

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW

IV/1

Yılda iki sayı yayınlanan hakemli dergi

Cilt: IV
Sayı: 1
Yıl: 2007



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ



**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

Yılda iki sayı yayınlanan hakemli dergi

**Cilt: IV
Sayı: 1
Yıl: 2007**



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Editör / Editor

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

Danışmanlar Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Halûk KABAALİOĞLU, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge UMAR, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sait GÜBAN, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Belgin ERDOĞMUŞ, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk ÖZTEK, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ali GÜZEL, Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Zehreddin ASLAN, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın Komisyonu / Editorial Board

Prof. Dr. Abdülkadir 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. Halûk Ülman, Yeditepe Üniversitesi, İİBF

Prof. Dr. Hayri Domaniç, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Helge Loytved, Universität 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. Ruşen Ergeç, ULB Université Libre de Bruxelles

Prof. Dr. Akile Gürsoy, Yeditepe Üniversitesi Fen-Edebiyat Fakültesi

Prof. Dr. Vakur Versan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Emekli Öğretim Üyesi

Prof. Dr. Volkmar Gessner, Universitaet Bremen

Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Erdoğan Moroğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Vural Savaş, Yeditepe Üniversitesi İİBF İktisat Bölüm Başkanı,
Anayasa Mahkemesi Eski Üyesi

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

Prof. Dr. Stefan Talmon, Oxford Üniversitesi

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

Prof. Dr. Nuray Ekşi, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ralf Alleweldt, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Şabih Kanadoğlu, Onursal Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Yeditepe
Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Sibel İnceoğlu, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Hakan Uzeltürk, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Sultan Uzeltürk, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. M. Alper Gümüş, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

Yard. Doç. Dr. Gül Doğan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

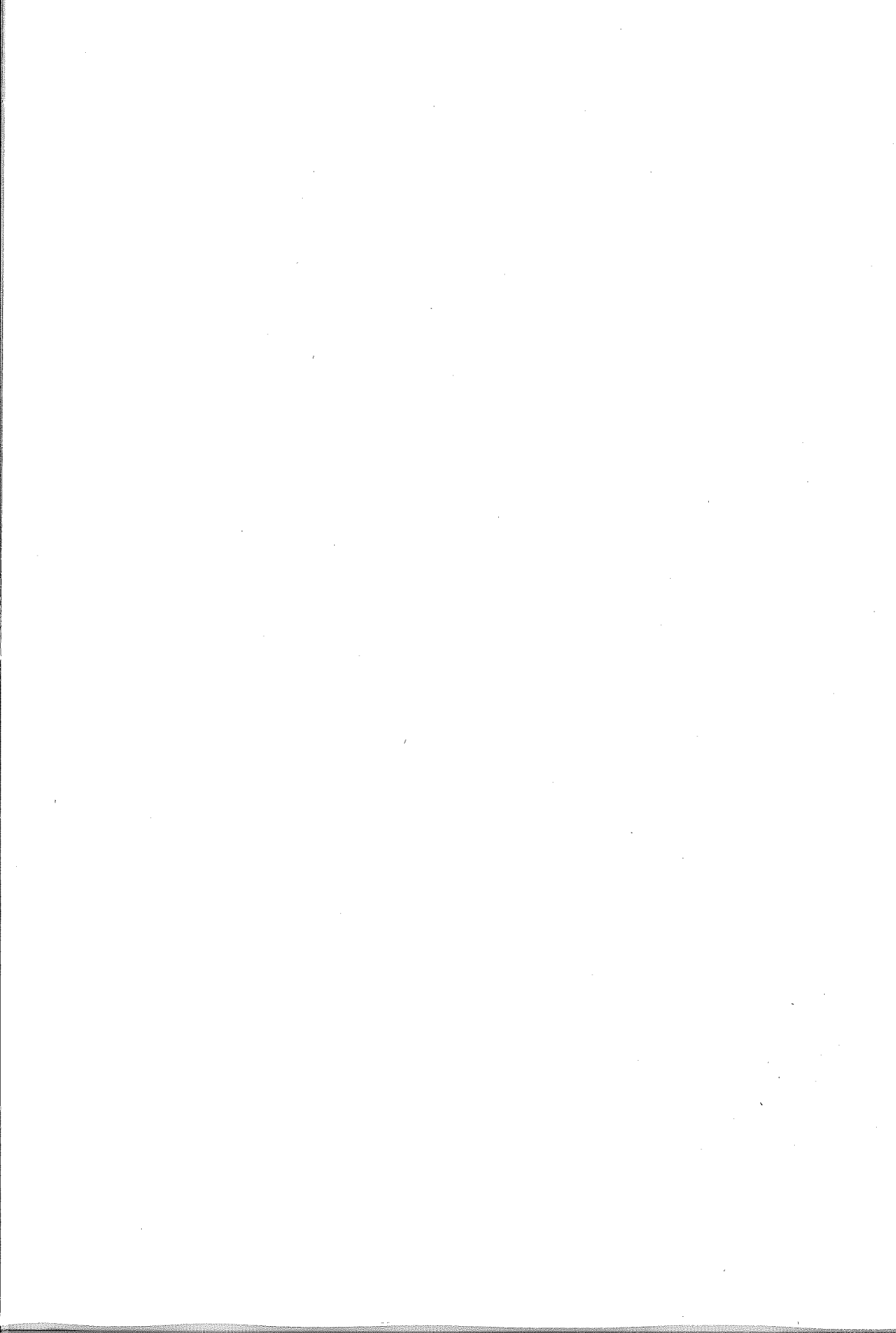
Yard. Doç. Dr. Salih Şahin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Kemal Erol, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayınlanan hakemli bir dergidir.

Tüm hakları saklıdır. Bu yayının hiçbir bölümü, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin yazılı izni olmadan, fotokopi yoluyla veya elektronik, mekanik ve sair suretlerle kısmen veya tamamen çoğaltılamaz, dağıtılamaz, kayda alınmaz. Bu dergide yayınlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Dergiye yapılan atıflarda "YÜHFD" kısaltması kullanılmalıdır.



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Cilt : IV Sayı : 1 Yıl : 2007

İÇİNDEKİLER

KAMU HUKUKU

TÜRKLÜĞÜ, CUMHURİYETİ, DEVLETİN KURUM VE ORGANLARINI AŞAĞILAMA SUÇU (5237 sayılı TCK m. 301)
Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK.....3
Yeditepe Üniversitesi ve Marmara Üniversitesi Hukuk Fakülteleri
Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi

VERGİ İDARESİNCE ÇIKARILAN SİRKÜLERİN VERGİ HUKUKU KARŞISINDAKİ DURUMU
Doç. Dr. Ahmet EROL.....37
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Vergi Hukuku Öğretim Üyesi

ÖZEL HUKUK

BANKA YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN İBRA EDİLMİŞ OLMASININ BANKACILIK KANUNUNA İSTİNADEN AÇILAN ŞAHSİ İFLAS DAVASINA ETKİSİ
Yrd. Doç. Dr. Necla Ağdağ-GÜNEY.....49
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku
Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

ALMAN HUKUKUNDA SAĞLIK YARDIMLARI

Yrd. Doç. Dr. Hediye LAÇİNER.....77
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Marmara Üniversitesi
İ.İ.B.F., İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi

**ULUSLARARASI EŞYA TAŞIMA SÖZLEŞMELERİNDE
SORUMSUZLUK ANLAŞMASI AKDETME İMKANI VE
SORUMLULUĞUN SINIRLARINDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI**

Yrd. Doç. Dr. Turkey ÖZDEMİR.....119
Niğde Üniversitesi İ.İ.B.F. Ticaret Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

**4875 SAYILI DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLAR KANUNU'NUN
TİCARİ İŞLETME HUKUKU BAKIMINDAN
DEĞERLENDİRİLMESİ – ÖZELLİKLE ŞUBE VE İRTİBAT
BÜROSU AÇILMASI-**

Yard. Doç. Dr. Halit AKER.....151
Niğde Üniversitesi İ.İ.B.F. Ticaret Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

**LONG-TERM CAPACITY RESERVATION CONTRACTS IN THE
EUROPEAN ENERGY MARKET LIBERALIZATION**

Av. Murat ŞEN.....205
T.C. Dışişleri Bakanlığı Hukuk Müşavirliği

**SÖZLEŞMENİN BATIL OLMASININ SÖZLEŞMEDEKİ TAHKİM
ŞARTINA YANSIMASI SORUNU BAKIMINDAN UNCITRAL
TASARISI VE VAROLAN DÜZENLEME SİSTEMLERİ**

Av. Nazım Olcay KURT.....229
Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk
Doktora Programı Öğrencisi

**TAHKİME UYGULANACAK HUKUK (LEX ARBITRI), TEORİK
TEMELLERİ VE DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ**

Dr. Bilgehan YEŞİLOVA.....263
İzmir Barosu Avukatlarından

KONUT KREDİLERİ VE TÜKETİCİNİN KORUNMASI

Dr. Bilgehan ÇETİNER.....351

İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Öğretim Üyesi

MÜŞTEREK HUKUK DÖNEMİ İLE AVRUPA BİRLİĞİ

ULUSLARÜSTÜ HUKUK DÜZENİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Av. Banu Bozkurt BOZABALI.....367

Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk

Doktora Programı Öğrencisi

İÇTİHAH KRONİĞİ

HUMK KAYNAK YASASI CPCN UYGULAMASI: NEUCHÂTEL

MAHKEMELERİNİN KARARLARI

Prof. Dr. Bilge UMAR.....397

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku ve İcra

İflas Hukuku Ana Bilim Dalı Başkanı

SEMPOZYUM

**AVRUPA, AB ÜYE DEVLETLERİ VE TÜRK
HUKUKUNUN GELİŞİMİ: AVRUPA'DA HUKUKUN
UYUMLAŞTIRILMASINA DOĞRU?**

12. YILLIK TOPLANTISI

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ'NDE YAPILAN

PARİS X – NANTERRE KONSORSİYUMUNDA SUNULAN

TEBLİĞLER

LES DROITS DES CONSOMMATEURS EN ESPAGNE:

UNE VISION GENERALE

Prof. Dr. Elsa Sabater BAYLE.....449

Universidad Publica de Navarra

**COMPETENCE OF THE NATIONAL ADMINISTRATION
TO OVERRULE NATIONAL LEGISLATION IN CASE OF
A CONFLICT WITH EUROPEAN LAW**

Christian Schliemann.....467

University of Humboldt

**PRIVATE INTERNATIONAL LAW: THE EUROPEAN
REFORM PROJECTS**

Prof. Dr. Heinrich DÖRNER.....487

University of Münster

**THE NEEDS OF TRANSPOSITION OF THE DIRECTIVE
2005/29/EC OF MAY 11 2005 CONCERNING UNFAIR
BUSINESS-TO-CONSUMER COMMERCIAL PRACTICES
IN THE INTERNAL MARKETS OF FRANCE AND
GERMANY**

Dr. Stephanie ROHLFING-DIJOUX.....499

Université Paris X-Nanterre

**RESPECT FOR POLICY DIVERSITY WITH SHARED
EUROPEAN SOCIAL CONCERNS: COMPANY-LEVEL
INFORMATION AND CONSULTATION RIGHTS IN
MEMBER STATES OF THE EUROPEAN UNION**

Dr. Peter JANSEN / Prof. Dr. Otmar SEUL.....511

Université Paris X-Nanterre

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY

FACULTY OF LAW

Volume : IV No : 1 Year : 2007

CONTENTS

PUBLIC LAW

**CRIME OF DEGRADING THE TURKISH NATION, THE REPUBLIC
OR THE OFFICIAL AUTHORITES OF THE REPUBLIC (ART. 301
OF THE CRIMINAL CODE)**

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK.....3

Yeditepe University and Marmara University Faculty of Law, Dept.
of Criminal and Criminal Procedure Law

LEGAL VALUE OF CIRCULARS ISSUED BY TAXE AUTHORITIES

Assoc. Prof. Dr. Ahmet EROL.....37

Yeditepe University Law Faculty, Dept. of Tax Law

PRIVATE LAW

**INDIVIDUAL BANKRUPTCY OF BANK DIRECTORS UNDER THE
BANKING ACT AND THE EFFECT OF RELEASE BY THE BANK'S
SHAREHOLDERS**

Asst. Prof. Dr. Necla AKDAĞ - GÜNEY.....49

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Commercial Law

HEALTH BENEFITS IN GERMAN LABOUR LAW

Asst. Prof. Dr. Hediye LAÇİNER.....77

Yeditepe University and Marmara University, Dept. of Labour
and Social Security Law

**ADMISSIBILITY OF DISCLAIMER NOTICES IN INTERNATIONAL
CONTRACTS FOR CARRIAGE OF GOODS AND AMENDMENTS
TO DISCLAIMER NOTICES**

Asst. Prof. Dr. Turhay ÖZDEMİR.....119
Niğde University, Faculty of Economics and Administrative
Sciences, Dept. of Commercial Law

**AN ANALYSIS OF FOREIGN DIRECT INVESTMENTS ACT NO.
4875 WITH A VIEW TO THE GENERAL PROVISIONS OF THE
COMMERCIAL CODE –WITH SPECIAL REFERENCE TO
BRANCHES AND REPRESENTATION OFFICES OF FOREIGN
COMPANIES-**

Asst. Prof. Dr. Halit AKER.....151
Niğde University, Faculty of Economics and Administrative
Sciences, Dept. of Commercial Law

**LONG TERM CAPACITY RESERVATION CONTRACTS IN THE
EUROPEAN ENERGY MARKET LIBERALIZATION**

Att. Murat ŞEN.....205
Turkish Ministry of Foreign Affairs, Dept. of Law Office

**EFFECT OF INVALIDITY OF AN AGREEMENT ON THE
VALIDITY OF ARBITRATION CLAUSE IN CONTEMPORARY
LEGAL SYSTEMS AND THE DRAFT AMENDMENTS TO THE
UNCITRAL RULES**

Att. Nazım Olcay KURT.....229
Yeditepe University, Private Law Ph. D Programme's Student

**THE LAW APPLICABLE TO ARBITRATION (LEX ARBITRI):
THEORIES AND DISCUSSIONS**

Dr. Bilgehan YEŞİLOVA.....263
Izmir Bar Association

MORTGAGES AND CONSUMER PROTECTION

Dr. Bilgehan ÇETİNER.....351

Istanbul University, Faculty of Economics

**A COMPARISON BETWEEN THE MEDIAVAL COMMON LAW
AND SUPRANATIONAL LAW OF THE EUROPEAN UNION**

Att. Banu Bozkurt BOZABALI.....367

Yeditepe University, Private Law Ph. D Programme's Student

CHRONICLE OF CASE REVIEWS

**CASE LAW RELATING TO CPNC AS THE MODEL OF TURKISH
CODE OF CIVIL PROCEDURE: NEÛCHATEL CASE REPORTS**

Prof. Dr. Bilge UMAR.....397

Yeditepe University Faculty of Law, Head of Chair for Civil

Procedure and Insolvency Law

**SYMPOSIUM: DEVELOPMENT OF LAW IN EUROPE,
THE EUROPEAN UNION AND TURKEY - THROUGH
UNIFICATION OF LAW IN EUROPE?**

**PAPERS DISCUSSED AT THE 12TH ANNUAL MEETING OF X-
NANTERRE CONSORSIUM HELD IN YEDİTEPE UNIVERSITY**

LES DROITS DES CONSOMMATEURS EN ESPAGNE:

UNE VISION GENERALE

Prof. Dr. Elsa Sabater BAYLE.....449

Universidad Publica de Navarra

**COMPETENCE OF THE NATIONAL ADMINISTRATION
TO OVERRULE NATIONAL LEGISLATION IN CASE OF
A CONFLICT WITH EUROPEAN LAW**

Christian Schliemann.....467
University of Humboldt

**PRIVATE INTERNATIONAL LAW: THE EUROPEAN
REFORM PROJECTS**

Prof. Dr. Heinrich DÖRNER.....487
University of Münster

**THE NEEDS OF TRANSPOSITION OF THE DIRECTIVE
2005/29/EC OF MAY 11 2005 CONCERNING UNFAIR
BUSINESS-TO-CONSUMER COMMERCIAL PRACTICES
IN THE INTERNAL MARKETS OF FRANCE AND
GERMANY**

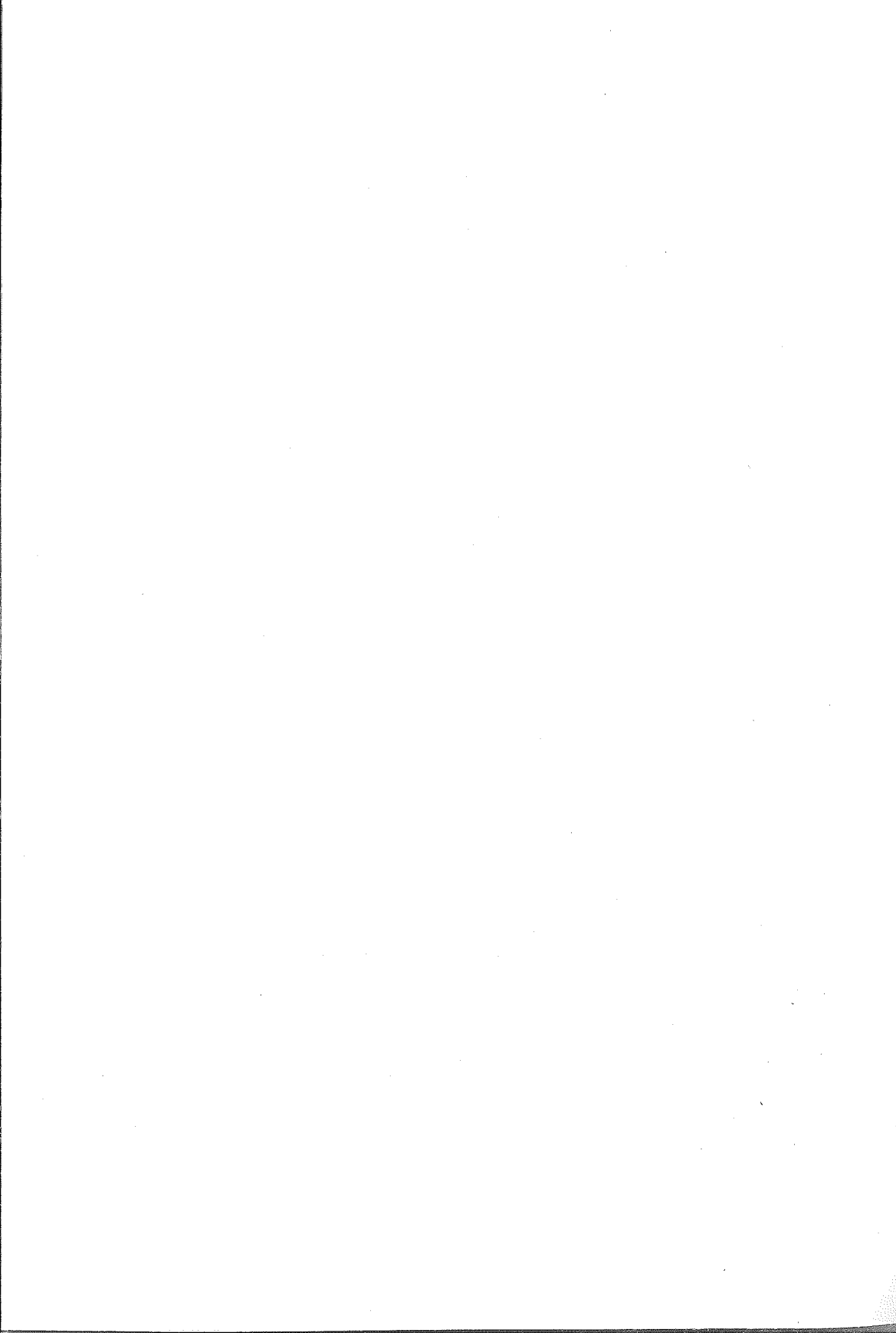
Dr. Stephanie ROHLFING-DIJOUX.....499
Université Paris X-Nanterre

**RESPECT FOR POLICY DIVERSITY WITH SHARED
EUROPEAN SOCIAL CONCERNS: COMPANY-LEVEL
INFORMATION AND CONSULTATION RIGHTS IN
MEMBER STATES OF THE EUROPEAN UNION**

Dr. Peter JANSEN / Prof. Dr. Otmar SEUL.....511
Université Paris X-Nanterre

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.
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
5. 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.
6. Her yazı, kaydedildiği bir diskette birlikte (ve başlığının İngilizce çevirisi de eklenmek suretiyle) A-4 boyutunda ve iki nüsha olarak teslim edilmelidir.
7. Dergiye gönderilen yazıların yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu, disketteki biçimiyle "basılmaya hazır olarak" verildiği kabul edilir.
8. Yayın Kurulu'nda 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.
9. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.



KAMU HUKUKU



TÜRKLÜĞÜ, CUMHURİYETİ, DEVLETİN KURUM VE ORGANLARINI AŞAĞILAMA SUÇU

(5237 sayılı TCK m. 301)

Prof. Dr. Mehmet Emin ARTUK*

GİRİŞ

Şerefe saldırı teşkil eden fiillerden bazıları sadece insan şerefine ihlalini cezalandırırken, diğerleri ise, şerefin dışında başka bazı değerlere zarar verilmesini yaptırım altına alırlar. Buna göre, sadece insan şerefine ihlal eden suç tipleri “genel tahkir suçları”; şereften başka bir takım değerlere tecavüz edenler ise, “özel tahkir suçları” olarak isimlendirilir¹.

Genel tahkir suçu olan hakaret, 5237 sayılı TCK.’nun ikinci kitabının, ikinci kısmının, “Şerefe Karşı Suçlar” başlıklı sekizinci bölümünde 125-131 inci maddeler arasında düzenlenmiştir².

TCK.’nun “Cumhurbaşkanına hakaret” başlıklı 299, “Devletin egemenlik alametlerini aşağılama” başlıklı 300, “Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin kurum ve organlarını aşağılama” başlıklı 301 ve “Yabancı devlet bayrağına karşı hakaret” başlıklı 341 inci maddelerinde ise, “özel tahkir suçları” düzenlenmiştir.

Özel tahkir suçu olan “Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin Kurum ve Organlarını Aşağılama Suçu”, 5237 sayılı TCK.’nun 301

* Marmara Üniversitesi ve Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakülteleri Ceza ve Ceza Usul Hukuku Öğretim Üyesi.

¹ Bkz. Erman, Sahir, Hakaret ve Sövme Suçları, 2. Baskı, İstanbul, 1989, s.3; Önder, Ayhan, Şahıslara ve Mala Karşı Cürümler ve Bilişim Alanında Suçlar, İstanbul 1994, s.229; Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 5. Baskı, Ankara 2005, s.231.

² Hakaret suçu ile ilgili olarak bkz. Yenidünya, Ahmet Caner-Alşahin, Mehmet Emin, Bireyin Şerefine Karşı Suçlar, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Ocak-Şubat 2007, s.43 vd.

inci maddesinde; “(1) Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisini alenen aşağılayan kişi, altı aydan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(2) Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askerî veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatanı tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.

(4) Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz” şeklinde düzenlenmiştir.

TÜRK HUKUKUNDAKİ DURUM

5237 sayılı TCK'nun 301 inci maddesinin, 765 sayılı eski TCK.'daki karşılığını teşkil eden 159 uncu madde, kanunun yürürlükte bulunduğu süre içerisinde çeşitli değişikliklere uğramıştı. Aşağıda 159 uncu maddede 1 Mart 1926 tarihinden 5237 sayılı TCK.'nun yürürlüğe girdiği 1 Haziran 2005 tarihine kadar yapılan değişikliklere ve TCK Tasarılarındaki duruma değinilecektir.

Bu suç 765 sayılı TCK.'nun ilk şeklinde, kanunun ikinci kitabının “Devletin Emniyetine Karşı Cürümler” başlıklı birinci babının “Devlet Kuvvetleri Aleyhinde Cürümler” isimli ikinci faslında yer almaktaydı. Maddenin ilk şekli³; “Büyük Millet Meclisini veya Hükümetin şahsı manevisini veya ordu ve donanmasının yahut Türklüğü tahkir ve tezyif edenler hakkında dahi bundan evvelki madde ahkamı tatbik olunur.

Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına sövenler altı ayı geçmemek üzere haps olunur ve otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur” biçiminde düzenlenmişti.

Bu suçtan dolayı takibat yapılabilmesi, 160 inci madde uyarınca, “Büyük Millet Meclisi Riyasetinden” izin verilmesi şartına bağlıydı.

³ 13.03.1926 tarihli ve 320 sayılı Resmi Gazete.

1936 tarih ve 3038 sayılı Kanunla 765 sayılı TCK'da önemli değişiklikler yapıldı. İnceleme konusu suçun düzenlendiği 765 sayılı TCK.'nun ikinci kitabının birinci babının başlığı, "Devletin Şahsiyetine Karşı Cürümler" olarak değiştirildi. Ayrıca birinci babın birinci faslının başlığı da değiştirildi ancak, 159 uncu maddenin bulunduğu ikinci faslın başlığında bir değişikliğe gidilmedi.

3038 sayılı Kanunla yapılan değişikliğin ardından madde metni⁴; "*Türklüğü, Büyük Millet Meclisini, Cumhuriyeti, Hükümetin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler bir seneden altı seneye kadar ağır hapis cezasile cezalandırılır.*

Devletin silahlı kuvvetlerini veya adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenlere de aynı ceza verilir.

Türkiye Cumhuriyeti Kanunlarına alenen söğenler altı ayı geçmemek üzere hapsolunur ve otuz liradan yüz liraya kadar ağır para cezasile cezalandırılır.

Türklüğü tahkir ve tezyif, yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse ceza üçte birden eksik olmamak üzere artırılır" şeklini aldı.

Yapılan değişiklikle suçun oluşabilmesi için "aleniyet" şartı arandı ve öngörülen yaptırım artırıldı.

Bu suçun yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenmesi haline ilk kez bu değişiklikle yer verilmiştir.

Türklüğün, Büyük Millet Meclisinin alenen tahkir ve tezyifi hallerinde takibat yapılması Büyük Millet Meclisi Reisinin ve bulunmadığı takdirde reise vekalet eden zatin (m.160/3); Cumhuriyetin, Hükümetin veya Adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif hallerinin kovuşturulması Adliye Vekaletinin (m.160/2); Devletin silahlı kuvvetlerini tahkir ve tezyif edenler hakkında takibat yapılması Milli Müdafaa Vekaletinin (m.160/3) iznine tabi kılınmıştı.

⁴ 23.6.1936 tarih ve 3337 sayılı Resmi Gazete.

765 sayılı TCK.'nun 159 uncu maddesi, 1938 tarih ve 3531 sayılı Kanunla⁵ değiştirildikten sonra; "Türklüğü, Büyük Millet Meclisini, Cumhuriyeti, Hükümetin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler bir seneden altı seneye kadar ağır hapis cezasile cezalandırılır.

Devletin askeri veya emniyet veya muhafaza kuvvetlerini veya adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenlere de aynı ceza verilir.

Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına alenen sövenler, altı ayı geçmemek üzere hapis ve 30 liradan 100 liraya kadar ağır para cezasile cezalandırılırlar.

Türklüğü tahkir ve tezyif, yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse verilecek ceza üçte birden eksik olmamak üzere artırılır" şeklini aldı.

Yapılan değişiklik çerçevesinde madde kapsamında korunan kurumlara "emniyet ve muhafaza kuvvetleri" dahil edildi.

Bunun yanında suçun kovuşturulmasının maddenin önceki şekillerinde olduğu gibi muhtelif mercilerin iznine bağlı olması doğru görülmemek üzere izin verme yetkisi sadece Adliye Vekaletine tanındı.

765 sayılı TCK.'nun 159 uncu maddesi, 1946 tarih ve 4956 sayılı Kanunla⁶ değiştirilerek; "Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevi şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askeri veya emniyet veya muhafaza kuvvetlerini veya adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler veya Büyük Millet Meclisinin meşruiyeti hakkında suizanni davet edecek şekilde alenen mütecevazane fiil ve hareketlerde bulunanlar bir seneden altı seneye kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılır.

Birinci fıkrada beyan olunan cürümlerin irtikabında hakaret ve tecavüze uğrayanın adı sarahaten zikredilmemiş veya hakaret veya tecavüz üstü kapalı geçirilmiş olsa bile mahiyetinde ve bi-

⁵ 16.07.1938 tarih ve 3961 sayılı Resmi Gazete.

⁶ 23.09.1946 tarih ve 6416 sayılı Resmi Gazete.

rinci fıkrada yazılı olanlardan birine matuf olduğunda tereddüt edilmeyecek derecede karineler varsa hem tecavüze uğrayanın adı zikredilmiş hem de tahkir, tezyif veya tecavüz tasrih kılınmış gibi muamele olunur.

Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına veya Büyük Millet Meclisi kararlarına alenen sövenler 15 günden altı aya kadar hapis ve 30 liradan 100 liraya kadar ağır para cezasıyla cezalandırılır.

Türklüğü tahkir ve tezyif yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse verilecek ceza üçte birden eksik olmamak üzere artırılır” şeklini aldı.

Yapılan değişiklikle “matufiyet” maddeye eklenmiş (f.2), maddi unsurun hareket kısmını oluşturan tahkir ve tezyifin yanında metne “hakaret” ve “tecavüz” ibareleri de eklenerek maddenin ahengi bozulmuştur.

Kovuşturma şartının yer aldığı 160 ıncı maddede yapılan değişiklikle ‘Adalet Vekaleti’ ibaresi “Adalet Bakanlığı” olarak değiştirilmiş ve suçun kovuşturulması Adalet Bakanlığının iznine tabi kılınmıştı.

765 sayılı TCK.’nun 159 uncu maddesi, 1961 tarih ve 235 sayılı Kanunla⁷ değiştirilmiştir. Maddede; “Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevi şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askeri veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya Adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler bir seneden altı seneye kadar ağır hapis cezası ile cezalandırılırlar.

Birinci fıkrada beyan olunan cürümlerin irtikabında muhatap sarahaten zikredilmemiş olsa bile onlara matufiyetinde tereddüt edilmeyecek derecede karineler varsa tecavüz sarahaten vukubulmuş addolunur.

Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına veya Büyük Millet Meclisi Kararlarına alenen sövenler 15 günden 6 aya kadar hapis ve 100 liradan 500 liraya kadar ağır para cezası ile cezalandırılır.

⁷ 12.01.1961 tarih ve 10705 sayılı Resmi Gazete.

Türklüğü tahkir yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır” denilmektedir.

Yapılan değişiklikle 4956 sayılı Kanunla eklenen “Büyük Millet Meclisinin meşruiyeti hakkında suizanni davet edecek şekilde alenen mütecevazine fiil ve hareketlerde bulunanlar bir seneden altı seneye kadar ağır hapis cezasıyla cezalandırılır” ibaresi madde metninden çıkarılmıştır.

765 sayılı TCK.’nun 159 uncu maddesi, 6.2.2002 tarih 4744 sayılı Kanunla⁸ değiştirilmiş ve “Türklüğü, Cumhuriyeti, Büyük Millet Meclisini, Hükümetin manevi şahsiyetini, Bakanlıkları, Devletin askeri veya emniyet muhafaza kuvvetlerini veya adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif edenler bir seneden üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılırlar.

Birinci fıkrada beyan olunan cürümlerin irtikâbında muhatap sarahaten zikredilmemiş olsa bile onlara matufiyetinde tereddüt edilmeyecek derecede karineler varsa tecavüz sarahatan vukubulmuş addolunur.

Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına veya Büyük Millet Meclisi kararlarına alenen sövenler 15 günden 6 aya kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Türklüğü tahkir yabancı memlekette bir Türk tarafından işlenirse verilecek ceza üçte birden yarıya kadar artırılır” şeklini almıştır.

Yapılan değişiklikle 159 uncu maddenin birinci fıkrasında yer alan “bir seneden altı seneye kadar ağır hapis” ibaresi “bir seneden üç seneye kadar hapis” olarak; üçüncü fıkrasındaki “15 günden 6 aya kadar hapis ve 100 liradan 500 liraya kadar ağır para cezası” ibaresi “15 günden 6 aya kadar hapis” olarak değiştirilmiştir.

3.8.2002 tarih ve 4771 sayılı Kanunla⁹ 159 uncu maddenin ilk dört fıkrası muhafaza edilmiş, maddeye beşinci fıkra eklenmiştir. Eklenen fıkra; “Birinci fıkrada sayılan organları veya kurum-

⁸ 19.02.2002 tarih ve 24676 sayılı Resmi Gazete.

⁹ 09.08.2002 tarih ve 24841 sayılı Resmi Gazete.

ları tahkir ve tezyif kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez” şeklindedir.

30.7.2003 tarih ve 4963 sayılı Kanunla¹⁰ 159 uncu maddenin birinci fıkrasında öngörülen yaptırım “altı aydan üç seneye” olarak, beşinci fıkra ise; “tahkir, tezyif ve sövme kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez” şeklinde değiştirilmiştir.

İnceleme konusu suç, 1997 TCK öntasarısının ikinci kitabının, “Millete, Devlete ve Kamusal Barışa Karşı Suçlar” başlıklı üçüncü kısmının, “Devletin Egemenlik Alametlerine, Organlarına ve Memurlarına Hakaret Suçları” başlıklı altıncı bölümünde, “Manevi varlığa hakaret” isimli 427 nci maddesinde¹¹; “*Türklüğü, Türk Milletini, Türkiye Devletini, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Bakanlar Kurulunu, bakanlıkları, Devletin askeri veya emniyet ve muhafaza kuvvetlerini veya adliyenin manevi varlığını alenen tahkir ve tezyif eden kimseye bir yıldan altı yıla kadar hapis cezası verilir.*”

Birinci fıkrada yazılı cürümlerin işlenmesinde, hakaret edilen açıkça belirtilmemiş olsa bile, onlara yönelik bulunduğu tereddüt edilmeyecek bir durum varsa, hakaret edilen açıklanmış gibi kabul edilir.

Devletin askeri veya emniyet ve muhafaza kuvvetlerinin tümünü temsil edici bir kısmının tahkiri ve tezyifi halinde de birinci fıkra hükmü uygulanır.

Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına veya Türkiye Büyük Millet Meclisi kararlarına alenen sövenlere bir aydan altı aya kadar hapis cezası verilir.

Türklüğü, Türk Milletini veya Türkiye Devletini tahkir ve tezyif, bir yabancı memlekette bir Türk vatandaşı tarafından işlenirse verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.

¹⁰ 07.08.2003 tarih ve 25192 sayılı Resmî Gazete.

¹¹ T.C. Adalet Bakanlığı Türk Ceza Kanunu 1997 Ön Tasarısı, Ankara 1997, s.118-119.

Bu maddede yazılı suçlar Adalet Bakanının izni ile kovuşturulur” şeklinde düzenlenmiştir.

Bu suç 2000 TCK Tasarısının 428 inci maddesinde yukarıdaki Tasarı metnine benzer biçimde yer almıştır¹². Ancak 2000 TCK tasarısında birinci fıkradaki suçun yaptırımını “bir yıldan üç yıla kadar hapis” olarak öngörülmüş, sadece “Türklüğün, Türk Milletinin, Türkiye Devletinin tahkir ve tezyif edilmesi” Adalet Bakanının iznine tabi tutulmuştur.

Aysel Çelikel’in bakanlığı sırasında hazırlanan TCK Tasarısında, 1997 ve 2000 TCK Tasarılarında yer alan “Türk Milleti”, “Bakanlar Kurulu”, “Devletin askeri veya emniyet ve muhafaza kuvvetlerinin tümünü temsil edici bir kısmının tahkiri ve tezyifi halinde de birinci fıkra hükmü uygulanır” ibarelerine yer verilmemiş; “Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına veya Türkiye Büyük Millet Meclisi kararlarına alenen sövenlere **onbeş gündен** altı aya kadar hapis cezası” verileceği, Türklüğü tahkirin yabancı memlekette bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi durumunda verilecek cezanın üçte birden **yarıya kadar** artırılacağı öngörülmüştür. Ayrıca maddeye, “eleştiri maksadıyla yapılan yazılı, sözlü veya görüntülü düşünce açıklamalarının” cezayı gerektirmediğine ilişkin bir fıkra eklenmiştir. Bunun yanında bu suç ile ilgili olarak herhangi bir izin şartına madde metninde yer verilmemiştir.

İnceleme konusu suç ile ilgili 12.5.2004 tarihinde Adalet Komisyonu Başkanlığı’na sevk edilen TCK Tasarısında (Hükümet Tasarısı) yer alan hüküm, Aysel Çelikel’in bakanlığı sırasında hazırlanan tasarıda yer alan metnin aynısıdır.

Adalet Alt Komisyonunda kabul edilen Türk Ceza Kanunu Tasarısının 304 üncü maddesinde¹³; “(1)Türklüğü, Cumhuriyeti veya Türkiye Büyük Millet Meclisini alenen aşağılayan kişi bir yıldan üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

¹² T.C. Adalet Bakanlığı Türk Ceza Kanunu Tasarısı ve Türk Ceza Kanununun Yürürlüğe Konulmasına ve Mevzuata Uyumuna Dair Kanun Tasarısı, Ankara 2000, s.131.

¹³ Tutanaklarla Türk Ceza Kanunu, T.C. Adalet Bakanlığı Yayın İşleri Dairesi Başkanlığı, Ankara 2005, s.1037-1038.

(2) Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askeri veya emniyet teşkilatını alenen aşağılayan kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

(3) Türklüğü aşağılamanın yabancı bir ülkede bir Türk vatan-daşı tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte bir oranında artırılır.

(4) Aşağılamak kastı bulunmaksızın, sadece eleştirmek maksadıyla yapılan düşünce açıklamaları cezayı gerektirmez” denilmektedir.

Adalet Alt Komisyonunun hazırladığı metinde suçun konusunu oluşturan değer ve kurumlar göz önünde bulundurulacak cezalandırmada bir derecelendirmeye gidilmiş, birinci ve ikinci fıkra için farklı yaptırımlar öngörülmüştür.

Bunun yanında maddi unsurun hareket kısmını oluşturan “tahkir ve tezyif” terimi yerine “aşağılama” ibaresine yer verilmiştir.

“Hükümetin manevi şahsiyeti” yerine “Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti”; “Adliyenin manevi şahsiyeti” yerine “Devletin yargı organları”; “askeri veya emniyet muhafaza kuvvetleri” yerine, “askeri veya emniyet teşkilatı” terimleri kullanılmıştır.

MUKAYESELİ HUKUKTAKİ DURUM

Genel Olarak

Mukayeseli hukukta ve özellikle Avrupa ceza kanunlarında 301 inci maddeye benzer hükümler ilk defa konulmak istendiğinde, bu tür hükümlerin faydadan çok zarar getireceği belirtilerek ve çeşitli gerekçelerle bu hükümlere karşı çıkmıştır. Buna göre, devletin madde ile korunan yüksek değer ve kurumlarını tahkir etmenin mümkün olmadığı, basit bir takım tecavüz ve hakaretlerin o kurumların seviyesine kadar yükselmeyeceği ileri sürülmüştür. Bunun yanında, demokratik ülkelerde yasama organlarının müzakere ve münakaşa tarzına bakarak, tahkir edici sözlerle kendisini küçük düşüren bir meclisi dışarıdan tahkir ve tezyif etmenin düşünülmemeyeceği ifade edilmiştir. Ayrıca, işlerin kötü gitmesinden kaygılanan ve ümitsizliğe kapılan halkın tek sorumlu olarak karşısında bu yük-

sek organları görmesinden dolayı onlara karşı bazen saygısızca konuşmalarını hoş görmek gerektiği belirtilerek, ceza kanunlarına bu şekilde hükümler konulması eleştirilmiştir. Bütün bu eleştirilere rağmen, Avrupa’da hemen her devletin ceza kanununda benzeri hükümlere rastlamak mümkündür¹⁴. Aşağıda mukayeseli hukukta TCK.’nun 301 inci maddesinin muadili olan hükümler incelenecektir.

İtalyan Hukuku

1889 İtalyan Zanardelli Kanunu

765 sayılı TCK.’nun 159 uncu maddesinin karşılığı, 1889 İtalyan (Zanardelli) Ceza Kanununda iki ayrı maddede yer almıştır¹⁵. 123 üncü maddede; *“Her kim, Senato veya Millet Meclisini alenen tahkir ve tezyif ederse (vilipende) bir aydan otuz aya kadar hapis ve (...) para cezası ile cezalandırılır.*

Eğer tecavüz Senato veya Millet Meclisi huzurunda gerçekleşirse, altı aydan üç yıla kadar hapis ve (...) ağır para cezası ile cezalandırılır” denilmektedir. Aynı kanunun 126 ncı maddesine göre; “Devletin anayasal kuruluşlarını alenen tahkir ve tezyif eden, altı aya kadar hapis veya (...) para cezası ile cezalandırılır.” 123 üncü madde hakkında takibat yapılmasına ilişkin hüküm kanunun 124 üncü maddesinde yer almaktadır. Buna göre; “(...) 123 üncü maddede belirtilen hallerde kovuşturma Adalet Bakanının izniyle gerçekleştirilecektir”.

1889 İtalyan Ceza Kanununda Devlet kurumları arasında bir ayırım yapılarak yasama organının tahkir ve tezyifi daha ağır biçimde cezalandırılmıştır. Bu maddenin 765 sayılı TCK’ya iktibası sırasında kurumlar arasındaki ayrıma yer verilmemiştir.

¹⁴ Sancar, Türkan Yalçın, “Türklüğü, Cumhuriyeti, Meclisi, Hükümeti, Adliyeti, Bakanlıkları, Devletin Askeri ve Emniyet Muhafaza Kuvvetlerini” Alenen Tahkir ve Tezyif Suçları (Eski TCK m.159/1- Yeni TCK m.301/1-2), 2. Baskı, Ankara 2006, s.41.

¹⁵ Kanun metni için bkz. Code Pénal D’italie, 30 Juin 1889, Traduit, Annoté, et précédé D’une Introduction par Jules Lacoïnta, Paris, Imprimerie Nationale, M. DCCC XC.

1930 İtalyan (Rocco) Ceza Kanunu

1930 İtalyan Ceza Kanununun 1957 yılında değiştirilen 290 ıncı maddesinde¹⁶; “Aleni olarak (m.266/4) Cumhuriyeti, yasama organlarını veya onlardan birini, Hükümeti, Anayasa Mahkemesini veya yargı organlarını tahkir ve tezyif eden, (beschimpft) altı aydan üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

Aynı ceza Devletin silahlı veya muhafaza kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif edenlere de uygulanır” denilmektedir.

1930 İtalyan Ceza Kanununda maddede korunan devlet kurumları arasındaki yaptırım farkı ortadan kaldırılmış ve 1889 İtalyan Ceza Kanununa göre bu suç işleyenlere verilecek ceza miktarları artırılmıştır.

Kanunun 291 inci maddesinde; “Aleni olarak (m.266/4) İtalyan Milletlini tahkir ve tezyif eden (beschimpft) bir seneden üç seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır” denilmektedir.

292 bis maddesine göre¹⁷; “(...) 290 ıncı maddenin 2 nci fıkrasındaki suç, görevde bulunmayan bir askeri şahıs tarafından işlenirse verilecek ceza artırılır.

Görevde bulunmayan askeri şahıstan, aktif olarak askerliğini yapmasa da Askeri Ceza Kanununun 8 ve 9 uncu maddelerine göre barış için devletin silahlı kuvvetlerine bağlı olan kişi anlaşılır”.

293 üncü madde¹⁸, 291 ve 292 nci maddelerde yer alan suçların, vatandaşı tarafından yabancı ülkede (m.4/1, 242/3) işlenmesini cezanın artırılmasını gerektiren bir sebep olarak öngörmüştür.

Polonya Ceza Kanunu

1997 tarihli Polonya Ceza Kanununun 133 üncü maddesi; “Her kim Polonya Halkını (das Volk ...Polen) veya Cumhuriyetini

¹⁶ 290 ıncı madde, 30.07.1957 tarih ve 655 sayılı kanununun 1. maddesi ile son şeklini almıştır. Kanun metni için bkz. Italienisches Strafgesetzbuch-Codice penale italiano, Stand: 30.4.1995, Testo aggiornato al 30 aprile 1995, (Übersetzer: Roland Riz-Johanna Bosch), Bozen 1995.

¹⁷ 292 bis maddesi, 23.3.1956 tarih ve 167 sayılı Kanun ile Ceza Kanununa eklenmiştir. Madde metni için bkz. Italienisches Strafgesetzbuch, s.221.

¹⁸ Madde metni için bkz. Italienisches Strafgesetzbuch, s.221.

alenen tahkir ve tezyif ederse (verunglimpft), üç yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır”¹⁹ şeklindedir.

Alman Ceza Kanunu²⁰

Alman Ceza Kanununun “Devletin ve devletin alametlerinin tahkiri” başlıklı 90a maddesinde; “aleni olarak, toplantıda veya yazıların çoğaltılması sonucu (§11/3) (f.1) Almanya Federal Cumhuriyetini (die Bundesrepublik Deutschland) veya eyaletlerinden birini veya Anayasal Düzeni tahkir eden veya kötü niyetli olarak küçük düşüren (b.1) veya

Federal Alman Cumhuriyetinin veya eyaletlerinden birinin renklerini, bayrağını, armasını veya milli marşını tahkir eden (b.2) üç seneye kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır.

Federal Alman Cumhuriyeti veya Eyaletlerinden birinin bayrağını veya yetkili merci tarafından aleni olarak kullanılan hakimiyet armasını yerinden çıkartan, imha eden, zarar veren, kullanılmaz veya tanınamaz hale getiren ya da tahkir veya tezyif edici davranışlarda bulunan aynı şekilde cezalandırılır (f.2).

Kasti olarak Federal Alman Cumhuriyetinin varlığına veya Anayasal ilkelere aykırı harekette bulunan beş seneye kadar hapis veya para cezası ile cezalandırılır (f.3)” denilmektedir.

Alman Ceza Kanununun 90b maddesi, Anayasal organlara tahkir ve tezyif suçunu düzenlemektedir. Buna göre, her hangi bir toplantıda veya yayın yoluyla yasama organını, federal devletin veya bir eyaletin hükümetini veya Federal Anayasa Mahkemesini veya Federe Devletler Anayasa Mahkemelerini veya bu organların bir üyesini devletin saygınlığını bozacak bir tarzda alenen tahkir ve tezyif eden ve bu suretle Federal Alman Cumhuriyetinin varlığını veya Anayasal ilkelerini kasten ihlal eden, üç aydan beş seneye kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Maddenin ikinci fıkrasına göre, suç ilgili Anayasal kurumun veya üyesinin izni ile kovuşturulabilmektedir.

¹⁹ Kanun metni için bkz. Das polnische Strafgesetzbuch- Kodeks karny, (Deutsche Übersetzung und Einführung von Ewa Weigend), Freiburg in Breisgau 1998.

²⁰ Kanun metni için bkz. Strafgesetzbuch, 31. Auflage, Back-Texte im dtv, 1998.

İspanyol Ceza Kanunu²¹

Madde: 543 İspanyanın tahkir ve tezyifi

Sözlü, yazılı veya fiili aşağılamalarla İspanyayı, bağımsız topluluklarını, simge ve amblemlerini alenen tahkir ve tezyif eden (...) para cezası ile cezalandırılır.

Fransız Hukuku

29 Temmuz 1881 tarihli Fransız Basın Kanunu²²

Fransız Basın Kanununun 30. maddesine göre; “23 ‘üncü maddede belirtilen vasıtalarla (kamuya ait yerlerde yahut toplantılarda yapılan konuşmalar, atılan sloganlar, tehditler, buralarda satılan veya dağıtılan, satışa çıkarılan veya sergilenen yazılar, çizimler, resimler, amblemler, görüntüler vs.) mahkemelere, kara, deniz ve hava kuvvetlerine, resmi kurumlara, kamu idarelerine yönelik tahkir ve tezyif, hapis ve para cezası veya bu cezalardan sadece biri ile cezalandırılır”.

30 uncu maddede sayılı kurum ya da mahkemelere yönelik tahkir ve tezyif ile ilgili kovuşturma, ancak kurumun genel kurulu tarafından incelendikten sonra talep halinde veya kurumun genel kurulu yoksa kurumun başı ya da kurumun bağlı olduğu bakanın şikayeti üzerine yapılır (m.48/1).

BU SUÇLA KORUNAN HUKUKİ DEĞERLER

301 inci madde ile bir takım değer ve kurumların aşağılanması yaptırım altına alınmıştır. Bu hükümle korunan değerler, Türklük, Cumhuriyet, kurumlar ise, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Devletin yargı organları, askeri kuvvetleri ve emniyet teşkilatından ibarettir. Aşağıda maddede yer alan değer ve kurumlarla ilgili açıklamalara değinilecektir.

²¹ Kanun metni için bkz. Das spanische Strafgesetzbuch- Código Penal, (Deutsche Übersetzung von Markus Hoffmann- Einführung von Enrique Bacigalupo), Freiburg in Breisgau 2002.

²² Kanun metni için bkz. Code Pénal, Nouveau Code Pénal, Ancien Code Pénal, Dalloz, 1996-1997.

“Türklük” terimine 765 sayılı TCK’nun 159 uncu maddesinin ilk şeklinde yer verilmişti²³.

Türk terimi sözlükte; 1.Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde yaşayan halk ve bu halktan olan kimse, 2. Asya ve Doğu Avrupa’da yaşayan, Türkçe’nin çeşitli lehçelerini konuşan soy ve bu soydan olan kimse olarak tanımlanmıştır. Türklük ise; Türk olma durumu, Türklerin meydana getirdiği topluluktur²⁴.

Türklük doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Bir görüşe göre²⁵, Türklük, Türk milletini, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde ve dışında bir takım ortak değerleri paylaşan insanların değerlerinin bütününe ifade eder. Bu değerler; din, dil, gelenekler, kültür, inanç, tarih gibi öğelerdir.

Diğer görüşe göre; Türklük, Türk milletini ve milleti meydana getiren Türkleri, Türklerin insani, ahlaki, dini ve milli temayüllerini, inançlarını, milli dili, milli tarihi, milli duyguları, milli gelenekleri ve benzeri Milleti meydana getiren manevi değerler bütününe anlatır. Mili manevi değerler bütününe meydana getiren unsurlardan birine (örneğin milli diline veya duygularına) her hangi bir şekil ve nitelikte saldırı ile Türklüğü küçük düşürücü ve aşağılayıcı sözler veya hareketler bu suçu oluşturur²⁶.

²³ 765 sayılı TCK’nun ilk şeklinde bu suç; “Büyük Millet Meclisini veya Hükümetin şahsı manevisini veya ordu ve donanmasının yahut türklüğü tahkir ve tezyif edenler hakkında dahi bundan evvelki madde ahkamı tatbik olunur. Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına sövenler altı ay geçmemek üzere haps olunur ve otuz liradan yüz liraya kadar ağır cezayı nakdiye mahkum olur” şeklinde düzenlenmişti. R.G. 13.3.1926.

²⁴ Türk Dil Kurumu, Türkçe Sözlük, 2, İstanbul 1992, s.1504.

²⁵ Savaş, Vural-Mollamahmutoglu, Sadık, Türk Ceza Kanununun Yorumu 2, 2. Baskı, Ankara 1998, s.2006; Gündel, Ahmet, Açıklamalı-İçtihatlı Atatürk’e, Cumhurbaşkanı, Cumhuriyete, Hükümete Hakaret Suçları - Yasadışı Yakalanan ve Tutuklananlara Tazminat Verilmesi Davaları, Ankara 1997, s.88. Çetin, Erol, Yeni Türk Ceza Yasasındaki Hakaret Suçları, 2. Baskı, Ankara 2005, s.175.

²⁶ Gözübüyük, Abdullah P., Türk Ceza Kanunu Açıklaması, C.: 2, 4. Bası, İstanbul, s.691; “Milletvekilleri seçimi için yapılacak ön seçimlere dair birkaç kişi arasında yapılan konuşma sırasında sanığın (iyilerin arasından kötülerini seçiyorlar, esasen Türkiye yiyici ve kötü bir memlekettir) tarzında sözler sarf ettiği iddia ve kabul edilerek Türklüğü tahkir ve tezyifle mahkumiyetine karar verilmiştir.

TCK’nun 159. maddesindeki Türklük’ten maksat Türk milletini meydana getiren insani, ahlaki, dini, tarihi değerler ile milli dil, mili duygular, milli geleneklerden meydana gelen milli manevi değerler bütünüdür. Bu manevi değerler bütününe saldırı halinde ancak Türklüğü tahkir ve tezyif sözkonusu olabilir. (Casabianca, Code Pénal, d’italie madde 291

301 inci maddenin gerekçesinde, Türklük deyimi ile ilgili olarak, “dünyanın neresinde yaşarsa yaşasınlar Türklere has müşterek kültürün ortaya çıkardığı ortak varlık anlaşılır. Bu varlık Türk Milleti kavramından geniştir ve Türkiye dışında yaşayan ve aynı kültürün iştirakçileri olan toplumları da kapsar” denilmektedir.

Bu değişik tanımlar farklı yorumlara neden olmakta, böylece suçta kanunilik prensibinin sonucu olan “**belirlilik kuralının**” ihlaline neden olunmaktadır.

Kanımızca madde metninde Türklük terimi yerine daha belirgin bir ifade olan “Türk Milleti” deyiminin kullanılması gerekmektedir. Zira Türklük, Türk Milletine göre daha geniş bir kavram olup, suçun kapsamını genişletmektedir. Mukayeseli hukukta bazı kanunlar bu sakıncayı dikkate alarak “millet-halk” deyimine yer vermişlerdir. Nitekim 19.10.1930 İtalyan Ceza Kanununun 291 inci maddesinde, “İtalyan Milleti (nazione italiana)”; 6.6.1997 Polonya Ceza Kanununun 133 üncü maddesinde; “Polonya Halkı (das Volk ...Polen)” terimleri kullanılmıştır.

Buna karşılık 5237 sayılı Türk Ceza Kanununa benzer bir düzenleme 23.11.1995 İspanyol Ceza Kanununun 543 üncü maddesinde; “İspanyanın aşağılanması” şeklinde yer almaktadır. 15.05.1871 Federal Alman Ceza Kanununun 90a maddesinde; “Almanya Federal Cumhuriyetinden (die Bundesrepublik Deutschland)” bahsedilmiş, bunun yanında, “Almanya’nın veya Alman halkının aşağılanmasına” ilişkin bir ibareye yer verilmiştir.

Cumhuriyet, egemenliğin halka ait olduğu devlet yönetim biçimidir. 1982 Anayasasının 1 inci maddesine göre, Türkiye Devleti bir Cumhuriyettir. 2 nci maddede ise, Cumhuriyetin nitelikleri belirlenmiştir. Cumhuriyet; toplumun huzuru, milli dayanışma ve

ve Gözübüyük, Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Şerhi 2. Cilt, 3. Bası, Sh. 146); Bu sebeple, seçimde görülen türlü yolsuzlukları vesile yaparak ve sırf bu yolsuzlukları kastederek yukarıdaki sözlerin sarfıyla Türklüğün tahkir ve tezyif edildiğini kabul, kanunun sözüne, özüne ve maksadına aykırı ve tebliğnamedeki düşünce ile sanığın temyiz itirazları bu itibarla yerinde görüldüğünden, hükmün bu sebeplerden dolayı bozulmasına, oybirliği ile karar verildi” Yarg. 1. CD. 25.06.1999 tarih ve 1665/1980 sayılı karar, **Savaş-Mollamahmutoğlu, II, s.2038.**

adalet anlayışı içinde, insan haklarına saygılı, Atatürk milliyetçiliğine bağlı, başlangıçta belirtilen temel ilkelere dayanan, demokratik, laik ve sosyal bir hukuk Devletidir. Ayrıca Anayasanın 4 üncü maddesine göre; devletin şeklinin Cumhuriyet olduğu hakkındaki hüküm ile, 2 nci maddesindeki Cumhuriyetin nitelikleri değiştirilemez, değiştirilmesi teklif edilemez.

“Cumhuriyet” deyiminden, Türkiye Cumhuriyeti Devleti anlaşılmalıdır. Nitekim Yargıtay 765 sayılı TCK döneminde, "T.C. Anayasasına göre hiçbir surette değiştirilemeyecek olan Cumhuriyet devletimizin idare şekli ve sembolü olup TCK'nın 159'uncu maddesinde müstakil olarak devletten söz edilmemesinin onun bu madde kapsamı dışında kaldığı anlamına..... gelmez" şeklinde içtihatla bulunmuştur²⁷.

Görüldüğü gibi 1982 Anayasası tarafından önemli kabul edilen Cumhuriyet, TCK'nun 301 inci maddesinde güvence altına alınmıştır.

“Türkiye Büyük Millet Meclisi”, yasama yetkisine sahip olan anayasal (Anayasanın 7 nci maddesine göre; ‘Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisindedir. Bu yetki devredilemez’) organdır. Türkiye Büyük Millet Meclisinde yer alan milletvekillerini hedef alan aşağılayıcı söz ve fiiller tek başına 301 inci madde kapsamında değerlendirilemez²⁸.

“Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti” tabiri, devletin yürütme organı olarak başbakan ve bakanlardan oluşan bakanlar kurulunun tümünü ifade etmektedir. Bakanlar kurulu Anayasa'nın 109 ve devamı maddelerinde düzenlenmiştir. Hükümet tabiri bakanlar kurulunun tümünü ifade ettiğinden, tek tek başbakana ya da bakanlara hakaret veya sövme 159'uncu madde kapsamına girmez²⁹.

²⁷ Yarg. 9. CD, 21.2.1978, 671/743, Gözübüyük, C.:2, s.718. “Dava konusu gayri mevkenenin muhtelif sahifelerinde yer alan, Türkiye Cumhuriyeti Devleti'ne yönelik olarak aynı kast altındaki ‘katil Devlet’, ‘sömürgeci, soykırımcı Devlet’ gibi ısrarlı belirlemelerin açıkça Devletin manevi şahsiyetini içerdiği gözetilmeden sanıkların müsnet suçtan mahkumiyetleri yerine yerinde görülmeyen gerekçelerle beraatlerine karar verilmesi kanuna aykırıdır.” Yarg. 9. CD. 05.12.1995 tarih ve 6495/6456 sayılı karar, Çetin, s.194.

²⁸ Bkz. Sancar, s.94

²⁹ Gündel, s.89-90.

Yargıtay, iktidar ile hükümetin aynı anlama gelmediğini, iktidarı aşağılayıcı sözler dolayısıyla mahkumiyet hükmü kurulamayacağını belirtmiştir³⁰.

“Devletin yargı organları”, yalnız yargı makamını değil, savcılığı da kapsar. Fakat bu kavram adliyeye yardımcı mesleklere şamil değildir. Yargı organı teriminden maksat sadece adliye mahkemelerini ifade etmez, diğer yargı organları da bu kavram dahilindedir. Burada hedef, adliyenin, kendini meydana getiren hakimlerle, Cumhuriyet Savcılarının şahıslarından tamamen ayrı olarak her türlü saldırılara karşı korunmasıdır. Saldırı, yargı organının bütününe yöneltilmiş olmalıdır. Bu itibarla hakimler veya Cumhuriyet Savcılarında bir kısmını veya bir mahkeme heyetini aşağılama 301 inci madde kapsamına girmez³¹.

“Devletin askeri teşkilatı”ndan maksat, Türk Silahlı Kuvvetleri, yani Ordudur. Bu bakımdan Orduyu temsil eden Genelkurmay Başkanlığı'nın ya da Türk Silahlı Kuvvetlerinin ana unsurları olan kara, hava ve deniz kuvvetlerinin her birinin bütün olarak hedef alınması halinde 301'inci maddenin tatbik imkanı doğacaktır³².

³⁰ “İktidar sözcüğünün hükümetle eş anlamda olmadığı ve suça konu yazıların ağır eleştiri niteliğini aşmadığı, tahkir ve tezyifi kapsamadığı gözetilmeden yazılı düşüncelerle mahkumiyet hükmü tesisi kanuna aykırıdır” Yarg. 9. CD. 01.11.1988 tarih ve 3549/7711 sayılı karar, Çetin, s.199; “...MC Hükümeti değil halka bir şeyler götürmek, ellerinde olanları da en kısa zamanda almak için hayasızca icraat yapıyor...” denilmek suretiyle, hükümetin manevi şahsiyetini tahkir ve tezyif ettiği mezkur Derginin incelenmesinden anlaşılmış ve vicdani kanaat ve bu yolda tahavvül etmiştir.

Hayasız sözcüğü bizatihi tahkir ve tezyifi tazammum eden sözlerden olduğu ve bu sözün Hükümete yönelik bulunduğu ayrıca hiçbir açıklamaya yer bırakmayacak biçimde açık seçik ortadadır. Mahkeme, yukarıda sözü edilen kararında sanığın açıklamasını aynen olarak bu cümlede yer alan sözcüklerin suçu oluşturduğunu ve oluşan suçun niteliğini de belirtmiş bulunmaktadır. Açık olan bir şeyin izahına gerek yoktur. O halde Mahkeme kararında yeterli ve yasal gerekçenin gösterildiği anlaşılmaktadır.

Bu nedenle, itirazın kabulü ile özel daire bozma kararının kaldırılmasına...” Yarg. CGK. 29.01.1979 tarih ve 9-504/40 sayılı karar, Gündel, s. 100, 101.

³¹ bkz. Gözübüyük, A. Pulat, Alman, Fransız, İsviçre ve İtalyan Ceza Kanunlarıyla Mukayeseli Türk Ceza Kanunu Gözübüyük Şerhi, C.: II, İstanbul, tarihsiz, s.230. “Sanığın, genelleme yaparak tüm cumhuriyet savcılarına yönelik olarak söylediği sabit olan sözlerde, adliyenin manevi şahsiyetini alenen tahkir ve tezyif etmek suçunun oluştuğu gözetilmeden, bu suçtan mahkumiyeti yerine, oluşa uymayan ve kendi içinde çelişen gerekçeyle beraatine karar verilmesi, yasaya aykırıdır” Yarg. 9. CD. 22.03.2001 tarih ve 538/874 sayılı karar, Çetin, s.183.

³² “Sanığın olay günü askeri disipline aykırı davranışlarından dolayı nezaret altına alınmasına kızarak görevli iki subaya ana avrat sövdükten başka ve ayrıca ‘Bu ordunun anasını

“Devletin emniyet teşkilatı” tabiri ise, vatandaşların güvenliğini sağlayan, suç faillerini yakalayan Emniyet Genel Müdürlüğü ile Jandarma Genel Komutanlığı’na bağlı polis ve jandarma güçlerini ifade etmektedir. Emniyet ya da jandarma güçlerinin tamamının ayrı ayrı hedef alınması halinde 301’inci maddede yer alan suç oluşacaktır. TCK’nın 301’inci maddesinde gösterilen bu suçların oluşumu için hedef alınan birimlerin bütününün ya da bütünü oluşturan ana unsurların kastedilmesi gereklidir³³. Kişi devletin

avradını s.k. edeyim. Bütün subaylar ve astsubayların anasını avradını s.k. edeyim’ sözlerini bilerek ve isteyerek sarfetmesine, sarfettiği bu sözleri ile devletin askeri kuvvetlerini temsil eden varlığa hakaret ve tezyif etmesine, tüm asker kişilere açık bir mahalde ve birden fazla asker kişilerin önünde bu suçu işlemiş olmasına, dolayısıyla olayda aleniyet unsurunun da gerçekleşmiş bulunmasına göre, sanığın dava konusu eyleminde devletin askeri kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif suçunun kanuni unsurlarının, özellikle kast unsurunun oluştuğu ve direnme hükmünün hatalı olduğu anlaşılmaktadır” As. Yrg. Drl. Krl., 18.11.1982 tarih ve 234/232 sayılı karar, **Savaş-Mollamahmutoğlu, II**, s.2029; “Mahkeme kararında ve C.Başsavcılığının itiraz yazısında belirtildiği üzere, sanık dava konusu hakaret sözlerini bütün subayları kapsayacak biçimde sarfetmiştir. Bu arada üstteğmeninden ayrıca söz etmesi kastının belirli subay ve subaylara yönelmiş olduğunu göstermez. Sanığın, dosyada yazılı çirkin sözleri en küçük rütbeli subaydan en üst dereceli komutana kadar bütün subay topluluğunu ve tümüyle Türk Ordusunu ve askeri kuvvetlerini küçük düşürücü niteliktedir. Askeri kuvvetlerin emir ve komutan mevkiinde bulunan her türlü sevk ve idare yetkisini taşıyan, bu yönden ordunun ana unsurunu teşkil eden subaylara genel bir ifade ile ve herhangi bir ayırım gözetilmeksizin yapılan bu saldırının askeri kuvvetlere yöneltildiğinde şüphe yoktur. Olayın umuna açık bir lokantanın kapı yanındaki masasında ve dinlenen tanıklar yanında ceryan edışı ise eylemde aleniyet unsurunun oluştuğunu göstermektedir.

Şu hale göre; yerinde görülen itirazın kabulüyle, özel dairece verilen bozma kararının kaldırılması ve yasaya uygun bulunan hükmün onanması gerekir” Yarg. CGK. 19.02.1973 tarih ve 2-896/152 sayılı karar, **Savaş-Mollamahmutoğlu, II**, s.2031; “Dava konusu 27.9.1993 tarihli Ö.G. Gazetesinde yayımlanan “Asker Elbiseli İtirafçılar Operasyonu Katılıyor” başlıklı yazı kapsamı itibariyle ele alınıp değerlendirildiği, olaylara el koyan sınırlı sayıdaki görevlinin uygulamalarına ilişkin olup, devletin askeri veya emniyet muhafaza güçlerinin bütün halinde tahkir ve tezyifini içermediğinden bu yazı nedeniyle isnad edilen suçun oluşmadığı gözetilmeden yazılı şekilde hüküm tesisi yasaya aykırıdır” Yarg. 9. CD. 08.11.1995 tarih ve 5601/5715 sayılı karar, **Çetin**, s.195.

³³ **Gündel**, s.89-90. “... Yazarın... devletin bütün emniyet ve muhafaza kuvvetlerini hedef alarak “cellatlar, vahşiler, hunhar soyguncular, satılmışlar, vicdansızlar, bu ülkeyi soyanlar reziller sürüsü... gibi kelime ve deyimlerle, çok ağır surette hakaret ettiğinin kabulü dosya münderecatına uygun düşer” (Bkz. Yarg. CGK. 21.1.1974, 61/30, zikreden, **Gündel**, s.96); “... Toplantıda yaptığı konuşma sırasında... “Ankara’da CHP’nin düzenlediği bir açık hava toplantısından dönen yurttaşlarımızın üstüne iktidarın satılmış köpekliğini yapan polis panzerleri ile yürüyordu” şeklinde sözler sarf etmek suretiyle devletin emniyet muhafaza kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif ettiği belirlenmiştir...” (Bkz. Yarg. CGK. 20.9.1981, 9-237/311, zikreden, **Gündel**, s.112, 113) “... bildiride geçen (... yürüyüşü engellemek için, askerlerin kurduğu barikatlar kağıt gibi yırtıldı. Tankların kapattıkları anayollar kuş gibi aşıldı ve 15 Haziran akşamı işçilerin direnişini bastırmak üzere oligarşi tarafından sıkıyönetim ilân edildi... Kürdistan üzerindeki sömürgeci baskılar toptan inha provaları ile her gün biraz daha artmaktadır. Sıkıyönetimin varolan özgür-

emniyet teşkilatının bütününe hedef almayı, sadece bu teşkilatın bazı görevlilerini aşağılamışsa, 301 inci madde hükmü uygulanmaz³⁴.

SUÇUN FAİLİ ve MAĞDURU

Bu suçun faili herkes olabilir. Madde metninde “aşağılayan kişi” denildiği için bu suçun faili açısından herhangi bir özel durum söz konusu değildir. Ceza ehliyetine sahip herkes tarafından bu suç işlenebilir.

Suçun yurtdışında bulunan bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi durumu ise, 301 inci maddenin 3 üncü fıkrasında daha ağır cezayı gerektiren nitelikli bir unsur olarak öngörülmüştür.

Bir suçun dar anlamda mağduru, ancak gerçek kişiler olabilir. Bununla beraber bütün suçlarda toplumu oluşturan ve barış esasına dayalı bir hukuk toplumunda yaşama hakkına sahip olan herkes mağdur konumundadır³⁵. İnceleme konusu suç, her ne kadar devletin güvenliğine karşı suçlar arasında düzenlenmişse de, burada suçun mağduru, devlet değil toplumu oluşturan tüm bireylerdir.

SUÇUN MADDİ UNSURU

Suçun maddi unsurunun hareket kısmı “aşağılamaktır”. Aşağılamak sözlükte, küçültücü davranışlarda bulunmak, hor görmek anlamına gelmektedir³⁶.

Aşağılamak, tahkir ve tezyife ya da hakarete göre daha hafif bir saldırı teşkil etmektedir.

lüklerin celladı olduğu artık kanıtlanmıştır... Ne faşist saldırılar, ne katliamlar, ne sıkıyönetim zindanları, ne de işkenceler bizleri yıldırmayacaktır...) sözleri ile... devletin askeri kuvvetlerinin tümüne hakaret edildiği açıkça anlaşılmaktadır...” (bkz. Yarg. CGK. 16.11.1981, 9-302/376, zikreden, *Gündel*, s.113).

³⁴ “Sahnelenen bir tiyatro oyunundaki diyalog sırasında sorulan soruya yanıt olarak kullandığı sözcüklerle sanığın, kendisini döven ve sonradan öldürülen gazeteci M.G.’nin olayına katılan emniyet görevlilerini kastettiği, devletin emniyet ve muhafaza kuvvetlerinin tamamını amaçlamadığı anlaşıldığından, unsurları yönünden oluşmayan atılı suçtan beraati yerine, mahkumiyetine karar verilmesi yasaya aykırıdır” Yarg. 9. CD. 10.05.2001 tarih ve 1298/1568 sayılı karar, *Çetin*, s.182.

³⁵ Bkz. *Özgenç, İzzet*, Türk Ceza Kanunu Gazi Şerhi (Genel Hükümler), 3. Baskı, Ankara 2006, s.220.

³⁶ <http://www.tdk.gov.tr>. Erişim tarihi: 02.04.2007.

Suçun maddi unsuru ile ilgili bir diğer şart ise, “aleniyet”dir. “Aleniyet” sözlük anlamı olarak; “1-Bir şeyin zahir ve meydanda olması, gizli olmayıp göz önünde bulunması, 2-Her şeyin zahir hali, dış görünüşü” demektir³⁷. Aleniyet, kalabalık sayıda eşhasın aşağılamaya muttali olmalarını mümkün kılan her hangi elverişli bir vasıtanın kullanılması halinde mevcut sayılır³⁸. Kanaatimizce, yerin niteliği aleniyetin kabulü bakımından önemsizdir, özel bir yer de aleniyet unsurunun gerçekleşmesine müsait olabilir. Önemli olan eylemin belirli olmayan bir çok kişi tarafından algılanabilir bir mahiyette bulunmasıdır³⁹.

Bu suçun 765 sayılı TCK.’daki karşılığını oluşturan 159’uncu maddedeki suçun maddi unsuru, “tahkir ve tezyif etmek” şeklinde düzenlenmişti. Maddi unsuru oluşturan hareketlerden “Tahkir”,

³⁷ Bkz. **Devellioğlu, Ferit**, Osmanlıca ve Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 11. Baskı, Ankara 1993, s.28; **Hayat**, Büyük Türk Sözlüğü İstanbul, s.38.

³⁸ **Erman**, Hakaret ve Sövme Suçları, s. 207 vd.

³⁹ bkz. **Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner**, 5237 Sayılı Kanuna Göre Hazırlanmış Ceza Hukuku Özel Hükümler, Yeniden Gözden Geçirilmiş 7. Bası, Ankara 2006, s.455; “Sanığa yükletilen suç, öğrencisi bulunduğu Balıkesir Necati Eğitim Enstitüsünde, sınıf geçme ve bitirme sınavı sırasında, yazılı imtihan sorularına verdiği cevapla Adliyenin manevi şahsiyetini tahkir ve tezyif etmekten ibarettir. Mezkur suçun maddi unsurlarından biri aleniyettir. İmtihan salonunun umumi bir yer olarak kabulüne imkan bulunmadığı gibi imtihan kağıtlarının sadece görevli bu kişiler dışında başkalarının okunarak münderecatlarına vakıf olunabilmesi tabii ve matuf bulunmamasına göre olayda aleniyetten söz edilemeyeceğinden C.savcısının yerinde görülmemeyen temyiz itirazlarının reddiyle hükmün tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak onanmasına, oybirliğiyle karar verildi” Yarg. 9. CD. 10.10.1979 tarih ve 3885/4107 sayılı karar, **Çetin**, s.207; “Sanıkta yakalanan ve suç konusu olduğu ileri sürülen bildiriler henüz dağıtılmamış olmakla aleniyet unsuru oluşmadığından C.savcısının yerinde olmayan temyiz itirazlarının reddiyle sonucu itibarıyla yasaya uygun olan beraat hükmünün tebliğname uyarınca onanmasına oybirliğiyle karar verildi” Yarg. 9. CD. 10.11.1976 tarih ve 57/5700 sayılı karar, **Çetin**, s.210; “Sanıkların başka bir suçtan hükümlü oldukları Kütahya Kapalı cezaevinden Nevşehir Cezaevindeki bir arkadaşlarına yazdıkları mektubun cezaevi görevlileri tarafından içeriği okunarak ahkonulup bilahare C.Savcılığına ihbar edilmesinde sanıkların üzerlerine atılı Cumhuriyeti ve Hükümetin manevi şahsiyetini tahkir ve tezyif suçlarının ‘aleniyet’ unsurunun gerçekleşmediği gözetilmeden aksine düşüncelerle yazılı şekilde mahkumiyet hükmü tesisi kanuna aykırıdır” Yarg. 9. CD. 29.05.1996 tarih ve 2319/3227 sayılı karar, **Çetin**, s.192; “Sanığın, hükümlü olarak cezasını çekmekte olduğu Nazimiye Cezaevinden Adalet Bakanlığına hitaben yazdığı ve davaya konu ibarelerin bulunduğu dilekçeye, ilgisine ulaşmadan C.savcılığınca el konulup soruşturma başlatılmasına ilişkin olayda münnet suçun yasal öğelerinin bulunmadığı gerekçeleri gösterilerek mahkemece kabul ve takdir kılınmış olduğundan C.savcısının yerinde görülmemeyen temyiz itirazlarının reddiyle, hüküm tebliğnamedeki düşünceye aykırı olarak onanmasına, oybirliği ile karar verildi” Yarg. 9. CD. 13.12.1995 tarih ve 6903/6730 sayılı karar, **Çetin**, s.194.

kelime olarak hakaret etme, hor görme, küçük düşürme, onur kırma, aşağılama, gurur kırıcı davranış ve hareketlerde bulunma anlamına gelmektedir⁴⁰. “Tezyif” ise, bayağı, adi, küçük düşürücü ve mağdurun şeref ve haysiyetini pek büyük ölçüde rencide edici, bir kelime ile hakir görücü tahkirleri içermektedir. Diğer bir ifadeyle, tezyif, tahkirden kemiyet ve vahamet itibarıyla daha ağırdır. Kanunumuz Anayasal organların manevi şahsiyetini ancak bu gibi pek ağır ve alçaltıcı hakaretlere karşı korumuş, hakaretimiz olmakla beraber tezyif edici, adileştirici, istihkar edici ve ağır bir mahiyet arz etmeyen söz ve yazıları cezalandırmamıştır⁴¹. Ayrıca 159’uncu maddede, tahkir ve tezyif tabirleri birlikte kullanılarak bu fiil, basit hakaret suçundan ayrı kabul edilmiş ve sözü edilen suçun meydana gelmesi için eylemin hem tahkir ve hem de tezyif edici nitelikte olması gerekli sayılmıştır. Bu maddedeki tahkir ve tezyiften maksat ise, 765 sayılı TCK’nın 159’uncu maddesinde yer alan varlıklara ve manevi değer ve duygulara karşı saygı eksikliği, gösterilmesi gereken saygı görevinin bozulması, ortak saygı duygusunun incitilmesidir. Tahkir, aşağılamak, tezyif ise küçültmek, bir şeye veya bir şahsa karşı saygıda eksiklik göstermek demektir. Tezyif etmek, tahkir etmeye oranla hem ehemmiyet hem de vahamet itibarıyla çok daha ağırdır. Tezyif tabirinde mağdurun şeref ve haysiyetini pek büyük ölçüde rencide edici, küçük düşürücü, hakir görücü bir yan bulunmaktadır⁴².

Bu iki tabirin birlikte kullanılmasının amacı ise, maddede kast olunan tahkirin hakarettten başka anlama gelmesi içindir. Zira 765 TCK, mehzaz kanunda olduğu gibi maddi unsurun tahakkuku bakımından sadece tahkirin yani hakaretin mevcudiyetini kafi görmemiş, ve “tezyif” demekle işbu hakarettten çok daha kuvvetli ve şümüllü bir mefhumu ifade etmek istemiştir⁴³. Bu itibarla, suçun teşekkülü için söz, işaret veya yazının sadece tahkiri mutazammın

⁴⁰ Senkeri, Tarık, Anayasal Kuruluşları Tahkir ve Tezyif Cürümleri, İstanbul 1996, s.180.

⁴¹ Artuk, Mehmet Emin-Gökçen, Ahmet-Yenidünya, A. Caner, Uygulamalı Ceza Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2003, s.420.

⁴² Artuk-Gökçen-Yenidünya, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.439.

⁴³ Erman, Sahir, Hükümetin Manevi Şahsiyetini Tahkir ve Tezyif Suçu, İBD, C.: 25, S.: 25, 1951, s.281.

olması yeterli değildir. Ayrıca tahkirin tezyif edici bir mahiyet arz etmesi de lazım gelir. Kanun, Devlete, Cumhuriyete karşı yapılan pek ağır ve alçaltıcı hareketleri 765 sayılı TCK.'nun 159'uncu maddesi ile cezalandırmaktaydı, hakaretimiz olmakla beraber, tezyif edici, adileştirici, istihkar edici ve ağır bir mahiyet arz etmeyen söz ve yazıları bu madde kapsamı içinde değerlendirmemekteydi. Bu itibarla, tenkitler hatta tenkit hududu aşıp tahkir şekline bürünseler de Devleti, Cumhuriyeti, tezyif edici bir mahiyet arz etmedikleri müddetçe bu suç teşkil etmemekteydi⁴⁴.

MANEVİ UNSUR

TCK'nun 301 inci maddesinde yer alan suç ancak kasten işlenebilen suçlardandır⁴⁵. Fail hem alenen aşağıladığını bilecek, hem de anayasal kuruluşları aşağılamak isteyecektir. Bu itibarla failin kastı, suçun maddi unsurunda yer alan bu hususları kapsmalıdır. Nitekim 765 sayılı TCK döneminde Yargıtay'ın kararları da bu doğrultuydu⁴⁶.

⁴⁴ Artuk-Gökçen-Yenidünya, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.402.

⁴⁵ "13.8.1981 günlü doktor raporuyla tespit edildiği üzere aşırı derecede alkol alan ve şuuru bulanık hale gelen sanık bu durumu sebebiyle önüne gelen her şeye ve herkese sövüp sayarak saldırmış etrafı birbirine katmıştır. Mobicelli çocuğa ve mobiletine, terziye ve makasına, tüm gözlüklülere, taşa toprağa ve bu meyanda hükümete ve devlete küfredip saldırmıştır. Bu oluş kendi bütünlüğü içinde değerlendirildiğinde, sanığın özel kasıtlı hükümete ve devlete müteveccihen sövmediği, saldırganlık kavramı içinde mütalaa edilecek biçimde vaki küfürleri arasında devlet ve hükümet sözcüklerinin de taş ve toprak sözcükleri gibi sarf edildiği nazara alınmadan ve bu itibarla münnet suçun manevi unsuru kast itibarıyla tekevvün etmediği gözetilmeden, bu suçtan da mahkumiyetine karar verilmesi kanuna aykırıdır" Yarg. 9. CD. 15.09.1982 tarih ve 2454/2772 sayılı karar, Çetin, s.204.

⁴⁶ "Müteahhit olan sanık ile işçisi olan müşteki arasında, ücretin ödenmemesi yüzünden çıkan tartışmada müştekinin 'Seni şikayet edip Devlet eliyle alacağımı alırım...' demesine karşılık sanığın da 'Seni de Devleti de Sk. Ederim' şeklindeki cevabının müştekiye yönelik sövmeden ibaret olmasına, olayın akışı içinde sanığın rejime (Cumhuriyete) yönelik tahkir kastının bulunmamasına göre, yasal unsurları itibarıyla oluşmayan münnet suçtan beraat yerine yazılı şekilde mahkumiyet hükmü kurulması kanuna aykırıdır" Yarg. 9. CD. 09.03.1983 tarih ve 576/599 sayılı karar, Çetin, s.201; "... bir kere bu gibi yazıların incelenmesinde göz önünde tutulması gereken esas, bu yazıların münhasıran eleştiri veya özellikle tahkir kast ve niyetiyle yazılıp yazılmadığını belirtmektir. Bunu açıklamak için ise yazının tüm olarak incelenmesi gerekir. Yoksa yazıları parçalayıp kırık anlam verme uygun değildir. Bu itibarla medlulü küllilerin ihmali ile medlulü cüzilere iştirak eylemek doğru değildir." Bkz. Yarg. CGK'nın 23.3.1942 tarih ve 68/73 sayılı kararı. Aynı yönde bkz. 1. CD'nin 4.5.1965 tarih ve 1964/2076 E. 1965/950 K. sayılı ilamı. Kararda "... Türk hükümetini kastetmekten ve ona matuf olmaktan daha ziyade, gayrimuayyen ve umumi mütalaa dermeyanı maksat ve gayesi yazıda hakim olduğu intibani vermesine nazaran bu

HUKUKA AYKIRILIK UNSURU

TCK'nun 301 inci maddesinde düzenlenen suçun oluşabilmesi için diğer unsurların yanında hukuka aykırılık unsurunun da gerçekleşmesi gerekir. Eğer, olayda hukuka uygunluk sebebi bulunursa, yapılan aşağılama hukuka uygun olduğundan suç da oluşmaz.

TCK'nun 301 inci maddesinde yer alan suç bakımından, savunma maksadı, suçun meydana gelmesine engel olucu bir hukuka uygunluk sebebi oluşturur.

Ancak savunma maksadı görünüşte olmayıp samimi olmalı, müdafaanın zaruri kıldığı hudutları tecavüz etmemelidir. Aşağılamanın davaya taalluk edebilmesi için, davanın konusu ile mantiki bir bağ ve alakası bulunmalıdır. Bu itibarla aşağılama ile dava arasında zaruret münasebetinin bulunması, yani aşağılayıcı sözleri söylemeden savunma hakkının kullanılmasının imkansızlığı şart olmayıp, söylenen sözlerin iddia ve savunmaya hizmet edebilmesi gerekir⁴⁷.

Bu suç ile alakalı incelenmesi gereken bir diğer hukuka uygunluk nedeni düşünce özgürlüğüdür. Düşünce özgürlüğünü, "insanın bilgi kaynaklarına özgürce ulaşarak serbestçe fikir edinebilme, edindiği fikir ve kanaatlerinden ötürü kınanmama ve bu edindiği fikirleri meşru yollardan faydalanarak açıklayabilme imkan ve serbestliği" olarak tanımlamak mümkündür⁴⁸.

1982 Anayasası'nın 26'ncı maddesinde, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin güvence altına alındığı görülmektedir. Böylece Anayasa düşünce ve kanaat hürriyetini (AY.m.25) statik olmaktan çıkararak, ona dinamik bir fonksiyon kazandırmıştır. Bu hürriyetin özünde, kişinin karşılaştığı bütün sorunlara vermek istediği cevapları bizzat seçebilmesi, kişisel ve toplumsal davranışlarını da bu cevaplara göre uydurabilmesi, belirli konularda, yine

hususlar nazara alınmadan... mahkumiyet kararı verilmesi hukuka aykırıdır." denilmektedir. Kararlar için bkz. Senkeri, s.253.

⁴⁷ Senkeri, s.262.

⁴⁸ Bkz. Bayraktar, Köksal, Suç İşlemeğe Tahrik Cürmü, İstanbul 1977, s.103.

belirli düşüncelere ve bu düşüncelerini başkalarına aktarabilme, yayabilme imkanına sahip olabilmesi demektir⁴⁹.

Anayasanın 90. maddesinin son fıkrası gereğince iç hukukumuzun bir parçası haline gelen İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 9 ve 10'uncu maddelerinde de düşünce hürriyeti güvence altına alınmıştır.

İç hukukumuz bakımından da geçerli kabul edilen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 07.12.1976 tarihinde verdiği ve sonraki kararlarına da dayanak teşkil eden (Handyside-Birleşik Krallık) kararında; "İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, ama ayrıca devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar çoğulculuğun, hoş görünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz"⁵⁰ demek suretiyle düşünce özgürlüğü konusunda görüş bildirmiştir.

Günümüzün karmaşık ve kalabalık toplumlarında düşüncenin oluşumuna imkan veren haber alma ve öğrenmenin sağlanmasında, öğrenilen bilgilerden birinin tercih edilmesinde ve düşüncenin açıklanmasında en önemli vasıta kitle iletişim araçlarıdır. Bunların

⁴⁹ Bayraktar, s.103 vd. Ayrıca bkz. **Soyaslan, Doğan**, "Ceza Hukuku ile Diğer Hukuk Dalları ve Özellikle Anayasa Hukuku'nun İlişkisi", Prof. Dr. Jale G. Akipek'e Armağan, Konya 1991, s.127, 128.

⁵⁰ Karar için bkz. İnsan Hakları Kararlar Derlemesi, (İHKAD) İstanbul Barosu Yayınları, C.: 1, İstanbul 1998, s.236 vd; Ayrıca bkz. Zana-Türkiye Davası kararı (25.11.1997) in: İHKAD, C.2, s.304 vd.; Sürek ve Özdemir/ Türkiye Davası, 8 Temmuz 1999. (Yargı Mevzuatı Bülteni 31 Ekim 2000 S. 126, s. 49 vd.; Sürek / Türkiye Davası, 8 Temmuz 1999. (Yargı Mevzuatı Bülteni 27 Haziran 2000 S.: 115, s. 26 vd.; Öztürk/ Türkiye Davası, 28 Eylül 1999. (Yargı Mevzuatı Bülteni 20 Eylül 2000 S.: 122, s. 24 vd.; Gerger/ Türkiye Davası, 8 Temmuz 1999. (Yargı Mevzuatı Bülteni 24 Ekim 2000, S.: 125, s. 51 vd.; Arslan/Türkiye Davası, 8 Haziran 1999. (Yargı Mevzuatı Bülteni 30 Mayıs 2000, S.: 112, s. 31 vd.; Erdoğan ve İnce/ Türkiye Davası, 8 Temmuz 1999. (Yargı Mevzuatı Bülteni 28 Kasım 2000 S.: 129, s. 44 vd.; Grigoriades-Yunanistan Davası, (25.11.1997) İHKAD C.: 2, s. 327 vd.

en belli başlıları radyo, televizyon, İnternet, sinema ve özellikle de yazılı basındır⁵¹.

Bu bakımdan basın hürriyetinin sağlanması düşünce özgürlüğünün gerçekleşmesi için büyük bir öneme sahiptir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; 23.5.1991 tarihinde, Oberschlick/Avusturya davasında verdiği kararda; "... Basın, her ne kadar, 'başkalarının onurunu korumak' amacıyla konmuş bulunan sınırları aşmamak zorunda ise de, politik sorunlar ve genel yararı ilgilendiren öteki konulara ilişkin haber ve düşünceleri iletmekle de görevlidir.... Basın özgürlüğü, kamuoyuna, yöneticilerin fikir ve davranışlarını öğrenme ve değerlendirmede kullanılacak en uygun araçlardan birini sağlamaktadır. 10. madde bu hususu kamunun bilgi ve haber alma hakkına sahip bulunduğunu belirtmek suretiyle ifade etmiştir"⁵² diyerek bu hususu vurgulamıştır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; Castells kararında ise, basının önemini şöylece vurgulamıştır: "Bu olayda Castells görüşlerini yaptırım korkusu duymaksızın Senato'da ifade edebileceği halde böyle yapmamış, bir dergide dile getirmeyi yeğlemiştir. Bu demek değildir ki, Hükümeti eleştirme hakkını kaybetmiştir. Bu noktada, hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir Devlet içinde basının seçkin rolü unutulmamalıdır. Gerçi basın, "düzensizliğin önlenmesi" ve "başkalarının haysiyetinin korunması" için konan sınırları aşmaması gerekir; ancak basın, siyasi sorunlar hakkında ve kamu yararıyla ilgili konularda haber ve düşünceleri yayma görevi üstlenmiştir"⁵³.

Basın özgürlüğü halkın siyasi liderlerin düşünce ve davranışları hakkında fikir sahibi olabilmeleri için en iyi araçlardan biridir. Özellikle siyasetçilere, kamuoyunun zihnini meşgul eden sorunlar hakkında düşüncelerini ve yorumlarını belirtme fırsatı vermektedir. İfade özgürlüğü ayrıca herkesin, demokratik bir toplu-

⁵¹ Bkz. Gölcüklü, A. Feyyaz- Gözübüyük, A. Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Ankara 1998, 2. Baskı, No: 629; İçel, Kayıhan, Kitle Haberleşme Hukuku, 4. Bası, İstanbul 1998, s. 3 vd.

⁵² Bkz. Lingens/Avusturya 8.7.1986 § 41-42; Castels/İspanya 23.4.1992 § 43. Kararlar için bkz. Gölcüklü-Gözübüyük, 2. Baskı No: 629. Ayrıca bkz. İHKAD, C.2, s. 71, § 43.

⁵³ Bkz. Bayraktar, s.116 vd.

mun özünde yer alan serbest siyasi tartışmaya katılmasını mümkün kılmaktadır⁵⁴”.

Eleştiri hakkı da kaynağını Anayasa’da güvence altına alınan düşünce hürriyetinden alır. Eleştiride çeşitli olaylar açıklanmakla yetinilmemekte, hadiseler ve bunlar içinde adı geçen kimselerin tutum ve davranışları hakkında değerlendirmelerde bulunmaktadır. Açıklanan düşünce ve kanaatler eleştiri niteliğinde olunca, onun bir övgü olmaması, sert ve haşin olması doğal bir sonuçtur⁵⁵.

İfade edelim ki, eleştiride asıl olan anayasal organın icraatının yararlı ve yerinde görülmediğinin belirtilmesi iken, aşağılamada organın saygınlığı tümden inkar edilmekte ve varlık nedeni tartışılmaktadır. Eleştiri yapılırken Anayasal Organın icraatının yerinde ve doğru, yararlı görülmeşişinin dile getirilmesi söz konusudur, bu nedenle de hukuka uygun sayılmak gerekir. Bu açıdan Anayasal Organların tutum ve eylem politikalarının her zaman eleştirilebilmesi mümkün, hatta aşağılama, tenkid hakkının içinde kabul edilmekle beraber tenkid hakkının sınırını tesbit bakımından aşağıdaki hususlar dikkate alınmalıdır. Buna göre, müesseselerin aşağılanması, “eleştiri niteliğini aşan”, “fikir niteliği bulunmayan”, “küçültücü”, “tecavüz niteliğinde”, “aşağılaştırıcı”, bir ifade gerektirmektedir. Bu durumda artık “düşünce” açıklaması söz konusu olamayacağından hak da söz konusu olamaz⁵⁶.

Şu halde, eleştiri hakkı bir hukuka uygunluk sebebi olarak aşağılama maksadını ortadan kaldıran sebeplerden biridir. Çok partili rejimlerde, tenkid ve bilhassa siyasi tenkid çok defa sert ve acı olur. Bu itibarla tenkid ile aşağılamanın hududunu tespit etmek büyük bir önem arz eder. Somut olayda failin asıl amacının eleştiri

⁵⁴ Bkz. Castells-İspanya, İHKAD, C.: 2, s.51 vd. § 43. İlkiz, Fikret, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve İfade Özgürlüğü, in: İBD, C.: 73, S.: 4-5-6, Haziran 1999, s.325 vd.

⁵⁵ Benzer görüşler için bkz. Erman, Hakaret ve Sövme Suçları, s.170; Ayrıca bkz: Odyakmaz, Zehra, Hükümetin Manevi Şahsiyetini Alenen Tahkir ve Tezyif Suçu, Av. Dr. Faruk Erem Armağanı, TBB. Yayın No: 8, Ankara 1999, s.537 vd.; Artuk-Gökçen-Yenidünya, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.430.

⁵⁶ Senkeri, s.192 vd.; ayrıca bkz. Artuk-Gökçen-Yenidünya, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.420.

olduğu tespit edilebiliyorsa, hukuka aykırılık unsuru oluşmayacağından, aşağılamadan bahsedilemez⁵⁷.

Yargıtay da verdiği kararlarda eleştiri ya da siyasi tenkid hakkının bu suçun hukuka aykırılık ögesini ortadan kaldıracığını belirtmiştir;

“... Basın açıklaması bir bütün olarak ele alınıp incelendiğinde; Devletin yönetim kademesinde bulunan bir kısım kişilerin kirliliği ve gizli işlerle uğraştıkları, hak ihlallerinde buldukları, bu nedenle toplumda meydana gelen kirlenmenin can güvenliğini tehdit ettiği ve bu duruma karşı demokratik yollardan mücadele edilmesi gerektiği düşüncesinin işlendiği görülmektedir. Söz konusu basın açıklamasının yapıldığı dönemde, “Susurluk olayı” olarak adlandırılan ve içine bazı kamu görevlilerinin de karıştığı ısrarla ileri sürülen olay nedeniyle gerek yazılı gerekse görsel basında yer alan haberler ve oluşan kamuoyu nazara alındığında sanık tarafından bu olay nedeniyle ortaya çıkan gelişmelerin ağır bir şekilde eleştirildiği açıklıkla anlaşılmaktadır. Görüldüğü gibi sanık, söz konusu basın açıklaması ile devletin varlığını oluşturan kurumların içinde bulunan bazı kişilerin durumlarını vurgulamakta, cumhuriyeti tahkir ve tezyif kastını taşımamaktadır...”⁵⁸.

Gerçekten demokratik toplumlarda halkın bilgi edinme hakkı, ancak haber verme, eleştirebilme, inceleme ve yorumlayabilme haklarının varlığı halinde mevzubahis olur. Gazetecinin, bilinmesinde kamu yararı olan ve kamunun ilgisini çeken güncel olayları, gerçekliklerini araştırdıktan sonra kamuya aktarma hakkı vardır. Eleştiri hakkı da esasta haber verme hakkının bir türüdür. 4. HD'nin 26.4.1978 tarihli kararında belirttiği gibi; “... *tecavüz niteliğini taşımayan eleştiri, basın özgürlüğünün normal sonucudur. Bazen bu eleştiri eleştirilen veya cevaplandırılan yazı ve fiillerin niteliğine göre sert de olabilir*”⁵⁹.

⁵⁷ K.şz. Erman, Hükümetin manevi şahsiyeti, s.285; Artuk-Gökçen-Yenidünya, Uygulamalı Ceza Hukuku, s.520.

⁵⁸ Bkz. Yarg. CGK.5.5.1998, 9-70/156, Karar için bkz. Malkoç, İsmail, Açıklamalı-İçti-hatlı Türk Ceza Kanunu, Ankara 1999, s.318 vd.

⁵⁹ Kararı zikreden, Erman, Hakaret ve Sövme Suçları, s.170, dn.120.

İnceleme konusu suç açısından eleştiri hakkının önemini vurgulamak amacıyla, kanunkoyucu 301 inci maddenin 4 üncü fıkrasında, “Eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamaları suç oluşturmaz” hükmüne açıkça yer vermiştir. Kanımızca kanunun 26 ncı maddesinde hakkın kullanılması bir hukuka uygunluk sebebi olarak düzenlendiği için, 301 inci maddenin 4 üncü fıkrasına yer verilmesine ihtiyaç bulunmamaktadır.

SUÇUN ÖZEL GÖRÜNÜŞ ŞEKİLLERİ

TEŞEBBÜS

Bu suç sırf hareket suçudur. Buna göre suçun tamamlanabilmesi için hareketten ayrı bir neticenin meydana gelmesine ihtiyaç yoktur. Bu suç aynı zamanda tehlike suçudur. Kanun koyucu maddede sayılan değer ve kurumların aşağılanmasını suçun oluşması için yeterli görmüş, başka bir şart aramamıştır. Bu nedenle cezalandırılan eylem soyut tehlike suçu niteliği taşımaktadır.

Aşağılamanın söz ile gerçekleşen şeklinde teşebbüsten bahsedilemez. Buna karşılık yazı ile gerçekleştirilen aşağılamanın teşebbüs aşamasında kalması mümkündür⁶⁰. Burada teşebbüs bakımından önemli olan husus icra hareketlerinin kısımlara bölünebilmesidir. Buna karşılık, bir kimsenin arkadaşına hitaben yazmış olduğu mektubun arkadaşına ulaşmadan ele geçirilmesi veya kaybolması ihtimalinde, suçun teşebbüs aşamasında kaldığından bahsedilemez⁶¹. Zira burada öncelikle suçun maddi unsuruna ilişkin aleniyet unsuru oluşmamaktadır.

⁶⁰ “Bir gazetede yayınlanması amacıyla yazılan yazının mani sebep yüzünden yayınının gerçekleşmemesi karşısında suçun eksik teşebbüs safhasında kaldığı anlaşılma ile tebliğnamedeki eleştiriye iştirak edilmemiştir” Yarg. 9. CD. 22.12.1995 tarih ve 6948/7048 sayılı karar, Çetin, s.193.

⁶¹ “Sanığın, asker arkadaşı H.B.’ya yazdığı özel mektubun görevli bölük kumandanı tarafından okunmasından ibaret ölayda aleniyet unsurunun tekevvün eylemediği gözetilmeden mahkumiyet kararı verilmesi, kanuna aykırıdır” Yarg. 9. CD. 11.04.1980 tarih ve 1519/1496 sayılı karar, Çetin, s.206.

İŞTİRAK

Bu suç iştirak bakımından özellik göstermez. İştirakin her şeklinin gerçekleşmesi mümkündür⁶².

İÇTİMA

Fail bir suç işleme kararının icrası kapsamında değişik zamanlarda bu suçu birden fazla işlerse, fail hakkında zincirleme suç hükümleri uygulanır ve tek bir suçtan dolayı cezaya hükmedilir. Ancak verilecek ceza dörtte birinden dörtte üçüne kadar artırılır⁶³ (TCK. m.43/1).

Bunun yanında Yargıtay, yazarı tarafından bütün olarak gazeteye verilmesine rağmen, gazetenin sorumluları tarafından iki ayrı baskıda yayınlanan yazıda yer alan ifadelerin zincirleme suç kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir⁶⁴.

⁶² "Sanığa isnat edilen fiil, muhtevasında devletin emniyet muhafaza kuvvetlerini tahkir ve tezyif suçu bulunan dergiyi 16 Haziran 1978 günü hukuk fakültesi bahçesi içerisinde öğrencilere dağıtmaktan ibaret olup, sözü edilen dergide yer alan suç konusu yazıdan dolayı derginin sorumlu müdürü aleyhine ayrıca dava açıldığı anlaşılmasına göre sanığın bu dergi hakkında sulh ceza mahkemesi tarafından verilen toplatma kararından haberdar olarak ve dergi muhtevasının suç teşkil eden niteliğini bilip benimseyerek veya toplatma kararından sonra asıl sorumlusu ile işbirliği yaparak hareket ettiğine dair delillerin nelerden ibaret olduğu karar yerinde gösterilmeden ve belirlenen fiilinden, devletin emniyet kuvvetlerini tahkir ve tezyif hususundaki kastın nasıl tezahür ettiği gerekçeleriyle açıklanmadan sorumluluğun kabulü ile mahkumiyetine karar verilmesi yasaya aykırıdır" Yarg. 9. CD. 28.02.1979, 89/693, **Çetin**, s.208.

⁶³ "Sanıkların aynı şehirde, çok kısa zaman aralıkları ile aynı gün seanslar halinde oynanan dava konusu tiyatro oyunu nedeniyle, TCK.'nın 80. maddesi uygulanmak suretiyle cezalandırılmaları karar verilmesi gerekirken her birinin ayrı suç oluşturduğunun kabulü ile yazılı şekilde hüküm tesisi, yasaya aykırıdır" Yarg. 9. CD. 22.02.1999 tarih ve 3052/1027 sayılı karar, **Çetin**, s.187; "Sanık H.D.'in sorumlu müdürlüğünü yaptığı Ö.O Gazetesinin 16-17-18.7.1994 tarihli nüshalarının 1-8. sahifelerinde Toplama Kampından Kurtulanlar Anlatıyor ana başlığı altında yayınlanan birbirinin devamı mahiyetindeki yazılarda askeri kuvvetlerin tahkir ve tezyif edildiği kabul edilmekle birlikte bir suç işleme kararının icrası cümlesinden olarak kanunun aynı hükmünün birkaç defa ihlal edilmesi karşısında sanık hakkında TCY.'nin 80. maddesinin uygulanmaması..." Yarg. 9. CD. 12.03.1996 tarih ve 430/1347 sayılı karar, **Çetin**, s.193; "'Lice Katliamı' başlıklı yazı aynı gazetenin değişik tarihli nüshalarında tefrika halinde yayınlanarak, bir suç işlemek kararının icrası cümlesinden olarak Kanunun aynı hükmünün birkaç defa ihlali niteliğinde olduğu cihetle, bu yazılardan dolayı sanık hakkında TCY.'nin 80. maddesinin uygulanmaması yasaya aykırıdır" Yarg. 9. CD. 24.04.1995 tarih ve 2118/2887 sayılı karar, **Çetin**, s.198.

⁶⁴ "Sanığın yazıp bir bütün halinde yazı işleri müdürlüğüne tevdi ettiği suça konu yazının, kendi istek ve iradesi dışında tefrika halinde yayınlanmış bulunduğu dair aksi sabit olmayan savunması karşısından hükmolunan temel cezanın TCY.'nin 80. maddesi uya-

Yargıtay bir ay ara ile aynı dergide yayımlanan yazıların iki ayrı suçu oluşturacağını, zincirleme suç hükümlerinin uygulanamayacağını belirtmiştir⁶⁵.

301 inci maddenin 1 inci fıkrasında korunan değer ve kurumlardan birden fazlasının aynı anda aşağılanması durumunda kanımızca tek bir suç oluşur. Buna karşılık aşağılayıcı ifadelerin yer aldığı yazıda veya konuşmada 301 inci maddenin 1 inci ve 2 nci fıkralarındaki kurum ve değerler yer alıyorsa, burada gerçek içtima hükümleri uygulanabileceği gibi, suç tek fiille gerçekleştirildiğinden TCK.'nun 43/2. maddesine göre aynı neviden fikri içtima hükümleri de düşünülebilir. Ancak Yargıtay'a göre fail yazısında 301 inci maddede korunan kurumlardan birden fazlasını aşağılarsa bu durumda tek bir suçtan dolayı cezalandırılmaz. Aşağılanan kurum adedince cezalandırılır⁶⁶.

KOVUŞTURMA VE YAPTIRIM

TCK.'nun 301 inci maddesinin 1 inci fıkrasında düzenlenen suçun yaptırımı altı aydan üç yıla kadar hapis olarak öngörülmüştür. Suçun 2 nci fıkradaki şeklinin gerçekleşmesi durumunda ise verilecek ceza altı aydan iki yıla kadar haptistir⁶⁷. Suçun yabancı ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde ise, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.

rınca artırılmasına olanak bulunmadığının gözetilmemesi kanuna aykırıdır" Yarg. 9. CD. 25.03.1996 tarih ve 556/1682 sayılı karar, Çetin, s.193.

⁶⁵ "T. İsimli Derginin 1.7.1993 ve 1.8.1993 günlü sayılarında yayımlanan yazıların iki ayrı suç oluşturduğu gözetilmeden tek suç kabul edilerek TCY.'nin 159/1, 80. maddeleriyle uygulama yapılmak suretiyle sanığa eksik ceza tayini, kanuna aykırıdır" Yarg. 9. CD. 29.11.1995 tarih ve 6349/6288 sayılı karar, Çetin, s.194.

⁶⁶ "Sanığın, hükümetin, adliyenin manevi şahsiyetlerini ve devletin emniyet muhafaza kuvvetlerini alenen tahkir ve tezyif etmek suçlarından TCY.'nin 159. maddesi gereğince ayrı ayrı cezalandırılması gerekirken maddenin bir defa uygulanması ile yetinilmesi yasaaya aykırıdır" Yarg. 9. CD. 16.01.1978 tarih ve 41/27 sayılı karar, Çetin, s.209.

⁶⁷ Maddenin alt komisyonda kabul edilen şeklinde birinci fıkra açısından yaptırımın alt sınırı bir yıl iken Dr. Silvia Tellenbach'ın teklifi üzerine alt sınır altı ay olarak değiştirilmiştir. bkz. Özgenc, İzzet, 26.9.2004 Tarihli ve 5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 301. Maddesine İlişkin Bilgi Notu, www.karakutu.com. Erişim Tarihi:02.04.2007. Toplum açısından büyük önem arz eden TCK'nun hazırlanması sürecinde alt komisyon çalışmalarında kimlerin görüşlerine önem verilerek düzenleme yapıldığı ortadadır.

Buna göre, 301/1 inci maddede belirtilen suçta bakma görevi Asliye Ceza Mahkemesine aittir. Buna karşılık 2 nci fıkranın varlığı durumunda dava Sulh Ceza Mahkemesinde görülmelidir.

765 sayılı TCK döneminde suçun soruşturulması ve kovuşturulması Adalet Bakanının iznine tabi kılınmışken, 5237 sayılı TCK'da bu suç açısından herhangi bir izin şartı öngörülmemiştir⁶⁸. Kanımızca eğer bu suç açısından izin şartı getirilecekse, izin vermeye yetkili makamın Adalet Bakanı gibi yürütmenin bir organı değil, bağımsız bir organ olması gerekir. Aksi takdirde siyasi bir organ olan Adalet Bakanının tarafsız hareket edeceğinden bahsedilemez.

SONUÇ

Türklüğü, Cumhuriyeti, Devletin kurum ve organlarını aşağılama suçu, 5237 sayılı TCK.'nun "Millete ve Devlete Karşı Suçlar ve Son Hükümler" başlıklı dördüncü kısmının, "Devletin Egemelik Alametlerine ve Organlarının Saygınlığına Karşı Suçlar" başlıklı üçüncü bölümünde 301 inci maddede düzenlenmiştir. Kanımızca bu hükmün TCK'dan tamamen kaldırılmaması, ancak bazı değişiklikler yapılarak uygulanabilir bir hüküm haline getirilmesi yerinde olur.

Bu suç ile korunan değer ve kurumlar, Türklük, Cumhuriyet, Türkiye Büyük Millet Meclisi, Türkiye Cumhuriyeti Hükümeti, Devletin yargı organları, askeri ve emniyet teşkilatıdır. Kanımızca burada sayılan değerlerden Türklük yerine "Türk Milleti" teriminin kullanılması ve maddede bu yönde bir değişikliğin yapılması yerinde olur. Ancak unutulmamalıdır ki, uygulamacıların (Cumhuriyet Savcısı ve Hakimlerimizin) maddeyi çok dikkatli yorumlamaları ve eleştiri niteliğindeki açıklamaları madde kapsamında değerlendirmemeleri gerekmektedir.

Kanun koyucu 301 inci maddenin 1 inci fıkrasındaki kurumları aşağılayanların altı aydan üç yıla kadar hapis, ikinci fıkradaki-leri aşağılayanların ise, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile

⁶⁸ Bu konuda bkz. Türk Hukukundaki ve Mukayeseli Hukuktaki Durum başlıkları altındaki bölümler.

cezalandırılacağını öngörmüştür. Kanımızca maddede sayılan kurumların aşağılanması tek bir yaptırıma bağlanması, hapis cezasına seçenek olarak adli para cezasının da kabul edilmesi, hapis cezasının erteleme sınırları içerisinde (üst sınır iki yıl) kalması yerinde olur.

765 sayılı TCK.'nun 159 uncu maddenin ikinci ve üçüncü fıkralarına ise 301 inci maddede yer verilmemiştir.

Bu suçun faili herkes olabilir. Ancak eğer suç yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenirse verilecek ceza yarı oranında artırılır.

