inceleyebilir. Hastanın sözkonusu belgeleri görme ve devrini talep hakkının olup olmadığı konusunda farklı görüşler vardır. Bir görüş, hekimin özel kanaatine dayalı bilgilerin gösterilmeyeceği şeklinde, diğer bir görüş ise belgelerin ve bilgilerin tamamının hastaya verilmesidir ki bu görüş hastanın korunması esasına da uygundur. Bir görüşe göre de hasta hastalığının geçmişi ve ameliyat sonucu ile ilgili

bilgileri görebilmeli ama devrini isteyememelidir. Türk hukukunda son görüş kabul edilmektedir. Ancak, belgelerin hastaya gösterilmesi gereği konusunda kesin hüküm bulunmamaktadır.

Amsterdam Bildirgesinde bilgilendirmenin, geçerli bir neden olduğu zamanlarda kısıtlanabileceği beyan edilmiştir. Hastanın bazı konularda bilgilendirilmemesi gerekebilir. Hastalık tanısının söylenmesinin hasta psikolojisi dolayısıyla klinik tablonun kötüleşmesi kaygısının duyulduğu durumlarda bildirilmemesi uygun olur. Ancak hastalığın bulaşma riskinin bulunduğu durumlarda tanının hastaya söylenmemesi söz konusu olamaz. Hasta kendisine ait bilgilerin başkasına verilmemesini isteyebilir. Bu, mahremiyet hakkı bakımından önemlidir. Gerek Amsterdam gerekse Lizbon Bildirgesinde hastalar kesin olarak belirttikleri takdirde hastalıkları hakkında bilgilendirilmeme hakkına sahiptirler⁴⁶.

D-Hasta Haklarının Korunması

HHY'ne göre hastanın mahremiyetine saygı gösterilmesi şarttır. Bu konuda hasta sağlık durumu ile ilgili tıbbi değerlendirmelerin gizlilik içinde yürütülmesini, muayene, teşhis ve tedavinin gizlilik ortamı içinde yapılmasını, tıbben sakınca olmaması halinde yanında bir yakınının bulunmasına izin verilmesini, tedavisi ile ilgisi olmayan kimselerin tıbbi müdahale sırasında bulunmamasını, şahsi ve ailevi hayatına müdahale edilmemesini, sağlık harcamalarının gizli tutulmasını isteyebilir. Ölüm halinde dahi, bu hakları devam eder. Amsterdam Bildirgesinde "tıbbi girişimler ancak kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi durumunda yapılabilir" denmektedir. Lizbon Bildirgesinde bu konuda sadece hastanın çocuklarının ve torunlarının sağlıklarını tehdit eden riskleri öğrenmek için bu bilgileri alabilecekleri belirtilmiştir. Hastanın tedavisi ile ilgili olmayan kimselerin tedavi sürecine katılmalarını reddetme hakkının olması hastanın bedensel mahremiyetinin korunması açısından önemlidir. Yönetmelikte bu hakka yer verilmiştir. Ancak, eğitim veren sağlık kurumlarında bu hizmet sırasında örnek olarak öğrencilerin de yer almaları tartışma yaratmaktadır. Hastanın eğitim ve araştırma hastanesine başvurarak muayene sırasında eğitim alan öğrencileri kabul ettiği varsayılmaz. Tedavi ile ilgili olmayan kişilerin bu süreçte yer almasını red hakları vardır. Yönetmelikte, tedavi ile ilgisi olmayan kişilerin bulunabilmesi için hastanın önceden rızasının alın-

46 SERT, s.92-106.

ması gerektiği belirtilmiştir. Yönetmeliğe göre sağlık hizmetinin verilmesi sebebiyle verilmesi gereken bilgiler kanunen müsaade verilmediği takdirde hiçbir şekilde açıklanamaz. Haklı bir sebebe dayanmadan, hastaya zarar verme ihtimali bulunan bir bilginin açıklanması hukuki ve cezai sorumluluğu gerektirir. Hasta talepte bulunsa bile kişilik hakkının ihlal edilmesi sonucunu doğuracak bilgi açıklanamaz. Yönetmelik ancak hukuka ve ahlaka uygun olan durumlarda hastaya ait bilgilerin açıklanabileceğini belirtmiştir. Amsterdam ve Lizbon Bildirgesi de bu yaklaşımdadır. Buradaki açıklama imkânı Amsterdam Bildirgesinde hastanın açık izni veya mahkemenin kesin isteği üzerine açıklanabilir.

Kanunda gösterilen istisnalar dışında bir kimse rızası olmaksızın tıbbi müdahaleye tabi tutulamaz. Suç delillerinin vücutta bulunduğu düşünülen hallerde sanığın veya mağdurun tıbbi müdahaleye tabi tutulması hakim kararı ile mümkündür. Hatta acil durumlarda savcının da karar verebileceği belirtilmiştir⁴⁷.

E-Tıbbi Müdahalede Hastanın Rızası

Tıbbi müdahalede hastanın rızası gereklidir. Hasta küçük veya mahcur ise veli ya da vasisinden rıza alınır. Bunlar bulunmadığı hallerde bu şart aranmaz. Kanuni temsilcinin muvafakat vermemesi halinde mahkeme kararına müracaat edilebilir. Acil durumlarda izin şartı aranmaz. Aynı şekilde acil durumlar haricinde rıza her zaman geri alınabilir. Amsterdam Bildirgesinde hastanın istekleri tahmin edilerek ve hesaba katılarak alternatif kararlar için önlemler alınabileceğinden bahsedilmiştir. Yönetmelikte herhangi bir alternatiften söz edilmemektedir. Lizbon Bildirgesinde resmi bir vekilin olmaması ancak acil bir müdahalenin gerekli olduğu durumlarda sözkonusu olup ve hastanın daha önceden herhangi bir girişimi reddeden açık bir beyanı yoksa bilgilendirme onayının alındığı varsayılır.

Türk Medeni Kanununa göre çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde anababanın duruma çare bulamaması veya güçlerinin yetmemesi halinde hakim çocuğun korunması için uygun önlemleri alır denmektedir. Amsterdam Bildirgesinde hasta girişimi reddetme ve durdurma hakkına sahiptir. Ancak sonuçları hastaya dikkatli bir şekilde açıklanmalıdır. Yönetmelikte hastaya tedaviyi red hakkı tanınmıştır. An-

47 SERT, s.106-115.

çak zorunlu durumlar istisnadır. Umumi Hıfzısıhha Kanununda da yeralan bulaşıcı hastalık gibi durumlar örnek gösterilebilir. Küçük ve mahcurlarda kanuni temsilcinin muvafaatı olan hallerde dahi hastanın dinlenerek tıbbi müdahaleye izne iştiraki sağlanır. Bu Türk Medeni Kanununun esaslarına da uygundur. Lizbon Bildirgesinde bilinci kapalı veya kendini ifade edemeyecek durumda olan hastalarda yasal temsilcinin karar verileceği belirtilirken aynı zamanda hastanın rıza gösterme sürecine dahil edilmesi gerektiği vurgulanmıştır. Amsterdam Bildirgesinde yasal temsilcisi bulunan kişilerin karar alma sürecine mutlaka dahil edilmesi gerektiği anlaşılmaktadır. Lizbon Bildirgesinde eğer ehliyetsiz hasta doğru kararlar verebilecek durumda ise onun kararı kabul edilmeli ve resmi vekilinin bilgilendirilmesinin yasaklanması mümkün olmalıdır. Yönetmeliğe göre bilinen klasik tedavi metodlarının hastaya fayda vermeyeceği sabit olduğunda rıza bulunmak şartıyla başka bir tedavi usulüne de deney hayvanları üzerinde tecrübeden fayda anlaşılmış olması şartıyla uygulanabilir. Önceden tecrübe edilmemiş bir tedavi usulü ancak zarar vermeyeceği ve hastayı kurtarabileceği mutlak olarak öngörülmüşse yapılabilir.

Hastanın rızası herhangi bir şekilde bağlı değildir. Ancak, hukuka ve ahlaka aykırı olarak alınan rıza hükümsüzdür. 18 yaşından küçük ve mümeyyiz olmayanlardan organ ve doku alınmaz. Şartları tamam olanlardan ise ilgili kanunda yeralan yazılı şekil şartı dahilinde alınabilir. Ülkemizde organ ve doku yasası onay esasına dayanmaktadır. Amsterdam Bildirgesinde insan vücudunun bütün parçalarının kullanımı ve korunması için hastanın rızasının gerektiği belirtilmiştir. Organ ve doku alınması ile ilgili 2238 sayılı kanuna göre kişinin organlarının alınması yönünde bir vasiyetinin bulunmaması halinde kornea gibi cesed üzerinde değişiklik yapmayacak dokuların alınabileceği belirtilmektedir. Ancak, bu hüküm kornea da bir organ olduğuna göre, izin olmadan veya bağışlandığını anlaşılmadığı durumlarda alınmamalıdır.

Gebeliğin sona erdirilmesi konusunda hastanın rızası ile evli ise eşinin de rızası gerekmektedir. Ancak reşit olmayan gebe kadınların veli veya vasisinin iznine ihtiyaç vardır. Evli kadının durumunda eşinin rızasının alınması kişinin özerklik hakkı çerçevesinde tartışmaya açıktır. Bu durumda kadın yalnız karar verebilmelidir, çünkü biyolojik olarak gebeliğin sona erdirilmesi tamamen kadının bünyesinde gelişecek bir olay olarak düşünülmemelidir.

F-Tıbbi Araştırmalar

Hasta Hakları Yönetmeliğine göre tıbbi araştırma veya eğitim amaçlı müdahaleler ancak Sağlık Bakanlığının izni ve hastanın rızası bulunmak şartıyla yapılabilir. Ancak rıza gösterilmiş olması bu araştırmada görevli olan personelin sorumluluğunu ortadan kaldırmaz. Tıbbi araştırmadan beklenen tıbbi faydadan hastanın yararı daha üstün tutulmuştur. Amsterdam Bildirgesinde de bu araştırmalar onay olmadıkça ve hastayı ilgilendirmedikçe kendisi iradesini beyan edemeyen hastalarda uygulanmamaktadır. Bu konuyla ilgili bir istisna çok önemli bir değeri olan alternatif yöntemleri olmayan başka araştırma öznesi bulunmayan araştırmalardır. Böyle bir durumda risk çok azsa kişinin itirazı da yoksa hastanın sağlığına doğrudan bir yararı olmasa da araştırma yapılabilir.

HHY'ne göre gönüllü hastaya araştırmanın amacı, usûlü, faydaları ve zararları yeterince bildirilmelidir. Araştırmanın muhtemel zararların ne olacağı bilinemiyorsa araştırmaya tabi tutulamaz. Bu araştırmalarda rıza yazılı şekle tabidir. Reşit ve mümeyyiz olmayanlara, kendilerine faydası olmadan sırf tıbbi araştırma amacı güden tıbbi müdahaleler tatbik edilemez. Ayrıca veli ve vasinin rızası gerekir. Aynı şekilde rıza ve Bakanlık izni olmaksızın araştırma maksadıyla hasta üzerinde hiçbir ilaç tatbik edilemez. Türkiye'de ilaç araştırmaları ile ilgili özel bir düzenleme vardır. Bu çalışmalar bir yönetmeliğe göre yürütülmektedir. Bu yönetmeliğe göre Helsinki Bildirgesine uyulması esası kabul edilmiştir. Bu da ilaç araştırmaları ile ilgili çalışmalarda Uluslararası İnsan Haklarına uygun bir standarta ulaşılması sonucunu doğurmaktadır⁴⁸.

G-Diğer Haklar

HHY'ne göre herkes sağlık kurumu ve kuruluşlarından güvenli bir biçimde yararlanmayı isteme hakkına sahiptir. Sağlık kurumları hem hastaların hem de refakatçi gibi yakınlarının can ve mal güvenliklerinin korunmasını sağlamak zorundadırlar. Ayrıca sağlık kurumları imkânları ölçüsünde hastaları dini vecibelerine yerine getirebilmeleri için gerekli tedbirleri almalıdır. Hastanın talebi halinde tıbbi tedaviye müdahalede bulunmamak şartıyla hastaları, manevi yönden desteklemek üzere talepleri halinde din görevlisi davet edilir. İfadeye muktedir olmayan hastalar için de talep şartı aranmaksızın din görevlisi çağrılır. Amsterdam Bildirgesi ve Lizbon Bildir-

48 SERT, s.125-129.

gesinde hasta ruhsal rahatlığı için mensup olduğu dinin din adamlarından yardım alma hakkına sahip olduğu onlara saygı gösterilmesi gerektiği kaydedilmiştir. Sağlık hizmetlerinde görev alan bütün personel hastalarına ve yakınlarına nazik ve sağlık hizmetleri ile ilgili mevzuat hükümlerine uygun şekilde davranmak zorundadır. Muayene ve tedavi sırasında hastanın durumunun gerektiği ölçüde sorumlu hekimin uygun görmesine bağlı olarak refakatçi istenebilir. Hastalar bazı hallerde sağlık hizmetlerinden buldukları yerlerde de faydalanabilirler. Bunlar koruyucu sağlık hizmetlerinden faydalanma, tıbbi sebeplerden ötürü sağlık kuruluşuna bizzat gidememe gibi olağanüstü hallerdir. Kuruluş dışındaki bu hizmetin verilmesi ile ilgili usul ve esaslar bakanlık tarafından ayrıca düzenlenir.

H-Sorumluluk ve Hukuki Korunma Yolları

Hastanın ve hasta ile ilgili olanların hasta haklarının ihlali halinde mevzuat çerçevesinde her türlü dava, şikâyet ve başvuru hakları vardır. Personeli istihdam eden kurum ve kuruluş aleyhine maddi veya manevi tazminat davası açılabilir. Ancak aleyhine dava açılacak merci kamu kurumu veya kuruluşu ise İdari Yargılama Usulü Kanununa göre hakkın bir idari işlem dolayısıyla ihlal edilmesi dolayısıyla ilgililer doğrudan doğruya iptal veya tam yargı davalarını birlikte veya ayrı ayrı açabilirler. Zarar verici eylemin öğrenildiği tarihten itibaren 1 yıl içinde maddi ve manevi tazminat talebi ayrı ayrı gösterilerek idari yargıya müracaat edilmesi ve talebin açık veya zımnî olarak reddi halinde süresi içinde idari yargı mercilerinde dava açılması gerekir. Hasta haklarının kullanılmasına mani olan veya hakları ihlal eden personelin cezai, mali ve inzibati sorumlulukları vardır. Bakanlık veya personelin görevli olduğu kurumlar tarafından hasta haklarının ihlal edilip edilmediği hakkında müfettiş gönderilebilir. Hak ihlali ceza hukukuna göre suç teşkil ettiği takdirde memur personel hakkında Memurun Muhakematı Hakkında Kanun hükümlerine göre yapılan soruşturma sonucunda muhakeme lüzumuna karar verilirse dosya savcılığa gönderilerek cezai müeyyidenin tatbiki sağlanır. Gerek anayasanın gerekse devlet memurları kanunun ilgili maddeleri ve diğer mevzuat uyarınca memurların ve sair kamu görevlilerinin hukuki sorumlulukları doğrudan doğruya memur aleyhine açılacak dava yoluyla gerçekleştirilemez. Dava ancak idare aleyhine açılabilir. Bu personelin hukuki sorumluluğunun doğması idare aleyhine açılacak dava neticesinde tazmin kararı verilmesine bağlıdır. Hasta haklarının devlet memuru veya diğer kamu görevlisi olmayan personel tarafından herhangi bir şekilde ihlali halinde hastanın şikâyeti üzerine veya

müfettişlerce yapılan bildirim üzerine bunların özel kanunlara göre kurulmuş olan kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları olan haysiyet divanlarınca cezalandırılabilir. Kamu görevlisi olmayan bu personelin hasta haklarının ihlallerinden doğan hukuki sorumluluk genel hükümlerine göre doğrudan doğruya kendilerine veya bunları çalıştıran kuruluşlara karşı dava açılarak ileri sürülebilir. Suç teşkil eden fiillere ceza müeyyideler tatbik edilmezse, müeyyideler doğrudan doğruya Cumhuriyet Savcılıklarına yapılacak ihbar veya şikâyet yoluyla gerçekleştirilebilir.

Hasta Hakları Yönetmeliğine göre sağlık kurum ve kuruluşlarının yetkilileri hasta haklarının bir liste halinde tabela veya broşür haline getirilerek kolayca ulaşılabilecek uygun yerlerde bulundurmaları ve gereken bütün tedbirleri almakla mükellef ve yetkilidirler. Milligüvenliğin, kamu düzeninin genel ahlak ve sağlığın korunması maksatları ve kanun hükümleri ile getirilen özel düzenlemeler ve sınırlamalar saklıdır.

4. ULUSLARARASI BİLDİRGELER İŞİĞİNDA HASTA HAKLARI ÇEŞİTLERİ

Dünya Tabipler Birliği, 1995'te Bali'de toplanarak, Dünya Sağlık Örgütü Avrupa Bürosu tarafından hazırlanan Avrupa Hasta Haklarının Geliştirilmesi Bildirgesini de dikkate alarak, Lizbon'da kabul edilen Hasta Hakları Bildirgesini ayrıntılı bir biçimde düzenlemiştir⁴⁹.

Aşağıda hasta haklarının tasnifi, Bali Bildirgesi esas alınarak yapılmıştır.

1-KALİTELİ TIBBİ BAKIM HAKKI

Herkes yeterli tıbbi bakım görme hakkına sahip olup, her hasta herhangi bir dış müdahaleye maruz kalmadan, bir hekim tarafından bakılma hakkına sahiptir. Hastaya uygulanan tedavi, genel kabul gören tıbbi ilkelere uygun olup, hastaya en çok yarayacak tedavi biçimi seçilmelidir.

Sağlık bakım sisteminin bir parçasını kalitenin sağlanması oluşturur. Bu bağlamda hekimler tıbbi hizmette kalitenin sağlanmasında sorumluluk taşımalıdır⁵⁰.

49 HATUN Şükrü, Hasta Hakları Temel Belgeler, Ankara, 1995, s.89 vd..

50 Türk Standartı, s.2.

2- KENDİ KADERİNİ BELİRLEME HAKKI

Kişi, kendi yaşamı, sağlığı ve vücudu üzerinde, yaşam hakkının vazgeçilemez bir hak olmasından ötürü, mutlak ve sınırsız bir tasarruf hakkına sahip değildir⁵¹. TMK'nun 23. maddesi uyarınca, kişilik değerlerinin kişinin rızası ile ihlali önlenmeye çalışılmıştır. Bu madde uyarınca; kişi, hayatı, sağlığı, vücut bütünlüğü üzerindeki haklarını kanuna, genel ahlak ve adaba aykırı olarak ortadan kaldıramaz, bu hakları aşırı derecede sınırlandıran herhangi bir tasarrufta bulunamaz.

Ancak, bireyin yaşamı, sağlığı ve beden bütünlüğü üzerindeki tasarruf hakkının sınırlılığına karşın, herkesin kişiliğini geliştirme hakkı olup, Anayasanın 17. maddesi uyarınca kişinin kendi geleceği hakkında karar verebilmesi gerekmektedir. Bu hakkın TMK. 23 ve 24. maddelerinde de düzenlenmiş olan kişilik hakkını koruma hakkının içeriğine dahil olduğu kabul edilmektedir.

Hekim uygulanacak tedavinin sonuçları hakkında hastayı bilgilendirmekle yükümlüdür. Temyiz kudretine sahip olan hasta, tedaviyle ilgili herhangi bir girişimi onaylama veya reddetme hakkına sahiptir⁵².

3- SEÇİM YAPMA ÖZGÜRLÜĞÜ

Hasta özel veya devlet sektöründe olmasına bakılmaksızın, hekimini, hastanesini veya sağlık hizmeti veren kurumları özgürce seçip, değiştirebilir. HHY'nin 8. maddesinde hastanın sağlık kuruluşunu seçme ve değiştirme hakkı, 9. maddesinde ise personeli tanıma, seçme ve değiştirme hakkı düzenlenmiştir.

4- BİLGİLENDİRİLME HAKKI

Hasta hastalığı ile ilgili tıbbi gerçekler ve sağlık durumu ile ilgili olmak üzere tam olarak bilgilendirilme hakkına sahip olup, kendisi hakkında tıbbi kayıtlara da ulaşma hakkına sahiptir. Hasta kendileri ile ilgili tıbbi kayıtlar hakkında kimin bilgilendirileceğini seçme hakkına sahip olup,

51 DURAL/ÖĞÜZ, s.102; ÇİLİNGİROĞLU Cüneyt, Tıbbi Müdahaleye Rıza, İstanbul, 1993, s.40.

52 ERDEN, s.49.

bir başka kişinin yaşamının korunması için gerekli olmadığı sürece ve kesin olarak belirttikleri takdirde bilgilendirilmeme hakkına sahiptirler⁵³.

5-GİZLİLİK HAKKI

Hastanın sağlık durumu, tıbbi durumu, tanısı, prognozu, tedavisi ve kendisine özel tüm bilgiler gizli olarak korunmalıdır. Ancak, istisnai hallerde hasta yakınlarının kendileri ile ilgili sağlık risklerini öğrenmeleri açısından bu bilgilere ulaşma hakkı vardır. Hastanın açık izni veya mahkemenin kesin isteği üzerine, gizli bilgiler verilebilir. Hastanın açık izninin var olmadığı durumlarda, gizli bilgiler sadece bilgilendirilmesi gereken diğer sağlık peroneline verilebilir⁵⁴.

6-SAĞLIK EĞİTİMİ HAKKI

Her insanın, sağlık durumu ve mevcut sağlık hizmetleri hakkında seçim yapmasını kolaylaştıracak, sağlıklı yaşam tarzı, hastalıklardan korunma ve erken tanı ile ilgili yöntemleri içeren sağlık eğitimi alma hakkı vardır. Hekimlerin ayrıca aktif olarak sağlık eğitimi çalışmalarına katılma yükümlülüğü de bulunmaktadır.

7-ONUR HAKKI

Tıbbi tedavi sürecinde hastanın onuruna, özel yaşamına, kültür ve değerlerine saygı gösterilmesi gerekmektedir. Ayrıca, her hasta, onurlu bir şekilde ölme hakkına sahiptir.

8-DİNİ DESTEK HAKKI

Maneviyatın hastalıkların tedavisinde arzettiği önem de dikkate alınarak, gerek hasta hakları bildirgelerinde gerekse hasta hakları yönetmeliğinde, hastanın kendi dinine uygun bir temsilcinin ruhi ve moral tesellisini kabul veya reddetme hakkına sahip olduğu düzenlenmiştir⁵⁵.

53 ERDEN, s.50.

54 DURAL/ÖĞÜZ, s.99-102.

55 ERDEN, s.52.

5. HASTA HAKLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ

I- GENEL OLARAK

Hasta haklarının hukuki niteliğini belirlemek için tıbbi müdahale ilişkisinin niteliğine bakmak gerekmektedir.

Eğer hasta ile hekim arasında sözleşme ilişkisinin var olduğu kabul edilecek olursa hasta haklarının ihlali halinde sorumluluk sözleşmeden doğan sorumluluk hükümleri kapsamında değerlendirilir. Hasta ile hekim arasında bir sözleşme ilişkisinin var olduğu öğretide hakim görüştür⁵⁶.

Tıbbi faaliyetler çok çeşitli şekillerde olmakla beraber sonuçta hastanın bozulan sağlığının tedavi edilmesi mahiyetindedir. Bunun için hastayla hekim arasında açık veya zımni bir sözleşme yapılmaktadır. Bu sözleşmenin ise hukuki niteliği ile ilgili çeşitli görüşler bulunmaktadır.

II- HASTA İLE HEKİM ARASINDAKİ TEDAVİ SÖZLEŞMESİNİN HUKUKİ NİTELİĞİ

Hasta ile hekim arasındaki sözleşme için bir görüşe göre hizmet akdinden söz etmek mümkündür. Hizmet akdi işçinin bir ivaz karşılığında işgücünü işverenin emrine tahsis ettiği ve onun direktifi altında işi ifa etmeyi taahhüt ettiği bir akittir. Bu iş belirli veya belirsiz bir zaman içinde ifa edilecektir. Tedavi sözleşmesinde bir zaman sürecince bağlılık unsuru bulunmamaktadır. Alman hukukunda tedavi sözleşmesine bir zaman sürecince bağlılık unsuru olmamasına rağmen hizmet akdi hükümleri uygulanması görüşü benimsenmiştir. Alman hukukunda vekalet sözleşmesi ivazsız olduğundan vekalet hükümleri tatbik edilememekte ve tedavi sözleşmesi hizmet sözleşmesi olarak nitelendirilmektedir⁵⁷. Aile hekimlerinin belirli veya belirsiz bir süre için hizmette bulunma unsurunu taşıması hizmet akdi niteliğine uymaktadır. Ancak hizmet akdinde işçinin işverene bağımlılığı zorunlu unsurlar arasındadır⁵⁸.

56 KANETİ Selim, "Hekimin Hukuksal Sorumluluğunda Kusur ve İspat Yüğü", Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, İstanbul, 1983, s.63.

57 SARIAL Enis, Sağlararası Organ Nakillerinden Doğan Hukuksal İlişkiler, İstanbul, 1986, s.39; AŞÇIOĞLU Çetin, Tıbbi Elatmalardan Doğan Sorumluluklar, Ankara, 1993, s.19; Şahin Akıncı, s.83.

58 REİSOĞLU Seza, "Hekimlerin Hukuki Sorumluluğu"(Sorumluluk), Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, İstanbul, 1983, s.12.

Yargıtaya göre hizmet akdi olabilmesi için işçinin ekonomik olarak da işverene bağlı olması gerekmektedir⁵⁹. Aile hekimi ise tıbbi bilgisi ile kendi teşhisinin gerektirdiği imkânları kullanarak tedaviyi gerçekleştirir. Gerekli aletleri hekim seçer. Hastaya ancak tercihi sorulabilir ama hekim zorlanamaz. Aile hekimi sözleşme ile hastaya tam ekonomik olarak bağlanmamakta muayenehanesinde diğer hastalara da bakabilmektedir. Bu bakımlardan hizmet akdinin bu sözleşmede bütün unsurlarının tam olarak bulunduğu söylenemez.

Tedavi sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olduğu şeklindeki diğer bir görüşde ise vekalet sözleşmesinin de bir iş görme sözleşmesi olması ve zaman kaydına tabi olmaksızın ve nispeten bağımsız olarak yapılması sonucunda elde edilmemesi rizikosunun vekile ait olmaması sebebiyle vekalet akdine uyduğu söylenebilir^{60 61}. İsviçre hukukundaki görüş ilişkiye vekalet sözleşmesinin uygulanacağı şeklinde olup hukukumuzda da genellikle bu görüş kabul edilmektedir⁶². Hizmet sözleşmesinde bulunan ekonomik bağımlılık unsuru tedavi sözleşmesinde bulunmamakta hekimin tedavi şekli vekalet sözleşmesine uymaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 1994 tarihli bir kararında da⁶³ doktorun sonucu taahhüt etmesinde dahi tedavi sözleşmesinin vekalet niteliğini ortadan kaldırmayacağı belirtilmiştir. Ancak vekalet akdi olmasına itiraz; vekilin müvekkilin nam ve hesabına hareket etmesine rağmen hekimin hastasının nam ve hesabına hareket etmemesi, vekilin müvekkilin talimatına uyma zorunluluğuna karşı hastanın hekime talimat vermesinin sözkonusu olmaması vekalet sözleşmesine yabancı unsurlar olmaktadır. Fakat BK'nun 386/2. maddesine göre diğer akitler hakkındaki kanuni hükümlere tabi olmayan işlerde dahi vekalet hükümlerinin cari olacağı esas vekalet hükümlerinin uygulanmasına uygun düşeceği şeklinde yorumlanmaktadır.

Tedavi sözleşmesinin istisna akdi olabileceği görüşü, istisna sözleş-

59 Yarg. 10. HD. 27.02.1984 T., E.1132, K.1166, YKD. C. X, Y. 1984, S.6, s.898-900.

60 TANDOĞAN Haluk, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C.II, 1987, s.356; YAVUZ, s.562; AŞÇIOĞLU, s.15.

61 Yargıtayın 1993 tarihli bir kararında estetik ameliyatlara ilişkin sözleşmenin eser sözleşmesi (istisna akdi) olarak nitelendirilmesine rağmen, vücut bütünlüğüne yönelik her türlü müdahalenin vekalet sözleşmesi niteliğinde olduğu kanımca daha yerindedir (Yarg. 13.05.04.1993 T., E. 131, K. 2741)

62 REİSOĞLU, s.13; KANETİ, s.61; AŞÇIOĞLU, s.15 vd..

63 YHGK.06 07.1964 T. E. 37, K.40.

mesinin konusu bir eserin meydana getirilmekle, esas unsurun çalışmanın kendisi değil meydana gelen sonuç⁶⁴ olduğu düşünülürse tedavi sözleşmesine uymamaktadır. Kaldı ki tedavi sözleşmesinde sonuç değil ancak sonuca yönelik çalışmalar garanti edilir. Tedavi olumlu sonuçlanmasa da ücrete hak kazanılır. Bu arada diş protezi yapılmasının ve estetik amaçlı müdahaleleri konu alan hekimlik sözleşmelerini istisna akdi olarak nitelendiren yargıtay kararları da⁶⁵ vardır. Ancak diş protezinde neticede amaç diş tedavi olduğuna dikkat edilirse vekalet akdinin olduğu kabul edilebilir⁶⁶.

Diğer bir görüş tedavi sözleşmesinin hukuki niteliğinin her somut olayın şartlarına göre belirlenmesi şeklindedir. Hekim belli bir ücret karşılığında belli bir süre hastaya bakma yükümlülüğünü kabul etmişse hizmet sözleşmesi hükümleri, hekim tedavi sonucunu garanti ederse istisna hükümleri, bunların dışında da vekalet hükümleri uygulanması gerektiği savunulmuştur⁶⁷.

Son bir görüş de tedavi sözleşmesinin kendine özgü bir sözleşme olduğu, bu sözleşmede her iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdeki iki farklı çıkar sahibinin bulunmadığı, bu sözleşmenin içeriğini güven, anlayış, yardım, özen oluşturduğu gözönüne alınarak, yukarıda bahsedilen sözleşmelerden herhangi birine dahil edilemeyeceği savunulmuştur. Ancak bu sözleşme sui generis bir sözleşme olduğu kabul edilirse, taraflar arasındaki problemlere BK'nun umumi hükümlerinin uygulanması gerekecektir ki böylesi önemli bir sözleşmeden çıkabilecek uyuşmazlıkların çözümü için genel hükümler yeterli olmayacaktır⁶⁸.

Netice olarak; genel olarak öğretilerde tedavi sözleşmesine vekalet hükümlerinin uygulanacağı kabul edilmektedir⁶⁹. Hizmet akdinin en önemli unsurlarından olan sürekliliğin, işçinin işverene bağımlılığının varlığı hekimin hastaya bağımlılığının çok az olması sebepleri ile hizmet akdi görüşü kabul edilemez. İstisna akdinde sonuç garanti edildiği halde tedavi de hatta protez yapımında dahi kesinlikle garanti verilemez.

64 TANDOĞAN, Cilt II, s.1 vd.

65 Yarg. 15. HD. 20.12.1977 T. E.1167, K. 2307; Yarg. 13. HD. 05.04.1993 T., E.131, K. 2741.

66 YAVUZ, s 452; AŞÇIOĞLU, s.18.

67 BAYRAKTAR, s.36.

68 AYAN Mehmet, Tıbbi Muamelelerden Doğan Hukuki Sorumluluk, Ankara, 1991, s.54.

69 AŞÇIOĞLU, s.32; KANETİ, s.61; TANDOĞAN, s.17.

Hekimin hastası ile bir sözleşme yapmadan hastaya müdahalede bulunduğu durumlarda vekaletsiz iş görme bahis konusu olabilir. Örneğin acil servise getirilen şuuru kapalı kimsesiz bir hastanın operasyona tabi tutulması halinde vekaletsiz iş görme hükümleri uygulanabilir⁷⁰.

Hekimle hasta ilişkisi her zaman bir sözleşme ilişkisine dayanmayabilir. Hekim ile hasta arasında özel güven ilişkisi sözleşmeyi aşan ödevler yükleyebilir. Hekimin toplumsal ödevleri de vardır. Burada haksız fiil sorumluluğu da sözkonusu olabilir⁷¹. Hekim toplumsal ödevlerini ihlal ederse vatandaşın can güvenliğini güvence altına alan genel hukuk kurallarını da çiğnemiş olacağından haksız fiilleri ile de sorumlu olur⁷².

Bir de sözleşme öncesi kusurlu davranış sorumluluğu olan hallerde hekim sorumlu tutulmaktadır. İhmal ile karşı tarafa yanlış bilgi veren, örneğin randevu almak için hekime telefon açtığına kişinin anlattığı olayı önemli bir arıza olarak görmeyip bir tedavi önermeyen hekim bildirilen olaydan hastanın ölmesi halinde sözleşme öncesi yanlış davranışı sebebiyle sorumludur ve zararı tazminle yükümlüdür⁷³.

Hasta ile hekim arasındaki hukuki ilişkinin türüne göre tarafların hak ve mesuliyetleri değişir. Hekimin fiili haksız fiil ise başka, sözleşme sorumluluğuna dayanıyorsa başka bir zamanaşımı süresi uygulanır⁷⁴.

6. VEKALET SÖZLEŞMESİ KAPSAMINDA HASTA HAKLARININ HÜKÜM VE SONUÇLARI

1- HASTANIN HAK VE YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Vekalet sözleşmesine ilişkin düzenlemelerde sorunun çözümüne dair hüküm bulunmadığı hallerde Borçlar Kanununun genel hükümlerine orada da hüküm bulunmadığı hallerde Medeni Kanunu madde 1 hükmü ile uyuşmazlık çözülecektir. Tedavi sözleşmesinin özelliği gereği bazı özellikler sözkonusudur.

70 AYAN, s.61-62, 165.

71 KANETİ, s.61-62.

72 KANETİ, s.61-63.

73 OĞUZMAN Kemal/ÖZ Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2000, s.311.

74 OĞUZMAN/ÖZ, s.453, dn.184.

1- HASTANIN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

A-Ücret Ödeme Borcu

Ücret vekalet sözleşmesinin zorunlu bir unsuru olmamakla beraber sözleşme ile kararlaştırılmışsa veya teamül gereği ise müvekkilin ücret ödeme borcu doğar. Bu halde vekalet sözleşmesi tam iki taraflı borç yükleyen akit halini alır. Tedavi sözleşmesinde de durum böyledir. Hekime ücret ödenmesi teamülden olup, sözleşmenin ivazsız olduğunun ispatı yükü hastadadır. Sözleşme kurulurken ücret belirtilmemişse gönderilen fatura itiraz edilmeden ödenirse zımni olarak kabul edilmiş olur. İtiraz halinde ise ücret miktarı hakim tarafından teamüle göre veya tabip odalarının duyurulan ücret tarifesine göre belirlenir⁷⁵. Uygulamada tedavi için yapılan masrafların hasta tarafından ödendiği görülmektedir.

Hastanın tedavi sözleşmesinden doğan asli borcu ücret ödeme borcudur. Hekim tedavi işini görmek maksadıyla birtakım borçlar altına girdiyse hasta için sözleşmeden doğan bir yan borç yükümü vardır. Ücretin ödenmemesi borçlunun temerrüdü hükümlerince takip konusu olur⁷⁶.

B-Hekimin Sorularına Doğru Cevap Verme

Hasta hekimin sorularına doğru cevap vermekle yükümlüdür⁷⁷. Doğru tedavi buna bağlıdır. Hekimin soruları hastanın kültür ve psikolojik seviyesine uygun olarak sorması gerekir. Hasta hakları ve sorumlulukları hakkındaki Türk Standartına göre hastanın mevcut şikâyetleri, geçirdiği hastalıklar, uygulanan tedaviler, kullandığı ilaçlar konularında tam bilgi vermesinin gerektiği belirtilmiştir.

Hastanın sorulara doğru cevap verme borcu yan borç niteliğindedir. Hastanın bu borcunu ihlal etmesi halinde hekim zarara uğrarsa hastanın hekimin zararını tazmini gerekir. Ayrıca, hekimin hastanın sorulara doğru cevap verememesinden kaynaklanan sebeplerden dolayı sözleşmeyi ihlal etmesi halinde bu husus hekimin sorumluluğu belirlenirken birlikte kusur olarak değerlendirilir.

75 Yavuz, s.571-572.

76 Ayan, s.58-59.

77 Ayan, s.59.

C-Hekimin Tavsiyelerine Uyma Borcu

Hasta hekimin tedavi planına uymakla yükümlüdür. Hemşireler ve diğer sağlık personelinin bakım planının yerine getirmesini kabullenmekle de yükümlüdür⁷⁸. Bu hastanın hekimin tavsiyelerine uyma borcu yan borç niteliğindedir. Bu sebepten hekimin sorumluluğu belirlenirken birlikte kusur olarak değerlendirilir.

Hastanın tavsiyeye uymaması tedavinin başarısızlığına yolaçarsa, tedavi sonucu meydana gelen zarar etkisi ile orantılı olarak hekimin kusuru ya azalır ya da ortadan kalkar.

D- Diğer Borçlar

Hastanın uyması gereken ve her somut ilişkiye göre değişen yan borçları vardır. Tedavi kurumundaki kurallara uyma, diğer hastalara ve sağlık kuruluşunun mallarına zarar vermeme, bulaşıcı hastalık sözkonusu olduğunda alınması gereken önlemlere katlanma gibi...

Ayrıca HHY'nin 9/3. maddesine göre de hastanın hekimi ve diğer sağlık personelini seçme ve değiştirme, konsültasyon isteme, haklarının kullanması nedeniyle doğan ücret farkını ödeme borcu vardır.

2-HASTANIN HAKLARI

A- Kaliteli Tıbbi Bakım Hakkı

Kaliteli tıbbi bakım hakkı gerek uluslararası sözleşmelerle gerekse anayasalarda güvence altına alınan haklardandır. Kamu kurumu niteliğindeki kuruluşlarda kalitenin hekimin özen borcu kapsamında olduğu vurgulanmaktadır. Serbest çalışan hekimler de bu yönden denetlenmelidirler⁷⁹.

Vekalet sözleşmesinde vekilin yan borçlarından olan özen borcunun kapsamı dahilinde bu hakkın değerlendirilmesi mümkündür(TDN. m.14).

Hekimin kendi çıkarları da dahil olmak üzere bütün beklentilerini bir yana koyarak hastanın çıkarlarını üstün tutması gerekmektedir. Tıp bilimindeki gelişmeleri hekim izleyerek bunları tatbik etmeli, önceleri kaliteli olarak bilinen bir tedavi yöntemi kısa bir süre sonra sakıncalı bulunur-

78 Türk Standartı, s.5.

79 ERDEN, s.78-79.

sa, yeni tedavi yöntemleri geliştirilebilmelidir. Bu gelişmeler konusunda hastayı hekim bilgilendirmeli daha kolaylık arzeden tedavi çeşidini seçme hakkını hastasına tanınmalıdır. Hekim tedavi anında tıp biliminin genel kabul görmüş en kaliteli tedaviyi hastaya uygulamalıdır. Hekim kendi bilimsel gelişmesini sağlayacak tedavi yöntemlerini denemek uğruna hastayı risk altına atmamalıdır. Özellikle tedavi bakımından sınırlı hizmet verilebilecek durumlarda, hastalar arasında hastalar arasında seçim yapılması gerekiyorsa hastanın hakları dikkate alınarak eşit bir şekilde seçim yapılmalıdır. Hakkaniyete aykırı, objektif ölçütler dışında seçim yapılması halinde hasta zarar uğrarsa hekimden tazminat talep edilebilir⁸⁰.

B- Kendi Kaderini Belirleme Hakkı

Türk Hukukunda hastanın kendi kaderini belirleme hakkı, tedaviyi kabul veya reddetme hakkı, alternatif olabilecek tedavilerden birini seçme ve kabul etme hakkı ile sınırlıdır. Yoksa hastanın yaşamından vazgeçme hakkı yoktur⁸¹. Hastanın kaderini belirlemesi anlamındaki hakları çeşitlidir.

a-Tedaviyi Kabul veya Reddetme Hakkı

Kişilik hakları her türlü saldırıya karşı korunurken, bu korunmaya kişinin kendi işlemleri de dahildir. Ancak tedaviyi red Türk Medeni Kanununun 23. maddesi anlamında yasak tasarruflar kapsamında değildir. Tedaviyi red sonucunda hastalık ölümle sonuçlanırsa ölüm hastalığın normal seyri sonucu olduğu kabul edilir, yaşam hakkından vazgeçme niteliğinde değildir. Bu hakkı kullanabilmesi için hastanın hastalığın neticeleri hakkında yeterince bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu bilgileri hasta talep etmese de hekim açıklamalıdır. Bu açıklamaların ihmal edilmesi halinde müdahale için alınan rızanın anlamı kalmaz⁸².

Hastanın bu bilgileri kendisinin öğrenmek istememesi halinde bu halde ya bilgilendirilecek kişiyi belirler yahutta kimseye bildirilmemesini de isteyebilir⁸³. Hastanın sağlık durumu hakkında bilgilendirilme talebi-

80 ERDEN, s.80-82.

81 DURAL/ÖĞÜZ, s.102; BAYRAKTAR, s.149-159.

82 ERDEN, s.83-84.

83 ÇILINGIROĞLU, s.67-68; ÖZSUNAY Ergun, "Alman ve Türk Hukuklarında Hekimin Hastayı Aydınlatma Ödevi ve İstisnaları", Sorumluluk Hukukundaki Yeni Gelişmeler V. Sempozyumu, MHAUM, İstanbul, 1983, s.44-45.

nin olmaması bilgilendirilmenin yapılmamasını haklı kılmaz. Hasta açıkça bilgilendirilmeden feragat ederse hekimin bilgilendirme yükümü kalkar⁸⁴. Feragat olmadığı hallerde bilgilendirme olmaksızın alınan rızaya dayanarak yapılan tedaviyi hastanın serbestçe kabul veya reddettiğinden bahsedilemez.

aa- Tedaviyi Kabul veya Reddetme Hakkının Önkoşulu Olarak Bilgilendirilme Hakkı

Hasta hakları arasında sayılan bilgilendirilme hakkının asıl işlevi hastaya yapılacak müdahalenin hukuka aykırılığının giderilmesi amacıyla alınacak rızanın koşulu olan aydınlatmadır⁸⁵.

Öğretide Hatemi tarafından savunulan görüşe göre hastanın rızasının ya da kamu yararı kavramlarının hukuka aykırılığı gidermeyeceği, kişinin ilke olarak kişilik ihlaline izin vermeyeceği böyle bir iznin geçersiz olduğu ve müdahalenin hukuka aykırılık taşıdığı ancak iznin varlığının birlikte kusur sayılarak tazminatın indirimine yolaçabileceği düşünülmektedir⁸⁶.

Bilgilendirme hekim için bir yükümlülük niteliği taşımakta, hastaya talep ve dava hakkı vermektedir. Genel gözlemden geçen bir kişinin hakında kendisine bilgi verilmediği için mide kanaması riskini bilmemesi nedeniyle aşırı stresten kanama geçirmesi halinde hasta hekimden uğradığı zararın tazminini talep edebilmelidir.

bb- Tedavinin Kabulü Halinde Tıbbi Müdahale İçin Rıza Alınması ve Şartları

Hekim tarafından önerilen tedaviyi kabul eden hastadan tıbbi müdahaleyi kabul için rıza alınmalıdır. Alınacak rızanın genel nitelikte olması geçerli değildir⁸⁷. Bazen zorunluluk halinde verilen onayın kapsamı dışında da bir müdahale yapılabilir. Onay açık olabileceği gibi örtülü de olabilir⁸⁸. Çok ciddi müdahallerde açık olmalıdır. Onay şekle bağlı değildir. İş-

84 ÖZSUNAY, s.44-45; ÇİLİNGİROĞLU, s.67-68.

85 ÇİLİNGİROĞLU, s.59; AŞÇIOĞLU, s.25 vd; ÖZSUNAY, s.32 vd.; BAYRAKTAR, s.124.

86 HATEMİ Hüseyin, Kişiler Hukuku Dersleri, İstanbul, 1992, s.105-106.

87 DURAL/ÖĞÜZ, s.103.

88 ÇİLİNGİROĞLU, s.72; BAYRAKTAR, s.140.

pat açısından yazılı olması tercih edilir. Ancak kürtaj, organ nakli gibi özel müdahalelerde onayın yazılı olarak alınması kanun gereği olup, geçerlilik şartıdır.

Hastanın, tıbbi müdahale için rızasının alındığı esnada medeni hakları kullanma eliyetinin varlığı aranır. Rızanın alındığı anda ehliyetin kaybı halinde rıza geçerli sayılmaz⁸⁹.

cc- Bilgilendirilmenin Yokluğu Durumunda Alınmış Olan Rızanın Geçersizliği

Bilgilendirmenin yokluğu durumunda alınan onay geçerli değildir. Bilgilendirmenin önemi nedeniyle öngörülen tedavi modellerinin yararı, riski ve maliyeti, yan tesirleri hakkında yeterli bilgi verilmesi gerekmektedir. Aksi halde, bilgilendirilme onayı geçerli kılmaz⁹⁰.

b- Tedaviyi Kabul Eden Hastanın Önerilen Tedavi Çeşidini Reddetmesi

aa- Önerilen Tedavi Yöntemi Yerine Yine Klasik Tıbbın Kabul Etmiş Olduğu Tedavi Yöntemlerinden Birinin Seçilmek İstenmesi

Hastanın tedaviyi kabul etmekle birlikte hekimin önerdiği tedavi yöntemini kabul etmeyerek, diğer tedavi yöntemlerinden birini talep etmesi mümkündür. Örneğin, hasta önerilen tedavi yerine daha uzun sürede sonuç verecek ama az masraflı tedavi yöntemini kabul edebilir. Burada hekimin hastanın tercihinne ne kadar bağlı olduğu meselesi ortaya çıkar. Hekimin teşhis ve uygun tedaviye karar verip uygulaması hekimin borcu olmakla beraber hastanın tercihi tıp biliminin verilerine uyduğu takdirde hekim bu tercihle bağlı kalır. Aksi halde bu tedavi metodunun seçiminde doğan sorumluluktan kurtulamaz⁹¹.

89 DURAL Mustafa, Landesbericht Türkei, Das MenschenrechtsÜbereinkommen zur Biomedecin deş Europates, Taugliches Vorbild für eine Weltweit Geltende Regelung, Heidelberg/Newyork, 2001, 775.

90 ERDEN, s.91.

91 ERDEN, s.92.

bb- Önerilen Tedavi Yöntemi Yerine Klasik Tıbbın Kabul Etmediği Alternatif Tıp Olarak Adlandırılan Tedavi Yöntemlerinden Birinin Seçilmek İstenmesi

Hasta alternatif tıp olarak adlandırılan çeşitli tedavi modellerinden birini talep edebilir. Ancak hekimin görevi bundan doğabilecek riskler ve sonuçlar hakkında hastayı bilgilendirmek ve bu tedavi modelini uygularken hastaya zarar vermemektir⁹².

C- Seçim Yapma Özgürlüğü

Borçlar Kanununun 19. maddesine göre sözleşme serbestisi esastır. Tıpta seçim yapma özgürlüğü hastanın sağlık kurumunu, hekimi ve personeli, ve tedavi çeşidini seçebilmesini ifade eder. Uluslararası Bildirgelerde de bu konularda hastanın bilgilendirilmesi ve özgür tercihini yapması ifade edilmiştir. Ancak bu hak çeşitli boyutlarda aşağıda incelenecektir.

a-Tedavi Kurumunu Seçme Özgürlüğü

Hasta tedavi görmek istediği tedavi kurumunu seçme özgürlüğüne sahiptir. Hasta tabi olduğu mevzuatın öngördüğü usul ve şartlara uymak kaydıyla sağlık kurumunu seçme hakkına sahiptir. Ancak kuruluşu değiştirmenin hayati tehlikeye yol açıp açmayacağı konusunda hekim tarafından aydınlatılması, sağlık kuruluşunun değiştirmesine tıbben sakınca bulunmaması esastır. Herhangi bir sosyal kuruluşa bağlı olup ta mevzuatın öngördüğü sevk zincirine uymayan hastalar aradaki ücret farkını kendileri karşılar. Acil durumlarda hastanın durumunun gerektirdiği tedavi olanaklarına sahip en yakın sağlık kurumunun seçilebileceği belirtilmiştir. Bu durumda tedavi maliyeti arasındaki farkını da hastanın bağlı bulunduğu sosyal güvenlik kuruluşu ödemek durumundadır.

Bazı hallerde hastanın seçimi olmaksızın sağlık kurumunun değiştirilmesi gerekebilir. Hasta mevcut sağlık kuruluşunda tıbben fayda bulunmayan veya başka sağlık kuruluşlarına nakli gerekli olan hallerde sağlık kurumu değiştirebilir.

Özel sağlık sigortasının olması ve sigorta kapsamında bulunan giderlerden olması halinde tedavi maliyeti ya tamamen ya da tekeffül edilen

92 ERDEN, s.93.

miktar uyarınca sigorta şirketince karşılanır. Ancak Sosyal Sigortalar ve Yağ-Kur gibi resmi kurumlar kendi kuruluşlarında yapılabilecek tedavilerin hasta tarafından özel bir sağlık kurumunda yaptırılması halinde ekonomik bir teminat vermemektedir. Ancak bu kurumlarda yapılamayan tedavi varsa ilgili mevzuata uyarak sağlık kurumlarını hasta seçebilir ve tedavi bedelini resmi kurum öder.

Hastanın seçtiği özel tedavi kurumu uygun donanım ve yeterlilikte ise genellikle hastayı reddetmez ancak sözleşme serbestisi ilkesi uyarınca acil durum yoksa ve o müdahale bakımından tek yetkili kurum değilse sözleşme akdetmemek hakkına sahiptir.

Resmi sağlık kurumuna bağlı olan hastanın da bu kurumun herhangi bir hastanesini seçme hakkı mevzuatın öngördüğü usul ve şartlara bağlanmıştır. İş yükü dağılımını dengelemek amacıyla hastaneler arasında belli bölgelere hizmet esaslı getirilmişse acil durum dışında hastanın bu prosedüre uyması zorunludur.

b- Hekimi ve Diğer Personeli Seçme Özgürlüğü

HHY'nin 9. maddesi uyarınca hastaya talebi halinde kendisine hizmet verecek olan hekimlerin ve personelinin kimlikleri, görev ve unvanları hakkında bilgi verilir. Hasta bu bilgiler doğrultusunda hekimini ve sağlık personelinin seçme hakkına sahiptir ancak mevzuat ile belirlenmiş usullere uyma şartı vardır. Hasta başka hekimlerin konsültasyonunu da isteyebilir. Bu hallerde hastanın belirlenen ücret farkını ödemesi gerekmektedir.

Hastanın hekim seçme özgürlüğünü kısıtlayan bir düzenleme bulunmamaktadır. Gerçi çalışanlar için kurum ekibine gidilmesi zorunluluğu vardır. Ancak bu düzenleme tamamen tedavi maliyetinin karşılanmasının bir koşulu olup hastanın hekimini serbestçe seçmesine engel değildir.

Tedavi borcunu hastane işletmecisinin üstlendiği hallerde, hekim BK. m. 100 anlamında yardımcı şahıs durumundadır⁹³. Buna mukabil tedavi borcunu işletmecinin dışında bir hekimin üstlendiği hallerde hekim ile hastane işletmecisi arasında kurulan bir sözleşme bahis konusudur. Bu durumda hekim sözleşmenin asli borçlusudur. Her iki halde de hasta o kurumda çalışan hekimler arasında kendini tedavi edecek hekimini seçme hakkına sahiptir. Tedavi borcunu hastane işletmecisinin üstlendiği sözleşme-

93 AYAN, s.45.

lere tam hastaneye kabul sözleşmeleri ismi verilmektedir. Tedavi borcunu hekim üstlendiği takdirde bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesi bahis konusudur⁹⁴.

Gerek tam sözleşmeye kabul sözleşmesinde gerekse bölünmüş hastaneye kabul sözleşmesinde hastanın tedavi kurumunun dışındaki bir hekimi seçmesi mümkündür. Eğer tedavi kurumu dışındaki bir hekimin seçilmesini engelleyen bir düzenleme mevcut değilse hasta başka bir hekimi de seçebilir.

Hastanın diğer bir sağlık personelini seçme özgürlüğü de vardır ancak bu konuda hastanın seçtiği bir personelle çalışıp çalışmamakta karar yetkisi hekime aittir,

c- Tedavi Çeşidini Seçme Özgürlüğü

Teşhis ve uygun tedavi hekimin tedavi sözleşmesinden doğan asli borcudur. Vekilin müvekkile karşı bağımsız olması onu hizmet akdinden ayıran bir özellik olarak görülmektedir. Ancak bu bağımsızlık mutlak değildir. Bu bağımsızlık müvekkilin vereceği teminatla sınırlanabilir.

Özel bir uzmanlık gerektire hallerde bu bağımsızlık geniş ölçüde olabilecektir. Tedavi faaliyetleri özel bir uzmanlık gerektirmektedir. Bu bakımdan hekimin hasta talimatları ile bağlılığı sınırlıdır. Ancak hekimin hastanın açıkça yasakladığı bir tedavi metodunu uygulaması düşünülemez. Hasta tedavi metodunun uygulanmasında müdahale edemese de hekim uygun gördüğü tedavi çeşitlerinden birini seçebilir⁹⁵.

Hastanın tedavi metodlarından birini seçmesi sınırsız bir hak değildir. Teşhise uymayan tedavi metodunu hekim sırf hasta seçtiği için uygularsa doğan sonuçlardan sorumlu olur.

D-Bilgilendirme (Aydınlatma) Hakkı

Hastanın hastane, hekim, ücretler ve benzeri konular hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir. Buna göre hasta, hekim ve kurum seçimi yapacaktır. Diğer bir grup bilgilendirme de hastanın sağlık durumuna ilişkin

94 AYAN, s.46, 128vd.

95 ERDEN, s.103.

konular hakkındadır. Hasta talep etmese dahi hekim bu konularda hastayı bilgilendirmelidir.

a-Hastanın Genel Olarak Bilgilendirilme Hakkı ve Kapsamı

HHY'nin 7. maddesine göre "hasta sağlık hizmetlerinden nasıl faydalanacağı konusunda bilgi isteyebilir". Burada talebe bağlı bir hak düzenlenmektedir. Bu hakla hasta sağlık kuruluşunda verilen hizmet ve imkânların neler olduğunu öğrenmiş olacaktır. Bu bilgilendirmeyi talep eden kişinin hasta dahi olması gerekmemektedir.

b-Hastanın Kendi Sağlık Durumu Hakkında Bilgilendirilme Hakkı

Hastanın sağlık durumu hakkında bilgilendirilme hakkı HHY'nin 15. maddesi uyarınca hastanın talebine bağlı kılınmıştır. Bizzat hastanın bu konuda bilgilendirilmesi gerekmektedir. Kendisine uygulanacak tıbbi işlemlerin muhtemel sakıncaları, tedavi edilmemesi halinde karşılaşılabileceği muhtemel sonuçları öğrenme hakkına sahiptir. Hastanın talebi olmasa dahi sağlık durumu hakkında bilgilendirilmesi gerekmektedir. Bu bilgilendirmenin yapılması için hastalığın öyküsünün hastaya anlatılmış, hastanın geçmiş hastalıklarının değerlendirilmiş olması ve muayenenin yapılmış olması gerekir ki hastaya tıbbi bilgi verilebilsin.

Hastanın tedavi yöntemi konusunda bilgilendirilmemesi halinde bu tedavi için alınmış onayın geçerliliğinden sözedilemez. Bu nedenle hastanın sağlık durumu hakkında bilgilendirilme hakkını talebe bağlayan HHY'nin 15. maddesi düzenlemesi yerinde değildir. Zira bu halde hekim hastanın talebi olmaması nedeniyle bilgilendirme yapılmadığı gibi bir gerekçeye sığınabilecek olup bu da hastanın bilgilendirilme hakkı olduğunun bilincinde olmaması neticesinde hak kaybına yol açacaktır⁹⁶.

aa- Tıbbi Müdahalenin Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hastanın Bilgilendirilme Hakkı

Hastanın vücut bütünlüğüne yapılan her müdahale hukuka aykırılık taşır. Hastaya yapılacak tıbbi müdahalenin geçerli olabilmesi için hastanın

96 ERDEN, s.109, dn.234.

onayı gereklidir⁹⁷. Hastanın tedavi olmamasının getireceği riskleri göze alıp almaması hastanın özerkliği ile ilgilidir. Hasta bu özerkliğini kullanarak yeterince bilgilendirilmelidir ki onayın geçerliliğinden sözedilebilsin.

Hasta talepte bulunmasa dahi gerekli bilgilendirmenin yapılmaması halinde hekimin tıbbi müdahalesi hukuka aykırılık teşkil edecektir. Hasta tıbbi müdahaleye onay vermediği halde yeterli bilgilendirme yapılmadığı için tedaviye onay vermediğini, ileri sürerse hastaya karşı hekim sorumlu olacaktır. Bilgilendirme borcu TMK'nun 23. ve 24. maddelerinde ve Anayasanın 17. maddesinde ve Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14. maddesinde ve Hasta Hakları Yönetmeliğinin 15. ve diğer maddelerinde düzenlenmiştir. Hastaya konulan teşhise göre alınması gereken tedbirler hastanın üzerinde olumsuz etki yapmak suretiyle hastalığın artması ihtimali, hastalığın seyri ve sonucunun vahim görülmesi halleri bulunmadığı sürece hastaya söylenmelidir. Teşhis hastaya açıkça anlatılmalıdır. Hastaya teşhise göre tedavi yöntemleri, bu tedavinin neleri ilgilendireceği ve muhtemel sonuçları konusundaki bilgilendirme ile tedavi ve tedavi süreci hakkında bilgilendirilme hakkı verilmektedir. Bilgilendirilmenin son aşamasında tedavinin muhtemel yan etkileri anlatılmalıdır ki hasta ameliyat olup olmama konusunda karar verebilsin.

bb- Tıbbi Müdahale Gerekmeyen Hallerde Bilgilendirilme Hakkı

Hastanın müdahale gerekmeyen bir safhada hastalığı olsa dahi veya hut yarar umulmayan bir safhada bulunması nedeniyle müdahale edilmeyecekse dahi bilgilendirilmesi gerekir. Bu zorunluluk kişilik haklarından kendi kaderinin tayin hakkından kaynaklanmaktadır.

Tıbbi Deontoloji Nizamnamesinin 14. maddesi bu bilgilendirmeye bir sınır getirmiştir. Yapılacak bildirim hasta üzerinde olumsuz etki yapmak suretiyle olumsuz etkiye yolaçacaksa bildirimden kaçınılabilir.

c- Bilgilendirilme Hakkının Süjesi

aa- Hasta

Bilgilendirilme hakkının süjesi hastadır. Bildirilmeye engel bir durum yoksa bilgilendirilecek kişi hastadır. Ancak gebeliğin sone erdirilme-

97 DURAL, Regelungen, s.959.

si, kısırlaştırılma gibi operasyonlarda hasta evli ise eşinin de onayı gerektiği için kişinin eşinin de bilgilendirilmesi gerekmektedir⁹⁸. Hastanın temyiz kudretinden yoksun olması bilgilendirilmesi için başka birini seçmesi veya bilgilendirilmesi halinde hastalığın kötüleşmesi, hastanın ruhsal durumunun bozulması riski mevcutsa bilgilendirilme süjesi hastadan başka bir kişi olabilir. Hasta kısmen bildirilmek istenebilir. Hasta bilgilendirilmeyi tamamen reddederse hastanın müdahaleye onayının alınmış olması geçersizlik sonucunu doğurmuş olur.

bb- Hastanın Kendi Yerine Bilgilendirilecek Kişiyi Belirleme Hakkı

Hasta kendisiyle yakından ilgilenen, tedavi sırasında kendisine yardımcı olan bir yakınına bilgilendirilme yapılmasını isteyebilir. Ancak bu durumun onaya etkisi olamayacaktır.

cc- Hastanın Kendisinin ve Başkasının Bilgilendirilmesini İstememe Hakkı

Hasta ne kendisinin ne de kendisinin yerine başkasının bilgilendirilmesini istemeyebilir. Bu, bilgilendirme hakkından feragat niteliğindedir. Bu halde hekimin bilgilendirme yükünün tamamen kalktığı doktrinde savunulmaktadır,

dd- Küçüklerin ve Kısıtlıların Bilgilendirilmesi

Bilgilendirilmenin süjesi hasta olmakla beraber eğer hasta temyiz kudretine sahip değilse kanuni temsilcisinin bilgilendirilmesi gerekmektedir. TMK'nun 15. maddesi uyarınca temyiz kudreti olmayan kişinin fiil ehliyeti olmadığından tıbbi müdahaleye onay kanuni temsilcisi tarafından verilir⁹⁹. HHY'nin 35. maddesi de bu doğrultudadır. Ancak bu halde dahi hastanın üzerinde ve hastalığın seyirinde olumsuz etki yapmamak kaydıyla HHY'nin 19. maddesi gereğince hastanın da bilgilendirilmesi mümkündür. TMK gereğince sınırlı ehliyetsiz durumunda olan yani temyiz kudretine sahip küçük veya kısıtlı hastanın tıbbi müdahaleye onayının kişiye sıkı sıkı-

98 ERDEN, s.112, dn.240.

99 DURAL/ÖĞÜZ, s.121, AŞÇIOĞLU, s.39.

ya bağlı haklardan olan vücut tamlığı ile ilgisi olması dolayısıyla TMK madde16/2 uyarınca, sınırlı ehliyetsizin bu hakkını kanuni temsilcisinin iznine bağlı olmaksızın kullanılabileceği ileri sürülmektedir. Ancak diğer bir görüş de vücut bütünlüğünü bozmaya yönelik tıbbi müdahalelerin bundan müstesna tutulması gerektiği yolundadır. Küçük temyiz kudretine sahip olsa da kanuni temsilcisi zararlı sonuçları olabileceğini düşündüğü tıbbi müdahaleye onay vermiyorsa sırf küçüğün rızasına dayanarak işlem yapılmamalıdır. Esasen sağlık bakımından acil durumlarda hekim vekaletsiz iş görme prensipleri uyarınca müdahale edebilecektir. Acil olmayan hallerde ise TMK'nun 272. ve 274. maddeleri hükmünce hakim müdahalesinin istenebileceği düşünülürse kanuni temsilcinin rızasına ağırlık tanımakta sakınca yoktur. Kanuni temsilcisinin iradesini dikkate almadan hakkı sadece temyiz kudreti olan küçüğe tanımak tehlikeli olabilir. Onayların uyuşmaması halinde sulh hakiminin müdahalesi imkânı da vardır. Vesayet altına alınmış olan hastanın onayı konusunda Vesayet altına alınmış olan hastanın onayı konusunda vesayet sebebine göre bir ayırıma gidilmesi gerekir. Kişinin malvarlığına yönelik tasarruflarının kısıtlaması amacı güden sınırlamayı kişinin vücut bütünlüğüne ilişkin haklarına da taşımak amaca uygun olmamakla beraber Tababet ve Şuabatı Sanatlarının Tarzı İcrasına Dair Kanununun 70. maddesi bu ayrıntıyı gözardı ederek küçük ve kısıtlının yerine onayın kanuni temsilcisi tarafından verileceği düzenlemesini getirmiştir. Herhalde küçük veya kısıtlının da bilgilendirilmesi gerekmektedir,

d- Bilgilendirilmenin Usulü

Bilgilendirmenin hastanın kültürel seviyesine uygun olarak açık ve anlaşılır bir dilde yapılması gerekmektedir. Bu konu HHY'nin 18. maddesinde düzenlenmiştir,

e- Bilgilendirmenin Şekli

Bilgilendirmenin ne şekilde yapılacağına ilişkin bir kural bulunmamasında, şekil serbestisi bulunmaktadır. Hekimin hastaya karşılıklı görüşmede aydınlatma yapması amaca uygun olmakla beraber ispat sorunu doğmaması için önemli hususların bilgilendirilmesinde yazılı şekil kullanılmalıdır¹⁰⁰.

100 ÇİLİNGİROĞLU, s.71-72.

E-Gizlilik Hakkı

Kişinin üçüncü şahıslardan gizlediği veya sadece açıkladığı kişilerce bilinmesini istediği olayları içeren alana giz alanı denir¹⁰¹.

Başkaları tarafından bilinmesi istenmeyen her şey giz kavramına dahildir. Hekim hastaya ait bu sırları gizli tutmakla yükümlüdür¹⁰². Bu vekalet akdinden kaynaklanan sadakat borcunun neticesidir.

a- Gizlilik Hakkının Türk Özel Hukukundaki Dayanakları

Tedavi sözleşmesinin vekalet sözleşmesi olarak değerlendirilmesi itibariyle vekilin sır saklama borcunun hasta bakımından ifadesi hastanın gizlilik hakkı olmaktadır. Nasıl ki vekil mesleğinin icrası sırasında müvekkili ile ilgili olarak öğrendiği sırları saklama yükümlülüğünde ise hekim de kişinin giz alanına giren olayları açıklamamak zorundadır. Sırların açıklanması aynı zamanda TCK'da suç olarak düzenlenmiştir.

b- Gizlilik Hakkının Sınırları ve Sınırların Yasal Olarak Aşılması

Bir bilginin sır sayılıp sayılmayacağını kişinin iradesine bakarak tayin etmek gerekir. Kişi bir hususu önemsemiş ve gizlemişse bunun giz alanına girmiş olduğunu kabul etmek gerekir.

Hekim hastanın rızası ile açıklama yapabilir. Tedavi nedeniyle hekimin yargılanması halinde savunması ancak hastasının sırrını açıklamasına bağlı olduğu hallerde gizlilik hakkının ihlali bahis konusu olamaz. Salgın hastalık riski oluşturan hallerde de kişinin hastalığının bildirilmesi kamu yararı bulunması nedeniyle giz alanına tecavüz sayılamaz¹⁰³.

F-Sağlık Eğitimi Hakkı

Sağlık eğitimi hakkı anayasal bir prensip olan sosyal devlet olmanın doğal sonucudur. Anayasada herkesin sağlıklı bir çevrede yaşama hakkı olduğu belirtilmiş, bu konuda devletin yapacağı düzenlemeler belirtilmiştir. Verilecek eğitim sağlıklı yaşam tarzı ile hastalıklardan korunma ve erken tanı ile ilgili yöntemleri içermelidir. Bu konuda teknolojik imkânlar-

101 DURAL/ÖĞÜZ s.132.

102 HANCI, s.135-137.

103 ERDEN, s.120-122.

dan yararlanarak geniş kitlelere ulaşılmalıdır. Devlet bu görevini yerine getirirken resmi ve özel sağlık kurumlarından yararlanmalı ve onları bu konuda denetlemelidir¹⁰⁴.

G-Onurlu Ölme Hakkı

Hastanın teorik olarak ölümcül durumda ve dayanılmaz acılar içinde bulunması durumunda ötenazinin uygulanmasının hastanın onurlu ölme hakkı kapsamında olup olmadığı tartışma konusudur.

Ötenazi, kurtuluşu imkânsız ve şifasız bir hastalığa yakalanan hastanın ızdırabını dindirmek için hastaya ölüme yolaçacak bir icrai hareketle yardım edilmesidir.¹⁰⁵ Ölümü sağlayan tıbbi yöntemlerin doğrudan doğruya kullanılması aktif ötenazi olup, hareketsiz kalarak ölüm sonucunu meydana getirmek pasif ötenazidir¹⁰⁶

Türk hukukunda gerek aktif gerekse pasif ötenazi adam öldürme suçu olarak nitelendirilmektedir. Ancak doktrinde pasif ötenazinin hastanın onayı ile hastanın lehine yapıldığı durumlarda cezadan indirim sebebi olarak kabulü savunulmaktadır¹⁰⁷.

HHY'nin 13. maddesi pasif ötenaziye dahi yasaklamıştır. Hastanın hayatının kurtarmak mümkün olmadığı takdirde dahi ızdırabını azaltmaya çalışmak gerektiği aynı maddede belirtilmiştir¹⁰⁸.

Uluslararası bildirgelerin çoğunda hastanın onurlu ölme hakkı olduğu yolunda hükümler düzenlenmiştir. Hastanın yaşamının devamını sağlayacak müdahalelerin yapılmaması şeklinde ötenazinin belli koşullarda uygulanabileceğine dair düzenlemelere rastlanılmaktadır

H- Hastaların İnanç ve Vicdani Kanatlerine Uygun Manevi Yardım Alma Hakkı (Dini Destek Hakkı)

Hastalar kendi dinlerine uygun bir dini temsilcinin moral tesellisini kabul veya reddetme hakkına sahiptir. Bu, anayasanın 17. maddesindeki

104 ERDEN, s.122-124.

105 ARTUK Mehmet Emin, Ötenazi, Ceza Hukuku Makaleleri, İstanbul, 2002, s.17.

106 ARTUK, s.9-10.

107 BAYRAKTAR, s.158.

108 DURAL, Regelungen, s.952.

herkesin ruh sağlığı içinde hayatını geçirmesini sağlamak görevinin bir sonucudur.

7. SÖZLEŞMENİN İHLALİNDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Tedavi sözleşmesinin nitelik itibariyle vekalet sözleşmesi niteliğinde olmasından ötürü, tedavi sözleşmesinden doğan uyuşmazlıklara vekalet sözleşmesine ilişkin BK'nun 386. vd. hükümleri uygulanacaktır. Sözleşmeye aykırılık halinde ise BK'nun 96. vd. ile bu akdin teamül gereği ücret karşılığı yapılması sebebiyle tam iki tarafa borç yükleyen bir akit olması sebebiyle BK'nun 106. vd. hükümleri uygulanacaktır. Ancak, vekalet sözleşmesine ilişkin hükümler yedek hüküm niteliğinde olduğu için ilişkiye öncelikle aralarındaki sözleşme hükümlerinin uygulanacağı açıktır. Nihayet genel hükümlerden yararlanılacaktır.

I- SÖZLEŞMEDEN DOĞAN SORUMLULUĞUN KOŞULLARI

1- GEÇERLİ BİR SÖZLEŞMENİN VARLIĞI

Tedavi sözleşmesinin hukuka uygun bir Şekilde kurulmuş olması gereklidir. Bu halde geçerli bir sözleşme varolacaktır. Tedavi sözleşmesinin geçerliliği genel olarak sözleşmelerin tabi olduğu geçerlilik koşullarına; dolayısıyla BK'nun 19. ve 20. maddesindeki koşullara uygun olmalı ve tarafların iradeleri hata, hile, ikrah veya muvazaa gibi nedenlerle sakatlanmamıŐ olmalıdır.

Tedavi sözleşmesinin bir tarafı da zorunlu olarak hekim olmalıdır¹⁰⁹. Hastanın hekime ynelticeği tedavi konusundaki icabı ile hekimin tedaviyi üstlenmesi yani kabulü uyuştuğu takdirde sözleşme kurulmuş olur. Tedavi sözleşmesinin konusu tedavi işi olup, kapsamı sözleşmeyle açıkça belirlenmediğinde işin niteliğine göre belirlenir (BK m. 388/2). IŐin niteliği tıp biliminin yöntemleri ile yapılan tetkik ve tedaviler neticesinde hekim tarafından tek taraflı olarak belirlenir.

Hekim için olduğu gibi hasta açısından da zımni kabul ile sözleşmenin kurulması mümkündür. Hekime giderek Őikyetlerini bildiren ve tedaviye baŐlanmasına ses çıkarmayan hasta sözleşmeyi zımnen kabul etmiş demektir.

109 ÇİLİNGİROĞLU, s.16-17.

Bilinci kapalı olarak getirilen hastanın tedaviye hukuka uygunluk kazandıracak bir onay iradesi varsayılır. Bu onay tedavinin hukuka uygunluğunu sağlar, ancak bir sözleşmenin kurucu unsuru olan irade beyanı yoksa yokluk sözkonusu olacağından bu durumda sözleşmeye icazet verilerek geçerlilik kazandırılması mümkün değildir. Bu hallerde vekaletsiz iş görme sözkonusu olacaktır. Tedavi sözleşmesinin kuruluşunda şekil serbestisi geçerlidir. Yazılı veya sözlü şekilde kurulması mümkündür.

Tarafların ehliyeti bakımından ise genel esaslar uygulanmaktadır. Tedavi sözleşmesinin kurulabilmesi için irade beyanı açıklamasını yapacak olan fiil ehliyetine sahip bulunan hastadır. Hastanın ehliyetsiz olması halinde onun yerine kanuni temsilcisi sözleşmeyi yapacaktır. Sınırlı ehliyetliler ise tedavi sözleşmesini tek başlarına yapabilmelidirler çünkü sınırlı ehliyetlilerin yapamayacakları işlemleri sayan TMK 429. maddedeki kısıtlamaya tedavi sözleşmesinin konusu dahil değildir. Buna mukabil sınırlı ehliyetsizler grubuna dahil olan küçük ve mahcurlarda asıl olan ehliyetsizlik olmakta bu gruba dahil olanların tedavi sözleşmesini tek başlarına yapabilir yapamayacakları tartışmalıdır.

Bir görüşe göre¹¹⁰ tedavi sözleşmesinin konusu şahsa sıkı sıkıya bağlı bir hakkın kullanılması olmakla, sınırlı ehliyetsiz tek başına bu sözleşmeyi yapabilmelidir. Diğer bir görüşe göre¹¹¹ ise menfaatlerinin korunması gereğiyle özellikle küçükler bakımından tedavi sözleşmesinin kanuni temsilcileri vasıtasıyla yapılması gereklidir. Nitekim 1219 sayılı TŞSTİDK'na göre önemli cerrahi müdahaleler bakımından kanuni temsilcinin onayı şart koşulmaktadır. Ancak kısıtlılar bakımından bu görüşe kayılmak mümkün değildir¹¹².

2- HASTA HAKLARININ İHLALİ

Hekim sözleşmeden doğan borçları tam ve gereği gibi yerine getirmediği takdirde sözleşmeye aykırılık vardır. Bu hakkın ihlali aktif veya pasif davranışla hastaya zarar verilmesi şeklinde olur. Hekim gerekli özene göstermediği takdirde ihlal bahis konusudur¹¹³.

110 AYAN, s.58 (dn.59).

111 AYAN, s.58 (dn.60).

112 AYAN, s.58.

113 OĞUZMAN/ÖZ, s.308.

Tıp biliminin uyulması gereken genel kabul görmüş standartlarından her sapma sözleşmenin ilali için yeterli addedilir¹¹⁴.

3- ZARAR

Tedavi sözleşmesinin ihlali tek başına sorumluluk doğurmaz. Aykırılığın sonucunda bir zarar doğmuş olmalıdır.

Tedavi sözleşmesinde zarar hastanın o andaki malvarlığı ile tedavi sözleşmesi ihlal edilmese idi malvarlığının arzedeceği durumu arasındaki fark olarak kendini gösterir. Sözleşmeye aykırılık halinde müspet zarar olarak ifade edilen sözleşmenin ifa edilmemiş olmasından kaynaklanan zarardır. Ayrıca zarar bazen manevi şekilde de ortaya çıkabilir.

Tedavi sözleşmesinin ihlalden doğan maddi zarar yanlış tanı veya yanlış tedavi nedeniyle yeniden gerekecek tedavi masrafları gibi olabilir. Hastanın vücut bütünlüğüne zarar verilmesi hatta hayatın kaybı tarzında kişilik değerlerinde azalma şeklinde olabilir. Bu gibi hallerde cismani zararı düzenleyen BK m. 46'ya göre maddi zarar talep edilebilir.

Gizlilik hakkının ihlali, dini ibadetin engellenmesi gibi hallerde TMK m. 23' ten doğan manevi kişilik hakları ihlal edilmiş olacaktır. Yanlış tedavinin hastada daha ağır tedavileri gerektirerek psikolojik buhrana sebep olması halinde manevi zararın giderilmesi istenebilir.

4- İLLİYET BAĞI

Hekimin sözleşmeden doğan borcunun ihlali ile hastanın zararı arasında bir neden-sonuç ilişkisi bulunmalıdır.

Hekimin hukuka aykırı davranışı ile meydana gelen zarar arasında mantıki bir neden-sonuç ilişkisi bulunması yeterlidir. Buna göre illiyet bağı ile bağlanabilen bütün sonuçlardan hekim açısından sorumluluk sözkonusudur¹¹⁵.

İllyetin varlığını kabul edebilmek için sözkonusu haksız eylemin genel hayat tecrübesine, olayların normal akışına göre böyle bir *zarara se-*

114 GÜMÜŞ Alper, Türk İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, İstanbul, 2001, s.222

115 OĞUZMAN/ÖZ, s.502.

bep olabilmesi gerekir. Bunun dışında kalan zararlarla eylem arasında mantiken bağ bulunsa bile tazminat açısından uygun illiyet bağının bulunmadığı sonucuna varılacaktır. Türk Hukuk doktrininde ve uygulamada bu şekilde bir uygun illiyet teorisi benimsenmiştir.

İlliyet bağının bulunduğunu ispat yükü hastaya aittir. Ancak bu çok zor olduğundan doktrinde ve uygulamada hakim olan görüş bu konuda hakimde haklı bir kanaat oluşturulmasının yeterli olduğu şeklindedir. Olayın tümüyle ispatlanması aranmaz. Hekimin kusurlu davranışı zararı doğurmaya elverişli değil veya illiyet bağının kesilmesi sözkonusu ise mesela uyku ilacı ile alkol alınmışsa hekim sözleşmenin ihlalinden sorumlu değildir.

5- KUSUR

Hekimin tedavi sözleşmesini ihlal eden davranışının doğurduğu zarardan sorumlu tutulabilmesi için bu davranışının kusurlu olması gerekir. İhmal tedavi sözleşmesinde sorumluluğu doğurmaya yeterlidir. Öngörülebilir sonucun meydana gelmemesi için gereken önlemlerin alınmaması ihmal oluşturur¹¹⁶.

Tedavi sözleşmesinin ihlali bu sözleşmenin özelliği gereği en sık karşılaşılan mesleki kusurla olur. Hekim tıp biliminin genel olarak kabul edilmiş kuralları doğrultusunda tanı koyup tedaviyi seçip, gereken tedbirleri almaktır. Bunlardan birindeki eksiklik mesleki kusur olarak değerlendirilir¹¹⁷.

Sözleşmeye aykırılık halinde kusurun hasta tarafından ispatı gerekmez. BK'nun 96. maddesi uyarınca borçlunun kusurlu olduğu varsayıldığından hekimin sorumluluktan kurtulabilmesi için kendisine isnad edilebilecek hiçbir kusurun olmadığını ispat etmesi gerekir¹¹⁸.

Ancak burada hekimin gerekli bütün ihtimamı göstermesi zaruridir. Örnek olarak yazdığı reçetede bilgilerin kolay okunabilecek şekilde yazılmış olması gerekir. Tedavide hekime yardımcı olanların kusurlarından da hekim sorumludur.

116 OĞUZMAN/ÖZ, s.343.

117 AŞÇIOĞLU, s.74 vd., Gümüş, s.104-109.

118 Yarg. HGK. 28.06.1978, E. 976/4-3496, K. 696.

6-SORUMSUZLUK ANLAŞMASI

Tedavi sözleşmesinde hekimin kast veya ağır ihmali için sorumsuzluk anlaşması yapılamayacağı şüphe götürmez¹¹⁹. Hafif kusurlarda sorumsuzluğu içeren şartların sözleşmeye kabulü mümkündür¹²⁰. Ancak doktrinde, hakim olan görüşe göre doğrudan doğruya insan hayatı ile ilgili olan bir alanda hafif kusur halinde dahi sorumsuzluk anlaşmasının geçerli olmaması gerekir¹²¹.

Ayrıca sorumsuzluk şartı genel işlem şartı¹²² niteliğini taşıyorsa bu durumda da geçersiz olacaktır. Tedavi sözleşmelerinin taşıdığı sorumsuzluğa ilişkin ibareler genel işlem şartı oluşturmaktadır ve mahkemece geçersizliğine hükmedilebilir¹²³.

Yardımcı şahısların kusuruna ilişkin sorumsuzluk anlaşmalarında da İBK 110/3 uyarınca ancak hafif ihmal hakkında olanlar geçerlidir¹²⁴.

II- HASTA HAKLARININ SÖZLEŞMENİN İHLALİNE BAĞLI HÜKÜM VE SONUÇLARI

1- GENEL OLARAK

Sözleşmenin ihlali genel olarak hiç ya da gereği gibi ifa edilmeme, temerrüt, borca aykırı davranılacağından önceden belli olması, kusurlu ifa imkânsızlığı şekillerinde olabilmektedir. Sözleşme ihlalinden bahsedebil-

119 OĞUZMAN/ÖZ, s.347.

120 OĞUZMAN/ÖZ, s.348.; EREN, s.1077.

121 AYAN, s.120.

122 Genel işlem şartları, sözleşmede taraflardan birinin ileride kuracağı sözleşmede karşı tarafa değiştirilmeden kabul edilmek üzere sunma niyetiyle önceden tek yönlü olarak saptadığı sözleşme koşullarıdır. Genel işlem şartlarının düzenlenmesinde amaç birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılabilir şartları belirlemek ve bunları karşı tarafın müdahalesine imkân tanımadan bütün olarak sözleşmeye dahil etmektir. Tarafların bazen genel işlem şartlarından bir bölümünü aralarında bireysel anlaşma yaparak değiştirmeleri, bazen tüm genel işlem şartlarının tarafların anlaşmasının bölümü olması mümkündür. Ancak bunun sözkonusu olabilmesi için bazı şartların varlığı aranır. Bu konuda bkz.: ATAMER Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlanması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Değerlendirilmesi, İstanbul, 1999, s.61-62.

123 OĞUZMAN/ÖZ, s.21.

124 AYAN, s.119vd..

mek yani borcun ifa edilmediğinden sözedebilmek için borcun muaccel olması gerekir. Borcun muacceliyetinden evvel borç hasta veya hekim sebebiyle imkânsızlaşabilir. Borç muaccel olduktan sonra ise hekim temerrüde düşürülerek temerrüdün hukuki sonuçları tatbik edilir.

2- BORCUN İFASININ İMKÂNSIZLAŞMIŞ OLMASINA BAĞLI HÜKÜM VE SONUÇLAR

İmkânsızlık maddi veya hukuki bir sebepten meydana gelmiş olabileceği gibi doğal bir olaydan veya borçlunun bir fiilinden meydana gelmiş olabilir.

A- Kusurlu ifa imkânsızlığı

Sözleşmeden doğan borcun borçlunun kusuru ile imkânsızlaşması halinde borçlunun aynen ifa borcu ortadan kalkar. Hekimin kusuru ile tedavinin imkânsızlaşması halinde, BK'nun 96.maddesi uyarınca borçlu alacaklının hakkını elde edememesinden doğan zararını tazminle sorumludur. Kusurlu ifa imkânsızlığı vadesi gelmemiş bir borç için dahi sözkonusu olabilir. Vade beklenmeden tazminat talep edilebilir¹²⁵. Doktrinde borçlunun kusuru ile ifası imkânsızlaşan bir borcun sona erip ermediği tartışmalıdır. Bir görüşe göre borç ilişkisi sona eremez, ilişkinin içeriği değişerek edimin yerini alacaklının uğradığı zararın tazmini alır. İkinci bir görüş ise imkânsızlık borçlunun ister kusuru ile meydana gelsin isterse kusuru bulunmasın borcun sona erdiği'dir. Bu görüşteki fark BK'nun 96. maddesi uyarınca kusurlu ifa imkânsızlığı halinde borçlunun tazminatla mükellef olmasıdır¹²⁶.

Teşhis ve tedavi hazırlıkları da tedavi borcuna dahildir. Kötü ifa olarak nitelendirilebilir. Bunların tedavinin yapılmasını imkânsızlaştırdığı hallerde kötü ifa değil ifa imkânsızlığı nedeniyle tazminat borcu doğar. Örneğin ameliyattan önce fazla narkoz verilmesi nedeniyle ölüm halinde ameliyatın yapılması imkânsızlaşır. BK m.96 uyarınca hastanın uğradığı zararı tazmin borcu doğar.

125 OĞUZMAN/ÖZ, s.304.

126 OĞUZMAN/ÖZ, s.315 vd..

B- Kusursuz ifa imkânsızlığı

Borçluya yüklenemeyen nedenlerle borcun ifasının mümkün olması neticesi borç sona erer. Bu imkânsızlık sözleşmenin kuruluşundan sonra meydana gelen imkânsızlıktır¹²⁷. Hekim borcun ifasında kusuru olmadığını ispatlayarak borcundan kurtulur, tazminat da talep edilemez. Fakat, iki tarafa borç yükleyen sözleşme dolayısıyla karşı edim olan ücret de istenemez.

3- BERCUN İFASINININ HÂLÂ MÜMKÜN OLMASINA BAĞLI HÜKÜM VE SONUÇLAR

Bu halde borcun ifası halen mümkündür, fakat borçlu borcunu ifa etmemektedir. Kullanılacak malzemenin pahalılaşması sebebiyle hekimin tedaviden kaçınması durumu örnek olarak verilebilir.

A-Aynen İfa Talebi

Borcun ifasının mümkün olduğu halde borcu borçlu ifa etmemiş veya zamanını geçirmişse alacaklı borçluyu ifaya zorlayabilir. Alacaklının ifayı istemekten vazgeçerek tazminat talep edebilmesi kanunda bu konuda hüküm bulunan istisnai hallerde mümkündür. Tedavi sözleşmesindeki güven ilişkisi dolayısıyla tedaviyi tam ve gereği gibi yerine getirmeyen hekimden aynen ifayı istemek olanak dahilinde olmayabilir. Bu nedenle uygulamada tedavi sözleşmesinden doğan sorumluluk bir miktar tazminatın ödenmesi şeklinde olmaktadır¹²⁸.

Tam hastaneye kabul sözleşmesi kapsamında özel tedavi kuruluşu ile yapılan tedavi sözleşmesi halinde tedavi sözleşmesinin borçlusu özel tedavi kuruluşudur. Bu nedenle hekimin kusurlu davranışı nedeniyle sözleşme ihlal edilmişse hasta aynı kuruluşta diğer hekimlerden birine güvenerek aynen ifayı talep edebilir. BK m. 97 uyarınca tedavi sözleşmesinden kaynaklan edimin bir yapma borcu olduğu dikkate alınırsa hekimden aynen ifayı talep etmeyerek masrafları hekime ait olmak üzere tedaviyi bir başka hekime yaptırmak için hakimden izin verilmesi talep edilebilecektir. Bu halde tedavi borcunun ifası değil tazmin sözkonusu olur.

127 OĞUZMAN/ÖZ, s.300, 426 vd..

128 OĞUZMAN/ÖZ, s.322; TANDOĞAN, s.66.

A- Borcun İfasında Temerrüde Bağlı Hüküm ve Sonuçlar

Borcun ifasında gecikilmiş olmasına rağmen genellikle temerrüt durumunun kendiliğinden oluşması mümkün değildir. Borçluyu temerrüde düşürmek için ihtar gereklidir. Borç için taraflarca bir vade tayin edilmiş ise veya muacceliyet ihbarı öngörülmüşse ihtara gerek kalmaksızın borçlu temerrüde düşecektir. Buradaki muacceliyet ihbarı yapıldığında bu ihtar BK m.101/1 anlamında bir ihtar niteliği taşımaktadır. Borçlu temerrüdü koşulları gerçekleştiğinde alacaklı konumundaki hasta aynen ifa ve gecikme tazminatı talep etmeyi istemediği takdirde tercihini derhal bildirmekle kullanabileceği iki seçimlik hakka sahiptir.

Ya ifadan vazgeçerek ifa edilmemeden doğan zararlarının tazminini ister ya da sözleşmeden dönerek sözleşmenin ortadan kalkmasından doğan zararlarının talep edebilir. Ancak tazminat talep edilebilmesi için borçluyu temerrüde düşürmek yetmemekte ayrıca uygun bir mehil vererek borçlunun bu mehil süresince ifayı gerçekleştirmesine imkân tanımak zordur¹²⁹. Fakat BK m. 107 uyarınca borçlunun hal ve vaziyetinden mehil verilmesinin gereksiz olacağı anlaşılırsa, borcun ifası alacaklı için faydasız kalmışsa borç kesin bir vadeye bağlanmış ise mehil vermeye gerek olmaksızın tazminat talep edilebilecektir.

aa- Tedavi Borcunun İfasından Vazgeçilerek Müspet Zararın Tazmin Talebi

Tedavi sözleşmesinde aynen ifayı istemeyen alacaklı kendine tanıyan haklardan biri olan BK m.106'da yeralan müspet zararın tazminini derhal bildirerek talep edebilir. Bu halde sözleşme ortadan kalkmamakta hastanın ifa menfaatinin yerini tazminat almaktadır.

Tazminatın kapsamı sözleşme ifa edilse idi hastanın malvarlığının bulunacağı durum ile ihlali nedeniyle oluşan durum arasındaki farka göre belirlenir. İfasında gecikilen bir ameliyatın başka bir hekime daha fazla ücretle yaptırılmak zorunda kalınması nedeniyle uğranılan zarar örneğinde olduğu gibi hastanın önceki hekimle tedavinin ifasından vazgeçerek müspet zararının tazmini sözkonusu olabilir.

129 OĞUZMAN/ÖZ, s.389.

bb- Tedavi Sözleşmesinden Dönme ve Menfi Zararın Tazmini Talebi

Temerrüt koşulları gerçekleştiğinde aynen ifayı seçmeyen alacaklı derhal bildirimde bulunarak sözleşmeden dönüp sözleşmenin ortadan kalkmasından dolayı uğradığı zararlarının tazminini talep edebilir. Hastanın sözleşmenin ifası beklentisi ile yaptığı harcamaların tedavinin daha ileriye kalması sebebiyle ilaç fiyatlarındaki artış dolayısıyla daha fazla masraf ödemek zorunda kalması ve daha az masrafla tedavi fırsatını kaçırmaması örneğinde olduğu gibi hasta tedavi sözleşmesinden vazgeçerek bu menfi zararların tazmini kapsamında bu zararları isteyebilecektir.

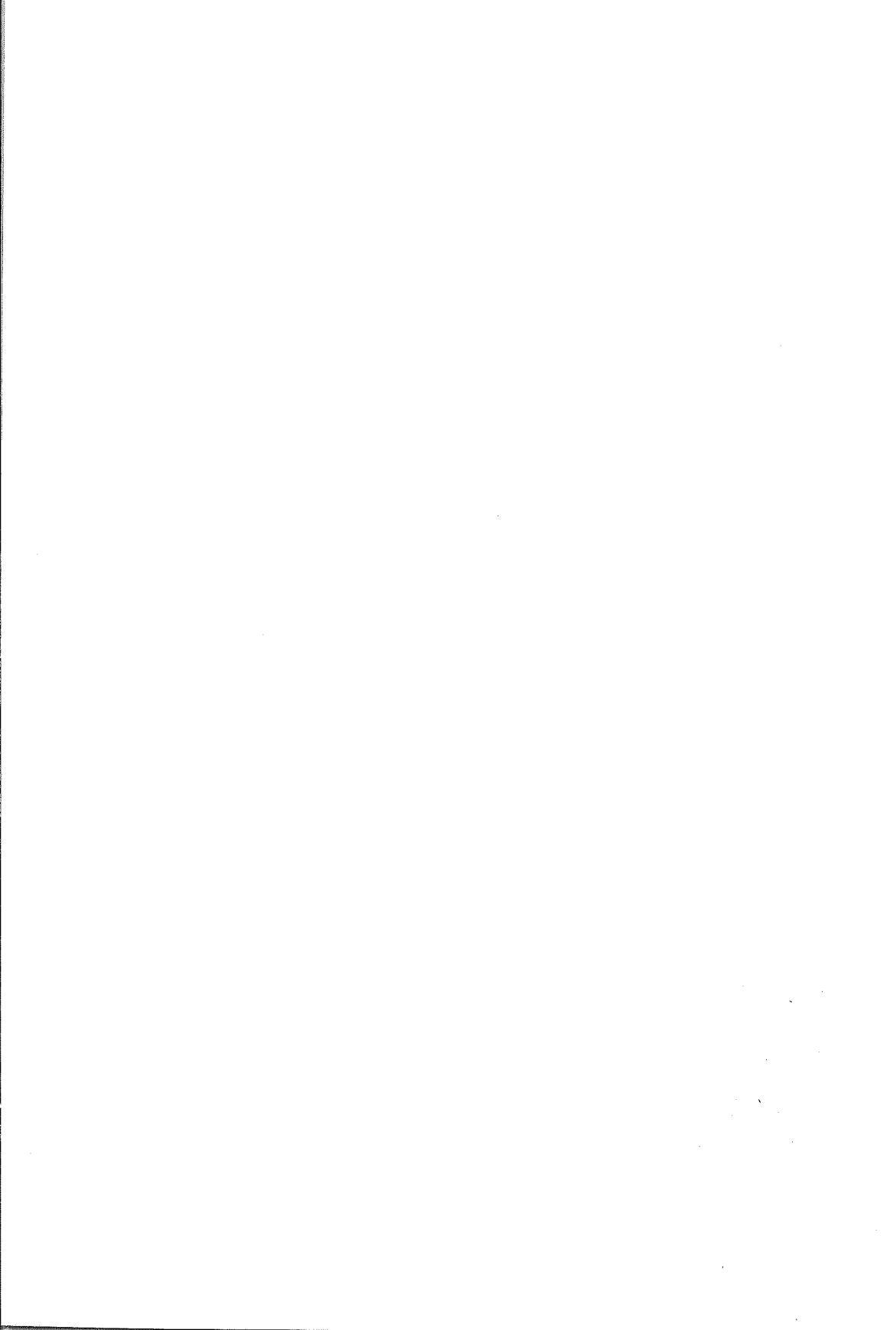
4- MANEVİ TAZMİNAT

Tedavi sözleşmesi niteliği gereği sözleşmeden doğan her türlü sorumluluk halinde maddi zararla birlikte veya tek başına manevi zarar bahis konusu olmaktadır.

Tedavi sözleşmesinden doğan hakların ihlali genellikle bir kişilik hakkı ihlalini de doğurmaktadır.

Hekimin “tedaviyi zamanında yapmaması nedeniyle tedaviyi güçleştirdiği hallerde hastanın bundan duyduğu acı ve elem yaşam zevkinin azalmasına yol açarak manevi zarar doğurabilir. Hastanın tedavi sırasında öğrenilen bir sırrının açıklanması da kişinin giz alanına tecavüz olacağından bir depresyona sebebiyet vererek manevi zarar oluşturabilir. BK'nun 49. maddesi hükmünce, manevi tazminat talep edilebilmesi için şahsiyet haklarına yapılan saldırının haksız olması, bu saldırıdan ötürü manevi zarara uğranmış olması, saldırının kusurlu olması ve zarar ve kusur arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir.

TMK'nun 25. maddesi ve BK'nun 49.maddesi hükümlerince haksız fiille zarar verilmesi halinde istenebilecek manevi tazminat, hekimin kusursuz ifa imkânsızlığı hali dışında diğer bütün borca aykırılık halleri ile birlikte istenebilir.



OPEN COVERS: THE WIND OF CHANGE BLOWING THROUGH THE INSURANCE MARKET*

Av. Zuhâl ARIÇ, M.B.A., LL.M.

Ankara Bar Association

Summary in Turkish / Türkçe Özet

AÇIK KAPSAMLI SİGORTALAMA ÖN SÖZLEŞMELERİ

I. Türk ve İngiliz Hukukuna Genel Bakış

Türk hukuk sisteminde sigorta ettirenin sigorta korumasını elde edebilmesi için bir sigorta sözleşmesinin varlığı şarttır. Türk Ticaret Kanunu'nun 1263. maddesinin 1. fıkrasında tarifî yapılan sigorta sözleşmesi, doktrinde (sigortanın mahiyetine daha uygun olarak) "sigortalıya ve sigortacıya karşılıklı taahhütler yükleyen, sigorta korumasının belirlenen sigorta primi karşılığında sigortalıya tanındığı tam iki taraflı borç doğurucu bir sözleşme" olarak tanımlanmıştır¹.

(*) This study was submitted as an LLM dissertation to the School of Law at the University of Southampton in September 2004. The author hereby thanks to her supervisor, Prof. Rob Merkin for his guidance in the preparation of this paper. Presently, the author is studying full-time for a doctoral degree on "Open Covers" at the same law school under the supervision of Prof. Rob Merkin. The author is thankful to Yeditepe University for its supporting her doctoral study by a three years bursary.

1 KENDER Rayegân, "Türkiye'de Hususi Sigorta Hukuku- 1", 7. baskı, İstanbul 2001.

Herhangi bir şekil şartına bağlanmamış olan sigorta sözleşmesinin ispatı, yazılı olmasına bağlıdır. Sigorta sözleşmesinin hukuken geçerli ve bağlayıcı olması, sözkonusu sözleşmenin tarafları arasında kanuni şartlara uygun icap ve kabul işleminin gerçekleşmesi ile mümkündür. Burada belirtilmesi gereken önemli nokta şudur ki, hukuken tamamlanmış bir sigorta sözleşmesinde hem icap hem de kabul sözleşmenin bütün esaslı şartlarını içermeli ve herhangi yeni bir şartın icabına ve/veya kabulüne yer vermemelidir.

Sigorta uygulamasında sigorta sözleşmesinin sigorta poliçesi adı verilen bir senede bağlandığı ve çoğu zaman sigorta sözleşmesinin bu belge ile tamamlanmış addedildiği görülmektedir. Sigorta sözleşmesinin herhangi bir şekil şartına bağlı kılınmamış olması sebebi ile, sigorta poliçesinin verilmesi de bir geçerlilik şartı değildir. Sigorta poliçesi, sigortacının sigortalının yaptığı icabı aynı şekilde kabul ettiğini belirten bir ispat belgesi niteliğindedir. Dolayısı ile, sigorta poliçesinin aksini iddia eden taraf, bu iddiasını ispat ile mükelleftir.

Türk hukukunda, sigorta poliçesi tanzim edilinceye kadar onun yerine geçebilecek nitelikteki tek belgenin “muvakkat sigorta ilmühaberi” olduğu kanunen hükme bağlanmıştır. Diğer bir deyişle, yasakoyucu ilgili kanunda nihai sigorta sözleşmesinden önce yapılabilecek “süreye tabi sigortalama taahhüdü içeren sözleşmelere” yer vermemiştir. Ancak, uygulamada aşağıdaki İngilizce çalışmada ele alınan “açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmeleri”nden “borçlandırıcı tip” ile benzerlik gösteren muvakkat sigorta kuvertürleri ile karşılaşılmaktadır.

İngiliz hukukunda ise, 1906 tarihli İngiliz Deniz Sigorta Kanunu, deniz sigorta sözleşmesinin geçerliliğini sözkonusu sözleşmenin şekline bağlı kılmıştır. Türk hukukunun aksine, İngiliz hukukunda deniz sigorta sözleşmesinin hukuken geçerli ve bağlayıcı olması sıkı bir şekil şartına tâbi tutulmuş ve deniz sigorta sözleşmesinin deniz sigorta poliçesi şeklinde formüle edilmesi kanunen zorunlu kılınmıştır. Bu şekil şartı ilgili sözleşmenin tamamlanması süreci içinde gerçekleştirilebileceği gibi, sözleşmenin tamamlanmasını takiben de gerçekleştirilebilir.

İngiliz Deniz Sigorta Kanunu özellikle “deniz sigorta poliçesi” üzerinde durmuş, buna karşılık, İngiliz sigorta uygulamasında yaygın olarak kullanılan ve aşağıdaki İngilizce makalede incelemeye çalışacağım “açık kapsamlı sigorta sözleşmeleri” ile bu sözleşmelere dayanılarak çıkarılan “bireysel bildirimler”i ve diğer tür sigorta sözleşmelerini düzenlememiştir.

Kanundaki sözkonusu boşluk dolayısı ile açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmelerinden doğan hukuki uyuşmazlıkların çözümü içtihat hukukuna bırakılmıştır. İngiliz deniz sigorta hukuku terminolojisi içinde “açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmeleri”, uzun süreli “sigortalama sözleşmeleri” (slips) olarak genel kabul görmüştür. Yargıç Lopes’ in The Imperial Marine Insurance Company v. The Fire Insurance Corporation Limited davasında yaptığı tanımlamaya göre “slip, sigortalayan ve sigortalanan arasında tamamlanmış olan ve iyiniyet kuralı ile iş ahlaki uyarınca sigortalayan tarafı (sigortacıyı) sigortalanan tarafa (sigortalıya) karşı verdiği sigortalama sözünü yerine getirmekle hukuken bağlı kılan bir sigortalama sözleşmesidir”². Son yıllarda sözkonusu sözleşmelere ilişkin olarak içtihat hukukunda bazı temel hukuki prensiplere varılmış olsa da, günümüzde halen gerek hukukçular gerekse sigortacı ve sigortalılar bu tip sözleşmelerden kaynaklanan olumsuz hukuki problemlerle yüzleşmek zorunda kalmaktadır.

Günümüzde, Londra sigorta pazarında açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmeleri çok çeşitli formatta üretilmekte ve bu sebeple, hukukçular öncelikle hukuki uyuşmazlığa konu açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmesinin “bir sigorta sözleşmesi” mi, yoksa “sigortalama için yapılan bir sözleşme” mi olduğuna karar vermek zorunda kalmaktadır. Gerek sigortalanan gerekse sigortalayan açısından sözkonusu sorunun cevabı, sigortanın bireysel bildiriye konu risk açısından devam edip etmediğini karara bağlamaya dayanmaktadır. Dolayısı ile, açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmesinin hukuki tipinin belirlenmesi ve sigortalama sözleşmesine bağlı olarak düzenlenen “risk bildirisi”nin hukuki değeri, sözleşmenin tarafları açısından büyük önem taşımaktadır.

II. İngiliz Hukukunda Açık Kapsamlı Sigortalama Ön Sözleşmeleri

Aşağıdaki İngilizce çalışmamda deniz sigorta hukukunun beşiği olarak kabul edilen İngiltere’de ve Londra deniz sigorta pazarı aracılığı ile dünya genelinde (özellikle çokuluslu deniz taşımacılığı ticaretinde) geniş bir uygulama alanı bulan “açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmeleri” (open covers) üzerinde durulmuş ve bu sözleşmelerin hukuki niteliği ile bağlayıcılıkları ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmelerinin karmaşık hukuki nitelikleri, hukuken sınıflandırılabil-

2 (1878-9) Law Reports, Second Series, 4 Common Pleas Division 166.

melerinde karşılaşılan sorunlar ile pratik uygulamalarda yapılan fiili ve hukuki hatalar dikkate alınarak, çalışmada özellikle iki temel konu üzerinde durulmuştur. Bu iki konu, sırası ile, (1) borçlandırıcı tip, borçlandırıcı/isteğe bağlı tip ve isteğe bağlı tip açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmeleri arasındaki ayırıcı hukuki özellikleri ortaya koyabilmek ve (2) açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmesine dayanılarak hazırlanan bireysel bildirimlerin bağlı bulunduğu geçerlilik şartlarını belirleyebilmektir.

1. Borçlandırıcı Tip, Borçlandırıcı/İsteğe Bağlı Tip ve İsteğe Bağlı Tip Açık Kapsamlı Sigortalama Ön Sözleşmeleri Arasındaki Farklar

Yukarıda belirtilen ilk konu başlığı çerçevesinde, açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmelerinin hukuki yapısının tespiti (yani, sözleşmenin borçlandırıcı tip, borçlandırıcı/isteğe bağlı tip veya isteğe bağlı tip olup olmadığının nasıl ve ne şekilde tespit edilebileceği) ile bu tespitin hukuki problemlerin çözümündeki etkisi emsal davaların ayrıntılı olarak incelenmesi ile ele alınmıştır. Hukuki uyumsuzluğa konu olan sözleşmenin hukuki tipinin belirlenmesi, öncelikle her dava dosyasının kendine özgü olaylarına, tarafların sözleşmeyi tamamlarken ortaya koydukları iradelerinin objektif olarak yorumlanmasına ve sigorta hukukunda genel kabul görmüş olan prensiplere bağlıdır.

1.A. Borçlandırıcı tip açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmeleri

Bu tip bir açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmesinin tamamlanması ile birlikte sözleşmenin tarafları (gerek sigortalayan gerekse sigortalanan) sözkonusu sözleşmenin hukuken ve fiilen hayata geçirilebilmesi ve dolayısı ile bireysel bildiriye bağlı risklerin sigortalanan için karşılıklı olarak akdi yükümlülükler altına girerler. Bir tarafta sigortalı, sözkonusu sözleşmenin kapsamına giren her bir riski sigortacıya bireysel bildiri ile haber vermek akdi zorunluluğu altında iken, diğer tarafta da sigortacı sözkonusu genel kapsamlı sigortalama ön sözleşmesine dahil her bir riski istisnasız kabul etmek akdi zorunluluğu altındadır.

Sigortalanan tarafın sözkonusu sözleşme kapsamına dahil herhangi bir riski sigortalayan tarafa bireysel bildiri ile hiç haber vermemesi, geç haber vermesi veya hatalı bildirmesi durumunda, sigortalama sözleşmesinin

söz konusu risk açısından bağlayıcı olup olmadığı ve dolayısı ile riskin gerçekleşmesi neticesinde ortaya çıkan zararın sigortalayan tarafından tazmin edilip edilmeyeceği günümüzde en çok karşılaşılan ve yakın geçmişe kadar cevap bekleyen temel hukuki sorunu. Bu hukuki sorun, the Court of Appeal tarafından the Beursgracht³ davasında çözüme bağlanmıştır. Yüksek mahkeme söz konusu davada öncelikle davadaki olayları ve tarafların iradelerini objektif açıdan yorumlamış, dava konusu gecikmiş bireysel bildirinin dayandığı açık kapsamlı ön sigortalama sözleşmesinin “borçlandırıcı tip” olduğuna karar vermiştir. Daha sonra, bu tip sözleşmelerde kapsam içindeki herhangi bir riskin sigortalanan tarafından geç bildirilmesinin, hiç bildirilmemiş olmasının veya hatalı bildirilmesinin sigortalayan tarafın sözleşmeden doğan akdi yükümlülüklerini ve sorumluluklarını ortadan kaldırmayacağını hükme bağlamıştır. Diğer bir deyişle, sigortacı bu tip genel kapsamlı ön sigortalama sözleşmesini imzaladığı andan itibaren kapsam içinde yer alan yada alacak olan her bir riski, bireysel bildiri şartına bağlı olmaksızın istisnasız kabul etmiş addedilmektedir.

Yüksek mahkeme, dava konusu borçlandırıcı tip sözleşmenin hukuki niteliğine ilişkin çıkarımlarını Stephens v. Australasian Insurance Co.⁴ ve The Imperial Marine Insurance Comp. v. The Fire Insurance Corp. Ltd. davalarına dayanarak ayrıntıları ile ortaya koymuş ve bu çıkarımı, 1906 tarihli İngiliz Deniz Sigorta Kanununun 29. maddesinde düzenlenen, “the floating policies” çerçevesinde ele almıştır. Söz konusu maddenin 3. paragrafı, sigortalanan tarafı (sigortalıyı) genel sigorta kapsamında yer alan her bir riski tarihsel sıralamaya uygun olarak bireysel bildiri ile sigortalayan tarafa (sigortacıya) haber verme kanuni yükümlülüğü altına sokmuştur. Bu düzenlemenin emredici bir hüküm olmadığına karar veren the Court of Appeal, sigortalının bireysel bildiride yaptığı hata ve eksikliklerin, geç bildirimde bulunmasının yada hiç bildirim yapmamasının sigortacının “sigorta etme akdi yükümlülüğünü” ortadan kaldırmaya yetmeyeceğini hükme bağlamıştır. Bu durumda, sigortacı ya uyumsuzluk konusu bildirim sebebi ile ağır zarara uğradığını ve bu zararın sigortalama sözleşmesinin iptalini gerektirecek nitelikte olduğunu ispat etmek yada sigortalının bildirimine ilişkin ihlallerde kötüniyet ile hareket ettiğini kanıtlamak zorundadır.

Yukarıda belirtilenler doğrultusunda, sigortacının sigortalının hatalı, gecikmeli ve hatta hiç yapılmayan bireysel bildirisine konu riski sigor-

3 2002 1 Lloyd's List Law Reports 574.

4 1872 Law Reports, First Series, 8 Common Pleas Cases 18.

talamak zorunda kalması ve dolayısı ile riskin gerçekleşmesinden kaynaklanan zararı, sözkonusu riske ilişkin hiçbir prim girdisi olmaksızın, tazmin etmek zorunda olması, borçlandırıcı tip açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmelerinin sigortalayan tarafından az tercih edilmesine neden olmaktadır. Sigortalayan taraf, bu tip sözleşmeleri yapmadan önce ayrıntılı düşünmek ve karşılaşılabilecek olası prim kayıplarını engelleyecek şekilde sözleşme hükümleri tasarlamak zorundadır.

1.B. Borçlandırıcı/isteğe bağlı tip açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmeleri

Bu tip sözleşmelerde, sigortalayan taraf (sigortacı) borçlandırıcı nitelikli yükümlülükler altına girerken, sigortalanan taraf (sigortalı) kendi isteği doğrultusunda hareket etme hakkına sahiptir. Başka bir deyişle, sigortacı sigortalama ön sözleşmesi kapsamında yer alan ve sigortalanan tarafından bireysel bildiri ile kendisine terk edilen her bir riski kabul etmek zorunda iken, sigortalı, sözleşme kapsamına giren risklerden hangisini yada hangilerini sigortacıya terk edeceğine karar verme özgürlüğüne sahiptir. Bu özgürlük çerçevesinde hareket eden sigortalının, terk ettiği veya hiç terk etmediği riskler vasıtası ile sigortacının sigorta portföy dengesini bozma ihtimalinin yüksekliği, borçlandırıcı/isteğe bağlı tip açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmelerinin sigortacıdan ziyade sigortalı tarafından tercih edilmesine sebep olmaktadır.

Borçlandırıcı/isteğe bağlı tip açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmelerinin hukuki nitelikleri Ionides and Chapeaurouge v. The Pacific Fire and Marine Insurance Company⁵, Citadel Insurance Co. v. Atlantic Union Insurance Co. S.A.⁶ ve BP Plc v. G.E. Frankona Reinsurance Ltd.⁷ davalarında ayrıntılı olarak ele alınmıştır. Sözkonusu davalara göre, sigortalanan taraf bu tip sözleşme kapsamına dahil olan ve terk etmeyi istediği her bir riski hukuken geçerli ve bağlayıcı bir bireysel bildiri ile sigortalayan tarafa haber vermek mecburiyetindedir. Sigortacının bireysel bildiriye konu riski sigorta/tazmin etme yükümlülüğü, bu tip genel kapsamlı sigortalama ön sözleşmelerinde bireysel bildirilere ilişkin olarak ortaya konan akdî şekil ve süre şartlarının tam ve eksiksiz olarak yerine getirilmesine bağlıdır. Bu

5 (1870-71) Law Reports, First Series, 6 Queen's Bench 674.

6 [1982] 2 Lloyd's List Law Reports 543.

7 [2003] 1 Lloyd's List Law Reports 537.

tip sözleşmelerde her bir bireysel bildiri sigortayı hayata geçiren hukuki bir kilit olup, sözkonusu ön sigortalama sözleşmesine dayanılarak çıkarılan her bir bireysel bildiri sigortalayan ile sigortalanan arasında ayrı ve bağımsız nitelikli yeni bir sigorta sözleşmesi oluşturmaktadır.

1.C. İsteğe bağlı tip açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmeleri

Bu tip sözleşmelerde hem sigortalayan hemde sigortalanan kendi isteği doğrultusunda hareket edebilme hakkına sahiptir. Dolayısı ile, sigortacı genel sigortalama ön sözleşmesi kapsamına dahil olan ve sigortalı tarafından kendisine terk edilmek istenilen riski/riskleri kabul edip etmeme konusunda tümü ile özgür iken, sigortalı da sözkonusu risklerden hangisini yada hangilerini sigortalayan tarafa terk edeceğine karar verme hakkına sahiptir. Bu noktada, bireysel bildiri sigortalının tek taraflı sigorta önerisi olup, hukuken bağlayıcı bir sigorta sözleşmesinin gerçekleşmesi terkedilmek istenilen riskin yani bireysel bildirinin sigortacı tarafından kabul edilmesi ile mümkündür⁸.

Yargıç Gatehouse, Societe Anonyme d' Intermediaires Luxembourgeois v. Farex Gie⁹ davasında bu tip sigortalama ön sözleşmelerini birer prosedür mekanizması olarak tanımlamış ve bu sözleşmelere dayanılarak çıkarılan bireysel bildirilerin her birinin, sigortalayan tarafın kabulüne bağlı olarak, ayrı ve bağımsız nitelikli sigorta sözleşmesi yarattığını hükme bağlamıştır. Dolayısı ile, bu tip genel kapsamlı sigortalama ön sözleşmelerini "sigorta sözleşmesi" olarak değil, ama "sigortalama sözleşmesi (sigorta için yapılan ön sözleşme)" olarak tanımlamak hukuken daha uygun olacaktır.

2. Açık Kapsamlı Sigortalama Ön Sözleşmesine Dayanılarak Hazırlanan Bireysel Bildirilerin Bağlı Bulunduğu Geçerlilik Şartları

Aşağıdaki İngilizce çalışmada, ikinci olarak, açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmelerine dayanılarak çıkarılan bireysel bildirilerin hukuken

8 İsteğe bağlı tip açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmelerinin hukuki nitelikleri hakkındaki ayrıntılı bilgiler, aşağıdaki İngilizce çalışmada incelenen *Lincoln National Life Ins. Co. v. State Tax Commission*, 16 So. 2d (1944 Miss.) 369, ve *Balfour v. Beaumont*, [1982] 2 Lloyd's List Law Reports 493 davalarında ortaya konulmuştur.

9 [1995] L.R.L.R. 116.

geçerli ve bağlayıcı olabilmeleri için sigortalanan tarafından uyulması/yerine getirilmesi gereken şekil ve süre şartları ile gerek bireysel bildirimlerde gerekse bizzat açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmelerinde yerine getirilmesi gereken azami iyiniyet kuralının hukuki etkileri üzerinde durulmuştur.

2.A. Bireysel bildirimlerde uyulması gereken süre ve şekil şartları

Bireysel bildirimlere ilişkin sözkonusu şartların nasıl ve ne şekilde belirlenebileceği BP Plc. v. GE Frankona Reinsurance Ltd.¹⁰ davasında genel hatları ile ortaya konulmuştur. Sigortalanan tarafın (sigortalının) bireysel bildiriye hazırlarken uyması gereken süre ve şekil şartları, uyumsuzluk konusu açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmesinin objektif olarak yorumlanması ile tespit edilebilmektedir. Bunun yanı sıra, sigorta pazarında genel kabul görmüş olan ilkelerin ve sigorta hukukunda ki temel prensiplerin dava konusu olaylara uygulanması da süre ve şekil şartlarının belirlenmesinde önemli rol oynamaktadır. Bu konuda uzman kişilerin görüşleri ile bilirkişi incelemeleri yargı makamlarına uyumsuzluk çözümünde yardımcı olmaktadır.

Sözleşme hükümlerinin dava konusu uyumsuzlukların çözümünde taşıdığı önem sebebi ile, gerek sigortacı gerekse sigortalı, açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmelerinde bireysel bildirimlerde uyulmasını istedikleri her türlü şartı açık bir dille herhangi bir kuşkuya sebep olmayacak şekilde yazılı hale getirmek zorundadır.

2.B. “Azami iyiniyet” kuralının hukuki etkileri

1906 tarihli İngiliz Deniz Sigorta Kanununun özellikle 17. ve 19. maddelerinde düzenlenmiş olan sözkonusu kural gereği, sigortalanacak taraf sigorta sözleşmesinin tamamlanması süreci içerisinde sigortalayacak tarafa sigortalanacak riske ilişkin her türlü etkin bilgiyi vermek ve dolayısı ile sigortalayacak tarafı gerek sözkonusu riski sigortalayıp sigortalama konusunda gerekse sigortalama halinde belirlenecek sigortalama piri-mini saptama hususunda tümü ile özgür bırakmak zorundadır. Bu düzenlemeye ek olarak, karar verme süreci içerisindeki sigortacının sigortalı tarafından olumsuz yada yanıltıcı bir şekilde etkilenmesi de kanunen yasaklanmıştır. Sözkonusu kuralın ihlal edilmesi durumunda herhangi bir kara-

¹⁰ [2003] 1 Lloyd's List Law Reports 537, in particular at 555- 559.

ra gerek olmaksızın sigorta sözleşmesi hiç akdedilmemiş farzedilmekte ve sigortalı sigorta tazminatından mahrum kalmaktadır. Sigortalının kötüniyetli hareket etmemiş olduğu tespit edilirse, ödenmiş primlerin kendisine iade edilmesi mümkün olabilmektedir.

2.B.1) Bu kuralın uyuşmazlığa konu açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmesi üzerindeki hukuki etkileri

Borçlandırıcı tip açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmeleri genel kapsamlı çerçeve sözleşmeleri olarak uygulanmakta ve tartışmalı da olsa, sözkonusu sözleşmeler sigorta sözleşmeleri olarak nitelenmekten ziyade "sigorta için yapılan sözleşmeler" olarak tanımlanmaktadır. Bu tip sözleşmelerin hukuken sınıflandırılmasında süregelen belirsizlikler bulunmaktadır. Dolayısı ile, sigortalının sigorta sözleşmesinin yapılması sürecinde sigorta konusu riske yada risklere ilişkin her türlü bilgiyi sigortacıya bildirme yükümlülüğü ve bu konuda göstermesi gereken azami iyiniyet kuralı tartışılmaya devam edilmektedir.

*Glasgow Assurance Corporation Ltd. v. Williamson Symondson & Co.*¹¹ davasında yargıç Scrutton, uyuşmazlık konusu borçlandırıcı tip açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmesinin bir sigorta sözleşmesi olmadığını ancak, buna karşın sözleşmenin bir azami iyiniyet sözleşmesi olduğunu hükme bağlamıştır. Dolayısı ile, sigortalı sözkonusu genel çerçeve sözleşmesinin yapılması aşamasında her türlü ilgili ve etkin bilgiyi sigortacıya aktarmakla yükümlüdür.

Borçlandırıcı tip açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmelerinden farklı olarak, isteğe bağlı tip sözleşmelerin sigorta için yapılan genel çerçeve sözleşmeleri olduğu hususunda hiçbir hukuki tereddüt bulunmamaktadır. *Societe Anonyme d' Intermediaires Luxembourgeois v. Farex Gie*¹² davasında da ortaya konduğu üzere, sigortalanan taraf azami iyiniyet kuralı ile bağlı olmayıp, herhangi bir hukuki yükümlülük altına girmemektedir. Dolayısı ile, sigortalı sözkonusu sözleşmenin tamamlanması aşamasında sigorta konusu risklere ilişkin bilgileri sigortacıya bildirmek mecburiyetinde değildir.

11 (1911) 16 Commercial Cases 109, especially at p. 121.

12 [1995] L.R.L.R. 116.

2.B.2) Azami iyiniyet kuralının bireysel bildirilerin düzenlenmesindeki hukuki etkileri

Sigortalanan tarafın azami iyiniyet kuralını, bireysel bildirilere ve ya genel çerçeve sözleşmelerine ilişkin olarak, ihlal etmesi aynı hukuki sonuçları doğurmaz. Bireysel bildiriler genel kapsamlı ön sigortalama sözleşmelerine dayanılarak çıkarılıyor olsalar bile, kabul edilmiş genel hukuk ilkesine göre, asıl olan her "bireysel bildiri"nin hukuken ayrı ve bağlayıcı bir sigorta sözleşmesi yaratmasıdır.

Genel kapsamlı çerçeve sözleşmesinde sigortacı, bireysel bildiriler ile kendisine terk edilecek olan riski/riskleri red etmeyeceğini baştan kabul etmiş ise, bireysel bildiri terk edilen riskin otomatik olarak sigortalananı sonucunu doğurur ve hatta bazı durumlarda herhangi bir bildiri olmadan dahi kapsam dahilindeki risk sigortalananmış olur. Bu açıklamadan da anlaşılacağı üzere, sigortalı bu tür sözleşmelere dayanılarak çıkarılan bildirilerde azami iyiniyet kuralına uymak zorunda değildir. Burada önemli olan nokta, çerçeve sözleşmesinin tamamlanması aşamasında söz konusu kuralın yerine getirilip getirilmediği hususunun tespiti.

Diğer taraftan, henüz kesin bir hukuk prensibi ortaya konulmamış olsa dahi, isteğe bağlı genel kapsamlı ön sigortalama sözleşmelerine dayanılarak çıkarılan bireysel bildirilerde, sigortalayan tarafın kendisine terk edilmek istenen riski kabul edip etmeyeceği sigortalanan tarafın açıkladığı bilgilere bağlı olduğundan, sigortalanan tarafın azami iyiniyet kuralını yerine getirmesi hukuken gereklidir.

III. Sonuç

İngiliz Hukukunda kanunen düzenlenmemiş olan açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmelerinin kullanımı, özellikle uluslararası deniz taşımacılığı sektöründe gün geçtikçe artmaktadır. Ülkemizde de söz konusu sözleşmelerin Londra sigorta pazarı aracılığı ile yapılması mümkün olup, istisnai haller hariç söz konusu sözleşmelerde uygulanacak hukuk İngiliz hukuku olarak belirtilmektedir.

İngiliz hukukunda açık kapsamlı sigortalama ön sözleşmelerinden kaynaklanan hukuki uyumsuzlukların çözümünde "sözleşmenin doğru ve objektif şekilde yorumlanabilmesi" çok önemlidir. Dolayısıyla, sözleşme maddelerinin tarafların iradelerini açıkça ortaya koyabilecek, tereddüde

sebebiyet vermeyecek şekilde düzenlenmesi ileride karşılaşılabilecek yabancı unsurlu uyumsuzlukların önlenmesinde kilit rol oynayacaktır. Böylece, uyumsuzluk konusu sözleşmenin hukuki niteliğinin ne olduğu (yukarıda açıklanan açık kapsamlı sigortalama ön sözleşme türlerinden hangisine girdiği) ve sözleşmeden kaynaklanan hakların, yükümlülüklerin neler olduğu daha kolay tespit edilebilecektir.

* * *

1. INTRODUCTION

In spite of the continuation of use of open covers in the London market, the authority did not make any reference relating to them and their subsequent individual declarations in the Marine Insurance Act, 1906¹³. Hence, a number of legal issues have to be solved by the courts depending upon the true construction of open covers, the analysis of the market practices or market procedures and the application of insurance law derived from the cases.

Despite the recent developments in case law, it could be readily said that the legal references are still limited as regards the questions occurring in the operation of open covers in marine insurance. Thus, the legal and market practitioners are particularly compelled to encounter unwelcome results as well as the legal complexity arising out of the association between the open covers and the subsequent individual declarations.

In accordance with the facts summarised, the aim of this study is to focus upon two current legal issues, which are examined individually under two main parts of the paper. These are as follows; first, to draw the distinction between obligatory, facultative/obligatory and non-obligatory

13 As can be apparent to the readers, the Marine Insurance Act, 1906 particularly concerns with the policy of marine insurance rather than other types of contracts such as open covers by virtue of both section (21) and (22). The former regulates that a slip, a covering note or other customary memorandum of a contract of marine insurance can be accepted as evidence for the aim of ascertainment when the proposal of the assured is accepted by the insurer. In addition, the latter clearly states that the acceptance of a contract of marine insurance as admissible evidence depends upon the formulation of it, which means that the contract of marine insurance must be expressed in a marine policy either at the time of the conclusion of marine insurance contract, or afterwards. In consequence of the primary importance of marine insurance policies provided by the Act, the omission of related regulations concerning the open covers and their succeeding declarations may be regarded as an understandable action.

open covers and second, to ascertain the legal obligations which stem from effecting subsequent declarations validly in respect of the open cover. Having regard to the former, the study seeks to respond to both how the proper nature of open covers can be legally determined, and why the ascertainment of the legal nature of open covers is influential in resolving of the issues.

On the other hand, in connection with the latter, this paper attempts to concentrate on, firstly, how the legitimate time scale to issue the succeeding declarations is to be governed in respect of the coverage and, in addition, what the legal consequences of failure to declare the risk/s within the proper time could be, regarding the attachment of insurance to the risk/s ceded, secondly, what kind of information is to be asserted on the individual declarations issued on the basis of the general facility, and finally whether the duty of utmost good faith is applicable to the open cover itself, or each declaration and their succeeding policies singly and if so, what the legal impacts could be on them.

2. THE OVERVIEW OF OPEN COVERS

Prior to the commencement of the legal analysis of open covers, as can be readily seen, to review briefly both the background knowledge of the floating policies¹⁴ to discover the legal and practical forces behind the creation of open covers and the common practice of the London market as to how their operation works. This should be an appropriate step for the easy understanding of issues aforementioned under the following sub-sections.

2.1. The historical logic behind the origination of open covers

In relation to the main concerns of this study, it may be convenient to commence with the ascertainment of reasons why an increased demand appeared for the application of floating policies in the market. As regards this question, it could be readily said that the aim desired was to obviate the practical problems arising from the waste of time and effort whilst the regular marine insurance contracts were being effected continuously on

14 The detailed observations on the legal nature of floating policies can be found out in the later sections, which are specially concerned with the formation of insurance contracts.

the basis of repetitive cargo insurances. Therefore, in consequence of these inconveniences, the idea was formulated to have a general insurance facility which led to the floating policies, which came into existence by the coverage of a series of shipments.

Although the floating policies swiftly became wide currency all over the market, some vexatious difficulties arose, caused by the operation of floating policies. The parties quickly encountered problems due to the failure to achieve the practical advantages craved. The primary issue faced with was the life of a floating policy which depends upon not only a period of time, as limited under the policy, but also the number and size of subsequent individual declarations issued in respect of the policy's sum insured. Having regard to the floating policy system¹⁵, it is clear that the policy itself operates as a general facility to provide the insurance /reinsurance coverage for the insured/reinsured/broker in respect of many consignments, and therefore a sufficient sum must be stated to be capable of the cover accommodating to the value of subsequent declarations.

In accordance with the system, the insured/reinsured/broker, with regard to each consignment falling within the scope of the policy, has to issue the subsequent declarations, illustrating at least the value of relevant shipment and the name of ship on which the goods insured were loaded. Thereafter the value of each declaration has to be consequently subtracted from the policy sum insured. As a result of these continuing deductions, at one point the insured/reinsured/broker can perceive unexpectedly that the insurance cover has in fact expired by virtue of the exhaustion of the policy sum insured. Put in other words, the excess of the policy sum insured

15 The working system in respect of floating policies is stated in section (29) of the Marine Insurance Act, 1906, where the rules derived from common law are statutorily reproduced and the legal position of these type policies is concentrated as well as the legal description of them. Pursuant to the interpretation of sub-section 29 (1) of the Act, while the subject-matter insured/s, the risk/s insured against and a sum insured, which is adequate to cover many consignments, have to be indicated in general terms by reason of being the compulsory essentials of general facility, the subsequent declarations issued under the policy have to disclose, at least, the key elements of each shipment such as the name of ship/s, the value of related consignment and other particulars in respect of the coverage. It may be also apt to mention that the subject-matter insured must be described with reasonable certainty in a floating policy of marine insurance/reinsurance according to section 26 (1) of the Marine Insurance Act, 1906.

by means of the subsequent declarations' total value directly causes the end of the policy's legal life with the unwelcome consequence of meeting no insurance cover.

As can be easily guessed, accordingly, the market sought to avoid this disadvantage by virtue of "to follow" policies, which were created to function as an effective means to obtain complete protection against emptying of the policy sum insured. Having regard to the operation of this type floating policy, any following floating policies would start to be used subject to the requirements of the parties entailing premium rates and other related conditions, after the prior policy was "run off". However, there was still a gap to assist the broker/insured/reinsured in checking the amounts declared for the dedication to the initiation of a following policy. Consequently, it can be concluded that the goal to attain a fully operative floating policy has not been successfully reached, yet in respect of "to follow" policies. Thus, it may be correctly said that the primary issue arising from the life of a floating policy is still an active obstacle before the parties in the market place.

On the other hand, in addition to the issue aforementioned, the Stamp Act, 1891 could be claimed to be the second difficulty encountered in the operation of floating policies. In accordance with the relevant sections of Stamp Act, 1891, in particular between section (92) and section (97), marine insurance contracts were subject to an ad valorem stamp duty¹⁶; hence, the full stamp duty had to be paid in advance by the parties as regards the policy sum insured.

Fortunately, this financial disadvantage caused by the statutory obligation was terminated by section 30 of the Finance Act, 1959, which repealed the Act of 1891. However, it should be remembered that even though this legal modification was accepted as a celebrated event, the main issue abovesaid was effectual to compel the parties either to improve the floating policy system or to beget a new legal tool.

16 In *Home Marine Insurance Company, Limited v. Smith*, [1898] 2 Q.B. 351, the Court of Appeal especially examined the document called "open cover" to ascertain both whether it was a contract for sea insurance and a contract for being stamped as to Stamp Act, 1891. In accordance with sub-sections (1)-(3) of section (93) of this act, the findings of the court were that the document was a contract for sea insurance, but not a policy of marine insurance. As a result, the open cover was regarded as an invalid document relating to ad valorem stamp duty on the basis of both not being expressed in a policy and the omission of a sum insured in the document.

In consequence of the fundamental requirements, the pertinent practice in respect of the open covers was consequently received from the United States, where commercial practice was effectively developing in connection with the procedure for the use of open covers. Until this reformation, although the open covers in marine insurance were being made in the market, the operation of them was very limited compared to the US, by reason of the priority given floating policies over the open covers. Thus, it could be accurately said that the performance of open covers has become an effective means for the parties after the US's practice modified by the London market, and that therefore the floating policies have been practically superseded by the open covers, in particular brokers' covers, in the United Kingdom, since 1959.

2.2 The manipulation of open covers having regard to commercial practices

In insurance practice today, Institute Standard Conditions for Cargo Contracts are particularly preferred by the parties of marine insurance contracts, to be used to associate with either the open covers or floating policies. It can be rightly said that the Conditions in operation reflect the Marine Insurance Act 1906, and accommodate the commercial requirements of the market. As to the former inference, section 16 (3), namely "the specification of insurable value", section (29), namely "Floating policy by ship or ships" and section (67), namely "extent of liability of insurer for loss" can be illustrated by the relevant sections of the Act, which serves the creation of the Conditions well.

In accordance with the statement aforementioned, it may be true to say that the common practice in respect of open covers is far from being complicated in the commercial sense. Accordingly, from the insured/reinsured/broker's point of view, each shipment falling within the scope of open cover¹⁷ and the value of this consignment¹⁸ are to be declared in the order of dispatch or shipment¹⁹. As a result of the subsequent declaration issued

17 Pursuant to clause (2) of the Conditions, the subsequent individual declarations have to be issued regarding each consignment without any exception.

18 In respect of any one vessel, aircraft or conveyance, the sum stated on each declaration is to be limited subject to clause (3) of the Conditions.

19 The obligation to declare the consignments in the order of dispatch or shipment is stemmed from section 29 (3) of the Marine Insurance Act, 1906, unless the parties agreed otherwise in the open cover.

under the open cover, the premium is to be calculated individually and paid by the legal holder of the general insurance/reinsurance facility²⁰.

Pursuant to section 29 (3) of the Marine Insurance Act²¹, even if the insured/reinsured/broker fails to declare the shipment in chronological order, the insurance cover may be still regarded as a legally binding arrangement in respect of the omission/erroneous declaration on the basis of the existence of good faith. In such a case, it can be easily observed that the valuation of a late declaration, which is made after loss occurred, becomes a vital commercial subject for the insurer/reinsurer to calculate the premium as regards the late declaration. In consequence of the need occurred to preserve the insurer/reinsurer from this potential weakness and so, the Conditions' clause (5)²², namely "the basis of valuation clause", was particularly designed to accommodate such proper protection. However, it should be borne in mind that the parties are always at liberty to vary the clause or to formulate a new basis for the value of late declarations²³.

From the insurer/reinsurer's point of view, the relevant subsequent policy of marine insurance/reinsurance²⁴ in respect of the individual declaration submitted under the open cover has to be issued, and therefore the

-
- 20 The open covers do not grant a fixed total sum insured to the beneficiary of general facility, but the floating policies do. Hence, whilst the liability of the insured/reinsured/broker to pay the premium/s commences from the time of effecting the individual declarations as to the former, the premium is likely to be paid in advance in respect of the latter.
- 21 One should bear in mind that there is no direct reference made in the Act, in respect of the operation of open covers. Thus, section 29 (2) and (3) of the Act, where individual declarations are regulated in connection with floating policies, may be accepted as the only references relating the subsequent individual declarations issued under the open covers.
- 22 The clause was developed from both section 29 (4) and section (16) of the Act.
- 23 As regards section 29 (4) of the Act, the subsequent policy in respect of a late declaration must be treated as an unvalued policy, unless the parties agreed otherwise in the floating policy. As a result, if the parties failed to state the basis of valuation regarding the late declaration, section (16) of the Act has to be applied, to measure the insurable value of the late declaration. Nevertheless, according to this section, it should be remembered that the parties are once again provided with the right to effect any express provision or valuation as to the insurable value of the omission/erroneous declaration in the policy.
- 24 The subsequent policy may be issued in the form of a floating policy, subject to the open cover's terms.

insured/reinsured has to be indemnified against the loss/damage proximately caused by a peril insured against under the open cover, whether the loss/damage occurs.

On the other hand, having regard to the general insurance/reinsurance facility's granted to the beneficiary, the open covers may be divided into two basic groups; first, client's open covers where the insured/reinsured is directly accommodated with the general facility and without any requisite for an intermediary or intermediary act as a mere agent to obtain the coverage, which provides the insured/reinsured and also any broker involved with cover, where the broker is the beneficiary of the facility, to introduce new business to the insurer/reinsurer in respect of the open cover's terms.

Whilst client's open covers are likely to be restricted to a period of twelve months, as long term slip contracts²⁵, broker's covers may be framed as "always open" slip contracts due to a proper cancellation clause. Inevitably, to apply the "always" open cover there is a need for trustworthy associations to be established between the insurer/reinsurer and the broker.

In addition to the abovesaid, as to the broker's binding authority, or "binder"²⁶, it is conceivable that the broker can be furnished with many contractual rights, which can enable the broker to play not only within a wide range of business, but also to elect the risk/s falling within the ambit of open cover. In consequence of the trust underwriters placed in brokers, the broker's binding authority has become an appropriate method for the operation of open covers and has acquired popularity in the market.

In conclusion, it could be said that the insured/reinsured/broker is fortuitous not to have any experience in respect of the distress caused by the sudden expiry of floating policies by means of the open covers. Because, unlike the floating policies, there is no legal requirement to grant a fixed total sum insured under the open cover to the beneficiary of it. Moreover, due to the terms of open covers, the insured/reinsured is administered the continuation of insurance/reinsurance cover, even if the subse-

25 Like open policies, the open covers may include an automatic renewal clause, where the automatic renewal of the facility is made subject to the renegotiations of some specific terms such as the premium rates and other relevant provisions.

26 The general insurance/reinsurance facility is granted to a broker by an insurer/reinsurer.

quent declaration or marine policy was not effected, at all. However, the commercial practices have advanced considerably as to the performance of open covers, to ascertain what the legal certainty regarding the category of open covers should be is still a puzzling issue²⁷.

3. THE LEGAL QUESTIONS ARISING IN THE OPERATION OF OPEN COVERS

Open covers are effected as long term “slips”²⁸ in marine insurance terminology, they are regarded as the contracts “to insure”. In consequence of not being the policy of marine insurance²⁹, as will be observed, it is highly possible to express that the open covers are not equivalent to floating policies in the legal sense. However, the point to be clearly noted is that there is no unqualified judgement to date which can establish both what the proper description of open covers is³⁰ and what the certain category of legal certainty of open covers is. Despite a number of unsolved questions, the following current legal issues are selected to concentrate on the legal discredit aforementioned.

3.1 The first issue: to ascertain the legal nature of open cover

In the market, the parties of open covers, who could be either the insurers and the insureds/brokers or the reinsurers and the reinsureds/bro-

27 In respect of the issue, the study seeks to render some conclusions to the readers in the following chapter.

28 The slip is a complete and final contract binding upon the underwriters in honour and good faith as regards the description of Lopes J, in *The Imperial Marine Insurance Company v. The Fire Insurance Corporation, Limited*, (1878-79) LR 4 C.P.D. 166.

29 The legal importance of being a policy of marine insurance can be concluded comparatively from the section (22), “Contract must be embodied in policy” and (89), “Slip as evidence” of the Marine Insurance Act, 1906. Pursuant to the former section, the policy provides the legal holder with the legal rights and claims on the insurance itself. On the other hand, the acceptance of slip as evidence in any legal proceeding is a question of each case’s facts as to the section (89) of the Act.

30 In *The Beursgracht*, [2002] 1 Lloyd’s Rep. 574, Lord Justice Tuckey spelt out that there was no certain legal description as regards the nature of open covers despite the dictionary’s formulation. Thus, the discovery of the role of subsequent declarations under the open cover was, once again, ascertained depending upon the true construction of the open cover’s terms.

kers, produce the open covers under a wide variety of formations. In consequence of the practice to use various forms, the core matter which came to light is whether the open cover is procured as “a contract for insurance” or as “a contract of insurance” by the parties. The response to this question is crucial for the ascertainment of insurance cover in favour of the insured/reinsured/broker despite any omission or errors in the subsequent individual declaration under the general facility.

In connection with the abovesaid question, to discover the proper type of open covers depends upon the certainty and legal nature of open covers. Therefore, it would be convenient, first of all, to draw the distinction between obligatory, facultative/obligatory and facultative open covers in order to understand the issue. It should be remembered that to consider the appropriate type of open covers could be burdensome for the reason of the convoluted facts of each case.

Obligatory open covers

From a legal point of view, both the insured/reinsured and the insurer/reinsurer are under the contractual obligations to operate the obligatory type of cover. In consequence of this legal characteristic, the ceding party of open cover, namely the insured/reinsured/broker, is bound to declare all risks falling within the ambit of the framework for being insured. In addition to the ceding party’s obligation mentioned, the insurer/reinsurer is also obliged to accept all risks ceded matching the terms of open cover. Consequently, it can be readily said that the acceptance of such risk/s by the insurer/reinsurer does not depend upon whether the risk was ceded or not, unless the absence or inaccurate statement of risk/s is effected in bad faith³¹.

In connection with the brief explanation above, to examine the judgement of the Court of Appeal in the current case, namely *the Beursgracht*³², would be particularly apt in the context of obligatory type covers. The significant facts of the case can be summarised as follows.

31 The requirement for performing good faith in connection with the individual declarations is ruled by section 29 (3) of the Marine Insurance Act, 1906 as follows: “... but an omission or erroneous declaration may be rectified even after loss or arrival, provided the omission or declaration was made in good faith.”

32 *Glencore International A.G v. Ryan*. [2002] 1 Lloyd’s Rep. 574

The plaintiff, namely Glencore International A.G., which was chartering various vessels worldwide by reason of its business interests in connection with being a multinational trade company, attained an open cover from the defendants, namely Ryan and other underwriters, to be insured against “Charterer’s liability”³³.

According to the events, the claim brought against the defendants was connected with the plaintiff’s liability caused by being the charterer of the *Beursgracht*³⁴. In consequence of this liability, the insured became liable to indemnify the shipowners of the vessel against the assertion which arose out of an accident, which had subsequently ended with the death of one stevedore, during loading in Brazil.

Having regard to this case, as can be seen, the issues were based upon a late declaration connected with the charterparty of *Beursgracht*, which was, in fact, submitted May 23, 1993 after about six years from the commencement of relevant charterparty. Therefore, before the judges in the Court of Appeal, the main questions were stated, first, what the proper legal nature of the cover was as to the true construction of the open cover’s terms and, second, what the true function of the subsequent individual declarations were under the open cover.

As regards the former question, the conclusions of the Court of Appeal could be briefly outlined as follows.

- In consequence of the terminology stated under the “Period” and “Cargo” clauses³⁵, the open cover was held as being obligatory for not

33 In the cover, “Charterer’s liability” was stated, inter alia, “... the insured (the plaintiff)’s liabilities to the owners of chartered vessels by way of reimbursement for claims brought against them by third parties, in the open cover.” In addition, it should be emphasized that Charterer’s liability was considered as the sole insurable interest by the parties.

34 The aim of “Glencore” to charter the vessel, in October 1987, was the carriage of aluminium products from Santos to Rotterdam.

35 These were two key provisions to be construed under the cover, before the judges. The first was “Period”: Open cover to accept all vessels chartered by the Assured for and during the period of 12 calendar months commencing 1st November 1986.... and ending 31st October 1987.... and, the second was “Cargo”: To accept all vessels chartered by the Assured to carry approved cargo, or held covered at terms, conditions and rates to be agreed, by Underwriters. In accordance with these provisions, the court upheld the judgements of judge HHJ Hallgarten Q.C. in *The Beursgracht (No: 1)*, [2001] 2 Lloyd’s 602 and *The Beursgracht (No: 2)*, [2001] 2 Lloyd’s 608.

only the insurers, but also the insured. As a result, whilst Glencore had no discretion to select which vessel chartered is to be declared under the cover, the underwriters had to accept compulsorily all vessels chartered falling within the scope of open cover.

- Having regard to the judgement in the case, as can be clearly seen, the open cover was closely paralleled with a floating policy³⁶; hence, the explanation of the obligatory open cover was based upon the section (29) of the Marine Insurance Act, 1906, where the operation of floating policies is regulated.

In connection with the latter question³⁷, the findings of the Court of Appeal were as follows:

- Section 29 (3) of the Marine Insurance Act, 1906³⁸, which was derived from the customary usage stated in *Stephens v. Australasian Insurance Co.*³⁹, was held as being applicable to the events of the case.

- As a result of the application of the usage, when the obligatory type of cover was effected on charterer's liabilities to be thereafter declared, the insurance cover attached to the charterer's liabilities as soon as and in the order in which the vessels were chartered.

The language in these provisions referred to "all vessels chartered" and "to accept" was amounted to what they said/meant, and therefore the insurers are obliged to accept each vessel chartered without any exception if the vessel chartered comes into the ambit of open cover. The Court of Appeal clearly rejected to classify the word "accept" as being used in the technical sense or legal sense in the context of open cover.

36 The detailed analysis is expressed in the following conclusions of the court, which are concerned with the discovery of the role of late declaration under the open covers.

37 To ascertain what the true function of the subsequent individual declaration was under the open cover.

38 The wording of the sub-section 29 (3) of the Marine Insurance Act, 1906 states that "Unless the policy otherwise provides, the declarations must be made in order of dispatch or shipment. They must, in the case of goods, comprise all consignments within the terms of the policy, and the value of the goods or other property must be honestly stated, but an omission or erroneous declaration may be rectified even after loss or arrival, provided the omission or declaration was made in good faith."

39 (1872) L.R. 8 C.P. 18.

The usage was later applied by Lopes J., in *The Imperial Marine Insurance Company v. The Fire Insurance Corporation Ltd.*, (1878-79) LR 4 C.P.D. 166.

On the one hand, from the underwriters' point of view, the risk/s arose from the charterparty of the Beursgracht automatically attached to the insurance cover and there was no contractual intention to agree otherwise in the cover. As to the automatic attachment, the premiums in relation to the risk/s caused by the charter of Beursgracht were to be paid as the defendants were entitled to them.

On the other hand, from the insured's point of view, the plaintiff was not entitled to declare some of the risk/s coming within the range of the open cover in accordance with the sub-section of the Act and the customary usage explained. Therefore, the insured was directly obliged to declare all charterparties of the vessels chartered to the underwriters when he knew of them. In the case, by reason of oversight or otherwise the Beursgracht was declared on the open cover in an order different from that in which it was, in fact, chartered. Hence, in consequence of not having declared all vessels chartered, the plaintiff was held to be entitled to rectify the late declaration, and therefore to make it corresponding with the order of charterparties, even after loss occurred, by virtue of the statutory arrangement, which requires the existence of good faith in the alteration⁴⁰.

• The Court of Appeal ruled that the responsibility for issuing each subsequent individual declaration without omission or error in the order of dispatch or shipment to the insurer under the insurance facility, to which the insured is statutorily burdened by the sub-section, is an innominate term. As to the finding, to entitle the innocent party to repudiate the contract depends upon the severity and nature of the breach, which would have to be analysed in relation to the facts of each case in English contract law. Hence, the court examined the facts of relevant case to ascertain whether the severity of the breach was abundant to repudiate the insurance cover in favour of the underwriters⁴¹. In consequence of the analysis, the

40 The judge HHJ Hallgarten Q.C. had concluded that the omission in respect of the Beursgracht chartered was a good faith mistake. On the other hand, the Court of Appeal decided that "Glencore" had acted negligently as to the late declaration. Having regard to these judgements, it could be readily said that there was no evidence to illustrate the plaintiff's bad faith; hence, the late declaration was made in good faith.

41 The insurance cover can likely be treated as repudiated by the underwriters, if the breach is of serious nature or have crucial outcomes for the underwriters. As regards the repudiation of insurance cover, it may be essential to view the rule in *Alfred McAlpine plc v. BAI (Run-off) Ltd*, [2000] 1 Lloyd's Rep. 437.

court not only rejected to accept the underwriters' submission based upon the words "monthly declarations"⁴² by reason of the absence of any intention to limit the timing of subsequent declarations in the open cover, but also refused to accept the occurrence of harsh consequences, which were alleged to be caused by the late declaration against the benefit of insurers.

In accordance with the nature of obligatory open covers, as can be seen, the ceding of the risk/s by the insured/reinsured and the acceptance of the risk/s by the insurer/reinsurer are automatic legal devices, but optional. Thus, whether the insured/reinsured fails to submit the declaration required within a reasonable time in good faith⁴³, the insurer/reinsurer has to encounter the automatic attachment of risk/s, which effects the late declaration as if the missing declaration was made in the order of dispatch/shipment, and therefore must face the legal but unwelcome consequences of late declaration.

Here, it may be convenient briefly to mention the judgement of the Court of Appeal in *Glencore A.G. v. Portman*⁴⁴. Pursuant to the facts of the case, one of the issues that was relied upon was a late declaration relating to the charterparty entered, which was, in fact, submitted after the related loss occurred. It was clear that Glencore, as the assured failed to effect the relevant succeeding declaration in spite of the contractual requirement of the contract. Despite the fact that the Court of Appeal confirmed and approved that the failure of the assured to effect the declaration in the order of entering into the charterparty did not entitle the insurer to reject

42 The underwriters' main argument in the Court of Appeal was that the late declaration had to be issued within a reasonable time in accordance with the conclusion of the judge HHJ Hallgarten QC in the previous judgement. In addition, the insurers further argued that the late declaration had to be declared in the next available monthly bordereaux, which was to be issued within the following one month from the time *Beursgracht* chartered. This claim was developed from the clauses "Voyage Charters" and "Conditions", where the words "monthly bordereaux/ monthly declarations" were expressed. The clause "Conditions" provides, inter alia, "... It is agreed that all declarations of vessels chartered by Richco Rotterdam carrying bagged agricultural products will be inclusive of liability to cargo, and it is further agreed to include these declarations in the usual monthly bordereaux."

43 According to the conclusion of the court in *the Beursgracht*, it could be readily said that depending upon the existence of good faith, a prolonged period can be likely regarded as acceptable within a reasonable time.

44 [1997] 1 Lloyd's Rep. 225.

the indemnification of the assured. Because, the automatic attachment of insurance cover to the risk had come into force when the insured entered into the charterparty without the requirement of the subsequent declaration. In consequence of not being a sufficient fundamental breach of the contract, Glencore was entitled to be covered against the loss which occurred as to the late declaration although the assured had not paid any premium until the declaration was made.

In accordance with the brief report aforementioned, it is accurate to state that the significant point of the case in connection with the concern of this sub-section is that the insured is accommodated by a masked discretion to declare or not to declare the risk/s within the scope of the contract, which means that although the insurer is not paid any premium until the time of declaration, by which the loss of insured suffered is notified and then the premium is to be paid, thus the insured has to be indemnified by reason of an automatic attachment of the risk/s under the contract. Therefore, it is clear to say that no premium would ever have been paid by the insured if the loss had never occurred, which is quite against the nature of the system of insurance/reinsurance contracts because if the insurers/reinsurers can only receive the premium of insurance/reinsurance coverage if there is a loss, then the insurers/reinsurers cannot make a profit on the basis that they are able to make their profits from insurance/reinsurance premiums based on a portfolio of contracts, some of which will give rise to losses and some of which will not.

In conclusion, from the underwriters' point of view, to avoid such an undesirable consequence, which gives rise to the liability of insurers in spite of the shortfall in the premium, depends upon the formulation of a proper condition precedent in the general insurance facilities. Thus, the submission of subsequent declarations required is to be accurately stated due to a certain period of time.

Facultative- obligatory open covers

Having regard to the legal nature of facultative- obligatory open covers, the "obligatory" element of the general insurance facility is burdened the insurer/reinsurer; hence, they are obliged to accept compulsorily each risk declared, which conforms with the conditions set out in the framework. However, the insured/reinsured/broker has discretion to cede the

risk/s coming within the ambit of facility by virtue of the “facultative” element of the covers.

In the light of this situation abovesaid, from the insured/reinsured/broker’s point of view, it could be easily said that facultative- obligatory open covers are highly preferable by reason of the discretion allowed to them in selecting the risk/s to cede. Nevertheless, this type of cover is generally regarded as less attractive for the insurer/reinsurer⁴⁵. The logic behind the latter having this negative approach to facultative- obligatory open covers could be explained on the basis that as a result of being at liberty to declare the risk/s, either the insured/reinsured may even not cede any risk/s under the open cover at all, or they may declare the inferior type of cessions by virtue of their general perception in respect of the cover.

In accordance with the brief statement aforementioned, three main cases are specially to be considered to observe the legal nature of facultative- obligatory open covers and it’s reflection to the subsequent individual declarations. These cases, in chronological order, are *Ionides and Chapeaurouge v. The Pacific Fire and Marine Insurance Company*⁴⁶, *Citadel Insurance Co. v. Atlantic Union Insurance Co. S.A.*⁴⁷ and *BP Plc v. G.E. Frankona Reinsurance Ltd.*⁴⁸.

It may be convenient, firstly, to summarise the material facts of the first case; hence, the events were that although the subject- matter insured, a particular consignment of hides, were being actually carried on board the *Socrate*, an old French vessel which subsequently became lost, the policy had been inaccurately stated the *Socrates*, a new Norwegian vessel, as the carrying vessel of hides. As a result of this oversight, the primary question was whether a particular shipment of hides was under the insurance cover or not, as to the particular declaration and subsequent policy.

In the light of the facts, the judges sought, first of all, to consider the nature of leading agreement, which led to effect the subsequent policies in

45 It may be convenient to view the judgement of Cresswell J. in *Aneco Reinsurance Underwriting Ltd. v. Johnson & Higgins*, [1998] 1 Lloyd’s Rep. 565, where the popularity of facultative/obligatory open covers among the parties to general insurance facilities was comparatively stated in the context of reinsurance treaties.

46 (1870-71) LR 6 Q.B. 674.

47 [1982] 2 Lloyd’s Rep. 543.

48 [2003] 1 Lloyd’s Rep. 537.

consequence of separate declarations/slips⁴⁹, in accordance with the true construction of the terms of agreement. As regards the conclusions of Blackburn J. concerning the general facility, the insured (the plaintiff) could freely select the risk/s falling within the scope of leading agreement for being insured. Put in other words, he had discretion not to declare all risks that complied with the terms of the cover. However, the insurer (the defendant) was bound to accept such risk/s which might be declared under the general insurance facility.

Pursuant to the further findings of the court, firstly, the underwriter was under the binding contractual obligation to insure any goods of the description specified in the facility, secondly, the goods described should have been shipped on any vessel within the range of contractual description, if such a descriptive limitation as to the vessels had been specified, thirdly, as a result of the previous finding and the failure to require the assent of underwriter in respect of the vessels declared in the facility, the shipments corresponded with the terms of the leading agreement and could not be refused by the insurer on the basis of the vessel chosen, fourthly, there was no intention in the general cover to expect that the individual declarations were to be issued as the identification of adventures and, finally, the subsequent policies had to be issued compulsorily for each specific voyage selected by the insured.

The final verdict of the judges on the main issue aforementioned was that the mistake as to the name of the ship had not annulled the relevant declaration issued under the general facility, and therefore the subsequent policy was not defeated by it. The reasoning behind this closing decision was that the description in the subsequent policy of insurance designated the subject-matter insured with sufficient certainty, and therefore the mistake in the name of the vessel did not prejudice the underwriter, even the carrying ship was, in fact, an old one instead of a new one declared.

Having regard to the second case, the material facts could be briefly stated as follows. Citadel Insurance Co., a Canadian insurance company/the plaintiff, was accommodated the reinsurance cover for its primary risks, which had been constituted by a percentage of risks undertaken on the vessels insured relating each original insurance contract, by Atlantic Union Insurance Co. S.A., a Greek company/the defendant. The former company

49 In the case, the acceptance of slip/s as evidence was also comparatively discussed in connection with the insurance policies.

was operating through a subsidiary company, namely Canadian International Marine Underwriters Ltd. (CIMU), which had been authorised not only to accept the insurance within the range of primary risks, but also to place reinsurance in connection with this risk on behalf of the plaintiff as an agent.

As a result of this authorisation, the reinsurances were placed out through brokers in New York, namely International Excess, by CIMU. Thereafter, the brokers, in turn, passed the business on other brokers in London, namely Austens (Marine & Overseas) Ltd. ('Austen'), which subsequently effected the reinsurances with the defendant. Having regard to the reinsurances made, the issues came to light when the primary insurer, "Citadel", received claims from the shipowners covered for loss or damage.

The central question in the Court of Appeal was whether the reinsured was entitled to sue the reinsurer for a balance of account caused by the shipowners' actions in the English courts. The primary concerns of judges were both to draw the legal connections between the claimant and the defendant in accordance with the intermediaries' legal position under the open cover and to examine the legal nature of relevant contracts/slips for ascertaining the governing law.

As regards the mission of this study, it may be preferable to mention the conclusions of Lord Justice Kerr as limited in respect of a "Hull Open Cover"; therefore it was held that, firstly, in consequence of the interpretation of wording of "Hull Open Cover", the defendant as a reinsurer accepted to provide a general reinsurance cover for the plaintiff on the basis of his standing offer⁵⁰, which subsequently gave rise to separate

50 Even though the standing offer, which established the open cover and led the subsequent reinsurance contracts, was between "Austen" and the defendant, the contractual link between the plaintiff and the defendant occurred when Austen was issued any individual declaration on behalf of the plaintiff, whether directly by CIMU or by virtue of International Excess. Hence, it could be readily said that the defendant came within the scope of his contractual binding obligations to the plaintiff when such declaration/s was received by Austen. Put in other words, as a result of each declaration issued to "Austen", the defendant became contractually liable under the reinsurance open cover from the time of receipt by "Austen". Here, as can be easily seen that the reinsurance cover was the main source of defendant's liabilities, and therefore each subsequent reinsurance contract individually developed from the declarations effected under this source. This conclusion was later applied in *Sedgwick Tomenson Inc. v. P.T. Reasuransi Umum Indonesia and Another*, [1990] 2 Lloyd's Rep. 334, and *BP Plc v. G.E. Frankona Reinsurance Ltd.*, [2003] 1 Lloyd's Rep. 537, in connection with the different contexts of cases.

reinsurance contracts depending upon valid individual declarations. As a result of this standing offer, the reinsurer bound himself to accept the liabilities arising out of the subsequent individual declarations which complied with the terms of the cover as to the brokers' receipt in London.

Secondly, in consequence of the analysis of this particular standing offer, the open cover was regarded as a "facultative/obligatory" arrangement, which accommodated the reinsured (the plaintiff) with an open option to declare risk/s according to his financial priorities, but meanwhile obliged the reinsurer (the defendant) by accepting such declarations, which might be made. Here, it should be borne in mind that the risk/s ceded must be in compliance with the terms of facultative/obligatory open cover.

Thirdly, in his judgement Lord Justice Kerr preferred to mention one relevant reinsurance practice, which was not, in fact, argued by the parties. As to this practical method, the reinsurer was to be entitled to a percentage of the original premium had been received by the reinsured, and afterwards he became liable for his proportion of all losses on the declarations made under the cover. In accordance with the practice mentioned, a percentage of the original premium should have been individually calculated in relation to each declaration.

As a result of this reinsurance procedure, it could be reasonably assumed that to cede the risk/s by means of declarations resulted in the cession of reinsured's premium rights and liabilities, which had individually arisen out of each original insurance contract. In this context, a last point to be noted is that to avoid the applicability of either the practical reinsurance procedure or the subsequent presumption abovesaid could be achieved by fixing a proper provision in the insurance facilities.

Consequently, according to the judgement of the Court of Appeal in this case, it can be plainly said that the court not only approved the decisions of previous authorities in respect of the legal nature of facultative-obligatory type open covers, but also took a step forward in the legal analysis of facultative-obligatory type open covers by virtue of the conclusion based upon "a standing offer" explained above.

The last case as to facultative-obligatory open covers is a recent case; hence, the latest improvements on the legal nature of this type of open cover could be ascertained from the findings of this case. Having regard to the case, the significant events can be briefly stated as follows. By nine insurers (the defendants), the insured, namely the British Petroleum Co.

Plc., and 37 co-insureds (the plaintiffs)⁵¹ were provided with the insurance cover against specified categories of risk in respect of both onshore projects and offshore projects. In accordance with these risks, whilst seven defendants had directly subscribed a slip, the other two defendants were individually bound to it under separate broker's cover, which had been subscribed singly to the plaintiffs' brokers, namely Aon Ltd. ("Aon"). The slip was later superseded by a Binder/Global Construction Insurance Policy⁵², which was led by AIG and SR International Business Insurance Co. Ltd. ("Swiss Re") as leading underwriters.

As to the open cover⁵³, 26 individual declarations were effected between Jan. 1, 1999 and June 30, 2000 in respect of the offshore project risks, but onshore project risks were central to the legal disputes between the plaintiffs and the insurers. Consequently, the judge was asked to ascertain whether the contracts of insurance, which were individually the subjects of 26 declarations under the open cover, were legally binding upon the defendants to indemnify the plaintiffs in respect of their claims.

Despite the extensive conclusions of Cresswell J. regarding the complicated issues⁵⁴, the upshot of the statement connected with the legal

51 The British Petroleum Co. Plc. as the claimant sued these nine defendants on its own name and on behalf of 37 co-insureds.

52 Although the parties to the case clearly accepted that they intended to supersede the slip by the policy, the legal association between the slip and the policy was briefly discussed to ascertain the principles by which contractual documents are construed. Hence, Cresswell J. in his judgement particularly mentioned both the principles summarised by Lord Hoffman in *I.C.S. Ltd. v. West Bromwich B.S.*, [1998] 1 W.L.R. 896 and the suggestion of Rix LJ in *HIH Casualty and General Insurance Co. v. New Hampshire Insurance Co.*, [2001] 2 All E.R. (Comm.) 39. His honour consequently determined the relationship between the slip and the policy depending upon the objective intentions of parties as well as surrounding circumstances.

53 In connection with the parties' clear intention to supersede the slip by the policy, Cresswell J. preferred to call the Binder/Global Construction Insurance Policy as the open cover on the basis of its legal nature, and therefore the similar reference to the policy is adopted in the context of this paper.

54 Having regard to the legal issues argued, the judge was to consider the legal obligations burdened the plaintiffs in respect of the validity of each subsequent declaration submitted under the open cover as well as the legal nature of open cover. As a result, the form of subsequent declarations to be made under the open cover and the timing of declarations were also determined in the judgement. These related conclusions are detailed in the next sub-section.

nature of facultative- obligatory open covers and is particularly preferred in this study to be examined as follows.

In consequence of the true construction of the terms of open cover, the first conclusion, that the general insurance facility was of a facultative-obligatory type, by virtue of the existence of both the facultative element and the obligatory element. In addition, having regard to the previous authority's conclusions⁵⁵, it was also accepted as a standing offer whereby the insurers agreed to accept liabilities caused by the risk/s ceded, which fell within the scope of open cover in respect of each subsequent declaration.

Here, a further point to be noted is that the contractual link between the insurers to whom the risk/s were ceded and the principal insured (BP Plc.) and where it is applicable to other co- insureds, it was established when each insurer individually received subsequent separate declarations. As a result, it could be correctly said that the contractual binding obligations burdening the defendants under the open cover came into effect solely from the time of individual receipt concerning subsequent declarations by each underwriter. Put in other words, depending upon the precise terms of open cover, each individual declaration complied with the cover's terms and created a distinct contract between the plaintiffs and the particular underwriter⁵⁶.

Having regard to the operation of open covers, the second/last conclusion, that the plaintiffs were accommodated unreservedly by a contractual right to select any of the offshore project risk/s and to insure under other arrangements or the project risk/s coming within the ambit of open cover to cede to the defendants during the period of cover. In consequence of this elective contractual right constituting the facultative element in the concept of open cover, the plaintiffs' right in selecting the risk/s to cede

55 *Citadel Insurance Co. v. Atlantic Union Insurance Co. S.A.*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 543 at p. 547/8, Lord Justice Kerr.

56 This conclusion was particularly relied upon the heading "Security" under the cover, which laid down "A several liability notice": ... The subscribing insurers' obligations under contracts of insurance to which they subscribe are several and not joint and are limited solely to the extent of their individual subscriptions. The subscribing insurers are not responsible for the subscription of any co-subscribing insurer who for any reason does not satisfy all or part of its obligations.

was not subject to any contractual limitation⁵⁷. Nevertheless, the defendants had no option to refuse to accept any individual declaration which complied with the terms of open cover; hence, the defendants were obliged to insure such risk/s that might be ceded by the plaintiffs.

Consequently, it can be correctly expressed that facultative- obligatory type open cover served the plaintiffs well in their interests, because they were at liberty to choose the risk/s to declare under the cover. Put in other words, they were not under contractual binding obligation to cede all risks conforming to the conditions set out in the open cover.

In addition to the abovementioned report concerning facultative- obligatory open covers, the outstanding point to be remembered is that, from the insured/reinsured's point of view, to effect a valid individual declaration is crucial for being indemnified under facultative- obligatory open covers, but obligatory type open covers⁵⁸. Because, the attachment of insurance coverage regarding this type open of cover relies upon the existence of a valid individual declaration, which has to be issued in compliance with the terms of cover, including the form required and the timing restricted. Therefore, it can be accurately said that each subsequent declaration individually acts as a trigger to attach the risk/s ceded to the insurance cover⁵⁹. In consequence of being a trigger, subsequent contracts of insurance/reinsurance arising out of the cover are severally constituted

57 This conclusion was derived from the judgement of Hobhouse J. in *Phoenix General Insurance Co. of Greece S.A. v. Halvanon Insurance Co. Ltd.*, [1985] 2 Lloyd's Rep. 599 at p. 612, where the legal situation concerning the reinsured's rights and obligations under this type open covers was comprehensively discussed.

58 Pursuant to the judgement of Lord Justice Tuckey in *The Beursgracht*, [2002] 1 Lloyd's Rep., 574 at p. 579, as to the obligatory type open covers, the risk/s automatically attaches to the insurance cover, if the risk/s falls within the terms of the general insurance facility.

59 Moore- Bick J. in *Glencore International A.G. v. Alpina Insurance Company Limited*, [2004] 1 Lloyd's Rep. 111, precisely emphasized that the insurer's risk was triggered by a subsequent declaration under facultative- obligatory type open cover, and therefore the attachment of risk/s to the insurance coverage could not have come into effect until the declaration was made. According to the facts, the other related question was focused upon that whether the insured was entitled to declare any risk/s relating storage facility after the loss or damage occurred. As to the issue, the judge considered that in spite of the general principle, the insurer's agreement entitled the insured to make such declarations if the insured was not at least aware of the loss at the time of ceding.

between the insured/reinsured and each individual insurer/reinsurer subject to the terms of open cover.

From the insurer/reinsurer's point of view, in conclusion, it should be borne in mind that the terms of facultative- obligatory open cover would be likely to be regarded as innominate terms, unless a clear intention of effecting them as condition precedents is stated in the cover. In accordance with this statement, it may be convenient to review the judgement in *Phoenix General Insurance Co. of Greece S.A. v. Halvanon Insurance Co. Ltd*⁶⁰, where it was held that, inter alia, ... the reinsured should accept the obligation to conduct the business involved in the cession prudently, reasonably carefully and in accordance with the ordinary practice of the market; the term or terms were all innominate, and therefore the consequences of any breach for any particular declaration, any individual claim or for the open cover as a whole could be plainly analysed on the basis of the nature and gravity of particular breach/es.

Non- obligatory (Facultative) open covers

In accordance with the key characteristic of non- obligatory open covers, which was derived from the judgement in *Lincoln National Life Ins. Co. v. State Tax Commission*⁶¹, it could be accurately said that the facultative element under this type cover is allocated to both the insured/reinsured and the insurer/reinsurer; hence, neither the latter is obliged to accept any risk/s ceded, neither is the former bound to declare all risks falling within the scope of facultative arrangement.

As regards facultative type insurance covers, to review the judgement in *Balfour v. Beaumont*⁶² is pertinent to the topic under consideration. According to the facts of case, the questions arose out of four insurance policies arranged in layers to cover the third party product liabilities of an aircraft manufacturer in respect of a plane crash. The action was brought against three reinsurers by the plaintiff, who was a participant in three excess layer policies, by virtue of the payment effected for the indemnification of manufacturer against third party claims.

60 [1985] 2 Lloyd's Rep. 599.

61 16 So. 2d (1944 Miss.) 369.

62 [1982] 2 Lloyd's Rep. 493.

In the case, a number of documents including primary line slips, reinsurance slip policies and the primary policy of the manufacturer were analysed, and it was held that the insurance of the manufacturer was a facultative insurance, placed with and written by each underwriter individually rather than under a pre-existing arrangement such as a line slip⁶³. In consequence of the application of this finding, the reinsurance contract, which was the central issue requiring the determination of the defendants (three reinsurers) who were bound to indemnify the plaintiff against the claims, did not come into effect. According to the events, the manufacturer's policy would not have, consequently, been reinsured under the reinsurance slip policy by reason of the absence of a sufficient endorsement, which, in fact, failed to vary or extend the period of reinsurance defined in the slip policy.

Pursuant to the basic principles of insurance law connected with the facultative open covers, the declaration of risk/s ceded by the insured/reinsured/broker only operates as an offer, which is required to be accepted by the insurer/reinsurer to create a binding contractual relationship between the parties to insurance/reinsurance coverage. The decision of the latter party to be bound concerning the risk/s transforms the mere proposal from not being an agreement into a bilateral contract of insurance/reinsurance.

In addition to the principle aforementioned, one should bear in mind that pursuant to the assessment of Gatehouse J. in *Societe Anonyme d' Intermediaires Luxembourgeois v. Farex Gie*⁶⁴, the facultative type open cover is not intended to create a contract of reinsurance, but a procedural mechanism under which separate contracts of insurance/reinsurance could be generated by means of individual declarations. Therefore, in accordance with both the definition of non-obligatory open cover as a procedural mechanism and the principle abovesaid, to describe such an arrangement as "a contract for insurance/reinsurance" rather than "a contract of insurance/reinsurance" and can be acceptably said to be subject to the terms of the open cover⁶⁵. As to the former, to obtain subsequent individual contracts of insurance/reinsurance depends upon the existence of prop-

63 As to the line slip process, the description of Lord Donaldson can be ascertained in the judgement of the Court of Appeal in *Balfour v. Beaumont*, [1984] 1 Lloyd's Rep. 272.

64 [1995] L.R.L.R. 116

65 This type of classification is vital for the ascertainment of contractual and statutory obligations, rights and immunities under the coverage.

er assent by the insurer/reinsurer in respect of each separate declaration⁶⁶. It could be consequently said that “a contract for insurance/reinsurance” does not perform the same legal function of “a contract of insurance/reinsurance” as insurance/reinsurance cover.

Prior to considering the next legal issue concerned, it may be convenient to sum up the purposes of subsequent declarations regarding each type of open cover by ensuring that observation is made over the whole picture in respect of this sub-section. Therefore;

- In obligatory type open covers, the main aim behind the issuance of succeeding declarations is solely to inform the insurer/reinsurer regarding the risk/s being ceded under the general coverage. As a result of performing a mere exchange of information, there is no detrimental effect arising out of the failure to declare the risk/s by the insured/reinsured on the contractual rights conferred to them.

In connection with the brief statement above, the insurer/reinsurer may be likely to find himself having to face with the unwelcome legal consequences of the automatic attachment of risk/s, which effect the late declaration as if the missing declaration was made in the order of dispatch/shipment, even though the insured/reinsured failed to submit the declaration required within a reasonable time and in good faith.

- On the other hand, the situation in the facultative- obligatory type open covers is considerably different on the basis that any subsequent declarations being issued under the general facility act as the triggers for acquiring the indemnification in respect of the insurance/reinsurance coverage.

In respect of the operation of this type of open cover, the insured/reinsured is, in the main part, accommodated unreservedly by a contractual right to select any risk/s to insure under other arrangements or the risk/s coming within the ambit of open cover to cede to the insurer/reinsurer during the period of cover. In consequence of this optional contractual right constituting the facultative element in the concept of this type of open cover, it is accurate to say that each individual declaration will act as a trigger event for indemnification. In addition, it should be kept in mind

66 As to reinsurance covers, the detailed analysis concerning the validity of acceptance can be ascertained in *Mander v. Commercial Union Assurance Co. Plc.*, [1998] Lloyd's Rep. I.R. 93.

that whilst the declaration triggers the insurance/reinsurance cover in favour of the insured/reinsured, it does not administer to the insurer/reinsurer the right of discretion to refuse or to accept the declared risk/s.

• In accordance with the last type of open cover, the non-obligatory type of open cover, the declaration of risk/s being ceded by the insured/reinsured/broker only operates as an offer; hence, the offer has to be accepted by the insurer/reinsurer to create a binding contractual relationship between the parties to insurance/reinsurance coverage.

The acceptance of the risk/s by the latter party transforms the mere proposal from not being an agreement into a bilateral contract of insurance/reinsurance. Put in other words, each succeeding declaration operates individually as a proposal rendered by the insured/reinsured to the insurer/reinsurer, whose acceptance or rejection establishes a separate insurance cover under the open cover.

At the end of this sub-section, it should be also clarified that there is no general rule or certain way to expose the legal nature of open covers, and therefore, in the legal sense, to discover the proper type of each insurance/reinsurance coverage depends upon its express terms and the basic principles of both insurance and contract law.

Consequently, as can be seen, the legal interpretation of open cover's express terms is subject to the surrounding circumstances⁶⁷ and plays a substantial role in the ascertainment of the true construction of terms. Thus, the legal practitioners/judges are guided by the true construction of open cover to come to a conclusion regarding the legal nature of open cover⁶⁸. Here, the last point to note is that to draw a distinction

67 In *Glencore International A.G. v. Alpina Insurance Company Limited*, [2004] 1 Lloyd's Rep. 111, at p. 169, the words of Moore-Bick J. were "... submitted that in principle under a facultative/obligatory cover on goods such as this the insured must communicate his intention to attach the particular goods to the cover before the insurers can come on risk. That is certainly a good starting point, but it is necessary to have regard to the particular terms of the contract, the nature of the business insured and any established course of dealing between the parties..."

68 In *BP Plc v. G.E. Frankona Reinsurance Ltd*, [2003] 1 Lloyd's Rep. 537 at 548/9, Justice Cresswell comprehensively examined the judgements of some authorities, in particular *Prenn v. Simmonds*, [1971] 1 W.L.R. 1381, and *Reardon Smith Line Ltd. v. Hansen-Tangen*, [1976] 1 W.L.R. 989, to execute the principles of legal interpretation obtained into the terms of open cover to find the true construction of terms.

between obligatory, facultative/obligatory and non- obligatory open covers is crucial for the allocation of contractual rights and obligations under the cover, and subsequently for being entitled to the indemnification by the insurer/reinsurer.

3.2 The second issue: to establish the legal obligations arising out of making individual declarations in respect of the open covers

To illuminate this study as a whole, it may be particularly convenient also to mention briefly the legal obligations of the insured/reinsured/broker who is burdened to issue valid and effective declarations in respect of the open covers. In accordance with this purpose, both the timing and the form of declarations to be made under the open covers and the duty of utmost good faith to disclose material facts, concerned respectively with observing the validity and effectiveness of each subsequent declarations delivered under the general facility.

3.2.1 The timing and the form of declarations to be made under the open covers

The express terms of open cover, the market practice/procedure and the basic principles of insurance law are altogether applied into the facts of each case to determine whether the succeeding declarations issued came into effect singly to oblige the insurer/reinsurer to indemnify the insured/reinsured against the loss/damage occurred. This was utilized as essential guidance by Cresswell J. in *BP Plc. v. GE Frankona Reinsurance Ltd.*⁶⁹ to ascertain the proper timing and form of subsequent declarations to be made under the open cover.

In the light of the relevant circumstances of the case⁷⁰, although it was not under discussion, the judge first concentrated on the question of when the subsequent valid declarations should have been released in respect of the facultative- obligatory open cover. Therefore, it was held that they had to be issued by the insured(s) prior to the expiry of fixed-term general facility. Thereafter, in the light of this general statement, the

⁶⁹ [2003] 1 Lloyd's Rep. 537, in particular at 555- 559.

⁷⁰ The relevant events are detailed under the heading "facultative- obligatory open covers" above.

termination date of open cover in respect of the offshore project risk/s was still to be discovered; thus the result reached was that the expiry of open cover as to the risk/s examined was June 30, 2000⁷¹, which meant that the related subsequent declarations had to be individually issued to each particular defendant and also to be received singly by each of them prior to the expiry date. The receipt of each declaration by particular defendants was crucial to bind them to insure the insured/s without the necessity of specific acceptance in respect of the risk/s ceded.

Moreover, the aim to ascertain the right time of each succeeding declaration to be effected under the facility directed the judge to question the insurable interest of insured(s) in the risk/s ceded. Hence, the true construction of the relevant terms of facultative- obligatory open cover and the Marine Insurance Act, 1906 were employed. Having regard to the former, one of the triggers listed in the article (5) of Global Construction Insurance Policy had to be activated at the time of each declaration⁷². Therefore, each succeeding declaration could have been consequently issued when the related project became identifiable for the insured(s) regarding the occurrence of one or more of the stages/phases enumerated in the sub-section.

This finding was supported by the sub- section 5 (3) of the policy⁷³,

71 According to the open cover, the period of insurance coverage concerning the risk/s arose out of offshore projects was clearly between Jan. 1, 1999 and June 30, 2000.

72 While article (5) of the policy detailed the insurance period, sub- section (6) of the article particularly focused upon the events, which guided likely to ascertain the time of having an insurable interest in the risk/s by the insured(s). The wording of the sub- section is as follows: “Insurance shall apply at all times including ... off-shore sites, and will be in force during the engineering, design, manufacture, procurement, storage, prefabrication, fabrication, assembly, construction or repair, float- out, load-out, lifting, installation or reinstallation, hook-up, pipelaying, tie-in, start-up, commissioning, testing, trials, performance testing, existence, modification, drilling, completion and partial/initial operating phases and declared maintenance period of the Insured Project...”

73 The sub- section arranged “*Individual declarations*” and provided: “From inception (as declared) at 12:01 a.m. Local Standard Time at the location of the Insured Project and insures in respect of each part, item or portion of the subject matters of this insurance from the time of becoming at the risk of an Insured hereunder, including work carried out at Contractors and/or Sub- Contractors premises (and/or Manufacturers and/or Suppliers and/or Vendors premises if mutually agreed by the Insured and Underwriters and declared) and all transits (on and offshore) and shall

which stated that the attachment of each risk ceding to the insurance coverage came into effect from the time of inception (as declared) including each part, item or portion of the subject- matter of the insurance. To choose the commencement date of offshore project risk/s was at the liberty of the insured(s) subject to the time of becoming the risk/s' owner. In connection with this contractual flexibility allocated to the insured(s), it was also concluded that there was no precise provision in the policy to bind the insured(s) to issue the succeeding declarations within 30 days from the time the trigger event occurred⁷⁴.

It should be remembered that, as was aforementioned, the statute's relevant sections in respect of insurable interest, both section 5 (2) and 6 (1)⁷⁵, were interpreted by the judge to corroborate the conclusions built upon the true construction of cover's terms. In consequence of these subsections, it was said that at the time of each separate declaration, an insurable interest at every risk ceded must have had, at least, a reasonable expectation of obtaining such an interest by the insured(s).

As the report connected with the timing of the declarations, it can be consequently said that whether the defendants had aspired to restrict the insured(s) to cede the offshore project risks within 30 days from the commencement of project/s, this intention would have been clearly formulated in the cover. In consequence of the failure both required a limited time in respect of effecting the succeeding declarations and to restrict the scope

cover continuously thereafter during all operations until completion of the entire Insured Project and issuance of certificates of acceptance ("acceptance") by Principal Insured(s) or until attachment of a separate operating insurance whichever shall first occur but not beyond a declared expiration date (anticipated) or held covered at a premium to be agreed."

- 74 In the case, the defendants unsuccessfully alleged that the subsequent declarations had to be issued within 30 days from the commencement of the project/s by virtue of article (4) of the policy, where all projects were automatically held covered for up to 30 days from inception.
- 75 Sub- section 5 (2) of the Marine Insurance Act, 1906 provides: "In particular a person is interested in a marine adventure where he stands in any legal or equitable relation to the adventure or to any insurable property at risk therein, in consequence of which he may benefit by the safety or due arrival of insurable property, or may be prejudiced by its loss, or damage thereto, or by the detention thereof, or may incur liability in respect thereof." Moreover, sub- section 6 (1) of the Marine Insurance Act, 1906 states: "The assured must be interested in the subject- matter insured at the time of the loss though he need not be interested when the insurance is effected."

of open cover regarding the risks, the defendants even had to face up to insure the project risks where the construction works of the project risk had not actually commenced before the termination of open cover. The rationality of this unwelcome consequence was that these projects were under the insurance coverage by means of valid and effective subsequent declarations, which were made during the period of open cover in respect of these risks.

As regards the appropriate form of each succeeding declaration to be made under the open cover, it was decided that although the defendants agreed to accept liability in respect of each declaration in compliance with the cover's terms under the facultative- obligatory type open cover, each particular insurer had the right to be informed of the minimum material knowledge to be capable to judge the risk/s ceded in the commercial sense. As a result, each declaration had to be worded to demonstrate the essential particulars derived from sub- section 5 (3) of the policy, such as the off-shore project which they preferred to cede and the inception date of it.

At the end of this sub- section, in conclusion, it could be summarised briefly that the legal issues arising out of the timing and formation of succeeding declarations under the leading arrangement have to be generally settled out due to the precise wording of the open cover in English law. Therefore, as a result of the importance of language used in the facility⁷⁶, the parties should spend much attention to the writing of the facility in precise and unambiguous terms. Thus, from the insurer's point of view, to fix the time for making subsequent declarations and to settle the contractual form of declarations relating the precise information required has to be particularly concentrated on.

76 The judgement of Privy Council in *Union Insurance Society of Canton, Limited Appellants v. George Wills & Co. Respondents*, [1916] 1 A.C. 281, clearly illustrated that the wording of insurance policies or open covers is vital for the final decision on the facts. As to the case's material facts, a contract of marine insurance was made and contained in a floating policy, where the insurers were bound to insure all shipments of goods declared between a large numbers of ports against the usual marine risks. According to one of the policy's provisions, the succeeding declarations had to be issued as soon as possible after the sailing of the vessel to which interest attaches. In consequence of this expression, which was accepted as a promissory warranty, it was held that the subsequent declaration questioned was not issued as soon as possible after the sailing of related vessel, and therefore the insured was not entitled to be indemnified in respect of the loss occurred.

3.2.2 The duty of utmost good faith to disclose material facts

As to the last concern of this study, the observations are centred on two fundamental questions as follows; Firstly, to analyse whether the utmost good faith duty to reveal the material facts is applicable to the open covers themselves or the succeeding policies effected in respect of the previous relevant declarations under the open covers. Secondly, to determine what the legal consequences of the failure to fulfil the duty of utmost good faith in respect of non-disclosure could be. In accordance with the task of this subsection, it may be apt to examine the legal approaches proceeded from case law to the applicability of the duty of disclosure regarding open covers.

The applicability of the duty of utmost good faith to the open covers themselves

To establish whether the open covers operating as general insurance facilities are subject to the duty of utmost good faith or not depends upon the legal nature of them, which also assists the participants in drawing the scope and duration of the duty of utmost good faith allocated to the insured/reinsured/broker. Accordingly, as regards both obligatory and non-obligatory types of open covers, the legal propositions particularly focused upon the duty of utmost good faith to disclose material facts as analysed respectively below.

In connection with the obligatory type open covers, it should be kept in mind that they operate as framework arrangements, which do not themselves legally amount to insurance covers, but contracts for insurance. In consequence of being binding contracts for insurance, the insurer/reinsurer is obliged to insure all risks complied with the terms of open covers without any discretion either to reject or to accept the risk/s. Hence, it can be easily observed that to be aware of both how the insured/reinsured wishes to use the general insurance facility and whether the open cover can be avoided on the basis of the breach of the duty of utmost good faith is vital for the insurer/reinsurer. However, as to the latter knowledge desired, there is still no unqualified judgement by reason of the complexity of obligatory type open covers.

According to the judgement of Scrutton J. in *Glasgow Assurance Corporation Ltd. v. Williamson Symondson & Co.*⁷⁷, although the obliga-

77 (1911) 16 Com. Cas. 109, especially at p. 121.

tory type of open cover for reinsurance did not itself directly reinsure any risk/s, it was a contract of the utmost good faith. Put in other words, the general facility was a contract “uberimae fidei” involving the duty to disclose every material fact. As a result of this finding, whether the circumstances undisclosed⁷⁸ were material, or not was examined in the light of the surrounding events. Therefore, it was finally held that the reinsurers were not entitled to avoid the coverage because the information questioned was not regarded as material to the risk/s ceded.

On the other hand, in *John W. Pryke and Others v. Gibbs Hartley Cooper Ltd. Excess Insurance Co. Ltd. v. Same*⁷⁹, Mr. Justice Waller clearly expressed that binding authorities were not insurance contracts, and therefore these contracts were not strictly to be “uberrimae fidei” by virtue of section (17) and (19) of the Marine Insurance Act, 1906⁸⁰. In addition, it was also held that whereas negotiations of binding authorities gave rise to something close to an obligation of disclosure, the duty did not strictly arise from the binding authority.

In accordance with the findings abovesaid, the main question arising whether the duty of utmost good faith was regulated in the Act to disclose all material facts, thus burdening the brokers in connection with the negotiation or re-negotiation stages of binding authorities, the case was found for the brokers. Therefore, it may be convenient to clarify that the application of the duty of utmost good faith to binding authorities was rejected on the basis that the “binding authority” issued did not attract the duties to disclose every material fact and not to make misrepresentation. However, it should be remembered that no distinction was made in respect of the legal nature of open covers in this judgement.

The legal approach not to apply the duty of utmost good faith was later used for line slip arrangements by Mr. Justice Aikens in *HIH*

78 The reinsurers sought to avoid the coverage on the basis that the brokers did not reveal that they were not acting as intermediaries, but in their own right.

79 [1991] 1 Lloyd's Rep. 602, in particular, at pp. 616.

80 As regards these sections, it can be interpreted that the insured/reinsured/the agent is burdened a statutory obligation, which is to disclose all material facts at the negotiation or re-negotiation stage of a contract of marine insurance. Pursuant to the conclusions reached in *Banque Financière de la Cité S.A. v. Westgate Insurance Co. Ltd.*, [1990] 2 Lloyd's Rep. 377, if the insured/reinsured/the agent fails to perform the duty, the only remedy allowed to the insurer/reinsurer is rescission of the insurance contract, but an action in damages.

*Casualty and General Insurance Ltd. And Others v. Chase Manhattan Bank and Others*⁸¹. Pursuant to the judgement, the line slip facility as a contract for insurance was not a contract of the utmost good faith because the facility had not contained the necessary qualities to render a contract of the utmost good faith. In addition, as a result of the insurers' right to have discretion to reject or to accept the risk/s declared, the line slip was regarded as falling within the same category of binding authorities⁸². Thus, the insured or its agents were not bound to any duties of utmost good faith which stemmed from the facility itself, as opposed to the off slips declared under it. Moreover, the judge went further and declared that the insurers would normally have had a right to rescind the contract for insurance itself if they had been induced by a misrepresentation.

Having regard to the applicability of the duty of utmost good faith to obligatory type open covers, *Glencore International A.G. v. Alpina Insurance Company Limited*⁸³ is the last case to be viewed. The material facts of the case could be summarised as follows. The claimant, "Glencore", was provided with an open cover for insurance in respect of oil and oil products by the defendants, "Alpina" and certain other insurers. According to the open cover's terms regarding transit risks⁸⁴, where the goods in transit complied with the cover's terms they were automatically to be insured by the insurers as soon as the legal holder of the policy had an insurable interest in them. The insured was under the obligation to declare all risk/s falling within the scope of the coverage without any exception. On the other hand, as regards storage risks, whilst they were facultative on the part of Glencore, they were obligatory on the insurers. In accordance with these findings, it was common

81 [2001] 1 Lloyd's Rep. 30, in particular, pp. 48- 52.

82 In the case, this finding was supported by the judgements in both *Pryke case* aforementioned and *L'Alsacienne Premiere Societe Alsacienne et Lorraine D'Assurances Contre L'Incendie Les Accidents et Les Risques Divers v. Unistorebrand International Insurance A.S. and Kansa Reinsurance Co. Ltd.*, [1995] L.R.L.R. 335 at pp. 348-349. The ratio behind this conclusion was particularly drawn in the latter case by Rix J. as follows: "... the law was not engaging in an incremental approach under which the duty of disclosure attached by law to the negotiation of a contract uberrimae fidei might be applied to contracts closely analogous to contracts of insurance".

83 [2004] 1 Lloyd's Rep. 111.

84 The main aim behind procuring such a general insurance facility was to insure Glencore's commodity trading activities regarding the goods in transit.

ground that the insurance open cover was an obligatory type in respect of transit risks and a facultative- obligatory type in respect of storage risks.

The issues arose out of the bankruptcy of Metro Group, which embodied Metro Trading International Inc., "MTI" and its associated company Metro Oil Corporation, "MOC". After the unwelcome event, Glencore discovered that the quantity of oil actually accommodated in the floating storage facility did not exactly tally with the quantity there should have been, and therefore it sought to be recovered by the defendants in respect of the related loss. However, the insurers sought to avoid the open cover on the basis of, *inter alia*, non- disclosure. Thus, the relevant question turned upon whether the insured had failed to disclose all material circumstances including historic throughput and Glencore's relationship with MTI.

Although the response to the issue examined at stake depended upon the precise wording of the insurance general facility, the judgement posed a useful perspective on the applicability of the duty of utmost good faith to obligatory type open covers. As to the final verdict, the open cover granted to the insured engaged the duties of utmost good faith⁸⁵; hence, the facts undisclosed were questioned, but determined as immaterial.

Moore- Bick J. relied upon both the wording of the open cover and a number of supportive authorities to reach the conclusions abovesaid. In addition, as regards the open cover, two basic attributes particularly concerned him when ascertaining whether the undisclosed circumstances were material or not. These characteristics were briefly that, firstly, the risks sought to be insured were stated in a broad and flexible range and, secondly, the nature of Glencore's business as a worldwide trading company respectively.

In consequence of the interpretation of these two aspects together, it was consequently held that the insurers knew or ought to have known that

85 While in the case the debate between the parties arose out of storage risks, which was arranged under the facultative/obligatory type open cover, the judge did not particularly draw any distinction between obligatory and facultative- obligatory type open cover regarding the application of utmost good faith duty. The reason why this type open cover attracted the duty could be explained on the basis that the insurers had no discretion to reject the risk/s might be ceded by the insured under the coverage. As a result, it can be accurately said that the duty can be also attracted by facultative/obligatory type open covers due to the terms of them.

Glencore was one of the largest independent traders, involved in the purchase and sale of crude oil and products, solely as a mere trader, and therefore the insurers had to be aware of the whole scope of circumstances that may arise in the course of Glencore's business prior to accommodating such extremely broad scope in the open cover⁸⁶. This settlement was supported by Lord Mansfield's words as follows: "... every underwriter is presumed to be acquainted with the practice of the trade he insures; if he does not know, he ought to inform himself."⁸⁷ as well as the judgement in *Noble v. Kennoway*⁸⁸.

Unlike the obligatory type open covers, to determine whether the duty of utmost good faith is attracted by the non- obligatory type open covers is far from being complicated. Because, the legal situation relating to this type of cover is incontrovertible that they are not contracts of insurance, but clearly contracts for insurance; thus the duty arranged in the Act cannot be attracted by the non- obligatory type open cover.

This proposition was detailed in the judgement of Gatehouse J. in *Societe Anonyme d' Intermediaires Luxembourgeois v. Farex Gie*⁸⁹. The insurer brought this action to be entitled to avoid the open cover by reason of the breach of disclosure duty by the insured, and therefore automatically avoided all subsequent declarations and the succeeding policies issued under the open cover.

The judge refused to accept the submission of the insurer on the basis that, firstly, even this type of open cover was close to a contract of insurance and this closeness was not sufficient to regard it as a contract of insurance, but also to import the duty. Secondly, as to the coverage, the insurer

86 In the words of Moore- Bick J.: "... In the context of worldwide trading the range of circumstances likely to be encountered is inevitably very wide. That does not mean that the insured is under no duty of disclosure, of course, but it does mean that the range of circumstances that the prudent underwriter can be presumed to have in mind is very broad and that the insured's duty of disclosure, which extends only to matters which are unusual in the sense that they fall outside the contemplation of the reasonable underwriter familiar with the business of oil trading, is correspondingly limited. It also means that the insured is not bound to disclose matters which tend to increase the risk unless they are unusual in the sense just described."

87 *Carter v. Boehm*, (1766) 3 Burr. 1906 at p. 1911:

88 (1780) 2 Doug. K.B. 510.

89 [1995] L.R.L.R. 116.

had been accommodated with discretion to accept or to reject the risk/s sought to have been ceded; thus the insurer ought to have been remedied only to avoid the declaration, which had been vitiated by the failure to perform utmost good faith duties, rather than the avoidance of the framework agreement and other valid and effective subsequent declarations.

In conclusion, as to the applicability of the duty to the open cover itself, the principle is that whether, regarding the legal nature of an open cover, it is accepted as being analogous to a contract of insurance, but not legally equal to such a contract, the duty of utmost good faith cannot be imported into the framework. Consequently, whereas an obligatory type of open cover for insurance can probably be accepted as a contract of utmost good faith, a non- obligatory type of open cover is considered as being outside the scope of the duty. However, it should always be borne in mind that the final conclusions are to be formed from the terms of the general insurance facility, the surrounding circumstances and the insurance law.

The applicability of the duty of utmost good faith to the subsequent declarations

Although the succeeding declarations are streamed from the leading general facility, it should be borne in mind that pursuant to the accepted conclusion of authorities⁹⁰, they constitute separate legally binding contracts on their own. In consequence of this settled rule, it appears that the legal proposition in respect of the application of the duty of utmost good faith to the subsequent declarations does not parallel with the legal approach regarding the open covers themselves, considered above.

In accordance with the brief information, it could be said that whether the obligatory element is allocated to the insurer/reinsurer by the

90 The detailed information can be ascertained under the heading "facultative/obligatory open covers" above. See particularly the review of judgement in *Citadel Insurance Co. v. Atlantic Union Insurance Co. S.A.*, [1982] 2 Lloyd's Rep. 543, at p. 547. In addition, it may be convenient to examine the judgement of Evans J. in *Sedgwick Tomenson Inc. v. P.T. Reasurans Umum Indonesia and Another*, [1990] 2 Lloyd's Rep. 334, at p. 340, where it was clearly pointed out that each declaration gave rise to a separate contract; hence, the authorisation of second defendants administered by the first defendants was questioned to determine whether the insurance contract sued upon came into effect, or not. To ascertain the scope of binding authority was crucial to consider the legality and validity of the separate insurance contract effected in respect of prior declaration.

open cover, to apply the duty of utmost good faith into each subsequent declaration is not attainable. Put in other words, the duty is not relevant where the insurer/reinsurer already agreed not to reject the subsequent individual declarations which corresponded with the terms of open cover on the basis that he was consequently bound automatically to insure the risk/s, even in some case where there is no need for the insured/reinsured's ceding. The reasoning behind this legal situation could be based upon both the definition of materiality and the doctrine of waiver.

Having regard to the statutory statements, section 18 (2) and 20 (2) of the Marine Insurance Act, 1906 are particularly considered. Therefore, pursuant to these sub-sections, the materiality of every circumstance in respect of both the duty of disclosure and duty not to make misrepresentation, depends upon the actuality of influence of a prudent insurer's judgement in fixing the premium, or determining to undertake the risk.

Despite this statutory arrangement, it was requisite for the determination of proper test regarding the materiality; hence, the House of Lords in *Pan Atlantic Insurance Company Ltd. v. Pine Top Insurance Company Ltd.*⁹¹ established the test of materiality. In the case, in addition, the inducement occurred in fixing the premium was regarded as admissible evidence, which led to the conclusion whether both the actual insurer (subjective test) and a prudent insurer (objective test/ market evidence) was influenced by non-disclosure.

In accordance with the way abovesaid to ascertain the materiality of circumstance undisclosed, it can be readily observed that if the insurer/reinsurer bound himself to accept the risk/s on the basis of a fixed premium under the open cover, the duty specified in the Act could not engage with any subsequent declaration.

As regards the applicability of utmost good faith to the succeeding declarations issued under the obligatory type of open covers, it is worth viewing the judgements in *Ionides and Chapeaurouge v. Pacific Fire & Marine Insurance Co.*⁹² and *Law Guarantee Trust and Accident Society Ltd. v. Munich Reinsurance Co.*⁹³ as they could be noteworthy in reaching the comprehensive perception of this context.

91 [1994] 2 Lloyd's 427.

92 (1871) L.R. 6 Q.B 674 and (1872) L.R. 7 Q.B. 517. The detailed events of case could be found out under the heading "facultative/ obligatory open covers" above.

93 (1915) 31 T.L.R. 572.

The former was a case of a floating policy, where the insurer (defendant) had bound himself to accept the risk/s ceded falling within the ambit of the policy. In the case, the insurer alleged that the succeeding policy effected in respect of the subsequent individual declaration and was invalid by reason of a post- contractual misrepresentation. However, the judge prevented the defendant from avoiding the relevant policy on the basis that the underwriter was obliged to accept and insure each shipment declared by the insured; hence, the mistake in the name of the vessel did not modify the obligation and did not actually prejudice the underwriter. Thereafter, the approach demonstrated in the case was worded in sub- section 29 (3) of the Marine Insurance Act, 1906, which provides that "... an omission or erroneous declaration may be rectified even after loss or arrival, provided the omission or declaration was made in good faith."⁹⁴

In the latter case, the judge focused upon an analogous quota share reinsurance treaty and clearly stated that the doctrine of utmost good faith could not be applicable to the subsequent declarations and their succeeding policies under the obligatory type arrangement.

Moreover, in accordance with the doctrine of waiver, it may be likely that a counterclaim by the insured/reinsured that the insurer/reinsurer actually agreed not to have the right to accept or to reject the risk/s which become within the scope of the general insurance/reinsurance facility in the light of the necessary knowledge of a prudent insurer/reinsurer. Therefore, it is highly possible that the insurer/reinsurer's claim if based upon the breach of the duty of utmost good faith, which can be built upon either by the Act or a less onerous duty compared to it, could be rejected depending upon becoming successful in this allegation. Put in other words, the finding of waiver ceases the insurer/reinsurer to avoid any subsequent declaration and the ensuring policy in the case of a breach in order to fulfil the utmost good faith duty.

Consequently, it should be kept in mind that there is a close correspondence between the terms of the open cover and the legal position relating the applicability of duty to each subsequent declaration issued in respect of obligatory type open covers. Hence, although the strong findings deduced are in existence for the insured/reinsured, it can be said that there is no certain proposition settled yet.

94 It could be accurately concluded that the sub- section has modified the duty of disclosure as laid down in section (18) of the Act.

On the other hand, the proposition is comparatively undemanding to ascertain whether the subsequent declarations effected in respect of non-obligatory type open covers can attack the duty to perform utmost good faith. It should be remembered that this type of open cover operates as a procedural mechanism under which separate contracts of insurance/reinsurance could be generated by means of individual declarations⁹⁵.

In consequence of being at liberty like the insured/reinsured and being allowed to select the risk/s to cede under the coverage, the insurer/reinsurer has the right to accept or reject the risk/s might have been ceded by the insured/reinsured. Hence, they are likely to be regarded as acting outside the doctrine of waiver, in respect of the subsequent declarations issued under the non-obligatory open covers unless any special circumstance surrounding the risk/s declared occurs. Consequently, the insurer/reinsurer can be entitled to avoid both the declaration blemished by the breach of the duty of utmost good faith and its subsequent policy, on the basis that the duty has been attracted by the legal nature of non-obligatory type open cover.

To clarify the legal approach to the non-obligatory type open covers succeeding declarations and the applicability of the duty to both these declarations and their ensuing policies, it may be appropriate to refer to the conclusions in both *Berger and Light Diffusers Pty. Ltd. v. Pollock*⁹⁶ and *WISE Underwriting Agency Ltd. and others v. Grupo Nacional Provincial SA*⁹⁷ respectively.

In the former case, the action was brought by insureds against insurers to be indemnified in respect of the loss, £20, 000 claimed. The historical background of this claim was that the brokers, who had an open cover with the defendant representative underwriters, issued a declaration representing £20, 000 as the value of a cargo of the steel injection moulds already shipped. As a result, a “cross-slip” was issued on behalf of the

95 For the details, it could be apt to observe the heading “facultative open covers” in the study above. See particularly the judgement of Gatehouse J. in *Societe Anonyme d' Intermediaires Luxembourgeois v. Farex Gie*, [1995] L.R.L.R. 116.

96 [1973] 2 Lloyd's Rep. 442, at p. 455- 457.

97 The Court of Appeal (Civil Division), [2004] WL 1476630, reserved the decision of learned judge, [2003] EWHC 3038, English Commercial, on the affirmation issue in favour of the reinsured.

defendant underwriter accepting the insurance under the open cover on Nov. 7. Although the cross-slip was regarded as a contractual document, from the underwriters' point of view, it was intended to be supplemented by further information which would then be embodied in the final contract. Therefore, a "signing slip" was issued as the final contract stating that the value of the moulds was £20, 000 and they were "unpacked, bound together". However, the subject-matter in a rusty condition had already arrived at its destination prior to the date the final slip was signed. As can be seen, the issues arose from that moment.

In the case, *inter alia*, the requisite occurred for the determination of whether the subsequent policy effected in respect of the declaration issued under the brokers' open cover as it was defected by non-disclosure. Mr. Kerr J. reached the judgement that, firstly, the open cover operating between the brokers and the insurers was not an obligatory type insurance facility, and therefore it was necessary to consider premium rate and to accept the risk declared by the brokers to the insurers subject to the analysis of risk made by the insurers in the ordinary course of business. Thus, secondly, the plaintiffs could not be relieved from their obligations to fulfil the duty of disclosure under section (18) of the Act. Thereafter, in accordance with these conclusions, undisclosed circumstances were questioned on the basis of the legal requirement to ascertain the materiality. The consequence reached was that the circumstances were not material; hence, the underwriters were not entitled to avoid the policy.

In the latter case, *WISE v. Grupo Nacional*, the assured was a Mexican retailer, who procured an insurance policy for luxury goods to be shipped from the insurers (defendants), "GNP". After the placement of risk, the defendants obtained a contract of reinsurance from the plaintiffs (reinsurers), "WISE", by means of the brokers' open cover. As regards the open cover, Collard & partners, "Collards", were accommodated by the general facility, where WISE had discretion to accept or reject the risk/s declared by Collards. The problems were rendered after the claim of the insurers to be indemnified in respect of the stolen goods.

According to the facts, WISE was informed that the subject-matter reinsured was "clocks" by virtue of the English version of original previous insurance policy, which had been effected between GNP and the insured. Nevertheless, the Spanish version of the policy had precisely stated that the goods insured included Rolexes and other high-value brands

of watches. As a result, the primary issue turned upon whether GNP was in breach of utmost good faith by reason of this non- disclosure.

The learned judge did not show any hesitation to engage the duty to the declaration and the ensuing reinsurance policy on the basis of the non-obligatory open cover. In connection with the coverage, it was clarified that the contractual right allowed the risk declared to be judged for the determination of the premium and acceptance remained the same. It was not held to be modified by means of any specific arrangement.

In consequence of the application of the pre- contractual duty of disclosure of the reinsured in respect of section (18) of the Act, Mr. Justice Simon had held that the non- disclosure had induced the plaintiffs' judgement and subsequently the reinsurance policy; and therefore the reinsurers had been entitled to avoid the policy. Thereafter, although the decision of the learned judge regarding the inducement issue was confirmed and approved by the powerful Court of Appeal⁹⁸, the judgement of Simon J. based upon the affirmation question was reserved; thus WISE was obliged to honour the payment under the reinsurance policy.

In conclusion, in accordance with the findings of cases aforementioned, it can be said that where there is a non- obligatory open cover administered to the broker from the insurer/reinsurer, the insured/reinsured is obliged to disclose every material circumstance and not to make misrepresentation in respect of the relevant declaration. Therefore, the duty of utmost good faith stated in the Act is attracted by each individual declaration issued under the non-obligatory open cover and the failure of the insured/reinsured to perform the duty causes the avoidance of both the declaration and the succeeding insurance policy. However, it should be mentioned that the legal situation in respect of client's non- obligatory open covers has not been established yet.

98 Here, it may be convenient to mention the words of Lord Justice Rix as follows: "... the reinsurance was underwritten in the absence of an appreciation of the importance of watches to the risk, it is easy to understand that this may have affected the rating of the risk or the decision to undertake it at all." In addition, it should be remembered that the Court of Appeal had not argued the engagement of duty of utmost good faith relating to the non- obligatory open cover and directly scrutinised the surrounding facts seeking to ascertain whether there was any failure of GNP as to the duty.

4 SUMMARY and CONCLUSIONS

In accordance with the whole report abovestated, it can be easily observed that the legal issues and the question of the enforceability of duty of utmost good faith arise out of the failure to formulate the general facility in precise and unambiguous terms. Therefore, whether the deficiency occurs relating the open covers' terms, the parties and their legal/market practitioners have to face the unwelcome problems and difficulties.

As regards to insurance contracts as derived from the case law, to solve the issues it is particularly necessary to rely upon the true construction of the open cover's own terms. Inevitably, this legal primary requirement propels the parties not only to be aware of exactly what they intend to be bound by in the general insurance facility, but also to formulate their precise intentions in it. It should be remembered that as to the true construction of open covers, the courts are led by a well-established rule, which requires the analysis of both the surrounding circumstances and the common knowledge of the parties at the time they make the agreement. In addition, the courts also have discretion to consult expert evidence to consider the related market practices/procedures where the need occurs⁹⁹ on the basis of the aim to complete the factual matrix behind the contract.

Furthermore, even though it seems that the classification of the legal nature of open covers is practical to ascertain contractual and statutory rights, obligations and immunities, to determine which type of open cover is presented, in the main, are far from being straightforward by reason of the complexity of open covers' terms. Hence, it could be accurately said that the categorization can guide the courts to reach the final conclusions subject to the discovery of certain legal type of general facility, which depends upon the wording of the coverage.

Having regard to the language of the open cover, the insurer/reinsurer should be cautious about, firstly, clarifying whether the risk/s ceded automatically attach to the insurance cover, secondly, if the attachment is due to the delivery of an individual subsequent declaration, for which the time arrangements and the formation for effecting the subsequent declara-

99 The judgement of Hunter J.A. in *Insurance Co. of the State of Pennsylvania v. Grand Union Insurance Co. and Lowndes Lambert Construction Ltd.*, [1990] 1 Lloyd's Rep. 208 at p. 218, demonstrated the importance of market practices to be enabled to observe the circumstances altogether and to reach the final conclusions.

tions have to be clearly worded giving no room for any suspicion and, finally, to bind the insured/reinsured with the duty of utmost good faith in respect of the open covers themselves and the subsequent declarations issued under a binding authority or a client's open cover which requires clear wording. To elucidate these contractual common needs is fundamental to the elimination of difficulties and legal debates.

At the end of this study, the point to be clearly noted is that the popularity of open covers has been continuously spreading in the market in respect of both insurance and reinsurance arrangements despite some undesirable consequences resulting from the association between the open covers and the subsequent policies effected in respect of each individual declaration.

References

- Butler and Merkin's, *Reinsurance Law*, London: Sweet & Maxwell/2003.
- Colinvaux and Merkin's, *Insurance Contract Law*, London: Sweet & Maxwell, 2002.
- Colinvaux, *The Law of Insurance*, editor Professor Robert Merkin, (7th edition/1997).
- Malcolm A. Clarke, *The Law of Insurance Contracts*, LLP/ 4th edition, 2002.
- R.H. Brown and J.J. Novitt's, *Marine Insurance- Cargo Practice*, Volume 2/ 4th edition.
- R.L. Carter, *Reinsurance*, London: Kluwer and M&G Reinsurance/1979.
- Robert Grime, *Insuring Cargoes in the 1990s*, (MLMI/ Chapter 3) MacGillivray, on *Insurance Law*, (10th edition/2003).
- Robert Merkin, *Formation of a contract of Insurance*, Insurance Law Monthly (March 2002).
- Robert Merkin, *Formation of Insurance Contracts*, Insurance Law Monthly (July 2003).

Table of Cases

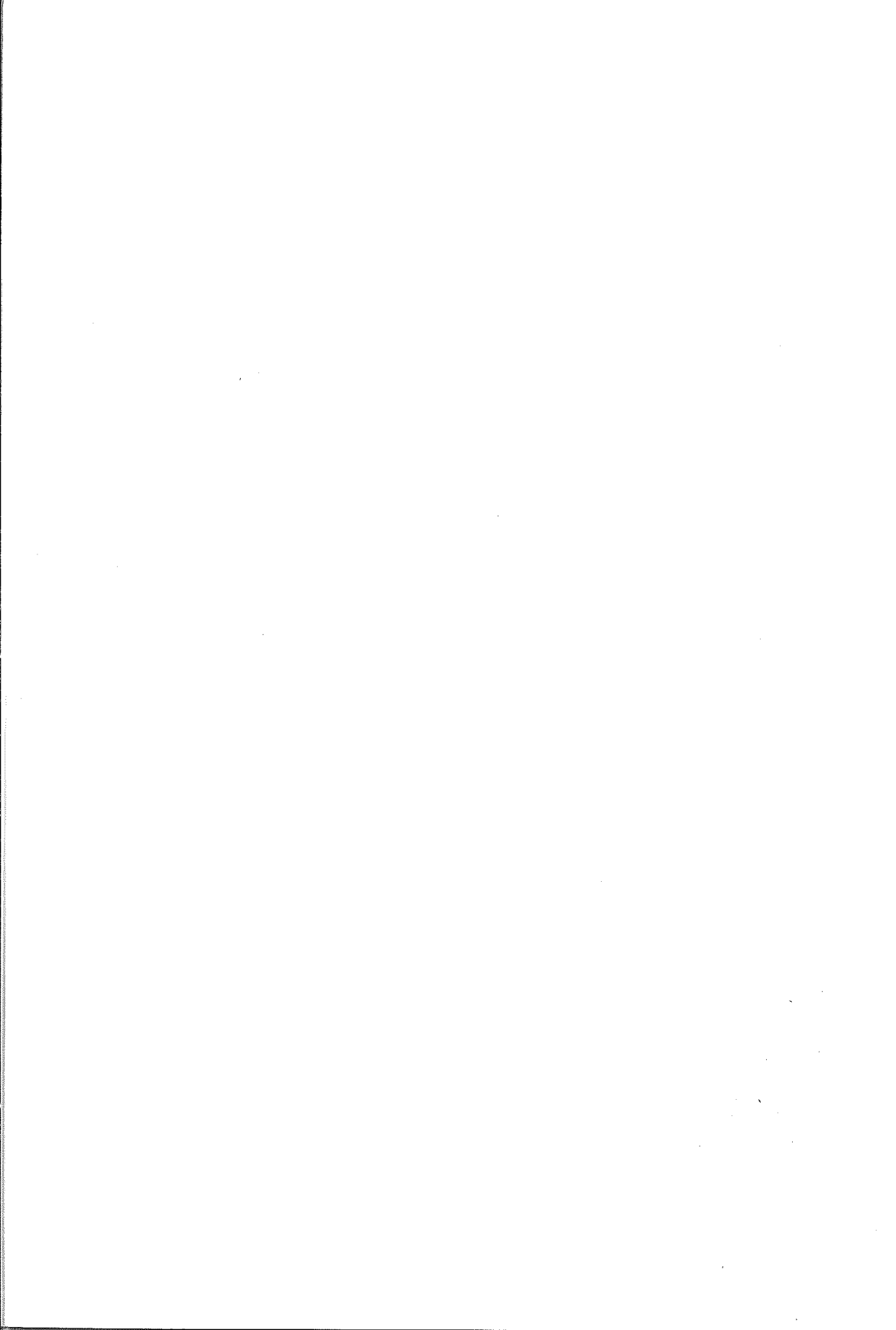
- Alfred McAlpine plc v. BAI (Run-off) Ltd, [2000] 1 Lloyd's Rep. 437.
- Aneco Reinsurance Underwriting Ltd. v. Johnson & Higgins, [2002] Lloyd's Rep. I.R. 91.
- Balfour v. Beaumont, [1984] 1 Lloyd's Rep. 272.
- Balfour v. Beaumont, [1982] 2 Lloyd's Rep. 493.
- Banque Financière de la Cité S.A. v. Westgate Insurance Co. Ltd., [1990] 2 Lloyd's Rep. 377.
- BP Plc v. G.E. Frankona Reinsurance Ltd. [2003] 1 Lloyd's Rep. 537.
- Carter v. Boehm, (1766) 3 Burr. 1906.
- Citadel Insurance Co. v. Atlantic Union Insurance Co. S.A., [1982] 2 Lloyd's Rep. 543
- Glasgow Assurance Corporation Ltd. v. Williamson Symondson & Co., (1911) 16 Com. Cas. 109.
- Glencore International A.G v. Alpina Insurance Company Limited, [2004] 1 Lloyd's Rep. 111.
- Glencore International A.G v. Ryan (No.1), *The Beursgracht*, [2002] 1 Lloyd's Rep. 574.
- Glencore International A.G v. Ryan (No.1), *The Beursgracht*, [2001] 2 Lloyd's Rep. 602.
- Glencore International A.G v. Ryan (No.2), *The Beursgracht*, [2001] 2 Lloyd's Rep. 608.
- Glencore A.G. v. Portman, [1997] 1 Lloyd's Rep. 225.
- HIH Casualty and General Insurance Ltd. and Others v. Chase Manhattan Bank and Others, [2001] 2 Lloyd's Rep. 483.
- HIH Casualty and General Insurance Co. v. New Hampshire Insurance Co. [2001] 2 All E.R. (Comm.) 39.
- Home Marine Insurance Company, Limited v. Smith, 1898 2 Q.B. 351.
- I.C.S. Ltd. v. West Bromwich B.S., [1998] 1 W.L.R. 896.
- Insurance Co. of the State of Pennsylvania v. Grand Union Insurance Co. and Lowndes Lambert Construction Ltd., [1990] 1 Lloyd's Rep. 208.
- Ionides and Chapeaurouge v. The Pacific Fire and Marine Insurance Company, (1870-71) LR 6 Q.B. 674).
- The Imperial Marine Insurance Company v. The Fire Insurance Corporation Ltd. (1879-1880) L.R. 4 C.P.D 166.
- L'Alsacienne Premiere Societe Alsacienne et Lorraine D'Assurances Contre L'Incendie Les Accidents et Les Risques Divers v. Unistorebrand International Insurance A.S. and Kansa Reinsurance Co. Ltd., [1995] L.R.L.R. 335.

- Law Guarantee Trust and Accident Society Ltd. v. Munich Reinsurance Co.(1915) 31 T.L.R. 572.
- Lincoln National Life Ins. Co. v. State Tax Commission, 16 So. 2d (1944 Miss.) 369.
- Mander v Commercial Union Assurance Co Plc Mander v Gyngell Dobinson Gregory Co. Ltd. Mander v Prudential Assurance Co. Ltd., [1998] 1 Lloyd's Rep. I.R 93.
- Noble v. Kennoway, (1780) 2 Doug. K.B. 510.
- Pan Atlantic Insurance Company Ltd. v. Pine Top Insurance Company Ltd.[1994] 2 Lloyd's 427.
- Phoenix General Insurance Co. of Greece S.A. v. Halvanon Insurance Co. Ltd.[1985] 2 Lloyd's Rep. 599.
- Prenn v. Simmonds, [1971] 1 W.L.R. 1381.
- Pryke and Others v. Gibbs Hartley Cooper Ltd. Excess Insurance Co. Ltd. v. Same, [1991] 1 Lloyd's Rep. 602.
- Reardon Smith Line Ltd. v. Hansen-Tangen, [1976] 1 W.L.R. 989.
- Societe Anonyme d' Intermediaires Luxembourgeois v. Farex Gie, [1995] L.R.L.R. 116.
- Sedgwick Tomenson Inc. v. P.T. Reasurans Umum Indonesia and Another, [1990] 2 Lloyd's Rep. 334.
- Stephens v. Australasian Insurance Co., (1872) L.R. 8 C.P. 18.
- Union Insurance Society of Canton, Limited Appellants v. George Wills & Co. Respondents, [1916] 1 A.C. 281.
- WISE Underwriting Agency Ltd. and others v. Grupo Nacional Provincial SA., [2004] WL 1476630, the Court of Appeal (Civil Division).
- WISE Underwriting Agency Ltd. and others v. Grupo Nacional Provincial SA., [2003] EWHC 3038, English Commercial Court.

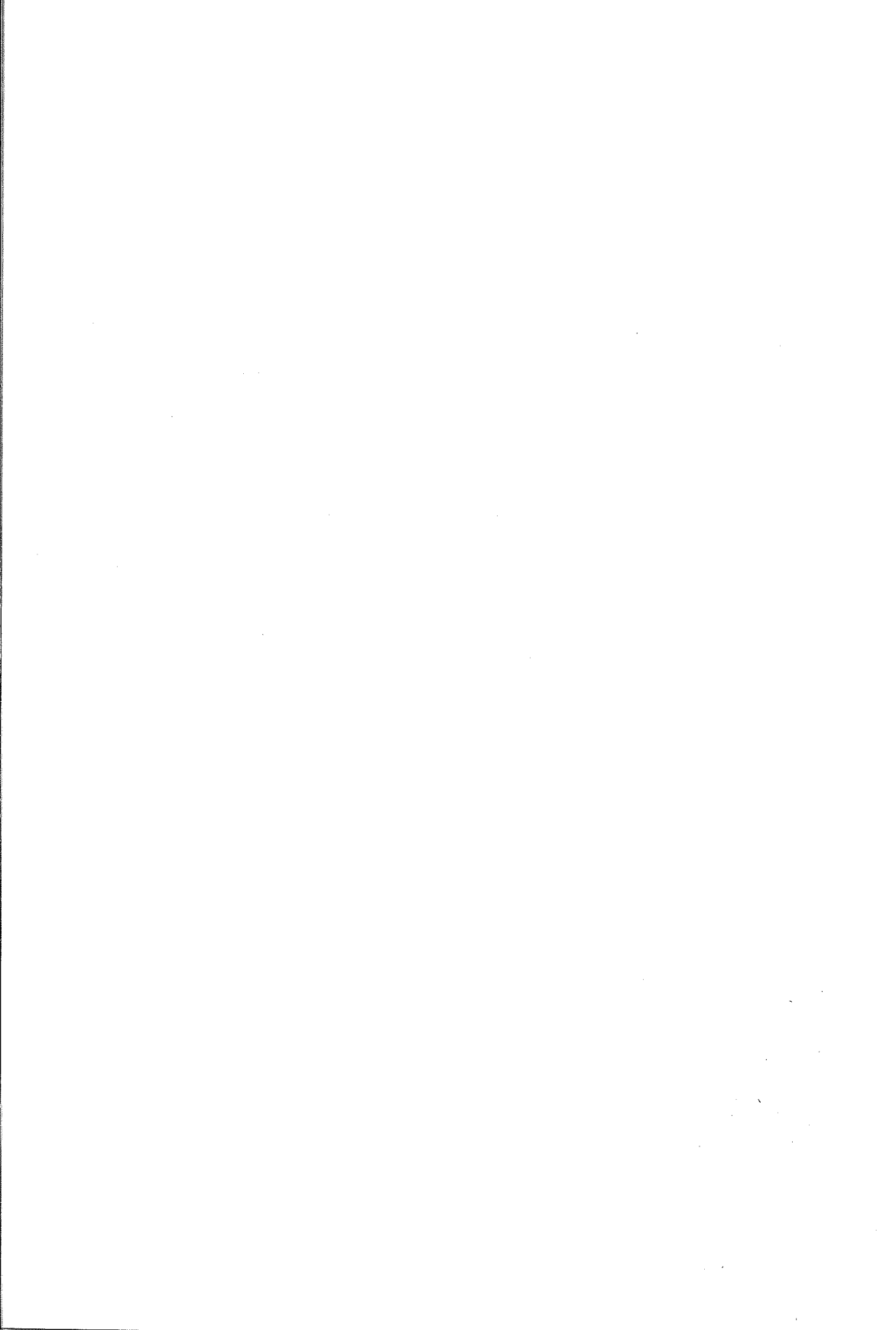
İCRA VE İFLÂS KANUNU'NDA 4949 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER SEMPOZYUMU*

**10 Ocak 2004 günü Yeditepe Üniversitesi'nde
düzenlenen Sempozyum'da sunulan
tebliğler ve soru-cevap tutanakları***

(*) Tebliğler 10 Ocak 2004 tarihindeki hukuki durum dikkate alınarak hazırlanmıştır.



BİRİNCİ OTURUM
AÇILIŞ KONUŞMALARI



Prof. Dr. Halûk Kabaalioglu

(Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dekanı)

Ülke hukukunu ilgilendiren konulardaki toplantılarla kendi çapımızda karınca kararınca katkıda bulunmaya çalışıyoruz. Bu toplantının düzenlenmesindeki çabaları için Hukuk Fakültemiz Medeni Usul Hukuku ve İcra İflas Hukuku Kürsüsü Başkanımız Sayın Prof. Dr. Bilge Umar ve kürsü arkadaşı Sayın Doç. Dr. Ali Cem Budak Hocamız'a çok teşekkür etmek istiyorum.

Profesör Bilge Umar bu sabah, toplantıda ele alınacak konular için sizlere sundukları metinlerin derlendiği kitap dolayısıyla "Kitaplar matbadan geldi mi?" telaşesi içinde idi. Herkes yaptığı işi zevkle, büyük bir sorumluluk bilinci içinde yapıyor

Bu arada geçtiğimiz ay üniversitemize katılan sayın Doç. Dr. Ali Cem Budak da, icra-iflas ve medeni usul hukuku alanında uluslararası düzeyde yayınlarıyla temayüz etmiş bir arkadaşımız. Londra Üniversitesi'nde yazdığı kesin hüküm isimli master tezi, İngiltere'deki en önemli hukuk dergisinde yayınlanmıştır. Hocamız Profesör Hayri Domaniç'in de doktora tezi kesin hüküm konusundaydı. O da icra-iflasla başlamıştı. Eminim Ali Cem Budak da, hocamızın ulaştığı düzeye gelecektir. Bremen Üniversitesi'nde hukuk doktorasını yaptıktan sonra, ülkemize döndü. Kendisin tekrar Bremen'e davet ettiler. Çünkü o tarihte Bremen Üniversitesi'nde verilen "En Başarılı Hukuk Doktorası" ödülünü aldı. Yazmış olduğu iki yabancı dildeki kitap, İngiltere'de yayınlandı. Onun için de Üniversitemize katıldığı için kendisiyle tabii ki gurur duyuyoruz

Tabii Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi her türlü girişimine destek veren, uluslararası alandaki çalışmalarımızda Avrupa Toplulukları Adalet Divanı'ndan Oxford, Cambridge Üniversitelerine kadar çok sayıda kurumdan yabancı bilim adamını davet etmemize olanak sağlayan Mütevelli Heyet Başkanımıza da teşekkür etmek istiyorum. Sayın Bedrettin Dalan Hukuk Fakültemiz'i üniversitemizin amiral gemisi olarak görüyorlar. Biz henüz römorkör gibi arkalarda gidiyoruz; ama daha ilerilere, filo-da biraz daha ortalara yaklaşmaya çalışacağız. Çünkü diğer fakültelerimiz de çok başarılı çalışmalar yapıyor.

Bugün şimdiye kadar hiçbir yerde açıklanmayan bir konuyu da açıklamak istiyorum. İlgili şahsiyet de ilk kez burada duyacak. Ülkemizde hukuk devleti, demokratik, laik hukuk devletinin korunması ve yargı bağımsızlığı alanında çok cansiparane, yoğun çalışmalarıyla hepinizin takdir ettiğine emin olduğum Yargıtay Başkanımız'a, Üniversitemizin on yıllık hayatında ilk kez, Üniversite Senatosunun 24 Ekim 2003 tarihinde oybirliği ile aldığı bir kararla, fahri hukuk doktorası verilmesine karar verilmiştir. Sayın Yargıtay Başkanımız'a fahri hukuk doktorası verilmesi töreni bu salonda 12 Şubat günü yapılacaktır. Sizleri de davet ediyorum.

Bu toplantıyı teşriflerinden ötürü kendilerine, Sayın Yargıtay Başkanımıza, Sayın Mütevelli Heyet Başkanımıza, Rektörümüze, tebliğ sunacak değerli öğretim üyelerimize ve hepinize çok teşekkür ediyorum.

Toplantının ilk oturumu için oturum başkanımız, Sayın Yargıtay Başkanımız Eraslan Özkaya'yı ve birer tebliğ sunacak olan Hocalarımız Sayın Talih Uyar ve Sayın Abdurrahim Karslı'yı kürsüye davet ediyorum.

Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya

Sayın Mütevelli Heyet Başkanı, Değerli Rektör, Değerli Dekan, Çok Sayın Bilimadamları, Sayın Konuklar, Sevgili Gençler,

Bu pırıl pırıl üniversitenin bu çok güzel salonunda sempozyum yapmak ve bu sempozyuma iştirak etmek hakikaten büyük bir zevk. Böyle bir üniversiteyi tesis eden böyle güzel bir üniversite kuran sayın Mütevelli Heyet Başkanı ve değerli bilim adamlarına ve emeği geçenlere sözlerime başlarken teşekkür ediyorum.

Efendim İcra-İflas Kanunu'nda değişiklik yapan 4949 Sayılı yasayı derinliğine incelemek üzere tertip edilen bu sempozyumun ilk oturumunu açarken hepimize sevgiler saygılar sunuyorum.