Bunun yanında 301 inci maddenin 4 üncü fıkrasında, eleştiri amacıyla yapılan düşünce açıklamalarının suç oluşturmayacağı açıkça belirtilmiştir. Böylece 765 sayılı TCK.'nun 159 uncu maddesine 4963 sayılı Kanunla eklenen son fıkraya 5237 sayılı TCK.'nun 301 inci maddesinde de yer verilmiştir. Maddenin gerekçesinde, eleştiri hakkının Yargıtay ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin içtihatları göz önünde bulundurulmak suretiyle maddeye eklendiği belirtilmiştir.

Kanun koyucu bu hükme yer vermese idi dahi, TCK.'nun 26 ncı maddesi uyarınca eleştiri hakkı bir hukuka uygunluk sebebi olarak varlığını sürdürecekti. Ancak kanun koyucu madde metninde açıkça bu hukuka uygunluk sebebine yer vererek, bu suç açısından özellikle eleştiri sınırları içerisinde kalan açıklamaların bu suçu oluşturmayacağını vurgulamak istemiştir.

Bu suçun soruşturulması ve kovuşturulması 765 sayılı TCK.'nun 160 inci maddesi uyarınca Adalet Bakanının iznine bağlı tutulmuşken, 301 inci maddede soruşturma ve kovuşturma herhangi bir merciin izni şartına bağlanmamış, suçun Cumhuriyet Savcısı tarafından resen takip edilebilmesi sağlanmıştır. Kanımızca bu suç açısından kovuşturma şartı olarak bir merciden izin alınması şartı öngörülecekse, bu merciin yürütmenin bir temsilcisi olan Adalet Bakanı olmaması gerekir. Burada Türkiye Büyük Millet Meclisi Başkanına bu yetkinin verilmesi de yine yargı işlerine yasamanın müdahalesi anlamına geleceğinden uygun olmayacaktır. Bu itibarla

izin şartının bir yargı merciine verilmesi, örneğin Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı olması kanımızca daha yerinde bir düzenleme olacaktır. Bir diğer olasılık ise, yargılamanın aşağılanan kurumun en üst yetkilisinin vereceği izne bağlanmasıdır.

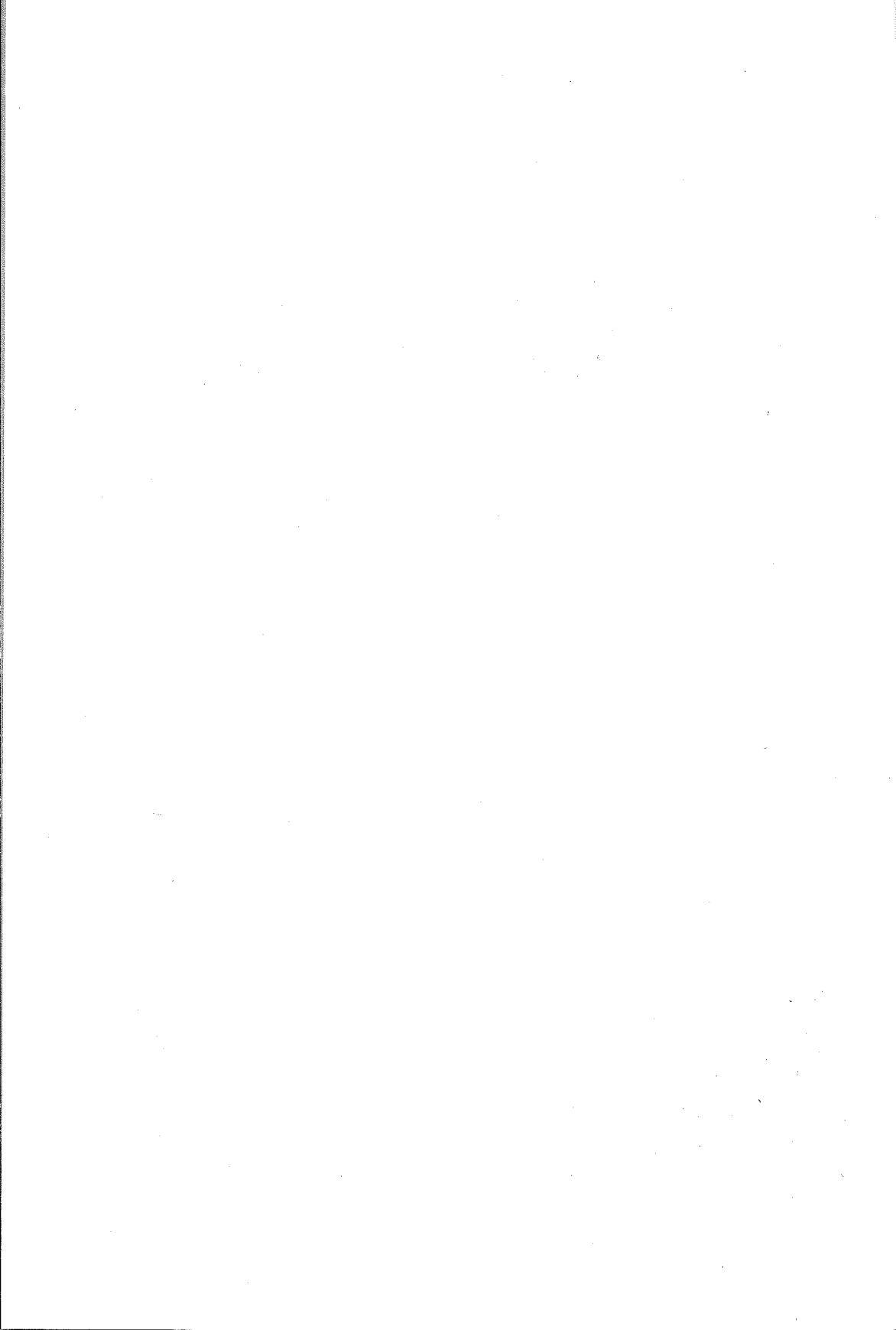
Tarafımızdan Teklif Edilen Metin

MADDE 301

ANAYASAL ORGANLARI TAHKİR VE TEZYİF SUÇU

1) Türk Milletini, Cumhuriyeti, Türkiye Büyük Millet Meclisini, Türkiye Cumhuriyeti Hükümetini, Devletin yargı organlarını, askeri ve emniyet teşkilatını alenen tahkir ve tezyif eden kişi, altı aydan iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

2) Tahkir ve tezyifin yabancı bir ülkede bir Türk vatandaşı tarafından işlenmesi halinde, verilecek ceza üçte biri oranında artırılır.



VERGİ İDARESİNCE ÇIKARILAN SİRKÜLERİN VERGİ HUKUKU KARŞISINDAKİ DURUMU

Doç. Dr. Ahmet EROL*

1. KONU

Vergi (gelir) idaresi tarafından mükelleflerin çeşitli sorularını toplu biçimde yanıtlamak üzere çıkarılan *Vergi Sirküleri*nin hukuki boyutu yazımızın konusunu oluşturmaktadır.

2. KONUNUN ANALİZ ve DEĞERLENDİRİLMESİ

Vergi hukukunda tereddütlü bir durum doğduğunda gerek yargı organları, gerek bilim adamları, gerek vergi idaresi, gerek uygulamacılar ve gerekse mükellefler vergi hukukunun kaynaklarına yönelir. Hukukta kaynak, olaylara ve karşılaşılan sorunların çözümüne uygulanması gereken hüküm ve kuralları içeren belgeleri kapsar¹. Gerek hukuki ve gerekse kuramsal olarak vergi hukukunun kaynakları ikiye ayrılır:

1. Asli (Ana) Kaynaklar
2. Tali (Yardımcı) Kaynaklar

Asli kaynaklar; yeni kurallar koymakta ve konulan bu kurallar verginin konusunu, mükellefini ve oranını etkilemektedir². Bu kurallar niteliği itibariyle vergi mükellefiyetinin asli unsurlarını etkilemektedir³. Asli kaynaklar, yapısı itibariyle yargı organlarını,

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Vergi Hukuku Öğretim Üyesi

¹ Şerafettin AKSOY, *Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi*, Beşinci Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1999, s.11.

² Nurettin BİLİCİ, *Vergi Hukuku*, Beşinci Baskı, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2002, s.33.

³ Şerafettin AKSOY, a.g.e., s.12.

tüm yönetsel organları ve mükellefleri bağlar. Bu kurallar (hükümler), değişinceye kadar uyulması zorunlu kurallardır.

Vergi Hukukunun Asli (Ana) Kaynakları:

1. Anayasa.
2. Yasalar.
3. Uluslararası Anlaşmalar.
4. Kanun Hükmünde Kararnameler (KHK).
5. Bakanlar Kurulu Kararları (BKK).
6. İctihadı Birleştirmeye Kararları.
7. Türkiye'nin Taraf Olduğu Uluslararası Mahkeme Kararları.

Tali Kaynaklar; verginin asli unsurları durumunda olan verginin konusunu, mükellefini ve oranını etkilemeyen; ancak, ana (asli) kaynakların hükümlerini açıklayan ve bu hükümlerin nasıl uygulanacağını ortaya koyan düzenlemelerdir. Hukukta tali kaynakların *hükümünden* söz edilemez. Hukuk alanında sadece asli kaynakların ve yargı kararlarının hükümünden söz edilebilir. Tali (yardımcı) kaynakların; düzenlemesinden, esasından, ilkesinden, kuralından, maddesinden ve açıklamasından söz edilebilir. Böyle olması, tali (yardımcı) kaynakların özelliği ve niteliği gereğidir.

Ana (asli) kaynaklarla yardımcı (tali) kaynakları ayıran bir başka temel özellik ise, bunları çıkaran organlar yönündendir. Ana (asli) kaynaklar bir biçimde yasama organından, İctihadı Birleştirmeye Kararları da yüksek yargı organlarının⁴ tüm dairenin bir araya gelmesi sonucu çıkar. Yardımcı (tali) kaynaklar ise, genel olarak yürütme (icra) organı tarafından çıkarılır. Yardımcı kaynaklar arasında yer alan yargı kararları ise, mahkemeler ve yüksek yargı organları tarafından çıkarılır.

⁴ Vergi ve idari dava konularında Danıştay, diğer konularda Yargıtay.

Vergi Hukukunun Yardımcı (Tali) Kaynakları:

1. Tüzük (Nizamname).
2. Yönetmelik (Talimatname).
3. Genel Tebliğ.
4. Yönerge.
5. Genelge.
6. Özelge (Mukteza).
7. Sirkü.
8. Mahkeme Kararı.

2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın yardımcı kaynaklar içinde yer alan yönetmeliklere ilişkin 124'üncü maddesi uyarınca; başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişileri, kendi görev alanlarını ilgilendiren kanunların ve tüzüklerin uygulanmasını sağlamak üzere ve bunlara aykırı olmamak şartıyla, yönetmelikler çıkarabilirler. Hangi yönetmeliklerin Resmî Gazetede yayımlanacağı kanunda belirtilir. Hangi yönetmeliklerin Resmi Gazete'de yayımlanacağı 01.06.1984 tarih ve 3011 sayılı Resmi Gazetede Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun ile hükme bağlanmıştır.

3011 sayılı Yasanın birinci maddesinde Resmi Gazete'de yayımlanacak yönetmeliklerin nitelikleri hükme bağlanmıştır. Anılan madde uyarınca Resmi Gazete'de yayımlanması zorunlu yönetmeliklerin aşağıdaki nitelikten herhangi birine girmesi zorunludur:

1. Başbakanlık, bakanlıklar ve kamu tüzelkişilerinin işbirliğine, yetki ve görev alanlarına ait hükümleri düzenlemesi,
2. Kamu personeline ait genel hükümleri kapsamaması,
3. Kamuyu ilgilendirmesi.

3011 sayılı Yasanın birinci maddesinde yönetmelik "hükümden" söz edilmiştir. Bu kavramın bir yardımcı (tali) kaynak durumunda olan yönetmelik için kullanılması sözel ve ruhen doğru

değildir. Yönetmeliğin esası, kurarlı, ilkesi veya maddesi olabilir; ancak, hükmü olmaz. Hüküm sadece Anayasa, yasa, tarafından onanmış TBMM uluslararası anlaşma ve mahkeme kararları için kullanılacak bir kavramdır. Günümüzde, Devletin pek çok üst düzey kurumunda ve yargı organlarında dil yetkinliği büyük ölçüde zayıfladığı ve dilsel anlamda bir özen duyma gereği hissedilmediği için, ne yazık ki yasaların ve diğer hukuki düzenlemelerin sözel (lafzi) yönünde olumsuz anlamda hukuki sonuçları da olabilecek türden çok ciddi yanlışlıklar yapılabilmektedir. Bugün gerçekten, hukuk fakültesinden mezun olmuş, yıllarca savcılık ve yargıçlık görevlerinde bulunmuş birçok kişi dahi bu özeni göstermemektedir. Göstermemekten de çok, bilmemektedir.

Yönetmeliklerin Resmi Gazete’de yayımlanma ölçütlerine buraya almamızdaki neden, bu ölçütlerin yürütme organları tarafından çıkarılan ve yönetmeliğin altında kalan düzenlemeler (Genel Tebliğ, Yönerge, Genelge, Özelge, Sirkü vb) bakımından da bir ölçüt niteliği taşımasıdır.

3011 sayılı Yasanın 1/c maddesi uyarınca, *kamuyu ilgilendirme* bir Resmi Gazete’de yayımlanma ölçütüdür. Bu ölçüt Anayasa ile güvence altına alınmış olan yurttaşların bilgi edinme hakkı anlamında son derece önemlidir. Kamu yürütme organları tarafından yapılan herhangi bir düzenleme eğer kamuyu ilgilendiriyorsa bunun hiç tartışma götürmeksizin adı ne olursa olsun⁵ Resmi Gazete’de yayımlanması gerekir. Kamuyu ilgilendiren bir hususun herhangi bir biçimde kamunun erişemeyeceği bir ortamda kalması ya da gizli tutulması anayasa ve hukuk ihlalidir. Bu anlamda, henüz toplumun geneline ulaşmayan niteliğiyle internet ortamında yayımlama hukuki olarak kamuya duyurma ya da kamuyu bilgilendirme anlamını taşımaz.

Türk Ceza Kanunu anlamında “kanunu bilmemek mazeret değildir” kuralı, sadece bu alanı ilgilendiren bir hükümdür. Başka hukuk alanlarını, özellikle vergi hukuku alanını bu hüküm bağlamaz. Vergi hukuku alanında kamuyu ilgilendiren hususları içeren

⁵ Tüzük, yönetmelik, genel tebliğ, yönerge, genelge, özelge (mukteza), sirküler, yazı vb.

bir düzenleme yapıldığında adı ne olursa olsun mutlaka Resmi Gazete’de yayımlanması gerekir.

213 sayılı Vergi Usul Kanunu’nun (VUK) 413’üncü maddesi mükelleflerin Maliye Bakanlığı’ndan veya Maliye Bakanlığı’nın yetkili kıldığı makamlardan izahat isteminde bulunacaklarına ilişkin bir maddedir. Anılan madde uyarınca; mükellefler, Maliye Bakanlığı’ndan veya Maliye Bakanlığı’nın bu hususta yetkili kıldığı makamlardan vergi durumları ve vergi uygulanması⁶ bakımından müphem ve tereddüdü mucip gördükleri hususlar hakkında izahat isteyebilirler. Yetkili makamlar yazı ile istenecek izahatı yazı ile veya sirkülerle⁷ cevaplamak mecburiyetindedirler. Alacakları cevaplara göre hareket eden mükelleflerin bu hareketleri cezayı istilzam etse dahi ceza kesilmez.

VUK’un 413’üncü maddesinin ikinci fıkrasına 4962 sayılı Yasa ile eklenen *sirküler*, vergi hukuku anlamında yardımcı (tali) kaynak durumundadır. Bir başka deyişle, vergi ile olarak temel (ana) konularda herhangi bir değişiklik içermeyen; sadece mükelleflere ve vergi uygulamalarına açıklık getirmek amacıyla çıkarılan yönetsel bir belge niteliğindedir. Bu yapısı itibarıyla hiçbir yargı organı açısından bağlayıcı niteliği bulunmaz. Bu yönüyle sirkülerin kurucu ve/veya düzenleyici işlem yaratmaları söz konusu dahi olamaz. Ancak, mükellefler yönünden sirkülere uygun davranmış olmak, onları VUK’un 413’üncü maddesinin üçüncü fıkrası çerçevesinde cezadan kurtarır. Bir başka deyişle, mükelleflerin ve/veya vergi sorumlularının Maliye Bakanlığı tarafından yayımlanmış olan sirkülerde ortaya konulan görüşe göre işlem yapmış olmaları ve sonradan bu işlemin yasa hükümlerine aykırılığının ortaya çıkması durumunda mükellef ve/veya vergi sorumluları bakımından hukuki anlamda *yanılma* ya da *yanılma* durumu söz konusu olur. Böyle bir durumda da, VUK’un 369’uncu maddesi uyarınca vergi cezası kesilmez.

⁶ Dil yapısı bakımından “uygulanması” olması gerekir.

⁷ 4962 sayılı Kanunun 17/A-b maddesiyle değiştirilen ve 07.08.2003 tarihinden itibaren yürürlüğe giren ibare.

Maliye Bakanlığı'nın sirküler uygulamasına yönelmesi ve bunun yasal altyapısını oluşturması bakımından 2003 yılında VUK'un 413'üncü maddesinde 4962 sayılı Yasa ile değişiklik yapması esas itibariyle özelge (mukteza) uygulamasında yaşanan sıkıntılardır. Özelge (mukteza); adından da anlaşıldığı üzere, bir mükellefin (özel) karşılaştığı herhangi bir vergisel sorunla ilgili olarak vergi idaresi tarafından sadece o mükellefe o konularda verilen görüş yazısıdır. Bunlar, yapısı itibariyle olaya ve kişiye özel düzenlendiği için vergi uygulamalarında nesnel olmayan birtakım sıkıntı ve yorumlara neden olmuştur. Bu durum, çeşitli biçimlerde Maliye Bakanlığı'nı ve vergi idaresini hem olumsuz yönde etkilemiş ve hem de yıpratmıştır. İşte, bu tür olumsuzlukları ortadan kaldırmak ve mükelleflerden gelen vergi ile ilgili sorunları toplayarak aynı konuda olanları olabildiğince kişiye özel olmaktan da çıkarak çözüme kavuşturma arayışının bir sonucu olarak *sirküler* uygulaması gündeme gelmiştir. Amaç kötü niyetli değildir; ancak, uygulama şekli hukuk bakımında oldukça tartışmalıdır.

Uygulamaya bakıldığında, vergi yasaları ile ilgili olarak çıkarılan sirkülerin özel nitelikli sorunlardan çok, genel konulara ve geniş grupları ilgilendiren alanlara yönelik düzenlemeleri ve açıklamaları içerdiği görülmektedir. Durum böyle olunca, sirküler ile yapılan açıklamalar *kamuyu ilgilendirir* bir nitelik ve boyut kazanmaktadır. Bir anlamda, sirküler ile Genel Tebliğ alanına girebilecek konular düzenlenmeye başlamıştır. Bu durumda konunun da vergi gibi çok duyarlı olunması gereken bir hukuk alanı olması nedeniyle vergi sirkülerinin kesinlikle Resmi Gazete'de yayımlanması zorunluluğu ortaya çıkmaktadır. Şu anki uygulamalarda vergi sirküleri sadece elektronik ortamda (internet) kamunun bilgisine sunulmaktadır. Türkiye'nin iletişim ve teknoloji olanakları ile halkın gelir durumu bir arada değerlendirildiğinde, kamuyu ilgilendiren bu sirkülerin ne kadar kamunun bilgisine girdiği ciddi anlamda tartışmalıdır.

Saydamlık, kamu kurum ve kuruluşlarının⁸ tüm etkinliklerinin, tüm gelir ve giderlerinin daha izlenebilir ve gözlenebilir du-

⁸ Özü itibariyle sahipsiz ve patronsuz devlet kurumlarının.

ruma gelmesidir⁹. Saydamlık, devletin gerçek patronlar durumunda olan yurttaşlara karşı daha sorumlu hale gelmesi ve devlet sırrı niteliğindeki sınırları son derece daraltılmış bir alan dışındaki tüm etkinliklere yönelik bilgilerin yurttaşların kullanımına ve bilgilerine sunulmasıdır¹⁰.

Saydamlık, çok büyük ölçüde mali olayların kavranmasına yönelik gibi algılanmaktadır. Bu kapsamda saydamlık, hesap verme sorumluluğu ile birlikte anılan bir kavram niteliği kazanmıştır. Bu durum çok büyük ölçüde doğrudur. Saydamlık olayının önemlice bir bölümü mali ve ekonomik boyutludur. Bu anlamda hesap verme sorumluluğu ilkesi ile koşut konumda bulunması da son derece anlamlı ve doğrudur. Ancak, mali anlamda saydamlık olayın sadece bir yönüdür. Saydamlık, mali saydamlığı da içerecek biçimde çok daha geniş bir kavramdır ve kamusal anlamda devletin tüm yaşam alanını kapsar. Bir başka deyişle, devletin çıkardığı yasal düzenlemelerden, devlette görev alan kişilerin özel yaşantılarına; devletin topladığı vergilerden, devletin yaptığı en küçük harcamaya; devletin cezaevlerindeki koşullardan, ülkenin tepe yöneticilerinin verdiği resmi davete kadar uzanan bir yapıdadır saydamlık. Saydamlığın sadece rakamlara indirgenmesi, saydamlığın kavranmadığının ve saydamlık kavramının dar çerçevede değerlendirildiğinin göstergesidir¹¹.

Kamu kesiminde etkinliği, verimliliği ve sağlıklı işleyişi temin etmek amacıyla girişilecek her çaba saydamlığa katkı sağlayacaktır. Bu anlamda, bürokratik süreçlerin azaltılması, kamu formalitelerinin basitleştirilmesi, kırtasiyeciliğin ortadan kaldırılması, devletin koyduğu kuralların, ilkelerin ve sayal düzenlemelerin yurttaşlar tarafından anlaşılır kılınması, yasama organından geçirilen her yasal düzenleme ile yürütme organı tarafından atılan tüm

⁹ OECD, *European Principles for Public Administration*, SIGMA Papers, No.27, 1999, s.12.

¹⁰ Ahmet EROL, *Dilekçe Hakkı ve Bilgi Edinme Hukuku*, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2005, s. 289.

¹¹ Ahmet EROL, a.g.e., s. 289.

adımların gerekçeleriyle birlikte kamunun bilgisine sunulması saydamlık kapsamında değerlendirilir¹².

Son derece geniş kapsamlı olan ve öyle değerlendirilmesi gereken saydamlık, kamunun, kamu erkini kullanan kurum ve kuruluşların tüm etkinliklerine ve bu etkinlik süreçlerine yönelik olarak yurttaşlara bilgi sunma duyarlılığı içinde olmalarını zorunlu kılar. Saydamlık, bir bilgi sunma ve sunulan bilgilerden yararlanım sürecidir¹³.

1980 yılından itibaren tüm dünyada başlayan değişim ve yeniden yapılanma rüzgarları kamu kesimlerinin daha etkin, daha verimli, daha çoğulcul, daha katılımcı, daha demokratik, daha hukuki, daha saydam yapılanma süreçlerini zorunlu kılmıştır. Kamu veya kamu erkini kullanan kurum, kuruluş, birim ve kişiler (seçilmiş veya atanmış) adlarına hareket ettikleri yurttaşlara hesap verme yükümlüğü altına girmişlerdir. Hesap verme süreci doğal olarak saydamlaşmayı ve açıklığı birlikte getirmiştir. Hala pek çok kamu otoritesi, devlet sırrı, gizli bilgi, özel yaşam vb birtakım savunularla hesap verme ve saydamlığa karşı ciddi dirençler göstermektedir. “Özel yaşamın gizliliği”, “devlet sırrı”, “istihbarat alanı”, “kamu-nun ve halkın yüce çıkarları”, “ekonomik ve ticari sır” vb kavramlar, hesap verme ve saydamlık hareketlerine direncin tutamakları olmaktadır. Bu tutamaklar ve açıklık ile saydamlığı peçeleme çabaları, doğal olarak bilgi ve belge edinim süreçlerini de ciddi anlamda daraltmakta ve olumsuz etkilemektedir¹⁴.

Vergi idaresi tarafından vergilendirmeyi ilgilendiren ve uygulamada ortaya çıkan tereddütleri gidermek üzere elektronik ortamda (internet) yayımlanan *Vergi Sirküleri* saydamlık yönünden değerlendirildiğinde Türkiye koşullarında yurttaşların bilgi edin hakkı ve özgürlüğünü son derece zorlamaktadır. Bir başka deyişle, *Vergi Sirkülerine* erişim kısıtlılığı, yurttaşın bilgi edinim hak ve özgürlüğünün önünde ciddi bir engel oluşturmakta ve vergi mükellefi, vergi sorumlusu ve/veya ceza sorumlularının bu yolla üretilen bil-

¹² Ahmet EROL, a.g.e., ss. 289-290.

¹³ Ahmet EROL, a.g.e., s. 290.

¹⁴ Ahmet EROL, a.g.e., s. 290.

giye erişimi son derece güçlük arz etmektedir. Vergisini veren bir yurttaşın, vergi ile ilgili bilgilere ulaşamaması hukuken izah edilebilir bir durum değildir. Ulaşamadığı bir ortamda yayımlanan bir bilgi kaynağından yararlanamayan yurttaşın, bu bilgileri eksik uygulamasından veya hiç uygulamamasından dolayı sorumlu tutulması çağcıl hukuk ve demokrasi bakımından sorgulanması gereken bir durumdur.

Anayasa'nın 73'üncü maddesi uyarınca kamu giderlerini karşılamak üzere mali gücü oranında vergi vermekle yükümlü olan yurttaşların, Devlet tarafından vergi ile ilgili olarak yayımlanan her türlü bilgiye de, en kolay, en hızlı şekilde ulaşması ekonomik ve hukuki olarak haklarıdır. *Vergi Sirkülerinin* Türkiye koşullarında erişimi kısıtlı ortamlarda yayımlanıyor olması, bu hakkın kısıtlanması anlamına gelir. Bilgiye erişim hakkı kısıtlanan yurttaşlar, devletin eylem ve işlemlerinin doğal denetçileri olarak bu işlevlerini nasıl yerine getireceklerdir?

Anayasanın 125'inci maddesi uyarınca, İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır. *Vergi Sirküleri* ile yapılan düzenlemeden haberi olmayan bir vergi mükellefi, vergi sorumlusu ve/veya ceza sorumlusu idarenin bir işlemi olan *Vergi Sirkülerine* karşı yargı yoluna nasıl gidecektir?

Tüm bu olumsuzları nedeniyle, *Vergi Sirküleri* ile vergi mükellefine, vergi sorumlusuna ve/veya ceza sorumlusuna yönelik düzenleyici işlem yapmamak; hatta olanaklı ise *Vergi Sirkülerini* idareye yönelik bir iç iletişim aracı olarak sadece yönetsel konuları içeren bir metin haline getirmek yerine olur. Vergi idaresinin vergi ile ilgili açıklacıyı tüm düzenlemelerini sadece ve sadece Resmi Gazete'de yayımlanan Genel Tebliğ yoluyla yapması, hak ve hukukun tesisi açısından daha doğru bir yol olur.

3. SONUÇ

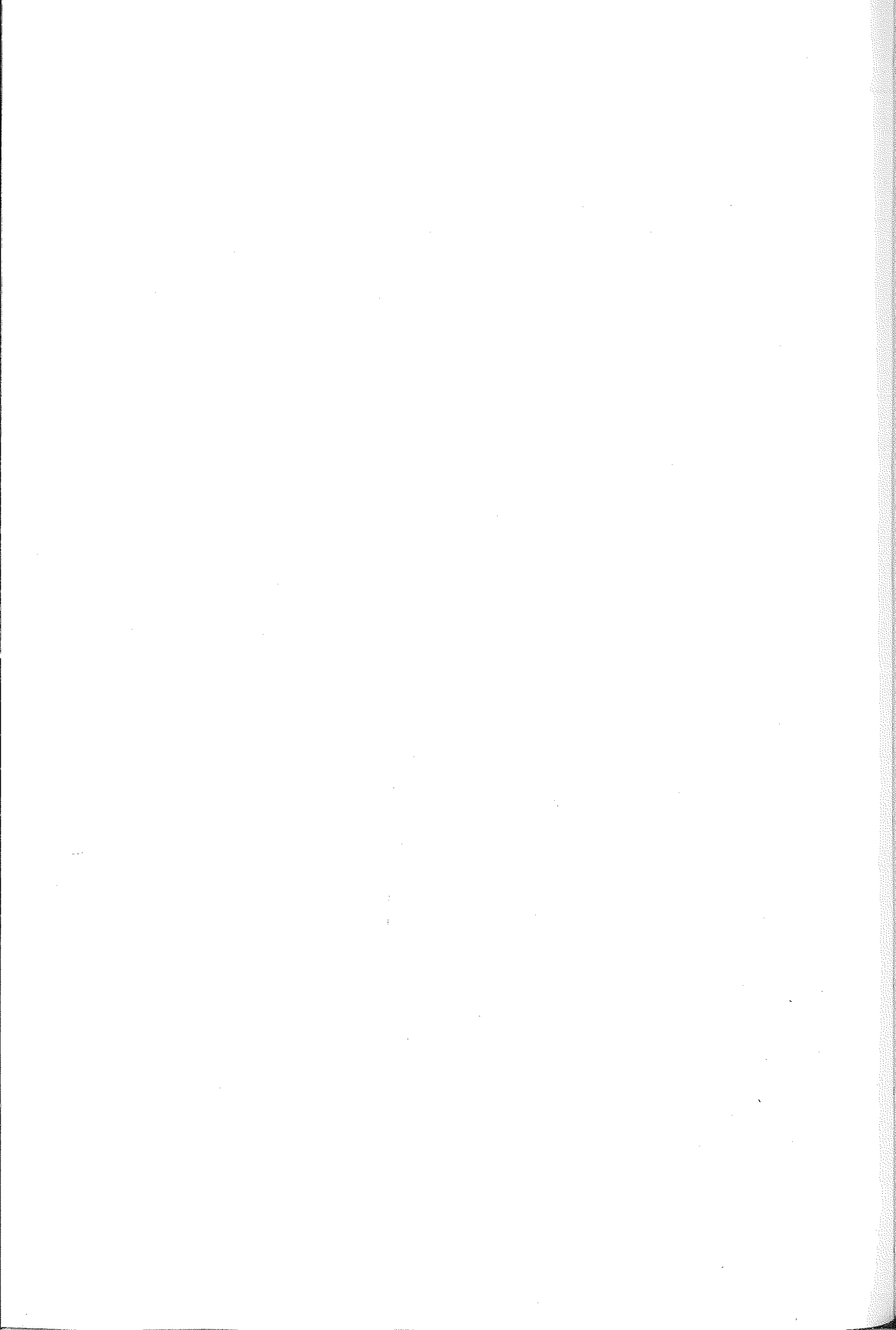
Kamuyu ilgilendirmesi, vergilendirme gibi kişi haklarıyla anayasal anlamda doğrudan ilgili bulunan bir konuyu içermesi, vergi hukukunun yardımcı (tali) kaynakları arasında bulunması, anayasal ve hukuki olarak halkın bilgi edinme hakkı kapsamına

girmesi nedenleriyle vergi sirkülerinin tamamının halkın erişimine etkin biçimde sunulması bakımından Resmi Gazete yoluyla yayımlanması; buna ek olarak çeşitli internet sitelerinde ya da Tebliğler Dergisi'nde yer alması gerekir. Hatta, yukarıda belirtildiği üzere, vergi sirkülerinin sadece vergi idaresinin iç işleyişinde kullanılan ve asla vergi mükellefini, vergi sorumlusunu ve/veya ceza sorumlusunu ilgilendiren düzenlemelerin yer almadığı bir duyuru haline getirmek; mükellefleri ilgilendiren tüm hususların ise Resmi Gazete'de yayımlanan Genel Tebliğler yoluyla yapılmasını genel ilke olarak benimsemek vergi hukuku bakımından daha sağlıklı bir yol olacaktır.

KAYNAKÇA:

1. Şerafettin AKSOY, **Vergi Hukuku ve Türk Vergi Sistemi**, Beşinci Baskı, Filiz Kitapevi, İstanbul, 1999.
2. Nurettin BİLİCİ, **Vergi Hukuku**, Beşinci Baskı, Yaklaşım Yayınları, Ankara, 2002.
3. Ahmet EROL, **Dilekçe Hakkı ve Bilgi Edinme Hukuku**, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara, 2005.
4. 2709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasası.
5. 213 sayılı Vergi Usul Kanunu.
6. 3011 sayılı Resmi Gazetede Yayımlanacak Olan Yönetmelikler Hakkında Kanun.

ÖZEL HUKUK



BANKA YÖNETİM KURULU ÜYESİNİN İBRA EDİLMİŞ OLMASININ BANKACILIK KANUNUNA İSTİNADEN AÇILAN ŞAHSİ İFLAS DAVASINA ETKİSİ

Yrd. Doç. Dr. Necla AĞDAĞ - GÜNEY*

Giriş

Bilindiği üzere şubat ekonomik krizi öncesi ve sonrasında Tasarruf Mevduatı Sigorta Fonu'na (TMSF/Fon) devredilen bankaların yöneticileri hakkında, bankayı zarara uğrattıkları gerekçeyle çok sayıda sorumluluk davası açılmıştır. Fon tarafından, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu'nun¹ 110. maddesine (mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu (BanK) md. 17) istinaden açılan ve yöneticilerin şahsi iflaslarını konu alan bu davaların yanı sıra, Türk Ticaret Kanunu (TTK) md. 336'ya istinaden açılan sorumluluk davaları uygulamada pek çok sorunu da beraberinde getirmiştir.² Bu bağlamda Fonun yöneticiler aleyhine açtığı şahsi iflas davalarında ileri sürülen, genel kurul tarafından *ibra* edilmiş olmaları nedeniyle haklarında Bankalar/Bankacılık Kanunu'na istinaden şahsi iflas davası açılmayacağı itirazı, anonim şirketler hukukunda ayrı bir önemi olan yönetim kurulu üyelerinin *ibrası* konusunu, bu açıdan değerlendirmeyi gerektirmektedir. Bu soruna ışık tutmak amacıyla kaleme alınan aşağıdaki makalede, anonim şirketlerde *ibra* ve

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Öğretim Üyesi/EU Forschungsassistentin am Institut für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht Universität Heidelberg

¹ 19.10.2005 tarihli Bankacılık Kanunu, RG, 1.11.2005, S. 25983 (Mükerrer)

² İstanbul Asliye 1. Ticaret Mahkemesi'nde açılan şahsi iflas davaları üzerinde yaptığımız incelemelerde davalılar tarafından yöneltilen itirazlarının başında derdestlik, zamanaşımı ve yöneticilerin *ibra* edilmiş olmalarının geldiği görülmüştür.

onun şahsi iflas davalarına etkisi, İsviçre, Alman ve Avrupa hukukundaki gelişmeler de dikkate alınarak incelenmiş ve değerlendirilmiştir.

I. İbra

İbra kelimesi dilimize Arapçadan geçmiş olup, “*aklama, temizleme çıkarma*” anlamına gelmektedir. Tüzel kişiler hukukunda geleneksel bir yeri olan ve sıkça başvurulmuş ibra, tüzel kişinin yetkili organının kararı ile, hesap veren organın üyelerine karşı, işlemlerin hukuki ve iktisadi açıdan uygun olduğunun bir karar ile beyan edilmesi anlamına gelir. Tüzel kişiler alanındaki ibra, bu yönüyle borçlar hukukundaki ibra sözleşmesinden ayrılmaktadır. Zira, ibra borçlar hukukundan farklı olarak, ibra edilenin kabulüne gerek olmaksızın³, tüzel kişinin yetkili organının tek taraflı irade beyanı ile meydana gelmektedir. Anonim şirketlerde genel kurul, ortaklığın karar organı olarak, yönetim kurulunun ve denetçilerin ilgili hesap dönemindeki tüm işlemlerini, ekonomik ve hukuki sonuçları itibarı ile onaylamakta, ilgilileri sorumluluktan kurtarmakta ve onların görevlerine devam edebilmelerini sağlayıcı güven açıklamasında bulunmaktadır.⁴

İbra, duruma göre, şirketin, yönetim kurulu üyelerin faaliyet döneminde yaptıkları işler dolayısıyla meydana gelen zarar nedeniyle, gerçekten varolan veya olası bir alacak hakkından vazgeçmesi anlamına gelebileceği gibi, yönetim kurulunun faaliyet döneminde görevini gereği gibi yapması ve bu nedenle şirketin yönetim kurulu üyelerinden herhangi bir alacak hakkının bulunmadığı halde, bir sorumluluk durumunun söz konusu olmadığına tespitinin

³ Borçlar hukuk anlamında ibra, iki taraflı bir hukuki işlem olup, alacaklı ile borçlu arasında yapılır. Alacaklı tek taraflı irade beyanı ile alacaktan vazgeçemez. V. Tuhr/Escher, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht, Zürich 1974, Band. II, s. 173; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2003, s. 1222.

⁴ Steiger, F. v. Der Entlastungsbeschluss der Generalversammlung der Aktiengesellschaft, SAG 15/1942, s. 2; Piconi, Reno, Der Entlastungsbeschluss (Décharge) im Rechte der Handelsgesellschaften und der Korporationen auf Grund des deutschen, französischen, italienischen und besonders des schweizerischen Rechts, Aarau 1945, s.6; Dieter Dubs/Roland Truffer, Basler Kommentar, Obligationenrecht II, 2. Aufl. Zürich 2002, Art 698 Rn. 24; Çamoğlu, Ersin, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyelerinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1972, s. 196.

yanı sıra, yapılan işin kabul edilmesi, onaylanması anlamına da gelmektedir.⁵

Genel Kurul, kendisine sunulan hesaplar ve verilen bilgilerden anlaşılan konularda, ibra edilenleri temize çıkarmakta ve haklarında şüpheleri kaldırmaktadır. Özetle ibra ile maddi bakımdan yöneticilerin sorumluluğu kaldırılmakta ve yönetim açısından yapılan işlemler onaylanmaktadır. Ancak ibra, ortaklık dışındakilere etkisi olmayan, tümüyle ortaklık içi bir hukuki işlemidir. Bu nedenle, ibra, İsviçre-Türk Hukukunda, sadece ortaklığı ve belli şartlarda bazı pay sahiplerini bağlar. Bunun da ötesinde, özellikle, alacaklılara bir etkisi yoktur. Yani, ibra ile ortaklığın sorumluluk davası açma hakkı ortadan kalkmasına rağmen, alacaklıların ve kural olarak pay sahiplerinin uğradıkları zararlar için dava açma hakları devam etmektedir.⁶

II. İbranın Hukuki Niteliği

Anonim şirketler hukukundaki ibranın hukuki niteliği konusunda, çeşitli görüşler ileri sürülmüştür.⁷ Ancak, gerek hükmün alındığı İsviçre Hukuku'nda, gerekse Türk Hukuku'nda öğretide ve uygulamada **“ibranın bir menfi borç ikrarı/negatives Schuldanerkenntnis”** olduğu hususunda tam bir görüş birliği mevcuttur.⁸ Menfi borç ikrarı, kendisine çok yakın, borçlar huku-

⁵ *Meier-Wehrli, Jörg*, Die Verantwortlichkeit der Verwaltung einer Aktiengesellschaft bzw. einer Bank gem. Art. 754 ff. OR/41 ff. BkG., Zürich 1968, s. 116.

⁶ *Picenoni*, age, s. 157; *Forstmoser*, Die Aktienrechtliche Verantwortlichkeit, Schweizerische Schriften zum Handels und Wirtschaftsrecht, Zürich 1978, Bd. 30; Rn 346; *Peter Widmer/Oliver Banz*, Basler Kommentar, Art. 758 Rn. 4; *Guhl/Kummer/Druey*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 8. Aufl. Zürich 1992, s. 708.

⁷ Anonim şirketlerde ibranın bir sözleşme olduğu yönünde ileri sürülen görüşler için bkz. *Picenoni*, age, dipnot 50 de anılan yazarlar ve *Karsten, Schmidt*, Entlastung, Entlastungsrecht und Entlastungsklage des Geschäftsführers einer GmbH – Versuch einer Neuorientierung, ZGR 1978, s. 425, 429.

⁸ *Steiger*, Das Recht der Schweizerischen Aktiengesellschaft, Zürich 1966, s. 260; *U. Wehrli*, Die Entlastung der Kontrollstelle einer Aktiengesellschaft, SJZ 40/1944, s. 311; *Bürgi*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Art. 698 Rn. 78; *Dubs/Truffer*, age, Art. 698 Rn. 24; *Z. Aytac, Zühtü*, Anonim Ortaklıklarda İbra, Ankara 1982, s. 48 vd.; *Eriş, Gönen*, age, s. 431; *Poroy/Tekinalp/Çamoğlu*, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2006, Nr. 613 vd.; *Domaniç, Hayri*, age, s. 874; *Tekil, Fehiman*, Şirketler Hukuku, 2. Cilt, Anonim Şirketler, İstanbul 1976, s. 287. Karşı görüşte olan *Ulusoy* ise, ibranın hukuki niteliğinin menfi borç ikrarı değil, maddi, hukuk anlamında borcu yerine

kunda yer alan ibra müessesesinden şu noktada ayrılmaktadır:⁹ İbrada, taraflar alacağın varlığı konusunda hiç bir şüphe taşımamakta, iki tarafın analaşması sonucunda, borç sona ermektedir. Menfi borç ikrarında ise, taraflar arasında şüpheli sayılan veya borçlu taraftan inkâr edilen bir alacak söz konusudur. Alacaklı, menfi borç ikrarı ile varlığı şüpheli veya çekişmeli bir alacağı talep etmeyeceğini bildirerek olası bir borcu sonlandırmaktadır.¹⁰ Bu bağlamda, gerek açık ibra kararı, gerekse bilançonun onaylanması ile gerçekleşen zımni ibra kararı, menfi borç ikrarı anlamına gelmektedir.

Buna karşılık, Alman doktrininde 1937 yılında Anonim Şirketler Kanunu'nda gerçekleştirilen reforma kadar hâkim olan, ibranın menfi borç ikrarı olduğu yönündeki görüş, ibraya farklı yaklaşan yeni düzenleme karşısında (AktG § 120 Abs. 2) yeniden tartışılmaya başlanmış, 1965 tarihinde Alman Anonim Şirketler Kanununda yapılan ve ibranın feragat anlamına gelmediği yönündeki açık düzenlemeden sonrada, bu görüş tamamen terkedilmiş, ibra değişik bir anlam kazanmıştır.¹¹ Alman Anonim Şirketler Kanunu'nda düzenlenen ibra, yalnızca yönetim kurulunun yaptığı işlerin onaylanması ve yöneticilere güven duyulduğu anlamına gelmektedir. Zira, söz konusu maddeye göre, açıkca ibra kararı verilmiş olması, şirketin tazminat haklarından vazgeçtiği anlamına gelmez. Yani, yöneticilerin genel kurul tarafından ibra edilmesi, şirketin yöneticilerden tazminat talep etmesine, onların sorumluluğuna gitmesine engel teşkil etmemektedir. Bu düzenlemenin nedeni, AktG § 84 de yer alan ve şirketin yöneticilere karşı tazminat hakkından bu talebin doğduğu tarihten itibaren beş yıl süreyle vazgeçemeyeceği, bu işlemlerin beş yıl geçmesinden sonra yapılabilmesi için 1/5 azınlığın muhalefet etmemesi gerektiği yönündeki

getirmekten kaçınma hakkı veren bir savunma vasıtası (şahsi def'i) olduğunu ileri sürmektedir. *Ulusoy*, Erol, Şirketler Hukukunda İbranın Hukuki Niteliği, Turgut Klapsüz'e Armağan, Ankara 2003, 253, 271.

⁹ Detaylı bilgi için bkz. *Aytaç*, age, s. 31 vd.; *Gümüüş, Alper*, Alman Hukukuyla Karşılaştırmalı Olarak İsviçre-Türk Borçlar Hukukunda İbra Sözleşmesi, Basılmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul 1995, s. 58 vd.

¹⁰ *V. Tuhr/Escher*, age, Bd. II, s. 179.

¹¹ *Zöllner, Wolfgang*, Kölner Kommentar zum Aktiengesetzbuch, Band I, Köln-Berlin-Bonn-München 1985, § 120 Anm. 21; *Hueck, Alfred*, Die Entlastung im Recht der GmbH, in: GmbHRunds. 10/1959, s. 189.

hükümdür. Bu düzenlemenin ardından, Alman doktrininde ve içtihatlarında ibranın menfi borç ikrarı olduğu yönündeki görüş tamamen terk edilmiştir. Alman hukukunda ibra, yönetim kurulunun faaliyet dönemi itibarıyla işlerinin onaylanması ve geleceğe dönük olarak yönetim kuruluna duyulan güvenin (*Vergangenheitsbezogene Billigung und zukunftsbezogene Vertrauensudgabe*) bir ifadesi olarak kabul edilmektedir.¹²

İbranın, tek taraflı bir hukuki işlem (*einseitiges Rechtsgeschäft*) olduğu konusunda doktrinde bir görüş ayrılığı olmamakla beraber, hüküm ve sonuçlarını doğurması için, bu iradenin yöneltmesi gerekip gerekmediği (*Empfangsbedürftig*) hususu son derece tartışmalıdır.¹³ İsviçre ve Türk hukuk doktrininde çoğunluğun katıldığı görüş,¹⁴ ibranın karşı tarafa varması gereken tek taraflı bir hukuki işlem (*einseitiges, empfangsbedürftiges Rechtsgeschäft*) olduğudur. Buna göre, ibra, hüküm ve sonuçlarını karşı tarafa varmak ile doğurur, ancak ibranın gerçekleşmesi için, ibra edilen kimsenin bunu kabul etmesine (*Annahmebedürftig*) gerek yoktur.¹⁵ Gerçekten de, Türk ve İsviçre hukuklarında ibraya yüklenen anlam karşısında, şirket açısından tazminat hakkından vazgeçme iradesinin hüküm ve sonuçlarını doğurabilmesi için, bu-

¹² Peter O. Mülberr, AktG Grosskommentar, 4. Aufl., Berlin 1999, § 120 Anm. 24; Zöllner, age, § 120 Anm. 24; Hueck, age, s. 190; Schmidt, age, s. 426; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kroppf, Aktiengesetz, Band II, München 1974, § 120 Anm. 34; Hachenburg, Gesellschaften mit beschänkter Haftung-Grosskommentar, 8. Aufl., Berlin-New York 1997, § 46 Anm. 55.

¹³ İsviçre doktrininde çoğunluk, ibranın varması gerekli bir irade açıklaması olduğu görüşünde iken (Picenoni, age, s. 22; Meier-Wehrli, age, s. 120; Schucany, Emil, Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Aufl., Zürich 1960, Art. 695 Anm. 3.), Alman doktrininde yazarlar bu noktada ikiye ayrılmışlardır. İbra kararının karşı tarafa varması gerekmediği (nicht Empfangsbedürftig) görüşünde olan Schmidt gerekçe olarak, ibranın şirket tarafından şirketin yöneticisine karşı yöneltilmiş bir irade beyanı olmadığını ileri sürmektedir. Schmidt, age, 434; Gerekçe göstermeksizin aynı yönde görüş bildiren: Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kroppf, age, § 120 Anm. 33; Hueck, age, s. 190. Buna karşılık Schönle, genel kurulun tek taraflı olarak bu yöndeki iradesini açıklamak için bir karara ihtiyaç olduğunu, öte yandan hukuk sistematigi açısından bakıldığında hukuki işlemlerin çok azının öm. Miras gibi karşı tarafa ulaşması gerekmeyen irade beyanlarıyla meydana geldiğini, ibranın meydana gelebilmesi için en azından bunun karşı taraf varması gerektiğini (Zugangsbedürftig) ileri sürmektedir. Aynı yönde Scholz, GmbHG 5. Aufl., § 46 Anm. 10.

¹⁴ Picenoni, age, s. 22; Meier-Wehrli, age, s. 120; Schucany, age, Art. 695 Anm. 3; Aytaç, age, s. 37;

¹⁵ Bu yönde detaylı bilgi için bkz. Picenoni, age, s. 21 vd.; Meier-Wehrli, age, s. 120.

nun karşı tarafa varması gerekir. İbra kararının muhatabının kabulüne ise, ihtiyaç yoktur. Zira, ibranın tek taraflı varması gereken irade beyanı olması nedeniyle muhatap reddetse bile, ibra edimiş olacak, hakkında sorumluluk davası açılmayacaktır.

Anonim şirketlerde yönetim ve denetim kurulu üyelerinin ibralarına karar verme konusunda yetkili tek organ genel kurul olup, bu yetki başka bir organa devredilemez. İbra, genel kurulun tek taraflı irade beyanının sorumluluk atfedilen yönetim kurulu üyelerine ulaşması ile meydana gelir. Anonim şirketin yönetim kurulu üyeleri, daha sonra kendileri lehine sorumluluk davası açılacak olursa, haklarında verilmiş ibra kararını gerekçe göstererek, davaya itiraz edebilirler. Buna karşılık, genel kurul verdiği ibra kararını, daha sonra herhangi bir genel kurul kararı gibi geri alamaz.¹⁶ Öte yandan, genel kurulun verdiği geçerli bir ibra kararı, ortaklığın ilgili hesap dönemine ilişkin işlemler sebebiyle tazminat talebi bulunmadığının ikrar edilmesi anlamına gelir. Başka bir deyişle, ibranın menfi borç ikrarı olması nedeniyle, ortaklığın sorumluluk davası açma hakkı, ibra kararı ile birlikte ortadan kalkar.

III. İbranın Kapsamı

1. İbranın Kişisel Kapsamı

İbra kararı ile birlikte anonim şirketin yönetim kurulu organ olarak değil, yönetim kurulunun üyesi sıfatı ile bu organın sorumluluğunu taşıyan kimseler ibra edilmiş olurlar.¹⁷ TTK md. 380 de yer alan düzenlemeden de açıkça anlaşılacağı gibi, hesapların

¹⁶ V. Steiger, age, s. 262, Meier-Wehrli, age, s. 120. Türk hukukunda aynı yönde, Moroğlu, Erdoğan, Anonim Ortaklıkta Yönetim ve Denetim Kurulu Üyelerinin İbralarının Zamanı, Kapsamı ve Geri Alınması, BATİDER 2001, s. 8, 12; Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, age, Nr. 615b; Kırca, İsmail, İbra Kararının Geri Alınması ve Bankacılık Kanunu'nun 133. Maddesi Uyarınca Açılacak Sorumluluk Davalarında İbranın İptali ve Zamanaşımı, BATİDER, 2006/VII, C. XXIII s. 3, s. 31, 34 vd. Yargıtay da yönetim kurulunun bütün işlemlerinden bilgilendirilen genel kurulun bu toplantıda verdiği karardan daha sonra tek taraflı olarak dönemeyeceği yolunda hüküm vermiştir. 11. HD, 30.05.2002, E. 2002/2400, K. 2002/5404. Bu konuyla ilgili geniş açıklama için ayrıca bkz. aşağıda s. 16 vd.

¹⁷ Meier-Wehrli, age, s. 120 vd.; Picenoni ise aynı sonuca farklı bir yorumla varıyor. Yazara göre, verilen ibra kararı, yönetim kuruluna yönelik ancak onu organ olarak sorumluluktan kurtarmak üzere değil, kurul olarak çalışmasından memnun kaldığını belirtmek ve bunun sonucunda da üyelerini sorumluluktan kurtarmak üzere verilmektedir. Picenoni, age, s. 34 vd.

onaylanması ile kurullar veya organlar değil, bunların üyeleri ibra edilmektedir. TTK'da yer alan düzenleme çerçevesinde hakkında ibra kararı verilebilecek olan kimseler üç grupta toplanabilir: Yönetim kurulu üyeler, müdürler ve denetçiler. Ancak yönetimde görevli, fakat genel kurula doğrudan hesap verme durumunda olmayan ve yönetim kuruluna veya genel müdürlüğe bağlı, müdür yardımcıları, ticari mümessiller, ticari vekiller ve şube müdürleri ibra edilenler kapsamına girmezler¹⁸.

Genel kurul, yönetim veya denetim kurulu üyelerini ve müdürleri bunların bütününe kapsayacak şekilde tek bir kararla ibra edebileceği gibi, her bir üye ve müdür hakkında tek tek karar vermek suretiyle bazı üyelerin ibrasından imtina edebilir. Böylece genel kurul, ibra edilmeyen üye hakkında sorumluluk davası açma hakkını saklı tutmuş olur. Açık veya örtülü olsun herhangi bir çekince içermeyen ve bir bütün olarak verilen ibra kararının ise, bütün yönetim kurulu üyelerini kapsadığı kabul edilir.¹⁹

2. İbranın Maddi Kapsamı

İbranın maddi kapsamının belirlenmesi, kişisel sınırlarının belirlenmesine nazaran daha zordur. Zira genel kurulun ibra kararından, ibranın içeriği ve maddi kapsamı her zaman kolayca anlaşılabilir değildir. Sık görülmemekle birlikte genel kurul, ibranın maddi kapsamını yönetim kurulu üyelerinin hesap dönemi içindeki belirli iş ve işlemleriyle sınırlandırılabilirliği gibi, hesap döneminin belirli bir dilimi ile de sınırlandırılabilir (*spezielle Décharge*).

İbra kararı açık veya bilançonun²⁰ onaylanması suretiyle zımni olarak verilebilir. Bilançonun tasdiki ve ibra işlemleri birbirinden ayrı muameleler olmakla birlikte, Ticaret Kanunumuz bilan-

¹⁸ Piconi, age, s. 36; Bürgi, age, Art. 695 Anm. 6.

¹⁹ Meier-Wehrli, age, s. 121; Godin-Wilhelmi, Aktiengesetz, 3. Aufl., Berlin 1967, § 120, Anm. 4; Moroğlu, s. 8; Aytac, age, s. 81 vd.

²⁰ Genel Kurulun bilgi edinmesini sağlayan ve ibranın kapsamını tayin eden kaynaklardan en önemlisini, bilanço teşkil eder. Çünkü, bilanço, ortaklığın ekonomik durumunu gösterir ve önceki bilançolarla karşılaştırılarak mali gidişin anlaşılmasını sağlar. TTK ibranın tayininde bilanço esas almış ve bunu da açıkça belirtmiştir. Bilançonun açık ve kolay anlaşılabilir olması, eksiksiz bir şekilde düzenlenmesi ve ortaklığın durumunu gerçek bir şekilde yansıtması, hem TTK md. 75 hem de md 380'in bir gereğidir.

çonun tasdikine dair genel kurul kararının aksine hüküm olmadığı takdirde, idare meclisi üyeleri ile müdürler ve murakıpların ibrasını da tazammun edeceğini hükme bağlamıştır (TTK md. 380). Ancak, yine aynı maddeye göre, bilânçoda bazı hususlar belirtilmemekte veya bilânço ortaklığın gerçek durumunun görülmesine engel bir takım hususları ihtiva etmekte ise, yönetim kurulu üyeleri ile müdürler ve denetçiler, bilânçonun onaylanması ile ibra edilmiş olmazlar.

İsviçre ve Türk Hukuk doktrininde ibra, sadece genel kurulun bilgisine ulaşan işlem ve konuları kapsar.²¹ Gerek sunulan belge ve hesaplardan, gerekse yapılan ek açıklamalardan, genel kurulda anlaşılan veya genel kurulca bilinebilecek, tanınabilecek konu ve işlemler, ibranın kapsamını belirler. Genel kurulun hiçbir şekilde bilmediği ve öğrenmesi imkânı da bulunmayan konu ve işlemler ibra dışıdır. Çünkü görüşülmeyen, bilinmeyen bir hususta genel kurulun ibra kararı vermesi düşünülemez. Böyle bir durumda verilen ibra kararı sakatlık tehlikesi ile karşılaşır.

Açık ibra kararı, hiç bir sınırlamaya tabi tutulmaksızın genel olarak verilebileceği gibi, şahıs, yer veya zaman bakımından sınırlanmak suretiyle özel olarak da verilebilir. Genel kurul bilançooyu onaylarken yönetim kurulu üyeleri ve denetçileri ibra etmek niyetinde olmasa veya onayın ibra sonucunu doğuracağını bilmese dahi, bilançonun onaylanması ile ibra meydana gelmiş olur. Fakat genel kurulda bunun aksinin kararlaştırılması mümkündür. Nitekim Yargıtay da çeşitli kararlarında genel kurulun bilançonun onaylanması ve ibra kararlarını ayırabileceğini belirtmektedir.²² Yani genel kurul

²¹ *Picenoni*, age, s. 39, 40; *Forstmoser*, age, Rn. 332; *F. Steiger*, das Recht der... s. 261; *Bürgi*, age, Art. 698 Rn. 99, Art. 757 Rn. 6; Çamoğlu, age, s. 85; Aytaç, age, s. 85 vd.

²² 11. HD. 24.6.1976, E. 1976/2890, K. 1976/3333 "...Türk-İsviçre Hukukunda anonim ortaklığın en yüksek organı tarafından verilen ibra kararı, yönetim kurulunun ve denetçilerin yıllık raporlarının, kar-zarar hesabını içeren (menfi borç ikrarı) niteliğinde olup ortaklığın o yıla ait işlemlerden dolayı hiçbir tazminat talebi kalmadığı, başka bir deyimle ilgili hesap dönemi sebebiyle anonim ortaklığın yönetim kurulu üyeleri haklarında artık tazminat davası açamayacağı sonucunu doğurur. İbranın bu anlamı taşıdığı gerek eski hukukumuzda, gerekse TTK'nun ibra ile ilgili öğretilerinde ayne kabul edilmiş bulunmaktadır. (...) Ortaklık genel kurulu bir kısım yöneticinin ibrasına ve bir kısmının ibra edilmemesine karar verebileceği gibi, ister haklarından vazgeçmek yolu ile olsun, ister hakkını tahsil etmek suretiyle olsun, sorumluları borçtan beri-tutma iradesini açık veya örtülü biçimde ortaya koyabilir. İşte, TTK'nun 380. maddesinde düzenlenen

bilançonun onaylanmasından bağımsız olarak, yönetim kurulu üyelerinin ibrasını karara bağlayabilir. Bu durumda artık zımni değil, açık ibradan bahsetmek gerekir. Acaba genel kurulun bilançodan ayırarak aldığı ibra kararı ile genel ibra arasında maddi kapsamları açısından bir fark var mıdır? Türk hukukunda gerek yargı kararları gerekse doktrin, kapsam bakımından zımni ibra ile açık ibra arasında bir fark olmadığı görüşündedir.²³

*Moroğlu*²⁴ ise, bu noktada açık ibra bakımından aksi görüş ileri sürmektedir. Yazara göre, açık genel ibra, genel kurulun bilgisine ulaşmış olan hususlarla sınırlı olmaksızın, yönetim ve denetim kurulu üyelerinin ortaklığa karşı olan tazminat sorumluluğunu tamamıyla ortadan kaldırır. *Moroğlu*, bu görüşüne gerekçe olarak, açık ibranın kanunda düzenlenmemiş olmasını ve TTK md. 380 hükmünün sadece zımni ibrayı kapsadığını bu nedenle de, ibranın menfi borç ikrarı ve yenilik doğurucu bir hukuki işlem olarak kapsamı ve hükümleri bakımından Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine tabi olması gerektiğini göstermektedir.

ibra, bu iki sonuca yöneliktir. Gerçekten genel kurul yıllık bilançoğu hiçbir koşul ileri sürmeden yalın biçimde onaylaması ile ibrayı da arzu ettiği varsayım olarak kabul edilmelidir. Bu durumda ortaklık, o sene içinde yapılan ve bilançoda gösterilen işlemlerden dolayı ibra ettiği kişilere artık rücu hakkını kullanamayacağını ve muhtemel zararlarından dahi vazgeçtiğini karara bağlamış olmaktadır. Bundan güdülen amaç, özellikle anonim ortaklıklarda, bulunması gereken idari inisiyatifin akıcılığını sağlamak, yöneticileri uzun bir süre sorumluluk riski altında tutmamaktır.

Bununla beraber, genel kurul, ortaklığın dış ilişkilerinde herhangi bir aksaklığın ortaya çıkmaması, daha açık bir deyimle ticari akıcılığın sağlanması görüşünden hareketle, bilançoğu onayladığı halde, yöneticilerin ibra edilmemesi hakkında karar almasını engelleyen bir hüküm mevcut değildir. Aksine, TTK'nun 380. maddesinde ancak bağlayıcı bir koşul kabul edilmediği takdirde ibranın kural olarak yukarıda belirtilen sonuçları doğuracağı öngörülmüştür. Maddedeki (aksine sarahat olmadığı takdirde) deyiminin, genel kurul kararında yer alan ayrıık (istisna) bir hüküm anlamını taşıdığı kuşkusuzdur. (...) Gündemin 3. maddesinde yer alan idare meclisi denetçiler ve genel müdürün ibrası ise, çoğunluk oyu ile red edildiği anlaşılmaktadır. Görülüyor ki, burada bilançonun yalın biçimde onaylanması söz konusu olmayıp, aksine genel kurulun ibra yapılmaması hususunda açık iradesi tezahür etmiştir. O halde sözü geçen madde gereğince bilançonun onaylanmasından davacının yararlanması, başka bir deyimle ibra edilmiş olması düşünülemez.

²³ 11. HD., 14.10.1982, E. 1982/3596, K. 1982/3884; 31.3.1989, E. 1989/2527, K. 1989/2044; 8.2.1999, E. 1998/9079, K. 1999/636; *Domaniç*, TTK Şerhi II, 874; *Aytaç*, 84 vd.; *Çamoğlu*, age, s. 201; *Helvacı*, age, s. 138.

²⁴ *Moroğlu*, age, s. 10.

Açık ibranın TTK da düzenlenmemesinden yola çıkarak varılan bu sonuca katılmak güçtür. Zira gerek Türk, gerekse İsviçre doktrininde, yazarların hiç bir ayırım yapmaksızın genel ve açık ibranın kapsamını “genel kurulda anlaşılan veya genel kurulca bilinebilecek konu ve işlemler” ile sınırlamanın nedeni, TTK md. 380 de yer alan düzenleme değil²⁵, ibranın hukuki niteliği yani, onun menfi borç ikrarı olma özelliğidir. Bu bağlamda, menfi borç ikrarının kapsamı, varlığı mevcut hesaptan anlaşılabilir alacaklar ile sınırlıdır.²⁶ Öte yandan, ibra kavramı bir anlamda bir vazgeçmeyi/feragati de içerisinde barındırmaktadır.²⁷ İbra ile genel kurul, yönetim kurulu üyelerine karşı, var olan veya olası tazminat haklarından vazgeçmektedir. Genel hukuk ilkeleri açısından bakıldığında, bir kimsenin bir hakkından vazgeçebilmesi için, vazgeçtiği hakkın içeriğini ve kapsamı konusunda bilgisi olması gerekir.²⁸ Genel kurulun, neden vazgeçtiğini bilmeden, yönetim kurulu üyelerini açık ibra ile şirkete karşı sorumluluktan kurtarması düşünülemez. İşte bu nedenlerdir ki, genel kurulda alınan bir ibra kararının maddi kapsamı “genel kurulda anlaşılan veya genel kurulca bilinebilecek konu ve işlemler” ile sınırlıdır. Bu bakımdan, açık ibraya farklı bir fonksiyon yüklemek, Borçlar Kanununun genel hükümleri çerçevesinde de mümkün görünmemektedir. Bilakis, genel hükümler, ibranın, genel kurulun bilgisine ulaşan hususlarla sınırlı olması sonucunu doğurmaktadır. Gerek açık, gerekse zımni ibra, hukuki nitelikleri itibarıyla menfi borç ikrarı olup, her ikisinde genel kurulun, varolan veya olası bir alacak hakkından vazgeçmesi anlamına gelmektedir.

Moroğlu, açık ibranın kapsamının genel kurulun bilgisine ulaşmış olan hususlarla sınırlı olmaksızın, yönetim kurulu üyeleri-

²⁵ Kaldı ki, İsviçre Borçlar Kanunu'nda TTK md 380 e benzer bir düzenleme yer almamaktadır.

²⁶ V. Tuhr/Escher, age, Band II, s. 179.

²⁷ *Arslanlı* konuya ilişkin olarak alacaklının borçlusunu ibra etmekle alacağından vazgeçtiğini, yani bu haktan feragat ettiğini belirtmektedir. Yazara göre feragatin bu çeşit ibradan farkı ise, feragatin tek taraflı, ibranın iki taraflı bir hukuki işlem olmasıdır. *Arslanlı, Halil*, Anonim Şirketler, II, Anonim Şirketin Organizasyonu, İstanbul 1959, s. 181; *Ansay, Tuğrul*, Anonim Şirketler Hukuku, 6. Bası, Ankara 1982, s. 149; *Meier-Wehrli*, age, s. 116; *Widmer/Banz*, age, Art. 758 Anm. 2; *Meier-Wehrli*, age, s. 116.

²⁸ *Picenoni*, age, s. 39.

nin ortaklığa karşı tazminat sorumluluğunu tamamıyla kaldırmasına dair diğer bir gerekçe olarak da, açık ibranın, bilanço kar ve zarar hesabı ile faaliyet ve denetim raporları ve bunlara ilişkin genel kurulda yapılan açıklamalar dışında bu belgelere girmeyen veya girmesi mümkün olmayan hususlarda verilebileceğini ileri sürmektedir.²⁹ Söz konusu belgelere girmeyen veya girmesi mümkün olmayan hususlarda açık ibra verilebilmesi için, bunların genel kurulun bilgisine ulaşması gerekir. Genel kurul, bu hususları birer açık ibra kararı veriyorsa, zaten bir sorun yoktur. Burada bir anlamda özel bir ibradan (spezielle Décharge) da söz edilebilir ve şirket tarafından ibra edilen konularda, artık yönetim kurulu üyelerinden bir tazminat talep edilemez. Ancak, açık ibrayı, yönetim kurulunun her türlü faaliyetini kapsayacak şekilde algılamak, ibranın etki alanını olması gerekenden daha fazla genişletmek anlamına gelir ki, buna ibranın menfi borç ikrarı olma özelliği, müsaade etmez. Açık ibrada, zımni ibranın aksine genel kurul üyeleri, yöneticileri ibra ederek, kendilerine sunulan bilgi dâhilinde, onlara karşı şirketin tazminat hakkından vazgeçtiğinin bilincindedirler. Ancak, bu durum onların ibra kararı verirken bildikleri ve kendilerine sunulan hususlar dışında kalan faaliyetlerinden dolayı da yönetim kurulu üyelerini ibra etme yönünde iradelerinin oluştuğu anlamına gelmez.³⁰ Bu noktada başka bir hususa daha dikkat çekmek gerekir. Açık ibraya böyle bir fonksiyon atfetmek, TTK md. 380 düzenlemesini içi boş bir hüküm haline getirir. Çünkü bu durumda, ibranın genel kurulun gündeminde yer aldığı her halde, açık ibra söz konusu olacak, açık ibranın genel kurulun bilgisi dahilinde olsun olmasın tüm hususları kapsadığı gerekçesiyle, geçerli bir ibra varsayılacak, böylece bilançonun gerçeği yansıtmadığı, yanlış bilgiler içerdiği hallerde, yasa koyucunun öngördüğü geçersizlik müeyyidesi dolanılmış olacaktır. Açık ibraya böylesi geniş bir anlam yüklenmesi neticesinde, yönetim kurulunun yasa gereği hazırlamak zorunda olduğu bazı belgelerin, örneğin bilançonun veya faaliyet

²⁹ Moroğlu, age, s. 9 vd.

³⁰ Böckli'de hissedarların bilmediği bir hususta blanko ibra vermelerinin anlamsız olacağını belirtmektedir. Böckli, Peter, Schweizer Aktienrecht, 3. Aufl., Zürich Basel Genf 2004, § 18 Anm. 451.

raporunun yasaya uygun hazırlanmasının bir anlamı kalmayacaktır. Yönetim kurulu, dilediği bilgileri söz konusu bu belgelere aktaracak, bazı bilgileri ise, saklamak suretiyle genel kuruldan alacağı açık ibra neticesinde sorumluluktan kurtulacaktır. Oysa ibraya ilişkin düzenlemenin amacı, yöneticileri bir şekilde sorumluluktan kurtarmak değildir.

İbra kararı vermeye yetkili tek organ olan genel kurul, bunun kapsamını belirlemek hususunda da tek yetkilidir. İbranın açık olduğu gerekçesiyle, kapsamını genel kurulun bilgisi dışındaki yönetim kurulu faaliyetleri ile genişletmek, son zamanlarda yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu alanında yaşanan gelişmelere de aykırılık teşkil eder.³¹ Yönetim kurulu üyelerinin, ibra edilmelerini sağlamalarının hiç de zor olmadığı göz önüne alındığında, açık ibraya böyle bir anlamak yüklemek sadece üyelerin sorumluluktan kurtulmalarını kolaylaştırır, buna karşın, şirketin ortakların ve alacaklıların menfaatlerini açıkça zedeler.

IV. İbranın Geçersizliği

İbra kararı mutlak hükümsüzlükle sakat olabileceği gibi iptale de tabi olabilir. İbra kararları, bir genel kurul kararı olmaları itibarıyla, genel kurul kararlarının sakatlığına ilişkin TTK hükümlerine tabidir. Bir genel kurul kararının hükümsüzlüğünün ileri sürülebileceği veya iptalinin istenebileceği bütün durumlarda kararın konusunu teşkil ediyorsa ibra yok veya hükümsüz sayılacak veya mahkemece iptal edilebilecektir. Bir başka deyimle, mutlak hükümsüzlükle sakat ibra kararları dışındakiler kanuna, ana sözleşmeye ve objektif iyi niyet kurallarına aykırılık gerekçesiyle TTK md. 381' e istinaden iptal ettirilebilirler.

Bununla birlikte, ibranın anonim şirketler hukukuna göre iptali genel hükümlere göre iptalinde³² olduğu gibi pratik açıdan fazla

³¹ Kaynak İsviçre Hukukunda, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun genişletilmesi yönündeki gelişmeler, ibranın anlamının daralmasına neden olmuştur. Daha geniş bilgi için bkz. *Bürgi*, age, Art. 698 Anm. 84.

³² İbranın iptali, yalnızca anonim şirketlere özgü genel kurul kararlarının iptaline ilişkin hükümlere değil, tek taraflı bir hukuki işlem olması nedeniyle genel hükümlere de tabi olduğu ancak bunun sadece teorik açıdan bir anlam ifade ettiği pratikte bir önemi olmadığı yönünde, *Meier-Wehrli*, age, s. 133; *Aytaç*, age, s. 190. Genel hükümlere

önem taşımamaktadır.³³ Bir defa ibra kararı sadece şirketin dava hakkına engel teşkil ettiği için, pay sahipleri açısından kararın iptali yoluna gitmek gerekli değildir. Öte yandan, TTK md. 380/II de yer alan geçersiz ibraya ilişkin düzenleme de, iptalin önemini bir hayli azaltmaktadır. Yönetim kurulu üyelerinin ve denetçilerin kendi lehine verilen ibra kararını iptal ettirmesi düşünülemeyeceğine göre, geriye iptal davası açabilecek kimseler kalmamaktadır. Yönetim kurulu üyeleri ve denetçiler kendileri dışındakiler için verilen ibra kararlarını ise TTK md. 381'e istinaden iptal ettiremezler, çünkü ibra kararının icrası söz konusu değildir.

TTK md. 380 de yer alan geçersiz ibradan kastedilen, yanlış ve eksik bilançodur. Yani bilanço ilkelerine veya bilançonun düzenlenmesine ilişkin kanun hükümlerine uyulmaması, ibranın geçersizliği sonucunu doğurur.³⁴ Bilançonun onaylanması kararı ittifakla alınmış olsa dahi, ibra geçerli hale gelmez. Çünkü TTK md. 380 hükmü mutlaktır ve eksik ve yanlış bilançonun onaylanması sonucu ibra verilmiş sayılmaz. Burada bilanço kavramı yorumlanırken kâr ve zarar hesabının yanı sıra, yıllık faaliyet raporu ve denetçi raporu ve genel kurula bilgi ulaştırılan diğer kaynaklar da bu kavrama dâhil edilmelidir. İbranın kapsamını çizen “genel kurulun bilgisine ulaşma” ölçüsü, bu belgelerin birlikte ele alınmasını zorunlu kılar.

Eksik veya yanlış bir bilançoya dayanılarak verilmiş bir ibra kararının geçersizliğinin nasıl ileri sürüleceği konusunda ise, yasa da açık bir düzenleme yoktur. Gerçi, bir genel kurul kararı olması

istinaden genel kurulun irade sakatlığı dolayısıyla tek taraflı geçersizliğe dayanabileceğinin şüpheli olduğu yönünde, *Forstmoser*, age, Anm. 367 dipnot, 626.

³³ *Picenoni*, age, s. 173 vd.; *Meier-Wehrli*, age, s. 93 dipnot 54; *Aytaç*, age, s. 190; *Çamoğlu*, age, s. 214.

³⁴ TTK md. 380 de yer alan düzenlemenin kaynağı olan Alman Anonim Şirketler Kanunu § 120 Abs. 3 (eski Alman Ticaret Kanunu § 260) ye göre ise, eksik bilançoya dayanılarak karar verilmesi veya hiç bilanço sunulmadan alman ibra kararına karşı iptal davası (Anfechtungsklage) açılabilir. *Zöllner*, age, § 120 Anm 47; *Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kroppf*, age, § 120 Anm. 31.

İşlem güvenliği nedeniyle geçersiz genel kurul kararlarını sınırlı tutan İsviçre Hukukunda ise, ibra kararının bilançoya istinaden verileceği düzenlenmiş olmakla birlikte, bilançonun eksik veya yanlış olması halinde müeyyidenin OR Art. 706 ya istinaden iptal edilebilirlik olduğu kabul edilmektedir. *Picenoni*, age, s. 60; *Meier-Wehrli*, age, s. 133; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, *Schweizerisches Aktienrecht*, Bern 1996, § 25 Anm. 38.

itibarı ile ibranın TTK md. 381'e göre, iptali düşünülebilirse de, TTK md. 380'nin bu hallerde ibrayı açıkça geçersiz kılan düzenlemesi karşısında ibranın iptali davasından söz edilemez. Mantıki olarak da, geçerli olmayan bir ibra kararının iptalinden söz edilemeyeceği açıktır. Geçersiz bir ibra, başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaz yani ortaklığa, pay sahiplerine ve alacaklılara karşı hüküm ifade etmez. Bilânçonun eksikliğinin veya yanlışlığının sabit olması halinde ibra edilen kimselerin ortaklığa karşı sorumluluğu sona ermez, ibranın menfi borç ikrarı olma özelliği sona erer.

Mutlak hükümsüzlükle sakat bir ibra kararı, başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğurmaz. Böyle bir ibra kararı, ne ortaklığı, ne ortakları ne de alacaklıları bağlar.³⁵ İbra kararının yokluk veya butlan derecesinde sakat olması halinde, ilgililer, açacakları bir tespit davası ile yokluk veya butlanı tespit ettirebilecekleri gibi, açılmış bir davada bu durumu def'i olarak da ileri sürebilirler.

V. İbra Kararının Sorumluluk Davalarına Etkisi

TTK md. 336 f. I de yönetim kurulu üyelerinin müteselsilen sorumlu oldukları kimseler, ortaklık, münferit pay sahipleri ve alacaklılar olarak belirlenmiştir. Yönetim kurulu, asıl olarak ortaklığa karşı sorumlu olmakla birlikte, ortaklığın mal varlığının azalması ortaklıkta pay sahibi olanların ve alacaklıların zararı anlamına geldiğinden ve bu durumda yönetim kurulu üyelerinin şirket adına yetkili organ olarak kendi aleyhlerine harekete geçmesi beklenemeyeceğinden, bu sorumluluk hallerinde pay sahiplerine ve alacaklılara şirkete tanınan dava hakkının yanı sıra, bağımsız sorumluluk davası açma hakkı tanınmıştır (TTK md. 340 ın TTK md. 309 yollaması). Ortaklık doğrudan uğradığı zarara, münferit pay sahipleri ve alacaklılar ise, dolayısıyla uğradıkları zarara istinaden yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğu yoluna gidebilirler. Sorun, genel kurulun, yönetim kurulu üyelerinin ibrasına ilişkin aldığı kararın, dava hakkını haiz bu üç grup açısından ne gibi sonuçlar doğurduğu noktasında ortaya çıkmaktadır. Aşağıda genel kurulun ibra kararı-

³⁵ Forstmoser, age, Anm. 363; Picenoni, age, s. 173, 204; Aytac, age, s. 190; Çamoğlu, age, s. 213.

nın, her üç grubun dava açma hakkına etkisi ayrı ayrı ele alınıp değerlendirilecektir.

1. Ortaklığın Dava Hakkına Etkisi

İbranın, bir menfi borç ikrarı içermesi nedeniyle, bu kararın verilmesinin ardından anonim şirket, artık yönetim kurulu üyelerine karşı söz konusu döneme ait ve ibranın kapsamına giren işlemlerden dolayı, sorumluluk davası açamaz. Bu noktada, ibranın açık veya zımnî olmasının bir önemi yoktur. Dolayısıyla, yönetim kurulu üyelerinin ibralarının reddi, genel kurul tarafından sorumluluk davası açma hakkının saklı tutulduğu anlamına gelir. İbra edilmenin doğal sonucu, bu kimseler hakkında sorumluluk davası açılabilmesidir. Ancak ibranın reddi ile birlikte, sorumluluk davası otomatik olarak açılmaz. Ticaret Kanunu'nun 341. maddesinde yönetim kurulu üyelerinin TTK 336, 337, 346 ve 433'ten doğan sorumluluğu ile ilgili olarak, münhasıran şirket tarafından açılacak davalar özel bir merasimin yerine getirilmesine tabi tutulmuştur.³⁶ Bu düzenlemeye göre yönetim kurulu üyeleri hakkında dava açılmasının ön koşulu;

- Genel Kurulda adi ekseriyetle dava açılmasına karar verilmiş olması veya,

- böyle bir kararın alınmamış olması halinde, azlığın, sermayenin yüzde onu tutarında hisselerini, davanın reddedilmesi sebebi ile şirketin uğrayacağı zararlara karşı tazminat göstermesi şartı ile şirketin dava açmasını istemiş ve bu isteğini genel kurul tutanağına yazdırmış olmasıdır.

Yargıtay'da çeşitli kararlarında, TTK 341 uyarınca sorumluluk davası açılabilmesi için genel kurul kararını bir dava şartı olarak kabul etmiştir.³⁷ Genel kurul kararı alınmadan dava açıldığı takdirde, bu eksiklik, mahkemece verilecek uygun sürede tamamlanır. Söz konusu eksiklik süresinde tamamlanmazsa, dava red edi-

³⁶ Gönen Eriş, Anonim Şirketler Hukuku, Ankara 1995, s. 320 vd., Domaniç, age, s. 676 vd.

³⁷ 11. HD 17.12.1974, E. 1974/3677, K. 1974/3733.

lir. Genel kurul kararının bulunup bulunmadığı hususu, mahkemece resen göz önünde tutulur.³⁸

Sonuç olarak, ibranın menfi borç ikrarı olma özelliği de dikkate alındığında, genel kurulun, yönetim kurulu üyelerini açık veya zımnî olarak ibra etmesi halinde, artık, anonim şirket tarafından, şirketin uğradığı doğrudan veya dolaylı zararların sorumluluk davası yoluyla talep edilmesi mümkün olmaz. İbra ile genel kurul, gerçekten var olan veya olası bir alacağından, yani tazminat davası açmak hakkından vazgeçmektedir. Genel kurulun ibra kararının, dış dünyaya varması ile birlikte, anonim şirketin sorumluluk davası açma hakkı sona erer. Şirket adına açılacak bir sorumluluk davasında, yönetim kurulu üyeleri ibra edildikleri defini başarı ile ileri sürebilirler.

2. Ortakların Dava Hakkına Etkisi

İbra kararının ortakların dava açma hakkına etkisine gelince: Türk Ticaret Kanunu, mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'ndan (OR) farklı olarak, verilen ibra kararının ortakların dava açma hakkına etkisine ilişkin herhangi bir düzenlemeye yer vermemiştir. Oysa, mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu'nun 757. maddesinde bu sorun, ortakların da menfaatini koruyacak şekilde düzenlenmiştir. Buna göre, ibra kararı sadece, karar lehine oy vermiş veya yönetim kurulu üyelerinin ibra edildiğini bilerek hisseleri devralmış ortağın sorumluluk davası açma hakkını ortadan kaldırmaktadır. Madde ayrıca, ortakların sorumluluk davası açabilmesi için 6 aylık bir hak düşürücü süre öngörmüştür. Ticaret Kanunumuza alınmayan bu maddeye ilişkin olarak doktrinde, hukukun genel ilkelerinde uygun bir şekilde geliştirilmiş ve genel kurulun verdiği kararın sadece Anonim Şirketin tüzel kişiliğini bağlayacağı buna karşın, toplantıya katılmayan veya ibra kararına muhalif kalan ortakların, uğradıkları dolaylı zararın tazmini için sorumluluk davası açma haklarını etkilemeyeceği yönünde, çoğunluk görüşü oluşmuştur.³⁹ Böyle bir

³⁸ Eriş, age, s. 321.

³⁹ Domaniç, age, s. 874; Çamoğlu, age, s. 350 vd.; Pulaşlı, age, s. 346; Helvacı, Mehmet, Anonim Ortaklıkta Yönetim Kurulu Üyesinin Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1995, age, s. 108; Tekil, age, s. 227 vd. İmregün ise, genel kurul kararlarının pay sahiplerinin tümüne karşı etkili olduğu gerekçesiyle, pay sahibinin dava açması için öncelikle genel kurul

durumda, yani ortağın uğradığı dolaylı zarara istinaden, yöneticiler lehine sorumluluk davası açması halinde hükmedilecek tazminat şirkete verilir.

Buna karşın, genel kurul tarafından verilen ibra kararının, ortakların doğrudan uğradıkları zarar dolayısıyla dava açma hakkına hiç bir etkisi yoktur. Ortaklar, Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine istinaden, uğradıkları zararın giderilmesi için yönetim kurulu üyeleri lehine tazminat davası açabilirler.

3. Alacaklıların Dava Hakkına Etkisi

Genel kurulun ibra kararının alacaklılar üzerinde etkisi konusunda ise, bu kararın şirketin alacaklılarının uğradığı dolaylı zararlar nedeniyle yönetim kurulu üyelerine karşı sorumluluk davası açılmasına etkisi olmadığı, gerek İsviçre, gerekse de Türk doktrininde çoğunluk görüşü olarak kabul edilmektedir.

Gerçekten de, genel kurul ibra kararı vererek kendi dava açma hakkından feragat edebilir, ancak şirkete karşı üçüncü kişi konumunda olan alacaklıların hakları üzerinde tasarrufta bulunamaz. TTK md. 336, açıkça yönetim kurulu üyelerinin gerek şirkete, gerek münferit pay sahiplerine ve şirket alacaklılarına karşı müteselsil sorumlu olduklarını düzenlemektedir. Bu açık düzenleme karşısında, sadece genel kurulun dava açma hakkına sahip olduğu, onun bu hakkı kullanmak istememesi halinde, artık alacaklıların da şirket adına dava açamayacakları söylenemez. Şirket, yöneticileri ibra etmek suretiyle bu hakkından vazgeçebilir, zarara katlanmak isteyebilir, ancak alacaklıların şirketin uğrayacağı zarara ve bunun onlara dolaylı yansımalarına katlanmalarını beklemek doğru olmaz.

4. Değerlendirme

TTK md. 336 ile getirilen düzenlemenin amacı, yöneticilerin görevleri esnasında şirkete verecekleri zararı, haklarında açılacak sorumluluk davası ile gidermektir. Pay sahiplerinin ve şirket alacaklılarının dava açma hakkının genel kurulun ibra kararına

bağlanması halinde, bu kimselere sorumluluk davası açma hakkı tanınması ile ulaşılmak istenen gaye, yani şirketin uğradığı zararın sorumlulardan tazmin edilmesi gayesi tamamen boşa çıkacaktır. İbraya, şirketler hukuku açısından yüklenebilecek anlamdan daha fazlasının verilerek, ibranın etkisinin genişletilmeye çalışılması, gerek ibraya daha sınırlı bir anlam veren mehzaz İsviçre Borçlar Kanunu,⁴⁰ gerekse ibraya, sadece yönetim kurulunun faaliyet döneminin onaylandığı ve gelecek için güven duyulması anlamı yükleyen Alman ve Avrupa hukukundaki düzenlemeler dikkate alındığında, doğru görülmemektedir. Özellikle, Alman hukukunda yer alan ibranın şirketin tazminat hakkına helal getirmeyeceği yönündeki düzenleme, ibranın düşünülenden daha sınırlı yorumlanabileceğini göstermektedir. Avrupa Anonim Şirketler hukuku alanında çıkarılan 5. Yönergeye İlişkin Önerinin/*Vorschlag für eine fünfte (Struktur) Richtlinie* 14. maddesinin 5. fıkrasında da, yönetim kurulu üyelerinin ibrası hususuna değinilmiş ve genel kurulun yönetim kurulunu ibra etmesi halinde bunun yönetim kurulu üyelerinin özel hukuk alanındaki sorumluluğundan kurtulmaları anlamına gelmeyeceğini düzenlenmiş ve 18. maddede getirilen hükümle de, ibranın, şirketin tazminat hakkından vazgeçmek anlamına gelmeyeceğini açıkça belirtilmiştir.⁴¹

Öte yandan, ibraya ilişkin düzenlemenin amacının, yöneticilerin genel kurulda ibra edildikleri gerekçesiyle sorumluluktan kolayca kurtulmalarını sağlamak olmadığı çok açıktır. Yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmelerinin hiç de güç olmadığı, ibra için herhangi bir yeter sayı aranmadığı, adi çoğunlukla ibra kararı verilebileceği göz önüne alındığında, TTK md. 336 f. 1 ile getirilen düzenlemenin amacı, daha iyi anlaşılacaktır. Zira, yöneticilerin genel kurulda ibra edilmemeleri halinde, ortaklık dava açacağından, pay sahiplerinin veya alacaklıların dava açmasına gerek kalmayacaktır. Söz konusu düzenleme asıl olarak genel kurulun ibra

⁴⁰ İsviçre hukukunda yazarlar ibranın etkisinin sınırlı olduğu konusunda hem fikirdir. *Bürgi*, Kommenta zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Die Aktiengesellschaft b/2: Art. 698-738, Zürich 1969, Art. 698 Anm. 99; *Forstmoser/Meier-Hayoz/Nobel*, age, § 36 Anm. 137.

⁴¹ Dritter geänderter Vorschlag für eine fünfte Richtlinie des Rates auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts (KOM (91) 372 Endg-SYN 3), ABLEG Nr C 321/9 v. 12.12.1991.

kararı vermiş olması halinde, kendisini gösterecektir. Genel kurul, yöneticilerin faaliyetlerini ibra etmek suretiyle sorumluluk davası açma hakkından vazgeçebilecek ancak, pay sahipleri ve alacaklılar yöneticilerin işlemlerini onaylamıyorlarsa, onlar hakkında sorumluluk davası açabileceklerdir. Kanun koyucu bunun aksini amaçlasaydı, sorumluluk davası açma hakkını sadece genel kurula bırakır ve dava açabilecek kimseler arasında münferit pay sahiplerini ve alacaklıları saymazdı.

V. Genel Kurulun İbra Kararını Geri Alabilip Alamayacağı Meselesi

İbra kararı tek taraflı hukuki bir işlem olup,⁴² şirketin yetkili organı tarafından yapılan irade beyanı ile meydana gelir. Anonim şirketlerde ibra kararı, bir genel kurul kararı olması itibarıyla, genel kurul kararlarının sakatlığına ilişkin hükümlere (TTK md. 381) tabidir. İbranın mutlak hükümsüzlüğü, yani yokluk veya mutlak butlanla sakatlığı, ilgisi bulunan herkes tarafından ileri sürülebilir. Genel kurul kararlarının yokluk veya butlan ile sakat olması halinde tespit davası açılabilir gibi, yokluk veya butlan def'i yolu ile de ileri sürülebilir. Alınan karar TTK md. 381 anlamında iptali mümkün bir karar ise, buna karşı süresinde iptal davası açılabilir.⁴³ Bu hususların mevcut olmaması halinde, ibra kararından dönülemez. Zira, ibra kararları tek taraflı yenilik doğuran hukuki işlemlerdir ve bir kez geçerli olarak doğduktan sonra bu kararlardan geri dönülmesi söz konusu olmaz. Genel Kurul tarafından alınan ibra kararına karşılık, ancak TTK md. 381 ve 361'e istinaden iptal davası açılabilir. Anonim Şirket genel kurulunun, verilen ibra bu kararını kendiliğinden iptal etme veya hükümsüz sayma yetkisi yoktur.

4743 sayılı Kanun ile değişik mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu'nun 14/7-3 maddesinde yer verilen

"Hisseleri kısmen veya tamamen Fon'a ait olan bir bankanın hisselerinin üçüncü kişilere devir veya intikali halinde banka tara-

⁴² Picononi, age, s. 19 vd.; Wehrli, s. 117; Z. Aytaç, age, s. 37

⁴³ Aytaç, age, s. 196.

*findan, bankanın eski ortakları, yöneticileri ve denetçileri hakkında açılmış olan dava ve takiplere Fon tarafından kanuni halef sıfatıyla kaldığı yerden devam olunur. Bu dava ve takipler sonucu hükmolunacak tutarlar Fona ait olur. Bu bankaların başka bir bankaya devredilmesi ya da başka bir bankayla birleşmesi, hissele-
rinin üçüncü kişilere devredilmesi ya da tasfiyelerine karar veril-
mesi hallerinde, bu işlemlerin tamamlanmasını takip eden iki yıl
içinde, bankanın sorumlulukları tespit edilen yönetim kurulu eski
üyeleri ile eski denetçileri aleyhine, varsa ibralarının iptali ve iş-
lemleri nedeniyle verdikleri zararın Fon adına tazmini istemiyle,
Fon tarafından 6762 sayılı Türk Ticaret Kanunu hükümlerine isti-
naden dava açılabilir” düzenlemesi yer almaktadır.”*

Bu maddede geçen, “varsa ibraların iptali” ifadesi, banka olağan genel kurulunda bu yönde karar alınabileceği anlamına gelmemektedir. Bu maddenin açık düzenlemesi, Fon’a, sorumlulukları tespit edilen eski yönetim kurulu üyeleriyle denetçiler aleyhine ibraların iptali ile TTK’ya göre sorumluluk davası açma hakkı tanımaktadır. Yani, düzenleme sorumluluk davasının ibranın iptali ile birlikte açılmasını öngörmekte, genel kurula ibraların iptali gibi bir yetki vermemektedir.⁴⁴

Mülga 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 14. maddesinde yer alan düzenlemeye benzer bir hüküm, 5411 sayılı Bankacılık Kanunu md. 133 de yer almıştır. Bu hükme göre,

“...bankanın sorumlulukları tespit edilen ortakları, yönetim kurulu eski üyeleri ve denetçileri aleyhine varsa ibralarının iptali ve işlemleri nedeniyle verdikleri zararın tazmini için tasfiyenin tamamlanmasını müteakip beş yıl içinde Fon tarafından dava açılabilir.”

Yine bu düzenleme ile de kastedilen Fon’un veya başka bir banka organın, ibraları iptal etmesi değil, Fon’un söz konusu ibra kararını mahkemede iptal ettirmesidir. Bu maddenin amacı⁴⁵,

⁴⁴ Aynı yönde Tekinalp, Fondaki Bankanın Hukuku, İstanbul 2003, 50 vd.; Kırcı, s. 43.

⁴⁵ 5411 sayılı Kanunun 133. maddesi ile ilgili 30.03.2005 tarihli Hükümet gerekçesi: Madde 135.- Faaliyet izni kaldırılan bankaların tasfiyelerinin tamamlanması ancak iflas veya tasfiye masa alacaklarının tahsil edilememiş olması durumunda, bankanın

Fon'un, kanuni halef sıfatıyla TTK md. 336 ya istinaden yöneticiler ve denetçiler aleyhine sorumluluk davası açarken, bu davanın ön koşulu olan ibra edilmemiş olma engeline takılmasını önlemektir. Genel kurul kararı olması itibarıyla, genel kurul kararlarının iptaline ilişkin TTK md. 381 hükümlerine tabi olan ibranın iptali, üç aylık süreye bağlı iken, yeni düzenleme iptal davası açma süresini, tasfiyenin tamamlanmasını müteakip beş yıl olarak öngörmüş ve böylece sorumluluk davası açabilmek için Fon'a çok uzun bir süre verilmiştir.⁴⁶

Bu düzenlemenin diğer bir özelliği ise, sorumluluk davası açmak için TTK md. 341 de öngörülen "genel kurul kararı"na ilişkin şartın kaldırılmış olmasıdır. 5411 s. BanK. md. 133/2 son cümleye göre,

"...Dava açılmasına dair Fon Kurulu kararı dava şartı olarak aranan genel kurul kararı yerine geçer."

Madde kapsamında belirtilen bankaların, Fona devredilmiş olması ve tasfiye veya yeniden yapılandırma sürecine girmeleri sebebiyle genel kurulu toplamalarının mümkün olmadığı dikkate alınarak, mali sorumluluk davalarında, dava açılmasına dair Fon Kurulu kararının "dava şartı" olarak aranan genel kurul kararı yerine geçeceği düzenlenmiş, genel kurul kararına gerek olmaksızın Fon Kurulu'nun kararına istinaden şahsi sorumluluk davası açılmasına imkan tanınmıştır.

Görüldüğü üzere, aslında her iki düzenleme de genel kurula ibra kararlarını kaldırma yetkisi verilmemektedir. Ancak, uygulama farklı yönde gelişmiş TMSF'ye devredilen bankaların ibra edilen

sorumlulukları tespit edilen ortakları, yönetim kurulu eski üyeleri ve denetçileri aleyhine varsa ibralarının iptali ve işlemleri nedeniyle verdikleri zararın tazmini için tasfiyenin tamamlanmasını müteakip beş yıl içinde Fon tarafından dava açılabilmesi düzenlenmesi getirilmiş, aynı şekilde Fon tarafından kanuni halef sıfatı ile takip edilecek davalar düzenleme altına alınmış, ayrıca bu bankaların başka bir bankaya devredilmesi ya da başka bir banka ile birleşmesi, hisselerinin üçüncü kişilere devredilmesi ya da tasfiyelerine karar verilmesi halinde bu işlemlerin tamamlanmasını takibeden beş yıl içinde bankanın sorumlulukları tespit edilen yönetim kurulu eski üyeleri ile eski denetçileri aleyhine varsa ibralarının iptali ve işlemleri nedeniyle verdikleri zararın Fon adına tazmini istemiyle Fon tarafından dava açılabilmesi hüküm altına alınmıştır.

⁴⁶ Aynı yönde, Poroy/Tekinalp/Çamoğlu, Nr. 615b; Kirca, age, s. 46.

yönetim kurullarıyla ilgili olarak devirden sonra genel kurullarda ibraların iptali yönünde kararlar alınmıştır. Bunun neticesinde Fon'a devredilen Bankaların genel kurullarınca alınan ibraların iptaline ilişkin kararlar dava konusu edilmiştir. Konuya ilişkin olarak Yargıtay 11. HD tarafından verilen 24.11.2004 tarihli E. 2004/4, K. 2004/11513 sayılı kararda şöyle denmiştir:

“...Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurulu'nun 19.07.2001 gün ve 383 sayılı kararı ile Bankalar Kanunu'nun 14/3-4 maddesi uyarınca davalı bankanın temettü hariç ortaklık hakları ile yönetim ve denetiminin TMSF'ye devrinden sonra yapılan 25.12.2001 tarihli olağanüstü genel kurul toplantısının 6 ve 7 nolu kararları ile 1997, 1998, 1999 ve 2000 yıllarına ait banka faaliyetlerinin gerçek durumu itibari ile müzakere edilmediği, usulsüzlüklerin gizlendiği ve gerçek durumu yansıtmayan bilanço ile kar zarar tabloları ve denetçi raporları düzenlendiği ve ibra kararlarının bu şekilde alındığı gerekçesiyle ve oybirliği ile yönetim ve denetim kurullarının ibrasına ilişkin anılan yıllara ait genel kurul kararlarının hükümsüz sayılmasına ve o dönemlerde görev yapan kurulların üyeleri hakkında sorumluluk davası açılmasına karar verilmiş, hemen ardından da İstanbul Asliye 1. Ticaret Mahkemesi'nin 2002/171 esas no'sunda kayıtlı dava açılmıştır. Artık, önceki ibraların hükümsüz sayılması kararının yerinde olup olmadığının, derdest sorumluluk davası davalıları olan eski yönetici ve denetçilerle savunulması halinde irdelenip çözüme bağlanacağı kuşkusuzdur. Bu bakımdan, asıl ve birleştirilen dava davalıları olan (haklarındaki ibra kararı hükümsüz sayılan) eski yönetim ve denetim kurulları üyelerinin işbu davayı açmalarında hukuki yararları yoktur.”

Yine bu konuya ilişkin olarak Yargıtay 11. HD., 8.11.2005 tarihli E. 2004/11727, K.2005/10659 sayılı kararında şu tespitlerde bulunmuştur

“...haklarında genel kurulca alınan ibra kararlarının hükümsüzlüğüne karar verilmiş olması sonucu itibarıyla yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunu gerektireceğinden, bu üyelerin kararın iptalini talep etme hakları var ise de, haklarında açılan sorumluluk

davasında geçmişe dönük olarak alınan ibra kararlarının değerlendirileceğinin tabii bulunmasına göre, davacılar vekillerinin tüm temyiz itirazları yerinde değildir.”

Yukarıda anılan her iki kararda da Yargıtay, genel kurulun ibra kararlarını iptal edebilip edemeyeceğini tartışmamış,⁴⁷ zımnen ibra kararlarının iptaline ilişkin genel kurul kararlarının iptal ettirebileceğini kabul etmiş, ancak, yöneticiler açısından açılacak sorumluluk davalarında bu husus tartışılacağından ayrı bir dava ile bu yönde talepte bulunulmasında hukuki yarar olmadığını belirtmiştir. Yargıtay’a göre hakkında tazminat davası açılan yönetim kurulu üyesi veya denetçi, bu davada ibranın kaldırılması kararının geçersizliğini her zaman ileri sürebileceğinden ve kanıtlayabileceğinden, ayrıca bir iptal veya tespit davası hakkı tanınması gereksiz ve dava ekonomisine aykırıdır.

Sonuç olarak, genel kurul tarafından verilen ibra kararının, yine genel kurul tarafından geri alınması mümkün değildir. Yargıtay’ın genel kurulun ibra kararını iptal eden kararları aleyhine açılan davaları reddetmesi de varılan sonucu değiştirmez. Kaldı ki, Yargıtay bu davaları genel kurul ibra kararlarını iptal edebileceği için değil, hukuki yarar olmadığı gerekçesiyle reddetmiştir.

VI. Yönetim Kurulu Üyelerinin İbra Edilmiş Olması Şahsi İflas Davası Açılmasına Engel midir?

Girişte de belirtildiği üzere, uygulamada, açılan şahsi iflas davalarında en yoğun itiraz edilen hususlardan birisi de, bazı yöneticilerin daha önceki banka genel kurullarında ibra edilmiş olmaları nedeniyle haklarında şahsi iflas davası açılmayacağı iddiası oluşturmuştur. Bu iddianın dayandığı temellerden birisi, şahsi iflas davalarına da, TTK md. 336 ve devamında yer alan hukuki sorumlu-

⁴⁷ Yukarıdaki kararları veren aynı daire 15.1.2004 tarih ve E. 2003/5992, K. 2004/250 sayılı –yayımlanmayan – kararında ise (karar için bkz. *Kırca*, age, s. 44) “...davacılar hakkındaki ibra edilmeme kararının 4389 sayılı Bankalar Kanunu’nun 14.7.3’üncü bendine 30.1.2002 tarihinde eklenen ek cümle ile getirilen hüküm uyarınca verilmiş bulunmasına ve davacıların hukuken sorumlu olup olmadıklarının halen haklarında İstanbul 1. Ticaret Mahkemesi’nde derdest olan davada tartışılacağına kuşkusuz bulunmasına göre,...’demek suretiyle bir anlamda ibra kararının genel kurulca iptal edilebileceğini kabul etmiştir.

luk hükümlerinin uygulanması gerektiği yönündeki görüştür.⁴⁸ Ancak, yöneticilerin genel kurul tarafından ibra edilmeleri nedeniyle, haklarında Fon tarafından da şahsi iflas davası açılmayacağını söylemek, bu iki davanın yani, şahsi iflas davası ile hukuki sorumluluk davalarının birbiriyle özdeşleştirilmesi anlamına gelir. Oysa, TTK md. 336 da yer alan “hukuki sorumluluk” davası ile Bankalar Kanununda düzenlenen “şahsi iflas davası” gerek şekil ve içerik, gerekse de hüküm ve sonuçları yönünden tamamen birbirlerinden farklı iki davadır.

Öncelikle, her iki davanın açılabilmesi aranan ön koşullar birbirinden farklıdır. Fon adına şahsi iflas davası açılabilmesi için, Bankanın Fona devredilmiş olması gerekirken, şirket adına hukuki sorumluluk davası açılabilmesi için, yöneticilerin ibra edilmemiş ve genel kurulun dava açılması yönünde karar almış olması gerekmektedir. Şekli açıdan bakıldığında ise, her iki sorumluluk davası arasında en önemli fark, davayı açabileceklerin şahsında kendisini göstermektedir. Bankalar Kanununa istinaden şahsi iflas davası sadece TMSF adına açılabilirken,⁴⁹ Türk Ticaret Kanununa dayanan hukuki sorumluluk davasının şirket adına murakıplarca⁵⁰ açılması gerekmektedir (TTK md. 341/II). Yine her iki davanın esasına ilişkin şartlarda da farklar göze çarpmaktadır. Bunlardan ilki, davaların hukuki dayanaklarında kendisini göstermektedir. BanK md. 17 ye istinaden açılacak davanın hukuki dayanağını, yöneticilerin *kanuna aykırı işlem ve kararları* (haksız fiil) oluştururken, TTK md. 336 ya istinaden açılacak davanın hukuki dayanağını, *sözleşmeye aykırılık* yani özen borcuna aykırılık teşkil etmektedir. Kanun koyucu gerek TTK md. 336 da gerekse de BanK md. 102 (Mülga

⁴⁸ *Tekinalp, age, s. 187. Tekinalp'e göre, yöneticilerin şahsi iflaslarına hükmedilebilmesi için, bankanın Fon'a devrine neden olan işlemlerde sorumluluklarının bulunması gerekir. Sorumluluklarının bulunması'ndan kasıt, söz konusu yöneticilerin, TTK md. 336 vd ve 309 anlamında sorumluluklarının sabit olmasıdır. İflas davası içinde anılan hükümlerin uygulandığı bir yargılama gerçekleşecektir.*

⁴⁹ Her ne kadar, Bankalar Kanunu kimi durumda TMSF'nin yasal halefiyetinden bahsetse de (BanK. md.14/7, f.3), BanK md.17'de yer alan sorumluluk hükmündeki Fon'un davacı sıfatı bir külli halefiyet esasına dayalı değil, bilakis, “ilgili yasa hükmüne dayalı bağımsız bir davacılık sıfatıdır.

⁵⁰ Uygulamada Fona devredildikleri için Bayındırbank bünyesinde birleştirilen batık bankaların yöneticileri lehine TTK md. 336 ya istinaden sorumluluk davaları Bayındırbank'ın murakıplarınca açılmaktadır.

BanK md. 17) de yöneticilerin “sorumluluklarının bulunmasından” bahsetmiştir. Ancak burada “sorumluluk bulunmasından” kasıt, yöneticilerin TTK md. 336 anlamında sorumluluklarının sabit olması değildir. Yukarıda da belirtildiği gibi, TTK md. 336 anlamında sorumluluğun kaynağı sözleşmeye, yani özen borcuna aykırılıktır. Oysa, her sözleşmeye aykırılık aynı zamanda kanuna aykırılık teşkil etmez. Dolayısıyla yönetim kurulu üyesinin, her sözleşmeye aykırı hareketi de kanuna aykırılık teşkil etmez, ancak TTK md. 336 gereği yöneticinin hukuki sorumluluğunu gerektirir. Başka bir ifade ile, kanuna aykırı olmayan bir eylemden dolayı yöneticinin, Bank md. 110 (Mülga BanK md. 17) ye dayanılarak şahsi iflası talep edilemez; ama TTK md. 336 ya istinaden hukuki sorumluluğuna gidilebilir.

Her iki dava arasında esasa ilişkin diğer önemli bir farkta, sorumluluğun türünde ortaya çıkmaktadır. Bank md. 110'deki (Mülga Kanun md. 17/I) “bankaya verdikleri zararlarla sınırlı olarak bunların şahsi sorumlulukları yoluna gidilmesi” ifadesi, her bir sorumluyu “bankaya verdiği zarar” ile sınırlayarak iflasın bankanın uğradığı toplam zarar tutarından talep edilmesini değil, bu tutar içinde ilgili kimselere isnat edilen miktarın esas alınması şeklinde anlaşılmalıdır. Her bir hâkim ortak veya banka görevlisi, sadece bankaya verdikleri zarar ile sınırlı olarak, “şahsen” sorumludur. Yani, her bir sorumlu için iflasa esas alınacak tutar verdikleri zarara göre belirlenecektir, yoksa bankanın uğradığı toplam zarara göre değil. Oysa, TTK md. 336 da öngörülen haller yönetim kurulu üyelerinin verdikleri zarar nedeniyle müteselsil sorumluluklarını gerektirir. TTK md. 319 anlamında yönetim kurulu üyelerinin görev ve yetkilerinin bölünmesi söz konusu ise, o takdirde müteselsil sorumluluk söz konusu olmaz, (TTK md. 336 f. II).

Yukarıda değinilen tüm bu farklar şunu göstermektedir ki, şahsi iflas davası getiriliş amacı, düzenleniş şekli, içeriği, hüküm ve sonuçları itibarı ile TTK md. 336 da yer alan hukuki sorumluluk davasından tamamen farklı, bağımsız, kaynağını Bankalar Kanunu'ndan alan bir sorumluluk davasıdır. Şahsi iflasa ilişkin düzenlemenin yer aldığı Bankalar Kanununun gayesi, TTK md. 336

da düzenlenen sorumluluk davasının dışında, daha süratli ve daha etkin bir biçimde ilgili yöneticilerin sorumluluğuna gidilmesidir.⁵¹

Şahsi iflas davasının tamamen bağımsız kendine özgü bir sorumluluk davası olması ve bu davada TTK md. 336 ya istinaden karar verilemeyeceği göz önüne alındığında, yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmiş olmalarının TTK md. 336 ya istinaden şirket adına açılan sorumluluk davasına engel teşkil edeceğini, ancak şahsi iflas davası açısından herhangi bir engel oluşturmayacağını söylemek mümkündür. Kaldı ki, ibranın, TTK md. 336 ya istinaden açılacak sorumluluk davalarında bile etkisi sadece şirketin sorumluluk davası açamaması şeklinde kendisini gösterirken ve yöneticilerin ibra edilmiş olmalarının münferit pay sahiplerinin ve alacaklıların dava açma hakkına hiç bir etkisi yokken, yasal dayanağı şekli ve içeriği tamamen farklı bir davada ibranın sorumluluğu kaldıracağını söylemek mümkün değildir. Öte yandan, yasa koyucu Bank md. 133 e (Mülga Bank 14.) eklediği “*varsa ibraların iptali*” düzenlemesiyle açılacak sorumluluk davalarında, karşılaşılabilecek ibra engelini bertaraf etmeye çalışmıştır. Aynı kanun koyucunun, bu durum şahsi iflas davası içinde bir engel teşkil ediyor idiyse, benzer bir düzenleme getirmemiş olması düşündürülemez.

Son dönemde İsviçre, Alman ve Avrupa hukukundaki gelişmelerde dikkate alındığında, yönetim kurulu üyelerinin sorumluluğunun genişletildiği buna karşın, ibranın etkisinin son derece zayıfladığı görülmektedir. Diğer yandan, Türk Ticaret Kanununa istinaden genel kurulda ibra edilmiş yöneticilerin sorumsuzluğunu, başka bir davaya taşımak, ibranın etkisini bu denli genişletmek, yasa koyucunun açık iradesi karşısında *contra legem* teşkil eder. Bankalar/Bankacılık Kanunu’na istinaden açılan şahsi iflas davaları, şirketin dava hakkından doğan subsidär bir dava olmayıp tamamen bağımsız (*Anspruch aus eigenem Recht*) nitelik taşımaktadırlar. Bu nedenle de şirketin dava hakkından vazgeçmiş olması, Fonun dava açmasına engel teşkil etmez. Bunu aksini düşündüğümüz takdirde, şahsi iflas davasına ilişkin düzenlemeni bir anlamı kalmaz. Zira, yönetim kurulu üyeleri genel kurullarda ibra edilerek

⁵¹ 30.03.2005 tarihli Hükümet Gerekçesinde de bu husulara sıkça değinilmiştir.

her türlü sorumluluktan kurtarılmış olurlar. Bu durumun Bankacılık Kanunu'nun *ratio legisine* açıkça aykırı olduğu hiç şüphesizdir.

Sonuç olarak, bazı yönetim kurulu üyelerinin, genel kurulda ibra edilmiş olmaları ancak, Türk Ticaret Kanunu hükümlerine istinaden şirket adına açılan hukuki sorumluluk davasında ileri sürülebilir. Bu nedenle yönetim kurulu üyelerinin ibra edilmiş olmaları, Bankalar/Bankacılık Kanunu'na istinaden haklarında şahsi iflas davası açılmasına bir engel teşkil etmez.



ALMAN HUKUKUNDA SAĞLIK YARDIMLARI

Dr. Hediye ERGİN*

A. GİRİŞ

Alman Sosyal Sigortalar Sistemi, Hastalık Sigortası, Bakım Sigortası, Kaza Sigortası, Yaşlılık Sigortası, İşsizlik Sigortası'ndan oluşan beş temel sigorta dalına dayanmaktadır.¹ Almanya'da sosyal güvenliğe ilişkin mevzuat 12 kitaptan oluşan bir Sosyal Yasa'da (Sozialgesetzbuch 'SGB') toplanmıştır:

- I. Kitap *Sosyal Yasa'nın Genel Hükümleri* (1976)
- II. Kitap *İş Arayanlar İçin Temel Güvence* (2005)
- III. Kitap *İş Teşviki* (1998)
- IV. Kitap *Sosyal Sigortaların Genel Hükümleri* (1977)
- V. Kitap *Hastalık Sigortası* (1989)
- VI. Kitap *Emeklilik Sigortası* (1992)
- VII. Kitap *Kaza Sigortası* (1997)
- VIII. Kitap *Çocuklara ve Gençlere Yardım* (1991)
- IX. Kitap *Engelli İnsanların Rehabilitasyonu ve Katılım* (2001)
- X. Kitap *Sosyal Yönetim Usulü ve Sosyal*

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Marmara Üniversitesi İ.İ.B.F. İş Hukuku ve Sosyal Güvenlik Hukuku Öğretim Üyesi

¹ Ayrıntılı bilgi için bkz.: *Waltermann, Sozialrecht*, s. 58-59.

Verilerin Korunması (1981, 1983)

XI. Kitap *Sosyal Bakım Sigortası* (1995)

XII. Kitap *Sosyal Yardım* (2005)

Sağlık yardımları ile ilgili düzenlemeler açısından Sosyal Yasa'nın 5. kitabındaki hastalık sigortası ve 11. kitabındaki bakım sigortası ile ilgili düzenlemeler önem taşıdığından, burada bu iki sigorta dalından yapılan başlıca sağlık yardımları ele alınacaktır.

Sosyal sigortaların en eski dalı "Yasal Hastalık Sigortası"dır ve Bismarck'ın 15 Haziran 1883 tarihli Hastalık Sigortası Yasası'na dayanmaktadır.² Hastalık sigortası ile ilgili kurallar 1 Ocak 1989'da yürürlüğe giren Sosyal Yasa'nın 5. Kitabında düzenlenmiştir.³ Bu Yasa'nın yürürlüğe girmesiyle Alman İmparatorluk Sigorta Yasasındaki (Reichsversicherungsordnung) yasal hastalık sigortasına ilişkin düzenlemeler yürürlükten kalkmıştır.⁴

3 Ekim 1996'da doğu ve batı Almanya'nın birleşmesinden sonra, hukukun uyumlaştırılması için Batı Almanya'nın sağlık sistemine ilişkin düzenlemeler ve temel esasları Doğu Almanya'ya da taşınmış oldu. Bu bağlamda özellikle hastanelerle ilgili Doğu Almanya'da reformların yapılması gerekiyordu. Bu husus Birleşme Sözleşmesi'nin (Einigungsvertrages) 33. maddesinde kanun koyucunun görevi olarak açıkça düzenlenmişti. Bunun için sağlık alanında reformlar yapıldı. 1.1.1993'de Sağlıkın Yapılandırılması Yasası (Gesundheitsstrukturgesetz) yürürlüğe girdi.⁵ Daha sonra 2000 yılında Yasal Hastalık Sigortasında Reform Yasası⁶ ve en son 14 Kasım 2003 tarihli Yasal Hastalık Sigortasını Modernleştirme Yasası yürürlüğe girmiştir.⁷

² *Waltermann, Sozialrecht*, s. 78.

³ BGBl. I 1988, s. 2477.

⁴ *Muckel, Sozialrecht*, s. 81.

⁵ Das Gesetz zur Sicherung und Strukturverbesserung der gesetzlichen Krankenversicherung vom 21.12.1992, BGBl, I s. 2266.

⁶ Das Gesetz zur Reform der gesetzlichen Krankenversicherung, BGBl. I 1999, s. 2626.

⁷ Das Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung, BGBl. I 2003, s. 2190. Bu Yasa hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: *Kruse/Hünlein, Das neue Krankenversicherungsrecht*, s. 23-26.

B. HASTALIK SİGORTASI

I. GENEL OLARAK

Hastalık hali, insanların çoğunun tek başına çözümleyemeyeceği hayattaki risklerden biridir. Hastalık hali çoğu zaman, doktor, hastane ücreti, çalışamamaktan dolayı mahrum kalınan kazançlar gibi büyük miktarda finanssal zararlara yol açar. Almanya'da hastalığa karşı koruma, kamu hukuku kurallarına göre finanse edilmiş "Yasal Hastalık Sigortası" tarafından ve özel hukuk kurallarına göre finanse edilen "Özel Hastalık Sigortası" tarafından sağlanır. Federal Büro'nun istatistiklerine göre, 2004 yılında 70 milyondan fazla kişi yasal hastalık sigortası kapsamında bulunuyordu. Bu miktar ise nüfusun yaklaşık % 85'ine denk gelmektedir. Buna karşın, 8 milyon kişi, yani nüfusun yaklaşık % 10'u özel hastalık sigortası kapsamında bulunmaktadır. Bu rakamlar gösteriyor ki, yasal hastalık sigortası'nın sağlık hizmetleri sunulmasındaki rolü daha büyüktür.⁸ Memurların korunması ise kamu hukuku hizmet ilişkisine dayanan kurullarla farklı düzenlenmiştir.

Yasal hastalık sigortasından sigortalıya ve ailesine hastalık durumunda gerekli tıbbi yardımlar sağlanır. Ancak, iş kazası veya meslek hastalığı dolayısıyla ortaya çıkan masraflar bu yardımın dışında kalmaktadır. Bu durumlarda kişiler yasal kaza sigortası üzerinden sigortalanırlar.

II. YETKİLİ SİGORTA KURUMLARI

Yasal Hastalık Sigortası, yasa ile kurulmuş olan tüm sigorta sandıklarını ifade eder. Bu bağlamda hastalık sigortası, kamu hukuku organı niteliğini taşıyan özerk yönetime sahip birden çok kurum tarafından yürütülür (§ 4 Abs. 1 SGB V). 2004 yılı sayısal verilerine göre yasal hastalık sandıkları aşağıdaki gibidir⁹:

- *Bölge Hastalık Sandıkları (Allgemeine Ortskrankenkassen "AOK")*: Halen sayısı 17 olan bu sigorta sandığı kural olarak tüm

⁸ Waltermann, Sozialrecht, s. 76.

⁹ Jäger/Braun, Sozialversicherungsrecht und sonstige Bereiche des Sozialrechts, s. 97.

sigortalılara açıktır. Bölge esasına göre kurulmuşlardır. Kural olarak bir ilçeyi kapsar.¹⁰

- *İşletme Hastalık Sandıkları (Betriebskrankenkassen)*: 2004 yılı verilerine göre halen 222 işletme hastalık sandığı bulunmaktadır. En az 1000 sigorta yükümlüsü çalıştıran bir işveren, işçilerinin rızasıyla işletmesi için bir hastalık sandığı kurabilir (§§ 147 ff. SGB V).¹¹

- *Esnaf Birlikleri Hastalık Sandıkları (Innungskrankenkassen)*: Halen 19 Esnaf Birlikleri Hastalık Sandıkları bulunmaktadır. Kendisine kayıtlı esnaf ve zanaatkarlara bağlı işyerlerinde en az 1000 sigorta yükümlüsü çalıştıran esnaf birlikleri, üyelerinin işçileri için hastalık sandığı kurabilir (§ 157-164 SGB V).

- *Deniz Hastalık Sandıkları (Die See-Krankenkasse)*: Denizcileri kapsamına alan bu sigorta sandığının sayısı birdir.

- *Tarım Hastalık Sandıkları (Landwirtschaftliche Krankenkassen)*: Tarım kesimindeki meslek birliklerince kurulmuşlardır ve halen 9 Tarım Hastalık Sandığı bulunmaktadır.

- *Madenciler Sandıkları (Bundesknapenschaft)*: Madencilerin hastalık sigortasını üstlenmiştir ve halen bir madenciler sandığı bulunmaktadır.

- *Yedek Sandıklar (Ersatzkassen)*: Zorunlu sigortalı bir kişi dilerse seçim hakkını kullanarak mavi yakalı ve beyaz yakalı işçiler için kurulmuş olan bu sandıklardan birine girebilir. Yedek sandıkların en önemli özelliklerinden biri yönetiminin tamamen üyelerinin elinde olmasıdır (§ 21 Abs. 2 SGB I, § 4 Abs. 2 SGB V). 2004 yılı verilerine göre, beyaz yakalı işçiler için 7, mavi yakalı işçiler için 3 yedek sandık bulunmaktadır.¹²

Hangi hastalık sandığına üye olunacağı, 1995 yılının sonuna kadar mesleğe ya da bağlı bulunulan işletmeye göre belirlenmek-

¹⁰ 1994 yılında 236 olan Bölge Hastalık Sandığı sayısı, 2004 yılında 17'ye düşmüştür, bkz.: *Jäger/Braun*, Sozialversicherungsrecht und sonstige Bereiche des Sozialrechts, s. 97.

¹¹ *Jäger/Braun*, Sozialversicherungsrecht und sonstige Bereiche des Sozialrechts, s. 97.

¹² *Bley/Kreikebohm/Marschner*, Sozialrecht, s. 133-134; *Jäger/Braun*, Sozialversicherungsrecht und sonstige Bereiche des Sozialrechts, s. 98.

teydi. 1 Ocak 1996 tarihinden itibaren üye olunacak hastalık sigortası sandığı §§ 173-175 SGB V'deki prensipler çerçevesinde artık serbestçe seçilebilmektedir. Ancak, bir kere seçim yaptıktan sonra, en az 18 ay bu seçimle bağlı kalınır (§ 175 Abs. 4 SGB V).¹³ İşyeri ve meslek grubu hastalık sigortalarına üye olabilmek için, bu sigortaların kendi tüzüklerindeki bir kararla sigortalarını yabancı kişilere de açmış olmaları gerekir. Madenciler Birliği ya da Denizci Hastalık Sandığı gibi diğer yasal hastalık sigortalarına üyelik için farklı şartlar bulunmaktadır. Hastalık sigortalarının aidatları ile ilgili bir kıyaslama yapmak sigortalının lehine olmaktadır.¹⁴

III. KAPSAM

Sigortalı kişi grubu “Üyeler” (Mitglieder) ve “Sigortalılar” (Versicherte) olarak ikiye ayrılır. Tüm üyeler aynı zamanda sigortalı iken, tüm sigortalılar yasal hastalık sigortası üyesi değildir. Yasal hastalık sigortası üyeleri, bağımlı çalışmasından dolayı zorunlu ya da isteğe bağlı sigortalı olanlar ve prim ödeyen kişilerdir. Prim ödemedi muaf olan aile üyeleri ise sadece sigortalı olarak değerlendirilir. Sigortalılar, üyelerle aynı hastalık sigortası yardımlarını almakta iseler de, yasal hastalık sigortasının yönetim organlarının seçiminde oy kullanamazlar.

Bu bağlamda sigortalılar:

- Zorunlu sigortalılar (*Pflichtversicherte*),

- İsteğe bağlı sigortalılar (*freiwillig Versicherte*) ve

- Primden muaf birlikte sigortalı aile üyeleri (*mitversicherte Familienmitglieder*) olarak üç gruba ayrılır.¹⁵ Bu sigorta grupları aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir.¹⁶

¹³ Sigorta sandığının seçimi hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: *Eichenhofer*, Kassenwahl und Arbeitgeber, s. 203-206; *Jäger/Braun*, Sozialversicherungsrecht und sonstige Bereiche des Sozialrechts, s. 140-141.

¹⁴ Bkz. Almanya Çalışma ve Sosyal İşler Federal Bakanlığı 2006 Yılı Sosyal Güvenlik Bilgi Broşürü, s. 2.

¹⁵ *Simon*, Das Gesundheitssystem, s. 105.

¹⁶ Bkz. B. III 1,2,3.

1. Zorunlu Sigortalılık

Hastalık Sigortasında, diğer sigorta dallarında olduğu gibi (Bakım, Emeklilik, Kaza ve İşsizlik Sigortaları) “Zorunlu Sigortalılık Prensibi” hakimdir. Bazı kişi grupları da zorunlu sigortadan muaf tutulmuştur. Mesela Sosyal Yasa’nın 5. Kitabı § 6 Abs. 1 Nr. 2’e göre, kamu görevlileri, hakimler, askerler ve benzer statüdeki çalışanlar kamu hukukuna ilişkin hükümler ve prensipler uyarınca sağlık yardımlarına hak kazanırlar. Din adamları, özel okullardaki öğretmenler, emekliler, eğitimi sırasında ücret karşılığı çalışan öğrenciler de hastalık sigortasından muaf tutulmuşlardır.

Sosyal Yasa’nın 5. Kitabının 186 ve devamı maddelerinde yasal hastalık sigortasındaki üyelik düzenlenmiştir. Buna göre, çalışılmaya başlanılan ilk günden itibaren üyelik başlar (§ 186 SGB V). İşverenin primleri ödeyip ödemediğinin yasal hastalık sigortasına üyelik bakımından bir önemi yoktur; üyelik, aynı şekilde Hastalık Sandığı’na bildirimde de tabi değildir. Yasal hastalık sigortasına üyelik, sigortalının ölümü ya da çalışma ilişkisinin sona ermesiyle son bulmaktayken, isteğe bağlı sigortalılık feshi ihbar önellerine uyularak her zaman feshedilebilir.

Çalışması karşılığında düzenli olarak alınan brüt kazanç ayda 400 Euro’yu aşıyor ve yılda belirli bir tavanı aşmıyorsa, otomatik ve zorunlu olarak sigortalı olunur. 1 Ocak 2003’ten itibaren, çalışanların sigortalı olma yükümlülüğü için geçerli yıllık gelir üst tavanı, şeklen emeklilik sigortası aidat tespit sınırından ayrılarak, genel bir yıllık gelir sınırı ile özel hastalık sigortalısı olan çalışanlar için ayrı yıllık gelir sınırı olmak üzere ikiye ayrılmıştır. Genel yıllık gelir sınırı 2006 takvim yılı için 42.750 Avro olarak belirlenmiştir. Bu miktar yasal hastalık sigortasında temel alınan aidat belirleme sınırı ile aynıdır.¹⁷

Aşağıda belirtilen kişiler zorunlu sigortaya tabidir:¹⁸

¹⁷ Bkz. Almanya Çalışma ve Sosyal İşler Federal Bakanlığı 2006 Yılı Sosyal Güvenlik Bilgi Broşürü, s. 2.

¹⁸ Yasal hastalık sigortasında zorunlu sigortalılık hakkında ayrıntılı bilgi için bkz.: *Straub, Gesetzliche Krankenversicherung SGB V*, s. 5-26.

- Mavi yakalı işçiler (Arbeiter) ve beyaz yakalı işçiler (Angestellten) ile çıraklar,

- Federal İş Ajansı'ndan ödeme alan işsizler,

- Tarım işletmelerinde bu işi esas meslek olarak yapan aile üyeleri (eğer bunlar en az 15 yaşını doldurmuş veya işletmede meslek eğitim görüyorlarsa),

- Sanatçılar ve yayıncılar,

- Resmen tanınmış bir atölyede çalışan ya da meslek teşvik önlemlerine katılan özüllüler,

- Devlet yüksekokulları ile devletçe tanınan yüksekokullarda eğitim gören öğrenciler, 14. öğretim dönemine kadar ve en fazla 30 yaşının doldurulmasına kadar,

- İş hayatlarının 2. yarısında yasal hastalık sigortasında üye ya da aile ferdi olarak çoğunlukla sigortalı olan emekliler.¹⁹

2. İsteğe Bağlı Sigortalılık

Sosyal Yasanın 5. Kitabının § 9 Abs. 1 Nr. 1-8'de anılan kişi grupları yasal hastalık sigortasında isteğe bağlı sigortalı olabilirler. Bunun için üç ay içinde başvuruda bulunmak gerekir. Eğer bu üç aylık süre içerisinde üyelik başvurusunda bulunulmazsa bu haktan daha sonra faydalanılamaz.²⁰

Aşağıdaki kişiler isteğe bağlı sigortalı olabilirler:

- Zorunlu sigortalı olarak bu zorunluluk sona ermiş ve son beş yılda 24 ay ya da işten ayrılmadan önceki son 12 ay içinde sürekli sigortalı olunmuşsa,

- Yıllık kazançları daha ilk işlerinde kazanç sınırını aşan ve işe başladıktan sonra ilk üç ay içinde üyelik için başvuruda bulunan çalışanlar,

- Ağır engelliler (eğer ebeveynlerinden biri ya da eşi son beş yılda en az üç yıl sigortalı olmuşsa),

¹⁹ Muckel, Sozialrecht, s. 92-98.

²⁰ Muckel, Sozialrecht, s. 108-109.

- Belli ön sigorta zamanlarını doldurmaları halinde, aile sigortalılıkları sona eren aile üyeleri.²¹

Aidat ödemelerini iki ay geciktiren isteğe bağlı sigortalılar, ödeme yapmaları, aksi takdirde üyeliklerine son verileceğine dair uyarı almış olmalarına rağmen bu yükümlülüklerini yerine getirmezlerse, yasalar uyarınca hastalık sigortalarını kaybederler. Üyeliklerine son verilmeden önce kendilerine ayrıca, üyeliklerinin bu şekilde sona ermesi durumunda diğer bir hastalık sandığına da isteğe bağlı sigortalı olamayacaklarının ve Sosyal Yasa'nın 12. Kitabı uyarınca hastalık sigortası primlerinin sosyal yardım kurumu tarafından da karşılanabileceğinin bildirilmesi gerekir.

Bir özel hastalık sigortasına geçmek isteyen isteğe bağlı üyelerin, daha sonra tekrar bir yasal hastalık sigortasında geri dönmek istediklerinde şartların çok daha zor olacağını düşünerek, bir yasal hastalık sandığına danışmalarında fayda vardır.²²

3. Aile Sigortası

Yasal hastalık sigortasında fark ödemedi üye olunabilecek bir aile sigortası da vardır (§ 10 SGB V). Burada, eş, kayıtlı hayat arkadaşı ve çocuklar (belirli bir yaş sınırına kadar) sigortaya dahildir. Bunun için, eşin, hayat arkadaşının ve çocukların gelirlerinin 2005'te ayda 350 Euro'yu aşmaması ve bunların ayrıca sigortalı olmamaları gerekir. Düşük derecede çalışanların toplu gelirleri ise 400 Euro'yu aşmamalıdır.²³ Aile Sigortası Hastalık Sandığı'na üyelik ilişkisi kurmaz; üye olarak haklara sahip olan sadece esas sigortalı olan kişidir.

Aile sigortasından,

- Kural olarak çocuklar 18 yaşını dolduruncaya kadar,
- Çocuklar eğer çalışmıyorlarsa 23 yaşını dolduruncaya kadar,

²¹ Jäger/Braun, Sozialversicherungsrecht und sonstige Bereiche des Sozialrechts, s.103.

²² Almanya Çalışma ve Sosyal İşler Federal Bakanlığı 2006 Yılı Sosyal Güvenlik Bilgi Broşürü, s. 3.

²³ Jäger/Braun, Sozialversicherungsrecht und sonstige Bereiche des Sozialrechts, s.104; Almanya Çalışma ve Sosyal İşler Federal Bakanlığı 2006 Yılı Sosyal Güvenlik Bilgi Broşürü, s. 3.

- Eğer kişi eğitime devam ediyorsa 25 yaşını dolduruncaya kadar,

- Engelli ise yaş sınırı olmaksızın sigortalıdırlar. Çocuk kapsamına, üvey çocuklar, bakımı sigortalı tarafından sağlanıyorsa torunlar ve koruyucu aile olarak alınmış olan çocuklar da dahildir.

2004'ten itibaren hastalık sandıkları yasal hastalık sigortası olmayan sosyal yardım alanların tedavi harcamalarını da üstlenmektedir. Bundan böyle sosyal yardım alanlarla yasal hastalık sigortası olanlar arasında sigortanın verdiği hizmetlerde eşit muamele yapılarak sosyal yardım alanlarla da amaca yönelik ve ekonomik sigorta güvencesi sağlanmaktadır. Hastalık sandıklarının harcamaları sosyal yardım kurumlarınca tazmin edilir.²⁴

Sigortalılık hakkını kaybetmemek için bütün yasal sigortalıların ekonomik, maddi ve ailevi konulardaki değişiklikleri derhal hastalık sandıklarına ya da eğer işsizlik parası ve işsizlik parası II alıyorsa, yerel İş Ajansı'na bildirmeleri gerekmektedir.

IV. YARDIMLAR

Hastalık durumunda tedavi yardımları yapılır ve hastalık parası verilir. Yasada hastalığın tanımı yapılmamakla beraber, yargı ve öğretide hastalık durumuna ilişkin bir tanım verilmiştir. Buna göre hastalık, "*tedavi ihtiyacı veya işgöremezlik ya da her iki sonucu birden doğuran, olağan dışı fiziksel ya da zihinsel durum*"dur.²⁵ Bu tıbbi anlamda hastalık tanımı olmayıp, sadece yasal hastalık sigortasından yardımlara hak kazanma koşulunu belirleyen bir tanımdır.²⁶ Hastalık halinin tespitinde, "*olağan dışı fiziksel ya da zihinsel durum*" belirlenirken, sağlıklı bir insan emsal alınmaktadır.²⁷

²⁴ Almanya Çalışma ve Sosyal İşler Federal Bakanlığı 2006 Yılı Sosyal Güvenlik Bilgi Broşürü, s. 3.

²⁵ BSGE 13, 134; BSGE 66, 248; *Gitter/Schmitt*, Sozialrecht, § 9 Rn. 31; *Schulin/Kummer*, Handbuch des Sozialversicherungsrechts, Bd. 1, § 20 Rn. 18-47; *Rüfner*, Sozialrecht, § 23 III; *Bley/Kreikebohm/Marschner*, Sozialrecht, s. 155; *Jäger/Braun*, Sozialversicherungsrecht und sonstige Bereiche des Sozialrechts, s. 109; *Muckel*, Sozialrecht, s.127.

²⁶ BSGE 25, 37; *Bley/Kreikebohm/Marschner*, Sozialrecht, s. 155.

²⁷ BSGE 26, 240.

Hastalık sigortasından yapılan yardımlarda “*Ökonomik Fayda İlkesi*” (Wirtschaftlichkeitsgebot) geçerlidir. Bu ilkeye göre, yapılan sağlık yardımları *yeterli, amaca uygun ve ekonomik* olmalıdır. Aynı zamanda bu yardımlar gerekli olan ölçüyü aşmamalıdır. Gerekli olmayan ya da ekonomik olmayan yardımları sigortalılar talep edemezler; hekimlerin de gereksiz ve ekonomik olmayan önlemleri almamaları ve sigorta sandıklarının da bunları onaylamamaları gerekir.²⁸

Yasal hastalık sigortasına sahip olanlar tedavi için herhangi bir bedel ödemezler. Yani yasal hastalık sigortasında, doktorlar ve hastanelerin tedavi gören hastalara karşı yöneltebilecekleri bir talep hakkı bulunmamaktadır. Bilakis, hastalık sigortası sandığının sigortalılara bu yardımları sağlaması gerekir. Bunun için sigorta sandıkları, hekimler ve hastanelerle yapılacak yardımları içeren sözleşmeler imzalarlar (§ 2 Abs. 2 SGB V).

Özel hastalık sigortası yaptıranların ise önce tedavi bedelini ödemeleri, sonra da doktordan fatura almaları ve bunu özel hastalık sigortasına göndermeleri gerekmektedir. Daha sonra ödemiş oldukları muayene masrafı, ilaç alım masrafları ya da tıbbi malzeme masrafları “*Masrafların Geri Verilmesi Prensipleri*”ne göre (Kostenerstattungsprinzip) sigortalıya geri ödenir.²⁹

Sosyal Yasa'nın 5. Kitabının 11. paragrafına göre, sigortalılara *hastalıkları önleme, erken teşhis, tedavi, hastalık parası verilmesi, tıbbi rehabilitasyon* yardımları sağlanır. Bu yardımlar aşağıda ayrıntılı olarak ele alınacaktır.

1. Önleyici Sağlık Yardımları

Geçen on yılda toplumsal hastalıkların görünümü değişmiş, kronik ve medeniyete özgü hastalıklar çoğalmıştır. Bu bağlamda, temel hastalıklar olarak kalp- dolaşım- sistemi, kanser, diyabet ve romatizma hastalıkları artmıştır. Bu hastalıkların önlenmesi ve erken teşhisi de buna paralel olarak önem kazanmıştır.

²⁸ *Waltermann*. Sozialrecht, s. 91; *Muckel*, Sozialrecht, s. 120.

²⁹ *Simon*. Das Gesundheitssystem, s. 123-132.

Hastalıkların erken teşhisi, sağlık kontrolü (§ 25 SGB V) ve çocukların muayenesi (26 SGB V) olarak ikiye ayrılır. Hastalık sandığı, yetişkinler için yasal olarak düzenlenmiş olan yaş sınırlarını da dikkate alarak düzenli sağlık kontrollerini finanse etmektedir. Örneğin, sağlık kontrolü kapsamında kanser hastalığının erken teşhisi için kadınlar 20 yaşından, erkekler de 45 yaşından itibaren yılda bir defa muayene olma hakkına sahiptirler.³⁰ Bundan başka, sigortalılar 35 yaşını doldurduktan sonra, yılda iki defa olmak üzere sağlık kontrolü talep edebilirler (§ 25 SGB V).

Sigortalı çocuklar ise ilk 6 yaşın dolmasına kadar ve 10. yaştan sonra da fiziki ve zihinsel gelişimlerdeki bir aksaklığın erken tanısı için muayene olma hakkına sahiptirler (§ 26 SGB V).

Sigortalıların aşağıdaki sağlık yardımlarını talep etme hakları vardır:

- Çocuklar ve gençlerin özellikle grup ve bireysel önlem çerçevesinde dış hastalıklarından korunma tedbirleri için alınacak önlemler,

- Tek tek hastalık sigortalarının tüzüğünde yer aldıkları sürece, meslek gereği olmayan yurt dışı gezileri için tıbbi önlem olarak yapılan aşılar,

- Sigortalılar için genelde 18 yaşına kadar yapılan çene kemiği ortopedik tedavileri,

- Serbestçe seçilen sözleşmeli hekim tarafından veya dış hekimince yapılacak tedavi,

- İlaç, sargı malzemesi, şifalı önlemler, ayrıca kulaklık ve tekerlekli sandalye gibi yardımcı araçlar,

- Tıbben gerekli dış protezleri veya diş kronları,

- Hastanede tedavi,

³⁰ *Straub, Gesetzliche Krankenversicherung SGB V, s. 170-171.*

- Gerekli önleyici tedbirlerde ve rehabilitasyonlardaki masrafların tamamen üstlenilmesi ya da ek ödemesi.³¹

2. Tedavi Edici Sağlık Yardımları

a) Sağlık Yardımları

Tedavi, hastaların serbestçe seçebilecekleri doktorlar tarafından yerine getirilir (§ 76 I SGB V). Federal Almanya Cumhuriyeti'nde mesleğini serbestçe seçme hakkı, Anayasal bir temel hak olarak her vatandaşa garanti edilmiştir (Art. 12 GG). Bu temel hak, doktorluk mesleği için de geçerlidir. Bu bağlamda, doktorların yerleşecekleri ve muayene açacakları yeri serbestçe seçme özgürlükleri bulunmaktadır.³²

Sözleşmeli doktor (Vertragsarzt) olarak sigorta sandıklarına bağlı olan hastaların tedavisine katılmak isteyenlerin, bunun için özel bir kabul (Zulassung) almaları gerekir. Böyle bir kabul, o bölgede oturanların kişi başına düşen doktor sayısı ile karşılaştırmalı olarak yapılan bir hesaplama sonucunda, eğer başka sözleşmeli doktorlara ihtiyaç duyuluyor ise verilir.³³

Hastalar temel olarak, güvendikleri bir doktoru seçme ve bu doktor tarafından tedavi edilme hakkına sahiptirler. Yasal hastalık sigortalıları için ancak bir sınırlandırma vardır (§ 76 SGB V). Sigorta sandığı kural olarak, sadece sözleşmeli doktorlar tarafından yapılan tedavi masraflarını karşılamaktadır. Ancak istisnai olarak, sadece acil durumlarda, sözleşmeli doktorlar dışında başka bir doktor tarafından yapılan tedavi masrafları sandık tarafından karşılanır.³⁴

Sözleşmeli doktorlar tarafından sunulan sağlık hizmeti de, “aile doktorları” (Hausarzt) ve “uzman doktorlar” (Facharzt) tarafından yapılanlar olarak ikiye ayrılır (§ 73 SGB V). Sözleşmeli

³¹ Almanya Çalışma ve Sosyal İşler Federal Bakanlığı 2006 Yılı Sosyal Güvenlik Bilgi Broşürü, s. 1.

³² Bkz. Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1960 tarihli Kararı, “Kassenarzurteil” vom 23.3.1960, BVerfGE Bd. 11, s. 30 ff; NJW 1960, s. 715 ff.

³³ Simon, Das Gesundheitssystem, s. 132; Muckel, Sozialrecht, s.147-148.

³⁴ Simon, Das Gesundheitssystem, s. 132.

doktorlar tarafından sunulan sağlık hizmetinin merkezinde aile doktorları bulunur. Aile doktoru, hastanın özel yaşamı ve kişisel çevresi hakkında bilgi sahibi olduğu ve tüm tıbbi bulgular da onda toplandığı için, sağlık sistemi içinde hastayı iyi bir şekilde yönlendirebilmektedir. Uzman doktor tarafından yapılan tedavi ise, sadece aile doktorunun bu yöndeki bir havalesi ile olmaktadır.

Yasal hastalık sigortasından yapılan yardımlar; doktor tedavisi (§ 28 Abs. 1 SGB V), dış tedavisi (§§ 28 Abs. 2, 29 SGB V), tıbbi iyileştirme ve yardımcı araçların sağlanması (§§ 31-36 SGB V), evde hasta bakımı, sosyal terapi ve ev geçindirme yardımı (§§ 37, 37 a, 38 SGB V) olarak sıralanabilir.

b) Para Yardımları

Eğer hastalık durumu, kişide işgöremezlik durumuna yol açıyorsa, ya da bir hastanede ya da Rehabilitasyon merkezinde yatarak tedavi görmesi sonucunu doğuruyorsa, sigortalılar hastalık parası almaya hak kazanırlar (§ 44 Abs. 1 SGB V). Ancak, işgöremezlik durumunun doktor raporu ile saptanması gerekir. Aynı hastalık için yapılacak yardımların süresi sınırlandırılmıştır. § 48 SGB V'e göre, hastalık parası 3 yıl içinde en fazla 78 hafta süreyle ödenir.

Eğer işçi, kendi kusuru olmadan meydana gelen hastalık sonucu işgöremez hale gelmişse, işveren tarafından ücretinin % 100'ü altı hafta süreyle ödenmek zorundadır (§ 3 Abs. 1, § 4 Abs. 1 EFZG). Bundan sonra, hastalık sigortasından hastalık parası alınır. Ücretin ödenmesine devam edilmesinin hastalık parasına göre daha önceliği vardır (§ 115 Abs. 1 SGB X). Hastalık parası meblağı 1 Ocak 1997 tarihinden itibaren net ücretin % 70'i olarak belirlenmiştir. Ancak hastalık parası her halükarda son net gelirin % 90'ını aşamaz (§ 44 Abs. 1 S. 2 SGB V).³⁵

Eğer sigortalı, çocuğunun hastalığından dolayı işinden uzak kalıyorsa, 12 yaşının altındaki her çocuk için yılda en fazla 10 gün, hastalık parası alma hakkı vardır. Bu parayı alabilmek için diğer bir koşul da, aynı evde yaşayan başka bir kişinin çocuğa bakabilecek

³⁵ Kittner/Kittner, Arbeits- und Sozialrecht Kompakt, s. 229; Jäger/Braun, Sozialversicherungsrecht und sonstige Bereiche des Sozialrechts, s. 117.

durumda olmamasıdır (§ 45 I, II SGB V). Eğer sigortalı kişi çocuğunu yalnız büyütüyorsa, hastalık parası alma hakkı yılda 20 güne kadar çıkar. Sigortalının birden fazla çocuğu varsa, hastalık parası alma hakkı her takvim yılı için toplam 25 günle, çocuklarını yalnız büyütenler için ise 50 günle sınırlıdır. Yardıma muhtaç olan ve hastalanan engelli çocuklar için bu hak 12 yaştan sonra da bulunmaktadır. Ayrıca sigortalı işverene karşı ücretsiz olarak işgörme ediminden muafiyet talep edebilir (§ 45 III SGB V).³⁶

Bunların dışında, eğer sigortalının çocuğu tedavisi olmayan bir hastalığa yakalanmışsa ve ancak birkaç hafta ya da birkaç ay ömrü kalmış ise sınırsız olarak hastalık parası alabilir.

Sigortalının hastaneye yatması gerektiğinde ya da yatarak tedavi gördüğünde ev işlerini yürütemeyeceği için, bir bakıcı tutabilir. Bu olanaktan faydalanabilmek için, ev yardımının başladığı tarihte evde 12 yaşını doldurmamış, ya da özürlü ve yardıma muhtaç bir çocuğunun bulunması gerekir.

Hastanede kalma süresini kısaltacak veya gereksiz kılabilen ya da hekim tedavisini pekiştirebilecek durumlarda evde hasta bakımı sağlanır. Kadınlar için, hamilelik ya da doğum nedeniyle evde bakım ile ağır psikolojik hastalıklar nedeniyle tıbbi veya bir hekim tarafından belirlenen hizmetleri kullanamayan sigortalılar için sosyo tedavi imkanları da hastalık sigortası kapsamında bulunmaktadır.

Bu yardımlardan başka, 1 Ocak 1989 tarihinden sonra sigortalı olanlara cenaze masrafına katkı olarak ölüm parası da verilmektedir.

c) Rehabilitasyon

Rehabilitasyonla ilgili tıbbi yardımlar çerçevesinde şu önlemler vardır:

- Hekim ve dış hekimi tedavisi,
- İlaç ve sargı malzemesi,

³⁶ Jäger/Braun, Sozialversicherungsrecht und sonstige Bereiche des Sozialrechts, s. 123.

- Fiziki konuşma ve uğraşı tedavisi de dahil şifa verici önlemler,

-Yardımcı araç temini, bunlarda değişiklik yapılması, tamirler, yedek parça sağlanması, yardımcı araçların kullanılmasında eğitim,

- Efor denemesi ve çalışma tedavisi.

3. Hamilelik ve Doğum Yardımları

Hamilelik ve annelik bir hastalık hali değildir, ancak bu süreçte doktor kontrolü, muayene veya gerektiğinde tedavi gibi alınması gereken sağlık önlemleri hastalık durumu ile aynıdır. Bundan başka, hamilelik ve annelik durumunda da hastalıkta olduğu gibi çalışmamaktan dolayı kazanç kaybı doğmaktadır. Hamilelik ve annelik durumunda yapılacak yardımlar Sosyal Yasanın 1. Kitabının § 21 Abs. 1 Nr. 3'de ve Alman İmparatorluk Sigorta Yasasının § § 195-200'de düzenlenmiştir.³⁷

Bir işyerinde bağımlı olarak çalışan hamile kadın işçiler, işyerindeki tehlikelere karşı özel bir şekilde korunmaktadırlar. Ayrıca hamileliğin ilk gününden, doğumdan 4 ay sonrasına kadar özel iş güvenceleri vardır. Doğumdan 6 hafta önce başlayan ve doğumdan 8 hafta sonra biten anneliğin korunması süresi kadın işçilere, mesleki iş yükü olmadan çocuğa hazırlanma ve dinlenme olanağı sağlar. Erken doğumda ya da birden fazla çocuğun doğması halinde, anneliğin korunması süresi doğumdan sonra 12 haftaya kadar uzatılır. Erken doğumda ise doğumdan sonraki koruma süresi her halükarda, erken doğum dolayısıyla kaybolan doğum öncesi koruma süresi kadar uzatılır.

Yasal hastalık sigortasından annelik parası alabilme koşulları şunlardır:

- Eğer yasal hastalık sigortasına üye olunmuşsa,

³⁷Jäger/Braun, Sozialversicherungsrecht und sonstige Bereiche des Sozialrechts, s. 131.

- Bir iş ilişkisi olmaksızın yasal hastalık sigortasına hastalık parası alma hakkıyla üye olarak sigortalı olunmuşsa (örneğin serbest çalışan biri olarak),

- Eğer anne işsiz ise, yasal bir hastalık sigortasına üye ise, işsizlik parası veya yardımı ile Sosyal Yasa'nın 3. Kitabı gereğince geçim parası alma hakkı bulunuyor ise.

Yasal hastalık sigortasının ödeyeceği annelik parasının miktarı, doğumdan önceki son üç takvim ayında ya da korunma süresinin başlamasından önceki 13 hafta boyunca (doğumdan önce) alınan ortalama net ücret kadar bir meblağdır ya da her takvim günü için en çok 13 Avro'dur.

V. ELEKTRONİK SAĞLIK KARTI UYGULAMASI

1.1.2004 tarihi itibarıyla yürürlüğe giren Yasal Hastalık Sigortası'nın Modernleştirilmesine Dair Yasa, elektronik sağlık kartı uygulamasının yasal temelini oluşturur. 30.03.2005 tarihinde yürürlüğe giren İdareyi Kolaylaştırma Yasası da bu düzenlemeleri tamamlayıcı mahiyettedir.

Elektronik sağlık kartı uygulamasının başında yasal hastalık sigortasındaki ortak özerk idare birimi Ocak 2005'de "gematik" adında bir limited şirket kurmuştur (gematik GmbH). Gematik'in görevi, teknik kuralları ve bir güvenlik konseptini belirlemek, veri tabanının içerik ve yapısını belirlemek ve gerekli test ve sertifikalandırma önlemlerini almaktan oluşmaktadır. Sağlık alanında telematik organizasyonu ile ilgili yasanın 28 Haziran 2005'de yürürlüğe girmesi ile birlikte gematik'in görevlerine yasal bir çerçeve sağlanmıştır.

Federal Sağlık Bakanlığı deneme süreci ile ilgili düzenlemeleri "Elektronik Sağlık Kartı Uygulaması Deneme Önlemleri Yönetmeliği"ni çıkararak yapmıştır. Yönetmelik, 9 Kasım 2005'de yürürlüğe girmiştir.³⁸ Bu yönetmelikte Deneme önlemlerinin çerçeve şartları belirlenmiş, işlevlerinin neleri kapsayacağına dair de-

³⁸ Bu yönetmelik için bkz.: www.bmg.bund.de (15.09.2007)

neme süreci bölümlere ayrılmış ve denenmeye tabi tutulan sigortalılar açısından kademe kademe uygulanması öngörülmüştür.

Telematik alt yapısının tek tek öğeleri ve uygulamaları gematik'in laboratuvar testlerinden geçtikten ve pratikte kullanıcılar tarafından denendikten sonra ilk aşamada sigortalı sayısı 10.000'i aşmayan bölgelerde test edilmiş, daha sonra, özellikle teknik alt yapının gücünü ölçebilmek için sayıları 100.000'e kadar varan sigortalı üzerinde test edilmektedir.³⁹

Laboratuvar testleri ile birlikte 15 Aralık 2005'de deneme süreci başlatılmıştır. Laboratuvar testleri ile özellikle, kartın gerekli veri güvencesi seviyesini sağlayıp sağlamadığı gibi soruların yanıtı aranmaktadır.

Eyaletlerin müşterek onayı ile birlikte Federal Sağlık Bakanlığı 10.000 kadar sigortalı üzerinde yapılan alan araştırmalarının, Baden Württemberg, Bavyera, Bremen, Aşağı Saksonya, Kuzey Ren Vestfalya, Ren Palatina, Saksonya ve Schleswig Holstein'da yapılmasına karar verilmiştir. Dolayısıyla deneme sürecine hazırlıkları başlatan sekiz eyaletin tümü kapsam dahiline alınarak, elektronik sağlık kartının Almanya genelinde kullanıma girmesi için önemli bir temel oluşturulmuştur. Bunun için yapılan alan araştırmaları da 2006 yılının ilk yarısında başlamıştır.

1. Elektronik sağlık kartının amaçları

Almanya'da 2006 yılı itibariyle elektronik sağlık kartı şimdiki kadar kullanılan hastalık sigortası kartı yerine kullanıma girmiştir.⁴⁰ Sağlık kartı, teknik açıdan geliştirilerek idari işlevlerinin yanı sıra tıbbi verileri de gösterebilir hale getirilmiştir. Bunun için, sağlık kartı mikro işlem yapar kart haline getirilmiştir. Ayrıca kart ile, elektronik kimlik kontrolü, kodlama ve elektronik imza işlemleri de yapılabilmektedir. Böylece veriler en iyi şekilde korunmuş olmaktadır. Sahibinin kimlik tespitinde kolaylık olması için elekt-

³⁹ Almanya Çalışma ve Sosyal İşler Federal Bakanlığı 2006 Yılı Sosyal Güvenlik Bilgi Broşürü, s. 10.

⁴⁰ Elektronik sağlık kartı uygulaması hakkında ayrıntılı ve güncel bilgiler için bkz.: www.die-gesundheitskarte.de (15.09.2007).

ronik sağlık kartı resimli düzenlenmiştir ancak bunun istisnaları da vardır (örneğin, 16 yaşından küçük çocuklar ve bakıma muhtaç ağır vakalar).

Elektronik sağlık kartı uygulaması ile,

- İlaç güvenliği başta olmak üzere bakım kalitesinin yükseltilmesi,

- Hastaya verilen hizmetin daha da iyileştirilmesi,

- Hastaların sorumluluk üstlenme ve katkıda bulunma isteklerinin desteklenmesi,

-Sağlık alanında ekonomik davranmaya teşvik ve hizmetlerde şeffaflığın yükseltilmesi,

- İşlem süresinin etkinleştirilmesi ve sağlıkla ilgili güncel istatistik bilgilerin kullanıma sunulması hedeflenmektedir.

2. Elektronik Sağlık Kartının Yararları

a) Hastalar açısından

Elektronik sağlık kartı uygulaması ile önemli sağlık bilgileri artık daha iyi kullanılabilir (örneğin acil durumlarda ve doktor değişikliğinde). Böylece, daha nitelikli tedavi sağlanıp uygun olmayan ilaçların yazılması önlenmektedir. Kişiler sağlık durumlarıyla ilgili daha iyi bilgi edinebilmektedirler. Örneğin aşılar, alerjiler, kronik hastalıkların seyri, ön kontroller vb. gibi.

Sağlık verilerinin karta yazılıp yazılmayacağına, eğer yazılacaksa bunların hangi veriler olacağına, hangilerinin silinmesi gerektiğine ve verileri kimin kullanabileceğine sigortalı karar vermektedir. Sağlık kartındaki tıbbi veriler de ancak sahibinin rızası ile kullanılabilir. Yani tüm sigortalılara, elektronik reçete gibi idari işlemleri halledebilecekleri, ama bunun dışında isterlerse tıbbi kısım gibi ek işlevlerinden de faydalanabilecekleri birer sağlık kartı verilecektir. Elektronik sağlık kartının ayrıca, Avrupa Birliğine üye ülkelerde sağlık hizmetlerinden faydalanmayı mümkün kılacak bir "Avrupalı ters yüzü" olacaktır. Bu kart ile hasta verilerini kişinin özlük hakları çerçevesinde korumakla birlikte hastanın kendi kade-

rini tayin etme serbestisini kuvvetlendirmek ve tıbbi bakım kalitesini yükseltmek amaçlanmaktadır.

Elektronik sağlık kartını başkalarının kullanmasını engellemek için karttan faydalanan son 50 kullanıcı üzerine kart sahibinin güvenliği için rapor tutulmakta ve kullanım verileri hafızaya alınmaktadır.⁴¹

b) Hizmet sunanlar açısından

- Acil durumlarda hastaların sağlık durumları ile ilgili daha hızlı bilgi edinilir.

- İşleyiş etkinleşir; dolayısıyla hastalara daha çok zaman ayrılabilir.

- İletişim etkinleşir, çifte kontroller azalır.

- İlaç bilgileri sistemlerinin ve dala özel veri bankalarının daha iyi kullanılabilmesi sağlanır.

3. Elektronik Sağlık Kartı'nın Şekli

Elektronik sağlık kartı zorunlu ve isteğe bağlı iki kısımdan oluşmaktadır.

Zorunlu idari kısımda;

- Ek ödeme bilgileri dahil olmak üzere sigorta bilgileri,

- Avrupa'da yurtdışında tedavi görme hakkı (örneğin E-111 formlarının yerine geçer),

- Yazılan reçetenin kağıtsız nakli, yer almaktadır.

İsteğe bağlı tıbbi kısımda;

- Kullanılan ilaçların belgelendirilmesi,

- Acil durumlarda gerekli bilgiler (örneğin, kan grubu, kronik organ rahatsızlıkları, alerjiler, kalp rahatsızlığı, dializ, astım),

- Sağlıkla ilgili ek bilgiler (örneğin, güncel teşhisler, ameliyathaneler, aşılarda ve röntgen muayeneleri),

⁴¹ Almanya Çalışma ve Sosyal İşler Federal Bakanlığı 2006 Yılı Sosyal Güvenlik Bilgi Broşürü, s. 9-10.

- Elektronik not tutma olanağı (örneğin, doktor kayıtları),
- Hastaları, doktor tarafından verilen hizmetler ve bunların o zamana kadarki masrafları üzerine bilgilendirilen “hasta makbuzu” imkanı,
- Hastalar tarafından kullanıma sunulan veriler (örneğin, bir şeker hastasının hastalık raporları, hasta vasiyetine dair bilgiler), yer alır.

Sağlık kartı, sağlık alanında modernleşmeye önemli katkıda bulunmakta ve hastaların daha iyi tedavi görebilmesi için gerekli sağlık verilerinin gerekli oldukları yerde kullanılabilmesini sağlamaktadır. İşlevleri adım adım uygulamaya geçmektedir. İlk zorunlu uygulama, reçete bilgilerinin elektronik olarak aktarılması olmuştur (elektronik reçete). Bunun ötesinde tıbbi müdahalenin kalitesinin daha iyi olması için acil durum verilerinin ve yazılan ilaçların dö-kümünün hafızaya alınması ön planda bulunmaktadır.

4. Verilerin Korunması

Verilerin korunması ve güvenlik unsurları elektronik sağlık kartı kullanıma girerken büyük bir rol oynamaktadır. Hastaların en yüksek güvenlik ve gizlilik kurallarına uyulduğuna güvenebilmeleri gerekmektedir. Aynı zamanda, uygulamada pürüzsüz bir işleyişi sağlayacak pratik çözümlerin bulunması gerekir. Bunun için, Verilerin Korunması’ndan sorumlu Federal Görevli ve hasta temsilcileri ile yoğun işbirliği içerisinde aşağıda sıralı düzenlemeler kararlaştırılmıştır:

- Veriler üzerinde tüm haklar hastalara mahfuzdur. Sağlık bilgilerinin hafızaya alınması hastaların rızasına bağlıdır.

- Hangi sağlık bilgilerinin kaydedileceğine, hangilerinin silineceğine ve hangi kurumların bu verilerden faydalanabileceğine hastalar karar verir.

- Hastalar, verileri görme ve basılmış halini edinmeye dair mevcut haklarını daha kolay bir şekilde kullanabilecektir.

- Kapsamlı bir güvenlik düzenlemesi, özel hassasiyete sahip bilgilerin korunmasının garantisini sağlar. Pek az istisna dışında

sağlık kartı ilke olarak sadece, nitelikli elektronik imzalı ve sağlık alanında mesleklerde verilen elektronik kimlikle (Health Professional Card) bağlantılı olarak kullanılabilir.⁴²

VI. FİNANSMAN

1. Genel Olarak

Yasal hastalık sigortasının finansmanı Sosyal Yasa'nın 5. Kitabında §§ 220-274'de düzenlenmiştir. Buna göre yasal hastalık sigortasından yapılan ödemelerinin hemen hemen tamamı toplanan primlerle finanse edilir. Bunun dışında faiz, vergi gelirleri gibi diğer gelirler de vardır.

Çalışanlar primin yarısını öderlerken, primin diğer yarısını da işveren üstlenir (§ 249 Abs. 1 SGB V). Çalışanların primleri ücretlerinden kesilir (§ 226 Abs. 4 SGB V). Primlerin yüksekliği üyelerin yükümlülüğü kapsamındaki kazançlarına bağlıdır (§ 223 Abs. 2 S. 1, § 226 ff. SGB V). Prime tabi kazançların başında ücret gelir (§§ 226 ff. SGB V). Ayrıca, yasal hastalık sigortası üyeleri 1 Temmuz 2005 tarihinden itibaren gelirlerinin % 0.9'u oranında bir ek ödemede bulunmaktadır. İşverenler ve emeklilik sigortası kurumlarının buna katkısı yoktur. Yine 1 Temmuz 2005 tarihi itibarıyla bütün yasal hastalık sandıkları aidat seviyelerini % 0.9 oranında düşürmek zorunda bırakılmışlardır. İşsizlik parası II alanlar, tüm sigortalı üyelerin dolaylı sigortalı aile fertleri gibi ek ödemeden muaftırlar.

Sırf yıllık ücret sınırını aştıkları için yasal hastalık sigortasında isteğe bağlı sigortalı olarak üye olan çalışanlar, hastalık sigortası primlerini tek başlarına öderler. Ancak işverenlerinden, zorunlu sigortalı bir çalışanın ödemesi gereken primin yarısını katkı payı olarak alırlar. Bu katkı payı fiilen ödedikleri primin yarısından fazla olamaz. Emekli aylığı alıp da isteğe bağlı olarak yasal hastalık sigortasına ya da bir özel hastalık sigortasına üye olanlara, yetkili emeklilik sigortası kurumunca katkı payı ödenir.

⁴² Almanya Çalışma ve Sosyal İşler Federal Bakanlığı 2006 Yılı Sosyal Güvenlik Bilgi Broşürü, s. 8-9.

Prim miktarı sigortalının gelirine ve hastalık sandığının prim ölçüm tekniğine bağlıdır. Bu bağlamda prim belirleme sınırı diye adlandırılan bir gelir tavanı kıstas alınır. 2006 yılında bu, 3.562 Avro'dur. Yani, yasal hastalık sigortası primi sigortalı, daha fazla kazansa bile, en çok bu gelir üst tavanına göre hesaplanır.

1 Nisan 2003'ten itibaren bir iş ilişkisinden kazanılan para ayda 400 Avro ile 800 Avro arasında olursa özel bir mevzuatın uygulanması söz konusu olmaktadır. "Esnek alan" olarak adlandırılan bu sınırlar çerçevesinde kazanılan para için sosyal sigorta, yeni düzenlemeler öngörmüştür. Çalışan kişinin maaşı bu çerçevede içinde ise, kazancına göre sosyal sigorta primi ödeyecektir. İşveren ise, diğer sigortalı olma yükümlülüğü olan iş ilişkilerinde olduğu gibi, sosyal sigortaya normalinde ödemek zorunda olduğu kendi payını aynı şekilde ödeyecektir. Bu "esnek alan" uygulaması ile çalışanlar için maddi avantaj sağlanmaktadır. Bu alan içinde kalan kazanç için ödenen sosyal sigorta primi kazançla birlikte artar. Yasaya göre, 400 Avro tutarında bir kazanç için çalışan kişi, toplam sosyal sigorta priminin ortalama % 4'ünü kendisi öder. Çalışanın kendi payına düşen sosyal sigorta primi ödemesi dolayısıyla bu çerçevede % 4 ile esnek alan üst sınırında geçerli olan tam payını (yarı yarıya) ödemeye kadar, yani 800 Avro kazanç durumunda ödenen sosyal sigorta priminin yarısından oluşan ödemeye kadar artar.

2. Ek Ödeme Yükümlülüğü

a) Yükümlülük Kapsamı

Sigortalıların, hastalık sigortası mevzuatında belirlenmiş olan belirli ödemelere katılmaları gerekmektedir. Yasa koyucu bu uygulamayla, sigortalıların sunulan hizmetlerin masrafları konusunda bilinçli davranmalarını ve hizmetlerden faydalanırken de sorumlu davranmalarını amaçlamaktadır.

Ek ödemeler gerekli olmakla birlikte, hiç kimseden de mali gücünü aşan ödeme yapması beklenmemektedir. Bu nedenle belirli koşullar altında daha az bir para ödeyebilmek ya da hiç ödeme yapmamak mümkündür. Örneğin 18 yaşından küçük çocuklar ve gençler, protez ve yol masrafı hariç ek ödmeden muaf tutulmuşlardır.

Yasal Hastalık Sigortasında Ek Ödemeleri Gösteren Tablo: (2006 yılı verilerine göre)

Ödemeler	1 Ocak 2004 itibariyle ek ödemeler
İlaçlar	Eczane fiyatının % 10'u en azından 5 €, en fazla 10 €
Sargı malzemeleri	Eczane fiyatının % 10'u en azından 5 €, en fazla 10 €
Yol masrafları	Yol masraflarının % 10'u yol başına en azından 5 €, en fazla 10 €
Şifalı önlemler	Eczane fiyatının % 10'u artı, reçete başına 10 €
Yardımcı malzeme	Yardımcı malzeme masraflarının % 10'u en azından 5 € ve en fazla 10 €
Tüketim için öngörülen yardımcı malzeme	Kutu başına yardımcı malzeme masrafının % 10'u, artı reçete başına en fazla 10 €
Hastane tedavisi	En fazla 28 gün için takvim günü başına 10 €
Ayakta rehabilitasyon tedbirleri	Takvim günü başına 10 €
Yatılı bakım ve rehabilitasyon tedbirleri	Takvim günü başına 10 €
Tedavi sonrası rehabilitasyon	En fazla 28 gün için takvim günü başına 10 Takvim günü başına 10 €
Anne ve babalar için bakım ve rehabilitasyon tedbirleri	Takvim günü başına 10 €
Muayene ücreti	Üç ayda bir 10 €

**Kaynak: Almanya Çalışma ve Sosyal İşler Federal Bakanlığı 2006 Yılı Sosyal Güvenlik Bilgi Broşürü.*

b) Muaf Tutulma

aa. Maddi Yük Sınırı

Yük sınırı, dikkate alınması gereken brüt geçim gelirin % 2'sidir. Yasa koyucu bu konuda aile brüt gelirinden hareket etmektedir. Bu nedenle ortak hanede kaç kişinin aynı gelirden geçi-

nerek birlikte yaşadığı önemlidir. Çünkü ailenin her ferdi için belirli bir muafiyet miktarı dikkate alınır. Çocuklar için daha yüksek muafiyet miktarı dikkate alınır. Bu muaf miktarları brüt aile gelirinden düşürülür. Bu nedenle ailenin büyüklüğüne göre farklı ek ödeme payı olur. Ailenin ilk üyesi için temel alınan yıllık gelirin % 15'i dikkate alınır. 2005 yılında bu, 4.347,- Avro'dur. Daha sonraki her üye için muafiyet miktarı temel alman yıllık gelirin % 10'udur. Bu, 2005 yılında 2.898,- Avro olarak hesaplanır. Çocuklar için muafiyet miktarı 3.648,- Avro'dur. Çocuklarını yalnız büyütenler için çocuk ailenin ilk üyesi sayılır. Dolayısıyla daha yüksek olan muafiyet miktarı (4.347 €) geçerli olur. Diğer aile fertleri için öngörülen % 10 düzenlemesi sadece çiftçilerin hastalık sigortasında rol oynar.⁴³

Aile geliri olarak, geçimi sağlayan tüm brüt gelirler, yani sigortalının ve aynı evde yaşayan aile fertlerinin, geçimlerini sağlama amacıyla kullanabilecekleri tüm maddi gelir kastedilir. Buna, örneğin kira ya da faiz gelirleri, yani zorunlu sigortalıların hastalık sigortası prim hesabında dikkate alınmayan gelirler de dahildir.

Hastalık sigortası mevzuatında brüt prensibi geçerlidir. Dolayısıyla üye primleri belirlenirken brüt gelir temel alınır. Bu yüzden, maddi gücün aşılmış olmadığına karar vermek için başka bir kıstas (net gelirler) seçilmez.

Sigortalı ve dikkate alınacak eşi ya da hayat arkadaşı ve çocukları, yıl boyunca yaptıkları ek ödemeleri belgelemek zorundadırlar. Hastalık sandıkları, bir takvim yılı içinde maddi yük sınırını aşan kişilere yılın geri kalan zamanı için muafiyet belgesi vermek zorundadırlar.

31.12.2003'e kadar geçerli mevzuatın tam tersine maddi yük sınırı tüm ek ödemeler için geçerlidir. Yani şimdiye kadar dikkate alınmayan ve hastane tedavilerinde ya da yatılı kontrol ve rehabilitasyon hizmetlerinde yapılan ek ödemeler de dikkate alınır.

⁴³ Almanya Çalışma ve Sosyal İşler Federal Bakanlığı 2006 Yılı Sosyal Güvenlik Bilgi Broşürü, s. 4.

bb. Durumu Özel Olarak Düzenlenmiş Olanlar

(1). Kronik Hastalar

Yasa koyucu kronik hastaların özel durumunun bilincinde olduğundan bu kişiler için özel bir uygulama geliştirmiştir. Aynı hastalıktan ötürü sürekli tedavi gören sigortalılar için yıllık brüt geçim gelirlerinin % 1'i şeklinde ek ödemede daha düşük bir maddi sınır belirlenmiştir. Yasa, Doktorlar ve Hastalık Sandıkları Ortak Federal Komisyonu'nun kronik hastalık tanımlamasına dair ayrıntıları bir yönetmelikle belirlemesini öngörmüştür.

Ortak Federal Komisyon 22 Ocak 2004 tarihli oturumunda ağırlıklı kronik rahatsızlıklar tanımlamasını içeren yönetmeliği onaylamıştır. Bu tanımlamaya göre, bir yıl boyunca en azından üç ayda bir defa doktor tedavisi yapılması ve aşağıdaki kriterlerden birisine uyması durumunda ağırlıklı kronik rahatsızlık teşhisi konulur:

- 2 ya da 3. dereceden bakıma muhtaçlık vardır;

- Ağır engelli ya da sigorta mevzuatına göre en azından % 60'lık bir işgücü kaybı bulunmaktadır;

- Hekim tarafından, sürekli tıbbi bakım (hekim ya da psikoterapi tedavisi, ilaç tedavisi, tedavi ve bakım, ilaç ve yardımcı malzeme tedariki) yapılmadığı takdirde hastalığın kötüleşerek hayati tehlike oluşturabileceği, yaşam süresinin azalabileceği ya da 1. cümlede tanımlanan hastalığın yol açtığı rahatsızlıktan ötürü yaşam kalitesinin etkilenmesi beklenilmektedir.

Sigortalının yönetmelik tanımlamasına uyan ağırlıklı kronik rahatsızlığı olup olmadığının tespitini hastalık sandığı yapar. 1 Ocak 2004'ten itibaren takvim yılındaki ek ödemeleri şahsi maddi yük sınırlarını aşan sigortalılar, hastalık sandıklarından, yılın geri kalan bölümü için bütün ek ödemelerden muafiyet talep edebilirler. Muafiyet, birlikte yaşayan tüm aile fertleri için geçerlidir.⁴⁴

⁴⁴ Almanya Çalışma ve Sosyal İşler Federal Bakanlığı 2006 Yılı Sosyal Güvenlik Bilgi Broşürü, s. 5.

(2). Sosyal Yardım Alanlar ve Diğer Gruplar

Şimdiye kadar geçerli mevzuata göre ek ödmeden tamamen muaf tutulan ve Federal Sosyal Yardım Yasası, Savaş Mağdurları Yardımı ya da Temel Güvence Yasası uyarınca yardım alan kişiler için Sağlık Modernleştirme Yasası (GMG) diğer sigortalılara kıyasen daha iyi bir düzenleme getirmiştir. Bu kişilerin maddi güç tesbiti için hane halkının geçimini sağlayacak brüt gelir olarak sadece aile reisinin, ilgili yönetmelikle kanunen belirlenmiş olan (§ 62 Abs. 2 SGB V) sabit gelir cetveli üzerinden hesaplanan olağan gelir kıstas alınır.

Yardım alanlar, bu olağan gelir üzerinden ek ödemeleri kendileri yapmak zorundadır. Ek ödemeler için ayrı bir maddi destek almazlar. Sabit gelir tutarı (Batı'daki eyaletlerde şu anda genelde ayda 345 Avro'dur; buna, bir defaya mahsus olan ödemelerin çoğu eklenir) takvim yılı başına 4.140 Avro'dur. Bu temelden hareket ederek, sosyal yardım alanlar 1 Ocak 2005 itibariyle hane halkı için takvim yılı başına aşağıda belirtilen ek ödemede bulunurlar:

% 1 ek ödeme durumunda: (Kronik hastalar) 41, 40 Avro,

% 2 ek ödeme durumunda (Normalinde) 82,80 Avro.

Bu özel düzenlemeler, bir yurtda ya da benzeri kurumda yatılı kalan kimselerin masraflarının bir Sosyal Yardım Kurumu ya da Savaş Mağdurları Kurumu'nca karşılandığı ve Sosyal Yasanın 5. Kitabının 264. maddesinde adlandırılan şahıslar için de (sosyal yardım aldıkları için sağlık gereksinimleri Yasal Hastalık Sigortası tarafından üstlenilenler ve İltica Talebinde Bulunanlara Ödeme Yasası'nın 2. maddesinden faydalanan kişiler) geçerlidir.

C. BAKIM SİGORTASI

I. GENEL OLARAK

Almanya'da 1 Ocak 1995 tarihinde yürürlüğe giren Sosyal Yasa'nın 11. Kitabında bakım sigortası düzenlenmiştir. Bakım sigortasından, "bakıma muhtaçlık" (Pflegebedürftigkeit) riskine karşı bir koruma sağlanmaktadır. Bu sigorta dalından sağlanan hizmetler hastalık sandıklarında kurulu olan Bakım Sandıkları aracılığıyla

yürütülür (§ 21 a Abs. 2 SGB I, §§ 1 Abs. 3, 46 Abs.1 SGB XI). Bakım sandıkları, özerk idareye sahip, tüzel kişiliği olan kamu hukuku kuruluşlarıdır.⁴⁵

Bakım sigortası yürürlüğe girmeden önce kaza sigortasında (§ 44 SGB VII) ve Sosyal Tazminatta savaş malulleri için bazı düzenlemeler olmasına karşın, bir toplumsal yaşam riski olan bakıma muhtaçlık, kamu hukukunda ayrıca düzenlenmemiştir. Almanya'da bakım sigortası yaklaşık 20 yıllık hukuki ve politik tartışmalardan sonra kurulmuştur. Şu anda yaklaşık 2 milyon kişi bakım sigortası yardımlarından yararlanmaktadır ve bu oran gittikçe de artmaktadır.⁴⁶

1 Ocak 1995 tarihinden itibaren bu özel bakım sigortası, bir sosyal bakım sigortası çerçevesinde yeni bağımsız bir sosyal sigorta dalı (5. ayak) olarak yürütülmektedir. Bu sayede 82 milyon kadar Alman vatandaşı, bakıma muhtaç duruma geldiği zaman başvurabileceği bir sigorta güvencesine sahip olmuştur. Böyle bir güvence söz konusu tarihe kadar mevcut değildi.

Bakıma muhtaç kişilerin ihtiyaçları Almanya'da genellikle kendi evlerinde bir akrabaları ya da komşuları tarafından yerine getirilmektedir. 2001 yılındaki 2 milyon bakıma muhtaçtan yaklaşık 1,4 milyonu (% 70) evde, yaklaşık 600.000 (% 30) bir bakımevinde bakılmıştır. Kendi evlerinde bakılan kişilerden de % 70'i kendi akrabaları ve komşuları tarafından, % 30'u da kısmen ya da tamamen bakıcı kişilerce bakılmıştır.⁴⁷

Bakıma muhtaç bir kişiye onun kendi evinde bakan kimse, büyük bir yük üstlenmektedir. Genelde kadınların yerine getirdiği bakım işinde bakıcı kişiler kendi mesleklerini kısmen ya da tamamen bırakmak zorunda kalmaktadırlar. Bu nedenle yasa bakım işini üstlenen kimselerin sosyal güvenliğini yasal olarak düzenlemiştir. Bir insana bakan ve haftada en çok 30 saat başka bir işte çalışan ya da hiç çalışmayan bir kimse yasal emeklilik sigortasında sigorta edilir. Aidatı bakım sigortası üstlenir. Aidatın miktarı, bakım ihti-

⁴⁵ Jäger/Braun, Sozialversicherungsrecht und sonstige Bereiche des Sozialrechts, s. 287, 290.

⁴⁶ Waltermann, Sozialrecht, s. 112-113.

⁴⁷ Simon, Das Gesundheitssystem, s. 245.

yacının derecesine ve bakıcının gerekli bakım için harcayacağı zamana bağlıdır.⁴⁸ Bakıma muhtaç bir kimseye o meslekten olmadan haftada en az 14 saat hastanın oturduğu çevrede bakan kimse sosyal güvenlik hakkına sahip olur (§ 44 Abs. 1 SGB XI).⁴⁹

II. KAPSAM

Bakım sigortasına üyelik, Sosyal Yasa'nın 11. kitabındaki kurallar çerçevesinde aynen hastalık sigortasındaki gibidir. Burada, yasal hastalık sigortasında sigortalı olan kimsenin, sosyal bakım sigortasına da dahil olması ilkesi mevcuttur. Başka bir deyişle, sigorta zorunluluğunda, "Bakım sigortası hastalık sigortasını izler" ilkesi geçerlidir. Yasal hastalık sigortasına zorunlu olarak mı, yoksa aile sigortası çerçevesinde mi, emekli ya da isteğe bağlı olarak mı dahil bulunduğu hiçbir rol oynamaz, otomatik olarak sosyal bakım sigortasına sigortalı olunur. § 25 SGB XI'deki şartlar altında, yasal hastalık sigortasına zorunlu ve isteğe bağlı sigortalılar için sosyal bakım sigortasına üye olma zorunluluğu bulunmakla birlikte, sigortalının eşi ve çocukları primden muaftır. Bakım sigortasında, sigortalı olarak bakıma muhtaç hale gelindiğinde ödenen primler sayesinde yardım görme hakkı kazanılmaktadır. Bu hak ekonomik durumla ilgili değildir.

Bir özel hastalık sigortasına üye olan kimsenin yasa gereği özel bakım sigortası yaptırması gerekmektedir (§ 23 Abs. 1 SGB XI). Bu kişilerin, bunun için özel bakım sigortası sözleşmesi imzalarlar. Özel bakım sigortası, hizmetlerinin sosyal bakım sigortası ile eşdeğer olmasını sağlamakla yükümlüdür. Özel bakım sigortasının aileler ve daha yaşlı sigortalılar için de uygun şartlar ve primler sunması gerekmektedir. Memurların da yasal hastalık sigortasına dahil olmadıkları taktirde bir özel bakım sigortası yaptıрма yükümlülüğü vardır. Burada söz konusu olan, memurlara yapılan yasal yardımla (Beihilfe) tamamlanacak bir ek sigortadır.⁵⁰

⁴⁸ Waltermann, Sozialrecht, s. 122.

⁴⁹ Jäger/Braun, Sozialversicherungsrecht und sonstige Bereiche des Sozialrechts, s. 305.

⁵⁰ Jäger/Braun, Sozialversicherungsrecht und sonstige Bereiche des Sozialrechts, s. 312-313.

Özel bakım sigortası için § 110 SGB XI'e göre sözleşme yapma zorunluluğu bulunmaktadır. Özel bakım sigortasında prim, yasal bakım sigortasındaki en yüksek primi (üst sınır) aşamaz, bu sınır şu anda 59, 92 Euro'dur.⁵¹ Sigortalının çocukları da primden muaf olarak sigortalıyla birlikte sigortalıdırlar (§ 110 Abs. 1 SGB XI). Özel bakım sigortasındaki yardımlar da yasal bakım sigortasındaki yardımların türü ve kapsamı ile aynı düzeyde olmalıdır (§ 23 Abs. 1 S. 2 SGB XI). Federal Anayasa Mahkemesi bir kararında çocuk yetiştiren bakım sigortası sigortalılarının çocuksuz üyelerle aynı primi ödemesini Anayasa'nın 3. maddesinin 1. fıkrası ile 6. maddesinin 1. fıkrası ile bağdaştırılamaz olduğuna karar vermiştir.⁵² Bu karar üzerine çocuksuz kişiler 1 Ocak 2005'den itibaren % 0, 25 oranında daha az ödeme yapmaktadırlar (§§ 55 Abs. 3, 58 Abs. 1 S. 3 SGB XI).⁵³

Özel bakım sigortasının primleri gelire bağlı değildir. Bu primler, sigortaya giriş tarihindeki yaşa bağlıdır. Prim tavanı yaşayla saptanmıştır. Bu tutarın sosyal bakım sigortasındaki en yüksek aidattan fazla olmaması gerekir. 1.1.1995 tarihinden sonra bir özel sigortaya üye olanlar için en yüksek prim, sigortadan önceki beş yıllık dönemde özel hastalık ya da bakım sigortasındaki en yüksek prim tutarı ile sınırlıdır. Bakım yardımına hakkı olan memurlar bakıma muhtaç oldukları zaman bu en yüksek miktarın yarısından fazlasını ödemezler.

Primler, kadın ve erkekler için aynıdır. Evli çiftlerde eşlerden yalnız biri kazanç sahibi ise ya da bu kazancı önemsiz kazanç sınırının altında kalıyorsa, özel bakım sigortasına ödenen prim sosyal bakım sigortasındaki en yüksek prim tutarının % 150 oranından daha fazla olamaz. Eşler için tanınan bu indirim, 01.01.1995'te yürürlüğe giren bakım sigortasından sonra özel sigortalı olan kişi-

⁵¹ Waltermann, Sozialrecht, s. 113.

⁵² BVerfGE 103, 197 ff= NJW 2001, s. 1709 ff.; Bkz. Eichenhofer, Klausurenkurs im Sozialrecht, 4. Aufl. 2003, Fall 1.

⁵³ Bu düzenleme "Sosyal Bakım Sigortasında Çocuk Yetiştirmenin Dikkate Alınması Yasası" ile yapılmıştır. Bkz.: Das Gesetz zur Berücksichtigung der Kindererziehung in der sozialen Pflegeversicherung, BGBl. I 2004, s. 3448.

lere uygulanmaz. Çocuklar sosyal bakım sigortasında olduğu gibi prim ödemededen sigortalıdırlar.

III. BAKIMA MUHTAÇLIĞIN BASAMAKLARI VE BAKIMA MUHTAÇLIĞIN TESPİTİ

2001 yılında Almanya'da yaklaşık 2 milyon kişi bakıma muhtaç durumda idi.⁵⁴ Bu da toplam nüfusun yaklaşık % 2,5'ine denk gelmektedir. Bakıma muhtaç duruma gelmek ilerlemiş yaşlarda daha da artmaktadır. 2001 yılında 75-85 yaşındakilerin yaklaşık % 14'ü bakıma muhtaçtı ve 90 yaşın üstündekilerin de % 60'ı bakıma muhtaç durumdaydı. Bakıma muhtaç durumdakilerin % 70'i kadın, % 30'u erkekti. 75 yaşın üzerindeki bakıma muhtaçlıkta kadınların oranı daha fazladır. Aynı yaştaki erkeklere göre kadınlardaki bakıma muhtaçlığın yüksek olmasının sebebi İkinci Dünya Savaşının sonuçlarından biridir. Erkeklerin büyük çoğunluğu bu savaşta öldüğü için kadınların oranı istatistiklerde daha yüksek çıkmaktadır. Gelecek 10-20 yılda 75 yaş üzerindeki bakıma muhtaçlıkta cinsiyetlerin eşit olacağı tahmin edilmektedir.⁵⁵

Bakım sigortası anlamında bakıma muhtaç olma kesin bir biçimde saptanmıştır: Günlük yaşamda düzenli şekilde tekrarlanan hareketlerde, muhtemelen en az altı ay önemli ya da çok büyük ölçüde yardıma muhtaç olan bir kimse bakıma muhtaç sayılır (§ 14 Abs. 1 SGB XI) . Bakıma muhtaç olmanın saptanması dört alanı kapsar: Vücut bakımı, beslenme, hareket yeteneği ve ev işleri.

Günlük yaşamın akışında düzenli olarak tekrarlanan normal hareketler:

1. Vücut bakımı alanında; yıkanmak, duş yapmak, banyo yapmak, diş fırçalamak, saç taramak, tıraş olmak, bağırsakların ve idrar torbasının boşaltılması,

2. Beslenme alanında; yemeği lokma halinde hazırlamak veya yiyebilmek,

⁵⁴ Simon, Das Gesundheitssystem, s. 245.

⁵⁵ Simon, Das Gesundheitssystem, s. 245.

3. Hareket alanında; kendi kendine ayağa kalkmak ve yatmak, giyinip soyunmak, yürümek, ayakta durmak, merdiven çıkmak ya da evden çıkıp tekrar eve dönmek,

4. Ev işleriyle ilgili olarak; alışveriş yapmak, yemek pişirmek, evi temizlemek, bulaşık yıkamak, çamaşır ve elbiseleri değiştirip yıkamak, soba yakmak.⁵⁶

Bakıma muhtaç kimseler, “önemli ölçüde bakıma muhtaçlık”, “ağır yardıma muhtaçlık” ve “en ağır yardıma muhtaçlık” olmak üzere üç bakım sınıfına ayrılmıştır. Bu sınıflandırma, yapılan yardımların kapsamını belirler ve bakım parası miktarına etki eder.⁵⁷

-Bakım Sınıfı I, Önemli Ölçüde Bakıma Muhtaç Kimselerdir (erheblich Pflegebedürftige):

Bunlar, vücut bakımı, beslenme ve hareket alanlarından birinde ya da birkaçında en az iki iş için en az bir kez ve ayrıca ev işlerinde haftada birkaç kez yardıma ihtiyacı olan kimselerdir.

Bakım işini yapan bir akraba veya bakım işi için eğitilmemiş bir kimsenin temel bakım ve ev işleri için harcayacağı zaman, Bakım sınıfı I’de günde ortalama en az 90 dakikadır; bu zamanın en az 45 dakikası temel bakımdır.

Bundan başka, haftada birkaç kere ev işlerinde yardıma ihtiyaç duyulmalıdır.

- Bakım Sınıfı II, Ağır Yardıma Muhtaç Kimselerdir (Schwerpflegebedürftige):

Bu gruba, her gün en az üç kez günün çeşitli saatlerinde vücut bakımı, beslenme ve hareket için, ayrıca haftada birkaç kez ev işleri için yardıma muhtaç olan kimseler dahildir.

Bakım sınıfı II’nin kabul edilebilmesi için, bakım ihtiyacının en az üç saat olması, bunun da en az iki saatini genel bakımın oluşturması gerekir.

⁵⁶ Bley/Kreikebohm/Marschner, Sozialrecht, s. 159.

⁵⁷ Kittner/Kittner, Arbeits- und Sozialrecht Kompakt, s. 255.

-Bakım Sınıfı III, En Ağır Yardıma Muhtaç Kimseler (Schwerstpflegebedürftige):

Bu gruptakiler, bütün gün ve geceleri de vücut bakımı, beslenme ya da hareket için, ayrıca haftada birçok kez ev işleri için yardıma ihtiyacı olan kimselerdir.

Bakım işini yapan bir akraba veya bakım işi için eğitilmemiş bir kimsenin temel bakım ve ev işleri için harcayacağı zaman, Bakım sınıfı III'de söz konusu işlere en az beş saat ihtiyaç göstermeli, bu zamanın da en az dört saati temel bakımı karşılamalıdır.

Çocuklar bu üç bakım sınıfından birine dahil edilirken, aynı yaşta sağlıklı bir çocuğun yardım ihtiyacına kıyasla gereken daha fazla zaman, dikkate alınır.

Bakım ihtiyacının bulunup bulunmadığı, varsa bu ihtiyacın hangi ölçüde olduğu hastalık sigortasının tıp servisi (medizinischer Dienst der Krankenversicherung) tarafından saptanır. Bunun için servis, bakıma ihtiyacı olan kimseyi yaşamakta olduğu yerde muayene eder.⁵⁸

IV. YARDIMLAR

Bakım sigortasının görevi, bakıma muhtaç olanlara yardım sağlamaktır. Bakıma muhtaç durumda olanlar, farklı kuruluş ve hizmetler arasından istediklerini seçebilirler (§ 2 Abs. 2 SGB XI).

1. Evde Bakımda

Evde bakım durumunda sağlanan yardımlar 11. Sosyal Kitabın 36 ila 40. maddelerinde düzenlenmiştir. Yasaya göre, ya bakım hizmeti sağlanır (§ 36 SGB XI) ya da bakım hizmetini kendisi sağlayanlar için bakım parası ödenir (§ 37 SGB XI). Bu ikisi arasında tercihi sigortalı yapar (§ 38 SGB XI).⁵⁹

Bakım sigortasında evde bakım önceliklidir ve akrabalar ile komşular tarafından bakıma da önem verilmektedir (§ 3 S.1 SGB XI).

⁵⁸ Simon, Das Gesundheitssystem, s. 238-239.

⁵⁹ Kittner/Kittner, Arbeits- und Sozialrecht Kompakt, s. 256; Waltermann, Sozialrecht, s. 119; Simon, Das Gesundheitssystem, s. 268.

Böylelikle, bakıma ihtiyacı olan kişinin mümkün olduğunca kendi çevresinde kalması sağlanmış olacaktır.

a) Bakım Hizmeti

Kendi evinde oturan ya da başka bir evde bakılan yardıma muhtaç kimseler, temel bakım hizmeti ve ev hizmetlerinde yardım alırlar (§ 36 Abs. 1 SGB XI). Evde bakım hizmeti, bakım sandığına bağlı olarak çalışan bakım elemanları tarafından ya da bakım sandığının sözleşme imzaladığı diğer kişiler tarafından yerine getirilir (§ 36 Abs. 1 S. 4 SGB XI).

Evde bakım talebinde aylık olarak aşağıdaki yardımlar yapılır (§ 36 Abs. 3 SGB XI):

- Bakım Sınıfı I, 384 €,
- Bakım Sınıfı II, 921 €,
- Bakım Sınıfı III, 1432 €.

Bir insanın evinde bakımını yapan kişi seyahate çıktığı ya da daha başka bir nedenle bu işi yapamadığı zaman, bakıma muhtaç kimsenin, yılda dört hafta kadar bakım işini vekaleten yapacak birini (Urlaubs- Pflegevertretung) isteme hakkı vardır. Ancak bunun için, eski bakıcının bakıma muhtaç kimseye kendi evinde, vekalet edecek kimse lazım olmadan önce en az on iki ay bakmış olması şartı aranır.

Bakıcının izinli olduğu sırada bakım işini, bu işi meslek olarak yapan bir kimse ya da bir ayakta bakım servisi üstlenecek olursa, ödenecek para her takvim yılı için en fazla 1.432 Avro'dur.

Bakıma muhtaç kişiyle ikinci derece akraba olmayan uzaktan akrabalar veya komşular, bu kişilerin bakımını üstlendikleri takdirde 1.432 Avro'ya kadar bir yardım alma hakkına sahip olurlar. Bakıcıya vekalet edecek kimse bu işi meslek olarak yapmayan yakın biri olursa, bakım sandığı bakım sınıfına göre 205 Avro (Bakım Sınıfı I), 410 Avro (Bakım Sınıfı II), 665 Avro (Bakım Sınıfı III)

öder. Bu durumda, bakım personeli için gerekli masraflar belgelerle kanıtlanırsa, bu yardım toplam 1.432 Avro'ya kadar da yükselebilir.⁶⁰

b) Bakım Parası

Evde bakım yerine bakıma ihtiyacı olanlar bakım parası da talep edebilirler (§ 37 SGB XI). Bakım parasını bakım elemanının değil sigortalının kendisinin talep etmesi gerekir.

Bakım parası aylık olarak aşağıdaki miktarlarda ödenir:

- Bakım Sınıfı I, 205 €,
- Bakım Sınıfı II, 410 €,
- Bakım Sınıfı III, 665 €.

Bakım sigortasının ödemeleri, bakım sınıfına ve bakıma muhtaç kimsenin evinde veya bir bakım kuruluşunda bakılmasına bağlıdır. Bu hususta iki ilkedен hareket edilir: “Bakımdan önce önleme ve rehabilitasyon” (bakım ihtiyacını ortadan kaldırmaya, azaltmaya ve daha kötüye gitmesini önlemeye yarayacak tüm önlemler) ve “bir bakım kuruluşunda bakımdan önce evde bakım”.

Bakım sigortasından evde bakım için 1 Nisan 1995 tarihinden itibaren, bir bakım yurdunda devamlı bakım için ise 1 Temmuz 1996 tarihinden beri yardım ödenmektedir.

Evde bakım ödemelerinin miktarı bakım sınıfına bağlıdır. Sosyal Bakım Sigortası'nda bakıma muhtaç kimseye hizmet yardımı (bakım önlemleri bakım sandığının anlaşmalı bir ortağı, örneğin sosyal merkez vasıtasıyla veya evde bakım hizmeti) ile para yardımı (bu parayla bakıma muhtaç kimse gerekli bakımı bizzat sağlar, örneğin aileden biri yardımıyla) arasında seçim hakkı verilmiştir. Hizmet yardımı ile para yardımının birleştirilmesi de mümkündür (§ 38 SGB XI). Bu takdirde yardımlar, bakıma muhtaç kimsenin kişisel ihtiyacına göre düzenlenir.

⁶⁰ Jäger/Braun, Sozialversicherungsrecht und sonstige Bereiche des Sozialrechts, s. 302; Waltermann, Sozialrecht, s. 121.

2. Bakım yurdunda

a) Kısa süreli bakım

Evde bakım yeteri kadar sağlanamazsa, o zaman bakıma muhtaç olan kimseye gündüz ya da gece bakım kuruluşlarından birinde kısmi yatılı olarak bakılır (§ 41 SGB XI). Bu da yeterli olmazsa, kısa süre bakım evine götürülür.⁶¹ Bu sırada kendisini bakım sigortası destekler. Sigorta sandığı, belirli bir zamanla kısıtlı olmadan gündüz veya gece bakım kuruluşlarındaki temel bakım için, sosyal ilgi ve tedavi bakımı masraflarını, bakım gereksinimine göre, 31.12.2007 tarihine kadar geçerli olan verilere göre, ayda 384 Avro (Bakım Sınıfı I), 921 Avro (Bakım Sınıfı II) veya 1.432 Avro'ya kadar (Bakım Sınıfı III) ve kısa süre bakımında takvim yılı içinde toplam 4 hafta için 1.432 Avro'ya kadar üstlenir.⁶²

Kısmi yatılı bakım ve kısa süreli bakıma, tam yatılı bakıma oranla öncelik verilmektedir (§ 3 S. 2 SGB XI).

Günlük performansları önemli derecede kısıtlı olan bakıma muhtaç kişiler, hastalık sigortası Tıbbi Hizmetler bölümü tarafından bakım sigortasında genel yardım gereksinimi dışında ayrıca, önemli derecede genel denetim ve bakım ihtiyacı tespit edilmişse, yılda 460 Avro ek bakım tutarı alma hakkına sahiptirler (§ 14, 15 SGB XI). Bu kişiler arasında genelde yaşlılık bunamasından ötürü bakıma muhtaç, psikolojik hastalıkları olan ya da zihinsel engelli insanlar bulunmaktadır. Bakım tutarı gündüz ya da gece bakımı, kısa süreli bakım, kayıtlı bakım servislerinin genel denetim ve bakım çerçevesinde özel hizmetleri ve hafif bakım imkanları için kullanılmaktadır.⁶³

b) Uzun süreli bakım

Evde bakım ve kısmen yatılı bakım mümkün değilse ya da durumun özelliğinin gereği olamazsa, tam yatılı bakım söz konusu olur (§ 43 Abs. 1 SGB XI).⁶⁴

⁶¹ Kittner/Kittner, Arbeits- und Sozialrecht Kompakt, s. 256.

⁶² Jäger/Braun, Sozialversicherungsrecht und sonstige Bereiche des Sozialrechts, s. 305.

⁶³ Simon, Das Gesundheitssystem, s. 280.

⁶⁴ Kittner/Kittner, Arbeits- und Sozialrecht Kompakt, s. 256.

Bakımevinde yatılı bakım gerektiği zaman, Bakım Sigortası temel bakım, sosyal ilgi ve tıbbi tedavi bakımı için gerekli masraf karşılığı olarak 1 Temmuz 1996'dan 31 Aralık 2007'ye kadar ,

- Bakım Sınıfı I için 1.023 Avro,
- Bakım Sınıfı II'deki kimselere 1. 279 Avro,
- Bakım Sınıfı III'deki bakıma muhtaçlara 1.432 Avro öder.⁶⁵

Mağduriyete yol açacak durumları (Härtefälle) önlemek için ağır bakıma muhtaç olanlara ayda 1.688 Avro kadar yardımda bulunulur (§ 43 Abs.3 SGB XI).

Barınak ve yiyecek masrafını, evinde bakım görenler gibi, sigortalının kendisi ödemek zorundadır (§ 88 SGB XI).

Bir kişi için yapılan harcamalar yıllık 15.339 Avro'yu aşamaz (§ 43 Abs. 2 S.1 SGB XI).

3. Diğer yardımlar

Sosyal Bakım sigortasında, bakım eşyası (örneğin hasta ya-tağı) verilmesi, aile üyeleri ve gönüllü bakım personeli için ücretsiz bakım kursu, evin yapısında bakımın gerektirdiği değişikliğin yapılması gibi başka yardımlar da mevcuttur. Evin yapısında değişiklik için daha başka finansman imkanları olmadığı takdirde, belirli uygun bir miktarda kişinin masraflara katılımı da dikkate alınarak, her önlem için 2.557 Avro'ya kadar bir para ödenir.

Özel Bakım Sigortası'nda (private Pflegeversicherung) hizmet yardımı yoktur, sadece para yardımı vardır. Hizmet yardımı yerine aynı miktarda masraf ödentisi verilir.

Memurlar Yasası hükümleri veya ilkelerine göre hastalık ve bakım durumunda yardıma (Beihilfe ya da Heilfürsorge) hakkı olan sigortalılar, sosyal bakım sigortasında sigortalı oldukları takdirde, hakları olan ödemelerin yarısını alırlar. Bu nedenle ödenecek aidat yarıya bölünür. Özel bakım sigortasına sahip olan memurlar, sözü

⁶⁵ *Waltermann*, Sozialrecht, s. 121; *Kittner/Kittner*, Arbeits- und Sozialrecht Kompakt, s. 256; *Jäger/Braun*, Sozialversicherungsrecht und sonstige Bereiche des Sozialrechts, s. 304.

geçen tüm ödemeleri, memurlara ödenen yardım hakkına orantılı olarak zorunlu özel bakım sigortalarından alırlar.

Bakım Sigortası Yardımlarını Gösteren Tablo: (2006 yılı verilerine göre)

	Bakım Sınıfı I	Bakım Sınıfı II	Bakım Sınıfı III
Aylık bakım parası	205 €	410 €	665 €
Aylık azami bakım parası	384 €	921 €	1.432 €
-özel yoksunluk durumu			1.918 €
İzin ve bir engel durumunda yılda dört haftaya kadar bakım parası (şart: Önce 12 ay bakım)			
a)Meslekten olmayan biri tarafından bakım yapıldığında	1.432 €	1.432 €	1.432 €
b)Yakın bir akrabası tarafından bakım yapıldığında	205 €	410 €	665 €
Kısa süreli bakım	1.432 €	1.432 €	1.432 €
Anlaşmalı kısmi yatılı gündüz ve gece kuruluşunda bakım ayda en çok	384 €	921 €	1.432 €
Bir yatılı kuruluşta yılda en çok dört hafta kısa bakım	1.432 €	1.432 €	1.432 €
Önemli derecede genel bakım gereksinimi olan bakıma muhtaç kişiler için ek ödeme yılda en çok	460 €	460 €	460 €

* Kaynak: *Almanya Çalışma ve Sosyal İşler Federal Bakanlığı 2006 Yılı Sosyal Güvenlik Bilgi Broşürü*⁶⁶.

⁶⁶ Ayrıca bkz. *Simon, Das Gesundheitssystem*, s. 243.

VI. BAKIM SİGORTASININ FİNANSMANI

Sosyal bakım sigortasının giderleri işçilerden ve işverenlerden alınan primler ile finanse edilir (§§ 1 Abs. 6 SGB XI). Primlere ilişkin düzenlemeler aynen hastalık sigortasındaki gibidir. Primler üyelerin gelirleriyle orantılı olarak alınmaktadır. Ancak burada hastalık sigortasının azami kazanç sınırı geçerlidir. Bu sınır 2005 yılından beri hem yeni hem eski eyaletlerde ayda 3.525 Avro'dur.

1 Ocak 1995 tarihinden itibaren Almanya'nın her tarafında aynı şekilde aidat hesabında % 1 oranı uygulanmaktaydı. 1 Temmuz 1996 tarihinde evde bakım yardımının başlamasıyla aidat oranı prime tabi kazancın yüzde % 1, 7'sine çıkarılmıştır (§ 55 Abs. 1 SGB XI).

Aidatın ödenme şekli yasal hastalık sigortasında olduğu gibidir: İşveren parayı doğrudan ücret ya da aylıktan kesip hastalık sigortasına havale eder. Tüm federe eyaletlerde (Saksonya hariç) bakım sigortasına yapılan ödemelerin işverenlere getirdiği yükü denkleştirmek için yasal tatil günü olan Buss- und Bettag kaldırılmıştır. Böylece aidatın yarı yarıya üstlenilmesi ilkesi geçerli kalmıştır: % 1, 7'nin % 50'sini işveren öteki 50'sini de çalışan üstlenir. Tatil gününün kaldırılmadığı Saksonya'da ise çalışanlar aidatın % 1,35'ini, işverenler de % 0, 35'ini ödemektedirler.⁶⁷

01.04.2004'ten itibaren emekliler sosyal bakım sigortası primlerini tek başlarına karşılamak zorundadırlar. Şimdiye değin primin yarısını ödeyen emeklilik sigortasının bu katkısı ortadan kalkmıştır.

İsteğe bağlı olarak yasal hastalık sigortasında sigortalı olan çalışanlar, ücret ya da aylığından bakım sigortasına ödemesi gereken primin yarısını işvereninden prim yardımı olarak alırlar. Aynı miktarda prim yardımını özel bakım sigortasında özel olarak sigortalı bulunan çalışanlar da alır; ancak yardımın miktarı, çalışanın özel bakım sigortası için ödemesi gereken miktarın yarısı ile sınırlıdır.

Nafaka hakkı olan çocuklar ve aile fertleri aylık gelirleri düşük gelir seviyesini geçmediği sürece aile sigortası kapsamında prim-

⁶⁷ Kittner/Kittner, Arbeits- und Sozialrecht Kompakt, s. 256.

den muafırlar. Bu düşük gelir seviyesi 01.01.2004 itibariyle ayda 340 Avro olarak belirlenmiştir. Düşük gelir kategorisinde çalışanlar ise ayda 400 Avro kazanç sınırına kadar primden muaf tutulurlar.

İşsizlik parası, işsizlik parası II ve nafaka alanların primlerini Federal İş Ajansı, rehabilitasyonda bulunanlarını rehabilitasyonu finanse eden kurum, kuruluşlardaki engellilerin primlerini kuruluşu finanse eden kurum ve geçimi için herhangi bir sosyal yardım alanlarını de yetkili sosyal yardım kurumu öder.

KISALTMALAR

- Abs. : Absatz (fikra)
- Aufl. : Auflage (bası)
- Bd. : Band (cilt)
- BGBI. : Bundesgesetzblatt
(Federal Almanya Resmi Gazetesi)
- bkz. : bakınız
- BVerfGE : Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
(Federal Almanya Anayasa Mahkemesi Kararları)
- EFGZ : Entgeltfortzahlungsgesetz
(Ücret Ödemesinin Devamına İlişkin Yasa)
- ff. : folgende (devamında)
- GG : Grundgesetz (Federal Almanya Anayasası)
- Hrsg. : Herausgeber (Editör)
- NJW : Neue Juristische Wochenschrift
(Haftalık hukuk dergisi "NJW")
- Nr. : Nummer (Numara)
- s. : Sayfa
- S. : Satz (Cümle)
- SGB : Sozialgesetzbuch (Sosyal Kitap)

KAYNAKLAR

Almanya Çalışma ve Sosyal İşler Federal Bakanlığı 2006 Yılı Sosyal Güvenlik Bilgi Broşürü.

Becker, Ulrich/Seewald, Otfried, Fälle zum Sozialrecht, München 2004.

Bley, Helmar/Kreikebohm, Ralf/Marschner, Andreas, Sozialrecht, 9. Aufl., Neuwied 2007.

Eichenhofer, Eberhard, Kassenwahl und Arbeitgeber, RdA 2006 Heft 4, s. 203-206.

- Klausurenkurs im Sozialrecht, 4. Aufl., Heidelberg 2003.

- Sozialrecht der Europäischen Union, 3. Aufl., Berlin 2006.

- Sozialrecht, Fälle und Lösungen, 3. Aufl., Heidelberg 2000.

Gitter, Wolfgang/Schmitt Jochem, Sozialrecht, 5. Aufl., München 2001.

Hanau, Peter/Steinmeyer, Heinz-Dietrich/Wank, Rolf, Handbuch des europäischen Arbeits- und Sozialrechts, München 2002.

Jacobs, Klaus/Reschke, Peter, Freie Wahl der Krankenkasse, 1. Aufl., Baden-Baden 1992.

Jäger, Horst/Braun, Hans-Dieter (Hrsg.), Sozialversicherungsrecht und sonstige Bereiche des Sozialrechts, 12. Aufl., Berlin 2005.

Kittner, Michael/Kittner, Susanne, Arbeits- und Sozialrecht Kompakt, 6. Aufl., Frankfurt am Main 2006.

Kruse, Jürgen/Hänlein, Andreas (Hrsg.), Das neue Krankenversicherungsrecht, 1. Aufl., Baden-Baden 2004.

Muckel, Stefan, Sozialrecht, 1. Aufl., München 2003.

Rüfner, Wolfgang, Einführung in das Sozialrecht, 2. Aufl., München 1991.

Simon, Michael, Das Gesundheitssystem in Deutschland: eine Einführung in Struktur und Funktionsweise, 1. Aufl., Bern 2005.

Sözer, Ali Nazım, Sosyal Devlet Uygulamaları, Türkiye İşçi Emeklileri Cemiyeti Yayını, İzmir 1997.

Straub, Klaus, Gesetzliche Krankenversicherung SGB V, 2. Aufl., München 1999.

Waltermann, Raimund, Sozialrecht, 5. Aufl., Heidelberg 2005.

Windisch- Graetz, Michaela, Europäisches Krankenversicherungsrecht, 1. Aufl., Wien 2003.

Zacher, Hans F., Einführung in das Sozialrecht der Bundesrepublik Deutschland, Heidelberg 1983.



ULUSLARARASI EŞYA TAŞIMA SÖZLEŞMELERİNDE SORUMSUZLUK ANLAŞMASI AKDETME İMKANI VE SORUMLULUĞUN SINIRLARINDA DEĞİŞİKLİK YAPILMASI

Yrd. Doç. Dr. Turkey ÖZDEMİR*

GİRİŞ

Eşya taşımaları genel olarak kara, deniz, hava ve demiryolu veya bunlardan bir kısmının birlikte kullanılması olarak karşımıza çıkan yöntemlerle yapılmaktadır¹. Söz konusu taşıma yöntemleri uluslararası alanda uygulamada bir birliği sağlamak hedefi ile farklı farklı konvansiyonlarla düzenlenmiştir. Uluslararası eşya taşımalarına ilişkin konvansiyonlarda esas itibariyle taşıyıcının zıya, hasar ve gecikmeden doğan sorumluluğu ile taşıma belgelerine ilişkin hükümler ağırlıklı olarak ele alınmıştır. Bu konvansiyonların farklı hazırlanmasında kullanılan taşıma yöntemi belirleyici olmuştur². Zira kullanılan taşıma yöntemine göre taşıyıcının karşılaşacağı risk ve sorumluluk değişmektedir. Ayrıca bu düzenlemeler yapılırken teknolojideki gelişmeler ile bu gelişmelerin taşıyıcılar tarafından kullanımı dikkate alınmış ve tarafların sorumlulukları bu çerçevede belirlenmeye çalışılmıştır.

* Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Turkey ÖZDEMİR, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Zıya ve/veya Hasar Sorumluluğu), İstanbul, 2006, sayfa (s.) 4. Bunun yanında eşya kavramında gelinen aşama dikkate alındığında boru hatları ve kablolarla taşımada, günümüzde önem kazanan taşıma yöntemleridir [dipnot (dp.) 11].

² Söz konusu konvansiyonlar hakkında ayrıntılı bilgi için bakınız (bkz.): ÖZDEMİR, s. 5 ve devamı (vd.); Muharrem GENÇTÜRK, Uluslararası Eşya Taşıma Hukuku (Gecikmeden Doğan Sorumluluk), İstanbul 2006, s. 45 vd.

Eşya taşımacılığına ilişkin konvansiyonlar, uygulamada düzenlediği yöntem bakımından hukuk sistemleri arasında yeknesaklığı hedeflemişlerdir. Yeknesaklık hedefi çerçevesinde konvansiyonlarda sorumluluğa ilişkin hükümleri emredici nitelikte olmakla birlikte; taraflara sınırlı da olsa sözleşme serbestisi gereği değişiklik yapma hakkı tanınmıştır. Hukukta birlik sağlama hedefini sağlama için emredici düzenlemeler getirmek de şart gözükmektedir. Buna karşın taraflar, konvansiyonların çizdiği sınır çerçevesinde belli serbestileri kullanarak taşıma sözleşmeleri yapabilmektedir. Böylece izin verilen serbestiler dışında getirilen sorumluluk düzenlemeleri de emredici olmaktadır. İzin verilenler ise sınırlı ya da çerçevesi amir hükümlerle belirlenmiş bir şekilde karşımıza çıkmaktadır.

Çalışmamızda öncelikle eşya taşınmasına ilişkin uluslararası konvansiyon hükümlerinin emrediciliği ve istisnaları üzerinde durulmuş; bu bağlamda taşıyıcının sorumluluğunu kaldıran veya sınırlandıran anlaşmaların yapılabilme imkanı irdelenmiştir. Daha sonra ise, taşıyıcı hakkında öngörülen sorumluluk sınırlarının artırma veya eksiltme ya da ortadan kaldırma şeklinde, taraflarca değiştirilebilmesi konuları incelenmiştir.

I. KONVANSİYONLARDAKİ HÜKÜMLERİN EMREDİCİLİĞİ

Uluslararası taşımacılığı düzenlemek amacıyla konvansiyonlarla getirilen sorumluluğa dair hükümler, kural olarak emredici niteliktedir³ ve taşıma sözleşmesi veya belgesinde ya da ayrıca yapılan bir sözleşmeyle bunlara aykırı olarak getirilen her şart (kayıt) kural olarak geçersizdir⁴. Ancak konvansiyon hükümlerine

³ Türk Ticaret Kanunu'nun 766 maddesi de benzer bir düzenleme getirmekte ve taşıyıcının sorumluluğunu hafifleten veya kaldıran anlaşmaların geçersiz olduğunu emredici olarak hükme bağlamış durumdadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun 7.3.191 gün, Esas (E.) 1979/11-1775, Karar (K.) 1981/563 sayılı kararı: "TTK.nun 766. maddesi, taşıma sözleşmelerindeki sorumluluğu hafifleten veya kaldıran hükümlerin geçersiz olduğunu belirtmiş bulunmasına ve bu hükmün yorumlayıcı değil uyulması gereken emredici bir hükmü niteliğinde olmasına göre, TTK.nun bu hükmü karşısında, davalı taşıyıcının dayandığı Alman Taşıyıcı Genel Şartnamesindeki sorumluluğu sınırlandıran hükümler geçersiz ve olaya uygulanma olanağı yoktur." (Kazancı İçtihat Bankası).

⁴ Konvansiyonların konuluş gayesindeki taraf devletlerde hukukta yeknesak bir uygulamayı sağlama hedefi gereği, gerek taraf devletler, gerekse sözleşme taraflarının söz ko-

aykırı olan bu kayıtların hükümsüzlüğü, taraflar arası sözleşmenin diğer hükümlerinin hükümsüzlüğünü gerektirmez [CMR (Convention on the Contract for the International Carriage of Goods by Road / Karayolu İle Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmeleri Hakkında Konvansiyon) m. 41§1; HK (Hamburg Konvansiyonu) m. 23§1; BM-CK (Eşyanın Uluslararası Karma Taşınması Hakkında Birleşmiş Milletler Konvansiyonu) m. 28§1]. Şu halde, CMR, HK ve BM-CK'daki taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin hükümleri daraltma veya genişletme amacıyla yapılan genel içerikli sözleşmeler hükümsüzdür. Aslında bu konvansiyonlar sorumluluğu daraltan düzenlemeleri yasaklarken genişleten düzenlemeleri ise serbest bırakan özel hükümler getirmekte ve tam bir emredicilikten ziyade nispi emredici bir nitelik arz etmektedirler.

Varşova Konvansiyonu ise taşıyıcının sorumluluğunu kaldıran veya azaltan her kaydın hükümsüz olduğunu ve böyle bir kaydın hükümsüzlüğünün sözleşmenin diğer hükümlerinin geçersizliğini gerektirmediğini özel olarak tespit etmektedir [VK (Uluslararası Hava Taşımalarına İlişkin Bazı Kuralların Birleştirilmesi Hakkında Varşova Konvansiyonu) m. 23§1; TSHK (Türk Sivil Havacılık Kanunu) m. 125/I]. Buna karşın m. 23/2 incelendiğinde VK'nın bu düzenlemesinin de nispi bir emredicilik getirdiğini söylemek gerekir.

COTIF-CIM (Demiryoluyla Uluslararası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Yeknesak Kurallar)'de benzer bir hüküm bulunmaz; ancak COTIF-CIM hükümlerinin de emredici olduğu ve ancak konvansiyonun açıkça izin verdiği özel durumlarda farklı çözümlerin benimsenebileceği ifade edilmektedir⁵. Bu emredicilik düzenlemeleri öyle ki; taraf devletler açısından da getirilmiş ve taraf devletlere getirilen düzenlemeler dışına çıkma serbestisi tanınmamıştır.

nusu düzenlemeleri dışlayan, düzenlemelerde yer alan sorumluluğa ilişkin hükümleri kaldırıp yeni hükümler koymaları kabul edilmemektedir. Burada yeknesaklık hedeflenen, özellikle sorumluluğa ve taşıma belgelerine ilişkin hususlar olarak gösterilmiştir (ÖZDEMİR, s. 16, 32; GENÇTÜRK, s. 95; Ziya AKINCI, Karayolu İle Milletlerarası Eşya Taşımacılığı ve CMR, Ankara 1999, s. 35 - 36).

⁵ GENÇTÜRK, s. 95 - 96; Sabih ARKAN, Demiryolları İle Yapılan Uluslararası Eşya Taşımaları, Ankara, 1987, s. 40.

LK (Eşyanın Denizyolu İle Taşınmasına İlişkin Lahey Kuralları) m. 4/5 b.3'e göre, taşıyanın sorumluluğunun tarafların anlaşması ile getirilen sınırdan daha yüksek bir tutar ile sınırlandırılması mümkündür. Fakat taşıyanın sorumluluğunun bu sınırdan daha az bir miktar ile sınırlandırılmasına cevaz verilmemiştir. Bu da sorumluluk sınırının aşağı çekilmemesi bakımından yine nispi bir emrediciliği ortaya koymaktadır. LVK (Eşyanın Denizyolu İle Taşınmasına İlişkin Lahey/Visby Kuralları) m. 4/5 b.g) düzenlemesi de aynı şekilde taşıyanın sorumluluğunun tarafların anlaşması getirilen sınırında daha üstünde bir tutar ile sınırlandırılmasını mümkün kılmaktadır⁶. Fakat taşıyanın sorumluluğunun LVK m. 2 f. a)'da belirtilmiş olan bu değerlerden daha az bir miktar ile sınırlandırılmasına izin verilmemiştir. Burada da emredicilik sorumluluğun sınırını daha aşağı çekmemek noktasında mevcut olup; genel olarak bütün uluslararası taşıma konvansiyonlarında bu şekilde nispi bir emrediciliğin varlığından söz edilebilir.

Konvansiyonlarda yeralan taşıyıcının sorumluluğuna ilişkin düzenlemelere aykırı sözleşme hükümlerinin geçersizliği, sorumluluğun doğumundan önce yapılan sözleşmeler bakımından geçerlidir. Zira sorumluluğu mucip olay vuku bulduktan sonra artık taraflar diledikleri gibi sorunun giderilmesinde anlaşma cihetine gidebilirler. Konvansiyon düzenlemelerinde getirilen emrediciliğin taşıma süreci tamamlandıktan ya da uyuşmazlık çıktıktan sonra taraflarca ortadan kaldırılabilmesi de yerindedir. Bu aşama, artık tarafların sulh olabilecekleri, diledikleri gibi tazminatı belirleyebilecekleri bir aşamadır.

⁶ LVK'da öngörülen Altın Frangı (Poincaré Frank) üzerinden sorumluluk, daha sonra kabul edilen 21 Aralık 1979 tarihli Brüksel Protokolü ile Hamburg Kuralları ve CMR'de de uygulanan Özel Çekme Hakkı (Special Drawing Right)'na dönüştürülmüştür. LVK 1979 protokolü ile değişik m. 4 f. 5 (d) uyarınca; yükün cins ve kıymetinin yükleme başlamadan önce yükleten tarafından bildirilmiş ve bu beyanın konişmentoya yazılmış bulunması hariç, taşıyan, tıpkı gemi gibi, yükün ziya ve hasarından veya ona ilişkin zarardan, hangisi yüksek ise o uygulanmak üzere, koli veya ünite başına 666.67 Hesap Birimi veya kilogram başına 2 Hesap Biriminden daha yüksek bir miktar ile asla sorumlu tutulmayacaktır (VK 1979 protokolü ile değişik m. 4 metni ve tazminatın hesaplanması hakkında detaylı bilgi için bkz. Patrick GRIGGS / Richard WILLIAMS, Limitation Of Liability For Maritime Claims, Third Edition, London 1998, s. 97).