Sempozyum panel açık oturum gibi bilimsel toplantıların bir konunu derinliğine incelenmesinde tatbikatta görülen duraksamaları aydınlatmakta, toplumu bilinçlendirmede önemi çok büyüktür. Hele yeni bir kanun çıktığı zaman veya bir kanunda değişiklik yapıldığı zaman bu gibi toplantılara çok büyük ihtiyaç vardır. Bu bakımdan biz Yargıtay olarak bu bilimsel toplantıları her zaman destekliyoruz. Çok yoğun işlerim olmasına rağmen oturum başkanlığı dahi olsa olsun küçük bir katkı olsun diye bütün işlerimi erteleyerek aranıza katılmış bulunuyorum. Rektöründen bütün öğretim üyelerine kadar Yeditepe Üniversitesi'ne ve ayrıca İstanbul Barosu'nun Sayın Başkanı ve Yönetim Kuruluna böyle bir bilimsel toplantıyı düzenledikleri için ayrıca teşekkür ediyorum.

Bu sempozyumda, hepimizin malumu olduğu gibi 1932'de yürürlüğe giren ancak pek çok değişiklik yapılmasına rağmen gereksinmelere ce-

vap vermeyen 2004 Sayılı İcra-İflas Yasası'nda son büyük değişikliği gerçekleştiren 4949 Sayılı Yasa'nın getirdiği yenilikleri görüşeceğiz, derinliğine inceleyeceğiz. Şimdi bu gibi toplantılarda zaman sorunu çok mühim, zamana da ben çok değer veririm, o bakımdan değerli konuşmacılara yirmibeşer dakikalık bir süre vereceğim. Bu yirmibeşer dakikalık süre içerisinde tebliğlerini sunacaklar. Ondan sonra sorulara geçeceğiz, kafanızda beliren sualleri mümkün olduğu ölçüde sizlerden almaya cevaplamaya çalışacağız. Eğer vaktimiz müsait olursa, geri kalan kısımda yeniden konuşmacılara söz hakkı tanımaya çalışacağım.

Kısaca şu hususu belirtmek istiyorum: Değerli konuşmacılar bunu açıklayacaklar ama ben panoramik çok kısa bir açıklamada bulunacağım. Şimdi İcra-İflas Yasası'nda değişiklik yapan 4949 Sayılı Yasa, 2004 Sayılı İcra-İflas Yasası'nın 89 maddesinde değişiklik yapmış, 27 madde eklemiş ek bir madde ile 3., 4., 5. geçici maddeler getirilmiş 62. ve 67. maddelerin 4. fıkraları, 128. maddenin 2. fıkrasının son cümlesi, 134. maddenin son fıkrası, 280. maddenin 2. fıkrası, 285. maddenin son fıkrası, 354. maddenin 2. fıkrası, 363. maddenin 12 numaralı bendi yürürlükten kaldırılmıştır. Bu yapılan değişiklikler ve yeni getirilen hükümlerle takip sürecinin alacaklı ve borçluların çıkarları ve yararları zedelenmeden bunların arasında hassas denge bozulmadan hızlandırılması, hakkın suistimalinin, özellikle kötüniyetli itiraz ve davaların önlenmesi, cüz'i ve külli icra sürecini yavaşlatan yöntemlerin değiştirilmesi, özellikle icra tebliğlerinin sü-rüncemede kalmaması, seri şekilde yapılmasının sağlanması, iflas ve konkordatoya ilişkin hükümlerde günün koşullarına uygun yeni düzenlemelerin yapılması, uygulamada görülen sıkıntıların duraksamaları önleyici hükümlerin getirilmesi amaçlanmıştır.

Kısaca değindiğim bu hususlarda getirilen bu yeni hükümler, şimdiden birtakım duraksamalara sebep olmaktadır. Maalesef, bizde yasalar ya çok aceleye getirilmekte veyahutta getirilmesi çok geç kalınmaktadır. İşte 2004 Sayılı İcra-İflas Yasası'nın değişikliği de çok gecikmiştir. İnşallah bu değişiklikler, bu yenilikler ile İcra-İflas Yasası da, bir an önce hak tecellisine katkı sağlayacak şekilde değiştirilmiş olur. Bunu tatbikat gösterecek.

Değerli konuşmacıların sabırsızlıklarını biliyorum. Şimdi önce söz sırasını Sayın Avukat Talih Uyar'a bırakıyorum.

GENEL HACİZ YOLU VE KAMBIYO SENETLERİNE DAYALI TAKİBE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

Av. Talih Uyar

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Görevlisi

Değerli konuklar ve sevgili öğrenciler;

İcra ve İflas Kanununda Değişiklik Yapılmasına Dair 4949 sayılı Kanun, 17.7.2003 tarihinde kabul edilerek, 30.7.2003 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

107 maddeden oluşan ve İcra ve İflas Kanununun 81 maddesinde değişiklik yapmış olan bu kanunun –ilk konuşmacı ben olduğum için– kısaca *hazırlık çalışmalarından* söz etmek ve ondan sonra asıl konum olan “*İcra ve İflas Kanunu’nda 4949 sayılı Kanunla Yapılan Genel Haciz Yolu ve Kambiyo Senetlerine Dayalı Takibe İlişkin Değişiklikler*”e geçmek istiyorum.

Yargı reformu çalışmaları çerçevesinde İcra ve İflas Kanununun da ele alınması, dönemin Adalet Bakanı sayın **Prof. Dr. Hikmet Sami Türk** zamanında gündeme gelmiş ve “*İcra ve İflas Kanununda, uygulamadan kaynaklanan aksaklıkları gidermek, bu alandaki işlemlere etkinlik ve hız kazandırmak*” ve “*kurulması planlanan İstinaf (Bölge Adliye) Mahkemelerini düzenleyecek olan kanun ile İcra ve İflas Kanunu’nu uyumlu hale getirmek amacı ile*” –karşılaştırmalı hukuktaki gelişmeler de göz önünde bulundurularak– bir Tasarı hazırlamak üzere 4.10.1999 tarihinde, Adalet Bakanlığı’nda Marmara Hukuk Fakültesi öğretim üyelerinden sayın Prof. Dr. Selçuk Öztekin başkanlığında bir komisyon ku-

rulmuştur. 18 kişiden oluşan bu komisyona seçilen arkadaşlarımızdan birkaçı –işlerinin yoğunluğu nedeniyle– çalışmalara katılmamış, komisyonun çalışmaları sürerken de komisyon başkanının önerisiyle daha sonra birkaç arkadaşımız da komisyona katılmıştır... Bu suretle 1999/Kasım ayında çalışmalarına başlayan komisyon yaklaşık üç yıllık bir çalışma sonucunda hazırladığı **Tasarı**'yı Adalet Bakanlığı'na sunmuştur. Tasarının gerek Adalet Bakanlığı ve gerekse TBMM.'ndeki görüşmeleri sırasında komisyon başkanı veya onun görevlendirdiği bir başka arkadaşımız o toplantılara da katılmıştır.

Komisyon, Tasarının hazırlanması aşamasında, çeşitli kuruluşlar ve kurumlar tarafından Adalet Bakanlığı'na sunulmuş olan teklifleri ve Ağustos/1992 tarihinde dönemin Adalet Bakanı Sayın M. Seyfi Oktay tarafından kurulmuş olan "İcra ve İflas Yasası Alt Komisyonu"nda arkadaşımız sayın Prof. Dr. Ramazan Arslan ile birlikte hazırladığımız ve daha sonra Büyük Komisyon tarafından son şekli verilerek 2.12.1993 tarihinde TBMM. Başkanlığı'na sunulan ve Adalet komisyonu tarafından da 21.2.1994 tarihinde kabul edilen ancak o dönemde kanunlaşmamış olan (49) maddeden oluşan "İcra ve İflas Kanunu'nun Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun"u (bknz: Demokratikleşme ve Yargı Reformu, 1994, C:2, s:483-513 "Adalet Bakanlığı Yayınları") da göz önünde bulundurmıştır.

Komisyon tarafından hazırlanan Tasarı Adalet Bakanlığına sunulduktan sonra, Bakanlık tarafından çeşitli kurum ve kuruluşlara Tasarı hakkındaki görüş ve eleştirilerini bildirmeleri için başvuruda bulunulmuş, buralardan -örneğin; Kültür Bakanlığı'ndan, Çevre Bakanlığı'ndan, Maliye Bakanlığı'ndan, Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'ndan, Enerji ve Tabii Kaynaklar Bakanlığı'ndan, İçişleri Bakanlığı'ndan, Milli Savunma Bakanlığı'ndan, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden, Yargıtay 1. Başkanlığı'ndan, Türkiye Barolar Birliği'nden, Türkiye Bankalar Birliği'nden, Noterler Birliği'nden, İzmir Adli Yargı Adalet Komisyonu Başkanlığı'ndan, Halk Bankası'ndan, Ziraat Bankası'ndan, Türkiye Kalkınma Bankası'ndan, Devlet İstatistik Enstitüsü Başkanlığı'ndan, Vakıflar Genel Müdürlüğü'nden, Sermaye Piyasası Kurulu'ndan, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği'nden, Banka ve Kambiyo Genel Müdürlüğü'nden, Sigortacılık Genel Müdürlüğü'nden vb.– gelen görüşler değerlendirildikten sonra, Tasarıya son şekli verilerek Adalet Bakanlığına sunulmuştur.

Bu aşamalardan geçtikten sonra kanunlaşarak 30.7.2003 tarihinde yürürlüğe girmiş bulunan 4949 sayılı Kanunun kabul edilmesiyle “İcra ve İflas Kanununda değişiklik yapılması” konusu artık -en azından, yakın bir gelecek için- gündemden kalkmış mıdır? Hayır!

Komisyon tarafından hazırlanan Tasarı Adalet Bakanlığına sunulduktan sonra, Adalet Bakanlığı, Tasarının (2) önemli hükmünde –İİK. mad. 88, 128 a– değişiklik yaparak TBMM.’ne sunmuş ve Tasarı bu değişik şekliyle kanunlaşmıştır. Ancak, kanunun yürürlüğe girmesiyle yapılan bu değişikliklerin isabetli olmadığı hemen anlaşılmış ve bu maddelerle birlikte 302 ve “sermaye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırılması” konusunda kanuna 309 l maddesinden sonra yeni maddeler (309 m ilâ 309 v) eklenmesi için Adalet Bakanlığı “İcra ve İflas Kanunu’nda Değişiklik Yapılmasına Dair –8 maddelik– bir yeni Kanun Tasarısı hazırlamıştır. Bu Tasarının önümüzdeki günlerde TBMM.’nde görüşülerek kanunlaşacağını umuyoruz.

Ancak hemen belirtelim ki bu Tasarının kanunlaşması da, İcra ve İflas Kanununu yine gündemden düşürmeyecektir. Çünkü, bu Tasarıdan sonra komisyonun –Adalet Bakanlığı’nın direktifi üzerine– İcra ve İflas Kanununu, İstinaf (Bölge Adliye) Mahkemeleri Kanunu’na uyumlu hale getirerek hazırladığı ikinci Kanun Tasarısı gündeme gelecektir. Adalet Bakanlığı tarafından “İcra ve İflas Kanunu ile Ceza Evleri İle Mahkeme Binaları İnşası Karşılığı Olarak Alınacak Harçlar ve Mahkumlara Ödettirilecek Yiyecek Bedelleri Hakkında Kanunda Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun Tasarısı” ismiyle Başbakanlığa sunulmuş olan -51 maddeden oluşan- bu son Tasarı Başbakanlık tarafından 14.3.2003 tarihinde TBMM. Başkanlığı’na sunulmuştur. Edindiğimiz bilgilere göre, bu son Tasarı, Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nda yapılacak değişiklikler kesinleştikten sonra, bu kanunda yapılacak değişikliklerle birlikte “bir paket halinde” -önümüzdeki aylarda- TBMM.’ne sunulacaktır.

4949 sayılı Kanunun hazırlık çalışmalarına ilişkin bu kısa açıklamadan sonra şimdi asıl konumuz olan “İcra ve İflas Kanunu’nda 4949 sayılı Kanunla Yapılan Genel Haciz Yolu ve Kambiyo Senedine Dayalı Takiplere İlişkin Değişiklikler”e geçiyorum.

A-“Teşkilat ve Muhtelif Hükümler” başlığını taşıyan ve kanunun 1-23. madde-lerinin yer aldığı bölüm’de değişiklik yapılan maddeler:

I- Kanununun 4. maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle;

-İcra ve iflas dairelerinde çalışan personelin işlemlerinin daha etkin biçimde denetlen-mesini sağlamak amacıyla, birden fazla icra hakimi olan yerlerde bulunan *icra reisliği* kurumu kaldırılmıştır... Ayrıca, iş durumu gereği icra tetkik mercii'nin birden fazla dairesinin kurulmuş olduğu yerlerde her icra tetkik mercii hakiminin kendisine *Adli Yargı Adalet Komisyonu Başkanlığı*'nca dönüşümlü olarak bağlanan icra ve iflas dairelerinin muamelelerine yönelik şikâyet ve itirazları inceleyeceği, bu dairelerin gözetim ve denetimini yapacağı, bunların idari işlerine bakacağı öngörülmüştür. Böylece, icra ve iflas dairelerinin, bağlı buldukları icra tetkik mercii hakimliklerinin gözetim ve denetim altında tutulmaları sağlanmış, icra tetkik mercii hakimlerinin icra dairelerinde çalışan personel üzerindeki etkinlikleri arttırılarak, icra işlemlerine karşı yapılan itiraz ve şikâyetlerin azaltılması amaçlanmıştır.

-İş durumunun gerekli kıldığı yerlerde *Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu*'nun olumlu görüşü ile Adalet Bakanlığı'nca, icra tetkik mercii'nin birden fazla dairesinin kurulabileceği, bu durumda bunların numaralandırılacağı belirtilmiştir...

II- Kanununun 13. maddesinin birinci fıkrasının birinci cümlesinde yapılan değişiklikle;

İcra ve iflas dairelerinin "4. maddedeki esaslara göre tetkik mercii hakiminin daimi gözetim ve denetimi altında bulunduğu" öngörülerek, bu madde ile 4. madde arasında paralellik sağlanmıştır.

III- Kanununun 14. maddesine eklenen yeni fıkra ile;

Yargıtay'a "*icra ve iflas işlerine ait kararların tamamını düzenli olarak yayınlama*" görevi yüklenmiştir. Buna ait esasların yine "Yargıtay tarafından hazırlanacak yönetmelikle düzenleneceği" öngörülmüştür... Yargıtay kararlarının günümüzde yeterince yayınlanmadığını gözönüne alan *Komisyon*, bu konuda yasal bir düzenleme yapma zorunluluğunu hisse-derek, Yargıtay kararlarının uygulamada ilgililer tarafından bilinmemesi nedeniyle yanlış kararlar verilmesini önlemek ve ülkenin her yerinde kanunların istikrarlı ve adil bir biçimde uygulanmasını sağlamak istemiştir.

Bu suretle, bu maddenin ikinci fıkrasında "*icra ve iflas işlerine ait Yargıtay kararları, çıkarılacak resmi bir kararlar dergisinde muntazaman yayınlanır*" ş e k l i n d e daha önce mevcutken, 3222 sayılı kanunun 47

“a” bendi ile “*icra ve iflas işlerine ait Yargıtay kararları, Yargıtay Kararları Dergisi’nde yayınlanmakta olduğundan, halen uygulanmayan 14. maddenin ikinci fıkrası metinden çıkarılmıştır...*” ş e k l i n d e k i gerekçe ile yürürlükten kaldırılmış olan hüküm, yeniden maddeye eklenmiştir...

IV- Kanununun 18. maddesinin üçüncü fıkrasında yapılan değişikliklerle;

-Tetkik mercii hakimine –kaynak İsviçre Kanunu’nda olduğu gibi– “*şikâyete konu işlemi yapan icra dairesinin görüşünü alma*” olanağı tanı-narak, icra müdürünün/yardımcısının yaptığı işlemi –niçin o şekilde yap-tığını– açıklaması ve böylece, hem onun işlemlerinde daha titiz davranma-sı hem de şikâyet konusu işlemin gerekçesini öğrenen hakimın daha isa-betli karar vermesi sağlanmak istenmiştir.

-Uygulamada, tebligat için gerekli olan süreden kaynaklanan sorun-ları gidermek amacı ile, daha gerçekçi bir yaklaşımla “*duruşmaların an-cak zorunluluk halinde otuz günü geçme-mek üzere ertelenebileceği*” hük-me bağlanmıştır.

V- Kanununun 23. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişikliklerle;

(Taşınır rehni) tabirinin, “Türk Medeni Kanunu’nun 940. maddesin-de öngörülen rehinleri” ve “ticari işletme rehnini” de kapsadığı belirtilerek, 22.11.2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu’nun 940. maddesin-de “icra dairesinde tutulacak özel sicile yazılmak suretiyle hayvanlar ile bu kanun gereğince bir sicile tescili zorunlu olan taşınır malların kayıtlı bulun-duğu sicile yazılarak, bu mallar üzerinde zilyetlik devredilmeden rehin ku-rulabileceği” hükmü yer aldığından, hem bu hükümle uyum sağlanmak ist-enmiş ve hem de 21.7.1971 tarihli ve 1447 sayılı Ticari İşletme Rehni Ka-nunu’na tabi ticari işletmeler, “taşınır rehni” kapsamına alınmıştır...

Bu bölümdeki değişiklikler “yenilikler” ile ilgili açıklamalarımıza son vermeden önce ayrıca belirtelim ki; bizim de çalışmalarına katıldığı-mız “*İcra ve İflas Kanunu Değişiklik Tasarısı’nu Hazırlama Komisyonu*” tarafından hazırlanan tasarının hemen hemen tümüne yakın maddeleri aynen benimsenerek kanunlaşmıştır. Buna karşın; *Komisyon’un İcra ve İflas Kanunu’nun 9. maddesi ile ilgili önerisi ise, Hükümet Tasarısı’na aynen girdiği ve TBMM Adalet Komisyonu tarafından da benimsendiği* halde, maddelerin TBMM.’de görüşülmesi sırasında milletvekilleri tara-

findan yapılan değişiklik teklifi kabul edilerek –adeta yeni kanunun inkılap maddesi niteliğini taşıyan– bu maddenin kanunlaşması -maalesef- önlenmiştir. Kanunlaşması önlenmiş olan 9. maddeyle ilgili değişiklik önerisi neydi?

Komisyon tarafından “icra ve iflas dairelerinin aldıkları para ve kıymetli şeyleri Adalet Bakanlığı’nca çıkarılacak yönetmelik hükümleri çerçevesinde nemalandırmaları ve nemalarıyla birlikte hak sahiplerine ödemeleri hükme bağlanmıştır. Getirilen düzenlemeyle, icra ve iflas dosyalarına yatırılmış ve çeşitli nedenlerle ilgisine hemen ödenememiş olan para, kıymetli evrak ve değerli şeylerin zaman içinde değer kaybına uğramaları önlenmiş olacaktır.

Ayrıca, 492 sayılı Harçlar Kanunu’nun 36. maddesinin birinci fıkrası hükmünün bu paralar için uygulanmayacağı maddede öngörülmüştür” şeklinde gerekçe ile “icra ve iflas daireleri, aldıkları paraları, kıymetli evrak ve değerli şeyleri nihayet işgünü çalışma saati sonuna kadar, Adalet Bakanlığı’nca çıkarılan yönetmelik hükümleri çerçevesinde nemalandırılmak üzere, açtıkları banka hesaplarına yatırmaya, banka bulunmayan yerlerde icra veya mahkeme kasalarında muhafazaya mecburdur. İcra ve iflas dairelerince tahsil edilen paraların gerekli yasal kesintileri yapıldıktan sonra, kalanı paranın yatırılmış olduğu banka aracılığıyla hak sahiplerine ödenir. 2.7.1964 tarihli ve 492 sayılı Harçlar Kanunu’nun 36. maddesinin birinci fıkrası hükmü bu paralar için uygulanmaz” şeklinde hazırlanan değişiklik önerisinin kabule edilmesiyle “icra ve iflas dosyalarına yatırılmış ve çeşitli nedenlerle ilgisine hemen ödenmemiş olan para, kıymetli evrak ve değerlerin zaman içinde değer kayıplarına maruz kalmaları önlenmiş” ve bu konuda adil bir çözüme ulaşılmış olacaktı... Bu maddeyle ilgili değişiklik önerisinin kanunlaşmasının önlenmesi o kadar aceleye getirilmiştir ki, kanunun diğer maddelerinde –örneğin; 143/VII’de– bu maddeye yapılmış olan atıfların da kanundan çıkarılması unutulmuş ve kanunun âhengi bozulmuştur...

Bu bölüm ile ilgili olarak ayrıca şu hususu da belirtelim ki; *İcra ve İflas Kanunu Değişiklik Tasarısı’nı Hazırlama Komisyonu’nda;*

-İcra ve İflas Kanunu’nun 11. maddesinin birinci cümlesinde yer alan “tetkik” sözcüğünden sonra gelmek üzere “mercii” sözcüğü eklenmesi uygun bulunurken,

-İcra ve İflas Kanununun 16. maddesinin ikinci fıkrasının;

“Bir hakkın yerine getirilmemesinden veya sebepsiz sürüncemede bırakılmasından yahut işlemin kamu düzenine aykırı olmasından dolayı her zaman şikâyet olunabilir” şeklinde,

-*İcra ve İflas Kanununun 17. maddesinin birinci fıkrasının;*

“Şikâyet tetkik merciince kabul edilirse, şikâyet olunan muamele iptal edilir veya düzeltilir” şeklinde,

-*İcra ve İflas Kanununun 21. maddesinin*

(57. madde yürürlükten kaldırılarak);

“İcraya ait tebliğler, yazı ile ve Tebligat Kanunu hükümlerine göre yapılır. Bu tebliğler makbuz karşılığında doğrudan doğruya tevdi suretiyle de yapılabilir. (Birinci fıkra)

Borçlu, kendilerine kanunen mümessil tayin olunması gereken şahıslardan ise icra müdürü kısa bir zamanda mümessil tayin edilmesini ait olduğu makamdan ister. (İkinci fıkra)

Tebliğ, Türk Kanunu Medenisinin 396. (453.) maddesine göre mezun olanların meslek veya sanatına ilişkin işlemlerden doğmuş bir borca ait ise kendilerine yapılır” (Üçüncü fıkra) şeklinde değiştirilmesi önerilmişse de, bu öneriler Adalet Bakanlığı tarafından benim-senmeyerek Tasarıya dahil edilmemiştir... Ancak, kanunlaşarak 4949 sayılı Kanun haline gelmiş olan Tasarıdan bu hükümleri çıkaran Bakanlık, bu kez aynı hükümleri istinaf hükümlerinin işlendiği Tasarıya yani Başbakanlık tarafından 14.3.2003 tarihinde TBMM.’ne sunulmuş olan Tasarıya koymuştur. Bu hükümlerin, istinaf ile bir ilgisi bulunmamasına rağmen 17.7.2003 tarihinde kanunlaşan Tasarıdan çıkarılıp, ikinci Tasarıya niçin konulduğunu anlamış değiliz...

B-“İlamların İcrası” başlığını taşıyan ve kanunun 24-41. maddelerinin yer aldığı bölümde değişiklik yapılmış olan maddeler:

I- *Kanunun 24. maddesinin dördüncü fıkrasının son cümlesinde yapılan değişiklik;*

Takip konusu taşınır malın değerinin ilamda yazılı olmaması veya taraflar arasında ihtilafli bulunması halinde –konulacak (uygulanacak) haciz için– icra müdürü tarafından “*takip tarihindeki değerinin esas alınacağı*”na dair kural, para değerindeki düşüşler nedeniyle alacaklının zarar

görmemesi için “*haczin yapıldığı tarih*” olarak değiştirilmiştir. Çok kez, “*haciz tarihi*”ndeki kıymet, “*takip tarihi*”ndeki kıymetten daha yüksek olduğundan ve alacak-lının iki tarih arasındaki kıymet farkı için ayrıca takipte bulunma hakkı mevcut olduğundan, zaman ve emek kaybına neden olmamak için, icra müdürünün “*haciz tarihindeki kıymeti tespit edip onun kadar haciz yapması*” konusunda maddeye açıklık getirilmiştir. Bu suretle, “*taşınır teslimine ilişkin*” takip sonunda, takip konusu taşınır malı teslim alamayan alacaklı-nın, “*bu malın değerine eşit bir parayı alabilmesi*” amaçlanmıştır.

II- Kanununun 25 a maddesinden sonra gelmek üzere, kanuna eklenen 25 b maddesi hükmüyle;

“Çocuğun –ülkemizin de taraf olduğu– *Birleşmiş Milletler Çocuk Haklarına Dair Sözleşme*’de öngörülen yüksek yararının gözetilmesi ve ana-babasından veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça, ana-babanın ikisiyle de düzenli biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına, sözleşmenin 9. maddesi uyarınca taraf devletlerinin saygı gösterecekleri” esasına uyum sağlanması amacıyla, “çocuk teslimine ve çocukla kişisel ilişki kurulmasına dair ilamların icrasında” icra müdürünün yanında bir uzmanın hazır bulundurulması zorunluluğu –çocuğun psikolojik ve rahatsız edici unsurlardan etkilenmemesi için– getirilmiştir...

III- Kanununun 26. maddesinin 4. fıkrasının son cümlesinde yapılan değişiklikle;

Uygulamada *sağlam bir banka* ibaresiyle ne kastedildiği konusunda ortaya çıkan duraksama ve uyuşmazlıkların önlenmesi amacıyla, maddenin son cümlesinde “*Adalet Bakanlığı’nca çıkarılan yönetmelikte nitelikleri belirtilen bankalardan biri*” ifadesine yer verilmiştir...

IV- Kanununun 30. maddesinin başlığı; “*Bir işin yapılmasına veya yapılmamasına dair olan ilamlar*” şeklinde değiştirilirken, aynı maddeye eklenen son fıkra ile;

–İcra ve İflas Kanununun 30. maddesinde “*bir işin yapılmasına dair olan ilamlar*” ile “*bir işin yapılmamasına dair olan ilamlar*” düzenlendiği için, maddenin başlığı “*Bir işin yapılmasına veya yapılmamasına dair olan ilamlar*” şeklinde düzeltilmiştir.

-Ayrıca tahliye edilen taşınmaza borçlunun tekrar haklı bir sebep olmaksızın girmesi halinde “*borçlunun ayrıca hükme hacet kalmadan zorla taşınmazdan çıkarılacağına dair*” düzenlemeye benzer bir düzenleme bu maddede bulunmadığından, maddeye bu konuda açıklık getirilerek, yasal boşluk bu şekilde doldurulmuştur... Gerçekten, İcra ve İflas Kanunu’nun değişiklikten önceki 30. maddesinde “*alacaklıya teslim olunan gayrimenkule veya gemi siciline kayıtlı olan gemiye haklı bir sebep olmaksızın tekrar giren borçlunun ayrıca hükme hacet kalmadan zorla çıkarılacağına*” dair İcra ve İflas Kanunu’nun 26. maddesinin 3. fıkrasındaki gibi bir hüküm bulunmadığından, “*bir işin yapılmasına dair olan ilam hükmü*” –örneğin; “kat maliklerinden birinin proje dışında, kendi katında yaptığı değişikliğin, eski hale getirilmesine” dair olan ilam hükmü– zorla yerine getirildikten bir süre sonra, borçlu tekrar eski durumu yarattırsa, önceki davacı, yerine getirilen ilam hükmünü tekrar nasıl uygulayacaktır? Yeniden borçluya karşı dava açıp ilam mı alacak, yoksa eski ilam hükmünü tekrar uygulatabilecek midir? Uygulamadaki –yasal boşluktan kaynaklanan– bu tereddüt, maddeye bu konuda “*bir işin yapılmasına veya yapılmamasına dair olan ilam hükmü yerine getirildikten sonra borçlu, ilam hükmünü ortadan kaldıracak bir eylemde bulunursa, mahkemeden ayrıca hüküm almaya gerek kalmadan, önceki ilam hükmü zorla yerine getirilir*” ş e k l i n d e açıklık getirilerek giderilmek istenmiştir.

V- Kanununun 32. maddesinin ikinci cümlesinde yapılan değişiklikle;

“*Borçlunun mal beyanında bulunmaması halinde hapis ile cezalandırılacağı*” ihtarının “örnek: 53 icra emri”nde açıkça yer alması zorunlu kılınarak, mal beyanında bulunma-makta ısrar eden borçlunun hapis cezası ile mahkûm edilmesi olanağı getirilerek, İİK.60/II-4 (Genel Haciz Yolu İle Takiplerdeki “Örnek: 49 Ödeme Emri”), 168/VI (Kambiyo Senetlerine Mahsus Haciz Yolu İle Takiplerdeki “Örnek: 163 Ödeme Emri”) ile paralellik sağlanmıştır.

C-“İlamsız Takip” başlığını taşıyan ve kanununun 42-73. maddelerinin yer aldığı *bölüm*’de değişiklik yapılan maddeler:

I- Kanununun 44. maddesinin beşinci fıkrasında yapılan değişiklikle;

İcra ve İflas Kanunu’nun 44. maddesi uyarınca mal beyanını alan merciin (makamın) önceden olduğu gibi durumu tapu ve gemi sicil daireleri yanında *Türk Patent Enstitüsü* ve *Türkiye Bankalar Birliği*’ne de bildir-

mesi esası getirilmiştir. Bu suretle Türk Patent Enstitüsü'nde kayıtlı sınai haklar üzerinde de, iki ay süre ile devir yapılmaması sağlanmış ve Türkiye Bankalar Birliği'ne yapılacak bildirim ile de bankaların ticareti terk eden kişileri yakından takip etme imkânına kavuşmaları sağlanmıştır.

II- Kanununun 58. maddesinin ikinci fıkrasının (3) numaralı bendinde yapılan değişiklikle;

-Alacak ve teminat aynı takip talebinde birlikte istenemeyeceğinden, maddede yer alan “ve” terimi “veya” olarak değiştirilmiş,

“-Yabancı para alacaklarının takip talebinde nasıl istenebileceği” konusundaki tereddüt, alacaklının yabancı para alacağına Türk parası karşılığını takip talebinde gösterirken “*bu alacağının hangi tarihteki kur üzerinde tahsilini istiyorsa bunu da açıkça göstermesi ve yine yabancı para ile ilgili faiz alacağına ilişkin talebini de belirtmesi*” esası getirilerek giderilmiştir. Kanunda, takip talebinde “*hangi kura göre takip yapacağı*”nın ayrıca belirtilmesi öngörülmemişse de gerek *doktrinde* (PEKCANITEZ, H. Yabancı Para Alacaklarının Tahsili, 1998, s:188) ve gerekse *uygulamada* bu kurun *efektif satış kuru* olduğu kabul edilmektedir... Ancak, *kanımızca* alacaklı yabancı uyruklu olup da, icra dairesinden tahsil edeceği parayı yabancı ülkedeki hesabına transfer edecekse, o zaman *döviz satış kuru'nun* esas alınması gerekir. (UYAR, T. Yabancı Para Alacaklarının Tahsilinde Ortaya Çıkan Sorunlar “İBD. 1993/8-9, s:579”)

-Takip konusu yabancı para alacağına ayrıca “*yabancı para faizi*” isteniyorsa bu hususun da takip talebinde ayrıca belirtilmesi gerekecektir.

III-Kanununun 62. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesi ile ikinci fıkrasında yapılan değişiklikle ve ikinci fıkrasından sonra maddeye eklenen yeni fıkra ile;

-Maddenin birinci fıkrasının ikinci cümlesinde yer alan *harç* sözcüğü –değişen Harçlar Kanunu karşısında bugün için anlamını yitirdiğinden– metinden çıkarılmıştır.

-Madenin birinci fıkrasında, “*takibi yapan icra dairesinden başka bir icra dairesine yapılan itirazlarda masrafların icra müdürü tarafından alınması, alınmaması halinde bundan icra müdürünün şahsen sorumlu olacağı*” belirtilerek, sadece masraf alınmaması nedeniyle takibin sürünce kalmaması amaçlanmıştır.

-İİK.nun 59. maddesinde “*alacaklının, itirazın kendisine tebliği masraflarını a-vans olarak peşinen ödemesi*” öngörüldüğünden, bu maddenin ikinci fıkrasında aynı masrafı “borçlunun da yatırmasına” dair hüküm, maddeden çıkarılmıştır.

-Maddenin dördüncü fıkrası –bu fıkradaki kural İcra ve İflas Kanununun 63. maddesine konulduğundan– yürürlükten kaldırılmıştır.

-Ayrıca, borçlu veya vekiline, dava ve takip işlemlerine esas olmak üzere, “*borçluya ait yurt içinde bir adresin itirazla birlikte bildirilmesi zorunluluğu*” getirilerek, takiplerin sürüncemede kalmaması ve icra tebliğlerinin seri bir şekilde yapılabilmesi, böylece alacaklının etkin, verimli ve hızlı bir şekilde alacağına kavuşması amaçlanmıştır.

IV-Kanununun 63. maddesinde yapılan değişiklikler;

İcra ve İflas Kanunu’nun değişiklikten önceki şeklinde, bu maddede atıf yapılan 62. maddesinin dördüncü fıkrası, değişiklik sonucunda yürürlükten kaldırıldığından; *itirazın kaldırılması duruşmasında, itiraz eden borçlunun, itiraz sırasında sebep bildirmiş olup olmadığına bakılmaksızın, “alacaklının dayandığı senet metninden anlaşılan itiraz sebeplerini ileri sürebileceği”* hükmüne yer verilmek suretiyle, uygulamada ortaya çıkabilecek sorunların gi-derilmesi amaçlanmıştır.

İcra ve İflas Kanununun 63. maddesinin değişiklikten önceki şeklinde “*Borçlu, 62. maddenin dördüncü fıkrasındaki istisnalar dışındaki itiraz sebeplerini değiştiremez ve genişletemez*” denilmekte, bu maddede atıf yapılan 62. maddenin dördüncü fıkrasında da “*Borçlu, itirazında sebep bildirmediği takdirde itirazın kaldırılması duruşmasında ancak alacaklının istinat ettiği senet metninden anlaşılan itiraz sebeplerini ileri sürebilir*” denilmekteydi... *Yargıtay* “itirazında sebep bildirmiş olan borçlunun –örneğin; ‘*borcun ödendiğini*’ bildirmiş olan borçlunun– bu itiraz sebepleri ile bağlı olduğunu ve artık tetkik merciindeki duruşmada senet metninden anlaşılan itiraz sebeplerini –örneğin; ‘*borcun zaman aşımına uğradığını*’, ‘*senedin vadesinin henüz gelmediğini*’– ileri süremeyeceğini” (bknz:12 HD. 15.3.1995 T. E:3242, K: 3542 “UYAR, T. Gerekçeli- İçtihatlı, İcra ve İflas Kanunu C:1 1996 s:980 vd”) kabul etmekteydi. Yüksek mahkemenin bu görüşü *doktrinde* (KURU, B. İcra ve İflas Hukuku C:1, 1988, s: 244 –KURU, B. İlamsız İcrada Zamanaşımının İleri Süürülmesi “BATİDER, 1986, C:13 S:3-4, s.94- BERKİN, N. İcra Hukuku Reh-

beri, 1980, s:408- UYAR, T. İcra hukukunda İtiraz, 1990, s:93”) “senet metninde anlaşılan -örneğin; ‘borcun zaman aşımına uğradığı’, ‘senette sahtekarlık yapılmış olduğu’na ilişkin- itirazların, itirazında sebep bildirilen ve bildirmeyen tüm borçlular tarafından tetkik merciinde ileri sürülebilmesi gerekir. Maddenin ruhu bunu gerektirmektedir. Çünkü, “*itirazında sebep bildirmeyen*” borçluyu “*itiraz sebeplerini bildiren*” borçludan daha fazla korumanın mantılı bir açıklaması yapılamaz. Her ne kadar, İİK mad. 62/V’de “*itirazında sebep bildirmeyen borçlu*”dan bahsedilmişse de, yasa yapıcının bilinçli bir şekilde “*itirazında sebep bildiren borçlu*” ile “*itirazında sebep bildirmeyen borçlu*” arasında fark yaratmak istediği için böyle bir düzenleme getirdiği kabul edilemez. Aynı senette borçlu olan iki kişi hakkında takip yapıldığını ve bunlardan birisinin ‘borcu ödemediğini ve bu nedenle borçlu bulunmadığını’ bildirerek, diğerinin de hiç sebep bildirmeden- borca itiraz ettiğini varsayalım. Alacaklının, itirazın kaldırılması için tetkik merciine başvurması halinde, bu borçlulardan ilki ‘ödeme itirazı’ nı tetkik merciinde belgelendiremediği takdirde, duruşma sırasında senet metninden anlaşılan ‘senetteki koşulun gerçekleşmediğini’ ya da ‘senedin zaman aşımına uğradığını’ bu nedenle de ‘senet tutarının esasen istenemeyeceği’ ileri süremezken, icra dairesine sebep bildirmeden, sadece borca itiraz ettiğini bildirmekle yetinmiş olan diğer borçlu aynı hususu ileri sürebilecektir. Bu iki borçlu arasında yasa yapıcı niçin farklı bir düzenleme getirmiş olabilir? İtirazında *sebeplere* borçlu, itiraz sebeplerinin hepsini birlikte belirtecek yerde, kendisi için en önemli olanı bildirmekle yetinip, diğerlerini bildirmeye gerek görmemiş olabilir. Örneğin; *borcu ödemediğini bildiren borçlu ‘borcun aşımına uğradığını’ ‘senetteki koşulun gerçekleşmediğini’* bildirmeyi gereksiz görmüş olabilir. Bu düşünce ile hareket eden ve ileri sürdüğü itiraz sebeplerini tetkik merciindeki duruşmada kanıtlayamayan -örneğin, alacaklıya takip konusu borcu ödemediğini gösteren makbuzu kaybeden- borçlu, senet metninden anlaşılan diğer itiraz sebeplerini tetkik merciindeki duruşmada ileri sürebilmelidir...” şeklinde eleştirilmişti... Madde, bu eleştiriler doğrultusunda değiştirilerek, farklı yorumlara neden olmayacak şekilde getirilmiştir.

V- Kanununun 67. maddesinin üst kenar başlığı -konuyu daha iyi ifade etmesi bakımından- "itirazın hükümden düşürülmesi" şeklinde değiştirilmiş ve kenar başlığı "itirazın iptali" olarak düzeltilmiştir. Ayrıca "itirazın kaldırılması için merciye müracaat etmek istemeyen" ibaresi madde metnine alınmayarak, itirazın kaldırılması talebi reddedi-len alacaklıya, itirazın iptali davası açma hakkı tanınmıştır.

Bu suretle, değişiklikten önce kimi Yargıtay Daireleri arasında "itirazın kaldırılması için önce tetkik merciine gitmiş olan alacaklının -bu talebinin reddedilmesinden sonra- bir yıllık süre içinde olmak koşulu ile "itirazın iptali davası" açıp açamayacağı konusunda mevcut olan görüş ayrılığına -bu durumda; "itirazın iptali davası da açılabileceği" doğrultusunda- maddeye açıklık getirilerek son verilmiştir. Gerçekten, *Yargıtay 13. Hukuk Dairesi* (26.6.2003 T. 5764/8574; 23.6.2003 T. 3743/8165; 19.6.2003 T. 4629/8103; 12.5.2003 T. 5353/5856; 29.4.20003 T. E:571, K:5325 "Legal Huk. D. 2003/6 s:1484"; 3.2.2003 T E:200/12743, K:1002 "Yargı Düny. 2003/3, s:103 vd.; 14..2.2002. T E: 11928 K:1587 "Yargı Düny. 2002/9 s:133 vd"; 11.10.2001 T E:7778, K:9046 "Hukukta Son Nokta D. 2002/107 s:179 vd.") "önce tetkik merciine başvurarak 'itirazın kaldırılması' isteminde bulunmuş olan alacaklının -bu isteminin reddedilmesinden sonra- bir yıllık süre içerisinde mahkemeden 'itirazın iptali 'ni isteyemeyeceğini" belirtmişken, *Yargıtay 19. Hukuk Dairesi* (13.10.1994 T. E:1993/9259, K:9330; 10.10.1994 T. E:9293, K.: 9164 "UYAR, T. Gerekeçeli-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu C:1, s:1205") ve *Yargıtay 11. Hukuk Dairesi* 1.4.1987 T. E:1996/8126 K:1911 (UYAR, T. age., s: 1205 vd") tamamen aksi görüşü benimseyerek "alacaklının bu durumda mahkemede itirazın iptali davası açabileceğini" belirtmiştir.

Maddenin farklı yorumundan kaynaklanan bu görüş ayrılığına, bu konuda maddeye açıklık getirilerek son verilmek istenmiştir.

VI- Kanununun 68. maddesinin kenar başlığında, dördüncü fıkrasında ve son fik-rasının ilk cümlesinde yapılan değişikliklerle;

-Konuyu daha iyi ifade edebilmesi bakımından maddenin kenar başlığı "itirazın kesin olarak kaldırılması" şeklinde değiştirilmiş,

-67. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan "itirazın kesin olarak kaldırılmasını isteme süresinin atı ay olduğu"na ilişkin hüküm, bu maddenin birinci fıkrasına eklenmiş ve dördüncü fıkra yürürlükten kaldırılmıştır.

-Maddenin son fıkrasının ilk cümlesinde yapılan değişiklikle; İcra ve İflas Kanununun 169 a maddesinde yer alan “*kambiyo senetlerine mahsus takipte itirazın kabulü veya reddi halinde borçlu veya alacaklı hakkında hükmedilecek tazminatın aynı nedenlerle genel haciz yoluyla takipte de uygulanması*” imkânı getirilmiştir. Bu suretle “kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takiplerde, borçlunun ‘borca itirazının’ *ancak esasa ilişkin nedenlerle* kabulü halinde borçlu lehine ve reddi halinde alacaklı lehine -%20 ve %40’dan aşağı olmamak üzere- hükmedileceğine” ilişkin düzenleme burada da benimsenerek, “alacaklının itirazın kaldırılması talebi, esasa ilişkin nedenlerle kabul edilirse, alacaklı, aynı nedenlerle red edilir-se borçlu lehine -%40’dan aşağı olmamak üzere- tazminata hükmedileceği” kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak da “*yetki, zamanaşımı, süre* gibi nedenlerle itirazın kaldırılması talebi-nin reddi halinde, tetkik merciince ayrıca borçlu lehine tazminata hükmedilemeyeceği” esası kabul edilmiştir.

VII- Kanunun 68 a maddesinin kenar başlığı “itirazın geçici olarak kaldırılması” şeklinde değiştirilmiş; ayrıca, 67. maddenin dördüncü fıkrasında yer alan “itirazın geçici olarak kaldırılmasını isteme süresi”ne ilişkin hüküm –“itirazın iptali davası” ile ilgili olan 67. maddeden alınarak– bu maddenin birinci fıkrasına eklenmiştir.

VIII-Kanunun 68 b maddesinin birinci fıkrasının son cümlesinde, ikinci fıkrasında, üçüncü fıkrasında yapılan değişiklikler ve üçüncü fıkradan sonra gelmek üzere eklenen yeni fıkra ile;

-Maddenin birinci fıkrasının son cümlesine eklenen yeni hükümle “*sözleşmede gösterilen adresin değiştirilmesinin, yurt içinde bir adresin noter aracılığı ile kredi kullanan tarafa bildirilmesi halinde sonuç doğuracağı, aksi halde hesap özeti eski adrese ulaştığı tarihin tebliğ tarihi sayılacağı*” öngörülerek takibin sürüncemede kalması önlenmek istenmiş ve bu suretle alacağın daha hızlı tahsili amaçlanmıştır.

-Ayrıca maddenin ikinci fıkrasında geçen “*aldığı*” ibaresi “*gönderilen*” şeklinde değiştirilmek suretiyle uygulamada karşılaşılan ve özellikte tebliğden kaynaklanan duraksamaların giderilmesi amaçlanmıştır.

-İcra ve İflas Kanunu’nun 68 b maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan “*hesap özetleri ile*” ibaresinden sonra “*ihbarnameler ve*” ibaresi ek-

lenmiştir. Faiz tahakkuk dönemlerinde gönderilen hesap özetlerinin muhtevasına itiraz etmemiş olan borçlunun, kredi hesabının kesilmesine veya borcun ödenmesine ilişkin ihtarnameye itiraz etmek suretiyle ödemeyi ve takibi geciktirmesine engel olunmak istenmiş ve *kredi hesabının kesilmesine veya borcun ödenmesine ilişkin ihtarnamelerin de, bu kanunun 68. maddesinin birinci fıkrasında sayılan belgeler arasına girmesi sağlanmıştır.*

Böylece, önceden tebliğ edilen ve itiraz edilmeden kesinleşmiş bulunan faiz tahakkuk dönemlerine ilişkin hesap özetlerinin muhtevasına itiraz edilmemiş olması halinde, krediyi kullanan tarafın kredi hesabının kesilmesine veya borcun ödenmesine ilişkin ihtarname içeriğine itiraz etmiş olmasının, önceki dönemde doğan sonuçları ortadan kaldırmayacağı ve önceki dönemlere ilişkin kesinleşmiş hesap özetleri hakkında ikinci fıkra hükümlerinin uygulanacağı konusundaki tereddütler giderilerek, alacaklının hakkının zayı olması ve işlemlerin sürüncemede kalması engellenmek istenmiştir.

D-“Haciz Yoluyla Takip” başlığını taşıyan ve kanunun 74-144. maddelerinin yer aldığı *bölüm*'de değişiklik yapılan maddeler:

I-Kanununun 79. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen cümle ile;

Uygulamada ortaya çıkan sorunları gidermek amacıyla, Yargıtay kararlarına uygun olarak, *resmi sicile kayıtlı malların haczinin; “takibin yapıldığı icra dairesince kaydına işlenmek suretiyle doğrudan doğruya da yapılabilmesi”* hükmü kabul edilmiştir. Gerçekten, İcra ve İflas Kanununun değişiklikten önceki 79. maddesinin değişiklikten önceki ikinci fıkrasında; *“haczolunacak mallar başka yerde ise haciz yapılmasını malların bulunduğu yerin icra dairesine hemen yazar”* denilmiş olmasına rağmen, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi uzun yıllardan beri ‘başka yerde bulunan taşınmazların kaydına talimat yazılmadan –yani istinabe yoluna başvurmadan– doğrudan doğruya takibin yapıldığı icra dairesince haciz konulabileceğini’ *içtihat yoluyla* kabul ettiğinden (Bknz:12 HD. 30.5.1988 T. E: 1987/9585, K:7083; 15.4.1982 T. E:2692, K:2751 “UYAR, T. Gerekeçeli-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu C:2 s:2155”) bu içtihatlar doğrultusunda maddede değişiklik yapılmıştır.

II- Kanunun 85. maddesinin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yapılan değişiklikle;

Haciz konulan mallar üzerinde üçüncü şahıslar lehine haciz, mülkiyet, rehin veya benzeri hakların bulunduğu hallerde, beyan yükümlülüğünün sadece borçluya ait olmasının getirdiği sakıncaları önlemek ve bu yükümlülüğü “borçlu ile birlikte malı elinde bulunduranları” da kapsayacak hale getirmek, takibin ilerlemiş aşamalarında ortaya çıkabilecek istihkak iddialarının önceden yapılmasını sağlamak ve böylece rehin veya benzeri hak sahiplerini korumak amaçlanmıştır.

Bu amaçla maddenin ikinci fıkrasının birinci cümlesinde yer alan “*borçlu*” kelimesin-den sonra gelmek üzere “*yahut borçlu ile malı elinde bulunduran şahıslar*” ibaresi ve “*borçluyu*” kelimesinden sonra “*yahut borçlu ile birlikte malı elinde bulunduran şahısları*” ibaresi eklenmiştir.

III- Kanunun 88. maddesinin ikinci fıkrasının sonuna eklenen yeni cümleler ile dördüncü ve beşinci fıkralarında yapılan değişiklikle;

-İcra ve İflas Kanunu'nun 88. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen hükümlerle “*üçün-cü şahsın elinde bulunan taşınır malların haczedilmesi durumunda, alacaklının muvafakati ve üçüncü şahsın kabulü halinde üçüncü kişiye yediemin olarak bırakılacağı*” öngörülmüştür. Halbuki, bu maddeye ait değişiklik gerekçesinde “*alacaklı muvafakat etmezse, üçüncü kişinin elinde bulunan taşınır malların da haczedilip, üçüncü kişinin elinde bırakılmayarak muhafaza altına alınacağı*” şeklindeki uygulamaya son verilmesinin amaçlandığı belirtilmiştir. Bu nedenle; kanunun ikinci fıkrasına eklenen bu yeni hükmün yazılış (ifade ediliş) şekli, maale-sef bu hükmün kanuna ekleniş amacına uygun olmamıştır. Çünkü, bu hükmün karşıt anlamından (mefhumu muhalifinden) “*üçüncü şahsın elinde bulunan taşınır mallar haczedilince, alacaklının muvafakat etmemesi halinde üçüncü şahsa yediemin olarak bırakılmayacağı*” anlamı çıkmaktadır ki, böyle bir yorum, maddenin gerekçesinde belirtilen açıklama ile bağ-daşmamaktadır. Bu hüküm komisyonda “*yalnız üçüncü kişinin elinde bulunan menkul mallar haczedilince kabulü halinde üçüncü şahsa yediemin olarak bırakılır*” şeklinde düzenlenmiş-ken, her nasılsa Adalet Bakanlığı'na TBMM.'ne sunulan *Tasarıda* (ve kabul edilen kanunda); “*üçüncü şahsın elinde bulunan taşınır malların haczedilmesi durumunda, alacaklının muvafakati ve üçüncü şahsın kabulü halinde üçüncü kişiye yediemin olarak bırakılır*” şeklin-

de ifade edilmiştir. Bu nedenle, en kısa zamanda maddede yapılacak değişikliklerle, maddede yer alan “*alacaklının muvafakatı*” sözcüklerinin, maddeden çıkarılması ve bu değişiklik gerçekleşinceye kadar da Yargıtay’ımızın bu maddeyi gerekçe doğrultusunda yorumlayarak; “üçüncü şahsın elinde bulunan taşınır malların haczedilmesi halinde, alacaklı muvafakat etmese dahi, haczi yapan icra memurunun yediemin olmayı kabul eden üçüncü şahsa bunları yediemin olarak bırakması” uygun olacaktır.

-Maddenin üçüncü fıkrasına eklenen hükümlerle “*ticari işletme rehni kapsamındaki taşınırların haciz ve rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takiplerde, icra dairesince satılmasına karar verilmesinden önce muhafaza altına alınmaları*” önlenmiş, ticari işletmenin bütünlülüğü korunarak, borçlunun ticari faaliyetine devam edebilmesi ve bu yolla borçlarını ödeyebilmesi imkânı sağlanmıştır.

-Maddenin dördüncü fıkrasında yapılan değişikliklerle “*Adalet Bakanlığının haczedilmiş malların muhafazası için Adalet Teşkilatını Güçlendirme Vakfına da depo ve garaj açtırabile-ceği de ya da işletme hakkını vakfa verebileceği*” belirtilmiştir.

-Beşinci fıkrada yapılan değişikliklerle; “*yediemin olarak kendisine saklanmak üzere bırakılan hacizli mallarla ilgili olarak üçüncü kişiler hakkında da bu fıkra hükmünde yer alan usullerin uygulanması*” amaçlanmıştır.

IV- Kanununun 89. maddesinin üçüncü fıkrası ile beşinci fıkrasının son cümle-sinde yapılan değişikliklerle;

-Birinci ve ikinci haciz ihbarnamelerine karşı müracaat haklarını, “*süreyi geçirmek suretiyle kaçırmış*” üçüncü şahıslara, *üçüncü bir bildirim ile, menfi tesbit davası açma hakkı* tanımıştır.

Alacaklının ve icra dairesinin, takip borçlusunun üçüncü şahıstaki hak ve alacaklarının haczini isterken, gerçekte böyle bir hak ve alacak bulunup bulunmadığını denetleme imkânı bulunmadığından, uygulamada bir kısım alacaklıların üçüncü şahıslara haciz ihbarnameleri tebliğ ettirmek ve böylece itiraz ve menfi tesbit davası açma hakkının kullanılmasını ihtimalinden yararlanmak amacını güttükleri bilinmektedir. Haciz ihbarnamelerini alan üçüncü şahısların süresinde *birinci ve ikinci haciz ihbarnamelerine* itiraz etmemek suretiyle bunlarda belirtilen borcu –gerçekte ta-

kip borçlusunun kendilerinde herhangi bir alacağı bulunmamasına rağmen— haksız olarak bu ihbarnameleri gönderen icra dosyalarına yatırmak durumunda kalmamaları için, kendilerine *üçüncü kez bildirimde bulunma yoluna gidilmesi* kabul edilmiş-tir.

-Ayrıca maddenin üçüncü fıkrası hükmüne göre açılacak menfi tesbit davalarını *maktu harca* tabi olması öngörülerek, iyiniyetli üçüncü şahısların kolaylıkla menfi tesbit davası açmak suretiyle iddialarını ispatlaması olanağı getirilmiştir.

-Nihayet maddede yapılan değişiklikle üçüncü şahsa, “*borçlu ile kötüniyetli alacaklılardan paranın veya malın iadesini isteme olanağı*” getirilmiştir. Maddede yapılan bu değişiklikle, haciz ihbarnamesine itiraz etmediği için gerçekte borçlunun kendisinde mevcut olmayan parasını (malını) alacaklıya ödemek (ya da; teslim etmek) zorunda kalan üçüncü kişinin daha sonra hem “*borçlu*” hem de “*kötüniyetli alacaklı*” hakkında dava açarak “*ödemek zorunda kaldığı paranın veya teslim ettiği malın iadesini isteyebileceği*” öngörülmüştür. Bu suretle –basında “89 mafyası” adı verilen— bazı kötüniyetli kişilerin pek çok banka şubesine İcra ve İflas Kanununun 89. maddesine göre *haciz ihbarnamesi* göndererek, süresi içinde bu ihbarnamelere itiraz etmeyi ihmal eden şubelerin bu ihmalden yararlanarak (ya da; banka şubelerinde görevli bazı personelin gönderilen ihbarnameleri bankanın yetkili temsilcisine vermemelerini sağlayarak) haksız kazanç temin etme konusundaki çabalarının sonuçsuz kalması istenmiştir.

V-Kanununun 91. maddesinin sonuna eklenen fıkra ile;

“Hacizli taşınmazın el değiştirmesi halinde, İcra ve İflas Kanunu’nun 148 a maddesinin uygulanacağı” öngörülerek “*taşınmazını ipotek ettirenin ya da ipotekli taşınmazı daha sonra satın alanın ya da bunların haleflerinin tapu sicil müdürlüğüne yurt içinde bir tebligat adresi bildirme zorunda olduklarına*” ilişkin İİK. 148 a hükmüyle uyum sağlamak ve böylece adres değişikliği halinde takiplerin sürüncemede kalması önlenmek istenmiştir.

VI- Kanununun 92. maddesinin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklikle;

Özellikle taşınmazların paraya çevrilmesinin zaman alması ve takip sürecinde kıymetli eklentilerin taşınmazdan çıkarılarak, yok edilerek ya da bozularak alacaklılardan kaçırılması ihtimali düşünülerek, icra dairesi-

ne taşınmazın idaresi ve işletilmesi yanında, “*eklentilerinin korunması için*” gerekli muhafaza tedbirlerini alma zorunluluğu getirilmiş ve böylece işletmenin ekonomik bütünlüğünün korunması amaçlanmıştır.

VII- Kanununun 94. maddesinin birinci fıkrasının üçüncü cümlesi metinden çıkarılmış ve ikinci cümlesinden sonra eklenen cümlelerle;

-Anonim şirketlerde hisseleri temsil eden pay senetlerinin veya pay ilmühaberlerinin çıkarılmamış olması halinde, “*çıplak payın haczinin ne şekilde yapılacağı*” konusunda uygu-lamada çıkan tereddütleri gidermek amacıyla gerekli düzenleme yapılmıştır. Borçlunun paydaşı bulunduğu anonim şirkette *pay senedi* ve ya *pay ilmühaberi* çıkarılmamışsa, borçlunun payının anonim şirkete İcra ve İflas Kanunu'nun 89. maddesine göre *haciz ihbarna-mesi* gönderilerek haczedileceği –genellikle– gerek *doktrinde* (DOMANIÇ, H. Kıymetli Evraka Bağlanması Mümkün Hakların Haciz Kabiliyeti “BATİDER, 1970, C:5 S:4 s:753- DOMANIÇ, H. Kıymetli Evrak Hukuku ve Uygulaması, 1990 s:1034-DOMANIÇ, H. Borçlunun Ticaret Şirketlerinde Sahip Olduğu Hisseleri Haczi Usulü “Manisa Bar. Der. 1996/Temmuz S:58, s:5” – UYAR, T. Borçlunun Üçüncü Kişilerdeki –Kıymetli Evraka Bağlanmamış Olan- Mal, Hak ve Alacaklarını Haczi “Dokuz Eylül Ün. Huk. Fak. D. 1981, S:2, s:225 vd.”) ve gerekse uygulamada icra dairelerince kabul edilmekteyken, *Yargıtay 12. Hukuk Dairesi*, bir olayda –talimat icra dairesi memurunun, borçlunun pay senedine(ve pay ilmühaberine) bağlanmamış olan hissesinin bulunduğu anonim şirkete giderek, şirket yetkilisi huzurunda haciz tutanağı düzenleyip, ‘borçlunun şirketteki hissesine haciz koyduğunu’ bildirerek –İcra ve İflas Kanunu'nun 94. maddesine göre- yaptığı haczi, borçlu tarafın “*pay senedi ve ya da pay ilmühaberi çıkarılmamış çıplak payın İcra ve İflas Kanununun 89. maddesine göre haczedilebileceği*” konusundaki temyiz talebi üzerine “*hisse senedi (pay) çıkarılmamış ise, borçlunun üçüncü kişi nezdinde bulunan ve henüz kıymetli evraka bağlanmamış hisse hakları, İcra ve İflas Kanunu'nun 94. maddesi gereğince, icra müdürü tarafından mahalline bizzat gidilerek ve pay defterine işlenmek suretiyle haciz işlemi yapılabilir...*” gerekçesiyle, icra dairesinin haczini geçerli sayan yerel tetkik merciinin kararını –oy çokluğu ile– bozması (bknz: 12 HD. 20.11.1996 T. E:124, K:14776 “Manisa Bar. Der. 1997/Nisan S:61, s:35 vd. – BATİDER, C:19 S:1 s:179 vd.) üzerine, konu hukukçuların gündemine gelmiş ve bu karar –14.5.1999 tarihinde– sayın Prof. Dr. Yaşar KARAYALÇIN’

ın sunduğu bir bildiri ile bir *Sempozyumda* enine boyuna tartışılmıştır (bknz: KARAYALÇIN, Y. Anonim Şirketlerde Çıplak Payın Haczedilmesi ve Paraya Çevrilmesi “Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, C:XVI s:149 vd.” – adı geçen kararın -Prof. S.ARKAN ile R. ARSLAN tarafından yapılan- tahlil ve eleştirisi için bknz: Manisa Bar. Der. 1997/Nisan S:61, s:41 vd).

İcra ve İflas Kanununun 94. maddesi bu gelişmeler sonucunda “*çiplak payın haczinin ne şekilde yapılacağı*” konusundaki tereddütleri gidermek ve uygulamada doğabilecek uyuşmazlıklara ışık tutmak amacıyla görüldüğü şekilde düzenlenmiştir.

-Ayrıca, “*haczin ticaret siciline tescil edilmek üzere bildirilmesi*” esası getirilmiş ve “*haczedilen hisselerin, haczin tescilinden sonra başkasına devri halinde, bu devrin alacaklı-nın haklarını ihlal ettiği oranda batıl olduğu*” kabul edilmiştir.

E-“Kambiyo Senetleri’ (Çek, Poliçe ve Emre Muharrer Senet) Hakkındaki Hu-susi Takip Usulleri” başlığını taşıyan ve kanunun 167-176 b maddelerinin yer aldığı bölüm’de değişiklik yapılan maddeler:

I-Kanunun 168. maddesinin birinci fıkrasının altı numaralı bendinde yapılan değişiklikle;

Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takiplerde, “*borçlunun ödeme emrine itirazının reddi*” halinde, -İİK. 75’de olduğu gibi- üç gün içinde mal beyanında bulunması zorunluluğu getirilmiştir. Böylece, kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takiplerde “*borca*” (ve “*yetki*”ye) veya “*imza*” ya, tetkik merciine başvurarak, süresi -5 gün- içinde itiraz etmiş olan borçlunun mal beyanında bulunma zorunluluğunun b u l u n m a d ı ğ ı n ı (bknz: 8.CD. 12.3.1997 T. E: 3037, K:3295; 8.10.1996 T. E:4179, K:5207; 17.6.1996 T. E:8372, K.9101; 30.5.1996 T. E:6561, K:8083 vb. “UYAR, T. Gerekçeli-İçtihatlı İcra ve İflas Kanunu’nu C:VI, s:8836 vd”) ve b u l u n d u ğ u n u (bknz: 8. CD. 13.11.1990 T. E:8702, K.9297; 2.7.2.1990 T. E:1278, K:2108; 31.3.1987 T. E: 2027, K:3000 vb. “UYAR, T. age. s:8838 vd”) belirten -birbiri ile çelişen- içtihatlardan son (yeni) tarihli olanlardaki görüş doğrultusunda, maddeye açıklık getirilerek, uygulamadaki tereddütler giderilmek istenmiştir....

II- Kanununun 169 a maddesinin birinci ve ikinci fıkraları ile altıncı fıkrasının birinci cümlesinde yapılan değişikliklerle;

-Birinci fıkrada yapılan değişikliklerle “*itirazın incelenmesinde, tetkik merciinin otuz gün içinde tarafları duruşmaya çağırması*” zorunluluğu getirilmiş ve “*yetki itirazının taraflar gelmese bile sonuçlandırılması*” benimsenmiştir. Sürenin, onbeş günden otuz güne çıkarılmasına, tebligata ilişkin uygulama neden olmuştur.

-İkinci fıkrada yapılan değişikliklerle; tetkik merciinin, sunulan belgelerden borçlunun “*borçlu olmadığı*” kanısına varması haline ek olarak “*takip konusu senede göre icra takibinin yapıldığı yerin yetkili olmadığı*” saptaması halinde de, *icra takibinin geçici olarak durdu-rulmasına karar verilebilmesi mümkün hale getirilmiştir.*

-Altıncı fıkrada yapılan değişikliklerle; ‘borçlunun itirazının ancak “*esasa ilişkin neden-lerle kabulü halinde*”, alacaklının kötüniyetli ve ağır kusurlu olması durumunda takip konusu alacağın %20’sinden az olmamak üzere, borçlu lehine ve “*takip muvakkaten durdurulmuş ise*” borçlunun bu talebinin reddi halinde alacaklı lehine, %40’dan aşağı olmamak üzere tazminata hükmedileceği öngörülmüştür. a) Altıncı fıkrada yapılan ilk önemli değişiklik; borçlunun tüm itirazlarının değil sadece *esasa ilişkin itirazlarının* kabulü halinde, alacaklı aleyhine tazminata hükmedileceği konusu ile ilgilidir. *Yargıtay 12. Hukuk Dairesi* 169a maddesinin altıncı fıkrasında değişiklik yapılmasından önceki içtihatlarında da “*borçlunun itirazının esasa ilişkin olmayan nedenlerle*” reddi -örneğin; ‘borca itirazın süre yönünde reddi’ (bknz. 12 HD. 11.2.1999 T. E: 539, K:1248 “UYAR, T. Kambyo Senetleri C:II s:1350 vd.”), ‘takibin mükerrer olduğu iddiasının kabul ya da reddi’ (bknz. 12 HD. 18.3.19996 T. E:3575, K:3583 “UYAR, T. age. sh:1603”), ‘borçlunun yetki itirazını reddi’ (bknz.: 12. HD. 13.12.1999 T. E: 15553, K.16359 “UYAR, T. age. s:1704”)- halinde “%40 tazminata hükmedilemeyeceğini” belirtmekteydi. Kanununun 169a maddesinin altıncı fıkrasında yapılan değişikliklerle, yüksek mahkemenin oturmuş içtihatları yasal dayanağa kavuşturulmuştur. b) Altıncı fıkrada yapılan diğer değişikliklerle; alacaklı aleyhine tazminata hükmedebilmesi için, onun *kötüniyetli ve ağır kusurlu* olduğunun kanıtlanması koşulu getirilmiştir. Buna paralel olarak da, borçlu aleyhine tazminata hükmedilebilmesi, *takibin muvakkaten durdurulmuş olması* koşuluna bağlanmıştır. c) Nihayet bu fıkrada yapılan son değişikliklerle de; altıncı fıkradaki koşulların gerçekleşmesi halinde alacaklı aleyhine hükmedilecek tazminatın, takip konusu alacağın %20’sinden az,

borçlu aleyhine hükmedilecek tazminatın ise %40'ından az olamayacağı kabul edilmiştir. Bu farklılığın isabetli olmadığını, alacaklı-borçlu arasında bulunması (korunması) gereken dengenin bu surette bozulduğunu ve böyle bir değişikliğin *Komisyon* tarafından öngörülmeyip, *Bakanlık tarafından Tasarı*'ya eklendiğini belirtelim....

III- Kanunun 170. maddesinin üçüncü fıkrası ile dördüncü fıkrasının birinci cümlesinde yapılan değişiklikle;

-“*Tetkik mercii hakiminin imza itirazını İcra ve İflas Kanunu'nun 68 a maddesinin dör-düncü fıkrasına göre inceleyeceği*” belirtilerek, iki madde –yani 170 ve 68 a maddeleri– arasında uyum sağlanmıştır.

-İcra ve İflas Kanununun 68a maddesinin beşinci fıkrasına paralel bir düzenleme ile “*borçlunun takip konusu alacağın yüzde onu oranında para cezasına mahkum edileceği*” belirtilmiştir.

-“*Borçlunun icra inkar tazminatından ve para cezasından sorumlu tutulabilmesi için, takibin geçici olarak durdurulmuş olması*” şartı getirilmiştir. Çünkü, takip geçici olarak dur-durulmamışsa, alacaklının itiraz nedeniyle bir zarara uğraması sözkonusu olmayacaktır.

-Ayrıca, dördüncü fıkrada yapılan değişiklikle –üçüncü fıkrada yapılan değişikliğe paralel olarak ve taraflar arasında eşitliğin sağlanması amacıyla– tetkik merciince ‘itirazın kabulüne’ karar verilmesi halinde *senedi takibe koymada kötünüyeti ve ya ağır kusuru bulun-duğu takdirde “alacaklı hakkında tazminat ve para cezasına hükmedilmesi”* düzenlenmiştir.

-İcra ve İflas Kanunu'nun 170. maddesinin üç ve dördüncü fıkralarında yukarıda belirtildiği şekilde yapılan değişiklikler sonucunda borçlu-nun takip konusu alacağın %40'ından aşağı olmamak üzere, alacaklının ise, takip konusu alacağın %20'sinden aşağı olmamak üzere tazminata mahkum edilebilmesi, alacaklı ile borçlu arasında bulunması gereken eşitliği (dengeyi) bozmuş olduğundan isabetli olmamıştır.

Ayrıca belirtelim ki tetkik merciindeki duruşmada haklı çıkan alacaklı ve borçlu için farklı oranlarda tazminatın öngörülmüş olması, *Komisyon'un* hazırladığı *Tasarıda* mevcut değildi. Değişiklik, *Bakanlık tarafından Tasarıya* eklenmiştir.

IV- Kanunun 170 b maddesinde yapılan değişiklikle;

Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takiplerde, “kanunun 61. maddesinin birinci fıkrası dışındaki hükümlerin bu takip yolunda da kıyasen uygulanması” kabul edilmiş; ayrıca “kanunun 62 ila 72. maddelerinin bu takip yolunda da kıyasen uygulanması” olanağı getirilerek maddenin kapsamı genişletilmiştir.

İcra ve iflas kanununun 170b maddesinin değişiklikten önceki şeklinde;

-“Ödeme emrinin tebliği” kenar başlığını taşıyan *İcra ve İflas Kanununun 61. madde-sine yollama (atıf) yapılması unutulmuştur. Doktrinde* (KURU, B. İcra ve İflas Hukuku, C:II, 1990, s:1774) “bu maddenin birinci fıkrası dışındaki hükümlerinin –İİK mad. 61/I’de düzenlenen husus, İİK mad. 168/I’de özel olarak ve farklı biçimde düzenlenmiş olduğu için kambiyo senetlerine mahsus haciz yoluyla takiplerde de kıyasen uygulanması gerekeceği” belirtilmiş olduğundan, kanunun 170b maddesi bu doğrultuda değiştirilmiştir...

-Uygulanacağı belirtilen hükümler arasında 62. madde de belirtilmemiştir. *Doktrininde* (POSTACIOĞLU, İ. İcra Hukuku Esasları, 1973, s:640 - BERKİN, N. İflas Huku-ku, 1972, s:153 - ÖKTEMER, S. Kambiyo Senetleri Hakkında Takip ve İlamsız Haciz Yolu İle Takip Usulleri Arasındaki Farklar “Ad. D. 1969/10, s:629”) “*bunun bir unutmama sonucu olduğu*” belirtildiği gibi, Yargıtay 12. Hukuk Dairesi (bknz: 12 HD. 26.10.1999 T. E:12035, K:12905; 1.10.1998 T. E:12040, K:12350; 9.2.1998 T. E:444, K:1074 “UYAR T. Kambiyo Senetleri, C:II s:2235 vd. 2.12.1994 T. E:15339 K:15372; “UYAR, T. age. s:2241 vd..4.5.1992 T. E:13067, K.6023;”) ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu (bknz: HGK. 14.10.1987 T. E:12714, K:751; 1.4.1998 T. E.12-252, K:251”UYAR, T. age. s:2242 vd.)da “*bu maddenin özellikle III ve IV. fıkralarının da kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takiplerde kıyasen uygulanabileceğini*” kabul ettiğinden, kanunun 170b maddesi bu doğrultuda değiştirilmiştir.

Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya: Efendim, Sayın Talih Uyar'a bu değerli açıklamalardan dolayı teşekkür ediyorum. Sadece şu hususa açıklık getirmek isterim. Şimdi 4949 Sayılı Yasa ile yeni bir hüküm getirildi, 14. maddenin son fıkrası değiştirildi. İcra-İflas'la ilgili Yargıtay kararlarının yayınlanması mecburiyeti kondu. Malum olduğu üzere icra-iflasla ilgili Yargıtay'ın bir senelik karar sayısı 40-50 bin civarında. Bunların birçoğu, rutin birbirine benzer kararlar. Ancak şunu hemen haber vermek istiyorum. Biz UYAP projesi çerçevesinde bütün Yargıtay kararlarını, örnek kararlarını yayınlamaya başlamış bulunuyoruz. İnternet sayfasında bunlara rastlayabilirsiniz. Her Dairede haftada on karar almak suretiyle haftada 320-350 karar civarında karar işliyoruz. Bunlar hep seçilmiş örnek kararlar. Ayrıca İnsan Hakları Mahkemesi'nin kararlarını yayınlamaya başladık. Bu kararlar gitgide daha büyük bir sayıya ulaşacak. Bunu duyurmak istiyorum.

İCRA VE İFLAS KANUNU'NUN 89. MADDESİNDE 4949 SAYILI KANUNLA YAPILAN DEĞİŞİKLİKLER

Doç. Dr. Abdurrahim Karşlı

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Öğretim Üyesi

Beni dinleyeceğiniz için şimdiden hepimize teşekkür ederim.

Ben özellikle bir tek maddeyi anlatacağım için tadilata bu madde açısından bakıyorum. Evvela 4949 sayılı Kanun ile benim anlatacağım konuda (89. maddede) yapılan değişikliğin benden önce konuşan sayın konuşmacı gibi çok isabetli olduğu kanaatinde olmadığımı söylemek istiyorum.

Şimdi, her kanun tadilatında olduğu gibi, 4949 Sayılı Kanun'la da bu 89. maddeye epeyce dokunuldu ki bakıldığı zaman kanun maddeleri içinde en çok tadilata tabi tutulan bir hüküm. Niye 89. maddeye çok dokunuldu? Evvela 89. maddenin kendine mahsus bir özelliği var. O da şu: İcra İflas Kanunu hükümlerine bakıldığı zaman İcra İflas Kanunu'ndaki hükümler alacaklı ve borçlu arasındaki dengeyi kurar. Dolayısıyla düzenlemede dengeye bakılması lazım: Alacaklı ve borçlunun menfaat dengesine. Bu dengeyi nazara alırken de bir taraf himaye edilmemeli, her iki taraf da eşit oranda himaye edilmeli. Fakat 89. maddenin kendine mahsus ayrı bir özelliği daha var. 89. madde hem alacaklı hem borçlu hem de borçlu nezdindeki bir alacak veya taşınır mal haczedildiği için, üçüncü şahsın menfaatinin de nazara alınarak düzenlenmesi gerekiyor. O halde 89. maddede üç unsur var: Sadece alacaklı ve borçlu değil, alacaklı, aleyhine takip yapılan borçlu ve borçlunun üçüncü şahıs nezdindeki (uygula-

mada da özellikle banka nezdindeki) mevduat veya sair hakları haczedileceği için bu üçünün birlikte menfaatinin gözetilmesi gerekir. Bu üçünün birlikte menfaatinin gözetildiği kanundaki düzenleme 538 sayılı Kanun'dan sonra, 1965 yılında yapılan tadilattan sonra hep üçüncü şahıs lehine tadilat yapılarak günümüze kadar geldi ve şimdi de öyle oldu.

Mehaz kanunda, İsviçre İcra İflas Kanunu'nda maddenin bir muadili var. İsviçre İcra İflas Kanunu'nun 99. maddesi. 99. madde bizim 538 Sayılı Kanun'la değişiklik yapılmadan önceki gibi, sadece dört beş satır ve kısaca şöyle diyor: Borçlunun üçüncü şahıs nezdindeki bir alacağı veya sair bir talep hakkı haczedilirse, o şahsa bir ihbarname gönderilir ve denilir ki "bundan sonra borcunu borçluya değil üçüncü şahsa öde; eğer borçluya ödemeyi yaparsan bu geçersizdir". Mehaz kanunda 89'u karşılayan 99 bundan ibaret. Bu, bizim 538 Sayılı Kanun'la yapılan değişiklikten önceki durumumuzu anımsatıyor. Yani diyeceksiniz ki üçüncü şahsa, sen borçluya yapacağın ödemeleri veya borçluya teslim edeceğin malları -bu mal veya alacakla ilgili bir icra konusu var haciz konusu var- bundan sonra borçluya değil icra dairesine teslim et.

Buna karşılık bizim 89. maddeye baktığınız zaman kanundan öte kitap haline geldi. İcra ve İflas Kanunu'nun en uzun maddesi. Şimdi ne değişiklik getirildi kısaca bakalım. Bundan önce malum 89. maddede bir ihbarname var. Biz alacaklı olarak takibi kesinleştirdiğimiz zaman borçlunun haczi kabil her şeyini haczedebileceğimiz için (istisnası 82 ve 84'üncü madde malum) üçüncü şahıs nezdindeki bir malı veya bir menkul malı haczetme aşamasında eski düzenlemeye göre bir haciz ihbarnamesi gönderiyorduk. Diyorduk ki "elindeki malı bundan sonra icra dairesine teslim et veya alacağımı icra dosyasına öde".

Bu birinci ihbarnameye itiraz etmezse ikinci bir ihbarname gönderiyorduk; diyorduk ki "artık bu alacak senin uhdende, bundan sonra zimmetinde; sen bu takipten dolayı borçlusun veya mal senin yedinde; eğer buna bir itirazın varsa süresi içinde bir menfi tespit davası aç". Süresi içinde bir menfi tespit davası açarsa durum bu menfi tespit davasına göre hallediliyordu. Şimdi yeni getirilen düzenleme birinci haciz ihbarnamesini göndereceğiz. Sonra, buna itiraz etse de etmese de ikinci bir haciz ihbarnamesi göndereceğiz. Birinci haciz ihbarnamesi ile ikincisinin ne farkı var? Muhtevasına baktığımız zaman hiçbir fark yok. Çünkü Kanun diyor ki "ikinci haciz ihbarnamesinden sonra da ikinci fıkrada bulunan sebeplerle itiraz edebilir".

Ona da itiraz etmezse üçüncü bir haciz ihbarnamesi göndereceğiz. Kanun “bildirim” diyor ama aslında o da haciz ihbarnamesidir; bir farkı yok. Üçüncü haciz ihbarnamesinden sonra onbeş gün içinde menfi tespit davası açarsa bu defa o menfi tespit davasının neticesine göre iş hallolacak.

Şimdi uygulamadaki arkadaşlara veya bankada olan arkadaşlarla da haricen konuştuğumuz zaman soruyoruz: “Niye siz bu hükümde bu kadar ısrar ediyorsunuz? Böyle ihbarlar tevali edip gidiyor? Belki bir daha değişiklik olursa dördüncü ihbarname çıkacak veya -bizdeki enflasyon gibi- beşinci ihbarname çıkacak. Enflasyonu biraz kestik ama ihbarları kesemiyoruz galiba.” Söyledikleri şu: “Hocam” diyorlar, “biz bankadaki arkadaşlara anlatıyoruz bu ihbarname önemli geldiği zaman bize haber verin, ihtar edelim ama onlar atlayınca biz uhdemizde olmayan bu borcu ödemek mecburiyetinde kalıyoruz.”

Biz de İcra İflas Kanunu’na baktığımız zaman borçluya ödeme emri gönderildiği zaman yedi gün içinde itiraz etmezse o da bu defa olmayan bir borcu ödemek zorunda kalıyor. Olmayan bir borcu her şahıs itiraz etmezse yedi gün içinde ödemek mecburiyetinde kaldığına göre bankada çalışan, ticari hayatın içinde olan, kredi kullandıran, bir sürü işlemleri bilen, vâkıf olan, belli bir seviyesi olan insana “Bizimki bir defa atladi; bunu bilmez; ikinci defa ikaz edin, bir de üçüncü defa ikaz edin; bu üçüncü defada dava açmazsa bu defa uhdesinde sayılsın” demek, bence doğru bir uygulama değil.

Başlangıçta dediğim gibi, değişiklik heyetinde olan Talih Uyar Hocamız “bütün değişiklikler iyidir” diye anlatıyor. Ben şahsen bu 89. maddedeki değişikliğe baktığım zaman hiç doğru olmayan bir değişiklik, diye düşünüyorum. O halde, 89. maddedeki bu değişiklik için ilk olarak ihbarnamelerin ikiden üçe çıkması doğru değil.

Geliyorum ikinciye, değişiklikten sonra, Kanun diyor ki “üçüncü ihbardan sonra onbeş gün içinde dava açar, yirmi gün içinde de dava açtığını icra dosyasına bildirir”. Buradaki mantık da şu: “Onbeş gün içinde dava açsın; ama birkaç gün daha müsaade verelim; yani acele etmesin bankanın avukatı. Rahat rahat götürsün icra dosyasına koysun.” Öbür taraftan ben alacaklı olarak bekliyorum “acaba dava açtı mı açmadı mı?” Benim için süre önemli. Niye? İcra memuru diyecek ki “ya bizimkileri sıkıştırmıyoruz malum kanuni düzenleme böyle. Bir dört beş gün daha bekle.” Şimdi bu derkenar gelmedikçe, yirmi gün içinde ben takibe devam edemiyorum ki. Böyle “acele etmeyelim sıkıştırmayalım” düşüncesi, doğru bir düşünce değil.

Başta söylediğim gibi, burada üçüncü şahsın menfaatini de nazara alarak himaye edelim. Ama biz İcra Hukuku'nda hep söylüyoruz; aslanan takibin bir an önce en az masrafla sonuçlandırılmasıdır, teoride de böyle uygulamada da böyle. Şimdi düşünün İstanbul gibi yerde üç tane ihbar göndereceksiniz. İki ihbar göndereceksiniz, üçüncüsünde de bekleyeceksiniz ki dava açacak. Bu üç ihbar demektir. Bunun dosyaya gitmesi dönmesi bir ay, çarpı üç. Bir de dava açma süresini bekleyeceksiniz. Bu da doğru değil. İkinci sakınca bu.

Üçüncü sakınca gene üçüncü şahıs lehine. 89. madde diyor ki “Birinci ihbarnameye cevap vermedi; ikincisine de vermedi; sonra üçüncüsünde gitti dava açtı. Yirmi gün içinde de dava açtığını icra dosyasına bildirdi. Bu açtığı menfi tespit davası da maktu harca tabidir.” Hem “borçlunun benim uhdemde şu kadar alacağı yok” diye dava açacak, hem de bu maktu harca tabi olacak. Niye? Dediğim gibi her ne kadar bu kanunun muhtevası üçüncü şahıslar nezdindeki alacak vesair talep haklarının haczi ise de, bunun uygulamada %99.99 muhatabı bankalardır. Değişiklikte en çok etkinin sebebi de onlardır. Bunu inkâr etmeye gerek yok. Niye maktu harç? Çünkü biraz himaye etmemiz lazım, harç yatırmak, nisbi harç yatırmak zahmetli; para çıkarıp koyacak cebinden banka.

Bizim devlet de harçlar açısından epeyce tüccar oldu tabiri caizse. Çünkü harçları devamlı artırarak gidiyoruz. Aslanan hukukta harçların az olmasıdır. Çünkü insanlar mahkeme kapısına gidip hak aramak istediği zaman, dava açmak harç açısından caydırıcı olmamalı. Ama bu konuda genel bir hukuk politikası olmalı. Ben dava açarken yüksek harç ödeyeceksem, banka da dava açarken harç ödemeli. Tenkit manasında söylemiyorum. Sakın beni de sermaye düşmanı gibi telakki etmeyin.

Şimdi kanununa göre çüncü şahıs itiraz ederse, alacaklı olarak benim de ona karşı dava açma hakkım var. Nasıl bir dava? İcra Tetkik Mercii'ne gidiyorum “beyanı doğru değil, cezalandır ve tazminata hükmet” diyorum. Bu açılardan maddedeki bu değişiklik doğru değil.

Diğer bir husus, ki bu doğru bir düzenleme kanaatimce, deniliyor ki, “üçüncü şahıs her halde, yani o borca itiraz etmemiş, birinci ve ikinci haciz ihbarnamelerine karşı bir beyanda bulunmamış, sonra bir dava açmamış ve aslında olmayan bir borcu ödemek zorunda kalmış olsa bile, borçlu ile kötüniyetli alacaklıya dava açarak ödemek zorunda kaldığı paranın veya teslim ettiği malın iadesini isteyebilir”.

Demek ki o zaman banka, bütün imkânlarını kullanamamış olsa dahi ve o borcu ödemek zorunda kalmış olsa dahi, daha sonra borçlu ve alacaklıya karşı bir dava açabilecek. Borçluya karşı bir dava açabilmek kötüniyetli olmasına gerek yok. Çünkü onun adına bir borcu ödemiş, bu bir istirdat davasıdır. Ama alacaklıya karşı dava açması için alacaklının kötüniyetli olması gerekir. Bu kötüniyetten kasıt, aslında sırf takipteki kötüniyet değil kanaatimce, mesela alacak olmadığı halde borçluyula anlaşarak takibe girmiş ise veya bankaya daha önce aynı alacak için müteakip defa ihbarname gönderilmiş, banka böyle bir borç olmadığı beyanında bulunmuş ise, bütün bunlar kötüniyete emarelerdir.

Bu davaları birlikte açmak mecburiyetinde de değil, ihtiyari dava ortaklığı var. Çünkü davaların sebebi de ayrı: Alacaklıya karşı açacağı dava haksız fiil hükümlerine tabi, Borçlar Kanunu 41 ve devamı. Borçluya karşı açacağı dava ise istirdat hükümlerine dayanır ki, o da, Borçlar Kanunu 61 ve devamı hükümleridir.

İtiraz sebeplerine de kısaca bakmak lazım. 89. maddede diyor ki, özellikle 2. fıkrada, “üçüncü şahıs, kendisine haciz ihbarnamesi gönderilen şahıs, borçlu olmadığı veya malın yedinde bulunmadığı, haciz ihbarnamesinin tebliğinden önce borç ödenmiş veya mal istihlak edilmiş veya kusuru olmaksızın telef olmuş, veya malın borçluya ait olmadığı, veya malın kendisine rehnedilmiş olduğu, veya alacak, borçluya veya emrettiği yere verilmiş olduğu gibi bir iddiada ise (ki buradaki itiraz sebepleri sınırlı değildir), borçluya karşı hangi itiraz sebepleri ileri sürebilecek idi ise, takip alacaklısına karşı aynı itiraz sebeplerini ileri sürebilir.

Burada özellikle takas konusunda problemler çıkabilir. Çünkü banka diyor ki, “bu şahsın benim nezdinde bu kadar alacağı var; hesapta bu kadar parası var; ama benim de başka bir kredi işleminde dolayı ondan şu kadar alacağım var.” Bu bir takas talebidir ki, ancak muaccel olan alacaklar için böyle bir talepte bulunabilir. Banka nezdinde haczedilecek alacaklar nelerdir? Haczedilen alacaklar; mevcut ve ileride doğması muhtemel olan alacaklardır. Ama bu ilerde doğması muhtemel alacaklar derken, sırf bir ümit ve arzuya dayanan alacaklar değil, bir hukuki temele dayanan, vasfı belirlenebilen niteliklerdeki alacaklardır ki, bunların da haczi, İcra ve İflas Kanunu'nun 89. maddesine göre mümkündür.

Bir problem de şu uygulamada: Bankaya haciz ihbarnamesi gönderildi. Banka o andaki hesaptaki mevcut parayı mı haczedecek yoksa hesapta işlem yapmayı mı yasaklayacak? Uygulamada bankaların yaptığı

şudur: Hem hesap kartonuna hem hesap cüzdanına hem dosyalara falan şerh verip, sırf mevcutlu değil, o hesaba gelecek olan muhtemel alacakları da kapsayan bir işlem yapıyorlar. Yani; sanki hesapta adeta borçlunu işlem yapması da yasaklanıyor gibi. Şimdi bu, banka ve borçlu açısından, şu tarz sonuçlara sebebiyet verir: Diyelim ki hesaptaki parayı haczettiniz. Sonra bir gün geldi borçlu diyor ki, “her ne kadar hesaptaki param haczedilmiş olsa da, şu yazdığım çekin karşılıksız çıkmasını istemiyorum. Bunu da hesaptaki parayla değil, cebimdeki parayla ödüyorum.” Banka kayıtlara haczi düştüğünden, yani adeta işlem yapmayı yasakladığından, bu işlemi yapmıyor. O para hesaba girdiği an, müstakbel alacak da haczedilmiştir diye.

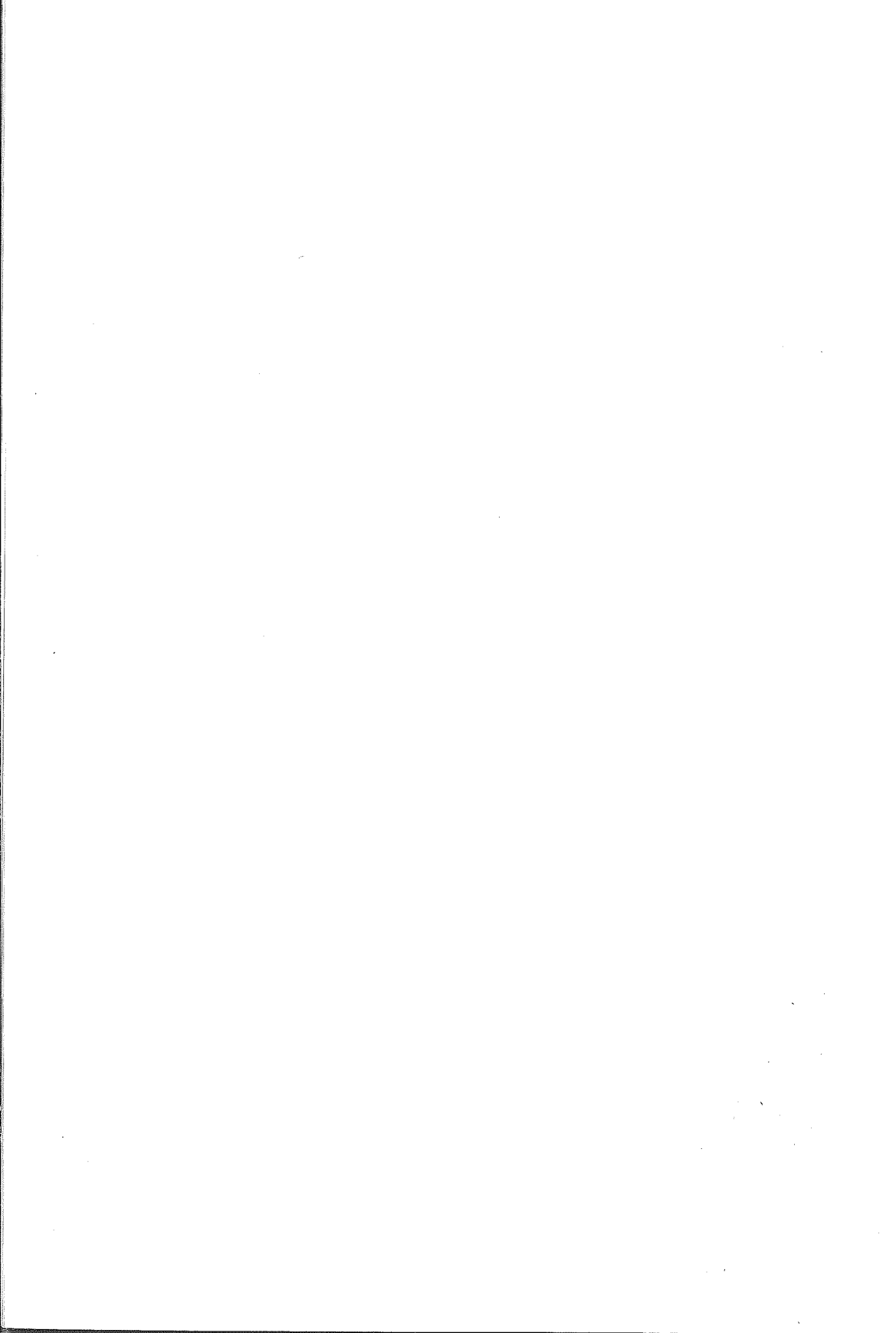
Uygulamada yapılan şu: o hesap haczedildiği için, eğer o işlemin yapılmasını istiyorsa, başka bir hesap açarak çeki ödeme yoluna gidiyorlar ki, o da ciddi düşünülmesi gereken bir problem. Yani biz hesapta işlem yapmayı mı kilitleyeceğiz, yoksa o hesapta mevcut veya o andaki duruma göre ileride tahsil edilebilecek olan hukuki vasfı belirli alacağı mı haczeceğiz? Bence işlem yapmayı kilitlemek, insanları dolambaçlı yollara iteceği için, kendi parası için usulsüz yollara gitmeyi gerektireceği için, o anda hesapta mevcut ve hukuki vasfına göre istikbalde tahsil edilecek alacaklar haczedilmeli.

Diyelim ki, yine uygulamada bankalar belli yerlere alışveriş yapmak için birtakım makineler koyuyorlar. Kredi kartı ile yapılan alışverişler neticede paralar o hesaba geliyor. Bu önceden belirli, muayyen, vasfı belirli bir şeydir. Ama demin söylediğim gibi, sonradan borçlunu gelip, ben şu borcumu şununla ödemek istiyorum tarzında borçlunun da tespit edemeyeceği bir kaynakla geldiyse, “madem getirdin koy, onu da hesaba haczedelim ama çek de karşılıksız çıksın” tarzındaki bir işlem doğru değil. Onun için hesaptaki işlem, oradan hareketle tespit edilecek mevcut ve oraya gelecek bütün kaynakların haczi tarzında anlaşılmalı ama borçlunun bankada işlem yapmasını engelleyen tarzda anlaşılmalı.

Burada bir önemli husus da şu, icra dairesi üçüncü şahsa haciz ihbarnamesi gönderirken, anaparayı, faizi ve masrafları ayrıca belirtmesi gerekir. Eğer bunu belirtmemişse, banka “hesapta şu kadar bedel için haciz uyguladım” dedikten sonra anaparayı ödemişse, dönüp icra dairesine “biz anaparayı ödedik ama bunun faiz ve masrafları ne kadardır” diye sorma mükellefiyeti yok. Yine arda kalan kısmı kendi borçlusuna kullanabilir.

Diğer bir husus, banka bu ihbarnamelere cevap verirken sırf şu hesapta şu kadar mevduatı var diye cevap vermemeli, özellikle hesaptaki para haciz alacağını karşılamıyor ise, o borçluya ait kendi uhdesinde ne kadar maddi kıymet ifade eden mevcut varsa hepsini bildirmeli. Buna mukabil kendi risklerini de bildirmeli.

89. maddeye ilişkin değişiklikler bunlardan ibaret. Dinlediğiniz için teşekkür ederim.



AV. TALİH UYAR VE DOÇ. DR. ABDURRAHİM KARSLI'NİN TEBLİĞLERİ HAKKINDAKİ SORU VE CEVAPLAR

Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya (Oturum Başkanı): Sayın Doçent Dr. Abdülrahim Karslı'ya bu değerli, güzel açıklamalarından dolayı teşekkür ediyoruz. Şimdi soru cevap bölümüne geçiyoruz. Soru soracak arkadaşlarımdan şunu istirham ediyorum. Önce banta geçtiği için kendisini tanıtmaması gerekiyor, ondan sonra da diğer soru soracaklara zaman kalması için, sorular açık ve net olmalı. Yani soru şu tebliğlerin kapsamı içinde sorulmalı. Onu bilhassa istirham ediyorum. Şimdi arkadaşlarıma söz vermeden önce sayın Talih Uyar'a savunma hakkını kullanmak üzere söz vereceğim çünkü 89. madde çok üzerinde tartışılan, hakikaten çok tenkit edilen bir madde.

Av. Talih Uyar: Evet "söz savunmanın" diyelim. Efendim biz bu 89. maddeyi bu şekilde üçüncü haciz ihbarnamesini maddeye getirirken, özellikle tabii bankalar başta olmak üzere, müteahhit dediğimiz arkadaşlarımızla iş yapan Devlet Su İşleri, Karayolları gibi onlara devamlı istihkak ödeyen kişileri dikkate aldık. Şimdi yakın geçmişimize bir göz atarsak uygulamada "89 mafyası" diye bir mafya türemişti, bu zamana kadar. Özellikle İstanbul'da, kötüniyetli, kendisine alacaklı süsü veren, bankadan oldukça fazla miktarda para tahsil etmeyi planlamış olan kişiler, özellikle yanlarında çalışan, hiçbir şekilde malvarlığı olmayan kişileri kendilerine borçlandırıp icra takibi yapıyorlar. Takip kesinleştikten sonra, İstanbul'daki tüme yakın banka şubesine 89. madde ihbarnamesi gönderiyorlardı. Şimdi bunun sonucunda iki şekilde davranıyorlardı: Ya bu bankalardan bir ya da iki tanesinin hataen itiraz etmemesini bekliyor veyahutta, daha ileri gidip bankada çalışan kişilerle anlaşabiliyorlardı.

Bir olayda mahkeme bu şekilde haksız olarak yapılan 89 ihbarını geçersiz saymıştır, Yargıtay onamıştır. Tashihi karar aşamasında, o alacaklı kişi, alacaklı konumundaki kişi, ihbarnameye itiraz edebilecek olan kişiyi silahla odasına girip tehdit etmiştir. Bizzat yaşadığımız olay, o kadar cüretlerini artırmıştır bu kişiler.

Kötüniyetli kişiler bu şekilde parayı tahsil ettikten sonra, paranın kendisinden geri istenmesi imkânı da yoktu. Borçlu borcunu usulü daire-sinde ödemiş olduğu için, Kanunumuz bankanın ya da üçüncü kişinin, pa-rasını alacaklıdan değil, borçludan dava açarak geri isteyebileceği şeklin-deydi. Yargıtayımızın içtihatları da bu şekildeydi. Doktrinde kötü niyetli kişiye karşı birtakım davalar açılması yolu önerilmişse de, maalesef bu öneri Yargıtay'ca uygun bulunmadı. Bu yüzden üçüncü kişinin sızlanma-larına hak verilerek, bir şekilde artık üçüncü kişiden paranın haksız olarak tahsil edilmesi yolu bu şekilde tıkanmak istendi. Borçlu 49 örnek ödeme emrine itiraz etmezse, takip kesinleşir ama sonra menfi tespit davası aç-a-rak, istirdat davası açarak parayı alacaklıdan alır. Ama 89. maddede bu im-kân yoktu. Kanun açıkça paranın borçludan alınacağını öngörüyordu, pa-rayı tahsil etmiş olan asıl kötü niyetli alacaklıdan bu paranın geri alınma-sı imkânı yok idi. Biz daha önce arkadaşımız Ramazan Arslan'la hazırla-dığımız 1992 tasarısında da buna ait özel hüküm getirmiştik, o zaman ka-nunlaşamadı. Aynı tasarımı Komisyon'da arkadaşlarla tartışırken ben gün-deme getirdim ve arkadaşlarım da uygun bularak bu paranın borçlu yanın-da yalnız haksız olan, kötü niyetli olan tabiri eklenmek suretiyle alacaklı-dan istirdadı öngörüldü.

Çok defa banka olsun, diğer resmi kuruluşlar olsun, bu tebligatı alan kişilerin eğitiminin yeteri derecede sağlanamaması, eğitim eksikli-ğinden bu gelen ihbarnamelerin ilgili müdüre ulaşması geciktiği için böy-le bir düzenlemeye gidildi. Ayrıca bu düzenlemeye gidilirken, arkadaşı-mız harçlardan bahsettiler, banka konumundaki, üçüncü kişi konumunda-ki kişiler maktu harç yatırıyor, alacaklı tazminat davası açarken nisbi harç yatırıyor veya yatırmaması gerekli dediler. Halbuki, Yargıtay'ımızın içtihat-ları uyarınca, merci aynı zamanda cezalandırma istemiyle karşılaştığı za-man, davayı İcra Ceza Mahkemesi sıfatıyla görüyor. Hatta bu şekilde açıl-an tazminat davaları ve ceza davaları 12. Hukuk Dairesi'nde değil, o dö-nemde yani yakın zamana kadar ceza icra suçlarını inceleyen 8. Ceza Da-iresi'nde inceleniyordu. Onun içtihatlarında bu konudaki tazminat ve ce-za talepleri çıkıyordu. Şimdi 16. ve 17. Dairelere gidecek. O bakımdan ve

ceza mahkemesinde de ceza mahkemesi sıfatıyla bu dava görüldüğü için harç maktudur. Nitekim, geçenlerde İzmir Karşıyaka'da böyle bir maktu harç yatırarak bir dava sonuçlandı, Yargıtay da "Niçin nisbi harç almadın?" diyerek kararı bozmadı. Ama menfi tesbit davası açarken alacaklı nisbi harç yatırabilir, o olabilir, politika meselesidir. Ama dediğim gibi burada alacaklı bakımından ya da borçlu bakımından bir dengesizlik söz konusu değildir.

Yargıtay'ımız 12. Hukuk Dairesi bu tür haksız tazminat taleplerini bir şekilde tebligatın üçüncü kişinin yetkili temsilcisine yapılmamış olması nedeniyle çok defa kararları bozdu. Ama bazen bizzat banka şubesinin yetkili temsilcisine ya da resmi kurumların yetkili temsilcilerine 89 ihbarnameleri gidince yapılacak bir iş kalmıyordu. Daha çok bu sızlanmalar dikkate alınmak suretiyle madde 89 bu hale geldi.

Evet, benim sözlerim şimdilik bundan ibaret.

Doç. Dr. Abdürrahim Karslı: Çok net, açık söylüyorum; icra tetkik mercii bu davayı ceza hakimi sıfatıyla görse de, Yargıtay'ın kararı var, sayın meslektaşına da iletirim, Yargıtay Başkanı da burada, bir ceza hakimi tazminat davasını genel hükümlere göre görür, maktu harç değil, nisbi harçtır. Tekrar söylüyorum; nisbi harcı tamamlamazsanız o davayı görmez. Talih Hocamızın bu fikrini tashih etmesi lazım. Dolayısıyla denge yok.

İkinci olarak, ben madde 89'da kötü niyetli alacaklıya karşı getirilen hüküm yerindedir dedim. İhbarnamelerin tevali etmesi usulsüz. yoksa kötü niyetli alacaklı, anlaşmış, bir de anlaşacaksa bankadaki memurla "ben ihbarname göndereceğim, sen sakın itiraz etme, nezdindeki takip kesinleşsin." diye, niye üçüncüde anlaşsın ki, birincide de anlaşır. Dolayısıyla o tevali doğru değil.

Üçüncü olarak, eskilerin deyimiyle "suimisal misal olmaz", kötü emsaller nazara alınarak kanun yapılmaz. Hele mafyaya göre kanun hiç yapılmaz, o zaman mafya kanunu yapılır, İcra - İflas Kanunu yapılmaz. Dolayısıyla tadilat doğru mu değil mi, norma göre bakmak lazım. Yoksa Yargıtay Başkanı'nın odasına birinin gelmesi ayrı, muhafaza tedbirleri konusuna girer o.

Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya: Efendim, şimdi suallere geçiyoruz. Hanımefendi, buyurun.

Av. Serap Kurtuldu: Öncelikle Sayın Doç. Dr. Abdürrahim Karşılı'ya bir soru yönelmek istiyorum. Aslında herkesçe bilinen bir şey, ama kendisi anlatırken sanki farklıymış gibi beyan etti. 89. madde ihbarnamesinde, ilk ihbarnameye itiraz edildiği takdirde tekrar ikinci ya da üçüncü ihbarnamenin gönderilmesinde herhangi bir mantık yoktur zannedersem. Ama sanki ikinci ya da üçüncü ihbarnamenin gönderilmesi gerekiyormuş gibi aktarıldı.

Doç Dr. Abdürrahim Karşılı: Soru şu galiba: 89/1 ihbarnamesi gönderdik. İtiraz edilmişse ikincisini göndermeye gerek yok tabii. Eğer itiraz doğru değilse, merciye müracaat edip, beyan doğru değil diye dava açabilir alacaklı.

Av. Serap Kurtuldu: Sayın Talih Uyar'a bir sorum olacak. İtirazla ilgili olarak dediniz ki; alacaklı itiraz masraflarından sorumludur. Peki, bu, itirazın iptali ya da kaldırılması davaları açısından süre başlangıcını etkiler mi? Yani alacaklı itiraza ilişkin masrafı başta yatırmamış olursa bunun yaptırımıyla karşılaşacak mı?

Av. Talih Uyar: Şimdi itirazın tebliği ile itirazın iptali ve tetkik merciden kaldırılması davalarının açma süreleri başlıyor. Eğer icra müdürü alması gereken masrafları almamışsa, ileride borçlunun itirazı alacaklıdan masraf alınmadığı için alacaklıya tebliğ edilemeyecek, dolayısıyla dava açma süreleri kendisi için başlamayacaktır. Ama tabii bu icra memurunun disiplin, idari, cezai sorumluluğunu gerektirecektir. Yani orada alacaklı bir bakıma masraf vermemekle belki kendi lehine işleyecek süreyi işletmemiş oluyor, zaman kazanmış oluyor sonuçta. Ama dikkatli icra memurunun bunu muhakkak alması lazım gelecektir. Almazsa tabii kendi sorumluluğu içerisinde.

Yargıtay Başkanı EraslanÖzkaya: Şimdi siz suallerinizin tamamını sorun, tamamını cevaplayalım.

Av. Serap Kurtuldu: İtiraz yapılırken tetkik mercii aşamasında sebep bildirmekle bildirmemek arasında fark yok dediniz. Peki, iddianın genişletilmesi yasağı ile karşılaşılacak mı? Diğer bir husus; icra müdürlüğünün yetki alanı dışında bulunan yerlerde, o yetki alanına bakan icra müdürlüğüne tezkere yazılmak suretiyle bir takım gayrimenkullerin haczi istenebilir mi? İdareye mesela tapuya müzekkere yazılabilir mi, yetki alanının dışında bulunan tapuya? Son sorum, yalnız üçüncü kişinin elinde bulunan mallar, üçüncü kişinin rızasıyla kendisine bırakılabilir, dendi. Üçüncü kişi buna rıza göstermezse mal muhafaza altına alınamayacak mı?

Av. Talih Uyar: Şimdi üçüncü kişinin elinde bulunan mal haczedildi. Üçüncü kişi eğer bu mal benimdir diyerek istihkak iddiasında bulunursa icra memuru da elbette kendisinin kabul etmesi halinde (ki kabul etmesi gerekecek; “mal benimdir” diyor, niçin icra memuruna “al, götür” desin malı muhafaza altına almayacaktır. Mantıken istihkak iddiasında bulunması halinde o malın kendisinde bırakılmasını da onaylamış demektir. Ama üçüncü kişi “alın” derse o halde üçüncü kişinin elinde bulunan mal, icra memuru tarafından muhafaza altına alınacaktır. Zaten çelişki olur, hem malın kendisine ait olduğunu kabul edecek, hem de malın teslimini kabul etmeyecek, bu mümkün değil. Yani ya istihkak iddiasında bulunacak ya bulunmayacaktır. Bulunmayacaksa demek ki; borçlunun üçüncü kişiye verdiği bir maldır. O mal muhafaza altına alınacaktır elbette.

İcra dairesince, haciz için gayrimenkulün bulunduğu yerdeki tapu sici müdürlüğüne doğrudan doğruya müzekkere yazılabilecektir, zaten yazılabilmekte idi. Biz bu uygulamayı yasal hale getirdik, bunu bilmeyen arkadaşlarımız da öğrensinler. Çünkü kanunda yok, istinabe yoluyla istenecek, icra müdürü de bunu hatırlatmazsa; “Neden istinabe yoluyla istiyorsun? Al sana müzekkereyi vereyim, elden götür ya da masrafını ver, direkt yazalım.” demek yerine, istinabeyi, talimatı kabul ederse, o zaman talimatla gidecektir. Maksat, avukat arkadaşlarımızdan Yargıtay’ın bu kararından haberdar olmayanları uyarmak, bunu yasa maddesi haline getirmektir.

Tetkik merciinde, zaten, itirazın iptali davasına bakan mahkemeden farklı olarak, ancak senet metninden anlaşılan itiraz sebepleri ileri sürülebilecektir. O imkân var; bunun dışındakileri ileri sürmesi mümkün değil. Eskiden itirazında sebep bildirmişse bunu da ileri süremiyordu. “Ödedim” diyen borçlu, alacaklı tetkik merciine gittiği zaman senet metninden anlaşılan sebepleri ileri süremiyordu, o imkân tanındı kendisine.

Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya.: Evet efendim, beyefendiye verelim mikrofonu.

Bir Dinleyici: Nemalandırmayla ilgili ben bir öneride bulunmak isterim. Bazı noktalarda nemalandırma geçmiş, bazılarında atlanmış. İcra - İflas Kanunu’na bir madde eklenerek, İcra - İflas Kanunu’yla ilgili olarak ihtiyati haciz, ödeme gibi nedenlerle yatırılacak paraların mahkeme vizesi olsun, İcra - İflas müdürlükleri olsun, bunların tamamının nemalandırılacağı genel bir ibare getirilemez mi?

Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya: Kime soruyorsunuz?

Av. Talih Uyar: Bu benimle ilgili herhalde. Efendim, zaten 9. maddede bizim arzu ettiğimiz şekilde kanunlaşsaydı, tabii İcra - İflas daireleri bakımından böyleydi, sizin belirttiğiniz Yazı İşleri Yönetmeliği'nin talimatında veya ilgili kanunda değişiklik yapılır, onları da kapsardı. Ama bizim yapmak istediğimiz İcra - İflas Kanunu'nda değişiklik yapmak idi. Fakat, Bakanlığın bu değişikliğe sıcak bakmadığını kesin bir şekilde öğrendik. Bu parayı başka bir şekilde değerlendirmek istiyorlar. Bankada yatan paralardan, bankanın vermesi gereken paray resmen dosyadan intikâl etmemekle beraber, sonradan öğrendik ki burada biriken paranın faizinin yarısı Adalet Bakanlığı Güçlendirme Vakfı'na, bağış olarak yatırılmaktadır. O yüzden Bakanlığımız, 9. maddede herhangi bir değişiklik yapmayı şu anda düşünmüyor, ileri de düşünebilir.

Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya: Evet, siz buyurun.

Bir Dinleyici: Benim Talih Uyar'a bir sorum olacak. Eskiden ihalenin feshi davası açılırken nakit yatırılması gerekmiyordu, teminat mektubu yatırılması yeterliydi. Bu, alacaklının zararına oluyordu. Yeni düzenlemede nakit yatırılması zorunluluğu getirildi. Bu güzel bir gelişme olarak değerlendirilebilir ama aynı zamanda ihaleye katılımı, katılım sayısı yönünden de etkiliyor. Çünkü; uzun süre orada nakit parasının bağlı kalacağını düşünen ihaleye iştirak etmez diye düşünüyorum. Bunun yerine teminat mektubu yatırılıp da nemadan sorumlu tutulsaydı daha iyi olmaz mıydı?

Av. Talih Uyar: Şimdi efendim, maalesef teminat mektubu yatırılmasının yaygınlaşması nedeniyle, kişiler kötü niyetle ihalenin feshi davası açıp, bu davayı uzatıp, yatırımları gereken parayı da teminat mektubuyla geciktirdikten sonra, ancak ihalenin feshi davası sonuçlandıktan sonra yatırıyorlardı. Buyurduğunuz gibi, teminat mektubu yerine nakit yatırılması elbette müşteriyi azaltacaktır, caydıracaktır. Ama onun getireceği öbür yarar Komisyonca bu sakıncadan daha üstün bulundu O bakımdan zaten parayı nakit yatıracak ama o nemalandırılacaktır. Şu anda nemalandırma maddesi madde 134'te var zaten.

Bu Bakanlık tarafından, yönetmelik çerçevesinde düzenlenecek. Şu anda öyle bir yönetmelik olmadığı için bir kargaşa yaşanıyor. Biz de biliyoruz onu. Ama ileride Bakanlığımız bunu ayrıntılı bir şekilde, Ankara'da bankalarla oturup, kimin daha yüksek günlük faiz vereceğini açık artırma ile yükselttikten sonra bankayı tesbit edip icra müdürlüğüne bildirdiği zaman, pekala olabildiğince en yüksek getiriyi veren bankaya paralar yatırılmak suretiyle, parayı yatıran ileride ihalenin feshi talebi kabul edilirse

nemasıyla alacak, ama ihale kesinleşirse alacaklılara nemasıyla ödenecektir. Biz onu tartıştık, sonunda bir an önce ciddi alıcılar ortaya çıksın, ihalenin feshi talepleri bu nedenle artmasın düşüncesiyle böyle bir yaklaşım sergiledik.

Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya: Siz buyurun efendim.

Bir Dinleyici: İcra - İflas Yasası ile ilgili olarak Abdürrahim Bey'e soracağım. Madde 89/1'e banka cevap olarak "para yok", dedi ama ertesi gün para yattı. Bunu da bloke etmek zorunda mı? İkinci olarak, özellikle kamu kurumundan alacağı olan kişiler 89. maddeyi işletmekte zorluk çekiyorlar. "Kamuya tahsislidir" diye icra müdürleri daha baştan 89/1 göndermek istemiyor. Bazı icra tetkik mercileri de bunu haklı buluyor. Bazı bankalar da 89/1 göndertmeyi yapsanız bile, "kamuya tahsislidir" diye para olduğu halde bloke etmiyor. Biz bu durumda 338. maddeyi işleterek para olduğu halde bloke etmemeyi ceza ve demin tartıştığımız tazminat konusu yapabilir miyiz? O banka görevini yapmadığı için cezalandırılmasını isteyebilir miyiz? Tazminat istersek ne miktarda isteyebiliriz? Teşekkürler.