Öte yandan, VK m. 32'de konvansiyon düzenlemelerine aykırı davranmak amacıyla zararın doğuşundan önce yapılan hukuk ve mahkeme seçimine ilişkin anlaşmaların dahi geçersiz olduğu hükme bağlanmıştır⁷. Burada konvansiyon, sözleşmesel taraflara hukuk seçimi ya da olası uyuşmazlığın çözümünde yetkili mahkeme seçimi yoluyla konvansiyon hükümlerinin uygulanmasının engellenmesini yasaklamıştır.

Uluslararası taşımaları düzenleyen konvansiyonlar kendi içeriğinde yer alan bazı hükümlere getirdiği kayıtlarla bu düzenlemelerin aksinin kararlaştırılabileceğini belirterek emrediciliğin istisnalarını göstermişlerdir. Bunun dışında vaki her türlü hukuk seçimine ilişkin taraflar arası anlaşmalar, ancak ilgili konvansiyon yanında onu tamamlayıcı veya yorumlayıcı etkide olacak hukuku tespit anlamı taşıyacaktır⁸. Ancak COTIF-CIM m. 2'nin 2. paragrafında öngörülen ve özellikle komşu devletler ülkesinde yapılan taşımalarda taraf devletlere özel olarak hukuk seçme hakkı tanınmıştır. Bu tanıma, sözleşme tarafları için değil konvansiyon tarafı devletler için getirilmiş özel bir düzenlemedir.

II. SORUMSUZLUK ANLAŞMASI AKDETME

A. GENEL OLARAK

Sözleşmeye aykırı zarar verici hareketten ve zararın doğumundan önce alacaklı ile borçlu arasında açık veya örtülü olarak yapılan ve ileride alacaklı lehine ortaya çıkma ihtimali bulunan tazminat istemine engel olan hukuki işleme sorumsuzluk anlaşması denir⁹.

Sorumsuzluk anlaşması bağımsız bir şekilde yapılabileceği gibi, taraflarca yapılan başka bir sözleşmenin içine bir madde (kayıt) şeklinde de eklenebilir. Görüldüğü gibi taraflar arasında iki farklı sözleşme vardır ve sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği borç doğurucu esas sözleşmenin geçerliliğine bağlıdır. Fakat esas söz-

⁷ GENÇTÜRK, s. 96; Hüseyin ÜLGEN, Hava Taşıma Sözleşmesi, Ankara 1987, s. 199 - 200; Ersin SARIGÖLLÜ, "Hava Taşımacılığında Taşıyıcının Sorumluluğu", Adalet Dergisi, 1988, Yıl 79, S. 4, s. 84.

⁸ ÖZDEMİR, s.31, 47, 62, 79, 91.

⁹ G. Sermet AKMAN, Sorumsuzluk Anlaşması, İstanbul, 1976, s. 6 - 7.

leşmenin geçerliliği sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği sonucunu doğurmaz. Sorumsuzluk anlaşmasının geçerliliği eklendiği ya da düzenlendiği sözleşmeye ilişkin emredici hükümlere, kamu düzeni kriterlerine ve ahlak kurallarına aykırı olmaması gibi ek şartlara tabidir¹⁰.

Sorumluluk anlaşmasından söz edilebilmesi için, borca aykırı davranıştan önce yapılması gerekir. Borca aykırı davranışla sorumluluk doğduktan sonra, borçlunun tazminat ödeme yükümlülüğünü ortadan kaldırmak veya azaltmak için tarafların yapacağı anlaşma, sorumsuzluk anlaşması değil, bir sulh veya ibra olarak nitelendirilebilir ve bu tür anlaşmaların yapılması bakımından herhangi bir kısıtlama söz konusu değildir¹¹. Eşya taşımasına ilişkin konvansiyonlar bakımından da bu türden anlaşmalar taraflarca her zaman yapılabilir.

B. KARAYOLU İLE ULUSLARARASI EŞYA TAŞIMA SÖZLEŞMELERİ HAKKINDA KONVANSİYON (CMR) BAKIMINDAN

CMR¹² içeriğinde yer alan hükümlerin emrediciliğini ve bunları ihlal eden sözleşme kayıtlarının hükümsüzlüğünü düzenleyen m. 41§1'de, sadece m. 40 hükümlerinin saklı olduğu belirtilmiştir. Bu ayrık tutma, taşıyıcının eşyanın ilgisine karşı sorumluluğu bakımından değil, sadece taşıyıcılar arası ilişkiler bakımındandır. Söz konusu 40. madde; taşıyıcıların sadece kendi aralarında bağlayıcı olmak üzere, 37 ve 38. maddelerde getirilen hükümlerden farklı olarak birbirlerine karşı sorumluluk konusunda farklı hükümler üzerinde anlaşmalarının serbest olduğuna düzenlemektedir. 37. maddeye baktığımızda, burada CMR kapsamındaki bir taşıma

¹⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz: AKMAN, s. 7 vd.; A. ERTEN, Sorumsuzluk Şartları, Ankara 1977, s. 38;

¹¹ AKMAN, s. 43; M. Kemal OĞUZMAN / Turgut ÖZ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, İstanbul 2005, s. 359 ve dp. 349'taki diğer yazarlar.

¹² Metin için bkz.: Abuzer KENDİGELEN / Alihan AYDIN, Bibliyografyalı Notlu – İçtihatlı Taşıma Hukuku Mevzuatı, İstanbul 2001, s. 131 – 205. CMR'nın resmi çevirisi oldukça hatalı olmuştur. Bu konuda yapılan eleştiriler için bkz.: Abuzer KENDİGELEN / Alihan AYDIN, "Karayolu İle Uluslar Arası Eşya Taşıma Sözleşmesine İlişkin Antlaşma (CMR) – Resmi Çeviriye İlişkin Sorunlar ve Bir Serbest Çeviri Denemesi", Prof. Dr. Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt I, İstanbul 2002, s. 495 – 499.

sözleşmesinden dolayı bir tazminat ödemiş olan taşıyıcının, taşıma işinin ifasına katılmış olan diğer taşıyıcılardan ödediği tazminatı geri almasını, yani onlara rücu etme şartlarını düzenlediği görülmektedir. 38. madde ise, taşıyıcılardan birinin aciz haline düşmesi sebebiyle ödeyemediği tazminat payının taşıma işine katılan diğer taşıyıcılar arasında taşıma işinden aldıkları ücret oranında paylaştırılması gerektiğini düzenlemektedir. Görüldüğü üzere burada eşyanın ilgisine karşı taşıyıcının sorumluluğu hususunda hükümler yer almamaktadır. Yani taşıyıcıların kendi aralarındaki sorumluluk ve rücu ilişkilerine ilişkin kurallar emredici değildir. Konvansiyon da esas itibari ile taşıyıcının eşyadan kaynaklı ve eşyanın ilgisine karşı sorumluluğu düzenlemekte ve burada emredici kurallar koymaktadır.

CMR'nin 37 ve 38. maddelerin dışında kalan bazı maddelerinin de çeşitli şartlar ve sınırlamalara bağlı olarak değiştirilebileceği kabul edilmektedir. Örneğin, *gönderen* vereceği ek bir ücret karşılığında ve taşıma senedine yazacağı kayıtlarla, 24 ve 26. maddelerden dayanarak sorumluluk sınırını yükseltebilir. Bundan başka, tarafların taşıma sözleşmesinde yetkili mahkemeyi belirlemelerine (CMR m. 31§1) ve belirli şartlara bağlı olarak tahkim kaydı koymalarına (CMR m. 33) izin verilmiştir¹³.

¹³ AKINCI, s. 37; GENÇTÜRK, s. 97; Yargıtay 11. Hukuk Dairesinin (HD.) 7.10.2004 gün, E. 2003/13029, K. 2004/9437 sayılı kararı: "...Türkiye'nin 14. 12.1993 tarihinde katıldığı ve 4.1.1995 tarihli Resmî Gazetede yayımı ile yürürlüğe giren "Eşyaların Karayolunda Uluslararası Nakliyatı için Mukavele" Anayasa'nın 90. maddesi gereğince bir iç hukuk kuralı haline geldiğinden davacı Supet Ltd.Şti. ile davalı MTD Ltd.Şti arasında imzalanan taşıma sözleşmesinde kısaca "CMR" olarak belirtilen uluslararası anlaşma hükümlerinin öncelikle uygulanması gerekmektedir. Anılan sözleşmenin 31/1-b maddesine göre, taşımacının yükü aldığı yerde de dava açılabilir.

Somut olayda davacı Supet Ltd.Şti. taşımaya konu emtiaları davalılardan Dorçe Prefabrik Yapı Ltd.Şti.nin Ankara'daki fabrikasından taşınmak üzere teslim almıştır. O halde, CMR 31/1-b gereğince Ankara Mahkemelerinde dava açılması mümkündür.

Her ne kadar davacı ile davalı MTD Ltd.Şti. arasındaki sözleşmede Mersin Mahkemelerinin yetkili olduğu belirtilmiş ise de, sözleşmenin yetkiye ilişkin bu kuralı, HUMK. ve Uluslararası sözleşmelerdeki yetki kuralını mutlak olarak ortadan kaldıracak bir kural değildir. Zaten somut olayda uygulanması gereken CMR 31/1. maddesinin ilk cümlesinde de taraflar arasındaki anlaşma ile belirlenmiş akit taraf mahkemelerinde dava açılacağı gibi a ve b fıkralarında belirtilen yerlerde de davanın açılacağı alternatifli olarak belirtilmiştir." (karar elden alınmıştır).

Bu düzenlemeler sorumsuzluk anlaşmasına cevaz vermek bir yana sorumluluğu hafifletmeye dahi izin vermemektedir. Burada sorumluluğun artırılmasına izin verilmekte ve konvansiyonun uygulanmasını bertaraf etmeyecek şekilde de mahkeme seçimi ve tahkime yer verilmiş olmaktadır. Bu açıklamalar çerçevesinde CMR'nin uygulanacağı taşıma sözleşmelerinde taraflarca sorumsuzluk anlaşması ya da sorumluluk sınırının getirilenden daha aza indirilmesine sebep olacak her türlü anlaşmanın geçersiz olacağı sabittir.

C. DEMİRYOLU İLE ULUSLARARASI EŞYA TAŞIMA SÖZLEŞMESİNE İLİŞKİN YEKNESAK KURALLAR (COTIF-CIM) BAKIMINDAN

COTIF-CIM¹⁴, kendi içeriğinde yer alan hükümlere aykırı olan sözleşme kayıtlarının geçersizliğine ilişkin açık ve ayrı bir hüküm getirmemiştir. Ancak; COTIF-CIM hükümleri de emredicidir ve taraflar konvansiyona aykırı kayıt ve anlaşma yapamazlar. Zira, COTIF-CIM'deki hükümlerin lafzı ve konvansiyonun uygulanma şartları, getirilen hükümlerin emredici olduğunu göstermektedir. Ayrıca COTIF-CIM'in yanında uygulanması gereken hukuku gösteren 10. maddede taraf iradesinden hiç söz edilmemiş olması, konvansiyon kapsamındaki taşıma sözleşmelerinde taraf iradesinin oldukça sınırlı olduğunu ve ancak içeriğinde yer alan hükümlerde açıkça izin verilen hal ve şartlar dahilinde tarafların COTIF-CIM hükümlerinden farklı bir çözümü benimseyebileceklerini göstermektedir¹⁵. Bu sonuca varmamızda konvansiyonun düzenlenişi ve yazım tarzı yanında taraf devletlere tanınan 2. maddenin 2. paragrafındaki sınırlı serbesti de etkindir. Zira, taraf devletler konvansiyon dışında bir hukuku uygulayabilmek için taşımanın komşu iki devlet ülkesi topraklarında yapılması şartı göstermektedir ki, diğer tüm taşımalarda tek hukuk konvansiyon düzenlemeleri olacaktır.

COTIF-CIM hükümlerinden farklı anlaşmaya olanak tanıyan hükümlerden biri 64. maddedir. Buna göre; demiryolları m. 62§5

¹⁴ Metin için bkz.: KENDİGELEN / AYDIN, s. 353 – 400.

¹⁵ GENÇTÜRK, s. 95.

hükmü dışında, sözleşmelerle “her fasıldaki (6. fasıldaki)¹⁶ karşılık rücu hükümlerine aykırı hükümler yapabilirler.” Sırf bu hüküm dahi konvansiyonda getirilen sorumluluk düzeninin emredici olduğunu açıklamaya yeter mahiyettedir ve CMR m. 40’a benzerlik göstermekte olup; söz konusu kayıtlar demiryolu işletmeleri arasında bağlayıcı olmalıdır¹⁷. Buradan da anlaşılacağı gibi konvansiyon düzenlemesinden sapma eşyanın ilgisine karşı demiryolu işletmesinin sorumluluğunda değil, demiryolu işletmeleri arası sorumluluk düzenindedir. Bu hususta bir emredicilik ya da yeknesaklık zaten hedeflenmemekte, hedeflenen yeknesaklık taşıyıcının eşyanın ilgisine karşı olan sorumluluğundadır.

COTIF-CIM düzenlemelerinden farklılık gösterecek anlaşmaların yapılmasına izin veren bir diğeri diğer hükümde, 46. maddedir. Buna göre, teslimde kıymet tayininde bulunulması halinde “40, 42, 43, ve 45. maddelerde öngörülen tazminattan ayrı olarak”, tayin olunan miktara kadar olan zararlar, ispat edilmesi koşuluyla tazmin edilir¹⁸. Bu düzenlemeler de taşıyıcının sorumluluğunu yükselten taşıma sözleşmesi hükümlerinin geçerliliğine ilişkin olup; CMR m.24 ve 26 ile paralellik içermektedir.

Uluslararası demiryolu taşımaları bakımından, sorumsuzluk anlaşması imkanının olmadığı ve konvansiyon düzenlemesinin sorumluluğu ortadan kaldıran anlaşmalar bir yana, taşıyıcının sorumluluğunu hafifleten sözleşme hükümlerine dahi COTIF-CIM’de cevaz vermediği sonucuna varılmaktadır.

D. VARŞOVA KONVANSİYONU BAKIMINDAN

Varşova Konvansiyonu¹⁹ taşıyıcı için öngörülen sorumluluğu kaldıran veya sorumluluk miktarlarını azaltan sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğunu açık bir şekilde düzenlenmiştir (VK m. 23§1). Bu düzenlemeyle, konvansiyon tarafından öngörülen sorumluluk sistemine ilişkin bütün hükümlerin emredici olduğu ifade

¹⁶ COTIF-CIM’in Türkçe resmi çevirisinde 6. fasıldaki hükümlere (set out in Title VI.) ... denileceği yerde, “her fasıldaki ... hükümlere” denilmiştir (GENÇTÜRK, s. 97 dp. 215).

¹⁷ GENÇTÜRK, s. 97.

¹⁸ GENÇTÜRK, s. 97.

¹⁹ Metin için bkz.: KENDİGELEN / AYDIN, s. 451 – 531.

edilmekte ve taşıyıcı aleyhine getirilen ispat külfetinin (VK m. 20) lehe olarak değiştirilmesi, taşıyıcıya tanınan sorumluluktan kurtuluş sebeplerinin (VK m. 20 - 21) genişletilmesi, hasar ihbar (VK m. 26§2) ile dava açma sürelerinin (VK m. 29§1) kısaltılması bu yasağın kapsamında değerlendirilir. Taşıyıcının Varşova Konvansiyonunda düzenlenmeyen konvansiyon dışı sorumluluğu ise, bu yasağın kapsamında değildir. Bununla birlikte, taşıma sözleşmesinin içeriğinde bulunan sorumluluk hükümlerine aykırı bir kaydın geçersiz olması sözleşmenin bütünü ile geçersizliğine yol açmaz. Taraflar taşıma sözleşmesine koydukları kaydın geçersiz olacağını bilselerdi bu tür bir sözleşmeyi akdetmeyecekleri durumlarda dahil olmak üzere; taşıma sözleşmesi Varşova Konvansiyonuna tabi olarak geçerliliğini devam ettirir²⁰.

VK m. 32'de "Gerek uygulanacak kanunu kararlaştırarak, gerekse yargı yetkisine ilişkin kuralları değiştirerek bu sözleşmeyle (VK) konulmuş kurallara aykırı davranmak amacıyla, zararın doğuşundan önce taşıma anlaşmasına konan her hangi bir hüküm ve yapılan bütün özel anlaşmalar geçersiz olacaktır." İfade edilmektedir. Bu hükümden konvansiyonun kendisi tarafından açıkça izin verilen haller²¹ dışında içeriğindeki hükümlerin değiştirilemeyeceği net olarak yaptırıma bağlanmıştır.

VK m. 23§1'de ise şöyle bir düzenleme yer almaktadır: "Taşıyıcının sorumluluğunu kaldıran veya bu sözleşmede belirtilenden daha düşük bir sınır saptayan herhangi bir hüküm, geçerli sayıla-

²⁰ ÜLGEN, Hava Taşıma Sözleşmesi, s. 199; GENÇTÜRK, s. 98.

²¹ VK m. 33' bu hususta açık bir düzenleme getirmiş ve konvansiyon hükümlerine ters düşmeyen her türlü kaydın taşıma sözleşmelerine konulabileceğini belirtmiştir. Yargutay 11. HD'nin 1309.2004 gün, E.2003/13861, K.2004/8170 aylı kararı: "Dava, seyahatten vazgeçilmesi nedeniyle iade edilmek istenen uçak bileti bedellerinden kaynaklanan itirazın iptali istemine ilişkindir. Davalı taraf biletler üzerinde "non endo, non ref only cx (devredilemez, bedeli iade edilemez, güzergah değiştirilemez) kaydı bulunduğundan bilet bedellerinin iadesinin istenemeyeceğini savunmuş, karara esas alınan bilirkişi raporlarında ise, Varşova Konvansiyonu'nun 33 ncü maddesinin konvansiyon hükümlerine ters düşmeyen kaidelerin taşıma sözleşmelerine dercini mümkün kıldığı, ancak somut olayda taşıma anlaşmasında biletlerin iade edilemeyeceğine dair şart bulunmadığı belirtilmiş ise de dosyada bilet suretlerinde anılan kaydın bulunduğu görülmüştür. Mahkemece davalı savunması üzerinde durulup, dava konusu bilet asılları getirilerek varsa bilet üzerindeki kayıtlar tercüme ettirilip, biletlerin özellikleri de gözönüne alınarak, biletler üzerine böyle bir kaydın konulmasının irdelenip ve yukarıda anılan anlaşma hükümleri de dikkate alınmak suretiyle ek rapor alınma(sı)..." (karar elden alınmıştır).

maz, ancak böyle bir hükmün geçersizliği, anlaşmanın tümünü geçersiz kılmaz, anlaşma, bu konvansiyon hükümlerine bağlı kalır”. İşte 23. maddede, konvansiyon tarafından öngörülen sorumluluk şart ve sınırlarının taşıyıcı lehine değiştirilmesinin yasaklanması, esasen bunların taşıyıcı aleyhine değiştirilmesine izin verilmiş olduğunu göstermektedir (VK m. 23§1).

Kanaatimizce; VK m. 23§1 hükmü karşısında, Varşova Konvansiyonu tarafından öngörülen sorumluluk hükümlerinin ağırlaştırma ve genişletme yönünde değiştirilebileceğini kabul etmek veya en azından sorumluluk sınırlarını yükselten sözleşme hükümlerinin geçerli olduğu hususunda tereddüt etmemek gerekir. Bu kavrayış da bizi diğer konvansiyonlar ile uyumlu bir sonuca götürür. Yani konvansiyonlar taşıyıcının sorumluluğunu emredici olarak düzenlemekte, bunun genişletilip artırılmasına izin verirken, sorumluluğu hafifletmeye veya kaldırmaya izin vermemesi, getirilen düzenlemelerin sorumlulukta alt sınırı oluşturduğu şeklinde yorumlamamızı gerektirmektedir. Bu tarz düzenlemenin gerekçesi de taşıyıcıların eşyanın ilgilileri karşısında güçlü olmaları, ticari faaliyetlerine muhtaç olunması ve bu güçlerinin gönderen ve diğer ilgililere karşı kötüye kullanılmasını bertaraf etme gayesidir. Kaygı taşımanın gelişiminde taşıyıcı ve taşıyanların bu güçlerini aşırı bir şekilde kötüye kullanmış olmasından kaynaklanmaktadır.

Türk Sivil Havacılık Kanunu’nda da sorumluluk sınırlarını yükselten anlaşmaların geçerli olduğu açık bir hükümle düzenlenmiştir (TSHK m.124/2)²². Buna göre taşıyıcı, Varşova Konvansiyonu ve onu değiştiren Türkiye’nin taraf olduğu protokollerde öngörülmüş olan sorumluluk sınırlarının yükseltilmesine ilişkin özel anlaşmalar yapmak veya bu nitelikteki anlaşmalara katılma yetkisine sahiptir²³. Ayrıca TSHK m. 214/2’deki “...daha düşük bir sınır saptayan hüküm” ifadesinden, tazminat miktarının (sınırının) kasdedildiği anlaşılmaktadır. Buna karşılık, “sorumluluğunu kaldıran” ifadesini sadece taşıyıcının tazminat ödemeyeceğinin kararlaştırılmış olması şeklinde yorumlamak pek uygun görünmemekte-

²² ÜLGEN, Hava Taşıma Sözleşmesi, s. 197 - 198.

²³ GENÇTÜRK, s. 98 dp. 218.

dir. Zira, Varşova Konvansiyonu tarafından öngörülen sorumluluğu kaldıran sözleşme hükmü, taşıyıcının zıya, hasar ve gecikmeden sorumlu olmadığı veya bunlar karşılığında tazminat ödeme yükümlülüğünün bulunmadığının kararlaştırılması şeklinde olur. Sonuç olarak, her iki halde de sorumluluğu ilişkin hükümlerin tümünün bertaraf edilmesi söz konusudur. Kanaatimizce hükmü, Varşova Konvansiyonunda öngörülen sorumluluğa ilişkin hükümlerin taşıyıcı lehine her türlü değiştirilmesinin geçersiz olduğu şeklinde anlamak ve yorumlamak daha doğru olur²⁴.

Bu açıklamalara karşın, Varşova Konvansiyonu taşıma konusu eşyanın kendisinde bulunan ayıptan, kalitesinden veya bozukluğundan kaynaklanan zararlardan taşıyıcının sorumlu olmaya-çağına ya da sorumluluğunun daha alt bir sınırla sınırlı olacağına ilişkin kayıtların geçerliliğine müsaade etmiştir (VK m. 23§2). Bu hüküm diğer taşıma konvansiyonlarından farklı ve ayrık bir düzenleme getirmiştir. Burada sadece sorumluluktan kurtulma sebebi olarak kabul edilen bu hususlar mesnet gösterilerek sorumsuzluk anlaşması yapmaya ya da sorumluluk sınırını aşağı çekmeye izin verilmiş durumdadır. Bu hüküm dar yorumlanmalı ve eşyanın niteliği ve eşyanın kusurunun başlangıçta sabit olması sebebiyle; zaten tüm konvansiyonlarda açıkça sorumluluktan kurtulma sebebi olan bu hususlar, burada da taraf iradeleri ile sorumluluktan kurtulma sebebi olabilecektir²⁵. VK m.18/3 b.a) düzenlemesi olan bu sorumluluktan kurtulma sebebine ilişkin ayrıca taraflara serbesti tanınmış olması genel sorumluluk emredici düzenini değiştirmektedir. Sadece bu tür sözleşme hükümleri başlangıçtaki elverişsizliğin tespiti anlamına gelecek ve taşıyıcı ayrıca bu nitelik ve kusuru ispat külfetinden kurtulacaktır²⁶.

²⁴ Aynı yönde GENÇTÜRK, s. 99.

²⁵ ÖZDEMİR, s. 266.

²⁶ ÖZDEMİR, s. 219. VK, diğer konvansiyonlardan bu noktada eşyanın niteliği ve eşyadaki kusuru birlikte ele almış olmakla ayrılmaktadır. Diğer konvansiyonlarda eşyanın niteliği özel kurtulma sebepleri arasında iken eşyanın niteliği genel kurtulma sebepleri arasında değerlendirilmektedir. Bu da ispat külfeti bakımından farklı sonuçlara yol açmaktadır (Eşyadaki kusur için bkz.: ÖZDEMİR, s. 217-220, eşyanın doğal niteliği için bkz.: s. 233-238).

Sözleşmeyle VK m. 23/2'deki belirli koşullar çerçevesinde taşıyıcı menfaatine ve sorumluluğu azaltacak ve hatta ortadan kaldıracak şekilde imkan kullanılmadığında ise taşıyıcı nitelik ya da kusuru ispatlamakla ancak sorumluluktan kurtulma imkanına sahip olacaktır. Burada getirilen düzenleme sözleşme taraflarına başlangıçta eşyaya ilişkin nitelik ve kusurun varlığını tespit ve buna göre taşıma sözleşmesinin yapılmasına izin vermektedir. Ancak söz konusu hükümde sadece yük kelimesinin kullanılması ve bagaja yer verilmemesi sebebiyle, bagaj taşımaları bakımından uygulanma imkanının olup olmadığı konusu tartışılabilir²⁷. Kanaatimizce konvansiyon düzenlemesinin konuluş gayesi eşya taşıma sözleşmeleri için olup, bagaj ve dolaysı ile yolcu taşımada bu nevi sözleşme yapma imkanı yok gözükmemektedir.

CMR m. 24 ve 26 ile COTIF-CIM m. 46 hükümlerine benzer şekilde, sorumluluk sınırlarının taşıyıcı aleyhine değiştirilmesine izin veren bir düzenleme, sorumluluk sınırlarını tayini ile ilgili olan VK m. 22'de yer almaktadır. Buna göre kayıtlı bagaj ve yük / eşya taşımalarında yolcu / gönderen, varış yerinde teslimine ilişkin özel bir meblağ/menfaat bildiriminde bulunduğu takdirde, taşıyıcı söz konusu meblağın gönderilenin varış yerinde teslim anındaki gerçek menfaatinden fazla olduğunu ispat etmedikçe, zararı bildirimi yapılan meblağa kadar tazmin etmekle yükümlüdür (VK m. 22§2 a, b)²⁸.

E. LAHEY VE LAHEY/VİSBY KURALLARI BAKIMINDAN

Lahey²⁹ ve Lahey / Visby Kuralları³⁰ m. 6, diğer Konvansiyonlardan farklı olarak, taşıyıcı ve gönderenin haklarında uygulanacak hükümlerden kurtulmalarına ve dolaysı ile sözleşme

²⁷ ÜLGEN, Hava Taşıma Sözleşmesi, s. 200.

²⁸ GENÇTÜRK, ilgili hükme göre ispat yükümlülüğünün yerine getirilmesindeki güçlük dikkate alındığında, bunun cezai şarta yakın bir düzenleme olduğunu ifade etmektedir (s. 100).

²⁹ Konişmentoya Müteallik Bazı Kaidelerin Tevhidi Hakkındaki Milletlerarası Sözleşme (Lahey Kuralları) 14.2.1955 tarih ve 6469 sayılı Kanun ile Türkiye tarafından onaylanmıştır (RG. 22.02.1955, S. 8937). Metin için bkz.: KENDİGELEN / AYDIN, s.767 – 779.

³⁰ Lahey / Visby Kurallarının (1968 Brüksel Protokolü ile değiştirilmiş ve değişiklikleri işlenmiş Lahey Kuralları) metni için bkz.: KENDİGELEN / AYDIN, s. 781 – 790; Türkçe çevirisi için bkz.: Fahiman TEKİL, Deniz Hukuku – Uluslararası Konvansiyonlar, İstanbul 1987, s. 139 – 143.

serbestisi dahilinde sorumluluk veya sorumsuzluğa dair sözleşme yapmaya izin vermiştir³¹. Ancak bu izin verme zaten uygulama alanı dışında kalan konişmento düzenlenmeksizin yapılan taşımalara ilişkin gözükmektedir. Zira, bu konvansiyonların uygulanabilmesi için birincil şart konişmentolu bir taşımanın söz konusu olmasıdır³². Buna rağmen uygulama şartı olmayan taşımalara ilişkin sorumsuzluk anlaşmasına imkan tanıyan gerek LK ve gerekse LVK'nın bu düzenlemesi pek anlamlı durmamaktadır. Şöyle ki; burada tarafların yapacakları sorumsuzluk anlaşmasının öncelikle ilgili devlet kamu düzenine aykırı olmaması gerekir. Ayrıca taşıma sözleşmesi için bir konişmento düzenlenmemiş ve düzenlenmeyecek olmalı ve yapılan anlaşma şartlarının (*non negotiable*) 'işlem görmez' muamele görmez kaydını taşıyacak olan bir makbuz senesinde³³ (devir edilemez bir senet – yük teslim belgesi) yazılmış olması gerekmektedir³⁴. Bu senet konişmento değildir ve söz konusu taşıma sözleşmesi ve evrakı da LK ve LVK'nın uygulama şartlarını yerine getirmemiş olmaktadır. Burada sırf bu özel durumda söz konusu konvansiyonların uygulanması engellenebilmektedir³⁵.

Tarafların yapacakları sorumsuzluk anlaşması Konvansiyonların Türkçe çevirisinden tam olarak anlaşılmamakla beraber, Lahey ve Lahey / Visby Kurallarının 6. maddesinin son cümlesi gereğince taşınan eşyanın niteliği, taşıma şartlarındaki özellikli durum ile hakkaniyet izin verdikçe denizyoluyla yapılan eşya taşımalarında LK ve LVK uygulama alanı dışında bırakılan taşımalarda tarafların sorumsuzluk anlaşması yapmalarına izin verilmektedir. Bu izin konvansiyonun kendi uygulamasının dışına çıkılmasına verilen izin olarak kabul edilmelidir. Ancak konvansiyonun bu dü-

³¹ ÖZDEMİR, s. 266; Fahiman TEKİL, "Gemi Kiralama ve Deniz Yolu ile Eşya Taşımada Negligence Clause", Sigorta Dünyası, Ağustos-1970, Sayı 128, s. 4.

³² ÖZDEMİR, s. 71.

³³ Burada kastedilen hukuki anlamda bir makbuz senedi değil; yük teslim belgesi olmakla birlikte resmi çeviride makbuz senedi kavramı kullanılmaktadır (ÖZDEMİR, s. 267 dp. 310).

³⁴ Her ne kadar Türkçe çeviride işlem görmez ibarelerine yer verilemiş ise de burada kastedilen devir edilemez, ciro edilemez bir taşıma belgesidir. Böylece taşıma sözleşmesinden habersiz üçüncü kişilere ciro ile devire konu bir senet düzenlenmesinin önu kesilmektedir.

³⁵ ÖZDEMİR, s. 267.

zenlemesinin gayesi konişmentosuz bu tip taşımalara da uygulanabilir olmak olarak yorumlanabilir. Kanaatimizce, burada konvansiyon uygulaması dışında düzenleme imkanı sadece söz konusu özellikli durumlarda tanınmış olmaktadır. Olağan ticari taşımalar ile ticari ilişkilerde tarafların bu tür bir sorumsuzluk anlaşması yapmaları mümkün görülmemektedir³⁶.

F. HAMBURG KONVASİYONU (HK) VE EŞYANIN ULUSLARARASI MULTIMODAL (KARMA) TAŞINMALARINA İLİŞKİN BİRLEŞMİŞ MİLLETLER CENEVRE KONVASİYONU (BM-CK) BAKIMINDAN

Hamburg Kuralları³⁷ ve 1980 tarihli Multimodal (Karma) Taşımalara İlişkin Birleşmiş Milletler Cenevre Konvansiyonu³⁸ taşıyanın/multimodal taşıma operatörünün sorumluluk ve borçlarını artırma yönündeki sözleşme hükümlerinin geçerli olduğuna hükmetmişlerdir (HK m. 23§2; BM-CK m. 28§2). Başka bir ifadeyle bu konvansiyonlardaki temel prensip, Varşova Konvansiyonu gibi taşıyan/multimodal taşıma operatörü lehine değiştirilemezlik ve aleyhine değiştirilebilirliktir. Bu çerçevede taşıyıcının sorumluluğunu daraltan veya kaldıran sözleşme kayıtları ile gönderen veya yükletenin zararına olarak konvansiyon hükümlerini değiştiren kayıtlar hükümsüzdürler (HK m.23§3; BMK m.28§3). Söz konusu kayıtların geçersizliği yüzünden eşya ilgilisi zarar gördüğü takdirde taşıyıcı, HK ve BM-CK hükümlerine göre zıya, hasar veya gecikme için ödemesi gereken miktar kadar tazminat ödemek zorundadır (HK m. 23§4; BM-CK m. 28§4).

Diğer konvansiyonlarda da teslimde kıymet tayini gibi hükümler bulunmasına rağmen, bu hükümlerin asıl gayesi içeriğinde yer aldıkları konvansiyon hükümlerinden ayrılan sözleşme şartlarını, sınırlarını veya sonuçlarını tayin etmektir. Buradaki hükümlerde ise irade mutabakatı dışında herhangi bir şart, sınır veya sonuç öngörülmemiştir. CMR ile COTIF-CIM'de ise taşıyıcı aleyhine

³⁶ ÖZDEMİR, s. 267.

³⁷ Hamburg Kuralları'nın metni için bkz.: KENDİGELEN / AYDIN, s. 791 – 815.

³⁸ Konvansiyon metni için bkz.: Nuray EKŞİ, Ululararası Ticaret Hukukuna İlişkin Mevzuat ve Anlaşmalar, İstanbul 1999, s. 649 vd.

değiştirilme serbestisi öngörülmediği için benzer hükümlerin bulunması, bu konvansiyonların emrediciliğine bir istisna olarak yorumlamak mümkündür.

Taşıyıcı lehine değiştirilme yasağının veya taşıyıcı aleyhine değiştirilme serbestisinin özel bir uygulaması, taşıyıcı ile gönderecin anlaşmak suretiyle HK ve BM-CK tarafından tayin edilen sorumluluk sınırlarından daha yüksek sorumluluk sınırı tespit edileceklerine ilişkin hükümdür (HK m. 6§4; BM-CK m. 18§6).

Taşıyıcının sorumluluğunu daraltan sözleşme kayıtlarının geçersiz olduğu kuralının bir istisnası, HK m.11'de düzenlenmiştir. Buna göre, denizde eşya taşıma (navlun) sözleşmesine konu olan taşımanın belirli bir kısmının taşıyıcıdan başka ve ismen zikredilen kişi tarafından ifa edileceği sözleşmede açıkça öngörüldüğü takdirde taşıyıcı, 10. maddenin 1. paragrafındaki hükme rağmen, taşıma işinin kendisi tarafından ifa edilmeyecek olan kısmı ile sınırlı olarak sorumluluğunu sınırlandırma veya tamamen ortadan kaldırma hakkına sahiptir³⁹. Söz konusu hükme dayanılarak sorumluluğun kaldırabilmesi için; taşıyıcının, tamamı denizyolundan gerçekleştirilmesi söz konusu olan ve birden fazla süreçten oluşan taşımanın tümünü taahhüt etmesi (üstlenmesi) gerekir. Başka bir ifadeyle, HK m. 11§1'deki şartlara uygun olarak ifası fiili taşıyıcıya bırakılan taşıma safhasında ortaya çıkan zıya ve/veya hasar ile gecikmeden taşıyıcının sorumlu olmadığı kaydının geçerli olması için; zincirleme (gerçek – direkt) taşıma niteliğinde bir taşımanın olması gerekir⁴⁰. Burada gerçek olmayan direkt taşıma ve ortak direkt taşıma sözleşmesi söz konusu değildir⁴¹. Zira, gerçek olmayan direkt taşıma ve ortak direkt taşımada taşıyıcıların her biri belirli bir taşıma safhasında taşımanın ifasını ayrı ayrı üstlendikleri için taşıma sözleşmesinin tarafıdırlar. Bu sebeple, taşıyıcıların her

³⁹ Lahey / Visby Kurallarında HK m. 11'e benzer bir hüküm bulunmadığı için söz konusu durumun Lahey / Visby kurallarına göre daha fazla taşıyıcının lehine olduğu görülmektedir.

⁴⁰ ÖZDEMİR, s. 267.

⁴¹ Emine YAZICIOĞLU, Hamburg Kurallarına Göre Taşıyıcının Sorumluluğu – Lahey / Visby Kuralları İle Karşılaştırmalı Olarak, İstanbul 2000, s. 126 - 127.

biri, zaten kendi taşıma mesafeleri dışında gerçekleştirilen taşımadan sorumlu olmadıklarını geçerli bir şekilde kararlaştırabilirler⁴².

Ayrıca, sorumsuzluk kaydının geçerliliği için iki şartın daha gerçekleşmesi gerekir. *İlki*, taşımanın belirli bir safhasını gerçekleştirecek olan fiili taşıyıcının isminin açıkça belirlenmiş, yani gönderenle gönderilenin bu konuda anlaşmış olması gerekir. Ancak böyle bir kaydın taşıma sözleşmesinde bulunması zorunlu değildir ve taşıma sözleşmesinden ayrı ve sonradan yapılan bir sözleşmeyle de belirlenebilir. *İkincisi*, fiili taşıyıcıya taşımanın tamamı değil; maddede açıkça ifade edildiği gibi, belirli bir safhada icrası bırakılmış olmalıdır⁴³. Özetle bu düzenleme de taşıyıcının genel olarak sorumluluğunun eşyanın ilgisine karşı sınırlandırılması ya da sorumsuzluğu sonucunu doğurmamaktadır. Burada birden çok taşıyıcının taşıma sürecine katılması halinde taşıyıcılardan biri ya da bir kısmının sorumluluğuna sınırlandırma getirilmesine izin verilmekte, böylece taşıyıcılar arası rücu ve sorumluluğa ilişkin sonuçlar doğmaktadır⁴⁴. Benzer CMR düzenlemesi ile aynı nitelikte olduğu söylenebilir. Burada taşımanın tamamını taahhüt eden taşıyıcı başka bir taşıyıcıyı taşıma sürecinde kullanmazsa söz konusu hüküm uygulama alanı bulmayacak ve taşımanın tamamını sözleşmeyi yapan ifa etmiş kabul edilecektir. Bu durumda da akti sorumluluktan kurtulma hükümleri yokmuş gibi değerlendirilecektir.

Akti taşıyıcının böyle bir taşımada HK m. 11§1 çerçevesinde, geçerli olan bir sorumsuzluk kaydından yararlanabilmesi için bir kısım ek şartların da gerçekleşmesi lazımdır: *İlki*, taşıyıcının sorumluluk doğuran olayın eşyanın ismen zikredilen fiili taşıyıcının muhafazası altında iken ve onun tarafından icra edilen taşıma esnasında gerçekleştiğini ispat etmesi gereklidir. *İkincisi*, belirli bir taşıma safhasında taşımanın ifası kendisine bırakılan fiili taşıyıcı aleyhine HK m.21§1 ve 2 uyarınca yetkili olan bir mahkemede dava açılmalıdır⁴⁵. Sırf bu koşullar dahi sorumluluğun eşyanın

⁴² YAZICIOĞLU, s. 126 – 127; Hüseyin ÜLGEN, Uluslararası Taşımacılık ve Hukuki Sorunları, İstanbul 1988, s. 89.

⁴³ YAZICIOĞLU, s. 128.

⁴⁴ ÖZDEMİR, s. 268.

⁴⁵ YAZICIOĞLU, s. 129 - 130.

ilgisine karşı sınırlandırılması ya da kaldırılmasına değil, sadece taşıyıcılar arasında paylaşılmasına ilişkin olduğunu göstermektedir.

III. TAŞIYICININ SORUMLULUK SINIRININ TARAF- LARCA DEĞİŞTİRİLMESİ

A. YÜKSELTME YÖNÜNDE

Uluslararası eşya taşımaya ilişkin konvansiyonlarca taşıyıcı bakımından öngörülen sınırlı sorumluluk miktarları, kural olarak azaltma yönünde değiştirilemez. Buna karşılık yükseltme yönünde değiştirilmesine, Varşova Konvansiyonu (m. 23§1), Hamburg Kuralları (m. 23§2) ve Birleşmiş Milletler Cenevre Konvansiyonu (m. 28§2) bu hususta özel hüküm koyarak açıkça izin vermiş durumdadır⁴⁶. CMR ve COTIF-CIM'de ise, sorumluluk sınırlarının yükseltme yönünde değiştirilebileceği hakkında özel hüküm bulunmaktaysa da aynı sonuca varılabilir. Zira CMR m. 24 ve 26 ile COTIF-CIM m. 46 gereği sorumluluk miktarları, söz konusu kayıtlar usulüne göre taşıma senedi veya sözleşmesine konularak artırılabilir⁴⁷. Buna durumda taşıyıcı için öngörülen sorumluluk sınırları, söz konusu konvansiyonların düzenlemelerinde dikkate alınarak taraflarca artırılacaktır. Ancak CMR m. 24; içeriğinden de açıkça anlaşıldığı üzere, yalnızca zıya ve/veya hasar sorumluluğu bakımından uygulanabilir; gecikme halinde uygulanmaz⁴⁸. Buna karşılık CMR m. 26 ile COTIF-CIM m. 46 paralel bir düzenleme olup; hem zıya ve/veya hasar; hem de gecikmeden doğan sorumluluk bakımından uygulanabilir⁴⁹.

Varşova Konvansiyonu, yukarıda da belirttiğimiz gibi, taşıyıcının sorumluluğunu artıran anlaşmaları geçerli kabul etmektedir (m. 23§1). Ayrıca VK m. 22§1'in son cümlesinde, yolcu taşımalarında tazminat miktarını ilişkin olarak, yolcu ile taşıyıcının daha

⁴⁶ GENÇTÜRK, s. 225.

⁴⁷ Arslan KAYA, "Karayolu İle Eşya Taşınmasına İlişkin Uluslararası Sözleşmede (CMR) Öngörülen Sorumluluğun Esasları", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası 1998 (Prof. Dr. Hıfzı Veldet Velidedeoğlu'na Armağan Sayısı), Cilt LVI, Sayı 1 - 4, s. 265.

⁴⁸ KAYA, s. 266; Alihan AYDIN, CMR'ye Göre Taşıyıcının Zıya, Hasar ve Gecikmeden Doğan Sorumluluğu, İstanbul 2002, s. 137.

⁴⁹ GENÇTÜRK, s. 226.

yüksek bir sorumluluk sınırında anlaşabileceğini hükme bağlamıştır. Buna ilave olarakta; bagaj ve yük taşımlarına ilişkin sorumluluk sınırı miktarını tayin eden hükümlerinde öngörülen sorumluluk sınırlarının (VK m. 22§2,a ve b), yolcu veya gönderenin eşyanın varış yerinde teslimine ilişkin özel bir menfaatinin bulunduğunu beyan etmedikçe geçerli olacağını hükme bağlamıştır⁵⁰. Yani özel bir menfaat tayini ile her zaman sorumluluk sınırları artırılabilir⁵¹.

HK ve BM-CK'da teslimde kıymet tayininde bulunarak taşıyıcının sorumluluk sınırının artırılmasına ilişkin bir düzenleme yoktur. Buna karşın her iki konvansiyon da taşıyıcı ile gönderenin anlaşarak, konvansiyonda öngörülen sorumluluk sınırlarından daha yüksek sorumluluk sınırı tespit edebilecekleri, irade uyuşması dışında her hangi bir koşul veya sınırlamaya bağlı olmaksızın⁵² düzenleme içeriği ile kabul edilmektedir (HK m.6§4; BM-CK m.18§6). Bu noktada HK ve BM-CK'nın teslimde özel bir menfaat tayini, ya da değer bildirimi gibi şartları veya özel usullerde sorumluluk sınırı yükseltmeyi değil, tarafların irade serbestisi çerçevesinde her ne şekilde olursa olsun sorumluluk sınırının daha yukarı çekilmesini kabul ettiği görülmektedir. Taşımacılıkta gelinen aşama ve taşıyıcıların ekonomik gücü dikkate alındığında, taşıyıcı kabul ettiği sürece sorumluluğunun artırılması mümkün iken gönderenlerin akti ilişkide talep eden tarafta olmaları, genel olarak sosyo-ekonomik zayıf durumu, konvansiyon düzenlemeleri ile korunmaları ihtiyacı karşısından onların kabulü ile sorumluluğun azaltılmasına izin verilmemesi yerindedir.

⁵⁰ GENÇTÜRK, s. 227.

⁵¹ 11. HD.nin 26.10.1995 gün, E. 3924, K. 7980 sayılı kararı: "Taraflar arasındaki sözleşme uluslararası hava taşımacılığına ilişkin olup uyuşmazlık halinde (Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun 124. maddesinin göndermesiyle) Varşova Sözleşmesi ve Lahey Protokolü'nün uygulanması gerekir. Varşova Sözleşmesi 22/b md.sinde öngörülen sorumluluk sınırlı sorumluluk olup tam ziya halinde istenebilecek azami miktarı gösterir. Taraflar arasında sorumluluk sınırını artırıcı özel bir sözleşme de yoktur. Böyle olunca (TTK.nun 781 ve 785. md.lerine göre) davacının isteyebileceği gerçek zarardır." (KENDİGELEN / AYDIN, s. 525).

⁵² GENÇTÜRK, s. 227.

1. Teslimde Özel Menfaat Tayini

Gönderen teslimde özel bir menfaati olduğunu konvansiyon düzenlemelerine uygun bir şekilde beyan ettiği ve bunu da taşıma senedi ya da sözleşmeye kayıt ettiği takdirde, böyle bir beyanın yapılmasına izin veren konvansiyonlardaki (CMR m. 26⁵³, COTIF-CIM m. 46, VK m. 22/2 b.b), LK ve LVK m. 4/5) sorumluluk sınırlarını aşan ve ziya ve/veya hasar ile gecikme sebebiyle ortaya çıkan zararlar, talep sahibi tarafından ispat edilmesi şartıyla, tayin olunan miktara kadar taşıyıcı tarafından tazmin edilecektir⁵⁴. Burada salt tek taraflı gönderen tarafından beyanda bulunulması yetmemekte; taşıyıcının da bunu kabul etmiş olması ve sözleşme şartı olarak değerlendirmesi gerekmektedir⁵⁵. Özel menfaat tayininin şartları ilgili konvansiyonlarda farklı şekillerde düzenlenmiş durumdadır.

CMR düzenlemesi çerçevesinde gönderen; belirlenen bir çıkar karşılığında teslimde özel menfaatinin miktarını⁵⁶ tayin eder ve taşıma senedine yazdığı takdirde taşıyıcı, zarar miktarının davacı tarafından ispat edilmesi koşuluyla tayin olunan miktara kadar olan zararları tazmin etmek zorundadır (CMR m. 26). Burada belirlenenin özel bir ücret olması da şart değildir ve taşıma ücretinin belirlenmesinde dahi tayin olunan menfaat dikkate alınmış ise yeterlidir. Bu hüküm hem ziya ve/veya hasar; hem de gecikme sorumluluğu

⁵³ CMR'de özel olarak sadece ziya ve/veya hasar sorumluluğuna ilişkin getirilen m.24 düzenlemesini ayrıca ele almıyoruz. Bu hükümlerle getirilen sorumluluk sınırı tayinine ilişkin serbesti de aynı şekilde sorumluluk sınırını yükseltme serbestisi olarak yorumlanmalıdır. Diğer konvansiyonlarda bu şekilde bir ayırım yoktur. Özel menfaat tayinine ilişkin düzenleme tek başına yeterli görülmektedir. Kanaatimizce CMR'nin ayrıntı düzenlemesi karşısında 24 ile 26 maddenin ayrı ayrı olarak değerlendirilmesi gerekir. Ancak her iki düzenlemenin de taşıyıcının sorumluluğunun yükseltilmesi bakımından aynı nitelikte hükümler olduğu da aşıkardır (ÖZDEMİR, s. 162).

⁵⁴ Burada tayin edilen özel menfaat mutlak sorumlu olunacak bir tazminatı değil; zararın ispatı şartı ile azami sorumlu olunabilecek tazminat miktarını belirlemektedir (ÖZDEMİR, s. 169; GENÇTÜRK, s. 227).

⁵⁵ Bu nedenle biz özel menfaat beyanı yerine özel menfaat tayini ibaresinin kullanılmasını gerektiğini, salt beyanın kabule bağlı olmaksızın sonuç doğurmayacağı kanaatindeyiz (Özel menfaat beyanı terimi için bkz.: GENÇTÜRK, s. 227).

⁵⁶ Türkçe Resmi Çeviride hatalı olarak "özel faiz" ifadesine yer verilmiştir. Oysa, İngilizce metinde "special interest" kelimesi kullanılmıştır. İngilizce'de "interest" kelimesinin "faiz" anlamı yanında bir çok değişik anlamı da vardır. CMR'de ise "çıkar, menfaat, kâr" anlamında kullanılmıştır (AKINCI, s. 153; KENDİGELEN / AYDIN, CMR Çevirisi, s. 496; AYDIN, s. 137 - 138 dp. 92; ÖZDEMİR, s. 168; GENÇTÜRK, s. 227 dp. 100).

bakımından uygulama alanı bulur. Dolayısıyla, bu hükme dayanarak sadece sorumluluk sınırının yükseltilmesi değil; aynı zamanda dolaylı zararların tazmini için de özel menfaat tayininde bulunulabilir⁵⁷. Taraflar sarahaten sadece zıya ve/veya hasar sorumluluğu için özel menfaat tayininde bulunmuş ise bu düzenlemenin CMR m. 24 ile bir değerlendirilmesi gerekir. Açıklık olmayan hallerde ise toplam bir üst sınır olacak şekilde özel menfaat tayininde bulunduğu kabul edilecektir.

CMR'ye göre, özel menfaat tayini hem zıya ve/veya hasar; hem de gecikmeden doğan sorumluluk bakımından taşıma senedi üzerinde yazılması gerekmektedir (m. 26). Ancak gecikmeden doğan sorumluluk bakımından taşıma süresinin taraflarca kararlaştırılmış olması ve basiretli bir taşıyıcı için gerekli olan makul sürenin dikkate alınarak tayin edilen taşıma süresinin; burada uygulama alanı bulamayacağı ileri sürülmektedir⁵⁸. CMR'nin İngilizce metinde kararlaştırılan zaman limitinin aşılmasından (*of the agreed time-limit being exceeded*) söz edilmektedir. Dolayısıyla, gecikme sorumluluğu bakımından özel menfaat tayini, zıya ve/veya hasar sorumluluğu bakımından da gerekli olan taşıma senedine yazılma ve bir ücret karşılığı olma koşullarına ek olarak; bir de taşıma süresinin taraflarca belirlenmiş olması şartı aranmaktadır. Bu sebeple CMR m. 26, özel menfaat tayini yoluyla sorumluluk sınırının yükseltilmesine olanak sağlayan diğer konvansiyonların düzenlemelerinden (CIM m.16 ve 46; VK m.22§2) farklılık göstermektedir⁵⁹.

Kanaatimizce düzenlemenin lafzi yorumu yerine amacına göre yorum yapıldığında burada taşıma süresi konusunda özel ve yazılı bir anlaşma şartı bir şekilde aşılabılır. Eğer taraflar yazılı olarak taşıma süresi konusunda anlaşmamış dahi olsa, mutad veya taşıyıcıdan beklenen bir taşıma süresi belirlenebiliyorsa; yine gecikme zararları bakımından CMR m.26 çerçevesinde konulan özel menfaat tayini geçerli kabul edilebilir. Kaldı ki; düzenlemede yer alan anlaşılmış taşıma süresinden bahsederken bu anlaşmanın yazılı

⁵⁷ KAYA, s. 266; ÖZDEMİR, s. 170; GENÇTÜRK, s. 228.

⁵⁸ AYDIN, s. 146; GENÇTÜRK, s. 228.

⁵⁹ GENÇTÜRK, s. 228.

olacağı şeklinde bir sonuca da hemen varılamaz. Böylece CMR düzenlemesi de diğer konvansiyon düzenlemeleri ile birlikte değerlendirilebilecektir.

COTIF-CIM kapsamındaki taşıma sözleşmelerinde teslimde menfaat tayininin sonuçları 46. maddede; bu beyanın nasıl yapılacağı ve şartları ise, 16. maddede düzenlenmiştir. Bu nedenle, teslimde özel menfaat tayini bakımından COTIF-CIM'in 16. ve 46. maddeleri birlikte incelenmelidir. Buna göre; eşyanın ziya ve/veya hasara uğramadan ve zamanında teslim edilmesinin gönderen / gönderilen için taşıdığı değerın çıkış devleti parasıyla⁶⁰ veya tarifelerce tespit edilen başka bir ülke parası ya da hesap birimi cinsinden taşıma senedine rakamla yazılması gerekmektedir. Teslimde özel menfaat tayininin belirtilenler dışında başka birim üzerinden gösterilmesi veya taşıma senedine işlenmemesi geçersizlik sebebi-dir⁶¹. Teslimde özel menfaat tayini karşılığında aynen CMR'de olduğu gibi, demiryolu işletmesi de normal şartlarda ek bir ücrete hak kazanır. Bu ücret tüm parkurlarda geçerli olmak üzere çıkış garı tarifelerine göre belirlenir (COTIF-CIM m.16/II). Bu tarifelerde özel bir düzenleme yoksa tarafların taşıma ücretini tayin ederken özel menfaat tayinini gözeterek ücret belirlemelerine de bir engel yoktur.

Varşova Konvansiyonu m. 22/2, COTIF-CIM m. 46 ile CMR m. 26 hükümlerine benzer bir getirmekte ve gönderenin varış yerinde teslimde özel bir menfaatinin bulunduğunu beyan etmesinden “ve gerekiyorsa, ek bir meblağ ödemiş” olmasından söz etmektedir. Ancak söz konusu beyanın taşıma belgesine geçirilmesine ilişkin bir zorunluluk yoktur. Buna göre, Varşova Konvansiyonu kapsamındaki taşıma sözleşmelerinde teslimde özel menfaat beyanında bulunma karşılığında ek bir ücret ödenmesinin gerekip gerekmediği, gerekiyorsa bunun miktarı taşıyıcı ve gönderen tarafından anlaşarak belirlenecektir⁶². Böyle bir belirleme yapılmadığı tak-

⁶⁰ Konvansiyonun İngilizce çevirisinde yeralan “in the currency of the country of departure” [çıkış (hareket) devletinin parasıyla] ifadesi, hatalı olarak, “alış ülkesi parasıyla” şeklinde çevrilmiştir (GENÇTÜRK, s. 228 dp. 104).

⁶¹ ARKAN, Demiryolu Taşımaları, s. 184; GENÇTÜRK, s. 228.

⁶² GENÇTÜRK, s. 229.

dirde teslimde menfaat tayininin yapılmasına karşılık bir ücretin ödenip ödenmeyeceği hususundaki gereklilik, Varşova Konvansiyonu yanında uygulanacak hukukla tespit edilmelidir. Taraflarca kararlaştırılan özel menfaat her halde konvansiyonda getirilen sınırdan daha yüksek olacaktır; aksi takdirde konvansiyon sınırı esas alınır⁶³. Bu sınırın daha az belirlendiği ve zararın da belirlenenden de az olduğu somut bir taşımada artık belirlenen alt sınır ya da konvansiyon sınırı uygulama alanı bulamayacaktır.

Varşova Konvansiyonu, CMR m. 26 ve COTIF-CIM m. 46'dan farklı olarak, taşıyıcıya gönderilen tarafından beyan edilen değer teslim anında gerçek değerinden yüksek olduğunu ispat ederek, teslim anındaki gerçek değer ölçüsünde tazminat ödeme hakkı tanınmaktadır (VK m.22§2). Burada bir taraftan ispat yükü yer değiştirmekte⁶⁴, diğer taraftan da taşıyıcıya bildirilen değer veya ispat etme koşuluyla gerçek değeri tazmin etme arasında bir seçim hakkı tanınmaktadır. Eşyanın teslim anındaki gerçek değerinden maksat, eşyanın objektif değeri, gecikmeye (ziya ve/veya hasara) bağlı olarak ortaya çıkan zararları (kaybedilen kâr veya takip eden zararları), "yani ifa çıkarları" kastedilmektedir. Başka bir ifadeyle, Varşova Konvansiyonu söz konusu ispat imkanı kullanan taşıyıcının gerçek zarardan fazla bir miktar ödemesini engellemek istemiştir⁶⁵. Tazminatın zarar göreni zenginleştiremeyeceği ilkesi gereği, teslimde özel menfaat beyanına yer vermesine rağmen taşıyıcıya gerçek zararı ispat etme imkanı vermeyen konvansiyonlar bakımından aynı sonuca varmak gerekir.

Varşova Konvansiyonunun getirdiği düzenlemenin CMR ve COTIF-CIM'deki ilgili düzenlemeden bir başka farkı, teslimde özel menfaat beyanı için taşıma senedine yazım gibi özel bir şekil zorunluluğu öngörülmemiş olmasıdır⁶⁶. VK bakımından hava yük senedinde kayıtlı olmasa bile taşıma sözleşmesi ya da başkaca bir şekilde ispatlanabilen bu türden anlaşmalar geçerli olacaktır.

⁶³ ÖZDEMİR, s. 172.

⁶⁴ ÜLGEN, Hava Taşıma Sözleşmesi, s. 195; ÖZDEMİR, s. 133.

⁶⁵ ÖZDEMİR, s. 133; GENÇTÜRK, s. 230.

⁶⁶ ÜLGEN, Hava Taşıma Sözleşmesi, s. 195; GENÇTÜRK, s. 230; Malcolm A. CLARKE, Contracts of Carriage By Air, London 2002, s. 144.

VK'da özel olarak hava yük senedine kayıt şartı aranmadığı gibi hangi aşamada anlaşmak gerektiği de açık değildir. Özel menfaat konusunda anlaşmanın her halükarda taşıma için eşyanın taşıyıcıya tesliminden önce yapılmış olması gerekir. Ancak Varşova Konvansiyonunda taşıyıcının sorumluluğunu artırma yönündeki sözleşmelere geniş anlamda izin verildiği için (VK m. 23) daha sonradan taşıyıcı ile gönderenin bu hususta varacakları irade mutabakatı geçerli olacaktır⁶⁷. Bu sonralık sözleşmenin ifası sürecini de kapsar şekilde kabul edilebilir. Ancak bu aşamada, özel menfaat tayini konusunda varılan irade mutabakatı ifa süreci başlamış başlangıçtaki taşıma sözleşmesinin yenilenmesi gibi işlem görmelidir. Bu aşamada dahi söz konusu özel menfaat tayini konusundaki anlaşma şekle tabi değildir⁶⁸. Eşyanın ilgilisi tarafından ispatlanmak koşulu ile geçerli bir özel menfaat tayini suretiyle sorumluluk sınırı yükseletme kabul edilmelidir.

Teslimde özel menfaat tayininin taşıma senedinde bulunması koşulunu arayan CMR ve COTIF-CIM kapsamındaki taşıma sözleşmelerinde bu menfaat belirleme ve kaydın, doğal olarak bu senetlerin düzenlenmesi sırasında yapılması gerekir. Taşıyıcı tarafından tayin edilen teslimdeki özel menfaatin taşıyıcının bilmesi ve kabul etmesi gerekir. Başka bir ifadeyle, teslimde özel menfaat beyanı tek taraflı bir irade beyanı niteliğinde değil; gönderen ile taşıyıcı arasında irade uyuşmasına dayanan bir sözleşme şartı niteliğindedir⁶⁹. Sadece COTIF-CIM'de açıkça yer almasına rağmen, teslimde özel menfaat tayininin CMR ve VK kapsamındaki taşıma sözleşmelerinde dahi aynı şekilde bir meblağ olarak ifade edilmesi gerekir. Örneğin, bütün zararların tazmin edileceği şeklinde bir ifade geçerli değildir⁷⁰. Kanaatimizce, söz konusu hükümlerde geçen "*beyan edilen miktara kadar*"(CMR m. 26§2/son cümle), "*bil-*

⁶⁷ ÜLGEN, Hava Taşıma Sözleşmesi, s. 195.

⁶⁸ CLARKE, s. 144; ÖZDEMİR, s.172; Tahir ÇAĞA, "Hava Taşıyıcısının Sınırlı ve Sınırsız Mesuliyetine Dair", Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu, Bildiriler-Tartışmalar V, 25-26 Mart 1988, Ankara 1988, s. 198.

⁶⁹ ÜLGEN, Hava Taşıma Sözleşmesi, s. 195; AYDIN, s. 138.

⁷⁰ CMR hakkında aynı yönde, AYDIN, s. 138 - 139.

dirilen meblağ" (VK m.22§2/son cümle) gibi ifadeler bu fikrin haklılığını ortaya koymaktadır.

Her üç konvansiyon çerçevesinde de teslimde özel menfaat tayini; hem zıya ve/veya hasar; hem de gecikme sorumluluğu için geçerli olarak yapılabilecektir. Taraflar isterlerse bunların tümü için menfaat tayininde bulunabilecekleri gibi, sorumluluk sebeplerinden birini ya da ikisini hariç tutabilirler. Örneğin, yalnızca eşyanın varış yerinde zamanında teslimi için, özel menfaat tayininde bulunulabilir⁷¹. Buna karşın CMR açısından sadece zıya ve/veya hasara hasredilmesi halinde sözleşme hükmü, CMR m.24 ile bir değerlendirilmek gerekir.

2. Sorumluluğu Ağırlaştırıcı Anlaşmalar

Konvansiyonlarla belirlenen sorumluluk kurallarını genel anlamda ağırlaştırma yönünde değiştiren sözleşmesel düzenlemeler hava (VK m.23/1), deniz yolu (HK m.23§2) ve karma taşımalar bakımından (BM-CK m.28§2) serbest bırakılmıştır. İlgili konvansiyonlarda öngörülen sorumluluk sistemini ağırlaştırma yönündeki sözleşmeler, çeşitli şekillerde olabilir. GENÇTÜRK, buna örnek olarak şunları vermektedir: Kurtuluş sebeplerinden yararlanma hakkından feragat, ispat yükünün taşıyıcı lehine olduğu hallerde aleyhine çevrilmesi, teslimde özel menfaat tayini ve sorumluluk limitlerini yükseltme amacıyla kurulan sözleşmeler⁷².

HK ve BM-CK, taşıyıcı ile gönderen anlaşarak konvansiyonlarca öngörülen sorumluluk limitlerinden daha yüksek sorumluluk limitleri kabul edebileceklerini hükme bağlamışlardır (HK m. 6§4; BM-CK m. 18§6). Bu konvansiyon düzenlemeleri mutlak mada gönderen lehine serbesti ve taşıyıcı açısından emredicilik düzenlemeleridir. Bu bakımdan söz konusu konvansiyonlara nispi bir emredicilik hakimdir.

COTIF-CIM, CMR ve LK ile LVK'da benzer bir sorumluluk hükümlerini ağırlaştırıcı genel düzenleme serbestisi tanınmamıştır.

⁷¹ AYDIN, s. 139.

⁷² GENÇTÜRK, s. 232.

Ancak yukarıda anlatılan özel menfaat tayini bu yönde sözleşme yapmak için yeterli görülmüştür.

B. SORUMLULUĞU AZALTMA VEYA ORTADAN KALDIRMA YÖNÜNDE

Eşya taşımasına ilişkin uluslararası konvansiyonlardaki taşıyıcı için öngörülen sorumluluk limitlerini azaltmaya yönelik yapılan sözleşme ve kayıtlar kural olarak geçersizdir⁷³. Ancak böyle bir sözleşme veya kaydın geçersizliği, sözleşmenin bütünüyle geçersiz olması sonucunu doğurmaz. Bununla birlikte, eşyanın niteliği ve kusuruna ilişkin özel durum ve şartlara bağlı olarak Varşova Konvansiyonunda ve demiryolu taşımaları bakımından COTIF-CIM'de özel tarifeler gereği öngörülen sorumluluk limitlerini azaltma yönünde değiştirmek mümkün görünmektedir⁷⁴. Yine bu konuda LK ve LVK gereğince sorumsuzluk anlaşması akdetme imkanı söz konusudur.

1. COTIF-CIM Çerçevesinde Özel Tarifeler Gereği Tazminat Sınırının Daha Düşük Kararlaştırılabilmesi

Demiryolu ile yapılan eşya taşımalarında, genel tarifeler gereği hesap edilen taşıma ücretleri üzerinden bir indirim yapılması özel ve istisnai tarifelerle özel taşıma koşulları olarak tanıdığı takdirde, böyle bir sınırlandırmanın tarifede belirtilmesi kaydıyla, teslim süresinin aşılması sebebiyle hak sahibine ödenecek tazminat, COTIF-CIM m. 40, 42 ve 43'te öngörülen sınırlarından daha düşük olarak belirlenebilir (CIM m. 45§1)⁷⁵. Bu belirleme için söz konusu taşımanın tabi olduğu tarifelerde özel düzenleme bulunması ve söz konusu tarifelere göre taşıma konusunda tarafların anlaşması şarttır. Bu anlaşmanın taraflar açısından bağlayıcı olabilmesi için, ayrıca hamule senedine kayıt edilmesi de gerekir⁷⁶.

⁷³ 11.HD.nin 30.06.1994 tarih E.6875, K.5687 sayılı kararı: "Konvansiyonun (VK) öngördüğü sorumluluk (sözleşme ile) artırılabilir ise de, bu sorumluluk azaltılamaz." (Gönen ERİŞ, Açıklamalı İçtihatlı Uygulamalı Kara Taşıma Hukuku, Ankara 1996, s. 164 - 165).

⁷⁴ GENÇTÜRK, s. 232.

⁷⁵ ARKAN, Demiryolu Taşımaları, s.182; ÖZDEMİR, s. 168; GENÇTÜRK, s. 233.

⁷⁶ ARKAN, Demiryolu Taşımaları, s. 183; ÖZDEMİR, s.168; GENÇTÜRK, s. 233.

COTIF-CIM m. 45, konvansiyonda yeralan sorumluluk limitleri ve bunların emredicilik özelliklerine bir istisna getirmekte ve sadece tazminat sınırının düşürülmesinden söz edilmektedir. Bundan dolayı hükümde belirtilen tazminat sınırının daha düşük belirlenmesi hali dışında, başka yöntemlerle taşıyıcının sorumluluğunun hafifletilmez. Örneğin, bu hükme dayanarak sorumluluktan kurtulma sebeplerine ilaveler yapılması veya taşıyıcı aleyhine olan ispat külfetinin lehine dönüştürülmesi söz konusu olamaz. Ayrıca daha az ücret ödenmesini öngören özel tarifeden söz edildiği için, başka bakımlardan eşya ilgilisi lehine olan özel tarifeler yoluyla sorumluluk sınırının indirilmesi de mümkün değildir. Örneğin, teslim süresini kısaltan bir tarifede bu hükme dayanarak daha düşük sorumluluk sınırı öngörülemez⁷⁷.

Tarifede özellikle teslim süresinin aşılması ve bunun zıya ve/veya hasara yol açmasına ilişkin düzenleme bulunması gerekir. Aksi halde sadece zıya ve/veya hasar sorumluluğunun daha düşük belirlenmesine ilişkin hükümler taşıyan tarife uygulama alanı bulamaz⁷⁸. Bu tip tarifeler ve demiryolu işletmesinin bu tip tarifeleri uygulamak istemsi halinde taşıyıcının kötüniyetli bir şekilde taşıma yükümlülüğüne aykırı davrandığı, düzenlemenin emrediciliğini dolanmaya çalıştığı sonucuna varılmak ve söz konusu daha düşük sınırın uygulanmasını kabul etmemek gerekir. Söz konusu özel tarife sadece taşımanın her hangi bir safhasında uygulanması söz konusu olduğu zaman, sorumluluk doğran olayın taşıma işinin bu safhasının ifası sırasında ortaya çıkması şartıyla, sorumluluk sınırını indiren bu özel taşıma koşulları taraflarca ileri sürülebilir (COTIF-CIM m. 45§2).

2. VK Kapsamındaki Taşımalarda Zararın Yükün Nite- liği Veya Kusuru Sebebiyle Ortaya Çıkması

Varşova Konvansiyonu m. 23/1 hükmü, taşıyıcı için öngörülen sorumluluk hükümlerinin onun lehine olarak değiştirilmesini yasaklamış bulunmaktadır. Ancak ilgili maddenin devamında taşınan eşyanın kendisinde bulunan bir kusurda, kalitesinden veya

⁷⁷ ARKAN, Demiryolu Taşımaları, s. 182 – 183; GENÇTÜRK, s. 233.

⁷⁸ ARKAN, Demiryolu Taşımaları, s. 183; ÖZDEMİR, s.168.

bozukluğundan doğan zararlara ilişkin sözleşme hükümlerinin bu yasaklamanın dışında kaldığını belirtmiştir (VK m. 23§2). Yani, 23. maddenin 2. paragrafında sözü edilen hallerde taşıyıcı lehine hükümler getirilebileceği gibi, hatta sorumsuzluk anlaşması dahi yapılabilir⁷⁹. Taşıyıcı lehine getirilebilecek sözleşme kayıtlarına örnek olarak; özel kurtuluş sebeplerinin öngörülmesi, taşıyıcının sorumluluğunun tamamen veya kısmen kaldırılması, taşıyıcı aleyhine olan ispat yükünün lehine çevrilmesi veya konvansiyon tarafından belirlenen sorumluluk sınırlarının azaltılması gibi haller verilebilir⁸⁰. Varşova Konvansiyonu sınırlı ve özel şartlara bağlı da olsa, istisnai nitelikte bir hüküm ile sorumluluk sınırlarının sözleşme ile taşıyıcı lehine değiştirilebileceği ve hatta kaldırılabilirliği hususunu özel bir hal öngörmüştür⁸¹.

Taşıma sözleşmesinin bu nevi hükümlerinin geçerliliği için meydana gelen zararın tamamen eşyanın söz konusu niteliklerinden kaynaklı olması şartı aranmalıdır. Eğer taşıyıcı ve adamlarının zararın doğumunda en ufak da olsa bir katkısı varsa bu durumda söz konusu sorumsuzluk ya da daha düşük sorumluluk tayin eden sözleşme hükmü geçersiz sayılmalıdır⁸². Sırf bu tarz bir düzenleme VK'nın emredici ve hatta kamu düzeninden olan içeriğini zedelememektedir⁸³. Düzenleme çok istisnai bir şekilde yorumlanmalıdır.

SONUÇ

Uluslararası taşımacılığı düzenlemek amacıyla Konvansiyonlarla getirilen hükümler, kural olarak emredici niteliktedir. Taşıma sözleşmesi ve taşıma belgesinde veya diğer bir sözleşmede bunlara aykırı olarak getirilen her şart (kayıt) ve hüküm kural olarak geçersizdir. Ancak böyle bir kaydın hükümsüzlüğü sözleşmenin diğer hükümlerinin hükümsüzlüğünü gerektirmez (CMR m.41§1;

⁷⁹ Ancak bu hüküm sadece eşya taşımaları bakımından olup bagaj taşımada uygulanamaz (ÜLGEN, Hava Taşıma Sözleşmesi, s.190; ÖZDEMİR, s. 266; Bülent SÖZER, "Türk Sivil Havacılık Kanunu'nun Hükümlerine Göre Taşıyıcının ve İşletenin Sorumluluğu", Batider,1984, C.XII, S.4, s. 61).

⁸⁰ GENÇTÜRK, s. 233 – 234.

⁸¹ ÖZDEMİR, s. 266; GENÇTÜRK, s. 234.

⁸² ÜLGEN, Hava Taşıma Sözleşmesi, s. 190; ÖZDEMİR, s. 266.

⁸³ VK m. 23 yorumlanırken; m. 32 düzenlemsi göz ardı edilmemelidir (CLARKE, s. 203).

HK m.23§1; BMK m.28§1). Ancak sorumluluk hükümlerine aykırı sözleşme hükümlerinin geçersizliği sorumluluğun doğumundan önce yapılan sözleşmeler bakımındandır. Bu yasaklamanın gayesi dikkate alındığında, sorumluluk doğduktan sonra yapılan sözleşmelerde Konvansiyonların emredici hükümlerine aykırı hükümler getirilebileceği sonucuna varılabilir.

Uluslararası taşımaları düzenleyen konvansiyonlar kendi içeriğinde yer alan bazı hükümlerin aksinin kararlaştırılabileceğini belirterek emrediciliğin istisnalarını göstermişlerdir. CMR ile COTIF-CIM'de, taşıma işine katılan taşıyıcı/demiryolları arasında tazminatın paylaşımını (rücu ilişkisini) düzenleyen (CMR m.37 ve 38; CIM 6. Fası) hükümler (CMR m.40 ve 41§1; COTIF-CIM m.64) ile sorumluluk sınırlarının (CMR m.23, 24 ve 25; COTIF-CIM m.40, 42, 43 ve 45) yükseltilmesine izin verilmiştir (CMR m.24 ve 26; COTIF-CIM m.46). Söz konusu düzenlemeler büyük benzerlikler taşımakta ve taşıyıcı aleyhine sorumluluk hükümlerinin değiştirilebileceği fakat lehine değiştirilemeyeceği gibi bir sonuca bizi götürmektedir. Bu durumda ele alman konvansiyonların genel olarak nispi emredici olduğu sonucuna varılabilir.

Varşova Konvansiyonu, Hamburg Kuralları ve BM Cenevre Konvansiyonu temel prensip olarak taşıyıcıya ait sorumluluğu kaldıran veya miktarlarını azaltan sözleşme hükümlerinin geçersiz olduğunu emredici bir şekilde hükme bağlanmıştır (VK m.23§1; HK m.23§2 ve 3; BM-CK m.28§2 ve 3). Bu konvansiyonlardaki temel prensibi taşıyıcı lehine değiştirilme yasağı veya taşıyıcı aleyhine değiştirilme serbestisi olarak ifade edebiliriz. Bununla sadece sorumluluk halleri ve sınırlarını düzenleyen hükümler değil; söz konusu konvansiyonlar tarafından öngörülen sorumluluk sistemine ilişkin bütün hükümlerin emredici olduğu ifade edilmek istenmektedir. Örneğin, taşıyıcı aleyhine getirilen ispat külfetinin (VK m.20; TSHK m.123; HK m.5§1; BMK m.16§1) taşıyıcı lehine değiştirilmesi gibi. Ancak söz konusu kaydın geçersiz olmasına bağladıkları müeyyide bakımından Varşova Konvansiyonu diğerlerinden ayrılmaktadır. Varşova Konvansiyonuna aykırı olan kaydın geçersiz olduğunu bilselerdi tarafların sözleşmeyi hiç yapmayacakları belli olsa dahi, taşıma sözleşmesi Varşova Konvansiyonuna tabi olarak

geçerliliğini devam ettirir⁸⁴. Buna karşılık, Hamburg Kuralları ve 1980 tarihli Konvansiyon ise söz konusu kaydın geçersizliği yüzünden eşya ilgilisi zarar gördüğü takdirde taşıyıcı HK/BM-CK hükümlerine göre zıya, hasar veya gecikme için ödemesi gereken miktar kadar tazminat ödemesi gerektiğine hükmetmiştir (HK m.23§4; BMK m.28§4).

Varşova Konvansiyonu kendi içeriğinde yer alan bazı hükümlerin belirli şartlara ve sınırlamalara bağlı olarak değiştirilmesine yönelik olarak öngördüğü özel hükümler ise Hamburg Kuralları ve BM-CK'dan farklıdır. Bunlardan biri sorumluluk sınırlarını tayin eden 22. maddesinde yer almış ve CMR m.24 ve 26 ile COTIF-CIM m.46 hükümleriyle benzerlik taşımaktadır. Gerçekten, kayıtlı bagaj ve yük/eşya taşımalarında yolcu/gönderen varış yerinde teslimine ilişkin özel bir meblağ bildiriminde bulunduğu takdirde, taşıyıcı söz konusu meblağın gönderilenin varış yerinde teslim anındaki gerçek menfaatinden fazla olduğunu ispat etmedikçe, zararı bildiri yapılan meblağa kadar tazmin etmekle yükümlüdür (VK m.22§2 a,b). Bu hüküm esasen taşıyıcı aleyhine değiştirilme serbestisinin özel bir uygulaması niteliğindedir.

Varşova Konvansiyonunda taşıyıcı lehine değiştirilme yasağına bir de istisna getirilmiştir. Buna göre, taşıma konusu eşyanın kendisinde bulunan ayıptan, kalitesinden veya bozukluğundan kaynaklanan zararlardan taşıyıcının sorumlu olmayacağına ilişkin kayıtların geçerliliğine müsaade etmiştir (VK m.23§2). Bu düzenleme LK ve LVK m.6'da tanınan sorumluluğun daha düşük belirlenebilmesi ve hatta sorumsuzluk anlaşması olasılığı ile benzer içeriktedir. Ancak LK ve LVK bakımından böylesi bir anlaşma halinde bu konvansiyonlar uygulama şartını yitiren; VK uygulama alanı bulmaya devam etmektedir.

Taşıyıcı lehine değiştirilme yasağının veya taşıyıcı aleyhine değiştirilme serbestisinin özel bir uygulaması, taşıyıcı ile gönderenin anlaşmak suretiyle HK ve BM-CK tarafından tayin edilen so-

⁸⁴ ÜLGEN, Hava Taşıma Sözleşmesi, s.199.

rumluluk sınırlarından daha yüksek sorumluluk sınırı tespit edebileceklerine ilişkin hükümdür (HK m.6§4; BMK m.18§6).

Taşıyıcının sorumluluğunu daraltan sözleşme kayıtlarının geçersiz olduğu kuralının tek istisnası, HK m.11'de düzenlenmiştir. Buna göre, denizde eşya taşıma (navlun) sözleşmesine konu olan taşımanın belirli bir kısmının taşıyıcıdan başka ve ismen zikredilen kişi tarafından ifa edileceği sözleşmede açıkça öngörüldüğü takdirde taşıyıcı, 10. maddenin 1. paragrafındaki hükme rağmen, taşıma işinin kendisi tarafından ifa edilmeyecek olan kısmı ile sınırlı olarak sorumluluğunu sınırlandırma veya tamamen ortadan kaldırma hakkında sahiptir. Bu düzenleme aynıyla gerek CMR, gerekse COTIF-CIM'de de mevcuttur. Ancak bu düzenleme taşıyıcının eşyanın iliglisine karşı sorumluluğundan ziyade birden çok taşıyıcı arasındaki sorumluluğu tespit ve rücu ilişkileri bakımından önemi haizdir.

Sonuç olarak özel ve çok istisnai olarak VK, LK ve LVK sorumsuzluk anlaşmasına olanak tanımakta; diğer konvansiyonlar ise nispi emredici bir şekilde sorumluluk sistemelerini kurmuş gözükmektedirler. Bu noktada COTIF-CIM çerçevesinde özel tarifelerle taşıma da ayrı bir özellik göstermektedir.



**4875 SAYILI DOĞRUDAN YABANCI YATIRIMLAR
KANUNU'NUN TİCARİ İŞLETME HUKUKU
BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ
-ÖZELLİKLE ŞUBE VE İRTİBAT BÜROSU
AÇILMASI-**

Yard. Doç. Dr. Halit AKER*

I- GİRİŞ

Ülke ekonomileri sürekli büyümek istemektedirler. Bunun için ihtiyaç duyulan sermaye, iç kaynaklar yetersiz kaldığında dış finansal kaynaklardan temin edilmeye çalışılmaktadır. Son yıllarda ekonomilerin büyümesi ve dışa açılmaları ile uluslararası ticarete ilişkin sınırlamaların hafiflemesi gibi hususlar sermaye hareketlerini de hızlandırmıştır. Yabancı sermayenin ülkeye değişik biçimlerde ve amaçlarla girmesi mümkündür¹. Gelişmekte olan ülkeler doğrudan yabancı sermaye yatırımları olarak adlandırılan yatırımlar vasıtasıyla ilave dış sermaye, yeni teknoloji, know-how, yeni yönetim becerisi, pazarlama katkısı, ihracat, üretim ve istihdam artışı sağlamaya amaçlamaktadırlar².

Ülkemizin de uzun yıllardan bu yana “yabancı sermaye” olarak adlandırılan ülke dışı finansal kaynakları, ekonomiye kazandırmaya çaba harcadığı ve bu politikaların da mevzuata yansdığı

* Niğde Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ TİRYAKİOĞLU, Bilgin: “Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler”, <http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/dogrudanyabyatirimci.doc> (erişim tarihi: 17.05.2006); ERTEN, Rifat: Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, Ankara, 2005, s. 22 vd.

² YÜKSELER, Zafer: “Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları ve İş/Yatırım Ortamı İlişkisi”, <http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/RekabetgucuYabancıSermaye.pdf> (erişim tarihi: 17.05.2006); ERTEN, s. 25-26.

bir gerçektir^{3,4}. 1954 tarihli 6224 s. “Yabancı Sermayeyi Teşvik Kanunu’nu” yürürlükten kaldıran 4875 s. “Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu⁵”, bu Kanun’a dayanarak çıkarılan “Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu Uygulama Yönetmeliği⁶” ile “Doğrudan Yabancı Yatırımlarda Yabancı Uyruklu Personel İstihdamı Hakkında Yönetmelik”⁷ de bu çerçevede anılmak gerekir.

DYYK, bir geçici maddesi hariç yedi maddeden oluşan ve bu yönüyle de göreceli kısa ve ayrıntıdan kaçınan bir kanundur. Ticaret Kanunu’nun ama özellikle de bunun Ticari İşletme Hukukunu düzenleyen hükümlerinin DYYK ile en fazla ilişki içinde bulunan hukuk kurallarından olduğunu söylemek yanlış olmayacaktır. Ancak DYYK hazırlanırken içerdiği hükümlerin diğer hukuk dalları ile ne gibi bir etkileşim içine girebileceği üzerinde durulduğu ve buna yönelik tedbirlerin alındığı söylenemez. İşte inceleme öncelikle DYYK ile buna bağlı mevzuatın, Ticari İşletme Hukukunu ilgilendiren -özellikle de yabancı yatırımcılar tarafından şube veya irtibat bürosu açılmasına ilişkin- bazı seçilmiş sorunlarını, ele almayı amaçlamaktadır. Fakat bu yapılırken, DYYK’nun genel özellikleri ve getirdiği bazı yatırım formları bağlamında Şirketler Hukukunu ilgilendiren hususlar üzerinde de durulmaya çalışılacaktır. Çalışmada konunun Ticaret Hukuku açısından değerlendirilmesi planlanan noktaları ele alınmadan evvel, DYYK’nun genel özellikleri ile yöntemine değinmenin faydalı olacağı düşünülmüştür. Gerçekten, yapılan düzenlemelerde yabancı sermayenin giriş yol-

³ Bkz. ÇELİKEL, Aysel: “Türkiye’de Yabancı Sermayenin Serbest Hareketi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nin Cumhuriyetin 50. Yıldönümü İçin Armağanı - Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul, 1973, s. 530-532 vd.; TEKİNALP, Gülören: Türk Yabancılar Hukuku, 8. Bası, İstanbul, 2003, s. 150 dn. 105; ERTEN, s. 39 vd., Türkiye’de yabancı sermayenin tarihi gelişimi hakkında bkz. s. 27 vd.

⁴ Hazine Müsteşarlığı Yabancı Sermaye Genel Müdürlüğü verilerine dayandırılan bir habere göre, Türkiye’de yabancı sermaye ile kurulan şirket ve şube sayısı 2006 yılı Mayıs ayı sonu itibarıyla 10769’a ulaşmış ve yabancıların iştirak ettikleri şirket sayısı da 2274 olmuştur. Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanunu’nun yürürlüğe girmesinden sonra ise 7264 adet şirket faaliyete geçmiş ve bunların 320 tanesinde kayıtlı sermaye 500.000 Amerikan Dolarını aşmıştır, bkz. Milliyet Gazetesi, T. 17.07.2006 S. 21183, s. 8.

⁵ RG T. 17.06.2003 S. 25141, (kısaca, DYYK).

⁶ RG T. 20.08.2003 S. 25205, (kısaca, Yönetmelik).

⁷ RG T. 29.08.2003 S. 25214, (kısaca, YPİstY).

ları, Türkiye'deki yatırım faaliyetlerinde tercih edilebilecek hukuki formlar⁸ gibi hususlar da gösterilmiş bulunmaktadır.

Yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş şirketlere Türkiye'de irtibat bürosu açma imkanı da tanınmış, ancak bunlar "ticari faaliyetten" men edildiklerinden (DYYK m. 3/h; Yönetmelik m. 6/I) Ticari İşletme Hukuku bakımından özel bir hukuki konum kazanmışlardır. Çalışma, seçilmiş sorunlar arasında, ticari işletmeyi ilgilendirmesi itibariyle "ticari faaliyet yasağının" kapsamı, anlamı ve hukuki sonuçlarını da ele alacaktır.

Çalışmada milli muameleye, doğrudan yatırımlar çerçevesinde elde edilen kazançların transferine, taşınmaz edinimine, değer tespitine ve yabancı personel istihdamına ilişkin sorunlar ile yatırımların ulusal ve uluslararası düzeyde korunması meselesi⁹ üzerinde ise durulmayacaktır.

II- DYYK'NUN İÇERİĞİ VE YÖNTEMİ ÜZERİNE

Bir ülkeye yabancıların doğrudan ya da dolaylı yatırım yapmaları, yatırım yapılan ülke bakımından siyasi, ekonomik ve hukuki yönleri sahipdir. Yabancı sermayenin ülkeye girişi her şeyden önce siyasi bir karar gerektirirken, bu kararın alınıp alınmaması ve kapsamı ülkenin ekonomik gerçekleri ve perspektifi doğrultusunda belirlenecektir¹⁰. Yapılan yasal ve idari düzenlemeler ise belirlenen politik ve ekonomik hedefe ulaşmak bakımından bir araç niteliğinin

⁸ "Form" ifadesi, hem hukukumuzda gelir sağlama amacıyla işletme işletmek suretiyle ekonomik faaliyette bulunabilmek için zorunlu olarak kazanılması gereken hukuki statüleri (tacirlik ve esnafılık) hem de doğrudan yabancı yatırım yapanların kurmalarına izin verilen şirketler ile şubeleri ve yapabilecekleri iştirakleri ifade etmek üzere kullanılmıştır. TEKİNALP, Ü. Şirketler Hukuku açısından "kanun tarafından emredici hükümlerle belirlenmiş ticaret ortaklıklarını" ifade etmek üzere "tip", "biçim", ve "model" kavramlarını kullanmakta ve "dar anlamda tip" "geniş anlamda tip" ayrımı yapmaktadır, bkz. TEKİNALP, Ünal/(POROY, Reha/ÇAMOĞLU, Ersin): Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, 2000, s. 123 N. 165 vd.; G. TEKİNALP, DYYK kapsamında "yatırım çeşitleri" ifadesini kullanmaktadır, Yabancılar Hukuku, s. 151.

⁹ EKŞİ, Nuray: "Türkiye'de Yapılan Yabancı Yatırımlara İlişkin Mevzuat Hakkında Genel Değerlendirme", Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. I, S. 2, Y. 2005, s. 182.

¹⁰ TİRYAKİOĞLU, <http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/dogrudan-yabyatirimci.doc> (erişim tarihi: 17.05.2006); TÖRE, <http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/dunyayabsermaye.doc> (erişim tarihi: 17.05.2006).

dedir. Ülkelerin yabancı yatırımı çekmek bakımından rekabet halinde olmaları bunların mevzuatlarını da etkilemektedir¹¹.

DYYK bir bütün olarak incelendiğinde gerçekte iki ana bölümden oluştuğu görülür: Bunlardan ilki tanımlar başlığı altında düzenlenmiş olan yabancı yatırımcı, sermaye ve doğrudan yatırım formlarıdır (m. 2). İkinci bölümü ise Kanun'a göre doğrudan yabancı yatırım sayılan yatırımlara uygulanacak muamele esaslarını düzenleyen hükümler oluşturmaktadır (m. 3/a-f). Bunların dışında yer alan noktalar ise yabancı yatırımları ilgilendiren bazı hususların genel ilkeler düzeyinde düzenlenmesinden oluşmaktadır.

DYYK m. 2'ye göre doğrudan yabancı yatırım "yabancı ülkelerin vatandaşlığına sahip olan gerçek kişiler, yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşları ile yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiler ve uluslararası kuruluşlar (*yabancı yatırımcı*) tarafından; yurt dışından getirilen TC Merkez Bankasınca alım satımı yapılan konvertibl para şeklindeki nakit sermaye, şirket menkul kıymetleri (Devlet tahvilleri hariç), makine ve teçhizat, sınaî ve fikrî mülkiyet hakları (*yurt dışından sağlanan yatırım sermayesi*) ile yurt içinden sağlanan ve yeniden yatırımda kullanılan kâr, hâsılat, para alacağı veya malî değeri olan yatırımlarla ilgili diğer haklar¹², doğal kaynakların aranması ve çıkarılmasına ilişkin haklar¹³

¹¹ Bkz. DYYK'nun Genel Gerekeçesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0327.pdf> (erişim tarihi: 02.05.2006).

¹² Yurt içinden sağlanan kaynakların doğrudan yatırımda kullanılabilmeleri, bunların evvelce yurt dışından getirilmiş ve doğrudan yatırımda kullanılmış olan sermayeden kaynaklanmalarına (örneğin elde edilen kazancın yeniden yatırıma dönüştürülmesi, Reinvestment) bağlı olmamalıdır. Yurt içinden sağlanan ve DYYK'nun kabul ettiği türden olan sermaye ile de ilk defa doğrudan yatırım yapılması mümkündür.

¹³ Bkz. EKŞİ, YÜHFD, C. I, S. 2, Y. 2005, s. 172, Yazar'ın "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" şeklindeki ifadesi, yurt içinden ve dışından sağlanan diğer sermaye kaynakları (nakit sermaye, şirket menkul kıymetleri, makine ve teçhizat, fikrî ve sınaî mülkiyet hakları, yeniden yatırımda kullanılan kâr, hâsılat, para alacağı ve malî değeri olan yatırımlarla ilgili diğer haklar) ile yapılacak yatırımların şirket kurmak, şube açmak ya da iştirak etmek dışındaki bir yolla da yapılabileceğini çağrıştırmaktadır. Oysa DYYK'nun konuyla ilgili 2. maddesi gayet açıktır ve yabancı yatırımcılar, Kanun'da öngörülen bütün yabancı sermaye türleri ile sadece yeni şirket kurabilecek,

gibi iktisadî kıymetler (*yurt içinden sağlanan yatırım sermayesi*) aracılığıyla (*yabancı sermaye*); yeni şirket kurmayı veya şube açmayı, 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 olmayı (*yabancı yatırım*)” ifade etmektedir.

Kısacası bir yatırımın DYYK'nun sistemine göre doğrudan yabancı sermaye yatırımı sayılabilmesi için bu yatırıma ilişkin değerler “yabancı yatırımcı” tarafından, yurt dışından getirilmesi veya yurt içinden sağlanması ve DYYK'nda sayılan kategorilerden birine girmesi gerekmektedir¹⁴.

DYYK, yatırım türlerini açıkça sınıflandırması bakımından seleflerinden ayrıldığı gibi¹⁵ yatırım yapılacak faaliyet alanlarına da herhangi bir kısıtlama getirmemiştir. Bu husus da DYYK'nu önceki örneklerinden ayırmaktadır¹⁶. Esasen doğrudan yatırımlar da yabancı müteşebbisin, girdiği ülkede belirsiz, en azından uzun bir süre kalmak amacıyla bizzat, ticari ya da sınai bir işletme kurması ya da kurulu bir işletmeye ortak olması şeklinde tanımlandığından¹⁷, DYYK'nun sunduğu bu yatırım yollarının amaca uygun düşüğünü belirtmek gerekir.

Yabancı sermaye girişine ilişkin düzenlemeler, Ekonomi Hukukunun bir takım özelliklerini¹⁸ belirgin şekilde yansıtmaktadır:

kurulu şirkete Kanun'daki miktar ve oranlarda iştirak edebilecek ya da şube açabileceklerdir. Hatta bu formların dışındaki yatırım türleri DYYK'nın kapsamı dışında kalacaktır.

¹⁴ EKŞİ, YÜHFD, C. I, S. 2, Y. 2005, s. 172.

¹⁵ TEKİNALP, G., *Yabancılar Hukuku*, s. 151.

¹⁶ Karş. ERTEN, s. 48-49.

¹⁷ ÇELİKEL, 50. Yıl Armağanı, s. 533; TÖRE, Nahit: “Dünyada Yabancı Sermaye Akımları”, <http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/dunyayabsermaye.doc> (erişim tarihi: 17.05.2006); ayrıca bkz. ERTEN, s. 25, doğrudan yabancı yatırımlar “maddi ve gayri maddi varlıkların bir ülkeden başka bir ülkeye, bu varlıkların sahibinin kısmen veya tamamen kontrolü altında, ev sahibi ülkenin refahını artırmak amacıyla transferi” olarak da tanımlanmaktadır.

¹⁸ Belirtmek gerekir ki, Ekonomi Hukukunun dogmatik olarak kesin bir tanımını yapmak ve hukuk sistemi içindeki ayırıcı özelliklerini ortaya koymak henüz mümkün değildir, bkz. TEKİNALP, Ünal: “Cumhuriyet Döneminin Ekonomi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Cumhuriyetin 50. Yıldönümü İçin Armağanı – Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul, 1973, s. 634 vd.; ARKAN, Sabih: *Ticari İşletme Hukuku*, 6. Baskı, Ankara, 2001, s. 2.

Herşeyden önce ekonomik düzenin büyüme, kalkınma ve sermaye girişi unsurları ile bunun yapılandırılmasına ilişkin kurallar konulmakta, yabancı yatırımcılara ekonomik menfaatlerini güvence altına alan bir takım hukuki teminatlar sunulmakta (karş. DYYK m. 2-3) ve düzenlemelerin uygulanması bakımından devletin ekonomi bürokrasisine politika belirleme, idari izin ve denetim yetkilerinin verilmektedir (karş. DYYK m. 4; Yönetmelik m. 4 vd.)¹⁹. Diğer

¹⁹ Karş. TEKİNALP Ü., 50 Yıl Armağanı, s. 637 vd. Yazar “özel” ve “kamu ekonomi hukukundan” bahsetmekte ve teşvik tedbirlerinin de kamu ekonomi hukukuna girdiğini ifade etmektedir, 50 Yıl Armağanı, s. 642-643. Yazar ayrıca, 6224 s. Kanun’un da bir denetleme kanunu olmamasına rağmen ekonomik düzene yararlı olma açısından bir denetleme ve müdahale sistemi getirdiğini belirtmektedir, 50 Yıl Armağanı, s. 659; DYYK’nun doğrudan bir denetleme ve kontrol sistemi getirdiği söylenemez. Kanun yabancı yatırımcının faaliyetlerinin Hazine Müsteşarlığı vasıtasıyla değişik kurum ve kuruluşlardan bilgi toplamak suretiyle izlenmesi (m. 4/I-II; Yönetmelik m. 4) ve belli zamanlarda raporlanması esasını getirmiştir (bkz. m. 4/III; Yönetmelik m. 5). Bankacılık, sigortacılık, madencilik ve radyo televizyon yayıncılığı gibi özel mevzuata tabi işletmeler hariç tutulursa, Kanun’da sadece yabancı yatırımcıların Türkiye’de açacakları irtibat bürolarının kuruluşu bakımından izin ve süre uzatımı uygulaması öngörülmüştür (DYYK m. 3/h; Yönetmelik m. 6-8). DYYK’nun getirdiği bildirim sistemine uyumlu olarak, bir çok konuda izin mecburiyeti öngören ve mülga 6224 s. Kanun zamanında çıkarılan Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı (07.06.1995 t. ve 95/6990 s. BKK, RG T. 23.07.1995 S. 22352) (kısaca YŞÇK) ile Yabancı Sermaye Çerçeve Kararı Hakkında Tebliğ’in (Sayı: 2) (RG T. 24.08.1995 S. 22384) (kısaca, YŞÇKT) DYYK dönemindeki uygulanma kabiliyeti hakkında, DYYK Geçici m. 1 bir çözüm getirmeye çalışmıştır: Anılan hüküm YŞÇK ve YŞÇKT’i açıkça ilga etmiş gözükmemektedir: Hükümde yer alan “bu Kanunun uygulanmasını göstermek üzere hazırlanacak yönetmelikler yürürlüğe girinceye kadar, mevcut kararname, tebliğ ve genelgelerin bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin uygulanmasına devam olunur” ifadesi bunu göstergesidir. Yönetmelik Geçici m. 1 incelendiğinde de, anılan YŞÇK ve YŞÇKT’nin DYYK’un yürürlüğe girmesinden önce başlanmış ancak henüz tamamlanmamış yatırımlar bakımından kazanılmış hakların korunması gereği oranında uygulanmakta olduğu anlamı çıkmaktadır. Eğer tamamlanmamış yatırımlar olmasaydı, DYYK Geçici m. 1’in YŞÇK’ı ve YŞÇKT’i zımnen ilga ettiği düşünülebilirdi. Hukuki anlamda bir yatırımın ne zaman sona erdiği ise ancak her somut olay bakımından ayrı ayrı tespit edilebilir. Yine DYYK m. 5/c hükmü de, yürürlükten kaldırılan hükümler olarak yalnızca 6224 s. Kanun’u zikretmiş, buna dayanılarak çıkarılan mevzuattan ise açıkça bahsetmemiştir. EKŞİ de Yönetmelik’in karamame, tebliğ ve genelgelerin yürürlükten kaldırıldığına ilişkin bir hüküm içermediğine işaret etmektedir (YÜHFD, C. 1, S. 2, Y. 2005, s. 181). Gerek YŞÇK’nın gerekse YŞÇKT’nin, 6224 s. Kanun’un ilga edilmesiyle hukuki dayanaklarını kaybetmiş olması, müstakil hukuki varlığa sahip mevzuatın da açıkça yürürlükten kaldırılmasını lüzumsuz kılmamaktadır. Diğer yandan İdare Hukuku’nda geçerli olan “usulde paralellik” ilkesi, YŞÇK’nın Bakanlar Kurulu’na YŞÇKT’in ise Hazine Müsteşarlığı’na kaldırılmasını gerektirse de, bu işlem pekâlâ DYYK ve Yönetmelik ile de yapılabilirdi. Sonuç olarak DYYK ve Yönetmeliğe aykırı düşmemek ve kazanılmış hakların korunması ilkesi çerçevesinde kalmak kaydıyla (karş. DYYK m. 5/a), YŞÇK ve YŞÇKT’in 6224 s. Kanun zamanında başlamış ancak tamamlanmamış yabancı yatırımlar hakkında hâlâ uygulanabilir olduklarını söylemek gerekir. DYYK ve buna dayanılarak çıkarılan mevzuatın yürürlüğe girdiği zaman açısından belirtmek gerekirse, bunlar kendilerinden sonra yapılacak doğrudan yatırımlar hakkında derhal uygulanacak hükümlerdir. Diğer yandan hukuki anlamı tartışmalı “kazanılmış hak”

yandan devletin, uluslararası rekabeti de göz önünde tutarak, ekonomiye düzenleyici nitelikteki müdahalesi hukuk kurallarının şekillenmesinde önemli rol oynamaktadır (karş. DYYK m. 4). Düzenlemeler daha çok, politik-ekonomik bir beklentinin çerçevesini çizmeyi amaçlamakta²⁰, maddi hukukta görülen geleneksel hukuki sebep-sonuç (*Tatbestand-Rechtsfolge*) yöntemini nadiren takip etmektedir²¹. Bu bakımdan DYYK, bir ekonomi politikasının yasalaştırılmış halini teşkil etmekte, yoksa hakkında uygulanacak olan kişileri emir ve yasaklarla belirli davranışlarda bulunmaya zorlamamakta ve bunlara uyulmaması halinde de herhangi bir yaptırım öngörmemektedir.

Kanun yabancı yatırım türlerinden birisi olan doğrudan yabancı yatırımları, bunların ev sahibi ülkeler bakımından arz ettiği faydalara binaen özel biçimde düzenlemeyi amaçlamıştır. Yoksa yabancıların ülkemizde DYYK'nun kapsamına girmeyen türden yatırımlar yapmaları yasaklanmış değildir. Kanun, kapsamına girecek yatırımlara ilişkin *maddî şartlar* öngörmüş (karş. m. 2), ancak yapılan yatırımın idare tarafından Kanun'un kapsamına girip girmediğinin en azından usulen tespiti için izin, tescil vb. gibi bir "tanınma"²² şartı (*şeklî şart*) getirmemiştir²³. 6224 s. Kanun'un

kavramı bir yana bırakılsa bile, hem kazanılmış hakların korunacağını öngörmek hem de bunların dayanağı 6224 s. Kanun'u yürürlükten kaldırmak hukuki bir çelişkidir. Bu durum mülga Kanun'un "ruhunun" hâlâ yürürlükte olduğunu göstermektedir. Mülga 6224 s. Kanun ile ilgili mevzuatı yürürlükten kaldırmamak ise ayrı bir çelişki olarak ortada durmaktadır.

²⁰ Nitekim DYYK m. 1 Kanun'un amacını "doğrudan yabancı yatırımların özendirilmesine, yabancı yatırımcıların haklarının korunması ile yatırım ve yatırımcı tanımlarında uluslararası standartlara uyulmasına, doğrudan yabancı yatırımların gerçekleştirilmesinde izin ve onay sisteminin bilgilendirme sistemine dönüştürülmesine ve tespit edilen politikalar yoluyla doğrudan yabancı yatırımların artırılmasına ilişkin esasları düzenlemek" şeklinde ifade etmiştir. İtalik olarak vurgulanan kelimeler de, Kanun ile asıl olarak yabancı yatırımcıları çekmenin amaçlandığını, bunu yaparken de yabancı sermayeyi kendi ülkelerine getirebilmek için çalışan ülkeler arasındaki rekabetin gereklerinin yerine getirildiğini açıkça göstermektedir.

²¹ Yatırımcının ve sermayesinin m. 3/a-f'deki koruma sisteminden (muamele esasları) faydalanabilmesinin, yatırımın, DYYK m. 2 anlamındaki bir yatırım sayılmasına bağlı oluşu ile m. 3/g c. 2-3 uyarınca bazı doğrudan yabancı yatırım türlerinde personel istihdamına ilişkin özel kuralların uygulanacak olması öne çıkan istisnalar olarak görülebilir.

²² DYYK ve Yönetmelik incelendiğinde, herhangi bir yapıtıma da bağlanmamış olan "bilgilendirme sisteminin" hukuki sonucu olarak DYYK kapsamına girmek bakımından inisiyatifin yabancı yatırımcıda olduğu, yoksa Devlet'in kimlerin Kanun kapsamına girip girmediği hususunda re'sen idari bir karar vermediği görülür.

kaldırılmasının da gösterdiği gibi, bunun bilinçli bir tercih olduğu belirgin ise de, DYYK m. 3/a-f'de getirilen koruma sisteminden faydalanabilmek bakımından, yatırımın hangi anda kapsam dahilindeki bir yatırım olması gerektiği gibi bir sorunun ortaya çıkması da muhtemeldir. Zira somut bir olayda başlangıçta kapsam dışı bir yatırımın sonradan DYYK kapsamına girmesi ya da tersi söz konusu olabilir. Kanaatimizce, Yönetmelik m. 5'de değişik durumlara ilişkin bildirim yükümlülükleri öngörülmesi, 6224 s. Kanun'un kaldırılması ve DYYK'nun amacı ve ruhu karşısında, yatırımcılar için beraberinde bir takım hukuki sonuçları getiren bir tür kendini idareye "tanıtma" yöntemi ve idarenin de bunun üzerine yatırıma izin verme/onama işlemi (*tanıma*) olarak görülemez²⁴. Anılan Yönetmelik hükmünün amacı da bu değildir. Buna rağmen usulüne uygun yapılan bildirimlerin değinilen sorun bakımından hiçbir hukuki sonuç doğurmayacağı da söylenemez. Burada, yatırım sermayesinin ülkeye giriş anında DYYK kapsamına dahil olması gerektiği, giriş tarihinden bu yana sürekli olarak kapsama dahil olmuş olması gerektiği, uyuşmazlığın doğduğu anda kapsam dahilinde olması gerektiği ve yatırımın herhangi bir anda kapsam içinde yer almış olmasının yeterli olacağı görüşleri savunulabilir. Soruna ilişkin açık bir yasal dayanak bulmak mümkün değilse de, kanaatimizce yatırımın uyuşmazlığın doğduğu anda kapsam dahilindeki bir yatırım olmasının yeterli sayılması, yatırımcı lehine bir yorum olacak ve DYYK m. 3'de öngörülen muamele esaslarının da gerçekleştirilmesini sağlayacaktır.

DYYK, yabancı müteşebbislere Türkiye'de doğrudan yatırım yapmaları halinde Türk müteşebbislere oranla hukuki bakımdan kural olarak²⁵ negatif ya da pozitif herhangi bir ayrımcılıkla karşılaşmayacaklarına ilişkin teminatlar öngörmektedir. Kanun'un

²³ DYYK izin ve onay sistemini bilgilendirme (bildirim) sistemine dönüştürmüştür (karş. mülga 6224 s. Kanun m. 1/I'de yer alan Yabancı Sermayeyi Teşvik Komitesinin kararı ve Bakanlar Kurulunun uygun görüşü şartı; DYYK m. 3-4).

²⁴ Yapılan yatırımın DYYK kapsamında olduğunu YPİstY uyarınca çalışma izni verilmesi de gösterebilir. Ancak aşağıda da görüleceği üzere bu sadece "özellik arzeden doğrudan yabancı yatırımlar" bakımından söz konusu olabilecektir.

²⁵ Karş. DYYK m. 3/I "uluslararası anlaşmalar ve özel kanun hükümleri tarafından aksi öngörülmedikçe [...]"

uygulanabilmesi ve yatırımcı adaylarında beklenen ilgiyi uyandırması için devletin, vergi ve bürokratik iyileştirmeler vb. gibi başka tedbirleri de alması ve çeşitli tanıtım faaliyetlerinde bulunması gerekli gözükmetedir²⁶.

DYYK'nun sunduğu teminatların kaleme alınış biçimi anayasal metinleri andırmaktadır: Gerçekten “yabancı yatırımcılar tarafından Türkiye’de doğrudan yabancı yatırım yapılması *serbesttir*” (m. 3/a b. 1), “yabancı yatırımcılar yerli yatırımcılarla eşit muameleye *tabidirler*” (m. 3/a b. 2), “doğrudan yabancı yatırımlar, yürürlükteki mevzuat gereğince; kamu yararı gerektirmedikçe ve karşılıkları ödenmedikçe *kamulaştırılmaz veya devletleştirilemez*” (m. 3/b), “yabancı yatırımcıların Türkiye’deki faaliyet ve işlemlerinden doğan [...] aracılığıyla yurt dışına serbestçe transfer *edilebilir*” (m. 3/c), “yabancı yatırımcıların Türkiye’de kurdukları veya iştirak ettikleri tüzel kişiliğe sahip şirketlerin, Türk vatandaşlarının edinişine açık olan bölgelerde taşınmaz mülkiyeti veya sınırlı aynî hak edinmeleri *serbesttir*” (m. 3/d), “[...] ilgili mevzuatta yer alan koşulların oluşması ve tarafların anlaşması kaydıyla, milli veya milletlerarası tahkim ya da diğer uyuşmazlık çözüm yollarına *başvurulabilir*” (m. 3/e) gibi hükümler, devletin yabancı yatırımcıya karşı tek taraflı olarak, faaliyetin ve rekabetin, ülkede herkes için geçerli ekonomik şartlara göre işleyeceğini ve yabancı yatırımcı ile yerli yatırımcı arasında fiilen ve hukuken herhangi bir ayırım yapmayacağını taahhüt etmek suretiyle kendisini sınırladığını göstermektedir²⁷. Kanunkoyucu yabancı yatırımcılara verilen teminatların çerçeve norm niteliğinde olmasını tercih ederek uygulama kapsamını geniş tutmaya çalışmıştır. Aynı durumdaki Türk vatandaşlarına uygulanan ilgili mevzuat yabancı yatırımcıya da uygulanabilir

²⁶ Örnek olarak bkz. ÖZYILDIZ, R. Hakan: “Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarında Karar Alma Prosedürü”, Hazine Dergisi, Temmuz 1998, S. 11, s. 3 vd.; SABİR, Hasan: “Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarını Gelişmekte Olan Ükelere Yönlendirici Politikalar”, <http://www.dtm.gov.tr/ead/DTDERGI/Ekim2002/sabir.htm> (erişim tarihi: 17.05.2006); GÖVDERE, Bekir: “Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Belirleyicilerinin Günümüzdeki Geçerliliği”, <http://www.dtm.gov.tr/ead/DTDERGI/nisan2003/yab.ser.htm> (erişim tarihi: 17.05.2006).