Doç. Dr. Abdürrahim Karşlı: Birinci soru şu: Birinci haciz ihbarnamesi gönderildi, banka o anki hesap durumuna baktı, uhdemizde herhangi bir alacağı yoktur diye cevap verdi. Cevap verdikten sonra ertesi gün gelen parayı bloke edecek mi? Hayır, o andaki duruma bakılır. Ama şöyle bir hal varsa; birinci haciz ihbarnamesine cevap vermemiş, sonra ikinci haciz ihbarnamesi gelmiş, ihbarnamenin etkileri ne zamandan başlar, ne zamandan itibaren kayıtlarına bakarak cevap vermesi lazım? İlk haciz ihbarnamesinden bakması lazım. Yani biz birinci haciz ihbarnamesine cevap vermemişiz, atlamışız, o, tamam, vardı ama ikinci haciz ihbarnamesi gelmeden önce, "ödenmiş, dolayısıyla şu anda şu kadar kaldı uhdemizde" böyle bir cevap veremez. O halde, ilk haciz ihbarnamesinin yapıldığı tarih önemli. Ama ona "yok" diye cevap vermişse, sonradan gelen parayı haczetmek durumunda değil.

İkinci sorunuzda, galiba, dediniz ki; ihbarname gönderiyoruz, kamu kurumundan alacaklar da...

Bir Dinleyici: Kamuya tahsislidir diye para olduğu halde bloke etmiyor.

Doç. Dr. Abdürrahim Karşlı: Bence öyle bir işlem yapılabilmesi mümkün değil.

Dinleyici: Ama yapıyor.

Doç. Dr. Abdürrahim Karşlı: O zaman dava açacaksınız. İcra Tetkik merciine müracaat edip madde 338 ve devamı hükümlerine göre, hem cezalandırılmasını, hem de tazminat davası açacaksınız.

Doç. Dr. Seyithan Deliduman: Ben tebliğ sahiplerine teşekkür etmek istiyorum. Sayın Karşlı madde 89'daki değişikliklerin isabetli olduğunu gayet güzel bir şekilde ifade etti.

Bana göre; herhalde tebliğinde atladı Sayın Karşlı. Mutlaka vardır yazılı kısımda. Savunulamayacak değişikliklerden bir tanesi herhalde menfi tespit dabası kesinleşinceye kadar takibin duracağına ilişkin. Bunun bütün sistemi alabora ettiğini düşünüyorum.

Bir diğer husus; biraz önce konuşan avukat arkadaşımın zannettiği gibi değil m. 88'deki değişiklik. Burada üçüncü şahsın muvaffakatını değil, alacaklının muvaffakatını arıyor. Bu madde gerekçeye tamamen ters bir şekilde çıkmıştır. Gerekçede böyle bir uygulamaya son verilmesinin amaçlanmış olduğu ifade ediliyor. Fakat öyle ya da böyle şu anda değişinceye kadar vardır. Benim sorum Talih Bey'e; 99. maddeyle birlikte bunu nasıl yorumlayacağız? Çünkü 99. meddeyi okursak, malın üçüncü kişinin elinde olduğu durumlarda istihkak davası açılmasını düzenliyor. Burada alacaklı muvaffakat etmedi, dolayısıyla mal üçüncü kişiden alındı. Dolayısıyla, biz biliyoruz ki; mal üçüncü kişinin elinde olmadığı zaman istihkak davasını açacak kimse farklı, borçlunun elinde olduğu zaman farklı. Bu maddelerden hangisini esas alacağız veya iki madde arasında nasıl bir ilişki kuracağız? Teşekkür ederim.

Av. Talih Uyar: Sayın Karşlı, siz cevap verecek misiniz? Sizinle ilgili galiba.

Doç. Dr. Abdürrahim Karşlı: Menfi tespit davasının takibi durdurması kanun hükmü, doğru arkadaşımızın dediği. Dediğim gibi bir hakimın yanında süreye uyarak tebliğ sunmak durumundasınız. Onun için her şeyi söyleme imkânı bulamadım, kusura bakmayın.

Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya: Şimdi o kadar yoğun bir ilgi var ki, çok teşekkür ediyoruz ama bu kadar soruya cevap verecek zamanımız maalesef yok. Bizden sonra bir oturum daha var, hatta sınır biraz aştı. Son bir sual alalım.

Doç. Dr. Abdürrahim Karşlı.: Talih Bey cevap verecek sanırım.

Av. Talih Uyar: 88. madde ile ilgili. Üçüncü kişinin elinden mal haczedildikten sonra yedi gün içerisinde istihkak davası açma yükümlülüğü elbette alacaklıya veriliyor. Daha sonra o malın onda bırakılması veya bırakılmaması önemli değil. Zaten o maddenin uygulanma kabiliyetinin olmaması lazım. Mantıklı, şuurlu, akli selim sahibi bir alacaklı vekili de, icra memuru da, hele bu maddenin yakında değişeceğini göz önünde bulundurarak, kanunun gerekçesini de dikkate alarak hareket etmeli. Orada bir maddi hata yapılmış. Nitekim kanun koyucu da bu hatasını Bakanlık vasıtasıyla tespit etmiş. Şu anda kanun değişmek üzere. Bence, yasanın açık hükmüne rağmen, malın kaldırılmaması yine üçüncü kişide bırakılması lazım. Biz Medeni Kanun'da da bazı maddeleri, biliyorsunuz, İsviçre'ye uygun olarak yorumladık. Kanunun açık hükmüne rağmen hüküm uygulamadık. Burada da bu cesareti gösterip, bu maddeyi yine üçüncü kişinin lehine uygulamamız lazım. Ama istihkak davasında problem yok tabii, yine alacaklı açacak.

Av. Hasan Esen: Ben bir banka hukukçusu olarak sözü aldım. Bir sorum olacak, yalnız ondan evvel Abdürrahim Karlı Bey'in söylemiş oldukları bir iki hususa değinmek istiyorum. Bu 89. maddenin gelişimi zaten geçmişteki uygulama. Yasalar geçmişteki haksız uygulamalara yönelik bir takım önlemler getirirler. Biz esas işimiz bankacılık olduğu halde, yılda yüzbin civarında haciz ihbarnamesiyle karşılaşılıyor, ki bunların çoğu da haksız olarak gelmektedir.

İcra dairelerine gidip uygulamayı görürseniz, kötü niyetli uygulamalarda bir tek ödeme emri ve takip talebinin yanında üçyüz tane haciz ihbarnamesi var bir tek icra dosyasında. Bu zaten kötü niyetin açıkça ortaya konduğu bir husus. Van'a gönderiliyor, kazalara gönderiliyor ki; bankalar atlasın da bir menfaat temin edelim diye.

Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya: Efendim, sualinizi alalım lütfen. Bir müdafa şeklinde, bir karşı cevap şeklinde olmasın.

Av. Hasan Esen: Tamam efendim, bir karşı cevap değil de temel olarak söylüyorum.

Sorumu soruyorum, muaccel olmayan alacaklarda hapis hakkımızı kullanabilir miyiz? Bizim çünkü vadeli kredilerimiz var, diyelim ki ayın 15'inde haciz geldi, 30'unda ödemesi gerekiyor, vadeli bir borç veya bizden bir kredi alacağı var, biz muaccel olmayanlarda mahsup yapmıyoruz, takas yapmıyoruz dediniz, doğrudur. Hapis hakkımızı kullanabiliyor muyuz? Teşekkür ederim.

Doç. Dr. Abdürrahim Karşlı: Şimdi bütün bu savunmalara karşı tek bir cümle söylüyorum; kanun sadece geçmişî nazara alınarak hazırlanmaz, o bir teknik. Kanun hem geçmiş, hem hal hem de istikbal için hazırlanır. Bunun için mecliste hazırlanır, külli iradenin mahsulüdür, kanun böyledir. Geçmişe bakılarak kanun hazırlanmaz.

İkincisi, muaccel olmayan, bankanın kendi riskleri açısından hapis hakkını kullanmak demek o alacağı icra dairesine ödememek demektir. Takas imkânını kullanamayınca başka yoldan dolanıp o parayı elinde tutmak demektir, mümkün değildir. Sadece muaccel alacaklar ve bir maksatla, mesela şu teminat senedi şu alacak için rehnedilmişse sadece o risk için tutulabilir ve tahsil edildikten sonra, bakiye miktar icra dairesine ödenmek kaydıyla. O anda durum muayyen ise bu iddia ileri sürülebilir, yoksa her ne kadar uhdemizde alacağı varsa da, bizimle kredi ilişkisi devam ediyor, riskleri var, kredi vadesi geldiği zaman ödeyemeyebilir diye o alacağı bloke etme hakkınız yok.

Yargıtay Başkanı Eraslan Özkaya: Efendim, teşekkür ediyoruz. Pek çok sual soracak izleyicimiz var. Onlar artık sayın konuşmacılardan özel olarak soracaklar fırsat buldukları zaman. Teşekkür ediyoruz.

İKİNCİ OTURUM

**4949 SAYILI VE 17.7.2003 TARİHLİ KANUN İLE YAPILAN
DEĞİŞİKLİK ÇERÇEVESİNDE İHTİYATİ HACİZ
KARARLARININ HUKUKİ NİTELİĞİ VE KONTROLÜ**

Prof. Dr. Nevhis Deren-Yıldırım

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

GİRİŞ

2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda değişiklik yapan 4949 sayılı ve 17.7.2003 tarihli Kanun, ihtiyati hacze ilişkin hükümlerde önemli bazı değişiklikler yapmıştır. Bu incelememizin ana konusunu ihtiyati haciz kararlarına karşı başvurulacak hukuki çareler ile ilgili değişiklikler oluşturmaktadır. Günümüze kadar geçici korunma tedbirlerinin hukuki niteliği ve başvurulacak hukuki çareler konusunda Türk doktrininde oldukça tutucu görüşler savunulmuştur. Fakat son yıllarda yazılan birçok monografide özellikle ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir gibi geçici hukuki korunma tedbirlerinde başvurulacak hukuki çarelerin ülkemizde sınırlı olmasının etkin hukuki korunmayı engellediği, bireylere olabildiğince çeşitli hukuki çareler sunulmasının hukuk devletinin gereği olduğu açıkça dile getirilmiştir¹. Nihayet uygulamada da özellikle avukatlar mahkemelere yönelttikleri ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir taleplerinin reddi karşısında başvurulacak bir kanunyolu olmamasının sıkıntılarını sık sık dile getir-

1 Yıldırım, M.Kamil, Hukuk Devletinin Gereği İstinaf, İstanbul 2000, s.146; Deren-Yıldırım, Nevhis, Haksız Rekabet Hukuku ile Fikri ve Sınai Mülkiyet Hukuku'nda İhtiyati Tedbirler, 2. Baskı, İstanbul 2002, s.175.

mişler, uygulamadaki bu aksaklıklar geçici hukuki korunmaya ilişkin kararların esasa ilişkin kararlarla birlikte temyizi imkânı ile de giderilememiştir².

4949 sayılı Kanun'un 258.maddenin sonuna eklediği fıkra bu açıdan son derece ilginçtir. Zira alacaklıya ihtiyati haciz talebinin reddi halinde "kanun yoluna" başvurma hakkı vermektedir. Hükümet Gerekçesi'nde eklenen fıkra ile mahkemece ihtiyati haciz talebinin reddi halinde alacaklıya "temyiz" yoluna başvurma olanağının tanındığı hususu yer almaktadır³. Tasarı'daki temyiz kelimesi yerini kanun yolu terimine bırakmıştır.

Aynı kanun ile 265. maddenin başlığı da "İhtiyati haciz kararına itiraz ve temyiz" olarak değiştirilmiş, maddenin sonuna eklenen fıkra açıkça itiraz üzerine verilen karara karşı temyiz yoluna başvurulabileceğini, Yargıtay'ın bu başvuruyu öncelikle inceleyeceğini ve verdiği kararın kesin olacağını, ancak temyiz ihtiyati haciz kararının uygulanmasını durdurmayacağını düzenlemiştir.

İhtiyati haciz taleplerinin reddi kararlarının ve itiraz üzerine verilen kararların hukuki kontrolüne yönelik değişikliklerin değerlendirilebilmesi için karşılaştırmalı hukuktaki çözümleri ele almayı gerekli görmekteyiz.

A. KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA İHTİYATİ HACİZ KARARLARININ KESİN HÜKÜM ETKİSİ VE HUKUKİ KONTROLÜ

I. ALMAN HUKUKU'NDA

Alman doktrininde ihtiyati haciz yargılamasının (dava) konusunun teminat altına alınan para alacağı olmadığı, ihtiyati haciz yargılamasında teminat altına alınan para alacağına ilişkin herhangi bir karar verilmediği,

2 Karş.: Uyar, Talih, 4949 Sayılı ve 17.7.2003 tarihli İcra ve İflâs Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Getirdiği Yenilikler, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Kasım/Aralık 2003, s.159 vd., özellikle s.195: "...Uygulamada, ihtiyati haciz talebi ile karşılaşan mahkemeler –sırf bu talepleri azaltmak, alacaklıların ihtiyati haciz istemek için kendilerini ve kalemlerini meşgul etmemeleri için- bu talepleri sudan gerekçelerle reddetmekte ve hatalı red kararları Yargıtay'a gitmediği için İİK.257 vd. maddeleri fiilen uygulanmamaktadır...".

3 Hükümet Gerekçesi m. 61.

ihtiyati haciz yargılamasının konusunun alacaklının borçluya yönelttiği “teminat altına alma” talebinin olduğu görüşü egemendir⁴.

Türk Hukuku’nda olduğu gibi⁵ Alman Hukuku’nda da mahkeme ihtiyati haciz yargılamasını duruşmalı yapıp yapmamakta serbesttir⁶, dilerse tarafları dinler, dilerse dosya üzerinden karar verir. İhtiyati haciz kararı için mukaraine ispat, diğer anlatımla tehlikeyi gerçeğe yakın göstermek yeterli olduğundan Alman mahkemeleri yanlış karar verme riskini azaltmak üzere genellikle duruşma yapmayı yeğlemektedir. Dosya üzerinden ihtiyati haciz kararı ise, yargılamanın uzun sürmesinin veya borçlunun haberdar edilmesinin sakıncalı olduğu durumlarda verilmektedir⁷.

Alman Hukuku’nda dosya üzerinden verilen ihtiyati haczi kararları, duruşma yapılarak verilen ihtiyati haciz kararlarından farklı bir niteliğe sahiptir⁸. Duruşma yapılarak verilen kararlar nihai karar hükmünde iken, dosya üzerinden verilen ihtiyati haciz kararları bu niteliğe sahip değildir (Beschluss). Dosya üzerinde yapılan inceleme sonunda ihtiyati haciz talebi reddolunursa, bu karar borçluya tebliğ edilmezken, duruşma neticesi verilen kararlar resen borçluya tebliğ edilir, çünkü zaten borçlu duruşma sırasında kendisine yöneltilecek talep hakkında bilgi sahibi olmuştur.

Çoğunluk duruşma neticesinde verilen ihtiyati haciz kararlarının olağan kanun yoluna başvuru yollarının tüketilmesi ile şeklen kesinleşeceğini kabul etmektedir⁹. Duruşma neticesinde verilen kararlar istinafa başvuru süresinin geçmesi ile şeklen kesinleşirler¹⁰. Dosya üzerinden verilen ihtiyati haciz taleplerinin “reddi” kararlarına karşı (basit) şikâyet yoluna başvurma hakkı mevcut ise de, basit şikâyet kanun yolu süreye tabi olma-

4 Baur, Fritz, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübingen 1967, s.98; Stein/Jonas, ZPO, B.7, vor § 916, Rdnr. 8; Walker, Wolf-Dietrich, Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren, Tübingen 1993, Rdnr. 141; Münchener Kommentar, B.3, München 1992, vor § 916, Rdnr. 54. Aynı yönde: Deren-Yıldırım, s.125.

5 Karş.: İHK. m. 258/II: “Mahkeme iki tarafı dinleyip dinlememekte serbesttir.”

6 § 921/I ZPO.

7 Nieschulz, Silke, Der Arrest in Seeschiffe, Hamburg 1997, s.70 vd.

8 § 922/I ZPO. Geniş bilgi için: Köpe, Karoly Christian, Zur Dogmatik des Arrestbewilligungsverfahrens, Zürich 1991, s.144.

9 Münchener Kommentar, vor § 916, Rdnr. 52; Stein/Jonas, vor § 916, Rdnr. 18.

10 Berneke, W., Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbsachen, München 1995, Rdnr. 93.

diğından ötürü, bu kararların Şekli anlamda kesinleşmesinden doktrinde söz edilmemektedir.

Duruşma yapmaksızın alacaklının ihtiyati haciz talebi kabul edilirse, ihtiyati haciz emri (=Arrestbefehl) Şekli anlamda kesin hüküm oluşturmaz. Zira § 924/I ZPO'da düzenlenen itiraz kurumu erteleyici etkiye ve üst mercie aktarma etkisine haiz olmadığından ötürü kanunyolu sayılmamaktadır¹¹. Borçlunun aleyhinde verilen ihtiyati haciz kararına karşı itirazı ihtiyati haczin icrasını durdurmaz¹². Görüldüğü üzere, dosya üzerinde yapılan inceleme sonucunda ihtiyati haciz talebi kabul edilirse, borçlu buna karşı süreye bağlı olmaksızın itiraz yoluna¹³ başvurabileceğinden bunlar Şekli anlamda kesinleŐmeye uygun deđildir¹⁴.

İhtiyati haciz kararlarının maddi anlamda kesin hüküm oluşturması verilen kararların Şekli anlamda kesinleŐmeye uygun olmasına bağlıdır. Şeklen kesinleŐmeye uygun olmayan kararlar maddi anlamda kesin hüküm oluşturmaz. Şeklen kesinleŐmeye uygun ihtiyati haciz kararlarının ise, uyuzmazlığın esasına ilişkin dava bakımından maddi anlamda kesin hüküm etkisi yoktur¹⁵. İhtiyati haciz yargılaması ile normal yargılamanın dava konuları birbirinden farklıdır¹⁶. İhtiyati haciz yargılamasının amacı asıl davanın yerine geçmek değil, asıl davanın yürütülmesini sađlamaktır¹⁷. Dolayısı ile, ihtiyati haciz talebinin kabulü alacağın mevcut olmadığı gerekçesi ile asıl davanın reddine engel olmadığı gibi; asıl alacağın mevcut olmadığına dayanılarak reddolunan ihtiyati haciz talebi de alacak davasının kabulüne engel teşkil etmez.

İhtiyati haciz yargılamasında verilecek ikinci karara karşı ilk ihtiyati haciz kararının maddi anlamda kesin hüküm etkisi doğurup doğurmayacağı daha çetrefil bir konudur. Çođunluk¹⁸, ihtiyati haciz yargılamasında da maddi anlamda kesin hüküm etkisini kabul etmektedir. Kesin

11 Brox/Walker, Zwangsvollstreckungsrecht, 3. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1990, Rdnr. 1525.

12 § 924/III 1 ZPO.

13 Ki bu kanunyolu değil, hukuki çaredir.

14 Aynı yönde: Brox/Walker, Rdnr. 1519.

15 Deren-Yıldırım, s.125.

16 Berneke, Rdnr. 90.

17 Stein/Jonas, vor § 916, Rdnr. 13.

18 Stein/Jonas, vor § 916, Rdnr. 14, Fn. 31'de anılan yazarlar.

hüküm etkisinin kabulü, silahların eşitliği ilkesine de uygundur, aksi takdirde alacaklı yeni vakıa veya delillere dayanmaksızın yeni ihtiyati haciz talebinde bulunabilir.

İhtiyati haciz talebinin reddi halinde normal yargılamadaki kesin hüküm kuralları tamamen geçerli olmaz¹⁹. İhtiyati haciz talebi ihtiyati haciz nedeninin mevcut olmamasından ötürü kabul edilmemiş, fakat sonradan alacak hakkı tehlikeye düşmüşse, alacaklı yeniden ihtiyati haciz talebinde bulunabilir²⁰. Bu husus, kesin hükmün zaman açısından sınırları ile ilgili bir konudur. Normal yargılamanın aksine ihtiyati hacizde alacaklı, ilk ihtiyati haciz talebinde dayandığı vakıalara dayalı ikinci bir talebi mahkemeye yöneltebilir, fakat bunun için ilk talebinde mahkemeye sunmadığı delilleri ibraz etmesi gerekir. Oysa normal yargılamada ikinci davada yeni ispat vasıtalarının dermeyanı kesin hüküm etkisini bertaraf etmez. İlk ihtiyati haciz talebinde mevcut olup da, alacaklı tarafından bilinmeyen vakıalara dayanarak da ikinci defa talepte bulunulabilir. Yine ilk ihtiyati haciz yargılamasında dermeyan edilen delillere, fakat yeni vakıalara dayalı ihtiyati haciz talepleri de geçerlidir.

İhtiyati haciz kararı verildiği takdirde doğan maddi anlamda kesin hüküm etkisi daha sınırlıdır. İhtiyati haciz talebi kabul edilen alacaklı yeni bir talep yöneltemez²¹, meğer ki durumun değiştiğini ispat etsin. Aleyhine ihtiyati haciz kararı verilen borçlu, karara itiraz edebildiği gibi²², durumun değiştiğini ileri sürmek suretiyle ihtiyati haczin kaldırılmasını da talep edebilir, fakat verilen ihtiyati haciz kararının haklılığını tartışmak için elinde bunların dışında bir imkân mevcut değildir.

Alman Hukukunda ihtiyati haciz kararına karşı şu başvuru imkânları vardır: İhtiyati haciz kararı "duruşma yapılarak verilmiş" ise²³, istinaf yolu açıktır. İstinaf incelemesinden geçen karara karşı temyiz yoluna başvurulamaz. Doktrinde temyiz kanun yolunun ihtiyati haciz yargılamasının aciliyeti ve geçiciliği ile bağdaşmadığı ileri sürülmektedir²⁴.

19 Baur, s.87.

20 Baur, s.88.

21 Stein/Jonas, vor § 916, Rdnr. 19; Münchener Kommentar, § 916, Rdnr. 55.

22 § 924/I ZPO.

23 Arresturteil.

24 Brox/Walker, Rdnr. 1524; G. Berneke, Rdnr. 93; Nieschulz, s.75. Bkz.: § 545/II/1 ZPO (Nihai karar niteliğinde olmayan kararların temyiz edilemeyeceği hakkında).

Dosya üzerinde yapılan inceleme neticesi verilen ihtiyati haczin kabulü ve reddi kararlarının hukuki kontrolü için başvuru imkânları, ihtiyati haciz kararının niteliğine göre değişir. Duruşma yapılmaksızın alacaklının ihtiyati haciz talebi reddolunmuş ise²⁵, talepte bulunan red kararına karşı basit şikâyet yoluna²⁶ başvurulabilir²⁷. Basit şikâyet, nihai karar niteliği taşımayan, daha az önemi haiz kararların hukuki kontrolü için öngörül-müş, vakıa ve hukuki bakımdan kararın ele alınmasına yönelik, istinafa benzeyen bir kanun yoludur²⁸. Kendi içinde basit ve acil şikâyet olarak ikiye ayrılır, basit şikâyet süreye tabi değildir ve kural olarak geciktirici etkisi yoktur.

Dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda ihtiyati haciz talebi kabul edilirse, borçlu ihtiyati haciz kararına karşı ZPO § 924 çerçevesinde itirazda bulunabilir²⁹. İtiraz geciktirici etkiye ve üst mercie aktarma etkisine sahip olmadığı için kanun yolu değil, "hukuki çare" olarak nitelendirilmektedir. İtiraz, ihtiyati haczin icrasını da durdurmamaktadır³⁰. İtiraz, ihtiyati haciz kararını veren ilk derece mahkemesi tarafından incelenir.

II. İSVİÇRE HUKUKU'NDA

İsviçre doktrininde de duruşma yapılarak verilen geçici korunma kararları nihai karar statüsündedir³¹. Geçici hukuki korunmada kararların değiştirilmesi ve kaldırılması imkânının olması, onun sınırlı maddi anlamda kesin hüküm etkisinden yoksun olduğu anlamına gelmez³², ancak hakim verilecek kararla bağlılığı ikinci bir ihtiyati haciz yargılaması için söz konusudur. Asıl davaya bakan hakim, duruşma yapılarak verilmiş de olsa ihtiyati haciz talebinin kabulü ve reddine ilişkin kararla bağlı değildir. İhtiyati haciz talebi reddolunan alacaklı yeni vakıaların ortaya çıkması, di-

25 Arrestbeschluß.

26 § 567 ZPO (einfache Beschwerde).

27 Nieschutz, s.76.

28 Geniş bilgi için bkz.: Rosenberg/Schwab/Gottwald, 15. Auflage, München 1993, § 149.

29 Brox/Walker, Rdnr. 1525.

30 § 924/III/1 ZPO.

31 Kaufmann, Martin Otmar, Einstweiliger Rechtsschutz, Bern 1993, s.69.

32 Alder, Daniel, Der einstweilige Rechtsschutz im Immaterialgüterrecht, Bern 1993, s.165 vd.

ğer bir anlatımla ihtiyati haciz nedeninin oluşması halinde, yeniden ihtiyati haciz isteyebilir. Bunun dışında, yeni vakıa veya delil getirmeksizin alacaklı ihtiyati haciz talebi ile mahkemeye başvuramaz, buna kesin hüküm engeldir.

Türk doktrininde ise³³, ihtiyati haciz talebinin reddine ilişkin kararların nihai karar değil, ara kararı olduğu kabul edilmektedir. Buna dayanak olarak, kararın geçici nitelik taşıması, teminat gösterilmek suretiyle kaldırılması gösterilmektedir. Yargıtay³⁴ da ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir hakkında verilen kararları, bu kararlara karşı temyiz yolu kapalı olduğundan ötürü nihai karar saymamaktadır. Lakin İcra-İflas Kanunu'nda yapılan son değişiklikten önce de, iki taraflı yargılama yapılarak verilen ihtiyati haciz kararlarının, ihtiyati haciz yargılaması yapan hakim yargılamadan el çektiği için nihai karar niteliğinde olabileceğini savunan yazarlar olmuştur³⁵.

İsviçre Hukuku'nda ihtiyati haciz talebinin "reddi" kararlarına karşı kanun yoluna başvurulabilir. Züriç Kantonu'nda bu kararlara karşı şikâyet yoluna başvurulur (=Rekurs)³⁶. "Rekurs", İcra ve İflas Kanunu anlamında şikâyet değil, aleyhinde istinafa başvurulamayan kararlar için öngörülmüş bir kanun yoludur³⁷. İsviçre'de İcra-İflas Kanunu'nda yapılan değişiklikten önce, doktrinde alacaklının ihtiyati haciz talebi reddolunduğu takdirde, kanton hukuku bazında kanun yoluna başvurulabileceği kabul edilmekte idi³⁸.

Mehazın yürürlükten kalkan 279/I hükmü ihtiyati haciz emrine (=Arrestbefehl) karşı olağan kanun yollarını kapatmıştı. Türk İcra ve İflas Kanunu'na bu hüküm "ihtiyati haciz kararları temyiz edilemez" şeklinde aktarılmıştır. İsviçre doktrinine göre, ihtiyati haczin "kabulüne" ilişkin kararlara

33 Tanrıver, Süha, İlamlı İcra da Takibin Dayanakları ve İcranın İadesi, Ankara 1996, s.49-50.

34 11. HD., 1.10.1979, 4108/4306 (YKD 1980/7, s.1003-1004); 4. HD., 27.11.1980, 13480/13734 (YASA 1981/1, s.111-112).

35 Deren-Yıldırım, s.121. Karş.: Özkes, Muhammet, İcra İflas Hukukunda İhtiyati Haciz, Ankara 1999, s.233 (... geçici nihai karar).

36 Walder-Bohner, Hans Ulrich, Fragen der Arrestbewilligungspraxis, Züriç 1982, s.46.

37 Geniş bilgi için bkz.: Yıldırım, s.3.

38 Weber/Brüstlein/Reichel, Das Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Züriç 1901, Art. 279, Rdnr. 2.

karşı olağan kanunyollarına başvurulamaz³⁹. İhtiyati haczin kabulü kararı-
na karşı borçlu yalnız hukuki çarelere başvurabilir. İhtiyati haciz nedeninin
kontrolü için borçlu, İsviçre Hukuku'nda kanun değişikliğinden önce ihti-
yati haczin kaldırılması davası⁴⁰ açabilmekte idi, mehzada yapılan değişik-
likten sonra bu terim yerini itiraz kurumuna bırakmış, itiraz imkânı yalnız
borçluya değil, ihtiyati hacizden etkilenen üçüncü kişilere de tanınmıştır.
İsviçre'de yürürlüğe konulan 278. madde "ihtiyati haciz emrine karşı iti-
raz" başlığını taşımaktadır. İtiraz, ihtiyati haczin kaldırılması davasının ak-
sine sadece ihtiyati haciz nedenlerinin kontrolüne yönelik değildir⁴¹.

B. 4949 SAYILI KANUN İLE YAPILAN DEĞİŞİKLİKTEN SONRA TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM

Karşılaştırmalı hukuktaki çözümler dikkate alındığında, İİK. m. 258
hükmüne üçüncü fıkranın eklenmesi sevindiricidir; kanunkoyucu böylece
tercüme hatasından kaynaklanan sakıncalı durumu bertaraf etmiştir, ihti-
yati haciz taleplerinin "reddine" ilişkin kararların hukuki kontrolünü sağ-
lamıştır. Kanundaki "kanunyolu" terimi de isabetlidir⁴², kontrolün temyiz
değil, istinaf yoluyla sağlanmasının daha uygun olacağına işaret etmekte-
dir. Kurulması düşünülen istinaf mahkemelerinin bu denetimi gelecekte
yapması yerinde olacaktır. Fakat henüz istinaf mahkemeleri kurulmadı-
ğından ötürü, kanunyolu temyiz biçiminde anlaşılmaktadır. Oysa ihtiyati
haciz kararlarının reddinde temyize başvurulması ihtiyati tedbir yargıla-
masının yapısına zarar verecektir. Karşılaştırmalı hukukta, ihtiyati haczin
reddi kararlarının duruşmalı veya duruşmasız verilmesine göre istinaf ve-
ya istinafin bir alt türü olan "Rekurs", "einfache Beschwerde" diye adlan-
dırılan kanunyolları açık tutulmaktadır.

İhtiyati haciz taleplerinin kabulüne ilişkin kararlara, yani ihtiyati ha-
ciz emirlerine karşı "kanun yoluna" başvurma imkânının getirilmemiş olma-

39 Köpe, s.71; Walder-BohneR, s.43, 47.

40 Arrestaufhebungsklage.

41 İhtiyati haczin geçerliliğine ilişkin bütün hususlar, örneğin usule ilişkin itirazlar, ih-
tiyati haciz nedenlerinin reddi, alacağa ilişkin defiler, ihtiyati hacze konu olan mal-
lar itiraz konusu yapılabilir (Siegen/Buschor, Vom alten zum neuen SchKG, Zürich
1997, s.172).

42 Kanunyolu kavramı için bkz.: Alangoya, Yavuz, Medeni Usul Hukuku, 3. Bası, İs-
tanbul 2003, s.471 vd., özellikle s.472.

sı da isabetlidir. Alman ve İsviçre Hukuku'nda da aynı esas geçerlidir. Bir hukuki çare olarak ihtiyati haciz kararına karşı itiraz, ihtiyati haciz yargılamasının yapısına uygundur. Ancak İİK. m. 265 hükmünde mehzazın yeni yürürlüğe konulan bazı esasları kabul edilmemiştir. İtirazın konusunun ihtiyati haciz nedenleri ile sınırlanması sakıncalıdır. Türk kanunkoyucu İsviçre'deki gibi 2003 değişikliği ile üçüncü kişilere de itiraz imkânı tanımıştır.

2003 değişikliğinde Türk doktrininde itiraz üzerine verilen kararların kesin olup olmadığına ilişkin tartışmaya da son verilmiş, bu kararlara karşı temyiz yolu açık tutulmuş, ancak temyizicinin icrayı durdurmayacağı kabul edilmiştir. İsviçre'de ise, itiraz üzerine verilen kararların hukuki kontrolü temyiz kanunuyolu ile değil, istinaf ile sağlanmaktadır⁴³. İsviçre'de de itiraz icrayı durdurmamaktadır.

İstinaf imkânına Türk Hukuku'nda yer verilmemesinin hukuki korunmayı nasıl etkisizleştirdiğini, ihtiyati haciz yargılamasındaki sorunlar çarpıcı bir biçimde karşımıza çıkarmaktadır.

Almanya ve İsviçre'deki gibi zengin bir kanunuyolu ve hukuki çare kataloguna sahip olmamız halinde ortaya çıkan tüm bu sıkıntılar giderilecektir⁴⁴.

İstinaf mahkemeleri henüz kurulmadan ihtiyati haciz taleplerinin reddi kararına karşı kanunuyoluna başvurma imkânı verilmiş olması, uygulamada kargaşaya neden olacaktır. Alman ve İsviçre Hukuku'na ilişkin olarak yukarıda yaptığımız açıklamalardan da anlaşılacağı üzere "temyiz" (=Revision) geçici hukuki korunma taleplerinin kontrolü için uygun değildir. Türk kanunkoyucu, 258. maddede önceki tasarıda kullanılan "temyiz" terimi yerine "kanunuyolu" terimini yeğlemiş ise de, istinaf derecesinin olmadığı bir hukuk düzeninde bundan anlaşılacak üzere temyiz kanunuyolu olacaktır. 258. maddeye eklenen fıkranın Yargıtay'ın iş yükünü daha da arttıracığı ortadadır. Bunun yanı sıra ihtiyati haciz yargılaması ile güdülen amaca yapılan düzenlemenin aykırı düşeceği de söylenebilir. İhtiyati haciz yargılamasında dinamizm ve hızlilik önem taşır. İhtiyati haciz talebi mahkeme tarafından reddolunan alacaklı, karara karşı İİK. m. 258/son hükmünün kendisine sağladığı imkândan yararlanmak suretiyle temyize başvurmuş ise, temyiz incelemesinin sonucunu uzun bir süre beklemek zorunda kalacak-

43 Spühler/Pfister, Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Zweite Auflage, Zürich, s.210-211.

44 Yıldırım, s.3 vd., s.144; Deren-Yıldırım, s.175.

tır. Geçen süre zarfında kanunun aradığı ihtiyati haciz nedenini oluşturacak vakıalar ortaya çıkabilir. Türk Hukuku'nda ihtiyati haciz talebinin reddi kararlarının dosya üzerinden verilip, verilmediğine bakılmaksızın temyiz edilebilmesi de sakıncalıdır. Yabancı hukuk düzenlerinde dosya üzerinden yapılan inceleme neticesinde talep reddolunursa nihai karar niteliğinde olmayan kararlara karşı başvuru olan basit şikâyet; duruşma yapıp hasım (=borçlu) da dinlenmiş ise istinaf yolu açık tutulmakta, dosya üzerinden verilen red kararları borçluyu alacaklının niyetinden haberdar etmemek için bildirilmemektedir. Zira ihtiyati haciz talebini mahkemede kabul ettiremeyen alacaklı durumun değişmesi ve/veya yeni bir delilin ortaya çıkması ile ikinci defa talepte bulunabilir. Buna kesin hüküm engel değildir. İkinci talep, ilk ihtiyati haciz talebinden farklılaşmış olmaktadır. Türk Hukuku'nda ise, red kararları her halükarda, temyiz yolu açık tutulduğu için, taraflara tebliğ edilecektir. Burada yabancı hukuktaki çözümün benimsenerek duruşma yapılmaksızın verilen ihtiyati haciz talebinin reddi kararlarını borçluya tebliğ ettirmekten kaçınılmalıdır. Aksi takdirde, ihtiyati haciz nedeninin karardan sonra oluşması ile alacaklının ikinci defa talepte bulunmasının fazla bir getirisi olmayacak, önceki red kararı kendisine tebliğ edilen borçlu, mallarını alacaklıdan kaçırabilecek, geçici hukuki korunmanın etkisini güçlendiren “sürpriz etkisi”⁴⁵ ortadan kalkacaktır. Duruşma yapılarak verilen ihtiyati haciz talebinin reddi kararlarının alacaklıya ve borçluya tebliğinde ise herhangi bir sakınca mevcut değildir. Borçlu burada alacaklının kendisi aleyhinde ihtiyati haciz talebinde bulunduğundan zaten haberdardır.

İhtiyati haciz kararlarının hukuki kontrolünün de olması gerekeni tartışılırken, bir noktayı da gözden kaçırmamak gerekir. Türk kanunkoyucu 257. maddede ihtiyati haciz nedenlerini düzenlerken mehzadan önemli ölçüde ayrılmış, mehzanın 271. maddesindeki hükmü aynen almamış, muaccel olan (Türk kanunkoyucu “vadesi gelmiş” ibaresini yeğlemiştir) borçtan dolayı ihtiyati haciz talebinde bulunulması durumunda alacağın rehinle temin edilmemiş olmasını yeterli saymıştır. Oysa İsviçre Hukuku'nda muaccel hale gelen borçtan dolayı ihtiyati haciz istenebilmesi, kanunun saydığı beş durumdan birinin gerçekleşmiş olması ve bunun ispatlanmasına bağlıdır. Buradan hareketle, ister dosya üzerinden verilsin, ister duruşma yapılarak verilsin İsviçre'de verilen ihtiyati haciz kararları ile Türkiye'de verilen kararlar eş değerde değildir. Türk Hukuku'nda ihtiyati

45 Überraschungseffekt.

haciz kararı vermek daha basit koşullara bağlanmıştır. Bu açıdan Türk Hukuku'nda ihtiyati haciz kararları ile ihtiyati tedbir kararlarını da eş değerli kabul etmemek gerekir⁴⁶. İhtiyati tedbir kararının verilme şartları, özellikle muaccel borçlarda verilen ihtiyati haciz kararlarına göre daha ağırdır. Mahkemelerin ihtiyati haciz taleplerini geçmişte bu kadar sık reddetmelerinin ardında, ihtiyati haciz şartları açısından mehzazla aramızda oluşan farklılık da yatmış olabilir. Belki de hakimlere karşı sert eleştirilerde bulunmak yerine ihtiyati haciz nedenlerini mehzazdaki şekliyle kabul etmek gerekirdi.

İhtiyati haciz talebinin “kabulüne” yönelik kararlara karşı mehzazda olduğu gibi, Türk Hukuku'nda da itiraz imkânı vardır. Bir hukuki çare olan itiraz imkânı mevcut olduğu için, bu kararlara karşı istinaf ve istinaf benzeri kanunyolları kapalı tutulmuştur⁴⁷. İtiraz üzerine verilen kararların temyizi kabil olup olmadığı, 4949 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten önce Türk doktrininde tartışma konusu idi⁴⁸. 4949 sayılı kanunla 265. maddeye eklenen son fıkra ile bu tartışmaya nokta kondu, itiraz üzerine verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulacağı açıkça kabul edilmiştir. Oysa İsviçre Hukuku'nda kanun değişikliğinden sonra da itiraz üzerine verilen karara karşı kanunyolları kapalı tutulmuştur. İstinaf⁴⁹ ve istinaf benzeri⁵⁰ kanunyollarına dahi başvurulamamaktadır⁵¹.

Sonuç itibariyle, yapılan değişikliklerin mevcut haliyle ihtiyati haciz yargılamasının ruhuna ve amaca ne oranda hizmet edeceği belli değildir. Büyük bir olasılıkla, değişiklikler Yargıtay'ın iş yükünün artmasına neden olacak, alacaklı menfaatlerine de hizmet etmeyecektir. İstinaf mahkemelerinin kurulması halinde ise, sonuç daha farklı olabilir ve geçici hukuki korunma etkin hale gelebilir. İstinaf derecesinin oluşması halinde dahi Türk uygulaması önemli sorunlar ile karşı karşıya kalabilir, çünkü isti-

46 Aynı nedenle ihtiyati tedbir talebine karşı kanun yolunun (=istinafın) açık tutulması evveliyetle gereklidir.

47 Walder-Bohner, H.Ü, Fragen der Arrestbewilligungspraxis, Zürich 1982, s.43.

48 Bkz.: Özekes, s.349; Üstündağ, S., İcra Hukukunun Esasları, İstanbul 1995, s.496. Karş.: Önen, Ergun, İhtiyati Haczin Kaldırılması Davası (İİK. m. 265), AÜHFD, S. 1-4, s.251 vd., özellikle s.275 vd.

49 Berufung.

50 Rekurs.

51 Jaeger/Walder, Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, B.II, Zürich 1997/1999, Art. 278, Rdnr. 30.

naf kanunyolunun karşılaştırmalı hukukta olduğu gibi, alt türlerine yer verilmeyecek, istinaf – basit şikâyet ayrımı yapılmayacaktır. Oysa mahkemelerce verilen kararların çeşitliliği, kanunyolu türlerinin çeşitliliğini de beraberinde getirmelidir. Evrensel kriterlere başvurduğumuz ölçüde hukuk devletini gerçekleştirmiş olacağız. Evrensel düşünce kalıplarını göz önüne almaksızın yapılan yasa değişiklikleri ise, bizi mehzadan uzaklaştıracak ve varolan sistemi bozmaktan öte bir anlam taşımayacak, giderilmesi güç zararlara neden olacaktır.

İhtiyati haciz kararlarının kesin hüküm etkisi açısından da şu tespitler yapılabilir. İhtiyati haciz kararlarının asıl dava açısından maddi anlamda kesin hüküm etkisi yoktur⁵². Aynı husus, olası ihtiyati hacizden kaynaklanan tazminat davası için geçerlidir. Bir uyuşmazlık için verilmiş ihtiyati tedbir kararı da, ihtiyati haciz kararı verilmesine engel değildir. Dosya üzerinden, diğer bir anlatımla aleyhinde ihtiyati haciz talebinde bulunan borçlu dinlenmeksizin verilen ihtiyati haciz kararlarının da maddi anlamda kesin hüküm etkisi yoktur. Dosya üzerinden verilen ihtiyati haciz emirlerine karşı itiraz yoluna başvurulabileceğinden, şekli anlamda kesinleşemeyen bu kararlar (=Beschluß) maddi anlamda kesin hüküm etkisine sahip değildir. Duruşma yapılarak verilen ihtiyati haciz kararları (=emirleri) verildikleri anda şeklen kesinleşirler, zira bunlara karşı olağan kanun yollarına başvuru imkânı kapalıdır. Şeklen kesinleşen kararların maddi anlamda kesin hüküm etkisi mevcuttur. Maddi anlamda kesin hüküm etkisi, çelişkili karar verilmesine engel olur. Alacaklı yeniden ihtiyati haciz talebinde bulunamaz. Bu tür kararlar “nihai karar” hükmündedir (=Urteil). Söz konusu kararlar hakim “ihtiyati tedbir yargılamasından” el çekmiş olmaktadır. Borçlunun İİK. m. 266’daki imkândan faydalanarak ihtiyati haczin kaldırılmasını isteyebilmesi, ihtiyati haciz emirlerinin sınırlı maddi anlamda kesin hüküm etkisinin reddine yol açmamalıdır. İsviçre ve Alman doktrininde, geçici hukuki korunmada verilen tedbirlerin değiştirilmesi ve kaldırılması imkânının olması, bu kararların şekli anlamda kesin hüküm etkisinin kabulüne engel olarak görülmemektedir⁵³.

Duruşma yapılarak ihtiyati haciz talebi mahkeme tarafından reddedilmiş ise, kanunyoluna süresinde başvurulmaması, kanunyolundan feragat edilmesi, kanunyolu başvurusunun reddi ile red kararı şekli anlamda

52 Ayrıntılı bilgi için bkz.: Deren-Yıldırım, s.120 vd., özellikle s.125-126.

53 Aynı fikirde: Deren-Yıldırım, s.121.

kesinleşecek ve maddi anlamda kesin hüküm etkisi (olası ikinci ihtiyati tedbir yargılaması bakımından) doğacaktır. Maddi anlamda kesin hüküm etkisi burada normal yargılamaya göre daha sınırlıdır. Aynı vakıalar, fakat yeni deliller ile alacaklının yeniden ihtiyati haciz talebinde bulunması, normal yargılamanın aksine mümkündür. Yine ihtiyati haciz nedeni sayılabilecek yeni vakıaların oluşumu ikinci bir ihtiyati haciz talebini geçerli kılar⁵⁴. Geçici hukuki korunmaya ilişkin kararların sınırlı maddi anlamda kesin hüküm etkisinin kabulü ile, mahkemelerin sürekli, herhangi bir geçerli nedene dayanmaksızın yenilenen taleplerle meşgul edilmesinin önüne geçilmektedir⁵⁵. Bunun dışında ihtiyati haciz ve ihtiyati tedbir yargılamasında da hukuk güvenliği ilkesine uymak gerekir.

Türk kanunkoyucu son kanun değişikliğinde duruşma yapılarak reddedilen ihtiyati haciz talepleri ile dosya üzerinden yapılan inceleme sonucunda reddedilen ihtiyati haciz talebi arasında ayırım gözetmeksizin temyiz kanun yolunu açmış olsa da, dosya üzerinden verilen ihtiyati haciz talebinin reddi kararları “nihai karar” niteliği taşımaz⁵⁶. Tek taraflı yargılama neticesinde verilen bu tür red kararlarına karşı yabancı hukukta nihai kararlara karşı başvuru istinaf veya temyiz gibi kanun yolları değil, basit şikâyet açık tutulmaktadır.

54 Deren-Yıldırım, s.123 vd.

55 Deren-Yıldırım, s.125.

56 Karş.: Deren-Yıldırım, s.120: “...Zira iki taraflı yargılama sonunda verilen ihtiyati tedbir kararlarının şekli anlamda kesin hüküm etkisi vardır”.



İCRA VE İFLAS KANUNU'NDA İHTİYATİ HACZE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doç. Dr. Muhammet ÖZEKES

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Öğretim Üyesi

I. GENEL OLARAK

İhtiyati haciz, para alacaklarına ilişkin mevcut veya müstakbel bir takibin sonucunun güvence altına alınması için, mahkeme kararı ile borçlunun malvarlığına el konulmasını sağlayan geçici bir hukuki korumadır.

Uygulamamızda çoğunlukla ihtiyati haczin niteliği dikkate alınmadan ihtiyati haciz yerine ihtiyati tedbir talep edilmekte, yargı organlarınca da bu şekildeki taleplerin tam olarak hukuki nitelendirmesi yapılmadan ihtiyati haciz yerine ihtiyati tedbir kararları verilmektedir. Bu durumun teorik yönden yanlışlığı ve kanuni düzenlemeye aykırılığı bir yana, uygulamada da birçok soruna yol açtığı görülmektedir. Örneğin, bir para alacağı için ihtiyati haciz yerine ihtiyati tedbir kararı verildiğinde, üzerinde tedbir uygulanan şey çekişmeli şey olarak kabul edilmekte, daha sonra o şeyin üzerinden tedbirin kaldırılması için ihtiyati tedbire ilişkin prosedürün izlenmesi istenebilmektedir.

Burada öncelikle şunu vurgulamak gerekir ki, ihtiyati tedbir de ihtiyati haciz de genel olarak geçici hukuki koruma başlığı altında yer almaktadır. Ancak, para alacaklarının güvence altına alınması için öngörülen geçici hukuki koruma ihtiyati hacizdir. İhtiyati tedbirle ihtiyati haciz arasında, amacı ve konusu, sebepleri ve şartları, yargılama ve izlenecek prose-

dür, itiraz ve tedbirin kaldırılması, kararın icrası ve sonuçları bakımından önemli farklılıklar bulunmaktadır. Bu sebeple ihtiyati haciz yerine ihtiyati tedbir talep edilmesi ve bu yönde karar verilmesi durumunda, bu farklılardan kaynaklanan birçok sorunla da karşılaşılması kaçınılmazdır.

Uygulamada bu farkın gözetilmemesi ve şartlarına yeterince dikkat edilmeden ihtiyati haciz kararları verilmesi, ayrıca yanlış verilen ya da uygulanan ihtiyati haciz kararlarının değiştirilmesi ya da kaldırılmasındaki güçlükler dikkate alınarak Kanunda değişiklik yapılmıştır.

Ayrıntısına girmeden önce Kanunda yapılan değişikliklere kısaca göz atılacak olursa, değişiklikler şu maddelerde gerçekleşmiştir:

- İhtiyati haczin şartlarını belirleyen 257. madde.
- İhtiyati haciz kararı ile ilgili 258. madde.
- İhtiyati haciz kararının icrasına ilişkin 261. madde.
- İhtiyati haczi tamamlayan merasime ilişkin 264. madde.
- İhtiyati hacze itirazı düzenleyen 265. madde.
- İhtiyati hacizde iştiraki düzenleyen 268. madde.

Böylece Kanunda toplam on iki maddede düzenlenen ihtiyati hacizle ilgili olarak altı maddede değişiklik yapılmıştır. Yani az ya da çok ihtiyati hacze ilişkin hükümlerin yarısında değişiklik yapılmıştır denilebilir.

Aşağıda önce değişiklik yapılan hükümler tek tek incelenecek, daha sonra ihtiyati hacze ilişkin hükümlerde yapılan değişiklik genel olarak değerlendirilecek, değişiklik yapılması gerekip de değiştirilmeyen hükümler üzerinde de ayrıca durulacaktır.

II. DEĞİŞİKLİK YAPILAN HÜKÜMLERİN DEĞERLENDİRİLMESİ

Aşağıda değişiklik yapılan altı hüküm tek tek incelenerek değişikliğin amacı, gerekçesi ve getirdiği yenilik ve bu arada eksiklikler açıklanmaya çalışılacaktır.

1. İhtiyati Haciz Şartları Bakımından (m. 257)

a. Bu madde daha önce "ihtiyati haciz" başlığını taşımakta iken, "*ih-tiyati haciz şartları*" şeklinde değiştirilmiştir. Bu değişiklik yerinde bir değişikliktir. Çünkü, 257. madde genel olarak ihtiyati haczi değil, ihtiyati ha-

ciz şartlarını düzenlemektedir. Böylece maddenin kenar başlığı ile içeriği uyumlu hale getirilmiştir. Ayrıca, 257. maddede ihtiyati haciz sebepleri değil genel olarak şartları düzenlenmiştir. Zira, ancak rehinle temin edilmiş bir para alacağı mevcutsa ihtiyati haciz talep edilebilir. Kanunda, vadesi gelen (muaccel olan) alacaklar için özel bir sebep aranmazken, vadesi gelmemiş (muaccel olmamış) alacaklar için ihtiyati haciz talep edebilmek için özel bazı şartların gerçekleşmesi aranmıştır.

b. Maddenin birinci fıkrasında, açık şekilde “*para borcunun alacaklısı*”nın ihtiyati haciz talep edebileceği belirtilmiştir. Bu şekildeki açık düzenleme ihtiyati haczin niteliğine uygun düştüğü gibi ihtiyati tedbirle ihtiyati haciz arasındaki farkı da belirginleştirerek uygulamada ortaya çıkacak sorunların önüne geçilmesine hizmet edecektir. Ancak bu değişikliğin gerekçesinde, “Böylece ihtiyati haczin ihtiyati tedbirden farklı olarak, sadece para alacakları için öngörülmüş bir tedbir olduğu vurgulanarak...” ifadesi, özünde doğru olmakla birlikte, ihtiyati haczin “...bir tedbir olduğu” şeklindeki açıklama yerinde değildir. Çünkü, ihtiyati haciz ihtiyati tedbirin bir türü olmayıp genel olarak geçici hukuki korumalar içinde para alacakları için öngörülmüş ayrı bir geçici hukuki koruma niteliğindedir. Madde içeriğinde yanlış uygulama düzeltilmeye çalışılırken, gerekçede uygulamada düşülen yanlış tekrarlanıp ihtiyati haciz bir tür ihtiyati tedbir olarak kabul edilmiştir.

c. Maddenin ikinci fıkrasının ikinci bendinde yeni ve daha genel bir ihtiyati haciz sebebi kabul edilmiştir. Vadesi gelmeyen borçlar için ihtiyati haciz talep edildiğinde, ihtiyati haciz sebepleri arasına borçlunun “...alacaklının haklarını ihlal eden hileli işlemlerde bulunması” da bir ihtiyati haciz sebebi olarak katılmıştır. Böylece, kötüniyetli borçlular karşısında alacaklılar daha fazla korunduğu gibi, kanun yapma tekniği bakımından da yeknesaklık sağlanmıştır. Çünkü, benzer bir durum doğrudan iflas sebepleri içinde benzer ifadelerle yer almaktadır (m. 177/I, b. 1).

d. Yukarıda yapılan değişiklikler olumlu olmakla birlikte, bu maddeye ilişkin yapılması gerekip de yapılmayan bazı değişiklikler de bulunmaktadır.

aa. Maddenin birinci fıkrasında “rehinle temin edilmemiş...borç” ifadesi yerine “rehinle karşılanmamış...borç” ifadesinin kabul edilmesi daha uygun olacaktır. Çünkü, rehinle temin edilmiş bir alacağın rehinle karşılanamayan kısmı için de ihtiyati haciz talep edilebileceği doktrin ve yargı kararlarında tereddütsüz kabul edilmektedir. Oysa kanundaki ifade, bir

alacak az veya çok rehinle güvence altına alınınca o alacak için artık ihtiyati haciz istenemeyeceği şeklinde bir anlamaya yol açacak şekildedir.

bb. Bu maddede yapılması gerekip de yapılmayan bir başka değişiklik ise, “vadesi gelmiş” “vadesi gelmemiş” alacağa göre ihtiyati haciz sebepleri bakımından kanunun yaptığı ayırmadır. Burada “vadenin” “muacceliyet” olarak anlaşılması gerektiği konusunda görüş birliği olmasına rağmen, değişiklikte bu husus da dikkate alınmamıştır. Zira, önemli olan borcun muaccel olup olmadığıdır, vadenin gelmiş olması muaccel olmanın şartlarından sadece birini ifade etmektedir.

cc. Maddenin ikinci fıkrasında vadesi gelmeyen (muaccel olmayan) borçlar bakımından ihtiyati haciz talep edilebilme şartlarından birisi de, borçlunun muayyen yerleşim yerinin (ikametgahının) bulunmamasıdır. Bu ifade teknik olarak doğru bir ifade değildir, değiştirilmesi gerekirken değiştirilmemiştir. Yerleşim yeri (ikametgah) teknik ve dar anlamda kabul edilirse, bu sebebe dayanarak ihtiyati haciz talep etmek mümkün değildir. Çünkü, hukukumuzda yerleşim yeri (ikametgah) zorunluluğu söz konusudur, kişi kendisi bir yerleşim yeri seçmemiş olsa dahi, kanunda karine olarak bazı yerler yerleşim yeri olarak kabul edilmiştir. Oysa maddede kastedilen yerleşim yeri (ikametgah) değil mesken, yani oturma yerinin olmamasıdır. Bir kimse kanunen bir yerleşim yerine sahip olsa da, belirli ve sabit bir meskeni yoksa (özellikle alacaklıyla hukuki ilişkiye girerken belirli, kendisine ulaşılabilecek bir meskeni varken sonradan meskeni belirsiz hale gelmişse) bu ihtiyati haciz sebebi olarak kabul edilmektedir. Örneğin, kişinin İstanbul yerleşim yeridir, ancak alacaklının ona ulaşabilmesi için bu yerleşim yerinde sabit, bilinen bir adreste meskeninin olması gerekir, aksi halde borç henüz muaccel olmasa da ihtiyati haciz talep edilebilir.

2. İhtiyati Haciz Kararı (m. 258)

a. Bu maddede yapılan değişiklikle yeni bir fıkra eklenerek ihtiyati haciz talebinin reddi halinde alacaklının kanun yoluna başvurabileceği kabul edilmiştir. Bu değişikliğin temel amacı, ihtiyati haciz taleplerinin reddinde, daha önce denetime tâbi olmayan mahkeme kararlarını denetime tâbi tutmaktır. Bu şekilde, en azından uygulamanın yeknesaklaşması ve geçici hukuki koruma yoluna başvurular arasında eşitlik sağlanacaktır. Özellikle geçici hukuki korumalar yönünden uygulamada, benzer konularda farklı mahkeme kararlarının verilmesi ciddi bir şikâyet konusu ol-

makta, bu kararların bir denetime tâbi olmaması sebebiyle de ortak bir içtihat oluşturulamamaktaydı. Bu değişiklikle en azından ihtiyati haciz bakımından bu sakınca önemli ölçüde azaltılmış olacaktır. Burada, 265. maddeden farklı olarak “temyiz” yerine “kanun yolu” kavramı özel olarak tercih edilmiştir. Şüphesiz şu anda hukukumuzda yerel mahkeme kararlarına karşı başvurulabilecek tek kanun yolu kural olarak temyizdir. Ancak, ileride istinaf mahkemelerinin kurulacağı göz önünde tutularak daha genel bir ifade kullanılması yoluna gidilmiştir. Her ne kadar kanunda hangi sürede kanun yoluna başvurulacağı belirtilmemiş ise de, kararı veren mahkemeye göre bu sürenin tespit edilmesi gerekir. Değişiklik yapılırken, kanun yoluna başvuru halinde bu başvurunun öncelikle inceleneceğinin belirtilmesi uygun olurdu. Nitekim, benzer şekilde 265. maddede, ihtiyati haciz kararına itiraz üzerine temyize başvurulduğunda Yargıtay'ın bu başvuruyu öncelikle inceleyeceği açıkça belirtilmiştir.

b. Maddede yukarıda yapılan değişiklik, daha doğrusu yenilik dışın-da bazı hususlara dikkat edilmediği görülmektedir. Öncelikle maddenin kenar başlığı ile içeriğinin tam uyuşmadığını, bu sebeple maddenin kenar başlığında da değişiklik yapılmasının daha doğru olacağını söyleyebiliriz. Nitekim maddenin kenar başlığı “ihtiyati haciz kararı”dır, benzer şekilde 260. maddenin kenar başlığında da “ihtiyati haciz kararının muhtevası” denilmektedir. Oysa, 258. madde ihtiyati haciz kararından daha çok, ihtiyati haciz talep edilecek mahkemeyi, yargılamasını ve reddi halinde karara karşı kanun yolunu düzenlemektedir. Bu sebeple, maddenin kenar başlığının “ihtiyati haciz yargılaması” şeklinde düzenlenmesi yerinde olurdu¹.

Bu maddede özellikle birinci fıkranın ikinci cümlesinde “Alacaklı alacağı ve icabında haciz sebepleri hakkında mahkemeye kanaat getirecek deliller göstermeğe mecburdur.” İfadesi, artık bugün doktrinde yaklaşık ispat olarak ifade edilen durumu anlatmaktadır. Kural olarak bir yargılamada, hakimin karar verirken (tam ispat sonucu) tam kanaat sahibi olması gerekirken, geçici hukuki korumalarda (yaklaşık ispat sonucu) yaklaşık kanaat yeterlidir. Bu sebeple, “kanaat getirecek deliller” ifadesi, ispat huku-ku bakımından doğru bir ifade olarak kabul edilemez.

Yaklaşık ispat kavramı ile de yakından ilgili olarak, uygulamamızda bazen alacaklı hangi ihtiyati haciz sebebine dayandığını açıkça belirtme-

1 Nitekim İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda bu maddenin karşılığı olan 272. madde “Arrestbewilligung” (ihtiyati haciz talebi) olarak, 260. maddenin karşılığı olan 274. madde ise “Arrestbefehl” (ihtiyati haciz kararı) olarak ifade edilmektedir.

den ve somutlaştırmadan (iddia ve somutlaştırma yüküne aykırı olarak) genel olarak ihtiyati haciz talep etmekte, mahkemeler de bu talepleri kabul etmektedirler. Oysa sadece bir alacağın bulunması ihtiyati haciz kararı vermek için yeterli değildir. Bu alacak için ihtiyati haciz talep edilmesini haklı kılan kanunda belirtilen ihtiyati haciz sebeplerinden en az birinin somut olarak ortaya konması ve yaklaşık ispat çerçevesinde ispat edilmesi gerekir. Bu durum kanunda açıkça vurgulansaydı, tereddütler ortadan kalkacak ve mahkemelerin talepleri daha doğru değerlendirmesi sağlanacak, ihtiyati haciz talep edenlerin de bu yolu kötüye kullanmalarının önüne geçilmiş olacaktı². Bu konudaki önerimiz hükmün “İhtiyati hacze karar verilebilmesi için alacaklı, alacağını ve dayandığı ihtiyati haciz sebebini açıkça belirtmek ve yaklaşık olarak ispat etmek zorundadır.” şeklinde hükümde değişiklik yapılmasıdır.

3. İhtiyati Haciz Kararının İcrası (m. 261)

a. Bu maddeye üçüncü bir fıkra eklenerek, ihtiyati haczin infazı ile ilgili şikâyetlerin, infazı yapan icra dairesinin bağlı olduğu icra mahkemesine yapılacağı açıkça düzenlenmiştir. Bu fıkranın kabul edilmesinin sebebi, ihtiyati haczin icrası ile ilgili şikâyetlerin görev ve yetki bakımından nereye yapılacağı konusundaki tereddütleri ortadan kaldırmaktır. Bu şekilde, tereddütler ortadan kaldırılarak ihtiyati hacze ilişkin şikâyetlerin daha kısa sürede sonuçlanması da sağlanacaktır.

b. Kanaatimizce, bu maddenin içeriğindeki “ihtiyati haciz kararının infazı” ifadesi yerine “icrası” ifadesinin kullanılması daha doğru olurdu. Öncelikle maddenin kenar başlığı infaz değil icradır; ayrıca ihtiyati tedbirler için “infaz” terimi daha uygun düşerken ihtiyati hacizde para alacağının temini sağlanmaya çalışıldığı için “icra” demek hem teknik olarak hem de icra hukuku bakımından daha uygun bir ifade olurdu. Buna benzer şekilde örneğin, 265. maddenin 5. fıkrasında “ihtiyati haczin uygulanmasından” söz edilmiştir. Bir durumu ifade etmek için aynı kanunun aynı düzenlemesi içinde infaz, icra, uygulama şeklinde üç ayrı terimin kullanılmasının kanun yapma tekniğine uygun düşmediğini düşünüyoruz.

2 Nitekim İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 272. maddesinde, alacaklının, alacağının varlığını, ihtiyati haciz sebebini, borçluya ait malvarlığının mevcut olduğunu yaklaşık olarak ispat etmesi gerektiği açıkça belirtilmiştir.

Ayrıca maddede, ihtiyati haczin icrası süresi olan on günlük sürenin yedi gün olarak yeniden düzenlenmesi de daha yerinde olurdu. Çünkü, ihtiyati hacizde örneğin, tamamlayıcı merasim ve ihtiyati hacze itiraz süresi yedi gün olmasına rağmen, icra süresinin on gün olması, ihtiyati hacizde süreler bakımından yeknesaklığı bozmaktadır. Bu şekilde yeknesak bir sürenin kabul edilmesi uygulamadaki yanlışlıkları engelleyeceği gibi, kararın biraz daha kısa sürede icra edilmesi, geçici hukuki koruma olan ihtiyati haczin niteliğine de uygundur.

4. İhtiyati Haczi Tamamlayan Merasim (m. 264)

a. Bu maddenin üçüncü fıkrasında, tamamlayıcı merasim çerçevesinde mahkemeye başvurulmuş ya da bir dava sırasında ihtiyati haciz talep edilmişse, esas hakkında verilecek hükmün mahkemece tebliğinden itibaren bir ay içinde alacaklının takip talebinde bulunmak zorunda olduğu hususu yeniden düzenlenmiştir. Bu değişiklikte sulh mahkemelerinde tefhim, asliye mahkemelerinde tebliğle başlayan bir aylık süre, daha genel bir ifade ile tüm mahkemelerde kararın tebliğinden itibaren başlatılmıştır. Bu şekilde hem yeknesak ve uygulamayı kolaylaştırıcı hem de daha basit bir düzenleme yapılmış olmaktadır.

b. Bu maddede değişiklik yapılırken mantıki ve hukuki silsile gözetilerek son fıkranın üçüncü fıkra olarak kabul edilmesi diğer fıkraların bu şekilde teselsül ettirilmesi daha uygun olurdu.

5. İhtiyati Haciz Kararına İtiraz ve Temyiz (m. 265)

a. Maddenin kenar başlığı “ihtiyati haciz kararına itiraz ve temyiz” şeklinde değiştirilmiştir. Kanaatimizce başlığa “temyiz” şeklinde ekleme yapılması gerekli değildir. Çünkü, benzer şekilde 258. maddede de ihtiyati haciz kararlarının reddi halinde kanun yoluna başvurulacağı kabul edilmiş olmasına rağmen, maddenin kenar başlığına bu durum taşınmamışken, ihtiyati haciz kararı verilmesi ve buna itiraz edilmesi durumunda temyize başvurulmasının maddenin kenar başlığına taşınmış olması kanun yapma tekniğine uygun düşmemektedir. Bu yöntem kabul edilecekse, aynı ifade tarzının 258. maddenin kenar başlığında da yer alması uygun olurdu.

b. Bu maddenin birinci fıkrasında yer alan “ihtiyati haciz kararlarının temyiz edilemeyeceği” şeklindeki birinci cümle özellikle 258. maddedeki değişiklik ve bu maddenin sonuna eklenen fıkra doğrultusunda kaldırılmıştır.

c. Maddeye eklenen yeni ikinci fıkra ile menfaati ihlal edilen üçüncü kişilere de ihtiyati hacze itiraz imkânı tanınmıştır. Bu düzenleme sayesinde önemli bir boşluk doldurulmaktadır. İhtiyati hacze itiraz imkânının, ihtiyati hacizden hakkı etkilenen üçüncü kişilere de tanınması, hem teorik hem de pratik düşüncelere uygundur. Nitekim İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nda son yapılan değişiklikte üçüncü kişilere de bu imkân tanınmıştır. Zira, ihtiyati haciz geçici bir hukuki koruma olup karşı taraf dinlenmeden ve tam ispat aranmadan bu karar verilebilmektedir. Bunun sonucu olarak bazen borç ilişkisinin dışında olan üçüncü kişiler aleyhine olacak şekilde ihtiyati haciz kararları verilmekte, üçüncü kişilerin bu durum karşısında kendilerini koruma imkânı bulunmamaktadır. Bunun yanında, üçüncü kişinin zarara uğrayabileceği düşünülerek onun muhtemel zararları için de teminat verilmesi ve üçüncü kişinin de tazminat davası açması 259. maddeye kabul edilmiştir. Zarara uğrayabileceği düşünülen bir kimsenin, bu zararın doğmasına engel olma çabasına da imkân tanımak gerekir. Bu, kanun yapma tekniğine de daha uygundur. Örneğin, İsviçre de değişiklikten önce, üçüncü kişilerin itiraz imkânı olmadığı gibi, tazminat davası açmaları da, İcra ve İflas Kanunu'na göre değil, şartları varsa genel hükümlere göre olmaktaydı. Oysa, eski haliyle bizim kanunumuzda üçüncü kişi tazminat davası açabilmekte, ancak ihtiyati hacze itiraz edememekteydi. Yani, değişiklikten önce üçüncü kişinin zarara uğrayıp sonra hakkını kullanması yolu gösterilmekteydi ki, bu da doğru olmadığından değişiklik yapılmıştır.

Borçludan farklı olarak üçüncü kişilerin ihtiyati hacze itiraz sebepleri biraz daha sınırlıdır. Borçlu, ihtiyati haczin dayandığı sebeplere, mahkemenin yetkisine ve teminata itiraz edebilirken üçüncü kişi sadece ihtiyati haciz sebepleri ile teminata itiraz edebilecektir.

d. Maddeye eklenen son fıkra ile itiraz üzerine verilen kararlara karşı temyiz yoluna başvurulabileceği ve Yargıtay'ın bu başvuruları öncelikle inceleyip kesin şekilde karara bağlayacağı, temyizden ihtiyati haczin uygulanmasını durdurmayacağı belirtilmiştir.

Değişiklikte itirazın mahkemeye yapılacağı belirtilmiş, hangi mahkemeye yapılacağı belirtilmemiştir. Esasen düzenleme uygulamada ortaya çıkan sorunlar karşısında gerekli bir düzenleme olmakla birlikte, yeknesaklık sağlanarak 258. maddedeki gibi, ihtiyati haciz kararlarına karşı genel olarak kanun yoluna başvurulabileceğinin kabul edilmesi daha uygun olurdu. Hatta gerek ihtiyati haciz kararı gerekse ihtiyati haciz talebinin reddi kararına karşı genel bir şekilde kanun yoluna başvurulacağı hüküm al-

tına alınması en uygun yoldur. Ayrıca, önce itiraz sonra temyiz şeklindeki iki aşamalı bir başvuru yolunun, bizim mahkeme sistemimiz ve yargı derecelerinin durumu dikkate alındığında geçici hukuki koruma olması sebebiyle ihtiyati haczin niteliğine de uygun olmadığını düşünüyoruz.

6. İcrai Hacizlere İştirak (m. 268)

Bu maddenin birinci fıkrası değiştirilmiş, iki konu özellikle uygulamada ortaya çıkan tereddütler ve doktrindeki tartışmalar çerçevesinde yeniden düzenlenmiştir.

a. İhtiyati haciz sahibi alacaklının haczi kesin hacze dönüşmeden önce, başka bir alacaklının kesin haciz koyması halinde, ihtiyati haciz sahibi alacaklının bu hacze kendiliğinden ve geçici olarak iştirak edebilmesi için 100. maddedeki şartları da taşıması gerektiği açıkça vurgulanmıştır. Bu değişiklikten önce, maddedeki “kendiliğinden iştirak edebileceği” ifadesinden hareketle, ihtiyati haciz sahibi alacaklının kesin hacze 100. maddedeki şartları taşımadan da iştirakinin mümkün olduğu yönünde görüş bulunmakta ve zaman zaman bu yönde uygulama söz konusu olmaktadır. Oysa bu, ihtiyati haciz sahibi alacaklıyı, kesin haciz koyduğunda sahip olamayacağı şekilde iştirak imkânına sahip kılmakta, kötüniyetli kul lanıma da yol açabilmekteydi. Ayrıca geçici hukuki korumaların asıl korumadan daha fazla koruma sağlayamayacağı ilkesine de bu durum uygun düşmemekteydi. Bu şekilde geçici iştirakte de 100. madde şartlarının taşınması gerektiği belirtilerek tereddütler ortadan kaldırılmıştır.

b. Birinci fıkraya eklenen son cümle ile rehinden önce ihtiyati veya kesin haciz bulunması halinde kamu alacakları dahil hiçbir haczin rehinden önceki hacze iştirak edemeyeceği belirtilmiştir. Bu değişiklikte rehinden sonra haciz konularak, rehinden önceki hacizlere iştirak görüntüsü altında, rehlin aşılmasının önüne geçilmesi amaçlanmıştır.

c. Bu hükümde de kanun yapma tekniği bakımından bazı hususların gözden kaçırıldığı görülmektedir. Öncelikle maddenin içeriği, esasen geçici iştiraki düzenlediği için, kenar başlıkta da bunun açıkça belirtilmesi yerinde olurdu. Bunun dışında, maddenin kenar başlığında ve birinci fıkranın ikinci cümlesinde icrai haciz ifadesi kullanılmaktayken birinci fıkranın ilk cümlesinde bu kesin haciz olarak ifade edilmektedir. Kanunda kesin haciz ifadesi ile yeknesaklık sağlanması daha doğru olurdu.

III. DEĞİŞİKLİĞİN GENEL DEĞERLENDİRMESİ

1. İhtiyati haciz konusunda İcra ve İflas Kanunu'nda yapılan değişiklikler genel olarak olumlu yöndedir. Yapılan değişikliklerle bir yandan uygulamada sorun olarak karşımıza çıkan hususlar düzeltilmeye çalışılmış, diğer yandan da kanun kendi içerisinde tutarlı hale getirilmiştir. Değişiklikler içinde ihtiyati haciz bakımından en önemli yenilik, ihtiyati haciz kararlarına karşı kanun yoluna başvuru imkânının getirilmiş olmasıdır. İhtiyati haciz talebinin reddi halinde doğrudan kanun yoluna başvurulabilirken ihtiyati haciz kararlarının kabulü kararlarına karşı önce itiraz yoluna başvurulacak, itiraz üzerine verilen kararlara karşı da temyize başvurulması mümkün olacaktır.

İhtiyati haciz kararlarına karşı kanun yolu imkânının açılmış olması sebebiyle, şimdiye kadar Yargıtay kararlarına yansımayan hususların Yargıtay'ın önüne gelmesi ve bu konuda içtihat oluşturulması mümkün olacaktır. Bu, mahkemeler arasında birbirinden farklı kararların ortaya çıkmasına engel olacağı gibi, uygulamadaki yanlışlıkların da giderilmesine hizmet edecektir. Şüphesiz bu durum Yargıtay'a önemli bir görev de yüklemektedir.

2. İhtiyati hacizde kanun yoluna başvuru imkânı getirildiği için, kanun değişikliğinden önce uygulamada çok sıkça başvuru yapılan bir yöntemin hâlâ daha uygulama alanı bulup bulmayacağı üzerinde de durmak gerekir. Kanun değişikliğinden önce, ihtiyati haciz talebi bir mahkemece reddedilen alacaklı, başka bir mahkemeden aynı şekilde ihtiyati haciz talep edebilmekteydi. Bu durum özellikle doktrinde eleştirilmekle birlikte pratik olarak engellenmesi de mümkün olmayan bir durumdu. Kanaatimizce artık aynı ihtiyati haciz kararının hiçbir değişiklik olmadan ne aynı mahkemede ne de başka bir mahkemede yenilenmesi mümkün olmamalıdır.

Burada asıl çözümlenmesi gereken husus, ihtiyati haciz talebinin reddi halinde, özellikle de borçluya tebligat yapılmadan ihtiyati haciz talebi incelenip karar verilmişse, bu red kararından borçlunun haberdar edilip edilmeyeceği, bu çerçevede alacaklının aynı talebini aynı ya da başka bir mahkemede yenileyip yenileyemeyeceği hususudur. Esasen değişiklikten önce de, geçici hukuki korumaların özelliği dikkate alınarak, geçici hukuki korumaların kesinliği çerçevesinde, aynı alacağın, aynı ihtiyati haciz sebebine dayanarak, aynı taraflar arasında, aynı delillerle yeniden istenemeyeceği kabul edilmekle birlikte, buna engel olacak pratik ve açık kanuni bir imkân sunulmamaktaydı. Kanaatimizce artık bu sorunu çözme-

nin yolu, alacaklının talebi ile borçlunun yokluğunda bir ihtiyati haciz talebi incelenip reddedildiğinde, bu red kararının da borçluya tebliğ edilmesidir. Her ne kadar Kanun sadece alacaklıya kanun yoluna başvurma imkânı tanısa da, bunun anlamı ihtiyati haczin reddi halinde borçlunun temyize başvurmakta hukuki yararının olmadığından bu imkânın verilmemiş olmasındandır. Ancak bu, ihtiyati haczin reddi kararının borçluya tebliğ edilmeyeceği anlamına gelmez. Bunun iki sebebi vardır:

a. Birincisi ve pratik olanı, şayet alacaklıya kanun yoluna başvuru imkânı tanınmışsa, alacaklı kanun yoluna başvurduğunda bundan borçlunun mutlaka haberdar edilmesi gerekir. Ondan gizli şekilde kanun yolu incelemesi yapılmamalıdır. Özellikle kanun yolunda dosya üzerinden inceleme yapılarak karar vereceği ihtimali dikkate alındığında bu daha da önemlidir. Sadece alacaklı kanun yoluna başvurabilse de, bu yola başvurulduğunda, borçlunun cevap ve hukuki dinlenilme (savunma) hakkından mahrum bırakılması söz konusu olamaz.

b. İkincisi, daha ilkesel bir gerekçedir. Bu, hukuki dinlenilme hakkının, hukuki yararın ve usuli dürüstlük kuralının işletilmesinin bir gereğidir. Şöyle ki, hukuki dinlenilme hakkı çerçevesinde, bazen kişi baştan bir yargısal işlemde haberdar edilmese de sonradan mutlaka haberdar edilmelidir. Ayrıca, 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten önce, ihtiyati haciz talebi hakkındaki red kararına karşı başvurulacak bir yol bulunmadığından, alacaklılar talepleri reddedildiğinde yeniden ihtiyati haciz istemekteydiler. Oysa şu anda red kararına karşı kanun yoluna başvurmak artık mümkündür. Dolayısıyla yeni bir ihtiyati haciz kararı istemekte (ihtiyati haciz sebepleri, bu konudaki vakıalar ve deliller değişmedikçe) hukuki yarar yoktur; bu usuli dürüstlük kuralına da aykırıdır. Kaldı ki, ihtiyati haciz taleplerinin kötüye kullanımının önüne geçmek de bu şekilde sağlanabilir. Zira, ihtiyati haciz talebi reddedildiğinde bu karar borçluya tebliğ edilirse, alacaklının red kararına karşı kanun yoluna başvurmadan yeniden ihtiyati haciz talep etmesi durumunda borçlu, bu talebin mahkemece daha önce reddedildiğini ve alacaklının kanun yoluna başvurması gerektiğini ileri sürebilir. Bu konuda borçluya, alacaklının önce kanun yoluna başvurması yönünde karşı koyma imkânını sağlamak için de onun ihtiyati haciz taleplerinin reddinden haberdar edilmesi uygun olacaktır. Aksi halde, değişiklikten önceki uygulama devam edip gidecektir. Oysa değişikliğin amacı bu değildir.

3. Kanaatimizce Kanun değişikliği sırasında yapılması gerekip de yapılmayan husus da 263. madde ile 266. maddenin birlikte ve tek madde

olarak düzenlenmesidir. Çünkü, her iki maddede farklılıklar bulunmakla birlikte, temelde teminat karşılığı ihtiyati haciz kararının kaldırılması ya da uygulanmaması düzenlenmiştir.

Kanunda 263. madde ile 266. madde benzer durumları düzenlemiştir. İhtiyati hacze karşı borçlunun kullanabileceği imkânlardan, teminat karşılığı ihtiyati hacze engel olmayı sağlayan 263. madde ile yine teminat karşılığı ihtiyati haczin kaldırılmasını sağlayan 266. maddenin birlikte bulunması kanun yapma tekniği bakımından isabetli değildir. 266. maddede teminat karşılığında ihtiyati haczin kaldırılabileninden bahsedilmekte ise de, burada da ihtiyati haciz gerçekten kalkmamakta teminat üzerinde devam etmektedir. Bu sebeple, pratik anlamda da 266. maddede ihtiyati haczin kalkmasından söz edilemez. 266. maddenin kaldırılarak, sadece 263. maddenin kanunda yer alması yeterlidir. Nitekim İsviçre İİK'da da sadece 263. maddenin karşılığı olan hüküm bulunmakta, 266. maddeyi karşılayan bir hüküm bulunmamaktadır.

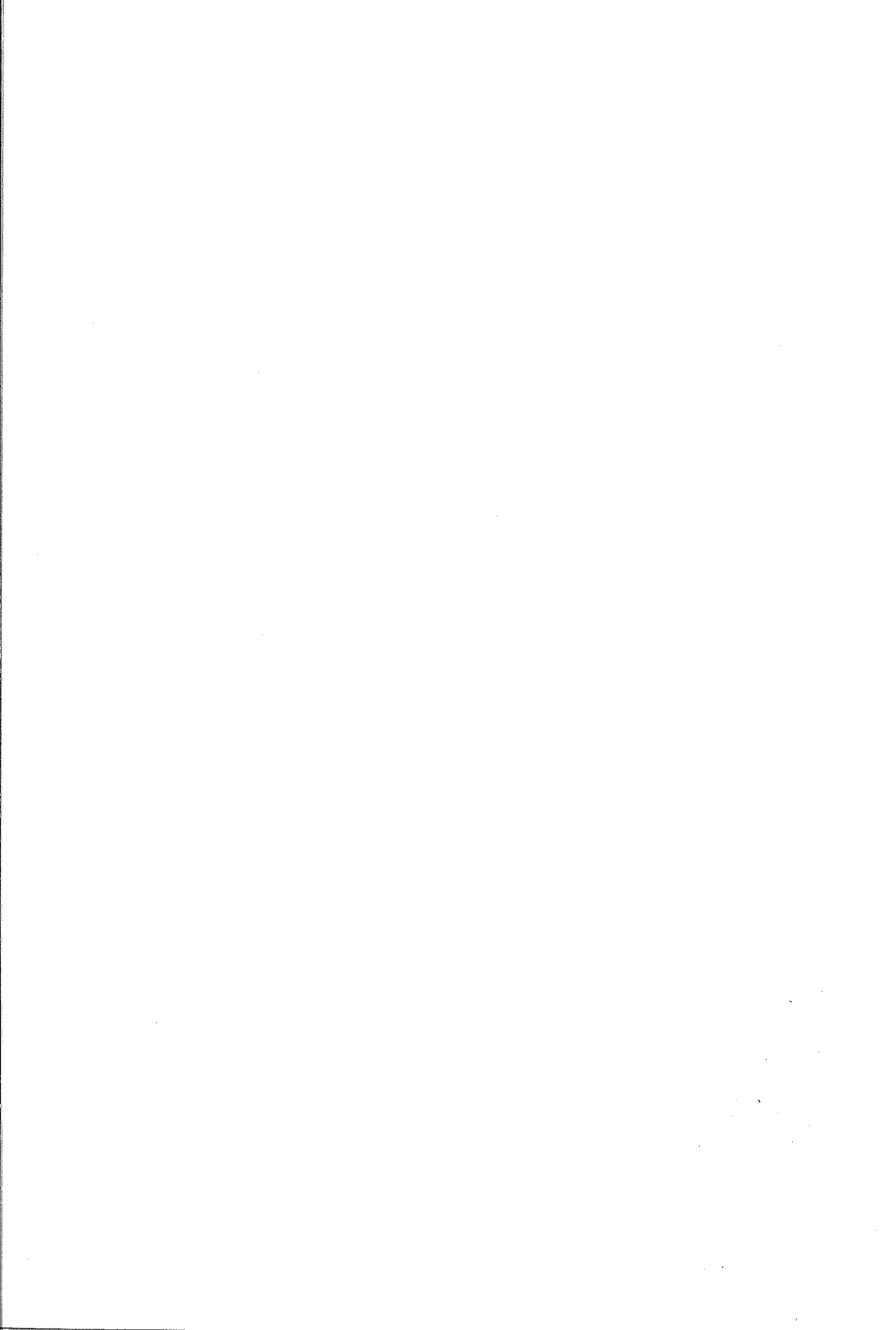
Bu iki maddenin birleştirilmesi bazı karışıklıkları da önleyecektir. Örneğin, m. 263'de yetki icra müdüründe iken, m. 266'da yetki, kural olarak mahkemede, takip başladıktan sonra ise, icra mahkemesindedir. Ayrıca, m. 263'e kural olarak haczin icrası aşamasında başvurulurken, m. 266'ya her zaman başvurulabilmektedir. Sadece 263. maddenin kanunda yer alması ve bu çerçevede hacizli malın gösterilecek teminat karşılığı icra müdürüne borçluya bırakılması da bir sakınca doğurmaz. İhtiyati haciz en azından teminat üzerinde devam ettiği için, alacaklının hakkı ihlal edilmiş olmayacaktır. Ayrıca haczi yapan icra memuruna yetkinin bırakılması uygulama kolaylığı da sağlayacaktır. Takdir hakkının yanlış kullanılması halinde de şikâyet yoluna başvurulabilme imkânı her zaman mevcuttur.

Haczedilen mal üçüncü kişi elindeyse malın ona da bırakılabileceği 263. maddeden çıkarılmalıdır. Çünkü, üçüncü kişi elinde haczedilen mal da aslında hukuken borçlunun olduğu kabul edilen, o sırada üçüncü kişinin elinde bulunan maldır. Haczin veya ihtiyati haczin borçlunun malvarlığı dışında üçüncü kişilere karşı uygulanması hukuken mümkün değildir. Aksine düşünce bir kimsenin borcu için, üçüncü kişilerin olduğu bilinen malların da haczine imkân tanımak olur ki, bunun icra iflas hukukunda kabul görmesi düşünülemez. Bunun yanında, mal üçüncü kişi elinde haczedilirse, mal muhafaza altına alınarak yediemin olarak üçüncü kişiye bırakılmaktadır. Ayrıca, 263. maddede belirtilen üçüncü kişinin vereceği taahhüt senedinin, nasıl verileceği, sonuçlarının ne olacağı kanunda açık de-

ğildir, bu yönde uygulamaya da pek rastlanmamaktadır. Bunların dışında, artık üçüncü kişiye de ihtiyati haciz kararına karşı itiraz imkânı sağlandığından ihtiyati haciz kararıyla ilgili bir sorun ortaya çıktığında sorun bu şekilde, haczin uygulanması ile ilgili sorunlar ise şikâyet yoluyla çözümlenebilecektir. Nitekim İsviçre İİK'nda da sadece borçluya bu imkân tanınmıştır.

4. Değişiklik çerçevesinde, Kanundaki bazı hükümlerde görülen, kanun yapma tekniği bakımından doğru olmayan ifade ve kavram yanlışlıklarının da bulunduğu göze çarpmaktadır. Bunlara yukarıda değinildiğinden burada ayrıca üzerinde durmuyoruz.

5. Genel olarak olumlu yönde olan ve birçok sorunu çözebilecek nitelikte bulunan ihtiyati hacizdeki değişikliklerin, diğer geçici hukuki korumalarda da özellikle HUMK'da düzenlenen ihtiyati tedbirler bakımından da örnek olması ve benzer bir düzenlemenin yapılması yararlı olacaktır. Özellikle bugün neredeyse, her davadan ya da takipten önce bir ön dava şeklinde ihtiyati tedbir ya da ihtiyati haciz talep edilmektedir. Bunun farklı sebepleri vardır. Bazen, karşı tarafın kötüniyetli tutumunun önüne geçmek rol oynarken bazen de bizzat talepte bulunan kötüniyetle bir baskı oluşturmak amacıyla geçici hukuki koruma yoluna başvurmakta, malesef mahkemeler de yeterli inceleme yapmadan çoğu kez bu kararları vermektedir. Hatta gerek avukatların gerekse mahkemelerin, başlangıçta belirttiğimiz üzere ihtiyati tedbirle ihtiyati haciz farkını gözetmeden, talepte buldukları ve bu yönde karar verildiği sıkça görülen bir durumdur. En azından bundan sonra ihtiyati haciz kararlarının kanun yoluna başvuru sonucu Yargıtay incelemesine tâbi olması sebebiyle, bu konudaki aksaklıkların açığa çıkartılması ve düzeltilmesi mümkün olacaktır.



**PROF. DR. NEVHİS DEREN-YILDIRIM VE
DOÇ. DR. MUHAMMET ÖZEKES'İN TEBLİĞLERİ
HAKKINDAKİ SORU VE CEVAPLAR**

Prof.Dr. Kamil Yıldırım (Oturum Başkanı): Prof. Dr. Nevhis Deren Yıldırım da kısa bir açıklama yapmak ihtiyacı olduğunu söyledi. Kısa olmak üzere size söz veriyorum. Sonra sorulara da geçeceğiz.

Prof. Dr. Nevhis Deren Yıldırım: Şimdi bu tebliğ meselesine değinmek istiyorum. İhtiyati haciz talebinin reddi kararlarının tebliği meselesine. Kararların tebliğ edilmesi tabiidir, fakat 258. maddenin sonuna eklenen fıkranın düzenlemesi sakıncalar içermektedir. Zira kanun yoluna başvurma imkânı açıkça zikredilmiştir, ki İsviçre hukukunda yani mehazda böyle bir şey açıkça zikredilmez. İtiraza ilişkin madde için doktrinde şöyle bir ifade kullanır, İsviçreli yazarlar, derler ki; ihtiyati haciz talebinin kabulü kararlarına karşı kanun yoluna başvurulmaz, reddi kararlarına karşı alacaklı kanunyoluna başvurabilir. Sunulan tebliğde ihtiyati haciz talebinin reddine ilişkin her karar tebliğ edilmelidir, hukuki dinlenilme hakkı bunu gerektirir dendi. Yalnız bir hususa dikkat çekmek istiyoruz, tabii ki kriterimiz karşılaştırmalı hukuktaki esaslar olmalı. Almanya'da ihtiyati haciz talebinin reddine ilişkin kararlara karşı şöyle bir düzenleme getirilmiş: dosya üzerinden talep reddedilirse, bu karar karşı tarafa tebliğ edilmiyor, duruşma yapılarak reddedilmişse zaten önceden fikir sahibi olduğu için tebliğ ediliyor. Yani her karar tebliğ edilmiyor. Bu size neyi getiriyor? Eğer o arada ihtiyati haciz sebebi yerine gelmiş ise, borçlunun haberi olmadan tekrar reddetme sonra ihtiyati haciz talebinde bulunabiliyorsunuz. Sınırlı anlamda maddi kesin hüküm etkisi buna izin veriyor mu? Evet, çünkü yeni vakıa doğmuş oluyor. İhtiyati haciz sebebinde değiştiren

yeni bir vakıa çıkmış oluyor. Karşı taraf da sizin talebinizden haberdar olmadığı için bu tür red kararları, yani dosya üzerinden verilen red kararları, tebliğ edilmediği için yeniden yeni bir taleple başvurabiliyor. Bizde ise, kanun yoluna başvuru imkânı vardır şeklinde açıkça bir düzenleme getirilmiş, böyle bir hüküm ne Alman Hukuku'nda ne İsviçre Hukuku'nda var, ama a priori kabul ediliyor, her karar tebliğ ediliyor. Duruşma yspılarak verilen kararlar nihai karar statüsünde ve ancak bunlar tebliğ ediliyor. Bir de hacze iştirak meselesine değinmeden geçemeyeceğim. Biraz önce savunulan fikre katılamayacağım. Şu bakımdan, hacze iştirak konulu master çalışmamı yaparken bütün icra dairelerini gezmiş ve bir hukuki olgular araştırması yapmıştım. Hacze iştirakte alacaklılar grubu Türk Hukuku'nda ne oranda oluşuyor, ne oranda oluşmuyor. Bu grubun farazi bir grup olduğunu saptamıştım. Vardığım sonuç: oluşan grupların ihtiyati haciz sahibi alacaklılardan müteşekkil olduğu idi. Oysa biz Türk Hukukunda cüz'i icrada garame usulünün kabul edildiğinden söz ediyoruz. 100. madde şartlarının çok ağır olduğunu hepimiz biliyoruz, malumunuz bu şartlar yerine getirilmiyor. Kanun değişikliğinden önce 268. maddenin getirdiği ek imkân dolayısıyla, gruplar oluşuyordu Türk Hukuku'nda. Yani 100. madde şartları aranmadığı, ihtiyati haciz sahipleri hacze kendiliğinden ve muvakkaten iştirak ettikleri için, ihtiyati haciz sahiplerinden gruplar oluşabiliyordu. Oysa bilindiği üzere, İsviçre'de grup sistemi geçerlidir ve gruplar salt Mehaz'ın 281. maddesi çerçevesindeki şartları yerine getiren ihtiyati haciz sahiplerinden oluşmaz. Doktrinde deniyordu ki, niye ihtiyati haciz sahibini kesin haciz sahibinden daha öne çıkaralım, niye 100. madde şartları onlar için de aranmasın? Bu fikir ağırlıktaydı. Fakat aslında ihtiyati haciz sahibi ödüllendirmeyi hiç mi haketmiyor? Mesela Fragistas cüz'i icradaki paylaşırma sistemlerine ilişkin eserinde der ki: "ihtiyati haciz sahibi aslında diğer alacaklılar için çok önemli bir hizmet yapmıştır. O ihtiyati haciz koydurmak suretiyle alacağı borçlunun malvarlığında bırakmıştır". Ben demiyorum ki Alman Hukuku'nda olduğu gibi ihtiyati haciz sahibi alacaklıya bir öncelik hakkı tanınsın, bu tür alacaklılar lehine bir aynı hak tesis edilsin. Bundan söz etmiyorum. Ama 4949 sayılı Kanun değişikliği ile getirilen düzenlemede açıkça "100. madde şartları aranır" demekle biz aslında garame usulü uygulamasını cüzi icrada tamamen ortadan kaldırdık. Bundan emin olabilirsiniz. Çünkü zaten 100. madde şartlarını yerine getirerek grup oluşturan alacaklılar bizde sadece kanunda vardı, 100. madde 1932 değişikliğinde çok sert kaleme alınmıştı ve bu tarihten itibaren işlerliği olmayan bir madde halin-

deydi. İcra İflas Kanunu m. 268 üzerinden işliyordu, bu yolla alacaklı grupları oluşuyordu. Şimdi o yolu da kapattık, teşekkür ederim.

Prof. Dr. Kamil Yıldırım: Evet, teşekkür ederiz. Çok kısa olmak üzere Özekes bir söz istedi. Sonra ben toparlamak için bir cümle sarfedeceğim. Sanıyorum sonra söz sizin olacak.

Doç Dr. Muhammet Özekes: Nevhis Hanım'ın söylediği hususta da tabii 100. maddede belirttiğim gibi farklı fikirler var. Ama sadece şunu söylemek uygun olur diye düşünüyorum: Korumalar bakımından “geçici hukuki koruma, asıl korumanın sağlayacağı korumadan daha fazla sağlamalıdır” diye temel bir prensibimiz var. Bence bu fikrin devamı olarak da 100. maddenin yer alması isabetlidir. Ama aksi görüşün de olduğunu zaten söyledim. İkincisi tebliğ konusu, evet Alman ve belirli durumlarda İsviçre Hukuku'nda yok. Zaten İsviçre uygulaması belirli yönleriyle sınırlı. Fakat Almanya'da ve İsviçre'de olmamış olsa bile -ki, belirli durumlarda yok, doğrudur - ben şu kanaatleyim: Bazı durumlarda biz daha adil, daha iyi bir yargılama yapılması ve kendi uygulamamızı da dikkate alarak daha başka düzenlemeler yapabiliriz. Ve bana sorulacak olursa, bugünden itibaren, yani artık adil yargılanma hakkının ve hukuki dinlenilme hakkının çok somut birebir uygulanmaya başladığı, bizim de artık bir iade-i muhakeme sebebi olarak kabul ettiğimiz bu sistem içerisinde mutlaka tebliğ edilmelidir. Ben inanıyorum ki, Alman ve İsviçre Hukuku da belli bir süre sora bu tebliğ edilmesi gerektiği sonucuna varacaktır. Bazen biz de onları aşabiliriz. Bu aştığımız bir noktadır, övünmemiz gerekir diye düşünüyorum.

Prof. Dr. Nevhis Deren Yıldırım: Geçici hukuki korunmanın sürpriz efektini korumak gerekir. İhtiyati haciz talebinin reddine ilişkin “her türlü” karara (dosya üzerinden verilip, verilmediğine bakılmaksızın) karşı kanunyolu imkânının 4949 sayılı Kanun'la getirilmiş olması, bu kararın borçluya tebliğini gerektiriyor. Ancak bu suretle, ihtiyati haciz kararlarının sürpriz etkisi de yok edilmiş oluyor. Borçlu, tebliğ edilen ihtiyati haciz talebinin reddi kararı ile olası takibi ve davayı fark ederek, buna karşı önlemlerini alma imkânına kavuşuyor. Alman Hukuku'nda ise, yalnız duruşma neticesinde verilen red kararları tebliğ ediliyor, zira duruşmada savunma imkânına sahip olan borçlu bundan zaten haberdar. Önemli olan geçici hukuki tedbirlerin sürpriz etkisini yok etmemektir. Tebliğle bu sürpriz efekti yok ediyorsunuz. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Kamil Yıldırım: Konuşmacılarımız gayet sıkı şekilde savunmalarını yaptılar. Ben toparlamak üzere şunu söyleyeceğim. Bu herhal-

de bizim temel konumuz Türk Hukuk camiasında. Yabancılar da artık bunu daha sık söylüyorlar. Bir konsept söz konusu. Yani bir hukuk sistemi, sistematığı bir konsepte dayanır. Sizin sahip olduğunuz Mehaz Kanun İsviçre ise, İsviçre Medeni Hukuku'nu, maddi hukukunu ve icra hukukunu almışsanız ve onun ardında Alman Hukuk kültürü yatıyorsa, o mukayeseli hukuktan dikkatle istifade etmek gerekir. Hukuk devleti ilkesi -sayın konuşmacılar açık ya da kapalı üzerinde durdular- bizim şiarımız. Hukuk devleti ilkesi demek temel haklar demek. Temel hakların uygulama alanı somutlaştığı alan, Medeni Yargılama Hukuku ve bağlantılı olsun ya da olmasın İcra – İflas Hukuku. İcra Hukuku tabii ki kendine özgü ilkelere de sahip. Şeklilik gibi. Ama hala İsviçre'yi takip edersek, eğer hala ettiğimizi zannediyorsak, orada da asıl olan orantılı paylaşırma ilkesi. Yani garame usulü. Garame usulünün çalışması 100. maddenin olması gereken şarta çekilmesine bağlı. Şu haliyle madde çok sıkışmış. İştirak yolunu da kapamış durumda. Yani olması gereken ve olanı tabii konuşuyoruz. Kanun değişmiştir. Ülkemizde kanun yapıcının sistemi çalışma düzeni de malum. Fazla üzerinde zaman harcamayacağız. Ama demek ki konsept meselesi önemli, yani elinizdeki kanunu Mehazdan çok daha uzak hale de getirebilirsiniz. Şimdi sorularınızı bekliyoruz.

Av. Arda Birinci: Tebligat konusunda Sayın Özkes'e bir küçük not söylemek istiyorum. Kabul edilmeyen ihtiyati haciz kararlarının tebliğinin, tabiri caizse "hileli tebliğ" yoluyla, yani dava dilekçesinde yanlış adres göstermek, borçlunun adresini yanlış göstermek yoluyla gerçekleştirilmesi halinde, sanırım sizin sözünü ettiğiniz prosedür çok da sağlıklı işlemecektir. Bununla ilgili bir düşünceniz var mı?

Doç. Dr. Muhammet Özkes: O sakınca, ne kadar ihtiyati haciz için sakınca ise bir dava için de sakınca. Davada bir tebligat için ne yapmanız gerekiyor ise, ihtiyati haciz için de aynı şeyi yapacaksınız. Ama önünde sonunda ne olacaktır? İhtiyati haciz sahibi bundan haberdar olmak zorundadır. İsviçre'de yapılan değişikliklerde zaten ihtiyati haciz talep ederken borçlunun mallarının bile nerede olduğunu gösterme yükümlülüğünüz var. Son, 1997 değişikliğinde İsviçre'de bu açıkça Kanuna konulmuş. Ben, tebliğ sınırlarını aşacağı için oralara değinmedim. Bir önceki oturumda, Sayın Karşlı'nın söylediği gibi kötüniyeti esas alarak da her zaman düzenleme yapılamaz. Bir yere kadar ancak kesebilirsiniz; sonra, çoğu zaman kötüniyetlilere karşı yapacağınız bir şey yoktur zaten.

Av. Ömer Kavili: Demin, ihtiyati haczin uygulanması ile ilgili yetki konusunda bir kural getirildi, dendi. Buradaki kural, acaba şöyle mi an-

laşılmak gerekiyor? İhtiyati haciz uygulanmasından sonra, diyelim ki bir talimatla, başka bir yetki bölgesinde uygulandı. Burada ihtiyati haczin uygulanmasına itiraz edildiğinde, oradaki merci mi inceleyecek, kararı veren mahkeme seviyesindeki merci mi inceleyecek, yoksa konuyu “eğer esas takibe geçilmişse, ihtiyati haciz kararının verilmesine ilişkin koşulları inceleme yetkisi icra tetkik merciine geçer” şeklindeki uyuşmazlık mahkemesi kararı çerçevesinde, eskiden olduğu gibi mi anlamak gerekiyor?

Doç. Dr. Muhammet Özkes: Şimdi buradaki, ihtiyati haciz ile ilgili yeni bir yetki değil, sadece uygulamasıyla ilgili bir sorun giderilmeye çalışılmış. Diyelim ki İstanbul'da ihtiyati haciz kararı alıyorsunuz; fakat, malların bir kısmı mesela İzmir'de, İzmir'de uygulatıyorsunuz. İhtiyati haciz kararını icra memuru uygularken yanlışlık yapabilir. İcrası sırasında eğer bir yanlışlık yapılmışsa, Kanun “şikâyetinizi infazı yapan icra dairesinin bağlı olduğu tetkik merciine yapacaksınız” diyor. Şikâyetin nereye yapılacağını düzenleyen bir hüküm, yeni bir yetki sorunu değil. 261. maddenin son fıkrasında düzenlenmiş.

Av. Ömer Kavili: İhtiyati haciz kararının verilmesini gerektiren koşulları incelemeye yetki anlamında hangi makam yetkili? O konuda bilgi verir misiniz?

Doç. Dr. Muhammet Özkes: Orada değişen bir şey yok. Hangi mahkeme, yani itirazımızı yine nereye yapmamız gerekiyor ise, orada hiçbir değişiklik yok; yani Kanunun getirdiği yenilikler dışında. Bu, sadece, ihtiyati haczin icrasına ilişkin bir düzenleme.

Av. Ömer Kavili: Peki. Bu konuda daha önceki Yasada bir açıklık vardı. 1991 yılında takibi yapılan bir dosya nedeniyle Uyuşmazlık Mahkemesi'ne gitmiş, Uyuşmazlık Mahkemesi o şekilde karara bağlamıştı. Teşekkür ederim.

Dr. Adnan Deynekli: İhtiyati haciz talebinin reddine ilişkin kararlarının temyizi kabil hale geldi. Acaba ihtiyati haciz talebi yetkisizlik nedeniyle reddedilmişse, bunun temyizi kabil mi? Bu sorumu Nevhis Hanım'a soruyorum. Diğer sorum da şu: Diyelim ki ihtiyati haciz kararı verildi ve infaz edildi. Bu karara karşı borçlu itiraz yoluna gitti ve ihtiyati haciz kararının kaldırılmasına karar verildi. Önce infaz edilen ihtiyati haczin bu kararın kesinleşmesinin sonucunu beklemesi gerekir mi? Yani, hemen kaldırılması mı gerekir, yoksa kararın kesinleşmesi gerekir mi? Bu sorumu da Muhammet Bey'e soruyorum.

Prof. Dr. Nevhis Deren Yıldırım: Şimdi burada, aslında dediğim gibi Amerika'yı yeniden keşfetmeye gerek yok. Normal yargılamadaki hususlara tekrar bakmak lazım. Yetkisizlik kararları nedir? Usule ilişkin kararlardır. Burada, normal yargılamada hangi kesin hüküm esasları varsa onlara bakıyoruz ve yetkisizlik kararı da elçekte neticesi doğuran kararlardandır.

Doç. Dr. Muhammet Özkes: Kısaca söyleyeyim. Bana göre kesinleşmesini beklemeye gerek yoktur; çünkü eğer bir karar verilmişse, karar, kanunda da aksi yok ise, verildiği andan itibaren hüküm ifade eder. Dolaşısıyla da, kesinleşmeden o ihtiyati haczin kaldırılması gerektiği kanaatindeyim.

Sedat Kısa, Noter: Sorum Muhammet Bey'e olacak. Sorum, 268. madde ile ilgili. İcrai hacizlere iştirakle ilgili. Burada, 268. maddede yapılan değişiklikte 261. maddeye göre "ihtiyaten haczedilen mallara, ihtiyati haciz kesin hacze dönüşmeden önce, diğer bir alacaklı tarafından bu kanunla veya diğer kanunlara göre haczedilirse, ibaresinde geçen "diğer kanunlar"dan anlamamız gereken 6183 sayılı Kamu Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkındaki Yasa mıdır? Eğer öyle ise, bu yasaya nazaran genel yasa niteliğinde olan İcra-İflas Yasası'nda yapılan böyle bir değişiklik ile 6183 sayılı Yasanın 21. maddesini tadil etme, ortadan kaldırma olanağı kanun tekniği açısından mümkün müdür? Bu birinci sorum.

İkinci sorum da aynı maddenin ikinci cümlesi ile ilgili. "Rehinden önce ihtiyati veya icrai haciz bulunması halinde..." diye başlayan bu cümlede "ihtiyati haciz" sözcüğünün altını çizmek istiyorum. Çünkü cümle şöyle devam ediyor: "... hiçbir haciz, rehinden önceki hacze iştirak edemez." Sanki sistemimizde ihtiyati hacze iştirak imkânı varmış gibi bir yanlış ifade. Ben bunu büyük bir gaf olarak değerlendiriyorum.

Diğer taraftan, kötü niyetin iyi niyetten daha zeki ve kıvrak olduğuna inanıyorum. Bu madde ile alacaklıya, yasamızın ne 100, ne 101, ne de herhangi başka bir maddesinde bulunan bir imtiyaz tanınmış gibi bir intiba edindim. Acaba şöyle yorumlarsam yanlış mı yorumlamış olurum? Bir haczim ya da ihtiyati haczim varsa, talih güler de bu haciz veya ihtiyati hacizden sonra bir rehin konulursa, alacağımın dayanağı ne olursa olsun, bu rehinden sonra gelen haciz veya ihtiyati hacizlerin, benim başlangıçta koymuş olduğum haciz veya ihtiyati hacizlere iştirakinin mümkün olmadığını algılıyorum. Acaba yorumum yanlış mı?

Doç. Dr. Muhammet Özekes: Şimdi, “diğer kanun” ibaresi, Kanunumuza yeni girmiş değil, eskiden de vardı. Tabii, burada, “diğer kanun” denilince aklımıza ilk gelen 6183 sayılı Kanun. Burada, yine zamanımız olmadığı için ayrıntısına girmek istemiyorum; fakat orada şu ayrımı her zaman yapmak gerekir: Önce haczi kimin koyduğu, kamu makamının mı, yoksa özel olarak icra-iflas dairesinin mi koyduğuna bakmak gerekir. Bu çerçevede çözmek gerekir. Dolayısıyla, “diğer kanun” dediği doğrudur. Fakat, önce kamu makamı mı haciz koymuş, biz mi ona iştirak ediyoruz? Yoksa bir icra dairesi mi haciz koymuş, kamu mu oraya iştirak ediyor? Ona göre ayrımı belirlemede fayda var. Ama, hiçbir zaman 6183’ün hükümlerinin bertaraf edildiği sonucuna varamayacağımız kanaatindeyim.

Sorunuzun diğer kısmına gelince, son cümleden kasıt nedir, ben biraz kısa geçtim; ama hükümet gerekçesinde belirtilmiş. Açık söyleyeyim; bu, benim, kanunda bulunmasını tavsiye ettiğim, bulunması gerekli olduğuna inandığım hükümlerden bir tanesi değil. Ama, gerekçesi kötü niyete elvermeyecek şekilde anlaşılması yönünde. Öyle söyleyeyim.

Prof. Dr. Kamil Yıldırım: Teşekkür ederiz. Son iki soruya izin verelim. Buyurun.

Av. Zafer Karaca: Konumuz bir kanun değişikliği olduğu veçhile ve doktrinle uygulamacılar bir arada olduğu için, Muhammet Bey’in önerisini, uygulamanın bundan sonra nasıl sağlıklı yürütmesi bazında değerlendirmek lazım. Ben Nevhis Hanım’ın sürpriz efektini ve Muhammet Bey’in de, avukatların dolaşa dolaşa bu kararı alma ihtiyacını uyumlaştırmak zorundayız, diye düşünüyorum. Hazır, Baro Başkanımız burada, Yargıtay Başkanımız burada. Çok büyük bir sorun bu hakikaten. Yani, hukukun uygulanabilirliği esasından yola çıkıyoruz. Kanun, doktrin için ayrı bir pasta; avukatlar için ayrı bir pasta değildir, dilimleyemeyiz. Benim Alman hukuku hakkında uygulamada bilgim yok. Nevhis Hanım söyleyebilir mi, Alman avukatlar da mı Türk yargısındaki gibi dolaşıyorlar? Türk yargısındaki hakimlerimizin o kadar farklı kararları var ki; 1. Asliye vermezken 2. Asliye niçin veriyor? Bunu uyumlaştırma sorunu, yine doktrin, pratik, Baro, Yargıtay açısından aslında bir tartışma konusu.

Prof. Dr. Kamil Yıldırım: Peki, teşekkür ederiz. Sorunuz ortaya mı oldu, yoksa...?

Av. Zafer Karaca: Eğer Alman hukukunda böyle bir uygulama varsa bunu merak ediyorum. Yoksa, sürpriz efekt tabii ki önemli.

Prof. Dr. Nevhis Deren Yıldırım: Bu husus, geçici hukuki korumanın temel problemi. Oysa, Türk uygulaması bunu doğru biçimde algılayamadı. Uygulamadaki sorunlara bizler çözüm arıyoruz. Şöyle ki; ihtiyati haciz sebebi değişmemiş ise, yeni bir delil elinizde yoksa, mahkeme mahkeme dolaşıp reddedilen ilk talep, ikinci talep, üçüncü talep... bir dördüncü talebi mahkemeye yöneltmeniz hukuk devletinde yeri yok. Bunu ben açıkça zikrettim. Ancak, belli koşullar altında ihtiyati haciz talebi yenilebilir. Tabii normal yargılamadaki sertliği ile maddi anlamda kesin hüküm burada devreye sokmuyoruz. Ama, ihtiyati haciz nedenleri eski nedenler ise; yeni bir delil getirmemişsiniz, nasıl oluyor da mahkemeleri meşgul ediyorsunuz? Mahkemeler niye bunu kabul ediyor? İhtiyati haciz yargılamasının ve ihtiyati tedbir yargılamasının, ne yazık ki buradaki esprisi Türk uygulamasında anlaşılammıştır. Çok geçici, eter kadar uçucu kararlar olarak görülmüştür bunlar. Kesinlikle söz konusu değil. Yani, reddedilen talebi siz tekrar devreye sokabilirsiniz; ama elinizde yeni doneler olacak. Bu ne zaman tartışma konusu olur? Karşı taraf, aleyhinde ihtiyati haciz kararı verilen kişi bundan haberdar olursa der ki; daha önceki talepler işte eski vakıalara dayanıyor, ihtiyati haciz sebebi olmamıştır. İtirazında bunu zikreder. Bu iş, ihtiyati hacze iştirakte gündeme gelir. Yoksa, bunun uygulaması kesinlikle yok; yani bu uygulama hatalı bir uygulamadır. Avukatlar bazen diyebiliyorlar ki: "ihtiyati haciz talebinin reddi kararları keyfi olarak veriliyor, buna karşı elimizde hukuki kontrol mekanizması yok, bu çok kötü bir şeydir". Ama iş yeni taleplerde bulunmaya gelince, bu hakkımız baki kalsın diyorlar. Hayır, bu, genel hukuk prensipleri içinde çözülmesi gereken bir husus. Burada, karşılaştırmalı hukuka da bakacağız, doktrine de bakacağız; uygulamadaki sorunları buna dayanarak çözeceğiz. El yordamıyla çözmeyeceğiz. En önemlisi geçici hukuki korunmada "sınırlı maddi anlamda kesin hüküm" etkisinin koşullarını ve genel çerçevesini öğreneceğiz.

Prof. Dr. Kamil Yıldırım: Peki, teşekkür ederiz. Buyurun, isminiz...