²⁷ Nitekim ERTEN de “Kanun (DYYK) daha çok, ülkemizdeki yabancı yatırımların hak ve menfaatleri konusunda taahhütleri içeren bir manifesto niteliğini taşımakta(dır) [...]” diyerek, DYYK'nun bu özelliğine dikkat çekmiştir.

hale getirilmiştir (*millî muamele esası*, DYYK m. 3). Ancak uygulanabilirliği bakımından, vatandaş-yabancı ayrımı yapmayan mevzuat için, bunların yabancı yatırımcılar hakkında da uygulanacağını öngörmek, gerçekte var olanın tekrarıdır. Bu bakımdan DYYK gerçekte, yabancıların *doğrudan yatırımlar özelinde* söz konusu olabilecek hak ve menfaatlerinin teminat altında olduğunu bildirme işlevine sahiptir.

Doğrudan yabancı yatırımlarda istihdam edilecek yabancı uyruklu kilit personelin (YPİstY m. 4/III) çalışma izinlerine uygulanacak esasların tespiti için çıkarılan YPİstY'nde yatırımın büyüklüğü istihdam edilen personel sayısı gibi ölçütler dikkate alınarak *özellik arzeden doğrudan yabancı yatırımlar (nitelikli doğrudan yabancı yatırım)* kategorisi oluşturulmuştur (m. 4/II). Bu ölçütleri yerine getiremeyen yatırımlar ise *basit doğrudan yabancı yatırımlar* olarak isimlendirilmektedir²⁸. DYYK m. 3/g hükmü de doğrudan yatırımlarda bazı yabancı personelin istihdamı ve çalışma izinleri hususunda bir takım ayrıcalıkların tanınacağına işaret etmiş ve 4817 s. Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun'un²⁹ bu alanda hangi kapsamda uygulanacağı hakkında ilkeler ortaya koymuştur. DYYK m. 3/g b. 3, bu çerçevede 4817 s. Kanun m. 14/I b'de yer alan "çalışma izni veya çalışma izninin uzatılması başvurusu [...] başvuru iş için ülke içinde, dört haftalık süre içerisinde o işi yapacak aynı niteliğe sahip kişinin bulunması [...] hallerinde

²⁸ TEKİNALP, G., Yabancılar Hukuku, s. 151-152. YPİstY m. 4/II uyarınca özellik arz eden doğrudan yabancı yatırımlar a) yabancı ortakların toplam sermaye payının en az 400 milyar Türk Lirası olması kaydıyla i) son yıl cirosu en az 30 trilyon TL olan veya ii) son yıl ihracatı en az 1 milyon ABD Doları olan veya iii) son yıl içinde SSK'na kayıtlı en az 250 personel istihdam eden şirket ve şubeyi, b) şirket veya şubenin yatırımında bulunması durumunda, öngörülen asgari sabit yatırım tutarının en az 10 trilyon TL olmasını, c) ana şirketin merkezinin bulunduğu ülke dışında en az bir ülkede daha doğrudan yabancı yatırımı bulunmasını ifade eder. Ancak bütün bu hallerde yatırımın DYYK'nun kapsamına giren bir yatırım olması gerekir. YPİstY'nde yer alan bu kurallar ile eski YSÇKT m. 10/1'de öngörülen ve yatırımcı başına en az 50.000 \$'lık sermaye girişini şart koşan düzenleme arasındaki benzerlik -nitelik ve amaçları tamamen farklı da olsa- işaret edilmeye değerdir. YPİstY'in irtibat büroları bakımından uygulanabilmesi, büro faaliyetleri için son yıl içinde yurt dışından en az 200.000 ABD Doları veya karşılığı döviz getirilmiş olması şartına bağlanmış ve yetki belgesi sahibi en fazla bir kişiye (kilit personel) Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'nca çalışma izni verileceği öngörülmüştür (m. 6; karş. m. 10/c). Bu hükümden hareketle irtibat bürolarını da "basit" ve "özellik arzeden" şeklinde sınıflandırmak mümkündür.

²⁹ RG T. 06.03.2003 S. 25040.

reddedilir” hükmünün, nitelikli doğrudan yabancı yatırımlarda yabancı uyruklu kilit personele verilecek çalışma izinleri hakkında uygulanmayacağını öngörmüştür³⁰. Görüldüğü gibi *nitelikli doğrudan yatırım-basit doğrudan yatırım* ayrımı hukuki etkisini istihdam edilecek yabancı uyruklu kilit personele verilecek çalışma izinleri bakımından doğuracaktır. Bu durum nitelikli doğrudan yatırım yapan yatırımcı lehine öngörülen bir avantajdır. YPİstY, DYYK m. 3’de öngörülen yatırımları koruma sistemini tamamlayıcı özelliğe sahiptir.

Kanun’un kişi bakımından uygulama alanına (*yatırımcıya ilişkin şart*)³¹ nerede ikâmet ettiklerine bakılmaksızın yabancı gerçek kişiler ile yabancı bir ülkenin kanunlarına göre kurulmuş olan tüzel kişiler ve uluslararası kuruluşlar ile yurtdışında ikamet etmeleri şartıyla³² Türk vatandaşları girmektedir. Uluslararası kuruluşlar ile belli şartlarda Türk vatandaşlarına doğrudan yatırım imkanı verilmesi DYYK’nun getirdiği yeniliklerdendir³³. Türk vatandaşının ne kadar süredir yurt dışında ikamet ettiği ise önemli değildir³⁴. Ortaklarının tümü ya da çoğunluğu Türk vatandaşı olan yabancı bir şirket de DYYK’dan istifade edebilecektir. Zira yabancı şirketlerin yönetim ve temsil organı üyesi kişilerin hepsinin ya da çoğunluğunun yabancı olmasına ilişkin herhangi bir mecburiyet söz konusu değildir. Bu son durumda, DYYK uygulaması bakımından yabancı tüzel kişinin Türk vatandaşı yöneticilerinin yurt dışında ikamet etme şartı aranmamalıdır³⁵. Kanunkoyucunun, doğrudan yatırımda kullanılan sermayenin yurtdışından ya da yurt içinden gelmesini ve bunu getirenin yabancı olmasını yeterli saydığını, yatırımcının ne-

³⁰ Diğer yenilikler hakkında bkz. TEKİNALP, G., *Yabancılar Hukuku*, s. 155; ERTEN, s. 116 vd.

³¹ TEKİNALP, G., *Yabancılar Hukuku*, s. 152.

³² Yönetmelik m. 10 uyarınca Türk vatandaşlarının yurt dışında ikamet ettiklerini çalışma veya ikamet izni ile belgelenmeleri halinde yabancı yatırımcı sayılacakları öngörülmüştür.

³³ TEKİNALP, G., *Yabancılar Hukuku*, s. 152.

³⁴ ERTEN, s. 104.

³⁵ Belirtilmelidir ki yerli ya da yabancı uyruklu yöneticilerin tescili için hemen her zaman bunların şirketin kurulduğu ülkede ikâmetgah etmesi şartı arandığından böyle bir olayın gerçekleşme ihtimali oldukça düşüktür. Alman Hukukunda yabancı uyruklu bir yönetici ikâmetgâh şartını yerine getirmese de, ülkeye her zaman engelsiz biçimde girme imkanına sahipse tescile izin verilmektedir, karış. LUTTER, Marcus/HOMMELHOF, Peter: *GmbH-Gesetz*, 14. Aufl., Köln, 1995, § 6 Rn. 14.

rede yerleşik olduğuyla ise Türk vatandaşları ile ilgili istisna dışında ilgilenmediği tespitinde bulunmak mümkündür.

DYYK m. 5/d uyarınca Kanun hükümlerine ilişkin değişiklikler “ancak bu Kanuna hüküm eklenmek veya bu Kanunda değişiklik yapılmak suretiyle düzenlenir”³⁶. Bu kural ile kanunkoyucu, Kanun’da başka kanunlarla açık ya da zımnî değişiklikler yapmayacağını belirterek, Kanun’un uygulandığı kişilere öngörülebilirlik, şeffaflık ve hukuki güvenlik teminatı vermek istemektedir. Kanun, bu hüküm ile adeta bir anayasa imiş gibi değişiklik yöntemi bakımından koruma altına alınmaktadır. Her ne kadar kanunkoyucu bakımından bağlayıcılığı tartışılırsa da³⁷ uygulandığında hukuki güvenlik ilkesinin hayata geçirilmesine katkıda bulunacağı açıktır.

DYYK numaralandırma tekniği bakımından da alışılmışın dışındadır. Zira Kanun’da fıkralara harf, bentlere rakam, alt bentlere de “i”, “ii” gibi işaretler verilmiştir. Yönetmelik’in de bu yönüyle tutarlı bir sistematik takip ettiğini söylemek mümkün değildir. Kanunkoyucunun hukukumuzda alışılmış olan yazım tekniğinden, en azından fıkralara (şart, unsur ya da görev ve yetkilerin sayımı halleri dışında) harf ya da rakam verilmemesi uygulamasından, ayrılmasını gerektiren bir durum söz konusu değildir. Bu hususta MK, BK ve TK’nun takip ettiği yöntemin, Ekonomi Hukuku ile ilgili mevzuatın yazımında da rehberlik etmesi yerinde olacaktır.

III- DYYK’NA GÖRE YAPILAN YATIRIMLARDA TERCİH EDİLEBİLECEK HUKUKİ FORMLAR

A) Yeni Şirket Kurulması veya Kurulu Şirketlere İştirak Edilmesi

4875 s Kanun’da yabancı sermayenin ülkeye giriş yolu olarak, ama aynı zamanda bunun yönetilebilmesi ve arzulan fiziki yatırım olan ticari ve sınaî işletme faaliyetine yönlendirilebilmesi için yabancı yatırımcılara belirli hukuki formlar sunulmuştur. Böylelikle teşebbüsün üç unsurundan biri olan sermaye, gerçek ya

³⁶ Benzer hükümler için bkz. örneğin 4734 s. Kamu İhale Kanunu (RG T. 22.01.2002 S. 24648) m. 66 ve 4735 s. Kamu İhale Sözleşmeleri Kanunu (RG T. 22.01.2002 S. 24648) m. 38.

³⁷ ERTEN, s. 149.

da tüzel kişi olan girişimcinin tasarrufu altına girmiş olacaktır. Ancak belirtilmelidir ki, girişimcinin hukuki durumunun iç hukuk bakımından belli olması, girişimcinin ve yöneticilerinin 3. kişilere karşı hukuki sorumlulukları, Usul Hukuku ile vergi vb. yükümlülüklerin sahibinin belli olması gibi hususlar da yatırımların hukuki formlarının belirlenmesini mecburi kılmaktadır. Yatırımcı, öngörülen hukuki formlardan biri veya bir kaçından aynı ya da farklı zamanlarda istifade edebilir.

Kanun'da yabancı yatırımcıların Türkiye'deki doğrudan yatırım faaliyetlerinde faydalanabilecekleri hukuki formlar şu şekilde gösterilmiştir: Yabancı sermaye, *i*) Türkiye'de yeni şirket kurmak, *ii*) yurt dışındaki işletmenin bir şubesini açmak, *iii*) menkul kıymet borsaları dışında hisse edinimi yoluyla oranına bakılmaksızın kurulu bir şirkete ortak olmak, *iv*) hisselerin menkul kıymet borsalarından edinilmesi halinde kurulu bir şirkete % 10 oranında ortak olmak ya da *v*) bu oranda oy hakkı sağlayan imtiyazlı hisse edinmek³⁸ suretiyle ülkemize doğrudan girebilecektir (m. 2/b-2 i-ii).

Yatırımcı farklı zamanlardaki yatırımlarının her birinde DYYK m. 2'de yer alan kişi (a), sermaye (b-1) ve hukuki form (b-2 i-ii) şartlarını yerine getirmek kaydıyla doğrudan yabancı yatırım yapan yabancı yatırımcı durumunda olacak ve Kanun'un kapsamına girecektir.

Aşağıda yabancı yatırımcılar tarafından yeni şirket kurulması ya da kurulu şirketlere iştirak etmeleri ile ilgili *seçilmiş* bazı sorunlara değinilecektir:

DYYK, gerçek kişi yabancı yatırımcıların -uluslararası uygulamada sık görülmemesi, yatırımcının sınırsız şahsi sorumluluğu gibi problemler sebebiyle - Türkiye'de şahsen ticari veya sınai işletme işletmek suretiyle yatırım yapmak istemeyeceklerinden hareketle, tek başına işletme işletmeyi bir doğrudan yatırım türü olarak kabul etmemiştir (karş. DYYK m. 2/b-2). Bu bakımdan bu nev'i

³⁸ DOMANIÇ, Hayri: Adi-Kollektif ve Komandit Şirketler, 4. Bası, İstanbul, 1988, s. 326; KENDİGELEN, Abuzer.; Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul, 1999, s. 49 vd.; ARSLANLI, Halil: "Limited Şirketin Teşkilatı-TTK. m. 536, 537", Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, s. 757-759.

faaliyetler Kanun'un kapsamı dışındadır. Gerçek kişi yabancıların, tacir ya da esnaf olarak (TK 14/I; 16; 17) şahsen işletme işletmeleri halinde, özellikle yatırımlarının korunması sorunu DYYK hükümlerine göre değil, Türk Hukuku'na ve -varsa- Türkiye ile yabancı'nın vatandaşı olduğu ülke arasında karşılıklı yatırımların korunmasına dair antlaşmaya göre çözülecektir³⁹. Kanun'daki tanımların tereddüde yer vermeyecek derecede açık olması karşısında, DYYK m. 3'de öngörülen teminatların tek başına işletme işleten yabancı yatırımcıya kıyasen uygulanması da mümkün gözükmemektedir. Doğrudan yabancı yatırımları düzenleyen bir kanunda, yatırımların giriş türleri öngörülürken seçici davranmak politik bir karar olmakla birlikte, uygulamada bunlardan hangisinin tercih edileceğinin, yabancı yatırımcının kararına bağlı olduğu da görmezden gelinemez. Yabancıların doğrudan yatırım yaparken yeni bir ortaklık kurmak ya da kurulu bir ortaklığa iştirak etmek zorunda bırakılmaları, saman adam kullanılması sonucunu doğurabilir niteliktedir. Hukukumuzda tek kişilik ortaklık kurulması da mümkün değildir. Bu bakımdan ekonomik, hukuki avantaj ve dezavantajları bakımından tercih edilip edilmeyeceği sorusu bir yana bırakılırsa, DYYK'nun, yatırım konusu işletmeyi bir ortaklık vasıtasıyla değil de şahsen işletmeyi tercih eden yabancı yatırımcılara ilişkin hükümler de içermesi yerinde olurdu. DYYK'nun halihazırda bu gibi yatırımcıları koruduğu söylenemez.

DYYK yatırım yapacak gerçek ya da tüzel kişinin "yabancı" olmasını zorunlu kılmıştır. Gerçek kişiler bakımından kimlerin yabancı olduğunu tespit etmek nispeten kolaydır. Buna göre Türk Vatandaşlığı Kanunu'na göre Türk sayılmayan gerçek kişiler yabancı sayılacaklardır⁴⁰. Tüzel kişiliği haiz ticaret ortaklıkları bakımından ise yabancılığı tespit etmek bu konuda özel mevzuatın olmaması sebebiyle oldukça karışık bir durum sergilemektedir⁴¹.

³⁹ Karş. TİRYAKIOĞLU, <http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/dogrudanyabyatirimci.doc> (erişim tarihi: 17.05.2006).

⁴⁰ TEKİNALP, G., Yabancılar Hukuku, s. 6.

⁴¹ TEKİNALP, G., Yabancılar Hukuku, s. 54 vd.; TEKİNALP, Gülören: "Türk Hukukunda Ortaklıkların Vatandaşlığı", 50. Yıl Armağanı-Cumhuriyet Döneminde Hukuk-İstanbul 1973, s. 551 vd.; POROY (TEKİNALP/ÇAMOĞLU), s. 97 N. 124; MOROĞLU,

Ayrıntılarına girmeden belirtmek gerekirse, TK ve 1330 tarihli Ecnebi Anonim ve Sermayesi Eshama Münkasem Şirketlerle Ecnebi Sigorta Şirketleri Hakkında Kanun-u Muvakkat'in (EŞHK) getirdiği sisteme göre tüzükte gösterilen idare merkezi ile kuruluş hukukunun, bir arada ortaklığın vatandaşlığını belirleyeceğini söylemek gerekir. Sermayesi paylara bölünmüş şirketler bakımından, şirketin gerçek idare merkezinin Türkiye'de bulunması, kuruluş hukukuna ve tüzüksel merkezinin nerede olduğuna bakılmaksızın, vatandaşlığın tayininde belirleyici rol oynayacaktır (EŞHK m. 15)⁴². Tüzüksel merkezi Türkiye'de bulunan yabancı bir şirket söz konusu olamaz⁴³.

DYYK m. 2/a'da doğrudan yatırım yapabilecek yabancılar sayılırken gerçek kişiler ve uluslararası kuruluşlar yanında "yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş *tüzel kişilerden*" bahsedilmiş, tüzel kişinin özel hukuk ya da kamu hukuku tüzel kişisi olup olmaması hususu üzerinde durulmamıştır. Bu durumda tüzel kişiliği haiz yabancı bir devlet işletmesi özel hukuka tabi olup olmadığına bakılmaksızın Türkiye'de doğrudan yatırım yapabilecek ve DYYK m. 3'deki teminatlardan istifade edebilecektir. Öte yandan gerek DYYK gerekse Yönetmelik incelendiğinde yabancı yatırımcının kendi ülkesinde hali hazırda iktisadi bir faaliyetle uğraşmasının zorunlu olup olmadığı hususunda sustukları dikkat çekmektedir. EŞHK'nun ilk maddesinde yer alan "memaliki ecnebiyede teşekkül ederek, Memaliki Osmaniye'de şube ve acentehane tesis ve küşadiyle icrayı muamele edecek olan [...] şirketler muamelâta iptida etmezden evvel [...] merkezî idaresinin bulunduğu memleket kavanini mer'iyesine muvafık olarak teşekkül etmiş ve *elyevm icrayı muamele eylemekte bulunmuş olduğunu* mutazammın [...] bir şahadetnameyi [...] tevdie mecburdur" hükmü ile aynı Ka-

Erdoğan: "Anonim Ortaklıkların Tâbiyeti ve Tanınması", Makaleler II, İstanbul 2006, s. 82 vd.; SCHMIDT, Karsten: Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Köln vd., 1991, s. 20 § 1 II 7.

⁴² TEKİNALP, G., Yabancılar Hukuku, s. 61; TEKİNALP, G., 50. Yıl Armağanı, s. 571 vd.; MOROĞLU, s. 84; ticaret ortaklıklarının vatandaşlığı ile ilgili özel hükümler öngören mevzuat hakkında bkz. TEKİNALP, G., Yabancılar Hukuku, s. 58 ve 61; TEKİNALP, G., 50. Yıl Armağanı, s. 574 vd.; MOROĞLU, s. 83 dn. 8.

⁴³ TEKİNALP, G., Yabancılar Hukuku, s. 64-65.

nun'un gerçek idare merkezi ilkesine dayanan⁴⁴ 15. maddesinde anonim şirketler için öngörülen tahvil ya da terkin şartı, yatırım yapacak yabancı şirketin, merkezinin bulunduğu ülkede de faal olmasını zorunlu kılmaktadır. Bu itibarla yurt dışındaki tüzüksel merkezi sadece adresten ibaret olan (*Briefkastenfirma*) ve gerçek idare merkezi Türkiye'de bulunan sermayesi paylara bölünmüş şirketlerin yatırım yapmaları, bunların yabancı sayılmaları mümkün olmadığından⁴⁵ söz konusu değildir⁴⁶.

⁴⁴ TEKİNALP, G., *Yabancılar Hukuku*, s. 55 dn. 7, gerek TK gerekse EŞHK'dan çıkarılan kıstasların şahıs şirketleri hakkında da kıyasen uygulanabileceği hakkında bkz. s. 56; TEKİNALP, G., 50. Yıl Armağanı, s. 579.

⁴⁵ Karş. TEKİNALP, G., *Yabancılar Hukuku*, s. 63-64.

⁴⁶ Avrupa Birliği Adalet Divanı (ATAD) 1999'da verdiği ünlü Centros kararında (T. 09.03.1999, Rs. C-212/97 Centros/Erhvervs- og Selskabsstyrelsen, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (ZIP) 1999, s. 438 vd.), bir üye devletin (İngiltere) hukukuna göre kurulan bir limitet şirketin (private limited company) merkezinin bulunduğu bu ülkede hiçbir ticari faaliyet yürütmemesine rağmen diğer üye ülkede (Danimarka) şube açabileceğine karar vermiştir. Divan, Danimarka'nın tescil talebini, şirketin Danimarka hukukunun daha ağır olan kuruluşta sermaye koyma yükümlülüklerini dolanmak amacıyla İngiltere'de kurulmuş olduğu itirazını da, ki bu hususu anılan şirketin Danimarka vatandaşı kurucuları da itiraf etmektedirler, kabul etmemiş, iç hukuktan kaynaklanan hukuki sorunların AB Anlaşması'nın 52. ve 58. maddelerinde (yeni m. 43 ve 48) düzenlenmiş olan "yerleşme serbestisinin" (Niederlassungsfreiheit) kullanılmasını engelleyemeyeceğini ifade etmiştir. Üye ülkeler alacaklıların korunması ve hileli iflasların önlenmesi için temel özgürlükleri kısıtlamayacak tedbirleri almakta serbesttirler. ATAD bu kararını 05.11.2002 tarihli Überseering Kararıyla (Rs. C-208/00, ZIP 2002, s. 2037 vd.) daha da geliştirmiştir. AB üyesi ülke vatandaşlarının, kendi ülkelerinde ticari faaliyet göstermek istersen ağır kuruluş yükümlülüklerinden de kaçınma istekleri, bunların bir başka üye ülkede şirket kurmaları veya böyle bir şirketin paylarını devralmaları ve şirketin merkezini de bilahare kendi ülkelerine taşımaları gibi uygulamaları beraberinde getirdi. Karara konu teşkil eden olayda Hollanda'da kurulmuş ve tescil edilmiş, tüzüksel merkezi de burada olan şirketin (Überseering Besloten Venootschap, BV) ortaklık payları Alman vatandaşı iki kişi tarafından devralınmış, şirketin Almanya'da açtığı alacak davası yerel mahkemeler tarafından, şirketin gerçek merkezinin artık Almanya olduğu, ve Merkez Teorisine uyarınca da (Sitztheorie) Hollanda hukukuna göre kurulmuş şirketin Alman hukukuna göre hak ve fiil ehliyetinin ve netice olarak da dava ehliyetinin yokluğuna hükmederek, davacı şirketin tanınmayacağına karar vermiştir. Alman Federal Mahkemesi temyiz incelemesi sırasında konuyu ATAD önüne getirmiştir. Divan ise, AB üyesi bir ülkede hukuka uygun kurulmuş ve tescil edilmiş olan ve tüzüksel merkezi de burada bulunan bir şirketin, fiili merkezi kendi sınırları içinde bulunan diğer üye ülke tarafından da kayıtsız şartsız tanınması gerektiğine, aksi halde AB sözleşmesinin 43. ve 48. maddelerinin ihlal edilmiş olacağına karar vermiştir. Her iki karar da literatürde yoğun tartışmalara sebep olmuştur, örnek olarak bkz. EBKE, Werner F.: "Die Würfel sind gefallen: Die Sanktionen der Sitztheorie sind europarechtswidrig!", *Betriebsberater (BB)* 2003, s. 1; HEIDENHAIN, Martin: "Ausländische Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland", *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG)* 2002, s. 1141 vd.; KINDLER, Peter: "Auf dem Weg zur europäischen Briefkastengesellschaft? - Die „Überseering" Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht", *Neue*

DYYK m. 2/a-2 uyarınca Türkiye’de yatırım yapacak tüzel kişilerin tüzel kişilik statüleri tüzüksel merkezinin bulunduğu ülkenin hukukuna göre belirlenecektir. Buna göre kendi ülke hukukuna göre tüzel kişi kabul edilmeyen şahıs ya da mal topluluklarının doğrudan yatırım müracaatları süjelik sıfatının yokluğu gerekçeyle ret edilecektir. Zira Kanun yanlış anlamaya mahal vermeyecek şekilde “tüzel kişiden” söz etmiştir. Oysa bazı yabancı hukuklarda tüzel kişilikleri olmadığı halde bir tüzel kişi gibi hukuki durumu olan ve 3. kişiler karşısında hukuki bütünlük olarak kabul edilen ticaret şirketleri vardır. Örneğin İsviçre, Alman ve Avusturya Hukukunda kollektif (offene Handelsgesellschaft) ve komandit (Kommanditgesellschaft) şirketlerin tüzel kişiliği yoktur, ancak süje olarak bir tüzel kişiden de farkları bulunmamaktadır (İsviçre BK m. 562; 602; Alman TK m. 123-124; 161/II; Avusturya TK m. 105 vd.; 161)⁴⁷. MÖHUK m. 8/IV c. 1 uyarınca *tüzel kişilerin veya kişi ve mal topluluklarının* hak ve fiil ehliyetinin tespitinde (tanınmasında)⁴⁸ tüzüksel merkezinin bulunduğu ülke hukuku söz sahibidir. Anılan yabancı hukuklar bu şirketlere hak ve fiil ehliyeti tanıdığına göre, DYYK m. 2/a-2’nin amacı gerçekleşmiş kabul edilmeli, merkezin bulunduğu ülkede hukuka uygun biçimde kurulmuş ve tescil edilmiş olmak şartıyla, bu gibi şirketlerin yabancı yatırımcı sıfatları (DYYK m. 2/a-2) tüzel kişiliğin yokluğu gerekçe-

Juristische Wochenschrift (NJW) 2003, s. 1073. Ancak belirtilmelidir ki, ATAD’nın anılan kararlarından ortaklıkların vatandaşlığının tespiti ile ilgili herhangi bir sonuç çıkarılması mümkün değildir. Kararlar bir üye ülkede kurulmuş ortaklıkların diğer üye ülkelerde şube açarak faaliyet gösterebilmeleri ve tanınmaları ile ilgilidir. Kaldı ki iç hukuku ilgilendiren vatandaşlık konusunda (karş. TEKİNALP, G., Yabancılar Hukuku, s. 54-55) ATAD’nın yetkili olması da düşünülemez. Tanınma ile vatandaşlık da birbirinden farklı kavramlardır (MOROĞLU, s. 85). Keza AB hukuk çevresinde yer alan ortaklıklar bakımından, AB Anlaşmasında öngörülen temel özgürlükler karşısında özellikle özel haklar bakımından yabancıların pratik önemi neredeyse kalmamıştır. ATAD kararlarının da üye ülkelerin iç hukukundan kaynaklanan yerleşme serbestisi önündeki son engelleri kaldırmaya hizmet ettiği söylenebilir.

⁴⁷ ÇAMOĞLU (POROY/TEKİNALP), s. 145 N. 197; KÜBLER, Friedrich: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Heidelberg, 1994, s. 88, 129; ABD şirketler hukukuna göre de örneğin “general partnership”, “limited partnership”, “business corporation” “business trust” tüzel kişiliğe sahip olmayan şirket tipleridir, bkz. TERSTEEGEN, Jens: “Überblick über ausländische Gesellschaftstypen”, http://www.jurawelt.com/download/aufsätze/auslg_esr.pdf (erişim tarihi: 18.07.2006).

⁴⁸ TEKİNALP, Gülören., “Yabancı Tüzel Kişilerin Tanınması”, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, s. 187-191, 194; MOROĞLU, s. 85; SCHMIDT, s. 21 § 1 II; Karş. ATAD, T. 05.11.2002 (Rs. C-208/00), ZIP 2002, s. 2037 vd., (Übersetzung).

siyle reddedilmemelidir. Diğer yandan Türkiye’de tanınmış olmak, tüzel kişi yabancı işletmenin serbestçe faaliyet gösterebilmesi anlamına gelmez. Bunun için bilhassa özel mevzuatta yer alan başka şartların yerine getirilmesi gerekebilir⁴⁹. Ancak salt DYYK açısından bakıldığında, yabancı yatırımcının faaliyet için izin alma vb. gibi zorunluluğa tabi tutulmadığı görülür.

Yabancıların kurabilecekleri ve iştirak edebilecekleri şirketler ancak Türk Ticaret Kanunu’nda öngörülmüş olan şirketler ile Borçlar Kanunu’nda düzenlenmiş olan adi şirkettir (Yönetmelik m. 9/I). Bu bakımdan Kanun’da her ne kadar “hisse” ifadesi kullanılmıyorsa da, Yönetmelik’in anılan hükmü, bunun teknik anlamda olmadığını, genel olarak “ortaklık payının” kastedildiğini göstermektedir. Bu yüzden “hisse” yerine “ortaklık payı” ifadesinin kullanılması daha doğru olurdu. Kanun bu haliyle daha çok anonim şirketleri göz önünde tutarak kaleme alınmış gözükmektedir. Bunda da bir dereceye kadar haklılık payı vardır. Ne var ki kanunkoyucu, “ortak sıfatının kazanılmasının” şirket türlerine, hatta anonim şirketlerde hisse senedi türüne göre farklılık gösterdiği gerçeğini (karş. TK m. 168; 415, 416-419; 520; BK m. 524) görmezden gelmiştir. Bu yüzden ilgili hükme örneğin “*ortak sıfatının kazanılmasıyla ilgili özel hükümler saklıdır*” şeklindeki bir fıkranın eklenmesi daha yerinde olurdu.

Diğer bir nokta ise Kanun’da ki “*edinmek*” ifadesinin hukuki sonuçları bakımından nasıl anlaşılması gerektiği ile ilgilidir: “Edinmek” payın mülkiyet hakkım kazanmak şeklinde anlaşılacağı gibi, mülkiyeti kazanmadan yalnızca payın sağladığı hakların kazanılması şeklinde de yorumlanabilir. Esas itibarıyla “edinmek” hukuki anlamda kullanıla gelen teknik bir terim değildir. Örneğin TK m. 419/III, 525/I, 526’de “iktisap”, m. 329/I’de “temellük” ve daha yeni tarihli SerPK m. 16/A/I’de de “hisse senedi el değiştirmeleri” ifadesi kullanılmıştır. Bunlar pay üzerindeki mülkiyetin ve böylece hakların devren kazanılması anlamını içermektedir. DYYK uygulamasında “edinmek” kelimesinin hukuken ne anlama geldiği-

⁴⁹ TEKİNALP, G., Arslanlı Armağanı, s. 190 ve dn. 15, Yazar tüzel kişinin “çalışmasından” bahsetmektedir; LUTTER/HOMMELHOF, Einleitung Rn. 21.

nin yoruma başvurmadan anlaşılması ise güçtür. Sorun kendisini yabancı yatırımcının şirket payları üzerinde intifa hakkı, rehin hakkı, hapis hakkı gibi sınırlı aynı haklar kazanması ya da payların, yönetim ve semerelerden istifade hakkı sağlayan inançlı işlemlere (*fiducia; Treuhand*) konu olması halinde göstermektedir. -Ekonomik anlamda doğrudan yatırım sayılıp sayılamayacağı sorunu bir kenara bırakılırsa- acaba böyle bir durumda ilgili, DYYK uyarınca doğrudan yatırım yapmış olacak mıdır sorusunu olumsuz cevaplamak gerekecektir. Zira Kanun'da “[...] edinimler yoluyla mevcut bir şirkete ortak” olmaktan bahsedilmesi, payların sağladığı haklar üzerinde dolaylı şekilde tasarruf imkanına sahip olmanın yeterli görülmeceğini göstermektedir. Belirtmek gerekir ki kanun koyucu bu seçeneği de belirli şartlara bağlayarak (yurt dışından sermaye getirilmesi, yabancı yatırımcının tasarrufundaki pay miktarı, teknoloji transferi gibi) doğrudan yabancı yatırım olarak değerlendirebilir. Zira örneğin nasıl doğrudan yatırım olarak işletilen bir fabrikanın üzerinde kurulu olduğu gayrimenkul ya da menkul işletme tesisatı yabancı yatırımcının mülkiyetinde olmak zorunda değilse, belirli şartlarla paylar üzerinde intifa hakkı tesisi ya da inançlı işlemler aracılığı ile yabancıların bir şirketin yönetiminde söz sahibi olmaları da doğrudan yabancı yatırım olarak kabul edilebilmelidir. Böylece “iştirak” kavramı da daha geniş bir anlama kavuşmuş olacaktır. Diğer yandan yukarıda da belirtildiği gibi, şirket kurmak veya kurulu şirketlere iştirak etmek⁵⁰, esasen yurt dışından transfer edilen sermayenin ülkeye girişi, yönetilebilmesi ve ticari-sınai faaliyetlere aktarılabilmesi için seçilen araçlardır. Deyim yerindeyse sermayenin sahibinin belirlenmesidir. Bu bakımdan şirket kurmak/iştirak etmek yoluyla amaçlanan yabancı sermayenin kalıcı yatırımlar yapması hedefine, yabancı sermayeye şirketlerin payları üzerinde mülkiyet değil sadece belirli hususlarda tasarruf imkanı veren yöntemlerin de hukuken doğrudan yatırım olarak kabul edilmesi gerekir kanaatindeyiz.

⁵⁰ Bkz. EKŞİ, YÜHFD, C. I, S. 2, Y. 2005, s. 171. Yazar, DYYK m. 2/b-2 ii’de yer alan iştirak niteliğindeki yabancı yatırımların gerçekte doğrudan yatırım olarak kabul görmemesi gereken portföy yatırımı olduğunu belirtmektedir.

Türkiye'deki bir şirketin paylarının yabancı yatırımcı tarafından devralınması da (TK m. 146/I 2. tür; 451) hisse "edinimi" olarak değerlendirilmek gerekir⁵¹. Zira devralmada da devralan yatırımcı devralman şirketin paylarını iktisap etmektedir. Halka açık anonim şirketler bakımından aranan sermaye ve yönetimde kontrolü sağlama amacıyla yapılan veya ortaklığın pay dağılımının önemli ölçüde değişmesi sonucunu veren hisse senedi el değiştirmelerinin (SerPK m. 16/A/I) gerçekleşmesi, devir bakımından DYYK m. 2/b-2 ii'deki % 10 şartının da evleviyetle yerine geldiğine işaret eder. Yabancı bir şirketle bir Türk şirketinin birleşmesi (TK m. 146/I 1. tür; 452) ise, bunun tek başına yatırım sonucunu doğurmayan bir işlem olması itibarıyla DYYK m. 2/b-2'deki yer alan yatırım türlerinden birisini teşkil etmeyecektir: Yeni şirket kurulması suretiyle gerçekleştirilen birleşme her şeyden önce DYYK m. 2/b-2 ii'de öngörülen iştirak etmek olarak görülemez. Zira bu nev'i birleşmede, birleşen ortaklıklar ortadan kalkmaktadır. Bu anlamda ortada iştirak eden ve edilen bir şirket kalmamıştır. Diğer yandan, yeni doğacak şirketin Türk tabiiyetinde olması DYYK'un uygulanmasını engellerken, yabancı devlet tabiiyetinde olması da Türkiye'de "yeni şirket kurmak" (karş. DYYK m. 2/b-2 i) olarak değerlendirilemez. Bu yüzden birleşme suretiyle yeni şirket kurulması DYYK'nun öngördüğü doğrudan yabancı yatırım türü değildir.

B) Şube Açılması

Yabancı yatırımcı doğrudan yatırımını, DYYK m. 2/b-2 i uyarınca Türkiye'de yurt dışındaki işletmesinin bir şubesini açmak suretiyle de gerçekleştirebilir. İşletmesinin merkezi yurt dışında bulunan yabancı yatırımcı oradaki ticari ya da sınaî faaliyetini, açacağı şube ile Türkiye'de de yürütecektir. Aşağıda yabancıların şube açmasına özgü bazı durumlar ile, buna bağlı olarak ortaya çıkabilecek bir takım hukuki sorunlara değinilecektir.

Şube TK'nda tanımlanmış değildir. 5411 s. Bankalar Kanunu ise bankalar bakımından bir tanım yapmıştır (m. 3/XVI)⁵². 5174 ş.

⁵¹ TEKİNALP(POROY/ÇAMOĞLU), S. 452 N. 827.

⁵² ARKAN, s. 34 vd.

Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği İle Odalar ve Borsalar Kanunu ise kendi uygulaması bakımından şubeyi “*bir merkeze bağlı olduğu halde,[...] müstakil sermayesi ve müstakil muhasebesi bulunan ve/veya muhasebesi merkezde tutulduğu ve müstakil sermayesi bulunmadığı halde kendi başına sınaî faaliyet ve ticarî muamele yapan yerler ve satış mağazaları [...]*” şeklinde tanımlamıştır (m. 9/II)⁵³. Bu hükümler şubeyi yürüteceği faaliyeti göz önüne alarak işletmenin merkezine kıyasen tanımlamaktadırlar. Şubenin kimin (vatandaş-yabancı) tarafından açıldığı hususu ise şube niteliğinin kazanılmasında herhangi bir rol oynamamaktadır. Ancak doğrudan yatırım, örneğin bir banka şubesi açmak gibi, hakkında özel mevzuat bulunan bir alanda ise özel mevzuatın gereklerinin de ayrıca yerine getirilmesi gerekecektir (5411 s. Bankacılık K. m. 9; bkz. 7397 s. Sigorta Murakabe K. m. 2/IV, V, VI; 4/II).

Merkezi yurt dışında bulunan ticari işletmelerin Türkiye’de şube açmaları Tescil, Ticaret Unvanı ve Ticari Temsil Hukuku bakımından bir takım hukuki sonuçlar doğurmaktadır. Ancak belirtmek gerekir ki özellikle yabancı işletmelerin şubeleri için TK m. 42/IV’de ticaret unvanı, tescil ve özellikle de ticari mümessillik gibi müstakil kurumların bir arada anılması ve aralarında bağlantı kurulması aşağıda da görüleceği üzere karışıklıklara yol açmıştır⁵⁴:

i) Yabancı işletme sahiplerinin Türkiye’de açtıkları şubeler de, bunların buldukları yer ticaret siciline tescil ettirilmelidir (TK m. 42/IV c. 1 ve 3). Öncelikle vurgulanması gereken husus, ortada gerçekten şube niteliğini haiz “ticari ve/veya sınaî bir ünitenin” bulunması zorunluluğudur. Bu ünitenin şube olup olmadığı Türk Hukukuna göre tespit edilecektir. Yoksa “irtibat bürosu”, “rezervasyon bürosu”⁵⁵, “istihbarat bürosu”, “kontrol bürosu”, “temsilci-

⁵³ 5174 s. Kanun m. 9/II’de (mülga 5590 s. Kanun m. 9/III) yer alan bu tanımın Ticaret Hukuku uygulamasında da esas alınabileceği hakkında bkz. ARKAN, s. 35 dn. 3.

⁵⁴ Adalet Bakanlığı’nca hazırlanan TTK Tasarısının konuyu düzenleyen m. 40/IV ve m. 48/III hükümleri de yürürlükteki düzenlemelerde esasa ilişkin herhangi bir değişiklik yapmamış, sadece kısmen Türkçeleştirmekle yetinmiştir, <http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunutasarisi.htm> (erişim tarihi: 30.05.2005).

⁵⁵ ARKAN, s. 37; BROX, Hans: Handelsrecht und Wertpapierrecht, 9. Aufl., München, 1991, s. 83 vd; ayrıca bkz. BGE 108 II 122, İsviçre Federal Mahkemesi, yabancı ülkedeki merkezi yalnızca adresten ibaret olan (Briefkastenfirma) bir anonim şirketin İsviçre’deki şubesinin tesciline ilişkin kararında, şubenin merkezinkinden ayrı personel ve müştemilata

lik” ya da “satış mağazası”⁵⁶ gibi şube niteliği⁵⁷ taşımayan birimlerin şube olarak tescili, TK m. 42/IV karşısında mümkün değildir. Ayrıca belirtmelidir ki böyle bir durumda DYYK anlamında doğrudan yatırım da söz konusu olmayacaktır (Karş. DYYK m. 2/b-2 i-ii). Şube niteliğinin kazanılıp kazanılmadığının önemi, yabancı işletmenin Türkiye’de örneğin tamamen merkezden ya da merkezin personeli tarafından buradan yönetilen, yerli ya da yabancı müşterilerle kesinlikle işlem yapmayan, yapsa da muhatabın ve sorumlunun doğrudan merkez olduğu (*hem merkeze hem de dışa karşı bağımlılık*) hammadde hazırlama ve işleme tesisi, maden ocağı, fabrika, atölye, eğitim-dinlenme tesisi, depo gibi “işyerlerinin” açılması ve işletilmesi halinde de ortaya çıkmaktadır. Bu nev’i birimler şube niteliğinde değildir ve tescil edilemezler. Türkiye’de salt işyeri açılması da yine DYYK anlamında bir doğrudan yabancı yatırım değildir. Zira sermayenin getirilmesi ancak doğrudan yeni bir şirket kurmak, iştirak etmek ya da şube açmak suretiyle mümkündür. (Karş. DYYK m. 2/b-2 i-ii). Kanun yatırımın merkez ya da şubesi Türkiye’de bulunan bir işletme aracılığıyla yapılmasını ve yürütülmesini istemiştir.

TST m. 52/II c. 1 bu gibi şubeleri Sicil Hukuku bakımından yerli ticari işletmelerin merkezi ile bir tutmaktadır. Bunun hukuki sonuçlarından birisi de merkezin tayininde geçerli olan kıstasların⁵⁸, yabancı işletmenin şubesinin nerede olduğunun tayininde de

sahip olması gerektiğini, ancak bunun sadece şubenin tasarrufunda bulunmasının bir zorunluluk olmadığını ve bu haliyle şubenin tescil edilebileceğini belirtmiştir. Olayda, tescil talebinde bulunan AŞ’in merkezinde hiçbir ticari faaliyette bulunmaksızın, yalnızca şubenin aktif olacak olması, Sicil Hukuku bakımından tescil engeli olarak görülmemiştir.

⁵⁶ TEKİL, Fahiman: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 1990, s. 114; ARKAN, s. 163.

⁵⁷ Bu nitelikler hakkında bkz. ARKAN, s. 36 vd.; Y. 11. HD. T. 22.03.2004, E. 2003/8487 K. 2004/2808, Daire bu kararında, gelişen iletişim araçlarının, merkezin ve şubelerin muhasebe kayıtlarının aynı yerde tutulmasını mümkün kıldığını gerekçe göstererek, şube niteliğinin tespiti için “şubeler açısından ticari işletme niteliğinin belirlenmesi noktasında muhasebe işlemlerinin şubede veya merkezde tutulmasının” artık ayırıcı bir kriter olarak belirlenmesi ve uygulanmasının doğru olmayacağına ve merkezinkinden ayrı bir müşteri kitlesiyle işlem yapan “satış mağazasının” şube olduğuna ve tescili gerektiğine hükmetmiştir; Y. 11. HD. T. 12.02.2001, E. 2000/9988 K. 2001/1126, <http://www.yargitay.gov.tr/emsalarama>, (erişim tarihi: 25.05.2006); Y. 11. HD. T. 15.12.1977, E. 77/5344 K. 77/5602; Y. Tic. D. T. 14.10.1971, E. 71/4642 K. 71/6307 (TEKİL, , s. 113 dn. 12’den naklen).

⁵⁸ ARKAN, s. 33.

kıyasen uygulanabilecek olmasıdır. Bu son nokta az önce sözü edilen şube niteliğinin tespiti hususuyla kısmen ilişkili de olsa sonuç olarak ondan farklıdır. Zira burada vurgulanan, sicil dairesini tespit bakımından şubenin yerinin nasıl tayin edileceği meselesidir (Karş. TST m. 52/III). EŞHK m. 1 ışığında gerek TK m. 42/IV c. 1 gerekse TST m. 52/II c. 1'in bir diğer anlamı da yeni bir Türk ortaklığın kurulmasında lüzumlu işlemlerin yabancı ortaklıkların Türkiye'deki ilk şubelerinin tescilinde de aynen yapılması gerektiğidir (karş. EŞHK m. 8)⁵⁹.

Belirtilmesi gereken diğer önemli bir nokta ise, Kanunun (TK m. 42/IV c. 2; TST m. 52/II c. 2-3) yabancı işletmenin Türkiye'deki şubesinin ilk olarak tescili ve sicilde kaydının kalabilmesi için, bunu yönetecek bir ticari mümessilin atanmış olmasını, azli veya yetkilerinin sınırlanması halinde de derhal yenisinin atanmasını şart koşmuş olmasıdır. Bu şart bir *tescil şartı* olup, şubenin varlık şartı değildir. Gerçekten nasıl bir işletme TK m. 11/I ve TST 14/II'deki şartları yerine getirdiği anda herhangi bir tescile gerek olmaksızın ticari işletme niteliğini kazanıyorsa, aynı durum bunların şubeleri için de geçerlidir. Buna göre yetkili ticaret sicil memurunun yerli işletmelerin tescilinden farklı olarak BK m. 449 vd. uyarınca bir mümessilin atanmış olup olmadığını tespit etmesi gerekecektir (TK m. 34/I). EŞHK m. 7, temsil belgesinin ve böylece atama işleminin ilanını da zorunlu kılmıştır (karş. TST m. 52/IV). BK m. 449/II'ye göre mecburi olan tescil işleminin, şubenin tescili ile birlikte gerçekleştirileceğinden hareket etmek mümkündür. Kanun'un açıklığı karşısında, örneğin genel yetkili bir ticari vekilin (BK m. 453/I-III) atanmış olması yeterli görülmeyecektir. Bu nev'i bir temsilci şubenin kurulması aşamasında görev alabilirse de kurulduktan sonra görevine bu sıfatla devam etmesi söz konusu olmayacaktır. TK m. 42/IV'e kaynak teşkil eden İsviçre BK m. 935/II ise, ticari mümessil (*Prokurist*, İsviçre BK m. 458 vd.) değil "ticari temsil yetkisine sahip bir temsilci" (*ein Bevollmächtigter [...] mit dem Rechte der geschäftlichen Vertretung*) atanmasını zorunlu kılmıştır. İsviçre TST, temsilcinin türüne ilişkin herhangi bir

⁵⁹ TEKİNALP, G., Yabancılar Hukuku, s. 63.

hüküm içermemektedir. İsviçre MÖHUK m. 160/II de yabancı şirketlerin İsviçre'deki şubeleri için temsil yetkisine sahip en az bir kişinin atanmasını ve bunun tescil edilmesini öngörmektedir. Buna göre örneğin genel yetkili bir ticari vekil atanması mümkün olabilecektir⁶⁰. TK ise, yerli işletmelerin şubelerinin tescili ile yabancı işletmelerin şubeleri arasında tescil kabiliyeti bakımından bir fark yaratmış ve normalde ihtiyarî olan⁶¹ ticari mümessil atanması işlemini yabancı işletme şubeleri bakımından zorunlu hale getirmiştir. TK m. 42/IV bu açıdan, yabancı anonim şirketlerin hukuki durumlarıyla ilgili kurallar koyan EŞHK'un yabancı bir anonim şirketin Türkiye'de açacağı şube ya da acente için "[...] şirketin nizamnamei dahilinde gösterilmiş olan muamelâtı akdetmeğe ve muamelâtı vakiadan mütevellit hernevi deaviden şirket nam ve hesabına olarak gerek müddei ve gerek müddeialeh sıfatıyla gerek diğer bir sıfatla derecatı mehakimde hazır bulunmağa mezun ve murahhas bir vekilin tayinini [...]" öngören I. maddesi ile uyumludur. Zira bu hükümde yapılan tarif, TK'nun yapıldığı zaman itibarıyla BK m. 449 vd.'nda düzenlenen ticari mümessil ile örtüşmektedir. TK'nda yapılacak farklı bir düzenlemenin hukuk kuralları arasındaki bütünlüğü bozacağı açıktır.

TK m. 42/IV hem temsil yetkisi verilmesi hem de bunun altında yatan Borçlar Hukuku ilişkisi bakımından hukukumuzda sözleşme serbestisinin kısıtlandığı hallerden birini teşkil etmektedir.

Zayıf bir ihtimal de olsa, şube herhangi bir ticari mümessil atanmış olmadığı halde her nasılsa tescil edilmiş olabilir. Böyle bir durumda, TK m. 42/IV'de öngörülen şart sebebiyle, yabancı bir işletmenin tescil edilmiş şubesiyle işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişiler bir ticari mümessilin atanmış olduğundan hareket edebilirler (TK m. 39/I). TK m. 42/IV ve TST m. 52/II c. 2-3'de ticari mümessil "tayininden" söz edilmiştir. Ticari mümessillerin atan-

⁶⁰ Alman TK m. 13e/II yabancı sermaye şirketlerinin Almanya'daki şubelerinin tescili için yapılan başvurunun, şubeyi mahkemelerde de temsil edebilecek daimi temsilcinin (ständiger Vertreter) ismini ve temsil yetkisinin kapsamını içermesi gerektiğini öngörmüştür. Avusturya TK ise yabancılar tarafından açılan şubelerin tescili için ticari mümessil atanması zorunluluğu öngörmemiştir (m. 13). Görüldüğü gibi her iki Kanun da ticari mümessilden bahsetmemektedir.

⁶¹ KIRCA, İsmail: Ticarî Mümessillik, Ankara, 1996, s. 49.

ması için tescilin kurucu şart olmaması (BK m. 449/III) ticaret sicilinin üçüncü kişilere bu noktada -en azından tescilin gerçekleşmediği süre içinde- bir şey söylememesi anlamına gelmektedir. Oysa yabancı bir işletmenin şubesi, bir ticari mümessil atanmış olmadıkça tescil edilememektedir. Diğer bir deyimle mümessil tayini olmadıkça şubenin tescili zaten mümkün değildir. Bu yüzden iyiniyetli üçüncü kişiler, sicilde sadece şubenin tescil edilmiş olduğunu görseler, şubenin işlerinin bir ticari mümessil tarafından yürütüldüğüne de haklı olarak güvenebilmelidirler. Yabancı işletme sahibinin şubesini tescil ettirmesi ve belli kişiler tarafından şube işlerinin görülmesine izin vermesi, bunu yöneten kişinin de ticari mümessil olarak atandığını gösterecektir. Yabancı işletme sahibi en azından bu yönde bir hukuki görünüm yaratmıştır ve iyiniyetli üçüncü kişiler şubenin tescil edilmiş olması hasebiyle buna güvenebilmelidirler. İyiniyetli üçüncü kişiler işleri yürüten kişinin gerçekten ticari mümessil olup olmadığını ayrıca araştırmakla yükümlü tutulmamalıdır. Aksi takdirde kurallar, lehlerine öngörülen kişilerin aleyhine dönecek ve Kanunun sağlamaya çalıştığı koruma eksik kalacaktır.

Yukarıda da değinildiği gibi, şubenin ticaret sicilinde kayıtlı kalmaya devam edebilmesi için şubenin başında -Kanunun ifadeyle- "tam salâhiyetli" bir ticari mümessilin bulunması gereklidir. Yabancı işletme sahibi bunu azleder ya da yetkisini kısıtlarsa derhal yenisinin veya tam yetkilisinin atanması gerekecektir (TST m. 52/II c. 3). Sicil memuru bu durumdan muhtemelen yabancı işletme sahibinin ticari mümessili azli ve yetki daraltılması hususlarını tescil ettirmek istediğinde haberdar olacaktır. Aksi halde şubenin kaydı terkin edilecektir. Yabancı işletme sahiplerinin açtıkları şubeler, bu suretle deyim yerindeyse "sistem dışına" itilmektedir. Bunun ticaret sicilinin aleniyeti vasıtasıyla sağlanan üçüncü kişilerin korunması düşüncesine ne derece hizmet ettiği tartışmaya açıktır. Zira terkine rağmen şube halâ hukuken mevcuttur ve faaliyetine devam ediyor da olabilir. Her nasılsa vuku bulmuş bir terkin nasıl bir ticari işletmeyi ortadan kaldırmaz ise, şubeyi de ortadan kaldırmaz. Bu noktada, şubenin tescilinin ticari mümessilin varlığına bağlı kılınmasının -aşlında nitelik olarak birbirinden tamamen

farklı kurumlar arasında kurulan bağın- yarattığı bir olumsuzluk söz konusudur: Yabancı işletme sahibi, aslında üçüncü kişileri korumak amacıyla konulmuş olan bu kuraldan istifadeyle, eylem ve işlemlerinden doğan borçlarının ifası için kendisine yönelen taleplerden salt Türkiye’de dava edilecek belli bir muhatap yokluğu yüzünden avantaj elde edebilir. Netice itibariyle tescil için ticari mümessil atama şartı, gerçek bir koruma getirmiş değildir. Her ne kadar terkin edilmiş şubenin işlerinin de bir ticari mümessil tarafından yürütülmesi mümkün ise de, üçüncü kişilerin, ticaret sicilinde şubenin kayıtlı olduğunu gösteren herhangi bir sicil işlem tespit edememeleri halinde, gerçek durumu bizzat tetkik etmeleri menfaatleri açısından gerekli olacaktır.

Şubenin, yabancı işletme sahibinin mülkiyetinde faaliyet gösterirken, ticari mümessilin görevinin sona ermesini dikkate alan bir düzenleme getiren TST m. 52/II c. 3’ün sadece azilden bahsetmesi eksik olmuştur. Ticaret sicili memuru, mümessilin ölümü, istifası, fiil ehliyetini kaybetmesi, sürenin sona ermesi gibi görevi sona erdiren diğer hallerin⁶² birinden haberdar olduğunda da TK m. 35’deki süreci takip etmek suretiyle, gerektiğinde şubenin kaydını silebilmelidir. Bu, hükmün amacına uygun bir yorum olacaktır.

TST m. 52/V uyarınca merkezi yurt dışında bulunan işletmelerin şubelerinin tescilinde her şubeye ayrılmış olan sermaye miktarının da gösterilmesi gerekir. Tüzük’e bu hükmün konulmasındaki amaç tescil işlemi sırasında alınacak harcın miktarını tespit etmektir. Ancak artık maktu harç alındığından⁶³ dolayı (492 s. Harçlar K.) bu hükmün bir anlamı kalmamıştır⁶⁴. Ayrıca YSÇKT’in m. 10/I hükmünde yer alan ve yabancı yatırım olarak şube açılması halinde “[...] yurt dışında yerleşik her bir kişi veya kuruluşun asgari 50.000.-ABD Doları tutarında yabancı sermaye getirmesi gerekmektedir [...]” şartı da uygulanma kabiliyetini yitirmiştir.

⁶² KIRCA, s. 187, 188, 193.

⁶³ Karş. <http://www.mukellefgazetesi.com.tr/cgi-bin/goster.pl?id=16807> (erişim tarihi: 14.05.2006).

⁶⁴ Karş. ARKAN, s. 36 dn. 2.

Yabancı işletme sahiplerinin açtıkları şubeler yerli ticari işletmeler gibi tescil olunacağından (TK m. 42/IV c. 1; TST m. 52/II), tescil sırasında TST m. 54 vd.'ında yer alan hükümler de dikkate alınmalıdır.

ii) TK, merkezi yurt dışında bulunan ticari işletmelerin Türkiye'deki şubelerinin ticaret unvanlarının oluşumu konusunda emredici hükümler öngörmüştür (m. 50/III; TST m. 53/II). TK m. 42/IV c. 1 uyarınca yabancı bir işletmenin şubesi Türkiye'de tescil edilirken, şube için yeni bir ticaret unvanı tesis edilmeyecektir. TK m. 50/III'e göre şubenin ticaret unvanı, merkezin ticaret unvanı ile (TK m. 42/IV c. 1; 50/I c. 1) merkezin ve şubenin bulunduğu yerleri de ihtiva etmelidir (TK m. 50/III). Bu yolla yerli işletmelerde olduğu gibi merkez ile şube arasındaki bağ gösterilmiş olacaktır. Kanuna göre unvanda bu birimin "şube" olduğunun da gösterilmesi zorunludur. TST m. 53/II bunların *açıkça* gösterilmesini zorunlu kıldığından, kısaltma yapılması ya da yabancı dildeki unvanın Türkçe'ye çevrilerek kullanılması mümkün değildir. Ancak yabancı yatırımcı Latin alfabesi kullanmayan bir ülkeden ise bu durumda merkezin unvanı Latin harfleriyle yazılmalıdır. Aksi takdirde, unvanın taciri tanıtma fonksiyonu gerçekleşmeyecektir⁶⁵.

iii) Yabancı işletme sahipleri tarafından açılan şubeler bakımından ticari mümessil atanması zorunluluğu konusuna, bir de bunun niteliklerinin ve yetkilerinin kapsamının beraberinde getirdiği sorunlar bakımından eğilmekte yarar vardır:

Ticari mümessilin Türkiye'de bir yerleşim yerine (karş. MK m. 19/I-II; 20/II) sahip olması zorunlu olmakla birlikte, Türk vatandaşlığı olması zorunlu değildir⁶⁶. Mümessilin ikâmetgâhı sürekli olmalıdır. Doktrinde, ticari mümessilin yetkilerinin özellikleri ve işletme sahibi ile aralarındaki güven ilişkisi dikkate alınarak çoğunlukla kabul edilen ve ancak gerçek kişilerin ticari mümessil

⁶⁵ CANARIS, C. Wilhelm: Handelsrecht, 23. Aufl., München, 2000, s. 222-223.

⁶⁶ TEKİL, s. 116.

olabileceğini savunan görüş⁶⁷ yabancı işletme sahibi tarafından atanmış mümessiller bakımından da geçerli olmalıdır.

TK m. 42/IV c. 2 hükmünün kaleme alınış biçimi bazı tereddütlere yol açar niteliktedir: Sorulardan ilki, Kanun'un "*tam salâhiyetli*" ifadesiyle neyi kastettiğidir⁶⁸. Zira ticari mümessilin dış ilişkideki temsil yetkisinin kapsam ve sınırları BK m. 450-451'de gösterilmiş ve bunların dışındaki sınırlamaların iyiniyetli üçüncü kişilere karşı ileri sürülemeyeceği, hukuki işlem güvenliği bakımından açıkça ifade edilmiştir (BK m. 451/III)⁶⁹. Acaba TK m. 42/IV c. 2'deki "*tam salâhiyetli*" ifadesi, yabancıların Türkiye'de açacakları şubelerin başına tayin edilen ticari mümessiller için BK m. 450/II'de yer alan kanuni kayıtların geçerli olmayacağını mi öngörmektedir? Bu nevi ticari mümessiller için BK m. 450/II'nin TK m. 42/IV c.2 ile değiştirildiğinin ve böylece açık olarak yetkilendirilmeler dahi gayrimenkulleri temlik edebileceklerinin veya sınırlı aynı haklar ile kısıtlayabileceklerinin kabulü mü gerekir? Bu soruya olumsuz cevap vermek gerekir. Aksi takdirde yetkilerinin kapsamı bakımından Türk vatandaşı bir işletme sahibi tarafından atanmış olan ticari mümessil ve yabancı bir işletme sahibi tarafından atanmış olan ticari mümessil gibi Türk Hukukunda bulunmayan bir ayırım yaratılmış olur. TK'nun m. 42/IV c. 2 ile bu amacı güttüğü söylenemez. Gerek merkez gerekse şube işleri için kural olarak *ihtiyarî* olan ticari mümessil atanması⁷⁰, bu özel durumda üçüncü kişilerin haklarını Türkiye'de Türk Hukukuna göre korumalarına imkan sağlamak amacıyla, *zorunlu* hale getirilmiştir. Bu yüzden TK m. 42'nin amacı BK m. 449 vd. düzenlenen ticari mümessillik kurumunu temsil yetkisinin kapsamı bakımından yeniden düzenlemek olarak görülmemelidir. Öyleyse yabancı işletmenin

⁶⁷ Bkz. sadece ARKAN, s. 158 ve dn. 5'de anılan yazarlar; KIRCA, s. 84 ve dn. 110'da anılan yazarlar. Ancak KIRCA tüzel kişilerin de ticari mümessil olabileceği kanaatindedir, s. 84-85.

⁶⁸ KIRCA da tezinde "[...] Ticari mümessilin temsil yetkisinin kapsamı, BK 450'de zaten tespit edilmiş bulunmaktadır. Bu sebeple, ilgili hükümlerde "*tam salâhiyetli*" ibaresinin kullanılmış olması hatalıdır" demek suretiyle aynı noktaya dikkat çekmiştir. Bkz. KIRCA, s. 49 dn. 6.

⁶⁹ Ayrıntılı bilgi için bkz. KIRCA, s. 105 vd., 133 vd.

⁷⁰ KIRCA, s. 49.

Türkiye'deki şubesi için atanan ticari mümessilin atanması ve temsil yetkisinin kapsamı da BK m. 449-450'ye tabi olacaktır.

Diğer yandan "*tam salâhiyetli*" ifadesinden mümessilin işletme merkezini temsile de yetkili olduğu gibi bir anlam çıkmaktadır. Bu ise BK m. 450-451 ile çelişki olacaktır. Zira TK m. 42/IV c. 2'de "*bu gibi şubeler için*" demek suretiyle atanan mümessilin temsil yetkisinin daha baştan itibaren bu şubenin işleriyle sınırlandırılacağını öngörmektedir. Bu da BK m. 451/I ile uyumludur. Diğer bir deyimle "*tam salâhiyetli*" ifadesi, yabancı ticari işletmenin Türkiye şubesi için atanan ticari mümessili aynı zamanda merkez adına da işlemler yapma konusunda *yetkilendirmemektedir*. Kanun da "*şubeler için atanır*" demekle merkezi kapsam dışında tutmuştur. Eğer TK m. 42/IV c. 2 bu şekilde anlaşılırsa, sadece Kanun'un amacını aşan bir yorum yapılmış olmayacak, aynı zamanda yabancı hukuk için de kural konulmuş olacaktır. Böyle bir durumda, yabancı işletmelerin ticari mümessilin yetkisini şubenin işleriyle kısıtlamaya çalışacakları ve yine TK m. 42/IV c. 2'ye aykırı bir durumun ortaya çıkacağı da aşikârdır. Bu yüzden yabancı işletme sahiplerinin Türkiye'deki şubeleri için atadıkları mümessillerin temsil yetkisi baştan itibaren şubenin işleriyle sınırlanmış kabul edilmek gerekir (BK m. 451/I). İşletme sahibi Türkiye'de *merkezin* işleri için önceden bir ticari mümessil atamış ise, bunun, sonradan kurulan şubenin işlerini görmeye yetkili sayılması mümkün değildir. Şubeye atanan mümessil sadece şube işlerini görmekle yetkilidir ve ona merkezin işleri için de yetki verilmek isteniyorsa bunun ayrıca yapılması gerekir. Zira gerek TK m. 42/IV c. 2 ve gerekse TST m. 52/II c. 2, mümessilin şube için atanmasını ve tescilini öngörmüşlerdir. Böylece tescil ile sağlanan aleniyetin kapsamına sadece bu son durum alınmıştır. Yabancı işletme Türkiye'de aynı anda ya da farklı zamanlarda birden fazla şube açmak isterse bunların her biri için ayrı ayrı ticari mümessil atanması gerekir⁷¹. Ancak bu bir ve aynı kişi olabilir.

BK m. 450/III hükmü karşısında TST m. 52/II c. 3'de yer alan "*salâhiyetlerinin daraltılması halinde [...] şubenin kaydı re-*

⁷¹ Karş. POROY, Reha: Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 1987, s. 45.

sen silinir” ifadesinin uygulanma kabiliyeti nispeten sınırlıdır. Yetkiler iç ilişkide tür, yer, miktar veya süre gibi unsurlar bakımından kısıtlanmış olabilir⁷². Öncelikle böyle bir anlaşmanın üçüncü kişilerin iyiniyetlerini bertaraf etmek için açıklanması ya da ilanı fiilen mümkün değildir. Aksi halde şubenin terkinin söz konusu olacaktır. Bu gizli kaldığı ve ihlâl edilmediği sürece de zaten sorun çıkmayacaktır.

Kanaatimizce “*tam salâhiyetli*” ifadesi temsil yetkisinin sadece konusunu (kapsam) değil bunun kullanılması biçimini de (tek başına temsil-birlikte temsil) kapsamaktadır. Yabancı işletmenin Türkiye’deki şubesi için atanan ticari mümessilin yetkisi, birlikte temsil zorunluluğu getirilerek kısıtlanamamalıdır. Ticari mümessil şubeyi ilgilendiren her türlü işlemi tek başına yapabilmelidir. Zira TK m. 42/IV c. 2 “*tam salâhiyetli bir ticari mümessilden*”, TST m. 52/II de “*bir*” ticari mümessilden bahsetmektedir. Buradaki “tam” ve “bir” kelimeleri, birlikte temsil için BK m. 451/II’de verilen iznin bu özel durumda geçerli olamayacağını göstermektedir. TST m. 52/II c. 3’deki “*salâhiyetlerinin daraltılması halinde*” ifadesinin kapsamına, başta tek başına temsil yetkisine sahip olarak atanan ticari mümessilin bu yetkisinin sonradan birlikte temsil zorunluluğu getirilmek suretiyle kısıtlanması hali de girmelidir. Böylece anılan ihtimalde şubeni kaydının re’sen silinmesi söz konusu olabilecektir (TST m. 52/II c. 3). Tek başına temsil zorunluluğu hukuki işlem güvenliği ve iyiniyetli üçüncü kişilerin korunması ilkeleri ile de uyum içindedir. Kanun, şube için atanan mümessilin üçüncü kişiler karşısında kesin ve tartışmasız bir muhatap olmasını istemiştir.

TST m. 52/II c. 3’de geçen “*derhal*” ifadesinden ise, TK m. 35-36 (karş. TST m. 40-43) hükmünün uygulanması gerektiği anlaşılmalıdır.

⁷² Karş. KIRCA, s. 154 vd.

IV- İRTİBAT BÜROSU AÇILMASI

A) Genel Olarak

Gerek DYYK m. 3/h hükmü gerekse Yönetmelik m. 6/I, “yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş şirketlere Türkiye’de ticari faaliyette bulunmamaları kaydıyla irtibat bürosu (*Repräsentationsbüro; Verbindungsbüro; bureau de liaison; Representative Office*) açmaya” izin verilebileceğini de ifade etmek suretiyle, yabancı yatırımcılara uluslararası uygulamalara paralel bir imkan tanımıştır⁷³.

İrtibat bürosu açılması DYYK ile hukukumuzda girmiş değildir. Mülga 6224 s. Kanun zamanında çıkarılan YSÇK ve YSÇKT de yabancı yatırımcılara irtibat bürosu açma imkanı tanımışlar ve yürürlükteki mevzuat ile de büyük oranda aynı olan esas ve usuller kabul etmişlerdi (YSÇK m. 3; YSÇKT m. 4). Eski düzenlemelerde irtibat bürosu kurabilecek kişilerin kapsamı “*dışarıda yerleşik kuruluşlar*” denilerek oldukça geniş tutulmuş olduğu gibi, faaliyet süresi konusunda da herhangi bir sınırlama getirilmemiştir. Ticari faaliyet yasağı ise eski düzenlemelerde de bulunmaktaydı. Dikkat çeken diğer bir husus ise mülga 6224 s. Kanun’un gerçekte irtibat bürosu konusunu hiç düzenlememiş oluşudur. İrtibat büroları tamamen idarenin düzenleyici işlemleri ile ortaya çıkmışlardır.

Yabancı yatırımcının diğer seçenekler yerine irtibat bürosunu tercih etmesinin nedenleri arasında, yeni pazarı öncelikle tanımak istemek, derhal çeşitli sorumluluklarla karşılaşmak istememek, kuruluş ve işletilmesinin nispeten ucuz olması, vergi vb. yükümlülüklerden kaçınmak ya da yatırım yapılan ülke mevzuatının başka alternatifleri zorlaştırması sayılabilir.

B) İrtibat Bürolarının Hukuki Niteliği

İrtibat bürosu “kavramı” hukukumuzda tanımlanmış değildir. Bunlar genel olarak, tacirler tarafından ticari ya da sınai faaliyet amacı taşımaksızın, ülke içinde ya da dışında belli coğrafi bölgelerdeki kişilerle (müşteri, tedarikçi, siyaset, medya vb.) ilişkilerin

⁷³ Bkz. DYYK’nun Genel Gerekçesi, <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0327.pdf> (erişim tarihi: 02.05.2006).

kurulmasını ve geliştirilmesini sağlamak, araştırma yapmak, teknik destek sunmak, koordinasyon, tanıtım ve reklam yapmak gibi amaçlarla kurulan ya doğrudan tacire bağlı personel tarafından ya da bulunduğu bölgede kendi adına aracılık faaliyetlerini yürüten bir tacir tarafından yönetilen, ancak ne kendi ne de merkez adına, *işletmenin faaliyet alanına giren* herhangi bir işlem yapma yetkisine sahip olmayan (*ticari faaliyet yasağı*) temsilcilikler olarak nitelendirilebilir⁷⁴. Diğer bir deyimle işletme sahibi tarafından, şube niteliğini haiz olmaksızın merkezin dışındaki yerlerde belli bazı yardımcı faaliyetleri gerçekleştirmek için açılan sınırlı temsil yetkisine sahip birimler olarak tanımlanabilir. İrtibat büroları literatürde, “ticari faaliyet dışında haberleşme, ağırlama, irtibat sağlama, yatırım yapılacak ülkede pazar araştırmasının yapılması, yatırım yapılacak ülkedeki iş olanaklarının yakından takip etmek ve bu konuda merkez firmaya bilgi vermek gibi sosyal, kültürel ve iktisadi amaçlarla yurtdışındaki yerleşik kişi ve kuruluşlar tarafından açılan bürolar” şeklinde de tanımlanmıştır⁷⁵. Bu tanımın da ortaya koyduğu gibi irtibat bürolarının asıl hedefi, buldukları yerde, işletmenin amacına ulaşması ve faaliyetini yürütebilmesi için gerekli görülen bir takım “yardımcı” ya da “tamamlayıcı” işleri yürütmektir.

⁷⁴ SPK Seri: V No: 46 sayılı Tebliğ (RG T. 07.09.2000 S. 24163) m. 22/1’de irtibat büroları, “aracı kurumu ve aracı kurumun yetkili olduğu sermaye piyasası faaliyetlerinin tanımını yapmak amacıyla aracı kurum temsil etmekle görevli hizmet birimleri” şeklinde tanımlanmış ve 2. fıkrada “irtibat büroları sadece müşteri emirlerini aracı kuruma iletebilirler” demek suretiyle ticari faaliyete sınırlı da olsa izin vermiştir. Bu tip irtibat bürolarına ticaret siciline tescil edilme zorunluluğu getirilmesi sermaye piyasasının ihtiyaçları ile açıklanabilir. Ancak bu durumun, tescil zorunluluğu ve kabiliyeti bakımından TK ve TST’nin dayandığı ilkelere ters düştüğünü söylemek gerekir. Zira gerek TK gerekse TST tacirin ticari işletmesinin merkez ve -varsa- şubelerden oluşacağını öngörmüştür. Tebliğ ile yaratılan bu çelişkiyi kısmen de olsa telafi eden husus, irtibat bürosunun kuruluşunun sıkı şekil şartlarına tabi tutulmuş olmasıdır (karş. özellikle m. 22-23). Faktoring Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmeliğin (RG T. 21.12.1994 S. 22148) değişik (RG T. 19.08.2001 S. 24498) 2. maddesinde de faktoring şirketlerinin açacakları irtibat bürolarına ilişkin esaslar öngörülmüştür. Şirketin yurt dışında yerleşik olup olmasına ilişkin herhangi bir hüküm öngörmeyen Yönetmelik, irtibat bürosu kuruluşunu Hazine Müsteşarlığı’nın iznine bağlamış ve ticaret siciline tescil ve ilan mecburiyeti öngörmüştür. İrtibat bürolarının faaliyetleri hakkında ise herhangi bir sınırlama getirilmemiştir.

⁷⁵ ÖGREDİK, Güray: “İrtibat Büroları”, Yaklaşım Dergisi, S. 151 (Temmuz 2005), <http://www.mazarsdenge.com.tr/index.php.contentId=202> (erişim tarihi: 18.01.2006).

Konuyu düzenleyen DYYK m. 3/h'nin gerekçesinde “bu bent, yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş şirketlerin, pazar araştırması, ihraç ürünlerinin kalite kontrolü ve benzeri faaliyetlerine yerine getirilmesi amacıyla ve ticarî faaliyette bulunmamak koşuluyla Türkiye’de açacakları irtibat bürolarının kuruluşunu düzenlemektedir. İrtibat bürosu açma hususu başka bir kanunda düzenlenmediğinden, haksız rekabete yol açmaması bakımından bu Kanunla izne tâbi tutulması gerekli görülmüştür” ifadesi yer almaktadır⁷⁶. Kuruluş şartları mevzuatta belli edilmeyen irtibat bürolarını, herkesin kendi anlayışı çerçevesinde kurması, haksız rekabete yol açabilecektir. Bu hususun düzenlenmiş olması isabetli olmuştur. Yabancı yatırımcılar bakımından da somut ve standart bir hukuki alan, şüphesiz olumludur. Dikkati çeken husus, DYYK m. 3/h’de yalnızca, irtibat bürosu açmanın izne bağlı olduğu düzenlenmiş, iznin verilme şartları ile diğer esasların ise Yönetmelik’te (m. 6 vd.). Bu durum, yönetmeliklerin kanunlara oranla daha kolay değiştirilebilmeleri karşısında, hukuk kurallarının istikrarını isteyen yatırımcıda tereddüt uyandırabilir. Anılan olgu sadece irtibat büroları için değil, DYYK’nun bir takım konular bakımından çerçeve kanun olmasının sonucu olarak şirket kurulması, şube açılması ve iştirakler bakımından da söz konusudur. Diğer yandan yapılan düzenlemelerin yalnızca DYYK’nun uygulama alanında geçerli olacağını ve alelade biçimde kurulan “irtibat bürolarını” etkilemeyeceğini belirtmek gerekir.

İlgili hükümler incelendiğinde irtibat bürolarının doğrudan yatırım türü (hukuki formu) olmadığı gibi (karş. DYYK m. 2/b-2 i-ii) DYYK m. 3/a-f’de düzenlenen koruma sistemine de dahil olmadıkları görülecektir. O kadar ki irtibat büroları, zamanla DYYK m. 2’de öngörülen doğrudan yatırım türlerine geçiş açısından bile, örneğin köprü işlevine sahip değildir⁷⁷. Bu haliyle DYYK sistemi içinde müstakil bir kategori olarak düşünülmelidirler. İrtibat büro-

⁷⁶ <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0327.pdf> (erişim tarihi: 02.05.2006); Sermaye piyasasında faaliyet gösteren aracı kurumlarca açılacak irtibat büroları için de teşkilat ve tescil şartı getirilmiştir, SPK Seri: V No: 46 sayılı Tebliğ m. 9, 17, 22-23.

⁷⁷ Örneğin bir irtibat bürosunun şubeye dönüşecek olması halinde bunun önce Yönetmelik m. 8/d uyarınca tasfiye edilmesi sonra da şubenin Yönetmelik m. 5’e ve diğer ilgili mevzuata göre (örn. TK m. 42/IV, 50/III) tesis edilmesi gerekecektir.

larının Kanun'un sistem bütünlüğüne hukuki ve ekonomik bakımdan iyi biçimde entegre edildiğini söylemek mümkün gözükmemektedir. Büroların doğrudan yatırım için "süje" işlevi görmesi de söz konusu olamaz. Diğer bir deyimle fiziki yatırım gerçekleştirmez. İrtibat büroları⁷⁸ yavru şirket kurmak ya da şube açmakla kıyaslandığında, yetkileri ve temsil gücü bakımından oldukça zayıf bir konumdadır ve yabancı yatırımcının aşağıda değinilen faaliyetlerinin sürdürülmesinde kullanacağı özel ve sınırlı yetkileri olan bir temsilciliktir.

Bir irtibat bürosu, doğrudan merkeze bağlı personel tarafından yönetilebileceği gibi (*bağimli irtibat bürosu*), işletme sahibi, o bölgede yerleşik ve kendi personeli olmayan bir kişiyi de bu amaçla görevlendirebilir (*bağımsız irtibat bürosu*). Bu son ihtimalde ilgili, şartları yerine gelmişse tacir sıfatını kazanabilecektir (TK m. 11/I; 12/I b. 12; TST m. 14; TK m. 14/I). "Yardımcı işleri" görmek TK m. 12/I b. 12'de yer alan "ve sair bütün tavassut işleri" kapsamında değerlendirilebilir.

Biz ilk ihtimalin hukuki sonuçları üzerinde durmaya çalışacağız. Zira Yönetmelik m. 7'de "irtibat bürosu faaliyetlerini yürütmekle görevli olarak atanacak kişiden" söz edilmiş ve özellikle de büronun azami üç yıllık faaliyet iznine tabi kılınmış olması, DYYK'nun merkez tarafından bizzat açılan ve faaliyetleri, kendisine bağlı personel tarafından yürütülen temsilcilikleri "irtibat bürosu" olarak kabul ettiğini göstermektedir. Bu nitelikteki bir irtibat bürosu, merkeze bağlı bir işyeri olarak kabul edilmelidir. Diğer bir deyimle bu birimler tacirin mevcut ticari organizasyonuna ve malvarlığına dahildirler. Bu büroların -şube ile kıyaslanacak olursadışarıya karşı da müstakil bir hukuki varlıkları yoktur. İrtibat büroları ticaret siciline tescil edilemeyeceği gibi, ek getirerek dahi (karş. TK m. 50/III) ticaret unvanı kullanamazlar. Faaliyetleri çerçevesinde doğan hak ve borçlar doğrudan tacire aittir. HUMK m. 17'nin bunlar hakkında uygulanması da söz konusu değildir. Yetkisi, irti-

⁷⁸ Uygulamada "Temsilcilik Bürosu", "Temsilcilik" vb. gibi değişik isimler görülmesi mümkün olmakla birlikte, DYYK ve buna bağlı mevzuat "irtibat bürosu" ifadesini kullandığı için çalışmada da bu ismin kullanılması tercih edilmiştir.

bat bürosunun işleriyle sınırlı bir ticari mümessil atanması da mümkün değildir⁷⁹. İrtibat büroları, ticari işletmenin bir parçası olmalarına rağmen, ticari faaliyetten men edilmiş olmaları⁸⁰ bunları özel bir konuma yerleştirmektedir. Ticari işletmeye bağlı olmakla birlikte, bunun ticari faaliyette bulunamayan bölümleridirler. Bu açıdan büro işleri için, kanaatimizce "ticari vekil" de (BK m. 453) atanamaz. Buna hem genel (BK m. 453/I-III) hem de özel yetkili ticari vekil (BK m. 453/IV) dahildir. Zira anılan temsilciler, tacirin ticari işletmenin amacına dahil gelir sağlayıcı faaliyetleri yürütmek üzere öngörülmüşlerdir. Yukarıda da belirtildiği gibi, irtibat bürosunda bu nitelikte bir işlemin gerçekleşmesi zaten mümkün değildir. Bu yüzden TK m. 453'de öngörülen ticari temsil türü, irtibat bürolarının işlerinin yürütülmesinde başvurulabilecek bir araç değildir. Belirtilmelidir ki, irtibat bürolarının iş, işlem ve eylemleri de bir ticari işletmeyi ilgilendirdikleri için ticari iştir (TK m. 3). Fakat her ticari iş, ticari işletmenin konusunu oluşturan gelir sağlayıcı faaliyetlerden olmayabilir. Ticari mümessil, ticari vekil ve seyyar tüccar memuru gibi ticari temsilcilerin yetkileri elbette bu türden yardımcı işleri de kapsamaktadır. Ancak salt yardımcı işler için bir

⁷⁹ KIRCA, s. 149.

⁸⁰ Ticari faaliyetten men edilme hususu, DYYK çerçevesinde kurulan bürolar için pozitif hukuktaki emredici hükmün sonucudur (DYYK m. 3/h; karş. SPK Seri: V No: 46 sayılı Tebliğ m. 9; 22). Bunun dışındaki hallerde "irtibat bürosu" çatısı altında yürütülen faaliyetlerin nitelik, kapsam ve hukuki sonuçlarına ilişkin olarak mevzuatta -görülebildiği kadarıyla- herhangi bir hüküm yoktur. Bu itibarla "irtibat bürosu" perdesinin arkasında örneğin bir şube saklanabileceği gibi acentelik, tellallık ya da komisyonculuk da söz konusu olabilir (karş. BK m. 18/1). Aynı şekilde şube ya da acentelik adı altında gerçekte "irtibat bürosu faaliyeti" yürütülüyor da olabilir. Bu bakımdan somut bir olayda irtibat bürosu içinde yürütülen işin hukuki niteliğinin tespiti gerekebilecek ve sonuca göre şubeye ya da örneğin acenteliğe ilişkin hükümler uygulanabilecektir. Ancak DYYK m. 3/h'de yer alan ticari faaliyet yasağı, kendiliğinden ortaya çıkmış ya da salt anılan Kanun için icat edilmiş bir husus değildir. TK ile TST'nün tescil, unvan ve usul hukuku ile ilgili hükümleri, ki bunlara BK m. 451/1 de eklenebilir, birlikte değerlendirildiğinde hukukumuzun, ticari işletmenin gelir sağlayıcı faaliyetlerinin yürütülebileceği fiziksel ortamlar olarak, yalnızca merkez ile şubeyi öngördüğü, bunlara hukuki sonuçlar bağladığı ve özellikle de tescillerine izin verdiği görülür. Bunların dışındaki yerler Ticari İşletme ve Sicil Hukuku bakımından, müstakil bir hukuki statüsü olmayan, merkez ya da şubeye bağlı "işyerleri" olarak değerlendirilmelidir. Tacir bu gibi yerlere belli işlevler yüklemiş olabilir. Netice itibarıyla DYYK m. 3/h hükmünün altında TK'na hakim olan bu ilke yataktadır. Kanun konuyu açıkça düzenleme ihtiyacı duymuştur. Bu bağlamda, merkez dışındaki bir yerde yürütülen faaliyet, gelir sağlamaya yönelik değil de salt yardımcı mahiyette ise, bunun şube olarak değil -teknik anlamda ne olduğu tanımlanamasa ve hukuki sonuçları kesin biçimde belli olmasa da- irtibat bürosu/temsilcilik olarak nitelenmelidir.

ticari temsilci atanması söz konusu olamaz. Zaten mesele de, irtibat bürolarının ticari faaliyet yürütememelerinden dolayı atanacak temsilcinin zorunlu olarak *salt* yardımcı işleri yapabilecek olmasından kaynaklanmaktadır. BK m. 449-456'da düzenlenen tacir yardımcılarının yetkileri, ticari hayatın gerekleri ve ihtiyaçları göz önüne alınarak üçüncü kişilerin hukuki güvenliğini sağlamak amacıyla öngörülmüş ve esasları da buna göre tespit edilmiştir⁸¹. Nitekim anılan hükümler, *temsil yetkisinin kapsamı* bakımından, tacirle yardımcı arasındaki ilişkileri değil, bunlarla üçüncü kişiler arasındaki ilişkileri düzenlemek amacını taşımaktadırlar⁸². Bunların başka bir amaçla kullanılması, öncelikle amaca aykırılık taşıyacak ve hukuki işlem güvenliğinin anlamını kaybetmesine yol açacaktır. O yüzden ki, BK m. 449-456'nın emredici karakteri bunlara aykırı hususların re'sen dikkate alınmasını zorunlu kılmaktadır. BK'nda üçüncü kişilerin hukuki güvenliği için kurulan yapı irade serbestisi kapsamında görülmemelidir. Hal böyle olunca irtibat bürosu faaliyetleri için ancak BK m. 32 vd. hükümlerine göre bir temsilci atanabilecektir. Bunlar hakkında BK m. 449-456 kıyasen dahi uygulanamaz.

C) Bazı Yabancı Hukuklarda İrtibat Bürolarının Düzenlenişi

İrtibat büroları, Türkiye gibi yabancı yatırımları çekmek isteyen başka ülkeler tarafından da yatırımcılara sunulan seçenekler arasında yer almaktadır. Ülkeler bu tür temsilcilikleri kendi ihtiyaçları ve beklentileri doğrultusunda şekillendirmişlerdir. Aşağıda özetle bazı ülkelerdeki hukuki durumdan bahsedilecektir.

1- Çin: Çin Halk Cumhuriyeti doğrudan yabancı yatırımların en yoğun yaşandığı ülkelerden birisidir. İrtibat bürosu açmak Çin'de faaliyet göstermek bakımından en kolay seçeneği teşkil etmektedir. Bu bürolar ancak hali hazırda ticari ilişki kurulmuş olan

⁸¹ FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: "Ticarî Mümessiller ve Diğer Ticarî Vekiller", Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 407-408.

⁸² FEYZİOĞLU, Arslanlı Armağanı, s. 409-410; CANARIS, s. 284, 302; GAUCH, Peter: "Organshaft, Prokura, Stellvertretung, zugleich Auseinandersetzung mit BGE 95 II 442 ("Prospera GmbH)", in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für W. Friedrich Bürgi, Zürich, 1971, s. 43-45.

bir Çin işletmesinin (*Sponsor*) işbirliği ile kurulabilmektedir. Bunun yanında yabancı firmaların temsilciliği üzerine uzmanlaşmış firmalar da irtibat bürosu faaliyetini üstlenebilmektedirler. Diğer bir deyimle yatırımcı işletmenin orada kendi personelini çalıştırması ve teşkilatını kurması zorunlu değildir. Ticari faaliyet yasağı Çin'deki bürolar için de söz konusudur. Ayrıca yabancıların Çin vatandaşı personeli bizzat çalıştırması konusunda kimi kısıtlamalar getirilmiştir⁸³.

2- Polonya: Polonya Devleti 2004 yılında çıkarılan ve ekonomik faaliyetlerin serbestisini düzenleyen kanun uyarınca yabancıların irtibat bürosu/temsilcilik açmasına izin vermiştir. Temsilciliğin faaliyetleri yabancı işletmenin reklam ve promosyon işleri ile sınırlandırılmıştır. İrtibat bürosu ticaret siciline tescil edilmek ve bir temsilci vasıtasıyla temsil edilmek zorundadır. Tescil talebinin içeriği ve şekli anılan kanunda ayrıntılı biçimde tespit edilmiş bulunmaktadır. Büro, ana işletmenin yabancı dildeki unvanı ile bunun Lehçe'deki karşılığını, "Polonya Temsilciliği" eki getirmek suretiyle unvan olarak kullanmak, mevzuatta belirtilen defterleri tutmak ve merkez ile ilgili iflas, tasfiye, sicilden terkin gibi önemli değişiklikleri ilgili makamlara en kısa sürede bildirmek zorundadır⁸⁴.

3- Slovakya: İrtibat bürosu Slovak hukukunda yabancı bir işletmenin gayri resmi temsilciliği olarak nitelendirilmektedir. İrtibat büroları süje olmamaları itibarıyla kendi adlarına hukuki işlemler yapamazlar. Bu nev'i temsilcilikler Slovakya'da da ticari faaliyetten men edilmişlerdir ve yerli müşteriler için daha çok başvuru merkezi olarak görülmektedirler. İlgili mevzuat, irtibat bürosunun fiziki varlığını şart koşmamaktadır. Slovakya makamları tarafından yürütülen program kapsamında sanal bürolar da kurulabilirler. Bundan başka yerli işletmeler bir ya da daha fazla yabancı işletmenin temsilciliğini yürütebilmektedirler⁸⁵. Bu açıklamalar

⁸³ PEFFERMANN, Petra: "Der Markt öffnet sich – aber nicht für alle Branchen" <http://www.pwc.com/Extweb/pwcpublishations.nsf/docid/E9505AABF3A441A380256E7B0031F7F> F (erişim tarihi: 23.01.2006).

⁸⁴ http://coi.kujawskopomorskie.pl/de/index.php?option=com_content&task=view&id=22&Itemid=4 (erişim tarihi: 23.01.2006).

⁸⁵ <http://www.firmengruendung-slowakei.com/?lg=84&art=112> (erişim tarihi: 23.01.2006).

Slovakya'nın yabancı yatırımcılara serbest bir kuruluş ve işleyiş rejimi sunmaya çalıştığını ortaya koymaktadır.

4- Almanya: Alman Hukukunda irtibat bürolarını (*Informationsbüro; Repräsentanz*) düzenleyen özel hükümler yoktur. Öye ki ticari işletmenin gelir sağlayıcı faaliyetlerden alıkonulmuş bir kısmının olabileceği mümkün görülmemektedir. Karşılaşılan sorunlara Ticaret Kanununun ticari işletme ve şubeye ilişkin hükümlerinin kıyasen uygulanması yoluyla çözüm bulunmaya çalışılmaktadır. Buna göre irtibat büroları ya yurt dışındaki işletme merkezi tarafından doğrudan açılıp işletilebilir (*unselbständige Betriebsstätte, Niederlassung*) ya da büro kendi adına faaliyet gösteren bir temsilci vasıtasıyla yönetilir. Bu son halde yabancı işletmenin Almanya'da gerçekleştirdiği herhangi bir ticari faaliyetten söz etmek mümkün değildir. İlk durumda ise farklı bir mekanda bulunmakla birlikte kendi başına hukuki bir varlığı olmayan, merkezin organizasyonu içinde yer alan ve her yönden ona bağımlı bir işyeri söz konusudur. Bunlar tescil edilemese de, ilgili yerel yönetim makamlarına bildirilmek (*Gewerbeanmeldung*) zorundadırlar. Bu gibi birimlerin ticari faaliyet yasağı olmadığından, fatura vb. belgelerin merkezin adına düzenlenmesi gerekir. Bağımlılıkları sebebiyle, kendilerine ait bir ticaret unvanı kullanmaları da mümkün değildir⁸⁶.

5- Fransa: Fransız hukukunda da irtibat bürosu (*bureau de liaison*) yabancı işletmenin merkezinin bir bölümü olarak görülmekte ve kendisine ait bir hukuki kişiliğinin bulunmadığı ifade edilmektedir. Büro özellikle ana işletme için Fransa'da pazar araştırması yapmak ve mal ve hizmetlerin satımı için reklam ve diğer tanıtım faaliyetlerini gerçekleştirmek için kurulmaktadır. Bu yüzden irtibat bürosunun faaliyetleri salt yardımcı ve hazırlayıcı türden olmalıdır. Büronun kendi adına alım-satım vb. gelir sağlayıcı ve merkezin amacına giren işleri gerçekleştirmesi ise mümkün değildir. İrtibat bürosu ticaret siciline tescil edilmelidir. Ancak bunun

⁸⁶<http://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/themen/unternehmensrecht/zweig/index.html> (erişim tarihi: 23.01.2006).

için bazı formalitelerin (tüzüğün çevirisi, merkezin irtibat bürosu açma kararı, temsilci atanması gibi) yerine getirilmesi gerekir⁸⁷.

6- Değerlendirme: Yukarıda incelenen örneklerin de gösterdiği gibi irtibat bürolarının kurulması, işleyişleri ve özellikle de hukuki nitelikleri hakkında ülkeler arasında bir görüş ve uygulama birliğinin olduğu söylenmez. Ortak nokta irtibat bürolarının asıl işlevinin yardımcı işleri yürütmek olduğudur. Her ülke yabancı yatırımcılar için söz konusu olabilecek büro ya da temsilcilik açma faaliyetlerini kendi özel durumu ve ihtiyaçlarına göre şekillendirmekte ve burada incelenmeyen şube açma, yavru şirket kurma ya da iştirak etme gibi seçeneklerin özelliklerine göre karşılaştırmalı bir durum ortaya çıkmaktadır. Örneğin bazı ülkelerde yeni bir şirket, irtibat bürosu açılması, bunun yetkileri ve akabinde yapılacak masraflar göz önüne alınırsa daha ucuza kurulabilmektedir⁸⁸.

D) DYYK ve İlgili Mevzuata Göre Kurulan İrtibat Büroları

1- İrtibat Bürosunun Kuruluşu

Yönetmelik m. 6/I uyarınca yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş şirketlere, Türkiye'de ticari faaliyette bulunmamak kaydıyla irtibat bürosu açma izni vermeye ve bu izinlerin süresini uzatmaya Hazine Müsteşarlığı yetkili kılınmıştır. İrtibat bürosu açma izninin *yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş şirketlere* tanınmış olması, bunun anlamı ve sonuçları bakımından üzerinde durulması gereken bir husustur. Anılan hüküm, Müsteşarlık'ın yetkisinin kişi yönünden kapsamı ile irtibat bürosu açabilmek için gerekli ehliyet şartını ortaya koymaktadır. Böylece Müsteşarlığın yetkisi, yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş şirketlerin Türkiye'de açmak istedikleri irtibat bürolarını kapsarken, gerek DYYK m. 3/h gerekse Yönetmelik m. 6-8'de tanımlanan nitelikteki bir irtibat bürosunu, ancak yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş şirketler tesis edebileceklerdir. DYYK m. 3/h ve Yönetmelik m. 6/I'de yer alan "*yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş şirket*" ifadesi,

⁸⁷ <http://www.frankreich-business.de/infos/rechtssystem/rechtsformen.htm> (erişim tarihi: 23.01.2006).

⁸⁸ Macaristan örneği için bkz. http://www.osteuropa-business.com/pageID_2758405.html (erişim tarihi: 23.01.2006).

EŞHK m. 1 ve 15 açısından değerlendirildiğinde, yabancı bir ülke hukukuna göre kurulmuş, merkezi yurt dışında bulunan ve sonuç olarak da başka bir ülkenin tabiiyetinde olan şirket⁸⁹ anlamına gelmektedir.

DYYK m. 2/a-1 ve 2'de yabancı yatırımcı, “yabancı ülkelerin vatandaşlığına sahip olan gerçek kişiler ile yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşları” ve “yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş tüzel kişiler ve uluslararası kuruluşlar” olarak ifade edilmişken, DYYK m. 3/h irtibat bürolarının kuruluşu bakımından sadece yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş şirketlere imkan tanımak istemiştir. Buna göre yabancı gerçek kişiler, yurt dışında ikamet eden Türk vatandaşları, uluslararası kuruluşlar ve örneğin şirket niteliğini haiz olmayan yabancı kamu iktisadi kuruluşları, dernek ve vakıf gibi tüzel kişiler DYYK m. 3/h anlamında bir irtibat bürosu açmaya ehil değildirler. Büro açmak isteyen yabancı şirketin türü ise (adi şirket, şahıs-sermaye şirketi, kooperatif) önemli değildir. Ancak şirket, tüzel kişiliğe sahip olmasa da kuruluş hukukuna göre hak ve fiil ehliyetini haiz olmalıdır.

Öte yandan Yönetmelik m. 7/a ve b hükümleri incelendiğinde müracaatta, şirkete ait “Faaliyet Belgesi” ve “Faaliyet Raporu” veya “Bilanço ve Gelir Tablosunun” sunulmasının gerekli oluşu, bir adres şirketlerinin (*Briefkastenfirma*) Türkiye’de büro açmalarını engellemeye yönelik bir tedbir olarak görülmelidir.

Yönetmelik m. 6/I’e ilişkin bir diğer soru ise, yeni şirket kurmak, iştirak etmek ya da şube açmak suretiyle Türkiye’de hali hazırda doğrudan yatırımı bulunan yabancı şirketlerin de irtibat bürosu açıp açamayacakları ve açabilecekleri kabul edilirse bunun hangi hükümlere göre yürütülmesi gerektiği ile ilgilidir. Belirtmek gerekir ki ne DYYK m. 3/h ne de Yönetmelik m. 6-8, hali hazırda yatırım yapan şirketlerin irtibat bürosu açmalarını engellemektedirler. Aksi yöndeki bir yorum Kanun’a aykırı olacaktır. Bu sonuç, yatırımcı şirketin irtibat bürosu açmaya gerçekten ihtiyaç duyup duymayacağı konusundan ayrı olarak değerlendirilmelidir. Yurt

⁸⁹ Bkz. sadece TEKİNALP, G., Yabancılar Hukuku, s. 53 vd., 57-58.

dışındaki yatırımcı şirket Türkiye'de yeni bir şirket kurmuş, kurulu bir şirkete iştirak etmiş ya da şube açmış da olsa, kurulacak irtibat bürosu için Yönetmelik m. 6-8'de yer alan şartların yerine getirilmesi gerekir. Doğrudan yatırım olarak Türkiye'de kurulmuş bir şirket Türk şirketi olacağından, irtibat bürosu açması Yönetmelik hükümlerine tabi değildir. Şirket bu konuda -hukumumuzda konu düzenlenmediğinden- kural olarak⁹⁰ istediği gibi hareket edebilecektir. DYYK m. 3/h'nin ve Yönetmelik'in ilgili hükümlerinin kıyasen uygulanması da mümkün değildir. Gerek DYYK m. 3 gerekse Yönetmelik m. 6-8 incelendiğinde irtibat bürolarının merkeze bağlı olacağı, diğer bir deyimle şube tarafından kurulan ve faaliyet gösteren bir irtibat bürosunun olamayacağı anlaşılır. Bu yüzden Türkiye'de kurulu şubelerin ne Yönetmelik m. 6-8 uyarınca ne de müstakil olarak irtibat bürosu tesis etmeleri mümkündür. Diğer bir nokta ise aynı şirket tarafından birden fazla irtibat bürosu açılıp açılmayacağı ile ilgilidir. Yabancı şirket isterse, Yönetmelik m. 6-8'deki şartları her biri için ayrı ayrı yerine getirmek kaydıyla birden fazla irtibat bürosu açabilmelidir.

Yabancı bir holding şirket kendisine bağlı ve farklı konularda faaliyet gösteren yavru şirketlerinin tüm irtibat bürosu faaliyetlerini tek bir büronun çatısı altında yürütebilir. Bu durum baştan itibaren ortaya çıkabileceği gibi sonradan da kararlaştırılabilir. Zira DYYK ve Yönetmelik, büro tek bir yabancı şirket tarafından kurulduktan sonra, irtibat bürolarının tek bir şirketin tanıtım, reklam, araştırma vb. faaliyetlerini yürütmesini zorunlu koşmamaktadırlar. Zaten bu örnekte holdingin faaliyetlerinin yürütülmesi gerçekte yavru şirketlerin faaliyetlerinin de yürütülmesi anlamına gelecektir. Ancak aralarında hiçbir hukuki bağlılık ilişkisi olmayan yabancı şirketlerin müstakil bürolar kurmaları gereklidir. Hatta aynı holding içinde yer alan yavru şirketlerin birlikte irtibat bürosu kurmaları mümkün olmadığı gibi, kurulu bir büro, kardeş şirketin faaliyetlerini de sonradan üstlenemez. Gerek DYYK m. 3/h gerekse Yönetmelik 6/I'de yer alan "Müştaşarlık, yabancı ülke kanunlarına göre kurulmuş şirketlere, [...] irtibat bürosu açma izni vermeye yetkilidir" ifadesi

⁹⁰ Bkz. SPK Seri: V No: 46 sayılı Tebliğ m. 22-23; Faktoring Şirketlerinin Kuruluş ve Çalışma Esasları Hakkında Yönetmelik m. 2.

yabancı şirketlerin müştereken hareket ederek örneğin masrafları azaltmak düşüncesiyle tek bir irtibat bürosu kurabilmelerine izin vermemektedir. Her yabancı şirket bu anlamda kendi irtibat bürosunu kurmalıdır.

Yapılan bu değerlendirmeler DYYK m. 3/h ve Yönetmelik m. 6-8'in genel nitelikteki emredici bir hukuk kuralı mı yoksa özel bir uygulama alanı olan hukuk kuralı mı olduğu sorusunun sorulmasını gerektirmektedir. Bilindiği gibi hukukumuz "irtibat bürosunu" bir kavram ve müessese olarak düzenlenmemiştir. Diğer yandan ne DYYK ve ne de Yönetmelik konuyu, irtibat bürolarının hangi hallerde Yönetmelikte yer alan usule uyularak kurulması gerektiği hakkında (örn. sadece gelecekte doğrudan yatırım planlanıyorsa ya da her nedenle olursa olsun) herhangi bir açıklık taşımaktadırlar. Bu bir boşluğa işaret etmektedir. Buradan hareketle bir yabancı şirket Hazine Müsteşarlığı'ndan izin almadan ve gerekli şartları yerine getirmeden -Türk işletme sahipleri gibi- alelade bir şekilde "irtibat bürosu" kuracak⁹¹ olursa durum ne olacaktır? DYYK'na tabi irtibat bürosunun üçer yıllık sürelerle faaliyet gösterebilmesi ve ticari faaliyet yasağına tabi olması gibi hususlar, konunun önemini arttırmaktadır.

Eğer DYYK m. 3/h ve Yönetmelik m. 6-8 emredici kabul edilirse, diğer bir deyimle yabancı şirketlerin Türkiye'deki irtibat bürosu kurma ve yürütme faaliyetlerini düzenleyen DYYK m. 3/h ve Yönetmelik m. 6-8 emredici nitelikte ve genel bir hüküm olarak kabul edilirse bu gibi büroların faaliyetlerine izin verilmemesi gerekir. Bu durumda bütün yabancı şirketler ister doğrudan yatırım planlasınlar ister tamamen farklı bir amaç gütsünler salt irtibat bürosu kurulması sebebiyle gerekli şartları mutlaka yerine getirip Müsteşarlıktan izin almalıdırlar. Ancak DYYK m. 3/h, adresi Hazine Müsteşarlığı olan bir hüküm olarak kaleme alınmıştır. Diğer bir deyimle sadece ilgili kuruma belli bir konuda yetki verilmesi söz konusudur. Bu hükümden yabancı şirketler açısından Yönetmelik m. 6-8'deki kurullara uyulması gibi bir yükümlülük çıkart-

⁹¹ Yabancı şirketin Türkiye'deki aracılık faaliyetlerini meslek edinmiş bir kişiyi bu gibi faaliyetlerle görevlendirmesi ihtimali de düşünülebilir.

mak mümkün değildir. Kanunkoyucu yabancı şirketlerin bu yöneme uyacağı, uymak isteyeceği düşüncesinden hareket etmiş gözükmektedir. Ancak yabancı yatırımcı için bu yöntemin herhangi bir “cazibesinin” olduğu söylenemez. Aksine bir çok yükümlülükleri yerine getirmek zorunda kalmaktadırlar. Ne Yönetmelik’te yer alan tipteki bir irtibat bürosunun ne de alelade kurulan “irtibat bürosunun” hukuki kişiliği vardır. Her ikisi bakımından da tescil hakkı ve yükümlülüğü söz konusu değildir. Yönetmelik m. 6-8 ile YPİstY m. 6 incelendiğinde ise bu usulden istifade edilerek kurulan irtibat bürosunun belli bir öngörülebilirlik ve hukuki çerçeve içinde faaliyet gösterebileceği; ve personel istihdamında bir takım ayrıcalıkların tanınacağı sonucu çıkmaktadır. Bu hiç şüphesiz yabancı şirketler için avantaj olarak algılanabilir ve belirlenen usule göre hareket etmelerine sebep olabilir. Ancak bu durum hâlâ DYYK m. 3/h’nin yabancı şirketler bakımından uyulması hukuken zorunlu bir yöntem öngördüğü sonucuna varılmasını mümkün kılmamaktadır. Gerek Kanun gerekse Yönetmelik bu açıdan -deyim yerindeyse- bir teklifte bulunmuşlardır, ancak bir zorunluluk söz konusu değildir. Anılan gerekçelerle, yapılan düzenlemelerin yabancı şirketler bakımından da alelade bir şekilde “irtibat bürosu” kurma imkanını ortadan kaldırdığını söylemek yanlış olacaktır. Bir boşluk vardır ve bu boşluğun, Yönetmelik m. 6-8’in her zaman uygulanmasını zorunlu kılarak doldurulmasını gerektiren tatmin edici gerekçeler de bulunmamaktadır.

Yabancı şirketlerin, para ve sermaye piyasaları, sigortacılık gibi özel mevzuatı bulunan alanlarda faaliyette bulunmak amacıyla irtibat bürosu açma talepleri ise, ilgili özel mevzuat ile yetkili kılınan kurum veya kuruluşlarca değerlendirilecektir (Yönetmelik m. 6/III).

2- Ticari Faaliyet Yasağının Anlamı Ve Bu Yasağa Uymamanın Hukuki Sonuçları

Gerek DYYK gerekse Yönetmelik irtibat bürolarına ticari faaliyet yasağı getirmiştir. Gerçekten Kanun’un 3/h maddesi “Türkiye’de ticarî faaliyette bulunmamak kaydıyla irtibat bürosu açma(k)tan” söz etmektedir. Bu yasağın amacı irtibat bürolarına

biçilen özel işlev ile yakından ilgilidir. Zira bürolar yukarıda da ifade edildiği gibi ancak tanıtım, reklam, organizasyon, toplumsal iletişim vb. amaçlar çerçevesinde faaliyette bulunabilirler. Bu yasak büronun işlev alanının sınırlarını da kendiliğinden çizmektedir: Buna göre bir ticari işletmenin beraberinde getirmesine rağmen ticari faaliyet niteliği taşımayan tüm işler irtibat bürosunun konusu olabilir. Somut bir durumda bu kapsama giren işlerden belli bir grubun seçilmesi de mümkündür.

Ticari faaliyetin ticari işletmenin amacına dahil iktisadi ve teknik faaliyetin (mal ya da hizmet üretimi/dağıtım/satımı) belli bir organizasyon içinde yürütülmesi yoluyla gelir elde edilmesi olarak anlaşılması gerekir. Her ne kadar gelir elde etmekten söz edilmiş olsa da söz konusu olan gerçekte gelir sağlama amacıdır. Bu bağlamda bir irtibat bürosu bağlı olduğu işletmenin uğraştığı ekonomik ve teknik faaliyetle doğrudan ya da dolaylı bir şekilde ve kısmen de olsa işteğal edemez. İrtibat büroları aynı zamanda kurucu işletmenin konularından farklı alanlarda faaliyette bulunarak da ticari faaliyet icra edemez. Kısacası ne şekilde olursa olsun gelir sağlayıcı faaliyetler yasaktır. Bu süreli bir yasak değildir. Büronun tesisinden itibaren başlayan ve faaliyetinin sona ermesiyle sona eren bir yasaktır. Böylelikle DYYK anlamındaki irtibat büroları, ticari işletmenin ticari faaliyette bulunamayan bölümleri olarak ortaya çıkmaktadır.

Yönetmelik'te ticari faaliyet yasağına uyulup uyulmadığının denetlenebilmesi amacıyla muhtelif tedbirlerin alındığı görülmektedir (karş m. 8/b): Nitekim kuruluş izni alan irtibat bürolarının ilgili vergi dairesine kayıt olması zorunludur (Yönetmelik m. 8/a)⁹². İrtibat bürolarınca, her yıl en geç Mayıs ayı sonuna kadar, büronun geçmiş yıl faaliyetleri hakkında, Yönetmelik ekinde (EK-4) yer alan "*İrtibat Bürolarının Faaliyetlerine İlişkin Bilgi Formu*" doldurularak Müsteşarlığa gönderilir. Bu müracaatlara, büronun geçmiş yıl harcamalarının yurt dışından gönderilen dövizlerle karşılandı-

⁹² DYYK'na göre kurulu irtibat bürosu faaliyetlerinin Vergi Hukuku açısından değerlendirilmesi hakkında bkz. ÖĞREDİK, <http://www.mazarsdenge.com.tr/index.php?content id=202> (erişim tarihi: 18.01.2006).

ğına ilişkin belgelerin de eklenmesi zorunludur. İrtibat bürolarının faaliyetlerine son verilmesi halinde de kayıtlı olunan vergi daire-sinden iş bırakma-yoklama fişinin (213 s. VUK m. 160-164) dü-zenlenmesi sağlanır (Yönetmelik m. 8/d c. 1). Vergi Hukuku baki-mından alınan tedbirlerin büronun ticari faaliyet yasağına uyup uymadığının denetlenmesi bakımından önemi büyüktür. Bürolar, kapanış ve tasfiye sonucunda oluşan bakiye haricinde, transfer ta-lebinde bulunamazlar (Yönetmelik m. 8/d c. 2).