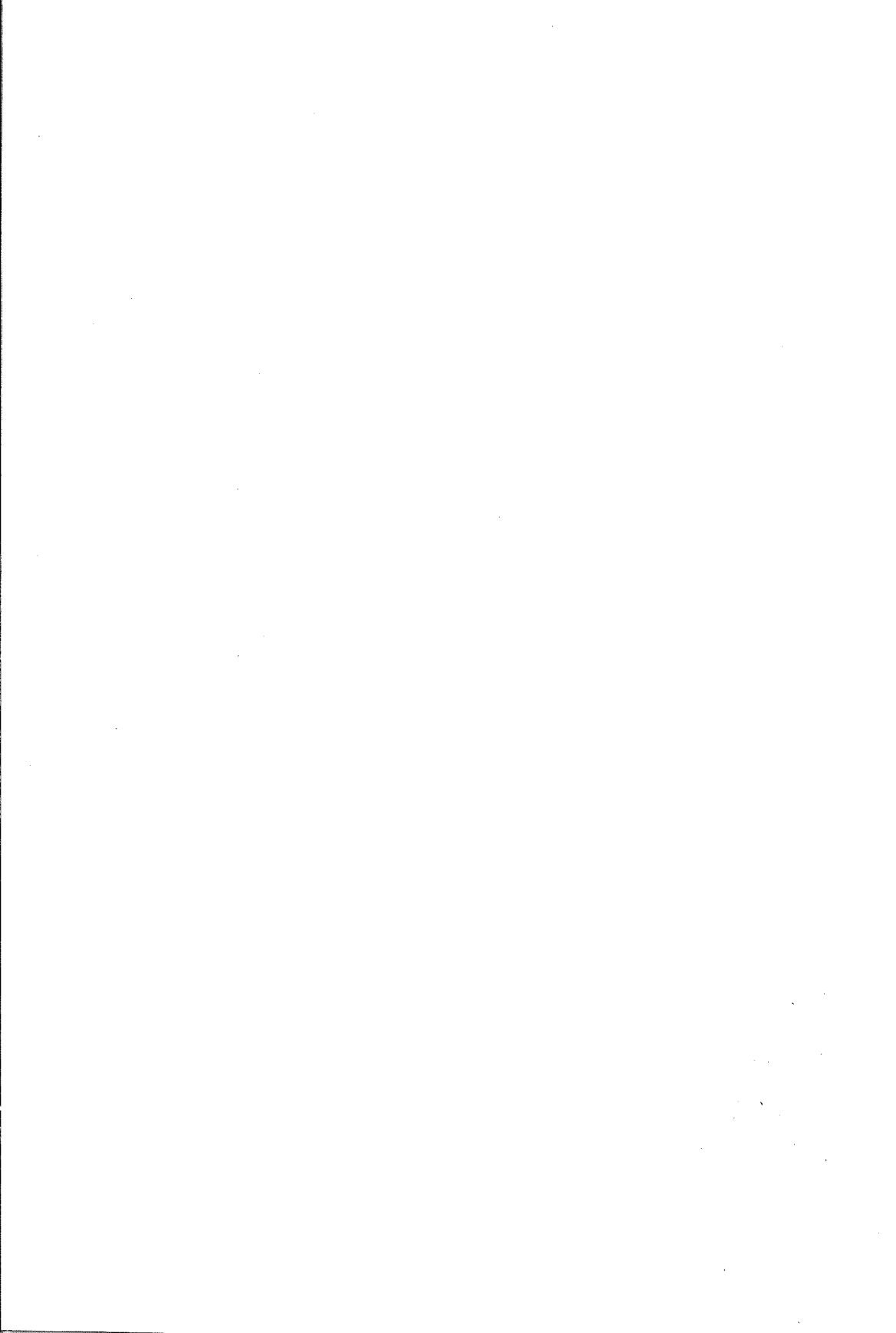
Sultanbeyli Hukuk Hakimi Turan Ateş: Önce, Üniversitemize, böyle bir toplantıyı hazırlayıp sunma olanağını yarattığı için teşekkür ederim. Sonra da siz akademisyen arkadaşlarımıza bu değerli açıklamalarınız için teşekkür ederim. Efendim, yirmibeş yılı aşkın bir süre çalışmış bir meslektaşınız olarak ifade ediyorum: Karşılaştığım, gördüğüm ve burada açıklanan bazı durumlar harfiyen doğru. Bir yerde beş tane Asliye Hukuk

Mahkemesi var. Hangisi nöbetçi?. Bir ihtiyati haciz kararı veya bir tedbir kararı alınması için beşi de takip edilir. Hangi hakim ihtiyati haciz kararına daha sıcak bakıyor, hangi hususta tedbiri daha çabuk veriyor, bunlar taraf vekillerince araştırılır ve çetele de tutulur. Bu doğrudur. Tedbir veya haciz alana kadar da bütün adliyeler dolaşılır

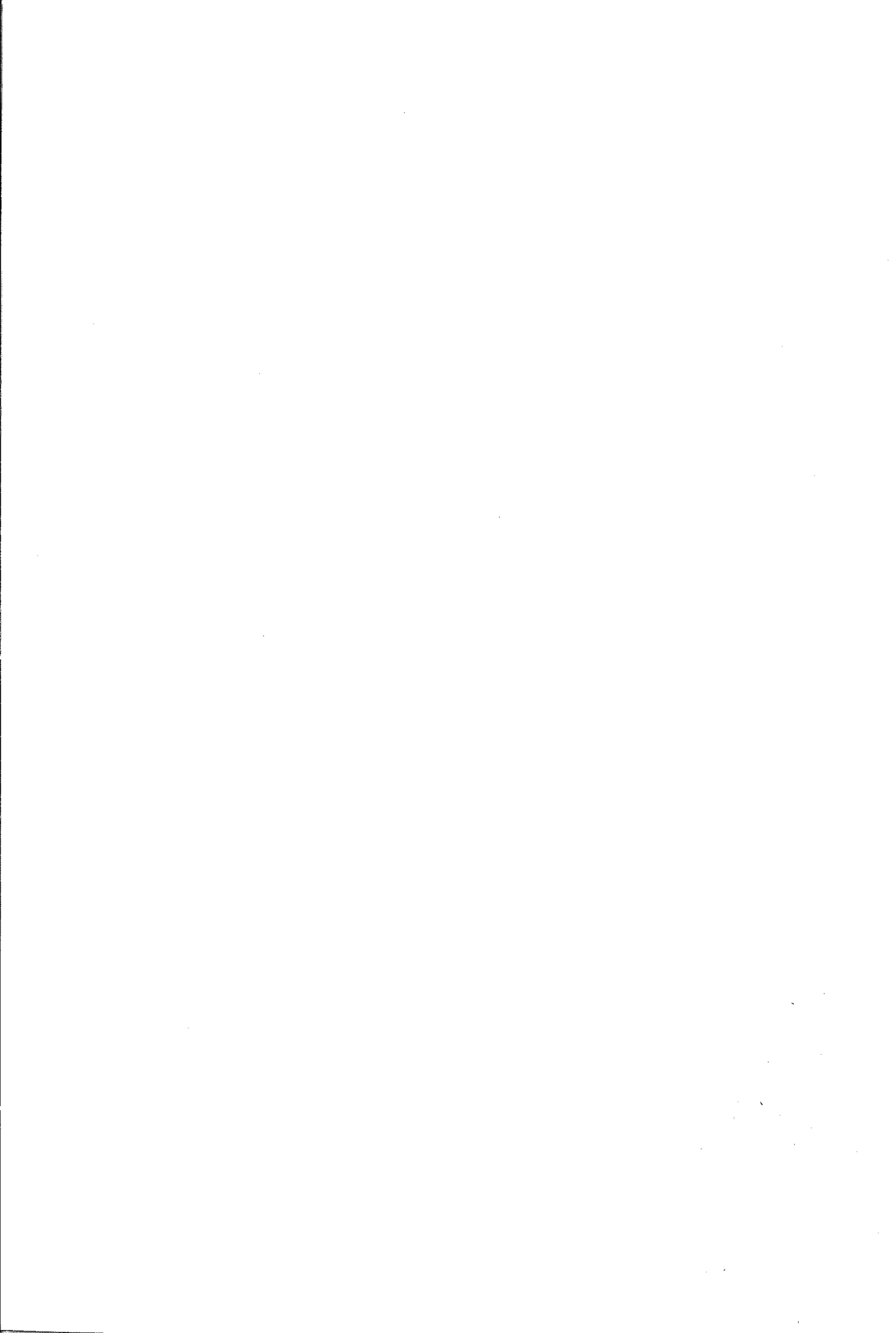
Yine, şunu söylemekte sakınca görmüyorum. Geciken adalet en büyük adaletsizlik. Öncelikle, bunun çözümü gerekir. Ama, çözmeye çalışıyoruz, çözebildiğimiz kadarıyla. Uygulamada ihtiyati hacze veya ihtiyati tedbire gayet açık, genişçe yer veren bir uygulamacıyım. Yalnız, bazı arkadaşlarımız sakınıyorlar, çekiniyorlar. Doğru. Ama tarafların bazı "suiistimalleri" demeyeyim de, bir an önce bir hedefe ulaşmak için başvurdukları yollar nedeniyle, uygulayıcıların bu sıkıntılar içinde olduğu gözümüzden kaçmasın. Yine efendim çoğu zaman tamamen evrak üzerinden, tarafları dinlemeden karar veriyoruz. İtirazlar olduğunda, tabii, mürafaa yaparak bir neticeye ulaşmaya çalışıyoruz. Ama, her halde yeni yasayla Yargıtayımızın da bize göstereceği bir uygulamayla, Türkiye'de bu uygulama birliği tüm hakimler arasında sağlanacak inancındayım. Tarafların da mahkeme mahkeme dolaşacakları günler sona erecek. Ama mümkün olduğu kadar hacizlerde teminatların oldukça sınırlı alınması, hatta hatta bugün, halk tabiriyle protesto olmuş bonolarda da hacizler verilirken teminata gidilmemesi gerekir. Borçlu borcunu bilmekte, alacaklı her zaman haklıdır. Yasanın amacı, alacaklıyı her zaman korumaktır. Hepinize teşekkür ederim. Sağolun.

Prof. Dr. Kamil Yıldırım: Peki, teşekkür ederiz. Efendim; buyurun Sayın Başkan.

İstanbul Barosu Başkanı Av. Kazım Kolcuoğlu: Evet, çok değerli konuşmacıları izledim. Meslektaşlarımız kapı kapı dolaşıp karar almak için uğraşan insanlar gibi gösterildi. Aslında böyle değil. Dosya üzerinden karar verilmesi nedeniyle bazı meslektaşlarımız, haklı olarak, görüş ayrılıkları olan ve bu konuda değerlendirmede farklı düşünen hakimler olduğu için bunu denemek zorunda kalıyorlar. Çünkü bu, avukatları kusuru değil, hakimlerin bakış açılarının kusuru oluyor. İkincisi, zaten şimdi bilgisayara göre dağıtım yapıldığı için çok adliyede, böyle bir talep, ikinci bir talep yaptığınız takdirde yine aynı mahkemeye düşer. İlgilisi ve tarafları aynı olduğu için. Bu bakımdan, benim gördüğüm kadarıyla böyle bir sakınca da artık fazla görülüyor. Teşekkür ederim.



ÜÇÜNCÜ OTURUM



4949 SAYILI KANUNUN GETİRDİĞİ DEĞİŞİKLİKLERLE İCRA İFLAS KANUNU'NDA YER ALAN İPTAL DAVALARINA VE İFLASIN ERTELENMESİNE İLİŞKİN YENİ HÜKÜMLER

Prof. Dr. Kamil Yıldırım
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra İflas Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

I. İPTAL DAVALARINA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER HAKKINDA

1) GENEL OLARAK

Türk hukukunda iptal davası, genellikle hukuki niteliği üzerinde durulmaksızın, şahsi bir dava, bir eda davası olarak kabul edilmektedir¹. İptal davası, takip hukuku kapsamında alacaklıyı koruyan, alacaklı bakımından tasarrufun yapılmamış sayılmasını sağlayan ve üçüncü şahıs bakımından eda davasının bir türü olan katlanma davası niteliğini haiz bir davadır². İptal davası takip alacaklısı bakımından takibin semeresiz kalmamasını sağlaması yönünden bir teminat tedbiridir ve bu haliyle icra hukukunun borçluyu koruyan yapısına istisna teşkil eden bir kurumdur. Temel konsept bu şekilde özetlenebilir.

1 Hepsi yerine, bkz.: Yıldırım, İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, İstanbul 1995, s.86-87 dn. 182-183, 192; Yıldırım, Anfechtungsklagen im Türkischen Recht, FS Gaul, 1997, s.831 vd., 838-839; Umar, Türk İcra - İflas Hukukunda İptal Davası, İstanbul 1963, s.20.

2 Yıldırım, İptal Davaları, s.53.

İptal davalarında, 4949 sayılı Kanun değişikliği ile başlığı “Zarar verme kastından dolayı iptal” halini alan m. 280’de madde metni de değiştirilmiştir, eski II. fıkradaki kast unsuru ve ayrıca değiştirilmek suretiyle süre konusu birinci fıkraya dahil edilmiş ve ikinci fıkra ilga edilmiştir.

Yeni m. 280 f.I: “Malvarlığı borçlarına yetmeyen bir borçlunun, alacaklılarına zarar verme kastıyla yaptığı bütün işlemler, borçlunun içinde bulunduğu mali durumun ve zarar verme kastının, işlemin diğer tarafınca bilindiği veya bilinmesini gerektiren açık emarelerin bulunduğu hallerde iptal edilebilir. Şu kadar ki işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde borçlu aleyhine haciz veya iflas yoluyla takipte bulunulmuş olmalıdır.” şeklindedir.

4949 sayılı Kanun ile İİK.m.143’de değişiklik yapılarak, takibin sermesiz kalması ile aciz vesikasına bağlanmış bir alacağın yirmi yıllık süre sonunda zamanaşımına uğrayacağı (fıkra VI) ve ayrıca sözkonusu alacak için faiz işletileceği hükmü (m.143 VII karşı.f.IV) getirilmiştir. Mehz’da 1994 yılı değişikliğinde yeni ihdas olunan Art. 149a ile zamanaşımı süresi getirilmesine rağmen, asıl borçlu bakımından faizden muaf olması, buna karşılık borçlunun mirasçıları ve kefilinin faizden de sorumlu olacakları esası korunmuştur. Bizde buna göre aciz vesikasının maddi hukuka ilişkin sonuçlarından biri yeniden düzenlenmiş olmaktadır.

4949 sayılı kanun değişikliği ile aciz vesikası için özel sicil kurulması usulü de bir yenilik olarak düzenlenmiştir.

Kanun değişiklikleri yukarıda ilk paragrafta belirtilen iptal davasının temel konseptine uygunluğu açısından ele alınabilir.

2) m. 280’DEKİ SÜREYE İLİŞKİN DÜZENLEME HAKKINDA

m. 280’deki “...işlemin gerçekleştiği tarihten itibaren beş yıl içinde borçlu aleyhine haciz veya iflas yoluyla takipte bulunulmuş olma...” ifade ile “Hak Düşürücü Müddet” başlıklı m. 284 “İptal davası hakkı, batıl tasarrufun vukuu tarihinden itibaren beş sene geçmekle düşer.” hükmü birlikte değerlendirildiğinde, iptale konu işlemin vukuu tarihinden başlamak üzere takibe başlamak için ve ayrıca iptal davası için beş yıllık süre öngörüldüğü tespit edilmektedir. İptal davası açma hakkına ilişkin sürenin başlangıcının işlemin vukuu tarihinden değil, mukayeseli hukuka uygun olarak haciz tarihi veya takip tarihi yahut iflasın açılması tarihi olarak yeniden düzenlenmesi gerekir idi. Bu hali ile m. 280’de öngörülen süre alacaklılar aleyhine kısa tutulmuştur.

m. 280'deki süreyi bu hali ile İsviçre'deki kuşku duyulan süre niteliğinde saymak imkânı yoktur. Zira, kuşku duyulan süre bir takip işlemi tarihinden geriye doğru hesaplanmaktadır. Madde, süreyi iptale tabi işlem-den başlatması nedeniyle de Mehazdan farklıdır.

Konuyla ilgili Mukayeseli hukuktaki şu bilgiler verilebilir:

İsviçre'de iptal davalarına ilişkin hükümlerde çeşitli süreler mevcuttur. Eski Kanun'da ivazsız tasarrufların iptali ve acizden dolayı iptal ile ilgili maddeler için münferit süreler belirlenmiş, genel hüküm niteliğindeki kasta dayanan iptal için ise bir süre getirilmemişti. O dönemde iptal davalarına ilişkin son madde olan Art. 292'de beş yıllık zamanaşımı süresi konulmuştu³. 1994 değişikliği ile sürelerin hesaplanması başlıklı yeni bir madde Art. 288a olarak getirilmiştir. Bu madde iptale ilişkin unsurları düzenleyen üç maddedeki kuşku duyulan sürelerin, dönemlerin (Verdachtsfrist) hesaplanmasını düzenlemektedir. Borçlunun tasarrufu, kuşku duyulan dönemde, yani hacizden veya iflasın açılmasından önceki iki yılda (ivazsız tasarruflara ilişkin Art. 286, İİK. m. 278/I) yahut bir yılda (acizden dolayı iptale ilişkin Art. 287, İİK. m. 279) veya beş yılda vukubulmalıdır⁴.

İsviçre'de Art. 288'deki beş yıllık kuşku duyulan dönem dışında Art. 292'de iptal davasında, hacizde aciz vesikasının tebliğinden, iflasta iflasın açılmasından itibaren 2 yıl geçmekle hak düşürücü süre ile karşılaşılacağı düzenlenmiştir.

Almanya'da iflas hukukuna ilişkin 5.10.1994 tarihli yeni Kanunla (§ 146 InsO) külli takip (Insolvenz) prosedürünün açılmasından itibaren 2 yıl geçmekle iptal talebinin zamanaşımına uğrayacağı esası benimsenmiştir. Eskiden bu süre 1 yıldır ve hak düşürücü süreydi (20.5.1898 tarihli İflas Kanunu-KO § 41).

3) m. 280'DEKİ MADDİ UNSURLARA İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER HAKKINDA:

4949 sayılı Kanun değişikliği ile m. 280/I'deki borçlunun iyiniyetli kişi veya basiretli bir tacirden beklenmeyecek tasarruflarla mevcudunu ek-siltmiş olması koşulu kaldırılmıştır. Madde ile ilgili Hükümet Gerekçesinde (m.67), çok sayıda borçlunun mallarını satmak istemesi nedeniyle mal-

3 Yıldırım, İptal Davaları, s.283.

4 İİK. m. 278 ve 279 için bkz.: Yıldırım, İptal Davaları, s.180-181, 196.

ların normalden daha aşağı fiyatla satılması gerçeği karşısında beklenilmeyecek tasarruflarla mevcudu eksiltmesinin objektif bir ölçüt olmaktan çıktığı ve alıcıların mağduriyetine yol açtığı belirtilmektedir.

İİK. m. 280 f.I'de kaldırılan koşul (ibare) 1965 yılında 538 sayılı Kanun ile getirilmişti. 538 sayılı Kanun gerekçesinde "İptal davası halleri birçok yönden genişletilmiş ve kolaylaştırılmıştır... İzzar kastının ispatındaki güçlük nazara alınarak 280. maddeye büsbütün yeni bir veçhe verilmiştir. Evvela tediye kabiliyetini kısmen dahi kaybetmiş olan borçlunun mamelekinin eksilmesine müncer olan bilcümle muameleleri borçlunun bu durumuna ve muamelelerinin bu mahiyetine vukufu olması lazım gelen üçüncü şahıslar hakkında iptale tabi kılınmıştır. Ancak, objektif şartların vücudunu kafi gören bu hal için iptal davası maddedeki ölçüler dahilinde iki senelik bir müddetle takyit edilmiş, borçlu ve üçüncü şahsın müştereken ızzar kastıyla hareket ettiklerinin ispatı halinde ise iki senelik takyide mahal görülmemiştir." ifadeleri yer almaktaydı.

Madde 280/ f. I şu şekilde idi: "Tediye kabiliyetini kısmen veya tamamen kaybetmiş veya hakkında 178. maddenin ikinci fıkrasındaki şartlar tahakkuk etmiş olan borçlunun, iyiniyetli bir şahıstan veya basiretli bir tacirden beklenilmeyecek tasarruflarla mevcudunu eksilttiği ve üçüncü şahsın bu durumu ve muamelenin mahiyetini bildiği veya bilmesi gerektiği hallerde yapılmış olan tasarrufları batıldır. Şu kadar ki, tasarrufun vuku tarihinden itibaren alacaklı iki sene içinde borçlu aleyhine haciz veya iflas takibinde bulunmuş olmalıdır."

538 sayılı Kanun'la değişik madde Mehaza göre karmaşık hal almıştı. Bu nedenle doktrinde değişik tasnifler yapılmaktaydı⁵.

m. 280/I'de borçlunun ödeme gücünü kısmen veya tamamen kaybetmiş veya acze düşmüş yahut aktif yetersiz iken gerçekleştirdiği tasarrufun iptali öngörülmekteydi. Anılan fıkra doktrinde bu hallerin varlığını ispatlamanın çok zor olduğu ve hükmün münhasıran iflasa tabi borçlular hakkında olduğu nedeniyle eleştirilmiştir⁶.

Değişiklikle, malvarlığının borçlara yetmemesi unsur olarak kabul edilmiştir. Malvarlığının borca yetmemesi, malvarlığını aşan ölçüde borç altına girme (Überschuldung), borca batıklık ile aynı anlamda olduğu kabul

5 Bkz.: Yıldırım, İptal Davaları, s.169 vd.

6 B. Gürdoğan, İflas Hukuku, Dersleri, Ankara 1966, s.233; Uyar, İcra ve İflas Hukukunda İptal Davaları, 2. Bası, Manisa 1992, s.112; Yıldırım, İptal Davaları, s.171.

edilirse, eski hükümdeki unsura göre daha geniş kapsamlı olduğu söylenebilir. Ancak, maddede malvarlığının borca yetmemesi şeklinde bir unsura yer verilmesi sakıncalı ve gereksizdir⁷. Özellikle borca batıklık tespiti zor olan bir husustur. İptal davalarında maddi unsurların varlığını davacı ispat etmek zorunda olduğundan, onun davadaki yükü ağırlaştırılmıştır. Mehazda böyle bir unsura da yer verilmeden sadece borçlunun alacaklılarına zarar verme kastı unsur olarak düzenlenmiştir. Son değişiklikle m. 280 f I bir ölçüde basitleştirilmiştir, ancak Mehazdaki yalın halinden hâlâ uzaktır.

Mehaz İsviçre'de Art. 288 tek fıkradan oluşmaktadır ve 1994 yılındaki değişikliğe göre "Borçlunun hacizden veya iflasın açılmasından önceki son 5 yıl içinde diğer tarafın görebileceği kasıtlı, alacaklıların zararına veya diğerlerinin zararına olmak üzere münferit alacaklıları yararına yaptığı her türlü hukuki işlem iptal edilebilir." şeklindedir. İsviçre'de bu hüküm, özel hallere ait diğer iki hükmün yanında çerçeve norm olarak kabul edilmektedir⁸.

Bu güne kadar, Türk İcra İflas Kanunu iptal hükümlerinde hep alacaklı lehine değişiklik yapılmış iken, 4949 sayılı Kanun'la ilk kez tersi olmuştur⁹. Kanunkoyucunun hedefi gerekçeden tespit edilememektedir, bu konseptten yoksun olma demektir. İcra iflas hukuku sisteminde iptal davalarının alacaklı bakımından etkin bir silah olma işlevi korunmalıdır. Kanun değişikliği isabetli değildir.

Bir diğer mesele, gerekçenin rayiçten düşük fiyatla satışın başlatılmaya eşdeğer sayılarak iptaline izin veren m. 278/III b.2 (SchKG Art. 286 II) karşısındaki durumudur. Kanaatimizce gerekçenin m. 278/III b.2 açısından bir etkisi olmayacaktır.

Madde başlığında "butlan" yerine "iptal" kelimesinin kullanılması yerindedir, ancak butlanın da ilmi ve kazai içtihatlarda tartışmasız iptal şeklinde anlaşılmakta olduğunu belirtmek gerekir.

7 Daha önceki, aktifin yetersizliğinin bir unsur olarak ele alınması şeklindeki teklifimiz (bkz.: Yıldırım, İptal Davaları, s.171), Mehaz içtihadı ve doktrini gözönüne alınarak, maddede borçlunun malvarlığı durumuna yönelik objektif bir unsura hiç yer verilmemesi şeklinde değiştirilebilir.

8 Yıldırım, İptal Davaları, s.161 vd., 169 vd.

9 Bkz. aynı yönde: Umar, Son (4949 sayılı Yasa ile Getirilen) İİK Değişikliklerinin Sınıfsal İdeolojisi Yönünden Eleştirisi, İİK Değişiklikleri Sempozyumu, Ön Malzeme Metinleri, 2004, Yeditepe Üniversitesi HF. Yayını. S. 44, 45.

Adalet Komisyonu Raporundan 2004 sayılı Kanun m. 280/T'de "ve ya bir alacaklısını diğerlerine karşı daha avantajlı duruma getirme" ibaresine yer verilmek istendiği ancak, bunun borçlunun bir alacaklısını diğerlerine karşı daha avantajlı duruma getirmesinin uygulamada sıkıntılara neden olabileceği düşüncesiyle Adalet Komisyonunca metinden çıkarıldığı anlaşılmaktadır. Bu ibare Mehaz İsviçre İİK.'nda mevcuttur, İsviçre-Alman literatüründe ve içtihatlarda benimsenmiştir. Türk literatürüne de girmiştir. Örn. İsviçre'de borçlunun hukuki işlemleri, tasarrufları arasında özel bir durum olarak, bir alacaklısına nakit, çek veya banka havalesi ile muaccel bir borcunu ödemesi diğer alacaklıların zararına bir işlem sayılmaktadır. Bu borçlunun iptale mahal vermemek için alacaklılarını eşit şekilde tatmin etme yükümlülüğünden kaynaklanmaktadır¹⁰. Almanya'da da borçlunun kendisine yakın olan bir alacaklısını diğerlerinden önce tatmin etmesi iptal kapsamındadır¹¹.

Adalet Komisyonunca, uygulamada sıkıntı yaratacağı gerekçesiyle ibarenin eklenmesinden vazgeçilmiş olması isabetsizdir. Mehazdan uzaklaşmak iptal davaları uygulamasını daraltma tehlikesi yarattığından kabul şayan değildir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, mukayeseli hukukta İsviçre İcra İflas Kanunu'nun iptal hükümlerinin tarihi gelişim bakımından önceleri borçlu merkezli iken, bu gün ise, borçlunun kötünियeti değil, alacaklının zararının önplana çıktığına işaret edilmektedir¹².

İsviçre'de, sübjektif kriterler bağlamında, borçlunun zarar verme kastı açısından, borçlunun iptali kabil işlemi yaptığı zamanda aczi veya kötü iktisadi durumu kast için önemli değildir, bu durumlar ızzar kastı şüphesini uyandırır veya kuvvetlendirir ve bir zarar kastı için ispat hukuku yönünden kural olarak bir emare oluşturur¹³.

Almanya'da alacaklı, borçlunun ivazlı tasarrufları hakkında da iptal davası açabilir; eğer borçlu diğer alacaklılarının takiplerini semeresiz bırakma amacı taşıyarak hareket ediyorsa, davacı alacaklı, borçlunun zarar verme kastını ileri sürebilir ve bunu ispat edebilir¹⁴.

10 Stachelin, Art. 288, no 9.

11 Rosenberg/Gaul/Schilken, Zwangsvollstreckungsrecht, 11. Auflage, München 1997, § 35 1 s.353.

12 Diem, Die Voraussetzungen der Gläubigeranfechtung nach schweizerischem und deutschem Recht, Zürich 1987, s.171.

13 Stachelin, Art. 288 no. 15-16.

14 BGHZ 12, 232, 238; BGH NJW 1956, 337; Rosenberg/Gaul/Schilken, s.547.

İptal davasında davacı, tüm kanuni maddi unsurları ispatla yükümlüdür¹⁵. İspat hukukunda çürütülemeyen ve çürütülebilen kanuni karineler ile fiili karinelerden yararlanılır. Alman doktrinindeki açıklamalara göre, fiili karineler tarihi gelişim açısından, müşterek hukuktaki karinelerin artıdırlar; başlangıçta sadece delillerin takdirini tanzim etme işlevini görmüşler, ancak kanun maddelerine bağlandıktan sonra ispat yükü üzerinde ister istemez etkili olmuşlardır¹⁶.

4. EMARE YOLUYLA İSPAT HAKKINDA:

Yeni m. 280'in ilk fıkrası maddi unsur hakkında açık emare bulunursa işlemin iptal edileceğini öngörmektedir. Esasen, Türk Kanunkoyucu daha önce Mehazdan farklı olarak maddenin II. ve III. fıkralarında bazı fazaiyeler için kanuni karineler getirmek suretiyle ispatı kolaylaştırmıştır.

İsviçre'de davacı alacaklı, zarar veren hukuki tasarrufu, borçlunun ızzar kastını, işlem lehdarının (3.kişi) bu kastı bildiğini veya bilebileceğini ispat yükü taşımaktadır. Davalıya (işleme taraf 3. kişiye) ispatı düşen, borçlunun kötü durumunu bilmediği unsurudur ve bunu ispat ölçüsü olarak ihtimale dayalı ispatla ortaya koymak suretiyle yükümlülüğünü yerine getirmiş olur¹⁷.

Sübjektif şart olarak ızzar kastı ve bunun bilinmesi, deruni vakıalara ilişkin olduğundan ispatı emarelere dayandırılabilir. Açık ifadeyle borçlunun işlem tarihinde malvarlığının borca batık durumda olmasına, hukuki işlemin olağan dışı bir nitelik arzemesine dayandırılabilir. Bunlar fiili karinelerdir¹⁸.

İK'daki son Kanun değişikliği ile ilgili olarak bir fikre göre, yeni düzenleme alacaklıların lehine olmuştur¹⁹. Uyar'a göre bu kanı doğru de-

15 Yıldırım, s.165, 167

16 Bkz.: Prütting, Gegenwartsprobleme der Beweislast, München 1983, s.48 vd.; Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, İstanbul 1990, s.116 vd.

17 İsviçre BG 24 II 108 E.7. Federal Mahkeme'nin 25.2.1966 tarihli ZR 1966 no.138'de yayınlanmış içtihadı ve buna atıf yapan Fritzsche/Walder, II § 66 no 25 dn. 49 ve Staehelin, Art. 288 no 23.

18 Staehelin, Art. 288 n.23.

19 Akşener, İcra İflas Yasasının 280. maddesinde 4949 sayılı Yasa ile Yapılan Değişiklikler Üzerine İnceleme, Legal Hukuk, 2003/Eylül, s.2212.

ğildir, iptal koşulları daha belirli hale getirilmiştir²⁰. Türkiye Bankalar Birliği-İcra İflas Kanunu Çalışma Grubu Raporu'na göre, zarar verme kastının ispatı çok güç olduğundan iptal koşulları borçlu lehine ağırlaştırılmıştır²¹.

İsviçre'de zarar verme kastı ve borçlunun kastının üçüncü kişi tarafından görülebilir olması sübjektif unsurlardır. Bunlar hakime çoğu zaman zor bir görev yüklemektedir. Hakim, ızzar kastı ve kastın görülebilir olduğu hususunda emarelerin münferiden ispatına mı gideceğine, yoksa iptal davacısının iddia ettiği dış vakıaların genel durumundan sonuç mu çıkaracağına kendisi karar verecektir²². Örneğin, borçlunun yakınının, borçlunun mali durumunun kötü olduğunu bildiği, kastını görebildiği ve yakınlığı dolayısıyla onunla alacaklıları zararına sözleşme akdetmeye amade olduğu kabul edilir²³.

Türk hukukunda –İsviçre'den farklı olarak- emare yoluyla ispata bu ölçüde başvurulmamaktadır. Zira, ivazsız tasarrufların iptalini düzenleyen m. 278'de belli yakınlar arasındaki ivazlı tasarruflarda, bunların ivazsız sayılması şeklinde kanuni karine oluşturulmuştur. Doktrinde Umar/Yılmaz'a göre, burada kesin karine değil, bir fiksion, varsayım sözkonusudur²⁴. Ayrıca m. 280 son iki fıkrası da başka farazyeler için kanuni karineler düzenlemektedir.

Mukayeseli hukukta emare yoluyla ispat hakkında şu bilgiler hatırlanmalıdır. İspat, doğrudan ispat, ilk görünüş ispatı veya emareler yoluyla dolaylı ispat şeklinde olabilir. Emare yoluyla ispat, hakkında karar verilecek hayat olayının münferit durumunun analizine dayanır. Bir iddia, tecrübe kurallarının muhtemel kıldığı olaylara binaen emare vakıalar ile de ispatlanabilir²⁵. Emare yoluyla ispat ile münferit durumlardan asıl, ana vakıa çıkarılmaktadır. Emare vakıalardan ciddi şekilde başka sonuçların çıkarmaması şartıyla bu emare delilden kanaate ulaşılacaktır.

20 İcra İflas Kanunu'nda Değişiklik Yapılmasına Dair Kanun'un Getirdiği Yenilikler, TBBD.2003/ Kasım –Aralık, s.198.

21 Rapor s.10.

22 Fritzsche/Walder, § 66 no.27.

23 Alman içtihadı olarak 5.12.1985 tarihli BGH kararı, ZIP 1986/7, s.1478.

24 Umar/Yılmaz, İspat Yüğü, 2.Bası, İstanbul 1980, s.169.

25 Yıldırım, Delillerin Değerlendirilmesi, s.121.

- Kastın ispatında, emarelerin kullanılabilmesine ilişkin yeniliğin alacaklı yararına olduğu düşünülebilirse de şahsi kanaatin klasik ispat ölçütü olarak aranması gereği karşısında bu yönden radikal bir değişiklik yapıldığı söylenebilir. Artık m. 281'e göre kanuni ispat kuralının değil, delillerin serbestçe değerlendirilmesi ilkesinin esas alınacağı yönünde bir kanuni dayanak ortaya çıkmıştır²⁶.

5. SONUÇ

17.7.2003 tarihli 4949 sayılı Kanunla iptal davalarının maddi unsurlarına ilişkin üç maddeden sadece birisi m. 280/f.I'de değişiklik yapılmış ve II. fıkra kaldırılmıştır. Söz konusu madde, iptale ilişkin üç madde arasında genel, çerçeve norm olması ve usuli zorluk derecesi bakımından en zorları olması dolayısıyla, söz konusu kanun değişikliği önemlidir.

- Maddi unsur olarak borçlunun malvarlığının borçlarına yetmemesi esas alınmıştır. Bu kıstas eski metnin karışık ifadesine nazaran basittir, ancak daha kapsamlıdır ve esasen yargılamaya gereksiz bir yük getirmektedir. Unutmamak gerekir ki, iptal davası takip hukuku içinde basit yargılama usulüne tabi bir davadır, takip alacaklısına borçlusunun mal kaçırmaya yönelik bir tasarrufla yarattığı engeli aşmasını sağlamaya yöneliktir.

- Süre yönünden, m. 284'deki sürenin, tasarrufun vukuu tarihinden itibaren değil, haciz/takip tarihi veya iflasın açılmasından itibaren işleyen bir hak düşürücü haline getirilmesi gerekmektedir. Yeni m. 280/I'de değişiklik yapılmalıdır. Süre, işlemin vuku tarihinden ileriye doğru değil, takip (haciz veya iflas) tarihinden geriye doğru beş yıl içinde iptale tabi işlemin gerçekleşmiş olması şeklinde değiştirilirse, Mehazı takiben kuşku duyulan dönem Türk hukukunda da düzenlenmiş olacaktır.

- Fıkradaki düşük fiyatla satışta müktesibin korunmasına yönelik değişiklik alacaklı aleyhinedir.

- Olması gereken bakımından, Yargıtay'ın borç ilişkisi doğmadan önce yapılmış işlemlerin iptal edilemeyeceği yönündeki içtihadı, uygulamada bir sorun teşkil etmektedir. 4949 sayılı Kanunla, bu sınırlayıcı içtihadı ortadan kaldıracak şekilde bir değişiklik yapılmamış olması bir eksiklik teşkil etmektedir.

26 Doktrinadaki önceki tartışmalar için bkz.: Yıldırım, İptal Davaları, s.165, 166; Karş.: Umar, İptal Davası, İstanbul 1963, s.96-97.

- Kanunlar herkes tarafından anlaşılabilir olmalıdır, iptal hükümlerinin de temel ilkelerle oluşturulması gerekir. Ancak bu şekilde iptal davaları alacaklılar bakımından etkin bir silah olarak kullanılabilir. M.280 I deki son değişiklik bu hususları göz önüne almadığından isabetsizdir.

II. İFLASIN ERTELENMESİ KURUMU HAKKINDA

İcra İflas Kanunu'nda 17.7.2003 kabul tarihli 4949 sayılı Kanun ile iflasın ertelenmesine ilişkin yeni hükümler getirilmiştir. Sermaye şirketlerinin ve kooperatiflerin doğrudan iflasını düzenleyen 179. maddede borçların aktiflerden fazla olduğu veya borca batıklık faraziyesinde, şirketin idare ve temsili ile vazifelendirilmiş kimselerin veya bir alacaklısının, mali durumun iyileştirilmesinin mümkün olduğuna dair bir iyileştirme projesini mahkemeye sunarak iflasın ertelenmesini isteyebileceği; mahkemenin projeyi ciddi ve inandırıcı bulur ise, iflasın ertelenmesine karar verebileceği öngörülmektedir. Talepte bulunana, iyileştirme projesinin ciddi ve inandırıcı olduğunu gösteren bilgi ve belgeleri de mahkemeye sunma zorunluluğu getirilmiştir. Mahkemenin gerekli gördüğünde idare ve temsille vazifelendirilmiş kimseleri ve alacaklıları dinleyebileceği, iflasın ertelenmesi taleplerini öncelikle ve ivedilikle sonuçlandıracağı hükmü de yine anılan madde de ikinci fıkra olarak yer almaktadır. Kanunda yeni bir hüküm olarak "erteleme tedbirleri" başlıklı m. 179a ile, mahkemenin şirketin malvarlığını korumaya matuf her türlü tedbiri iyileştirme projesini de gözönünde tutarak alabileceği, kayyım atayabileceği düzenlenmiştir. "Erteleme Kararının Etkileri" başlıklı yeni m. 179b ile, kural olarak erteleme kararı üzerine borçlu aleyhine yapılan takiplerin duracağı, yeni takip yapılamayacağı; erteleme süresinin azami bir yıl olduğu ve kayyımın raporu ile bir yıl daha uzatılabileceği öngörülmektedir.

İflasın ertelenmesi kurumu ve işleyişi hakkında ilmi ve kaza-i içtihat yönünden şu bilgiler verilebilir:

Kurumun başlıca amacı, mali durumunu düzeltebilecek bir şirketin iflastan kurtularak varlığını sürdürebilmesidir. Zira iflas, değerleri yok eden bir mekanizmadır. Pazar ekonomisi mülhazalarını temel alan bir ıslah, iflasa göre kural olarak hem borçlu hem alacaklı için daha iyi bir çözümdür²⁷. İsviçre Federal Mahkemesi'ne göre, iflasın ertelenmesinin

27 M.L.Schmid, Überschuldung und Sanierung, Diss. Fribourg, 1984, s.46; Dubach, Der Konkursaufschub nach Art. 725a OR: Zweck, Voraussetzungen und Inhalt, SJZ Band 94 (1998), s.151.

amacı, alacaklı ve şirket yararına çerçeve şartlarını başarmak ve böylece realist bir ıslah şansını hayata geçirebilmektir. Bu meyanda alacaklıların, derhal iflasın açılmasına nazaran daha elverişli konuma gelecekleri beklenmemeli, durumlarının daha kötüleşmemesi yeterli görülmelidir²⁸.

İflasın ertelenmesinin maddi koşulları: şirketin borca batık olması ve mali durumun iyileştirilmesi (ıslahı) ümidinin bulunmasıdır. Mali durumu ıslah tedbirleri çok çeşitli olabilir. Bu cümleden olmak üzere, sermaye artırımına gitmek, hissedarlar veya üçüncü kişiler tarafından şirketin bazı borç ve taahhütlerini üstlenmek, yeni bir yönetim kurulu oluşturmak, alacaklılarla borç erteleme anlaşmaları yapmak, konkordato teklif etmek zikredilebilir²⁹.

Kanunkoyucu iflasın ertelenmesi hükmünü çok kapsamlı tutmuştur. Hakime geniş takdir yetkisi tanımıştır. Bu hem bir şans, hem de bir risktir. Hakim, ekonomi ve işletme hakkında bilgi sahibi olması ve iflasın ertelenmesi enstrümanları konusunda tecrübelere ulaşması halinde takdir hakkını amaca uygun kullanabilir. Bunun önşartı da hakimin kendi bilgi ve tecrübe sınırlarını bilmesi ve uygun bilirkişilere başvurmasıdır. Hakim konuya yabancı ise ve tecrübesiz ise risk büyüktür³⁰.

Asliye ticaret mahkemesi erteleme için aranan koşulların var olup olmadığına, kanunda zikredilen azami bir yıllık sürenin verilmesine ve gerektiğinde bir yıl daha uzatılmasına, şirket malvarlığının korunması için gereken tedbirlerin alınması zımında kayyım atanması, envanter tanzimi, iflasın ertelenmesi kararının ilanı, anonim şirketin tasarruf yetkisinin kısıtlanması, yönetim kurulunun şirket malvarlığı üzerindeki tasarruf ehliyetinin kısmen veya tamamen kaldırılması, bazı işlemleri yapabilmelerinin kayyım muvafakatine bağlanması yönünde kararlar verebilir. İflasın ertelenmesi prosedüründe de bunun külli takip prosedürünün bir parçası olduğu ve iflastaki alacaklılar arasında dengenin korunması ilkesinin burada da geçerli olacağı kabul edilmektedir. Keza, alacaklıların korunması açısın-

28 BGE 101 III 106; 120 II 427.

29 Geniş bilgi için bkz.: O.Atalay, Anonim Şirketlerin İflası, İzmir 1996, s.105 vd.; İ. Kayar, Anonim Ortaklıkta Mali Durumun Bozulması ve Alınacak Tedbirler, Konya 1997, s.241 vd.. İsviçre hukukunda bkz.: Fritzsche/Walder, Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, B.II, Zürich 1993, s.26 vd.; Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs, Hrsg. Staehelin/Bauer/Staehelin-Brunner, B.II, Art. 192

30 Dubach, s.150.

dan, iflasın ertelenmesi halinde de faiz işletilmekte ve zamanaşımı süreleri durmaktadır³¹.

Kayım, borçlunun ve alacaklıların menfaatlerini aynı ölçüde gözetmek zorundadır, karar ve işlemlere karşı şikâyet kendisini atayan ticaret mahkemesine yapılır. Kayımanın görev ve yetkilerinin kapsamını mahkeme takdir eder, bunların neler olduğunun açıkça bildirilmesi uygulama açısından kolaylık sağlamaktadır.

Kayımlık görevi, erteleme süresinin sona ermesi veya erteleme kararının kaldırılmasıyla bitmektedir. Bu durumlarda şirket eski durumuna dönmektedir.

ERTELEMENİN SONA ERME ŞEKİLLERİ

Bu konuda sınırlı sayı prensibi caridir, şu üç türlü sonuçtan biri doğabilir³²:

1) Şirket kurtarılır. Bunun için mahkeme öncelikle seçilmişse kayımdan, yoksa şirket yönetim kurulundan dökümanlara dayalı bir rapor tanzimini talep etmelidir. Sonuçta mahkeme, ertelemeyi ve alınmış olan tedbirleri kaldırır.

2) Şirkete konkordato mühleti tanınabilir. Bu İsviçre'de Art. 297/IV, Türk hukukunda m. 287 uyarınca mümkündür³³.

3) Erteleme süresinin şirket açısından başarısızlıkla sonuçlanması (ıslah ümidi kalmaması) üzerine ticaret mahkemesi anonim şirketin iflasına karar verecektir.

YARGILAMA

Ticaret Mahkemesi basit yargılama usulüne göre takdir yetkisine dayanarak karar verir³⁴. Yargılama, adi takipte iflasın açılması hükümlerine tabidir (İİK. m. 181'in atfı dolayısıyla). İsviçre'de Art. 725a OR hakime ne iflasın ertelenmesi dilekçesini ilan etme, ne de taraf işlemleri yapılma-

31 Dubach, s.149 vd., 181 vd.

32 Dubach, s.186.

33 Türk hukuku için bkz.: Pekcanitez, Anonim Ortaklıkların İflası, Ankara 1991, s.54.

34 Kuru/Arslan/Yılmaz, Medeni Usul Hukuku, 4. Bası, Ankara 1991, s.687.

sını emretmektedir³⁵. Türk hukukunda bazı yazarlarca iflasın ertelenmesinin nizasız kazaya dahil olduğu savunulmaktadır³⁶.

İflaşın ertelenmesi kararları aleyhine kanun yoluna gidilebileceği kabul edilmektedir. İsviçre'de iflas kararına karşı istinaf kanun yolu burada da uygulanmaktadır (Art. 192'de art. 194'ün atfıyla Art. 174). Türk hukukunda kanun yolu olarak temyiz anlaşılmaktadır³⁷.

SONUÇ

İflaşın ertelenmesi özü itibarıyla hakim nezaretinde mahkeme dışı bir iyileştirme şansının kullanılmasına hizmet eden usuli bir enstrümandır. Kurum, zor durumda olan ve fakat kurtulma şansı bulunan şirkete, belirli şartlar altında bir nefes alma zamanı tanır. Borca batıklık nedeniyle (Überschuldung) iflasın açılması derhal gerçekleşmez. Kurumun uygulanması oldukça basittir, etkileri de buna göre sınırlıdır, ağırlıklı olarak bir mühlet tanınmasıdır. İsviçre'de bu şirketler hukuku anlamında moratoryumdur. Söz konusu hüküm, krizde sınınan şirkete iyileştirmeyi deneyebileceği ve alacaklıları ile sulh görüşmelerini yürütebileceği elverişli bir ortam sağlamaktadır.

Konkordatodan farkı, herkese değil, anonim, limited, hisseli komandit şirketler ile kooperatiflere sunulmuş olmasıdır. Yine konkordatodan farkı borca batıklık ilanı ve gerçek bir borca batıklık halinin varlığını şart koşmasıdır. Hakimin takdir yetkisi, özellikle süre ve uygulanacak tedbirler yönünden konkordatodakinden daha geniştir. Alacaklıların kabulü gerekli görülmemektedir. Konkordatoda emredici sonuçların doğabilmesi belirli bir alacaklı ekseriyeti kararına bağlıdır.

İflaşın ertelenmesi iyileştirmeyi hedeflemiştir, şirketin tasfiyesi amacıyla kullanılamaz. İmkânları ve sınırları ile orantılı olarak uygulamada başarılı veya başarısız örnekleri görülmektedir. Alacaklıların kabulü ol-

35 Karş.: Giroud, s.150 vd.; Schmid, s.48.

36 E. Yılmaz, Borçlunun İhtiyarıyla Kendi İflasını İstemesi Durumunda Mahkemenin İnceleme Yetkisi, ABD 1985/1, s.25 vd., s.30; Pekcanitez, s.54 ve orada anılan Anaya Mahkemesi'nin 20.9.1984 tarih ve 8/10 sayılı kararı (RG. 28.12.1984); Atalay, s.91, 94; Türk, s.306. Karş.: Kuru, Nizasız Kaza, s.104 vd.

37 G.Eriş, İflaş ve Konkordato Hukuku, Ankara 1991, s.433'de anılan Yargıtay 11. HD. 26.10.1989, 6175-5728 sayılı içtihat.

madan çoğu zaman iyileştirme gerçekleşemez, bu noktada alacaklı sayısının çokluğu da önem taşımaktadır. Likidite, faizler ve malvarlığı seviyesi şeklinde somutlaşan maddi durumun yanı sıra, kayyımın ve danışmanın, problemleri çözme kabiliyeti de önemli rol oynamaktadır.

İFLAS HUKUKUNDAKİ YENİLİKLER

Doç. Dr. Oğuz Atalay

Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Usul ve İcra-İflas Hukuku Öğretim Üyesi

Tebliğimizin konusu, iflasla ilgili yeniliklerdir. 4949 sayılı Kanun ile iflas hukukunda yapılan değişiklikler iki başlık altında toplanabilir. Birincisi iflas tasfiyesini hızlandırmaya yönelik değişiklikler. Özellikle, iflas tasfiyesinin sürüncemede kalmasına neden olan bazı hükümlerde yapılan revizyonlar, iflas idaresi toplantıları, alacaklılar toplantıları gibi. İkincisi ise, borca batık hale gelmesine rağmen iyileştirilebilecek nitelikte olan sermaye şirketlerinin yeniden yapılanmalarına, hayata devam etmelerine imkân sağlayacak bir müessese olan ve aslında daha önce Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinde ifadesini bulan, iflasın ertelenmesi müessesesi.

I. İFLAS TASFİYESİNİN HIZLANDIRILMASI AMAÇLI DEĞİŞİKLİKLER

İcra ve İflas Kanununun 166. maddesinden başlayacak olursak, bu maddede iflas kararının ilan edileceği gazeteler konusunda bir yenilik getirilmiştir. İflas dairesi, iflas kararını "karar tarihinde yurt düzeyinde tirajı en yüksek beş gazeteden biri"nde ilan edecektir. Eski düzenlemedeki belirsizlik nedeniyle uygulamada, hangi tarihteki tirajı en yüksek beş gazeteden birinin belirleneceği konusunda tartışma vardı. Yani; ilan talebinin Basın İlan Kurumu'na gittiği tarihte tirajı en yüksek beş gazete mi, yoksa kararın verildiği tarihte tirajı en yüksek beş gazete mi esas alınacaktır? Değişiklikle artık bu tarih, iflas kararının verildiği tarih olarak netlik kazanmıştır.

İflasta rehinli alacaklıların durumunu güçlendirici nitelikte bir yenilik olarak İİK m.185'e eklenen cümle ile, rehin sahibi alacaklıların, iflasın açılmasından sonra da masaya karşı, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabilecekleri hükme bağlanmıştır. Bu değişiklikten önce, İİK m.193, IV uyarınca, rehin sahibi alacaklının, iflastan önce başlatmış olduğu rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe iflastan sonra da masaya karşı devam edebilmesi mümkün iken, iflas tasfiyesi sırasında yeni bir rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatıp başlatamayacağı tartışmalı idi. Bu noktada artık kanun koyucu tercihini belirlemiştir ve iflas kararından sonra da rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe başlanabileceği tartışmasız hale gelmiştir.

İİK m.206daki sıralara ilişkin değişiklik ile imtiyazlı alacaklılar çevresi daraltılmış ve üç grup imtiyazlı alacak kabul edilmiştir. Bu maddedeki değişiklikler, Sayın Adnan Değnekli'nin tebliğinin konusunu oluşturduğundan ayrıntısına girilmeyecektir.

İflas tasfiyesinin sürüncemede kalmasını önlemek amacıyla, 222. maddede yapılan değişiklikle, alacaklılar toplantısının sonuçsuz kalması engellenmek istenmiştir. Yeni düzenlemeye göre, "Alacaklılar toplanması mümkün olmazsa veya toplanıp da karar nisabı oluşmazsa durum bir tutanakla tespit olunur. Bu durumda iflas dairesi ikinci alacaklılar toplanmasına kadar masayı idare eder ve tasfiyeye başlar."

Bilindiği üzere, birinci alacaklılar toplantısı iflas müdürü başkanlığında başlar ve iflas idaresine aday seçilir. Uygulamada iflas tasfiyesini geciktirmek için, müflisin, anlaşmalı alacaklılarla birinci alacaklılar toplantısını engelledikleri veya çok sayıda alacaklı olduğunda bunların toplanmasının mümkün olmadığı yolunda şikâyetler vardı. Bu değişiklik, söz konusu sorunları aşabilecek bir düzenleme getirmiştir. Ancak burada, iflas idaresine aday seçiminin kim tarafından yapılacağı sorusu akla gelmektedir. İflas müdürünün masayı ikinci alacaklılar toplanmasına kadar idare edeceği ve tasfiyeye başlayabileceği göz önüne alınırsa, iflas idare memurlarının seçimine gerek olmadığı sonucuna varılabilir.

Diğer bir değişiklik 223. maddenin 3. fıkrasında yapılmıştır. Buna göre, "İflas idaresi toplantıları idare memurlarının veya herhangi bir alacaklının gündem belirlemek suretiyle yapacağı talep üzerine iflas idaresi müdürünün toplantı gününden en az yedi gün önce göndereceği çağrı üzerine yapılır. İflas idaresi kararları çoğunlukla alır ancak toplantıya her üç iflas idaresi memurunun da katılmaması halinde iflas dairesi müdürü, if-

İflas idaresinin görevini yüklenir.” İflas idaresi seçilmiş, yani birinci alacaklılar toplantısı yapılmış, fakat iflas idare memurları toplanamıyorlar ise iflas tasfiyesi sürüncemede kalacaktır. Bu durumda iflas dairesi müdürü tasfiyeyi yürütme yetkisi ve görevi ile donatılmıştır. İflas dairesi müdürüne bu değişikliklerle çok büyük görevler yüklenmiş ve sorumluluğu artmıştır diyebiliriz. Ayrıca, iflas idaresi toplantısına, iflas idare memurlarından birinin veya ikisinin katılması durumunda ise, iflas dairesi müdürünün bu toplantıya katılacağı ve karar alınmaması halinde, iflas dairesi müdürünün oyu doğrultusunda işlem yapılacağı hükme bağlanmıştır.

İİK m.226. de, sulh olma veya tahkim yetkisi iflas idaresine, miktar bakımından sınır iki milyar TL’ye yükseltilmiştir.

İİK m.239.da yine ikinci alacaklılar toplanmasında, tasfiyeyi hızlandırıcı bir hüküm olarak alacaklılar toplantısı yapılamazsa veya karar yeter sayısı oluşmazsa, durumun tespit olunacağı ve bu halde de iflas idaresinin tasfiye kapanıncaya kadar işi devam edeceği kabul edilmiştir. Şimdi burada artık iflas dairesi devreye girmemektedir. Zira ikinci alacaklılar toplantısı aşamasına gelindiğine göre, birinci alacaklılar toplantısı yapılmış ve iflas idaresi seçilmiştir.

Bildiğimiz gibi bir organ olarak ikinci alacaklılar toplanması iflas tasfiyesinin en önemli organıdır. Benzetme caizse, bir şirketin genel kurulu gibi asıl yetkili organ odur. Satış şekline, bazı davalara devam edilip edilmeyeceğine, 245. maddeye göre bazı alacakların takip ve dava yetkisini isteyen alacaklılara devrine ikinci alacaklılar toplanması karar verecektir. Bu durumda karşımıza şöyle bir sorun çıkıyor: İflas idaresi toplanamazsa, iflas tasfiyesi kapanıncaya kadar işe devam edebilecek ise, alacaklıları tekrar toplantıya çağırma yükümlülüğü yok mudur? İkinci alacaklılar toplanması gerçekleşemezse, kural olarak iflas idaresinin bir daha çağrı yapması mümkün. Bu hüküm acaba emredici midir? İflas idaresinin ikinci alacaklılar toplantısını tekrar toplantıya çağıramayacağını mı öngörüyor? Kanaatimce yeni düzenleme böyle anlaşılmalıdır. İkinci alacaklılar toplanması bir organdır. Toplantının sayısı ikinci toplantı üçüncü toplantı olabilir ancak ikinci alacaklılar toplanmasının oluşması gerekir. Asıl karar organı olan ikinci alacaklılar toplanmasının oluşturulması gerektiği ve sadece iflas idaresinin tasfiyeyi devam ettireceğine ilişkin yeni düzenlemenin buna engel olmayacağı kanaatindeyim.

İİK m.250.de paraların dağıtımıyla ilgili bir düzenleme getirilmiş ve pay cetveline karşı şikâyet yoluna gidilmiş olması halinde, paraların dağıtıl-

ması için, bu şikâyetin çözümlenmesinin mutlaka beklenmesi kuralı terk edilmiştir. Yeni düzenlemeye göre, “şikâyet vaki olmuşsa, dağıtım bu şikâyet üzerine verilecek kararın dağıtımına etkili olabileceği oranda ertelenebilir.

İİK m.251’de aciz vesikasıyla ilgili hükümde İİK m.143deki yenilik doğrultusunda bir düzenleme yapılmıştır. İİK m.143’teki değişikliklerle bir aciz sicili getirilmiştir ve hakkında aciz vesikası düzenlenen borçlular aciz siciline kaydedilecektir. Bu sicilden terkinin sağlamak için, borçlunun aciz vesikasındaki borcu faiziyle birlikte ödenmesi gerekir. İflasta verilen aciz vesikasının sicilden terkinin için 196. madde hükümleri saklı tutulmuştur. Yani iflas tasfiyesi sırasında o alacağa ilişkin olarak uygulanan faiz ne ise, aciz vesikasına bağlandıktan sonra da o oranlar nispetinde ödeme yapılarak sicilden terkin sağlanabilir.

Müflisin iflastan sonra yeni mal iktisap etmedikçe, alacaklıları tarafından takip edilemeyeceğini düzenleyen İİK m.251’in son fıkrasının, son cümlesi ile getirilen yeni hükme göre, “Müflisin yeni mal iktisap etmediği itirazında bulunmayı sağlamak niyetiyle üçüncü kişinin hak sahibi kılındığı, ama müflisin fiilen tasarruf ettiği mallar, üçüncü kişi bu durumu biliyor veya bilmesi gerekiyorsa yeni mal sayılır.”

Bana şunu hatırlattı, uygulamada iptal davalarıyla ilgili; Kamil Bey hocamız da belki o konuda soru gelince açıklar ama ben de bir hatırlatma yapayım. Uygulamada nam-ı müstear ile ilgili davaları ile iptal davaları birleştirerek iptal davaları açılması yolunda bir uygulama başlamış ve Yargıtay’ın da bunu tasvip ettiğini biliyorum. İşte burada tipik nam-ı müstear meselesi var. Kendisi üzerine almak istediği bir malı başkası üzerine alıyor, kendi menfaatlerinden faydalanıyor. Bu şekildeki hukuki dolanı bertaraf etmeye yönelik bir hüküm getirilmiştir.

Getirilen düzenlemelerin kritiğine geçecek olursak; tasfiyeyi hızlandırmaya yönelik düzenlemeler acaba amaca uygun mudur ve etkili olabileceği şansı var mıdır? 1965 değişikliğinden beri İcra İflas kanunu milli bir kanun haline gelmiş ve mehzaz İsviçre kanunundan farklılaşmıştır. Fakat tasfiyeyi hızlandırmak için yapılan değişiklikler; özellikle iflas dairesine, iflas idaresine yetki verilmesi, iflas tasfiyesinin temel organlarının artık bertaraf edilmesi aşamasına gelmiş durumdadır ki, bu konuda titiz davranmak gerekir kanaatindeyim. Yani her zaman fayda sağlamayabilir, aksine alacaklıların alacağına kavuşmasını hızlandıralım derken suiistimallere açık hale getirebilir. Çünkü özellikle ikinci alacaklılar toplanmasının devreden çıkartılması alacaklıların aleyhine çok ciddi bir tehlike teşkil eder.

Onun yerine üç kişiden oluşan iflas idaresinin tasfiyeye devam etmesi bir güvence değildir. İflas tasfiyesine hız kazandırırken, bu hızın yanında kaybettirdiklerini de terazinin diğer kefesine koymak gerekir.

II. İFLASIN ERTELENMESİ

A. GENEL OLARAK

İflâsın ertelenmesi, ticaret mahkemesine, borca batık durumda olan bir sermaye şirketi hakkında iflâs kararı vermekten, belli koşullarla geçici olarak sarfınazar etme imkânını veren ve iflâsın önlenmesine hizmet eden bir kurumdur.

Bir sermaye şirketinin iflâsına karar verilmesi sonucu, malvarlığının cebri satış ile paraya çevrilmesi yerine, şirketin malî durumunun düzeltilerek alacaklıların alacaklarına kavuşması, bu kişiler bakımından da daha elverişli olacağından, sonuç itibarıyla iflâsın ertelenmesiyle, şirket ve alacaklı menfaatlerine aynı oranda hizmet edilmiş olmaktadır.

İflâsın ertelenmesi ile anonim şirkete ait işletmelerde çalışan işçilerin iş yerlerinin korunması kural olarak amaçlanmamış ise de, iflâsın ertelenmesinin bir sonucu olarak istihdam da korunacak ve ayrıca ticari faaliyetin devamı sonucu oluşacak gelir de vergilendirilebilecektir. Böylece kamuya ilişkin menfaatler de korunmuş olacaktır.

B. İflâsın Ertelenmesinin Koşulları

1. Şekli Koşullar

a. Borca Batıklık Bildirimi

İflâsın ertelenmesi talebinde bulunulabilmesi ve bu yönde karar verilebilmesi için, sermaye şirketlerinde idare ve temsille görevli kişiler veya bir alacaklı tarafından ticaret mahkemesine borca batıklığın bildirilmiş olması ve dolayısıyla bu sebeple iflâsın talep edilmiş olması zorunludur. Bu nedenle mahkeme, şirketin aciz halinde bulunduğunu bildirerek kendi iflâsını istemesi veya bir alacaklı tarafından borca batıklık dışında bir sebeple şirketin iflâsının istenmesi durumunda, iflâsın ertelenmesine karar veremez.

b. Erteleme Talebi

Borca batık haldeki bir sermaye şirketinin iflâsının ertelenmesi, bu yolda bir talebin varlığına bağlıdır. Mahkeme kendiliğinden iflâsın ertelenmesine karar veremez.

İcra ve İflâs Kanunu'nun 179. maddesinin birinci fıkrasına göre, iflâsın ertelenmesi, şirketi idare ve temsille vazifelendirilmiş kimseler ve alacaklılar tarafından talep edilebilir. Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinin ikinci fıkrasına göre de iflâsın ertelenmesini talep yetkisi, sadece anonim şirket yönetim kurulu ve alacaklılara tanınmıştır. Bunun dışında şirket genel kurulu, ortaklar, tasfiye memurları veya herhangi bir merci, iflâsın ertelenmesini talebe yetkili değildir.

Şirketin borca batıklık sebebiyle iflâsı, o şirketin yetkili organı tarafından istendiğinde, bu inceleme sırasında alacaklılar veya bizzat şirket iflâsın ertelenmesi talebinde bulunabileceği gibi, iflâsın aynı sebepten dolayı alacaklılar tarafından istenmesi durumunda da, şirket iflâsın ertelenmesi talebinde bulunabilir (İİK m.179, I; TTK m. 324, II, c. 5).

İflâsın ertelenmesi talebi, şirket tarafından, borca batıklık bildirimini ve iflâs talebiyle birlikte yapılabileceği gibi, iflâs talebi hakkındaki incelemenin sonuna dek her zaman yapılabilir. Alacaklılar da incelemenin sonuna dek her zaman iflâsın ertelenmesini talep edebilirler.

c. Bilançonun Mahkemeye Verilmesi

İflâsın ertelenmesi talebi üzerine, mahkemenin, anonim şirketin mevcut durumu ve malî durumunun düzeltilmesi ihtimali (ümidi) hakkında bir karar verebilmesi için, iyileşme umudinin varlığını gösteren diğer belgelerle birlikte, anonim şirket bilançosunun da mahkemeye verilmesi gerekir. Aslında anonim şirket yönetim kurulunun, borca batıklık bildirimini ile iflâsı talep etmesi sırasında, şirket aktiflerinin satış değerleri üzerinden hazırlayacağı ara bilançosunu (borca batıklık bilançosu) mahkemeye verecektir. Mahkeme, bu bilanço sayesinde (gerekirse bilirkişiye başvurarak), anonim şirketin gerçekten borca batık olup olmadığını ve daha sonra iyileştirme projesinde belirtilen iyileştirme tedbirleri ile ticarî faaliyetine devam edebilmek için, malî durumunun düzeltilmesi ihtimalinin bulunup bulunmadığını tespit edecektir. Bu bilanço borca batıklık bilançosu gibi, aktiflerin satış değerleri üzerinden hazırlanmalıdır (TTK m.324, II).

d. İyileştirme Projesinin Sunulması

İflasın ertelenmesi talebini inceleyecek olan mahkemenin, şirket veya kooperatifin mali durumunun iyileştirilmesi ümidinin mevcut olup olmadığı konusunda bir kanaate varabilmesi için, uygulanacak iyileştirme tedbirlerinin neler olduğunu ve bu tedbirlerin ne şekilde mali durumun düzeltilmesini sağlayacağına ilişkin bilgileri içeren bir iyileştirme projesi ile bu projenin ciddi ve inandırıcı olduğunu ispata yarayan bilgi ve belgelerin mahkemeye sunulması zorunludur (İİK m. 179, I).

İyileştirme projesi, şirket veya kooperatifin, içinde bulunduğu borca batıklık halini hangi yöntemlere başvurarak aşmayı düşündüğünü açıklayan bir öngörüdür. Bu projede borçlu şirket (veya kooperatif), mali durumun iyileştirilmesi için hangi tedbirleri alacağını ve bu tedbirlerin erteleme süresi sonunda şirketi nasıl etkileyeceğini objektif verilere dayanarak açıklamalıdır. İyileştirme projesi, iflasın ertelenmesi bakımından son derece önemlidir. İİK m.179, I, 3.cümleyle göre, iflasın ertelenmesi kararı verilebilmesi, mahkemece bu projenin ciddi ve inandırıcı bulunması koşuluna bağlanmıştır.

e. Masrafların Peşin Olarak Ödenmesi

İflasın ertelenmesinin kanunda açık olarak düzenlenmeyen, ancak talep üzerine yapılacak olan işlemlerin niteliğinden kaynaklanan diğer bir şekli koşulu da iflasın ertelenmesi kararının ilanı (İİK m. 179a, IV), mahkemece alınacak tedbirlerin (m.179/a, I) uygulanması ve atanacak kayyımın (İİK m.179a, II; TTK m.324, II) ücret avansı için gereken tutarda paranın mahkeme veznesine depo edilmesidir. Ayrıca m.179'a göre doğrudan doğruya iflâs yolunda uygulanacak usulü gösteren m.181, m.160'a da atıf yapmıştır. Buradan hareketle, iflâs talebi veya iflâs davasında, karar verilebilmesi için gereken masraf avansına ilişkin m.160'ın, m.179 (ve dolayısıyla TK. m.324, II) daki iflâs sebebine dayanılması durumunda, kıyasen iflâsın ertelenmesi kararı için de uygulanabileceği kabul edilebilir.

f. Fevkalade Mühletten Yararlanılmamış Olması

İcra ve İflâs Kanunu'nun 329a maddesine göre, "Bir sermaye şirketi veya kooperatif fevkalade mühlet elde ettiği takdirde, mühlet bitiminden itibaren bir yıllık süre içinde 179 ve devamı maddeleri uyarınca iflâsın ertelenmesinden yararlanamaz". Bu düzenleme, kanaatimizce iflasın

ertelenmesi kurumunun amacı ile bağdaşmayan bir düzenleme olmuştur. Zira fevkalade mühlet, Bakanlar kurulu kararına göre, kapsama giren tüm borçlulara sağlanan bir imkândır ve bu imkândan faydalanmak isteyen bir şirketin borca batık halde olup olmadığı ile ilgili bir husus değildir. Fevkalade mühlet talep edilebilmesinin koşulu, Bakanlar Kurulunca belirlenen bölgelerde, "İİK m.317 de gösterilen haller sebebiyle" kusuru olmasızın taahhütlerin ifa edilememesi ve mühlet sonunda borçların tamamen ödenebileceği ümidinin varlığıdır (İİK m.328). Fevkalade mühlet en çok altı ay için verilebilir.

Fevkalade mühletten yararlanmış olan bir sermaye şirketi veya kooperatifin, bu mühletten bitiminden itibaren bir yıl içinde borca batık hale gelmesi ve fakat mali durumunun iyileştirilmesi ümidinin yüksek olması ihtimali de her zaman mümkündür.

2. Maddî Koşullar

a. Borca Batık Olma

İflâsın ertelenmesi kararı verilebilmesi için öncelikle, şirketin borca batık halde bulunduğu tespit edilmiş olması gerekir. Borca batıklık dışındaki doğrudan doğruya iflâs sebeplerinden birinin varlığı halinde ise, iflâsın ertelenmesine karar verilemez.

Aciz hali (m. 178) ile borca batıklık (m. 179; TK. m.324, II) kavramlarının birbiri yerine kullanılması sebebiyle özellikle belirtmek gerekir ki, bir şirket aciz halinde bulunduğunu bildirerek ihtiyarî iflâsını talep etmişse, bu durumda yönetim organı iflâsın ertelenmesini isteyemez. Zira bu durumda iflâs talebi zorunlu olmadığından, iflâs kararı verilinceye kadar, şirketin yönetim organı talebini geri alabilir veya daha baştan iflâs talebinde bulunmak yerine, şirketin malî durumunun düzeltilmesi için bazı tedbirlerin alınmasına karar verebilir.

b. Malî Durumun İyileştirilmesi Ümidi

Şirketin malî durumunun iyileştirilmesi ümidi, iflâsın ertelenmesinin zorunlu koşuludur (İİK m.179, I). Bu husus, Türk Ticaret Kanunu'nun 324. maddesinin ikinci fıkrasında, "şirket durumunun ıslahı mümkün görülüyorsa..." şeklinde ifade edilmiştir. Ancak kanunda, sözü edilen bu koşulun ne anlama geldiği açıklanmamıştır.

Kanun, iflâsın ertelenmesi için şirketin malî durumunun iyileştirilmesi ümidinin bulunmasını aramaktadır (İİK m.179). Yani şirket borca batık olmasına rağmen, bu durumun bertaraf edilmesi ve şirketin normal faaliyetlerine devam edebilmesi ihtimalinin yüksek olduğu konusunda objektif gerekçelere dayalı bir kanaatin oluşmuş olması gerekir.

İyileştirme ümidi, aynı zamanda alacaklıların, iflâsın ertelenmesinden sonra, erteleme olmaksızın iflâsın açılması durumuna nazaran daha yüksek oranda tatmin edilmelerinin mümkün olması veya en azından daha kötü duruma düşmeyeceklerinin beklenmesi yolunda yüksek bir ihtimalin bulunması anlamına da gelir.

c. Malî Durumun İyileştirilmesi Tedbirleri

Şirketin malî durumunun iyileştirilmesi için alınacak tedbirler çok çeşitli olabilir. Örneğin, sermaye artırımına gitmek, pay sahiplerinin veya üçüncü kişilerin, şirketin bazı borç ve taahhütlerini üstlenmesi, başarısı ile tanınmış kişilerden oluşan yeni bir yönetim kurulunun oluşturulması (yapısal değişiklik), bazı malî af kanunlarının çıkması nedeniyle şirketin vergi borçlarında önemli oranda azalma olması, alacaklılarla borç erteleme anlaşması yapılması, kazanılması kuvvetle muhtemel sorumluluk davalarının açılması, yeni iş bağlantılarının yapılmış olması vb. sebepler, iflâsın ertelenmesi için gerekçe oluşturabilir.

Şirketin malî durumunun iyileştirilmesi için başvurulacak yollardan biri de konkordato teklifidir. Şirket mahkemeye, alacaklılarla konkordato yapılabileceği konusunda yeterli kanaat vererek, iflâsın ertelenmesini sağlayabilir.

Hukukumuzda, 30.01.2002 tarih ve 4743 sayılı Kanun ile kazandırılan ve "İstanbul yaklaşımı" olarak adlandırılan usul çerçevesinde, borca batık hale gelmiş olan bir sermaye şirketinin mali sektöre olan borçlarının yeniden yapılandırılması yoluna başvurulmuş olması da bir iflâsın ertelenmesi tedbiri olarak değerlendirilebilir. İyileştirme projesinde bu prosedürün başladığı ve sözleşme imzalanmasının kuvvetle muhtemel olduğu konusunda yeterli delil bulunduğunda, mahkeme bu sebeple iflâsın ertelenmesi talebini kabul edebilir.

d. Alacaklıların Haklarının Korunması Koşulu

İflâsın ertelenmesi, ancak alacaklıların hakları, iflâsın derhal açılmasına nazaran daha kötü duruma sokulmayacak ise mümkün olmalıdır. İflâsın ertelenmesi sonucu alacaklıların katlanmak zorunda kalacakları zarar, erteleme kararı verilmeden derhal iflâs kararı verilmesi durumunda katlanacakları zarara göre daha fazla ise, iflâsın ertelenmesi talebi reddedilmelidir.

C. İflâsın Ertelenmesi Kararının Sonuçları

1. İflâsın Ertelenmesi Kararı

İflâsın ertelenmesi talebini yerinde bulan mahkeme, kararında şirket hakkındaki iflâsın hangi süre için ertelendiğini de belirtmelidir. Kanun koyucu iflâsın ertelenmesi süresinin en çok bir yıl olarak belirlenebileceğini kabul etmiştir (İİK m.179/b, IV).

İflâsın ertelenmesi süresi, mahkemece kayyımın verdiği rapor dikkate alınarak, bir yılı (5092 s.K.ile şimdi dört yıl) geçmemek üzere bir defa uzatılabilir. İflâsın ertelenmesi süresinin mahkemece uzatılabilmesi için alacaklı veya şirketin ya da kayyımın bu yönde bir talepte bulunması gerekir. Erteleme kararı verilebilmesi için gereken koşullar, aynen erteleme süresinin uzatılması kararı verilebilmesi için de geçerlidir.

Erteleme süresinin uzatılması konusunda mahkeme, erteleme kararı ile atanan kayyımın, o ana kadar uygulanan iyileştirme tedbirlerinin sonucu ve şirketin durumu hakkında vereceği rapora göre karar verecektir.

2. İflâsın Ertelenmesi Tedbirleri (Muhafaza Tedbirleri)

a. Genel Olarak

İİK m. 179a iflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte alınabilecek tedbirleri düzenlemektedir. İflâsın ertelenmesine karar veren mahkeme, şirketin veya kooperatifin malvarlığının korunması için gerekli her türlü tedbiri iyileştirme projesini de göz önünde tutarak alır (aynı yönde TTK m. 324, II).

Mahkeme erteleme kararı ile birlikte kayyım atanmasına karar verir. Mahkeme, yönetim organının yetkilerini tümüyle elinden alıp kayyıma verebileceği gibi yönetim organının karar ve işlemlerinin geçerliliğini kayyımın onayına bağlı kılmakla da yetinebilir.

İflâsın ertelenmesi kararında kayyımın görev ve yetkileri ayrıntılı olarak gösterilir.

Mahkeme erteleme kararının hüküm fıkrasını 166. maddenin ikinci fıkrasındaki usulle ilân eder ve gerekli bildirimleri yapar.

Ancak tedbir kararı, iyileştirmenin şekli ve usulü hakkında bir karar niteliğinde olmamalıdır. Mahkeme sadece anonim şirket yönetim kurulu veya bir alacaklı tarafından önerilen iyileştirilme şekli ve usulünün, anonim şirketi gerçekten sağlıklı bir malî yapıya kavuşturmaya uygun olup olmadığına karar verecektir.

Türk Ticaret Kanununda ise sadece envanter tanzimi ve kayyım atanması gibi tedbirler örnek olarak sayılmıştır (TK m.324, II). Bu sayma sınırlayıcı olmadığından, mahkeme başkaca muhafaza tedbirleri alınmasına da karar verebilecektir.

İflâsın ertelenmesine karar veren mahkeme, bu kararla birlikte verdiği tedbir kararlarını, iflâsın ertelenmesi süresi içinde, şirket veya alacaklılar ya da diğer ilgililer (tedbirden etkilenebilecek olan kişiler) tarafından yapılabilecek talep üzerine, atanan kayyımca verilecek raporları da dikkate alarak ortadan kaldıracabileceği gibi, sonradan gereken bazı farklı tedbirlerin alınmasına da karar verebilir.

b. İflâsın Ertelenmesi Kararının İlânı

İflâsın ertelenmesine karar veren mahkeme, bu kararın hüküm fıkrasını İİK m.166, II'deki usulle ilan eder ve gerekli bildirimleri yapar (m.179/a, IV).

Bu ilân, iflâsı ertelenen şirket ile ilişkiye girecek olan üçüncü kişilerin ve alacaklıların korunması amaçlarına da hizmet eder.

Erteleme kararını veren mahkeme, bu kararın bazı etkilerinin ilân ile başlayacağına hükmedebilir. Özellikle üçüncü kişiler (alacaklılar) bakımından kararın etkilerini, ilândan itibaren doğurmaya başlaması daha yerinde olur.

c. Defter Tutulması

TTK m. 324, II'de iflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte, şirket mallarının muhafazası için gerekli tedbirlerden envanter tanzimi (şirket mallarının defterinin tutulması) açıkça belirtilmiştir.

Şirket mevcudunun defterinin tutulması, tek başına malvarlığının korunmasına uygun bir tedbir değildir. Zira mevcut durumun tesbiti, bu durumun değişmesini engelleyemez. Şirket mallarının defterinin tutulması mahkemeye, anonim şirketin malî durumunun iyileştirilmesi ümidinin var olup olmadığının tesbiti bakımından yardımcı olabilir.

Mahkeme, şirket mallarının defterinin tutulmasına karar verirse, bu defterin düzenlenmesinde en önemli dayanak, anonim şirketin ticarî defterleri olacaktır.

d. Kayyım Atanması

İflâsın ertelenmesine karar veren mahkeme, bu kararı ile birlikte bir (gerekirse birden çok) kayyım atanmasına da karar verir (İİK m.179/a, II; TK m.324, II). Kayyım atanması, ilgililerin talebine bağlı değildir. Zira mahkeme, iflâsın ertelenmesi süresi içinde, şirket malvarlığının korunması için uygun ve gerekli olan her türlü tedbirin alınmasına kendiliğinden, yani her hangi bir taleple bağlı olmaksızın karar vermelidir. Yani kimin kayyım olarak atanacağı da tamamen mahkemenin takdirine bırakılmıştır. Ancak bu, mahkemenin ilgililerden bu yönde gelecek olan tekliflere tamamen kapalı olacağı anlamına gelmez.

Mahkeme bir tek kayyım atayabileceği gibi, anonim şirketin durumuna göre birden fazla kayyım atanmasına da karar verebilir.

İflâsın ertelenmesi kararında mahkeme, kayyımın görev ve yetkilerini ayrıntılı olarak göstermek zorundadır (İİK m.179/a, III). Kayyımın görevi sırasında ortaya çıkacak bir tereddütün giderilebilmesi için, mahkemenin, iflâsın ertelenmesi süresi içinde, kayyımın görev ve yetkileri konusunda, talep üzerine yeniden belirleme yapması, tavzihte bulunması mümkündür.

Kayyım atanmasına karar veren mahkeme, talep üzerine, kayyımı veya kayyımları görevden almak, yeni kayyım atamak ya da kayyımların yetkilerini yeniden düzenlemek konusunda tam takdir yetkisine sahiptir.

Kayyım, mahkemenin belirleyeceği sürelerde faaliyetleri ve işletmenin durumu konusunda düzenli olarak mahkemeye rapor vermekle yükümlüdür (İİK m.179/b, IV).

Kayyımın hukukî durumu, konkordato komiserine (m.287, II) benzetmesine rağmen kayyım, kendisini atayan ticaret mahkemesinin deneti-

mine tabidir. Bunun sonucu olarak, kayyımın kararlarına veya işlemlerine karşı şikâyet, atama kararını veren ticaret mahkemesine yapılır. Zira kayyım atama kararı (iflasın ertelenmesi kararı) ile o mahkeme işten el çekmemekte, iflasın ertelenmesi süresince bu prosedür ile ilgili olarak yapılacak her türlü talep konusunda karar verme yetkisi devam etmektedir.

Mahkeme kayyım ya da kayyımların görev ve yetkilerini belirlerken, işletmenin niteliğinin gerektirdiği şekilde karar verebilmelidir.

Kayyımı atayan ticaret mahkemesi, kararında kayyımlık ücretini de tespit etmelidir. Kayyımın görevi süresince ücret ve alınan tedbirler sebebi ile ortaya çıkacak masraflar, erteleme masraflarından sayılır ve iflâsı ertelenen şirket tarafından karşılanması gerekir.

e. Diğer Muhafaza Tedbirleri

İflâsın ertelenmesine karar veren mahkeme, yukarıda belirtilen muhafaza tedbirleri dışında şirket malvarlığının ve alacaklıların menfaatlerinin korunması için gerekli gördüğü başkaca tedbirlerin alınmasına da karar verebilir.

Kanunda sayılmayan bir muhafaza tedbiri olarak mahkeme, şirkete ait taşınmazlar için tapu kaydına devir ve yeni mükellefiyetler yükleme yasağı şeklinde bir şerh konulmasına (MK m.920, II) karar verebilir.

Erteleme kararı ile birlikte şirkete ait işletmelerin faaliyetlerinin durdurulmasına karar verilmesi, şirket malvarlığının ve alacaklıların menfaatlerinin korunmasına uygun bir tedbir değildir. Ancak, erteleme süresi içinde işletmelerin faaliyetleri devam etmesine rağmen sürekli zarar edilmekte ve böylece şirket malvarlığı gittikçe azalmakta ise bu durumda, iflâsın ertelenmesiyle amaçlanan iyileştirme ve alacaklıların menfaatleri tehlikeye girdiğinden (ertelemeden önceki duruma göre alacaklarına daha az oranda kavuşmaları ihtimali söz konusu olduğundan) mahkeme, kayyımın da görüşünü alarak işletmelerin faaliyetlerinin durdurulmasına karar verebilmelidir.

Mahkeme, iflâsı ertelenen şirketin sabit değerleri oluşturan mallar dışında kalan ve özellikle iyileştirme projesinin gerçekleştirilmesi için kullanılması zorunlu olan mallar üzerindeki hacizlerin kaldırılmasına da karar verebilmelidir.

D. İflâsın Ertelemesi Kararının Etkileri

1. Takiplerin Durması (Tatil Etkisi)

İflâsın ertelenmesi kararının en önemli etkilerinden biri, şirkete karşı yapılan takipler bakımından, genel anlamda tatil etkisidir. İflâsın ertelenmesine karar verilmesiyle birlikte, daha önce başlamış olan 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanuna göre yapılanlar da dahil olmak üzere tüm takipler kendiliğinden durur ve erteleme süresi içinde yeni bir takip de yapılamaz (İİK m.179b, I).

Takiplerin durması ve yeni takip yasağı konusunda, kanun koyucu iki grup alacak için istisna tanımıştır. Bunlar rehinli alacaklar ile İİK m.206'nın birinci sırasında yazılı alacaklardır.

İcra ve İflas Kanunu'nun 206ncı maddesinde düzenlenen, birinci sırada yazılı alacaklar için, iflasın ertelenmesi kararına rağmen, yeni takip yapılabilir ve daha önce başlamış olan takiplere de devam edilebilir (İİK m.179/b, III). Bu alacaklar için yapılan takipler bakımından hiçbir kısıtlama getirilmemiştir; haciz ve satış işlemleri de yapılabilir.

Takip yasağına getirilen istisna sadece icra takipler ile sınırlıdır. Bu alacaklıların, erteleme süresi içinde şirkete karşı iflas yoluyla takip yapmalarına izin verilmemesi gerekir. Zira iflası ertelenen bir şirketin sadece belli alacaklılarının takibi sonucu iflasına karar verilmesini kabul etmek mümkün olmamalıdır.

Erteleme süresi içinde takip yasağının diğer istisnası ise bazı rehinli alacaklar lehine kabul edilmiştir. Bu alacaklar, taşınır, taşınmaz veya ticari işletme rehni ile temin edilmiş alacaklardır (İİK m.179/b, II). İİK m.23 anlamında rehin, daha kapsamlı bir kavramdır. Kanun koyucu iflasın ertelenmesinde, sadece taşınır, taşınmaz ve ticari işletme rehni ile temin edilmiş olan alacaklar için takip imkânı tanımıştır. Bu alacaklar için, erteleme sırasında rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip başlatılabilir ve daha önce başlamış olan takiplere devam edilebilir.

Söz konusu rehinli alacaklar için getirilen takip yapabilme imkânı kanun koyucu tarafından, şirket malvarlığının korunması amacıyla kısıtlanmıştır. Erteleme süresi içinde yapılacak rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, rehin konusu mallar hakkında muhafaza tedbirleri alınamaz ve rehinli malların satışı gerçekleştirilemez.

Bu düzenleme iflasın ertelenmesinden beklenen amaca uygun bir düzenlemedir. Ancak 179/b maddesinin ikinci fıkrasına göre, "Bu durum-

da erteleme süresince işleyecek olup mevcut rehinle karşılanamayacak faizler teminatlandırılmak zorundadır”.

Faiz için teminat gösterilmesi, iflâsın ertelenmesi kararı verilebilmesinin koşulu olarak öngörülmemiştir. Teminat koşulu, iflâsın ertelenmesi kararının etkilerini düzenleyen İİK m.179/b’de hükme bağlandığından, rehinli malın satışı işlemi aşamasına gelmiş olması durumunda, satışın durdurulabilmesinin koşulu olarak ön görüldüğünü kabul etmek yerinde olur. Teminat gösterilemediği takdirde, rehinli malın satış işlemi dahi gerçekleştirilebilecektir.

İflâsın ertelenmesi süresi içinde, şirkete karşı iflâs yoluyla takip yapılabilmesi mümkün değildir. Takipli iflâs yollarında açılan iflâs davası, takibin doğal bir aşaması olduğundan, alacaklı tarafından başlatılan iflâs yoluyla takibin durması gerektiğinden, bu dava da bulunduğu aşamada durmalı ve erteleme süresi içinde iflâs kararı verilememelidir.

Takiplerin durması ile yakından ilgili diğer bir konu da iflâsın ertelenmesi süresi içinde alacaklılardan birinin borca batıklık dışındaki bir sebebe dayanarak dava açması üzerine, anonim şirketin doğrudan doğruya iflâsına karar verilip verilemeyeceğidir. İflâsın ertelenmesi süresi içinde başka bir doğrudan doğruya iflâs sebebine dayanılarak, alacaklılar tarafından anonim şirketin iflâsının istenmesi ve buna karar verilmesi mümkün değildir.

2. Zamaşımı ve Hak Düşürücü Sürelere Etkisi

İflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte, konkordato mühleti verilmesinde olduğu gibi (m.289) kural olarak, bir takip işlemi ile kesilebilen zamaşımı ve hak düşürücü sürelerin işleme durur (İİK m.179/b, I).

Bu sonuç, iflâsın ertelenmesi kararının bir tatil etkisine sahip olduğu görüşünün benimsenmesiyle de uyum içindedir. Ayrıca, alacaklıları sırf zamaşımını kesmek için bir takip talebinde bulunmaya zorlamak, gereksiz ve haksız bir biçimde onların durumunu ağırlaştırmak anlamına gelirdi.

3. Diğer Etkileri

İcra ve İflâs Kanunu’nun 278-280. maddelerinde belirtilen iptâle tâbi tasarruflar için öngörülen süreler, iflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte, erteleme süresi kadar uzayacak mıdır? Bu konuda kanunî bir düzenleme bulunmamaktadır. Alacaklıların korunması düşüncesiyle m.278-289’deki

iptâle tâbi tasarruflar için öngörülen sürelerin, iflâsın ertelenmesi kararının tatil etkisi nedeniyle erteleme süresi kadar uzaması yerinde olur. Ayrıca, m.284'deki iptâl davası açılması için öngörülen beş yıllık hak düşürücü süre de iflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte durmalıdır.

İflâsın ertelenmesi süresi sonunda şirketin malî durumunun iyileştirilememesi sebebiyle iflâsının açılmasına karar verildiğinde, iflâsta imtiyazlı alacaklı olarak yer alması gereken alacaklılar (m.206), erteleme süresinden dolayı, iflâsın açılmasından itibaren geriye doğru hesaplanan birer yıllık sürelerin geçmesi sebebiyle yazılmaları gereken sıraya kayıt haklarını yitirebilirler. Bu sonucun önlenmesi bakımından m.206'nın ilk iki sırasına kayıt için aranan sürelerin hesabında, iflâsın ertelenmesi süresinin hesaba katılmayacağı hükme bağlanmıştır (İİK m.206, VI).

İflâsın ertelenmesi süresi içinde, şirketin yapacağı kötü niyetli işlemler ile alacaklılarına zarar vermesini engellemek bakımından, İcra ve İflâs Kanunu'nun 200. maddesi ile getirilen iflâsta takası kısıtlayıcı hükümlerin düzenleniş amacından hareketle, aynı kısıtlamaların iflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte yürürlüğe girmesi ilkesi 4949 sayılı Kanun ile benimsenmiş ve konkordato mühletinin alacaklılar bakımından sonuçlarına ilişkin İİK m.289'da takasın, İİK m.200 ve 201'e tabi olduğu ve "bu maddelerin uygulanmasında konkordato mühletinin veya iflâsın ertelenmesi kararının ilanı tarihi esas alınacağı" hükme bağlanmıştır.

E. İflâsın Ertelenmesinin Sona Ermesi

İflâsın ertelenmesi, erteleme kararı ile başlayıp, aşağıdaki durumlarda sona erer:

1. Ertelene süresi içinde şirketin malî durumunun düzelmesi üzerine, mahkeme iflâsın ertelenmesi kararını kaldırır ve şirket tekrar iflâsın talep edilmesinden önceki normal durumuna döner.

2. İflâsın ertelenmesi süresi içinde, şirketin talebi üzerine icra tetkik merciince konkordato mühleti verilmesi durumunda (m.287) kural olarak, iflâsın ertelenmesi süresi kendiliğinden kalkar ve böylece iflâsın ertelenmesi sona erer.

3. Yukarıdaki iki ihtimalden birinin gerçekleşmemesi, yani şirketin malî durumunun iyileştirilememesi ve iyileştirme ümidinin kalmaması nedeniyle erteleme süresinin uzatılmasında yarar bulunmadığı durumlarda,

erteleme süresinin (veya uzatılmış sürenin) sona ermesi üzerine, ticaret mahkemesi şirketin iflâsına karar vermek zorundadır.

4. Erteleme süresi dolmamakla birlikte, mahkeme, kayyımın verdiği raporlardan şirketin mali durumunun iyileştirilmesinin mümkün olmadığı kanaatine varırsa, erteleme kararını kaldırarak şirketin iflasına karar verir (İİK m.179/b, V).

Belirtilen durumlarda, iflâsın ertelenmesi süresi ile birlikte erteleme kararının tüm etkileri de ortadan kalkar.

F. İflâsın Ertelenmesi Talebinin Reddi ve İflâs Kararı

Bir sermaye şirketinin (ya da kooperatifin) iflâsının ertelenmesi talebi üzerine mahkeme, yapacağı inceleme sonunda erteleme için gerekli koşulların gerçekleşmemiş olduğu kanaatine varırsa, iflâsın ertelenmesi talebinin reddine ve şirketin iflâsına karar verecektir.

İflâsın ertelenmesi talebini reddederek anonim şirketin iflâsına karar veren mahkeme, iflâs kararında şirketin borca batıklık hâlinin kesinleştiği ve malî durumunun iyileştirilmesi ihtimalinin bulunmadığı hususlarını, gerekçeleriyle birlikte açıklamalıdır.

G. İflâsın Ertelenmesi Talebi Üzerine Verilen Kararlara Karşı Kanun Yolları

İflâsın ertelenmesi talebinin reddi durumunda, mahkeme iflâs kararı vereceğinden bu kararın temyiz edilebileceği konusunda bir tartışma yoktur (İİK m. 181, 164). Ancak iflâsın ertelenmesi talebi üzerine, ticaret mahkemesinin vereceği iflâsın ertelenmesi kararına karşı temyiz yoluna gidilip gidilemeyeceği tartışmalıdır.

Yargıtay'a ve doktrinde hâkim olan görüşe göre, iflâsın ertelenmesi kararı temyiz edilebilir. Karşı görüşe göre ise, iflâsın ertelenmesi kararı mahkemenin işten el çekmesi sonucunu doğuran nihai bir karar değil, sadece bir tedbir kararı niteliğindedir ve bu nedenle temyizi mümkün değildir.

Kanımızca da iflâsın ertelenmesi kararının temyiz edilebilmesi gerekir. Çünkü iflâsın ertelenmesi kararı ile birlikte mahkeme davadan elini çekmemekte ise de, bu kararlar verilen erteleme süresi sonunda anonim şirketin malî durumu düzeldiğinde, mahkeme erteleme kararını kaldırarak ve ano-

nim şirket iflâs talebinden önceki normal durumuna dönecektir. Bu niteliğinden ötürü iflâsın ertelenmesi kararı, sürenin olumlu sonuçlanması durumunda, sonuç bakımından “iflâs talebinin reddi” kararına benzetilebilir.

Alacaklıların, anonim şirketin malî durumunun düzelmesi ümidi bulunmamasına rağmen erteleme kararı verildiğini ve bu nedenle erteleme süresi sonunda gerçekleşebilecek bir iflâs hâlinde, erteleme olmaksızın derhal iflâsın açılmasına göre daha elverişsiz bir konuma geleceklerini ileri sürerek, iflâsın ertelenmesi kararını temyiz etmelerinde hukukî menfaatleri bulunduğu ortadadır. Alacaklılara böyle bir imkân tanınması, kanun koyucunun amacına da uygundur.

Artık 4949 sayılı Kanunla aynı zamanda bir iflas hukuku müessesesi haline gelen iflasın ertelenmesi kararının temyiz süresi bakımından kanaatimizce bir tartışma olmamalıdır. Bu süre tıpkı iflas kararında olduğu gibi on gündür (İİK m.164'e kıyasen).

İflâsın ertelenmesi kararına karşı temyiz süresi, alacaklılar için bu kararın ilanı tarihinden, şirket için ise tebliğinden itibaren işlemeye başlamalıdır.

İflâsın ertelenmesi kararının temyizi, bu kararın sonuçlarını doğurmasına engel olmamalıdır. Yani kararın temyizine rağmen, erteleme süresi işlemeye devam etmeli ve mahkemece alınan muhafaza tedbirleri de geçerliliklerini sürdürmelidir.

İflâsın ertelenmesi kararının temyizi üzerine verilen Yargıtay kararına karşı m.366, III uyarınca on gün içinde “karar düzeltme” yoluna gidilebilmesi gerekir. Zira iflâsın ertelenmesi kararının temyizi üzerine verilen Yargıtay kararı, m.366, III'de sözü edilen, “dairenin hukuka müteallik kararları”ndan biridir.

İflâsın ertelenmesi kararının temyiz incelemesi sonucu bozulması ve bu bozmanın kesinleşmesi üzerine, ticaret mahkemesi şirketin iflâsına karar verecek ve böylece iflâsın ertelenmesi kararının etkileri de son bulacaktır.

İCRA VE İFLAS KANUNUNDA 4949 SAYILI KANUNLA YAPILAN SIRA CETVELİNE İLİŞKİN DEĞİŞİKLİKLER

Dr. Adnan Deynekli
Yargıtay 19. Hukuk Dairesi Tetkik Hakimi

GİRİŞ

İflas tasfiyesinin amacı müflisin mevcut malvarlığını tasfiye etmek ve iflasa katılan bütün alacaklıları mümkün olduğu kadar tatmin etmektir. İflas tasfiyesine katılan bir alacağın alacaklı tarafından münferiden cebri icra yoluyla takip edilmesi mümkün değildir. İflas alacaklıları bu alacaklarını sıra cetveline kaydettirmek suretiyle talep edebilirler. Müflisin aktiflerinin bu taleplerin hepsini tatmin etmesi çok defa mümkün olmayabilir. İflasta prensip alacakların eşit olarak ödemesi ise de, bu eşitlik mutlak eşitlikten çok adaletin temin edilmesini amaçlayan bir eşitliktir. Bu nedenle alacakların belli bir sıraya göre tatmin edilmesi düşünülmüş ve sıra düzenine ihtiyaç duyulmuştur. İİK'nun 206.maddesinde adi ve rehinli alacakların sırası düzenlenmiştir. Maddede altı sıra öngörülmüşken 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu dört sıra düzenlenmiş imtiyaz sürelerinin hesabıyla ilgili hükümler getirilmiştir. Bu hüküm haricinde de bazı özel kanunlarda alacakların imtiyazlı olduğu belirtilmiştir. Adi ve rehinli alacakların sırası konusunda yeni düzenlemenin getirdiklerini ortaya koyduktan sonra bir değerlendirme yapacağız.

I - Adi ve Rehinli Alacak Kavramı

İİK'nun 206. maddesinin kenar başlığında "adi ve rehinli alacakların sırası" ibaresi kullanılmıştır. Rehinli alacak kavramı bilinen bir kavram olduğu halde adi alacaktan ne kastedildiği konusunda açıklık yoktur¹. Maddenin düzenleniş tarzından adi alacak kavramının rehinli alacak kavramının karşıtı olarak kullanıldığı, bu kavramın adi ve imtiyazlı alacakları kapsadığı sonucuna varabiliriz.

Adi alacakları, İİK'nun 206. maddesinde dört sıra halinde öngörülen alacaklar ve İİK'nın 206. maddesinde öngörülmeven özel kanunlardan doğan alacaklar olarak tasnife tabi tutabiliriz.

Rehinli alacaklar, mülkiyeti müflise ait malın rehni ile temin edilmiş olan alacaklardır². İİK'nın 206. maddesinde yer alan rehin kavramından ne anlaşılması gerektiği, aynı Kanun'un 23. maddesinde belirtilmiştir. Hükme göre, sadece rehin tabiri ipotek ve taşınır rehni tabirlerine giren bütün taşınır ve taşınmaz rehinlerini ihtiva eder (İİK m 23/3). Rehinin akdi veya kanuni olması arasında fark bulunmamaktadır. Adi ve rehinli alacakların sırası yönünden aşağıdaki gibi bir tasnife tabi tuturak sıralama yapmak mümkün bulunmaktadır³.

II - Rehinli Alacaklardan Önce Ödenmesi Gereken Alacaklar

Kanun koyucu iflas tasfiyesinin özelliği gereği bazı alacakların öncelikli ödeneceğini kabul etmiştir. Bu alacaklardan bir kısmı rehinli alacaklardan da önce ödenmesi gereken alacaklardır. Bu alacaklar İİK'nın 248. maddesi ve diğer bazı kanunlarda belirtilmiştir. Eşya ve gayrimenkulun aynından doğan vergi alacağı (İİK m. 206/1, 6183 sayılı Yasa m.21/2)⁴, rehinli malın muhafaza ve satış masrafları (İİK m.248), masada gemi varsa gemi alacaklısı hakkı (TTK m1235; 1257) ve Medeni Kanunun 865, 867 ve 877 maddelerinden doğan alacaklar, rehinli alacalardan da önce ödenmelidir.

1 **Kuru Baki**, İcra ve İflas Hukuku C III Ankara 1993, s 3003.

2 **Kuru**, C III, s.3003.

3 **Ansay, Sabri Şakir**, Hukuk İcra İflas Usulleri Ankara 1956 s.257.

4 Gümrük vergisi, bina ve arazi vergisi, veraset ve intikal vergisi ve motorlu taşıt Vergisi, rehinli alacaklardan önce ödenmesi gereken kamu alacaklarıdır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **Deynekli, Adnan**, İflasın Vergi Alacağına Tahsiline Etkisi, Ankara 1999, s.114 vd.

Uygulamadaki önemi nedeniyle gemi alacaklısı hakkına kısaca değinmek istiyorum. Gemi alacaklısı hakkı, alacaklının alacağını deniz servetinden öncelikle olmasını sağlayan bir kanuni rehin hakkıdır. Gemi alacaklısı hakkı bulunan alacaklıların, bu hak kapsamında bulunan gemi, gayrisafi navlun ve sürastarya üzerine haciz koydurmalarının bir yanı yoktur. Zira bu hak kanundan doğduğundan ve tescilsiz kazanıldığından haciz tarihlerinin sıra cetvelinde önemi bulunmamaktadır. İhale bedeli paylaştırılırken gemi alacaklısı hakkının diğer bütün adi ve rehinli alacaklarla ihtiyati ve icrai hacizle temin edilmiş olaklardan ve hapis haklarından doğuş tarihine bakılmaksızın önce gelir⁵. İflas halinde ise üzerine ipotek tesis edilmiş bir geminin paraya çevrilmesi halinde gemi alacaklısı hakkı ipotekli alaktan önce gelir. Gemi alacaklısı haklarının kendi aralarındaki sırası ile TTK'nun 1235, 1248 ve 1249 ve 1250. maddeleri gözetilerek belirlenir.

III - Rehinli Alacaklar

Rehinli alacaklar, mülkiyeti müflise ait malın rehni ile temin edilmiş olan alacaklardır. İİK'nun 206. maddesinde yer alan rehin kavramından ne anlaşılması gerektiği aynı kanunun 23. maddesinde belirtilmiştir. Hükme göre sadece rehin tabiri ipotek ve taşınır rehni tabirlerine giren taşınır ve taşınmaz rehinlerinin ihtiva eder. İflas tasfiyesinde rehinli alacaklardan önce ödenmesi gereken alacaklar varsa önce bunlar ödenecek, sonra da rehinli alacaklıların rehin kapsamında alacakları ödenecektir. Ancak iflas masasına giren rehinli mallardaki rüçhan hakkından yararlanabilmek için bu malların tasfiye şekline ilişkin ilandan itibaren bir ay içinde iflas daire emrine verilmesi (İİK m.219/4) gerekir (İİK md. 213, 231).

Müflis tarafından bir alacaklı lehine üst sınır (limit) ipoteği verilmişse, limit dahilinde olan kısmın rüçhanlı, limit fazlasının adi alacak olarak sıra cetveline kaydedilmesi gerekir⁶.

İflasın açılmasıyla müflisin rehinle temin ettiği alacakların faizi merhunun satışına kadar devam eder ve bu faiz rehin alacaklısına rüçhanlı olarak ödenir⁷.

5 19 HD, 2.7.1996, 4837/6950 (Deynekli, Adnan / Kısa, Sedat, Hacizde ve İflasta Sıra Cetveli, Ankara 2002 s.696-693).

6 11.HD, 28.3.1990, 2168/2685(Deynekli/Kısa, Sıra Cetveli 1996, s.529).

7 Erel Şafak, Gayrimenkul Rehninde Sıra, Ankara 1974, s.81'de belirtilen yazarlar.

1 - Menkul Rehni

Menkul rehni, bir alacağı temine yarayan, başkasına ait menkul mal veya hak üzerinde tesis edilen sınırlı bir ayni hak olup, alacaklıya borçlardan alacağını istifa edememesi halinde rehinli malın satış bedelinden alacağını istifa yetkisi veren bir haktır.

Menkul rehni çeşitlerine örnek olarak, ticari işletme rehni, maden rehni, hayvan rehni, motorlu taşıtların rehni, gemi rehni, hava aracı rehni, Tarım Kredi Kooperatiflerinin rehin hakkı ve hapis hakkını sayabiliriz.

Uygulamadaki önemi nedeniyle bunlardan sadece motorlu araçların rehi üzerinde duracağız. Motorlu taşıtların rehnedilebilmesi için taraflar arasında bu konuda yapılmış bir rehin sözleşmesi gereklidir. Rehni sözleşmesi herhangi bir şekle tabi değildir. Ancak ispat yönünden motorlu taşıtların rehninin yazılı şekilde yapılması yararlı olur.

743 sayılı Medeni Kanunun 853. maddesinde kanunen muayyen istisnalar haricinde bir menkulün ancak teslim meşrut şekilde rehnedilebileceği hükme bağlanmıştır. Hükme göre rehnedilen menkulü elinde bulundurduğu sürece rehin alan alacaklı için rehin hakkı meydana gelmez. 4721 sayılı Medeni Kanunun 939. maddesi ile menkul malların rehni yönünden 743 sayılı MK'na 853. maddesine oranla değişik bir düzenleme yapılmıştır. Menkul malların rehni zilyedliğinin alacaklıya devri suretiyle olabileceği gibi (MK m. 939) bir sicile tescili zorunlu olan taşınır mallar üzerinde, zilyedlik devredilmeden de, taşınır malın kayıtlı olduğu sicile yazılmak suretiyle rehin kurulabilir (MK m 940/2). Taşınır rehninin kurulması yönünden ayrık düzenleme yapılmasının nedeni trafik siciline kayıtlı motorlu araçların rehni nedeniyle ortaya çıkan sorunları bir ölçüde gidermektedir. Yeni düzenleme ile motorlu araçlar teslimine bağlı olarak rehnedilebileceği gibi trafik siciline rehin şerhi koymak suretiyle de rehnedilebilecektir. Bir motorlu araç üzerinde birden fazla rehin kurulması halinde rehin hakkının sırası kuruluş tarihine göre belirlenir(MK m. 948/2).

Hükümde yer alan birden fazla rehinden anlaşılması gereken sonradan kurulan rehinlerle önceki rehinlerdir. Satış bedelinin bütün rehinli alacaklıların alacağını karşılama halinde rehin sırasının önemi yoktur. Ancak satış bedeli bütün alacaklıların alacağını karşılamaması halinde anılan madde hükmüne menkul rehinlerin sırasının tayin edilmesi gerekir. Satış bedelinden öncelikli bütün alacaklıları ilgilendiren satış ve paylaşırma masraflarının çıkarılması (İİK nın 151. maddesinin atfı nedeniyle 138.

maddesine göre) daha sonra da rehinli alacaklılara sıralarına göre alacaklarının ödenmesi gerekir.

2-Gayrimenkul Rehni

Gayrimenkul rehni, ipotek veya ipotekli borç senedi veya irat senedi şeklinde tesis olunabilir (MK m.850).

İflasta lehine üst sınır ipoteği tesis edilen alacaklının ipotek limitini oluşturan alacağının sıra cetveline öncelikli (rüçhanlı) alacak olarak kaydedilmesi, limit fazlasının ise adi alacak olarak sıraya yazılması gerekir.

Sözleşmeden doğan ipoteklerde sıra derecelere göre belirlenecektir. Derecenin boş bırakılması ancak sözleşmeden doğan ipoteklerde söz konusu olup, tescile tabi kanuni ipotekte önceki derecenin boş bırakılması mümkün değildir. Konunun daha iyi anlaşılabilmesi için örnek vereceğiz. Taşınmaz malikince birinci derece saklı tutulup, ikinci sırada sözleşme ile ipotek tesis edildikten sonra tescile tabi kanuni ipotek kurulduğu takdirde sıralama şöyle olacaktır: Tescile tabi olmayan kanuni ipotek MK.nun 865 ve 867. maddelerinden doğan alacak hakkında ise, bağlı bulunduğu ipotekle aynı sıradan (örneğin ikinci derecede yer alan ipotekli alacaklı sigorta yaptırmışsa aynı sıradan) bu alacağını alacaktır. Saklı tutulan birinci dereceye bir ipotek tesis edildiği takdirde MK.nun 865 ve 867. maddelerindeki alacaklardan sonra birinci derecede yer alan alacak, daha sonra sırasıyla ikinci sıradaki alacak ve tescile tabi kanuni ipotek hakkı yer alacaktır.

Sözleşme ile kurulan ipoteklerde ipotek hakkı diğer sınırlı ayni haklar (irtifak hakları ve gayrimenkul mükellefiyeti) karşısındaki sırası bir görüşe göre işgal eden derecenin sırasına göre değil, kendi tescil tarihine göre tesbit edilmelidir⁸. Bir diğer görüşe göre ipotek haklarının diğer sınırlı ayni haklar karşısındaki sırası, rehni tescil tarihine göre değil, işgal ettiği derecenin sırasına göre tesbit olunmalıdır⁹. İrtifak hakkı ve gayrimenkul mükellefiyeti terkin bulunduğu tarihte, bu hakların sahipleri taşınmazın bedelinden haklarını almakta, sıra itibarıyla sonra gelen ipotekli alacaklara karşı rüçhanlıdırlar. Bu hakların değeri tapu kütüğüne kayıtlıysa, icra memurluğunda resen nazara alınacak, kayıtlı değilse, hak sahipleri talep

8 Erel, .81 10 Erel, s.85.

9 Erel, s.85.

ettikleri miktarı sıra cetvelinin düzenlenmesi sırasında icra memurluğuna bildirmeleri gerekecektir¹⁰.

Bir alacak birden fazla taşınmaz ile teminat altına alınabilir (MK.m 855). Birden fazla taşınmaz asıl borçluya ait olabileceği gibi, başka şahıslara da ait olabilir. Aynı alacak için rehnedilen birden fazla taşınmazların herbirinin borcun tamamından da sorumlu olmaları halinde toplu rehin sözkonusu olmaktadır. Birden fazla taşınmazın üzerinde tesis edilen rehinlerde her taşınmazın alacağı belli bir kısmını temin etmesi hali MK.nun 855. maddesinin ikinci fıkrasında düzenlenmiştir. Taşınmazların aynı malike ve müteselsilen borçlu olan kişilere ait olması durumunda ipotek edilen her taşınmaz alacağın tamamı için teminat teşkil eder¹¹. Bu durumda alacak muaccel olduğu takdirde alacaklı bu taşınmazların tamamının paraya çevrilmesini talep etmelidir. Buna karşılık icra memuru alacağı karşılayacak olanları paraya çevirir (MK.m 873/son).

IV-Rehinli Olmayan Alacaklardan Önce Ödemesi Gereken Alacaklar (İflas Masrafları - Masa Borçları)

İİK'nın 248. maddesinin kenar başlığı "iflas masrafları ve masanın borçları" şeklindedir. Madde metninde açıkça iflas masraflarının iflas alacaklarından önce ödeneceği belirtilmiş ise de masa borçlarından bahsedilmemiştir. Ancak masa borçlarının da iflas alacaklarından önce ödeneceği doktrin ve uygulamada kabul edilmektedir¹².

İflas masraflarına örnek olarak, iflas kararının ilanına ve gereken yerlere bildirilmesine ilişkin masrafları, defter tutma, malların muhafaza ve satış masrafları, iflasa idare memurlarının ücretleri, paraya çevirme ve paylaştırmaya ilişkin harç ve masrafları sayabiliriz.

Masa borçları ise, iflasın açılmasından sonra ve devamı sırasında masa namına tekeffül edilen ve onun tarafından ödenmesi gereken borçlardır. Masa borçlarına örnek olarak, iflas idaresinin müflisin sanat veya ticaretinin devamı çerçevesinde akdettiği borçları, iflas idaresinin sebepsiz iktisap, haksız fiillerinden doğan borçları ve iflasın idaresi tarafından tu-

10 19.HD.20.3.1997, 458/2686 (Deynekli/Kısa, Sıra Cetveli, s.732-733).

11 Öztekin, Selçuk, İflas Hukunda Sıra Cetveli Prosedürü ve Sıra Cetveline Karşı Müracaat Yolları, s.14; Postacıoğlu, İlhan, İflas Hukuku İlkeleri, İstanbul 1978 s.205 19.HD 27.2.1996, 22/1568 (Deynekli/Kısa, Sıra Cetveli, s.749).

12 Öztekin s.17-18.

tulan avukatın vekalet ücretini sayabiliriz¹³.

İflas masrafları ve masa borçlarına sıra cetvelinde yer verilmez. Ancak pay cetvelinde gösterilmez.

V-Rehinli Olmayan Alacaklar

Rehinli olmayan alacaklar kapsamına imtiyazlı alacaklar ile adi alacaklar girmektedir. İmtiyazlı alacakları İİK'nın 206. maddesi kapsamına giren imtiyazlı alacaklar ile özel kanunlarda imtiyazlı olduğu belirtilen alacaklar olarak ayırma tabi tutabiliriz.

1-İmtiyazlı Alacaklar

İmtiyazlı alacaklar, adi alacaklara göre önce ödenmesi gereken alacaklardır. İmtiyazlı alacaklar İİK'nın 206. maddesinde ve bazı özel kanunlarda düzenlenmiştir.

Buradaki imtiyaz, imtiyazlı olanın şahsına değil, alacağa ilişkindir. Bu nedenle alacak devredilmeden imtiyaz hakkının devri mümkün değildir¹⁴. İmtiyazlı alacağın temliki halinde, imtiyaz hakkı temellük eden alacaklıya geçebileceği gibi, alacaklının ölümü halinde mirasçılara ve borcu ödeyerek alacaklının haklarına halef olan kefile de geçecektir¹⁵. Kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça imtiyaz hakkı sahibi bu imtiyazından feragat edebilir. İmtiyazlı alacaklının feragati olmadığı halde bulunması gereken sıraya alınmaması halinde bu alacaklının sıra cetveline şikâyet yoluyla itiraz etmesi gerekir¹⁶. İİK'nın 206. maddesindeki imtiyazlı alacaklar hacizde sıra cetveli düzenlenirken de dikkate alınmalıdır. Nitekim İİK'nın 140. maddesinin 2.fıkrasında, hacizde sıra cetvelinde alacaklıların 206. madde gereğince iflas halinde hangi sıraya girmeleri lazım geliyorsa o sıraya kabul olunacağı belirtilmiştir. Bununla beraber hacizde sıra cetvelinde, İİK'nın 206.maddesinin ilk üç sırasındaki alacaklar için muteber olan tarih haciz talep tarihidir (İİK.mad. 140/son).