Ticari faaliyet yasağına riayet edilmemesi haline özgü bir yaptırım öngörülmüş değildir. Yönetmelik m. 8/e, Müsteşarlık'ın, mevzuata aykırı davrandığı tespit olunan irtibat bürolarının kuruluş izinlerini iptal edebileceğini bildirmektedir. Ancak iznin iptaline dayanak olarak "*mevzuata aykırılıktan*" ne anlaşılması gerektiği somut bir olayda tartışma konusu olabilir. Bu ifade oldukça geniş bir takdir alanı oluşturmuştur. Bundan ilk olarak DYYK ve ilgili Yönetmeliklerin anlaşılması mümkünse de kapsamının kesin olarak tayininin mümkün olmaması karşısında, idarenin takdir yetkisini hukuka uygun kullanması daha çok önem kazanmıştır. İptal, sürekli bir faaliyet yasağı anlamına gelmediğinden, şartlar yerine getiril-mek suretiyle irtibat bürosu yeniden açılabilir. Diğer yandan belir-tilmelidir ki, Yönetmelik'te "iptal" olarak ifade edilen idari işlemin "*kaldırma*" (*ilga*)⁹³ olarak anlaşılması gerekir. Zira faaliyet izninin "iptali" geçmişe değil geleceğe etkili olacaktır. Bu da izin işleminin ileriye dönük olarak kaldırılmacı anlamını taşımaktadır. Eleştiril-mesi gereken bir diğer nokta da iptal yaptırımından evvel, ilgili yabancı şirketin uyarılması ya da eksikliklerin giderilmesi için belirli bir süre tanınması gibi tedbirlere yer verilmemiş olmasıdır. Son olarak belirtilmelidir ki DYYK, doğrudan yatırım çerçevesinde kurulan şirketin ya da şubenin feshi/kapatılması ya da iştirakin sona erdirilmesi gibi bir "yaptırım" dan söz etmemektedir.

Yönetmelik m. 8/c, DYYK m. 3/h'de bu yönde bir açıklık olmamasına karşın irtibat bürolarına azami 3 yıllık süre ile faaliyet izni verileceğini öngörmüş ve sürenin de, geçmiş yıl faaliyetleri ile

⁹³ Konun hakkında bkz. GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetim Hukuku, 22. Baskı, Ankara, 2005, s. 316 No. 420; GÖZLER, Kemal: İdare Hukukuna Giriş, 3. Baskı, Bursa, 2005, s. 161.

geleceğe yönelik plan ve hedeflerin dikkate alınmak suretiyle, en fazla 3 yıl olmak üzere uzatılabileceğini belirtmiştir. Plan ve hedeflerin Müsteşarlık'a Yönetmelik ekinde (EK-4) yer alan "*İrtibat Bürolarının Faaliyetlerine İlişkin Bilgi Formu*" ile bildirilmesi mümkün olsa gerektir. Zira süre uzatımına ilişkin özel bir form öngörülmemiştir.

İrtibat bürolarıyla ilgili bir diğer sorun da usulüne uygun kurulmuş bir irtibat bürosu perdesi altında baştan itibaren ya da sonradan fiilen şube kapsamına girebilecek ticari faaliyetlerin gerçekleştirilmesinin hangi hukuki sonuçları beraberinde getireceği olabilir. İrtibat bürosu perdesi arkasında yürütülen şube faaliyetinin - DYYK m. 2/b ve c'deki yabancılık ve sermaye türü şartları yerine getirilmiş olmak kaydıyla- DYYK m. 3/a-f'de öngörülen koruma esaslarından faydalanamayacağını söylemek mümkün gözükmemektedir. Zira bu durumda büronun kurucusu yabancı şirket sadece Yönetmelik m. 5'deki bildirim yükümlülüklerini yerine getirmemiştir. Bunun ise korumadan yararlanmayı engelleyen hukuki bir etkisi yoktur. Şubenin TK m. 42/IV uyarınca tescili ve bir ticari mümessil atanması gereği de bu sonucu değiştirmeyecektir. Zira gerek tescil gerekse mümessil atanması, ticari işletmenin kendisinde de olduğu gibi, şubenin oluşum/varlık şartı değildir. TK m. 16/I uyarınca kanuni bir yasağa rağmen (DYYK m. 3/h) ticari işletme, somut olayda şube, işletenler tacir sayılacaktır. "İrtibat bürosu" olarak gözüken ancak gerçekte *şube faaliyetinin* Müsteşarlık tarafından Yönetmelik m. 8/e'deki izin iptali yaptırımını uygulanarak durdurulması mümkün değildir. Diğer bir deyimle ticari faaliyet yasağına uymayan irtibat bürosunun faaliyet izninin iptal edilmesi şubeyi de kapatmak anlamına gelmez. Zira ortada artık bir "şube" vardır ve yukarıda da belirtildiği gibi, DYYK idareye, mevzuata aykırılık gibi nedenlerle *doğrudan yatırımı* sona erdirme yetkisi vermemiştir. Devlet buna benzer yetkilere, ancak DYYK m. 3/b'de öngörülen şartlarla devletleştirme ve kamulaştırma halinde sahiptir. Bu şekilde faaliyet gösteren yabancı şirket, Yönetmelik'e aykırı davranmış olmasına rağmen, TK m. 16/I uyarınca tüm nimet ve külfetleriyle tacir sayıldığı cihetle iyiniyetli üçüncü kişilere karşı da sorumlu olacaktır.

Bu durum DYYK ve Yönetmelik'in Kanun'un kapsamına girip girmeme bakımından sadece maddî şartlar koymuş olmasının bir sonucudur. Getirilen "bildirim sistemi" örneğin "yatırımın idarece tanınması" gibi şeklî şartların yerini tutmamaktadır. Ancak bu durum kanunkoyucunun bilinçli bir sistem tercihi olduğundan⁹⁴, bundan doğan hukuki sonuçları da kabul etmek gerekecektir.

İrtibat büroları bunu kuran yabancı şirketin ticari işletmesinin bir bölümü kabul edildiği cihetle⁹⁵ Yönetmelik m. 6-8'de yer alan şartlar yerine getirilmek kaydıyla BK m. 179/I uyarınca bir başka yabancı şirkete devredilebilir.

V) SONUÇ

1- DYYK, yabancı yatırım türlerinden olan doğrudan yabancı yatırımlar düzenlenmektedir. Bu çerçevede, Devlet'in yabancı yatırımcıları Türk müteşebbislere oranla olumlu ya da olumsuz bir ayrıma tabi tutmayacağı ifade edilmiştir. Kanun'un hazırlanmasının altında yatan düşünce Devlet'in yabancı yatırım beklentilerinin gerçekleşmesi vardır. Kanun'un uygulanması, tanımlanan nitelikte yabancı yatırımların yapılmasına bağlıdır. Buna göre ekonomik ve siyasi istikrar, vergi rejimi, hukuki çerçeve gibi yabancı yatırımların girişinde ve ülkede kalmasında çok önemli rol oynayan değişkenlerde, yatırımcıların olumlu bulmayacağı farklılıklar ortaya çıktığında Kanun yürürlükte ama uygulanmayan bir kanun olma özelliğini taşıyacaktır. Bu durum DYYK'nu özel bir kanun tipi olarak diğer birçok kanundan ayırmaktadır. DYYK bir teşvik kanunu olarak görülemez.

2- DYYK, yabancı yatırımcıyı, yabancı sermayeyi ve doğrudan yabancı yatırım formlarını tanımlamış ancak bir yatırımın Kanun'un kapsamına girip girmediğinin tespiti bakımından tescil, kayıt ya da tanıma gibi şekli bir şart getirmemiştir. Bu, mülga 6224 s. Kanun'dan ayıran en önemli özelliklerdendir. Ne var ki, DYYK ile doğrudan yatırımlar dışında kalan yabancı yatırım türleri de yasaklanmadığından, Kanun'un getirdiği koruma sisteminden (m. 3/a-f)

⁹⁴ Karş. <http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0327.pdf> (erişim tarihi: 02.05.2006).

⁹⁵ Bkz. yukarı IV B.

faydalanabilmek için yatırımın hangi anda DYYK kapsamına giren bir yatırım olması gerektiği sorunu ile karşılaşılabilir. Bu yüzden gerçek anlamda izin anlamına gelmeyecek salt şekli bir kayıt işleminin öngörülmesi anılan türden tartışmaları önleyebilirdi. DYYK getirilen bildirim sistemine göre yabancı yatırımcılar her ne kadar bazı hususları Müsteşarlık'a bildirecek olsalar da buna uyulmamasının her hangi bir yaptırımını öngörülmediğinden yatırımın kaydı önem kazanmaktadır.

3- Doğrudan yatırım olarak yeni şirket kurulması, kurulu şirkete iştirak edilmesi ile şube açılması öngörülmüştür (DYYK m. 2/b-2 i-ii). Yabancı yatırımcının tek başına işleteceği bir işletme açması ise doğrudan yatırım olarak kabul edilmemiştir. Bir Türk şirketi ile bir yabancı şirketin birleşmek suretiyle yeni şirket kurmaları da DYYK'da öngörülen doğrudan yabancı yatırım türlerinden değildir. Aynı şekilde salt işyeri açılması DYYK anlamında doğrudan yabancı yatırım değildir. Zira sermayenin getirilmesi ancak doğrudan yeni bir şirket kurmak, iştirak etmek ya da şube açmak suretiyle mümkündür.

4- DYYK m. 2/a'da doğrudan yatırım yapabilecek yabancılar, gerçek kişiler ile uluslararası kuruluşlar ve "yabancı ülkelerin kanunlarına göre kurulmuş *tüzel kişiler*" olarak belirlenmiştir. Ne var ki bazı yabancı hukuklarda tüzel kişiliği haiz olmayan ancak hak ve fiil ehliyetleri tanınan ticaret şirketleri vardır. Bu nev'i şirketlerin yatırım yapmak istemeleri halinde, Kanun'daki "tüzel kişi" ifadesine rağmen MÖHUK m. 8/IV c. 1 uyarınca yabancı yatırımcı (DYYK m. 2/a-2) olarak kabul edilmeleri gerekir.

5- Yabancıların kurabilecekleri ve iştirak edebilecekleri şirketler ancak Türk Ticaret Kanunu'nda öngörülmüş olan şirketler ile Borçlar Kanunu'nda düzenlenmiş olan adi şirkettir (Yönetmelik m. 9/I). İştirak bakımından "hisse" ifadesini kullanan kanun koyucunun, bunun yerine "ortaklık payı" ifadesini kullanması daha doğru olurdu. "Ortak sıfatının kazanılması" şirket türlerine, hatta anonim şirketlerde hisse senedi türüne göre farklılık gösterdiğinden (karş. TK m. 168; 415, 416-419; 520; BK m. 524) ilgili hükme örneğin

“ortak sıfatının kazanılmasıyla ilgili özel hükümler saklıdır” şeklindeki bir fıkranın eklenmesi de yerinde olurdu.

6- Gerek merkez gerekse şube işleri için kural olarak *ihiyari* olan ticari mümessil atanması, yabancı işletme sahiplerinin Türkiye’de şube açmaları halinde *zorunlu* hale getirilmiştir. Şubenin bir ticari mümessil atanmaksızın her nasılsa tescil edilmiş olması durumunda, TK m. 42/IV’de öngörülen şart sebebiyle, yabancı bir işletmenin tescil edilmiş şubesiyle işlem yapan iyiniyetli üçüncü kişiler ticari mümessilin atanmış olduğundan hareket edebilmelidirler (TK m. 39/I).

TK m. 42/IV c.2’de yer alan “tam salâhiyetli” ifadesi ile BK m. 449-452’de düzenlenmiş olan ticari mümessillik hükümlerinde yabancı işletmelerin şubeleri açısından her hangi bir değişiklik yapılmış değildir. Bu bakımdan yabancı işletmenin Türkiye’deki şubesi için atanan ticari mümessilin atanması ve temsil yetkisinin kapsamı da BK m. 449-450’ye tabi olacaktır. Ancak yabancı işletme sahiplerinin Türkiye’deki şubeleri için atadıkları mümessillerin temsil yetkisinin baştan itibaren şubenin işleriyle sınırlandırıldığı kabul edilmelidir (BK m. 451/I). Diğer yandan ticari mümessilin yetkisi, birlikte temsil zorunluluğu getirilerek kısıtlanamamalıdır.

7- Hukukumuz “irtibat bürosunu” bir kavram ve müessese olarak tanımamaktadır. Bu konuda değişik hukuki metinlerde özel düzenlemeler yer almaktadır. Bunlardan birisi de DYYK m. 3/h ile Yönetmelik m. 6-8’dir. DYYK anlamındaki irtibat büroları ticari faaliyetten men edilmeleri, kurulmalarına süreli olarak izin verilmeleri ve temsil hukuku bakımından özel bir konumda bulunmaktadır. Bunlar işletme sahibi tarafından, şube niteliğini haiz olmaksızın merkezin dışındaki yerlerde belli bazı yardımcı faaliyetleri gerçekleştirmek için açılan sınırlı temsil yetkisine sahip birimler olarak tanımlanabilir. DYYK m. 3/h’de düzenlenen irtibat büroları bir doğrudan yatırım türü olmadığı gibi aynı maddenin a-f fıkralarında yer alan koruma sisteminin de dışında kalmaktadır.

İrtibat bürolarına BK m. 449-456’da düzenlenen tacir yardımcılarından hiç birisi atanamaz. Bunlar üçüncü kişilere karşı ancak BK m 32 vd.’na göre atanacak kişiler tarafından temsil edilebi-

lirler. DYYK'unda ve Yönetmelik'de, irtibat bürolarının hangi hallerde Yönetmelikte yer alan usule uyularak kurulması gerektiği hakkında açıklık bulunmaması önemli bir eksiklik olarak değerlendirilmelidir. Zira DYYK m. 3/h ve Yönetmelik m. 6-8 yabancı şirketlerin burada belirtilen usul dışında kalan bir yöntemle "irtibat bürosu" açmalarını yasaklamamaktadır.

DYYK kapsamında kurulan irtibat bürolarının ticaret siciline tescili öngörülmemiştir. TK ve TST'nde ticari işletmenin sadece merkez ve şubesinin tesciline izin verilmiş olmasına rağmen, aynı konuyu düzenleyen diğer mevzuat ile birlik yaratmak, en önemlisi de alelade şekilde kurulan ve irtibat bürosu olarak isimlendirilen yapılardan ayırabilmek için tescil zorunluluğunun getirilmesi yerinde olurdu.

YARARLANILAN KAYNAKLAR

ARKAN, Sabih: Ticari İşletme Hukuku, 6. Baskı, Ankara, 2001

ARSLANLI, Halil: "Limited Şirketin Teşkilatı-TTK. m. 536, 537", Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, s. 709 vd. (Limited Şirket).

BROX, Hans: Handelsrecht und Wertpapierrecht, 9. Aufl., München, 1991.

CANARIS, C. Wilhelm: Handelsrecht, 23. Aufl., München, 2000.

ÇELİKEL, Aysel: "Türkiye'de Yabancı Sermayenin Serbest Hareketi", İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Cumhuriyetin 50. Yıldönümü İçin Armağanı - Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul, 1973, s. 529 vd. (50. Yıl Armağanı).

DOMANIÇ, Hayri: Adi-Kollektif ve Komandit Şirketler, 4. Bası, İstanbul, 1988.

EBKE, Werner F.: “Die Würfel sind gefallen: Die Sanktionen der Sitztheorie sind europarechtswidrig!”, Betriebsberater (BB) 2003, s. 1 vd.

EKŞİ, Nuray: “Türkiye’de Yapılan Yabancı Yatırımlara İlişkin Mevzuat Hakkında Genel Değerlendirme”, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), C. I, S. 2, Y. 2005, s. 169 vd.

ERTEN, Rifat: Doğrudan Yabancı Yatırımlar Kanununun Türk Yabancılar Hukuku Sistemi İçindeki Yeri ve Rolü, Ankara, 2005.

FEYZİOĞLU, Feyzi Necmeddin: “Ticarî Mümessiller ve Diğer Ticarî Vekiller”, Halil Arslanlı’nın Anısına Armağan, İstanbul 1978, s. 407 vd. (Arslanlı Armağanı).

GAUCH, Peter: “Organshaft, Prokura, Stellvertretung, zugleich Auseinandersetzung mit BGE 95 II 442 (“Prospera GmbH)”, in: Lebendiges Aktienrecht, Festgabe für W. Friedrich Bürgi, Zürich, 1971, s. 39 vd.

GÖVDERE, Bekir: “Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarının Belirleyicilerinin Günümüzdeki Geçerliliği”, <http://www.dtm.gov.tr/ead/DTDERGI/nisan2003/yab.ser.htm> (erişim tarihi: 17.05.2006).

GÖZLER, Kemal: İdare Hukukuna Giriş, 3. Baskı, Bursa, 2005.

GÖZÜBÜYÜK, A. Şeref: Yönetim Hukuku, 22. Baskı, Ankara, 2005.

HEIDENHAIN, Martin: “Ausländische Kapitalgesellschaften mit Verwaltungssitz in Deutschland”, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht (NZG) 2002, s. 1141 vd.

KENDİGELEN, Abuzer,: Anonim Ortaklıkta Yönetime Katılma Haklarında İmtiyaz, İstanbul, 1999, s. 49 vd.

KINDLER, Peter: “Auf dem Weg zur europäischen Briefkastengesellschaft? - Die „Überseering” Entscheidung des EuGH

und das internationale Privatrecht", Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2003, s. 1073 vd.

KIRCA, İsmail: Ticarî Mümessillik, Ankara, 1996.

KUBLER, Friedrich: Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Heidelberg, 1994.

LUTTER, Marcus/HOMMELHOF, Peter: GmbH-Gesetz, 14. Aufl., Köln, 1995.

MOROĞLU, Erdoğan: "Anonim Ortaklıkların Tâbiyeti ve Tanınması", Makaleler II, İstanbul, 2006, s. 82 vd.

ÖĞREDİK, Güray: "İrtibat Büroları", Yaklaşım Dergisi, S. 151 (Temmuz 2005), <http://www.mazarsdenge.com.tr/index.php?contentId=202> (erişim tarihi: 18.01.2006).

ÖZYILDIZ, R. Hakan: "Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarında Karar Alma Prosedürü", Hazine Dergisi, Temmuz 1998, S. 11, s. 3 vd.

PEFFERMANN, Petra: "Der Markt öffnet sich – aber nicht für alle Branchen" <http://www.pwc.com/Extweb/pwcpublications.nsf/docid/E9505AABF3A441A380256E7B0031F7F> (erişim tarihi: 23.01.2006).

POROY, Reha: Ticari İşletme Hukuku, 5. Bası, İstanbul, 1987.

POROY, Reha/TEKİNALP, Ünal/ÇAMOĞLU, Ersin: Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku, 8. Baskı, İstanbul, 2000.

SABİR, Hasan: "Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımlarını Gelişmekte Olan Ülkelere Yönlendirici Politikalar", <http://www.dtm.gov.tr/ead/DTDERGI/Ekim2002/sabir.htm> (erişim tarihi: 17.05.2006).

SCHMIDT, Karsten: Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Köln vd., 1991.

TEKİL, Fahiman: Ticari İşletme Hukuku, İstanbul, 1990.

TEKİNALP, Gülören: Türk Yabancılar Hukuku, 8. Bası, İstanbul, 2003. (Yabancılar Hukuku).

TEKİNALP, Gülören: “Türk Hukukunda Ortaklıkların Vandaşlığı”, 50. Yıl Armağanı-Cumhuriyet Döneminde Hukuk- İstanbul 1973, s. 551 vd. (50. Yıl Armağanı).

TEKİNALP, Gülören., “Yabancı Tüzel Kişilerin Tanınması”, Halil Arslanlı'nın Anısına Armağan, İstanbul, 1978, s. 187 vd. (Arslanlı Armağanı).

TEKİNALP, Ünal: “Cumhuriyet Döneminin Ekonomi Hukuku Açısından Değerlendirilmesi”, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin Cumhuriyetin 50. Yıldönümü İçin Armağanı – Cumhuriyet Döneminde Hukuk, İstanbul, 1973, s. 633 vd. (50. Yıl Armağanı).

TERSTEEGEN, Jens: “Überblick über ausländische Gesellschaftstypen”, <http://www.jurawelt.com/download/aufsaetze/auslgesr.pdf> (erişim tarihi: 18.07.2006).

TİRYAKIOĞLU, Bilgin: “Doğrudan Yabancı Yatırımlara İlişkin Uluslararası Düzenlemeler”, <http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/dogrudanyabyatirimci.doc> (erişim tarihi: 17.05.2006). Bu eser için ayrıca şu basılı yayma da bakılabilir: Ekonomik İstikrar, Büyüme Ve Yabancı Sermaye, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası İnsan Kaynakları Genel Müdürlüğü Eğitim Müdürlüğü, Ankara, 2001, s. 165 vd.

TÖRE, Nahit: “Dünyada Yabancı Sermaye Akımları”, <http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/kitap2/dunyayabsermaye.doc> (erişim tarihi: 17.05.2006). Bu eser için ayrıca şu basılı yayına da bakılabilir: Ekonomik İstikrar, Büyüme Ve Yabancı Sermaye, Türkiye Cumhuriyet Merkez Bankası İnsan Kaynakları Genel Müdürlüğü Eğitim Müdürlüğü, Ankara, 2001, s. 73 vd.

YÜKSELER, Zafer: “Doğrudan Yabancı Sermaye Yatırımları ve İş/Yatırım Ortamı İlişkisi”, <http://www.tcmb.gov.tr/yeni/evds/yayin/kitaplar/Rekabetgucu-YabancıSermaye.pdf> (erişim tarihi: 17.05.2006).

<http://www.mukellefgazetesi.com.tr/cgi-bin/goster.pl?id=16807> (erişim tarihi: 14.05.2006).

<http://www.yargitay.gov.tr/emsalarama>, (erişim tarihi: 25.05.2006).

<http://www2.tbmm.gov.tr/d22/1/1-0327.pdf> (erişim tarihi: 02.05.2006).

<http://www.kgm.adalet.gov.tr/turkticaretkanunutasarisi.htm> (erişim tarihi: 30.05.2005).

http://coi.kujawskopomorskie.pl/de/index.php?option=com_content&task=view&id=22&Itemid=14 (erişim tarihi: 23.01.2006).

<http://www.firmengruendung-slowakei.com/?lg=84&art=112> (erişim tarihi: 23.01.2006).

<http://www.frankfurt-main.ihk.de/recht/themen/unternehmen-srecht/zweig/index.htm/> (erişim tarihi: 23.01.2006).

<http://www.frankreich-business.de/infos/rechtssystem/rechtsformen.htm> (erişim tarihi: 23.01.2006).

http://www.osteuropa-business.com/pageID_2758405.html (erişim tarihi: 23.01.2006).

LONG-TERM CAPACITY RESERVATION CONTRACTS IN THE EUROPEAN ENERGY MARKET LIBERALIZATION

Av. Murat ŞEN*

I. INTRODUCTION

European energy market liberalisation is built upon the strategy of transforming the monopolistic structures of national energy industries into competitive units operating cross-border within a single European market for energy. Like other network industries, energy business has long been characterised by being organised in vertically integrated structures that effectively control all or most of the activities in the chain of production/import, transmission, distribution and sale. Since it is economically unviable and sometimes even impossible to develop alternative gas pipelines and electricity networks, the owners or operators of these transmission infrastructures, usually being the historic national incumbents, enjoy enormous advantage over the other market players. They tend to sweep away any competitor and eventually swallow up all upstream and downstream economic activities by granting preferential access rights to gas and electricity produced/imported or distributed by their affiliates. To unlock the situation EU legislative efforts have focused, on the one hand on ensuring non-discriminatory third party access to the network and, on the other hand gradually breaking down the undertakings that are active in production, transportation and marketing businesses so as to make sure that each of these activities are carried out by

* T.C. Dışişleri Bakanlığı Hukuk Müşaviri. Bu çalışmada ileri sürülen görüşler yazarın kişisel görüşleri olup Dışişleri Bakanlığı'ni bağlamamaktadır.

legally separate undertakings. The first wave of Directives, namely the Directive 96/92 on electricity¹ and the Directive 98/30 on gas² required the unbundling of accounts of transmission businesses of integrated companies from their supply and generation/import businesses. Second wave of Directives, namely the Directive 2003/54 on electricity³ and the Directive 2003/55 on gas⁴ required legal (or structural) unbundling of transmission businesses of integrated companies from their supply and generation/import businesses.⁵ However, since the beginning of the liberalisation process in mid 90's the attempts for ensuring non-discriminatory third party access have met serious constraints and consequently led to the widespread feeling that the liberalisation process has resulted in failure. Perhaps one of the most well identified and frequently mentioned problem standing on the way to non-discriminatory third party access is the so called 'long term reservation contracts' reserving all or a significant portion of the transmission capacity of a network for a major market player. As they lead to horizontal integration this time, long term reservation contracts virtually neutralises the desired effects of unbundling vertical integration. The owners or operators of transmission networks compelled to dismantle their organic links with other economic activities yet tend to maintain the same links through

¹ Directive 96/92/EC of the European Parliament and the Council of 19 December 1996 concerning common rules for the internal market in electricity, [1997]OJL 27/20, ("Directive 96/92").

² Directive 98/30/EC of the European Parliament and of the Council of 27 June 1998 concerning common rules for the internal market in natural gas, [1998] OJL 204/1, ("Directive 98/30").

³ Directive 2003/54/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 96/92/EC, [2003] OJL 176/37, ("Directive 2003/54").

⁴ Directive 2003/55/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 98/30/EC, [2003] OJL 176/57, ("Directive 2003/55").

⁵ Legal or structural unbundling does not necessarily imply ownership unbundling. An undertaking is still allowed to own both a transmission company and a supply company providing that these companies have separate legal personalities. Ownership unbundling has been ruled out for legal concerns that it may interfere with the property rights as protected under some member states' constitutions. However, given the disappointing slow pace of liberalisation, the Commission is increasingly referring to the ownership unbundling as a "radical step" needed.

contractual relationships. The purpose of this paper is to have a closer look at the long-term reservation contracts in the energy sector in light of the recent European Court of Justice (hereinafter referred to as ECJ) judgement. Other equally important problems of energy market liberalisation are therefore excluded from the scope of this paper.

II. THE PHENOMENON OF LONG TERM RESERVATION CONTRACTS IN THE ENERGY MARKET

Long-term reservation contracts are traditionally viewed by the energy sector as a necessary instrument to make the energy market function. The main argument supporting this view is that transmission networks require heavy and long-term investment, and that the owners or operators of the networks making this investment can only off-set the costs by being allowed to enter into long-term secure contracts which would inevitably reserve the transmission capacity. Related to this argument is the economic viability of the upstream investment in the case of gas, and the investment in generation capacity in the case of electricity. Particularly in the gas sector, investment in the upstream market (search, exploration and production) bears significant costs. Most of the time financiers of an investment of this scale seek the existence of some form of purchase commitments by the customers sufficient to guarantee a proper rate of return on the investment. Therefore it is argued that to make any investment in both production/generation activities and transportation facilities economically viable, a preferential access should be granted to the initiators of such investments. This argument is usually associated with the increasingly vocal concerns about security of supply.

Apart from this main argument for the existing long term reservation contracts typically voiced by national incumbents that are used to enjoy monopoly rights in the pre-liberalisation period, some arguments at the demand side seem to lend support, albeit in an indirect way, to the conclusion of new long-term reservation

contracts. For instance, in their Position Paper of 27 June 2005⁶, the European Association of Metals (EUROMETAUX) complains that while the existing contracts are about to expire, as a result of liberalisation, the large industry will no longer be able to enter into long-term electricity purchase contracts. This fact would significantly reduce the bargaining power of the large industry against the suppliers. EUROMETAUX contends that, in fact, there are no real independent traders left in the market and the dominant producers are manipulating the market by their trading arms. As a solution, it proposes that a *dual market power [be] established and there should be a market enabling large industrial users to buy stable, long-term, competitively-priced power*. Long-term reservation contracts are not contracts in isolation. Their existence generally presupposes the existence of supply or sale contracts with a similar duration. Although its concern seems to be related to long-term *supply* contracts and not long term capacity *reservation* contracts, what is suggested by EUROMETAUX, in fact, amounts to an indirect justification of new long-term reservation contracts followed by new long-term purchase agreements to be allowed for the large industry. EUROMETAUX example indicates that alongside the former incumbents with monopolistic structures that are typically thought to be resisting the liberalisation process, the eligible customers under Electricity Directives who are expected to be the beneficiaries of liberalisation, although for distinct reasons, may be found supporting long-term reservation contracts in the electricity sector. This situation illustrates the sensitivity of the matter and explains the difficulty in the attempts to curb long-term reservation contracts.

Against this background of long-term reservation contracts as a reality in the energy sector, their adverse effect on the energy market liberalisation designed by the EU legislation should be looked in some detail.

⁶ European Association of Metals, Improving the Electricity Markets in Continental Europe, Position Paper with a view to the European Commission 2005 Report on the functioning of the Electricity and Gas Directives, 27 July 2005

A. Electricity Market

In the electricity sector the main issue related to the third party access is the access to interconnectors, i.e. the equipments used to link electricity systems. Most of the Member State's electricity systems are linked by interconnectors. In the pre-liberalisation era, when the electricity markets were mainly national, interconnectors owned by the national incumbents usually had the sole function of security⁷. Following the liberalisation and opening up of national electricity markets, interconnectors have become the essential components of the single European electricity market. Therefore access to interconnectors most of which have already insufficient capacity has been identified a priority issue for the functioning of liberalised electricity market⁸. However, the long term-term contracts reserving capacity on interconnectors concluded by the national incumbents prior to the liberalisation adversely affecting the proper functioning of the electricity market. In its Energy Sector Inquiry-Issues Paper⁹ the Commission points out that the pre-liberalisation capacity reservations have taken up a significant portion of some of the most congested interconnectors and concludes that *long term capacity reservations (grandfathering) and inadequate capacity allocation rules are barriers to efficient market integration.*

In the electricity market the practice of long-term power purchase agreements (PPS's) are identified as an important factor affecting the long-term capacity reservation contracts. PPA's concluded between the generators and the retailers are usually put forward as legal and economic justifications of long-term capacity reservation contracts.

⁷ Michael Albers, 'Competition Law Issues Arising From the Liberalisation Process' 1 Journal of Network Industries (2000), 269

⁸ Ibid

⁹ European Commission Competition DG Energy Sector Inquiry-Issues Paper, version 15.11.2005, available at http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/energy/ The Paper has been the basis of and endorsed by a subsequent report entitled "European Commission Competition DG, Energy Sector Inquiry, Draft Preliminary Report", available at http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/others/sector_inquiries/energy/.

B. Gas Market

European gas market's heavy dependency on imported gas signifies the third party access to import pipelines (transit pipelines) as the main cause of concern. According to the findings of the Commission in its Energy Sector Inquiry-Issues Paper¹⁰, long-term reservation contracts significantly restrict the third party access to import pipelines and thus create a serious obstacle for new entrants. The Paper suggests that *the enquiry largely confirms that most capacity on crucial transit lines –which are vital for market integration-, is in the hands of historic players. The transit contracts signed by these historic players before liberalisation will not expire, on average before 2022.* This means that at least during 16 years from now on, new market entrants who need to use the import pipelines would, to a large extent, have to seek capacity on the secondary markets and thus have to negotiate with the primary capacity holders which are the major historic players. The latter leads to the so called 'pipe in pipe' situation where each of the capacity holders who are all together occupying the total capacity of a pipeline act respectively as Transmission System Operators *vis-à-vis* new entrants¹¹. All these practices have or likely to have significant adverse effects on the functioning of the liberalised gas market and, in fact, render the achievement of the purpose pursued by the Gas Directive 2003/55 impossible.

III. LEGAL STATUS OF LONG TERM RESERVATION CONTRACTS UNDER EU LAW

The determination, in an abstract way, of the legal status of 'long-term reservation contracts' widely applied in the energy sector seems difficult for several reasons. Firstly, such contracts may differ in terms of the time they are concluded (pre-liberalisation or post-liberalisation) and secondly, every such contract may have its own special context according to which they must be looked through. The former difficulty concerns the application of EU legislative package on energy market

¹⁰ Ibid.

¹¹ Ibid.

liberalisation, whereas the latter rather concerns the EU anti-trust rules and its application. In order to cope with the former difficulty, however, long-term reservation contracts should be viewed from four perspectives: (i) The position of existing long-term reservation contracts that are concluded prior to liberalisation and still valid today; (ii) Renewal of existing long-term contracts concluded prior to liberalisation; (iii) Conclusion of new long-term reservation contracts; (iv) Preferential access to the network on the basis of a long-term supply contract.

A. Long-Term Contracts under EC Energy Liberalisation Legislation

1. Electricity

The first legislative instrument of the electricity liberalisation package is the Electricity Directive 2003/54¹². The Directive contains no provision dealing directly with long-term reservation contracts. The principle of non-discriminatory third party access, however, is clearly stipulated in Article 9(e)¹³. Under the same Article, Transmission System Operators (TSO's) are made responsible for ensuring third party access in a non-discriminatory way¹⁴. Moreover, various measures such as the designation of TSO's by the Member States (Article 8), structural unbundling of TSO's (Article 10), the rules on the management of third party access (Article 20), designation by the Member States of independent regulatory authorities to monitor the implementation of the Directive (Article 23) are provided to safeguard the non-discriminatory and transparent third party access.

Although non-discriminatory and transparent third party access to the system is the rule, Directive 2003/54 logically

¹² *Supra* note 3.

¹³ Article 9 (e): "Each transmission system operator shall be responsible for ... ensuring non-discrimination as between system users or classes of system users, particularly in favour of its related undertakings".

¹⁴ Transmission System Operators (TSOs) are basically the companies operating the transmission infrastructure. The Directive 2003/55 asks member states to assign one or more such operators as TSOs in a given area and confer upon them certain public responsibilities such as operating and ensuring the maintenance of transmission system under the conditions set out in the Directive.

recognizes in Article 20(2) the right of TSO's to refuse access where it lacks necessary capacity providing that certain procedural requirements for transparency purposes are met.¹⁵ Article 20(2) is clear in that if the physical capacity of a system is already reserved by existing capacity reservation contracts, the relevant TSO may refuse a new entry. In the absence of any qualifier in Article 20(2) as to the nature or duration of a legitimate lack of capacity on the basis of which a TSO may refuse access, it can be deduced that such lack of capacity might well be caused by short-term or long-term contracts signed both prior and subsequent to liberalisation. Therefore, the Article implicitly recognizes the existence of long-term *reservation* contracts in the sector and protects the existing reserved capacity against the new entrants. However as mentioned earlier, in most of the cases long-term capacity reservation contracts are attached to long-term supply contracts. In a situation where a supply contract outlives the concomitant capacity reservation contract, the supplier may risk its supply commitment if its access to the system is refused. This, in turn may disrupt the energy supply and effectively endanger the benefits of market liberalisation. Therefore the crucial question here is whether one can go even further to infer from Article 20(2) a right to preferential treatment for a long-term supply contract. There is nothing in the wording of Article to support this.¹⁶ However the reference made in Article 20(2) to Article 3 concerning the public service obligation and consumer protection is prone to raise questions. Article 3 allows Member States to "*impose on undertakings operating in the electric sector ... public service obligations which may relate to ... security of supply...*" and

¹⁵ Article 20(2): "The operator of a transmission or distribution system may refuse access, where it lacks the necessary capacity. Duly substantiated reasons must be given for such refusal, in particular having regard to Article 3. Member States shall ensure, where appropriate and when refusal of access takes place, that the transmission or distribution system operator provides relevant information on measures that would be necessary to reinforce the network. The party requesting such information may be charged a reasonable fee reflecting the cost of providing such information."

¹⁶ Although under the use-it-or-lose-it principle the lack of necessary capacity must be understood as lack of technical capacity. See also Andras Palasthy, 'Third Party Access in the Electricity Sector: EC Competition Law and Sector-Specific Regulation' 20 Journal of Energy and Natural Resources Law 2002

provides further that Member States may to this end “*introduce the implementation of long term planning, taking into account the possibility of third parties seeking to access to the system.*” Article 20(2) when read together with Article 3(2) gives the impression that the Directive 2003/54 intends to leave an open door for Member States that wish to make provision allowing TSO’s to refuse access for the purpose of “security of supply” providing that such refusal stems from the “implementation of long term planning” and subject to the conditions set out in Article 3 such as transparency and non-discrimination. Whether or not or to what extent this provision grants a right of first refusal to certain long-term supply contracts remains to be seen in future developments.

Second legislative instrument is the Regulation 1228/2003 on the Conditions for Access to the Network for Cross-border Exchanges in Electricity (hereinafter ‘Regulation 2003/1228’)¹⁷. The purpose of the Regulation 2003/1228 is to elaborate on the principles established by the Directive 54/2003 regarding the cross-border electricity trade and stipulate detailed rules on issues such as congestion management, harmonisation of cross-border transmission charges and the allocation of available capacities of interconnectors. The Regulation is accompanied by an annex containing Guidelines on the management and allocation of available transfer capacity of interconnectors between national systems. The Guidelines by and large derives from the works of the so called ‘Florance Forum’ where Member States, national regulatory authorities and national transmission system operators periodically gather to discuss about various technical aspects of cross-border electricity trade. The Guidelines as amended on 9 November 2006 contains two paragraphs referring to the long-term contracts. The first paragraph provides that “*depending on competition conditions, the congestion management mechanisms may need to allow for both long- and short-term transmission capacity allocations.*” This paragraph clearly recognises the need in the sector for long-term

¹⁷ Regulation (EC) No 1228/2003 of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 on the conditions of access to the network for cross-border exchanges in electricity, [2003] OJL 176/1

capacity reservation contracts, however makes them conditional upon their being in conformity with competition rules. The previous version of the Guidelines provided that '*priority access rights to an interconnection capacity shall not be assigned to those contracts which breach Articles 81 and 82 of the EC Treaty*'. This ambiguous language which seemed to recognize priority access rights for *supply contracts* that are in compliance with EC competition rules was a straightforward contradiction to the non-discriminatory third party access principle of the Directive 2003/54. Following the *Vereniging Voor Energie* judgement of the ECJ which is dealt in detail at the last part of this paper, the proviso has been appropriately removed altogether from the amended Guidelines. The reference to the "competition conditions" in the amended Guidelines as oppose to a reference to "Articles 81 and 82 of the EC Treaty" is also appropriate given that not all competition conditions to be taken into account in a given Member State may involve cross-border anti-competitive behaviour, thus call for Articles 81 and 82 of the EC Treaty. It may well fall in the ambit of totally internal competition rules.

The second paragraph related to long-term reservation contracts in the amended Guidelines provides that: "The access rights for long- and medium-term allocations shall be firm transmission capacity rights. They shall be subject to use-it-or-lose-it or use-it-or-sell-it principles at the time of nomination". The paragraph confirms the established principle of congestion management that the non-availability of capacity as a justification for refusing access to the system should be deemed as the physical-non availability and not the contractual non-availability. This principle while helping avoid attempts to manipulate on the capacity of transmission infrastructures by way of creating, through contractual relationships, horizontally integrated markets, does not in itself bar the TSO's to enter into long-term capacity reservation contracts. It is interesting to note that the proviso "existing long term contracts shall have no pre-emption rights when they come up for renewal" contained in the previous Guidelines has been removed from the amended version. It is true that given the overall

scheme of the Directive 2003/54 and the Regulation 1228/2003 where a non-discriminatory and transparent access to the system is guaranteed and a necessary flexibility for TSO's to refuse access in clearly defined situations and under strict conditions is provided, this proviso served no purpose, instead led to confusion. Yet, deletion of this proviso may have an encouraging effect on the TSOs when using their discretionary powers to favour existing long-term capacity reservation contracts at the time of their renewal, providing that such a discretion is legitimate under the Directive and the Regulation, i.e. non-discriminatory, transparent, for the purpose of public service obligation or security of supply as a part of a long term planning and in compliance with national and EC competition rules.

It is also relevant to examine, in this context, the exemptions from or possible derogations to the third party access rules foreseen in the electricity liberalisation legislation. There kinds of exemptions/possible derogations relevant for the long-term reservation contracts can be identified:

i- Exemptions under Article 7 of the Regulation 1228/2003

In order to meet the concerns that the market liberalisation would hamper new investments in transmission facilities by the major players and thus endanger security of supply, an exemption scheme for new infrastructure developers is provided by Regulation 1228/2003. Under Article 7 of the Regulation, the developers of new direct interconnectors or of projects aiming at significant increase in the capacity of existing infrastructure may be exempted from Articles 20, 23(2),(3) and (4) of Directive 2003/54 and Article 6 (6) of the Regulation which all together constitute a great deal of third party access rules. The granting of exemption is made conditional upon factors such as that the investment must enhance competition in electricity supply and must not be to the detriment of competition or effective functioning of the internal electricity market. Moreover the investment must be a high-risk investment

which, according to the Commission¹⁸, means that it must require a major and high cost investment project that would, if underwritten by regulated tariffs, significantly increase final costumers' bills¹⁹. The exemption may only be granted on a case by case basis and block exemptions are clearly ruled out. Depending on the particularities of each case, granting of exemptions at different levels, ranging from a mere exception from the rules related to the use of congestion management revenues to partial or full exemption, is made possible. Granting of a full exemption to the eligible investment projects would have the effect that the infrastructure would not have to allow third party access at all. In this case developers would be able to retain all or part of the capacity for themselves throughout the duration of the exemption.²⁰ Although it is stated by the Commission that the duration of the exemption should be proportioned to the objective being pursued,²¹ it can be said that a reasonable return on such 'high cost' investments would only be achieved, at least in most of the cases, in a relatively long period of time. Therefore, the exemption scheme envisaged under Article 7 of the Regulation allows for a possibility that the eligible project developers of new interconnectors may reserve all or part of the capacity thereof for their own use provided that the situation created is compatible with the EC competition rules. It should be noted that the compliance with the competition rules is sought not only at the time of granting the exemption but also throughout its duration.

ii- Possible derogation in relation to public service obligation

The Directive 2003/54 allows Member States, in Article 3(8), to decide not to apply certain provisions, namely Articles 6, 7, 20, 22 of the Directive, if their application would obstruct the

¹⁸ See Note of DG Energy and Transport on the Directives 2003/54-55 and Regulation 1228/03 in the Electricity and Gas Internal Market, Exemptions from Certain Provisions of the Third Party Access Regime, 30.2.2004, available at http://europa.eu.int/comm/energy/index_en.html

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

electricity undertakings' fulfilment of their obligations arising from economic interest or the interests of the Community. This Article chiefly allows Member States to be exempted from the application of regulated access system and not from the non-discriminatory third party access principle. Therefore, a right to primary access may hardly be deduced from this provision.

iii- Derogations under Article 26 of the Electricity Directive 54/2003

Unlike the Directive 96/92, the Directive 2003/54 does not provide for a right to apply to the Commission for a transitional regime in such cases where a Member States would have difficulties to implement the Directive due to past commitments and guarantees granted in their jurisdictions. The first paragraph of Article 26 of Directive 2003/54 provides for certain derogations that may be granted by the Commission solely related to the small isolated systems in Member States only if they can demonstrate, after the entry into force of the Directive, that substantial problems for their operation exist. In the second paragraph of Article 26, a possibility of a short-term derogation from the market opening obligations justified by reasons of technical nature is envisaged. Therefore, it can be concluded that unlike Directive 96/92, the derogation regime of Directive 2003/54 does not leave room for the Member States to continue, during a transition period, practices in which existing long-term contracts are accorded preferential treatment.

2. Gas

The gas liberalisation package consists in the Gas Directive 2003/55 and the Regulation 1775/2005 on conditions for access to the natural gas transmission networks (hereinafter the Regulation 2005/1775)²². The latter elaborates on the principles enshrined by the Directive 2003/55 and provides detailed rules on issues of third party access and congestion management. Like the Regulation

²² Regulation (EC) No 1775/2005 of the European Parliament and of the Council of 28 September 2005 on conditions for access to the natural gas transmission networks, [2005] OJL 289/1.

2003/1228 on electricity, the Regulation 2005/1775 on gas also contains Guidelines as its annex. Although both electricity and gas legislation provide for non-discriminatory and transparent access, it can be said that as far as long-term reservation contracts are concerned, gas legislation is less interventionist and more permissive. Article 18 (3) of Directive 2003/55 explicitly recognize the legitimacy of the practice of long-term contracts in the gas market by stating that *'the provisions of this Directive shall not prevent the conclusion of long-term contracts in so far as they comply with Community competition rules'* and thus allows the conclusion of new such contracts. Regulation 2005/1775 confirms this approach by entrusting TSO's, in Article 4(1), with the task of offering to network users both long-term and short-term services. However, it should be noted that these provisions do not necessarily imply an automatic preferential access to the existing long-term contracts at the time of their renewal.

Article 21 of Directive 2003/55 allows natural gas undertakings to refuse access on the basis of lack of capacity or where the access to the system prevents the fulfilment of their public service obligations in accordance with Article 3(2) or where undertakings is granted a derogation under Article 27. The refusal of access on the basis of lack of capacity provides sufficient protection for the undertaking's 'contracted capacity' against third party access²³, thus favours existing long-term reservation contracts. The protection granted to existing contracted capacity is compensated by the principles on allocation of unused contractual capacity to the third parties in order to maximize the capacity utilization²⁴.

The right of an undertaking to deny access under Article 21(1) where such access prevents the fulfilment of its public service obligation as assigned to it under Article 3(2). Article 3(2) authorises Member States to impose upon undertakings in the gas

²³ Ketil Boe Moen, 'The Gas Directive and Third Party Transport Rights-What Pipeline Volumes are Available', 21 *Journal of Energy and Natural Resources Law*, 2003, 49

²⁴ See Article 5 of Regulation 1775/2005, supra note 18

sector obligations related to the security of supply and entitles them to introduce the implementation of long-term planning for the purpose of security of supply. This provision is similar to that of Article 20(2) of Directive 2003/54 on electricity. However, here, the link between the refusal and the public service obligation is rather more indirect. Therefore, under the Directive 2003/55, an undertaking seems more likely to be allowed to grant priority access right to both existing long-term reservation contracts at the time of their renewal and existing long-term supply contracts, if its security of supply obligations so require. Nevertheless, this possibility is again subject to the test of Article 86 of the EC Treaty.

The right to deny access where an undertaking is granted derogation under Article 27 in relation to its take-or-pay commitments seems also to imply justification, in some exceptional cases, a preferential access right. Long term take-or-pay type supply contracts are widely used in gas sector and when the duration of these contracts concluded by shippers prior to the entry into force of the Directive do not match with the duration of their capacity reservation contracts, the shippers may encounter serious difficulties to honour their take-or-pay obligations and consequently incur huge losses. Since in the gas sector, usually shippers are the affiliates of owners or operators of pipelines, the issue boils down to the question whether or to what extent a pipeline owner may grant preferential access right to its affiliate shipper. Article 27 of Directive 2003/55 addresses this question by authorising Member States to grant, upon application, a temporary derogation to the undertakings having such problems so that they may deny third party access in favour of their own shipping activities. When granting derogation, Member States must take into account the detailed criteria set forth in Article 27. In any case derogations granted are subject to *ex-ante* Commission scrutiny.

Lastly, as Electricity Regulation 2003/1228, Directive 2003/55 also provides, in Article 22, derogation from third party access rules in favour of developers of major new gas infrastructures with the effect that they may retain all or part of the

capacity until they have the return on the investment. The scope and conditions for granting of such derogations are almost identical to those under Article 7 of Regulation 2003/1228.

B. Long-Term Contracts and the EC Competition Law

The Commission rightly points out that the energy market liberalisation and the EC competition policy complement each other in a manner that the former lifts domestic legislative barriers, whereas the latter removes the factual obstacles to the competition²⁵. Related to long-term capacity reservation contracts in energy sector, two different scenarios can be identified where the EC competition rules may step in:

First is the scrutiny of long-term reservation contracts as such. This includes both new long-term contracts and long-term contracts concluded prior to the liberalisation but still valid today. As has been stated earlier, both the Directive 2003/54 on electricity and the Directive 2003/55 on gas recognize the validity of new long-term reservation contracts so far as they comply with Community competition rules. They both protect existing long-term reservation contracts by allowing the owners/operators of transmission systems to refuse access on the basis of lack of physical capacity. However, there is no indication in the Directive as to the validity of existing contracts that were in breach of Community competition rules at the time of their conclusion. This usually becomes an issue when an existing long-term reservation contract comes up for renewal. In some cases the Commission has intervened in the renewal of existing long-term reservation contracts on the grounds that they were in breach of EC competition rules. For instance, in the case of a submarine interconnector between UK and France jointly owned by the UK and the French TSO's, the long-term reservation contract of French EDF who was at the same time owner of the French TSO concerned was not renewed as a result of the Commission intervention²⁶. In the gas market, Marathon case in which the

²⁵ Albers, *supra* note 6.

²⁶ Commission Press Release, 12 March 2001, IP/01/341.

Commission intervention compelled the German joint venture BEB to abandon its system of long-term capacity reservation is usually cited as a success story of the DG Competition²⁷.

Second is the scrutiny of long-term supply contracts. In some cases, the compatibility of supply contracts with the competition rules may determine the validity of concomitant long-term capacity reservation contracts. For instance, the Directive 2003/55 on gas expressly recognize the need of the gas sector for long term supply contracts as long as they do not undermine the objective of energy market liberalisation and are compatible with Articles 81 and 82 of the EC Treaty. In fact the Commission's anti-trust scrutiny over supply contracts in energy sector pre-dates the energy market liberalisation. So far, the Commission has carried out many investigations related to the supply contracts or mergers in energy sector with the objective of ensuring that the supply contracts, in particular between former monopolies do not lead to abuse of dominant position. For instance, in the recent case of the GFU (Gas Negotiation Committee, a consortium comprising approximately 30 Norwegian gas companies including the largest producers Statoil and Norsk Hydro), the Commission investigated the joint sale scheme of Norwegian gas through GFU system and finally forced the GFU to end all its joint marketing and selling activities that were not compatible with EC competition law²⁸.

IV. RECENT ECJ JUDGEMENT

Recent European Court of Justice (hereinafter 'ECJ') judgement on the case *Vereniging Voor Energie, Milieu En Water and Others*²⁹ sheds light to certain aspects of long-term capacity reservation contracts in the electricity market. The case was concerning the compatibility with the EC law of a national legislation issued after Directive 96/92 entered into force which granted priority access to a Dutch electricity company formerly

²⁷ Commission Press Release, 29 July 2003, IP/03/1129.

²⁸ Commission Press Release, 17 July 2002, IP/02/1084.

²⁹ Case 17/03, *Vereniging Voor Energie, Milieu En Water and Others v. Directeur Van De Dienst Uitvoering En Toezicht Energie*, 7 June 2005, [2005] 5 C.M.L.R. 8.

entrusted with public service obligation, on the basis of its long-term supply contracts concluded prior to liberalisation. The ECJ, first found that such a priority access was not compatible with the non-discriminatory third party access rule as provided in Article 17(2) of the Directive, than reject, in the context of that case, the applicability of derogations provided respectively in Articles 3(2) and 24.

The ECJ confined the assessment of the case to the provisions of Directive 96/92 and, although asked by the referring national court, declined to make an assessment under Articles 81, 82 and 86 of the EC Treaty. One reason for this may be that, given the clarity of Directive 96/92 in its provisions on third party access, a separate assessment under those EC Treaty Articles was not, in the context of that case, deemed necessary. Another reason may involve a deliberate choice of the Court to accelerate the energy market liberalisation process by upholding the core principles of the Directive and, as far as these core principles are concerned, determining the degree of harmonisation provided by the Directive. Whatever the reason is, it can be expected that the decision would also have an impact on the delimitation of the roles of national regulatory authorities on the one hand and national competition authorities and the DG Competition of the Commission on the other hand.

Related to the long-term supply contracts in the electricity markets, the issues clarified by the decision and the points remain be in the darkness can be summarised as follows:

(i) The principle of non-discriminatory third party access is absolute. The only exception to this principle may be the derogation provided in Article 24 of Directive 92/96. The applicability of this derogation must be decided on a case by case basis. Therefore granting of priority access to an undertaking on the basis of its long-term supply contracts, in the absence of derogation, is precluded. The effect of this finding on the long-term reservation contracts is that undertakings may not be granted such

priority access when they renew their existing reservation contracts or enter into new such contracts.

This conclusion is equally valid for Directive 2003/54 except for the derogation. Directive 2003/54 no longer contains derogation similar to that provided in Article 24 of Directive 92/96.

(ii) The prohibition of granting priority access right on the basis of existing supply contract is irrespective of the contract's compatibility with the EC competition rules. This finding of the Court contrasts with the Guidelines contained in the Regulation 2003/1228 as was in force at the time of judgement which provides *a contrario* that "priority access rights to an interconnection capacity shall not be assigned to those contracts which breach Articles 81 and 82 of the EC Treaty". Subsequently, the Commission has removed this proviso from the amended version of the Guidelines.

(iii) The derogation under Article 3(3) of Directive 92/96 which authorises Member States to decide not to apply Articles 5, 6, 17, 18 and 21 has no bearing on the principle of non-discriminatory access enshrined in Article 7(5), thus does not justify a priority allocation right on the basis of an existing supply contract. This conclusion is also equally valid for Directive 2003/54.

However, priority access for long-term supply contracts resulting from the implementation of a Member State's long term planning related to security of supply and public service obligation as provided in Article 3 of the Directive 2003/54 was not raised in the case, thus remains to be clarified in future developments.

(iv) The right of refusal on the basis of 'lack of necessary capacity' does not imply an automatic priority right for existing long-term *supply* contracts. However, it can not be concluded from the Court's finding that long-term capacity *reservation* contracts may not be protected by the lack of necessary capacity argument. Thus, existing long-term capacity reservation contracts remains to

be protected by the Directive 2003/54, albeit with the caveat of use-it-or-lose-it principle.

V. CONCLUSION

Long-term reservation contracts traditionally used in the energy sector are being identified today as one of the main obstacles towards full market liberalisation. The main argument defending them that is the security of supply, at times, clashes with the objectives of the liberalisation. Both the EC energy market legislation and the EC competition policy attempt to strike a careful balance between these two requirements. Yet, the liberalisation process is being heavily criticized for its failure to satisfy any of these requirements. The sector inquiry into the gas and electricity markets conducted by the Commission in 2005 and its outcome will be expected to shed more light to the underlying factors that contribute to the ill-functioning of the energy markets.

Some of the problems related to long-term reservations are stemming from historic contracts or other commitments and thus can be categorised as temporary. However, as the existing long-term capacity reservations expire there would be more need to define the place and validity of new long-term contracts in the energy markets. The ECJ's *Vereniging Voor Energie* judgment has been a kick-start for this attempt.

REFERENCES

Albers, Michael, 'Competition Law Issues Arising From the Liberalisation Process', 1 *Journal of Network Industries* (2000), 269

Cameron, D. Peter, 'The Internal market in Energy: Harnessing the New Regulatory Regime', 30 *European Law Review* (2005), 631

Gunst, J. Andreas, 'Energy Trade in the European Common Market-Free Movement, Exceptions and Regulatory Inaction', 21 *Journal of Energy and Natural Resources Law* (2003), 447

Hancher, Leigh, 'Cross-Border Transmission of Electricity in the European Energy Market: Regulatory Issues' 1 *Journal of Network Industries* (2000), 127

Monti, M. 'Keynote speech Energy day 21/9/2004, Energy Liberalisation: Moving towards Real Market Opening

Moen, Ketil Boe 'The Gas Directive and Third Party Transport Rights-What Pipeline Volumes are Available', 21 *Journal of Energy and Natural Resources Law*, 2003, 49

Palasthy, Andras 'Third Party Access in the Electricity Sector: EC Competition Law and Sector-Specific Regulation' 20 *Journal of Energy and Natural Resources Law* 2002

Slot, Piet Jan 'The Impact of Liberalisation on Long-Term Energy Contracts', 1 *Journal of Network Industries* (2000), 287

Thomas, Steve, 'The European Union Gas and Electricity Directives', September 2005, Funded by EPSU

Walde, W. Thomas and Andreas J. Gunst, 'International Energy Trade and Access to Energy Networks', submitted for the Energy Charter Seminar "Liberalising Trade and Investment in the Euroasian Power Sector", 3 October 2002, Brussels

Legislative Acts, Documents and Cases

Directive 96/92/EC of the European Parliament and the Council of 19 December 1996 concerning common rules for the internal market in electricity, [1997]OJL 27/20,

Directive 98/30/EC of the European Parliament and of the Council of 27 June 1998 concerning common rules for the internal market in natural gas, [1998] OJL 204/1

Directive 2003/54/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 96/92/EC, [2003] OJL 176/37

Directive 2003/55/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in natural gas and repealing Directive 98/30/EC, [2003] OJL 176/57

European Association of Metals, Improving the Electricity Markets in Continental Europe, Position Paper with a view to the European Commission 2005 Report on the functioning of the Electricity and Gas Directives, 27 July 2005

European Commission Competition DG Energy Sector Inquiry-Issues Paper, version 15.11.2005

European Commission Press Release, 12 March 2001, IP/01/341

European Commission Press Release, 29 July 2003, IP/03/1129

European Commission Press Release, 17 July 2002, IP/02/1084

European Commission Press Release, 27 March 2000, IP/00/297

European Commission Press Release, 17 February 2005, IP/05/195

European Commission, Note of DG Energy and Transport on the Directives 2003/54-55 and Regulation 1228/03 in the Electricity and Gas Internal Market, Exemptions from Certain Provisions of the Third Party Access Regime, 30.2.2004

European Commission, Communication From the Commission to the Council and the European Parliament, Report on progress in Creating the Internal gas and Electricity Market, COM(2005) final (Draft)

European Court of Justice, Case 17/03, Vereniging Voor Energie, Milieu En Water and Others v. Directeur Van De Dienst Uitvoering En Toezicht Energie, 7 June 2005, [2005] 5 C.M.L.R. 8

European Federation of Public Service Unions, EPSU
Contribution to Progress Report on the Internal Market for
Electricity and Gas, 7 October 2005

Regulation (EC) No 1228/2003 of the European Parliament
and of the Council of 26 June 2003 on the conditions of access to
the network for cross-border exchanges in electricity, [2003] OJL
176/1

Regulation (EC) No 1775/2005 of the European Parliament
and of the Council of 28 September 2005 on conditions for access
to the natural gas transmission networks, [2005] OJL 289/1





SÖZLEŞMENİN BATIL OLMASININ SÖZLEŞMEDEKİ TAHKİM ŞARTINA YANSIMASI SORUNU BAKIMINDAN UNCITRAL TASARISI VE VAROLAN DÜZENLEME SİSTEMLERİ

Av. Nazım Olcay KURT*

I- GİRİŞ

Hukukun genel prensipleri gereği bir sözleşmenin batıl olması sözleşme içindeki bir şartın da batıl olmasını gerektirir. Borçlar Kanunu'nun 20/I. maddesinin genel esprisi budur. Ancak, tahkim sözleşmesinin istiklali prensibi gereği asıl sözleşmesinin batıl olması durumunda sözleşmedeki tahkim şartı bunun istisnasını teşkil edebilmektedir. Her ne kadar ilk bakışta Borçlar Kanunu'nun 20/I. maddesi muvacehesinde bunun mümkün olamayacağı düşünülse de MTK ve HMK Tasarısı'nda bu genel kurala istisna getirilmiştir. Oysa ki, Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu'nca üye devletlere önerilen taslak UNCITRAL Model Kanunu'nda mezkur hüküm açıkça yer almamaktadır. İşbu çalışmada, tahkim şartının istiklali ilkesinin MTK ve HMK Tasarısı'na etkisi, konunun mer'i HUMK ile karşılaştırılması ile mukayeseli hukukta var olan mevcut sistemlere değinilecektir. Birleşmiş Milletler'in uluslararası alanda herhangi bir kanun koyma yetkisi olmamakla birlikte milletlerarası ticari tahkime ilişkin üye devletlere önerilen metin teknik anlamda kanun olmasa da işbu çalışmada yer yer "UNCITRAL Model Kanunu" yer yer "UNCITRAL Tasarısı" olarak anılacaktır.

* Yeditepe Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi.

II- TAHKİM VE TAHKİMİN TANIMI

Yasama yürütme ve yargı devlet olmanın gereği olan üç temel işlemdir. Bu üç temel işlemden biri olan yargı yetkisinin devri kural olarak söz konusu olamaz. Uyuşmazlıkların mahkemeler eliyle çözülmesi esastır. Anayasa'nın 9. maddesi yargı yetkisini düzenler. Kural olarak "yargı yetkisi" Türk Milleti adına bağımsız mahkemeler tarafından kullanılır. Bunun istisnası tahkimdir.

Tahkimin tanımına ilişkin örnekleri çoğaltmak mümkündür Yargıtay İçtihadı Birleştirme Kurulu'nun 1994 yılında verdiği kararında "*Bilindiği üzere gerçek veya tüzel kişilerin kamu düzenine ilişkin olmayan ve fakat doğmuş veya doğacak olan hukuki uyuşmazlıkların çözümünü, hakem veya hakemlere bıraktıkları sözleşmelere hakem veya tahkim sözleşmesi adı verilir.*" şeklinde bir tanım verilmiştir ki, bu tanım hakem ve tahkim sözleşmesini aynı şekilde tanımladığı için yanıltıcıdır¹.

Bir tanımın eksiksiz olarak kabul edilmesi için, ayırt edici unsurların tümünün bu tanımda yer alması gerekir. Bu sebeple şu tanıma katılmak gerekir; Tahkim, kanunun yasaklamadığı konularda taraflar arasında doğmuş veya doğabilecek anlaşmazlıkların bir sözleşme veya kanun hükmü uyarınca, devlet yargısına başvurulmadan tarafların kararlaştırdığı veya kanunda öngörüldüğü şekilde seçilmiş olan veya tarafların kararlaştırdığı veya kanunda öngörüldüğü şekilde seçilmiş olan veya tarafların veya kanunun yetki tanıdığı şahıs veya mercilerce tayin edilmiş bulunan kimseler aracılığı ile çözümlenmesidir².

Netice itibarı ile, tahkim sözleşmesi, esas bakımdan uyuşmazlığın tarafları arasında tahkim ehliyetine uygun olarak uyuşmazlıkların hakem kararıyla sonuçlandırılması (çözülmesi) amacını taşıyan, milli veya milletlerarası nitelikteki sözleşmelerdir. Hakem sözleşmesi ise; tahkim sözleşmesinin tarafları ile hakem veya hakemler arasında yapılan, taraflar arasındaki hak, yükümlülük gibi maddi hukuka veya usule ilişkin hukuki ilişkileri usul hukuku veya

¹ YİBK, 28.01.1994 t., 4/1 RG., 13.04.1994, s. 21904 Sh. 5-20.

² LEGANGİL Y., Tahkim, (Larbitrage), İstanbul, 1974, Sh. 94.

özel hukuk hükümlerinin esas alınarak düzenlendiği, hakem yargılamasının esas ve usullerinin belirlendiği bir sözleşmedir³.

III- UNCITRAL TASARISI

Hakemliğin devlet yargısı ile karşılaştırıldığında sürekli olarak gelişen bir kurum olduğu ve buna bağlı olarak devletlerin tahkimle ilgili mevzuatlarını, milletlerarası sözleşmelere katılarak veya yeni kanunlar çıkararak yeniledikleri görülmektedir⁴.

1960'lı yılların başında milletlerarası ticaretin kaynakları ile ilgili araştırmalar yapılmış, bu araştırmaların sonucunda da mevcut kamu ve özel milletlerarası kurumların kanunların yeknesaklığının sağlanmasındaki yetersizliği ortaya çıkmıştır. Bu sebeple Birleşmiş Milletler gibi milletlerarası seviyedeki bir kurumun diğer kurumlar arasında koordinasyonu sağlamanın mümkün olabileceği düşünülmüştür. 1964 yılında Macaristan'ın, milletlerarası ticaretin gelişmesi için atılması gereken adımlar konusunu içeren bir maddenin Birleşmiş Milletler Genel Kurulu'nun gündemine alınması talebi ile bu konudaki ikinci adım politik arenada atılmıştır⁵.

Milletlerarası tahkime ilişkin kuralların birleştirilmesi yönünde ilk adım 24.09.1924 tarihli Tahkim Kurallarına İlişkin Cenevre Anlaşması idi. Bunları Birleşmiş Milletler'in katkısıyla hazırlanan 10.06.1958 tarihli Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve Tenfizine İlişkin New York Konvansiyonu, 21.04.1961 tarihli Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki Avrupa Sözleşmesi ve 17.12.1961 tarihli Avrupa Sözleşmesinin Uygulanmasına İlişkin Paris Anlaşması izlemiştir.

Uluslararası ticaret alanında hakem yargılamasına ilişkin kuralları birleştirme yönünden asıl adım ise, UNCITRAL Model Ka-

³ TAŞKIN A., Hakem Sözleşmesi, Sh. 8 vd.

⁴ SEVİĞ V.R., "Cumhuriyetimizin 75. Yıldönümünde Milletlerarası Ticari Tahkim Alanındaki Gelişmeler", İstanbul Üniversitesi Cumhuriyetin 75. Yılı Armağanı, İstanbul, 1999, Sh. 757 vd. ; Aynı konuda bkz. KARAN H., "Milletlerarası Ticari Tahkimin Hukuki Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi" Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e armağan, İzmir, 2001, Sh. 215.

⁵ BROCHES A., "Birth of UNCITRAL" Uniform Commercial Law in The Twenty-First Century, Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law, New York, 18-22 May 1992, New-York, 1995, Sh. 7.

nunu (Tasarısı) ile atılmıştır. Birleşmiş Milletler Ticaret Hukuku Komisyonu (United Nations Commission on International Trade Law) – UNCITRAL, Macaristan'ın önerisiyle Birleşmiş Milletler Genel Kurul kararı ile oluşturulmuş ve ilk defa 1968 yılında toplanmıştır. Komisyonun amacı, Uluslararası Ticaret Hukuku'nun birleştirilmesi ve uyumlu hale getirilmesi idi. Milletlerarası ticari tahkim alanında faaliyet gösteren UNCITRAL çalışma grubu, 1984 yılının Şubat ayında örnek kanunu hazırlamıştır. ICCA (International Council of Commercial Arbitration) İsviçre'nin Lozan kentinde aynı yıl toplanarak hazırlanan taslak üzerinde çalışmış, 21.06.1985 tarihinde Model Kanun'a Birleşmiş Milletler Uluslararası Ticaret Komisyonu tarafından son şekli verilmiştir. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu 11.12.1985 tarihinde UNCITRAL Model Kanunu'nu kabul ederek, söz konusu taslağı bütün devletlere milletlerarası ticari tahkim alanında uygulanmak üzere tavsiye etmiştir⁶. Adından da anlaşılacağı üzere UNCITRAL Model Kanunu, milletlerarası bir anlaşma değildir. UNCITRAL Model Kanunu'nun amacı, Birleşmiş Milletler üyesi devletlere, milli mevzuatlarının bir parçası olarak benimseyerek kanunlaştırabilecekleri bir model kanun sunmaktadır⁷. Farklı hukuk sistemlerinin harmonizasyonunda izlenen en klasik yol, çok taraflı bir konvansiyon hazırlamaktır. Aynı amaç için kullanılan bir model kanun olan UNCITRAL Model Kanunu ise çok taraflı milletlerarası bir konvansiyona gösterilebilecek gerçek bir alternatiftir⁸.

IV- TÜRK HUKUKUNDA TAHKİM

A) Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Oluşum Süreci

Ankara Üniversitesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü 11.04.1997 tarihinde düzenlediği bir sempozyumda UNCITRAL Tasarısı hakkında beş bildiri ve tartışmalar sonucunda

⁶ DEREN-YILDIRIM N., *Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları*, İstanbul, 2004, Sh. 13 vd..

⁷ BİRSEL M.T., BUDAK A.C., "Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler – Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği", *Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum Bildiriler, Tartışmalar*, BTHAE, 11 Nisan 1997, Ankara, 1997, Sh. 1997.

⁸ HERMANN G., "The UNCITRAL Arbitration Law" *Uniform Law Review*, 1998-2/3, Sh. 2.

uluslararası tahkim konusunda bir kanun taslağı hazırlanması gerektiği sonucuna varılmıştır. Prof. Dr. Ejder *Yılmaz*, Doç. Dr. Turgut *Turhan* ve Dr. Ali Cem *Budak*'tan oluşan komisyon tarafından ilk taslak hazırlanmış ve 25-28.09.1997 tarihleri arasında Abant Palas Oteli'nde yapılan toplantılarda tartışılmıştır. Sonrasında komisyona Prof. Dr. Turgut *Kalpsüz* ile Prof. Dr. Saim *Üstündağ* katılmıştır. İkinci komisyon tarafından hazırlanan ikinci taslak ise 06.06.2006 tarihinde Ankara Üniversitesi Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü'nde yapılan ikinci toplantıda tartışılmıştır. Taslağın son hali olan üçüncü taslak ise Prof. Dr. Ejder *Yılmaz*, Prof. Dr. Turgut *Kalpsüz* ve Prof. Dr. Yaşar *Karayalçın* tarafından gözden geçirilmiştir. Üçüncü taslak kanunlaşması teklifi ile Adalet Bakanlığı'na sunulmuş, bir kısım değişikliklere uğrayarak kanunlaşmıştır.

Tahkime ilişkin hükümler HUMK'un 516-536 maddeleri arasında düzenlenmiş ise de, 21.06.2001 tarih, 4686 sayılı MTK'nın yürürlüğe girmesi ile HUMK'daki hükümlerin uygulama alanı önemli ölçüde daralmıştır. MTK m. 1/II hükmü⁹ çerçevesinde kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanacaktır¹⁰. Yabancılık unsuru ise MTK'nın 2. maddesinde tanımlanmıştır.

B) Türk Hukukunda Asıl Sözleşmenin Batıl Olmasının Tahkim Şartına Etkisi

a) Sözleşmenin Batıl Olması Kavramı

Sözleşmenin batıl olması genel anlamıyla hükümsüz (geçersiz) olmasıdır. Geçersizlik bir üst kavramdır. Hüküm ve sonuçları bakımında ağırlığı birbirinden farklı çeşitli geçersizlik türleri vardır. Bunlar, eksiklik, iptal ve butlandır.

⁹ MTK m. 1/II "Bu Kanun, yabancılık unsuru taşıyan ve tahkim yerinin Türkiye olarak belirlendiği veya bu Kanun hükümlerinin taraflar ya da hakem veya hakem kurulunca seçildiği uyuşmazlıklar hakkında uygulanır."

¹⁰ DEREN-YILDIRIM N, age, Sh. 17 vd..

Geçersizlik halleri muhtelif müellifler tarafından farklı olarak sınıflandırılmıştır. *Oğuzman* ve *Öz*'e göre hükümsüzlük halleri, yokluk, butlan (kesin hükümsüzlük), iptal kabiliyeti, noksanlık, kısmi hükümsüzlük ve sürekli akitlerde hükümsüzlüktür¹¹. *Moroğlu*, hükümsüzlük hallerini iptal edilebilirlik, butlan, yokluk ve askıda hükümsüzlük şeklinde dörtlü bir ayrıma tabi tutmaktadır¹². *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp*'a göre sözleşmenin geçersizliği, önce kesin geçersizlik halleri olan butlan ve yokluktur. Butlan kendi içerisinde kısmi butlan ve mutlak butlan olarak ikiye ayrılır. Buna karşılık, askıda hükümsüzlük halleri kendi içerisinde; işlemdeki eksiklik, hükümsüzlüğün ortadan kalkması ve iptal kabiliyeti olmak üzere üçe ayrılır¹³.

Butlan, bir hukuki işlemin, hukuk düzeni tarafından öngörülen geçerlik şartlarını içermemesinden dolayı başlangıçtan itibaren hüküm ve sonuç doğuramamasıdır. Butlan, tam butlan ve kısmi butlan olmak üzere ikiye ayrılır. BK m.20/I'de tam butlan, 20/II'de ise kısmi butlan düzenlenmiştir. Butlan, hukuki işlemlerin geçersizliğinde en ağır dereceyi oluşturur. Hakim tarafından re'sen göz önünde tutulan, etkisini yalnız taraflar arasında değil, üçüncü kişilere karşı da gösteren ve zamanla ya da tarafların onayıyla geçerli hale getirilemeyen geçersizliğe butlan denir. Batıl bir sözleşme kurucu unsurlar içermekle birlikte, geçerlilik unsurlarından kamu düzenini ilgilendirecek derecede önemli olanları içermez. Bu nedenle, batıl hukuki işlem, geçerli hüküm ve sonuç doğurmaz. Butlan zamanla iyileşip düzelenmeyeceği gibi, edimlerin ifası, tarafların muvafakat veya icazeti ile de düzelmez. Aynı şekilde butlan sebebinin ortadan kalkması da sözleşmeyi geçerli hale getirmez. Butlan sebepleri, imkansızlık, hukuka ve ahlaka aykırılıktır. Hakim görüşüne göre diğer butlan sebeplerinden kamu düzeni, hukuka aykırılık; kişilik haklarına aykırılık ise, bazen hukuka, bazen de ahlaka aykırılık içerisinde incelenmelidir. İçerik sakatlığının, sözleşmenin ta-

¹¹ Bkz. OĞUZMAN K., ÖZ M. T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1998, Sh. 128.

¹² Bkz. MOROĞLU E., Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara, 1993, Sh. 15.

¹³ Bkz. TEKİNAY Ş./ AKMAN S./ BURCUĞLU H., ALTOP A., Tekinay Borçlar Hukuku, İstanbul, 1993, Sh. 381.

mamına veya bir kısmına ilişkin olmasına göre butlan, tam butlan veya kısmi butlan olmak üzere ikiye ayrılır¹⁴.

Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi gereği, hukuka aykırılık ile ahlaka aykırılık mutlak butlan müeyyidesine tabi olmaları bakımından aralarında hiçbir fark yoktur. Butlan sebeplerinin varlığı halinde tarafların iradelerinden bağımsız olarak hakem sözleşmesi hakkında, butlan müeyyidesi uygulanması söz konusu olabilecektir. Butlan hak sahibinin iradesinden bağımsız olarak, hüküm ve sonuçlarını doğurmasına karşın, iptalde, irade fesadına uğrayan taraf bir sene içerisinde o akitle bağlı olmak istemediğini karşı tarafa açıklamadığı takdirde o kişi açısından da bağlayıcı olur. Sonuç olarak hakem sözleşmesi mutlak butlan nedenleri içermemekle birlikte, irade fesadına uğrayan açısından iptal edilebilir bir sözleşme de olabilir.

İşbu incelemeye esas teşkil edecek hükümsüzlük hali butlandır. Ancak, geçersizlik ya da hükümsüzlük kavramı butlanı da içerdiğinden çalışmanın büyük bir kısmında sözleşmenin batıl olması, sözleşmenin hükümsüz ya da geçersiz olması şeklinde anılacaktır.

Türk Hukuku'nda, milletlerarası tahkimle ilgili düzenlemeler, MÖHUK'da ve New York Sözleşmesi'nde bulunmakla birlikte, bu düzenlemeler yabancı hakem kararlarının Türkiye'de tanınması ve tenfizi ile ilgilidir. Bu sebeple, yeni MTK'dan önce, yabancı unsurlu olsun veya olmasın, Türkiye'deki bir tahkim, HUMK'a tabi olmaktadır¹⁵.

MTK'nın oluşum sürecinde ilk komisyon tarafından hazırlanan birinci taslağın "Tahkim Anlaşmasının Tanımı ve Şekli" başlığı altındaki 4. maddede UNCITRAL Tasarısı'na paralel olarak asıl sözleşmenin batıl olmasının tahkim şartına etkisine ilişkin olarak herhangi bir hüküm yer almamıştır. Ancak, ikinci taslağın 4. maddesinin son fıkrasında konuyu düzenleyen "*Tahkim anlaşmasına karşı, esas sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşma-*

¹⁴ BAŞPINAR V., Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, 1998, Sh. 23 vd.

¹⁵ KALPSÜZ T., "Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun Değerlendirilmesi", Milletlerarası Tahkim Seminerleri, 5 Kasım 2001 Ankara, Sh. 110 vd.

sının henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz.” hükmü yer almıştır.

Sözleşmenin geçersizliğinin tahkim şartına etkisi UNCITRAL Tasarısı’nda “Tahkim Mahkemesinin Kendi Yetkisi Hakkında Hüküm Verme” başlığı altında yer almaktadır. Bununla birlikte gerek bahis konusu üç taslak, tasarıda ve MTK’da da UNCITRAL Tasarısı’na uyumlu olarak aynı başlık altında düzenlenmiştir. Ancak HUMK’da böyle bir düzenleme bulunmamaktadır. İşbu çalışma ile mukayeseli hukuk ışığında bu düzenlemelerin ayrıntılarına değinilecektir.

b) MTK ve UNCITRAL Tasarısı’ndaki Durum

MTK’da tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı ilkesi benimsenmiştir. MTK’nın 4/IV ile 7/H hükümleri gereği asıl sözleşme ile bu sözleşmeden doğacak sorunların çözümünü düzenleyen tahkim şartı veya tahkim anlaşmasını şekli ve maddi bakımdan geçerlilikleri ayrı ayrı değerlendirilecektir.

Tahkimin istiklali prensibine göre taraflar arasındaki asıl borç ilişkisini düzenleyen sözleşme ile bu sözleşmeden doğan veya doğacak olan uyuşmazlıkların çözümü için akdedilen tahkim anlaşması birbirinden ayrıdır. Bunun sonucunda da birinin geçersizliği diğerinin de geçersiz olmasını gerektirmemektedir.¹⁶

MTK’nın 7/H maddesinde hakem veya hakem kurulunun, tahkim anlaşmasının mevcut veya geçerli olup olmadığına ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere kendi yetkisi hakkında karar verebileceği belirtilmiştir. Hakemler kendi yetkileri hakkında karar verirken, tahkim anlaşmasını sözleşmenin diğer hükümlerinden bağımsız olarak değerlendireceklerdir. Bu sebeple tahkim şartı veya sözleşmesi geçersiz olsa bile maddi hukuk sözleşmesinin geçerli olması mümkündür. Aynı şekilde, tahkim sözleşmesi geçerli olduğu

¹⁶ ALANGOYA Y., Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, (Tahkimin Denetlenmesi) İstanbul, 1973, Sh. 93; YAVUZ A., Medeni Usul Hukuku Esasları, (Usul Hukuku Esasları) İstanbul 2001, Sh. 564.

halde, hakemlerin maddi hukuk sözleşmesinin geçersizliğine karar vermeleri de mümkündür.¹⁷

Milli tahkimde olduğu gibi milletlerarası tahkimde de davalı, uyuşmazlığın tahkim sözleşmesi veya kaydı kapsamına girmediğini, devlet mahkemesi tarafından uyuşmazlığın çözülmesinin gerektiğini ileri sürebilir. İşte hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar vermesi veya hakem mahkemesinin yetkisini karara bağlama yetkisine kompetenz-kompetenz denilmektedir. Kompetenz - kompetenz kavramı ayrıca, tahkim sözleşmesinin geçerliliği ve bu suretle hakem mahkemesinin yetkisi altında verilecek kararın, devlet mahkemeleri için de bağlayıcı olacak şekilde verilmesinin geçerliliği ve bu suretle hakem mahkemesinin yetkisi hakkında verilecek kararın, devlet mahkemeleri için de bağlayıcı olacak şekilde verilmesinin, hakem mahkemesinin tekeline verilip verilemeyeceğini ifade etmektedir. Hakem mahkemesi, karar verme gücünü tahkim sözleşmesinden aldığı için bu mahkemeye kendi yetkisinin kapsamı hakkında sınırsız bir şekilde karar verme yetkisi bahsetmek aslında şüpheli gözükmektedir. Kompetenz-kompetenz klozu, yani hakem mahkemesine tahkim sözleşmesinin geçerliliği hakkında bağlayıcı olacak şekilde karar verme yetkisini devreden anlaşma hakem mahkemesinin bu soru hakkında yetkisini tesis etmeye yöneliktir. Söz konusu anlaşma, tahkim sözleşmesinin geçerliliği sorusu konusunda yapılan ikinci bir tahkim sözleşmesini ihtiva etmektedir. Bu ise Kompetenz-kompetenz klozunun oluşumunun ve geçerliliğinin devlet mahkemeleri tarafından, hakem mahkemesinin kararı ile bağlı olmadan değerlendirilebileceği anlamındadır.¹⁸

Esas sözleşmenin geçersiz, batıl olduğu veya taraflar arasında böyle bir sözleşmenin hukuken mevcut olmadığı iddiası hakem mahkemesinin çalışmalarını durdurmaz ve tahkim kaydının hukuki

¹⁷ ŞANLI C., Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2002, Sh. 231 vd.

¹⁸ BERBER L.K., Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi (Kompetenz-Kompetenz), Prof. Dr. İrfan Baştuğ Arnağanı, Ankara, 2001, Sh. 124; Leahy, E.R./Bianchi, C.J., The Changing Force of International Arbitration, Journal of International Arbitration 17 (4); 19-61, Netherlands; 2000, Sh. 20.

varlığını bu konuda aynı yönde bir sonuca varıncaya kadar etkilemez. Hakem mahkemesi davalının bu iddiasını değerlendirmek için çalışmalarına devam eder. Eğer davanın herhangi bir safhasında veya sonunda hakem mahkemesi bu iddianın haklı olduğu sonucuna varacak olursa davayı bu açıdan reddetmesi gerekecektir. Asıl sözleşmenin taraflar arasında mevcut olmadığı, icap ve kabulün bulunmadığı sonucuna varılırsa hakem mahkemesi bu gerekçe ile davayı yetki bakımından reddeder. Asıl sözleşmenin hukuken tamamlanmış olduğu, fakat irade fesadı sebeplerinin ileri sürüldüğü hallerde hakem mahkemesi, davayı görmeye yetkili mahkeme olarak, ileri sürülen sebepler hakkında kararını verir. Davalının iddiasını hakem mahkemesi reddedip esas hakkında karar verecek olursa veya hakem mahkemesi davalının iddiasını kabul edip davayı yetkisizlik sebebi ile reddedecek olursa her iki halde kesin hukuki durum, bu kararın bozulması için yürürlükteki hükümlere göre yetkili devlet mahkemesinde dava açmak mümkün olup olmadığına göre belli olacaktır.¹⁹ MTK da bu düzenleme aşağıda açıklanacağı üzere m. 15/1/d'de düzenlenmiştir.

Tahkim ile devlet mahkemeleri arasındaki ilişki ile ilgili kompetenz-kompetenz sorunu UNCITRAL Model Kanunu'nun 16. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre, hakem mahkemesi, tahkim sözleşmesinin varlığına veya geçerliliğine ilişkin itirazlar da dahil olmak üzere kendi yetkisi hakkında karar verebilecektir. Verilen karar en geç iptal, tanıma veya tenfiz prosedüründe devlet mahkemelerince kontrol edilebilecektir.²⁰ Model Kanun'un 16/I maddesi iki önemli prensibi benimsemektedir. Bunlar, hakem mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisi ve tahkim şartının bağımsızlığı (istiklali) prensipleridir. Bu amaca sözleşmenin bir bölümünü oluşturan tahkim şartı, diğer hükümlerden bağımsız olarak ayrı bir sözleşme olarak değerlendirilecektir. Hakem mahkemesince sözleşmenin batıl olduğuna dair bir karar verilmesi, tahkim şartının kanunen (ipso jure) geçersiz olmasını gerektirmeyecektir.

¹⁹ KARAYALÇIN Y., BTHD, Haziran 1998, C. XIX, S. 3, Sh. 31.

²⁰ BERBER L.K., agm, Sh. 125 vd..

Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı sorunu maddi hukuka ilişkin bir sorundur ve bunun çözümü UNCITRAL Tasarısı'nda ve MTK'da yetkiye ilişkin maddede düzenlenmesi yerinde olmamıştır. Tahkim mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisi ise usuli bir sorundur ve söz konusu yetki tahkim anlaşmasının geçerli olup olmadığını incelemesinden ziyade, hakimin tahkim anlaşması hakkında vereceği kararın doğuracağı etkinin ne olacağı ile ilgilidir.²¹ MTK madde 7/H/II uyarınca, hakem ve hakem kurulunun yetkisizliğine ilişkin itiraz, en geç ilk cevap dilekçesinde yapılacaktır. Tarafların hakemleri bizzat seçmiş veya hakem seçimine katılmış olmaları, hakem veya hakem kurulunun yetkisine itiraz etme haklarını bertaraf etmeyecektir.

MTK uyarınca hakem mahkemesi, yetkisizlik itirazını, ön sorun şeklinde inceler ve karara bağlar, yetkili olduğuna karar verirse, tahkim yargılamasına devam eder ve davayı karara bağlar. UNCITRAL Model Kanun'dan farklı olarak MTK'da hakem mahkemesinin bu tip itirazları ön sorun olarak incelemesinden sonra tarafların bu karara karşı mahkemeye başvurma imkanları yoktur. Görüleceği üzere UNCITRAL Model Kanunu'nda mahkemeye başvurma imkanı MTK'da yer almamakta, onun yerine, hakem mahkemesinin, kendi yetkisi hakkında yapılan itirazın incelemesi ve verdiği kararın hukuka aykırı olmasının hakem kararına karşı kanun yoluna başvurma sebebi olduğu (MTK m. 15/1/d) düzenlenmiştir.²² MTK'nın UNCITRAL Model Kanun'dan ayrıldığı bu düzenleme yerinde olmamıştır.

Bozkurt ve bir kısım müellifler tarafından sözleşmenin hükümsüzlüğü itirazının kötüniyetli olarak tahkim sürecini sekteye uğratmak için öne sürüldüğü belirtilmektedir. Müelliflere göre: Uygulamada tahkim şartı veya sözleşmesinin geçersiz olduğunun ve buna bağlı olarak hakem mahkemesinin yetkisinin olmadığına ilişkin itirazın kötüniyetle, yargılamayı geciktirmek için de yapıldığına rastlanmaktadır. MTK'da, UNCITRAL Model Kanunu örnek

²¹ DEREN-YILDIRIM N., age, Sh. 71.

²² BOZKURT A.E., Milletlerarası Tahkim Kanunu ile UNCITRAL Model Kanunu'nun Karşılaştırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002, Sh. 89.

alınarak getirilen düzenleme ile hakem sözleşmesinin geçerliliğine ilişkin itirazlar da dahil, hakem mahkemesinin yetkisine ilişkin itirazların bizzat hakem mahkemesi tarafından çözümlenmesi, üstelik bunun ön sorun şeklinde incelenmesi yargılamanın kötüniyetle uzatılmasına engel olacaktır.²³

Taraflar arasında doğacak uyuşmazlıkların hakemler aracılığı ile çözüleceğini asıl sözleşmeye koydukları bir şart ile kararlaştırılmışlar ise bu durumda da tahkim sözleşmesi asıl sözleşmeden bağımsızdır. Bu esas UNCITRAL Model Kanun ve MTK'da tahkim anlaşmasını düzenleyen hükümde değil, hakemlerin yetkisine ilişkin hükümde yer almaktadır. Oysa, tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden bağımsızlığı meselesi, hakemlerin yetkisinden, diğer bir anlatımla hakemlerin tahkim anlaşmasının geçerliliği ve kendi yetkileri hakkında karar vermelerinden farklı bir meseledir. Yine bu iki sorun genellikle birbirisiyle karıştırılmaktadır.

Üstündağ'a göre tahkim sözleşmesi gibi bir usul sözleşmesi olan yetki anlaşmasının esas sözleşmenin şartı olarak kararlaştırılmışsa ve esas sözleşme batıl ise bu iki anlaşma birbirinden müstakil olduklarından, hükümsüzlüğün her iki anlaşma bakımından ayrı ayrı incelenmesi gerekir. Üstündağ, yetki şartının esas sözleşmenin bir parçası veya bir cüz'ü olmadığından dolayı onun mevcudiyeti ile varolmadığını veya onun hükümsüzlüğü ile de hükümsüz olmadığını belirtmiştir.²⁴ Ancak tahkim sözleşmeleri açısından Üstündağ'a katılmak pek mümkün değildir. Zira, tahkim anlaşmasının

²³ Bkz. TAŞKIN A., Hakem Mahkemesi (Hakem Mahkemesi), Ankara, 2000, Sh. 117, dn. 8; Doktrinde HUMK 519'un emredici nitelikte olduğu, buna göre taraflar arasında görev ve taksim sözleşmesinin geçerliliği hakkında ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümün hakemlerce yapılamayacağı ve bu hususu öngören anlaşma yapılamayacağı, hakemlerin görevli olup olmadıklarının kendileri tarafından tespit edilemeyeceği ve tarafların aralarına tahkim sözleşmesinin geçerliliği konusunda çıkacak uyuşmazlıkların hakemlerce halledilmesini kararlaştıramayacakları belirtilmiştir. İtiraz halinde uyuşmazlığın mahkemede çözülmesi gerektiği ifade edilmiştir.; Aynı konu hakkında bkz. BİLGE N., "Hakem Yargılamasında Uygulanacak Hukuk Kaideleri" IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, BTHAE, 29 Kasım-4 Aralık 1965, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara, 1975, Sh. 88; OĞUZMAN K., Tartışmalar, Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara, 1965, Sh. 113; EROL/ERTEKİN/KARATAŞ, age, Sh. 127; YAVUZ A., Tahkimin Denetlenmesi, Sh. 126.

²⁴ ÜSTÜNDAĞ S., Medeni Usul Hukukunda Selahiyet Anlaşmaları, İUHFM, 1961, s. 14, Sh. 310.

asıl sözleşmeden bağımsızlığı esası, hakem mahkemesinin asıl sözleşmenin geçersizliği ve asıl sözleşmeden kaynaklanan tazminat talepleri hakkında karar verebilmesini sağlamak üzere kabul edilmiştir. Böylece bir yandan zarar veren taraf korunmuş olmakta, öte yandan hasmın asıl sözleşmenin geçersizliğini ileri sürerek sorumluluktan kaçması ve devlet mahkemeleri ile hakem mahkemeleri arasında yetki çatışmaları önlenmektedir. Asıl sözleşmenin tahkim şartından ayrılması tahkim şartının asıl sözleşmeye sıkı sıkıya bağlı mı yoksa asıl sözleşmeden hukuken tamamen bağımsız mı olacağı meselesidir. Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermeleri asıl sözleşmeden bağımsızlık meselesine benzese de, birincisinde sorun hakem mahkemesinin “tahkim şartının geçerliliği” hakkında hüküm tesis edip etmeyeceğidir.

Tahkime ilişkin geleneksel anlayış, eskiden tahkim anlaşmasının kaderini asıl sözleşmeye bağlamakta idi. Söz konusu eğilim başlıca iki sorunun doğmasına yol açmaktadır: (1) Asıl sözleşme geçersiz ise, hakemler geçersiz maddi hukuka ilişkin sözleşmeden doğan talepleri karara bağlayamamaktadır; (2) Taraflardan biri asıl sözleşmenin geçersiz olduğunu iddia ederse, bu husus hakem mahkemesi tarafından değil, devlet mahkemeleri tarafından çözülmek zorundadır.

Deren-Yıldırım'a göre, tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsızlığı esası yalnızca hukuken bağımsızlıktan ibaret değil, buna çatışma kuralları açısından bağımsızlık da dahil edilmekle, diğer bir anlatımla tahkim anlaşması ile asıl sözleşmenin iki farklı hukuka tabi olabileceği kabul edilmektedir. *Deren-Yıldırım'a* göre, asıl sözleşmeden bağımsızlık esası, etkin ve hızlı bir hakem yargılamasının arzulandığı milletlerarası tahkimin vazgeçilmez bir parçasıdır, bu sayede hasmın asıl sözleşmede geçersizliği iddiaları ile tahkim sürecini sekteye uğratması önlenmektedir. ²⁵

Karılı'ya göre tahkim sözleşmesi bir usul sözleşmesidir. Usul sözleşmesini de maddi hukuk sözleşmesinden ayırmak gerekir. Maddi hukuktaki sözleşmelere ilişkin, sözleşme ve şekil serbestisi

²⁵ DEREN-YILDIRIM N, age, Sh. 51 vd..

prensibinin, mahiyeti itibarı ile usul hukukunda aynen uygulanması düşünülemez. Usul sözleşmeleri hakimın huzurunda akdedilmediğine göre irade fesadı sebebiyle bunların iptalinin istenmesi ve maddi hukuktaki irade fesadına ilişkin hükümlerin burada da uygulanması gerekir. Usul sözleşmeleri, maddi hukuk sözleşmelerinden farklı olarak, asli tesirlerini doğrudan doğruya usul hukuku alanında meydana getirirler. Tahkim sözleşmesi de bunların en belirgin örneklerinden biridir.²⁶ Ancak, *Kalpsüz*'e göre tahkim sözleşmesi usul hukuku ilişkilerine taalluk eden bir maddi hukuk sözleşmesidir ve tahkim sözleşmesinin akdini ve geçerliliğini idare eden hükümler, maddi hukuk hükümleri karakteri taşır ve doğurduğu sonuçlar ise, usul hukuku sahasında kendini gösterir.²⁷

Kalpsüz'e göre asıl sözleşme ile tahkim anlaşmasının birbirinden müstakil olması sonucunda ne asıl sözleşme, ne tahkim anlaşması kendiliğinden diğerrinin akıbetine tabi olur. Sözleşmelerden birinin butlan ile malul olması, kaideten diğerrini de değersiz kılmaz.; butlan sadece taalluk etmekte olduğu sözleşmeye inhisar eder. Buna göre bir tahkim anlaşmasına karşı asıl sözleşmenin batıl olduğu def'i ileri sürülemez. Tahkim anlaşmasının asıl sözleşmeden müstakil olması sebebiyle asıl sözleşmenin geçerliği ile tahkim sözleşmesinin geçerliliği ile tahkim sözleşmesinin (şartının) geçerliliği ayrı ayrı değerlendirilmesi gereken hususlardır. Tereddüt halinde hakem heyeti asıl sözleşmenin geçerli olup olmadığını da karara bağlar. Asıl sözleşme geçersiz olsa dahi hakem heyeti bir haksız zenginleşme talebi hakkında karar verebilir.²⁸

Tahkim anlaşmasının istiklali prensibi Türk doktrininde hemen hemen hiç tartışılmamıştır. Ancak, *Kalpsüz*'ün sözleşme ile tahkim anlaşmasının birbirinden müstakil olmasının sonuçları hakkındaki görüşlerine katılmak pek mümkün değildir. Zira, asıl sözleşme geçersiz ise onun taraflara yüklediği hak ve borçlar da doğmaz. Dolayısıyla asıl sözleşmenin bir parçası olan tahkim sözleşmesi de geçersiz olur. Bundan dolayı, tahkim şartının istiklali ve

²⁶ KARSLI İ., Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul 2001, Sh. 236 vd..

²⁷ KALPSÜZ T., Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul, 2003, C.II, Sh. 1042.

²⁸ KALPSÜZ T., agm, Sh. 1042-1043.

kompetenz-kompetenz kuralının bir yansıması olan MTK'nın 4/IV ile 7/H hükümlerinden çıkacak sonuç ve anlam şu olmalıdır. Hakem mahkemesi asıl sözleşmenin geçersiz olduğuna karar verecek veya asıl sözleşmenin geçersizliğinden dolayı taraflardan biri aleyhine tazminata hükmedilmesi söz konusu olabilecektir. MTK ve UNCITRAL Tasarısı'ndaki tahkim şartının istiklali ve kompetenz-kompetenz kuralının konulmasının amacı da budur. Yoksa, tahkim anlaşmasının istiklali prensibinin varlığı ve kabulü, geçersiz bir sözleşmede tahkim şartını geçerli hale getirmez.

c) HUMK ve HMK Tasarısı'ndaki Durum

MTK'nın taslağını hazırlayan komisyon tarafından düzenlenen ve ayrıntılarına yukarıda değinilen Abant ve Ankara toplantılarında milletlerarası tahkimle iç tahkimin birleştirilmesi veya iki ayrı tahkim usulü öngörülmesi hususları tartışılmıştı. Ancak, MTK yürürlüğe girmiş ve akabinde HUMK'un yeniden yapılandırılması girişiminde tahkim de MTK ile doğru orantılı olarak revizyona uğraması öngörülmektedir. Söyle ki;

HMK Tasarısının 416. maddesinin IV. fıkrasında da MTK'nun 4 maddesinin IV. fıkrasında tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsız olduğuna ilişkin aynı hüküm yer almaktadır.²⁹ HMK Tasarısı ve MTK'da yer alan söz konusu hükümler her iki düzenleme de tahkim sözleşmesinin tanımı ve şekli başlığı altında kaleme alınmıştır. Bununla birlikte MTK ve UNCITRAL Tasarısı'nda düzenlenen tahkim mahkemesinin kendi yetkisi hakkında hüküm vermesi bahsi HMK Tasarısı'nda da yer almıştır.

HUMK m. 519 "Bir nizanın hakemler vasıtasıyla halledilip edilemeyeceği hususunda tevellüt eden ihtilâflar mahkemece seri usulü muhakeme ile hallolunur." hükmünü amirdir. Görüleceği üzere, HUMK m. 519, hakem yargılamasından evvel veya bu yargılama sırasında tahkimin geçerli olup olmadığı konusunda çıkan uyuşmazlıkta mahkemeleri yetkili kılmıştır. Bu konuda yetkili mahkeme uyuşmazlığın esasını çözümede yetkili mahkemedir.

²⁹ HMK Tasarısının 416/IV hükmü "Tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz." şeklindedir.

HUMK madde 519 çerçevesinde mutlaka bağımsız bir dava açılması gerekmez, tahkim ilk itirazının ileri sürülmesi sonucu da hakemlerin yetkili olup olmadığı mahkeme tarafından incelenebilir³⁰ Bu hükümden çıkan mana, hakemlerin kendilerinin selahiyetini tayin bakımından bir yetkiye sahip olmadıkları hususudur. Bu hükmün şumulüne giren husus; tahkim mukavelesinin ya genel şartlar itibarı ile muteber olmaması ya da özel şartlar itibarı ile muteber olmaması hali ile; tahkim anlaşmasının kapsamı içine bir ihtilafın girip girmediği noktalarıdır.³¹ Yargıtay'ın 1991 ve 1995 yılında verdiği kararlarda HUMK m. 519'dan çıkan anlam hakemlerin kompetenz-kompetenz'e sahip olmadığıdır. Söz konusu hükmün kapsamına giren hususlar, tahkim sözleşmesinin ya genel şartlar ya da özel şartlar itibarıyla muteber olmaması haliyle, tahkim anlaşmasının kapsamı içine bir uyuşmazlığın girip girmediği noktalarının tespit edilmesidir.³² Daha yeni bir tarihli Yargıtay kararında³³ da hakemin reddi ve davanın hakemde görülemeyeceğinin tespiti için HUMK m. 519 gereğince dava açılması halinde hakemlerce bu davanın sonucunun beklenmesi gerektiği belirtilmiştir.

³⁰ Bkz. YAVUZ A., Tahkimin Denetlenmesi, Sh. 105 vd..

³¹ ÜSTÜNDAĞ S., Medeni Yargılama Hukuku Kanunyonları ve Tahkim, İstanbul, 1984, Sh. 163.

³² "...Bir davanın tahkim usulüyle rüyet edilip edilemeyeceğine ilişkin uyuşmazlık mahkeme tarafından çözümlenir. (HUMK m. 519) Bu uyuşmazlık, dava konusunun belirli bir tahkim sözleşmesinin veya şartının kapsamına girip girmediği veya bu konuda geçerli bir tahkim sözleşmesi veya şartı bulunup bulunmadığının tespitine ilişkindir. Diğer bir anlamıyla, geçerli bir tahkim sözleşmesinin varolup olmadığını diğer dava şartlarında olduğu gibi re'sen inceleyecektir." 13. HD., 25.4.1991, 1990/8778 - 1991/4492; HGK, 29.11.1995, 11-870/1053.

³³ "Temyize konu karar hakem heyetince oluşturulmuştur. Olayda HUMK'nun tahkime ilişkin hükümlerinin uygulanması gerekmektedir. Davalı, davanın hakemde görülemeyeceğini belirtmesine ve hakemin reddine dair dava açtığını bildirmesine rağmen hakemlerce bu konuda işlem yapılmadan dava karara bağlanmıştır. Oysa davalı tarafından hakemin reddi ve HUMK'nun 519. maddesine dayanılarak uyuşmazlığın hakemde görülemeyeceğinin tespiti için davaların açıldığı ve eldeki davanın sonucunun beklendiği görülmektedir. Bu durumda; hakemlerin kendilerinin görevli olup olmayacaklarına karar verme yetkileri bulunmadığından HUMK'nun 519. maddesi uyarınca mahkemede açılan davaların sonucunun beklenmesi ve davanın hakemde görülemeyeceğine karar verilmesi halinde dava dilekçesinin reddine karar verilmesi gerekirken, görev konusunda çıkan nizanın ve hakemin reddine ilişkin olarak açılan davanın sonuçları beklenmeden davanın esastan karara bağlanması doğru olmamış, bozulması uygun bulunmuştur." Yargıtay 15. HD., 2005/7599 E., 2006/1014 K., 23.2.2006 t., (İşbu karar, Kazancı Otomasyon Programından alınmıştır.).

Taraflar uyuşmazlığın tahkim yoluyla çözülebilmesi için, ayrı bir sözleşme yapabilecekleri gibi aralarında yaptıkları sözleşmeye, bu sözleşmeden doğacak veya doğmuş uyuşmazlıkların tahkim yoluyla çözümünü için hüküm koymak suretiyle de yapılabilir. Sözleşmeye konan bu hükme tahkim şartı denilmektedir. HUMK'un 516. maddesinde "tahkimin hususi bir mukavele ile" yapılması gerektiği öngörülmüş, ayrıca hakem kararının içeriği ile ilgili HUMK'un 530. maddesinin son fıkrasında "tahkimname hakemlerin kararlarına raptolunur." hükmüne yer verilmiştir. HUMK'da tahkim sözleşmesini ve tahkim şartını, her ikisini birden içermek üzere üst kavram olarak tahkim anlaşması terimi kullanılmıştır. Bir usul sözleşmesi olan tahkim sözleşmesi diğer sözleşmeler gibi Borçlar Kanunu hükümlerinin yanında HUMK hükümlerine de tabidir.³⁴

Asıl sözleşmenin geçerli olması, zorunlu olarak o sözleşme-
deki tahkim şartının da geçerli olduğunu göstermez. Tahkim şartı-
nın geçerli olup olmadığı, tahkim sözleşmesi için öngörülmüş olan
hükümlere göre belirlenir.³⁵ Bu bağlamda Yargıtay 1993 senesinde
verdiği bir kararda, tahkim şartının yazgısı hukuki bakımdan esas
sözleşmenin yazgısına bağlı olmadığı gibi, esas sözleşme dahi tah-
kim şartının yazgısına bağlı değildir.³⁶ Ancak Yargıtay bir kısım
kararlarında aksine³⁷, asıl sözleşme geçersiz ise o sözleşmedeki
tahkim şartının da geçersiz olduğuna karar vermiştir. Yargıtay'ın
bu görüşü bir kısım müellif tarafından eleştirilmiştir. Örneğin,
Kalpsüz'e göre, tahkim anlaşmasının hususiyetini hesaba katma-
yan, bir şeyin küllü için söz konusu bir bozukluğun, onun cüz'üne
de sari olacağı gibi, sathi bir mülahazadan istidhal edildiği anlaşılan

³⁴ TAŞKIN A., Hakem Sözleşmesi, Sh. 44 vd..

³⁵ KURU B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, 2001, İstanbul, Sh. 5941.

³⁶ Yargıtay 13. HD 22.4.1993, 2051/3488 (yayımlanmamıştır).

³⁷ "...Yasanın öngördüğü biçin koşulu geçerliliğe ilişkin bulunduğu dışında yapılan taşınmaz mal satımı vaadine ilişkin yazılı sözleşme geçeli değildir. Taraflar arasındaki tahkim koşulu ise bu geçerli olmayan sözleşmenin fer'ini teşkil ettiğinden tahkim koşulunun da geçerliliğinden söz edilemez." Yargıtay 4. HD 25.3.1971, 2152/2829 (İKİD 1975/177 Sh. 3766); Aynı konu hakkında Yargıtay 15. HD 3.10.1991, 1222/4527 (yayımlanmamıştır); "...Vekalet ücreti sözleşmesinin geçersiz olması durumunda bu sözleşmedeki tahkim şartı da geçersizdir." Yargıtay 13. HD 1311.1989, 2604/6530 (ABD 1993/3 Sh. 488-490).

bu sonucu isabetli saymaya imkan yoktur. *Kalpsüz*'e göre, tahkim anlaşmasının istiklali prensibinden haberdar olmaksızın ittihaz edildiği aşikar olan bu kararlarda taraflar arasındaki maddi hukuk ilişkisini düzenleyen asıl sözleşmenin tabi olduğu geçerlilik şartı ile tahkim anlaşmasının geçerlilik şartı birbirine karıştırılmıştır. Müellife göre, prensip itibarı ile asıl sözleşme ile tahkim anlaşmasından birini geçersiz kılan bir sebebin mutlaka diğerini de sakatlaması gerekmemekle birlikte tahkim şartının asıl sözleşme içinde yer almış olması, onu asıl sözleşmenin fer'i olma vasfını izafe etmez; tahkim şartı müstakil bir sözleşme olarak kalmakta devam eder. Ancak, *Kalpsüz*'e göre ehliyetsizlik, şekil şartına uymama, irade beyanını sakatlayan sebeplerin olması gibi aynı butlan sebeplerinin asıl sözleşme ile tahkim anlaşmasını birlikte geçersiz kılması mümkündür. Buna karşın asıl sözleşmenin batıl olduğu bütün hallerde her türlü incelemeyen vareste olarak asıl sözleşmeye tebaen tahkim anlaşmasının da geçersizliğini kabul etmek yanlıştır. Her uyuşmazlıkta asıl sözleşmenin butlanını gerektiren sebebin tahkim şartını sakatlayıp sakatlamayacağını veya ne dereceye kadar sakatladığını araştırmak ve tespit etmek gerekir. Müellife göre, burada, BK m. 20'nin de uygulanması düşünülemez.³⁸ Bu konuya ilişkin olarak da *Kalpsüz*'e katılmak pek mümkün değildir. Zira, hakim görüşe göre tahkim sözleşmesi maddi hukuk hükümleri karakteri taşır ve doğurduğu sonuçlar usul hukuku sahasında kendini gösterir. Hal böyle iken, yukarıda bahsedilen Yargıtay kararlarında olduğu gibi tahkim şartı asıl sözleşmenin bir fer'i olarak kabul etmek daha doğru olur. Bundan dolayı asıl sözleşmenin batıl olması tahkim şartına da sirayet eder. Kaldı ki, *Kalpsüz* tarafından da ehliyetsizlik, şekil şartına uymama, irade beyanını sakatlayan sebeplerden dolayı asıl sözleşmenin batıl olması durumunda tahkim şartının da batıl olacağı kabul edilmiştir. Bu nedenle tahkim şartının istiklali prensibini dar yorumlamamak gerekir.

Yukarıda açıklananlar bağlamında HUMK'un 519. maddesi, sözleşmenin ve dolayısıyla tahkim şartının geçerliliğine ilişkin itirazların hallini tahkim yargılaması devam ederken genel mahke-

³⁸ KALSÜZ T., agm, Sh. 1044-1045.

melere bırakmıştır. HMK Tasarısı'nda UNICITRAL Model Kanun örnek alınmak suretiyle bu denetim kaldırılmıştır. Sadece tahkimin sürekliliğini sağlamak için genel mahkemenin denetimi kaldırmak doğru olmamıştır.

Yargıtay'a göre, tahkim konusunda doğrudan etkileyecek asıl sözleşmenin hükümsüzlüğüne dair çıkan uyuşmazlığın mahkemece çözümlenmesine kadar hakemlerin davayı bekletmesi gerekir. Hakemler mahkemenin yetkisine giren bir konuda mahkemeye başvurulmasını dikkate almadan karar vermekle ve kendilerini yetkili görerek asıl davayı sonuçlandırmakla yetkileri sınırları dışında kalan konuda karar vermiş bulunmaktadırlar. Bu durum HUMK'un 533/III maddesi gereğince bir temyiz nedenidir. Hakem kurulu kararının anılan yasa maddesi altında bozulması gerekir.³⁹

Doktrinde tartışmalı olan diğer bir konu da tarafların aralarında yapacakları bir sözleşme ile hakem mahkemesine kendi yetkisi konusunda devlet mahkemelerini de bağlayacak şekilde karar verme yetkisi tanıyıp tanıyamayacakları sorunudur. *Alangoaya*'ya göre usul hukukunda ilke kuralların emredici nitelikte olmalarıdır. Bu yüzden, medeni hukukta olduğu gibi taraf iradesine serbesti veren bir kural usul hukukunda yoktur. HUMK m. 519 gereğince taraflar devlet mahkemelerine tanınan bu yetkiyi yapacakları anlaşmalar ile bertaraf edemeyeceklerdir.⁴⁰ *Kalpsüz*'e göre ise hakem yargılamasının herhangi bir anında hakemlerin yetkilerine karşı genel mahkemede itirazda bulunulabilir ve bu itiraz tahkim süresinin işlemlerini kendiliğinden durdurmaz.⁴¹ Ancak, *Karayalçın*'a göre, ise davalı yetki itirazını hakem mahkemesinde ileri sürmüş ise hakem mahkemesi davalıya HUMK m. 519'a dayanarak bu konuda devlet mahkemesine gidebileceğini hatırlatabilir. Davalı bu seçeneği tercih etmez ise hakem mahkemesi davalının iddiasını inceleyip kararını verebilecektir.⁴²

³⁹ Yargıtay 13. HD, 17.11.1994 t., 7536/10153 sayılı kararı.

⁴⁰ ALANGOYA Y., Tahkimin Denetlenmesi, Sh. 150-151.

⁴¹ KALSÜZ T., agm, Sh. 1044-1051.

⁴² KARAYALÇIN Y., agm, Sh. 31.

Alangoya, Yıldırım, Deren-Yıldırım tarafından da HMK Tasarısı'nda da tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsız olduğuna ilişkin düzenlemenin yerinde olduğu vurgulanmıştır. Müelliflere göre hakem mahkemesinin tahkim anlaşmasının varlığı veya geçerliliği konusunda itirazlar da dahil olmak üzere kendi yetkisi hakkında karar verebileceğinin düzenlenmesi yerindedir. Düzenleme UNCITRAL Model Kanunu kökenlidir.⁴³ *Deren-Yıldırım*'a göre, MYK ne de HMK Tasarısı'nın hakemleri kendi yetkileri hakkında karar verme konusunda yetkilendirmesi, onların yetkileri hakkında devlet mahkemelerini de bağlayacak biçimde karar verebilecekleri şeklinde yorumlanmamalıdır. Tahkim mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar vermesi, kararın devleti bağlayacağı anlamına gelmez. Ancak mahkeme önünde tahkim anlaşmasının geçerliliği veya geçersizliğine yönelik tespit davası açılmaz.⁴⁴

Umar ise bu hükmün getirilişini, güçlünün güçsüzü ezmesine neden olacağından, temelinin hukuka aykırı olduğundan, tahkim yargılamasının uzamasının önüne geçmek gibi sosyal hukuk devletin temel ilkeleri ile bağdaşmayan bir gerekçe ile tasarıda yer almasının kabul edilemez olduğu vs. gerekçelerle şiddetle eleştirmektedir.⁴⁵ *Umar*, eleştirilerine devamla söz konusu hükmün HMK Tasarısı'nın başarısına gölge düşürdüğünü, hükmün getirilmesine

⁴³ ALANGOYA Y., YILDIRIM K., DEREN-YILDIRIM N., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve öneriler, İstanbul Barosu, 2006, Sh. 219.

⁴⁴ DEREN-YILDIRIM N, age, 75 vd..

⁴⁵ "Tasarıda m. 416 f. IV'ün...çözümünü yanlış, hatta çok yanlış, hatta pek çok yanlış buluyorum. Bunun getiriliş nedeni madde gerekçesinde belirtilmemiştir. Herhalde, etkin ve güçlü "dev"ler, seçenezsiz ve çaresiz tüketicinin vesairenin önüne koydukları sözleşmenin ifası için bizzat o sözleşme gereğince kendi işlerine gelen yolda oluşturulmuş hakem mahkemesinde dava açtıklarında, mutlaka çıkacak olan kendi lehlerindeki hükmün, "Sözleşme geçersizdir" itirazıyla önlenmesini veya en azından gecikmesini arzu buyurmamaktadırlar...Asıl konumuza bir kez daha eğilince, tasarının bu maddesini böyle kaleme alan arkadaşlarımızın dahi buradaki hukuksuzluğu ve mantıksızlığı görecekleri kanısındayım. Bir sözleşme şu veya bu nedenle, tümüyle geçersiz olacak da onun içindeki falanca madde olan tahkim şartı bu geçersizlikten etkilenmeyecek ve geçerli kalacak, öyle mi? Böyle şey olur mu? Yahut da evet o dahi geçersizdir ama bu geçersizliği söylemek yasaktır, bu yasak konunca da mahkeme onun geçersizliğini değerlendiremez, geçersiz madde geçerli sayılır; öyle mi?...Tasarıdaki çözümün hukuka aykırılığı bir yana, yani bütünüyle geçersiz olan bir akdin içindeki tahkim maddesini geçerli kalır sayması abes olduktan başka, o çözümün pratikte de nasıl haksızlığa ve sömürüye hizmetkar olacağı bu örnekten apaçık bellidir." Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, Yıl 2006, Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı, Sh. 151-152.

söz konusu ve hatta hiçbir gerekçenin kabul edilemeyeceğini belirtmek suretiyle HMK Tasarısını hazırlayanlara veryansın etmektedir.⁴⁶ Umar, UNCITRAL Kanun Örneği'nin sadece ögütlenen bir metin olduğunu, ortada bir dayatma ve zorlamanın olmadığını, ülkelerin bu örneği bir bütün olarak iktibas edecekleri gibi, kısmen ve değişikliklere tabi tutarak da kullanabileceklerini, sözleşmenin geçersiz olması halinde tahkim şartının geçerli kalacağına ilişkin hükmün UNCITRAL Kanun Örneği'nde olmadığını, UNCITRAL Kanun Örneği'nde geçerli bir tahkim sözleşmesi veya şartı olup olmadığı ilk aşamada hakemler, nihai aşamada da mahkemenin karar verdiğini, UNCITRAL Kanun Örneği'nin dahi HMK Tasarısına nazaran daha ılımlı olduğunu hatta Avrupa Birliği'nin hazırladığı model kanunun UNCITRAL Kanun Örneği'nin tahkimle ilgili sistemini kabul etmediğini belirtmektedir.⁴⁷

⁴⁶ Değerli meslektaşlarımın hazırladığı tasarıda böyle bir maddenin yer alabilmesine, gözümle görmemiş olsaydım asla inanmazdım. Bu tasarı hazırlayanların harcadığı büyük emeğin ve ortaya çıkarılan başarılı eserin hak kazandığı saygınlığı pek şiddetle eksiltecek çok ciddi bir hatadır. Gerekçe bu defa, baklayı ağzından çıkarıyor: " Amaç, tahkim şartının geçersizliğini öne sürerek tahkimi bertaraf etmenin önüne geçmektir" imiş. Sözleşme bütünüyle geçersiz ve dolayısıyla tahkim şartı dahi bütünüyle geçersiz olacak, yine de tahkim şartı ayakta sayılacak, öyle mi? Bu inanılmaz kuralı oraya birtakım etkin devler koydunmuş ise bile, o kuralın böyle utanç yoksunu baskılara boyun eğilmeden hemen çıkartılması kanımca namus borcudur. Böyle bir maddenin altında değerli arkadaşlarımın imzası olamaz, olmamalıdır. UMAR B., age, Sh. 151-152.

⁴⁷ UNCITRAL Kanun Örneği'nin amacı, Birleşmiş Milletler üyesi devletlere, millî mevzuatın bir parçası olarak benimseyip kanunlaştırabilecekleri bir örnek kanun metni sunmaktan ibarettir. Devletler, UNCITRAL Kanun Örneği'ni bir bütün olarak iktibas edebilecekleri gibi, kısmen veya çeşitli değişikliklere tabi tutarak da kullanabilirler...ortada bir zorlama, mecbur etme yoktur; ortada sadece ögütlenen bir metin vardır, bunu aynen yasallaştırılması diye bir zorlama şöyle dursun talep karşısında bile değiliz. "Sözleşmenin geçersiz olması halinde bile orada yer alan tahkim şartı geçerli kalır." içeriğinde bir kural, UNCITRAL metninde yoktur. Orada m. 16'da çok farklı ve çok daha ılımlı bir sistem ögütleniyor. Oradaki sistemde, ortada geçerli bir tahkim sözleşmesi veya şartı olup olmadığına ilk kademedede hakem veya hakemler; ama nihai aşamada mahkeme karar vermektedir. Tuhaf görünen şudur ki, hakemler, tahkim şartını içeren sözleşmenin geçersizliğini tespit etseler bile, kendilerine yetki sağlayan tahkim şartı bu ikrardan etkilenmeyecektir yani yine de esas hakkında hakem sıfatıyla karar vereceklerdir. Ama dikkat edelim, hakem kurulunun kendi yetkisini kabullenip ona göre karar vermesi halinde taraflardan her biri belli süre içinde mahkemeye başvurup o konu hakkında karar vermesini talep edebilmektedir. Demek ki hakemin, sözleşme geçersizdir ama içindeki tahkim şartı ayakta kalmıştır ve uyumsuzluk mahkemelik değil hakemliktir diyen kararını mahkeme bozabilecektir. Avrupa birliğinin hazırladığı model kanun, UNCITRAL Model Kanunu'nun tahkimle ilgili sistemini kabul etmiyor, onlara yer vermiyor, bir yollamada yahut onların kabul edilmesi tavsiyesinde de bulunmuyor! UMAR B., agm, Sh. 157 vd..

Umar'ın görüş ve düşüncelerine katılmamak mümkün değildir. Zira, hukukun temel bahislerinden olan sözleşmenin kesin hükümsüzlükle batıl olması gibi duruma sadece tahkim yargılamasının devamını sağlamak için tahkim şartının istiklali ilkesinin kabulü usul hukukunun kamusalılığı ilkesine gölge düşürdüğü izahtan varestedir. Sözleşmenin ve tahkim şartının genel mahkeme tarafından denetlenmesi gerektiği gerçeği bir yana, batıl bir sözleşmeye istinaden hakemler tarafından yapılan bir yargılama neticesinde ortaya tenfiz edilebilecek bir hükmün çıkması içler acısıdır. HMK Tasarısı'nın 416/IV. maddesi gereğince de tahkim sözleşmesine karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim sözleşmesinin henüz doğmamış olan bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazında bulunulamaz. Bununla birlikte, HMK Tasarısı'nın 443. maddesi muvacehesinde hakem kararı genel mahkeme tarafından iptal edilebilir. Genel mahkeme tarafından yapılan bu denetim tahkim sürecinde değil ancak ve ancak tahkim süreci tamamlandıktan sonra yapılabilecektir. Konu MTK açısından ele alındığında aynı sonuç ortaya çıkmaktadır. Şöyle ki;

Hakem kararlarının iptalini düzenleyen MTK'nın 15 maddesinin (A) 1 (a) hükmünde iptal gerekçelerinden birisi olarak tahkim anlaşmasının taraflardan birinin ehliyetsiz ya da tahkim anlaşmasının, tarafların anlaşmaya tabi kıldıkları hukuka veya böyle bir hukuk seçimi yoksa Türk hukukuna göre geçersiz olduğunun tespit edildiği durumda genel mahkeme kısmen veya tamamen iptal edilebilir.

V- VAROLAN DÜZENLEME SİSTEMLERİ (MUKAYESELİ HUKUK) ve MİLLETLERARASI DÜZENLEMELER

Tahkim şartının bağımsızlığının kabulü, yani asıl sözleşmenin geçersiz olduğu hallerde tahkim şartının geçerli sayılması ile mümkün olmuştur. Fransız Yüksek Mahkemesi'nin 1963 tarihli bir kararı doktrini etkilemiş, tahkim şartının bağımsızlığı teorisinin gelişmesine hizmet etmiştir. Söz konusu uyuşmazlıkta bir İtalyan firması, bir Fransız firmasına tohum göndermek üzere anlaşmış, fakat asıl sözleşmeden doğan yükümlülükler ithalat izninin olmaması nedeniyle yerine getirilmemiş, bunun üzerine İtalyan firma

asıl sözleşmedeki tahkim şartı çerçevesinde İtalyan hakem mahkemesine başvurarak, Fransız firmayı tazminat ödemeye mahkum ettirmiş, Fransız firması ise asıl sözleşmenin ve dolayısıyla tahkim şartının geçersizliğini ileri sürerek Fransız Mahkemesi'ne başvurmuştur. Yüksek Mahkeme milletlerarası tahkimde, tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsız olduğu ve onun geçersizliğinden etkilenmeyeceği yönünde karar tesis etmiştir. Bir görüş uyarınca, tahkim şartının asıl sözleşmenin geçersizliğinden etkilenmesi istisnai durumlarda söz konusu olabilmektedir. Örn. Asıl sözleşmenin baştan itibaren geçersiz olmasına yol açan özel "bazı" nedenler: taraflardan birinin hakları kullanma ehliyetinin tamamen veya kısmen bulunmaması veya temsil yetkisinden yoksunluk gibi, bağımsızlık esasının kabul edildiği hukuk sistemlerinde dahi tahkim şartının geçerliliğini etkileyebilecektir. Fransız mahkemeleri ise tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsızlığı esasına sadece asıl sözleşmenin hiç mevcut olmadığı durumlarla sınırlamaktadır.⁴⁸ Fransız Hukuku'nda kompetenz-kompetenz konusunda ulusal hakem yargılamaları için hakemin kendi tayininin geçerliliği ve sınırları konusundaki yetki açıkça tespit edilmiş iken, uluslararası hakem yargılamaları için karşılaştırma yapmaya elverişli bir kanun hükmü mevcut değildir. Ancak uluslararası hakem yargılamaları için bu tür bir açık düzenleme Fransız Hukuku'nda gerekli değildir. Zira, Fransız Hukuku'nda kompetenz-kompetenz uluslararası tahkimin maddi kuralı olarak kabul edilmekte, bir çok kanunda ve tahkim tüzüğünde yer almaktadır. Fransız Hukuku'nda taraflar hakemlerin bu yetkilerini ne bertaraf edebilirler, ne de genişletebilirler.⁴⁹

Eğer asıl sözleşmenin bir parçası olarak ve asıl sözleşme ile birlikte tahkim şartı da geçersiz sayılacak olursa, sözleşmenin geçerliliği ile ilgili tartışmalar, tahkim şartının geçersiz olma ihtimali dikkate alınarak tahkimde çözümlenemeyecektir. Böyle bir durum ise özellikle tahkim yoluna başvurmak istemeyen tarafın, (diğer iddiaları ile birlikte) sözleşmenin geçersizliğini de ileri sürmesine, uyuşmazlığın tahkim yerine, mahkemelerde çözümlenmesine sebep

⁴⁸ DEREN-YILDIRIM N., ege, Sh. 53 vd..

⁴⁹ BERBER, agm, Sh. 128 vd..

olacaktır. Böyle bir yaklaşım, pratik olarak, uygulamada tahkim şartının etkisiz hale gelmesine sebep olurdu. Bu nedenle Alman ve Fransız Hukukları'nda tahkim şartının özerkliği (autonomy), Amerikan Hukuku'nda ise tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsızlığı veya ayrılabilirliği (severability/separability) olarak adlandırılan teoriye göre, geçerlilik açısından tahkim şartının asıl sözleşmeden bağımsız düşünüldüğü kabul edilmiştir. Buna göre asıl sözleşme ile ilgili geçerlilik iddiaları yine hakemler tarafından karara bağlanacak ve asıl sözleşmenin geçersizliğinin iddia edilmesi, tahkim şartını kendiliğinden geçersiz ve etkisiz duruma getirmeyecektir. Amerikan Hukuku'nda da taraflar hakem mahkemesine anlaşma yoluyla prensip olarak kompetenz-kompetenz yetkisi verilebilir. Ancak Amerikan mahkemeleri hakem mahkemesine kompetenz-kompetenz yetkisini, tahkim sözleşmesinin geçerliliği konusunda karar verme yetkilerini bertaraf ederek tanımaktadır. Bu konuda nihai olarak devlet mahkemelerinin karar vereceği kabul edilmektedir.⁵⁰

MTK'nın 4. maddesinde dikkati çeken bir başka durum, tahkim anlaşmasının bağımsızlığının yanı sıra, ileride doğacak uyuşmazlıklar için tahkim şartı yapılabilmesine izin verilmesidir.⁵¹ Burada uyuşmazlığın doğmamış olması ile, taraflar arasındaki hukuki ilişkinin doğmamış olması kavramlarının farklı olduğunu ifade etmek gerekir. Bilindiği gibi Türk hukukunda tahkim anlaşmasının ancak mevcut hukuki ilişkiler için yapılabileceği kabul edilmektedir. İsviçre Milletlerarası Özel Hukuk Kanunu'nun 178/III. maddesinin tercümesi olan MTK'nun 4. maddesinde ise, taraflar arasında henüz bir uyuşmazlık yokken, örneğin bir sözleşmenin akdedilmesi sırasında tahkim şartı düzenlemenin mümkün olduğu ifade edilmektedir.⁵²

⁵⁰ BERBER, agm, Sh. 129-130

⁵¹ MTK m. 4/1 "Tahkim anlaşması, tarafların, sözleşmeden kaynaklı veya kaynaklanmasın aralarında mevcut bir hukuki ilişkiden doğmuş veya doğabilecek uyuşmazlıkların tümünün veya bazılarının tahkim yoluyla çözülmesi konusunda yaptıkları anlaşmadır. Tahkim anlaşması, asıl sözleşmeye konan tahkim şartı veya ayrı bir sözleşme ile yapılabilir."

⁵² AKINCI Z, Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2003, Sh. 78 vd..

Tahkim anlaşmasının geçerliliği konusunda gerek MTK'nın 4/III. maddesi, UNCITRAL Tasarısı'ndan farklı olarak İsviçre örneğinden alınan bir düzenleme getirmiştir.⁵³ MTK madde 4/IV'de, tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu itirazının yapılamayacağı belirtilmiştir. Bu hüküm yine İsviçre örneğinden alınmıştır.⁵⁴

Tahkimle ilgili milletlerarası düzenlemeler de bulunmaktadır. Bunlardan ilki Milletlerarası Ticaret Odası (ICC) Tahkim Kuralları'dır. ICC Tahkim Kuralları hukuki ihtilafı çabuk, seri bir şekilde ve rahat bir usul içinde karara bağlaması esası MTO tahkim kurallarına yansımıştır. Bu çerçevede hakem kararlarının verildiği anda "bağlayıcı" olması, "iptal edilme"si için gidilen yollardan feragatin kabul edilmesi, tahkim prosedürünün öncelikle tarafların seçimine bırakılması, MTO bünyesinde tahkimin niteliği icabı kabul edilmiş temel esaslardır.⁵⁵ Genel anlamda hakem kararlarının tanınması ve tenfizi ile milletlerarası ticari hakemliğin teşkilatlandırılmasını hedefleyen Türkiye Cumhuriyeti'nin de taraf olduğu 25.09.1991 tarih, 21002 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Yabancı Hakem Kararlarının Tanınması ve İcrası Hakkında 10 Haziran 1958 Tarihli New York Sözleşmesi (New York Sözleşmesi) ile 23.09.1991 tarih, 21000 sayılı Resmi Gazetede yayınlanan Milletlerarası Ticari Hakemlik Konusundaki 21 Nisan 1961 Tarihli Cenevre-Avrupa Sözleşmesi (Avrupa Sözleşmesi) konunun mukayeseli hukuk boyutunda büyük önemi haizdir. New York ve Avrupa Sözleşmeleri hakem kararlarının UNCITRAL Model Kanunu'nun 34. maddesine göre, hakem kararlarının tebliğ alınmasından itibaren üç ay içinde kararın iptali için Model Kanun'un 6. maddesinde belirtilen mahkemeye başvuruda bulunulabilir. Model Kanun'un gösterdiği iptal sebepleri, New York Sözleşmesi'nin V. maddesinde hakem karar-

⁵³ IPR m. 178/II "Tahkim anlaşması, esas bakımından, taraflarca seçilen ihtilafa, özellikle esas sözleşmeye uygulanacak hukuka yahut İsviçre hukukuna uygun olduğu takdirde geçerlidir." şeklindedir.

⁵⁴ IPR m. 178/III "Tahkim anlaşmasına karşı, esas sözleşmenin geçerli olmadığı veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış bir ihtilafa taalluk ettiği itirazında bulunulamaz." şeklindedir.

⁵⁵ NOMER E., EKŞİ N., ÖZTEKİN G., Milletlerarası Tahkim, İstanbul, 2003, Sh. 55

larının tenfizinde engel olarak sayılan maddelerle benzerlik göstermektedir. New York Sözleşmesi'nin V(1)(e) maddesinde hakem kararının verildiği ülkede iptal edilmiş olması tenfiz engeli olarak belirtilmiş olmakla birlikte, hangi nedenlerle hakem kararlarının iptal edilebileceği sayılmamıştır. Hakem kararlarının iptali sebepleri Avrupa Sözleşmesi'nin X. maddesinde sayılarak, New York Sözleşmesi tamamlanmıştır.⁵⁶ Avrupa Sözleşmesi ile hakem kararlarının iptal sebepleri sınırlandırılmıştır.⁵⁷

UNCITRAL Model Kanunu'nda sayılan iptal sebeplerinden bahisle iptali istenen ve iptal edilmeyen bir hakem kararının yabancı bir ülkede tenfizi istendiğinde, Model Kanunu'ndaki iptal sebepleri New York Sözleşmesi'nde sayılan tenfiz engelleri baz alınarak hazırlandığından hakem kararlarının New York Sözleşmesi uyarınca tenfizine engel kalmayacaktır.⁵⁸

UNCITRAL Tasarısı'nın 8. maddesinin kenar başlığı "Tahkim Sözleşmesi ve Mahkemede Esasa İlişkin Talepler" şeklindedir. Bu madde, New York Sözleşmesi'nin II (3). maddesi örnek alınarak düzenlenmiştir.⁵⁹ UNCITRAL Model Kanunu'nun 8 (1) maddesine göre tahkim sözleşmesinin kapsamına giren bir konuya ilişkin uyuşmazlığın sunulduğu mahkemede taraflardan birinin en geç, uyuşmazlığın esasına dair ilk dilekçesini verene kadar talepte bulunması halinde, mahkeme tahkim sözleşmesinin, batıl olduğuna, işlemeyeceğine veya ifa kabiliyetinin bulunmadığına kanaat getirmediği takdirde tarafları tahkime havale edecektir. Tahkim şartına rağmen mahkemede dava açılması halinde tahkim itirazında bulunabileceği ve tahkim şartının geçerli olması durumunda, uyuşmazlığın tahkimde çözülmesine karar vereceği madde metninden anlaşılacaktır.

⁵⁶ EROL/ERTEKİN/KARATAŞ, age, Sh. 558.

⁵⁷ AKINCI Z., Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi, İzBD, Nisan 1994, Sh. 18 vd.

⁵⁸ BUDAK A.C., Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Bildiriler-Tartışmalar, C.II, Ankara, 1999, Sh. 298; Aynı konuda bkz. AKINCI Z., Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994, Sh. 149.

⁵⁹ New York Sözleşmesi'nin II (3). Maddesi "Bir akid devlet mahkemesi tarafların işbu maddenin anladığı manada anlaşma akdettikleri bir meseleye taalluk eden ihtilafına vaziyet eylediği takdirde, anlaşmanın hükümden düşmüş, tesirsiz veya tatbiki imkansız bir halde olduğunu tespit etmedikçe, bunların birinin talebi üzerine, hakemliğe sevk eder." şeklindedir.

dır. UNCITRAL Model Kanunu'nun 16. maddesine göre hakem mahkemesi kendi yetkisi konusunda ve tahkim sözleşmesinin mevcudiyeti veya geçerliliğine ilişkin itirazlar konusunda, tarafların herhangi bir talebi olmaksızın re'sen karar verebilecektir. ICC Tahkim Kuralları'nda da hakemlerin yetkisi konusunda iki önemli hüküm yer almaktadır. Bunlar hakemlerin yetkileri konusunda karar verme yetkileri ve tahkim sözleşmesinin bağımsızlığıdır. ICC Tahkim Kuralları'na göre ilk olarak, hakemlerin kompetenz-kompetenz'e sahip olmaları, hakemlerin bu konuda verdikleri kararın devlet mahkemesi hakimi için de bağlayıcı olacağı anlamına gelmektedir. Çünkü, tüm hukuk düzenlerine göre, hakemlerin yetkileri konusunda verdikleri kararlar nihai olarak devlet mahkemeleri tarafından kontrol edilmektedir. Diğer taraftan, tahkim sözleşmesinin bağımsızlığı konusunda, asıl sözleşmenin batıl olduğu veya mevcut olmadığı yolundaki itirazları hakem mahkemesi incelemeye yetkilidir ve hakem, asıl sözleşmenin gerçekten mevcut olmadığı veya batıl olduğu sonucuna varsa bile, tarafların bu sözleşmeden doğan taleplerinin karara bağlaması konusunda yetkilidir.

Hakemlerin kendi yetkileri hakkında karar vermelerine yüklenen geniş anlam, onların yetkileri hakkında devlet mahkemelerini de bağlayacak biçimde karar vermeleri hakkına sahip olmalarıdır. Tarafların ayrı bir klozla hakemlerin kendi yetkilerine ilişkin karar verme hususunda yetkili kılmalarına izin verilip verilmeyeceği Alman Medeni Usul Kanunu'nda yapılan değişiklikten önce doktrinde hararetli tartışmalara neden olmuştur. Alman Yüksek Mahkemesi 1988 tarihli kararında tarafların tahkim anlaşmasına koydukları özel bir şart ile hakemleri devlet mahkemelerini de bağlayacak biçimde kendi yetkileri hakkında da yetkilendirebilecekleri sonucuna varmıştır. Alman doktrininde de tarafların sahip oldukları tasarruf serbestisinden hareketle tahkim anlaşmasına koyacakları özel bir klozun Anayasa'ya aykırı olmayacağı, zaten tahkim anlaşmasının bir maddi hukuk sözleşmesi olduğu fikri bazı yazarlarca savunulmuştur. Buna göre tahkim anlaşmasına şu hüküm açıkça ilave edilmiş olmalıdır: "...Tahkim mahkemesi tahkim anlaşmasının geçerliliği hakkında devlet mahkemelerini de bağlayacak biçimde karar vermekle yükümlüdür." Teknik açıdan bakıldığında yetki

konusunda yetkilendiren kloz asıl tahkim anlaşmasının geçerliliğine yönelik ikinci bir tahkim şartı idi. Böylece tabii hakim ilkesine aykırılık iddiası çürütülmeye çalışılıyordu. Devlet mahkemeleri bu durumda tahkim anlaşmanın kendisini değil, yalnızca yetki konusunda ek klozun varlığını ve geçerliliğini kontrol edebilecek, fakat bu hükmün iptali dahi gündeme gelmeyecekti. Lakin, Alman doktrininde ağırlıklı görüş kanun değişikliğinden önce de aksi yöndeydi. İsviçre MÖHUK m. 186/I'deki "*Tahkim mahkemesi kendi yetkisi hakkında karar verir.*" şeklindeki hüküm de dar yorumlanmaktadır. Tahkim mahkemesinin kendi yetkisi hakkında karar vermesi kararın devleti bağlayacağı anlamına gelmez. Ancak mahkeme önünde tahkim anlaşmasının geçerliliği veya geçersizliğine yönelik tespit davası açılmaz. İsviçre MÖHUK m. 190/III uyarınca, tahkim mahkemesinin yetkili olduğuna ilişkin ön kararı devlet mahkemesi tarafından iptal edilebilir.⁶⁰ Devlet mahkemesi hakimi her zaman son sözü söyleme hakkında sahiptir. Bu durum devlet mahkemesine müracaatı tespit eden normların cebri karakterinden ortaya çıkmaktadır. Bu konudaki tek istisna sadece İsviçre Hukuku'nda, aynı zamanda hakem mahkemesinin yetkisi hakkındaki ara kararlarına ilişkin olan m. 190/I'de öngörülen, tarafların iptal haklarından geçerli bir şekilde feragat edebileceklerini düzenleyen hükümdür.⁶¹ Alman Hukuku'nda da hakem mahkemesi, kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisine sahiptir. ZPO'nun 1040. maddesi gereğince Alman Hukuku'nda kompetenz-kompetenz yetkisi çift karakterlidir. İlki, tahkim sözleşmesinin geçerliliği ve hakem mahkemesinin oluşturulması hakkında karar verme, diğeri ise tarafların itirazları hakkında hakem mahkemesi tarafından verilmesidir. ZPO gereğince taraflar hakem mahkemesinin yetkili olmadığı konusunda itirazda bulunmak zorundadırlar. Aksi takdirde hakem mahkemesi yetkili hale gelecektir. İsviçre Hukuku'nda da hakem mahkemesi devlet mahkemelerinin müdahalesi kaydıyla kendi yetkisi hakkında karar verme yetkisine sahiptir.⁶²

⁶⁰ DEREN-YILDIRIM N., age, Sh. 72 vd.

⁶¹ BERBER, agm, Sh. 135 vd.

⁶² BERBER, agm, Sh. 126 vd..

İngiltere’de yürürlükte olan Tahkim Kanunu 1996’da da “tahkim sözleşmesinin istiklali” prensibi yer almaktadır. Söz konusu kanunun 7. maddesinde tahkim anlaşmasına karşı asıl sözleşmenin geçersiz olduğu veya tahkim anlaşmasının henüz doğmamış bir uyuşmazlığa ilişkin olduğu iddiasında bulunulamaz hükmü yer almaktadır. Ancak, söz konusu maddede taraflarca bunun aksinin kararlaştırılabileceği hükme bağlanmıştır.⁶³ İngiliz Hukuku’nda kompetenz-kompetenz konusunda ise taraflarca aksine bir anlaşmadığı sürece hakem mahkemesinin usulüne uygun olarak teşekkül edip etmediği, tahkim sözleşmesinin hangi ihtilafları kapsamı içine aldığı gibi sorunlar konusunda kendisi karar verir.⁶⁴

Taraf serbestisi ilkesine dayanan kompetenz-kompetenz, hemen hemen tüm yeni tarihli tahkim kanunlarına ve tüzüklerine göre, devletin asgari bir kontrolü olmaksızın gerçekleştirilememektedir. Adaletin temin edilmesi şeklindeki temel talepten, kompetenz-kompetenz anlaşmasının geçerliliği konusundaki nihai kararın bizzat devlet mahkemelerine ait olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü, bu kloxun geçerliliği sorusu henüz tam anlamıyla hakem mahkemesinin yetkisinde değildir. Bunun yanı sıra az önce de değinildiği üzere, eğer kamu yararı gerektiriyorsa -örneğin, tahkim edilebilirliğin tespiti durumunda olduğu gibi- kompetenz-kompetenz kararını kontrol etme imkanı yine devlet mahkemelerine bırakılmalıdır.

VI- SONUÇ

Hukuka aykırılık, şekil zorunluluğuna, şahsiyet haklarına ve kamu düzenine ilişkin kurallara aykırılık durumlarını da içeren bir üst kavramdır. Borçlar Kanunu’na (m.20/I) göre içerik itibarı ile imkansız veya hukuka ya da ahlaka aykırı sözleşmeler batıldır. Fiil ehliyetine sahip olmayan bir kimsenin yaptığı bir sözleşme ile sıhhat şartı olarak, kanunda öngörülmüş bir şekil şartına uygun olarak yapılmayan sözleşmeler de batıldır. Batıl bir sözleşme başlangıcın-

⁶³ İngiltere Tahkim Kanunu 1996 m. 7 “Aksi taraflarca kararlaştırılmadıkça, tahkim şartı veya sözleşmesinin henüz doğmamış olduğu iddiası asıl sözleşmenin hükümsüz ya da geçersiz olduğu anlamına gelmez.”

⁶⁴ BERBER, agm, Sh. 130 vd.

dan itibaren geçersiz bir işlem olarak hiçbir zaman geçerlilik kazanamaz ve geçerli bir sonuç doğuramaz. Butlan sebebinin sonradan ortadan kalkması, tarafların icazeti (onayı) dahi sonucun değişmesinde etkili değildir⁶⁵.

Hollanda'nın Utrecht kentinde 1987 yılında yapılan 8. Uluslararası Usul Hukuku Kongresinde Avrupa Birliği'ne dahil üye ülkelerin usul hukukçuları özel bir çalışma grubu oluşturularak Avrupa Medeni Usul Model Kanunu'nun madde gerekçelerini hazırladı. Bu Kanun, bir model kanun olarak, üye ülkelerin göz önünde tutmaları kendi ülke kanunlarını bu Kanun'a uydurmaları, milli kanunundaki eksiklikleri buna göre gidermeleri gereken bir kanun olarak benimsendi. Bu Kanun'da özellikle mahkemelerin teşkilatı ve yetkisi ele alınmamış, düzenleme yetkileri üye devletlerin takdirine bırakılmıştır. Kanun'da tahkim, fiil ehliyeti, aile hukukuna özgü özel yargılama usulü ve adli yardım konular da düzenlenmemiştir⁶⁶.

MTK ve HMK Tasarısı, gerek Birleşmiş Milletler tarafından önerilen UNCITRAL Model Kanunu gerekse de Avrupa Medeni Usul Model Kanunu'ndan ayrılarak, tahkim anlaşmasına karşı, asıl sözleşmenin geçerli olmadığı itirazında bulunulamaz hükmünü getirmektedir. Söz konusu tahkim şartının istiklali ilkesinin sözleşmenin batıl olması durumunda tahkim şartına yansımaları yukarıda açıklandığı üzere genel itibarı ile hukukun temel ilkelerine aykırıdır. Zira, hukukun temel bahislerinden olan sözleşmenin kesin hükümsüzlükle batıl olması gibi duruma sadece tahkim yargılamasının devamı sağlamak için "tahkim şartının istiklali" ilkesinin kabulü usul hukukunun kamusalılığı ilkesine de aykırıdır. MTK ve HMK Tasarısı'nda böyle bir hüküm hiç getirilmeyerek söz konusu durumu borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine bırakması yerinde olurdu. Bu mümkün değilse en azından UNCITRAL Model Kanunu'na sadık kalınabilirdi.

⁶⁵ TEKİNAY Ş./ AKMAN S./ BURCUĞLU H., ALTOP A., age, Sh. 375.

⁶⁶ PEKCANİTEZ H., YEŞİLOVA B., Prof. Dr. Mehmet Tefvik Birsel'e Armağan, İzmir, 2001, Sh. 335.

Bunun yanında sözleşmenin ve tahkim şartının genel mahkeme tarafından denetlenebilir olması da gerekmektedir. HUMK'un 519. maddesinde düzenlenen denetleme yetkisi bu bağlamda oldukça yerindedir. Aynı bir milletlerarası tahkim kanununun gerekliliğinin sorgulanabilirliği bir yana, MTK ve HMK Tasarısı'nın, HUMK'un düzenlemesinden ayrılması yerinde olmamıştır. Hali hazırda yürürlükte bulunan MTK ve yasalaşması durumunda HMK Tasarısı gereğince maalesef, batıl bir sözleşmeye istinaden hakemler tarafından yapılan bir yargılama neticesinde ortaya tenfiz edilebilecek bir hüküm çıkmaktadır. Söz konusu hüküm genel mahkemeler tarafından sadece iptal davası muvacehesinde denetlenebilecektir. Netice itibarı ile, hukukun temel ilke ve prensipleri ile en azından tabii hakimle denetim MTK'da ve yasalaşmazdan önce HMK Tasarısı'nda bir değişiklik yapılması uygun olacaktır.

KAYNAKÇA

AKINCI Z. Milletlerarası Tahkim, Ankara, 2003

AKINCI Z., Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, Ankara 1994

AKINCI Z., Verildiği Ülkede İptal Edilen Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizi, İzBD, Nisan 1994

ALANGOYA Y., Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, (Tahkimin Denetlenmesi) İstanbul, 1973

ALANGOYA Y., Medeni Usul Hukuku Esasları, (Usul Hukuku Esasları) İstanbul, 2001

ALANGOYA Y., YILDIRIM K., DEREN-YILDIRIM N., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı Değerlendirme ve öneriler, İstanbul Barosu, 2006

BAŞPINAR V., Borç Sözleşmelerinin Kısmi Butlanı, Ankara, 1998

BERBER L.K., Hakem Mahkemesinin Yetkisi Hakkında Karar Verme Yetkisi (Kompetenz-Kompetenz), Prof. Dr. İrfan Baştuğ Armağanı, Ankara, 2002

BOZKURT A.E., Milletlerarası Tahkim Kanunu ile UNCITRAL Model Kanunu'nun Karşılaştırılması, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Anabilim Dalı Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, 2002

BİLGE N., "Hakem Yargılamasında Uygulanacak Hukuk Kaideleri" IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, BTHAE, 29 Kasım-4 Aralık 1965, Bildiriler-Tartışmalar, Ankara, 1975

BİRSEL M.T., BUDAK A.C., "Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler – Türk Tahkim Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği", Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Sempozyum Bildiriler, Tartışmalar, BTHAE, 11 Nisan 1997, Ankara, 1997

BROCHES A., "Birth of UNCITRAL" Uniform Commercial Law in The Twenty-First Century, Proceedings of the Congress of the United Nations Commission on International Trade Law, New York, 18-22 May 1992, New-York, 1995

BTHAE, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? II, Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler, (Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler) Ankara, 1999

BUDAK, A. C., Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi? Bildiriler-Tartışmalar, C.II, Ankara, 1999

DEREN-YILDIRIM N., Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul, 2004

ERTEKİN E., KARATAŞ İ., Uygulamada İhtiyari Tahkim ve Yabancı Hakem Kararlarının Tenfizi Tanınması, Ankara, 1997

HERMANN G., "The UNCITRAL Arbitration Law" Uniforö Law Review, 1998-2/3

KALPSÜZ T., “Yeni Milletlerarası Tahkim Kanunu’nun Değerlendirilmesi”, Milletlerarası Tahkim Seminerleri, 5 Kasım 2001, Ankara

KARAYALÇIN Y., BTHD, Haziran 1998, C. XIX, S. 3, Sh. 31

KARAN H., “Milletlerarası Ticari Tahkimin Hukuki Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi” Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel’e armağan, İzmir, 2001

KARSLI A., Medeni Usul Hukuku’nda Usuli İşlemler, İstanbul, 2001

KURU B., Hukuk Muhakemeleri Usulü, İstanbul, 2001

LEAHY E.R./BIANCHI C.J., The Changing Force of International Arbitration, Journal of International Arbitration 17 (4); 19-61, Netherlands; 2000

LEGANGİL Y., Tahkim, (Larbitrage), İstanbul, 1974

MOROĞLU E., Anonim Şirket Genel Kurul Kararlarının Hükümsüzlüğü, Ankara, 1993

NOMER E., EKŞİ N., ÖZTEKİN G., Milletlerarası Tahkim, İstanbul, 2003

OĞUZMAN, K., ÖZ M. T., Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 1998

OĞUZMAN K., Tartışmalar, Tahkim IV. Ticaret ve Banka Hukuku Haftası, Ankara, 1965

PEKCANITEZ H., YEŞİLOVA B. Prof. Dr. Mahmut, Tevfik Birsnel’e Armağan, İzmir, 2001

SEVİĞ V.R., “Cumhuriyetimizin 75. Yıldönümünde Milletlerarası Ticari Tahkim Alanındaki Gelişmeler”, İstanbul Üniversitesi Cumhuriyetin 75. Yıl Armağanı, İstanbul, 1999

ŞANLI C., Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, İstanbul, 2002

TEKİNAY Ş./ AKMAN S., BURCUĞLU H., ALTOP A., Tekinay, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1993

TAŞKIN A., Hakem Sözleşmesi, Ankara, 2005

TAŞKIN A., Hakem Mahkemesi (Hakem Mahkemesi), Ankara, 2000

UMAR B., Hukuk Muhakemeleri Kanunu Tasarısı'na Katkı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 3, S. 1, Yıl 2006

ÜSTÜNDAĞ S., Medeni Usul Hukukunda Selahiyet Anlaşmaları, İUHFM, 1961

ÜSTÜNDAĞ S., Medeni Yargılama Hukuku, Kanunyonları ve Tahkim, C.II, İstanbul, 1984

TAHKİME UYGULANACAK HUKUK (LEX ARBITRI), TEORİK TEMELLERİ VE DÜŞÜNDÜRDÜKLERİ

Dr. Bilgehan YEŞİLOVA*

I. GENEL OLARAK TAHKİMİN TARİHSEL GELİŞİMİ

Milletlerarası tahkimle ilgili olarak bir idealin; ama daha çok bir hayalin bulunduğundan bahsedilir. Tahkimin hiçbir millî hukuka tabi olmaksızın da var olabilmesi; millî değer yargılarının egemenliği altına girmeksizin de yaşayabilmesi; özellikle ülke mahkemelerinin hiçbir türdeki yardımına gerek kalmaksızın da etkin olabilmesi, yukarıda sözü edilen idealin, ama kimilerine göre ise daha çok bir hayalin içeriğini oluşturmaktadır¹. Söz konusu hayalin karşısında ise millî hukukların ve mahkemelerin milletlerarası tahkimi, tahakküm altına alması; fiilî ve hukuki nedenlerle milletlerarası tahkimin söz konusu millî değer yargılarına boyun eğmek zorunda kalması şeklindeki kâbus, yer almaktadır².

Yukarıda sözü edilen hayal ve karşısındaki kâbus, uzun bir tarihsel süreç içinde oluşmuştur; kimi nedenlere dayanır ve yine bazı tarihsel gerçeklerle bir anlam ifade eder. Aslında, tahkimin hukuki niteliği ve bu alanda yaşanan ayrışma, tarihsel süreçte yaşananların tipik ve olağan görünümünden başka bir şey değildir.

Tahkimin sözleşmesel karakteri, belki de, üzerinde tartışma olmayan yegâne husustur. Ancak, aynı sözleşmenin, özellikle millî yargı sistemleri üzerinde yarattığı etki, daha açık bir ifadeyle tahkimin aktörleri ile kurulu devlet düzeni ve onun yargı teşkilatı ara-

* İzmir Barosu Avukatlarından.

¹ LEW J. D. M., *Achieving the Dream: Autonomous Arbitration*, 22(2) *Arb Int.* 2006, s. 179.

² Örneğin bkz. *Himpurna California Energy v. Indonesia*, XXV *YBCA* 2000, s. 11; *HUBCO v. Pakistan WABDA and Federation of Pakistan*, 15(7) *Mealey's IAR A1* 2000.

sındaki çatışma, üstünlük mücadelesi, aşağıda ayrıntıları ile açıklanmaya çalışılacak teorilerin kaynağını oluşturmaktadır³. Âdeta bir başkaldırı niteliğindeki, mevcut ve kurulu düzene alternatif milletlerarası tahkim, *sui juris*, *bağımsız* ve ancak yine kendi gibi millî hukuklar dışında oluşan, yeni bir hukuk düzenine bağlı; sosyal bir müessese olarak görülmektedir⁴. Böyle bir hareketin kaynağının, tarihin içinde aranmasından daha doğal bir şey olamaz. Kısacası, *ne zaman, nasıl ve neden* tahkimin doğduğu yahut tercih edildiği sorularının cevapları, aslında aynı başkaldırının sosyal nedenlerini ortaya koymaktadır⁵.

Öte yandan, millî hukukların ve mahkemelerin varlığı, tartışmasız olmasına karşın; aynı hukuklar nezdinde irade serbestisi de asıl olup yaygın bir biçimde benimsendiğine göre, millî hukukların ve mahkemelerin, tahkimle ilgili meselelerde, neden *sadece* tarafların tahkim lehine olan sağlıklı ve müşterek iradelerinin korunmasına hizmet etmediği, söz konusu bağımsızlık hareketinin bu sefer hukuki dayanağını oluşturmaktadır⁶.

Tarihsel süreçte tahkimin evrimi, çok genel olarak *üç aşamaya* ayrılmaktadır⁷. Bu aşamaların ayrıntısına girilmeyecektir. Lakin yine tahkimle ilgili teorik tartışmalarda, çoğu kez birer veri olarak kullanılan kimi hususların, çok daha eski zamanlara atfen, kısaca irdelenmesinde fayda vardır: Örneğin *Aristo*, hakemler eliyle gerçekleştirilen adaleti yüceltirken, vurgulamak istediği, aslında, sitenin katı ve çoğu zaman bağnaz kurallarına rağmen gerçek adaletin ancak bu yöntemle sağlanabileceğidir. Yani tahkim, bir bakıma, site kanunlarının yenileşmesine; güncelleşmesine de yol aç-

³ NAÓN G. A. H., Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration, Tübingen, 1992, s. 1, 2. Bu konuda, common law-civil law arasındaki tarihsel farklılıklar için bkz. SANDERS P., Arbitration, IECL, Vol. XVI, Chapter 12, 1996, s. 31-35.

⁴ LEW, Arbitration, s. 180-181. Ayrıca bkz. LEW J. D. M/MISTELIS A. L/KRÖLL M S., Comparative International Arbitration, 2003, s. 81, 82; REDFERN A/HUNTER M/BLACKABY N/PARTASIDES C, Law and Practice of International Commercial Arbitration, Fourth Edition, 2004, s. 2, 3.

⁵ Ayrıca bkz. REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 3-5.

⁶ LEW, Arbitration, s. 181, 182; NAÓN, s. 1, 2. Ayrıca bkz. TANRIVER S., Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tenfizî Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ'a Armağan, MHB Yıl 17-18/1-2, 1997, 1998, s. 469, 470.

⁷ LEW, Arbitration, s. 182.

maktadır. Belki çok daha önemlisi, hakemlerin *ex aequo et bono*'ya dayalı olarak da karar verebilmeleri, sitenin geri kalmış, zalim kanunlarına ve kurulu düzenine bir isyanı simgelemektedir⁸. Roma hukukunda ise *arbiter*, aslında *ex aequo et bono* biçiminde de karar verebilen hâkimden başka bir kimse değildir⁹. Antik çağda ve yukarıda da sözü edilen aşamaların ilkinde, tahkimle ilgili hakim anlayış, kurulu düzenin, egemenin kurallarına tabi olmaksızın da tarafların kendi aralarındaki uyuşmazlıkları, yine kendilerinin tabi olmak istedikleri normlara uygun bir biçimde çözüme kavuşturabilmeleridir¹⁰. Şu hâlde, *sadece*, uyuşmazlığa uygulanması beklenen normların değil; ancak uyuşmazlıkları *çözmek* şeklindeki ve ülkeye hükmedenlerin birer egemenlik göstergesi olan faaliyetlerin de aksi kararlaştırılmakta; ona karşı da bağımsız olunmaktadır. Gerçi, tahkimin bu son özelliği, yani egemenlik anlayışının uyuşmazlıkların çözümünde gösterdiği etki ve ona karşı da bağımsız olma arzusu, çok uzun bir süre, yine tarihsel nedenlerle gölgede kalmış; taraflar arasındaki böyle bir anlaşma, daha somut etkisini, tabi olunan *maddi* hukukun aksinin kararlaştırılabilmesinde göstermiştir. Hatta salt bu nedenle tahkimin bir süre maddi hukuk meselesi olduğu dahi kabul edilmiştir¹¹.

Ortaçağdan 18. yüzyılın sonlarına kadar süren bu ilk dönemde tahkim, özellikle ticaret ve o çağın koşullarındaki sanayi odaları/birlikleri nezdinde, hayli sık bir biçimde yaşanmakta; kurulu yargı düzeniyle hiç de bağdaşmayacak ölçüdeki kuralları ile

⁸ NAÓN, s. 22, 23.

⁹ NAÓN, s. 23. Ayrıca bkz. SANDERS P., Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice, The Hague, 1999, s. 35, 36; ALANGOYA Y., Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul, 1973 s. 8-11; KÜÇÜKGÜNGÖR E., Roma Hukukunda Tahkim, (Compromissum), C. XIX, BATİDER 1998/3, s. 137-150.

¹⁰ von MEHREN R. B., From Vynior's case to Mitsubishi: The Future of Arbitration and Public Law, 12 Brook. J. Int'l L. 1986, s. 583, 584.

¹¹ NAÓN, s. 23, 24; LUZZATTO R., International Commercial Arbitration and the Municipal Law of the States, 157 Recueil des Cours, 1977-IV, 1980, s. 17-18. Bu döneme, toplumsal ve siyasal açıdan daha ziyade feodal ilişkiler egemendir. Kral, sadece eşitler arasında birincidir. Toplum üzerinde, sonraki dönemlerde görüldüğü şekliyle bir devlet ve özellikle onun yargı düzeni, henüz kurulmuş yahut oluşmuş değildir. Dönemin önemli sosyal aktörlerinden tacirler, siyasal yapıdaki bu boşluğu, hem maddi hukuk hem de usul hukuku açısından kendileri doldürmüşler; kendi hukuk düzenlerini kurmuşlardır (von MEHREN, s. 584). Ayrıca bkz. YEĞENGİL R., Tahkim, İstanbul, 1974, s. 7 vd.

işlerlik kazanmakta ve özellikle, içinde bulunulan, ait olunan zümrenin sosyal/ticari kuralları sayesinde, son derece etkin bir biçimde icra edilmektedir. Uyuşmazlıkların giderilmesinde aranan çözümler, o dönemde geçerli olan *lex mercatoria*'da bulunmaktadır¹².

Tahkimle ilgili tarihsel evrelerin ikincisi, 19. yüzyılın başından II. Dünya Savaşı'nın sonlarına, 1950'li yıllara kadar uzanmaktadır. Bu dönem, özellikle 1698 ve 1889 tarihli İngiliz Tahkim Kanunları¹³, 1806 ve 1879 tarihli Fransız ve Alman Usul Kanunlarının gölgesinde kalmıştır. Millî devletlerin kanunlaştırma hareketleri içerisinde tahkimin yer alması, aynı müessesenin geçmişte bilindiği ve uygulandığı şekliyle kabullenilerek düzenlendiği anlamına gelmemektedir. Devlet düzeninden, onun yargı gücünü oluşturan mahkemelerden ve düzenin simgesi olan millî hukuktan âdeti bir kaçıışı ve kopuşu simgeleyen tahkim, katı ve sıkı kurallara bağlanmıştır¹⁴. Millî hukuk sisteminin olur vermediği hiçbir eylem ve işleme geçerlilik tanımayan bu anlayış, tahkimi, çoğu kez, kurulu yargı düzeninin tasfiyesi olarak görmüş; kimi zaman da, en az kendisi kadar yaygın ve etkin, bu nedenle de yine kendisine alternatif

¹² LEW, Arbitration, s. 183; von MEHREN, s. 584. Ayrıca bkz. TWEEDDALE A/TWEEDDALE K., A Practical Approach to Arbitration Law, 1999, s. 2-6. Coğrafi, ticari, ekonomik ve hatta sosyal nedenlerle tahkimin bu dönemde hayat bulduğu yerlerden biri de İngiltere'dir. Kralın mahkemelerinin ticari meselelerdeki yetersizliği, yaygın bir inanç hâlini almıştır. Bu inanç öylesine güçlüdür ki, 14. yüzyılın sonlarında yaşanan bir olayda, kraliyet mahkemesi, uyuşmazlığın zaten tarafların da anlaşmışları gibi hakemler eliyle görülüyor olması nedeniyle kendilerinin hiçbir yargı yetkilerinin olmadığını; aksi yöndeki bir sonucu gerekli ve haklı kılan herhangi bir nedenin de bulunmadığını, içtihat etmiştir (von MEHREN, s. 584. Kararın ayrıntısı için bkz. COHEN J., Commercial Arbitration and The Law, 1918, s. 110).

¹³ Ayrıntısı için bkz. RUTHERFORD M/SIMS H. M. J., Arbitration Act 1996: A Practical Guide, 1996, s. 3, 4.

¹⁴ Feodalitenin son bulması; merkezi devletlerin ve krallıkların ülke üzerindeki egemenliklerinin artması, geçmişin kimi sosyal/ekonomik gruplarının sahip olduğu imtiyazların da sonu anlamına gelmiştir. İngiltere'de, bilinen şekliyle Vynior davasında, tarafların tahkim anlaşmasından tek taraflı iradeleriyle kurtulmasının mümkün olduğu, içtihat edilmişti. Kararın özelliği, daha ziyade, mahkemenin tahkime ve onun hukuki niteliğine bakışıyla ilgilidir. Hakemler, mademki taraflar ad ve hesabına uyuşmazlığı görmekte; onların temsilcisi olarak hareket etmektedirler; o hâlde, verilen böyle bir yetkiyi içeren tahkim anlaşmasının da tek taraflı sona erdirilmesi, her zaman mümkündür. İlginçtir, böyle bir feshin yarattığı zararın tazmini için bir süre kullanılan bonoların da geçersiz olduğu içtihat edilmiştir (von MEHREN, s. 585; COHEN, s. 92, 148; TWEEDDALE/TWEEDDALE, s. 8, 9). Ayrıca bkz. ALANGOYA, s. 16-19.

böyle bir düzeni kıskanarak istisnai müessese olarak algılamıştır¹⁵. Tahkim *kayıtlarına* geçerlilik tanınmaması; uyuşmazlığın esası hakkında açılan davanın tahkim anlaşmasına rağmen mahkemelerce görülebilmemesine yönelik *takdir hakkı*; hakemlerce verilen kararların, mahkemelerce *esasa* yönelik olarak da denetlenebilmesi, bu döneme ait ortak özelliklerdir¹⁶. Tahkime de gidilse, hakem kararının uyuşmalığının esasıyla ilgili olarak bir kez de mahkemelerce denetlenebilmesinin o dönemdeki temel gerekçesi, devletin mahkemelerinin aksinin kararlaştırılmamasıydı¹⁷.

1950'li yıllardan başlamak üzere, günümüze, ancak özellikle 1985 tarihli UNCITRAL Model Kanunu'nun kabulüne kadar geçen üçüncü evrede, yukarıda da sözü edilen başkaldırı, kendine *gerek* teorik *gerekse* filli temeller kazanmıştır. *Kolonyal dönemin* sonuyla gerek güneydoğu Asya'da gerekse Afrika'da pek çok yeni millî devletin kurulması; buna karşın soğuk savaşın etkisi altında ger-

¹⁵ Scott v. Avery, [1856] HL Cas. 811. Ayrıca bkz. LEW, Arbitration, s. 183, 184; TWEEDDALE /TWEEDDALE, s. 8, 9; BİRSEL M. T., Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye, I EÜHFD 1980/1, s. 98. Tahkim, yargısal sonuçları olan; devlet egemenliği ile yakından ilgili ve fakat aynı ölçüde toplumsal gelişmelere ve değişimlere açık; yabancı kültürle yakından ilintili; sosyal/toplumsal bir müessesedir. Böyle bir müesseseye uygulanacak kurallar ve bağlanacak hukuki sonuçlar, devletin, anılan sosyal müesseseyi nasıl algıladığıyla yakından ilgilidir (LUZZATTO, s. 21). Tahkim, insanoglundun, toplumların medenileşme yönünde atıkları adımı da simgelemektedir. Aksakallı, akil insanların, taraflar arasındaki sorunları çözmesiyle başlayan tahkim, modern devlet düzeninde de varlığını ve etkisini yitirmemiştir. Bu var oluş, anılan müessesenin devletlerce tanınması ve kendisine bir takım sonuçlar bağlanmasını gerekli kılmıştır (SANDERS P., Trends in The Field of International Commercial Arbitration, 145 RCADI, 1975-II, 1976, s. 220). Kanımızca, bütün mesele, millî hukuk düzenlerince tahkime bağlanan sonuçların önceleri aynı toplum içindeki, sonraları ise farklı toplumlardan gelen insanların ihtiyaçlarına tatminkâr cevap verip vermediğidir.

¹⁶ "Tahkim anlaşmasının devlet yargı düzenini tümüyle devre dışı bırakamayacağı", "...hukuka uygunluk denetiminin her hâlükârda tahkim için de geçerli olduğu...", bu dönemin yaygın anlayışını simgeleyen ibareler olmaktadır. 1856 yılında, Scott v. Avery davasında, tahkim anlaşmasına geçerlilik tanınmışsa da bu, onun gerek maddî gerekse hukuki yönden, mahkemelerin denetiminin dışında olduğu anlamına gelmemektedir (Scott v. Avery, [1856] HL Cas. 849, 850). Anılan sonuç, aslında, mahkemelerin tahkim üzerindeki üstünlüğünün kamu düzeninden kaynaklandığı fikrinin tipik bir sonucudur (von MEHREN, s. 586, 587, 594). Ayrıca bkz. COHEN, s. 153, 209; ÜSTÜNDAĞ S., Tahkim ve Özellikle Uluslararası Tahkim, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Konuşmalar, Bildiriler, Tartışmalar, Belgeler, İzmir Barosu, 2000, s. 295.

¹⁷ WOLAVER E., The Historical Background of Commercial Arbitration, 83 U. Pa. L. Rev. 1934, s. 132 vd; von MEHREN, s. 587; COHEN, s. 209. Oysa aynı esnada, tarihsel nedenlerle de hakemler, İtalyan hukukunda, ex aquo et bono karar da verebilen hâkimler olarak görülmekteydi (Ayrıca bkz. LUZZATTO, s. 21 vd).

çekleşen ekonomik/ticari büyüme, özellikle bir zamanlar olduğu gibi; Avrupalı tacirlerin kendi zümrelerine ait kural, norm, anlayış ve gelenekleri, kendileri ve egemenlikleri dışındaki kimselere dayatmalarına mâni olmuştur. Gelişmiş ekonomilerden az gelişmiş veya gelişmekte olanlara yönelik ekonomik işlerlik, ister istemez, kurulan hukuki ilişkilerin hangi hukuka tabi olacağı ve çıkacak uyuşmazlıkların hangi kurallara göre çözümleneceği sorununu ortaya çıkarmıştır. Tacirler (*yatırımcılar*), bir zamanlar kendi toprakları olan yerlerde, artık bilmedikleri, üstelik de tahkime karşı beslenen hasımca tutumları yasalaştırmış millî hukukları iktibas eden yeni ülke hukukları ile karşı karşıya kalmışlardır. Bu şaşkınlık ve içine düşülen *hukuki* boşluk, çok geçmeden milletlerarası alanda, önce 1958 New York Sözleşmesi, ardından 1966 Washington Sözleşmesi (ICSID); 1976 UNCITRAL Rules ve son olarak da 1985 UNCITRAL Model Kanunu ile doldurulmaya çalışılmıştır¹⁸. Özellikle 1985 yılından sonra, ısrarla vurgulanan fikir, ülke mahkemelelerinin tahkime ancak yardımcı olabilecekleri ve son derece sınırlı nedenlerle; olabildiğince de geç bir zamanda, tahkimi denetleyebilecekleridir¹⁹.

Öğretide ve milletlerarası tahkim uygulamasında, *delocalisation* olarak da ifade edilen akım için aslında önce, nasıl bir *yerden*, *yurttan* kopulmak istendiği sorusunu, sormak gerekir²⁰. Yani, tarafların tahkimlerini kendi seçtikleri hukuka tabi kılabilecekleri savunulduğunda *yahut* aynı tarafların tahkimlerini aslında hiçbir millî hukuka tabi kılmalarının gerekmediği iddia edildiğinde, aksi kararlaştırılan (yer) hukukun, gerçekte neresi olduğunun, somut bir biçimde, ortaya konulması gerekir.

¹⁸ LEW, Arbitration, s. 184-186. Ayrıca bkz. Sempozyum, s. 11, 19; BİRSEL M., Milletlerarası Ticari Tahkim: Genel Bir Bakış ve Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay Yorumları- "Uygulanacak Usul Hukuku" Belirsizlikleri, Prof. Dr. Hayri Domâniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, I. Cilt, İstanbul 2001, s. 97; ÜSTÜNDAĞ, Uluslararası Tahkim, s. 296, 297.

¹⁹ von MEHREN, s. 588, 589.

²⁰ Ayrıca bkz. BERGER K. P., International Economic Arbitration, Deventer, Boston, 1993, s. 85, 94.

II- TAHKİME UYGULANACAK HUKUK (LEX ARBITRI) VE TESPİTİ

Mahkemelerin milletlerarası tahkimdeki rolü tespit edilirken tahkim yerinin ve hukukunun özel bir önemi vardır. Yakın bir geçmişe kadar, mahkemelerin milletlerarası tahkimdeki rolüyle anlatılmak istenen, çoğunlukla milletlerarası hakem kararlarının ülke hukukları üzerindeki olası etkilerinin nelerden ibaret olduğuydü. Oysa bugün, tahkim yargılaması sürerken *hangi* ülke mahkemelerinin *ne* gerekçeyle ve *nasıl* bir rolünün olacağı meseleleri de tartışılmaktadır²¹. Tahkim yerinin bu meselelerdeki önemi vurgulanmak istendiğinde; özellikle de derdest bir milletlerarası tahkim yargılaması üzerindeki olası etkilerinin tespitinde, *tahkime uygulanacak hukukun (lex arbitri- loi de l'arbitrage)* nasıl ve neye göre belirleneceğinin çalışılması da, kaçınılmaz olmaktadır. Bu anlamda tahkim yeri,

a) Tahkimle ilgili uyumsuzlukların çözümünde, yargı yetkisini haiz ülke mahkemelerinin, ve

b) Tahkime uygulanacak hukukun (*lex arbitri*) tespitinde²² önemini ve etkisini, göstermektedir: Tahkim yeriyle ilgili sorunlar²³ ve bulunmaya çalışılan çözümler, bu iki alanda yapılacak tartışma ve açıklamalarla daha belirgin; açıklanması ve tarifî daha kolay bir hâle gelmektedir.

Tahkime uygulanacak hukukun tespitinde, hangi kıstasların, yani hangi *bağlanma noktalarının* dikkate alınması gerektiği; bunlardan hangisinin, diğerine göre neden üstün tutulduğu sorunlarının

²¹ FOUCHARD P/GAILLARD E/GOLDMAN B., on International Commercial Arbitration, Part I-II, ed. Emmanuel Gaillard and John Savage, The Hague, Boston, London, 1999, s. 3.

²² NAKAMURA T., The Place of Arbitration in International Arbitration- Its Fictitious Character and Lex Arbitri, 15(10) Mealey's IAR, 2000, s. 16 vd.; RUBINS N., The Arbitral Seat In No Fiction: A Brief Reply To Tatsuya Nakamura's Commentary "The Place of Arbitration in International Arbitration- Its Fictitious Character and Lex Arbitri", 16(1) Mealey's IAR 2001, s. 22 vd.

²³ Ayrıca bkz. MISTELIS L., Reality Test: Current State of Affairs in Theory and Practice Relating to "Lex Arbitri", Private and Commercial Law in a European and Global Context – Festschrift für Norbert Horn zum. 70. Geburtstag, eds. Klaus Peter Berger, Georg Borges, Harald Hermann/ Andreas Schlüter, Ulrich Wackerbarth, De Gruyter Berlin 2006, s. 1005-1021.

çözümünde, *mülkîlik anlayışı* (tahkim yeri hukuku) ile *irade serbestisi* (tarafarca seçilen hukuk) arasındaki rekabet, değinilmesi gereken hususlardandır. Bu bağlamda, tahkim yerinin neresi olduğu; neye göre belirlendiği; bunun hukuki mi yoksa gerçekten de fiziki, fiilî bir bağı mı içerdiği; tahkim yeri hakkında yapılacak tanıma göre fiilî tahkim yeri ile hukuki tahkim yerinin örtüşmemesi hâlinde, hangisine üstünlük tanınacağı, çözümü sıra bekleyen sorunlardır. Tarafların, tahkim yeri hukukuna (*lex loci arbitri*) rağmen görülmekte olan tahkim yargılaması ile ilgili bir başka millî hukuku (*ve bununla bağlantılı olarak mahkemeleri*) seçerek tahkim yargılamasını, teknik ifadesiyle “*delocalize*” etmelerinin veya tahkim yargılaması ile tahkim yeri arasındaki, *şayet varsa*, bağlantıyı keserek tahkimi, sadece tahkim yeri hukukundan değil; ama tüm millî hukuklardan da bağımsızlaştırarak yine teknik ifadesiyle “*denationalize*” etmelerinin mümkün olup olmadığı, bütün bu sorunlar yumağında yer alan, zor ve fakat çözüm bekleyen meseleler olmaktadır²⁴.

Tahkimde, özellikle *lex arbitri*'nin içeriğinin tespitinde, irade serbestisi, varlığı ve geçerliliği inkâr edilmeyecek bir olgudur; bu, ihtiyari tahkimin sözleşmesel niteliğinin de doğal bir sonucudur²⁵. Ne var ki, aynı ölçüde varlığı ve geçerliliği inkâr edilmeyen bir başka düşünce ise söz konusu irade serbestisinin bir sınırının olduğudur. *Sorun, bu sınırın nereden başlayıp nerede bittiği ve belki de çok daha önemlisi, bu sınırın kim tarafından neye, hangi fıkri ilke ve prensiplere göre çizildiği ile bekçisinin kim olduğudur*. Örneğin, tahkimle ilgili, daha yerinde bir ifadeyle tahkim yargılamasıyla

²⁴ KAUFMANN-KOHLER G., Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure- The Role of the Law of the Place of Arbitration, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of The New York Convention, 1998, ICCA Congres Series No. 9, 1999, s. 336; THEOFRASTOUS C. T., International Commercial Arbitration in Europe: Subsidiarity and Supremacy in Light of the De-Localization Debate, 31 Case W. Res J. Int'l L 1999, s. 457; SMIT H., A-National Arbitration, 63 Tulan L Rev, 1989, s. 631. Ayrıca bkz. LEW J. D. M., Applicable Law in International Commercial Arbitration, 1978, s. 245 vd; ŞANLI C., Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 3. Bası, 2005, İstanbul, s. 225-228.

²⁵ Tahkimin hukuki niteliği konusunda son olarak bkz. KARAN H., Milletlerarası Ticari Tahkimin Hukuki Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsnel'e Armağan, İzmir 2001, s. 202-214.

alaka kimi tabii sınırlardan bahsedilmektedir. Adil yargılanma ve özellikle hukuki dinlenilme hakkı, neredeyse her yargılamanın ve tabii ki, tahkimin de doğal sınırlarıdır (Model Kanun m. 18; PIL Art. 182/III; ZPO §1042/I; MTK m. 8/B/I)²⁶.

Milletlerarası ticari sözleşmelerin hazırlanmasında, çıkması olası uyuşmazlıkların etkin ve tarafsız olduğu düşünülen usullerle çözüleceğinin karşılaştırılabilmesi, milletlerarası ticaretin doğasına da uygun, önemli bir imkândır²⁷. Taraflarca karşılaştırılan usulün tahkim olması hâlinde, tahkim yerinin Londra veya Paris şeklinde belirlenmesi, acaba tahkime uygulanacak hukukun da *-lex fori gibi-* İngiliz veya Fransız hukuku olmasını mı gerektirmektedir²⁸? Yoksa tahkimin (*tahkim usulünün?*) icra edileceği yer hukukundan koparılması; usule tahkim yeri hukukundan başka bir millî hukukun veya kurallar bütünüün uygulanacağıının karşılaştırılması mümkün müdür? Kısacası, *mahkemelerde görülen yargılamalar gibi* tahkim yargılamasının da, yargılamanın icra edildiği yer hukuku ile arasındaki (*varsa*) bağlantının içeriği, önemli bir sorundur²⁹.

Hakem kararları, şayet taraflarca gönüllü olarak yerine getirilmeyecekse, muhtemelen, bir yerde ve bir usule uygun olarak icra (tenfiz) edilmeye çalışılacaktır. Buna göre tahkimin, tahkim yargılamasının ve sonucunda verilen hakem kararının en azından tenfiz

²⁶ HOLTZMANN H. M/NEUHAUS E. J., A Guide To the UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration: Legislative History, Part I-II, 1994, s. 550, 551; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 95-97; KAUFMANN-KOHLER, s. 336-337; RONEY P. D/MULLER K. A., The Arbitral Procedure, Chapter 4, International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners, cd. Gabrielle Kaufmann-Kohler& Blaise Stucki, 2004, s. 56. Ayrıca bkz. GOTTWALD, s. 59; MATSCHER F., Schiedsgerichtsbarkeit und EMRK, FS für Heinrich Nagel, Münster, 1987, s. 227-245; PLANTEY A., Milletlerarası Ticari Tahkim ve İnsan Hakları, Prof. Dr. Selâhattin Sulhi Tekinay'ın Hatırasına Armağan, İstanbul, 1999, s. 539-542.

²⁷ HABSCHIED J. W., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Privatautonomie, FS für Ulrich Walder, zum 65. Geburtstag, Zurich, 1994, s. 327, 328, 330; BİRSEL, Milletlerarası Tahkim, s. 100.

²⁸ LEW, s. 246.

²⁹ Söz konusu bağlantının içeriği, hakemlerin otoritelerinin meşruiyet kazanmasına sebep olmaktadır ki, aksi bir durumda, hakemlerce verilecek kararın, taraflar üzerinde, hiçbir bağlayıcılığı bulunmayacak; taraflar arasında yaşanan söz konusu faaliyet, sıradan bir uzlaşmanın ötesine geçemeyecektir (PAULSSON J., Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin, 30 ICLQ 1981, s. 358; ayrıca bkz. PARK W. W., The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration, 32 ICLQ 1983, s. 21).

yeri hukukunca ve mahkemelerince, sözleşmecî devlet olunması hâlinde, 1958 New York Sözleşmesi'ne; aksi hâlde, tenfiz yeri ülkesinin kendi iç hukukuna, *lex fori*'ye ve kanunlar ihtilafı kurallarına uygun olarak tanımlanmaya, denetlenmeye çalışılacağı muhakkaktır. Ayrıca tahkimin, bir kez de tenfiz öncesinde, tahkim yeri mahkemelerince tanımlanmasının, sınıflandırılmasının veya denetlenmesinin gerekip gerekmediği; tahkim yeri hukuku veya mahkemelerince icra edilecek bu yöndeki bir yargılamanın tenfiz yeri mahkemelerince de dikkate alınıp alınmayacağı; tahkimin, tahkim yeri hukukundan bağımsız olmasının, koparılmasının mümkün olup olmadığı tartışmalarının özünde yatan sorunlardır³⁰.

Tahkim ile tahkim yeri hukuku arasında, tıpkı mahkemeler ile *lex fori* arasındaki gibi bir ilişki kurulacak olursa *milletlerarası tahkimde*, tahkim yerinin seçimi, son derece büyük bir önem arz edecektir. *Böyle bir sonuç, bir görüşe göre, hakem kararlarının tüm millî hukuklar nezdindeki varlık ve geçerliliğinin, sadece tahkim yeri hukuklarınca ve mahkemelerince belirleneceği anlamına gelmektedir.* Diğer ihtimalde ise söz konusu hakem kararının her bir millî hukuk yönünden değerlendirmesi ve denetlenmesi, yine bizzat bu hukuklarca ve mahkemelerince yapılacak; tahkim yeri hukukunun ve mahkemelerinin yapacağı denetim ve varacağı sonuç, sadece kendisiyle sınırlı olacaktır³¹. Bu noktada, tahkim yeri mahkemelerince gerçekleştirilecek denetim, *tıpkı mahkemelerde geçerli olduğu gibi* verilen kararların hukuka uygunluğunun denetlenmesine varacak kadar yoğun ve katı bir şekilde olabileceği gibi söz konusu müdahalenin sadece yargısal temel hakların korunması ile sınırlı tutulması da mümkündür. Bir diğer seçenek ise tahkim yeri mahkemelerinin, *hükümün kendi ülkesinde icra edilmesi anına kadar*, söz konusu tahkim yargılamasına ve hakem kararına tümüyle duyarsız kalmasıdır³².

³⁰ PAULSSON, Arbitration Unbound, s. 358. Ayrıca bkz. SZASZY I., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 14 Am. J. Comp. L., 1965-1966, s. 658 vd.

³¹ Tartışılan meselede, hakemlerin bir işlevinin olmadığı kabul edilir. Tahkimin taraflarının yahut hakemlerin iradesi ne yönde olursa olsun, millî hukukun yahut milletlerarası sözleşmelerin ilgili hükümleri, asıl ve belirleyici olacaktır (PAULSSON, Arbitration Unbound, s. 358-359).

³² PARK, Lex Loci Arbiri, s. 21.

Konu üzerindeki tartışmalar, en yoğun biçimiyle özellikle 70'li-80'li yıllarda yaşanmış olup³³ söz konusu tartışmaların ve tartışmalara esas kimi kazai içtihadın bugün için de geçerliliklerini koruduğunu söylemek güçtür. Bunları bir kez de, Model Kanun ve millî tahkim kanunları arasında hızla gelişen *harmonizasyon* ışığı altında, değerlendirmek gerekir.

Bütün bu tartışmaların özünde, sadece pozitif hukuk ile irade serbestisi; örgütlü devlet ile birey; hâkimler ile hakemler; mahkeme yargısı ile tahkim yargısı arasındaki çekişmenin değil; ama aynı zamanda, ticaret dünyasının, kendisiyle ilgili sorunlarının kendilerince ve kendi kurallarına uygun olarak, nihai bir biçimde çözümlmesine ilişkin arzu ve isteklerinin yer aldığına inanılmaktadır. Böyle bir önermedeki ağırlık merkezi, uyuşmazlıkların süratle ve taraflarca (*yahut hakemlerce*) kararlaştırılan usule göre *nihayete* erdirilmesi (*finality*); verilen kararın gerek tarafları gerekse hakemleri bağlaması, aynı uyuşmazlığın bir daha; bu sefer başka merciler önünde görülmemesi, *kesin hüküm etkisi* ile sona erdirilmesidir. Oysa hakem kararlarının tıpkı mahkeme kararları gibi, bir yargılamanın taşıması gereken asgari özelliklerin tümünü içerip içermediği konusunda, *âdeta bir bedel; kesin hüküm niteliğinin karşılığı olarak* denetlenmesi gerektiğine inanılmaktadır³⁴. Ancak tartışma, bununla da sınırlı değildir. Özellikle *delocalised, floating, denationalised* tahkim ve hakem kararı fikrinin özünde, bir tahkimin (ve hakem kararının) varlık ve geçerliliği ile hukuki kaderinin

³³ LEW, s. 245 vd; PAULSSON, Arbitration Unbound, s. 358 vd; PAULSSON J., The Role of Swedish Courts in Transnational Arbitration, 21, Va. J. Int. L., 1981, s. 211 vd.; PAULSON J., Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters, 32 ICLQ 1983, s. 53 vd.; PARK W.W/PAULSSON J., The Binding Force of International Arbitral Awards, 23 Va. J. Int. 1982-1983, s. 253 vd.; MANN F.A., England Rejects "Delocalised" Contracts and Arbitration, 33 ICLQ, 1984, s. 196-198; PAULSSON J., The Extent of Independence of International Arbitration from the law of the situs, Contemporary Problems in International Arbitration, ed Julian D. M. Lew, 1986, s.141 vd.; PARK, Lex Loci Arbitri, s. 21 vd; PARK W. W., Judicial Controls in the Arbitral Process, 5(3) Arb Int 1989, s. 230 vd.

³⁴ KAUFMANN-KOHLER, s. 356; PARK W. W., Why Courts Review Arbitral Awards, Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, 2001, s. 596.

münhasıran lex loci arbitri ve mahkemeleri tarafından mı belirleneceği, sorusu da yatmaktadır³⁵.

III- LEX FORI VE MİLLETLERARASI TAHKİME UYGULANABİLİRLİĞİ

Milletlerarası tahkimde, mahkemelerin çeşitli gerekçelerle ihtiyaç duyularak kabul edilen rolünün olumlu veya olumsuz yönleriyle bir müdahale, yardım veya denetim şeklinde etki göstermesi; bunun açıklanması; temellendirilerek gerekçelendirilmesi, öncelikle kimi teorik sorunların cevaplandırılmasını gerektirmektedir. Bu sorunlar, öğretide çeşitli şekillerde kaleme alınmıştır. Örneğin³⁶:

a) Bir milletlerarası ticari uyuşmazlığı çözecek hakemlerin uyguladıkları tahkim usulünün, bir millî hukuka tabi olması gerekir mi?

b) Milletlerarası tahkimde, tahkim usulünün ve hatta bizzat tahkimin kendisi, ne ölçüde, özellikle *tahkim yeri millî hukukundan* bağımsızdır ya da onunla nasıl bir bağımlılık ilişkisi içindedir?

Tahkim yeri olarak kabul edilen coğrafya parçasında, geçerli millî *tahkim* hukukunun, milletlerarası tahkim uygulamasındaki yeri, önemi ve varsa bağlayıcılığı, söz konusu millî yargı düzeninin parçası olan mahkemelerin de milletlerarası tahkimdeki yerini bize gösterecektir³⁷. Bu noktada, daha baştan, hakemler ile mahkemeler; tahkime taraf olanların iradesi ile millî hukuklar -*özellikle tahkim yeri hukuku*- arasında bir farklılaşmanın/ ayrışmanın; kimi zaman ise bir gerilimin/ çatışmanın olduğu sonucuna varmak mümkündür.

“Milletlerarası tahkimin sorunları, *lex arbitri* anlayışının arkasında yatanlardan soyutlanarak tartışılmaz; dünya hukuk sistemleri o kadar hızlı değişmektedir ki, genel bir kural koymak ve hatta buna niyet etmek mümkün değildir. Kural olarak ve *izin verildiği ölçüde geçerli irade serbestisine tabi olarak, lex arbitri*, tahkim anlaşmasının geçerliliği ile hakem heyetinin teşekkülünü,

³⁵ PARK, *Lex Loci Arbitri*, s. 22; THEOFRASTOUS, s. 459.

³⁶ PETROCHILOS G., *Procedural Law in International Arbitration*, 2004, s. 6, 7.

³⁷ PETROCHILOS, s. 2.

yargılama usulünü, hakemlerce uygulanacak hukuku, hakem kararlarının nasıl denetleyeceğini düzenler.”³⁸

Taraflarca bir ülkenin mahkemelerinin milletlerarası yetkisi üzerinde anlaşılması, *hiç şüphesiz ki*, söz konusu mahkemelerce uygulanmakta olan yargılama kurallarının da peşinen kabulü anlamına gelir³⁹. Bu sonuç, son derece doğaldır. Zira her millî hukuk (*lex fori*), usulü konuları, münhasıran kendi millî hukukuna (*lex fori*) göndermede bulunarak çözer (*lex fori regit processum*) ki, hangi konuların yargılamaya dair olduğuna da, yine bu hukuk karar verir. *Böyle bir sonucun yahut tercihin, milletlerarası tahkim için de geçerli olup olmadığı, bir meseledir*⁴⁰.

Yargılama yaparak hüküm kuran her *karar verici*, *hem* gücünün kaynağını bilmek ister *hem de* yapacağı yargılamada takip edeceği bir usule ihtiyaç duyar. Bu ihtiyacın mahkemelerce giderilmesi kolaydır. Millî hukuk, *lex fori*, sadece mahkemelerin yargı yetkisinin kaynağı değildir; ama aynı zamanda, mahkemelerce yapılacak yargılamada, izlenecek usulün tespitinde de belirleyicidir. Yargılamanın herhangi bir evresinde, yabancı bir hukukun uygulanması gerekecek ise bu dahi *lex fori*'nin bir gereğidir ve sonucudur. Kurulacak bir denklik ile acaba, *âdeta* hakemlerin *lex fori*'si niteliğindeki *lex arbitri*, (*yukarıda mahkemeler için geçerli olduğu gibi*), tahkime (yargılamaya) uygulanacak hukukun tespitinde, ne kadar *gerekli ve yeterlidir*? Belki de, öncelikle çözümü gereken husus,

³⁸ MANN F. A., State Contracts and International Arbitration, 42 BYIL 1967, s. 6. Ayrıca bkz. DE VRIES P. H., International Commercial Arbitration: A Contractual Substitute for National Courts, 57 Tul L. Rev. 1982-1983, s. 50; WILNER M. G., Determining the Law Governing Performance in International Commercial Arbitration: A Comparative Study, 19 Rutgers L. Rev 1964-1965, s. 648.

³⁹ Hatta çoğu zaman, yargılamaya ilişkin söz konusu kurallar, taraflarca bir başka millî mahkemenin yargı yetkisininin kabul edilmesi yönünde etken ve gerekçe olmaktadır. Kimi hukuk sistemleri bakımından, böyle bir milletlerarası yetkinin tesisi, söz konusu uyumsuzluğun esasına dahi doğrudan ilgili millî hukukun uygulanmasının zımnen de olsa tercih edildiği anlamına gelmektedir. Cie Tunisienne de Navigation SA v Cie d'Armement Maritime SA, [1971] AC 572, 604 (PETROCHILOS, s. 2).

⁴⁰ PETROCHILOS, s. 2. Ayrıca bkz. HELLER K., Der verfassungsrechtliche Rahmen der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Band 4, Wien, 1996, s. 3, 4; AKINCI Z., Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, İzmir 1994, s. 57-59.

kullanıldığı şekliyle hakemlerin, bir *lex fori*'ye sahip olup olmadıkları, tahkimin benzer bir kavrama ihtiyaç duyup duymadığıdır⁴¹.

Lex fori'nin asli işlevi, doğrudan veya dolaylı olarak bir hükmün *nasıl verileceğini* ortaya koymaktır; hükmün ne yönde olacağını belirlemek değildir⁴². *Mahkemeler bakımından lex fori, mutlak olup her sorun, öncelikle ona göre değerlendirilecektir*⁴³. Kavramsal olarak *lex fori*'nin milletlerarası tahkimde bulunup bulunmadığı yönünden, şu iki tespitin yapılması gerekir: Mahkemeler, devletin egemenlik yetkisine dayanmaktadırlar; onun bir sonucudurlar; anılan yetkiyi icra ederler ve bu nedendir ki, ilgili devletin gereğinde, milletlerarası sorumluluğa neden olurlar. Mahkemelerin yargı yetkisi, kaçınılmaz bir biçimde mahallidir; yani ülkeyle sınırlıdır.

İlk özellikten yoksun olduğu düşünülen; ikincisinin ise zaten geçerli olmadığı milletlerarası tahkim bakımından, tıpkı mahkemelerdeki gibi, bir *lex fori* anlayışının, geçerli olmasını savunmak, kolay değildir. Ne var ki, acaba bu sonuç, *lex fori* sonucunda oluşan mantıksal tutarlılığın; elde edilen menfaatlerin ve özellikle somut bir milletlerarası tahkim yargılamasının *tek bir hukukî çatı altında* toplanması suretiyle kolaylaştırılması çabasının inkârını, gerektirmi⁴⁴? Örneğin *lex fori*'ye denk bir *lex arbitri* anlayışında sorun varsa bu hâlde pekâlâ bizzat *lex arbitri*'nin kendisi, milletlerarası tahkim gerçeğini dikkate alarak tahkim yargılamasının bazı evrelerinde yahut tahkim ile ilgili kimi özel sorunların çözümünde, farklı millî hukukların ve hatta kimi (millî hukuka dayanmayan) kuralların uygulanmasını mümkün kılabilir. Tercih edilenin ve hatta edil-

⁴¹ DANILOWICZ V., The Choice of Applicable Law in International Arbitration, 9. Hastings Int'l & Comp L Rev, 1985- 1986, s. 238; PETROCHILLOS, s. 2.

⁴² SZASZY S., The Basic Connecting Factor in International Cases in the Domain of Civil Procedure, 15 ICLQ 1966, s. 447, 448.

⁴³ Bir başka (millî) hukukun, özellikle uyumsuzluğun esasına ilişkin olarak uygulanması gerekcek ise bu dahi *lex fori* nedeniyle onun izni ve aracılığıyla olmaktadır (SZASZY, s. 436). *Lex fori-lex causae* ayrımının bir sonucu olarak, şayet tahkimde, *lex fori*'nin işlevini görece bir hukuka ihtiyaç varsa; o hâlde, *lex arbitri*'nin, aynı zamanda, bir *lex causae* olarak görülmemesi gerekir. *Lex arbitri*, uyumsuzluğun esasıyla ilgili olmayıp söz konusu uyumsuzluğun nasıl ve neye göre, daha açık bir ifadeyle hangi hukuka ve kurallara göre çözüleceğini belirleyen hukuktur (DANILOWICZ, s. 238).

⁴⁴ Ayrıca bkz. HELLER, s. 3, 4.

mesi gerekenin tek, münhasır ve fakat milletlerarası tahkim gerçeğine de uygun bir *lex arbitri*'nin kabul edilmesi olduğu, öğretileri sürülmüştür⁴⁵.

Millî bir tahkim kanunu, içeriği itibariyle sadece uygulanacak hukukun değil; ama ayrıca mahkemelerin yargı yetkisinin de tespitiine yaramaktadır. Özellikle mahkemelerin, *milletlerarası* tahkimle ilgili bir uyuşmazlıkta, yargı yetkisine de sahip olup olmadıkları sorusunun cevabını içermesi, millî tahkim kanunlarını, herhangi bir tahkim merkezinin uygulamakta olduğu tipik tahkim kurallarından ayırmaktadır. Bu bizi, bir millî tahkim kanununun, uygulama alanına dâhil, tahkim ile ilgili her türlü uyuşmazlığın çözümünde yetkin olması ve ayrıca tarafların söz konusu kanunun uygulanmaması yönünde hiçbir seçim hakkının bulunmaması sonucuna götürmektedir⁴⁶.

Varılan sonuç, milletlerarası tahkim uygulaması yönünden te reddütle karşılanabilir. Zira yaşanan sorunların kaynağında, çoğu kez ilgili millî tahkim kanununun eski ve fakat ondan da öte milletlerarası tahkim gerçeğinden uzak olması, yatmaktadır. Asıl mesele, şudur: *Bir milletlerarası tahkim yargılamasının taraflarını, gerek milletlerarası ticaretin gerekse milletlerarası tahkimin ihtiyaç ve özelliklerini göz ardı eden; ilişkinin taraflarının haklı beklentilerini karşılayamayan; kimi zaman ise yabancılik unsuru içermeyen, yerel ilişkilerin düzenlenmesini amaçlayan, milletlerarası değerleri yansıtmaktan uzak, kendine özgü millî tahkim kanunlarına mahkûm etmek, mecbur bırakmak ne derece yerinde ve haklı bir tercihtir*⁴⁷? Oysa genelde, tahkim yeri ülkesi mahkemelerinin

⁴⁵ PETROCHILOS, s. 8; Tahkim için geçerli *lex arbitri*'nin, tahkime konu uyuşmazlığı çözecek hukukun tespitinde; hakemlerin uygulayacağı yargılama usulünün belirlenmesinde ve özellikle hangi millî mahkemelerin söz konusu milletlerarası tahkim yargılaması için yargı yetkisine sahip olduğunun saptanmasında, son derece önemli bir işlevi bulunmaktadır. Ayrıntısı için bkz. MUSTILL J. M./BOYD C. S., *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England*, Second Edition, London, Edinburg, 1989, s. 61. Karş. ŞANLI C., *Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk*, Ankara, 1986, s. 61.

⁴⁶ PETROCHILOS, s. 9.

⁴⁷ PETROCHILOS, s. 10. Ayrıca bkz. POUURET J-F/BESSON S., *Comparative Law on International Arbitration*, Translated by Stephen V. Berti and Annette Ponti, Second Edition, 2007, s. 114.

milletlerarası tahkim yargılamalarıyla ilgili *-hele ki söz konusu tahkim yerinin taraflarca da seçilmiş olması hâlinde-* en uygun, en tarafsız ve en yetkin mahkemeler olduğu, düşünülür. Hatta tahkim yeri ülkesi hukukunun (*lex loci arbitri*) söz konusu tahkimin de hukuku (*lex arbitri*) olarak kabulü, son derece doğal karşılanabilmektedir⁴⁸. Ancak yukarıda özetlenmeye çalışılan fiili gerçekler, hakemlerin yargı yetkisine getirilen sınırlamaların aşılması, yok sayılması amacıyla geliştirilen fikirlerin doğumuna sebep olmaktadır. Sığınılan gerekçe ise çoğu kez *lex mercatoria*'dır⁴⁹. Böylece varılmak istenen sonuç, tahkimin ve özellikle hakem kararının tahkim yeri mahkemelerince denetlenememesi yahut verilen mahkeme kararlarının diğer ülkeler nezdinde hiçbir anlam ifade etmemesidir⁵⁰.

Milletlerarası tahkim, çok farklı esaslara dayanmaktadır: Bu tür bir tahkimin, bütün olarak ve sadece bir ülke içinde icra edilmesi, mümkün olmayabilmekte; çoğu zaman birden fazla ülke mahkemesinin yardımı ve denetimi gerekebilmektedir. Tahkime uygulanacak hukukun, tüm evreleriyle tek bir millî hukuka tabi tutulması, -iç tahkimin aksine- bulunan yabancılik unsurları nedeniyle ne yerindedir ne de kolaydır. Uygulanacak hukukun tespiti, bağlanma noktalarından münhasıran tahkim yerinin esas alınmasının; onun da yine tahkimin neredeyse tüm evreleriyle ilgili olarak yalnızca kendisini, yetkin kabul etmesinin, tarafların söz konusu ülkeyi tahkim yeri olarak seçmiş olduğu gerçeğine bağlanacak son derece aşkın ve zorlama bir yorum olduğu ileri sürülmüştür⁵¹.

⁴⁸ PETROCHILOS, s. 16-17. Ayrıca bkz HELLER, s. 4.

⁴⁹ NAÓN, s. 39 vd.

⁵⁰ Ayrıntısı için bkz. PECHOTA V., The Future of the Law Governing The International Arbitral Process: Unification and Beyond, Essays in Honor of Hans Smit, 3(4) Am Rev Int'l Arb 1992, s. 22. Oysa tahkimde, sadece kazananlar yoktur, kaybedenler de vardır. Hem kaybedenlerin hem de kamunun tahkime olan güveni, ancak söz konusu tahkim yargılamasının denetlenmesi ile sağlanabilir, pekiştirilebilir. Böyle bir denetimin tüm devletler nezdinde, bir diğerinden bağımsız olarak, tekrar tekrar yapılabileceğini söylemek de bir çözüm değildir (PARK W. W., National Law and Commercial Justice: Safeguarding Procedural Integrity in International Arbitration, 63 Tulane L Rev 1989, s. 649-650).

⁵¹ PETROCHILOS, s. 17. Kısaca, milletlerarası tahkimin sadece tahkim yeri millî hukuka mahkûm ve mecbur edilmesi, kurumun kendisi ile çelişmektedir. Milletlerarası tahkimle ve özellikle bu türden bir hakem kararıyla birden fazla millî hukuk ilgili bulun-

Şu somut örneğin üzerinde durmak isteriz: Tahkim yeri İzmir/Türkiye olan bir milletlerarası tahkim meselesinde, Alman ve İtalyan tarafların katılımıyla bir otelin toplantı salonunda yapılan yargılama ve elde edilecek hükümle ilgili olarak Türk mahkemeleri önünde bir çekişme yaşanmaması hâlinde, söz konusu tahkimin *lex arbitri*'sinin, *forumun* da hukuku ve bu nedenle *lex loci arbitri* olan Türk hukuku olduğunu söylemek (MTK m. 1/II; 8/A), ne derece gereklidir? Şu hâlde, tahkime uygulanacak hukukun neye göre belirleneceği; tahkim yeri hukukunun *lex arbitri*'yi oluşturup oluşturmadığı ve belki de öncelikle böyle bir tahkimle ilgili uyumsuzlukta, Türk mahkemelerinin milletlerarası yetkisinin bulunup bulunmadığı gibi sorular, ancak söz konusu tahkimin taraflarınca Türk mahkemelerinin yardımı veya denetimi talep edildiğinde yaşanacaktır. Çözüm ise *doğal olarak*, Türk millî kanunlarında veya Türkiye'nin taraf olduğu milletlerarası sözleşmelerde aranacaktır (MTK m. 1/II, VI). Verilecek cevapların *kural olarak*, sadece Türk hukukuyla mahkemeleri için geçerli ve bağlayıcı olması beklenir. Oysa milletlerarası tahkimde, millî hukukların ve mahkemelerin milletlerarası tahkim üzerindeki etkilerinin *beklediğinin aksine*, diğer millî hukuk ve yargı sistemlerini de etkileyecek kadar geniş olması (*özellikle bkz.* New York Sözleşmesi m. V, 1, e; 1961 Cenevre Sözleşmesi m. IX), gereğinde, *tarafların özellikle tahkim yeri millî hukukundan kaçmalarına; tahkimlerinin tahkim yeri mahkemelerinin vereceği kararlardan -menfi yönde- etkilenmemesi için lex arbitri'yi tahkim yeri millî hukukundan, yani lex loci arbitri'den daha farklı belirlemelerine neden olmuştur*⁵².

Tüketici memnuniyetinin sağlanması yarışında, *millî tahkim hukukları* bağlamında, harmonizasyon ve yeknesaklaşma hareketleri yaşanırken; *mahkemeler ile tahkim* (hakemler) arasındaki o eski

bilir. Söz konusu hakem kararı nerede icra edilecekse ancak o yer hukukunca sorgulanmalıdır (FOUCHARD/GAILLARD /GOLDMAN, s. 3). Model Kanun bakımından tahkim yeri kavramı, etkisini, üç ana noktada göstermektedir: Tahkim yeri, ülke hukukunun uygulanması yönünden bir bağlanma noktasıdır (Model Kanun m. 1/II). Tahkim yeri, söz konusu tahkimin yabancı unsurlu olup olmadığı, milletlerarası nitelik taşıyıp taşımadığını gösterebilir (Model Kanun m. 1/III, b., i). Tahkim yeri, özellikle tenfizî aşamasıyla ilgili olarak hükmün nerede verildiğini gösterir (Model Kanun m. 31) (HOLTZMANN/NEUHAUS, s. 593).

⁵² POUURET/BESSION, s. 114 vd.

çatışmanın bütün bu harmoni gayretlerine rağmen sürdüğü görülecektir. Özellikle mahkemeler ile tahkim arasındaki ilişkinin, gerçek bir *ortaklık ile zoraki evlilik* arasında gidip geldiği de ileri sürülmüştür. Öte yandan, *tahkimin bağımsızlığını savunan en radikal görüşlere göre dahi tahkimin kendi içinden, taraflarınca sabote edilmesi hâlinde, onlara karşı korunması, mahkemelerin işi olmaktadır*. Taraflar arasında bir gerilimin olduğu gerçektir. Ne var ki, tahkimin sözleşmesel yapısı ve ondan olan beklentiler, millî hukukların ve mahkemelerin kendi *yerel* değer yargıları ile *transnational* bir kurum olduğu düşünülen tahkime müdahale etmesine karşıyken, şayet bu müessese, bir tehliye düşer ise onu kurtaracak ve bunun için gereğinde cebrî gücüne başvuracak yegâne otorite, yine mahkemeler olmaktadır⁵³.

Yukarıda sözü edilen çatışmanın yaşandığı alanlardan biri de *tahkim yeri* hukuku ve mahkemeleridir. Tahkim yeri hukuku ve mahkemelerinin ülkesi üzerinde cereyan eden tahkim yargılama-sına karşı, nasıl bir tavır takınacağı; ona hükmetmesinin mümkün olup olmadığı; bunun gerekip gerekmediği şeklindeki sorular, *hem tahkimin hukuki niteliği ile ilgilidir hem de çalışmamızın ağırlık merkezini oluşturmaktadır. Tahkimin bağımsızlığı hareketince verilen en şiddetli mücadeleler, bu cephede yaşanmaktadır*. Bu mücadeleyle ilgili aşağıdaki örnek, yaşanan çatışmanın kimi kez nasıl vahim sonuçlara da sebebiyet verebildiğini gözler önüne sermektedir⁵⁴.

⁵³ Şayet mahkemelerce duyulan kaygı, bağlayıcı nitelikteki hakem kararları ile adalet in ve ona duyulan güvenin sarsılabileceği ise bu hâlde, önerilen çözüm, yargısal müdahale değil; hakemlerin kalitesiyle güvenilirliğinin artırılmasıdır. Yargısal müdahale, tahkimin antitezidir. Bu gerilimin çözümünde anahtar rol, daha iyi, daha doğru, daha adil kararların verilmesidir. Tahkime ve verilen kararlara duyulan güven arttıkça yükselen kaliteyle birlikte hem yargısal müdahale alanları hem de nedenleri, ortadan kalkacaktır (REID S. A., The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and the English Arbitration Act: Are the Two Systems Poles Apart?, 21(3) J Int'l Arb 2004, s. 237). Ayrıca bkz. HARBST, s. 20.

⁵⁴ Tahkim yargısı ile mahkemeler arasında yaşanan bu mücadelenin bir anlamda, tahkime taraf olanlar ile mahkemeler veya devlet arasında geçtiğini söylemek, yanlış olmaz. Kendisine karşı bağımsızlık kazanılacak olan, devletin hukuk sistemi ve onun yargı düzeniyken; bu bağımsızlığı talep edenler ise milletlerarası ticaretin aktörleri, süjeleri olmaktadır. Her mücadelede olduğu gibi, bu mücadelenin de mağdurları vardır. Hakemlerin, hukuki nitelikleri gereği, âdeta çatışmanın tam ortasında kaldıklarını söylemek hiç de yanlış olmayacaktır. Zira, yargı yetkisini öncelikle tarafları arasındaki sözleşmeden alan; emeği-

Tahkim yeri hukuku ve mahkemeleriyle girişilen bu amansız mücadeleye ve ortaya çıkan vahim tabloya ilişkin somut olayda⁵⁵, uyuşmazlık, Addis Ababa'da, Avrupalı bir inşaat şirketi tarafından gerçekleştirilecek altyapının inşası hakkındadır. FIDIC kurallarına tabi sözleşme, tahkim yeri Addis Ababa olan bir ICC tahkim şartını içermektedir. Başlatılan tahkim yargılamasında, davalı kamu kurumu, hakemlerin yargı yetkisinin bulunmadığını ileri sürer. Hakemlerce layihaların teatisine ve duruşmanın Paris'de yapılmasına karar verilir.

Davalı kamu kurumu, tahkim yeri Addis Ababa olmasına rağmen duruşmaların Paris'te yapılmasına karar verilmekle davalı taraf olarak kendilerinde, hakemlerin tarafsızlığıyla ilgili olarak *da* şüpheler oluştuğundan bahisle hakemlerin reddini, ICC Divanı'ndan talep eder (ICC Rules Art. 11). Talep, Divan tarafından reddedilir. Ancak Etiyopya Yüksek Mahkemesi, hakemlerin *gerek*

nin karşılığını yine tahkimin taraflarından karşılayan; tarafların ortak iradesi neticesinde, böyle bir işlevi yerine getiren kimselerden yani hakemlerden, aynı zamanda, asgari standartları haiz, adil bir kararlar sonuçlanacak yargılama yapmasını beklemekteyiz. Devletin ülkesi üzerindeki adalet hizmetine ve bir anlamda mahkemeleriyle hâkimlerine rakip olan hakemlerin üzerinde, belki vatandaşı dahi olmadıkları bir devletin kamu düzeni veya hukuk sisteminin ağır baskısı bulunmaktadır. Tam bağımsızlık veya şartsız itaat arasında sıkışan hakemlerin yükleri çok ağırdır: Zorluk büyük ölçüde, tahkimin hukuki niteliğinden kaynaklanmaktadır. Şayet bir mücadele varsa hakemler yönünden bu, iki cephelidir. Tahkimde, taraflar yönünden geçerli olan irade serbestisinin, yargılamanın devamı esnasında, kimi zaman hakemlere de rağmen geçerli olup olmadığı, tartışmalıdır. Aynı esnada, hakemlerin tahkim yeri hukukunun emredici normları yanında kamu düzenine ilişkin hükümlerine de riayet edip etmeyeceği; tahkim yeri mahkemelerince iptal edileceği muhakkak olan bir kararı, sırf başka bir yerde tenfizinin mümkün olması nedeniyle verip veremeyeceği, son derece tartışmalı ve bugün için henüz yeknesak bir biçimde çözüme kavuşturulamamış sorunlardır. 1975 tarihli Güvenlik ve İşbirliğine Dair Helsinki Nihai Senedi'nde, milletlerarası ticaretten kaynaklanan uyuşmazlıkların bir an evvel ve adil bir biçimde çözüme kavuşturulmasının milletlerarası ticareti ve işbirliğini geliştirerek yaygınlaştırılacağı; tahkimin ise anılan türdeki uyuşmazlıkların çözümü için en uygun usul olduğu kabul edilmiştir. Oysa, tahkim yargısının nasıl ve gereğinde nelere rağmen yürütülmesinin gerektiği, tahkim ile mahkemeler arasında yaşanan mücadelenin tam arasında kalan hakemlerin her iki cepheye karşı birden, aynı anda vermiş olduğu bir başka mücadelenin konusudur (BERNARDINI P., *The Role of the International Arbitrator*, 20(2) *Arb Int.* 2004, s.113-122). Ayrıca bkz. KAPLAN Y., *Milletlerarası Tahkimde Usule Aykırılık*, Ankara, 2002, s. 47, 49.

⁵⁵ SCHERER M., *The Place or "Seat" of Arbitration (Possibility and/or Sometimes Necessity of its Transfer?) - Some Remarks on the Award in ICC Arbitration No. 10623, 21(1) ASA Bulletin 2003, s. 112-119; SCHWARZ E., Do International Arbitration Have a Duty to Obey the Orders of Court at the Place of the Arbitration? Global Reflections on International Law, Commercial and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour Robert Briner, 2005, s. 795-813.*

reddine (*karş.* Model Kanun m. 13/III; 16/III; MTK m. 7/D/I) *gerçekse* yargı yetkilerinin bulunmadığına yönelik (*karş.* HUMK m. 517) talepleri kendi usul kanununa göre dikkate alır ve mahkemece karar verilmeye kadar, hakem yargılamasının *tedbiren* durdurulmasına hükmeder. Oysa bu esnada, hakemler, diğer bir takım itirazlar yanında, Yüksek Mahkeme'nin tahkim yargılamasının tedbiren durdurulmasına ilişkin kararının kendilerini etkilemeyeceği hakkında, aşağıdaki gerekçeler doğrultusunda karar (*partial award*) verirler⁵⁶:

a) Hakemler (*tahkimin kendisi*), mahkemlerce verilen böyle bir kararın muhatabı olamazlar. Hakemlerin hiçbiri, Etiyopyalı değildir. Tedbirin de konusunu oluşturan duruşmanın Paris'te yapılması kararı, Etiyopya'nın sınırları dışında icra edilmiştir.

b) Hakemler, devletin bir organı veya kurumu değildirler; sözleşme ile yaratılmışlardır. Asli ve yegâne görevleri, söz konusu anlaşmanın taraflarına karşı olup tahkim anlaşmasının işleme hâle getirilmesine mâni olmaktır.

c) Uyuşmazlıkların *milletlerarası* tahkime konu edilmesine yönelik bir anlaşma, geçerliliğini, gücünü ve bağlayıcılığını, *münhasıran* tahkim yeri hukukundan değil; daha ziyade milletlerarası kaynaklardan (*örneğin*, 1958 New York Sözleşmesi, *genel ilke ve prensipler*) almaktadır⁵⁷.

d) *Özellikle* tahkim yeri ülkesinde tanınabilecek ve icra edilebilecek bir kararın hakemlerce verilmesi asıl ise de (ICC Rules Art. 35) bu anlayış, *hakemleri, tahkim yeri hukukunun mutlak hükümlerine altına sokmamaktadır*. Hakemlerin gereğinde, tahkim anlaşmasından kaynaklanan yargı yetkilerini korumak ve bu sayede taraflara olan ödevlerini yerine getirebilmek için kendi yargı yetkilerinden de güç alarak tahkim yeri mahkemeleriyle çatışması gerekebilir. Aksi hâlde, adaletin tecellisinin, gerçekleşmesinin önüne geçilmiş olunur. Kaldı ki, verilecek hakem kararı ilgili ülke hukukuna göre iptal edilecek olsa dahi bu durum, hakemlerin taraflara

⁵⁶ ICC Partial Award No. 10633, ASA Bulletin 2003, s. 59-111. Ayrıca bkz. POUURET/BESSON, s. 116, 117; SCHWARZ, s. 797-813.

⁵⁷ Karş. SCHERER, Seat, s. 112-113.

karşı geçerli olan yükümlülüğünü ne sona erdirmeye ne de olumsuz yönde etkilemektedir. Zira aynı hakem kararının söz konusu ülke hukukuna ait değerleri paylaşmayan başka ülkelerde tenfizi ve icrası, pekalâ mümkün olabilir.

e) Hiçbir devlet, kendi iç hukukuna (*mahkeme kararları da dahil olmak üzere*) sığınarak yapmış olduğu bir anlaşmanın gereklerini yerine getirmekten kaçınmaz.

Kararda, tahkimin taraflarından birinin kamu kurumu olması, ilgi çekicidir. Ancak, hakemlerin, *tahkim yeri mahkemesince* verilen karara karşı baş kaldırırları; tahkim yeri hukukuna karşı giriştikleri bağımsızlık mücadelesi; ortaya konulan gerekçeler, daha ilgi çekicidir. Taraflardan birinin kamu kurumu olması nedeniyle bazı gerekçelerin *ona özgü* olarak belirlendiği, çok açıktır. Sorun, her iki tarafın özel hukuk kişisi olması hâlinde de benzer bir mücadelenin verilip verilmeyeceğidir yahut böyle bir mücadeleyi gerekli/haklı kılan durumların yaşanıp yaşanmayacağıdır. Görüldüğü kadarıyla en azından bu örnek temelinde hakemler, meşruiyetlerini, *-tahkim anlaşmasının ve yargılamasının varlığını, geçerliliğini ve bağlılığını-* kurumsal tahkime ilişkin *kurallar* yanında, hatta onlardan ziyade, *milletlerarası hukuka* dayandırma çabasındadırlar. Bir başka ifadeyle tahkim alanında, *lex loci arbitri*'ye yani, millî hukuklara atfen belirlenecek bir *lex arbitri*'ye karşı, *milletlerarası hukuk* kavramı ve kaynağı yaratılmak istenmektedir⁵⁸. Oysa uyuşmazlıkların X ülkesinde, tahkim yoluyla çözümünün kararlaştırılması hâlinde, iki husus üzerinde anlaşılmış demektir:

a) Taraflar arasındaki uyuşmazlıklar tahkim yoluyla çözülecektir.

b) Tahkim yerinin X ülkesi olması nedeniyle söz konusu tahkim, X ülkesi mahkemelerinin gözetimi, yargı yetkisi altında gerçekleşecektir.

Yine ileri sürüldüğü şekliyle bu iki hususun birbirinden ayrılması ve özellikle tahkim yeri üzerindeki anlaşma ile *sonuçlarının*

⁵⁸ Ayrıntısı ve eleştirisi için bkz. SCHWARZ, s. 812. Ayrıca bkz. POUURET/BESSON, s. 117, 118.

görmezlikten gelinmesi, haksız bir seçiciliğe neden olmamakta mıdır? Yoksa verilecek cevap, tahkimin taraflarından birinin devlet/kamu kurumu olması hâlinde mi değişmektedir? Milletlerarası tahkim uygulaması ve kültürüyle yakından ilgili şu soru da görmezden gelinmemelidir: Somut olayda sözü edilen mahkemenin *Cour d'appel Paris*, *High Court in London* veya İsviçre Federal Mahkemesi olması durumunda, hakemler yine de aynı kararı verebilecekler miydi? Yoksa zaten bu ülke mahkemeleri, (*kendi iç hukuklarına da uygun olarak*) böyle karar mı vermezlerdi⁵⁹?

Şiddeti, millî tahkim kanunlarında yaşanan *harmonizasyon* çalışmalarının ardından, bir ölçüde de olsa azalan bu amansız mücadeleye içinde, şu üç durumu, tekrar tekrar sorgulamak gerekecektir:

c) Her tahkim anlaşmasının icrası, beraberinde, söz konusu tahkimi gözetim altında tutacak bir ülke mahkemesini ve dolayısıyla millî bir hukuku gerekli kılmakta mıdır? Şayet bu sorunun cevabı olumlu ise böyle bir gözetim ve hükümranlık, her defasında, tahkim anlaşmasının geçersizliği ve giderek hakem kararının iptali ile mi sonuçlanacaktır? Tahkimin müessese olarak, gereğinde taraflarına karşı da korunması yönünden mahkemelerin hiç mi *yardımına* ihtiyaç duyulmamaktadır?

d) Tahkimin içerdiği veya içerebileceği bir eksiklik veya yanlışlık nedeniyle mahkeme denetiminden, *sadece taraflardan biri devlet olduğu için* neden mahrum kalınsın?