13 Postacıoğlu s.194; Belgesay, Mustafa Reşit, İcra ve İflas Hukuku Cilt 2, 1953 s.103.

14 Ansay s.267; Kuru C III, s.3011; Postacıoğlu s.194

15 Postacıoğlu, s.194

16 Berkin, Necmeddin, İflas Hukuku İstanbul 1972, s.295; Kuru Cilt 3, s.3012; Deynekli/Kısa, Sıra Cetveli, s.610.

İİK'nın 206. maddesinde yapılan değişiklik sonucu dört sıra kabul edilmiştir. İlk iki sıradaki alacaklar yönünden hacze iştirakle ilgili olarak iflasın açılma tarihi kabul edilmiştir. Üçüncü sırada özel kanunlarında imtiyazlı olduğu belirtilen alacaklara yer verilmiştir. Bu sırada iflasın açılma tarihi yönünden bir düzenleme getirilmediği için İİK'nın 140/son maddesinde 206. maddedeki değişikliğe rağmen değişiklik yapılmadığından hacze iştirak yönünden üçüncü sırada yer alan alacakların imtiyaz süresi bakımından uyuşmazlıklar çıkabilecektir.

A - İİK'nun 206. Maddesinde Öngörülen İmtiyazlı Alacaklar

İİK'nun 206. maddesinde ilk beş sırada imtiyazlı alacaklar öngörülmüş iken 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu ilk üç sıradaki alacaklara imtiyaz tanınmıştır.

aa- Birinci Sıra

aaa- İşçilerin, iş ilişkisine dayanan ve iflasın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatları dahil alacakları ile iflas nedeniyle iş ilişkisinin sona ermesi üzerine hak etmiş aldıkları ihbar ve kıdem tazminatı alacakları imtiyazlıdır.

İşçilerin iş ilişkisine dayanan iflasın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş alacakları (örneğin ücret alacağı) imtiyazlıdır. Bir yıllık süreden önce doğmuş işçilik alacakları imtiyazlı değildir. Bu nedenle dördüncü sıra kaydedilmelidir. İşçi iflas tarihinden önce işten ayrılmışsa, iflas tarihinden geriyte doğru bir yıllık sürenin başlangıcından işten ayrılma tarihine kadar olan süredeki ücret alacağı imtiyazlıdır. İflasın açılmasından bir yıl önce işten ayrılan işçinin işçilik alacakları imtiyazlı değildir, bu nedenle dördüncü sırada yer almalıdır.

Sürelerin hesaplanmasında iflasın açılmasından önce mühlet de dahil olmak üzere geçirilen konkordato süresi, iflasın ertelenmesi süresi ve alacak hakkında açılan davanın devam ettiği süre ile terekenin iflas hükümlerine göre tasfiyesinde, ölüm tarihinden tasfiye kararı verilene kadar geçen süreler dikkate alınmaz (İİK m 206/son). Bu hüküm 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonar düzenlenecek sıra cetvelerinde uygulanacaktır (4949 sayılı Kanun Geçici madde 5 bend 31).

İşçi kıdem ve ihbar tazminatları yönünden İİK'nın 206. maddesinin (F) bendinde bir süre ile sınırlı olmadan imtiyaz tanınmıştır. Yeni düzen-

leme ile iş akdinin iflas nedeniyle feshi halinde kıdem ve ihbar tazminatı alacağı süreye bakılmadan imtiyazlı kabul edilmiştir (4949 sayılı Kanunla değişik 206. maddesi A bendi). İflastan başka bir nedenle iş ilişkisinin sona ermesi halinde ise işçilik alacakları gibi iflasın açılmasından önceki bir yıl içinde tahakkuk etmiş ihbar ve kıdem tazminatı alacaklarına imtiyaz tanındığı görüşümdedir. Maddenin düzenleniş tarzı böyle bir yorum yapmaya müsait görünmektedir.

İşçilerin iş ilişkisine dayanmayan alacaklarına birinci sırada imtiyaz tanınmadığından dördüncü sırada işlem görecektir.

bbb- İşverenlerin, işçiler için yardım sandıkları veya sair yardım teşkilatı kurulması veya bunların yaşatılması maksadıyla meydana gelmiş ve tüzel kişilik kazanmış bulunan tesislere veya derneklere olan borçları birinci sırada imtiyazlıdır.

ccc- İflasın açılmasından önceki son bir yıl içinde tahakkuk etmiş olan ve nakden ifası gereken nafaka alacaklarına birinci sırada imtiyaz tanınmıştır.

4949 sayılı yasayla yapılan değişiklikten önce ilama bağlanmış ve paylaştırmaya kadar işleyecek karı, koca ve çocuk nafakaları birinci sırada imtiyazlı olarak sayılmıştır. Ana, baba ve kardeş nafakalarının bu hüküm kapsamında olmadığı kabul edilmekteydi¹⁷. Yeni düzenleme ile ayırım yapılmadan her türlü nafaka alacakları iflasın açılmasından önceki son bir yıl içinde tahakkuk etmiş olması şartıyla birinci sırada imtiyazlı kabul edilmiştir.

İflasın açılmasından önceki son bir yıldan daha önceki tahakkuk etmiş nafaka alacakları dördüncü sırada işlem görecektir.

bb- İkinci sıra

Velayet ve vesayet nedeniyle malları borçlunun idaresine bırakılan kimselerin bu ilişki nedeniyle doğmuş olan alacakları ikinci sırada imtiyazlıdır.

Ancak bu alacaklar vesayet veya velayeti devam ettiği müddet yahut bunların bitmesi takip eden yıl içinde iflas açılırsa imtiyazlı alacak olarak kabul olunur. Bir davanın veya takibin devam ettiği süreler hesaba katılmaz (İİK m.206).

¹⁷ Ansay, s.262.

Velayet beya vesayet ile veya malların idaresi ile ilgili olmayan alacakların imtiyaz hakkı bulunmamaktadır. Ana babasıyla birlikte yaşayan reşit çocukların, ana babasından olan alacakları hacze takipsiz iştirak edebilirse de ikinci sırada imtiyaz hakkı tanınmamıştır¹⁸.

cc- Üçüncü sıra

Özel kanunlarında imtiyazlı olduğu belirtilen alacaklara üçüncü sırada imtiyaz tanınmıştır.

Özel kanunlarda düzenlenen bazı alacakların diğer alacaklara göre imtiyazlı olduğu belirtilmiş, ancak İİK'nın 206. maddesinde öngörülen imtiyazlı alacaklardan önce mi, yoksa sonra mı belirtilmemiştir. Bu alacakları İİK'nın 206. maddesindeki sıralardan birine sokma imkânı olmadığından İİK'nın 206. maddesindeki imtiyazlı alacaklardan önce ödeneceği kabul edilmekteydi¹⁹.

aaa- Kat Mülkiyeti Kanununun 22/son Maddesinde Öngörülen Alacak

Kat maliklerinin, gider borcunu ödemeyen kat maliklerinden olan alacaklarının öncelikli olduğu Kat Mülkiyet Kanununun 22/son maddesinde belirtilmiştir. Buradaki öncelik, aynı maddenin 2. fıkrasında düzenlenen kanuni ipoteğin tasciline istemekten ayrı bir haktır ve ipotek tescil edilmemiş olsa bile ortak gider alacağı önceliklidir²⁰. Ancak, maddede bu alacağın İİK'nın 206. maddesindeki alacaklardan hangisine gireceği açıklanmadığından farklı yorumlara sebep olmuştur.

Tekinay, bu düzenleme ile İİK'nundaki sıraların bozulmak istenmesini kabul edilemeyeceğini, bu nedenle ortak gider alacağının, İİK'nın 206.maddesinde sıraları gösterilen imtiyazlı alacakların sonuncusu olması gerektiği görüşündedir²¹.

18 Kuru Cilt 3, s.3008; Deynekli/Kısa, Sıra Cetveli, s.605; Tercan, Erdal 4389 sayılı Bankalar Kanunu'na Göre Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'nun ve Tasarruf Mevduatı Sahibi Alacakların, Bir Bankanın İflas Halinde, İflas Masasına İmtiyazlı Olarak Yazılmaları (BatiderHaziran 2003 C.XXII. 33).

19 Tekinay Selahattin Sulhi, Eşya Hukuku, İstanbul 1984 s.672.

20 Tekinay, s.672.

21 Kuru C.III, s.3008.

Kuru, bu alacağın İİK'nın 206.maddesindeki sıralardan birine sokmaya imkân olmadığından, İİK'nın 206. maddesindeki imtiyazlı alacaklardan önce ödenmesi gerektiği görüşündedir²².

4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu bu alacak üçüncü sırada imtiyazlı kabul edildiğinden tartışmaların önemi kalmamıştır.

İflasın açılmasından sonra doğan ortak gider alacağı konusunda bir düzenleme yoktur. Federal Mahkeme bir kararında “müflisin müşterek mülkiyet payının değerini muhafaza eden ortak giderlerin masa borcu olarak kabul öncelikli ödenmesi gerektiğini” belirtmiştir²³. Türk Hukukunda da iflasın açılmasından sonra doğan ortak gider borcunun, masa borcu olarak ödeneceği ileri sürülmüştür²⁴. Yargıtay bir kararında “müflise ait gayrimenkulün değerini muhafaza eden bakım ve idare masrafının masa borcu olduğunu kabul etmiştir²⁵.

bbb-HUMK.nun 417. Maddesinden Doğan Alacak

HUMK.nun 417. maddesinde adli yardımdan yararlanma durumunda diğer tarafın mahkumiyeti halinde istifade olunamayan adli yardım masraflarının, alınan ilamın icrasında imtiyazlı olarak tahsil edileceği öngörülmüştür. Buradaki imtiyaz, dava sonucu kazanılan belirli mal veya para üzerindeki imtiyaz olup, İİK'nun 4949 sayılı Kanunla değişik 206. maddesine göre üçüncü sırada işlem görecektir.

ccc-İİK.nun 36 maddesinde Öngörülen Tehiri İcra Teminatı

İİK.nun 36. maddesinin 1. fıkrasına göre ilamı temyiz eden borçluluğun, icranın geri bırakılması için teminat vermesi zorunludur. Anılan yasa maddesinin son fıkrası uyarınca ilamın Yargıtay'ca onanması halinde alacaklının talebi üzerinde başka bir işlem gerekmeksizin teminata konu olan para alacaklıya ödenir, mal ve haklar ise, malın nev'ine göre icra müdürlüğüne paraya çevrilir. İlam alacaklısının para veya mal ve hak olarak gösterilen teminat üzerinde üçüncü sırada imtiyaz hakkı vardır.

22 BGE 106 III 118; JDT 1982.II 151 (Öztek, s.18'den naklen).

23 Öztek, s.20

24 19.HD.4.7.1995, 5924/6110 (Deynekli/Kısa, Sıra Cetveli, s.750-751).

25 Deynekli/Kısa, Sıra Cetveli, s.607.

ddd-Sigorta Murakebe Kanununun 14/II. Maddesinden Doğan Alacak

Sigorta şirketleri sigorta sözleşmelerinden doğan taahhütlerine karşılık olmak üzere, sigorta primleri ile orantılı olarak teminat göstermek zorundadırlar (7397 Sayılı Kanununun 12/I. maddesi). Bu teminatlar, sigortalıların tüm alacakları ödenmeden iflas veya tasfiye masasına dahil ve başka nitelikteki alacaklar için dava edilemez veya icra takibine konu yapılamaz (7397 Sayılı Kanununun 14/II. maddesi). Madde hükmüne göre sigortalıların teminatlar üzerinde diğer alacaklılara göre imtiyaz hakkı bulunduğu ve bu imtiyazın İİK.nun206. maddesindeki imtiyazlardan önce geleceği kabul edilmekteydi²⁶.

İİK'nun 206. maddesinde 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra bu alacak üçüncü sırada işlem görecektir.

Burada asıl üzerinde durulması gereken sigortalının teminatla karşılanmayan alacaklardır. Bu alacakların iflas masasına İİK'nun 206. maddesiyle sigortalı üçüncü sırada iştirak edeceği hükme bağlanmıştır. 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu özel kanunlarda imtiyazlı olduğu belirtilen alacakların üçüncü sırada işlem göreceği hükme bağlanmıştır. Özel kanunlarında İİK'nun 206. maddesinde gireceği sıra gösterilen alacakların değişiklikten sonra hangi sırada işlem göreceği konusunda bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle konu uygulamada tereddütlere yol açacak nitelikte gözükmemektedir.

Özel kanunlarında İİK'nun 206. maddesinde gireceği sıra gösterilen alacaklar için 4949 sayılı Kararla değişik İİK'nun 206. maddesinde ayrı bir düzenleme yapılmadığından bunların da dördüncü sırada işlem göreceği görüşü ileri sürülebilir. Maddenin gerekeçesi bu görüşü destekler niteliktedir.

eee-Avukatlık Kanununun 166. Maddesinden Doğan Alacak

Avukat sözleşme ile kararlaştırılan ve hakim tarafından takdir olunan ücretinden dolayı, kendi çalışması sonucunda müvekkilini muhafaza ettiği veya kazandığı mallar ve davadaki diğer taraftan ilam gereğince tahsil edilecek para yahut alınacak mallar üzerinde diğer alacaklılara nazaran rüçhan hakkını haizdir. Rüçhan hakkı vekaletnamenin düzenleme tarihin-

26 Kuru Cilt III s.3009; Deynekli/Kısa, Sıra Cetveli 2002 s.607

de, vekaletname umumi ise iş sahibi adına ücret konusu işten dolayı ilk yapılan resmi başvurma tarihine göre sıra alır (1136 sayılı Kanunun 166/II.maddesi). Avukatın ölümü halinde, mirasçılara intikal eden avukatlık ücreti alacakları da avukat alacakları gibi rüçhanlıdır (1136 sayılı Kanunun 166/IV. maddesi).

İş sahibinin iflası halinde vekalet ücreti alacağı da sözkonusudur. Rüçhan hakkı tanınırken İİK'nun 206. maddesinin 1. fıkrası hükmü saklı tutulmuştur. Saklı tutulan hükme göre avukatın vekalet ücreti alacağı rehinli alacaklar ile eşya ve gayrimenkulün ayından kaynaklanan kamu alacaklardan sonra 206. maddede imtiyazlı alacak olarak belirtilenlerden önce ödeneceği kabul edilmektedir²⁷.

4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra düzenlenecek sıra cetvellerinde avukatın vekalet ücreti alacağına üçüncü sırada imtiyaz tanınacaktır.

fff-1518 Sayılı Tarım Kredi Kooperatifleri ve Birlikleri Kanununun 16/son Maddesinde Öngörülen Alacak

1581 Sayılı Kanununun 16. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Tarım Kredi Kooperatiflerine mevduatı kabul ve bankacılık işlemleri yapma yetkisini tanımıştır. Anılan yasanın 16. maddesinin son fıkrasına göre de, tasarruf mevduatı sahiplerine mevduatlarının yarısı için bu mevduatı kabul etmiş olan kooperatif ve bölge birliklerinin aktifinde mevcut bütün kıymetler üzerinde imtiyaz hakkı tanınmıştır. Tasfiye halinde, tasarruf mevduatının imtiyazlı kısmı, tasfiye neticesi beklenmeksizin sahiplerine ödenecektir. İİK'nun 206. maddesinde 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu bu alacaklar da üçüncü sırada işlem görecektir.

c-4389 Sayılı Bankalar Kanununun 16/4 ve Geçici 3. Maddesinde Öngörülen Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu Alacağı

4389 sayılı Bankalar Kanununun 16. maddesine göre bir bankanın bankacılık işlemleri yapma ve mevduatı kabul etme izninin kaldırılması halinde yönetim ve denetimi Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonuna intikal eder (1. bend). Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu, yönetim ve denetimi ken-

27 Deynekli/Kısa, Sıra Cetveli, s.606;Tercan, age, s.33.

disine intikal eden bankadaki sigorta mevduatı doğrudan veya ilan edeceği başka bir banka aracılığı ile ödeyerek, mevduat sahipleri yerine bankanın doğrudan doğruya iflasını ister (3. bend). İflas kararı alınması halinde Fon, iflas masasına imtiyazlı alacak olarak iştirak eder (4. bend).

İflasına hükmolunan bankanın Fona olan borçları, masanın nakit durumuna göre sıra cetvelinin kesinleşmesi beklenmeksizin ödenir (m.16/5).

4389 sayılı Bankalar Kanununun geçici 3. maddesinde tasfiye halindeki müflis TYT Bank A.Ş., İmpexbank A.Ş. ve Marmara Bankası A.Ş.'den tasarruf mevduatı alacağı bulunanlara Fon tarafından yapılacak ödemeler hükme bağlanmıştır. Fon, maddede öngörülen esaslar çerçevesinde yapacağı ödemelerle ilgil olarak iflas masalarına imtiyazlı alacaklı sıfatıyla iştirak eder(son fıkra).

Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonunun imtiyazının İİK'nun 206. maddesindeki imtiyazlardan önce geleceği kabul edilmektedir²⁸.

İİK'nun 206. maddesinde 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle özel kanunlarında imtiyazlı olduğu belirtilen tüm alacakların üçüncü sırada yer alacağı hükme bağlanmıştır. Bu durumda TMSF'nin alacağı da 4949 sayılı Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten sonra düzenlenecek sıra cetvellerinde üçüncü sırada yer alacaktır.

b-İİK'nun 206. Maddesinde Öngörülen ve Ancak Bu Maddede Gireceği Sıra Belirtilen Özel Kanunlardan Doğan Alacakların Sırası

Bazı alacakların imtiyazlı olduğu İİK'nun, 206. maddesinde öngörülen hangi sıraya gireceği özel kanunlarından gösterilmiştir. Bu alacaklar, 4792 sayılı Sosyal Sigortalar Kurumu Kanunu'nun 21. maddesinde öngörülen alacak, Bağ-Kur Kanunu'nun 17. maddesinde öngörülen alacak, Sosyal Hizmetler ve Çocuk Esirgeme Kurumu Kanunu'nun 31/1. maddesinde öngörülen alacak, Ordu Yardımlaşma Kurumu Kanunu'nun 37. maddesinde öngörülen alacaktır. Sigorta Murakebe Kanunu'nun 22/son maddesinde öngörülen alacağın İİK'nun 206 maddesinde üçüncü sıraya gireceği hükme bağlanmıştır. Bu alacağın İİK'nun 206. maddesinde 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra dördüncü sırada yer alması gerektiği yukarıda açıklanmıştır²⁹.

28 Bkz. yuk. dipnot 26 civarı.

29 Deynekli/Kısa, Sıra Cetveli, s.614-615.

Diğer alacakların devlet alacağı derecesinde imtiyazlı olduğu belirtildiğinden İİK'nun 206. maddesinde öngörülen beşinci sırada işlem göreceği kabul edilmekteydi³⁰.

İİK'nun 206. maddesinde 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklik sonucu devlet alacağına adi alacaklardan önce beşinci sırada tanınan imtiyaz ortadan kaldırılmış ve bu husus değişiklik gerekçesinde vurgulanmıştır. Bu nedenle yukarıda sayılan Kamu alacağı niteliğinde alacaklar adi alacaklarla birlikte dördüncü sırada yer alacaktır.

4389 sayılı Kanunu'nun 10/2-c maddesi ile tasarruf mevduatı sahiplerine imtiyaz tanınmıştır. Hükme göre bir bankanın iflası halinde tasarruf mevduat sahipleri, öfonun alacaklarından sonra gelmek üzere tasarruf mevduatlarının sigortaya 206. maddesinde öngörülen birinci sıra anlamına imtiyazlı olduğu hükme bağlandığından tasarruf mevduatı sahipleri İİK'nun 206. maddesinde öngörülen birinci sırada sayılan alacaklılarla aynı sıraya girmektedir.

Acaba İİK'nun 206. maddesinde 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra tasarruf mevduatı sahiplerine yine birinci sırada mı, veya üçüncü sırada mı yahut dördüncü sırada mı işlem görecektir?

Bankalar Kanununun 10/2-c maddesinde tasarruf mevduatı sahiplerinin alacağının açıkça İİK'nun 206. maddesindeki birinci sıraya gireceği hükme bağlandığından ilk bakışta 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklikten sonra da birinci sıraya gireceği düşünülebilir. Fakat kanunkoyucunun amacı özel kanunlarda imtiyazlı olduğu belirtilen alacakları üçüncü sıraya almaktır (madde gerekçesi). Bu amaç gözetildiğinde tasarruf mevduatı sahiplerinin alacağının üçüncü sırada işlem görmesi gerektiği ileri sürülebilir. Bu durumda da Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu alacağı ile tasarruf mevduatı sahiplerinin sigorta kapsamında bulunmayan alacakları üçüncü sırada işlem görecektir. Bu sonuç Bankalar Kanununda TMSF'na ve tasarruf mevduatı sahiplerine farklı sıralarda imtiyaz tanınmasındaki amaç ile bağdaşmaz. Bu nedenle tasarruf mevduatı sahiplerinin sigorta kapsamında bulunmayan alacaklarının dördüncü sırada adi alacak olarak işlem görmesi son düzenlemedeki kanun koyucunun amacına uygundur.

30 Uyar, Talih, İcra ve İflas Kanunu Şerhi, Cilt 2, s.2126

2- Adi Alacaklar

Rehinli ve imtiyazlı kabul edilmeyen bütün alacaklar İİK'nın 206. maddesindeki dördüncü sıraya girer. Rehinli alacakların rehin bedeli ile karşılanmayan kısmının da bu sıraya girmesi gerekir. Ayrıca imtiyaz hakkının süre ile sınırlandırıldığı durumlarda, sürenin dışında kalan alacaklar da sıra cetveline dördüncü sıraya alınırlar.

VI- Sıralar Arasındaki İlişki

Sıralar arasındaki ilişki İİK'nın 207. maddesinde düzenlenmiştir. Her sıranın alacaklıları aralarında eşit hakka sahiptirler. Bu nedenle, bir sıraya isabet eden para bu sırada yer alan bütün alacaklılara alacakları nisbetinde eşit olarak paylaşılır³¹. Aynı sırada yer alan alacakların birbirlerine karşı önceliği bulunmamaktadır.

Paylaştırmada önceki sırada yer alan alacaklardan ödenmeden sonraki sıraya geçilmez. Bütün alacakların ödenmesinden sonra bakiye kalırsa İİK'nın 196/son madde uyarınca iflastan sonra işleyen faizler ödenir.

Faizlerin ödenmesinde İİK'nın 206. maddesindeki sıraya uyulup uyulmayacağı konusunda kanunda açıklık yoktur. İmtiyaz hakkı kanunlarımızda sınırlı olarak düzenlendiğinden faizlerin ödenmesinde aynı sıra takip edilmeyerek faiz alacakları garameten ödenmelidir.

31 Deynekli/Kısa, Sıra Cetveli, s.616.

**PROF. DR. KAMİL YILDIRIM, DOÇ. DR. OĞUZ ATALAY VE
DR. ADNAN DEYNEKLİ’NİN TEBLİĞLERİ HAKKINDAKİ
SORU VE CEVAPLAR**

Prof. Dr. Bilge Umar: Efendim Sayın Oğuz Atalay meslektaşımızdan şu noktayı açıklamasını istirham edeceğim. Bildiğiniz gibi iflasın ertelenmesi ile ilgili 179. madde Ticaret Kanunu’nun 324. maddesinden esinlenerek getirilmiştir. Fakat arada önemli bir fark var. Her ikisinde de sizin buyurduğunuzun tersine “iflasın ertelenmesi kendiliğinden yeni takipleri engeller, mevcut takipleri durdurur” denmediği gibi; 324. maddede “iflası ertelenmesine karar veren mahkeme, hakkında iflası ertelenen şirketin malvarlığının muhafazası için kendi öngördüğü tedbirleri alır” gibi bir açıklık getiriyor. Madde 179’da bu yok. Ama, tabii ki, ihtiyati tedbir almak mahkemelerin genel bir yetkisi olduğuna göre burada da mahkemeden ihtiyati tedbir kararı alması talep edilebilir, fikri akla geliyor. Mahkeme de en azından bu çerçevede hareket ederek yeni takiplerin durmasına karar verebilir, görülüyor.

Uygulamada çok ilginç bir olay ortaya çıktı, son derece önemli. Adını vermeyeceğim bir mahkemeye 324. madde çerçevesinde bir firma başvuruyor “Aktifimiz pasifimizin altına düştü. 324. maddeye göre iflasımızı isteme yükümlülüğümüzü yerine getiriyoruz. Ama bizim durumumuzu düzeltmemiz mümkün, lütfen iflasın ertelenmesi kararı verin. Oradaki ihtiyati tedbir alma yetkinizi kullanın. Bizim hakkımızda yeni takip yapılmasını engelleyici ihtiyati tedbir kararı verin, mevcut olan bir takibin yürütülmesini engelleyici bir karar verin ...” diyor. Mahkeme beş gün içerisinde “peki” diye karar veriyor. Bir banka feryadı basarak itiraz dilekçesi veriyor, “bu firmadan şu kadar trilyon alacağımız varken siz takibi durdu-

ruyorsunuz, olur mu” diyor. Olur mu, olmaz mı? Bu konuda fikrinizi istihham edeceğim.

Doç. Dr. Oğuz Atalay: Kendisinden Usul ve İcra İflas Hukuku derisi almakla her zaman övündüğüm değerli hocamın karşısında önce hemen talebe psikolojisine giriyorum, bağışlasın. 324. maddede hocamızın buyurduğu gibi, biraz önce ben de söyledim, bir cümleden ibaret. İflasın ertelenmesini düzenliyor ve lüzumlu tedbirleri alır diyor.

Şimdi orada 179a ve 179b maddeleri düzenlendi diye 324. madde devre dışı mı kaldı? Onun gibi iflasın ertelenmesine atıf yapan kooperatiflerle ilgili, limited şirketle ilgili maddeler zımnen ilga mı oldu? Ben bunu olumsuz cevaplamak kanaatindeyim. Çünkü bu maddeler aslen iflasa ilişkin değil, yönetim kurulunun sorumluluğunu düzenlemeye ilişkin maddeler.

Şimdi, madde 179a'nın birinci fıkrasında şöyle bir hüküm var: “iflasın ertelenmesine karar veren mahkeme, şirketin veya kooperatifin malvarlığının korunması için her türlü tedbiri, iyileştirme projesini de göz önünde tutarak alır.” Madde 324'te de “lüzumlu tedbirleri alır” diyordu. Burada bir ilave ile özü alınmış gibi. İyileştirme projesi ciddi bir müessese haline gelecek; gelmiş gibi de bazı avukat arkadaşlardan duyduğum kadarıyla. İşte “benim araç parkım değerlendirilecek, durumum iyileşecek” diyerek bile proje sunanlar varmış. Bu kadar ucuz değil. Ciddi finansal analiz raporu; bilirkişilik gerektiren bir müessese. Bilirkişi daha önemli hale gelmiş, her emekli muhasebecinin hazırlayacağı rapor değerlidir artık bu. Bir projeksiyon, nakit akış tablosu hazırlanacaktır. İflas analizi yapılacaktır. Bu firma iflas ederse alacaklılara ne düşer, ertelenip de ilerde olur ya kurtulurda borçlarını öderse ne kadar düşecek, bunların karşılaştırmalı analizleri yapılmalıdır. Bu uygulamalar henüz ülkemizde yoktur. O yüzden önemli bir husus ve bilirkişilere önemli bir görev düşüyor. Hocam bu düzenleme çerçevesinde sordular, her türlü tedbir alınabilir mi? Madde 179a ve madde 179b kanunlaşmadan evvel her türlü tedbir almaları mümkündü; inanılmaz uygulamaları bende gördüm. Borçlu şirketin bilançosunun rehabilite imkânı varsa devam etmesi fikri çağdaş bir düşüncedir. Ancak Nasreddin Hoca'nın “... dikenlerden koyunlar geçecek, yün olacak onu eğirecek, çorap olacak giyecek ...” hikâyesi gibi iyileştirme projesi gibi olmaz. Ciddi, rasyonel, işletme biliminin verilerine uygun projeler hazırlanması lazım.

Tedbir konusunda, birincisi, yargıç rehinli alacaklar hakkında tedbir kararı veremeyecek. İkincisi, 206. maddenin birinci fıkrasındaki alacaklı-

lar için de tedbir kararı veremeyecek. Daha önce yapılıyordu. Ben de bu tarz uygulamalar gördüm. Hocam, her türlü tedbiri bu çerçeve içerisinde vermesi mümkündür. Tabii ki amaç şu, temel sağlam olursa gerçekten iyileştirilebilecek işletmenin iflası ertelenirse alacaklıların tamamının bir miktar fedakarlığa katlanması düşüncesi kabul edilebilir bir düşüncedir ve temelinde de bu yatmaktadır bu müessesenin. Ancak bu müessese suiistimale açık mıdır? Buyurduğunuz gibi öyle. Çok ciddi soru işaretleri var. Tekrar etmek istiyorum, yargıçlarımıza çok büyük iş düşmektedir. Bilirkişi seçiminde çok titiz davranılması gerek. Mümkünse şimdi tasarı aşamasındaki uzlaşma yoluyla sermaye şirketlerinin yediden yapılandırılması konusunda bir düzenleme geliyor. Tasarı yakında kanunlaşacak. Orada ismi konmuş durumda: raporu hazırlayacak bilirkişi, bağımsız denetim kuruluşu. Sermaye piyasası mevzuatımızda kimlerin bu işlemi yapacakları bellidir. Oradan faydalanılabilir. Burası sağlam olursa takiplerin ertelenmesinde de bir sakınca yok diye düşünüyorum. Ama bu tabii somut olayın koşullarına göre yargıç tarafından verilecek bir karardır.

Av. Emine Canbolat: Bu konuda Sayın Oğuz Atalay Hocamıza sormak istiyorum. 179. maddeye göre erteleme talebinde bulunan kişi şirket iyileştirme projesi sunacak. Mahkemede bunu inandırıcı bulursa ertelemeye karar verecek. Şimdi bizim burada yine bir kritere ihtiyacımız olacak. Mahkeme neye göre ciddi ve samimi bulacak? Burada benim aklıma 179'da erteleme süresi azami bir yıldır düzenlemesi geliyor. Yani iyileştirme projesi ortalama bir yıl içerisinde bu borcu geri döndürmeyi mi amaçlamalı? Mahkeme borcun bir yıl içerisinde ödeneceğini düşünürse ertelemeye mi karar vermeli?

Doç. Dr. Oğuz Atalay: Teşekkür ederim. Bu erteleme süresi iyileştirme süresi değildir. Bunlar ayrı kavramlar. Yani erteleme süresi şirketin bilançosundaki borca batıklığın giderilmesi için bir yıl süre ile kendisine takiplerden arındırılmış bir zaman dilimi hazırlanması ve bu arada takip baskısından arı bir şekilde çalışarak işlerini düzene sokması. Tabii bu proje kanunda tamamen düzenlenemez. Zaten işin püf noktası da orada. İsviçre'de yazarlar aynı nokta üzerinde birleşmişlerdir: Birleştirmeler mi yapılacak, âtil varlıkların elden çıkarılması mı, yeni bir planlama politikası mı bunlar hakkında mahkeme denetleyici bir karar veremez. Bu iyileştirme projesini teklifi hazırlayan kişi yapacak. Ben dünyaca ünlü yöneticileri getireceğim, halka açılıp sermaye topluyorum gibi çok değişik çareler olabilir. Saymak kanunun işi değildir. Bu süre alacaklıların alacaklarına tama-

men kavuşacakları periyodu ifade etmemektedir. Şirketin bilançosunun sağlıklı hale gelmesine imkân sağlayacak ortamın hazırlanması için verilen bir süredir. Süre sonunda iyileşme görülmezse iflas kararı verilecektir.

Av. İbrahim Ozan: Ben Sayın Kamil Yıldırım Hocamıza sormak istiyorum. Bu tasarrufun iptali davalarında beş yıllık sürede, borcun doğumundan önce bir tasarruf yapılmışsa bunun için de mi geçerli, yoksa borcun doğumundan sonra mı geçerlidir?

Prof. Dr. Kamil Yıldırım: Bu bizim eskiden beri gelen bir problemimiz. Yargıtay'ın kararları doğrultusunda, borçlunun, henüz borçlanmadığı dönemde işlem yapılmış olması müeyyide dışıdır. Yani borçlunun daha önceden yapmış olduğu tasarrufları müeyyidelendiremeyiz. Bu kanun değişikliğinde de, doğrusu, ona doğrudan temas eden bir konu göremiyoruz. Ancak şöyle, bir "kuşku duyulan dönem" varsaysa idik - ki İsviçre'deki sistematığı almadığımız için de ben onu göremiyorum, bunu üzüntüyle belirtiyorum - yani geriye doğru beş yıllık süreyi kuşku duyulan süre kabul etseydik, o zaman geriye doğru yapılan işlemin iptali için artık "borçlanmışım borçlanmamışım" buna bakılmayacaktı. Ancak bizde süre böyle değil. Hacizden önceki veya iflasın açılmasından önceki geriye doğru beş yılı objektif altına almadığımız için, bana göre, Yargıtay'ın mevcut uygulaması halen geçerli olacak. Tasarruf tarihi hareket noktamız yeni kanunda da tasarruf tarihidir. Tasarruf tarihine odaklandığımız zaman Yargıtay'ın uygulaması da müstekardır, yani değişecek bir durum yoktur.

Av. Mustafa Aydaner: İflasın ertelenmesi konusuyla ilgili bilgi veren Hocamıza soruyorum. İyileştirme projesi mahkemeye sunulacağına göre burada bilirkişi kurumuna da ihtiyaç olacak. Bunlar uzun bir zaman da alabilir. Şimdi burada alacaklıların itirazı yolunun açılmamasını bir eksiklik olarak görmüyor musunuz?

İkincisi 80'li yıllardaki konkordato döneminden çok çektik. Alacaklılar çok çekti. Yeni düzenlemeyle o suiistimalin doğması endişeniz var mı?

Doç. Dr. Oğuz Atalay: Görüyorsunuz hep aynı kaygı. Biz kaygılarla yaşıyoruz. Hayatımız böyle kaygılarla dolu. Kuşkusuz bunlar uzaydan gelmiyor bize. Somut verilere dayanıyor, orada da haklısınız tabii.

İflasın ertelenmesi müessesesi daha önce de vardı, yeni bir şey değil fakat uygulanmıyordu. Eskiden çok daha serbestti. İcra İflas Kanunu'na alınarak zapturabt altına alındı ve ayrıntılandırıldı. Kayyım atanması, mahkeme kararında kayyımın yetkilerin ayrıntılı olarak belirtileceği, ifla-

sın ertelenmesi kararı veren mahkemenin şirket yetkilileri ve alacaklıları dinleyebileceği, takipler üzerindeki etkileri açıklığa kavuşturulmuştur. Birinci soru cevaplandı, alacaklıların kendilerini ifade etme imkânları var. Çünkü bu süreçte tek başına iflası ertelenmesi diye bir talep yok. Uygulamadan gelen haberler doğruysa şöyle bir talepte bulunuyormuş bazı meslektaşlarımız: “iflasın ertelenmesi talebidir” konu bölümünde. Bizim hukukumuzda başı başına iflasın ertelenmesi talebi yok aslında. Bir borca batıklık bildiriyle iflasın ertelenmesi talebi tanınıyor. Borca batıklık bildiri de, İcra İflas Hukuku kelimeleriyle söylersek, iflas talebidir. Yani ortada iflas talebi olacak ki bu talebin yargılanması içinde borçlu veya alacaklılardan birinin iflasın ertelenmesi talebi yapılabilir. İflas talebinde bulunduğun anda bunun ilanı var zaten. Alacaklıların müdahale etmeleri mümkün. İflasın ertelenmesi talebi geldiğinde çağırıp mahkemenin dinlenmesi mümkün. O yüzden bir kaygınız olmasın.

İkincisi kötüye kullanılır mı? Gayet mümkündür. Önemli olan kullandırmamak. İş yargıya düşmektedir. Hakimlerin de mesleki bilgiyle düzeltebilecekleri bir mesele değildir. İyileştirme projesinin o işletmenin somut durumuna elverişli olmadığını çek etme yetkisi hakimlerde yoktur. Bu konuda kanaatim kurumsal bilirkişiliğin geliştirilmesi daha iyi olurdu. Süistimale açık bir müessesedir, titiz uygulanması gerekir.

Prof. Dr. Kamil Yıldırım: Şimdi Beyefendinin sorusunun bir kısmı açık kaldı. Karşı koyulabilir mi, kanun yolu yönünden? Temyiz yolu mevcut. Yani iflasın ertelenmesi kararlarına karşı kanun yoluna gidilebilir denmiş maddede. Bunu temyiz şeklinde anlayabiliriz.

Stj. Av. Aksu Dağcı: Sayın Deynekli'ye soru sormak istiyorum. 206. madde çerçevesinde vergi hukukundan doğan alacak mevzuuna açıklık getirir misiniz?

Adnan Deynekli, Yargıtay 19. H.D. Tetkik Hakimi: Vergi alacakları imtiyazlı sayılıyordu. Yeni düzenlemenin gerekçesinde “vergi alacaklarına tanınan imtiyaz kaldırılmıştır” denmiştir. Artık kaldırılmış dediğine göre dördüncü sırada işlem görecektir. Ancak iflas yönünden böyle. Hacze iştirak yönünden 6183 sayılı Yasanın 21/I. maddesi özel bir düzenleme getirmiştir. Kamu alacağından doğan haciz ilk hacze iştirak edecek ve satış bedeli garameten paylaşılacaktır. Bu düzenleme değiştirilmediği müddetçe mevcut değişiklik sadece iflas yönünden uygulanacaktır. İlk hacze iştirak imkânı vergi alacakları yönünden mümkündür.



DÖRDÜNCÜ OTURUM



**4949 SAYILI İCRA VE İFLÂS KANUNU'NDA DEĞİŞİKLİK
YAPILMASINA DAİR KANUN'UN ADÎ KONKORDATO İLE
İLGİLİ HÜKÜMLERDE GETİRMİŞ OLDUĞU
DEĞİŞİKLİKLERİN TESPİTİ VE DEĞERLENDİRİLMESİ**

Prof. Dr. Süha TANRIVER

Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

A- Genel Olarak

Konkordatoya ilişkin olarak yapılan temel ayırmalardan birisini de, adî konkordato- malvarlığının terki suretiyle konkordato ayrımı oluşturur. Bu ayrımın temelinde, her iki konkordato türünün gerçekleştirmeye yönelmiş oldukları amaçların birbirinden farklılık göstermesi yatmaktadır. Adî konkordato, esas itibariyle, borçlunun işletmesinin başında kalmak suretiyle, ekonomik durumunu düzeltmesine ve varlığını devam ettirmesine uygun bir ortamın yaratılmasını hedeflediği halde; malvarlığının terki suretiyle konkordato, borçlunun malvarlığının aktiflerinin tamamı ya da bir kısmı üzerindeki tasarruf yetkisinin, iflâsa nazaran daha yumuşak ve daha esnek bir rejim içinde gerçekleştirilecek olan tasfiye amacı ile sınırlı olarak, alacaklılara intikal ettirilmesini hedefler.¹ Yani, adî konkordatoda amaç, borçlunun işletmesinin iyileştirilmesinin, (yaşamasının) ayakta kalmasının sağlanması olduğu halde; malvarlığının terki suretiyle konkordato amaç, esas itibarıyla, daha esnek bir rejim içerisinde, alacaklıların alacaklarının ödenmesini gerçekleştirebilmek için borçlunun ekonomik bütünlüğünün (mev-

1 Coradi, A.: Der Sachwalter im gerichtlichen Nachlassverfahren Art.293 ff. SchKG, Diss., Zürich 1973, s.31.

cudunun) tasfiye edilmesini sağlamaktır.² Bu nedenle, adî konkordatoda, borçlunun menfaatleri; malvarlığının terki suretiyle konkordato ise, alacaklıların menfaatleri daha ön plâna çıkmıştır.³ Adî konkordatodan maksat, mahkeme dışı konkordato⁴ ile malvarlığının terki suretiyle konkordato⁵ dışında kalan ve İcra ve İflâs Kanunu'nun 285 ilâ 309 (bu maddeler dahil). maddeleri arasında düzenlenmiş bulunan konkordato türüdür.⁶ İşaret edilen hususu, sözü edilen yasal düzenlemenin başlığının 4949 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, "Adî konkordato" olarak belirlenmiş bulunması da, doğrudur. Bu tür konkordato, vade veya yüzde konkordatosu biçiminde ortaya çıkabileceği gibi kombine (bileşik) konkordato biçiminde de ortaya çıkabilir. Yine, söz konusu konkordato, zaman itibarıyla iflâstan önce olabileceği gibi, iflâstan sonra da olabilir.

B- Konkordato Talebi ve Nazara Alınabilmesi Şartları ile İlgili Değişiklikler

İcra ve İflâs Kanunu'nun 285. maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle, konkordato hükümlerinden yararlanmak isteyen herhangi bir borçlunun, tetkik merciine konkordato projesi ile birlikte "gerekçeli bir di-

2 **Tanrıver, S./Deynekli, A.:** Konkordatonun Tasdiki, Ankara 1996, s.45; **Tanrıver, S.:** Konkordato Komi-seri, Ankara 1993, s.197.

3 **Coradi,** s.35.

4 Konkordato prosedürü içerisinde görev yapan herhangi bir resmî makamın katılımı olmaksızın, borçlunun, doğrudan doğruya alacaklıları ile ayrı ayrı anlaşmak suretiyle gerçekleştirdiği konkordato türüne, mahkeme dışı konkordato denir. (**Leimgruber, O.:** Der Nachlassvertrag nach Schweizer Recht, Zürich (Tarihsiz), s.14; **Berkin, N.:** İflâs Hukukunda Konkordato, İstanbul 1948, s.117; **Kuru, B.:** İflâs ve Konkordato Hukuku, 2.B. (Tıpkı basım), İstanbul 1988, s.406).

5 Paraya çevirtmek suretiyle oluşturulan değerden tatmin edilmek üzere, borçlunun malvarlığının aktiflerinin tamamı yahut bir kısmı üzerindeki tasarruf yetkisinin, alacaklılara bırakılmasını öngören konkordato türüne, "malvarlığının terki suretiyle konkordato", daha doğru bir deyişle "mevcudun terki suretiyle konkordato" denir. Sözü edilen konkordatonun gerçekleşmesi ile birlikte, borçlu hem iflâs etmekten ve dolayısıyla iflâsın kamu hukuku bakımından doğuracağı sonuçlardan kurtularak ticarî saygınlığını (ekonomik kimliğini) korur; hem de aktiflerin tasfiyesi sonucunda oluşan değerden karşılanmayan alacak kesimleri için, borç ödemedi belgesi düzenlenmesi söz konusu olmaz.

(**Ganahl, E.:** Entscheidungskriterien für die Wahl und Bestätigung eines Nachlassvertrages gemaess SchKG., Diss., St. Gallen 1978, s.8; **Tanrıver/Deynekli,** s.46).

6 **Tanrıver/Deynekli,** s.44.

lekçe vermesi” ve bu dilekçeye “gelir tablosunu” da eklemesi esası benimsemiştir. Yapılan bu yasal değişiklikle, borçluya bir dilekçe ile gerçekleştirileceği konkordato talebini, gerekçelendirme zorunluluğu getirilmiş; böylelikle soyut ve icrası kâbil olmayan ve dolayısıyla reel bir temel üzerine de oturmayan konkordato projelerine dayanılarak konkordato talebinde bulunulmasının önüne geçilmek istenmiştir. Borçlu, bu çerçevede, içinde bulunduğu ekonomik durumu ve ödeme gücüğü içerisine düşme yahut ekonomik çöküntüye marûz kalma nedenlerini belirttikten sonra, alacaklarını, ne ile, nasıl ve hangi ölçüde tatmin etmeyi amaçladığını ve bu amaçla ulaşmak için izlenecek olan yöntem ile seçtiği konkordato türünün bu durumdan kurtulmasını gerçekleştirmeye elverişli bir araç olup olmadığını, ekonomik göstergelerden de yararlanmak suretiyle, reel bir temele dayalı olarak açıkça ortaya koymak zorundadır. Yine, borçlunun malî ilişkilerinin analizinde önem taşıyan bir belge olması hasebiyle, konkordato talebine eklenmesine gereken belgeler arasına “gelir tablosu” da ilâve edilmiştir. Ancak, bu belgenin beklenen yararı sağlayabilmesi için, başvuru tarihi itibariyle düzenlenmiş olması aranmalıdır. Aranılacak belgeler arasında, tüzel kişilerde, kuruluş senedi, statü, yönetim kurulu ve genel kurul toplantı tutanakları, faaliyet raporları ve denetleme organının raporlarının ve ayrıca ticaret ortaklıklarında pay defterleri ile pay sahipleri listesinin de dahil edilmesi, tüzel kişilerin konkordato taleplerinin değerlendirilmesi bağlamında yarar sağlayabilirdi.⁷ Yine, borçlunun arzulamış olduğu konkordato, yüzde konkordatosu olsa bile, artık, onun bu tür bir konkordato teklif edebilmesi için, asgarî % 50 ödeme taahhüdünde bulunması zorunluluğu yoktur. Bir başka ifade ile, yapılan bu yasal değişiklikten sonra, malvarlığının aktifleri, pasiflerinin en az % 50’sini karşılamaya yetmeyen bir borçlunun dahi, konkordato talep etmesi mümkündür (4949 s.K. m.103 ile kaldırılan m.285 son f.). Asgarî ödeme taahhüdünün kaldırılmasının temelinde, aslî etken olarak, borçlunun alacaklılarına da konkordato talep etme olanağının verilmiş bulunmasının yattığı söylenebilir.

İcra ve İflâs Kanunu’nun 285. maddesinin ikinci fıkrasına eklenen yeni yasal düzenlemeyle, borçlunun iflâsını isteyebilecek bir konumda bulunanlar da dahil olmak üzere, her alacaklıya, gerekçeli bir dilekçe ile, tetkik merciinden, borçlu hakkında, konkordato işlemlerinin başlatılmasını isteme yetkisi tanınmıştır. Alacaklıların, borçlu hakkında konkordato işlemlerinin başlatılmasını talep edebilmeleri için, konkordatonun, kendile-

7 Tanriver- Konkordato Komiseri, s.35.

rine, iflâsa nazaran, daha fazla yarar sağlayacağını ya da daha avantajlı bir durum yaratacağını, açıkça ortaya koymuş bulunmaları şarttır (bkz. 4949 s.K. m.77 ile değişik m.298/2). Kanunda alacaklıların, konkordato taleplerini gerekçelendirmeleri ile de kastedilen, bu olmak gerekir.

Borçlunun yanısıra, alacaklılara da, konkordato talep etme olanağının tanınması karşısında, konkordatonun, artık, sadece borçluya tanınan hukukî bir lûtuftan⁸ olmaktan çıkartılıp; borçlunun yanısıra, alacaklıların ve hatta kamunun menfaatlerinin dengelenmesine ve bir potada uzlaştırılmasına hizmet eden bir hukukî kuruma dönüştürülmek istendiği söylenebilir.

Konkordato mühleti talebinde bulunulmasından, bu talebin, tetkik merciince incelenip karara bağlanmasına kadar, genelde oldukça uzun bir zaman geçmektedir. Hatta, çoğu kere, bilirkişi incelemesi yaptırılmasına ihtiyaç duyulması sebebiyle, konkordato talebine ilişkin olarak gerçekleştirecek inceleme aylarca dahi sürebilmektedir. Dolayısıyla, konkordato mühleti talebinde bulunulmasından, bu talebin karara bağlanmasına kadar geçen dönem içerisinde, borçlunun malvarlığında alacaklıların zarara uğramasına yol açabilecek nitelikte hukukî işlemlerde bulunması mümkün olduğu gibi; alacaklıların da yeni takipler, (özellikle, iflâs takipleri) yapmak suretiyle borçlunun konkordato girişimini etkisiz kılacak tutum ve davranış sergilemeleri mümkündür. Zira, konkordato mühletinin hükümleri, konkordato mühleti talebinde bulunulduğu tarihten itibaren değil; mühlet kararının verildiği tarihten itibaren ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle, konkordato mühleti talebinde bulunulmasından, bu talep hakkında karar verilmesine kadar geçen dönem içerisinde, borçlunun malvarlığında alacaklıların zarara uğramasına yol açabilecek nitelikte hukukî işlemlerde bulunmasını ve alacaklılarında mevcut takipleri devam ettirmek ve yeni takipler yapmak suretiyle özellikle borçlunun konkordato girişimini baltalamalarını engelleyecek, yani daha işin başında borçlu ile alacaklıların menfaatlerini adil bir biçimde koruyacak ve dengeleyecek bir mekanizmaya ihtiyaç vardır.⁹ Bu bağlamda, 4949 sayılı Kanun'un 67. maddesiyle, İcra ve İflâs Kanunu'nun 285. maddesine dördüncü fıkra olarak eklenen yeni düzenleme ile, tetkik merciine, konkordato talebi üzerine, borçlunun malvarlığının muhafazası için, gerek gördüğü takdirde, ismi açıkça zikredilen Kanun'un 290. maddesinin ikinci

8 **Blumenstein, E.:** Handbuch des Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911, s.891; **Hürlimann, G.:** Die Nachlasswürdigkeit gemaess Art. 306 SchKG., Diss., Zürich 1969, s.23-24; **Coradi, s.1.**

9 **Tanrıver, S.:** Konkordato Prosedürünün Islahı İle İlgili Bazı Düşünceler (AÜHFD., 2001/3, Ayır Bası, 1-9), s.2.

fıkrasında belirtilen önlemleri alma yetkisi tanınmıştır. Bu durumda, tetkik mercii, konkordato talebinde bulunulmasından, bu talebin karara bağlanmasına kadar geçen zaman kesitinde, borçlunun malvarlığının muhafazasını temin için, kendiliğinden, izni dışında, borçlunun rehin tesis etmesini, kefil olmasını, taşınmazlarını ve işletmesinin devamlı tesisatını kısmen dahi olsa devretmesini ve ivazsız tasarruflarda bulunmasını yasaklayabilir; bu yasaklamaların tamamını getirebileceği gibi bir ya da birkaçını da getirebilir. Ancak, bu önlemler, borçlunun malvarlığının muhafazasını temin için tek başına yeterli değildir. Bu çerçevede, kanunla belirlenen yasak tasarruflar dışında kalan tasarrufların, hukuken geçerli olabilecek bir biçimde gerçekleştirilmesine veya denetlenmesine yahut da borçlunun işletmesi üzerinde sahip olduğu tasarruf yetkisini tümüyle üstlenecek olan geçici bir konkordato komiseri atama yetkisinin de, tetkik merciiine tanınması uygun olurdu. Yine, bu ön aşamada, borçlu ile alacaklılarının menfaatleri arasında daha işin başında bir denge kurulabilmesini temin ile, borçlunun konkordato girişimini başarı ile sonuçlandırmasına uygun ortamı yaratmak amacıyla, konkordato mühleti talebinde bulunulmasından, bu talebin karara bağlanmasına kadar geçen dönem içerisinde, yapılacak olan yeni takipler ile derdest takipleri, yeni 289. madde hükmü ile somut olayın şartlarını ve özelliklerini gözeterek, geçici bir süre (belirli bir süre) için, tatil edebilme yetkisinin de, tetkik merciiine bırakılması, konkordatonun amaçları gözetildiğinde, daha sağlıklı bir tutum teşkil ederdi (krş. İsviçre İİK. Art.293, III, IV; Eski Alman Konkordato Kanunu § 11, 12, 13, 46).¹⁰

İcra ve İflâs Kanunu'nun, konkordato talebinin nazara alınması şartlarını, yani konkordato mühleti verilmesini belirleyen 286. maddesinin birinci fıkrasında, 4949 sayılı Kanun'un 68. maddesiyle yapılan değişiklikle, eski metinde yer alan "borçlunun işlerinde doğruluğu" ibaresi ile asgarî % 50 ödeme taahhüdünü öngören "mevcudun yüzde elliye ödemeye yetişip yetişmediği" ibaresi çıkartılmıştır. Öngörülen yasal değişiklikle, 286. maddenin birinci fıkrasındaki düzenlemede yer alan "borçlunun işlerindeki doğruluğu" ibaresinin çıkartılması suretiyle, dürüstlük koşulunun, yargı organınca konkordato mühleti verilmesi bağlamında artık aranmayacağı gibi bir izlenim yaratılmış; hatta değişikliğe ilişkin madde gerekçesinde, bunun izlenimden öte bir nitelik taşıdığı, mühlet verilmesinin koşulları arasında, artık, dürüstlük koşulunun yer almadığı açıkça vurgulanmıştır. Bunun temelinde yatan düşünce, konkordatonun yalnızca borçlunun ya-

10 Tanrıver- Konkordato Prosedürü, s.2-3.

rarlanabileceği bir lûtf olmaktan çıkartılıp; borçlunun yanısıra, alacaklıların ve hatta kamunun menfaatlerinin dengelenmesine ve bir potada uzlaştırılmasına yönelik olarak işlev üstlenmiş bir kurum, bir maliye politikası aracı olarak görülmeye başlanması ve hassaten alacaklılara da, borçlu hakkında konkordato prosedürünün işletilmesini talep etme olanağının tanınmış bulunmasıdır. Kanun koyucu, yeni düzenlemede, “borçlunun işlerindeki doğruluğu” ibaresinin yerine, işletmesinin ekonomik anlamda ayakta kalabilirliğinin temin edilmesini temel alan ve bunun en önemli aracı olarak algılanan tümüyle ekonomik veriler üzerine kurulu bir ölçüt işlevini gören “konkordatonun başarı ihtimali” ibaresini, ikame etmek istemiştir. Ancak, her nedense, yasal değişiklik yapılırken, İcra ve İflâs Kanunu'nun 286. maddesinde yer alan “projenin alacaklıları zarara sokma kastından âri olup olmaması” ibaresi çıkartılmamıştır. Sözü edilen ibarenin muhafaza edilmiş bulunması, genel çerçevede, kusur araştırması temeline dayalı olarak, daha dar kapsamda da olsa, borçlunun dürüstlüğüünün, mühlet verilmesi aşamasında, hâla yasal bir koşul olarak aranması gerektiğine, üstü örtülü bir biçimde de olsa işaret etmektedir. Yapılan bu tespit karşısında, gerçekleştirilen yasal değişiklikle, borçlunun dürüst olmasının konkordato mühleti verilmesi bağlamında artık aranmayacağı gibi bir izlenim yaratılmışsa da, bu izlenim gerçekçi bir temele dayanmamaktadır. Bu durumda, tetkik mercii konkordato mühleti talebini karara bağlarken, projenin alacaklıları zarara sokma kastından âri olup olmadığını belirleme temelinde, kusur araştırmasını baz almak suretiyle, borçlunun dürüst olup olmadığını tâyine çalışacaktır. Öte yandan, borçlunun iyiniyetinden şüphe edilmesini gerektiren bir halin varlığının, tasarruf yetkisinin ve özellikle mühletin kaldırılması nedeni olarak, mehz Kanun'dan farklılaşarak, bizde hâla muhafaza edilmesi ve konkordato bağlamında, dürüstlüğüün bir anlamda genel yaptırımını olan konkordatonun feshine ilişkin yasal düzenlemede (m.308) herhangi bir değişiklik yapılmamış bulunması, konkordato da dürüstlüğüün korunmasını baz alan bir suçun ihdâsı (m.334) ve varlığının korunması, borçlunun dürüstlüğüünün, konkordato prosedürünün bütününde hâla etkili olduğunun diğer göstergelerini oluşturmaktadır. Sonuç olarak, kapsamı daraltılmış, kusur araştırmasına dayalı bir analize indirgenmiş olsa bile, dürüstlük, halihazırda, mühlet talebinin incelenmesi ve karara bağlanması bağlamında, göz ardı edilemeyecek olan bir yasal koşul durumundadır.¹¹

11 Pekcanitez, H./Atalay, O./Özekes, M.: İcra ve İflâs Hukuku, 2.B., Ankara 2003, s.189.

Yeni yasal düzenlemede, eskisinden farklı olarak, “konkordatonun başarı ihtimâli” ibaresine yer verilmesinden hareketle, Türk doktrininde, mühlet verilmesinin koşulları arasında konkordatonun başarı ihtimalinin mevcut olmasının da, arandığı yönünde, görüşler ileri sürülmüştür.¹² İsviçre’deki yasal düzenleme de olduğu gibi (Art.294, II, 2.c.), bizdeki yeni yasal düzenlemede de, “projenin alacaklıları zarara sokma kastından âri olması” ibaresine yer verilmemiş bulunsaydı, konkordatonun başarı ihtimalinin bulunmasının, mühlet verilmesi sırasında gözetilmesi gereken müstakil bir yasal koşul olduğu söylenebilirdi.

Yeni yasal düzenleme, bu haliyle irdelendiğinde, konkordatonun başarı ihtimalinin mevcudiyetinin de, borçlunun malvarlığının durumu, ödeme güçlüğü içerisine düşme nedenleri gibi, mühlet verilmesinin aslî koşulları arasında yer alan ve projenin alacaklıları zarara sokma kastından âri olmasını öngören koşulun, gerçekleşip gerçekleşmediğinin tâyininde kullanılacak olan enstrümanlardan birisi ve en önemlisi olduğu söylenebilir. Kaldı ki, konkordatonun başarı ihtimali mevcut değilse, zaten o konkordato projesi, doğal olarak bünyesinde alacaklılara zarar verme kastını da barındırır. Yine, bu ensülman, hâlen konkordato mühleti verilmesinin şartları arasında yer aldığı kabul edilen, teklif edilen meblağın, borçlunun malvarlığının aktifleri ile orantılı olması koşulunun¹³ gerçekleşip gerçekleşmediğinin tâyininde de, önemli bir işlevi yerine getirir. Çünkü, orantılılık koşulunun tâyini, konkordatonun başarı ihtimali ile zaten yakın bir ilişki içerisinde.

Yeni yasal düzenleme ile mühlet verilmesi bağlamında getirilen en önemli değişiklik, asgarî % 50 ödeme taahhüdünün varlığının artık aranmayacak olmasıdır (4949 s.K. m.68; m.103 ile değişik m.286, I m.285). Borçlunun, konkordato girişiminde bulunması halinde, asgarî % 50 ödeme taahhüdü koşulunun varlığının aranacağı muhafaza edilmesi, asgarî ödeme taahhüdünün, konkordatoya muhalefet eden ve azınlıkta kalan alacaklıların haklarını koruyucu bir işlevi yerine getirmesi ve ödenmesi teklif edilen meblağın, borçlunun malvarlığının aktifleri ile orantılı olup olmadığının gereği gibi takdir edilememesinden alacaklılar aleyhine doğabilecek sakıncaları belirli ölçüde de olsa ortadan kaldıracı bir etkiye sahip bulunması nedeniyle,¹⁴ daha yerinde bir tutum olurdu.

12 Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.189; Kuru, B./Arslan, R./Yılmaz, E.: İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı, 16.B., Ankara 2003, s.700.

13 Pekcanitez/Atalay/Özekes, s.189; Kuru/Aslan/Yılmaz, s.701.

14 Tanrıver- Konkordato Komiseri, s.45; Postacıoğlu, İ.: Konkordato, 2.B., İstanbul 1965, s.25; Gürdoğan, B.: İflâs Hukuku Dersleri, Ankara 1966, s.165.

Bu çerçevede, son olarak, alacaklıların, borçlu hakkında konkordato işlemlerinin başlatılmasını istemesi halinde, bu istemin karara bağlanmasından önce, tetkik merciine, talepte bulunan alacaklıyı dinleme zorunluluğu getirilmiş ve bu suretle alacaklıya konkordato talebinin gerekçelerini açıklama olanağı verilmek istenmiştir.

C- Konkordato Mühleti ve Sonuçları İle İlgili Değişiklikler

I- Genel Olarak

4949 sayılı Kanun'un 69. maddesiyle, İcra ve İflâs Kanunu'nun 287. maddesinin ikinci fıkrasında yapılan değişiklik ile, tetkik merciince borçluya verilecek olan konkordato mühletinin üst sınırı, iki aydan, üç aya çıkarılmıştır. Uzatma da dahil edilecek olursa, konkordato mühleti hâlihazırda azamî 5 aydır. Öte yandan, konkordatonun tasdiki isteminin karara bağlanmasının, yapılan yasal değişiklikle (4848 s.K. m.75), her hâlükârda konkordato mühleti içinde, kısa bir zamanda, gerçekleştirilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Tasdik süreci de dahil olmak üzere, konkordato prosedürünün gereklerinin, tümüyle, üç aylık, (uzatma da dahil 5 aylık) konkordato mühleti içerisinde, ülke sosyal gerçekliği de dikkate alındığında, tamamlanması hemen hemen imkânsız görülmektedir. Geçmişte yaşanan tecrübeler, konkordato mühleti içinde, genelde tasdik incelemesinin gerçekleştirilip sonuçlandırılmadığını; hatta, bu incelemeye baz oluşturacak olan komiserin raporu ile eklerinin dahi çoğunlukla mühletin bitiminden önce, incelemeyi yapacak olan yargı yerine tevdi edilmesinin sağlanmasında büyük güçlüklerle karşılaşıldığını göstermektedir. Tasdik süreci içinde bilirkişiye başvurulması halinde, bu incelemenin gerçekleştirilmesi bile, raporun kesinleşmesi süreci de dikkate alınacak olursa, bizâtihi aylarca sürebilmektedir. İşaret edilen bu tespitler ile tasdikten önceki aşamalarda da konkordato sürecinin yoğunluğu karşısında, konkordatonun oluşturulması prosedürünün gereklerinin tümüyle yerine getirilebilmesinin sağlanmasının, üç yahut uzatma da dahil beş aylık bir zaman kesiti olan konkordato mühleti içinde mümkün olamayacağı açıkça anlaşılır. Süre ilgili değişikliğin yetersizliği, daha işin başında konkordato kurumunun, işletilemez, ölü bir kurum haline gelmesine neden olur. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere, konkordato kurumunu, işlevsel bir kurum haline getirebilmek için, konkordato mühletinin üst sınırının 6 ay olarak belirlenmesi ve ayrıca bu sürenin komiserin talebi üzerine, azamî 12 ay kadar uzatılması-

na da olanak verilmesi¹⁵ uygun olurdu.

Borçluya konkordato mühleti verilmesini öngören kararın, hangi tarihteki, yurt sathında tirajı en yüksek beş gazeteden biri ile yayınlanacağı konusunda uygulamada ortaya çıkan tereddütleri gidermek amacıyla, İcra ve İflâs Kanunu'nun 288. maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle, karar tarihinin baz alınması esası benimsenmiş ve ayrıca konkordato mühletinin maddede sayılanların dışında, somut olayın koşullarına ve özelliklerine göre belirlilik kazanacak lâzım gelen diğer yerlere de bildirilmesi öngörülmüştür (4949 s.K. m.70 ile değişik m.288).

Yine, yasal değişikliğin gerçekleşmesinden önce, konkordato mühleti verilmesi kararının temyizi kâbil değildi; fakat bu karara karşı mühletin ilânından itibaren yedi gün içinde, alacaklıların dilekçe ile itirazda bulunması olanağı mevcut idi (m.288, II, III). 4949 sayılı Kanun'un 70. maddesi ile, İcra ve İflâs Kanunu'nun 288. maddesinin iki ve üçüncü fıkraları kaldırılmıştır. Bugün için, alacaklıların, borçluya konkordato mühleti verilmesini öngören karara karşı, itirazda bulunma olanağı yoktur. İtiraz kurumunun kaldırılması yerinde olmuştur. Çünkü, alacaklılara hem konkordato mühleti talebinin incelendiği aşamada hem de mühletin verilmesinden sonraki aşamada, özü itibarıyla aynı olgulara dayanarak aynı merciye itirazda bulunma imkânının tanınması, gereksiz yere zaman ve emek kaybına yol açar; işin bir boyutu itibarıyla de abesle iştigâl edilmesi anlamına gelir ki; bunun kabulü mümkün değildir.¹⁶ Öte yandan, konkordato mühleti verilmesi kararlarının, temyiz olunamayacağı dair yasaklama kaldırılmış ve fakat bu kararlara, tetkik merciilerinin temyizi kâbil kararlarını belirleyen 363 üncü madde bünyesinde yer verilmesi yoluna da gidilmemiştir. Bu gün için, tetkik merciilerinin, konkordato mühleti verilmesi kararlarına karşı gidilebilecek herhangi bir hukuksal çare mevcut değildir. Hiç olmazsa, mühlet talebine itirazda bulunmuş olup da, bu itirazları tetkik merciince dikkate alınmamış olan alacaklılara, mühlet verilmesi kararını temyiz edebilme olanağını tanımak gerekir. Aynı şekilde, konkordato mühletinin uzatılmasına ilişkin tetkik mercii kararlarının temyiz olunamayacağını öngören yasaklama kaldırılmış; fakat, sözü edilen kararlara, tetkik merciilerinin temyiz edilebilecek olan kararlarını öngören yasal dü-

15 İsviçre Hukuku'nda, konkordato mühleti azamî 6 aydır. Bu süre, komiserin talebi üzerine, azamî olarak 12 aya kadar; kompleks durumlarda ise, 24 aya kadar uzatılabilir (İsv. İİK. Art. 295, I, III).

16 **Tarıver-** Konkordato Prosedürü, s.3-4.

zenlemede de (m.363) yer verilmemiştir. Tüm bunlara karşılık, yeni yasal değişiklikte de, konkordato talebinin reddine ilişkin tetkik mercii kararlarının, tefhiminden itibaren on gün içinde, talepte bulunan borçlu ise, borçlu tarafından; alacaklı ise, alacaklı tarafından temyiz olunabileceği açıkça ifade edilmiştir (4949 s.K. m.68 ile m.286'ya eklenen son f.).

Esas itibarıyla, konkordato mühletinin kaldırılmasını düzenleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun 290. maddesinin üçüncü fıkrasında yapılan değişiklikle, konkordato mühletinin kaldırılmasının yanısıra, tetkik merciine, alternatif bir olanak olarak borçlunun malları üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılmasına karar verme yetkisi de tanınmış ve komiserin mühletin kaldırılmasını isteme yetkisi, sadece işaret edilen maddede belirtilen durumları rapor etme, bildirimde bulunma, tetkik merciini, bu yönde harekete geçirme yetkisine dönüştürülmüştür. Bu durumda, tetkik mercii yapacağı inceleme ve değerlendirmeler sonucunda, komiserin raporunda dile getirmiş olduğu nedenlerin gerçekleştiği kanısına varacak olursa, eylemin ağırlık derecesini ve somut olayın özgün koşullarını dikkate alarak, borçlunun malları üzerindeki tasarruf yetkisinin veya konkordato mühletinin kaldırılmasına karar verecektir. Tetkik mercii, her durumda, konkordato mühletinin kaldırılması kararı almak zorunda değildir. Anılan yargı mercii, konkordato mühletinin kaldırılmasının borçlu bakımından doğuracağı ağır ve ciddi sonuçları da dikkate alarak, alacaklıların menfaatlerine zarar verebilecek bir durumun ortaya çıkmasına sebebiyet vermemek kaydıyla, borçlunun malları üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılması kararı almakla da yetinebilecektir.

4949 sayılı Kanun'un 69. maddesi ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 287. maddesine eklenen son fıkra ile, borçlunun malvarlığının muhafazasının gerektirmesi ile konkordatonun gerçekleşmeyeceğinin açıkça anlaşılması halleri de, konkordato mühleti kaldırılması nedenleri arasına sokulmuş; sözü edilen sebeplerin ortaya çıkması durumunda, komiser, sadece bildirimde bulunma değil; mühletin kaldırılmasını isteme yükümü yüklenmiş ve tetkik mercii de mühletin kaldırılmasına karar vermekle görevlendirilmiştir. Bu durumda, tetkik merciine, İcra ve İflâs Kanunu'nun 290. maddesinin üçüncü fıkrasında yer alan düzenlemeden farklı olarak, borçlunun malları üzerindeki tasarruf yetkisinin kaldırılmasına karar verme yetkisi tanınmamıştır.

Tetkik merciinin, konkordato mühletinin veya tasarruf yetkisinin kaldırılmasına dair kararları temyizi kâbil kararlardandır (4949 s.K. m.69

ile m.287'ye eklenen son fıkra; 4949 s.K. m.72 ile değişik m.290 son f.). Yeni yapılan yasal değişiklikle, *borçlu iflâsa tâbi kişilerden olmasa bile*, konkordato mühletinin kaldırılması kararının kesinleştiğinin ilânından itibaren on gün içinde (eskiden, 7 gün idi) doğrudan iflâsına karar verilmesini isteme olanağı yaratılmış (4949 s.K. m.80 ile değişik m.301, I) ve bu suretle iflâs prosedürünün sadece tacirler bakımından işlerlik kazanacağı (TTK. m.20) kuralına bir istisna getirilmiş; bir anlamda, iflâsa cezaî yaptırım işlevi yüklenmiştir. Yine, yeni gerçekleştirilen yasal değişiklik uyarınca, mühletin kaldırılmasına karar veren tetkik mercii, aynı zamanda, teminat aranmadan borçlunun bütün haczi caiz mallarının ihtiyaten haczedilmesine karar verme; borçlu da, mühletin kaldırılması kararının kesinleşmesinden itibaren bir sene içerisinde, takibe uğradığı takdirde, tetkik merciiine sunduğu bilânçosundaki yazılı mal ve kıymetleri İcra ve İflâs Kanunu'nun 162. maddesi uyarınca gösterme zorunluluğu ile karşı karşıya bırakılmıştır (4949 s.K. m.72 ile değişik m.290 son f.; 4949 s.K. m.69 ile m.287'ye eklenen son f.).

II- Konkordato Mühleti Verilmesinin Sonuçları İle İlgili Olanlar

Konkordato mühleti verilmesinin en önemli sonuçlarından birisi, mühlet içerisinde borçluya karşı, kural olarak icra ve iflâs takibi yapılamaması ve mühlet verilmesinden önce başlatılmış olan takiplere de devam edilememesidir (m.289, I). Yeni takip yapma ve derdest takipleri devam ettirme yasağının kapsamı içerisinde, yapılan yasal değişiklikle, konkordatonun başarı ile gerçekleştirilebilmesinin önünde bir engel olarak görülmesi sebebiyle, 6183 sayılı Âmme Alacaklarının Tahsil Usûlüne Dair Kanuna göre yürütülen takipler de, dahil edilmiştir. Yine, İcra ve İflâs Kanunu'muzun 51. maddesinin ikinci fıkrasında, konkordato mühleti içinde, borçluya karşı hiçbir icra takip işleminin yapılamayacağını açıkça belirtilmiş olmasına rağmen, özellikle, Yargıtay'ın bu konudaki tutumunun da etkisiyle, doktrindeki hâkim eğilimin aksine, ihtiyatî haciz, hukukî niteliği itibarıyla bir icra takip işlemi olarak algılanmadığı için¹⁷, konkordato

17 İhtiyatî haczin, hukukî niteliği itibarıyla bir icra takip işlemi olduğu konusunda bkz.: **Berkin, N.:** İhtiyatî Haciz, İstanbul 1962, s.15; **Kuru,** s.430; **Postacıoğlu,** s.56-57; **Tanrıver-** Konkordato Komiseri, s.69; **Umar, B.:** İcra ve İflâs Hukukunun Tarihi Gelişmesi ve Genel Teorisi, İzmir, 198; **Özkes, M.:** İcra ve İflâs Hukukunda İhtiyatî Haciz, Ankara 1992, s.254.

mühleti içerisinde icra edilmesine olanak veriliyordu.¹⁸ Yeni getirilen yasal düzenleme ile, bu konudaki tereddütleri gidermek amacıyla, konkordato mühleti içerisinde ihtiyatî haciz kararının uygulanamayacağı açıkça vurgulanmış; ayrıca, borçlunun işletmesinin faaliyetlerinin kesintiye uğratılmadan yürütülmesine uygun ortamı yaratmak düşüncesiyle, yeni takip yapma ve derdest takipleri devam ettirme yasağının istisnaları arasında yer alan rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipler bakımından, rehinli malın satışının mühlet içerisinde gerçekleştirilemeyeceği şeklinde bir sınırlama getirilmiş ve yine, bu sınırlamayı destekleyici nitelikte, rehinli takiple ilgili, muhafaza tedbirlerinin mühlet içerisinde alınamayacağı hususuna açıkça işaret edilmiştir. Bu durumda, menkul rehni türleri arasında yer alan hapis hakkına istinaden menkul rehninin paraya çevrilmesi yoluyla takibe, mühlet içerisinde başlamak mümkün olduğu halde, bunu hazırlama bağlamında bir muhafaza tedbiri konumunda bulunması hasebiyle, hapis hakkına tâbi eşyanın defterinin yapılması mümkün değildir.

3494 sayılı Kanunla yapılan değişiklikle, konkordato mühletinin dolmasıyla birlikte borçluya karşı takip yapma yasağının sona ereceğini, mühletin bitiminden sonraki dönem içerisinde ihtiyati tedbir yoluyla da olsa borçluya karşı başlatılmış ya da başlatılacak olan takiplerin durdurulamayacağını öngören bir düzenleme (m.287 son. f.) getirilmiştir. Bu düzenleme, İcra ve İflâs Kanunu'nun 300 üncü maddesinin ikinci fıkrasında yer alan kuralın önemli ölçüde işlerliğini yitirmesine ve konkordato sistemi içerisinde, konkordato prosedürünün tamamlanmasına kadar geçen dönemde de, borçlu bakımından tasarruf yetkisi sınırlaması; alacaklılar bakımından ise, yeni takip yapma ve mevcut takipleri devam ettirme yasağı getirilmek suretiyle, borçlu ile alacaklıları arasında kurulmuş olan çıkar dengesinin, alacaklılar lehine bozulmasına sebebiyet verir bir nitelik taşımaktadır. Yasal değişiklik gerçekleştirilirken, artık tasdik prosedürünün sonuçlandırılmasının da mühlet içerisine sığdırılması zorunluluğu getirildiğine göre, İcra ve İflâs Kanunu'nun 287. maddesinin son fıkrasında yer

18 "...İİK'nun 289. maddesinde, rehinli alacaklar müstesna olmak üzere, mühlet içinde borçlu aleyhine hiçbir takip yapılamaz ve evvelce başlamış takipler durur... hükmü getirilmiştir. Anılan maddede konkordato mühleti içinde yasaklanan husus icra takibidir... İhtiyatî haciz ile icra takibi ayrı hukukî düzenlemeler olup ayrı ayrı hukukî sonuçlar doğurur. Bu nedenlerle, ihtiyatî haciz icra takip işlemi olmayıp yapılacak icra takibinden önce veya açılacak davadan önce uygulanan... ihtiyatî tedbir benzeri... etkili bir tedbir işlemi olduğundan İcra ve İflâs Kanunu'nun 289. maddesinde öngörülen takip yasağından sayılamaz..." HGK., 16.6.2000, 12-49/94).

alan düzenlemenin de kaldırılıp; yine, aynı Kanun'un 300 üncü maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen kuralla yetinilmesi, daha yerinde ve daha tutarlı bir davranış olurdu.¹⁹ Yine, bu çerçevede, konkordato talebinde bulunulmasından sonra, doğrudan doğruya iflâs yolunun işletilemeyeceğinin de, açıkça vurgulanması yerinde bir tutum teşkil ederdi.

Konkordato mühleti verilmesinin sonuçlarından birisi de, borçlunun malvarlığı üzerindeki tasarruf yetkisinin sınırlanmasıdır. Bu konuda, yapılan yasal değişiklikler, şu şekilde sıralanabilir:

1- Yasak tasarrufların kapsamı içerisine, gayrimenkullerin yanısıra, işletmenin devamlı tesisatının da kısmen dahi olsa devrini ve takyidatını öngören işlemlerinde dahil edilmiş bulunması. Bu bağlamda, "gayrimenkulleri satmak" ibaresinin, haklı bir biçimde ve yerinde olarak "gayrimenkulleri devretmek" şeklinde bir düzeltme tâbi tutulmuş olması,

2- Borçluya, tetkik merciinin izni ile, yasak tasarrufları yapma olanağının tanınmış bulunması,

3- Kanunla belirtilen yasak tasarruflar dışında, somut olayın özgün koşullarını dikkate alarak, tetkik merciine, belirli bazı hukukî işlemlerin, hukuken geçerli olarak yapılmasını komiserin katılımının sağlanması koşuluna bağlama (yani, özel tasarruf yetkisi sınırlaması getirme) yetkisinin verilmiş olması,

4- Tasarruf yetkisi sınırlamasının, konkordato mühletinin ilânından itibaren değil de; mühletin verildiği tarihten itibaren işlemeye başlatılmış bulunmasının öngörülmesi,

5- Tetkik merciine, işletmenin faaliyetlerini devam ettirme yetkisini, borçlunun yerine, tümüyle konkordato komiserine bırakma olanağının tanınmış bulunması,

6- Borçlunun, tetkik merciinin iznini almadan yasak tasarruflardan birini yapmış yahut tetkik merciinin, ancak komiserin de katılımı suretiyle yapılmasını öngördüğü bir işlemi, komiserin katılımını sağlamadan gerçekleştirmiş bulunması veyahut komiserin emir ve talimatlarına aykırı davranışlar sergilemiş olması halinde, işlerlik kazanacak bir yaptırım olan

19 **Tanrıver-** Konkordato Komiseri, s.280; **Tanrıver-** Konkordato Prosedürü, s.4; **Arsilan, R.:** Alacaklıların Tahsili Hususunda Cebrî İcra ve Yargılama Anında Karşılaşılan Sorunlar ve Çözüm Yolları (Panel, 5-7 Temmuz 1991, Ankara 1991, s.1-22; **Özkes,** s.258-259, 350.

konkordato mühletinin kaldırılması yaptırımının yanına, alternatif olarak, ona nazaran daha yumuşak ve daha esnek bir nitelik taşıyan borçlunun tasarruf yetkisinin kaldırılması yaptırımının da ilâve edilmiş bulunması,

7- Konkordato mühleti içerisinde, komiserin onayıyla borçlu ile üçüncü kişiler arasında gerçekleştirilen hukukî işlemlerden kaynaklanan alacakların konkordato teminatının hesaplanmasında tam olarak gözetilmeleri (m.298/3), konkordatoya tâbi olmamaları (m.303, I) ve ileride iflâs gündeme gelecek olursa masa alacağı olarak işlem görmeleri (m.303, II).

Her şeyden önce, eski yasal düzenlemeden farklı olarak, yeni yasal düzenlemede, özellikle borçlunun malvarlığının muhafazasını güvence altına alma düşüncesinin ağır basması nedeniyle, borçluya konkordato mühleti içerisinde tanınmış olan tasarruf yetkisinin kapsam ihbarıyla daha daraltılmasına; hatta işletmesi bağlamında tümüyle kaldırılmasına da olanak verilmiştir. Bunun somut delilleri olarak, yasak tasarrufların kapsamına, gayrimenkullerin yanısıra, işletmenin devamlı tesisatının da, kısmen dahi olsa devrinin ve takyidatının dahil edilmiş bulunması, tetkik merciince özel tasarruf yetkisi sınırlamasının getirilebilmesi ile borçlunun yerine, işletmesinin faaliyetlerinin yürütümünün komisere bırakılabilmesi gösterilebilir. Burada sözü edilen ve takip hukuku literatürüne yeni giren bir kavram olan “işletmenin devamlı tesisatı” kavramının anlamlandırılmasında, ticaret hukukunda, ticarî işletme rehni uygulaması açısından önem taşıyan bir kavram olan “menkul işletme tesisatı” (Ticarî İşletme Rehni Kanunu m.3) kavramı baz alınabilir. İşaret edilen düzenlemede dikkate alınarak, işletmenin ayakta kalabilmesi, faaliyetlerini sürdürebilmesi ve işler bir durumda tutulabilmesi için, sürekli bir biçimde ona tahsis edilmiş bulunan makinalar, alet, edevât ve motorlu nakil araçları, işletmenin devamlı tesisatı olarak tanımlanabilir. Bunların devri ve takyidatına kısmen dahi izin verilecek olursa, işletmenin varlığını sürdürmesi ve faaliyetlerini devam ettirerek borçlarını ödemesi olanağı ortadan kalkar. O nedenle, sözü edilen mallara ilişkin devir ve takyidat yasağının getirilmesi, isabetli olmuştur. Kanunda yapılmış bulunan yasak tasarruflara ilişkin sayma sınırlıdır (numerus clausus).²⁰ Yasak tasarruflar arasında, borçlunun konkordato mühleti verilmesinden önce doğmuş olan borçlarını ödemesi ile menkul mallarının tümünü veya değer itibarıyla önemli bir kısmını ya da büyük

20 Blumenstein, s.906. Amonn, K./Gasser, D.: Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, Bern 1997, s.453; Kuru- İflâs, s.435; Tanrıver- Konkordato Komiseri, s.74.

meblağlara ulaşanlarını devretmeye kalkışmasına yer verilmemiştir. İşaret edilen bu tespit karşısında, borçlunun konkordato mühleti içerisinde, kendisine konkordato mühleti verilinceye kadar doğmuş olan borçlarını ödemesi ile işletmenin devamlı tesisatının kapsamı dışında kalan menkullerinin tümünü veya önemli bir kısmını ya da büyük meblağlara ulaşanlarını devretmesi mümkündür ve bu devirler hukuken geçerlidir.²¹ Bu durum ise, hem konkordatodan beklenen yararın gerçekleşmesini önler; hem de konkordatoda alacaklıların eşit işlem göreceği yönündeki temel ilke ile çelişir. İşaret edilen nedenle, yasal değişiklik yapılırken, yasak tasarrufların kapsamı içerisine, borçlunun, konkordato mühleti içerisinde, mühlet verilmesinden önce doğmuş bulunan tüm borçlarını, konkordatoda tümüyle ödenmesi zorunluluğu bulunanlar (konkordatoya tâbi olmayanlar, m.303, II) hariç olmak üzere, ödemesi ile menkullerinin hepsini veya değer itibarıyla önemli bir kısmını ya da değer itibarıyla büyük tutarlara ulaşanlarını devretmesinin de doğrudan dahil edilmesi ve menkuller bağlamında yegane istisna olarak da tetkik merciinin izni öngörülseydi, daha yerinde bir tutum olurdu. Halihazırdaki düzenleme ışığında, bu yasaklama, ancak tetkik merciince özel tasarruf yetkisi sınırlaması getirilmesi yahut komiserin talimat vermesi suretiyle sağlanabilir.

Kanun koyucu, somut olayın koşulları gerektiriyorsa, borçlunun konkordato mühleti içerisinde hareket serbestisinin sınırlarını genişletmek amacıyla, ona, tetkik merciinin izniyle, yasak tasarrufları yapabilme (örneğin, taşınmazlarını devretme yahut üzerinde rehin tesis etmesi gibi) olanağını da tanımıştır. Bu düzenleme, isabetli olmuştur. Ancak, yasak tasarrufların borçlunun faaliyet gösterdiği alanın doğası gereği günlük işleyişle ilgili mutad tasarruflar arasında yer aldığı işletmeler bağlamında, (örneğin, müteahhitlik işiyle uğraşan şirketlerde), her seferinde, tetkik merciinin izninin alınmasındaki güçlük ve prosedürün uzayacağı endişesi gözönüne alındığında, borçlu tarafından, tetkik merciinin değil de; komiserin izniyle yahut katılımının sağlanması suretiyle yapılmasına olanak tanımak daha yerinde olurdu.²²

Borçlu, konkordato mühleti içerisinde malvarlığı üzerinde, kanunda belirtilen yasak tasarruflar ile tetkik merciince getirilen özel tasarruf yetkisi sınırlaması dışında, komiserin denetimi altında (emir ve talimatları çerçevesinde) tasarruf yetkisini kullanabilir. Yeni yapılan yasal değişiklik-

21 **Tanrıver-** Konkordato Prosedürü, s.5.

22 **Tanrıver-** Konkordato Prosedürü, s.6; krş. Avusturya Konkordato Kanunu § 8, II.

le, konkordato komiserinin denetim süreci içerisinde daha etkili olabilmesini sağlamak ve konkordato borçlusu ile hukukî işlem yapacak olan üçüncü şahısların, bu işleme komiserce izin verilip verilmediğini, her bir somut durumda araştırmaları hususunda özendirilmelerini temin için, mühlet içerisinde komiserin onayı ile borçluca gerçekleştirilen hukukî işlemlerden kaynaklanan borçların, konkordato teminatının hesaplanmasında bütünüyle gözetileceği (m.298/3); konkordatoya tâbi olmayacağı (tam olarak ödeneceği) ve ileride iflâs gündeme gelecek olursa, masa alacağı gibi işlem göreceği esasının benimsenmesi, yerinde olmuştur.

Bunun yanısıra, yeni yapılan yasal değişiklikle, icra tetkik merciine, somut olayın koşullarını gözeterek, özellikle alacaklıların tatmini açısından bir güvence oluşturması sebebiyle, borçlunun malvarlığının muhafazası için aslî ve temel unsur konumunda bulunan işletmesinin faaliyetlerini, yürütme, koordinasyon ve işleyişini sağlama (sevk ve idare etme) yetkisini, tümüyle konkordato komiserine bırakabilme olanağının verilmesi de, konkordato sürecinin başarı ile tamamlanmasının tehlikeye düşürülmesinin önlenmesi ile alacaklıların haklarının korunması açısından bir emniyet sübabı işlevi göreceği için son derece sağlıklı bir yaklaşım olarak karşılanabilir. Komiser sözü edilen halde, borçlu ile alacaklılarının menfaatlerini adil ve eşit ölçüler içinde uzlaştıracak ve optimal seviyede dengeleyecek bir biçimde hareket etmek zorundadır; hukukî işlemleri gerçekleştirecek olan komiserin kendisidir; yasak işlemlerin yapılması zorunluluğu hasıl olmuşsa, bu izni de tetkik merciinden komiserin talep etmesi gerekir.²³ Ancak, konkordatoda esas olanın, borçlunun işletmesinin başında bulunmak suretiyle faaliyetlerini devam ettirmesine izin vermek suretiyle ekonomik durumunu düzelmesine uygun ortamı yaratmak olduğu düşünülürse, borçlunun işletmesi üzerindeki tasarruf yetkisinin tümüyle konkordato komiserine bırakılması seçeneğine, çok istisnaî hallerde işlerlik kazandırılması daha mâkûl bir tavır olur.

Konkordato mühleti verilmesinin sonuçları ile ilgili diğer bir yasal değişiklik ise, konkordatoda aksine bir düzenlemenin bulunmaması kaydıyla, konkordato mühleti verilmiş olmasının, mühlet verildiği tarihten itibaren, rehinle temin edilmiş olanlar dışında kalan her türlü alacak için, faiz işlemlerini durdurucu bir etkiye sahip kılınmasına ilişkindir (4949 s.k. m.71 ile değişik m.289, IV). Görüldüğü üzere, mühlet verilmesinin faizleri durdurucu bir etki içermesi, konkordatoda aksine bir kaydın öngörülme-

23 Amonn/Gasser, s.454.

miş bulunması koşuluna bağlıdır. Konkordato mühleti verildiği tarihten itibaren faizlerin kesilmesi, şüphesiz borçlunun yükünün hafifletilmesi ve daha rahat bir ortam içerisinde büyük bir güçle karşılaşmaksızın konkordatoyu yerine getirmesinde etkin rol oynayacağı için yararlı olmuştur.²⁴ Öte yandan, konkordatonun kabulü için varlığı aranan meblağ (alacak) çoğunluğunun net ve kesin olarak belirlenmesi de bu sayede büyük ölçüde kolaylaşacaktır.²⁵ Konkordato mühleti kaldırılacak olursa, faizlerin kesilmesi hali, iflâsın kaldırılmasında olduğu gibi, geçmişe etkili olarak ortadan kalkar.²⁶

Yine, mühlet verilmesinin sonuçları bağlamında yapılan diğer bir yasal değişikle, konkordatoda takasın, İcra ve İflâs Kanunu'nun 200 ve 201. maddeleri dairesinde caiz olduğuna açıkça işaret edilmiş (4949 s.K. m.71 ile eklenen m.289, V, fıkra) ve sözü edilen hükümlerin uygulanması evresinde, konkordato mühleti kararının ilânı tarihinin baz alınacağı belirtilmiştir. Özellikle, konkordatoda takas hükümlerine etkin bir işlerlik kazandırılmasının temini açısından, konkordato mühleti verilmiş olmasının, alacaklarının konusu paradan başka bir şey olan alacaklıların, alacaklarının, para alacağına dönüşmesini sağlayıcı bir etki de doğuracağı kuralına (m.198), yine burada yer verilmesi son derece yerinde olurdu.²⁷

Ayrıca, konkordato mühletinin sonuçları ile ilgili olarak, mühlet verilmesinin, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelere etkisinin ne olacağı konusunda açık bir yasal düzenleme getirilmesi ihtiyacı varken²⁸, yasal değişiklik yapılırken, bu hususta herhangi bir adım atılmamış olması gayet ilginçtir.²⁹

Konkordato mühleti verilmesinin sonuçlarından birisi de, konkordato komiseri atanmasıdır. Çünkü, konkordato komiseri atanabilmesinin ön

24 **Tanrıver-** Konkordato Komiseri, s.83.

25 **Coradi**, s.70.

26 **Amonn/Gasser**, s.452.

27 Konkordato mühleti verilmesi ile birlikte, borçlunun müeccel borçları, kendiliğinden muaccel hale gelmez (**Ganahl**, s.57; **Coradi**, s.22 dn 6; **Amonn/Gasser**, s.452; **Postacioğlu**, s.108); borçlar, ancak vadeleri doldukları anda muacceliyet kazanırlar. Bu kural, adf konkordato bakımından geçerlidir. Malvarlığının devri suretiyle konkordatoda ise, bu bağlamda durum iflâsta olduğu gibidir (**Amonn/Gasser**, s.452).

28 **Tanrıver-Konkordato** Prosedürü, s.9.

29 Bkz.: Bu konularda bir düzenleme örneği için, Avusturya Konkordato Kanunu §20a-20e.

koşulunu, borçluya konkordato mühleti verilmesi oluşturmaktadır. Komiserlere ilişkin olarak yasal plânda yapılan ilk değişiklik, görev ve yetki alanlarının belirtilmesi kaydıyla, tetkik merciine birden fazla komiser atama olanağının verilmesidir. Konkordato sürecinin bütünü gözetildiğinde, görev ve yetki alanlarının sınırlarını birbirinden kesin çizgilerle ayırma olanağının güçlüğü dikkate alınarak, prosedürün işleyişinin tıkanmasının önüne geçilebilmesinin temini için, birden fazla komiser tâyin edilecekse, tek sayı oluşturacak biçimde görevlendirme yapılması yoluna gidilmeli; hatta atamaya ilişkin tetkik mercii kararında başkan sıfatıyla hareket edecek komiser de gösterilmelidir. Yine, yeni yapılan yasal değişiklikle, icra ve iflâs müdürleri hakkındaki hükümlerden, hangilerinin konkordato komiserine uygulanacağını belirleyen düzenlemenin kapsamı içerisine, iş görmekten memnuiyeti öngören 10. madde hükmü, tebliğler bağlamında icra müdürleri ile eşdeğer tutulmayı öngören 21. madde hükmü ve her türlü merci ve makamlarla doğrudan iletişim kurmaya olanak veren 359. madde hükmü de dahil edilmiş ve ayrıca komiserin kusurundan doğan zararlarından sorumlu olacağına açıkça işaret edilmiştir (4949 s.K. m.69 ile değişik m.287, II, 2.c, III, V). Bunlardan başka, konkordato komiserleri, 4949 sayılı Kanun'un 92. maddesi ile İcra ve İflâs Kanunu'na eklenen 334/a maddesi ile işledikleri eylemler bakımından Türk Ceza Kanunu'nun 279. maddesi anlamında memur sayılmışlardır.

Konkordato komiserleri de, tıpkı icra ve iflâs müdürleri gibi, konkordato prosedürü içerisinde, ilgililerin haklarının ve menfaatlerinin korunmasını ve adil ölçülerde uzlaştırılmasını sağlamaya yönelik olarak görev yaparlar; yani üstlenmiş oldukları görev bir kamu görevidir³⁰ ve bu görevin ifası sırasında resmî bir kimliğe (kamu görevlisi kimliğine) sahiptirler.³¹ Kanun koyucunun, statü itibarıyla, konkordato komiserleri ile icra ve iflâs müdürleri arasında bir paralellik kurmaya çalışmış olması da, konkordato komiserlerine, resmî bir görevli (kamu görevlisi) kimliği kazandırma düşüncesinin ürünüdür. Komiserlerin de, icra ve iflâs müdürleri gibi tutanak düzenlemekle yükümlü bulunmaları (m.8), yakınlarına ait işleri görmekten ve kendi kendileriyle hukukî işlem yapmaktan yasaklı tutulmaları (m.10, 11), işlemlerine karşı şikâyet yoluna başvuru olanağının

30 Amonn/Gasser, s.449; Hüseyi, O.: Der Nachlassvertrag und die Stundung als Grundlagen der rechtlichen Sanierungsmassnahmen nach schweizerischem Recht, Driss., Winterthur 1944, s.132; Tanrıver- Konkordato Komiseri, 132.

31 Tanrıver- Konkordato Komiseri, s.135-136.

mevcudiyeti, tebliğler ile bilgi alma bağlamında icra ve iflâs müdürleri ile eşdeğer bir (m.21, 359) konuma sahip kılınmış olmaları ve işledikleri suçlar bağlamında Türk Ceza Kanunu'nun 279. maddesi anlamında memur sayılmaları, resmî görevli olarak kabul edildiklerinin açık kanıtlarını oluşturmaktadır.³² Hukukî nitelendirmeye ilişkin olarak yapılan bu tespit çerçevesinde, İsviçre hukukunda da olduğu gibi, konkordato komiserlerinin hukukî sorumluluğunun da, kusur sorumluluğu (dar anlamda haksız fiil sorumluluğu) olarak değil de, icra ve iflâs müdürlerinin sorumluluğuna paralel bir biçimde düzenlenmesi, yani icra ve iflâs müdürleri hakkındaki hükümlerden hangilerinin konkordato komiserlerine de uygulanacağını belirleyen kuralın kapsamı içerisine, 5. madde hükmünün de dahil edilmesi, daha uygun düşerdi³³ (AY. m.129, V;m.40, II; m.5). Yine, komiserlerin 334/a maddesinde olduğu gibi, sadece işledikleri eylemler bakımından değil; bunun yanı sıra, kendilerine karşı işlenen eylemler bakımından da, Türk Ceza Kanunu'nun 279. maddesi anlamında memur olduğunun belirtilmesi, amaca uygunluk bağlamında, daha isabetli bir düzenleme tarzı oluştururdu.

Normalde, konkordato komiserlerinin resmî sıfatla yürütmüş oldukları görev, asliye ticaret mahkemesinin konkordato hakkındaki kararının kesinleştiğinin ilânı ile son bulur. Yeni yapılan yasal değişiklikle, konkordato komiserlerinin, konkordatonun hükümlerinin yerine getirilmesi aşamasında da, tasdik incelemesini yapan yargı yerince görevlendirilmesi mümkün kılınmıştır. 4949 sayılı Kanun'un 82. maddesiyle, İcra ve İflâs Kanunu'nun 303 maddesine eklenen üçüncü fıkra uyarınca, konkordato komiserinin, tasdik kararı ile konkordatonun hükümlerinin yerine getirilmesinin gözetim veya yönetimi ile görevlendirilmesi mümkündür. Konkordatonun, ilke olarak, borçlunun talebi ile başlayan ve yerine getirilmesi ile son bulan bir süreç niteliği arz ettiği gözetilecek olursa, bu sürecin bütünlüğünün korunması, kesintiye uğramaması için, konkordato komiserinin taşıdığı resmî sıfatla yürüteceği görevlerin, sürecin bütününe yayılması yani konkordatonun hükümlerinin gerçekleştirilmesi aşamasını da kapsar hale getirilmesi, isabetli görülebilir.

Konkordato komiserleri ile ilgili olarak, komiser atanmasına ilişkin tetkik mercii kararına karşı bir başka makama itiraz olanağının tanınma-

32 Amonn/Gasser, s.449.

33 Tanrıver- Konkordato Prosedürü, s.7; Tanrıver- Konkordato Komiseri, s.269-273; krş. İsv. İHK. m.5.

sı³⁴; komiserlerin görevlerini bizzat yerine getirmek³⁵ sır saklamak ve eşit işlem yapmakla ödevli olduklarının açıkça ifade edilmesi³⁶; komiser yapmış olduğu faaliyet karşılığında bir ücret ödeneceğinin yasal çerçevede de açıkça vurgulanması, sözü edilen ücretin tutarının nasıl tâyin edileceğinin bir tarifeye bağlanması³⁷ ve ücret tutarını belirleyen karara karşı başka bir yargılama makamına itirazda bulunma olanağını veren bir düzenlemenin getirilmesi³⁸ ve komiserler üzerlerinde, onları atayan tetkik mercilerinin, gözetim ve denetim yetkisinin bulunduğu açıkça işaret edilmesi yerinde olurdu.³⁹

C- Konkordato Mühleti Verilmesinden Konkordatonun Tasdiki Aşamasına Gelininceye Kadar Cereyan Eden Konkordato Süreci İle İlgili Değişiklikler

4949 sayılı Kanun'un 73 üncü maddesi ile İcra ve İflâs Kanunu'nun defter tutma ile ilgili 291. maddesine eklenen ikinci ve üçüncü fıkralarla, komiserin rehinli malların kıymetinin takdirine ilişkin kararını, alacaklıların incelemesine hazır tutması; kıymet takdiri kararının, alacaklılar toplanmasından önce, yazılı olarak rehinli alacaklılara ve borçluya bildirimini ve ilgililerin on gün içinde masraflarını önceden peşinen vermek kaydıyla, tetkik merciinden rehinli malların kıymetinin yeniden takdir edilmesini isteyebileceği; yeni kıymet takdiri, alacaklı tarafından talep olunmuş ve takdir edilen kıymette öncekine nazaran kayda değer, (esası) bir değişiklik ortaya çıkmışsa, alacaklının bu konuda yapmış olduğu masrafların kendisine ödenmesi için borçluya yönelebilmesi olanağı öngörülmüştür. Bu suretle, rehinli malların kıymetinin takdirindeki yanılmaların önlenmesi bağlamında, ilgililerin etkin hale getirilmesi amaçlanmıştır. Ancak, konkordato borçlusunun malvarlığının aktiflerini belirleme amacına yönelik bir işlem olan defter tutma bağlamında, borçlunun mevcutlarının ülke dışında kalan kısmı ile ilgili olarak, nasıl hareket edileceği konusunda, herhangi bir yasal düzenleme getirilmemiştir; bu hususta hâla bir kanun boşluğu mevcuttur.

34 **Tanrıver-** Konkordato Komiseri, s.105.

35 **Tanrıver-** Konkordato Komiseri, s.154; Kuru- İflâs, s.439.

36 **Tanrıver-** Konkordato Komiseri, s.158-162.

37 **Tanrıver-** Konkordato Komiseri, s.143.

38 **Tanrıver-** Konkordato Komiseri, s.145-146.

39 **Tanrıver-** Konkordato Komiseri, s.259-260.

Konkordato komiseri, atanır atanmaz, borçlunun malvarlığının pasiflerini belirlemek amacıyla, bir ilânla, borçlunun alacaklılarını, alacaklılarını kendisini bildirmeye davet eder (m.292). Buna ilişkin yasal düzenlemede yapılan değişiklikle, (4949 s.K. m.74 ile değişik) alacaklıların davetine ilişkin ilânın, mühlet kararının yayımlandığı gazetede yapılması esası getirilmiştir. Asıl bu maddede de yapılacak değişiklikle, ilânda yer alması gereken ihtarın, içerik itibarıyla, “konkordato müzakeresine kabul edilmeme” değil de; “konkordato prosedürünün sağladığı haklardan yararlanamama” şeklinde bir düzeltme tâbi tutulması, yerinde olurdu.

Burada sözü edilen konkordato müzakerelerine kabul edilmemeden maksat, müzakerelerin cereyan edeceği ortam olan alacaklılar toplanmasına katılamamadır. Halbuki, konkordato borçlusunun bütün alacaklıları, alacaklılar toplanmasına katılma hakkına sahiptir. Alacağın, hiç ya da süresinde kaydettilmemesinin ve taşıdığı niteliğin, bu hakka sahip olma açısından hiçbir önemi yoktur.⁴⁰ Öte yandan, konkordatoda alacaklılar toplanmasının amacının, yalnızca bilgilendirme olduğu ve bu toplanmada gerçek anlamda bir oylamanın yapılmadığı gözönüne alınacak olursa, borçlunun rehinli ve imtiyazlı alacaklıları da dahil olmak üzere, bütün alacaklılarının, alacaklarını süresinde kaydettirmiş olsun veya olmasın yahut alacakları nizalı bir durumda bulunsun veya bulunmasın, salt bilgilendirmeyi amaçlayan bu toplanmaya katılmalarını engelleyecek, herhangi bir durumun mevcut olmadığı kendiliğinden ortaya çıkar.⁴¹

4949 sayılı Kanun'un 75. maddesi ile, İcra ve İflas Kanunu'nun 296. maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle, konkordatonun tasdiki sürecinin de, mühlet içerisinde tamamlanması zorunluluğunun öngörülmesi sebebiyle, prosedürü daha da çabuklaştırmak amacıyla, komisere raporu ile eklerini (konkordato dosyasını), icra dairesi kanalıyla değil de; bundan böyle, doğrudan doğruya, tasdik incelemesini gerçekleştirecek olan yargı yerine, tevdi etme yükümü yüklenmiştir.

Yine, 4949 sayılı Kanun'un 75. maddesi ile İcra ve İflas Kanunu'nun 296. maddesinin ikinci fıkrasında öngörülen değişiklikle, tasdik sürecinin tamamlanması da dahil olmak üzere, azamî üç ay, uzatılmışsa toplam beş aylık konkordato mühleti içinde, konkordatonun oluşturulması sürecinin tümüyle gerçekleştirilmesi öngörülmektedir ki; konkordato prosedürü içe-

40 Tanrıver- Konkordato Komiseri, s.203.

41 Tanrıver- Konkordato Komiseri, s.204.

risinde icrası gereken işlemlerin çokluğu ve yoğunluğu ile ülkemiz bütününde yargının genel işleyişi gözetilecek olursa, bu pek mümkün görülmemektedir.⁴² Dolayısıyla böyle bir düzenleme getirilmiş olması ise, konkordato enstrümanının, daha işin başında, kullanılamaz hale getirilmesinin peşinen kabulü anlamına gelir; işlemez hale getirilen bir kurumu, yoğun bir değişime tâbi tutmaya ise, makûl hiçbir gerekçe bulunamaz.

4949 sayılı Kanun'un 76. maddesiyle İcra ve İflâs Kanunu'nun 297. maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklik hem konkordato komiserinin raporunda işaret etmesi gereken hususlar arasında hem de konkordatonun tasdiki şartları arasında yer alan, çoğunluk koşulunun teşkilinde, alacaklı (kişi) çoğunluğu bakımından aranılacak olan nisaba ilişkindir. Buna göre, konkordatoda alacaklı (kişi) çoğunluğunun gerçekleşebilmesi için, kayıtlı alacaklıların en az yarısından bir fazlasının konkordatoya muvafakat vermiş olması şarttır; meblağ (alacaklı) çoğunluğu bağlamında ise, üçte iki çoğunluk yine aranmaya devam edecektir. Konkordato çoğunluğunun teşkilinde, uygulamada yarattığı güçlükler ve konkordatonun daha etkin bir biçimde işlerlik kazanmasını engelleyici bir işlev görmesi sebebiyle, alacaklı (kişi) çoğunluğu bağlamında 2/3 oranındaki nisap vazgeçilip; adî (basit) çoğunlukla yetinilmesi yerinde olmuştur. Yine, konkordato çoğunluğu ile ilgili yasal değişiklikler yapılırken, hem alacak hem alacaklı çoğunluğunun hesaplanmasında dikkate alınamayacak olan alacaklıları belirleyen düzenlemenin kapsamı içerisine (m.297, II), borçlunun kayınpederi, kayınvalidesi, torunları, kardeşleri ve kayınbiraderi ile evlâtlık ilişkisi varsa, borçluyu evlât edinenin; borçlu evlât edinmişse, evlâtlığının da dahil edilmesi, bu hususta daha sağlıklı sonuç alınmasında büyük yarar sağlardı.⁴³ Zira, bunların alacaklarının çoğunlukla öngörülen nisabı gerçekleştirmek amacıyla, sunî olarak yaratılmış bulunduğu konusunda da ima ciddî bir şüphe mevcuttur.⁴⁴

42 Bkz. yuk. s.7.

43 **Kuru-** İflâs, s.457 dn.171; **Tanrıver-** Konkordato Komiseri, s.220 dn.341; **Burcuoğlu, E./Yuda, R.:** Konkordato Hukuku ve Tatbikat İstanbul 1968, s.60; **Tanrıver-** Konkordato Prosedürü, s.8 dn.25.

44 **Tanrıver-** Konkordato Prosedürü, s.8 dn.25.

D- Konkordatonun Tasdiki ve Tasdikın Hükümleri İle İlgili Değişiklikler

4949 sayılı Kanun'un 77. maddesiyle, İcra ve İflas Kanunu'nun 298. maddesinde değişiklik yapılmak suretiyle, konkordatonun tasdiki koşullarının yeniden belirlenmesi yoluna gidilmiştir: Buna göre, konkordatonun tasdikine karar verilebilmesi için, varlığı gereken koşullar şunlardır:

1- Teklif olunan meblağın, borçlunun kaynakları ile orantılı olması,⁴⁵

2- Konkordato işlemlerinin yerine getirilmesini, alacakları kabul edilmiş olan imtiyazlı alacakların tamamını ödenmesini ve mühlet sırasında komiserin onayıyla akdedilmiş borçların ifasını sağlamak için, bu alacaklılardan her biri özel olarak ve açıkça kendi alacağı bakımından vazgeçmedikçe, yeterli teminatın gösterilmesi,

3- Konkordatonun tasdikinin gerektirdiği yargılama masrafları ve ilâm harçlarının tasdik kararından önce, borçlu tarafından mahkeme veznesine depo edilmiş olması.

Bu koşullara, konkordatonun, yasanın aradığı çoğunlukla alacaklılar tarafından kabul edilmiş bulunmasını da, ilâve etmek gerekir. Hemen belirtelim ki, asgarî % 50 ödeme taahhüdü, mühlet verilmesi aşamasında olduğu gibi, artık konkordatonun tasdiki aşamasında da varlığı aranacak yasal bir koşul olmaktan çıkmıştır. Her ne kadar, borçlunun dürüst olması koşuluna, konkordatonun tasdiki koşulları arasında açıkça yer verilmemek suretiyle dürüstlük koşulunun tümüyle kaldırıldığı gibi bir izlenim yaratılmışsa da, 308. maddede hâla "*suiniyetle sakatlanmış*" bir konkordatonun tamamen feshine ilişkin düzenlemenin aynen muhafaza edilmesi karşısında, tasdik incelemesini yapacak olan yargı yerinin, konkordatonun tasdiki aşamasında da borçlunun konkordato süreci içerisinde dürüstlük bağdaşmayan ve ileride konkordatonun tümüyle feshedilmesine (iptaline) sebebiyet verecek tutum ve davranışlarının mevcut olup olmadığını, konkordatonun selâmeti ve abesle iştiğâl edilmesinin şimdiden önlenmesi açısından evleviyetle gözetmesinin, zarurî olduğu söylenebilir.

Yine, konkordatonun tasdiki şartları arasında yer alan teminat koşulu bağlamında, tam olarak temin edilmesi gereken alacakların kapsamı içerisine, borçlunun, konkordato mühleti içinde, konkordato komiserinin

45 Malvarlığının terki suretiyle konkordatoda, paraya çevirme halinde elde edilen hasılat veya üçüncü kişi tarafından teklif edilen meblağın, iflâs yoluyla tasfiye halinde elde edilecek bedelden fazla olacağı öngörülmesi.

onayıyla gerçekleştirmiş olduğu hukukî işlemlerden kaynaklanan alacaklar da dahil edilmiş ve bu suretle borçlu ile hukukî işleme girişecek olan üçüncü kişilerin, borçlu tarafından yapılmak istenen hukukî işleme, konkordato komiserinin muvafakat verip vermediğini, her bir somut durumda araştırmaları hususunda özen ve titizlik göstermeleri sağlanmak istemiştir. Ayrıca, komiserin onayıyla gerçekleştirilen hukukî işlemlerden kaynaklanan alacaklara, konkordato şartlarına tâbi olarak değil de; tam olarak ödenmesi gereken alacaklar arasında yer verilmiştir (4949 s.K. m.82 ile değişik m.303, I, 1.c'nin mefhumu muhalifinden).

Öte yandan, Kanun'un 298. maddesine eklenen yeni düzenleme ile, konkordatonun tasdiki isteminin borçlu bakımından doğuracağı ağır sonuçlar da gözetilerek, somut olayın koşulları ve özelliklerini, borçlu ile alacaklıların menfaatlerini adıl ve eşit ölçüler içerisinde uzlaştırıp dengelemesine imkân verecek şekilde örtüştürebilmek, mümkün merteye, konkordatoya hayatiyet kazandırabilmek için tasdik incelemesini yapacak yargı yerine yetersiz bulması halinde, teklifte re'sen yahut talep üzerine gerekli düzeltmeleri yapabilme, olanağı da verilmiştir.

4949 sayılı Kanun'un 82. maddesi ile, İcra ve İflâs Kanunu'nun 303 üncü maddesine eklenen yeni fıkra ile, özellikle konkordatonun hükümlerinin yerine getirilmesi aşamasında, herhangi bir güçlkle karşılaşılmasını önlemek ve ifasının denetlenmesini ya da sevk ve idaresini mümkün kılmak amacıyla, mahkemece, konkordatonun tasdiki kararında, yüzde konkordatosu söz konusu ise, alacaklıların hangi ölçüde alacaklarından vazgeçtiklerine; borçlunun, borçlarını nasıl ödeyeceğine ve ihtiyaç duyulacak olursa, bu bağlamda, sağlanacak teminatlar ile konkordatonun yerine getirilmesi aşamasında, gözetim veya denetim için, komiser yahut uzman bir kişi görevlendirilecek ise, bu görevlendirmeye açıkça işaret edilmesi zorunluluğu getirilmiştir.⁴⁶ Hemen belirtelim ki, tasdik edilen konkordato yüzde konkordatosu ise, konkordatonun kapsamı dışında kalan borcun, ibra edilmiş mi sayılacağı; yoksa eksik borca mı dönüşeceği konusunda, yasal düzenlemede, hâlâ herhangi bir açıklık yoktur.⁴⁷

46 Bu konudaki tartışmalar için, bkz.: **Tanrıver-** Konkordato Komiseri, s.12-13 dn.70.

47 Ayrıca, konkordatonun hükümlerinin yerine getirilmesi aşamasında görevlendirilen konkordato komiserine yahut uzman kişiye, borçlunun işletmesinin durumu ile borçlarını konkordato projesi uyarınca ödeme kabiliyetini muhafaza edip etmediği konusunda, tasdik kararını veren mahkemeye, rapor verme yükümü yüklenmiş ve alacaklılara da bu raporları inceleme olanağı tanınmıştır (4949 s.K. m.82 ile eklenen m.309, III, 3.c.).

4949 sayılı Kanun'un 81. maddesi ile, İcra ve iflâs Kanunu'nun 302. maddesinde yapılan değişiklikle, konkordatonun tasdiki kararında, alacakları itiraza uğramış olan (yani nizalı olan) alacaklılara, dava açmaları için verilecek olan süre, yedi günden, on güne çıkartılmış ve eklenen son cümle ile de, bu süre içinde dava açmayanların haklarının düşeceği kuralı bağlamında, icra takibi sonucunda kesinleşmiş alacaklar ile ilâma bağlı alacaklara ilişkin hakların saklı kaldığına işaret edilmiştir. On günlük süre içinde dava açmamanın yaptırımının, değişiklik gerçekleştirilirken tereddüde mahal bırakmayacak bir ifade tarzı ile "sadece konkordato bağlamındaki hakları düşer" biçiminde ifade edilmesi, daha sağlıklı ve daha doğru olurdu.

4949 sayılı Kanun'un 79. maddesi ile İcra ve İflâs Kanunu'nun 303 üncü maddesinin birinci fıkrasında yapılan değişiklikle, ilânlarda izlemeyi kolaylaştırmak ve birliği sağlamak amacıyla, konkordatonun tasdiki istemi ile ilgili kararların (eskiden metinde sadece tasdik kararı vardı), kesinleşince, mühlet kararının yayımlandığı gazetede ilân edileceği esası benimsenmiştir.

Yine, 4949 sayılı Kanun'un 82. maddesi ile konkordatonun hükümlerini öngören ve İcra ve İflâs Kanunu'nun 303 üncü maddesinde yer alan kuralda, önemli değişiklikler yapılmıştır. Bunları, şu şekilde sıralamak mümkündür:

1- Tasdik edilen konkordato, borçluya konkordato mühleti verilmesinden önce doğmuş olan adî alacaklar ile konkordatonun tasdikine kadar, komiserin onayı olmaksızın, borçlunun, üçüncü kişilerle gerçekleştirmiş olduğu hukukî işlemlerden kaynaklanan alacaklar için, mecburidir; yani bağlayıcı bir nitelik taşır.

2- Yine, tasdik edilen konkordato, rehinle karşılanmayan alacak kesimi için de geçerlilik taşır. Zaten rehinli alacağın rehin kıymeti ile karşılanmayan kesimi, konkordatoda adî alacak olarak kabul edilir ve işlem görür. Buna karşılık, tasdik edilen konkordato, rehin kıymeti ile karşılanan rehinli alacaklar ile mühlet verilmesinden konkordatonun tasdikine kadar olan dönem içinde (yani, konkordato mühleti içinde), komiserin onayı da alınmak suretiyle borçlunun, üçüncü kişilerle gerçekleştirmiş olduğu hukukî işlemlerden doğan alacaklar bakımından herhangi bir bağlayıcılık taşımaz. Yani, bunlar konkordato şartlarına göre değil de; tam olarak ödenirler. Hattâ, konkordato mühleti içinde, komiserin onayı ile gerçekleştirilmiş olan hukukî işlemlerden kaynaklanan alacaklar, ileride iflâs gündeme gelecek olursa, masa alacağı gibi işlem görürler. Yine, tasdik edilen konkordato, tüm kamu alacakları bakımından değil; bu bütün içinde yer alan

gümrük ve akar vergileri gibi bir malın aynından doğan vergi alacakları bakımından bağlayıcılık taşımaz; yani yalnızca bu tür kamu alacaklarının tam olarak ödenmesi gerekir. Yeri gelmişken, burada, tasdik edilen konkordatonun imtiyazlı alacaklar için de geçerlilik taşımayacağına⁴⁸ ve konkordatoda imtiyazlı alacakların tâyininde, iflâsta imtiyazlı alacakları belirleyen İcra ve İflâs Kanunu'nun, 4949 sayılı Kanun'un 52. maddesiyle değişik 206. maddesinin esas alınacağına işaret etmekte büyük yarar vardır. Öte yandan, konkordatonun hükümlerinin yerine getirilmesini kolaylaştırmak ve kolaylaştırmayı temin bağlamında da, borçlunun işletmesinin yeniden yapılandırılmasına olanak vermek amacıyla, hâkime, rehinli malların satışını, tasdikten sonra en fazla bir yıl süre erteleme yetkisi de tanınmıştır (4949 s.K. m.78 ile eklenen m.298/a).

Son olarak, bu çerçevede, konkordato mühletinin kaldırılması halinde olduğu gibi, konkordatonun tasdiki talebinin reddi halinde de, ret kararının kesinleştiğinin ilânından itibaren on gün içinde (eskiden, 7 gündü), alacaklılara, *iflâsa tâbi kişilerden olmasa bile*, borçlunun doğrudan doğruya iflâsını isteme olanağı yaratılmış ve bu suretle, iflâsın, borçlunun disipline edilebilmesi ve tutarlı hareket etmesinde bir yaptırım olarak işlev görmesi sağlanmıştır.

E- İflâs İçi Konkordato İle Konkordatoya İlişkin Suçlarda Yapılan Değişiklikler

İcra ve İflas Kanunu'nun iflâs içi konkordatoyu öngören 309. maddesine, 4949 sayılı Kanun'un 83 üncü maddesi ile eklenen yeni fıkrada, iflâs içi konkordatonun işlerlik kazanması halinde, bu konkordatonun başarı ile gerçekleştirilebilmesini temin için, masa mallarının paraya çevrilmesi işlemlerinin, ticaret mahkemesince tasdik istemi hakkında bir karar verilinceye kadar erteleneceği hükme bağlanmıştır.

Yine, konkordato ile ilgili cezai hükümleri arasında, yer alan 334. maddede yapılan değişiklikle, "konkordato projesine uymamak suretiyle kasten alacaklıların zarara uğramasına sebebiyet veren" kötüniyetli borçluların da, cezalandırılması esası getirilmiş ve sözü edilen konkordato suçunu düzenleyen maddede öngörülen hafif hapis cezasının alt sınırı, üç aydan, altı aya çıkarılmıştır.

48 Amonn/Gasser'e göre, tasdik edilen konkordato yalnızca süresinde kaydedtirilmiş ve temin edilmesinden de vazgeçilmemiş olan alacaklar bakımından, mecburî değildir. Buna karşılık, imtiyazlı alacak kaydedtirilmemiş yahut temin edilmesinden vazgeçilmişse, konkordato şartlarına tâbi olur; yani konkordato bu tür alacaklar bakımından da bağlayıcılık kazanır (s.465).

PROF. DR. SÜHA TANRIVER'İN TEBLİĞİ HAKKINDAKİ SORU VE CEVAPLAR

Dr. Mücahit Tanverdi: İyi akşamlar efendim. Sayın Prof. Tanrıver'e bir soru yöneltmek istiyorum.

Son derece haklı olarak konkordatoda mühletin süre ile sınırlandırıldığını, tasarıdan farklı olarak azami sürenin beş aya indirildiğini söyledi. Şimdi konkordato yanında bizim düzenlememize yeni getirilen iflasın ertelenmesi kurumunda -bu aslında bir kurum olarak getirilmiş görünüyor- bu sürenin bir yıl olduğu, bir yıl daha uzatılarak azami iki yıla çıkarılabileceği görünüyor. Bu aslında İsviçre'deki uygulamanın tersine bir uygulamadır. Çünkü İsviçre'de kanunkoyucu tam tersine, haklı olarak, konkordatoyu desteklemek inancında veya isteğinde olduğu için, konkordatoda sürelerin daha uzun tutulabilmesi mümkündür. İflasın ertelenmesinde ise süreler son derece kısıtlı tutulmuştur. Şimdi iflasın ertelenmesi çerçevesinde getirilen bu uzun süreler çerçevesinde, Sayın Hocam konkordatonun Türkiye'de geniş bir uygulama alanı bulabileceği inancında mıdır? Yoksa getirilen iflasın ertelenmesi, temelde amaçlanan konkordato kurumunu hemen hemen işlevsiz bir hale mi getirecektir? Bunu öğrenmek istiyorum. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Süha Tanrıver: Ekonomik açıktan güç durumda bulunan borçluların, bu güç durumdan çıkabilmelerinin iki önemli aracı vardır. Bunlardan birisi iflasın ertelenmek; diğeri ise konkordato kurumudur. İsviçre'de konkordato mühleti altı aydır; bunun, komiserin teklifi üzerine oniki aya kadar uzatılması mümkündür. Toplam süre onsekiz aydır. Hatta,

iş ortaklığı ve konzernlerin konkordato teklifinde bulunması söz konusu ise, bu süre yirmidört aya kadar uzamaktadır.

Geçmişte uygulamalar bize, iki aylık uzatmada dahil toplam dört aylık konkordato mühleti içinde, komiserin raporunu hazırlayıp tasdik makamına sunmasının mümkün olmadığını göstermiştir. Yeni yasal düzenleme tasdik işleminin de üç ay uzatılmışsa toplam beş aylık konkordato mühleti içinde tamamlanması öngörmektedir. Bu ölçüde sınırlı bir süre olan konkordato mühleti içinde, bırakan tasdik sürecinin tamamlanmasını, komiserin raporunu hazırlayıp konkordato dosyası ile birlikte tasdik incelemesini gerçekleştirecek mahkemeye sunması dahi çok zor, hatta imkânsızdır. Öte yandan komisere mühlet içerisinde ilave görevler verilmesi, raporun sınırlı süre dahilinde hazırlanmasını güçleştirmektedir. Yine konkordato sürecinin başarı ile tamamlanabilmesi, sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi, gerekli bilgi ve tecrübeye sahip, işinin gerçekten ehli bir kişinin komiser olarak atanmasını bağılıdır. Bizde bu konuda, gereken titizliğin her zaman gösterildiği de söylenemez. Sonuç olarak tasdik süreci de dahil, komiserin üstlenmiş olduğu işlevlerin üç; uzatılmışsa beş aylık konkordato mühleti içerisinde bitirilmesi pek mümkün görülmemektedir. Bu süre darlığı da, konkordato kurumunu daha işin başında hiç işlemez hale getirmektedir.

Doç. Dr. Oğuz Atalay: Süha arkadaşımızın işaret ettiği bu mühletle ilgili olarak sözaldım. Gerçekten tasarıda, hazırlık aşamasında belirttikleri gibi, azami oniki aylık bir süre öngörülüyordu. Ve tabii ki değişiklik gerekçesi de ona göre yazılmıştı. Fakat daha sonra, komisyondan çıktıktan sonraki aşamada mühletler kısaltıldığı için, hükümet gerekçesi, aynen kaldı.

İflasın ertelenmesi ile ilgili demin ki açıklamaya da bir katkı da bulunmak isterim. “İflasın ertelenmesi ve malvarlığının terki suretiyle konkordato müesseselerine hayatiyet kazandırılırsa artık bu Amerikan hukukunda iktibasa gerek kalmaz” düşüncesi hakimdi. Hakikaten komisyonda çok dile getirilen bir düşünceydi bu.

Ancak ben de katılıyorum. Süreler kısaltılarak, konkordato uygulama imkânı ortadan kaldırılmıştır. Bunun beş ay içinde yapılması mümkün değil. Bu böyle ölü doğduğu için yeni değişikliğin de gerekçesi hazır olmuş oldu. Yeni düzenleme de en kısa zamanda hukukumuzda kazandırılacak. Teşekkür ederiz efendim.

Prof. Dr. Bilge Umar (Oturum Başkanı): Biz teşekkür ederiz. Ali Cem galiba bir soru soracak.

Doç Dr. Ali Cem Budak: Benim de Hocam Süha Bey'e bir sorum olacak. Fakat sorudan evvel ben Hocama teşekkür etmek istiyorum. Bir defa güzel, doyurucu tebliği için. Gerçi bu teşekkürlerim bütün katkıda bulunan hocalarımız için geçerli. Ama Hocamıza bir kez daha, iki kere teşekkür etmek istiyorum. Çünkü organizasyonu yaptığım için biliyorum. Programının çok yoğun olduğu bir zamanda, üstelik rahatsız olduğu bir zamanda kalktı, buralara kadar geldi. Biz de kendilerini burda büyük bir saygı ve sevgiyle ağırladık. Ama dün akşamdan beri epeyce de yorduk.

Konkordato komiseri konusunda Hocam bizi daha önceki çalışmalarıyla aydınlatmıştı. Fakat şimdi kanunumuz değiştiği ve yeni müesseseler geldikçe konkordato komiserine benzeyen bir takım yeni kurumlar, yeni kişiler sahneye çıkıyor. Şimdi pozitif düzenlememize bakarsak bir defa bu iflasın ertelenmesi kurumunda bir "kayyım" karşımıza çıkıyor. Ondan sonra, adi konkordatoda, konkordato akdedildikten sonra konkordatonun uygulanması safhasında komiser yahut komiserin yerine "uzman bir kişi"nin konkordatonun uygulanmasına nezaret edeceğinden bahsediliyor, komiserden başka bir üçüncü kişi, "uzman" çıkıyor karşımıza. Nihayet mevcudun terki suretiyle konkordatoda, fonksiyonu belki konkordato komiserinden ziyade iflas tasfiyesindeki iflas idare memurlarına benzeyen - gene tabiri yanlış kullanmıyorsam- bir "tasfiye memuru" var. Böylece, bu fonksiyonları bu birbirine benzeyen, konkordato komiserine benzeyen kurumlar, kişiler çeşitlendi. Bu çeşitlenme hakkında ne düşünüyorlar? Hocamın bu konu hakkındaki düşüncesini almak istiyorum. Teşekkür ederim.

Prof. Dr. Süha Tanrıver: Öncelikle Ali Cem Bey'e bu güzel konuşması için teşekkür ediyorum. Konkordato komiseri kurumu, son derece ciddi bir kurum. Komiser, konkordato mühletinin verilmesinden itibaren devreye giren ve tasdik süresinin tamamlanmasına kadar geçen süre içerisinde etkin rol oynayan bir görevlidir. Bunu uzun uzadıya tartışmasını da yaptım, hatta yazmış olduğum bir makaleden de, bu kanun değişiklikleri yapılırken büyük ölçüde yararlandığımı gördüm.

Konkordato, talepte bulunulması ile başlayan, ifa edilmesiyle sona eren bir süreç. Dolayısıyla bu sürecinin bütünlüğünün korunması açısından, başından sonuna dek aynı kişiyi, komiseri, süreçte etkin kılmak lazım. Normalde, konkordato komiserinin görevleri konkordatonun tasdiki hakkında ticaret mahkemesinin kararının kesinleştiğinin ilanı ile son bulur. Fakat ifa aşamasında çok ciddi sıkıntılar ortaya çıkabiliyor idi. En az oluşum aşaması kadar önemli bir aşama da ifanın sağlanması aşamasıdır. İş-

te, doktrinde, haklı olarak, komiserin resmi sıfatla yürütmüş olduğu görevlerin sürecin tamamlanmasına kadar devam ettirmesi savunuluyor idi. 303 maddede yapılan değişiklikle bu yönde bir adım atılmıştır.

Komiser de konkordato süreci içerisinde tıpkı icra ve iflas müdürleri gibi, borçluya alacaklarının menfaatlerin, genel çerçevede, adil ve eşit ölçüler içerisinde dengelemekle görevli, resmi bir kimliğe sahip görevlidir. Hatta ben tezimde bunun bir kamu görevi konkordato komiserinin de geniş anlamda bir kamu görevlisi sayılabileceğini işaret etmiştim. İcra ve İflas Kanunumuz komiserlerin hukuki statüsü hak ve yükümlülüklerini belirlerken, onları icra-iflas müdürlerine benzetmeye çalışmıştır. İlgililerin menfaatlerinin adil ve eşit ölçüler içinde dengelenebilmesi için komiserin objektif ve tarafsız hareket etmesi önemlidir. Komiserle icra ve iflas müdürleri arasında paralellikler kurulmaya çalışmasının göstergeleri olarak şunları sayabiliriz: Düzenledikleri tutanaklarının, ispat gücü ve alenilik açısından, icra iflas müdürü ile eşdeğer sayılması; kendilerine ve yakınlarına ait işleri görme yasağına uyma yükümü; işlemlerine karşı şikâyet yolunun açılmış bulunması ve yine bu bağlamda, icra tebliğleri bağlamında, icra müdürleri ile eşdeğer bir konuma getirmeleri, icra daireleri gibi resmi kurumlarla doğrudan doğruya iletişim kurabilmeleri, komiserlerin resmi bir kimlik taşıdıklarının kanıtıdır.

Konkordato komiseri, tasfiye memuru, uzman kişi gibi konkordato görevlerinden çok farklı bir konumdadır. Çünkü, konkordato komiserlerinin görevleri, diğer konkordato görevlilerinden farklı olarak, konkordato sürecinin belirli bir kesimine değil; sürecin tamamına yayılmıştır. Öte yandan, statü ve yetkileri itibarıyla da komiser, diğer konkordato görevlerinden farklılık gösterir; hatta bazı batı ülkelerinde komiserlik bir meslek olarak görülmekte ve meslekler için öngörülen yapılanmalara gidilmektedir.

Prof. Dr. Bilge Umar: Teşekkür ediyoruz efendim. Değerli arkadaşlarım böylece sorulara ve yanıtlanmasına yirmibeş dakika ayırmakla bir saat yirmi dakika süren dördüncü oturumu tamamladık, hepimize teşekkür ediyorum. Değerli arkadaşım çoştu çünkü gördüğümüz gibi kendisinin bu öz alanı, konkordatonun tasdiki ve konkordato komiseri diye iki monografisi var. Çok istifade ettik efendim, kendisine teşekkür ederiz.

Prof. Dr. Süha Tanrıver: Ben de Hocama çok teşekkür ederim, çok sağolun.

İÇTİHAT KRONİĞİ



**KAT İRTİFAKLI ARSA PAYINI DAVACIDAN DEVRALMIŞ
KİŞİLER AÇISINDAN KMK. 26/II HÜKMÜNÜN
UYGULANIP UYGULANAMAYACAĞI SORUNU
(Karar Tahlili)**

Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medeni Hukuk Öğretim Üyesi

I. Müşterek mülkiyette paydaşlıktan çıkarılmaya ilişkin MK.697 ve kat mülkiyetinde kat mülkiyeti ilişkisinden çıkarılmayı düzenleyen KMK.25 hükümleri gibi, kat irtifaklı yerlerde de, KMK 26 hükmü, irtifak sahibinin kat irtifakı ilişkisinden uzaklaştırılmasını, yani onun kat irtifaklı arsa payının bazı şartlarla elinden alınmasını konu edinmiştir.

Bu hükümler, açıktır ki, mülkiyet hakkının malikin iradesi dışında onun elinden alınması gibi çok ağır sonuçlu düzenlemelerdir. Bu sebeptendir ki, söz konusu hükümler uygulanırken son derece titiz davranılmalıdır. Şüphesiz, bu yapılırken, hükümlerin rafa kaldırılması gibi bir sonuç da doğmamalı, bunların sevindeki amaç dahi aynı titizlikle gözetilmelidir. Keza, temel hukuk prensiplerine de sadık kalınmalıdır.

Kat irtifakı sahibinin kat irtifakı ilişkisinden çıkarılmasını düzenleyen KMK. 26/II hükmüne ilişkin olarak Yargıtay' ın önemli bir kararına rastlamış bulunmaktayız (Y. 18. HD., 7.6.1993, 5771/7402). Bu kararın esaslı biçimde tahlil edilmesi ve konuya ilişkin prensipler ışığında belirli bir sonuca varılması gerektiğine inanıyoruz. Tatbikatımızın, kural olarak, Yargıtay kararları doğrultusunda yürüdüğü nazara alınırsa, konunun önemi daha iyi anlaşılacaktır.

Şimdi, söz konusu kararı ele alabiliriz.

II. İnceleme Konumuzu Oluşturan Yargıtay Kararı ve Kararın Değerlendirilmesi

A) Yargıtay Kararı

Söz konusu kararın ilgili kısmı aynen şöyledir:

“... Dosya içeriğinden anlaşıldığına göre arsanın tamamının tapuda davacı adına kayıtlı iken düzenlenen projesine uygun olarak (...) tarihinde 15 bağımsız bölümü içeren kat irtifaklı bağımsız bölümlerin tamamı davacı arsa sahibine ait olmak üzere tesis edilmiş, (...) tarihinde de bu kat irtifakı tesis edilen arsanın üzerinde inşa edilecek binanın 3 no.lu bağımsız bölümü davalıya, davacı tarafından tapuda satış gösterilerek ve (...) TL. olarak belirlenen bedelinin davacı satıcıya nakden ve peşinen ödendiği akit tablosunda açıklanarak devredilmiştir.

Tarif edilen bu durum karşısında, kat irtifakı taraflar arasında düzenlenmiş bir sözleşmeye göre tesis edilmemiş olduğu için Kat Mülkiyeti Kanununun 26. maddesinin uygulanma olanağı bulunmamaktadır. Gerçekten, bu madde hükmü, kat irtifakının tesisi anında veya ondan önce, ya da sonra arsa üzerinde ileride kat mülkiyetine çevrilmek üzere yapılacak yapının ne suretle inşa edileceğini tarafların buna ne şekilde katkıda bulunacaklarını, ödeme usul, şekil ve miktarını belirleyen bir sözleşmenin varlığını öngörür. Ancak o zaman, kat irtifakı sahiplerinin kendine düşen borçları yerine getirip getirmediği saptanabilecek ve ona göre arsa payının devrinin söz konusu olup olamayacağına karar verilebilecektir. Davacı kat irtifakının, paydaşların iştirâkiyle bina yapılmak üzere davalının katkısı şart koşularak kurulduğunu iddia ettiği takdirde bunu elverişli delillerle kanıtlamak durumundadır. Bu husus kanıtlanmadıkça yukarıda açıklandığı üzere payların devri söz konusu olamaz...” (Y. 18.HD. 7.6.1993, 5771/7402, Yargıtay Kararları D., 1993, sayı: 8, s.1217-1218).

B) Kararın Değerlendirilmesi

Hukukumuzda Kat Mülkiyeti Kanunu ile giren kat irtifakı, yapılmakta veya ileride yapılacak olan bina bakımından, arsanın ortak maliklerini birbirlerine karşı aynî nitelikte bir borçla yüklü kılmak için getirilmiştir.

Şüphesiz, arsanın ortak malikleri arsa üzerinde yapılacak veya tamamlanacak bina için birbirlerine karşı borçlar hukuku alanında kalan bir sözleşme ile de borçlanabilirler. Ne var ki, borç sözleşmelerinin nisbiliği ilkesi, söz konusu borçların cüz'î halefleri etkilemesini önler. İşte, binanın yapılması ya da tamamlanması konusundaki borcun cüz'î halefleri sorunsuz biçimde etkileyebilmesi, ancak kat irtifakı sayesinde mümkün görülmüş ve çeşidi kendine özgü (nev'î şahsına münhasır, sui generis) bir irtifak olan kat irtifakı kurumu kabul edilmiştir.

Kanun, yapının sözleşmeye ve plâna göre tamamlanması için ne yapmak lâzımsa onu yapmayı kat irtifakı sahiplerine borç olarak yüklemiş (KMK. 26/I), bu borcun ihlâlî halinde borcu ihlâl edene karşı dava açılabileceğini (KMK. 17/I), hatta bazı şartlarla söz konusu ihlâlde bulunanın arsa payının elinden alınabileceğini hükme bağlamıştır (KMK. 26/II). İncelemekte olduğumuz Yargıtay kararı da, bu son yaptırımla, yani KMK. 26/II hükmüyle ilgilidir.

Öte yandan, kat irtifakı sahiplerinin sözü geçen karşılıklı borçlarının varlığı için onların kat irtifakı sahibi sıfatını kazanmış olmaları yetiştirecektir. Diğer bir deyişle, bu borçların (ve alacakların) doğumu için ayrıca bir sözleşme yapılması gerekmez. Gerçekten, kanun, anılan borçların ve borcu ihlâl edene karşı dava hakkının varlığı için "kat irtifakı sahibi" olmaksızın başka bir şart aramamıştır (KMK. 17/I). Hatta, kanaatimizce, kat irtifakının kurulması için gerekli resmî sözleşmede (ilgili arsanın tek maliki varsa resmi senette) kat irtifakı sahibi olacak kişilerin binayı yapma veya tamamlama borçları (inşaata ilişkin borçlar) yer almasa bile, kat irtifakı kurulunca söz konusu borçlar kurulma ânında oluşacaktır. Aksine görüşlerin kanunî dayanağı yoktur (bu konudaki arayışlar için bkz., E. S. Özmen, Kat İrtifakı, Yaklaşım Yayınları, 1997, s.266 vd.). Zira, bu borçlar, kat irtifakının niteliğinden doğmaktadır. Kurumun doğasında var olan bu borçlar için ayrı bir kaynak aramanın anlamı yoktur. Gerçi, olumlu edim yükümü (yapma, verme borcu) Medeni Kanuna göre, irtifakın aslî konusu olmaz (MK. 779/II). Ne var ki, kat irtifakı özel bir kanunla, Kat Mülkiyeti Kanunu ile getirilmiş, özel amaçlı, özel bir irtifak türüdür. Kat irtifakı hakkı sınırlı aynî hak olduğu için, bu irtifakta mündemiç olan (kendiliğinden mevcut olan) hak ve borçlar, cüz'î halefleri de, yukarıda işaret olunduğu üzere, etki alanı içine alacaktır.

Meseleye bu açıdan bakılınca, inceleme konumuzu teşkil eden Yargıtay kararının bazı hatalar taşıdığı görülmektedir. Şöyle ki, bu kararda,

KMK.26/II hükmüyle ilgili olarak "... Gerçekten, bu madde hükmü, kat irtifakının tesisi ânında veya ondan önce, ya da sonra, arsa üzerinde ileride kat mülkiyetine çevrilmek üzere yapılacak yapının ne suretle inşa edileceğini tarafların buna ne şekilde katkıda bulunacaklarını, ödeme usul, şekil ve miktarını belirleyen bir sözleşmenin varlığını öngörür. Ancak o zaman, kat irtifakı sahiplerinin kendine düşen borçları yerine getirip getirmediği saptanabilecek ve ona göre arsa payının devrinin söz konusu olup olmayacağına karar verilebilecektir..." denmiştir ki, değinildiği üzere, bu ifadeler kat irtifakı kurumunun bünyesi ile bağdaşmamaktadır. Belirtildiği gibi, kat irtifakı sahiplerinin inşaata ilişkin karşılıklı hak ve borçlarının varlığı Yüksek Mahkeme' nin aradığı sözleşmenin varlığına bağlı değildir. Şâyet, kat irtifakı kurulurken tapu memurunun düzenleyeceği resmi sözleşmede (KMK. 13/I), söz konusu borçların miktarı, ödeme usul ve şekli konusunda ayrıntılar mevcut değilse, hatta resmi sözleşme bu hususta hiçbir hüküm taşııyorsa, ayrıntıları kat irtifakı sahipleri kurulu düzenleyecektir. Bu hususta, kat mülkiyetine ilişkin hükümler kıyasen uygulanır. Burada Medeni Kanunun müşterek mülkiyet hükümlerinin uygulanması da mümkündür. Ancak, kanaatimizce, kat irtifakının, kat mülkiyetini hedefleyen bir kurum olması hasebiyle kat mülkiyetine yakınlığı nazara alınmalı ve işaret olunan kıyas yolu tercih edilmelidir. İster kat mülkiyeti hükümleri kıyasen uygulansın, isterse müşterek mülkiyet hükümlerine gidilsin, her iki durumda da inşaat borcuna ilişkin ayrıntılar kat irtifakı sahiplerinin alacakları kararlarla tespit edilebilecektir (bu kararlar ile ilgili ayrıntılara, çalışma konumuzun dışına taşacağı için girmiyoruz). Görülüyor ki, Yargıtay' ın bu hususta mutlaka bir sözleşme yapılmasını istemesi, isabetli bir davranış tarzı sayılamaz.

Demek oluyor ki, kat irtifakı sahiplerinden biri kat irtifakının kurulması ile doğan ve inşaata ilişkin bulunan, ayrıntısı da sözleşme yahut kat irtifakı sahiplerince alınan karar ile tespit olunan borçlarını hiç veya gereği gibi yerine getirmese, hem davaya ve icra takibine, hem de KMK.26/II' de ifadesini bulan devir yaptırımına muhatap olabilecektir. Şüphesiz, bu borç, cüz'i halefler için, ancak halefiyetin gerçekleştiği anda (kendilerinin kat irtifakı sahibi sıfatını devren kazanmaları ile birlikte) doğacaktır. Bu borçların ayrıntıları kat irtifakı kurulurken düzenlenen resmi sözleşmede yer almışsa, anılan sözleşme evrakı müsbite (tapu kaydına esas olan belgeler) arasında yer alacağı ve ilgisini kanıtlayan kişi de evrakı müsbiteliyi görebileceği, ayrıca kimsenin tapu sicilindeki kaydı bilmediğini ileri sürmesi mümkün bulunmadığı için (MK. 1020/I, II), sözü geçen

ayrıntılarının cüz’i halefleri de bağlayacağını söylemek yanlış olmayacaktır. Şâyet ayrıntılar kat irtifakı sahipleri kurulunca belirlenmişse, cüz’i halefleri bağlama açısından varılan sonuca, kıyasen uygulanacak olan KMK.32/II uyarınca gidilecektir. Mesele müşterek mülkiyet hükümlerine göre çözümlenmeye çalışılırsa, yeni Medeni Kanunun getirdiği şerh imkânından yararlanarak aynı sonuç sağlanabilecektir (MK.695/II). Eğer irtifak sahipleri sadece iki kişiden ibaret olup da ayrıntılar için karar alınamıyorsa ve bu hususta sözleşme hükmü de yoksa, her irtifak sahibi kendi arsa payı oranında borçlu sayılmalı, diğer detaylar (ödeme usul ve şekli gibi) bakımından ise MK.691/III ve MK.695/I hükümlerinden istifade ile hakime gidilmesi kabul edilmelidir.

Bütün bu açıklamalar, Yargıtay’ın incelemekte olduğumuz kararının bu başlık altında yukarıya alınan kısmının isabetsizliğini ortaya koymaktadır.

Ele aldığımız kararda, “... Davacı, kat irtifakının, paydaşların iştirâkiyle bina yapılmak üzere davalının katkısı şart koşularak kurulduğunu iddia ettiği takdirde bunu elverişli delillerle kanıtlamak durumundadır. Bu husus kanıtlanmadıkça yukarıda açıklandığı üzere payların devri söz konusu olamaz...” denmiş olması da, karardaki diğer açıklamalar nazara alındığında, kanaatimizce yapılan hatanın bir başka görünümünü oluşturmaktadır. Karardan anlaşıldığına göre, davacı, arsanın tek başına maliki durumunda iken 15 bağımsız bölümü içeren kat irtifaklarını kurmuş ve bu irtifakların tamamına sahip olmuştur. Gene kararda belirtildiği üzere, inşa edilecek binanın (3) no.lu bağımsız bölümü (kat irtifaklı arsa payı) davalıya tapuda satılıp devredilmiştir. O halde, davacı, kat irtifakının, binanın yapılması bakımından davalının katkısının şart koşularak kurulduğunu nasıl ispat edecektir? Davacının bunu ispat etmesi, kanaatimizce mümkün değildir. Zira, kat irtifakının şartlı kurulamayacağı gerçeği bir yana, esasen olaydaki kat irtifakının kurulmasında davalının rolü bulunmadığı bu karardaki açıklamalardan anlaşılmaktadır. Öte yandan, olaydaki kat irtifakının kurulması sırasında müşterek mülkiyet ilişkisi bulunmadığı hususunun karardan açıkça anlaşılmasına rağmen, irtifakın “paydaşların iştirâkiyle” kurulduğunun kanıtlanması gereğinden bahsedilmesine de bir anlam verebilmiş değiliz. Şâyet Yargıtay, davacı ile davalı (ve varsa cüz’i halefiyet yolu ile kat irtifakı sahibi olan diğer kişiler) arasında inşaata ilişkin borç doğurucu sözleşmenin varlığını arıyorsa, bunu açık, net ve prensiplerle bağdaşır şekilde ifade edip sonuca varmalıydı. Görülüyor ki, kararda varılan sonucun dayandırıldığı gerekçelerde isabet yoktur.

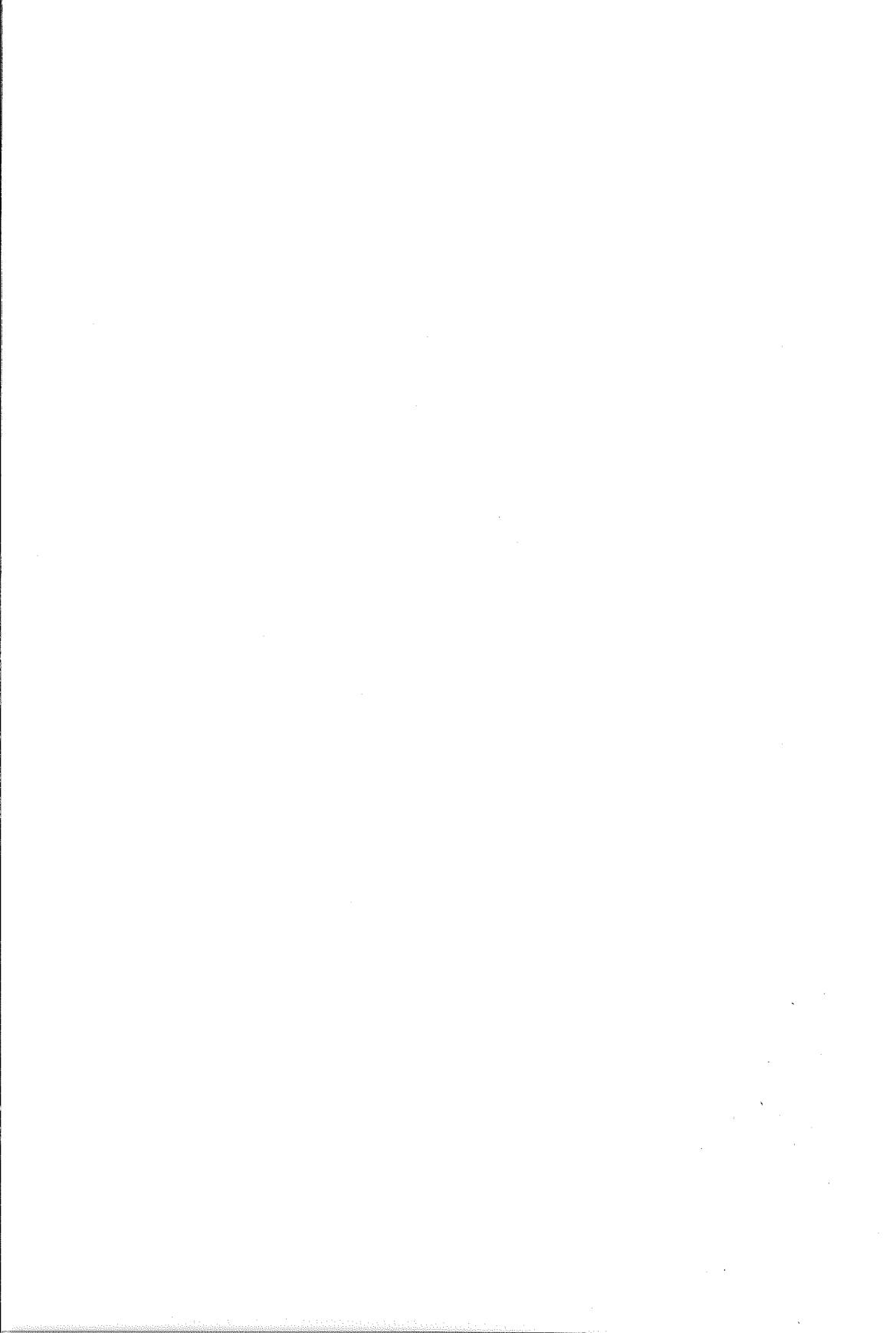
Bize kalırsa, Yüksek Mahkeme, davacı ile davalı arasındaki satış sözleşmesinde belirtilen satış bedelinden hareket etmeliydi. Şöyle ki, eğer satış bedeli, tamamlanmış ve kat mülkiyetine tabi kılınmış bir binanın bağımsız bölümünün rayiç bedelini yansıtıyorsa, cüz'i halefiyet yoluyla irtifak sahibi olan davalının kanun gereği inşaat yapma ve bunun için gereken masraflara katılma ile borçlu olduğunu ileri sürmek MK.2 kuralı ile bağdaşmayacak ve dolayısıyla KMK.26/II hükmünün davalı hakkında tatbikinin istenmesi hukukî himaye görmeyecektir (MK.2/II). Gerçekten, davalı, kat irtifakı sahibi sıfatı ile, yukarıda yapılan açıklamalar sebebiyle, hukuk tekniği açısından, inşaatın yapılıp tamamlanması konusunda borçludur; ama, biraz önce ifade edilen varsayımda bunun ileri sürülmesi ve dolayısıyla devredilen kat irtifaklı arsa payının KMK.26/II hükmü kullanılarak iadesinin istenmesi, hakkın açıkça kötüye kullanılması, normun suiistimal edilmesi anlamına gelecektir. Böyle bir talep, taraflar arasındaki anlaşmaya da uymaz. Hatta, bu varsayımda, taraflar arasındaki anlaşmanın, KMK.26/II hükmünün tanıdığı talep ve dava hakkını bertaraf ettiği bile söylenebilir. Bu kabul tarzında, MK.2 hükmüne de gerek kalmaz.

Buna karşılık, davalının verdiği satış bedeli, yapımı tamamlanmış dairenin satış bedelinden bir hayli düşük ise, davalının inşaat işlerinin giderlerinden kendi arsa payı oranında sorumlu olduğunun kabulü gerekecek ve dolayısıyla KMK.26/II hükmünün tatbikinden söz edilebilecektir. Başka bir deyişle, bu ihtimalde hukuk tekniği konuşacak, kanunun kat irtifakı sahibine yüklediği borcun ileri sürülmesi ve bunun ihlâline bağlanan yaptırımların uygulanmasının istenmesi, MK.2 kuralının engeli ile karşılaşmayacaktır.

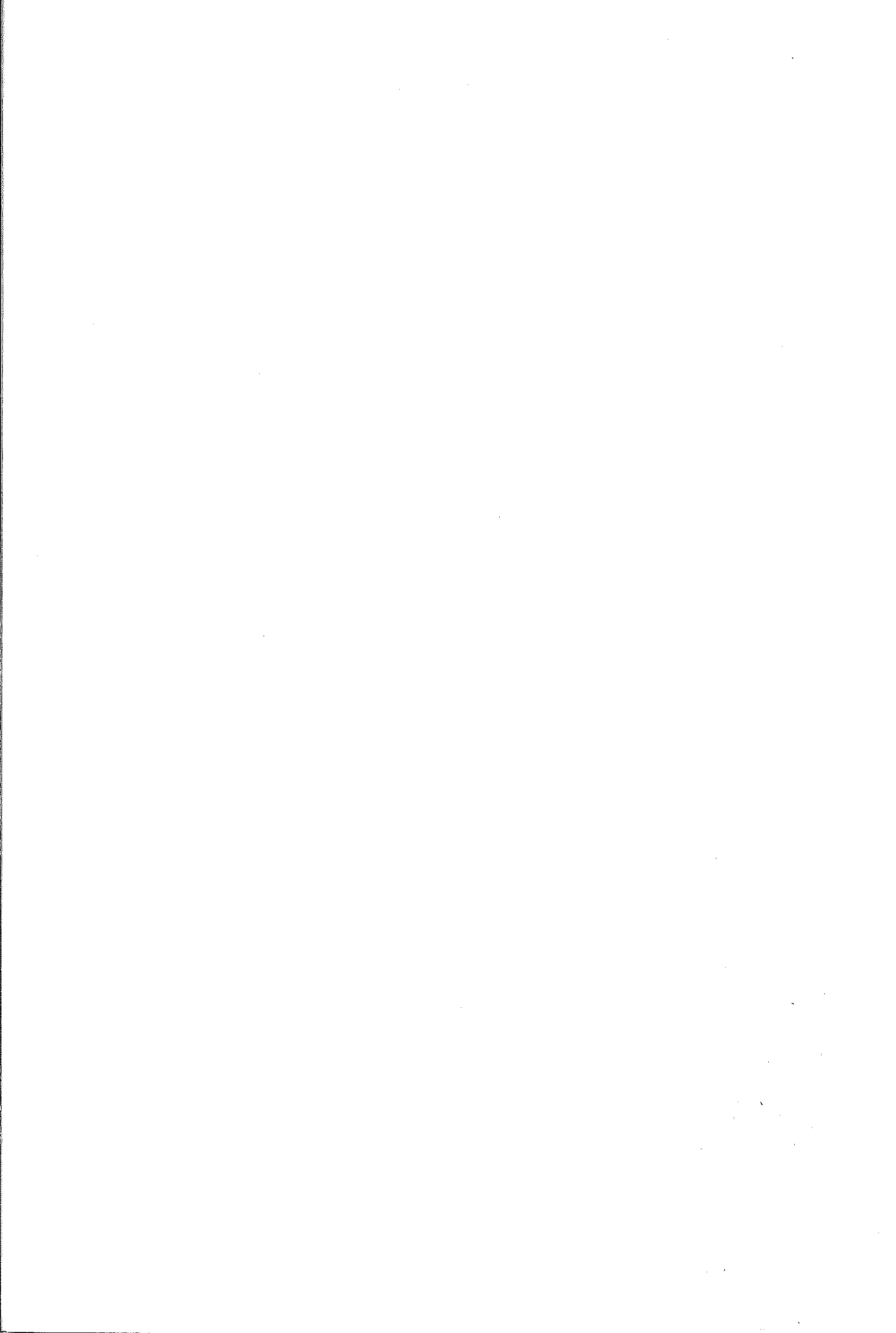
Görüldüğü üzere, Yargıtay'ın, bu tahlilleri yapmaksızın yukarıya alınan kararı vermesi uygun olmamıştır. Gerçi, dava dosyasını görmediğimiz için somut olayın bütün detay ve özelliklerini bilemiyor, sadece Yüksek Mahkeme kararının elimize ulaşan kısmının incelenmesi sonucu bir tavır almaya çalışıyoruz. Ne var ki, açıklandığı üzere, Yargıtay'ın söz konusu kararında gösterilen gerekçeler, kararda varılan sonuca hukukî destek olmaktan uzaktır. Kararda, ilgili kurum ve kavramların gereklerine uyulmamıştır.

III. SONUÇ

Yukarıda etraflıca açıklandığı üzere, incelemiş olduğumuz Yargıtay kararında, kat irtifakının nitelik ve özelliği üzerinde dikkatle durulmamış, konuya ilişkin bazı ayrıntılar gözden kaçırılmış, somut olay itibarıyla belki de doğru olan sonuç, kuvvetli, sağlam ve isabetli gerekçelerle desteklenememiştir. Bu karar da gösteriyor ki, bir hukuki mesele hakkında varılan çözümün kabul ettirilebilmesi için, o meseleye ilişkin kurum ve kavramların aslâ gözden kaçırılmaması, gerekli özelliklerin gözardı edilmemesi lâzımdır. Aksi takdirde, getirilen çözümün isabeti, o çözüm tatminkâr olsa dahî, şüpheyile karşılanır.



MEVZUAT KRONIĞI



**18.7.2003'DEN 1.11.2004'E KADAR GEÇEN DÖNEMDE
YÜRÜRLÜĞE KONAN YENİ MEVZUAT VE RG'DE
YAYINLANMIŞ ANAYASA MAHKEMESİ KARARLARI YA DA
İÇTİHADİ BİRLEŞTİRME KARARLARI İLE GETİRİLEN
MEDENÎ USUL VE İCRA-İFLAS HUKUKUNA İLİŞKİN
KURALLAR, ÇÖZÜMLER**

Prof. Dr. Bilge Umar
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

* RG 31.7.2003, No. 25 184

23.7.2003 günlü, 4954 sayılı, Türkiye Adalet Akademisi Kanunu yayınlandı. Hâkim ve Savcılarının meslek açısından statüsü, Medenî Usul Hukuku kapsamında incelenip bu konudaki ilkeler kısaca öğretim konusu oluşturduğundan, o konuyu ilgilendiren söz konusu yasanın çıkarılmasına şimdiki listede yer verdik.

* RG 4.12.2004, No. 25 306

TBB'nin hazırladığı, yeni Avukatlık Asgarî Ücret Tarifesi yayınlandı.

* RG 12.12.2003, No. 25 314

15.10.2002 günlü (ve E. 2001/309, K. 2002/91 sayılı) olduğu halde bir hayli gecikmeyle, bir Anayasa Mahkemesi kararı yayınlandı. Bu karar,

Avukatlık Kanunu m. 14'ün (2.5.2001 günlü ve 4667 sayılı kanunla değiştirilmiş) m. 14 f. I kuralını iptal etti. O kural, şöyle diyordu:

Emeklilik veya istifa gibi sebeplerle görevlerinden ayrılan adli, idari ve askerî yargı hâkim ve savcılarının son beş yıl içinde hizmet gördükleri mahkeme veya dairelerin yargı çevresinde, görevden ayrılma tarihinden itibaren iki yıl süre ile avukatlık yapmaları yasaktır.

İptal için gösterilen ve kanımca hiç de yeterli, doyurucu olmayan kısa gerekçede, yalnız, “getirilen yasaklama, çalışma özgürlüğünün ölçüsüz sınırlandırılmasına yol açabilecek niteliktedir” deniyor.

İptal kararı, yayınlanmasından bir yıl sonra yürürlüğe girecektir ve dolayısıyla, hâlâ (şimdiki yazının hazırlanıp Dekanlığımıza sunulduğu 1.11.2004 gününde) yürürlüğe girmemiştir. Böylece yasa koyucuya, iptal edilen kuraldaki konuyu, iptal için öne sürülmüş gerekçeyi yeniden gündeme getirmeyecek bir içerikle düzenlemek fırsatı verilmek istenmiş ise de, siyasî iktidar, konuyu hiç umursamamıştır.

* RG 19.12.2003, No. 25 321

4.6.2003 günlü iki Anayasa Mahkemesi kararı (biri E. 2002/8, K. 2003/47, diğeri E. 2002/132, K. 2003/48 sayılı) yayınlandı. Her ikisi, Avukatlık Kanunu'nun (2178 Sa.K. ile değişiklik görmüş) m. 3 bent b kuralındaki, avukat olabilmek için Hukuk Fakültesi mezunu olmak şartını arayan, dolayısıyla Siyasal Bilimler/Bilgiler veya İİBF gibi kurumlardan mezun olmuş kişilerin fark sınavı vererek dahi Avukat olmasını engelleyen çözümün Anayasaya aykırı olmadığı; bu nedenle de kuralın iptali gerekmediği sonucuna varmaktadır.

* RG 24.12.2003, No. 25 326

Yargıtay İçtihadı Birleştirme Hukuk Genel Kurulu'nun 27.6.2003 günlü, E. 2001/ K. 2003/1 sayılı kararı yayınlandı. Bu kararda, aralarında sözleşme yapılmış akit bulunması hâlinde, alacaklının faturaya “Bedelin belli sürede ödenmemesi hâlinde vâde farkı ödenecektir” gibi bir kayıt ekleyerek bu faturayı karşı tarafa tebliğ ettirmesi ve karşı tarafın TTK m. 23 f. II'de öngörülen 8 günlük süre içinde itiraz etmemesi durumunda, aynı fıkradaki “karine” gereğince fatura içeriğini kabul etme sonucunun doğmuş olamayacağı; çünkü söz konusu kaydın aslında fatura içeriği kavramına

dahil bulunmadığı görüşü ve çözümünü benimseniyor; kararda, m. 23 f. II kuralı hep "karine" diye anılıyor.

Oysa o kuraldaki "...kabul etmiş sayılır" deyişinin gösterdiği üzere; aslında, isbatı gerekli kural için bu gerekliliği kaldırıp isbat edilmişlik durumunu kabul edici, yahut isbat yükü taşıyan tarafa asıl önemli vakıya yerine, onun isbatı yerine geçecek başka bir vakıyı isbatla yetinmek olanağı sağlayıcı bir usul hukuku kuralı (karine işte buna denir) değildir. Aslında irade açıklamasıyla doğan "fatura içeriğini kabul etmişlik" hukuksal sonucunun doğması bakımından, itirazsız bırakma vakıasını da irade açıklamasıyla eşit değerde sayan bir *fiksiyon* getirmektedir; kuralda bir karine yoktur (karine ve fiksiyon/varsayım kavramlarının farkı konusunda bkz. Umar/Yılmaz, İsbat Yükü, Ankara 1980, s.169).

* RG 26.12.2003, No. 25328

12.12.2003 günlü, 5020 Sa. K. ile, HUMK m. 286'ya bir fıkra eklendi:

Mahkemeye sunulan bilirkişi raporunun maddî olgu ve fiilî gerçeklerle bağdaşmadığı yönünde kuvvetli emare ve şüphelerin bulunduğu kanaatine ulaşıldığı takdirde, bu bilirkişiler hakkında diğer kanunlardaki hukukî ve cezaî sorumluluklar saklı kalmak şartıyla 19.4.1990 tarihli ve 3628 sayılı Mal Bildiriminde Bulunulması, Rüsvet ve Yolsuzluklarla Mücadele Kanunu hükümleri uyarınca işlem yapılmak üzere dâva dosyasının tasdikli bir örneği yetkili Cumhuriyet Savcılığına gönderilir.

Aynı değişiklik kanunu, Hazine avukatlarının görevleriyle ilgili 4353 sayılı kanuna da önemli eklemeler getirmektedir.

Ayrıca, bu değiştirme yasası, banka batırma sorumlularına karşı açılan kişisel sorumluluk dolayısıyla tazminat ödetme dâvalarında dâvacı TMSF'nun işini kolaylaştırmak üzere, 4389 sayılı Bankalar Kanunu'na bir m. 17a ekliyor ve söz konusu dâvalarda isbat yükünü, "...şahsî sorumluluk dâvalarında ispat külfeti dâvalılara aittir" diyerek, *toptan*, dâvalılara yüklüyor ki bu kuralın asla uygulanma olanağı yoktur, olamaz. Şöyle ki:

İsbat yükünün kime düştüğünün belirlenmesini, medenî usul hukuku değil, maddî hukukun kendisi yapar. Örneğin, haksız fiile dayanan bir tazminat istemi dâvasında, dâvacı, böyle bir istemi öne sürmesine olanak veren BK m. 41'in belirlediği, maddenin uygulanmasına ve tazminat iste-

mi öne sürmek hakkının kabulüne, istemin hükme bağlanmasına olanak verecek olan, uygulanma şartı işlevindeki vakıaların (a. Dâvalının fiili; b. Dâvacının zararı; c. Fiil ile zarar arasında uygun illiyet bağı; d. Dâvalının fiilini kusurlu saymayı gerektirecek vakıalar durumu) isbatı yükü altındadır çünkü onlardan bir tekinin bile isbatsız kalması, bizzat BK m. 41 gereğince, istemin kabulünü hukuka aykırı ve imkânsız kılacaktır. Dâvalı ise, herhangi bir hukuk normu uyarınca kendisinin sorumlu tutulabilmesi sonucunun doğumunu engelleyen (karşılık-kusur gibi) yahut düşüren (tazminat miktarında anlaşılmuş ve tazminatın dava öncesinde ödenmiş olması gibi) bir vakıaya savunma olarak dayanıyorsa, kendi savunma temeli olan bu vakıa için isbat yükünü taşır. Böyle olunca, örneğin bu gibi davalarda, isbat yükünü toptan dâvalı üzerine yıkan bir kural yasalaştırılrsa, hâkim onu uygulayamaz ve haksız fiil davasına muhatap olan dâvalıya, “Yeni kural gereğinde isbat sırf sana düşüyor, dâvacı ne diyorsa aksini isbat et” diyemez; demeğe kalksa ve örneğin zarar miktarı hatta bir zararın varlığı davacı tarafından isbat edilmediği halde davacının istemini hükme bağlayıverirse, maddî hukuku çiğneyen bir karar vermiş olur. Çünkü bu karar, “kanunun aradığı vakıalar hiç gerçekleşmese de, sırf iddiaların aksinin isbat edilememesi yeter, bu faraziye de tıpkı vakıaların gerçekleştiği isbat edilmiş gibi istem hüküm altına alınır” çözümünü uygulamakta, kanunun aradığı vakıaların tesbitini aramamaktadır.

Kısacası, yasalaştırılan kuralın âdil olup olmadığı üzerinde hiç durmaya gerek olmadan şunu kesin güvenle söyleyebiliriz ki, isbat yükü konusunu Fakülte öğrenimi sırasında öğrenememiş hukukçuların öğütlediği ve ortaya çıkardığı bir acayip kural karşısındayız. Banka batıranlara karşı devletin mücadele olanaklarının geliştirilmesi gerektiğine hiç itirazım yoktur; ama yapılabilecek olanları, abuk sabukluğa düşmeden belirlemek gerekir.

* RG 20.1.2004, No. 25 352

13.1.2004 günlü, 5043 Sa.K. ile, Avukatlık Kanunu’nda değişiklikler yapıldı; orada m. 164’deki, vekâlet ücreti sözleşmesi yoksa asgarî ücret tarifesinin uygulanacağı ilkesine istisna getirildi.

* RG 23.1.2004, No. 25 355

15.1.2004 günlü, 5070 sayılı “Elektronik İmza Kanunu” yayımlandı. Bu yasa, HUMK’a şu maddeyi ekledi:

Madde 295a.- Usulüne göre güvenli elektronik imza ile oluşturulan elektronik veriler senet hükmündedir. Bu veriler aksi ispat edilinceye kadar kesin delil sayılırlar.

Dava sırasında bir taraf kendisine karşı ileri sürülen ve güvenli elektronik imza ile oluşturulmuş veriyi inkâr ederse, bu kanunun 308. maddesi kıyas yoluyla uygulanır.

Sözü edilen 5070 Sa.K., keza, BK m. 14 f. I'deki, "İmza, üzerine borç alan kimsenin el yazısı olmak lâzımdır" cümlesinden sonra gelmek üzere fıkraya şu eklemeyi yapmıştır:

Güvenli elektronik imza elle atılan imza ile aynı ispat gücünü hâizdir.

* RG 14.2.2004, No. 25 373

10.2.2004 günlü, 5087 Sa.K., Litvanya ile; yine 10.2.2004 günlü, 5088 Sa.K., Moğolistan ile hukukî, ticarî ve cezaî konularda adlî yardım-
laşma andlaşmalarının onaylanmasını uygun görmüş yâni bu konuda Ba-
kanlar Kurulu'nu yetkilendirmiştir.

* RG 21.2.2004, No. 25380

12.2.2004 günlü ve 5092 Sa.K., çok yakın zamanda 4949 Sa.K. ile değiştirilen İİK'nda yeniden değişiklikler yaptı. Bu arada, İİK'na, "Ser-
maye şirketleri ve kooperatiflerin uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırıl-
ması"nı konu alan m. 309m - m. 309ü eklendi.

* RG 23.3.2004, No. 25 411

Bakanlar Kurulu'nun 8.3.2004 günlü, 2004/6988 sayılı kararnâme-
siyle, TC-Azerbaycan Cumhuriyeti arasında hukukî ve ticarî konularda
adlî işbirliği andlaşması onaylandı.

* RG 30.3.2004, No. 25418

TBB'nin "Adlî Yardım Yönetmeliği" yayımlandı.

* RG 14.4.2004, No. 25 433

7.4.2004 günlü ve 5128 Sa.K. ile, "Hukukî ve ticarî konularda ya-

bancı ülkelerde delil sağlanması hakkında sözleşme”nin (13.12.200’de Lahey’de imzalanmıştı) onaylanması uygun görüldü yâni bu konuda Bakanlar Kurulu yetkilendirildi.

Aynı RG’de yayınlanan, 7.4.2004 günlü ve 5130 Sa.K. ile de, “Yabancı hukuk hakkında bilgi edinilmesine dair Avrupa sözleşmesine ek protokol”ün (Türkiye tarafından çeyrek yüzyıl önce, 1.9.1980’de imzalanmıştı!) onaylanması uygun görüldü.

* RG 20.4.2004, No. 25439

14.4.2004 günlü, 5133 Sa.K. ile, Aile Mahkemeleri’ne ilişkin yasa da 4 değişiklik yapıldı.

14.4.2004 günlü, 5134 Sa.K. ile Noterlik Kanunu’ndaki, noterlik stajından bağışıklığa ilişkin m. 6 f. I değiştirildi.

16.3.2004 günlü, 2004/7022 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile, onaylanması yasa ile uygun görülen, TC-Litvanya arasında hukukî ve ticarî konularda adlî işbirliği andlaşması onaylandı.

* RG 4.5.2004, No. 25 452

12.4.2004 günlü, 2004/7143 sayılı Bakanlar Kurulu kararı ile, onaylanması yasa ile uygun görülen, “TC ile Moğolistan arasında imzalanan hukukî, ticarî ve cezaî konularda adlî yardımlaşma andlaşması” onaylandı.

* RG 13.5.2004, No. 25 461

“Türkiye Adalet Akademisi Başkan ve Başkan Yardımcıları adaylarının seçilme usul ve esaslarına dair yönetmelik” yayımlandı.

* RG 1.6.2004, No. 25 479

“Adlî yargı hâkim ve savcı adayları ile idarî yargı hâkim adaylarının meslek öncesi eğitimlerinin yaptırılmasının esas ve usullerine ilişkin yönetmelik” yayımlandı.

“Adlî yargı hâkim ve savcı adayları ile idarî yargı hâkim adaylarının staj dönemi ile staj mahkemelerine ilişkin yönetmelik” yayımlandı.

* RG 15.6.2004, No. 25 493

18.5.2004 günlü, 2004/7340 sayılı Bakanlar Kurulu kararı, yasa ile onaylanması uygun görülen, “Hukukî veya ticarî konularda yabancı ülkelerde delil sağlanması hakkında sözleşmenin çekince ve beyanlarla onaylanması”nı kabul etti.

* RG 24.6.2004, No. 25 502

Uyuşmazlık Mahkemesinin 1.3.2004 günlü, E. 2004/1, K. 2004/5 sayılı kararı yayınlandı. Bu kararda şöyle deniyor:

... İİK'nun uygulanmasına ilişkin olarak kamu görevlilerinin işlemlerinden doğduğu öne sürülen zararın tazmini istemiyle [Asliye Hukuk Mahkemesinde, dâvalı olarak, hem işlemi yapmış İcra Dairesi görevlilerinin bağlı bulunduğu idare sıfatıyla Adalet Bakanlığı'nın, hem de (kendisine haksız yere öncelikli ödeme yaptırtarak?) dâvacının zarara uğramasına katkıda bulunmuş Karayolları Genel Müdürlüğü'nün hasım gösterilmesiyle - Umar] açılan bir dâvada, İcra Dairesi görevlilerinin yanı sıra icra işlemlerine katılan Karayolları Genel Müdürlüğü personelinin de kusurunun bulunduğu öne sürülmekte olup, anılan yasa da [İİK'da] düzenlenen kamu hizmetinin [icra tâkiplerinin] yürütülmesine iştirak eden başka idare personelinin varsa kusurlarından doğan sorumluluğunun, maddî ve hukukî birliktelik nedeniyle bu yasa [İİK m. 5] kapsamında değerlendirilmesi gerektiğinin kabulü ile uyuşmazlığa konu edilen dâvanın adlî yargı yerinde görülmesi gerekir.

Başka bir yazımızda (Bâki Kuru Armağanı'nda yayınlanan, “Kuru/Arslan/Yılmaz'ın İcra ve İflâs Hukuku Ders Kitabı [15. basım] Üzerine Gözlemler” adlı kitap tahlili yazısında), İİK m. 5 düzenlemesinin Anayasa m. 125'e aykırılığı konusuna uzunca boylu değinmiştim ve o arada, şöyle demiştim:

Türk hukukunun İsviçre'den alınma kurallarında, idarî yargının bireylere sağlayacağı güvenceden tegafül etmekle kalmayıp bizde geçerli düzeni (adlî yargı-idarî yargı ayırımının temel ilkelerini) ayaklar altına alarak, kamu hizmetinin gereğince yürütülmemesinden doğan zararın tazmini dâvalarından bir bölümünü hukuk mahkemelerine bırakmak, İsviçre'de İdare Hukukunun geriliği dolayısıyla oradaki yasalarda yer alabilmiş kuralların; bizim iktibaslarımız sırasında, 1920'li yıllarda bizde dahi idarî yargının işlevi ve teorisi neredeyse onlardaki kadar geri olduğu için, bize de aynen geçebilmiş olmasının sonucudur ve bu virüsleri hâlâ yasaları-

mızdan atamadık....Anayasa Hukukumuzda devletin kamu hizmetlerinin yürütülmesi sırasında sebep olunmuş zarar dolayısıyla kusursuz sorumluluğu ilkesinin yürürlüğe girmesi (1961 Anayasasında m. 114) neredeyse yarım yüzyıl öncesinin olayıdır.

Şimdi bu Uyuşmazlık Mahkemesi kararı, İİK m. 5'in bir diğer sakıncasını daha ortaya çıkartıyor. O da şudur ki, yargı yetkisinin hukuk mahkemesine verilmesi, sanki o dâvada tazminat isteminin temeli olan sorumluluk özel hukuktaki haksız fiil sorumluluğu imiş ve sorumluluk getirci fiile katılan, İcra Dairesi görevlileri dışındaki kamu görevlileri dolayısıyla onların bağlı olduğu yönetim ve kamu hizmeti biriminin sorumluluğu dahi, özel hukuktaki, birlikte işlenen haksız fiilden doğan müteselsil sorumluluk imiş gibi bir görüntü yansıtmakta ve Uyuşmazlık Mahkemesimiz, besbelli, bu görüntüye aldanarak, ona uygun saydığı bir çözümü benimsemektedir.

Oysa, bir yönetim ve kamu hizmeti birimine karşı açılacak tazminat isteme davasının görülmesini, idarî yargı yerine, münasebetsiz bir istisna kuralıyla adli yargıya bırakmak, yargılamayı yapacak mahkemenin göz önünde tutacağı ve hükmüne esas alacağı sorumluluk kurallarını değiştiremez. Devletin tüm kamu yönetimi ve hizmeti birimleri, hizmetlerini yürütürken verdikleri zarardan dolayı, özel hukukun haksız fiil sorumluluğu ve istihdam edenin sorumluluğu ilkelerine göre değil; İdare Hukukunun, Anayasada da vurgulanmış olan, (zarara işlemiyle yahut ihmaliyle yol açmış kamu görevlisinin kişisel kusurunu aramayan) hizmet kusuru sorumluluğu ilkesi çerçevesinde sorumlu olsunlar da, İİK m. 5'e yahut MK m. 1007'deki münasebetsiz kuralların kapsamına giren davalarda, o yönetim birimlerinin daha doğrusu devletin sorumluluğu (zarar kamu hizmetinin yerine getirilmesi etkinliği sırasında doğduğu halde) özel hukuktaki haksız fiil sorumluluğuna tâbi olsun, fiili yapanın kişisel kusurunun varlığı aransın; böyle bir çözüm abestir ve Anayasa m. 125'e aykırıdır (İdarenin *hizmet kusurundan* dolayı sorumlu tutulması ilkesinin anlam ve içeriği konusunda bkz. İlhan Özay, *Günışığında Yönetim*, İstanbul 2002, s.726-752). Demek ki, İİK m. 5 ve MK m. 1007'deki dâvalarda dahi, tazminat isteminin kabulüne olanak verecek dâva temelinin oluşup oluşmadığı, "Hizmet kusurunun yol açtığı tazminat yükümlülüğü"nü düzenleyen İdare Hukuku ilkelerine göre belirlenecektir; çünkü hukuk bir bütündür ve hukuk mahkemesi gözünde özel hukuk kapsamı dışında olan kurallar umursanmaz diye bir ilke, ilke değil, ilkel yanılıdır. Önce bunu tesbit edelim.

İcra Dairesi görevlileri dışındaki kamu görevlilerinin, zarar doğurucu fiile katılmalarından doğacak müteselsil sorumluluk konusuna gelince:

Görevlilerin kendileri değil, mensup oldukları yönetim ve kamu hizmeti birimi dâva edileceğinden; eğer her iki kategori görevli birer bakanlığın mensubu iseler, dolayısıyla onların mensup buldukları *bakanlıkların* dava edileceği durumlarda ortaya sorun çıkmaz. Çünkü gerçekte bakanlıkların tüzel kişiliği yoktur; uygulamada bunlar davacı ve davalı olabilmekte iseler de bu, pratik yararı dolayısıyledir ve yasal dayanağı, doğrusu, bulunmamaktadır. Uygulamamız onları bu bakımdan devletin temsilcisi gibi, dâva tâkip yetkisine sahip sayıyor ve hatta taraf olarak görünmelerine cevaz veriyor. Böyle olunca, her iki bakanlık aslında dâvalı olarak devlet tüzel kişiliğini temsil eder durumda bulunduğu ve hukuk gözündeki asıl sorumlu (hizmet kusurundan doğan tazminat ödeme borcunun boçlusu) devlet olduğundan, İİK m. 5 dolayısıyla adliye mahkemesinde açılacak dâvada, devleti hem asıl borçlu hem de müteselsil borçlu diye iki kez hasım göstermek abes olacağı gibi, sonuç itibariyle tek sorumlu olan devlete karşı biri adliye mahkemesinde diğeri idare mahkemesinde ayrı ayrı davalar açılması diye bir gereklilik olamaz.

Buna karşılık, Uyuşmazlık Mahkemesi kararına yol açmış dâvada olduğu gibi, Adalet Bakanlığı örgütünün mensubu olan İcra Dairesi görevlisinin hizmet kusuru yüzünden bu bakanlığın; ama o kişinin yanı sıra zarar doğurucu işlem ya da eyleme katkısı olmuş, Karayolları Genel Müdürlüğü görevlisi kişinin o katkısı yüzünden adı geçen (devlet tüzel kişiliğinden ayrı tüzel kişiliğe sahip!) genel müdürlüğün de dâva edileceği durumlarda, sorun ortaya çıkmaktadır. İkinci görevlinin fiili yüzünden kendisinin hizmet kusuru dolayısıyla sorumlu olan ikinci hizmet birimi, yâni Karayolları Genel Müdürlüğü, bu sorumluluğun gereğinin yerine getirilmesi, tazminat ödenmesi için hukuk mahkemesinde dâva edilemez; edilmesinin hiçbir dayanağı yoktur ve onun görevlisinin fiilinin İcra Dairesi görevlisinin fiiline eklenmiş olması, zarara iki fiilin birlikte yol açmış bulunması, Karayolları Genel Müdürlüğünü dahi istisnai ve münasebetsiz İİK m. 5 kuralının kapsamına sokamaz, onu adli yargıya tâbi hâle getirmez. Çünkü genel olarak, iki ayrı yargılama düzenine tâbi iki kişinin fiillerinin zararı doğururken birlikte etkide bulunmuş olması, bunları aynı yargı koluna tâbi kılmaz. Diyelim, Karayolları Genel Müdürlüğü görevlilerinin bir yol yapımı ve yarma açma çalışması sırasında patlatmak üzere taşımakta oldukları dinamiti bu görevliler, geçtikleri kasabada öğle yemeği için mola

verdikleri sırada hiçbir önlem almadan yolun kenarında bıraktılar ve karşıdaki aşçı dükkânına girdiler; A'nın vesayetine bırakılmış, tehlikeli işler yapagelen 90 yaşındaki bunak babası AB torbayı gördü, aklına estiği için bir kibrit çakıp tutuşturduğu kâğıdı torbaya attı, patlama sonucunda 2 ev yıkıldı 3 kişi öldü 5 kişi yaralandı. Zarar görenler, Genel Müdürlüğe karşı İdare Mahkemesinde açacakları tam yargı dâvasında, A'nın veya AB'nin malvarlığından tazminat almalarını mümkün kılacak bir hüküm elde etmek üzere, müteselsil sorumlu diye onları da aynı dâvada dâvalı gösterebilir mi, ya da tersine o hükmü almak için asliye hukuk mahkemesinde açacakları davada Karayolları Genel Müdürlüğünü de hasım gösterip ona karşı dahi hüküm verilmesini isteyebilirler mi? Bu sorulara olumlu yanıt verebilmeyi mümkün kılacak hiçbir yasal dayanak göremiyorum. Zarar görenler, sorumluların her birine karşı hüküm almak istiyorlarsa, sorumluları, her birinin tâbi bulunduğu yargı kolunda ayrı ayrı dâva etmelidir.

* RG 6.7.2004, No. 25 514

30.6.2004 günlü, 5209 Sa.K., TC ile Moldova Cumhuriyeti arasındaki, Adalet Bakanlıklarının işbirliği etmesine ilişkin protokolün onaylanmasını uygun bulmakta yâni onaylama için Bakanlar Kuruluna yetki vermektedir.

* RG 9.7.2004, No. 25 517

“Adli yargı hâkim ve savcı adayları ile idarî yargı hâkim adaylarının meslek öncesi hazırlık ve son dönem eğitimlerinin yaptırılmasına dair yönetmelik” yayınlandı.

* RG 10.7.2004, No. 25 518

Anayasa Mahkemesinin 3.3.2004 günlü, E. 2003/98, K. 2004/31 sayılı kararı, Avukatlık Kanunu m. 167'nin 4667 sayılı değiştirme kanunu ile içeriği belirlenmiş metninde, (avukatlık ücretinden ve masraflardan doğanlar başta olmak üzere) avukatlık sözleşmesinden ve vekalet ücretinden kaynaklanan tüm istemlerin mahkemede dâva edilemeyip yerel baro nezdinde oluşturulacak ve üç mensubundan ikisi avukatlardan olacak zorunlu hakem kuruluna götürülmesi kuralını, elbette ki, Anayasaya aykırı buldu ve oybirliğiyle iptal etti.

* RG 21.7.20043, No. 25 529

Bunda yayınlanan 14.7.2004 günlü, 5219 sayılı değiştirme yasası ile:

HUMK m. 8 bent I'deki, Sulh Hukuk-Asliye Hukuk Mahkemeleri arasında görev ayırımı çizgisini belirleyen miktar 400 milyon TL iken 5 milyar TL'na çıkarılıyor;

Tanıkla isbat yasağına ilişkin HUMK m. 288 ve 290'daki, ilişkin bulunduğı değer yönünden m. 288'deki yasağın kapsamına girme çizgisini belirleyen 40 milyon TL miktarı, 400 milyon TL'na çıkarılıyor;

HUMK m. 438 f. I'deki, Yargıtayda duruşma yapılmasıyla ilgili 800 milyon TL çizgisi 10 milyar TL'na yükseltiliyor;

HUMK m. 440 f. III bent 1'deki, Yargıtaydan karar düzeltme isteyebilme konusuyla ilgili 600 milyon TL çizgisi 6 milyar TL'na yükseltiliyor;

HUMK m. 566 f.I'deki, taksim-paydaşlığın giderilmesi istemine eklenmiş uyuşmazlıkları çözümleyebilmek konusunda Sulh Hukuk Mahkemesinin görev çizgisi 400 milyon TL'dan 5 milyar TL'na çıkarılıyor.

HUMK'a eklenen Geçici m. 1 gereğince, bu artışlar nedeniyle mahkemeler evvelce açılmış dâvalarda görevsizlik kararı vermeyecektir.

HUMK m. 175 şöyle değiştirilmiştir: “Her sene bilimum mahkemeler Ağustosun birinden Eylülün beşine kadar tâtil olunur”. Böylece, adlî tatil 11 gün kısaldı; eskiden 20 Temmuz'da başladığı.

İİK m. 88 f. IV'e şu cümleler eklendi: “Alınacak depo ve garaj ücretleri Adalet Bakanlığınca belirlenir. Bu yerlerin çalışma esas ve usulleri yönetmelikte gösterilir”.

* RG 27.7.2004, No. 25 535

“Adlî yargı hâkim ve savcı adayları ile idarî yargı hâkim adaylarının eğitimleri sonunda yapılacak yazılı sınavın usul ve esaslarına dair yönetmelik” yayımlandı.

* RG 9.9.2004, No. 25 578

“Adalet Bakanlığına Ait Depo ve Garajlarda Muhafaza Edilen Mahcuz Mallar İçin Alınacak Ücret Tarifesi Hakkında Tebliğ” yayımlandı.

* RG 2.10.2004, No. 25 601

“Yabancı Hukuk Hakkında Bilgi Edinilmesine Dair Avrupa Sözleşmesi’ne Ek Protokol”ün Ekli Beyan ile Onaylanması Hakkında Karar (Bakanlar Kurulu’nun 23.9.2004 günlü, 2004/7894 sayılı kararı) yayımlandı. Ek protokol’ün metni de aynı RG sayısında yayınlanmıştır. Bu protokol, sözleşmenin kapsamını Ceza Hukuku ve Ceza Yargılaması Hukuku alanlarına da yaymaktadır

* RG 7.10.2004 No. 25600

5235 sayılı, 26.9.2004 günlü “Adli Yargı İlk Derece Mahkemeleri ile Bölge Adliye Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yetkileri Hakkında Kanun” yayımlandı.

Bu yasa, adli yargı örgütü yasası olarak pek yetersiz, pek eksikli kalan, 8.4.1924 günlü, 469 sayılı “Mehâkim-i Şer’iyenin İlgasına ve Mehâkimin Teşkilâtına Ait Ahkâmı Muaddil Kanun”u yürürlükten kaldırarak adli yargı örgütünü kendisi düzenliyor ve örgüte, Bölge Adliye Mahkemeleri adıyla istinaf başvurusu mercii işlevinde olacak mahkemeleri ekleyip onlarla ilgili kuralların bir kısmını da getiriyor (o kuralların diğer kısmı, birazdan sözünü edeceğimiz, HUMK’u değiştiren yasa ile HUMK içine konarak getirilmektedir). Yasa 1 Nisan 2005’de yürürlüğe girecektir.

Sözü edilen yasa, 56 madde içermektedir ve beklendiği kadar ayrıntılı olmamıştır; Almanya’daki benzeri 202 maddeliktir.

Yasanın ilginç bazı özellikleri üzerinde duralım:

469 sa.K., m.1’de, “buldukları kazanın namiyle anılan... asliye mahkemeleri” demekle, bucak ve köylerde asliye mahkemesi olmayacağını açıklamış oluyordu ama, her kaza/ilçede bir asliye hukuk mahkemesi kurulur demiyordu ve Adalet Bakanlığı birçok ilçede asliye hukuk mahkemesi kurmamıştır (örneğin İzmir büyükşehir belediyesi sınırları içindeki Balçova, Narlıdere, Güzelbahçe ilçelerinde). 5235 sayılı yasa, bu konuda bir ilke getiriyor (m. 5 f. D): “Hukuk mahkemeleri, her il merkezi ile [burada bir virgül olmalıydı] *bölgelerin coğrafi durumları ve işyoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen ilçelerde* [buraya da virgül konması yerinde olurdu] Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu’nun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığı’na kurulur”.

469 sa.K.'a göre asliye (hukuk ve ceza) mahkemelerinde bir başkanla iki üye bulunacaktı (m. 1), ama Bakanlık asliye ve sulh mahkemelerini birleştirip orada tek hâkim bulundurmak yetkisine dahi sahip olduğundan (madde-i muvakkate bunu belirtiyordu) ayrı kurulmuş asliye mahkemesini de tek hâkimli olarak oluşturabiliyordu ve bilindiği gibi Bakanlık bu yetkiyi kullanarak Türkiye'nin her yerinde bütün asliye hukuk mahkemelerini tek hâkimli bırakmıştır, yalnız asliye hukuk mahkemesinin ticarî davalara bakan şubesi niteliğindeki ticaret mahkemeleri bir başkanla iki üyeden oluşturulmuştur. 5235 sayılı yasa, bu fiilî durumu yasalaştırıyor (m. 5 f. II ve III): "Sulh hukuk ve asliye hukuk mahkemeleri tek hâkimlidir./Asliye ticaret mahkemesi kurulan yerlerde bu mahkemede bir başkan ile yeteri kadar üye bulunur ve mahkeme bir başkan ve iki üye ile toplanır".

Yasa, adlî yargı örgütü konusunda birinci derece mahkemeleri yönünden var olan düzenlemeye göre herhangi bir önemsenecek değişiklik getirmiyor.

Her biri Bölge Adliye Mahkemesi adını taşıyacak olan istinaf mahkemelerinin nerelerde kurulacağı konusunda, yukarıda aktardığımız m. 5 f. I kuralına paralel bir kural getirilmiştir (m. 25 f. D): "Bölge adliye mahkemeleri, bölgelerin coğrafi durumları ve iş yoğunluğu göz önünde tutularak belirlenen yerlerde, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun olumlu görüşü alınarak Adalet Bakanlığı'na kurulur". Her bir Bölge Adliye Mahkemesi, hukuk dairelerinden (en az üç hukuk dairesinden) ve ceza dairelerinden (en az iki ceza dairesinden) oluşacaktır; daire sayısı, Bakanlığın önerisi üzerine, HSYK kararıyla arttırılıp azaltılabilecektir (m. 29).

Hukuk dairelerinin görevlerine ilişkin m. 36 şöyledir:

Bölge adliye mahkemesi hukuk dairelerinin görevleri şunlardır:

1. Adlî yargı ilk derece hukuk mahkemelerinden verilen ve kesin olmayan hüküm ve kararlara karşı yapılan başvuruları inceleyip karara bağlamak,

2. Adlî yargı ilk derece mahkemesi olarak; yargı çevresi içerisindeki adlî yargı ilk derece mahkemesi hâkimleri aleyhine Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'na göre açılan tazminat dâvalarına bakmak,

3. Yargı çevresi içerisinde bulunan adlî yargı ilk derece hukuk mahkemeleri arasındaki yetki ve görev uyuşmazlıklarını çözmek,

4. Yargı çevresindeki yetkili adlî yargı ilk derece hukuk mahkemesinin [adlî yargı deyiş gereksiz çünkü başka yargı kolunun hukuk mahkemesi yoktur] bir dâvaya bakmasına fiilî veya hukukî bir engel çıktığı veya iki mahkemenin yargı sınırları kapsamının belirlenmesinde tereddüt edildiği takdirde, o dâvanın bölge adliye mahkemesi yargı çevresi içerisinde başka bir hukuk mahkemesine nakline veya yetkili mahkemenin tâyinine karar vermek,

5. Kanunla verilen diğer görevleri yapmak.

* Yine RG 7.10.2004, No. 25 600'de yayınlanan 5236 sayılı, 26.9.2004 günlü, HUMK'da Değişiklik Yapılmasına İlişkin Kanun

Bu değişiklik yasası 23 maddelidir ama HUMK'da yaptığı değişiklikler 23'den ibaret değildir; örneğin ve özellikle, m. 15, HUMK'a "İstinaf" başlığı altında m. 426A-426U kurallarını eklemektedir. Bunlar, istinaf başvurusunun Bölge Adliye Mahkeme'sine hangi kararlar için (değeri 1 milyar TL'nı, demek ki 1 000 YTL'nı geçen davalar için istinaf yoluna başvurulabilecek) nasıl yapılacağını ve başvuru sonrasında yürütülecek işlemleri düzenleyen yeni kurallardır. Böyle olunca, HUMK'daki, temyiz başvurusunun Yargıtaya hangi kararlar için (değeri 5 milyar TL'nı, demek ki 5 000 YTL'nı geçen davalar için verilen Bölge Adliye Mahkemesi kararlarına karşı Yargıtaya temyiz başvurusu yapılabilecek) nasıl yapılacağını ve başvuru sonrasında yürütülecek işlemleri, istinaf yolunun yokluğu durumuna göre düzenlemiş olan kuralları dahi geniş ölçüde değiştirmek gerekmiştir ve 5236 sa.K., m. 16, HUMK m. 427-439 kurallarını bu amaçla değiştirmektedir.

Yasanın diğer kurallarında getirilen değişiklikler, biri dışında, fazla önemli değildir, ama m. 19'un HUMK'a yerleştirdiği Ek madde 4'de f. I, önemlidir ve şöyle demektedir:

Görev, kesin hüküm, istinaf, temyiz, Yargıtay'da duruşma, senetle ispata ve sulh hukuk mahkemelerindeki taksim dâvalarında muhakeme usulünün belirlenmesine ilişkin maddelerdeki parasal sınırlar; her takvim yılı başından geçerli olmak üzere, önceki yılda uygulanan parasal sınırların, o yıl için 213 sayılı Vergi Usul Kanunu'nun mükerrer 298. maddesi hükümleri uyarınca Maliye Bakanlığı'nca her yıl tespit ve ilân edilen yeniden değerlendirme oranında artırılması suretiyle uygulanır. Bu şekilde belirlenen sınırın on milyon lirayı [demek ki, 10 YTL'nı] aşmayan kısımları dikkate alınmaz. Bu uygulama nedeniyle mahkemelerce görevsizlik kararı verilemez.

Bu değişiklik yasası da 1.4.2005'de yürürlüğe girecektir.

* RG 12.10.2004, No. 25 611

5237 sayılı, 26.9.2004 günlü yeni TCK yayınlandı. Bunun getirdiği, Medenî Usul Hukukunu ya da İcra ve İflâs Hukuku'nu ilgilendiren değişiklikler şunlardır:

Daha önceki TCK, hileli iflâs ve taksiratlı iflâs suçlarının cezasını gösteriyor ama tanımlamasını vermek daha doğrusu suç unsurlarını (hangi vakıaların gerçekleşmesi hâlinde suçun oluşacağını) belirtmek işini İİK'na bırakıyordu ve o konu taksiratlı iflâs için İİK m. 310'da, hileli iflâs için İİK m. 311'de düzenlenmişti. Yeni TCK ise, m. 161'de hileli iflâs suçu için, m. 162'de taksiratlı iflâs suçu için, cezayı göstermekle yetinmiyor; m. 161, "hileli iflâsın varlığı için... gerekir" saydığı vakıaları dört bentte tek tek belirtiyor ve m. 162, "Taksiratlı iflâs" başlığı altında, fazlaca yuvarlak da olsa iyi kötü bir tanımlamayı kendisi veriyor: "Tacir olmanın gerekli kıldığı dikkat ve özenin gösterilmemesi dolayısıyla iflâsa sebebiyet veren kişi, iflâsa karar verilmiş olması hâlinde, iki aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır". İİK'daki, her iki suçun oluşum unsurlarını gösteren kuralların "zımnen mülga" olup olmadığı sorusu hemen akla geliyor; dergimizin bu sayısında yayınlanan o konuya ilişkin yazısında da, kürsü arkadaşım Doç. Dr. Ali Cem Budak aydınlatıyor.

Yeni TCK'da bulunan ve Medenî Usul Hukukunu yahut İcra ve İflâs Hukukunu ilgilendiren diğer kurallar arasında, ihaleye fesat karıştırmak suçuna ilişkin m. 235 (eski m. 366'daki suçun unsurlarını açık seçik belirlemeye çabılıyor ve üç aydan bir seneye kadar hapis cezasını beş yıldan oniki yıla kadar hapis buyurarak ağırlaştırıyor); hukuk mahkemesinde yalancı tanıklık etme suçuna ilişkin m. 272 bent 2 (eski m. 286'da öngörülen üç aydan üç seneye kadar hapis cezasının alt sınırını bir yıla çıkarıyor); yalan yere yemin suçuna ilişkin m. 275 (eski m. 287 altı aydan üç seneye kadar hapis cezası yerine bir yılda beş yıla kadar hapis cezası getiriyor ve eski kuraldaki eklenti cezaları yani para cezası ile kamu hizmetinde çalışmaktan geçici yoksunluk cezasını kaldırıyor); gerçeğe aykırı bilirkişi raporu vermek suçuna ilişkin m. 276 (eski m. 290, "geçen maddeler ahkâmî"nin yâni yalan tanıklığa ilişkin m. 286'nın bu suç için de uygulanacağını söylüyordu; yeni madde ise yollamada bulunmaksızın aynı cezayı yâni bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasını öngörüyor); yargı görevi yapmanı etkileme suçuna ilişkin m. 277 bulunmaktadır. Sonuncu madde hiç kuşkusuz hukuk davaları için de uygulanacaktır; ratio legis bu yorumu gerektirdikten başka, madde *sanıkların* leh veya aleyhine etkilemek yanında

bir de *davanın taraflarından birinin* leh veya aleyhine etkilemeyi öngördüğüne göre besbelli ki, hukuk dâvasındaki dâvacı veya davalının sanık sözcüğünün anlamı içinde bulunmadığını düşünerek bu nedenle onları ayrıca anmak gereğini duymuştur. Madde hukuk dâvaları için uygulanmayacak olsaydı bu eklemeye hiç gerek yoktu.

Fakültemiz dergisinin gelecek sayısında, 1.11.2004'den o sayının hazırlanmasına kadar geçen sürede RG'de yayınlanan, Medenî Usul Hukuku ve İcra-İflâs Hukuku ile ilgili yasama işlemlerini, yönetmelikleri, Anayasa Mahkemesi ve Uyuşmazlık Mahkemesi kararlarını, Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararlarını duyuracağız.

TEKNOLOJİ GELİŞTİRME BÖLGELERİ KANUNU

(Teknoparklar)

Av. Serap Zuvin

Av. Eylem Çağrı Afacan

İstanbul Barosu Avukatlarından

Teknoloji Geliştirme Bölgeleri

Uluslararası arenada rekabet edebilmenin ve ihracat artışının temel noktası sayılabilecek Teknoloji Geliştirme Bölgeleri ("Teknopark"), günümüzün bilinen ifadesiyle "silikon vadileri"nin (*Silicon Valley*) yaratılması düşüncesi sanayi-üniversite-devlet dayanışmasının en güzel örneğidir. Teknoparklar için tek ve kapsamlı bir tanım yapmak oldukça zordur. Dünyaya üzerindeki ülkelerde farklı ekonomik ve sosyal şartların olduğu vakıası, beraberinde Teknoparkların da örgütlenişleri, amaçları, sunmakta olduğu hizmetler ve idari yapılanmaları bakımından birbirinden oldukça farklı yapılarda oluşmalarına neden olmuştur.

ABD'de "araştırma parkı", İngiltere'de "bilim parkı", Fransa'da "teknopolis", Japonya'da "teknopol", Almanya'da "girişim merkezi" gibi tanımlamalar ile anılan bu merkezler ülkemizde genel olarak "TEKNO-PARK" olarak adlandırılmaktadır. Dünyadaki Teknopark örneklerinin en yaygın faaliyet konuları; enformasyon teknolojileri ve yazılım, yeni malzemeler, biyoteknoloji, yeni enerji kaynakları, nanoteknoloji ve uzay teknolojileri olmuştur.

Teknopark kavramını en önce ve en geniş şekilde uygulamaya koymuş ülke ABD'dir. Dünyadaki ilk Teknopark girişimi 1950'li yıllarda, Amerika Birleşik Devletleri'ndeki akademisyenlerin, bilgi ve Ar-Ge tecrübelerini ekonomik değer haline getirip pazara çıkmak istemeleri sonucunda ortaya çıktı. İlk Teknopark, 1952 yılında ABD'de Kuzey California'daki Stanford Üniversitesi öncülüğünde kuruldu. Silikon Vadisi adıyla tanınan bu teknopark bugün, pazar değeri yaklaşık 450 milyar dolar olan, 8, 500 firma ve 200 bin kalifiye insan gücünü 105, 000 hektar alanda barındıran ve etrafındaki belediyelere yılda 1.7 milyar dolar vergi ödeyen inanılmaz bir oluşumdur. Amerika'da Teknoparklarda her yıl yaklaşık 13, 000 adet proje hayata geçirilmektedir.

Genel bir tanımlama yapmak gerekirse, Teknoparklar; bir üniversite veya yüksek öğrenim kurumu ya da bir araştırma merkezi ile resmi ilişkiler kurmuş, içinde teknoloji kökenli firma ve işletmelerin oluşmasını özendirerek ve büyüyüp gelişmesine destek verecek biçimde tasarlanmış, yönetiminin ilgili firmalara teknoloji ve işletmecilik becerilerinin transferi konusunda etkin uğraş verdikleri girişimlerdir.

Bu tanımdan yola çıktığımızda, bir Teknoparkın kurulması için zorunlu olarak bulunması gereken unsurları şöyle sıralayabiliriz;

- Güçlü üniversite veya araştırma kuruluşlarının varlığı (teknoloji, know-how, uzmanlık, yetişmiş uzman öğrenci, güçlü laboratuvar imkânları sağlayabilecek kuruluşlar),
- Deneyimli akademisyen ve sanayicilerden oluşan etkin bir yönetim,
- Devletin ve yerel yönetimlerin katkıları,
- Teknopark kurulacak yerin üniversite, teknolojik ve sanayi potansiyeline yakın olacak şekilde seçimi,
- Finansman,
- Detaylı bir iş planı,
- Küçük ve orta ölçekli firmalara çalışma alanı sağlayabilecek altyapı,
- Teknopark kurulacak alanın, çevredeki pazarlara ulaşmada kolaylık sağlayacak ulaşım imkânları.

Türk Hukuku'nda Teknoparklar

Teknopark olgusunun 90'lı yıllarda dünyadaki gelişme trendi, bu konunun ülkemizde de yoğun olarak tartışılmasına neden olmuştur. Uzun tartışmalar ve çabalar sonucunda 26 Haziran 2001 tarihinde çıkartılan 4691 sayılı "Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu" ("Kanun") ile bu konu yasal zemine oturtulmuştur.

Kanun, Teknoparkların kuruluşunu, işleyişini, yönetim ve denetimini ve bunlarla ilgili kişi ve kuruluşların görev, yetki ve sorumluluklarını kapsar. Kanun, aynı zamanda bakanlık, Teknoloji Geliştirme Bölgesi, Ar-Ge, üretim birimleri, girişimci, yenilik, üründe yenilik, üretim yöntemlerinde yenilik, üniversite, kurucu heyet, yönetici şirket, yazılım gibi kavramlara yer vermiş ve bu kavramları detaylı olarak ayrıca tanımlamıştır.

Kanundaki "Teknopark" tanımı, yüksek ve yeni teknoloji kullanan firmaların, belirli bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsü ya da Ar-Ge kuruluşunun olanaklarından yararlanarak teknoloji veya yazılım ürettikleri/geliştirdikleri Teknoparkı ifade etmektedir. Teknoparklarda yer alan firmaların temel amacı, teknolojik bir buluşu ticari bir ürün, yöntem veya hizmet haline dönüştürmektir.

Kuruluş

Teknoparkın kuruluş amacı; sanayi-üniversite-devlet ve araştırma kuruluşları arasında işbirliğinin sağlanmasıyla ülke sanayiinin uluslararası rekabet edebilir ve ihracata yönelik bir yapıya kavuşturulmasıdır. Kanunun amacı, bu Teknoparklarda teknolojik bilgi üretmek, üründe ve üretim yöntemlerinde yenilikler yaratmak, ürün ve tasarımın kalitesini, verimliliğini artırmak, üretim maliyetlerini düşürmek için gerekli altyapıyı oluşturmaktır.

Amacın gerçekleşmesi için ayrıca teknolojik bilgiyi ticarileştirmek, teknoloji yoğun üretim ve girişimciliği desteklemek, küçük ve orta ölçekli işletmelerin yeni ve ileri teknolojilere uyumunu sağlamak, yatırım olanakları yaratmak, araştırmacı ve vasıflı kişilere iş imkânı yaratmak da gerekmektedir.

Bir diğer nokta ise, yabancı sermayenin ülkeye girişini hızlandıracak, Ar-Ge yeteneği ve geleneğine sahip uluslararası firmaların Teknoparkta Ar-Ge yapabilmeleri için gerekli düzenlemelerin yapılması gerekliliğidir.

Teknoparkın Belirlenmesi

Kanun, Teknoparkın kuruluşu ile ilgili başvuruların değerlendirilmesinin, Teknoparkın içinde veya bulunduğu ilde yer alan en az bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsü ya da kamu Ar-Ge merkez veya enstitüsü ve diğer kuruluş temsilcilerinden oluşan heyet olarak tanımlanan “Kurucu Heyet” tarafından yapılacağı belirtilmiştir.

Kurucu Heyet, Teknoparkın genel amaç ve politikaları ile kurulacak Teknoparkı belirledikten sonra hazırlayacağı bir raporla KOSGEB’e müracaat edecektir. Hazırlanan raporda genel olarak; Teknoparkın kurulması için gereken altyapı, Teknoparktaki insan gücü, hammadde imkânları, sanayiinin durumu, işletme yönetimi ile ilgili hususlar, üniversite sanayi ilişkileri ve pazar durumu, sektörel ve finansal konular yer alacaktır.

Teknopark, KOSGEB Değerlendirme Kurulu’nun (“Teknopark Kurulu”) uygun görüşü ve Sanayi ve Ticaret Bakanlığının (“Bakanlık”) teklifi üzerine Bakanlar Kurulu Kararı ile tespit edilir ve karar Resmi Gazetede yayımlanır.

Teknopark kurulması için öngörülen alanda veya Teknoparkın bulunduğu ilin sınırları içinde üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsü veya Ar-Ge merkez veya enstitüsünün bulunması ve yörede yeterli Ar-Ge ve sanayi potansiyelinin olması şartı aranır. Ar-Ge ve sanayi potansiyelinin yeterliliği konusundaki kriterler ise yönetmelik ile belirlenir.

Teknoparklarda ihtiyaç duyulacak araziler 2942 sayılı Kamulaştırma Kanunu hükümlerine göre sağlanıp, başka amaçlarla kullanılamazlar. Teknopark alanları içinde yer alan üniversite arazileri, bu üniversitelerin uygun görüp izin vermeleri durumunda, “mülkiyeti ilgili üniversitede kalmak kaydıyla” Teknoparkı kuracak Yönetici Şirkete Bakanlık tarafından tahsis edilebilir. Bu durum kamu kurum ve kuruluşlarına ait araziler için de geçerlidir.

Yönetici Şirket

Kanun, Teknoparkın yönetimi ve işletmesinden sorumlu Yönetici Şirketin kurucuları arasında, Teknoparkın içinde veya bulunduğu ilde yer alan en az bir üniversite veya yüksek teknoloji enstitüsü ya da kamu Ar-Ge merkez veya enstitüsü bulunması koşulunu getirmiş ve bununla üniversite ve diğer adı geçen kuruluşların mevcut altyapısını kullanarak, istihdam sorununu azaltmayı ve maliyetleri düşürmeyi amaçlamıştır.

Kanun, Teknoparkın yönetimi ve işletmesinden sorumlu şirketi ifade eden Yönetici Şirket'in anonim şirket olarak kurulması gerektiğini öngörmektedir. Yönetici Şirkete ayrıca odalar ve borsalar, yerel yönetimler, bankalar ve finansman kurumları, yerli ve yabancı özel hukuk tüzel kişileri, konu ile ilgili vakıf ve dernekler, ilgili kamu kuruluşları ve ihracatçı birlikleri kurucu ya da sonradan ortak olabilirler.

Nitekim, bugüne kadar Türkiye'de kurulmuş Teknoparkların Yönetici Şirket profillerine baktığımızda Kanunun öngördüğü şekilde ortaklık yapılanmaları olduğunu görebilmekteyiz. Ayrıca, yabancı özel hukuk tüzel kişileri de, 4875 sayılı Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu ve ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde sadece gerekli bilgilendirmeleri yapmak kaydıyla Yönetici Şirkete iştirak edebileceklerdir.

Yönetici Şirket, Teknoparkın amaçları doğrultusunda gerçekleştirilecek faaliyetlerle ilgili ve Teknoparkın ihtiyaç duyduğu ekonomik, sosyal ve kültürel altyapıyı yaratmak üzere gerekli bina ve tesisleri kurmak, işletmek veya kiraya vermekte serbesttir. Ancak Teknoparktaki gayrimenkullerinin satışı yapılamaz. Teknoparkta inşa edilecek yapılara ait ruhsat ve gerekli izinler ise 3194 sayılı İmar Kanununun ilgili hükümleri uyarınca Yönetici Şirket tarafından verilir ve denetlenir.

Teknoparkın kuruluş aşamasında planlama ve projelendirmenin yapılması, gerekli alt yapı ve üst yapı hizmetleri ile Teknopark için gerekli her türlü hizmetlerin yürütülmesi, Teknoparkın amaca uygun olarak yönetilmesi, Girişimcilerin ve üçüncü şahısların buna aykırı davranışlarının önlenmesi ve gerekli önlemlerin alınması, Yönetici Şirketin görevlerindedir. Amaca aykırı işlemlerin denetlenmesi ve gerekli önlemlerin alınması usulü ise mevzuatta yeterli şekilde izahtan uzaktır ki bu konu Kanunun önemli eksikliklerinden biridir. Bunun nedeni, denetimin ve gerektiğinde alınacak önlemlerin hangi yollarla sağlanacağını işaret eden ayrıntılı bir yönetmeliğin henüz mevcut olmayışdır.

Yönetici Şirketin, Teknopark ihtiyaçları doğrultusunda Girişimcilere eğitim verme, teknik ve hukuki danışmanlık, destek verilebilecek konularda bürokratik yardım, finans ve dış ticaret konularında rehberlik gibi yükümlülükleri vardır. Ayrıca Yönetici Şirket, Teknoparkta faaliyet gösteren kurum ve kuruluşlarla Girişimcilerin ortak ihtiyaçları doğrultusunda, tek başlarına sağlamalarının mali ve teknolojik açılardan mümkün olmadığı önemli ekipmanların temini, ilgili birimlerin kurulması, işletilmesi, bedeli karşılığı kullanıma sunulması, gerektiğinde bu hizmetlerle ilgili

olarak uzmanlaşmış deneyimli personel istihdamı, bu konularla ilgili kişi ve kuruluşlarla gerekli işbirliği ve koordinasyonun sağlanması faaliyetlerinde de bulunabilir. Teknoparkta yer alan Girişimcilerin, üniversite veya Ar-Ge merkez ve enstitülerinin olanak ve birikimlerinden yararlanma yönündeki taleplerinin ilgili birimlerle koordinasyon içerisinde karşılanması da gerekmektedir.

Girişimci

Girişimci tanımı, Teknoparktaki hizmet ve imkânlardan yararlanmak isteyen veya yararlanmakta olan gerçek ve tüzel kişileri ifade eder. Teknoparkın kuruluşundaki hedeflerden bir tanesi de Türkiye'deki genç girişimcilerin önünü açmak, onlara imkânlar sağlayarak ülkemizde katma değer yaratacak yeni üretimlerin yapılabilmesi için kaynak ve ortam yaratmaktır. Dolayısıyla Girişimci tanımı, sadece yatırım imkânı bulunan kurulmuş veya kurulacak şirketleri değil, yeterli altyapıya ve yenilik doğuracak fikirlere sahip, desteğe değer projeleri olan bireyleri de kapsar. Hangi projelerin değerlendirileceği Yönetici Şirket tarafından belirlenir.

Girişimcinin esas sorumluluğu, Teknopark içindeki işletmesinde Teknoparkın kuruluş amacına uygun faaliyetlerde bulunmaktır. Aksi halde aşağıda bahsedilecek denetim mekanizmalarının işleyişiyle ortaya çıkabilecek sonuçlar, Girişimci için de uygulanacaktır.

Teknoparkın Denetimi

Teknoparkın denetiminde Bakanlık, Yönetici Şirket ve Girişimci olmak üzere üçlü bir ilişki söz konusudur. Yönetici Şirket, amaca uygunluk bakımından Girişimciyi denetleyebilmekte iken, Bakanlık gerekli gördüğü takdirde her ikisi üzerinde denetim ve yaptırım haklarını haizdir.

Yönetici Şirket, Girişimcilerin de Kanunun amacına aykırı faaliyetlerini tespit ederse, kendilerini uyararak aykırı faaliyetlerini düzeltmeleri için belirli bir süre vermek ve bu süre içinde aykırı faaliyetlerini düzeltmeyen Girişimcilerin Teknoparktan ihraç edilmesini temin edecek gerekli önlemlerin alınmasını sağlamak haklarını haizdir. Yönetici Şirket, yukarıdaki durumların varlığı halinde denetleme yetkilerini kullanması için Bakanlığı devreye sokabilir.

Teknoparkın kuruluş amacına uygun olarak kullanılıp kullanılmadığının ve Teknoparktaki Yönetici Şirket ve Girişimcilerin faaliyet ve uygu-

lamalarının denetimi Bakanlık tarafından yapılır. Bakanlık, Yönetici Şirket tarafından faaliyet ve uygulamalara yönelik olarak hazırlanmış oldukları raporları inceleyerek veya gerekli gördüğü hallerde Yönetici Şirketin ve Girişimcilerin faaliyet ve uygulamalarını ilgili kurum ve kuruluşlarla işbirliği yaparak denetler.

Bakanlık mevcut Yönetici Şirkete ilişkin olarak gerektiğinde faaliyetlerinin durdurulması veya şirketin tamamen feshi kararını alabilir. Bakanlık, belirtilen amacı dışında faaliyet gösteren Yönetici Şirketi öncelikle uyarır ve belirli bir süre vererek Teknoparkın istenen amaca uygun olarak faaliyete geçirilmesini ister. Sürenin sonunda amacın gerçekleşmeyeceği anlaşılır ise Bakanlık tarafından Yönetici Şirketin faaliyetleri görevli mahkeme kararıyla durdurulabilir veya görevli mahkemeden fesih talebinde bulunulabilir. Yönetici Şirketin feshi halinde, Bakanlık, şirket ve yöneticilerin hak ve yükümlülükleri ve sorumlulukları saklı kalmak kaydıyla, Yönetici Şirkete tahsis edilmiş olan Teknoparka ait araziye ve üzerindeki taşınmazları kamulaştırıp Teknoparkın yönetimini başka bir Yönetici Şirkete verebilir. Denetim sürecinde Yönetici Şirket ve Girişimciler her türlü bilgi ve belgeyi denetim elemanına vermekle yükümlüdür.

Destek ve Muafiyetler

Teknoparkların daha etkin ve cazip hale gelebilmesi için; bazıları Kanundan doğan, bazıları ise Girişimciler ve Yönetici Şirketler arasında akdi olarak kararlaştırılan çeşitli destek ve muafiyetler söz konusudur. Öncelikli amaç Teknoparkların kurulmasını kolaylaştırmak ve yatırım yapacak şirketleri bu Teknoparklara çekmektir. Ayrıca konu ile ilgili özel kuruluşların ve Sivil Toplum Örgütlerinin de eğitim, finansman, dış ticaret ve çeşitli alanlarında Girişimci ve Yönetici Şirketlere yardımları vardır.

Avrupa Yatırım Bankası 30-40 milyon Euro'luk projelerle direkt temas kurarken daha küçük ölçekli kredi taleplerini aracı bankalar kanalıyla kabul etmektedir. Dış Ticaret Müsteşarlığı Ar-Ge ve fuar organizasyonları, çevre maliyetlerinin desteklenmesi konularında yardımda bulunmaktadır. İhracatı Geliştirme Etüd Merkezi talep edenlere gerekli eğitimleri, İhracatçı Birlikleri de ofis ve yurt dışı fuar desteği sağlar. Türk Patent Enstitüsü'nün fikri ve sınai mülkiyet haklarının korunması, patent, faydalı model belgesi ve endüstriyel tasarım tescil yardımlarını da unutmamak gerekir.

Ayrıca, 1995 yılından beri TÜBİTAK-Teknoloji İzleme ve Değerlendirme Başkanlığı ile Dış Ticaret Müsteşarlığı'nın başarılı işbirliği ile yeni bir ürün üretme veya üretimle ilgili bir teknik geliştirme amacıyla planlanan projelerle Ar-Ge yardımına başvuru yapılabilen ve desteklenmeye değer görülen projelerin Ar-Ge giderleri en fazla %50 oranında ve ilave desteklerle beraber en fazla % 60'a kadar desteklenmektedir. Destek süresi proje bazında en çok 3 yıldır. Başvuru için önkoşul, firmanın yazılım geliştirme veya Ar-Ge konularında faaliyet gösteriyor olmasıdır.

TÜBİTAK tarafından sağlanan diğer imkânlar arasında; ücretsiz günlük danışmanlık, test, analiz ve tanımlama çalışmalarında öncelik ve %30 indirim, yayın ve patent taraması için %30 indirim, patent başvurularının hazırlanması, bilimsel ve teknolojik etkinliklerin izlenmesi ve bilgilendirilmesi yer almaktadır.

Yönetici Şirkete Sağlanan Destek ve Muafiyetler

- Yönetici şirket, bu Kanunun uygulanması ile ilgili işlemlerinde her türlü vergi, resim ve harçtan muaftır.

- Teknoparkların kurulması için gerekli arazi temini, alt yapı ve idare binası inşası ile ilgili giderlerin Yönetici Şirketlerce karşılanamayan kısmı yardım amacıyla (karşılıksız olarak) Bakanlık bütçesine konulan ödenekle sınırlı olmak üzere karşılanabilir.

- Yönetici Şirket ve Girişimcilerin Teknoparktaki faaliyetlerinde kamu kurum ve kuruluşları ile yabancı kuruluşlar tarafından verilen iç ve dış kaynaklı tüm desteklerden yararlanabilirler.

- Yönetici Şirketlerin bu Kanun uygulaması kapsamında elde ettikleri kazançları 31.12.2013 tarihine kadar gelir ve kurumlar vergisinden müstesnadır.

Girişimciye Sağlanan Destek ve Muafiyetler

- Teknoparkta faaliyet gösteren gelir ve kurumlar vergisi mükelleflerinin, münhasıran bu Teknoparktaki yazılım ve Ar-Ge faaliyetlerinden elde ettikleri kazançları 31.12.2013 tarihine kadar gelir ve kurumlar vergisinden müstesnadır.

- Kanuna göre Teknoparkta faaliyette bulunan Girişimcilerin kazançlarının gelir veya kurumlar vergisinden istisna bulunduğu süre içinde

münhasıran bu Teknoparklarda ürettikleri ve sistem yönetimi, veri yönetimi, iş uygulamaları, sektörel, internet, mobil ve askeri komuta kontrol uygulama yazılımı şeklindeki teslim ve hizmetleri katma değer vergisinden müstesnadır.

- Atık su arıtma tesisi işleten Teknoparklardan, belediyelerce atık su bedeli alınmaz.

- Teknoparkta Ar-Ge faaliyetinde bulunan kişi, kurum veya kuruluşlara makbuz karşılığı sponsor olarak nakdi bağış yapan gelir ve kurumlar vergisi mükellefleri, ilgili kanunların hükümlerine göre söz konusu bağışı beyannamelerinde bildirilecek gelir ve kurum kazancından indirebilirler.

- Teknopark içinde yer alan Teknoloji Geliştirme Merkezlerinde KOSGEB tarafından desteklenen Girişimciler de Kanunun sağladığı muafiyetlerden yararlanırlar.

Teknopark Personeli ile İlgili Avantajlar

- Teknoparkta çalışan araştırmacı, yazılımcı ve Ar-Ge personelinin bu görevleri ile ilgili ücretleri 31.12.2013 tarihine kadar her türlü vergiden müstesnadır. Bu istisna hem Yönetici Şirket hem de Girişimci için geçerlidir.

- Bu Teknoparklarda ilgili mevzuat hükümleri çerçevesinde yabancı uyruklu yönetici ve vasıflı Ar-Ge personeli çalıştırılabilir.

- Kamu kurum ve kuruluşları ile üniversite personelinden Teknoparkta yer alan faaliyetlerde araştırmacı personel olarak hizmetine ihtiyaç duyulanlar, çalıştıkları kuruluşların izni ile sürekli veya yarı-zamanlı olarak çalıştırılabilirler.

- Öğretim elemanları Üniversite Yönetim Kurulunun izni ile yaptıkları araştırmaların sonuçlarını ticarileştirmek amacı ile bu Teknoparklarda şirket kurabilir, kurulu bir şirkete ortak olabilir ve/veya bu şirketlerin yönetiminde görev alabilirler.

Türkiye’de Teknoparkların Gelişimi

Türkiye’de Teknopark girişimlerinin başlangıç tarihi oldukça yenidir. Türkiye’deki ilk Teknopark çalışmaları 1980’li yılların sonunda ODTÜ bünyesinde başlamış ve 2000 yılında ODTÜ Teknokenti tamamlanmış, Türkiye’deki Silikon Vadilerinin sayısı ise bugün 15’i bulmuştur.

ODTÜ ile birlikte 90'lı yılların sonunda çalışmalarını başlatan Teknoparklar, birer birer faaliyete geçmiş, TÜBİTAK Marmara Araştırma Merkezi Teknoparkı, İstanbul Teknik Üniversitesi Arı Teknokenti ve Gebze Organize Sanayi Bölgesi Teknoparkı, sayıları gittikçe artan teknoloji Teknoparklarının en önemlileri olmuştur. Gebze Organize Sanayi Bölgesi (GOSB) Teknoparkı Türkiye'nin ilk özel ve sadece üretim odaklı teknoloji Teknoparkı iken TÜBİTAK Mam Teknoparkı ise yalnız Ar-Ge'ye dayalı ileri teknoloji alanlarında faaliyet gösteren kuruluşlara ev sahipliği yapmaktadır. Ayrıca, Türkiye'deki Teknoparkların faaliyet alanlarına baktığımızda, kurulma ve gelişim süreçlerinde daha çok yazılım sektörüne ağırlık verildiği görülmektedir.

Türkiye'deki Teknoparkların Durumu

Türkiye'de 1960lı yıllarda ilk organize sanayi bölgesini kurulduğunda Amerika'da çoktan Teknoparkların kurulduğunu ve teknoloji üretmeye başlanıldığını düşünürsek zaman yönünden arada büyük bir uçurum olduğunu ve bu zaman farkını kapatmaya yönelik çalışmalara hız verildiğinde Teknoparkların Türkiye'ye getireceği fayda ve imkânları daha net görme fırsatımız olacaktır.

Kanunun çıkması ile birçok üniversite, konunun cazibesine kapılarak bünyelerinde Teknopark kurmaya başlamışlardır. Oysa ki, Teknopark kurma işlemi; uzun zaman, sabır, kararlılık ve istikrar gerektiren bir girişimdir. Dünyadaki başarılı olmuş Teknoparklara baktığımız zaman, bunların kurulduktan çok uzun bir süre sonra (5-10 yıl) kuruluşlarında amaçlanan sonuçlara ulaşabildikleri görülmektedir. Teknoparklar, ülkenin mevcut teknik/teknolojik yapısı, Ar-Ge yapısı, finansman durumu, mevcut sanayinin durumu ve diğer gerekli olan altyapı imkânları göz önünde bulundurularak, belirli bir program dahilinde kurulmalıdır. Bu mevcut durumlara göre, ülkenin hangi Teknoparklarında, hangi amaçlara hizmet edecek, kaç tane Teknoparkın kurulması belirlenmelidir.

Dolayısıyla, Teknoparkın hangi alanda faaliyet gösteren firmalara hitap edeceği özel önem kazanmaktadır. Teknoparktaki sanayi yapılanması detaylı bir şekilde araştırılıp faaliyet alanları belirlendikten sonra, benzer konularda çalışan ve birbirlerini tamamlayıcı çözüm sunma potansiyeline sahip firmaların Teknoparka dahil olmasıyla, Teknoparkın en önemli amaçlarından biri olan teknolojik gelişim ve şirketler arası sinerji de gerçekleştirilmiş olmaktadır.

Türkiye teknoloji politikasının belirlenmesinin henüz başlangıç aşamasındadır. Dolayısıyla Teknopark projeleri de bununla ilintili olarak henüz işin başında sayılabilir. Halen faaliyete geçen bu Teknoparklardan henüz hiçbirisinin tam anlamıyla dünyadaki örnekleri gibi içinde her türlü yaşam alanlarını barındıran Teknopark veya Teknokentler statüsüne kavuştuğu söylenemez.

Ülkenin bütününe kurgulayan bir teknoloji politikasının etkin olarak uygulandığı yerler olursa, Teknokentlerin de başarılı olacağı muhakkaktır. Bunun için de Türkiye'nin sofistike, iyi düzenlenmiş, büyük bir sıklıkla dünyadaki değişimlere göre revize edilen bir teknoloji öngörüsü, politikası olması ve belirlenen bu politikaların istikrarlı olması gerekmektedir. Aksi halde 4691 sayılı Kanunun Serbest Bölgeler Kanunu gibi özellikle sağlanan vergi avantajlarını zayıflatıcı değişikliklere uğratılarak hiç de istenilmeyen bir durum yaratılması söz konusu olmamalıdır.

Teknoparkların amaçları, kuruluş esasları ve dünyadaki uygulamaları dikkate alınarak, hangi Teknoparka kaç tane ve ne amaçla Teknopark kurulacağı, detaylı çalışmalar yapılarak belirlenmelidir ki bölgesel ve ulusal kalkınma, yenilik ve istihdam sağlama, rekabet gibi önemli katkılar sağlayan Teknopark uygulamaları ülkemizde kendinden bekleneni verebilsin.

KAYNAKÇA

Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu; Kanun No. 4691; Kabul Tarihi: 26.6.2001 Resmi Gazete'de yayın tarihi: 06.07.2001.

Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Kanunu'nun Gerekçesi.

Teknoloji Geliştirme Bölgeleri Uygulama Yönetmeliği; Resmi Gazete'de yayın tarihi: 19.06.2002.

Araştırma-Geliştirme (Ar-Ge) Yardımına İlişkin Tebliğ; (Tebliğ No: 98/10) Resmi Gazete'de yayın tarihi: 04.11.1998.

Araştırma-Geliştirme (Ar-Ge) Yardımına İlişkin Tebliğde Değişiklik Yapılmasına Dair Tebliğ; (Tebliğ No: 2001/3) Resmi Gazete'de yayın tarihi: 10.02.2001.

Küçük ve Orta Ölçekli İşletmelerin Yatırımlarında Devlet Yardımları Hakkında Bakanlar Kurulu Kararı; Karar Sayısı: 2000/1822; Resmi Gazete'de yayın tarihi: 21.12.2000.

İmar Kanunu; Kanun no. 3194; Kabul Tarihi: 03.05.1985; Resmi Gazete'de yayın tarihi: 09.05.1985.

Para- Kredi ve Koordinasyon Kurulunca yayımlanan Ar-Ge Yardımına ilişkin Tebliğ (Tebliğ No. 98/10).

Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu; Kanun no. 4875; Kabul Tarihi. 05.06.2003; Resmi Gazete'de yayın tarihi: 17.06.2003.

Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu; Kanun no. 6224; Kabul Tarihi. 18/01/1954; Resmi Gazete'de yayın tarihi: 23/01/1954.

Teknoparkların Dünyadaki Durumu ve Türkiye'de Uygulanabilirliği, Mustafa Ay, Gazi Üniversitesi Fen Bilimleri Enstitüsü Yüksek Lisans Tezi, 1996 Ankara.

Üniversite-Sanayi İşbirliğinin Çağdaş Uygulama Biçimleri ve Teknopark Modeli, Mehmet Gürol, Doktora Tezi, 1993, Ankara.

www.teknokent.itu.edu.tr

www.mam.gov.tr

www.tidep.tubitak.gov.tr

www.metutech.metu.edu.tr

www.ttg.gov.tr

www.kosgeb.gov.tr

www.eib.org

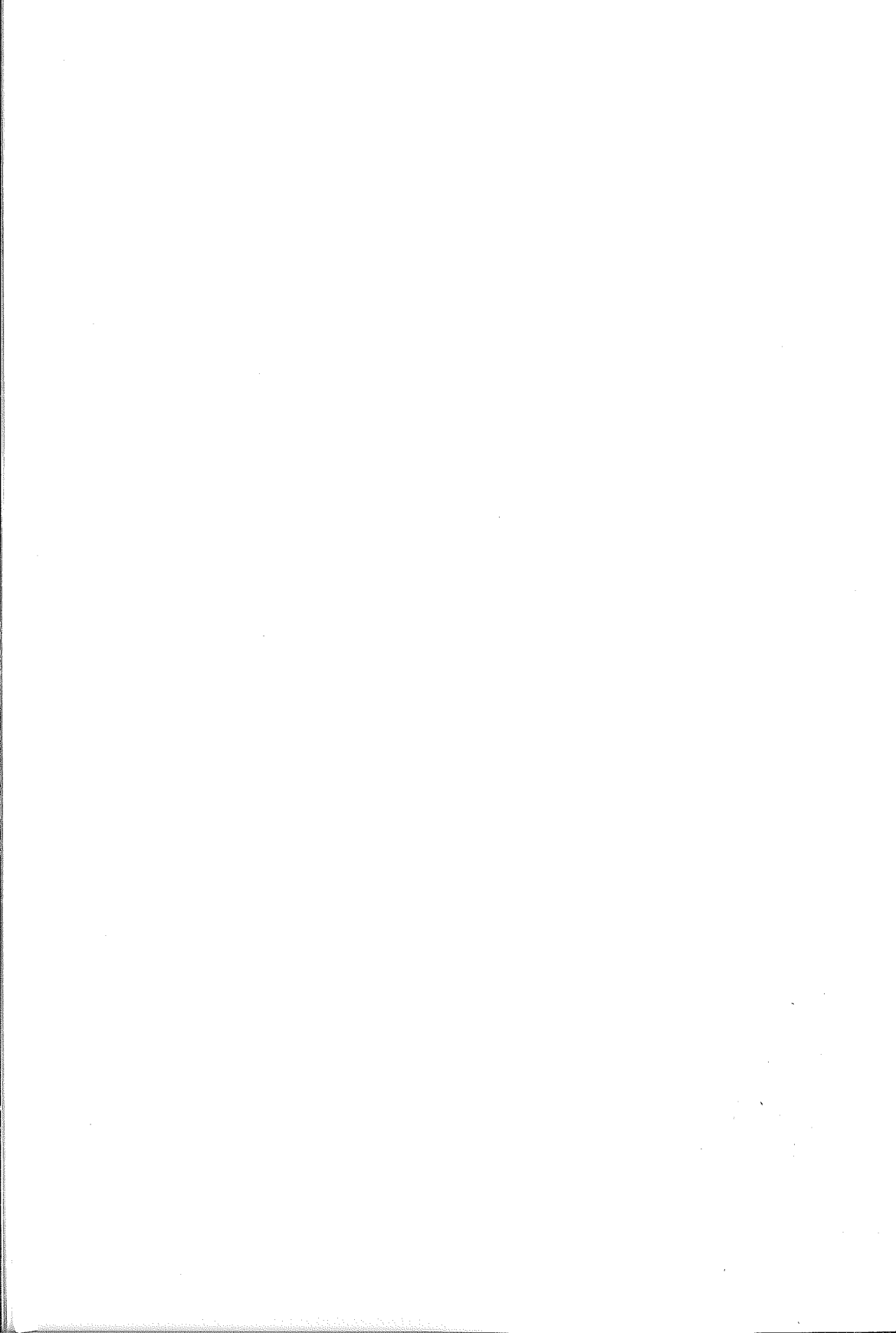
www.siliconvalley.com

Prof. Dr. Savaş Ayberk, Kocaeli Üniversitesi Teknopark A.Ş. Yönetim Kurulu Başkan Yardımcısı 12 Temmuz 2004, www.haberaliz.com

Uğur Yüksek, ODTÜ Teknokent A.Ş. Genel Müdürü 07 Mayıs 2004 www.haberaliz.com

Ahmet ÇUBUK, Marmara Teknokent A.Ş. Genel Müdürü 21 Mayıs 2004 www.haberaliz.com

ESER İNCELEMESİ



**YAVUZ ALANGOYA’NIN “MEDENÎ USUL HUKUKU
ESASLARI” KİTABININ TANITIMI VE ORADA DA
ELE ALINAN BAZI HUKUK SORUNLARI ÜZERİNE
DÜŞÜNCELER (*)**

Prof. Dr. Bilge Umar
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Medenî Usul ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı Başkanı

**I. Kitabın görünüş, dizgi ve baskı, dil, anlatım düzeni (plânı)
yönünden değerlendirilmesi**

İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Prof. Dr. İlhan E. Postacıoğlu başkanlığındaki Medenî Usul Hukuku ve İcra-İflâs Hukuku kürsüsünde geçirdiğim, akademik meslekte yetişme yıllarının (1958-1968) hemen hemen tümünde yâni benden bir yıl sonra Fakülteyi bitirdiği için asistanlığa da bir yıl daha sonra girdiğinden, benim ilk yılımın dışında o sürenin tümünde aynı kürsüde çalıştığımız, yetiştiğimiz değerli ve sevgili eski kürsü arkadaşım Prof. Dr. Yavuz Alangoya’nın, bu yazıma konu olan kitabı, öz yönünden olduğu gibi, alt başlıkta belirttiğim yönlerden de, Hukuk Fakültelerimizdeki bütün öğretim üyelerinin ders kitapları için hedef almaları gereken düzeyi fazlası ile tutturmuş bir kitaptır.

Alangoya, kitabı Üniversiteye yahut herhangi bir yayın kurumuna

(*) Bu yazı basıma verildikten sonra, incelenen eserin Prof. Dr. Kamil Yıldırım ve Prof. Dr. Nevhis Deren-Yıldırım’ın da katkılarıyla yayımlanan yeni bir baskısı çıktı: Yavuz Alangoya / Kamil Yıldırım / Nevhis Deren-Yıldırım, Medenî Usul Hukuku Esasları, 4. Bası (İstanbul: Alkım, 2004), 688 sayfa.

vermeyip kendisi bastırılmış. Masrafı aza indirip kazancı çoğaltmak ve hat-ta kazanç elde etmek diye bir hedef gözetmesine hiç gerek bulunmadığı için, basımda en iyi türden kâğıt kullandırmış ve dizgide, baskıda en yük-sek kalitenin sağlanmasını gerçekleştirmiş¹. Harf karakterinin (font), bo-yutunun (punto), satır aralığının seçiminde, metnin olabildiğince rahat okunması mümkün kılınmış. Sayfa düzenlemesi özenli ve zevkli; yalnız niçin iki yerde tek numaralı sayfaların arkasına baskı yapılmayıp oraları (s. 20, 604) boş bırakılmış, keza s.275 ve 276'da sayfanın alt yanı boş bı-rakılmış anlamadım. Kitabın, ekler ve kaynakça listesi, kavramlar göster-gesi vb. dışında yâni yalnız metin kısmı itibariyle tümü; tam 600 sayfa; bu hacim Medenî Usul Hukuku dalında hem öğrenciler için ders kitabı ola-cak hem de uygulamacıların işine yarayabilecek bir kitap ortaya konduğu; böyle olunca içtihatlarla yollama yapmakla yetinilmeyip pek çok içtihat metninden alıntıların kitaba konmuş bulunduğu; üstelik metnin 12 punto-luk, dipnotlarının 10 puntoluk harflerle dizildiği ve satır aralarının ferah tutulduğu düşünülürse, biraz eksik. Söylenen özelliklerine göre kitabın 800-900 sayfalık hacme ulaşması beklenirdi. Alangoya, hacimde bu tasar-rufu, bazı konularda sözü özetleyerek, uzatmayarak gerçekleştirmiş. Örneğin benim özel ilgi duyduğum bir konuya, vaktiyle Doçentlik tezi için seçmiş bulunduğum İsbat Yüku konusuna, kitabında yalnız 6.5 sayfa ayır-mış ve bunun da aşağı yukarı yarısı, dipnotlarında aktarılan içtihat alıntı-ları. Dâva nedir konusunda, inanması güç ama, bir tek cümle ile yetiniyor (buna birazdan değineceğim). Kendisinin özel ilgi alanı "tahkim" konusu ise, elbette, iltimaslı: s.552-600 arasında 52 sayfa.

Alangoya'nın dili çok düzgün ve akıcı. Postacioğlu hocamızın Os-manlıcaya yakın diliyle, Velidedeoğlu, Sungurbey gibi hocalarımızın arı dil düşkünlüğü arasında, benim gibi, ortalama bir yol tutturmuş, zaman zaman Osmanlıdan yâdigâr Arapça terim ve sözcükleri de kullanmaktan çekinmiyor. Ancak kendisine, artık yaşımızın kemâli buldu denebilecek-ten öteye geçtiğini ve bizim kolayca anladığımız terimleri, sözcükleri ye-ni kuşağın bilmediğini, anlamadığını hatırlatmak isterim. Dolayısıyla, Arapça sözcükleri kullanmakta daha da imsaklı olsa doğru eder kanısın-dayım. Örneğin "işlemden sonra müteakip duruşmada" diyecek yerde, "iş-

1 Yine de bir iki yerde dizgi yanlış yer alabilmiş: Örneğin, s.33 dn. 11 satır 3'de fı-
ra yerine fırka; s.168'de müteakip yerine müteakkip, s.173'de koroner arter yerine
kroner arter; s.188 sonunda Präklusion yerine Präkulision (s. 240 dn. 41'de doğrusu
yazılmış); s.209 satır 7'de "ortaklar da" yerine "ortaklarda"; s.298 dn. 3 ilk satırı so-
nunda ihsas yerine ihdas, s.523 satır 7'de İHFM yerine İHFK gibi.

lemden sonraki ilk duruşmada” dense daha doğru olurdu hatta doğrusu sâ-dece “işlemden sonraki duruşmada” diyerek Falih Rıfki Atay’ın ünlü lakonizmini (Lakonia’lı yâni Sparta’lı gibi olabildiğince az sözle ifade bulunmasını) izlesek ondan bile doğru olur. Kullandığı (bkz. s.197 satır 5) “devrî edim” terimi yerine periyodik edim yahut, daha iyisi, dönemsel edim dese uygun düşerdi (ayrıca, ben bu devrî edim terimini bu yaşımda ilk kez görüyorum; Türk Hukuk Kurumu’nun Türk Hukuk Lûgatı’nda böyle bir terim yok). Hele hele s.244’de “ayniyet neticei talebe göre taay-yün eder” derken, Postacıoğlu hocamızdan bile daha ağdalı dille konuşmuş; “davalar arasındaki özdeşlik isteme göre, istemlerin ne olduğuna bakılarak belirlenir” diyebilirdi.

Alangoya’nın üslûbu da çok düzgündür; o konuda zaman zaman kendini gösteren bir tek küçük kusuru var. Üslûbun düzgünlüğüne dikkat eden her yazar, bir sözcüğü aynı cümle içinde yahut cümlenin hemen arkasından tekrar etmemeye özen gösterirken, Alangoya bu ilkeyi birkaç yerde ya umursamamış yahut umursuyor iken dalgınlıkla “atlamış”; bu arada, s.165 ortasında iki satır içinde iki kez “meselâ” denmiş; s.166 sonunda biri diğerini izleyen iki cümleden her birinin başında “Ancak” sözcüğü yer alabilmiş; s.187 satır 3’de “aksi sistemi kabul etmiş bir sistemde” deniyor; s.196 sonuna doğru, yine birbirini izleyen iki cümleden her biri “meselâ” ile başlıyor. İfade kusuru denebilecek hâle bir tek yerde rastladım, o da aslında Yargıtayın bir ifade kusurundan kaynaklanıyor: s.256 dn. 22’deki Yargıtay kararı “İtiraz, davacının ileri sürdüğü hakkın doğumuna engel olan ya da doğmuş olan hakkı sona erdiren olaylardır” demiş ve Alangoya bu tanımlamanın etkisi ile aynı sayfada “İtiraz, bir hakkın doğumuna mâni olan veya bir hakkı sona erdiren vakıalardır” ifadesini kullanmış. Herhalde kendisi de kabul eder ki, “itiraz...vakıalardır” denemez, vakıaların kendileri itiraz değildir; tanımlama, “İtiraz, karşı tarafın öne sürdüğü hakkın doğumuna engel olan veya o hakkı sona erdiren vakıaların varlığı temeline dayanan *savunmadır*” diye verilmek gerekir.

II. Öz yönünden değerlendirme

A. Genel bakış

Alangoya, Postacıoğlu’nunki ile Kuru’nunki arasında türden bir ders kitabı ortaya koymak istemiş. Kuru, uygulamacıların yararlanmasına yönelik, çok zengin bir öğreti yapıtları (kitaplar, makaleler) kaynakçası ve yargı içtihatları taramasına dayanan, Hukuk Muhakemeleri Usulü adlı (2001

yılındaki 6. basılıştta 6 cilde ve toplam 5843 sayfaya ulaşmış) dev eserini ortaya koyunca; sadece ve sadece ders kitabı işlevini görmek üzere yazdığı, yeni basımlarını onun emekli olması sonrasında eski kürsüsünün mensupları Prof. Dr. Ramazan Arslan ile Prof. Dr. Ejder Yılmaz'ın yaptığı "Medenî Usul Hukuku Ders Kitabı"nda içtihatlardan alıntı aktarmaya hemen hemen hiç yer vermemiştir, genellikle metin içinde "Yargıtay içtihatları şu doğrultudadır" demekle ve bazan dipnotunda içtihadın tarihini, numarasını, yayımlandığı yeri belirtmekle yetinmiştir. Alangoya ise, Postacıoğlu hocamız gibi, metin içinde içtihatların dediklerini aktarmaya geniş ölçüde yer veriyor hatta Postacıoğlu'nden daha bile fazla yer veriyor. Ancak, dikkat edildiğinde görülür ki, böylece yer verdikleri genellikle son 15-20 yılın içtihatlarıdır; daha eski içtihatlar hakkında Kuru'nun büyük yapıtından bilgi edinilebileceğini düşündüğü için olmalı, onlarla yetinmiştir.

Alangoya, kitabında, elbette ki, Medenî Usul Hukukunun -öğreti yapıtlarında çeşitli görüşlerin savunulmasına vesile olan- pek çok konusuna da değinmiş, bunlar hakkında hemen hemen her zaman kendi fikrini açıkça belirtmiştir. Pek az yerde, savunulan görüşleri belirtmekle yetindiği olmuş (örneğin s.272'de, Yargıtay'ın bozma kararından sonra yeniden başlayan yargılama sırasında ıslâh yapılabilir mi yapılamaz mı konusunda). Bu da kusur sayılmaz, çünkü ben de örneğin onun s.114'de değindiği ve üstelik iki görüşten hangisini doğru bulduğunu da açıkladığı bir sorunda, yâni anonim şirket yönetim kurulu TTK m. 831 bent 2'ye dayanarak genel kurul kararının iptali için şirkete karşı (öyle ya, başka kimi hasım gösterecek, Genel Kurul'un ayrı tüzel kişiliği yok; genel kuruldaki ortakların tümünü hasım gösterip dava açmak yanlış, çünkü böyle bir dâvadaki karar şirketin kendisine karşı kesin hüküm etkisine sahip bulunmaz, HUMK 237 f. II) dava açtığında, "Aynı tüzel kişinin organları, şubeleri, birimleri birbirine karşı dava açamaz" ilkesinin çiğnenmesi nasıl açıklanmalı konusunda öne sürülmüş iki görüşten birini Alangoya yeğleyebilmiş iken, kendim o görüşü veya karşıt görüşü doğru bulmakta duraksamada kaldım.

Bu gibi tartışmalı konularda Alangoya'nın yeğlediği ve savunduğu görüş, aynı kürsüde aynı koşullar içinde aynı kaynaklardan ve özellikle Alman öğreti yapıtlarından yararlanarak yetiştiğimiz için olmalı, belki yüzde doksan, benim de savunduğum görüştür; bunların nicesinde diğer bir eski kürsü arkadaşımızın, Prof. Dr. Saim Üstündağ'ın aykırı fikrine karşı Alangoya ile aynı fikirde bulunduğumuzu gördüm (örneğin kira tesbiti davası denen davanın gerçek niteliği yönünden bir inşai dava olduğu

konusunda). Ama elbette ki, birkaç yerde, Alangoya'nın görüşüne katılmadığım da oldu.

Şimdi kitabı baştan sona tarayarak, bana göre üzerinde durulması gereken noktaları tek tek ele alalım.

B. Çeşitli sorunlara ilişkin olarak Alangoya'nın verdiği açıklamalar için notlar

1. Kitapta s.30 dn 9'da ilk cümle: "Usul Kanunlarında maddî hukuka ilişkin hiçbir hüküm yoktur". Ders kitabı yazarken üzerinde akıl yormak zorunda kaldığı binlerce konunun her biri için düşünmek durumunda olmayıp sınırlı kapsamda bir makale yazıyor olsaydı ve değindiği konu hakkında daha derin düşünseydi, Alangoya kuşkusuz usul kanunlarında bulunan maddî hukuk kurallarına örnek hatırlayacak idi. Bu örnekler arasında, başta, hem usul hukukuna hem de sorumluluk hukukuna ilişkin bulunanlar, en kolay hatırlananlar oluyor.

Gerçekten, bir kimsenin başkasına karşı şu ya da bu türden bir sorumluluk, özellikle tazminat ödeme sorumluluğu altına girmesi sonucunu öngören ve bu hukuksal sonucun doğum unsurlarını belirten kurallar, hiç ama hiç kuşkusuz, maddî hukuk kurallarıdır. Oysa gerek medenî usul hukukunda gerek bunun uzantısı olan icra-iflâs hukukunda içeriği bir yandan da böyle olan kurallarımız vardır. İhtiyatî tedbir kararı isteyen ve alıp uygulatan kimsenin, dâvada haksız çıkması hâlinde (dâva açarken ve ihtiyatî tedbir isterken kendini haklı sayması için en sağlam ve yerinde nedenler bulunsa bile, yâni yaptığı işte kusuru bulunmasa bile) diğer tarafın o ihtiyatî tedbir yüzünde uğrayacağı zarar için ödeyeceği tazminatı karşılayacak teminatı yatırmak zorunda bulunduğunu belirten ve böylece, sanki belli etmeden, bir kusursuz sorumluluk durumunu düzenleyen HUMK m. 110 bu türün en tipik örneğidir (böyle olduğu, Alangoya'nın kitabında s.409 satır 6-7'de de belirtiliyor). Keza, İİK m. 21, icra takipleri hukukunun bir konusu olarak icra tebliğlerine ilişkin özel kural getirirken, f. II'de, adres değişikliği kendisine bildirildiği halde eski adrese tabligat yaptırarak tâkip tarafının diğerine karşı tazminat ve ayrıca % 15 ek tazminat ödeme yükümlülüğünü öngörmekle, yine aynı türde bir içerik göstermektedir.

Konu üzerinde düşünmeyi sürdürürsek, medenî usul hukuku ya da icra takipleri hukuku için bir kural getirirken aynı zamanda maddî hukuk bakımından bir hak yaratır veya öyle bir hakkı düşürür ya da değiştirir an-

lamda hukuksal sonuç dahi düzenleyen kurallarımıza başka bir hayli örnek daha bulacağımızdan kuşku yok; daha bunu yazarken, İİK 277-284'deki iptal dâvasının, semeresiz kalmış icra takibi alacaklısı lehine, borçlunun belli bazı hukuksal fiillerinden yararlanmış üçüncü kişiye karşı "aslında borçluya düşen sorumluluğu ona da bulaştırabilme" içeriğinde bir hakkı, dolayısıyla o kişinin takip alacaklısına karşı sorumlu olabilmesinin koşullarını ve kapsamını da düzenlediği aklıma geldi. Ardından, İİK m. 143 f. IV'deki, "Aciz vesikasında yazılı alacak miktarı için faiz istenemez" kuralı aklıma geldi; görüldüğü üzere, bu kural gereğince, aciz belgesinin düzenlenmesi, faizle ilgili maddî hukuk sonucu da doğuruyor; artık o alacak için faiz işlemiyor ve istenemiyor.

2. Kitapta s.31 sonu. Burada, bir medenî usul hukuku kuralının buyurucu kural olup olmadığını anlamamıza olanak verecek ölçütlerden söz edilirken, en başta, "Kanun sarîh olarak mahkemenin re'sen nazara alacağını belirtmiş olabilir" deniyor. Yâni, yasa belli bir kuralı hâkimin re'sen göz önüne alacağını söylemişse o kural buyurucu kuraldır görüşü belirtiliyor. Bunun doğruluğundan kuşkuluyum. *Hepimizin bildiği gibi, bir yedek kural, aksi kararlaştırılmış değilse, buyurucu kuralla aynı değerdedir; hâkim, HUMK m. 76'daki genel ilke gereğince böyle bir kuralın dahi varlığını re'sen gözetmek ve onu uygulamak zorundadır.* Diğer söyleyişle, hâkimin bir usul hukuku kuralını re'sen uygulaması gereğinin varlığı bakımından ne kuralın buyurucu kural kategorisine girmesi gerekir ne de yasada onun re'sen uygulanacağına ilişkin ayrı ve açık bir kuralın bulunması gerekir diye düşünüyorum. Demek ki, re'sen uygulanabilir olmak niteliğini yalnızca buyurucu kurallara hasretmek, onlara özgü saymak, doğru olmaz.

3. Kitapta s.32 başı. Burada şöyle denmekte: "Sâdece tarafların menfaatine ilişkin olan konularda, kamunun menfaatinin söz konusu olmadığı hususları düzenleyen kurallar değiştirilebilir, diğer deyişle feragat edilebilir kurallardır, HUMK 82".

HUMK m. 82'nin, kamu çıkarının söz konusu olmadığı konuları düzenleyen kuralların aksini kararlaştırabilmek yahut onların uygulanmamasını isteyebilmek için, veya yaptığı usul işlemiyle böyle bir kuralı çiğnediğini gören hâkimin kendi işleminden dönmesine engel olabilmek için, taraflara toptan yetki vermek amacı güttüğünü sanmıyorum. Çünkü unutmayalım ki medenî usul (Zivilprozess), bütün yargılama süreçleri gibi, devletin bir işlevidir ve devletin bu işlevi nasıl yürüteceğini belirleyen, devletçe konmuş kuralların aksine düzenlemeler yapmaya tarafların yetkili olmama-

sı temel ilkedir. Tarafların bu süreci belirleyici olacak anlaşmalarının veya istek açıklamalarının hâkimi bağlayabilmesi ancak ve ancak yasanın izin verdiği istisnâî durumlarda, böyle bir istisnayı öngören özel kurallar sayesinde mümkün olabilir (bu konuya birazdan yine değinmemiz gerekecek, bkz. ileride No. 24). *Böyle olunca, "Her ne kadar yargılama süreci devletin yürüttüğü bir işlemler dizisi ise de, kamu yararının söz konusu olmadığı konular bakımından dâva tarafı kişinin veya kişilerin iradesi, bu sürecin nasıl yürütüleceği konusundaki isteği, hâkimi bağlar" diyebilmenin ve HUMK m. 82'yi böyle yorumlayabilmenin kanımca olanağı yoktur.*

4. Kitapta s.33 dn. 11'deki görüşe aynen katılıyorum. Orada şöyle deniyor:

Kuru/Yılmaz/Arslan, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu ve İlgili Mevzuat isimli kitaplarında (bkz. meselâ 1994 basısına) 438. maddenin 7. fıkrasındaki birinci "ve" kelimesinin "veya" şeklinde anlaşılması gerektiğini yazıyorlar. Kanaatimce bu yorum yanlıştır. Böyle bir yorum kabul edilirse, "kanunun olaya uygulanmasında hatâ edilmiş" olan bütün hallerde tâdilen tasdik mümkün olur ki böyle bir sonucun kabulüne imkân yoktur.

Yargıtay özel dairelerinin "hükmü değiştirerek ve düzelterek onama" yetkisine dayanarak yaptığı işlem aslında mahkemenin yerine geçip esası hükme bağlamak içeriğindedir ki bu yola gidilmesi mahkemenin ısrar hükmü verme yetkisini çiğnemekte hatta yok etmektedir; oysa "Kanun yanlış yorumlanmış ama yeni tahkikat işlemine gerek yok" diyerek bu yetkiyi kullanan Yargıtay dairesinin kanun yanlış yorumlanmış derken benimsediği kanun yorumunun kendisi yanlış da olabilir; bu konuda hükme varmanın yeri, Hukuk Genel Kurulu olmak gerekirken onun yetkisi de, deyim ağır olacak ama, doğrusu gasbedilmiş olmaktadır. Bu gerekçe ile, HUMK m. 438 f. VII kuralının kaldırılması daha doğru olacak kanısındayım.

5. Kitapta s.42'de şöyle deniyor:

Hâkimin temyiz kudretine sahip bulunmaması, diplomasının sahte olması gibi hallerde kanunun amacı dikkate alınarak, yine tadadî olarak sayılan (öyle mi? -Umar)² yargılamanın iadesi sebeplerinin bu bakımdan bir boşluk ihtiva ettiği kabul edilerek, yargılamanın iadesi yoluna başvurulabilmelidir (Aksi fikir Postacioğlu s.78 dn. 45).

2 Herhalde burada "tahdidî" yerine dalgınlıkla tadadî yazıldı (s. 333 satır 4'de de öyle yapılmış); Alangoya s.522 d. 5'de aktarılan HGK kararı daha ilk satırında "Yargılamanın iadesi nedenleri HUMK 445. maddesinde sınırlı bir biçimde belirlenmiş olup..." diyor.

Bu görüşün doğruluğundan pek kuşkuluyum. Yargılamanın yenilenbilmesi istemine dayanak olabilecek nedenlerin sınırlı olması bir yana; temyiz kudretini örneğin hüküm vermeden bir gün önce geçirdiği bir kazada beyninin zedelenmesi yüzünden yitirmiş, kendini İstiklâl Mahkemesi yargıç Kel Ali sanan ve Halit Paşa'nın dirilip öç almak üzere kendini öldüreceği saplantısına kapılmış, şizofreniye tutulmuş bir yargıcın verdiği karar, hiçbir usul hukuku veya maddi hukuk kuralını çiğnemiyor olabilir; hatta, temyiz edilmiş ama Yargıtayca onanmış da olabilir. Temyiz kudreti bulunan bir yargıcın verdiği ama *yürürlükteki yasaya kesinlikle aykırı olduğu halde kesinleşebilmiş* bir karara karşı, hükmün iptali davası diye bir dava tanımayan hukuk sistemimizde, biraz önce söylenen türden kararlara karşı da bir iptal davası imkânı tanınmaz, yargılamanın yenilenmesi yolu açılmaz. Yanlış ve haksız bir deli hakim kararının yahut akıllı hakim kararının iptal edilememesi, onun verdiği zararın devlete tazmin de ettirilememesi çözümünün hukukumuzda geçerli olması yerinde midir, o ayrı bir tartışma konusudur.

Hele, hukuk diploması sahte olduğu halde devletçe hakimlik görevine atanmış bir kimsenin hâkim sıfatıyla verdiği hükümlere karşı sırf bu hal nedeniyle iadei muhakeme istenebilmesi daha da mantık tırmalayıcıdır. Bu kimse, idare hukukuna göre, hakim atama işleminin yapılabilmesi koşullarında bir eksiklik varken buna rağmen hakim atanmışsa, yine de hâkimdir ve verdiği hüküm, hâkimin hükmüdür. Hele hele, verdiği hükümde yasalara aykırılık yoksa o hükmü yargılamanın yenilenmesiyle iptal edilebilir saymak büsbütün hukuka aykırı düşer.

6. Kitapta s.68 dn. 8'de ve s.204 başında savunulan, kira tesbiti davası denen davalar aslında tesbit davası değil inşâî dâvadır görüşüne öteden beri katıldığımı yukarıda da belirtmiştim.

7. Kitapta s.74 ortasında savunulan, “davanın dâvacı tarafından hasmının rızası ile ve dolayısıyla HUMK m. 185'e göre geçerli sonuç doğuracak yolda geri alınması ile, dâvanın yenilemeye kalıp yenilenmemesi üzerine HUMK m. 409 gereğince hiç açılmamış sayılması arasında nitelik farkı, hüküm farkı yoktur” görüşüne aynen katılıyorum. Keza, bu konuyla ilgili olarak aynı sayfada dn. 15'de savunulan, bu hallerde vaktiyle dava açılması üzerine gerçekleşen, zamanaşımının kesilmesi sonucu ortadan kalkmış olur, hasmın muvafakatiyle davayı geri alma durumunda dahi hal böyledir görüşü de doğrudur; Üstündağ'ın savunduğu “Bu halde zamanaşımı kesilmiş kalır” görüşünün hukuksal dayanağı yoktur.

8. Kitapta s.85-87'de, s.92 satır 3-9'da ve s.101 dn. 15'deki Yargıtay kararlarında savunulan görüşe de aynen katılıyorum. HUMK m. 21'de haksız fiilin birden fazla sorumlusuna karşı haksız fiilin işlendiği yerde dava açılabilmesine olanak verilmesi, haksız fiilden zarara uğrayan kişinin HUMK m. 9 gereğince ikametgâh mahkemesinde dava açma yetkisini ortadan kaldıramaz.

9. Keza, s.94 ortasında savunulan, "Bazı Yargıtay kararlarında varılan sonucun aksine, boşanma davalarında yetkili mahkeme olmak üzere ikili seçenek tanıyan kural kesin yetki kurallarındandır; o kuralda gösterilenlerin dışında bir yer mahkemesinde dava açılırsa yetkisizlik ilk itirazı öne sürülmediği takdirde mahkeme re'sen yetkisizlik kararı veremez görüşü yanlıştır" açıklamasına da aynen katılıyorum.

10. Kitapta s.94 dn. 10'daki, değerli hocamız Prof. Dr. Kuru'nun kabul ettiği (öğrenci bir yana akademisyenlerin dahi kafasını karıştıran) "kamu düzenine ilişkin fakat kesin olmayan yetki kuralları" kategorisinin varlığını kabul etmeyen ve Kuru hocamızın öyle adlandırdığı kuralların gerçekte kesin yetkili seçimlik iki mahkemeyi kabul eden kurallar olduğunun ifade edilmesini doğru, yeterli bulan görüşe katılıyorum.

11. Kitapta s.96 ortasında, HUMK m. 10'un sözleşmeden doğan davalar için sözleşmenin ifa yeri mahkemesini de yetkili mahkeme sayarken, davacının lehine olan edimin ifa edileceği yer mahkemesini kasdettiğinin vurgulanması, yerinde ve yararlı olmuştur.

12. Kitapta s.98-99'da incelenen HUMK m. 15 kuralının, yâni taraf vekillerinin müvekkile karşı açacakları ücret ve/veya masraf ödetme davasında yetkili mahkemeyi gösteren kuralın, 1969 yılında çıkarılmış 1136 sayılı Avukatlık Kanunu m. 167'de 2.5.2001 günlü ve 4667 sayılı kanun ile yapılan değişiklikten sonra artık bu gibi davaların Baro nezdinde oluşturulan hakem kurulunda açılacağı hükmünün kabul edilmesi üzerine değeri kalmamıştır. Alangoya kitabın yeni basımında herhalde bu değişikliği kitaba yansıtacaktır. Buradaki tahkim, sözleşmeden değil yasadaki kaynaklandığı için mahkemede dâva açılması hâlinde re'sen görevsizlik kararı verileceğinden kuşku duymamak gerekir kanısındayım.*

13. Kitapta s.108 dn. 21'de, Yargıtayın yerleşmiş görüşünün tersine, yasa gereğince yetkili sayılmış olan mahkemede yahut mahkemelerden bi-

(*) Söz konusu m.167 kuralı, yazımız basımevinde iken Anayasa Mahkemesince iptal edildi.

rinde davanın açılmıyacağı, diğer bir belli mahkemeye başvurulmasının gerekeceği yolundaki yetki sözleşmelerinin geçersiz olmadığı savunuluyor ve deniyor ki, bu çözüme gerekçe olarak öyle sözleşmelerin belli bir mahkemeye güvensizlik ifade etmek anlamına geldiği söyleniyor; oysa kanun tahkim müessesesiyle adliye yargısına gidilmeyip birtakım kişilerin yargı işlevi yürütmesine bile olanak tanımıştır yâni tahkim sözleşmesi adliyeye güven göstermemek anlamına gelir buna cevaz verilmesin dememiştir; bu durumda, yetki engelleyici yetki sözleşmelerinin de cevazını kabul etmek tutarlı olur. Oysa, Yargıtayın ve öğretide bildiğime göre Alangoya dışında herkesin benimsediği çözüm için HUMK m. 22 metninde de bir dayanak vardır. Bu madde yalnızca tarafların yetkisiz bir yer mahkemesini de yetkili kılacak sözleşmeleri yapmasına izin vermektedir; yetki kaldırıcı sözleşme yapılmasına cevaz veren bir ifadesi yoktur. Kanunun açıkça cevaz verdiği kapsamın dışında, taraflar, yargılama usulünü etkileyecek ve hâkimi bağlayacak sözleşme yapamazlar; bu konuya biraz sonra yine değineceğiz (bkz. No. 24).

14. Kitapta s.148'de "Ancak, kendisine genel dâva vekâletnamesi verilmiş vekil, müvekkilinin rızası olmaksızın dâva açamıyacağı gibi müvekkiline karşı açılmış dâvaları tâkibe de zorlanamaz, bu sebeple de dâva dilekçesinin tebligatı ona yapılamaz" denmiş. Bu söz, Bâki Kuru hocamızın da Medenî Usul Hukuku ders kitabında buna benzer bir ifade bulunmasından dolayı³ bilinç altına girip Alangoya'nın kitabına yazılmış olsa gerek. Gerçekten, genel vekâlet almış avukat, müvekkiline karşı açılan davanın dilekçesi kendisine tebliğ edilmek istendiğinde, o dâvayı kendisinin takip edeceği yolunda müvekkilinden talimat almamış olduğu veya talimat almış bile olsa (kararlaştırılan ücretin peşin kısmının ödenmemiş bulunması gibi bir nedenle) kendisi bu dâvada onu temsil etmek istemediği için, tebligatı almayabilir; davayı tâkibe veya hatta sâdece tebligatı almaya zorlanamıyacağı doğrudur; ama *tebligat ona yapılamaz* denmesi doğru değildir çünkü kendisi uygun görürse tebliğ zarfını almaya hiç kuşkusuz yetkilidir ve birçok somut olayda, işi boş yere uzatmamak için, almayı tercih etmesi beklenir, hatta almayınca ve aynı tebliğ müvekkiline gidince bir olasılıkla müvekkilinden azar işitecektir.

3 2002'de yapılmış 14. bsl.'da s.347 satır 8-12: "Dâva açılırken dâvalının (o dâvada) vekilinin kim olacağı bilinemeyeceğinden, dâva dilekçesinde dâvalı vekilinin isim ve adresinin yazılmasına *olanak* ve gerek yoktur. Dâvalının bir genel (umumî) vekili olsa bile, dâva dilekçesine genel vekilin isim ve adresi yazılarak, dâva dilekçesi bu genel vekile tebliğ *edilemez*".

15. Kitapta s.149 dn. 7'de eleştirilmeksizin aktarılan 1. HD kararında belirtilen görüşü doğru bulmuyorum. O karara göre, "Eğer vekil vekâletnâmeye dayalı temsil yetkisini kasden vekâlet verenin zararına ya da iş ve elbirliği yaptığı saptanan başka birinin yararına kullandığı takdirde, yapılan işlem temsil yetkisinin sınırları içinde kalmış olsa bile, vekâlet vereni (temsil olunanı) bağlamaz".

Vekil, temsil yetkisinin sınırı içinde bulunan bir işi yapmaması için müvekkilden talimat almışsa ve buna rağmen, o talimatı bilen, dolayısıyla o somut iş bakımından *yetkisiz kılındığını* bilen bir üçüncü şahısla yasaklanmış işlemi yaparsa işlem müvekkili bağlamaz. Buna karşılık, *o somut işi yapmaktan yetkisizlendirilmiş olmak durumu bulunmaksızın*, sırf talimata aykırı olarak işlem yapmak yahut (verilen bir talimat bulunmasa bile) kendi müvekkiline zarar verici içerikle o somut işlemi yapması olgusu, ancak kendisinin vekil sıfatiyle göstermek zorunda bulunduğu özeni göstermemesi yüzünden müvekkiline karşı sorumluluğunu gerektirir, yoksa işlemin müvekkili bağlamayan bir total işlem olmasına yol açamaz. Gerçekten, vekilin göstermek zorunda bulunduğu özeni göstermemesinin sonucu, genel olarak, böyledir, yoksa yapılan işlemin kesin butlanla veya müvekkili bağlamayan total işlem kalmakla sakatlanması değil.

Temsil kudretine yapılan takyidler ile temsil edilen kimse tarafından vekâletin sureti istimaline dair mümessile verilen talimatı karıştırmamak lâzımdır... Talimat mümessilin hukukî temsil kudretini takyid etmeyip, kendisine bir vazife tahmil eder. Vekilin temsil kudreti hududu dairesinde -ve fakat alınan talimata riayet etmeksizin- yapılan bir akit, temsil edilen kimseyi ilzam eder, bununla beraber temsil edilen kimse vekâlet akdine muhalif surette hareket eden mümessilden zarar ve ziyan isteyebilir (von Tuhr, Edege çevirisi, § 42 IV 3, 1952 basımında c. I s.347).

Ancak, vekilin akitten doğan özen gösterme borcunu çiğnemesinin karşı tarafla işbirliği edilerek, örneğin ondan çıkar sağlanarak yapılması hâlinde, yapılmış işlemin müvekkili bağladığını karşı tarafın ileri sürebilmesine hakkın kötüye kullanılması yasağı engel olacaktır ve Yargıtaym kararı bu faraziye için, sonuç yönünden, doğrudur:

Fakat üçüncü şahıs sadakatsiz mümessil ile uyuşarak vekâletin suiistimâlinden istifade ettiği ve temsil edilen kimse için zararlı bir akit yapmak suretile kasden onun zararına sebebiyet verdiği takdirde hüküm başka türdür. Bu gibi hallerde -yâni temsil edilen kimseyi aldatmak için mümessil ile üçüncü şahıs arasında sözbirliği ve sania bulunması hâlinde- yapılan akit vekâletin hudutlarını tecavüz etmemiş olsa bile, temsil edilen kimseyi ilzam etmez. Bu hüküm kıyas yolu ile kabili tatbik olan MK

m. 2'den istidlâl olunur (von Tuhr, aynı yer; Edege çevirisi 1952 basımında c. I s.347-348).

16. Kitapta s.166 başında, “Taraflar doğruluk ödevi gereği aleyhlerine olanlar dahil maddî vakıaları bildirmek zorundadırlar, bkz. m. 230/I” açıklamasından sonra (bu kanımca pek doğru değil, konuya birazdan değineceğim) çok yerinde olarak, Alangoya'nın doğruluk ödevi diye dilimize çevirdiği Wahrheitspflicht⁴ neyi gerektirir, bunu açık seçik belirtiyor: “Doğruluk ödevi sübjektif nitelikte kabul edilmeli yâni tarafın doğru olmadığını bildiği vakıalar ve delilleri dermeyan etmemesi şeklinde anlaşılmalıdır. Baskın görüşe göre doğruluk ödevinin rolü şuurlu yalanı önlemektir”.

Burada söze başlanırken “Taraflar doğruluk ödevi gereği aleyhlerine olanlar dâhil maddî vakıaları bildirmek zorundadır” denmesini ve bir de bunu belirtiyormuş gibi HUMK m. 230 f.I'e yollama yapılmasını pek doğru bulmadığımı söylemişim. Bir kez, bu ifade, taraflar için sınırsız bir “maddî vakıa bildirmek” yükümlülüğü varmış gibi izlenim doğuruyor. Oysa tarafların her biri, sınırlı bir “iddia yükü” (Behauptungslast) taşır ve bu yükün kapsamı, isbat yükünün kapsamı ile tıpatıp çakışır⁵. Şöyle diyelim: Taraflardan her biri, hangi vakıalar için isbat yükünü taşıyorsa, öncelikle, o vakıalar için iddiada bulunmuş olma yükünü taşır, onları iddia etmiş olması gerekir (bkz. HUMK m. 75). Bu kapsamın dışında kalan bir vakıayı iddia etmesi, öne sürmesi, bildirmesi gerekmez. Örneğin ve özellikle, dâvacı için, hasmın henüz öne sürmüş olmadığı ve belki de hiç öne sürmeyeceği muhtemel savunma temeli bir vakıa iddiası ile ilgili olarak beyanda, açıklamada bulunmak, bilgi vermek gerekliliği yoktur. Hangi vakıa iddialarının öne sürülmesi ve isbat edilmesi gerektiği, HUMK m. 238'den de anlaşılır: Yalnız dâvanın hükme bağlanması için saptanması gereken vakıaların (maddedeki deyişle, davanın halline tesir edebilecek hususların) iddia edilmesine ve saptanmasına ihtiyaç vardır. Diğer yandan, HUMK m. 230 f. I, yargıcın taraflardan sözlü bilgi alma öncesinde onlara gerçeği söylemeleri konusunda uyarı yapıp öğüt verebileceğini söylüyor. “Vesaya”nın (1. Tavsiyeler; 2. Vasiyetler) buradaki anlamı budur. Kaynak yasa kuralı, m. 204 f. I'de “Elle [la partie – Umar] est d'abord exhortée à

4 Buna, gerçeği söyleme yükümlülüğü dense çok daha doğru olur ve zaten Alangoya'nın andığı Tercan, makalesinde öyle yapmış. Çünkü doğruluk (MK m. 2 f. I'de, dürüstlük) deyişi objektif iyiniyet için de kullanılıyor, oysa şimdi üzerinde durduğumuz yükümlülüğün, doğruluk/dürüstlük gereklerine uymak yükümlülüğü ile ilgisi ancak dolaylıdır.

5 Bkz. Umar/Yılmaz, İsbat Yükü, İstanbul 1980, s.17.

dire la verité" diyordu: "Taraf, önce, gerçeği söylemeye teşvik ve dâvet edilir" (exhorter, bir kimseyi bir şey yapmaya teşvikle dâvet etmek demektir). Görülüyor ki maddemiz, *tarafaların gerçeği söylemeleri yükümlülüğünün varlığını* ifade edebilmekte değildir.

17. Kitapta s.167 ortasında, "Usulî işlemlerin *kanunda öngörülen şekle uygun yapılmamalarının* müeyyidesini m. 82 düzenlemiştir" deniyor. Oysa HUMK m. 82 okununca görülür ki oradaki kural sadece usulî işlemlerin kanunda öngörülen şekle uygun yapılmamasının müeyyidesini değil; "esaslı olan" veya "esaslı olmayan" merasime riayet edilmeyerek usulî işlem yapılmasının; daha düzgün anlatımla, kamusal yararları sağlamaya yahut da usul hukukunun hedeflediği amacı gerçekleştirmeğe yönelik olan (bkz. maddede f. II) usul hukuku kuralları çiğnenerek usulî işlem yapılmasının müeyyidesini (bu, f. I'nin konusudur) ve bir de, o nitelikte olmayan usul hukuku kurallarının çiğnenmesiyle usulî işlem yapılmasının müeyyidesini (bu da f. III'ün konusudur) gösteriyor. Dolayısıyla, şekil kurallarının çiğnenmesi dışında kalan usul hukuku kuralı ihlâlleriyle usulî işlem yapılması da hiç kuşkusuz maddenin kapsamı içindedir. Örneğin, hâkim taraflardan birine bir işlemi yapması için kesin süre vermiş iken ve taraf o süreye uymazsa yeni süre verilememesi HUMK m. 163'ün gereği iken hâkim bu kuralı çiğneyerek yeni bir ara kararı ile aynı tarafa yeniden süre vermiş ise, herhangi bir şekil kuralı çiğnenmemiştir ama elbette ki "muamelei usuliyenin istihdaf ettiği maksadı temin mülâhazasıyla vaz olunan" (usul hukukunun hedeflediği amacı gerçekleştirmeye yönelik olan) bir kural çiğnenmiş bulunmaktadır; bu hâl de m. 82 f. I kapsamına girmektedir.

Diğer yandan, usul hukuku kurallarının çiğnenmesiyle bir usulî işlem yapılmasının müeyyidesi konusunda m. 82'nin yetersiz ve karışık ifadesini anlamlandırmaya çalışırken, HUMK m. 428 f. II'yi de göz önünde tutmak, paralellik kurmak yerinde olurdu. Çünkü bu ikinci kural, *kamu yararını gerçekleştirmeye yönelik bir usul hukuku kuralının çiğnenmesiyle bir usulî işlem yapılması faraziyesinde bile* o işlemin iptal edilebilmesi için iptalde çıkarı bulunan tarafın iptal talebinde bulunmasını hem de dâvada yeni işlem yapmadan önce bu talebi öne sürmesini arar görünen m. 82 f. I aksine, Yargıtayın bu usul hukuku çiğnenmesi nedeniyle re'sen (bkz. m. 439 f. II) hükmü bozması için, işlemin iptalinde çıkarı bulunan tarafın talebini hiç mi hiç aranmamaktadır. Gerçekten, m. 428 f. II sisteminde, mahkemenin *resen göz önünde tutması gereken bir usul hukuku kuralını çiğneyerek işlem yapmış olması ve bu hâlin hükmü etkilemiş bu-*

lunması, hükmün bozulması için yeter. Ancak mahkemenin re'sen gözetmesi gerekmeyen ve taraf talebiyle uygulanan bir usul hukuku gerekliliği çiğnenmişse, örneğin (hakem sözleşmesi varken bunun bildirilmemesi ve açılmış davanın reddinin davalı tarafından istenilmemesi halinde hâkim resen sözleşmeden bahsederek davanın reddine gidemeyeceği [Alango-ya'nın görüşü budur, ileride göreceğiz] halde) gereken yapılarak hakem sözleşmesi mahkemeye bildirilmiş, açılan davanın reddi istenmiş iken hâkim (hakem sözleşmesini batıl saymak ve bunun gerekçesini göstermek gibi bir yola gitmeden) itirazı umursamayarak dâvayı görmüş, hüküm vermiş ise; yahut, haklı bir "hâkimin reddi" işleminde bulunan tarafın bu işlemi ve istemi umursanmayarak hâkim dâvayı görmeyi sürdürmüş, hükme bağlamış ise; işte ancak o zaman, *itirazın nazara alınmaması* bozmaya neden ve temel olabilecektir.

18. Kitapta s.171 dn. 13'de eleştirilmeksizin aktarılmış olan 6. HD kararında verilen çözüme akıl erdirebilmiş değilim. Bu kararda "Mahkemenin 13.3.1999 günlü celsesinde her ne kadar taraflara delil ve belgelerini ibraz etmeleri için 10 gün kesin süre verilmiş ise de, bu mehil yargılamanın süratle yapılması amacına uygun olarak verildiği takdirde hüküm ifade eder. 23.3.1999 tarihli celsede kesin mehil veren mahkeme⁶ duruşmayı 6.5.1999 gününe ertelemiştir. Oysa ki duruşma gününe kadar verilen süre içerisinde delillerin listesinin verilmesi ve ona ait belgelerin ibraz edilmesi dışında herhangi bir işlem yapılacağına ilişkin bir ara kararı da yoktur. Hâl böyle olunca duruşma gününe kadar tarafların 10 günlük süre içerisinde delil ve belgeler bildirmeleri dışında başka bir işlem öngörülmemesine göre burada verilen 10 günlük sürenin makul ve yerinde bir süre olduğunu kabule hukuken olanak yoktur. Çünkü mahkeme zaten delillerin toplanmasına 6.5.1999 günlü oturumdan sonra başlayacaktır. O nedenle mahkemece verilen kesin mehil HUMK m. 163 hükmüne ve amacına uygun bir mehil olmadığından anılan madde(nin-Umar) sonuçlarını doğurmaz. Davacı müteakip 6.5.1999 günlü celsede delillerini bildirmiş olduğuna göre iddiası kapsamında delilleri toplanmalı (dır)".

Bu çözüme akli erdiremeyişimin nedeni, önce, m. 180 f. II kuralıdır. O kural, hâkime, ilk duruşmada taraflara ellerindeki belgeleri sunmaları ve başka yerden getirilecek olanları da (mahkemenin onları getirtmesi için) bildirmeleri konusunda *10 günlük kesin süre vermesini* buyurmuyor mu ve

6 Biraz önce 13.3.1999 denmiştir; tarihin bu kez farklı yazıldığı gözden kaçmış. Her ikisi ya 13.3.1999 ya da 23.3.1999 olacaktı.

olayda da hâkimin yaptığı bundan, buyurucu kuralın gereğini yerine getirmekten ibaret değil mi? Bu m. 180, hâkime kesin süreyi gelecek duruşmaya kadar vermek şöyle dursun 11 gün olarak vermek yetkisini tanıır mı?

Ayrıca, Yargıtay özel dairesinin bu kararı, bir duruşmada taraflardan birine şu veya bu bildirim, şu veya bu işlemi yapmak üzere mehil hele kesin mehil verilecekse, arada başka bir işlem yapılacak olmadığı takdirde mutlaka gelecek duruşma gününe kadar mehil vermelidir demeye geliyor. Oysa, hâkimin yeterli olmak bakımından makul bir süre takdir edip vermek (karş. HUMK m. 159 cümle 2) yetkisi ve görevi vardır. Karara vesile olmuş olaya dönecek olursak, hâkimin davacıya delillerini sunması ve kendi yanında olmayanları bildirmesi için 13.3.1999 günlü celsede (hem de HUMK m. 180' i çiğneyerek) 10 gün değil, 6.5.1999 gününde yapılacak yeni duruşmaya kadar yâni bir buçuk ayı aşkın süre vermesinin hiç gereği ve mantığı yoktur, tersine sakıncası vardır. Çünkü ilk duruşma *öncesinde* deliller mahkemeye bildirilmiş, bildirim bir sureti davalıya tebliğ edilmiş olursa davalı bunları incelemek, diyeceklerini 6.5.1999 günlü duruşmada söylemek olanağını bulur. Böyle yapılmaz ve delil bildirim yazısının sureti, sunulan belgelerin fotokopisi o gün duruşmada eline tutuşturulursa, davalının "İnceleyeyim, diyeceklerimi gelecek duruşmada bildireyim" demekten başka seçeneği olamaz ve dâva, boş yere, o iki duruşma arasındaki zaman kadar uzamış olur. Oysa hakim, yargılamanın olabildiğince çabuk sonuçlanmasına özen göstermekle yükümlü (HUMK m. 77) değil midir?

19. Kitapta s.172 dn. 14'de, HUMK m. 164'den söz edilirken, "Uzaklık zaman ölçüsüne göre saptandığından, bu hükmün bugün için uygulama alanı kalmamıştır" deniyor ki, öğrencinin ne kastedildiğini anlayabilmesi için bu ifadeye küçük bir ekleme yapmalı, "zaman ölçüsüne göre" demekle yetinmeyip "yürüyerek mahkemeye gelme zamanı ölçüsüne göre" demeli. Hatta, gençlerimizin hiç mi hiç bilmediği şu gerçeği de anlatmalı: HUMK'nun yürürlüğe konduğu 1920'li yıllarda, köylerden kasabaya, il merkezine otobüsle, dolmuşla ulaşım olanağı şöyle dursun, (1940'lı yıllarda bile) İzmir'in Karşıyaka'sı gibi bir yerden İzmir'e tren dışında karadan ulaşım olanağı yoktu; dolmuş, otobüs işlemezdi, az sayıdaki taksiler ise elbette bu gidiş için çok para isterdi; İzmir'e ulaşım ya vapurla yahut trenle sağlanırdı. Dolayısıyla, o zamanlar, kentteki yahut kasabadaki mahkemeye gelmesi gereken kişi, arada vapur-tren ulaşımı da yoksa, yürüyerek (yahut atla, eşekle) gelmek zorunda idi. İşte m. 164 bunun için, aradaki yürüyüş uzun zaman alacaksa, hem yürümek hem din-

lenmek üzere beher 6 saatlik yürüyüş yolu için bir gün fazladan zaman verilmesini buyurmaktadır. Madde hâlâ yerinde duruyor ama hiç kimse bundan yararlanmak gereğini duymuyor, duymak iddiasında da bulunamıyor, çünkü en ucuz toplu ulaşım aracı olan otobüsle bile mahkemenin bulunduğu yere birkaç saatte ve hatta Türkiyenin bir ucundan diğerine bir iki günde ulaşmak olanağı artık bulunuyor.

20. Kitapta s.174, dd'de şöyle denmekte: "Aynı taraf bir davada birden fazla eski hâle getirme talebinde bulunamaz, m. 174. Ancak böyle bir taraf meselâ dâva ortaklığında, diğer bir ortağın eski hâle getirme talebinin kabulü dolayısıyla oluşan usulî durumdan yararlanabilir". Burada yine anlatıma küçük bir ekleme yapmak ve "dâva ortaklığında" değil, "zorunlu dâva ortaklığında" demek doğru olurdu. Çünkü ihtiyari dava ortaklığında (örneğin, bir otobüs kazasında zarara uğramış üç yolcunun, her biri kendi uğradığı zararın tazminini isteyerek, HUMK m. 43 bent 2 gereğince birlikte davacı olmaları durumunda) "Yargılamanın birliğine rağmen dâva ortaklarının usulî işlemleri diğerlerinin dâvaları bakımından bir tesir icra etmez" ilkesi (Alangoya, s.139'de No. 3) gereğince dava arkadaşlarından birinin eski hâle getirme isteğinde bulunup isteğinin kabul edilmesi halinde, diğerleri bundan yararlanamaz.

21. Kitapta s.175 dn. 16'da bir HGK kararı şu özetlemeyle aktarılmış: "Eski hâle getirme talebinin ara kararı ile halledilmeyip esasa ilişkin kararda hükme bağlanmış olması sonuca etkili olmadığından usule aykırı görülmemiştir". Burada yine küçük bir ekleme yapılması gerekir sanırım. "esasa ilişkin kararda *olumsuz* hükme bağlanmış olması" denmeliydi. Çünkü, eski hâle getirme talebi reddedilecek idiyse bu reddin nihâf hükmünde açıklanması, sonuca gerçekten etkili olmaz ama; eski hale getirme talebi üzerine hâkim duruşmalarda hiçbir ara kararı vermeyip nihai hükmü verme sırasında bunun kabulü gerektiğini idrak ederek hüküm içinde bu doğrultuda ifade kullanırsa bu bir saçmalık olur. Yargılama ve hüküm için HUMK m. 377 f. I gereğince gün belirlenmiş ve iki taraf çağırılmış idiyse bile hâkim, eski hâle getirme isteğinin kabulü gerektiğini farkedince, m. 379 doğrultusunda işlem yapmalı, tahkikat aşamasını ara kararı ile yenden açmalı ve yeni süre alan kişinin o süre içinde her ne işlem yapacak idiyse onu yapmasına olanak vermelidir.

22. Kitapta s.176-177'de, Alangoya, aktardığı Yargıtay içtihatlarındaki çözüme katılarak, bitimi adlî tâtil içine düşen temyiz süresinin, eğer dâva adlî tatil içinde dahi görülmesine devam olunacak dâvalardan, örne-

ğın basit yargılama usulünün uygulanacağı dâvalardan değil idiye, HUMK 177 gereğinde adli tâtilin bitiminden başlayarak 7 günlük bir ek süre alacağını söylüyor. Yargıtayın yerleşmiş içtihadında ve bildiğim kadarıyla görüş birliği içinde onu destekleyen öğreti yapıtlarında kabul edilmiş görüş gerçekten böyledir.

HUMK m. 177'nin, mutlak olarak, hatta görülmesine adlî tatil içinde devam edilebilecek dâvaları da ayırmadan, "Bu kanunun tayin ettiği mühletlerin bitmesi tatil zamanına tesadüf ederse bu müddetler ayrıca bir karar vermeğe lüzum olmaksızın tatilin bittiği günden itibaren yedi gün evvel ["daha" denecekti-Umar] uzatılmış addolunur" kuralını getirdiği doğrudur. Ancak, yasada m. 176'nın 1973 yılında 1711 sayılı yasa ile değiştirilmesinden beri yürürlükte olan f. III gereğince, "Adlî ara verme süresi içinde, yukardaki fıkralarda gösterilenler dışında [yâni adli tatil içinde de bakılmasına devam edilecek işler dışında-Umar] kalan dâva ve işlerle ilgili olarak verilen dâva, karşılık dâva ve temyiz dilekçeleri ile bunlara karşı verilen cevap dilekçelerinin ve ...yenileme dilekçelerinin alınması...işlemleri de yapılır". Böyle olunca, temyiz dilekçesi verme süresinin bitimi adlî tâtil içine düşüyorsa süreye adlî tatil bitiminden başlayarak 7 gün daha eklemek gereksiz, yararsız, abes bir çözümdür. Bu açıdan, görülmesine adlî tatil içinde de devam edilebilecek davalar ile (bunların temyiz süresine ekleme yapılmayacağını Yargıtay ve Alangoya kabul ediyor), devam edilemeyecek olan ama yine de temyiz dilekçeleri mahkemeye alınacak davalar arasında hiçbir fark olmamak gerekir. Bu söylenen yalnız temyiz süresi için değil, dava dilekçesine cevap süresi bakımından da doğrudur. Yargıtayın ve Alangoya'nın şimdiki gereksiz uzatmayı kabul eden görüşü, Alangoya s.177 ortasındaki bir diğer çözümle de, kanımca, çelişki gösteriyor; orada söylendiğine göre, "Adlî tatilde dâva açılması mümkün olduğundan, HUMK m. 109 gereğince ihtiyatî tedbirden sonra dâva açma süresi adlî tatil içinde bitse de dâvanın açılması gerekeceği, sürenin yedi gün uzamayacağı kabul edilmektedir". Evet, doğru çözüm işte budur.

Savunduğumuz çözümün dayanağı olan HUMK m. 176 f. III, yasa ya, belirttiğimiz üzere, 1973 yılında 1711 sayılı yasa ile getirilen değişiklik sırasında konmuştur. Daha önce, o fıkrada anılan işlemler adlî tatil sırasında istisnaî olarak görülebilen dâvalardan biri söz konusu değil ise, yapılamıyordu. Dolayısıyla, o işlemlerin yapılabilmesi için öngörülen sürenin bitimi adlî tatil içine düşüyorsa, adlî tâtilden sonra bir ek süreden ya-

rarlanılması o zaman doğru idi; ne var ki Yargıtay, yasa değişikliği nedeniyle artık değişik çözümün geçerli olması gerektiğine dikkat etmeden eski çözümü, örneğin 4. HD'nin 15.12.1976 günlü, 2673/10910 sayılı kararında (İKİD 1977 No. 210 s.5586) sürdürmüştür, hâlen sürdürmektedir ve öğreti yapıtları da onunla aynı doğrultuda gitmektedir. Hatta, Yargıtayın, özetle, “m. 176 f. III'de anılan işlemleri ilgili taraf canı isterse o fıkradaki kuraldan yararlanarak adlî tâtil içinde yapar, canı isterse HUMK m. 177'deki kuraldan yararlanarak adlî tâtil sonrasında 7 günlük ek süre içinde yapar” içeriğinde kararları dahi çıkmıştır (örneğin 8. HD 7.5.1974, 2911/2290, YKD 1975 No. 3 s.60-63); Kuru (MUH § 74) ve Üstündağ (Medenî Yargılama Hukuku, c. I 2. bsl. İstanbul 1977 s.359-360 dn. 12), bu gibi kararları eleştirmeksizin aktarıyorlar.

23. Kitapta s.177'den başlayarak incelenen usulî sözleşmelerin ne gibi sonuçlara yol açacağı s.178'de satır 6-9'da belirtilirken, bu sözleşmeler arasında “kanun yolundan feragat” de belirtiliyor.

Oysa, kanun yolundan feragat'in kendisi bir sözleşme değil, bir “ta-raf usul işlemi” dir. Temyiz etme hakkı doğduktan sonra, temyiz hakkı bulan kişi mahkemeye dilekçe vererek yahut mahkemeye gidip orada tutanak düzenleterek, onu imzalayarak, dosyaya koydurarak; yahut dosyadaki ilâm metninin arkasına yazı yazıp imzalayarak, feragat beyanında bulununca artık onun temyiz hakkı düşer ve karşı tarafın buna rızası gerekmez hatta muhalefeti, itiraz dilekçesi vermesi dahi işe yaramaz. Buna karşılık, kanun yoluna başvuru hakkı doğduktan sonra, *kanun yolundan feragatte bulunma taahhüdü*, bir sözleşme konusu olabilir (HUMK m. 535). Bu nedenle, s.178 satır 8'deki ifadeyi biraz değişik yazmak doğru olur; “bir kanun yolundan feragatte olduğu gibi negatif bir etki” doğurmaktan söz etmeyip, “HUMK m. 535'in cevaz verdiği bir usul sözleşmesi olan, kanun yoluna başvurma hakkı doğduktan sonra yapılmış, bu kanun yolundan feragat taahhüdü sözleşmesinin ifası ile hak sahibinin tek taraflı yaptığı kanun yolundan feragat beyanı üzerine ortaya çıktığını gördüğümüz gibi negatif bir etki” demek gerekir.

24. Kitapta s.178'in ikinci yarısında, Alangoya, her satırına, her sözcüğüne katıldığım bir açıklama veriyor ve özetle, kanunun açıkça izin verdiği usulî sözleşmeler (sayalım: 1. HUMK m. 22'deki yetkili mahkeme yaratıcı anlaşmalar; 2. HUMK m. 287'deki delil anlaşmaları; 3. HUMK m. 276/1 tarafların bilirkişi üzerinde ittifakının hâkimi bağlamasını öngördüğünden dolayı, keza HUMK m. 287 delil sözleşmesine cevaz verdiğiin-

den dolayı yapılabilen hakem-bilirkişi anlaşmaları [bunlar delil anlaşmalarının bir türüdür, Alangoya s.375 dn. 7]; 4. HUMK m. 516 vd.'da düzenlenen tahkim anlaşmaları; 5. HUMK m. 535'in cevaz verdiği, biraz önce sözünü ettiğimiz üzere kanun yoluna başvuru hakkı doğduktan sonra yapılabilen, kanun yolundan feragat taahhüdü anlaşmaları) dışında, tarafların kendi iradeleriyle usul hukuku kuralları yaratamayacaklarını son derecede açık olarak söylüyor. Ancak, hemen bir sonraki sayfada, ilk satırdan başlayarak, her ikimizin eski kürsü başkanı, ustamız, hocamız Prof. Dr. Postacıoğlu'nun sevdiği bir deyimle, şarabına su katıyor; "hiçbir kanun koyucunun bütün usulî durumları eksiksiz bir şekilde düzenlemesine imkân yoktur" gerekçesiyle, s.179 satır 7-9'da, yine son derecede açık ifadeyle, "Bu bakımdan ... kanunda sarîh olarak düzenlenen sözleşmeler dışında başka bir usulî sözleşmenin geçerli olmayacağını söylemek isabetli değildir" diyor.

Bu, Oskar Bülow'un 1800'lü yıllarda savunduğu, Ankara Hukuk Fakültesinden değerli meslekdaşımız Sema Taşpınar'ın da "Medenî Yargılama Hukukunda İspat Sözleşmeleri" adlı Doktora tezinde (Ankara 2001, s.78) ona yollama yaparak doğru bulduğu, benimsediği bir görüştür. *Oysa yasa koyucu istisnasız hiçbir hukuk dalında her faraziye için düzenleme getiremez, ama bu gerçek her hukuk dalında taraf iradelerine ister istemez belirleyicilik tanınmasına yol açmamıştır ve açamaz.* Hele sayın Taşpınar'ın s.108'de bu konuda kendi vardığı sonuç olarak "Tasaruf edilmek istenen konunun, yargılama hukukunun genel ilkelerine ve korumayı hedeflediği amaçlara aykırı olmadığı sürece, sözleşme yapılmasına bir engel yoktur" demesine katılmak için dayanak, hatta imkân göremiyorum.

Biz yine Alangoya'nın kitabına dönelim. Alangoya, aktardığımız ifadesinden sonra, (yasanın açıkça cevaz verdiklerinin dışında da usulî sözleşme yapılabilmesinin cevazı konusunda) pozitif hukuktan bir dayanak göstereceğini söylüyor ve diyor ki, HUMK m. 535 hükmü bir usulî sözleşmeyi (yâni, daha kanun yoluna başvuru yetkisi doğmadan, peşinen, kanun yolundan feragat etme taahhüdünün sözleşmeye bağlanması) yasaklamaktadır; "eğer kanunda sarîh olarak düzenlenenler dışında başka bir usulî sözleşmenin geçerli olmayacağı doğru olsa idi böyle bir yasal düzenlemeye gerek olmazdı". Değerli arkadaşımıza hatırlatayım ki, bizim kuşağın eski hocalardan öğrendiği "Kanun vâzı abesle iştilal etmez" varsayımına yasa koyucuların hiç aldırış etmediği nice örnekte gö-

yapılıyor. Gerekçe verilmiyor ama dikkatli okuyucu, s.178 dn. 20'yi hatırlayacaktır. Orada şöyle denmiştir: "...usulî sözleşmelerin ...[hâkime – Umar] yükümlülük yükleyen etkileri olamayacağı Alman hukukunda hâkim görüştür; bir sözleşmede meselâ, dâvanın geri alınacağı hususunda bir taahhüt bulunsa dahi bunun usulî açıdan yargılamaya doğrudan bir etkisi olmayacaktır, bkz. Rosenberg/Schwab/Gottwald § 66 II s.368". Dolayısıyla s.180 dn. 24'de Üstündağ'a değil, iki sayfa önceki dn. 20'ye yollama yapılırsa daha doğru olurdu.

26. Kitapta s.194 No. 3 başında, Fransız öğretisindeki geleneksel görüşü benimseyen ve yansıtan Postacıoğlu hocamızın kitaplarında yer alan o görüş reddediliyor; "Bir kere şu husus belirtilmelidir ki, maddî hukukun düzenlediği hak bir dâva şartı değildir" deniyor⁷ ve *par gentillesse*, Postacıoğlu hocamız ise aksini söylüyor diyerek ona yollama yapmak yerine, "Karş. Postacıoğlu, s.186 ve son." deniyor.

27. Kitapta s.196 başında, nerede başlayıp nerede bittiğini anlamakta güçlük çektiğim bir görüş, bildiğime göre, Türk öğretisinde ilk kez savunuluyor:

Dâvada menfaat şartının gerçekleşmesi için dâvacının esas hakkındaki hükmü ciddî olarak istemesi lâzımdır. Dâvacının hükmü gerçekten istemediği, sâdece görünüşte bir hüküm talep ettiğinin dâva dilekçesinden anlaşılması hâlinde veya meselâ dâvacının bir tehdit altında dâvayı açıp yürütmüş olduğu hallerde esas hakkında hüküm istenmemektedir ve bu sebeple menfaat şartı gerçekleşmemiştir.

Demek ki bu hallerde re'sen, dâvanın reddi hükmü verilecektir. Bu çözümü benimseyebilmeme birkaç düşünce engel oluyor: a. Hukukumuzda, irade fesatlarını öne sürüp bunun hukuksal sonucundan yararlanmak, irade fesadına uğrayan kişinin iradesine bırakılmıştır, demek ki dava dosyasındaki belgelerden dâvacının bir tehdit altında dâva açtığı açıkça anlaşılabilir hâkimin re'sen dâvayı red kararı vermesi mümkün olamamak gerekir; b. Dâvacının dâva dilekçesinde öne sürdüğü istemin hükme bağlanmasını aslında arzu etmediği, kafasının içinde bir "fıkr-i muzmer"⁸ bulunduğu doğru olsa bile, bu vakıa, ifade olunan beyanın, yapılan hukukî işlemin değerini azaltmaz; bu söylediğim, hukukun temel ilkelerinden biri-

7 Fransız öğretisindeki görüşü, başka bir yazımda (bu derginin ilk sayısında s.495) eleştirmişt看m. Dolayısıyla, Alangoya'nın tesbitine aynen katılıyorum.

8 Saklanmış fikir, açığa vurulmamış fikir.

dir⁹; öyleyse şimdi üzerinde durduğumuz görüşün benimsediği çözüm bu ilkeye de aykırı düşer; c. hâkim edindiği izlenimi dâvacıya bildirip onun açıklama yapmasını sağlamadan re'sen red kararı verirse bu tutum hem HUMK m. 75'e aykırı olur hem de hâkimin edindiği izlenim asılsız, yanlış, birtakım yanıltıcı görünüşlerin eseri olabilir.

28. Kitapta s.197 ortasında, “hukukî himaye vasıtalarının yarışması” terimi kullanılmış. “Yarışması” yerine, “telâhuku”, ya da daha iyisi, “birbirine eklenmesi” denmeliydi. Concours teriminin kastediği anlamlardan biri her ne kadar “yarışma” ise de, usul hukukunda, örneğin ve özellikle concours d'actions dendiğinde dâvaların yarışması değil, dâva olanaklarının birbirine eklenmesi, bir arada var olması kastedilir. Bu konu, pek çok yıl önce, İstanbul Hukuk Fakültesinde Postacıoğlu hocamızın üçüncü sınıf salonunda derse gideceği bir günde, mutadımız üzere biz üç asistanın (Üstündağ, Umar, Alangoya) hocamızın yanı sıra odamızdan oraya yürüyüşümüz sırasında, yine mutadımız üzere aramızda (tartışmalar demeyeyim) küçük müzakereler yürüttüğümüz sırada, Üstündağ'ın “davaların yarışması” gibi deyimler kullanmasını eleştiren hocamız tarafından gündeme getirilmiş ve concours sözcüğünün concours d'actions terimi içinde böyle anlaşılması gerektiği ortaya konmuştu; bu anımızı Postacıoğlu hocamız onuruna yayınlanan Armağan için hazırladığım yazıda da aktardım. Gerçekten, concours sözcüğünün türetildiği concourir fiili, öz anlamı yönünden, con-courir yâni birlikte-akmak (veya, koşmak) demektir ve birlikte, yanyana koşmayı anlatabildiği için, buradan, hem yarışmayı hem rekabet etmeyi dahi ifade edebilir.

29. Kitapta s.202 başında, “Dava, yargılamayı harekete geçiren temel usulî işlemdir” diye, çok veciz bir ifade yer alıyor. Ancak, ifadenin o kadarla bırakılması pek doğru olmamış. Çünkü:

9 “İrade beyanının yorumlanması sonucunda tespit olunacak anlamı ile, beyan sahibinin gerçek iradesi arasında fark bulunabilir. Bu fark (beyanlar birbirine uygunsu) sözleşmenin meydana gelmesini önlemez” (Safa Reisoğlu, Borçlar Hukuku, 16. bsl., İstanbul 2004, s.83). Aynı doğrultuda, S.S. Tekinay, Borçlar Hukuku, 4. bsl., İstanbul 1979 s.76-77'de “Güven prensibi” ve “Güven teorisinin üstünlüğü” başlıklı açıklamalar. Bir beyanın hukuksal sonuçlar doğurmak bakımından geçerliliği için, onun, orta zekâ düzeyindeki bir “aile babası” tarafından anlaşılacak anlamına itibar edilmesi gerekeceği ve beyan sahibi içinden bu anlamı kasdetmemiş olsa da beyanın anlaşılır içeriğine göre sonuç doğuracağı ilkesi için, sanırım Alangoya da kabul eder ki, yalnız borçlar hukukuna özgüdür demenin hiçbir dayanağı yoktur.

a. Burada dâva sözcüğü *actio* anlamında kullanılmış ama, onun işlevi söylenmiş ve sanki "Elektrik, ampulü ışılatan enerji türüdür" dercesine, tanımlama niteliğiyle yeterli olmayan, sonucu belirtilen *actio*'nun kendisinin ne olduğunu hiç açıklamayan cümle ile yetinilmiş. Bir medenî usul hukuku kitabında, hele adı medenî usul hukuku esasları olan bir kitapta, medenî usul hukukunun aslı faslı, özü, ruhu olan dâva kavramı üzerine, dâva'nın kendisinin ne olduğu üzerine, yalnızca bu 7 sözcükten oluşan yetersiz tanımlamanın verilmesi bana pek çok şaşırtıcı geldi.

b. Dâva sözcüğünü kendi dalımızın bir teknik terimi olarak iki anlamda kullanırız ve hatta, onu Romalılardaki *actio*, Fransızlardaki *action* anlamında kullanmamız yâni "yargılamayı harekete geçiren başvuru/temel usul işlemi" anlamında kullanmamız, nâdirattandır. Yasamızdaki "davanın her safhasında" (bkz. HUMK m. 7 f. I ve II) gibi terimlerden açıkça anlaşılacağı gibi, özellikle, dâvanın açılması (bu anlamda dâva) üzerine başlayan ve mahkemece yürütülen *prozess/süreç* (konunun hükme bağlanması amacıyla yönelik işlemler dizisi) anlamında kullanırız. Almanlardaki *Klage* sözcüğü bakımından da durum buna benzer; sözcük öz anlamında yakınmayı, şikâyeti ifade eder ve medenî usul hukukunda da mahkemeye yapılan dâva açma başvurusunu öncelikle ifade eder; ama bu başvuru üzerine başlayan süreç için daha açık seçik ad *Klageprozess* (veya *sâdece Prozess*) olduğu halde *Klage* sözcüğünün dâva sürecini anlatmak üzere kullanıldığı da olur.

Alangoya, değerli kitabının yeni basılarında bu konularda da açıklamaya yer verirse doğru eder kanısındayım.

30. Kitapta s.205 satır 7'de, parantez içinde yâni "istitrad kabilinden", "tesbit dâvası da zamanaşımını keser" denmiş, geçilmiş; konuya asıl değinilen yer biraz ileride, s.207'de. Orada yalnız, bu çözümü benimseyen Yargıtay kararları anılıyor, konu tartışılmıyor ve üstelik sayfa ortasında, konunun Alman hukukunda tartışmalı olduğu belirtildiği halde. Gerçekten, İsviçre'de, BK m. 133 (İsviçre yasasında m. 135) bent 2'deki kuralın, alacağın tesbiti için açılan dâva bakımından da geçerli olacağı görüşü öteden beri kabul edilmektedir (Oser/Schönenberger Şerhi, Açıklama 7, Türkçe çeviride s.887 ortası ve orada anılan Federal Mahkeme kararı, BGE 24 II 211; von Tuhr, § 81 I b, Edege çevirisi 1952 basımında c. II s.758 ortası; Fritz Funk, BK Şerhi, m. 133 No. 4, Velidedeoğlu/Selek çevirisinde s.204 satır 9). Ben doğrusu, alacağın ödenmesini talep niteliğinde olmayan ve hatta *alacağın muaccel olmasından önce de açılabilen* tesbit dâvası ile zamanaşımının kesilmesinin kabulünü doğru bulamıyorum.

31. Kitapta s.217-220'de, Alangoya, çok doğru olarak, Yargıtayımızın yerleşmiş içtihadıyla benimsediği, “alacağın bakiye kısmını saklı tutmaksızın yalnız bir kısmını dâva eden alacaklı, bakiye kısımdan feragat etmiş olur” görüşünü reddediyor ve bunun hukuksal bir dayanağı olmadığını açıkça vurguluyor. Ben de bu konuya daha önceki bir yazımda, Anayasa mahkemesinin HUMK m. 87 cümle 4'deki, müddeabihin ıslâh yoluyla arttırılamıyacağı kuralını iptal eden kararının tahlili içeriğindeki yazımda¹⁰ değinmiş, Alangoya ile aynı görüşü savunmuştum. Anayasa Mahkemesinin iptal ettiği, müddeabihin ıslâh yoluyla arttırılamıyacağı kuralı, müddeabihin istenmeyen kısmı zımnî feragatle düşmüş olur işte bu yüzden daha sonra ıslah suretiyle o kısım istenememelidir düşüncesine de dayandığı için, bu zımnî feragat görüşünün yanlışlığını tescil eden Anayasa Mahkemesi kararına ilişkin tahlil yazısında, o feragat görüşünün tenkidi uzunca boylu yer almıştı. Sözü edilen yazının Fakültemiz dergisi ilk sayısında çıkmasından sonra değerli arkadaşım, bu konuyu kitabında işlemiş bulunduğu halde yazımda ona yollama yapmadığıma değinerek bana söylendi (Arapçası, târizde bulundu). Ama bunun suçu, bir miktar kendisinde. Ben şimdi okuduğunuz tahlil yazısını yazma öncesinde, son derecede yoğun çalışma arasında, onun kitabını sınavdan geçecekmiş gibi baştan sona kadar, her satırı üzerinde kafa yorarak okumak fırsatını bulamamıştım (bunu şimdi yapıyorum) ve sadece, üzerinde çalıştığım konularda ne dediğini görmek için şurasına burasına bakmıştım. Oysa kendisi konuyu ıslahla ilgili açıklamaları sırasında ve hatta oradaki, Anayasa Mahkemesi iptal kararına değinilen yerde (s. 269-270) işlememiş, *kısmî dâvayı anlatan bölümde* işlemiş ve asıl ilgili yerde, en sonda, “Bkz. § 21 II 5 b (cc)” demekle yetinmiş.

32. Kitapta s.223 ortasında verilen “dâva temeli” tanımlaması hem doğru hem vecizdir ve benim İsbat Yükü adlı Doçentlik tezimde savunulan, Rosenberg'in norm teorisi açıklamalarına tıpatıp uymaktadır.

33. Kitapta s.225-226'da, Yargıtayın bazı dairelerinin kararlarında benimsenen ve HUMK m. 179 bent 3'de “delillerinin nelerden *ibaret* olduğu” deyişine, özellikle oradaki “ibaret” sözcüğüne dayandırılmak istenilen, “dâva dilekçesinde bildirilmeyen delilleri sunmaktan dâvacı zımnen feragat etmiş olur” görüşünün yanlışlığı ve bu görüşü reddeden yeni Yargıtay kararlarının doğruluğu isabetle belirtiliyor.

10 Bu derginin ilk sayısında yayımlanmıştır; bkz. orada s.425.

34. Kitapta s.253'de savunulan, Alangoya'nın daha önce de tahkimle ilgili monografisinde savunduğu, tahkim sözleşmesine rağmen mahkemede dâva açıldığında dâvalı işin mahkemede değil hakemde çözümlenmesini istiyorsa, hakem sözleşmesinin varlığını ilk itiraz olarak öne sürmelidir ve bu sonucun temel dayanağı HUMK m. 206'dır görüşünü benimsemekte güçlük çekiyorum. Çünkü anılan madde, sâdece "Tetkik ve halli idarî makamların salâhiyeti dâhilinde bulunan veya hakemler marifetiyle halli icap eden hususlara ait iddialar davayı müteakile olarak ikame olunamaz" diyor. Alangoya, sözü edilen görüş için bunda nasıl dayanak gördüğünü şöyle anlatıyor: Çözümü konusunda hakeme başvurma sözleşmesi yapılmış bir çekişme, karşı dâva konusu olarak mahkemeye getirildiğinde, mahkemenin (tahkim sözleşmesinin varlığını dosyadan öğrense bile) bu karşı davayı sırf tahkim sözleşmesi var diye reddedemeyeceği, hasmın (asıl dâva dâvacısının) "Bu konuda karşı dâva açılmaz, tahkim sözleşmesi yapmıştık" diye ilk itiraz sunması gerektiği kabul ediliyor (bu kabul yerinde mi, gerekçesi ne olabilir, Alangoya söylemiyor); öyleyse, tahkimlik iş bir karşı dava için değil ilk dâva olarak mahkemeye getirilse yine aynı yola gidilmesi gerektiğinin (yâni hâkim tahkim sözleşmesinin varlığını dosyadan öğrense bile o nedenle davanın re'sen reddedilmeyeceğinin, ancak dâvalı taraf "Aramızda bu iş için tahkim sözleşmesi var, dava açılmaz, reddedilsin" derse davanın reddedilebileceğinin) kabulü gerekir diyor.

Postacıoğlu hocamızın bir terimini kullanayım; bu *argüman* (argument), eğer çıkış noktası haklı idiyse (ki orası ortaya konmuş değil) mantıklı, doğru görünüyor ama bir gerçeği gözden geçiriyor. HUMK m. 206, halli idarî makamlara ait ihtilâfları da hakem sözleşmesine konu edilmiş ihtilâflarla, karşı dâva konusu (dolayısıyla, bir davanın konusu) yapılabilmek bakımından aynı durumda tutuyor. Şimdi, hakem sözleşmesine rağmen mahkemeye sunulmuş çekişme, davalı tarafından hakem sözleşmesine dayanan ilk itiraz öne sürülmezse mahkemece görülecektir, hakem sözleşmesinin varlığı dosyadan öğrenilse bile re'sen reddedilemeyecektir denirse; halli idarî makamlara bırakılmış ihtilâflar için (ve hatta, halli idarî yargıya bırakılmış ihtilâflar için)¹¹ de aynı sonucu benimsemek zorunda kalınır. Oysa kanımca bu tür ihtilâflar mahkemeye dava konusu olarak getirildiğinde mahkemenin re'sen görevsizlik kararı vermesi gerektiği kuşku götürmez.

11 HUMK m. 206'da (ve kaynağı olan CPCN m. 181'de) idari yargıya tâbi işlerden söz edilmiyor çünkü kaynak yasa CPCN yürürlüğe girdiği sırada, 1925'te, İsviçrede idarî yargı mahkemesi türünden mahkeme yoktu.

35. Kitapta s.257'de itiraz teşkil eden vakıaların (doğrusu: itiraz temeli oluşturan vakıaların) usulüne uygun olarak dosyada görülebilmeleri durumunda hâkim tarafından re'sen göz önüne alınabilecekleri ve hatta alınmaları gerektiği belirtildikten sonra, dn. 23'de bu ilkenin uygulanmasına ilişkin örnekler veriliyor ve Yargıtay içtihatları aktarılıyor. O arada, açıkça eleştirilmeksizin ama yine de "Yargıtay, özellikle ödeme itirazı açısından farklı sonuca varmaktadır" girişiyle aktarılan yâni yazarın görüşüne uymadığı böylece açıklanan iki Yargıtay kararı, yanlış gerekçeden hareketle, doğal olacağı üzere, yanlış sonuca varıyor ve ne yazık ki bunların her ikisi HGK kararıdır. Birinci kararda, önce yerinde olarak, "Davalı süresinde cevap dilekçesi vermemekle davayı [doğrusu: dava temelini oluşturan vakıaların eksiksiz gerçekleştiğini-Umar] inkâr etmiş sayılır" denip hemen ardından "Dâvayı inkârın içinde borcun ödendiği iddiası da vardır" demek tuhafliğime düşülüyor (oysa ödeme iddiası asla inkâr değil, "Evet, ama..." türünde bir savunma, *küllî ikrara eklenmiş teknik anlamda bir itirazdır*, hakkı doğmuş iken düşüren bir vakıanın iddia edilmesidir) ve elbette ki yanlış sonuca varıyor, sonradan ödeme iddiasıyla makbuz ibraz eden dâvalıyı, savunmasını genişletmemiş, inkâr kapsamı içinde kalmış sayıyor! İkinci HGK kararı da, pek açık değil ama, öyle anlaşılıyor ki buna benzer içeriktedir. Daha sonra aktarılan 9. HD kararı, çok doğru olarak (ve HGK kararının aksine) ibra yahut tediye/ödeme iddiasının, "doğmuş olan hakkı ortadan kaldıran itirazlardan" olduğunu (kullanılması gereken ifade: "doğmuş olan hakkı ortadan kaldıran bir vakıayı temel alan itirazlardan" idi) belirttiği halde bu savunmaların yargılamanın her aşamasında ileri sürülebileceğini söylüyor! Keza aynı yerde değinilen 1991 tarihli İBK, iyi niyet iddiasının bir itiraz niteliğinde olmasını gerekçe göstererek, onun yargılama sona erinceye kadar genişletme ve değiştirme yasağına tâbi olmaksızın her zaman öne sürülebileceği sonucuna varmıştır.

36. Kitapta s.258 satır 6'da, öğretilde -Roma hukukunun etkisiyle- çok yaygın olan bir azîm yanlışa düşülüyor ve kefilin tartışma defî diye bir defiden defî örneği diye söz ediliyor. Türk-İsviçre hukukunda böyle bir defî yoktur ve bu konuda benim SJZ'da yayınlanmış bir yazımda ayrıntılı bilgi bulunabilir¹². Gerçekten BK m. 486 okunduğunda çok açık olarak görülür ki, alacaklının adî kefile başvurma hakkının doğumu, varlığı, ön-

12 SJZ 1974 No. 4 s.81-84. İsviçre'de de bunun çoktan farkına varılmış idi (S. Giavanoli, Berner Kommentar zur Bürgschaftsrecht, Bern 1942, OR 495 açıklamasında No. 9).

ce asıl borçluya karşı icra tâkibi yapıp aciz belgesi alması ile "meşruttur" yani o vakıanın varlığını gerektirir; demek ki o vakıa alacaklının kefile karşı açtığı davada dâva temelinin bir unsurudur ve bunun yokluğu dava temeli eksikliğidir, o yokluğun belirtilmesi "dâva temelinin inkârı" niteliğindeki savunmalardandır; hiç savunma öne sürülmesine bile hâkim dâva temelinin gerçekleştiğini isbata dâvacıyı çağıracağından o davada alacaklıdan asıl borçluya karşı aldığı aciz belgesini ibraz etmesini isteyecektir ve ibraz edilmeyince davayı reddedecektir. Görülüyor ki bu sistem içinde davalı kefilin herhangi bir defa öne sürmesine hiç gerek yoktur.

37. Kitapta s.264-265'de, zamanaşımı definin ıslah yolu ile öne sürülemeyeceği doğrultusundaki 4. HD içtihadını eleştiren ve aksine olan 11. HD içtihadını doğru bulan görüşe aynen katılıyorum.

38. Kitapta s.315-317'de, Postacıoğlu hocamızın etkisiyle Kuru'nun da ve hatta Üstündağ'ın da (hatta dememin nedeni şudur ki Üstündağ arkadaşımız Postacıoğlu'nun görüşlerini benimsemekte herkesten çok imsaklıdır) benimseyebildiği, kadîm Fransız öğretisinden kalma ikrarın bölünmezliği görüşünün, bağlantılı bileşik ikrar-bağlantısız bileşik ikrar gibi birtakım tuhaf ayırmalar dahi muhafaza edilerek, savunulmasını çok derin hayretle karşıladım.

Alangoya, ikrar'ı, kal ü belâdan kalma Fransız öğretisinde yapıldığı gibi ve özellikle bu konu bakımından (kendi hukukçu formasyonunu edindiği dönem ve çevre dolayısıyla, pek doğal olarak) o öğretinin Türkiye'deki baş temsilcisi değerli hocamız Postacıoğlu gibi, delilleri anlatan bölümde en başta ele alıyor. Ne var ki, ikrarın hukuksal niteliği konusunda a. Delildir b. Feragattir c. İsbat gereğini ortadan kaldıran bir usûl işlemidir içeriğinde üç ayrı görüş bulunduğunu belirttikten sonra (her nedense, "Doğru olan görüş, üçüncüsüdür" dememekle birlikte), izleyen sayfanın (s. 313) ilk satırında, "Kanaatimce önemli olan, ikrarın ilişkin olduğu vakıayı münazaalı olmaktan çıkarmasıdır" deyip az sonra, sayfanın ortasında da, "İkrar bir usul işlemi olması itibariyle..." ifadesini kullanıyor; oysa HUMK m. 238'e göre delil ikamesine, isbata sadece münazaalı vakıalar için gereklilik bulunduğundan, böylece apaçık anlaşılıyor ki benim gibi onun görüşünce de "İkrar, isbat gereğini ortadan kaldıran bir taraf usul işlemidir".

Hal böyleyken ve sözü edilen HUMK m. 238 kuralı, ikrar bölünmez denerek, ikrar üzerine artık münazaasız kalmış vakıanın yine de ispatını istemek çözümünün yâni ikrarın bölünmezliği çözümünün kabulüne (nice diğer gerekçeyi bir yana bırakalım) tek başına dahi kesinlikle engel iken,

Alangoya arkadaşımın kadîm Fransız öğretisini izlemesi, ikrarın bölünmezliğini kabullenmesi gerçekten şaşırtıcıdır. Benim için ne mutlu ki, kurucularından olduğum DEÜ Hukuk Fakültesinde ilk başkanı görevini yürüttüğüm kürsüde yetişen değerli ve sevgili hayr ül halefim Prof. Dr. Hakan Pekcanitez ve onun yetiştirdiği genç meslekdaşlarımız (Doç. Dr. Oğuz Atalay, Doç. Dr. Muhammet Özeker), Fakültemiz dergisinin başka bir sayısında şimdikine benzer bir yazıyla size tanıtmayı umduğum kitaplarında (Medenî Usul Hukuku, 2. bsl., Seçkin Yayınevi Ankara 2001, 614 sayfa; orada s.364) bağlantılı bileşik ikrarın¹³ bölünmesi gerektiğini pek açık ifadeyle belirtmektedirler. Yalnız, sayfanın başında, bir ifade zaafı olmuş. Uygulamada ve öğretilde oybirliğiyle kabul edilen, aslında dava temelinden bir bölümün ikrarı geri kalan bölümün ise gerekçe gösterilerek, vakia nitelemesi (tavsif) yapılarak inkârı içeriğinde olan ve o yüzden eskilerin mevsuf ikrar dediği ikrarın¹⁴ elbette ki bölüneceği, ikrar edilmiş vakia için artık isbata gerek bulunmayacağı, buna karşılık inkâr edilmiş bölüm¹⁵ için dâvacının isbat yükünün çok doğal olarak bâki kalmakta olduğu çözümlü, herkes gibi Pekcanitez/Atalay/Özeker tarafından da kabul edilirken söze, “Vasıflı ikrarın *bölünemeyeceği* uygulama ve doktrinde kabul edilmektedir” diye girilmiş ki, herkesin doğruluğu üzerinde görüş birliğinde bulunduğu, az önce söylediğimiz çözüm, bir bölünmezlik çözümü değil tam tersine bölünürlük çözümüdür, ikrar edilen vakianın isbatı yükünden dâvacının kurtulması çözümüdür.

39. Kitapta s.317’de verilen senet tanımlaması şöyle: “Senet bir beyanın, ispatını sağlayacak şekilde, yazı ile dışa vurulmasıdır”. Buna bakacak olursak, sahabeden birinin yazdığı, Hazret-i Peygamber şöyle şöyle dediği içeriğindeki bir hadisler kitabını dahi senet saymamız gerekecektir. Keza bu tanımlamaya göre, sizin bana şöyle şöyle bir beyanda bulun-

13 Tipik örnek: “Evet dâva edilen parayı borç olarak aldığım doğrudur, ama o parayı alacaklıya ödedim” içeriğindeki, dolayısıyla dâva temelinin tümünün (hem para alındığının hem de bu paranın borç olarak alındığının) ikrarına, dâvacının hakkını düşüren bir olay (borcun ödenmesi) iddiası yâni teknik anlamda bir itiraz eklenmesiyle yapılan ikrar.

14 Örneğin, “Evet davacıdan, onun söylediği gün, şimdi borç olarak verildiğini iddia ettiği parayı aldım; ama borç almamıştım, bağışlama olarak almıştım” denerek yapılan açıklamada, alacaklının dava temelini oluşturan iki vakiadan biri, paranın alındığı, ikrar edilmekte; fakat borç olarak alındığı inkâr edilmekte ve bağışlama idi tavsifi yapılmaktadır.

15 Örnekte, paranın borç verme sözleşmesi uyarınca verildiği inkâr edilmektedir.

duğunuz ilerde size karşı "işte orada yazdıklarım" diye yüzünüze vurmama imkân verecek olan yazım, bir senettir. Bir politikacı demeç verirken onun beyanlarını kaydeden gazetecilerin bu yazısı, senettir. Oysa, HUMK m. 288'deki anlamıyla senet nedir, bunu açıklamak için çok daha özenli bir tanımlama verilmesini beklerdik ve özellikle şu sorularımıza yanıt isterdik: Bana karşı HUMK m. 288 çerçevesinde senet diye bir belgenin öne sürülebilmesi için benim onu Postacıoğlu hocamızın dediği gibi (Şehadetle İspat Memnuiyeti ve Hudutları, 2. bsl., İstanbul 1964, s.191 No. 146) "İleride bana karşı kanıt olarak kullanılabilsin" *iradesiyle* oluşturmuş olmam gerekir mi? Metin bütünüyle benim el yazımla yazılmış olsa bile onu senet sayabilmek için belgede mutlaka benim imzamın bulunması gerekliliği var mı, varsa bunun pozitif hukuktaki dayanağı nedir? Aynı belge, bir olayın isbatı bakımından senet, diğerinin isbatı bakımından yazılı delil başlangıcı olabilir mi? Baştan sona benim el yazımla yazılmış ve benim tarafımdan imzalanmış bir mektup, bana karşı senet işlevi görebilir mi yoksa ancak ve ancak yazılı delil başlangıcı işlevinde mi olabilir?

40. Kitapta s.334'de HUMK m. 339'daki yemin metni aktarılırken, yeminin Allah üzerine ettirilmesinin Anayasa m. 24'deki "Kimse ...dinî inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz" ilkesini ayaklar altına alıp çiğnediği; o ilkenin yürürlüğünden önce HUMK'un çıkmasıyla HUMK'da yer almış olmakla birlikte bugün o ilke karşısında uygulanmaması gerektiği vurgulanmalı idi.

41. Kitapta s.373'de, HUMK m. 287 f. II'de "...İki tarafça muayyen deliller ile ispatı tahriren mukavele edilmiş olan veya muhakeme esnasında olveçhile beyinlerinde [aralarında-Umar] karar verildiği ikrar olunan maddeler hakkında başka delil kabul olunmaz" kuralına dayanan, "yazılı biçim delil anlaşmaları için geçerlilik şartı değil isbat şartıdır" görüşü (benim, orada yollama yapılan bir yazımda savunulmuştur ve yine orada yollama yapılan 1959 günlü bir İBK "HUMK m. 287 f. II hükmünce delil mukavelesinin *ispatı* şekle bağlı tutulmuştur" demekle aynı görüşü belirtmiş idi) reddediliyor. Benim görüşümün gerekçesi şudur ki, geçerliliği şekle tâbi tutulan bir sözleşmenin taraflar arasında o şekle uyulmaksızın yapıldığının ikrar edilmesi hiç işe yaramaz, çünkü sözleşme doğmamıştır, doğamamış bir sözleşmenin yapıldığını ikrar etmek de hiçbir isbat değeri taşımaz. Ama delil sözleşmesinin sözle yapıldığı mahkeme önünde ikrar edilince, o sözleşmenin varlığı tanınmıyor; demek ki daha önce yazılı biçime uyularak sözleşmenin yapılması bir geçerlilik koşulu değildir. Dolayısıyla, vardığım,

zorunlu sonuçtur. Alangoya arkadaşım ise, dayanağım olan HUMK m.287 f. II'yi, lâfzının anlattığından başka türlü yorumlamamız gerektiği kanısındadır ve orada her ne kadar ikrardan söz edilmişse de benim *ikrar sözcüğünü ikrar olarak anlamakla* “ikrar kelimesini yanlış değerlendirmiş” olduğum görüşündedir. Ona göre, kastedilen “teknik anlamda bir ikrar değil fakat tarafların karşılıklı mutabakat hâlindeki irade beyanlarını mahkeme önünde beyan etmeleridir” yâni böyle karşılıklı beyanların yapılıp tutanağa geçmesiyle o anda yazılı delil sözleşmesi doğmuş olacaktır. Bunu kabul etmeye imkân göremiyorum, çünkü (varsayımın hiçbir dayanağı olmadığını bir yana bırakalım) örneğin dâvalı, davacının dava dilekçesinde tanık dinleterek davasını isbat edeceği yolundaki kaydı okuması üzerine, cevap yazısında, “Dâva temeli falanca vakıanın ancak senetle isbat edilebileceği konusunda vaktiyle sözlü olarak anlaşmaya varmış” bulduklarını ve dâvacının o vakayı tanıkla isbat edemeyeceğini öne sürdükten sonra, dâvacı replik dilekçesinde (yazılı olarak) yahut da dâvalının bulunmadığı ilk duruşmada (sözlü olarak) delil anlaşmasının (sözle) yapıldığını ikrar ederse, ortada “mahkeme huzurunda yapılmış karşılıklı irade beyanları” değil sadece vaktiyle yapılmış beyanların (asla *irade beyanı* değil sadece bildirim olan) ikrarı karşısında bulunduğumuz halde, HUMK m. 287 f. II hiç ama hiç kuşkusuz uygulanmak gerekecektir.

Sema Taşpınar da, yukarıda No. 24’de andığım Doktora tezinde s.194-195’de, daha önce bir yazılı delil sözleşmesi yokken tarafların hâkim önünde mutabakatlarını ifade etmeleri hâlinde (bu beyan HUMK m. 151 f. V uyarınca tutanağa geçirilip imzalatılacağından, yazılı şekil de böylece gerçekleşmiş olacaktır), Alangoya’nın da öngördüğü üzere, delil sözleşmesi doğacak ise de sırf daha önceden sözle yapılmış sözleşmenin bu sözleşmeye dayanmak isteyen tarafın hasmınca ikrarı hâlinde dahi delil sözleşmesinin geçerli sayılarak ona göre işlem yapılacağını belirtmektedir.

42. Kitapta s.374 dn. 5’deki görüşe aynen katılıyorum. Orada Alangoya şöyle diyor:

Uygulamada, bazı sözleşmelerde, ispatın sâdece taraflardan birinin iktidar alanında bulunan belgelerle [örneğin, alacaklı bankanın bizzat düzenlediği kendi kayıtları ile !-Umar] yapılabileceği, diğer tarafın bu belgelerin doğruluğunu tartışma konusu yapamayacağı yolunda hükümlere yer verilmektedir. Böyle hükümlerin geçerliliğini savunmanın BK m. 19, 20 hükümleri karşısında kolay olmayacağı kanaatindeyim.

43. Alangoya’nın, yargılamanın yenilenmesi ile ilgili bölümde (s. 519-

547) 29 sayfa içinde benim aynı konuya ilişkin, 1962'de İHFM'de yayınlanmış bir yazıma s.523'de, 524'de, 525'de, 526 dn. 12'de, 528'de, aynı sayfada dn. 15'de, s.530'da, aynı sayfada dn. 19'da, s.533 dn. 23'de ve 24'de, s.534'de, s.536 dn. 30'da, s.538 dn. 35'de, s.539 dn. 39'da (iki kez), s.541 ortasında, s.542 dn. 45'de, s.544'de, 545'de (üç kez), 547 ortasında olmak üzere toplam 22 kez yollama yaptığını ve bir ikisi dışında aynı görüşleri benimlediğini görmekte mutlu oldum. Aslında, İsbat Yüğü kitabım da aynı sıcak ilgiden nasibedâr olmaya çok daha fazla lâyıık idi, nedense olamamış; hatta orada ve daha önce SJZ'da (1966 Sayı 10 s.149-155) yayınlanmış La divisibilitate de l'aveu (=İkrarın Bölünebilirliği) başlıklı bir makalemde yer alan, ikrarın bölünmezliği görüşünün yanlışlığını ayrıntılı olarak ortaya koyan açıklamalara hiç itibar edilmeksizin Alangoya tarafından o görüşün (ikrarın bölünmezliği görüşünün) aynen kabul edilmesi doğrusu beni "me'yus" etti.

44. Kitapta s.564-565 No. 5, a'da, tahkim sözleşmesi yapılmış iken mahkemede dâva açılmış olması hâlinde tahkim sözleşmesinin nasıl değerlendirileceği konusuna tekrar ve daha ayrıntılı olarak değiniliyor ve söze, "Daha önce, tahkim sözleşmesi bulunduğu halde adliye mahkemelerine müracaat edilmesi durumunda, yapılacak tahkim def'inin bir ilk itiraz olduğunu belirttim" diye başlanıyor¹⁶. Hemen arkasından da, "Yargıtay ise tahkim def'inin sonradan ileri sürülmesini, tahkim def'ini bir maddî hukuk savunması niteliğinde görerek, dava değiştirme kabul etmekte ve hasmın muvafakati ile ileri sürülebileceğini kabul etmektedir" deniyor, bu görüşü belirten kararlara ve Kuru'nun bir kitabına yollama yapıyor; ardından, mahkemenin savunmayı kabul ettiği takdirde vereceği kararın teknik anlamda bir görevsizlik kararı değil, HUMK m. 519 gereğince verilmiş bir karar olacağını belirten bir HGK kararı anılıyor.

16 Bkz. yukarıda No. 34. Hatırlayacağınız üzere, orada özetle şunu söylemişti: "Çözümü konusunda hakeme başvurma sözleşmesi yapılmış bir çekişme, karşı dâva konusu olarak mahkemeye getirildiğinde, mahkemenin (tahkim sözleşmesinin varlığını dosyadan öğrense bile) bu karşı davayı sırf tahkim sözleşmesi var diye reddedemeyeceği, hasmın (asıl dâva dâvacısının) "Bu konuda karşı dâva açılmaz, tahkim sözleşmesi yapmıştık" diye ilk itiraz sunması gerektiği kabul ediliyor; öyleyse, tahkimlik iş bir karşı dava için değil ilk dâva olarak mahkemeye getirilse yine aynı yola gidilmesi gerektiğinin (yâni hâkim tahkim sözleşmesinin varlığını dosyadan öğrense bile o nedenle davanın re'sen reddedilmeyeceğinin, ancak dâvalı taraf "Aramızda bu iş için tahkim sözleşmesi var, dava açılmaz, reddedilsin" derse davanın reddedilebileceğinin) kabulü gerekir". Ama, hakemlik iş bir karşı dâvaya konu edildiğinde bu karşı davayı hakem sözleşmesi nedeniyle reddettirmek için ilk itiraz öne sürülmesini kabul eden görüşün doğruluğunu ortaya koyacak herhangi bir gerekçe aktarmamıştı.

Alangoya'nın, "medenî usul hukukunda tahkim" konusunda özel uzmanlığı, bu konu üzerine derinlemesine ve ayrıntılı araştırmaları vardır. O nedenle, şimdi sözünü ettiğimiz yerde, ondan, şu sorunların da tartışılmasını ve açıklanmasını beklerdik:

a. "Bu iş hakem sözleşmesi gereğince hakem tarafından çözülecektir, dâva konusu yapılamaz, dâva reddedilsin" savunmasının, *teknik anlamda* bir ilk itiraz sayılması mümkün müdür, sayılabilirse bunun yasadaki dayanağı, gerekçesi ne olabilir?

Alman hukukunda, Alangoya'nın vaktiyle "Medenî Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi" başlıklı monografisinde (İstanbul 1973, s.65) belirtmiş olduğu üzere, tahkim sözleşmesi varken dâva açılması hâlinde dâvalının sözleşmeyi dâvanın görülmesine engel olacak bir defi (eine Prozesshindernde Einrede) daha doğrusu terimin bizdeki anlamıyla ilk itiraz olarak ileri sürülebileceğine ilişkin kural getirilmiştir (ZPO § 274 bent 4). Bizde ise, teknik anlamda ilk itirazların yasadaki numerus clausus (sayıları sınırlanmış) olarak belirtildiği kabul edildiğine ve aynı tür hüküm yasamızda bulunmadığına göre, teknik anlamda ilk itiraz niteliğinin yapılması bana mümkün görünmüyor.

b. O savunma teknik anlamda ilk itiraz olmamakla birlikte ancak *ilk itiraz gibi* cevap süresi içinde, dâvanın başında öne sürülmelidir denirse, bunun yasadaki dayanağı, gerekçesi ne olabilir?

Hakem sözleşmesinin varlığının, mahkemedeki yargılamayı engelleyici bir itiraz olarak öne sürülebileceği kuşku götürmez çünkü bizzat HUMK bu sözleşmeye geçerlilik ve etki tanımıştır. Ancak sorun, bu itirazın ilk itiraz gibi sadece yargılama başlangıcında ve cevap süresi içinde öne sürülmesi gerekip gerekmediği konusundadır. Ben, Türk usul hukukunda "yasada ilk itirazlar arasında sayılmadıkları halde ilk itiraz gibi ancak ve ancak cevap süresi içinde öne sürülebilecek savunmalar" diye bir savunma kategorisini tanımamıza olanak verecek hiçbir yasal dayanak bilmiyorum.

c. Yargıtay'ın o savunmayı maddî hukuka ilişkin bir savunma sayması ve genişletme yasağına tâbi tutması doğru mudur¹⁷, doğru ise bunun yasadaki dayanağı, gerekçesi nedir?

Alangoya, tahkime ilişkin monografisinde s.69 dn. 135'de, Postacıoğlu hocamızın da katıldığı "maddî hukuk defi" görüşünü açıkça reddet-

17 Alangoya vurgulamamış ama, farkedeceğimiz üzere Yargıtay bu görüşü savunmakla "ilk itiraz" görüşünü reddetmiş olmaktadır; çünkü ilk itirazlar, cevap süresi geçtikten sonra, hasmın muvafakatı ile dahi öne sürülemezler.

miştir. Ancak buna gerekçe gösterirken "...gayeye uygunluk bakımından yerinde görünmüyor. Zira bu takdirde yargılamanın hitamına kadar bu defn dermeyanı mümkün olabilecek ve ihtilâfların bu suretle sürüncemede kalmasına yol açılabilirdi" diyor ki, savunma maddî hukuk anlamında defn nitelikli ise, bu nitelikli bir savunmanın genişletme yasağına tâbi olmadan her zaman öne sürülebilmesi imkânı nereden çıkıyor, hiç anlayamadım. Kanımca doğru gerekçe şöyle olmalıdır:

Tahkim sözleşmesi, geçerliliği bizzat yasa tarafından tanınmış, mahkemelerin yargı yetkisi yerine hakemin veya hakemlerin yargı yetkisini ikame edici bir sözleşmedir. Ancak, maddî hukuk sözleşmelerinin yarattığı hukuksal sonuçlarla, usulî sözleşmelerin yarattığı hukukî sonuçlar, mahkemece nazara alınabilirlik açısından, çok önemli bir fark gösterirler. Hâkim maddî hukuk alanında sözleşmeden (yahut yasadan dolayı belli vakıyalardan, örneğin karşılıklı kusurdan) doğmuş hukuksal sonuçları, BK m. 140 gibi özel bir yasa kuralı ile defn dayanağı sayılmamışlarsa, re'sen göz önüne alabileceği halde; usulî sözleşmelerin sonuçları bakımından, yukarıda No. 25'de değinildiği üzere, durumun böyle olmadığı; bu sonuçların mahkemece nazara alınması için onların, yararlanacak tarafça, öne sürülmesinin gerektiği kabul edilmektedir. İşte bu nedenle, açılan dâvaya karşı yapılacak "Bu dâvanın konusu tahkim sözleşmesine bağlanmıştı, dâva reddedilsin" savunmasının, defn kullanmaya benzer bir yönü vardır, ama ortada maddî hukuktaki defn türünden bir savunma değil *kanunun cevaz verdiği bir usulî sözleşmeye dayanan bir yargılama engelinin* dermeyanı söz konusu olduğu için, söz konusu savunma, genişletme yasağına tâbi değildir.

d. Bu savunma üzerine mahkemenin dâvayı reddeden kararı, HGK'nun söylediği üzere, bir görevsizlik kararı değilse, demek ki onun "görevli mahkeme" durumundaki hakeme/hakemlere aktarılması HUMK m. 193'deki süreye bağlı değildir (öyle mi?); ama beri yandan da, hakeme intikal ettirilen dâva, mahkemedeki dâvanın devamı değildir; özellikle de zamanaşımının mahkemede dava açılması tarihinde kesilmiş olup HUMK m. 193'deki süreye uyulmakla şimdi de bu kesilme durumunun geçerli kalması diye bir durum yoktur. Öyle mi?

III. Sonuç

Sevgili arkadaşımı, bu değerli kitabı yazdığı, yayınladığı için kutluyorum. Gelecekteki basılarda bazı konulardaki açıklamaların yeniden gözden geçirilmesine yahut genişletilmesine, tamamlanmasına benim şimdiki yazımın bir katkısı olabilirse, bu beni mutlu edecektir.



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ 26 AĞUSTOS YERLEŞİMİ

Kayışdağı Caddesi, 34755 Kayışdağı / İstanbul

Tel: Halkla İlişkiler (0216) 578 0 578 - 578 02 24/25

Santral: (0216) 578 00 00 Faks: (0216) 578 07 56

e-posta: tanitim@yeditepe.edu.tr

www.yeditepe.edu.tr