Milletlerarası tahkimde, özellikle *transnational kurallara* göre, hakemlerin, mahkemelerce verilecek kararlara uyup uymama hususunda, takdir hakları var mıdır? Varsa hangi kıstaslara tabidir? Milletlerarası adaletin gereğinin yerine getirilmesi, böyle bir başkaldırının nedeni olabilir mi? Bir an için milletlerarası tahkimin, kendi kendine yeter bir yargılama sistemi olduğu kabul edilse dahi *-sınırlarının da olduğu düşünülerek-* er veya geç, sadece mahke-

⁵⁹ GOODE R., *The Role of the Lex Loci Arbitri in International Commercial Arbitration*, 17(1) *Arb Int*, 2001, s. 30-33; POUURET/BESSON, s. 118. Karş. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 646.

melerin kullandığı *egemenlik* yetkisine ihtiyaç duyulmayacak mıdır⁶⁰?

IV- TAHKİME UYGULANACAK HUKUKUN (LEX ARBITRI) TEORİK TEMELLERİ

A- Genel Olarak

Bu kısımda, *şayet varsa*, milletlerarası tahkime uygulanacak ve ona bağlayıcılığını, gücünü ve etkinliğini kazandıracak, *lex arbitri* olarak da bilinen, hukuk üzerindeki teorik görüşler değerlendirilmeye çalışılacaktır. Ancak, bu sorun üzerinde yoğunlaşmadan önce, şu açıklığın getirilmesinde yarar vardır: Her milletlerarası tahkim meselesinde, uygulanmayı/bulunmayı bekleyen üç hukuk vardır. Bunlar: (a) Taraflar arasındaki temel borç ilişkisine/uyuşmazlığa uygulanacak hukuk; (b) Tahkim anlaşmasına uygulanacak; (c) Tahkime-tahkim yargılamasına uygulanacak hukuktur. Her üç hukukun da aynı olması mümkündür. Ancak çoğu kez, (a) şıkkında yer alan hukukun, diğer iki şıkta yer alan hukuktan farklı olduğu görülür. Bunun yanında, özellikle de milletlerarası tahkim alanında, artan özgürleşme ve serbesti sonucunda, (b) şıkında yer alan hukukun da (c) şıkında yer alan hukuktan ayrışması olasıdır⁶¹.

Lex arbitri, kavramsal olarak, tahkim yargılamasına uygulanacak kurallardan/hukuktan daha geniş olmakla birlikte, böyle bir hukukun her hâlde, yargılama usulü üzerinde de etkin ve belirleyeceği olduğu kabul edilir. *Lex arbitri* 'nin bizzat kendisi, uyuşmazlığın esasına yahut tahkim usulüne uygulanacak hukuk olmak zorunda değildir; kimi zaman, sadece bunların nasıl tespit edileceğini

⁶⁰ PETROCHILOS, s. 17-18.

⁶¹ LEW M. D. J., The place of arbitration and the applicable procedural law in the English common law, The place of arbitration, eds. M. Storme, F. De Ly, 1992, s. 78. Naviera Amazonia Peruana S.A v. Compania Internacional de Seguros del Peru, [1988] 1 Lloyd's Rep 166, 199. Ayrıca bkz. BLESSING M., The Law Applicable to the Arbitration Clause and Arbitrability, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 168-182; LEW J. D. M., The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 118-123.

belirlemekle yetinir. Bu nedenle bir görüşe göre, *lex arbitri*'nin, tahkimin bir müessese olarak varlık ve geçerliliğinin sorgulandığı hukuk şeklinde tanımlanması, daha yerindedir⁶².

Çekişme, genelinde, iki büyük ekol arasında yaşanmaktadır: Yerelleştirme (*localization*) ve *delocalization*. Bu iki büyük ekol, özellikle millî tahkim kanunlarda, kimi zaman tek başlarına kimi zaman ise birlikte kendilerine yer bulmuşlardır⁶³.

Kanımızca da, bugün için öne çıkan bir husus bulunmaktadır: Lex arbitri'nin tanımlanmasında, teorik temellerinin inşasında, öne çıkan fayda; üstün tutulan kaygı, *tahkim yargısına müdahale edecek, onu denetleyecek ya da ona yardım ederek milletlerarası tahkimi destekleyecek mahkemelerden hangisinin yargı yetkisine sahip olduğudur*. Artık çoğu kez tarafların *lex arbitri*'yi aramaktaki temel kaygıları yahut ona duyulan pratik ihtiyaç, aslında *forum arbitri*'nin neresi olduğuyla ilgilidir⁶⁴.

Ekoller arasındaki değerlendirmeye geçmeden önce, *şu geleneksel tutumun ortaya konulmasında fayda vardır*: Bir bütün hâlinde tahkimi kavrayan, tahkim usulünün ve hükmün geçerliliğinin ona göre belirlendiği/denetlendiği, tek bir *lex arbitri* mutlaka olmalıdır. Bu sayede hakem kararı, söz konusu hukukun milliyetini kazanacak olup diğer hukuklar gözünde de yabancı hakem kararı olarak değerlendirilecektir⁶⁵. *Aslında kastedilen, tahkimin tüm evreleriyle sadece bir hukuka bağlı olması ya da kalması değildir; gereğinde bir başka hukukun da uygulanmasına izin verecek; âdeta genel çatıyı belirleyecek hukukun (bir anlamda lex fori'nin) varlığı*

⁶² Tahkimin tabi olduğu hukuk, tahkim yargılamasının sürdüğü yer hukuku olduğundan, tıpkı devlet yargısında olduğu gibi *lex arbitri*, kendiliğinden *lex loci arbitri*'ye eşitlenmektedir (PARK/PAULSSON, s. 254). Ayrıca bkz. PETROCHILLOS, s. 19; LEW, s. 246, 247; BİRSEL M. T., Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri (Arbitration Conventions) ve İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarının Türk Tahkim Hukuku Üzerindeki Etkileri, Prof. DR. Ali Bozar'e Armağana, Ankara, 1998, s. 514, 515.

⁶³ CRAIG W. L., Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration, 30 Tex Int'l L. J. 1995, s. 16 vd; PETROCHILLOS, s. 19.

⁶⁴ PETROCHILLOS, s. 20. Ayrıca bkz. NAKAMURA, s. 16; DEREN-YILDIRIM N., Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul 2004, s. 94.

⁶⁵ Hakem kararlarının milliyeti konusunda bkz. KALPSÜZ T., Hakem Kararlarının Milliyeti, IX BATİDER 1978/3, s. 602 vd.

ğidir. Bu sayede, *forumun* hukuku, kimi zaman kendisinin; kimi zaman ise bir başka hukukun uygulanmasını mümkün kılabilir; hatta tahkim ile ilgili bir meselenin doğrudan nasıl çözümleneceğinin gösterildiği bir maddi hukuk kuralı –*maddi devletler özel hukuku kuralı*- (substantive rule-*a régle matérielle de droit international privé*) ya da doğrudan doğruya uygulanan bir norm da içerebilir. Ancak en önemlisi, *lex arbitri*'nin sahibi olan devletin mahkemeleri, söz konusu tahkim ile ilgili uyuşmazlıklarda yargı yetkisine de sahip olacaktır⁶⁶.

Yukarıda tasvir edilen bu geleneksel durumu benimseyen ve *fakat farklı yollarla* soruna çözüm arayan düşüncelerin, tahkimin yerleştirilmesi (*localization*) düşüncesi altında toplanması mümkündür. Amaç, tahkimi (tek) bir devlete bağlamaktır. Ayrıca, tahkim yargılamasına uygulanacak hukukun, hakem kararının milliyetini de belirlediği kabul edilir. Şu hâlde, *lex arbitri*'nin tespitiyle kendiliğinden, tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk yanında, hükmün milliyeti de belirlenmiş olacaktır⁶⁷.

Bu geleneksel anlayışın karşısında yer alan “*delocalization*” görüşüne göre ise *lex arbitri*'nin mutlaka bir millî hukuk olması gerekmediği gibi, en azından bunun tahkim yeri hukuku olması, hiç şart değildir. Tahkim yönünden, mutlaka bir yerel hukuka/yargı düzenine bağlanmak ya da ona göre tanımlanmak zorunlu değildir. Tahkim, “*a-national*” (tabiiyetsiz) ya da “*delocalized*” (yurtsuzvatansız) bir şekilde de yaşanıp icra edilebilir. Hatta tahkim, şayet bir şeye tabi ise bu, uzun bir zamandan bu yana var olan ve tahkim uygulamaları damıtılarak oluşturulan gerçek milletlerarası tahkim hukukudur (*truly international law of arbitration*)⁶⁸.

⁶⁶ THEOFRASTOUS, s. 459; PETROCHILOS, s. 20; NAKAMURA, s. 16. Ayrıca bkz. KOCASAKAL Ö H., Doğrudan Uygulanan Kurallar ve Sözleşmeler Üzerinde Etkileri, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2001, s. 19 vd.

⁶⁷ PETROCHILOS, s. 22.

⁶⁸ PARK/PAULSSON, s. 255; PAULSSON, Arbitration Unbound, s. 358; van den BERG J. A., The New York Arbitration Convention of 1958, Towards a Uniform Judicial Interpretation, 1981, s. 28-51. Esasen *delocalization*, en azından tenfiz yeri hukukuna ve mahkemelerine ihtiyaç duyulmadığı ölçüde, anlamlı, tam ve mutlak. Bu düşüncenin doğmasında, iki temel etken bulunmaktadır. Bunlardan ilki, milletlerarası tahkim uygulamasına yabancı ve hatta onlarla çatışan; milletlerarası tahkim gerçeğine aykırı düzenlemelerin etkinliğini ortadan kaldırmaktır. İkincisi ise, milletlerarası tahkimi, sadece ken-

Konu, hiç şüphesiz ki, (milletlerarası) tahkimin hukuki niteliğiyle de yakından ilgilidir. Mademki tahkime başvurma ve onu seçme konusunda, tarafların iradelerini birleştirmeleri gerekir ve yetişir; şu hâlde, söz konusu tahkim yargılamasının geçerliliği ve sonunda verilecek kararın bağlayıcılığı için bütün bunların bir millî hukuka ve özellikle *de tahkim yeri hukukuna* atfen değerlendirilmesi gerekli midir⁶⁹? Eş deyişle tahkimin ülkelerinde icra edilmesi, tahkim yeri hukukuyla mahkemelerinin anılan tahkim yargılaması üzerinde de *-aynı ülkede hakem kararının icrası istenmediği sürece-* söz sahibi olmasını gerektirmekte midir⁷⁰?

B- Makar Teorileri

1- Mülkîlik İlkesi

Klasik anlayışa göre, ülke üzerinde icra edilen tahkim de dâhil her türlü eylem ve işlem, sonuçları ile birlikte söz konusu ülke hukukuna tabidir. Dahası, *milletlerarası (ticari) tahkim* şeklinde bir durumun var olamayacağı gerçeği karşısında, esasen, söz konusu terminoloji de isabetli değildir⁷¹. Milletlerarası özel hukuk, bir millî

dine has, tıpkı onun gibi milletlerarası olan ilke ve prensiplere tabi tutmaktır. Milletlerarası bir ilişkiyi, millî kaygı ve yerel özelliklere göre şekillenmiş yerel hukuklara tabi tutmak, milletlerarası ilişkinin aktörlerinin beklentileri ile örtüşmeyeceği gibi, ilişkinin tabiatına da aykırıdır (PETROCHILLOS, s. 21).

⁶⁹ PAULSSON, s. 53.

⁷⁰ PAULSSON, *Amiration Unbound*, s. 360.

⁷¹ Sözleşmesel ilişkilerden kaynaklanacak milletlerarası tahkimi, üç ana grup altında toplamak mümkündür: Bunlardan ilki, devletlerin (veya milletlerarası hukuk süjelerinin) kendi aralarındaki, *compromis*'e dayalı tahkimdir. Bu, gerçek milletlerarası tahkimdir. İkincisi ise tümüyle özel hukuk gerçek ve tüzel kişileri arasında kalan tahkimdir. Oysa böyle bir tahkim, *lex arbitri* adını alan ve tahkimin yürütüldüğü yer hukukuna denk düşen bir millî hukuka tabidir ki, bu tür bir tahkimin gerçek anlamıyla milletlerarası olduğu söylenemez. *Lex arbitri*, tahkimin ve tahkime taraf olanların içinde bulunduğu irade serbestisinin sınırlarını çizmektedir. Tahkimin varlık ve geçerliliğinin tartışmaya açıldığı her durumda, öncelikle *lex arbitri*'nin ne olduğunu bulmak gerekir. Bulunacak cevap, aynı zamanda tahkim yeri millî hukukudur (*lex loci arbitri*). Bu yolla milletlerarası ticari tahkimin daha da milletlerarasılaştırılması fikrinden hareketle tahkimin varlık ve geçerliliğinin hiçbir millî hukuka ve onların kamu düzenlerine tabi tutulmadan supranasyonal bir hukuk düzenine, yani milletlerarası hukukun kendisine tabi tutulması gerektiği görüşü, reddedilmektedir. Zaten bu, Mann için ne özlenecek ne kabul edilebilecek ne de haklı kılınabilecek bir anlayıştır. Üçüncü ve son grup olan taraflardan birinin devlet diğeri ise özel hukuk kişisi olduğu tahkimler yönünden ikinci grup tahkim için getirilen ilke ve prensiplerden ayrılmayı gerektiren bir durum yoktur (MANN F. A, *Lex Facit Arbitrum*, *International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke*, ed. Pieter Sanders, The

hukuk meselesidir. Her tahkim, millî bir tahkimdir; ne var ki, içerdiği yabancılık unsuru nedeniyle millî hukuk sistemlerinde, daha özel ve farklı hukuki rejimlere de tabi tutulabilir⁷². Tahkimde öne çıkarılan irade serbestisinin dahi belli bir (*millî*) hukuk sistemince kabul edilerek tanımlanması gerekir. Özel kişilere tanınan her hak ve yetkinin, *lex fori* olarak da bilinen, belli bir millî hukuk sisteminde kaynağının bulunması şarttır. Tahkim için bu, *lex arbitri'dir* (*la loi de l'arbitrage*)⁷³.

Her tahkim, *bir yerlerde* yürütülecek ve yine *bir yerde* de icra/tenfiz edilecektir. Buna göre söz konusu yargılamanın ve verilen hükmün tahkim faaliyetinin yürütüldüğü yer hukukuna tabi olması gerekir. Tahkim yeri hukukunun bu tip bir faaliyet ve tarafların iradesi üzerinde, son derece etkin ve aktif bir rolü olacaktır⁷⁴; bu da son derece doğal ve kaçınılmazdır⁷⁵.

Egemenlik yetkisinin sahibi olan devletin milletlerarası ticaretin ihtiyaçlarıyla beklentilerine duyarsız olması, beklenemez. Tahkimle ilgili olarak örneğin verilen bir hakem kararının hukuk

Hague, 1967, s. 157; MANN, State Contracts, s. s. 1, 4-6; MANN, Delocalised Contracts, s. 197 vd).

⁷² 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin milletlerarası ticari tahkime ilişkin olması, yine de böyle bir tahkim yargılmasını, milletlerarası yapmaz. Zira söz konusu milletlerarası Sözleşme'nin uygulanabilmesi için de ilgili devletin, sözleşmecî devlet olması, anılan Sözleşme'yi, hukuk sistemine dâhil etmesi gerekecektir (MANN, Lex Facit Arbitrum, s. 159). NOMER E/ŞANLI C. Devletler Hususi Hukuku, 12 Bası, İstanbul, 2003, s. 464.

⁷³ MANN, Lex Facit Arbitrum, s. 160; MANN F. A., The UNCITRAL Model Law-Lex Facit Arbitrum, 2(3) Arb Int, 1986, s. 246; DE VRIES, s. 72; REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 78; ; ŞANLI C., Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, II Tahkim Haftası, Ankara, 25-26 Kasım 1983, s. 174-176.

⁷⁴ THEOFRASTOUS, s. 456-457. Her millî-yerel hukuk, tarafların iradesi ne yönde olursa olsun, kendisini, söz konusu meseleye mecbur eder. Tahkim için bu, hakemlerin hükmünü verdiği yer hukukundan (law of the arbitral tribunal's seat) yani tahkim yeri hukukundan başka bir şey değildir. Bu nedenledir ki, tarafların *lex arbitri* üzerinde tasarruf etmesi ve böylelikle *lex arbitri*'nin tahkim yeri hukukundan daha başka bir (millî) hukuka veya kurallar bütününe göre belirlenmesi, mümkün değildir (MANN, s. 245-246; PETROCHILOS, s. 22). Karş. PAULSSON, The Extent of Independence, s. 147-148. Ayrıca bkz. ÜSTÜNDAĞ S., Yabancı Hakem Kararı Kavramı, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye'de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler-Tartışmalar, II. Tahkim Haftası, Ankara, 25-26 Kasım 1983, 1984, s. 5, 6.

⁷⁵ COLLINS L., The law governing the agreement and procedure in international arbitration in England, Contemporary problems in international arbitration, ed. Julian D. M. Lew, 1986, s. 133-134; PARK, Judicial Control, s. 236.

dünyasında, etkisinin ne olacağı, ilgili her devleti, yakından ilgilendiren bir meseledir. Yine tahkimin, ülke üzerinde etkin ve cazip kılınması, başlı başına bir millî hukuk politikası sorunudur. Bu esnada, millî hukuklarla tahkim arasında kurulan ilişki; millî hukukların söz konusu ilişkinin sağlıklı bir biçimde işlemesi için aradığı şartlar, bugün çoğu kez *lex arbitri*, *lex loci arbitri* tartışmalarının özünü ve sebebini oluşturmaktadır⁷⁶.

Lex arbitri denildiğinde, kapsamına neler girdiği, içeriğinin nelerden ibaret olduğu, hayli tartışmalıdır⁷⁷. Öğretide, *lex arbitri*'nin kapsamında olduğu düşünülen hususlar, *lex causae*'nm neye göre belirleneceği; hakem kararının gerekçe içerip içermeyeceği; hakem kararlarının denetimi, tabiiyeti; tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk, tahkime elverişlilik; hakemlerin seçilmesi veya reddi; yargılamaya uygulanacak kurallar bakımından irade serbestisinin sınırları şeklinde özetlenebilir⁷⁸. *Smith Ltd. v. H&S International*⁷⁹ davasında, *lex arbitri*'ye ilişkin yapılan tanım, içeriği itibariyle incelenmeye değerdir. Buna göre:

“Tahkimin tabi olduğu hukuk nedir? Yazarların da belirttiği üzere (...) tahkim anlaşmasını, taraflarının istekleri dışında, haricen etkileyen kurallar bütünüdür. Tahkimin tabi olduğu hukuk, (...); tahkimle ilgili sorunların çözümünde, tahkimin desteklenmesi (...) yahut denetlenmesi (...) amacıyla mahkemelere tanınan yargı yetkisine ilişkin kurallardan oluşmaktadır...”

Görüleceği üzere tanım, özellikle tahkim ile mahkemeler arasındaki ilişkiyi esas almakta; taraf iradesinin bulunmadığı yahut geçerli olmadığı alanlarda etki göstermektedir⁸⁰. Bu hâliyle yapılan vasıflandırma, *kanımızca*, *lex arbitri*'den ziyade *lex loci arbitri*'yi anlatmaktadır. Oysa *lex arbitri*'nin sınırlarını, sadece mahkemelerin tahkimdeki rolüne göre çizmek, tam olarak doğru değildir. Zira kaynağın yine *lex fori* (*lex loci arbitri*) olduğu da kabul edilse irade

⁷⁶ DANILOWICZ, s. 237-238. Ayrıca bkz. LEW, s. 249, 250.

⁷⁷ DANILOWICZ, s. 237-238. Ayrıca bkz. WILNER, s. 648.

⁷⁸ COLLINS, s. 133.

⁷⁹ *Smith Ltd. v. H&S International* [1991] 2 Lloyd's Rep 127, 130. Ayrıca bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 13, 14.

⁸⁰ Ayrıca bkz. REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 81, 82.

serbestisi ve onun gerek doğrudan gerekse dolayısıyla uygulanmasını kararlaştırdığı kurallar da *lex arbitri*'nin bir parçası olarak pekâlâ kabul edilebilmelidir. *Lex*'in sadece pozitif millî düzenlemelerden ibaret olduğunun kabulü, kaynağını yine millî hukuktan alan irade serbestisinin ve sonuçlarının dışlanması anlamına gelir. Oysa günümüz tahkim hukukları, çoğu zaman kendisinden önce taraf iradesinin olası sonuçlarını esas almakta; üstünlüğü onlara tanımaktadır. Ne var ki, bizi öncelikle ilgilendiren husus, içeriği konusundaki tartışmalar bir yana, *lex arbitri*'nin hangi hukuka göre belirleneceğidir.

Sorun, öncelikle aranan hukukun bir millî hukuk olmasının gerekip gerekmediğidir. Şayet bunun bir millî hukuk olduğu sonucuna varılırsa, o hâlde, ilgili hukukun ancak ve sadece tahkim yeri millî hukuku (*lex loci arbitri*) mu olması gerektiği yoksa irade serbestisinin bu hâlde de geçerli olup olmayacağı, incelemeye çalıştığımız görüşlerin temel ayırım noktasını oluşturmaktadır⁸¹.

Makar teorisi kapsamında, *lex arbitri*, hakemlerin haklarını, yetki ve ödevlerini; verdikleri kararın gücünü ve bağlayıcılığını göstermekte; ona hukuken kaynaklık oluşturmaktadır. Bir hakem kararı, gücünü, tıpkı mahkeme kararlarında olduğu gibi *mutlak* biçimde, *münhasır bir millî hukuktan* almalı; bu da, tahkim yeri hukuku *lex loci arbitri* olmalıdır (*qui elegit judiciem elegit jus*)⁸². Şu üç önerme, özel önemi haizdir⁸³:

a) Her tahkim, bir *millî hukuka* tabidir ki bu, *lex arbitri*dir. Tahkimin, devletin kurulu yargı düzeninin dışında olduğunu; kaynağını devletin egemenlik yetkisinden almadığını; bu nedenle özellikle milletlerarası tahkimin, yine özellikle tahkim yeri ülkesinin hukuk sistemi/yargı düzeni içinde olmadığını tartışmak, yanıtıcı-

⁸¹ Ayrıntısı için bkz. DANILOWICZ, s. 239.

⁸² MANN, *Lex Facit Arbitrum*, s. 160-161; MANN, *State Contracts*, s. 4; MANN, s. 246; PARK/PAULSSON, s. 254; PARK, *Lex Loci Arbitri*, s. 23. Ayrıca bkz. REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 82; IWASAKI K., *Selection of Situs: Criteria and Priorities*, 2(1) *Arb Int*, 1986, s. 60. Ayrıca bkz. WILNER, s. 678, 679; GLOSSNER O., *International Commercial Arbitration Some Practical Aspects*, *International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke*, ed. Pieter Sanders, The Hague, 1967, s. 99; *Bank Mellat v. Helleniki Techniki S.A* [1983] 3 *WLR* 783, 789

⁸³ Ayrıca bkz. ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 42-44.

dır. Ülke üzerinde meydana gelen her eylem ve işlem, söz konusu ülkenin yargı düzenine/yetkisine dâhildir; *en azından bu mesele dahi devletin tek taraflı tasarrufu ile belirlenir*. Tahkim yargılamalarında, tarafların hak ve ödevleri ile hakemlerin yargı yetkilerinin belirlenmesi, *diğer bütün ülke hukuklarının da yapabileceği gibi*, tahkim yeri hukukunun hem hakkıdır hem de takdirindedir⁸⁴.

b) *Lex arbitri*, ne her hâlde uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuktur ne de sadece yargılamanın nasıl yürütüleceğine ilişkin kurallar bütünüdür. *Lex arbitri* için tahkim yargılamasının, tahkim yeri hukukundan farklı bir ülkenin millî kanununa atfen yürütülmesi ile herhangi bir tahkim merkezinin tahkim kurallarına tabi olması arasında fark, yoktur. Bu hâlde, ne *lex loci arbitri*'ye göre belirlenen *lex arbitri*'nin aksi kararlaştırılmaktadır ne de tahkim yeri mahkemelerinin yargı yetkisi bertaraf edilmektedir (UNCITRAL Rules Art. 1/II)⁸⁵. Böyle bir seçim, öğretilde, daha çok, bir İngiliz'in arabasıyla Fransa'ya geçmesine benzetilmektedir. Arabanın direksiyonun (sürücüsünün de tercihinine uygun olarak) sağda olması ve bu hâlde Fransa'da (oranın trafik kurallarına da uygun olarak) trafiğe çıkılabilmesi ve fakat her hâlükârda, sol taraftan akan trafiğe uyulmasının gerekmesi, aksi hâlde pek çok kazaya sebebiyet verilebilmesi; trafikte yaşanan sorunlarla da İngiliz değil Fransız polisinin ilgilenecek olması, aslında, *lex loci arbitri*'nin kısa bir tasviridir⁸⁶. *Anational* sözleşme fikrinden hareketle tahkimin hiçbir millî hukuka bağlı kalmasının gerekmediği; şayet tahkimin varlık ve geçerliliğinin bir hukuk düzenine göre sorgulanması gerekiyorsa bunun da niteliğine uygun düştüğü üzere *supranational* bir hukuk düzeni olacağı fikri ki, bu düzen, daha sonra *lex mercatoria* adını alacaktır, özellikle *Mann* tarafından, *son derece tehlikeli; hukuki güvenlik fikrine fazlaca zarar veren; kendi içinde de tutarsız bir görüş olarak değerlendirilmiştir*. Sözleşmelerin, hukuksal bir boşluk içinde kalamayacağı; ancak *millî hukuk sistemlerinin* kişilerin

⁸⁴ MANN, *Lex Licit Arbitrum*, s. 162; DANILOWICZ, s. 245; IWASAKI, s. 62. Ayrıca bkz. POUDRET/BESSON, s. 114-115. Böylelikle tahkimin kaderi, tek bir millî hukuka bağlanmaktadır ki, bunun, kurulu yargı sistemleri arasında, işlemekte olan düzene aykırı olduğunu söylemek, güçtür (PAULSSON, *Arbitration Unbound*, s. 361).

⁸⁵ THEOFRASTOUS, s. 463. Karş. NOMER/ŞANLI, s. 460, 461.

⁸⁶ REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 87.

hak ve borçlarını tanımlayan ve belirleyen asli hukuk sistemleri olduğu, karşı tez şeklinde ileri sürülmüştür⁸⁷.

c) *Lex arbitri*, bir bütün hâlinde, yargılamaya uygulanacak kurallar da dâhil olmak üzere, tahkimin varlık ve geçerliliğini tanımlar; belirler ve denetler. Tahkime taraf olanların, tahkim yargılamasına hangi hukukun veya kuralların uygulanacağına karar verebilmeleri dahi ancak buna izin verip düzenleyen bir *lex fori*'nin (yani *lex arbitri*'nin) varlığını gerekli kılar⁸⁸. *Millî mahkemelerin ve hukukunun tarafların iradesine hükmedememesi, ona teslim olması, ancak kendisinin de buna izin vermiş olması hâlinde mümkündür*⁸⁹.

Bütün bu tanımlamalar sonucunda, *lex arbitri*'nin *lex loci arbitri* olduğu ortaya konulmaktadır. Bir adım daha ileriye gidildiğinde, *son derece tartışmalı olmakla birlikte*, tahkim yeri hukukunun, mahkemeler yanında, *hakemlere* de gereken kanunlar ihtilafı kurallarını sağlayan *yegâne hukuk* olduğu ileri sürülmüştür⁹⁰. An-

⁸⁷ MANN, *Delocalised Contracts*, s. 196-198; IWASAKI, s. 61. *Amin Rasheed Shipping Corporation v. Kuwait Insurance Company*, [1983] 3 WLR 241, 245. *Bank Mellat v. Helleniki Techniki S.A.* ([1983] 3 WLR 783, 789) davasında, önce, millî hukuk sistemlerinden kopuk "floating" bir tahkim anlayışı reddedilmiş; sonra da James Miller and Partners v. Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd ([1970] AC 583; [1970] 1 All ER, 796) davasına göndermede bulunularak tahkime uygulanacak hukukun "taraflarca aksi belirlenmediği sürece" tahkim yeri hukuku olduğu sonucuna varılmıştır. Prensipite, içtihadı katılan Mann yine de, *lex arbitri* üzerinde tarafların tasarruf imkânlarının olmadığı fikrinden hareketle kararda, sanki bu yönde bir irade serbestisi varmış gibi bir sonucun ortaya çıktığını, salt bu yönüyle kararı eleştirdiğini ifade etmiştir. Anılan içtihat, *lex loci arbitri*'nin aynı zamanda ve kaçınılmaz olarak *lex arbitri* olduğuna; bu nedenle hakemlerin tahkim yeri hukukunun emredici kurallarına uymakla mükellef olduğuna ilişkin emsal karar olma özelliğini, göstermektedir. Ayrıca bkz. PARK, *Lex Loci Arbitri*, s. 23; PARK/PAULSSON, s. 254; DANILOWICZ, s. 240; COLLINS, s. 134; PETROCHILOS G., *On the Juridical Character of the Seat in the Arbitration Act 1996*, LMCLQ, 2002, s. 67; MANN F. A., *Zur Nationalität des Schiedsspruchs*, FS für Walter Oppenhoff, München, 1985, s. 220.

⁸⁸ PARK, *Lex Loci Arbitri*, s. 23; DANILOWICZ, s. 240; REDFERN/ HUNTER/ BLACKABY /PARTASIDES, s. 82; SZASZY, *Awards*, s. 667.

⁸⁹ Ayrıca bkz. REDFERN/HUNTER/BLACKABY /PARTASIDES, s. 88.

⁹⁰ MANN, s. 245-247; PARK/PAULSSON, s. 254; PETROCHILOS, s. 23. Oysa, hakemlerin, ülkenin maddi hukukuyla bağlı olmadıkları, dahası hakemlerin maddi hukuku esas alarak karar vermekle yükümlü bulunmadıkları da ileri sürülmüştür. Şu hâlde, nihai hakem kararlarının mahkemelerce denetimi esnasında, hakemlerin yargı yetkisiyle ilgili sorunlar bir yana, esasa yönelik bir denetimin gerçekleştirilmesi, "hükümün arkasına geçilmesi" mümkün değildir (SCHWAB K. H., *The Legal Foundations and Limitations of Arbitration Procedures in the U.S and Germany*, International Arbitration Liber Amicorum for Martin Domke, ed. Pieter Sanders, The Hague, 1967, s. 302, 303). Ayrıca

cak, bu düşünce şekli, özellikle milletlerarası tahkime her zaman uygun düşmeyebilmektedir. Çatışmanın temelinin, tahkimin hukuki niteliğinde ve özellikle onun yargısal kimliğinde aramak gerekir⁹¹.

Makar teorisi, milletlerarası tahkim ile tahkim yeri hukuku arasında kurulacak ilişki yönünden, ülkesel bağlantı, yani “*tahkim yeri*” kavramı üzerinde (*seat of proceedings*) yoğunlaşmaktadır⁹². İngiliz hukukunun, çoğu kez tarihsel nedenlerle anılan görüşün sadık bir üyesi olduğu gözlenmektedir (1996 AA §2, 3). *Lex loci arbitri*'nin Kıta Avrupası hukukuna dâhil ülkelerle karşılaştırıldığında, İngiliz hukukunda, daha derin ve köklü etkilerinin olduğu görülür. Yani, tahkim yeri İngiltere olan yargılamalarda, hakemlerin, İngiliz tahkim hukukuna göre söz konusu yargılamayı yürütmelerinden daha doğal bir durum olamaz. Tarafların yargılamayla ilgili aksi yöndeki iradeleri dahi her hâlde İngiliz hukukunun emredici normlarıyla ve kamu düzeniyle sınırlıdır. Sonuç olarak, mahkemeler için geçerli olan *lex fori* anlayışının belki aynen değil; ama *tahkimde geçerli irade serbestisi* nedeniyle neredeyse bir benzeri, tahkim yeri İngiltere olan tahkim yargılamaları için de geçerlidir⁹³. Tahkimin, millî bir hukuka tabi olmadan hayat bulması söz konusu olmadığını ve işlevi de dikkate alındığında *lex fori*'ye eş *lex arbitri*'nin de tahkim yeri millî hukuku olması, son derece doğaldır⁹⁴. İngiliz hukukunda, *delocalization*, açıkça ve kesinkes

bkz. SANDROCK O., How Much Freedom Should an International Arbitrator Enjoy- The Desire for Freedom From Law v. The Promotion of International Arbitration, Essays in Honor of Hans Smit, 3(4) Am Rev Int'l Arb 1992, s. 32; GOTTWALD P., Die sachliche Kontrolle internationaler Schiedssprüche durch staatliche Gerichte, FS für Heinrich Nagel, Münster, 1987, s. 63, 64.

⁹¹ MANN, s. 246. Tahkim, bir yargılamadır (DE VRIES, s. 42); millî bir hukukça benimsenip kabullenilmediği sürece, bir anlam ifade etmez. Ne var ki, bu şekilde bir ex post kabullenme yahut denetim işleminin varlığı da, a priori egemenlik yetkisinin devredilmiş olduğu anlamına gelmez. Ayrıca bkz. PETROCHILLOS, s. 23.

⁹² MANN, s. 246. Ayrıca bkz. COLLINS, s. 134.

⁹³ YU H., Five Years On: A Review of the English Arbitration Act 1996, 19(2) J. Int'l Arb 2002, s. 211; PATHAK R.S., When and Where Do national Courts Reflect an International Culture When Deciding Issues Relating to International Arbitration?, International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture, ICCA Congress Series No. 8, 1998, s. 179.

⁹⁴ MUSTILL J. M., Transnational Arbitration in English Law, 37 CLP, 1984, s. 142; MERKIN R., Arbitration Act 1996, London, Hong Kong, 2000, s. 20, 23; YU, s. 211; HARRIS B./PLANTEROS R./TECKS J., The Arbitration Act 1996: A Commentary, Third Edition, 2003, s. 66. Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd v. James Miller,

reddedilmiş bir eğilimdir. Her tahkimin bir yeri (*seat*) ve doğal olarak *locus arbitri*'si bulunur⁸³. Anılan yer hukukunun tahkimi konu edinmemesi, düşünülemez⁹⁵. Tarafların da, söz konusu yer hukukundan kaçmaları, kaçınmaları mümkün değildir⁹⁶.

Böyle bir bağlantının milletlerarası tahkim gerçeği ve pratiği ile örtüşmediği; bunun zorlama olduğu ve çoğu hâlde de gerçeği yansıtmadığı, ileri sürülen karşı iddialardandır. Tahkim yerinin gerçekle ve yaşananlarla bağının kopması durumunda, (*yargılamanın büyük bir bölümünün tahkim yeri dışında icra edilmesinde olduğu gibi*), taraflarca veya hakemlerce tespit edilmiş tahkim yeri, âdeta *yasal bir varsayımdan* başka bir şey olmayacaktır ki, bu hâlde, *lex arbitri*'nin tespitinde ön plana çıkan, devletin egemenliği ve ülkesinde gerçekleşen her iş ve işlem üzerindeki hükümranlığı görüşü, temelsiz kalmaktadır⁹⁷. Tüm bir tahkim yargılamasının tek bir ülkede icra edilmesi ihtimalinde dahi tahkim yerinin, forumun, böyle bir aktiviteyle *ipso facto* ilgilenmesinin; onu düzenlemesinin

[1970] A.C 583 (HL). Aynı yönde bkz. Bank Mellat v. Helliniki Techniki SA, [1984] 1 QB 291; ABB Lummus Global Ltd. v. Keppel Fels Ltd. [1999] 2 Lloyd's Rep 24. Hatta, President of India v. La Pindalta Compania Navigation S.A. davasında ([1985] 1 AC 104) tarafların tahkim yeri olarak İngiltere'yi seçmiş olmalarının aynı zamanda ve fakat zımnen, tahkime ve özellikle tahkim yargılamasına, İngiliz hukukunun da uygulanmasını istedikleri anlamına geldiği sonucuna varılmıştır. Whitworth kararı, İngiliz hukuku bağlamında, özellikle tahkim yerini yücelten ve tahkimin bir anlamda yargısallığının sonucu olan mülkîlik ilkesi yönünden, iki önemli sonuç içermektedir: Bunlardan ilkinde göre, tahkim *lex arbitri* olarak da ifade edilen bir millî hukuka her hâlükârda tabidir. Bu hukukun, uyumsuzluğun esasına uygulanacak hukukla doğal bir bağlantısı olmadığı gibi, tahkim usulüne, yargılamanın teknik yönlerine uygulanması kararlaştırılan kimi norm yahut kurullarla da zorunlu bir ilişkisi, ilintisi yoktur. İkinci durum ise, *lex arbitri*, *lex loci arbitri*'ye denktir. Tarafların, tahkim yeri hukukunun emredici sayılan kimi normlarından ayrılması mümkün değildir. Taraflar, *lex arbitri* üzerinde, ancak tahkim yerini seçmekle yani dolaylı olarak tasarruf edebilirler. Bunun dışında, taraflarca yapılabilecek yegâne husus, yine tahkim yeri hukukunun mümkün gördüğü, izin verdiği ölçüde, tahkim yargılamasını, yargılamanın teknik yönlerini, tahkim yeri hukukunun normlarından farklı olarak düzenleyebilmektir (Ayrıca bkz. PARK W. W., The Influence of National Legal Systems on International Commercial Arbitration: Recent Developments in English Arbitration Law, Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration, Sixth Sokol Colloquium, ed. Thomas E. Carbonneau, 1984, s. 82, 83).

⁹⁵ Nav. Amazonica Peruana SA v. Compania Internacional de Seguros del Peru, XIII YBCA 1988, s. 159-160.

⁹⁶ Union of India v. McDonnell Douglas Corp., [1993] 2 Lloyd's Rep. 48.

⁹⁷ DERAİNS Y., France as a place for international arbitration, The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration, Liber Amicorum Pieter Sanders, ed. Jan C. Schultz, Albert Jan van den Berg, 1982, s. 111-112. Karş. MANN, s. 248; MANN, Lex Facit Arbitrum, s. 159; PETROCHİLOS, s. 24.

gerektiğini söylemek, her zaman mümkün değildir. Sadece fiziki ve milletlerarası tahkime özgü pratik nedenlerle seçilen tahkim yerine ait hukukun, ülkesi ve insanların hiçbir şekilde ilgilendirmeyen; müdahalesinde hiçbir kamusal menfaatin bulunmadığı bir tahkim yargılamasını, kendisine mahkûm etmesinde veya onun üzerinde hükümranlık kurmasında, haklı/meşru hiçbir neden olmadığı, mülkilik ilkesine getirilen eleştirilerdendir⁹⁸.

Tahkimle ilgili meseleler yönünden *mülkiliğin* zorunlu ve tek kıstas olduğu düşünülüyor ise bunun, niteliği gereği hareketli, sabit olmayan bir eylem için her hâlde tatminkâr bir örnek olmadığı da düşünülmektedir⁹⁹. Örneğin, NCPC Art. 1493/II'e göre tahkim yeri Fransa'da bulunmasa dahi taraflarca tahkime Fransız usul hukukunun uygulanacağını kararlaştırılması hâlinde, hakem heyetinin teşekkülünde, Paris ilk derece mahkemesi (başkanı) yargı yetkisine sahiptir. Burada, Fransız mahkemelerinin ülke sınırlarını da aşan bir durumla ilgili olarak *aşkın* yargı yetkisinin tesis edildiği gözlemlenecektir (*aynı yönde bkz.* Hollanda CCP Art. 1073/II; ZPO §1025/II, III)¹⁰⁰. Kısacası, tahkimin gerek müessese gerekse yargılama olarak tek bir ülke ve tek bir ülke hukukuyla sınırlandırılması, pratik ihtiyaçlarla örtüşmemektedir¹⁰¹.

Mann'ın görüşlerinin yukarıda sözü edilen ve mülkilik ilkesine karşı geliştirilen eleştirileri görmezlikten geldiği düşünülmelidir: *İrade serbestisiyle geçerlilik kazanacak özgürlüğün bir belirsizliğe ve keyfiliğe sebebiyet vermesinin hukuki güvenlik görüşü yardımıyla önüne geçilmelidir*. Bu serbestlik ve keyfiyet or-

⁹⁸ DERAİNS, s. 113. Ayrıca bkz. POUURET/BESSON, s. 115.

⁹⁹ DANILOWICZ, s. 242.

¹⁰⁰ DELVOLVÉ L. J/ROUCHE J/POINTON H. G., French Arbitration Law and Practice, 2003, s. 85-87; ZÖLLER R., ZÖLLER, Zivilprozessordnung, 24. neubearbeitete Auflage, 2004, §1025, Rn. 3-17; BAUMBACH A/LAUTERBACH W/ALBERS J/HARTMANN P., Zivilprozessordnung, Band 1, 62., neubearbeitete Aufl., München 2004, §1025, Rn. 5; MUSIELAK H-J., Kommentar zur Zivilprozessordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz, 3., neubearbeitete Auflage, München 2002, §1025, Rn. 5-7; THOMAS H/PUTZO H/REICHOLD K/HUSSTEGE R., Zivilprozessordnung, München 2003, §1025, Rn. 2-3; van den BERG A. J/van DELDEN R./SNIJDERS H. J., Netherlands Arbitration Law, 1993, s. 173.

¹⁰¹ PETROCHILOS, s. 25; DELAUME G. R., Court Intervention in Arbitral Proceedings, Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration, Sixth Sokol Colloquium, ed. Thomas E. Carbonneau, 1984, s. 213.

tamı ile beraberinde gelen geniş takdir yetkisi, *bir yargılama faaliyeti olan tahkim ile örtüşmemektedir*¹⁰². Özel olarak hakemlerin, daha genelinde ise tahkimin dizginlenmesi; denetim altında tutulması; *oyunun kurallarının herkes için önceden belli olması ve bu yolla hukuki güvenliğin tesisi, tıpkı devlet yargısında olduğu gibi ancak mülkilik ilkesinin kabul edilmesi ve forumun hukukunun milletlerarası tahkim için de mecbur olması hâlinde mümkündür*¹⁰³. Tahkimle ilgili yapılan tartışmalar, sadece, kazananlarla ilgili olmamalıdır. Zira böyle bir yargılama neticesinde, *hem kaybedenler olmaktadır hem de verilen kararının kamuyu (tahkime taraf olmayanları) etkilemesi, ihtimal dâhilindedir. Tam bir serbesti ve neden olabileceği hukuksuzluk, tahkimin bir yargılama olarak öngörülebilirliğini ve güvenliğini zedeler ki, salt bu iki durum dahi tahkime olan ilgiyi azaltan başlıca unsurlardır*¹⁰⁴.

Eleştiriler kadar, mülkilik ilkesi lehinde ileri sürülen kaygı ve değerlendirmeler de yerindedir ve haklılık payı içermektedir. Bugün, tahkime müdahale yanında, en az onun kadar önem kazanan bir diğer anlayış da tahkime ve onun taraflarına yardım etmektir. *Müdahale ve denetim*, günümüzde de varlıklarını ve geçerliliklerini sürdürmekle birlikte, güncel bir diğer anlayış, milletlerarası tahki-

¹⁰² DANILOWICZ, s. 243; Ayrıca bkz. LEW, s. 52, 53. Ayrıca bkz. PARK, Judicial Controls, s. 231. Milletlerarası tahkimde, sıklıkla kullanılan ve benimsenen *lex mercatoria*, *voï directe*, *amiable composition* gibi kavram ve anlayışlara karşın, hakem kararlarının esasının, hukuka uygunluk yönünden denetlenmesinin gerektiği dahi salt bu gerekçelerle ileri sürülmüştür. Mann, Model Kanun ile egemen kılınmaya çalışılan, tahkim yeri mahkemelerinin tahkim yargılaması üzerindeki egemenliklerinin sınırlandırılması fikrine şiddetle karşı çıkmaktadır. Hatta asgari düzeyde tutulmaya çalışıldığı söylenen denetimin, kendisinin, asgarinin de altında olduğu fikrini ileri sürmüştür. Keyfiliğin önüne geçmek, adaletin gerçekleşmesini sağlamak, bir kamu düzeni meselesi olarak devletin korunmaya değer en üstün menfaatlerindedir (MANN, *Lex Facit Arbitrum*, s. 159-160; MANN F. A, *Private Arbitration and Public Policy*, 4 CJQ 1985, s. 264, 267). Ayrıca bkz. PARK, *Judicial Control*, s. 235; LIONNET K., *Should the Procedural Law Applicable to International Arbitration be Denationalised or Unified? The Answer of the UNCITRAL Model Law*, 8(3) *J Int'l Arb*, 1991, s. 5, 13-15; Sempozyum, s. 11, 12.

¹⁰³ PETROCHILOS, s. 25; MANN, *Private Arbitration*, s. 267. Millî hukukların tahkim üzerinde egemen olmalarını arzu eden fikrin çıkış noktası, sadece devletin ve kamunu yüksek menfaatlerinin korunması veya çok daha pragmatik bir nedene dayalı olarak ülke içi hukukunun milletlerarası meselelerle ilgili gelişimini sağlamak değil; ama aynı zamanda, keyfiliğin önüne geçmek; ülke üzerinde adaletin tecellisini mümkün kılmak ve dahası tahkime taraf olmayan üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerini korumaktır (THEOFRASTOUS, s. 461).

¹⁰⁴ PARK, *Judicial Control*, s. 231. Ayrıca bkz. LEW, s. 250.

min desteklenmesi; korunması ve yardıma ihtiyaç duyulduğu hâllerde gereken desteğin, ülke –*özelikle tahkim yeri-* mahkemelerince sağlanmasıdır¹⁰⁵. Kısacası, mülkilik ilkesi ve onunla öne çıkan tahkim yeri hukukunun önceliği fikri, yenilenen ve güncellenen bu değerler ışığında bir kez daha yorumlanmalıdır. Tahkim yeri mahkemeleri, *hem* tahkimin denetlenmesi sırasında *hem de* tahkimin ihtiyaç duyduğu yardım ve desteğin verilmesinde, etkin hukuki korumayı sağlayacak son derece pratik bir konumda bulunmaktadırlar¹⁰⁶. *Tahkim yeri*, artık milletlerarası tahkimin de ihtiyaç duyduğu gereksinmelere uygun olarak, mahkemelerin yargı yetkisinin tesisinde kullanılan; tahkime değil; mahkemelere yönelik, pratik, anlaşılması ve uygulanması kolay, etkin bir bağlanma noktası olarak karşımıza çıkmaktadır ki, bu, mülkilik ilkesinin yeni yüzüdür¹⁰⁷.

Öte yandan, milletlerarası tahkimle ilgili bir millî hukuk mevzuatının, izlenecek yargılama usulü yanında, pek çok meseleyle ilgili uygulanacak hukuku da düzenlemesi beklenir. Bu esnada, mahkemelerin tahkime yönelik müdahalelerinin içeriğini ve bu yolla ulaşılmak istenen gayeyi, çeşitli açılardan incelemek mümkündür¹⁰⁸. Ancak tahkimin milletlerarası nitelik arz etmesi,

¹⁰⁵ THEOFRASTOUS, s. 463; DANILOWICZ, s. 244. Ayrıca bkz. DERAİNS, s. 113.

¹⁰⁶ THEOFRASTOUS, s. 459-450; PETROCHİLOS, s. 26.

¹⁰⁷ PETROCHİLOS, s. 26. Tahkim usulüne uygulanacak hukuk "the law governing procedure", en geniş anlamıyla hem tahkimle mahkemeler arasındaki ilişkiyi kurmakta hem de içte, tahkim yargılamasının nasıl yürütüleceğine ilişkin teknik hükümler içermektedir. Ancak, yargılamanın nasıl yürütüleceğine ilişkin millî hukukların içerdiği serbesti (PIL Art. 182; NCPC Art. 1494), bir anlamda kendilerinin söz konusu tahkimi, kendilerinden -tahkim yeri hukukundan- koparmaları, bizlere, mülkilik ilkesinin sadece tahkimle mahkemeler arasındaki ilişkiye dönük yüzünü bırakmıştır (RONEY/MULLER, s. 50; HASCHER D., The Law Governing Procedure: Express or Implied Choice by the Parties-Contractual Practice, Planning Efficient Arbitration Proceedings, The Law Applicable In International Arbitration, ICC Congress Series, No. 7, 1996, s. 322, 335). Ayrıca bkz. POUURET/BESSON, s. 115.

¹⁰⁸ PARK/PAULSSON, s. 253-254, 263; PARK, Judicial Control, s. 233-235, 260; PARK, Lex Loci Arbitri, s. 29. Ayrıca bkz. KARRER A. P., Judicial Review of International Arbitral Awards up to a point Local and Transnational standarts, FS für Rolf A. Schütze, München, 1999, s. 337, 338; SONNAUER H., Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatliche Gerichte, Köln, 1992, s. 10 vd; HARBST R., Die Rolle der staatlichen Gerichte im Schiedsverfahren, Ein Rechtsvergleich zwischen dem englischen Arbitration Act 1996 und deutschem Schiedsverfahrensrecht, Heidelberg, 2002, s. 20.

hiç şüphesiz ki, yapılacak müdahalenin içeriğini de etkilemektedir. İç hukuka veya yerli tahkime ilişkin kimi hassasiyetlerin milletlerarası tahkim için de aynen geçerli olduğu düşünülmemelidir¹⁰⁹. Bununla birlikte, ne tahkim yeri ülkesini ve ne de vatandaşlarını ilgilendiren milletlerarası tahkim yargılamalarına, tahkim yeri mahkemelerinin de tümüyle duyarsız kalması, tahkimin en liberal anlayışı için dahi arzu edilmeyen; tam aksine tahkime zarar veren bir düşünce olarak görülmektedir¹¹⁰. Zira böyle bir duyarsızlık, *hem* tahkim davasını kaybeden tarafın (davalıyı) olası ihlalleri, tenfiz edilmesi muhtemel her yer hukukuna göre, tekrar tekrar ileri sürmesine neden olacak¹¹¹ *hem de* davacıyı, davasının reddi hâlinde (tenfiz edilebilecek bir karar da olmaması nedeniyle) *-kural olarak-* geçerli tek yer olan tahkim yeri hukuku nezdinde, ilgili hükmün iptali ile tahkim yargılamasına devam edilmesi imkânından, mahrum edecektir¹¹².

*Götaverken*¹¹³ kararının hemen ardından gerçekleşen, Fransız hukukundaki 1981 reformu, bir hakem kararının tahkim yeri huku-

¹⁰⁹ Örneğin, tahkime elverişlilik (arbitrability) meselesi, milletlerarası tahkim ile yerli tahkim arasında yaşanmakta olan farklılıkların başında gelir. Konu, hakemlerin, uyuşmazlığın esası üzerinde, yargı yetkilerinin bulunup bulunmadığıyla ilgili olup çoğu kez bir kamu düzeni meselesi gibi görüldüğünden; doğrudan millî hukuklara atfen ve bir maddi hukuk kuralı şeklinde düzenlenir (THEOFRASTOUS, s. 467-468). İç tahkim yönünden tahkime elverişli olduğu kabul edilmeyen alanların, yabancılık unsuru içeren, milletlerarası ticaretin konu olduğu uyuşmazlıkların çözümünde, pekâlâ (milletlerarası) tahkim yargılamalarına konu edilmesi mümkündür (PARK, *Lex Loci Arbitri*, s. 30; PARK/PAULSSON, s. 264-265). Ayrıca bkz. SCHLOSSER P., *Das Internationale an der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit*, 28 RIW 12/1982s. 863, 864; GOTTWALD, s. 60; KAPLAN, s. 42.

¹¹⁰ Verildiği anda taraflar için bağlayıcı olan bir hakem kararının (1958 New York Sözleşmesi m. III) hükmedilmesine ev sahipliği yapan ülke hukuku, tahkim sürerken gerçekleşmiş kimi yargılama ihlallerine ve bu nedenle de hükmün sıhhatine duyarsız kalamaz (1958 New York Sözleşmesi m. V, 1 ,a, d, e) (PARK, *Lex Loci Arbitri*, s. 30; PARK, *Legal Systems*, s. 88, 89; PARK/PAULSSON, s. 265). Ayrıca bkz. KARRER, s. 339.

¹¹¹ Böyle bir durumda, hem söz konusu hakem kararının her bir ülkede, (tahkim yerinde iptal edilmiş de olsa) tekrar tekrar geçerliliğinin sorgulanması ve bu arada tenfizi mümkün hâle gelmektedir hem de muhtemelen birbirleriyle çelişen mahkeme kararlarının verilmesine neden olunmaktadır (GOODE, s. 34-36).

¹¹² PARK, *Lex Loci Arbitri*, s. 30; PARK, s. 599; PARK/PAULSSON, s. 265-266; van den BERG, s. 30; SANDROCK, *International Arbitrator*, s. 45; GOODE, s. 34-35.

¹¹³ Cour de Appel Paris, *General National Maritime Transport Co. V. Götaverken Arendal AB*, VI YBCA 1981, s. 221 vd. Ayrıca bkz. PAULSSON, *Arbitration Unbound*, s. 385-387; PARK/PAULSSON, s. 256-257. Aynı yöndeki Aksa v. Ugilor SA kararı ve ayrıntısı

kunun müdahalelerinden yoksun da kalabileceğine ilişkin tartışmaları önemli ölçüde sona erdirmiştir. *Götaverken* kararı ile bayraklaşan, *a-national* tahkim/hakem kararı altında yatan düşünce, temelde, tahkim yeri Fransa olan *her* tahkim yargılamasının ve hakem kararının *salt bu nedenden dolayı* Fransız mahkemelerinin yargı yetkisine dâhil olmadığıydı¹¹⁴. Buna karşın, reform sonrası Fransız hukuku, milletlerarası tahkime konu (NCPC Art. 1492) hakem kararlarının, *salt* tahkim yeri Fransa olduğu için asgari düzeyde de olsa, *tahkim yargılamasının yargısal bütünlüğünün, saygınlığının, doğruluğunun sağlanması için iptal davası yoluyla denetlenmesini, aksi de kararlaştırılmayacak biçimde mümkün hâle getirmiştir* (NCPC. Art. 1504; *karş.* PIL Art. 192/I; MTK m. 15/A/V)¹¹⁵. Milletlerarası tahkim uygulaması dikkate alındığında, aslında son derece ilginç bir manzara ile karşılaşılmaktadır: Fransız mahkemeleri, 1981 *Reformu* öncesi, özellikle iptal davaları bakımından kendilerini bir hayli geri plana çekmişken; *Reform*, hakem kararları için taraflarca aksi kararlaştırılmayacak bir denetim anlayışını kabul etmiştir¹¹⁶. Yine, Belçika, önce 1985 yılında, Yargılama Usulü Kanunu'nun 1717. maddesiyle tahkimin taraflarından hiçbirinin Belçika tabiiyetinde olmaması yahut Belçika'da yerleşim yeri sahibi olmaması durumunda, iptal davaları yönünden mahkemelerinin herhangi bir yargı yetkisi olmadığını düzenlenmiş; ardından da aynı hükümle yapılan değişiklikle tıpkı İsviçre PIL Art. 192'de düzenlendiği gibi, tarafların iptal davalarına ilişkin tahkim yeri mahkemelerinin yargı yetkisinin aksini kararlaştırabilmelerini mümkün kılmıştır (*karş.* MTK m. 15/A/V)¹¹⁷.

için bkz. THOMPSON D., "Detachment" from the National Law in International Commercial Arbitration, 48 Arbitration 1982, s. 107- 109; PARK, Judicial Control, s. 263.

¹¹⁴ PARK, Commercial justice, s. 690; DANILOWICZ, s. 244-245; GOODE, s. 26.

¹¹⁵ PARK, Lex Loci Arbitri, s. 31 vd. Ayrıca bkz. DELVOLLÉ/ROUCHE/POINTON, s. 208, 209. Ancak, eski dönemdeki içtihatların etkisiyle tarafların tahkim yeri Fransa da olsa tahkim üzerinde, tam tasarruf yetkilerinin olduğu da bir gerçektir (NCPC Art. 1494; 1495). Bir başka anlatıma tahkim yeri hukukunun tahkim yargılaması üzerinde, hiçbir mecburiyeti yoktur (*Karş.* MTK m. 8/A; ZPO §1042) (DANILOWICZ, s. 246).

¹¹⁶ İlk ve olumlu örneklerinden biri için bkz. Arab Republic of Egypt v. Soutern Pacific Properties Ltd, 23 ILM 1984, s. 1048, 1055, 1061.

¹¹⁷ PARK, s. 599, 600; KARRER, s. 340, 341. Ancak bu hâlde dahi anılan tahkimlerin *a-national* yahut *delocalised* olduğunu söylemek mümkün değildir. Zira söz konusu sınırlamalar, sadece hakem kararlarının iptal davası yoluyla denetimlerine ilişkin olup nihai

Tahkim yeri hukukunun tahkim üzerindeki etkin rolü, İngiliz Hukuku yönünden özellikle 1979 reformu ile birlikte tartışılmaya başlanmıştır¹¹⁸. İngiliz mahkemelerinin (özellikle *de hukukilik*) denetiminden hiçbir şart altında, tarafların iradesiyle de kaçılmayacağı hususu, 1922 yılından bu yana üzerinde tereddüt edilmemiş bir düşünceydi. Karara da geçen “..*There must be no Alsatia in England where the King's writ does not run.*” ifadesi, tahkim yeri hukuku ve mahkemelerinin ülkesi üzerinde yaşanan hiçbir iş ve işleme duyarsız kalamayacağı, anlamını taşımaktadır. Söz konusu iş ve işlemin niteliği/içeriği ne olursa olsun her hâlde, ilgili ülke hukukunun bir parçasını ve konusunu oluşturacağına göre ülke mahkemesinin hukukunu korumaktan kaçınması da mümkün değildir¹¹⁹. 1979 Reformu ile birlikte başlayan ve milletlerarası tahkimin etkin ve cazip kılınması için ısrarla sürdürülen reform sürecinde, İngiliz hukuku bakımından, önce, milletlerarası tahkim-iç (*domestic*) tahkim ayrımı yapılmış, daha sonra, iç tahkime ilişkin yerel anlayış ve değer yargılarının milletlerarası tahkim için de geçerli olmayacağı kabul edilmişti¹²⁰.

Hakemler ile hâkimler, (tahkim yeri) mahkemeler(i) ile tahkim yargısı arasındaki bu uzlaşmaz çelişki çözümlenerek sadece birine üstünlük tanınması yerine, bunlar arasında en uygun denge-

karar öncesi tahkim yeri mahkemelerinin tahkimdeki yardım ve denetimleri hâlâ devam etmektedir (PARK, *Judicial Control*, s. 267-271).

¹¹⁸ PARK/PAULSSON, s. 265 vd.

¹¹⁹ SCHMITTHOFF M. C., *The Supervisory Jurisdiction of the English Courts, International Arbitration Liber Amicorum* for Martin Domke, ed. Pieter Sanders, The Hague, 1967, s. 295; PARK, *Commercial justice*, s. 693; DANİLOWICZ, s. 247. Hukukun yanlış uygulanması dahi aslında, bir kamu düzeni meselesiydi (*Czarnikow v. Roth, Schmit & Co.* [1922] 2 KB 478, 488, 489). İngiliz hukuku yönünden tahkim yerinin Londra olması, esasen tarafların yapmış oldukları *düşünülen* pek çok tercihe işaret etmektedir. Örneğin *Lysland* davasında, (*Halfdan Grief & Co. A/S v. Sterling Coal & Nav. Corp.* [1973] 1 QB 843), tarafların tahkim yerini Londra olarak belirlemeleri nedeniyle verilecek hakem kararının İngiliz mahkemelerince hukukilik denetimine tabi tutulmasını da *zımnen* istedikleri şeklinde yorumlanmıştır. Uyuşmazlığın esası yönünden, devlet mahkemelerini aratmayan bu denetim tarzı karşısında, hakemlerin *amiable compositeur* olarak davranması mümkün değildir (PARK, *Lex Loci Arbitri*, s. 35; PARK/PAULSSON, s. 267). Yine, İngiliz hukuku yönünden, tahkim yerinin Londra olması, uyuşmazlığın esasına da İngiliz hukukun uygulanmasının taraflar arasında *zımnen* kararlaştırılmış olduğu anlamına gelebilmekteydi (PARK, *Legal Systems*, s. 84).

¹²⁰ PARK, *Lex Loci Arbitri*, s. 40-45; PARK/PAULSSON, s. 269 vd; SCHMITTHOFF, s. 297-298.

nin sağlanması daha gerçekçidir. Varlıkları, *kural olarak*, bir diğeri-
ninin yokluğunu gerektirdiği iddia edilen bu iki durum bakımından
ön plana çıkan hususlar, hukukilik ve nihailiktir. Ne var ki, tahkim
yeri hukukunun ve mahkemelerinin *hem* yapılacak yargılamanın
asgari düzeyde de olsa kimi olmazsa olmaz şartları içermesi *hem de*
tarafaların haklı menfaatlerinin korunması yönünden, tahkimde rol
alması, kaçınılmazdır. *Adalet fikri, yargısal eksiklikler içeren hük-*
*mün, tahkim yeri ülkesince iptalini hem gerektirmekte*¹²¹ *hem de*
haklı kılmaktadır. Yapılacak denetim, üçüncü kişilerin ve kamunun
haklı menfaatleriyle tahkime taraf olanların tahkime başvurma ko-
nusundaki iradelerinin korunması temellerine, birlikte dayanmalı-
dır. Hakemlerin, birbirleriyle çatışma içinde olan taraf iradeleri ile
tahkim yeri hukuku (*lex loci arbitri*) arasında kalmaları, ne tarafla-
rın ne de tahkim yeri ülkesinin menfaatinedir; bunun tahkim kuru-
muna zarar vermekten başka bir anlamı da yoktur¹²².

2- Zımnî Forum Seçimi Anlayışı

Görüş, tahkim ile ilgili kanunlar ihtilafı sorunlarının tahkimin
yargısal niteliği inkâr edilerek çözülemeyeceği, tezine dayanmak-
tadır¹²³. Tahkimin hukuki niteliği hakkında karma (*mixed-hybrid*
theory) görüş takip edilmiştir¹²⁴. Amaç, milletlerarası tahkimi,
kendisiyle en yakın ilişkide bulunan ülke ile bağlantılı hâle getir-
mek ve *yerelleştirmek*dir. Bu esnada, tahkim anlaşması, benzer et-
kileri gösteren yetki anlaşmalarına benzetilmiştir¹²⁵.

¹²¹ PARK, s. 601.

¹²² PARK, *Lex Loci Arbitri*, s. 51-52; PARK, *Legal Systems*, s. 87; PARK/PAULSSON,
s. 285; Ayrıca bkz. PAULSSON, *Arbitration Unbound*, s. 383-384. Ayrıca bkz.
KAPLAN, s. 46.

¹²³ PETROCHILOS, s. 26.

¹²⁴ Ayrıntısı için bkz. ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 46-47.

¹²⁵ Yetki anlaşmasının yapılmasıyla taraflar, üzerinde anlaşılan yer mahkemesinin yargı-
lama kurallarını yani *lex fori*'yi, çoğu hâlde isteyerek kabul etmişlerdir. Yargı yetkisini
haiz tüm mahkemelerin yargı yetkilerini ortadan kaldıran tahkim anlaşmasının tarafları-
nın, salt o yerde tahkime gidecek olmalarının, forumun hukukunu da seçtikleri anlamına
geldiğini söylemek kolay değildir. Temeldeki farklılık, tahkimin bir *derogation clause*'na
yani tüm mahkemelerin yargı yetkisini kaldıran bir anlaşmaya dayanmasına karşın; yetki
anlaşmalarının bir *prorogation clause*'na yani ya yargı yetkisini haiz mahkemelerin sayı-
sını artıran ya da içlerinden birine münhasır yargı yetkisi kazandıran bir anlaşmaya da-
yanmasıdır (PETROCHILOS, s. 27).

Tarafların yer seçimi, aynı zamanda “*siège of arbitration*”-*tahkim yeri* seçimi anlamına gelir ki, böyle bir seçim de kendiliğinden tahkim yeri hukukunun uygulanması sonucunu doğurur. Tahkim yerinin, tahkim yeri hukukunun *zımnen* de olsa seçilmiş sayılması yönünden âdeta normatif bir işlevi vardır. *Mann*’ın görüşünden farklı olarak, tahkim yeri hukuku, tarafların arzu ve iradelerinden bağımsız olarak her hâlde uygulanacak değildir; şayet tarafların, tahkim yerini değil ve fakat tahkime uygulanacak hukuku seçmeleri hâlinde, tahkim yeri, tahkime uygulanacak hukukun ülkesi olacaktır¹²⁶. Ne var ki, tahkim yerinin hakemlerce ya da tahkim kurumunca tayin edilmesi durumlarında ise tahkim yeri hukukunun *zımnen* de olsa tarafların *ortak* iradelerine uygun düştüğünden söz etmek mümkün değildir¹²⁷.

Makar teorilerinden olan bu iki görüş arasında, pratikte, çok da büyük bir ayrışma bulunmamakla birlikte farklılık, *Mann*’m, tahkim yeri hukukunun tahkim yargılaması üzerindeki emredici ve hükümran olma özelliğini, *zımnen* de olsa yapıldığı kabul edilen bir anlaşmaya değil; objektif bir nedene dayandırmasıdır. Kaldı ki, her iki görüş, başlangıçta, gerçek bir *lex arbitri*’yi ararken, sonunda tahkim yeri mahkemelerinin yargı yetkisi üzerinde odaklanmışlardır. Her iki görüş yönünden en büyük eksikliğin, tahkimin sözleşmesel niteliğinin ve milletlerarası tahkimin pek çok devleti de ilgilendirebilecek olmasının görmezlikten gelinmesi olduğu, ileri sürülmüştür¹²⁸.

C- Hukukî Yerelleştirme

1- Usul Hukuku Kriteri

Bu görüş ile tahkim yerine üstünlük tanıyan makar teorileri arasındaki temel farklılık, usul hukuku kriteri ile birlikte, tahkime uygulanacak hukukun, bir bütün olarak taraflarca seçilen hu-

¹²⁶ Seçilmiş sayılan foruma ve onun hukukuna üstünlük tanınması, tahkim yeri hukukuna arzu edilmeyen bir yetki kazandırmaktadır. *Mann*’ın görüşüne göre ise tahkim yeri hukukunun göndermede bulunması hâlinde, diğer yabancı hukukların uygulanabilmesi de mümkündür (PETROCHILLOS, s. 28, 29). Ayrıca bkz. LEW, Place of Arbitration, s. 83.

¹²⁷ PETROCHILLOS, s. 29.

¹²⁸ PETROCHILLOS, s. 30.

kuka¹²⁹; diğer görüşe göre ise tahkim yerinden sonra ve ona göre belirlenmesidir¹³⁰.

Bu düşünceyle hukuk seçimi konusundaki irade serbestîsi, ön planda tutulmuştur. Oysa aynı anda, millî hukuktan (*özellikle tahkim yeri millî hukukundan*) izin verilmesi beklenmeyecek ölçüde farklılaşmaya ve kopmaya neden olunacağı da bir gerçektir¹³¹. Görüş, *özünde, daha çok hiçbir yabancılık unsuru içermeyen ve münhasıran tek bir hukuk sistemi ile bağlantılı millî tahkimlerin açıklanmasına uygun düşecek tarzda, tahkimin niteliği gereği bir usulî mesele olduğu esasına dayanmaktadır*¹³². Oysa milletlerarası tahkim, pek çok hukuk sistemi ile eş zamanlı olarak ilişkilidir. Bir an için yargılama hukukunun tahkim sürecinin temelini teşkil ettiği ve tahkim ile ilgili meselelerin yargılamaya uygulanacak millî hukuka göre çözüleceği kabul edilse dahi ortada hâlâ son derece zor, pratik kimi sorunlar bulunmaktadır. Örneğin, tarafların yargılamaya uygulanacak (*millî hukuku*) seçmeleri, sanıldığı kadar yaygın değildir¹³³. Böyle bir belirlemenin olmadığı durumlarda, görüş, tahkim yerinin, kural olarak, taraflarca yargılamaya uygulanacak hukukun seçiminde, zımnî bir anlaşmaya delalet ettiğini kabul etmektedir ki, bunun *hem* yukarıda incelenen görüşten bir farkı *hem de* uygulanmanın genelinde, tahkim yeri hukukuna üstünlük tanınmasından başka bir anlamı kalmamaktadır¹³⁴.

Düşünce içerisinde, tahkim yargılamasına bir başka devletin hukuku uygulanacak dahi olsa, tahkim yeri hukukunun kamu dü-

¹²⁹ HABSCHIED J. W., Nationale oder supranationale Schiedssprüche? 70 ZJP 1-2/1957, s. 25-27. Ayrıca bkz. SZASZY, Awards, s. 663; RUBINO-SAMMARTANO M., International and Foreign Arbitration, 5(3) J Int'l Arb, 1988, s. 88; RUBINO-SAMMARTANO M., International Arbitration, Law and Practice, 2nd Edition, The Hague/London/Boston, 2001, s. 33; KORAL R., Türk Hukukunda "Yabancı Hakem Kararı" Mefhumu ve Yargıtay Genel Kurulunun "Otorite Kanunu" Kriteri, (Ayrı Bası), XLII İÜHFİM, 1977/1-4, s. 5; KORAL R., Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV Hukuk Dairesi'nin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi, Prof. Dr. Hıfzı Timur'a Armağan İstanbul 1979, s. 435 vd; ÜSTÜNDAĞ, s. 7 vd.

¹³⁰ PETROCHILOS, s. 30.

¹³¹ RUBINO-SAMMARTANO, Arbitration, s. 93.

¹³² LUZZATTO, s. 51.

¹³³ RUBINO-SAMMARTANO, Arbitration, s. 93, 94.

¹³⁴ PETROCHILOS, s. 31. Ayrıca bkz. ÜSTÜNDAĞ, s. 9.

zeni kurallarına her hâlde riayet edilmesi gerektiğini, hatta böyle bir seçimin ancak tahkim yeri hukukunun izin verdiği ölçüde ve ancak onun sayesinde mümkün olduğunu ileri süren görüşler de bulunmaktadır¹³⁵. Usul hukuku ölçütünün izlerini, bugün için hâlâ 1958 New York Sözleşmesi'nin I, 1. maddesinin ikinci cümlesinde görmek mümkün ise de söz konusu esas, bir zamanlar benimsemiş millî hukukların da artık bu görüşü terk ettiklerini söylemek gerekir¹³⁶.

1998 öncesi Alman hukuku, yukarıda kısaca değindiğimiz bu görüşün izlerini taşımaktaydı. Tahkime ilişkin hükümlerin uygulama alanı, *yabancı hakem kararına* ilişkin tanımın karşıt anlamından çıkarılmaktaydı (ZPO eski §1044/I, II). Buna göre, bir hakem kararının milliyeti, tahkimde uygulanan usul hukukuna göre belirlenmekteydi. Tahkim, tümüyle bir yargılama hukuku müessesesi olup *fiilen* uygulanan usul hukuku, hükmün de tabiiyetini belirlemekteydi. Örneğin, *tarafaların da seçimine uygun olarak* Alman usul hukukuna göre verilmiş hakem kararları, birer Alman hakem kararı olarak kabul edilmekteydi (*karş. MTK m. 1/II*). *Bunun tam aksine*, Almanya'da verilen ve fakat taraflarca Alman usul hukuku kurallarına bağlı tutulmayan hakem kararı, bir Alman hakem kararı olmamakta; böyle bir tahkim yargılamasıyla ilgili olarak Alman mahkemelerinin herhangi bir yargı yetkisi bulunmamaktaydı¹³⁷.

Alman hukukunun bu özelliği nedeniyle 1958 New York Sözleşmesi'nin kabulü esnasında, Sözleşme'ye dâhil bir hakem kararının Sözleşme'ye taraf bir diğer devlette ve fakat Alman usul hukukuna göre verilmiş olması hâlinde, söz konusu hakem kararı-

¹³⁵ Tahkim yeri hukukunun hangi görüş benimsenirse benimsensin tahkim ile ilgili olduğunun ve diğer millî hukuklara ancak tahkim yeri hukukunun yardımıyla ve öngör-
düğü içerikte etkinlik tanınabileceğinin kabul edilmesinin çok daha kolay ve tatminkâr
olduğu, öğretilde ileri sürülmüştür (PETROCHILOS, s. 31).

¹³⁶ PETROCHILOS, s. 342 vd. Karş. KALPSÜZ, s. 607, 608.

¹³⁷ BGH, BGHZ 21, 365-368 (Ayrıca bkz. XV YBCA 1990, s. 450). Oysa bundan da
önceki yaklaşım, bir hakem kararının geçerliliğinin verildiği yer hukukuna tabi olmasıydı,
RGZ 30, 368. Ayrıca bkz. BERGER, s. 90; PETROCHILOS, s. 5; SCHLOSSER P., Das
Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2., völlig neu bearbeitete
Auflage, Tübingen 1989, Rn. 783; MANN, Nationalität s. 216 vd. Ayrıca bkz.
ZÖLLER/GEIMER, §1025, Rn. 1-2; MUSIELAK/VOIT, §1025, Rn. 3, §1061, Rn. 4;
ALBERS, §1061, Rn. 1; THOMAS/REICHOLD, §1061, Rn. 1. Karş. RUBINO-
SAMMARTANO, s. 34-36.

nın *iptalinin* Almanya'da istenebileceği düzenlenmiş; eş deyişle Alman mahkemelerinin, Alman usul hukukuna göre Almanya dışında verilen hakem kararlarını birer yerli hakem kararı olarak kabul etmesi yönündeki yargı yetkisi, saklı tutulmuştur¹³⁸. Gerçi, böyle bir hükme rağmen, öğretilerde, Almanya dışında verilir de Almanya'da iptali istenen tek bir hakem kararına ilişkin içtihadın bulunmadığı; zira belki de mahkemelerin, bir başka ülkede, o ülke mahkemelerince, her hâlükârda denetlenmiş hakem kararının, *egemenlik ve yargı yetkisinin aşkın biçimde kullanılması* suretiyle bir kez de kendilerince denetlenmesini tereddütle karşılamış olabilecekleri, ileri sürülmüştür¹³⁹.

Mahkemelerin tahkim üzerindeki yargı yetkisinin, tahkime uygulanması taraflarca kararlaştırılmış hukuka göre belirlendiği durumlarda, söz konusu sistemin sağlıklı bir biçimde işleyebilmesi, ancak teoriyi kabul eden ülkeler arasında mümkündür. Oysa özellikle mahkemeler arasında, tahkim ile ilgili sağlıklı bir işbirliği ortamının kurulması, ancak tahkime uygulanacak millî hukukun olabildiğince ülke sınırları içinde kalması ile mümkündür. Bu, hem sonradan değiştirilen ZPO'nun 10. Kitabı'na yönelik temel eleştiri kaynağı ve hem de değişikliğin ana nedeni olmuştur (ZPO §1025/I; özellikle bkz. 1061/III)¹⁴⁰.

Alman hukuku yanında, söz edilmesi gereken bir diğer hukuk sistemi de 1981 öncesi Fransız hukukudur. 1981 öncesi, Fransız tahkim hukukununun *uygulama alanını* ve Fransız mahkemelerinin

¹³⁸ [1961] BGBl II, 121.

¹³⁹ Anılan tereddüt için bkz. RGZ 116, 193; BGH, NJW 1988, 3090. Zaten Alman mahkemeleri, istikrar içinde, taraflarca uygulanması kararlaştırılan yargılama usulü ne olursa olsun, hükmün verildiği yer millî hukukunun kendiliğinden geçerli olan yahut uygulanmasının ihtimal dâhilinde bulunduğu hükümler içermesi durumunda, ilgili hakem kararını, bir yabancı hakem kararı saymıştır (BGH, BGHZ 96, 40, 41). Yine benzer biçimde, Alman mahkemeleri, neredeyse otomatik olarak, tahkim yerinin Almanya olduğu her durumda, tahkim usulünün Alman hukukuna tabi olacağı sonucuna ulaşmıştır (Ayrıntısı için bkz. PETROCHILLOS, s. 52). Şu hâlde, Alman hukuku bakımından usul hukuku kriteri ve doğurduğu sonuçlar, pratik önemini yitirmiş; neredeyse tümüyle teorik bir hâl almıştır (SAMUEL A., The Effect of the place of arbitration on the enforcement on the agreement to arbitrate, The Place of Arbitration, eds. M. Störme and F. De Ly, 1992, s. 42-43). Ayrıca bkz. ÜSTÜNDAĞ S., Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Baskı, İstanbul, 2000, s. 981.

¹⁴⁰ PETROCHILLOS, s. 52. Ayrıca bkz. BERGER, s. 92.

tahkim ile ilgili *yargı yetkilerini* düzenleyen herhangi bir kanuni düzenleme bulunmamakta olup mesele, tümüyle içtihatlar yoluyla çözümlenmekteydi. Buna göre tahkime Fransız hukukunun uygulanabilmesi ancak, taraflarca tahkim usulüne Fransız hukukunun uygulanacağına kararlaştırılması hâlinde mümkündü. Fransız mahkemeleri de ancak böyle bir usul takip edilerek verilmiş hakem kararlarını denetlemekteydi¹⁴¹.

Soyut, genel bir kanuni düzenlemenin olmayışı, içtihatların her durum için yeniden gözden geçirilmesini zorunlu kılmış ve temelde iki ana prensip oluşturulmuştu. Bunlardan ilkinde göre, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukuk ile *tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk* birbirinden farklıdır. Ancak ikincisi, yani tahkim yargılamasına uygulanacak hukuk, *tahkime uygulanacak hukuku* gösterir ve mahkemelerin yapacağı (*taraflarca neyin seçildiğine yönelik*) tahkikatın konusunu oluşturur. İkinci ilke ise tarafların tahkime uygulanacak hukuka ilişkin açık seçimlerine itibar edilmeli; böyle açık ve tereddütten uzak bir belirlemenin olmadığı durumlarda ise örneğin taraflarca yargılamanın çeşitli evreleriyle ilgili *-hakem heyetinin oluşumu vb.-* ve yabancı hukuk sistemlerinin ilgili hükümlerine yapılan sınırlı göndermeler, birer zımni hukuk seçimi olarak kabul edilmelidir. Bu tip ipuçlarının da olmaması hâlinde nihai ölçüt, hakem kararının verildiği veya tahkim yargılamanın icrasında işlevi olan tahkim kurumunun bulunduğu yer olmaktadır¹⁴². Öğretide, özellikle 1955 tarihli ICC Rules Art. 16 yardımıyla bu konuda, pek de fazla sorunun yaşanmadığı ileri sürülmüştür. Buna göre, tahkim yeri usul hukuku kurallarına yapılan açık gönderme sayesinde, tahkim yeri Paris olan bir tahkim yargılaması bakımından, *-gereğinde-* tarafların tahkim yargılamalarını Fransız hukukuna tabi tuttıkları sonucuna varılabilmekteydi¹⁴³.

¹⁴¹ PETROCHILOS, s. 53.

¹⁴² Tahkim yeri ya da hüküm verildiği yer gibi kavramlar, ancak, tahkime uygulanacak hukukun tespitinde dikkate alınması muhtemel ölçütlerden biriydi (PETROCHILOS, s. 53).

¹⁴³ 1975 tarihli ICC Rules Art. 11, hakemler önündeki yargılama usulünün, öncelikle ICC Rules'a tabi olduğu; burada hüküm bulunmaması hâlinde, söz konusu boşluğun bir millî hukuka göndermede bulunmaya gerek kalmaksızın taraflarca veya olmazsa hakemlerce doldurulmasının mümkün bulunduğu şeklindeydi. Oysa 1955 tarihli ICC Rules Art. 16'da, tahkim usulünün ICC Rules'a, burada hüküm bulunmaması hâlinde ise taraflarca

Buna karşın Paris *Cour de Appel*'in bir kararı, bu durumu tümüyle sarsmış ve değiştirmiştir. *Götaverken* davasında, tarafları yabancı olan ve bir milletlerarası uyuşmazlığa ilişkin, Fransa'da, ICC Rules'a göre verilen hakem kararının iptali istenmiş ve Fransız mahkemelerinin yargı yetkisinin bulunup bulunmadığı, tartışmaya açılmıştı¹⁴⁴. Söz konusu hakem kararının sadece Fransız hukukuna değil; herhangi bir hukuka tabi olup olmadığının tespitinde dahi tereddüt yaşanmıştır. Mahkeme, 1975 tarihli ICC Rules Art. 11 (*karş.* 1955 ICC Rules Art. 16) yönünden tahkim yeri hukukunun dikkate alınmasının ihtiyari olduğu; tarafların bu hâlde, Fransız hukukuna yönelik herhangi bir açık seçimlerinin de olmadığı; icra edilen yargılama bakımından gerçekten Fransız hukukunun uygulandığına ilişkin bir ize de rastlanmadığı, sonucuna ulaşmıştır. Mahkemece, uyuşmazlığın taraflarının yabancı olması ve davaya konu sözleşmenin tümüyle ülke dışında akdedilip icra edilmesi nedenleriyle de Fransız hukuk sistemi ile hiçbir ilgisi bulunmayan söz konusu hakem kararının iptali hususunda herhangi bir yargı yetkisinin bulunmadığı –yani *Fransa'nın böyle bir denetim yönünden uygun forum olmadığı*– sonucuna varılmış; talep reddedilmiştir¹⁴⁵. Gerçi gaye, milletlerarası tahkimin, her hâlükârda tahkim yeri hukukunun menfaatlerini dikkate almasının zorunlu veya en azından bunun kendiliğinden doğacak bir sonuç olmadığını, ortaya koymaktı¹⁴⁶. Ancak *bir yer-forum*, bu meseleyle ilgili olarak yargı yetkisine sahip olmalıdır. *Bunun, tarafların tahkime uygulanacak hukuka ilişkin yapacakları seçim sonucunda belirlenmesini beklemek ise kaçamak ve bir o kadar da gerçekçi olmayan bir yaklaşımdır*. Anılan içtihat, hemen akabinde yapılan kanuni düzenlemelerin de âdeta hazırlayıcısı ve nedeni olmuştur. Milletlerarası tahkim ve bu tip hakem kararları yönünden özel kurallar getirilmiş; (*tahkim yeri olarak*) Fransız mahkemelerinin milletlerarası tahkime karşı

seçilen hukuka, olmazsa tahkim yeri hukukuna tabi olacağı düzenlenmişti. Ayrıca bkz. PETROCHILOS, s. 54.

¹⁴⁴ Cour de Appel Paris, General National Maritime Transport Co. V. Götaverken Arénda AB, VI YBCA 1981, s. 221 vd; PETROCHILOS, s. 53.

¹⁴⁵ PAULSSON, Role of Swedish Courts, s. 236 vd; PAULSSON, Arbitration Unbound, s. 364 vd.; PARK/PAULSSON, s. 256 vd; THOMPSON, s. 106-108; GOODE, s. 26; ŞANLI, Milletlerarası Tahkim, s. 170-173.

¹⁴⁶ PETROCHILOS, s. 55.

duyarsızlıkları kaldırılarak sınırlı sayıda ve fakat aksi de kararlaştırılmayan nedenlerle hakem kararlarını denetlemeleri mümkün hâle getirilmiştir (NCPC Art. 1492, 1504)¹⁴⁷.

2- Hukuki Devamlılık Teorisi

Teorinin özü, tahkimin, tahkim anlaşmasından başlayan ve kaynağını ondan alan bir süreç olması; tahkim anlaşmasının tabii olduğu hukukun bu sürecin tamamı için de geçerli kılınmasıdır. Şayet, hakem kararının kaynağının tahkim anlaşması; söz konusu kararın da âdeta tahkim anlaşmasının bir parçası (yüzü) olduğu ve bu nedenlerle sözleşmesel nitelikte bulunduğu kabul edilecekse, bu görüşün son derece haklı ve yerinde olduğu sonucuna da varılabilecektir¹⁴⁸. Geliştirilen karşı görüşler de olmuştur. Örneğin, tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun tespiti hâlinde, çözüme kavuşturulacak hususlar, ancak tahkim anlaşmasının bir sözleşme olarak varlık ve geçerliliğinden ibarettir. Oysa bir anlamda, tahkim anlaşmasının *icrası* ile ilgili meseleler ve bunlara ilgili hukuki çareler, tahkime (tahkim yargılamasına) uygulanacak hukuka göre belirlenmelidir¹⁴⁹.

Hindistan Yüksek Mahkemesi, önceki kanun döneminde, istikrarlı bir biçimde, yurt dışında görülmekte olan tahkim yargılamalarına ilişkin Hindistan mahkemelerinin *aşkın yargı yetkisini*, tahkim anlaşmasına Hindistan hukukunun uygulanacak olması hâ-

¹⁴⁷ AUDIT B., A National Codification of International Commercial Arbitration: The French Decree of May 12, 1981, Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration, Sixth Sokol Colloquium, ed. Thomas E. Carbonneau, 1984, s. 135; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 652. Her ne kadar, günümüz Fransız hukuku yönünden, hakem kararlarının tabiiyetinin (milliyetinin) ne olduğunu araştırmak gerekli değilse de milletlerarası tahkim yargılamaları neticesinde verilen hakem kararları için de iptal davası açılabilir olması, önceki dönem Fransız hukukunun devamı hâlinde, gündeme gelmesi muhtemel "denial of justice" adaletin tecellisine mâni olunması-inkârı şeklindeki tehlikeye, son vermiştir (PETROCHILOS, s. 55). Ayrıca bkz. ŞANLI, Milletlerarası Tahkim, s. 180.

¹⁴⁸ PETROCHILOS, s. 33.

¹⁴⁹ Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun, aksi yönde görüş ve kanaatler olmasına karşın, asıl sözleşmeye uygulanacak hukuku takip edeceği de ileri sürülebilmektedir (Sumitomo Heavy Industries Ltd v Oil & Natural Gas Commission [1994] 2 Lloyd's Rep, 57). Ayrıca bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 107; PETROCHILOS, s. 33.

linde mümkün görmekteydi¹⁵⁰. Böylece, bir görüşe göre, tahkim yargılamasıyla ilgili, olabildiğince sınırlı alanlarda ve fakat gerçekte ilgili-bağlantılı millî hukukun ve dolayısıyla mahkemele-
rin yetkili olabilmesi prensibi zedelenmiştir¹⁵¹.

3- İkame Edilen Yargı Yetkisi Görüşü

Görüş, *şayet* tahkim anlaşması olmasaydı, hangi mahkeme yetkili olacak ise o mahkemenin millî hukukunun tahkime uygulanacak hukuk olarak kabul edilmesi, hakkındadır. Yani, mademki milletlerarası tahkim, millî mahkemelerin milletlerarası yetkisini bertaraf etmektedir; o hâlde, tahkime uygulanacak hukuk da yerine tahkimin ikame edildiği mahkemenin millî hukukudur. Tahkim anlaşması ile mahkemelerin yargı yetkisinin bertaraf edildiği fikri, yerinde olmakla birlikte; ayrıca, tahkime uygulanacak hukukun da yargısı yetkisi tahkimle ikame edilen mahkemelerin millî hukuku olduğunun ileri sürülmesi, *-hele ki, milletlerarası tahkimde-* kolaylıkla kabul edilebilir gözükmemektedir¹⁵². Yabancı unsurlu meselelerin birden fazla bağlanma noktasını içermesi mümkündür ve her bir ülkenin de milletlerarası yetkisini, bu bağlanma noktalarından birini dikkate alarak belirlemesi ve böylece somut uyuşmazlık yönünden birden fazla ülke mahkemesinin milletlerarası yetki sahibi olması, doğaldır. Bu olasılıkta dahi görüş, pratik olmaktan çıkmıştır¹⁵³.

¹⁵⁰ Oil & Natural Gas Commission v. Western Company of North America, XIII YBCA 1988, s. 473. Ayrıca bkz. LEW, Place of Arbitration, s. 87. Tahkim anlaşmasına uygulanacak hukukun Hindistan hukukuna tabi olup olmadığı meselesi, çoğu kez, asıl sözleşmeye uygulanacak hukukun tespiti yardımıyla çözülmekteydi (DESHPANDE V. S., Jurisdiction Over "Foreign" and "Domestic" Awards in the New York Convention, 1958, 7(2) Arb Int, 1991, s. 129-130). Böyle bir uygulamaya şu an yürürlükte bulunan Arbitration and Conciliation Act 1996 ile son verilmiştir (KERR M., Concord and Conflict in International Arbitration, 13(2) Arb Int, 1997, s. 121). Ayrıca bkz. RUBINO-SAMMARTANO, s. 37, 38; Hitachi Ltd v. Rupali Polyester Ltd, XXV YBCA 2000, §55-64.

¹⁵¹ Karş. DESHPANDE, s. 130-133; DESHPANDE V. S., "Foreign Award" in the 1958 New York Convention, 9(4) J Int'l Arb, 1992, , s. 53.

¹⁵² SZASZY, Awards, s. 664.

¹⁵³ PETROCHILOS, s. 34-35. Aynı yönde bkz. SZASZY, Awards, s. 665.

D- Delocalization Görüşü ve Değerlendirilmesi

1- Yeni Bir Yaklaşım: Delocalised Lex Arbitri

Milletlerarası tahkim ile millî hukuklar arasındaki bağın koparılması; tahkimin millî hukuk sistemlerinden ziyade gerçekten de milletlerarası hukuka tabi olması; *milletlerarası tahkimin*, milletlerarası ticaretin gereklerine, beklenti ve doğasına da uygun olarak *non-national*; *otonom* ve âdeta yeni bir yargı düzeni olarak kabulü, yukarıda sözü edilen geleneksel görüşlere karşı geliştirilmiş bir düşünce akımıdır. Yerel hukuk sistemleri, en fazla, kendi sosyal/siyasal/kültürel ve hukuksal değer yargılarının sonucu olan kanunları uygularken; milletlerarası tahkimin bunlarla yetinmesi, beklenmemelidir. Kaldı ki, *milletlerarası tahkimin temel taşı olan irade serbestisi, üzerinde hassasiyetle durulan hukuki güvenlik ve öngörülebilirlik için de yeterli bir ilkedir. Oysa tam aksine, bizzat tahkimin taraflarına yabancı tahkim yeri hukukunun müdahaleleri, taraflar için öngörülemez, beklenmeyen ve bilinmeyen durumlara sebebiyet vermekte; onlar yönünden hukuki güvenliği ve kesinliği bertaraf etmektedir*¹⁵⁴.

Tahkim yeri hukukunun milletlerarası tahkimi, kendisine uymaya mecbur ve mahkûm etmesi; otelini ziyaret eden turistleri, boylarına ve kilolarına uygun düşmeyen yataklarda yatmaya; küçük, konforsuz ve rahatsızlık veren odalarda konaklamaya mecbur eden otel sahibinin davranışından farklı değildir. Örneğimiz, *şayet* taraflar, söz konusu ülkenin yargı yetkisini kabul etselerdi ve bu yönde *yetki anlaşması* yapsalardı, daha katlanılabilir olacaktı. Zira her hâlükârda, turistlerin kendisi, anılan türdeki bir otelde konaklamayı tercih etmiş olacaktı. Oysa sadece otelin bulunduğu turistik *yeri* ziyarete gelenlerin, o otelde kalmaya zorlanmaları ve dahası otelin bu fiziki koşullarına mecbur bırakılmaları, nasıl mümkün değilse; salt o ülkede tahkim yargılamasını yürüten hakemlerin

¹⁵⁴ PAULSSON, Arbitration Unbound, s. 362; PAULSSON, The Extent of Independence, s. 141-142; CRAIG, s. 16; THEOFRASTOUS, s. 464-465. Karş. PARK, Lex Loci Arbitri, s. 24; PARK, Commercial justice, s. 652; GOODE, s. 32. Ayrıca bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 64-69.

veya ona taraf olanların, arzu dahi etmedikleri ülke hukukuna ve mahkemelerine mecbur olmaları da beklenmemelidir¹⁵⁵.

Denationalisation (tabiiyetsizlik); *delocalisation* (vatansız) ve beraberinde gelen *a-national* hakem kararları şeklindeki zincir kavramlar ile *sadece* yürütüldüğü yer hukukundan bağımsız; kendine yeter; hiçbir millî hukuka atfen icrası gerekmeyen bir tahkim anlayışı ifade edilmemekte, *ama aynı zamanda*, ilgili hakem kararının tahkim yeri hukukunca iptal edilmiş olması hâlinde dahi söz konusu iptalin sadece tahkim yeri ülkesiyle sınırlı kalması; bunun diğer millî hukuklar için de geçerli olmaması fikri anlatılmaktadır¹⁵⁶.

Milletlerarası tahkimde, tahkimin sadece tek bir millî hukuka, *lex arbitri*'ye mecbur edilmesiyle çeşitli güçlükler ve zorluluklar ortaya çıkacaktır: Tahkim yerinin X ülkesi olduğu bir tahkimde, yargılama, çeşitli nedenlerle engellenebilir; söz konusu hakem kararının denetlenerek ortadan kaldırılması, mümkün hâle gelebilir. Oysa tahkime müdahaleyi haklı kılan gerekçeler ve uygulanan usuller, örneğin hükmün gerçekten de icra edileceği Y ülkesi için geçerli olmayabilir¹⁵⁷. Sadece X ülkesinin değer yargıları üzerinden

¹⁵⁵ PAULSSON, *Arbitration Unbound*, s. 362-363; LALIVE P., *Enforcing Awards, International Arbitration, 60 Years of ICC Arbitration, A look at the Future*, ICC Publication No 412, 1984, s. 320. Lalive'nin bu yöndeki görüşlerini içeren ve kendisinin de tek hakem olduğu bir ICC hakem kararı ve ayrıntısı için bkz. V YBCA 1980, s. 176 vd. Tahkim yerinin tarafsızlığının yahut tahkim yerinin taraflar arasındaki sorunun çözümü yönünden taraflardan herhangi bir lehine etkin ve belirleyici olmaması yönündeki isteğin, özellikle taraflardan birinin devlet olduğu durumlarda önemi ortadadır. Gelişmiş ülkelerden gelişmekte olan ülkelere yapılan yatırımlar yahut sermaye aktarımları sırasında yaşanacak sorunların yine, anılan yatırımın yapıldığı ülkede çözülecek olması, bu yatırımı yapan ülke vatandaşları için cazip görülmemektedir. Bu nedenle tahkim yerinin üçüncü bir ülke olarak seçilmesi, hayati önemi haizdir. Uyuşmazlığın tarafı olan devlet de benzer şekilde, tahkim yeri olarak seçilen ülke hukukuna ve mahkemelerine çoğu zaman tabi olmak istemez. Taraflar arasındaki tahkimin, tahkim yeri hukukundan ve mahkemelerinden olabildiğince koparılmasının ardında yatan fiili gerçekler, hep bu merkezdedir. Oysa aynı gerçeklerin, tipik ticari tahkim olarak vasıflandırılan uyuşmazlıklar için de geçerli olup olmadığı, hayli tartışmalıdır (CRAIG, s. 12-13).

¹⁵⁶ PARK, *Lex Loci Arbitri*, s. 24-25; LALIVE, s. 326; LANDO O., *The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration*, 34 ICLQ, 1985; RENSMANN T., *Anational Arbitral Awards Legal Phenomenon or Academic Phantom?* 15(2) J. Int'l Arb. 1998, s. 37, s. 762. Karş. GOODE, s. 33.

¹⁵⁷ X ülkesi hukuku için geçerli olan nedenler, söz konusu ülke hukuku bakımından son derece doğru ve yerinde olabilir. Burada, X ülkesi hukukunun doğruluğu veya yanlışlığı tartışılmamaktadır. Söz konusu millî hukukun, milletlerarası tahkim pratiği ve gerekçeleri

hareket edilecek olursa hakem kararının, söz konusu millî değer yargılarını paylaşmayan ülkelerde de hüküm ve sonuçlarını doğurmasının önüne geçilecektir. Yani, X ülkesi hukukuna göre belirlenen *lex arbitri*'nin bütün hukuk sistemlerini etkilemesine neden olunacaktır¹⁵⁸. Mesele, iki boyutludur: Bir hakem kararının bağlayıcılığı ve gücü, *tıpkı mahkemelerce verilen kararlarda olduğu gibi*, mutlaka tahkim yeri hukukundan kaynaklanmamalıdır. Milletlerarası tahkim gerçeği ile örtüşmemesi nedeniyle hakem kararlarının iptalinin *erga omnes* bir nitelik arz etmesinin, önüne geçilmelidir¹⁵⁹.

Delocalization görüşü içerisinde iki ana kol bulunmaktadır:

a) Tahkim, tümüyle sözleşmesel bir meseledir; *diğer tüm sözleşmeler gibi geçerliliği de görecelidir*; tek bir hukuk düzeninin münhasıran hakem kararını geçerli veya geçersiz sayması, gerekli olmadığı gibi, mümkün de değildir. Hakem kararının bağlayıcılığı, kararın icrasının istendiği her forumun kendi *millî* hukukuna göre belirlenecektir.

b) Milletlerarası tahkimin geçerliliği de dâhil olmak üzere yapılacak tüm tartışmaların çözüm yeri, müessesenin de niteliğine uygun olarak *ne millî ne de milletlerarası* ve fakat her ikisinin de sınırında, milletlerüstü -*transnational*- hukuktur¹⁶⁰.

ile örtüşmemesi hâlinde, X ülkesi mahkemelerinin, kendi hukukuna dayanarak bu hukuku ve içeriğini paylaşmayan diğer ülke hukukları adına da karar verecek olması fikri, tartışmaya açılmaktır (PAULSSON, s. 59). Ayrıca bkz. RENSMANN, s. 37.

¹⁵⁸ PAULSSON, s. 56-57; PARK, *Lex Loci Arbitri*, s. 25. Tahkimin taraflarının hakemlerden, tahkim yeri hukuku ve mahkemeleri ile çatışmalarını beklemediklerini, söylemek güçtür. Zira söz konusu hakem kararının tahkim yeri ülkesinde de icra edilmesi gerekebilir. Ancak böyle bir olasılığın da, tahkimin bütün bir dünyadaki kaderinin salt tahkim yeri hukukunun ve mahkemelerinin insafına bırakmayı gerekli kılmadığı savunulmuştur (PAULSSON s. 364; LANDO, s. 763). Oysa aynı esnada, kaybeden tarafın varlığı çekişmesiz olan hukuka aykırılıkları, nerede, hangi koşullar altında ileri sürebileceği de görmezden gelinmemelidir. Tahkim yeri mahkemelerinden bu yetkinin alınması, özellikle hakemler yönünden tam bir keyfiliğe neden olabilecektir (PARK, *Commercial justice*, s. 653).

¹⁵⁹ PAULSSON, s. 53, 59; LANDO, 762; LALIVE P., *The New Swiss Law on International Arbitration Articles*, 4(1) *Arb Int*, 1988, s. 19; GAILLARD E., *A Foreign View of the New Swiss Law on International Arbitration*, 4(1) *Arb Int*, 1988, s. 30, 31.

¹⁶⁰ PETROCHILOS, s. 35; PECHOTA, s. 22-23; PARK, *Legal Systems*, s. 84; REDFERN/HUNTER /BLACKABY /PARTASIDES, s. 89, 90. Bucher, tahkimin *delocalisation*'u konusunun teoride, son derece yoğun tartışmalara sebebiyet vermiş olmasına karşın, pratikte aynı değerde önemli ve etkin olmadığı düşüncesindedir.

2- Milletlerüstü Tahkim

Tahkim anlaşmasının tarafları, *sadece* tahkim yargılamasına ve uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukuku seçebilmek yönünden irade serbestisine sahip olmamakta; ama aynı zamanda, tahkimlerini tüm millî hukuklardan ve onların bağlanma noktalarından kopararak milletlerarası hukuka da tabi kılabilmektedirler¹⁶¹. Tartışma, bir tahkimin, herhangi bir millî hukuktan *kaçırılmasının* ya da tahkimin herhangi bir millî hukuk dışındaki kimi *düzenlere* tabi kılınmasının mümkün olup olmadığı noktasında toplanmıştır. Gerçi, milletlerarası tahkimin nasıl yürütüleceği veya ilgili hukuki çarelerin nelerden ibaret olduğu konusu, millî hukukların meselesidir ve dahası, bireylerin millî hukuklardan kaçabilmesine, onlardan arı kalabilmesine imkân tanıyan herhangi bir milletlerarası hukuk kuralı da bulunmamaktadır¹⁶². Milletlerarası tahkimin tabi olacağı milletlerarası hukukun nelerden ibaret olduğu konusundaki tartışmalar, ister istemez *lex mercatoria*'nın incelenmesini gerekli kıl-

Delocalisation, sadece yargılamada uygulanacak kurallara yönelik olup tahkime uygulanacak hukuk için (*lex arbitri*) geçerli değildir. Şu hâlde, delocalised tahkim, sadece delocalised tahkim prosedürü anlamındadır ve *lex loci arbitri*'nin tahkim yargılaması üzerindeki egemenliğine son vermek amacındadır (BUCHER A., Court Intervention in Arbitration, International Arbitration in the 21st Century: Towards "Judicialization" and Uniformity, Twelfth Sokol Colloquium, eds. Richard B. Lillich, Charles N. Brower, 1994, s. 40, 41).

¹⁶¹ Prof. Fragistas, tek hakem olduğu bir yargılamada, (ICC No 1040/1959), tarafların tahkimlerini ICC gibi bir milletlerarası kurumun kurallarına tabi tutmak istemelerinin, yine aralarındaki uyuşmazlığın çözümünün, aynı ölçüde milletlerarası seviyede, tüm millî hukukların ötesinde, gerçekten de milletlerarası hukuka ait değerlerin hüküm sürdüğü bir yargılama içinde çözümlenmesini istedikleri anlamına geldiği sonucuna ulaşmıştır (Karar ve değerlendirmesi için bkz. LEW, s. 82). Mitsubishi Motor Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc, 473 U.S. 614, 636, (1985). Karş. Bank Mellat v. Helleniki Techniki S.A. [1983] 3 WLR 783, 789. Ayrıca bkz. PARK, Commercial justice, s. 654, 655; RENSMANN, s. 37. Tarihsel süreçte, tahkim, zaten, devletin hukukunun ve yargı teşkilatının dışında kalan; son derece bilinçli bir şekilde, bu unsurların geçerli olmasının istenmediği ve Law of Merchants'a tabi olarak adaletin tecelli etmesinin hedeflendiği bir alandır (WOLAVER, s. 132).

¹⁶² PETROCHILLOS, s. 36; s. 225 vd. Karş. Teorinin, tahkimin tümüyle millî hukuklardan ve mahkemelerinden koparılması anlamına geldiğini iddia etmek, güçtür. Zira aksi düşünce nin kabulü, hakem kararlarının her zaman taraflarca rızaen yerine getirildiği veya getirileceği varsayımının yerinde olduğu anlamına gelir. Hakemlerce verilen hükmün taraflarca akdedilmiş bir sözleşmeden daha değerli ve etkin olması, yine tarafların beklentisidir. Şu hâlde, gerek tahkim anlaşmasının gerekse hakem kararının; kimi zaman ise her ikisinin de bir millî hukuk tarafından, mahkemeleri aracılığıyla tanınması, gerekir. Bu da, tahkimin taraflarının ortak arzusudur (PARK/ PAULSSON, s. 253). Ayrıca bkz. SCHLOSSER, Rn. 193 vd.

maktadır ki, bunun bir *lex arbitri* olmaya yetip yetmeyeceği, tartışmanın diğer boyutudur¹⁶³.

Milletlerarası tahkimin, bir millî hukuk ile ilişkilendirilmeksizin; gerçek milletlerarası kamu düzenine ait kurallar (*truly international public policy*) dışında, hiçbir şekilde sınırlandırılmaması istenir¹⁶⁴. Artık, *delocalisation* fikri, geçmişte ileri sürülen ve hakem kararlarının esasa yönelik herhangi bir denetime tabi tutulmaması şeklindeki görüş ve temennilerin çok ötesine geçmiş; tahkim yeri hukukuyla arasındaki tüm *-hukuki-* bağların kopmasını savunur noktaya gelmiştir¹⁶⁵. Oysa öğretilerde de ileri sürüldüğü üzere, *lex mercatoria*, bunun için yanlış bir araçtır. Zira usulî konularda irade serbestisinin bulunması ile söz konusu özgürlüğün kaynağının bizzat *lex mercatoria* olması, başka başka konulardır ki, *lex mercatoria*'nın tahkimle ilgili, kimi asgari müşterekleri içerdiği hususu dahi şüphelidir. Kaldı ki, gerçek milletlerarası kamu düzeni *-truly international public policy-* bir kamu düzeni meselesi ise bu, onun *sadece* iş/ticaret dünyasının değil; *ama aynı zamanda*, milletler cemiyetinin bir bütün hâlinde, ortaklaşa paylaştıkları, hukuki ve ahlaki değer yargılarını içermesindedir¹⁶⁶.

Sözleşme özgürlüğü ve irade serbestisi, özellikle sözleşmeler hukukunda, genel kural olduğuna göre, tarafların arzu ettiklerini kararlaştırması olağandır; buna da itibar edilip saygı duyulmalıdır. Ancak, irade serbestisi bir hukuk kaynağı olarak görülecek ise onun da kabul göreceği, itibar edilip kamu gücüyle destekleneceği bir millî hukuka ihtiyacı vardır¹⁶⁷.

¹⁶³ SMIT, s. 632; SMIT H., *Substance and Procedure in International Arbitration: Development of a New Legal Order*, 65 Tulane L Rev, 1990-1991, s. 1309 vd.

¹⁶⁴ LANDO, s. 762, 763; REDFERN/HUNTER/BLACKABY /PARTASIDES, s. 90. Ayrıca bkz. ŞANLI, *Esasa Uygulanacak Hukuk*, s. 47-50.

¹⁶⁵ PARK, *Judicial Control*, s. 233, 234. Ayrıca bkz. SANDERS, s. 225-227.

¹⁶⁶ DANILOWICZ, s. 254; PETROCHILOS, s. 37.

¹⁶⁷ BERGER, s. 480- 489; DE LY F., *The Place of Arbitration in the conflict of laws of international commercial arbitration: an exercise in arbitration planning*, *The Place of Arbitration*, eds. M. Storme, F. De LY, 1992, s. 20-21. Ayrıca bkz. Amin Rasheed Shipping Corp v Kuwait Insurance Co [1983] 3 WLR 245; MANN, *Delocalised Contracts*, s. 197 vd. COLLINS, s. 137-138; SCHLOSSER, Rn. 197. Taraflar arasında geçerli bir tahkim anlaşmasının bulunup bulunmadığı sorunun millî hukuklardan bağımsız olarak değerlendirilmesi gerektiği, bizzat Fransız hukukunun kendisince kabul edilmekte-

Bundan kırk-elli yıl önce başlayan *lex mercatoria*'yı bulma ve yaratma çabaları, ilk etkisini ve ürününü, milletlerarası tahkim alanında göstermiş; “*denationalized, delocalized, a-national; supranational, transnational, floating award*” gibi terimlerin doğumuna sebebiyet vermiştir. Özünde *lex mercatoria*, milletlerarası tahkimin ve özellikle tahkim yargılamasının belli bir *millî* hukuka tabi olmaksızın da var ve geçerli olabilmesi yönünden gerekli hukuk kaynağı olarak görülmektedir¹⁶⁸.

Öğretide, özellikle 90'lı yılların sonunda, savunulmaya başlanan bir başka görüşten de bahsetmek gerekecektir. Bu görüş, *denationalization* ve özellikle milletlerarası tahkim konularında, bugüne kadar *klasik* olarak adlandırılan görüş ve düşüncelerden sadece farklı olmayıp milletlerarası tahkimin *milletlerarası* niteliği üzerine, bu başlık altında incelediğimiz görüşlerden de ayrılmaktadır. Tahkimin *milletlerarası* da olsa kaynağının belli bir millî hu-

dir (PETROCHILOS, s. 38). Aksi yöndeki görüşün savunucuları, milletlerarası anlaşmalar ve milletlerarası yeknesak kurallar ile şekillenen milletlerarası hukukun kendisinin tarafları, tahkim yargılamalarını biçimlendirebilme yönünden yetkilendirdiğine işaret etmektedir. Bu hâlde, yegâne sınır, -truly international public policy- gerçek milletlerarası kamu düzenidir. Oysa 1958 New York Sözleşmesi'nin V, 1, e maddesinin bütün bu görüşlere verilecek en tatminkâr cevap olduğu düşünülmektedir. Sözleşme, bu hâliyle belki hakem kararlarının iptaline ilişkin nedenleri düzenlememişse de, tahkim yerine, salt anılan işlevi nedeniyle son derece önemli bir görev yüklemiştir (PARK, Judicial Control, s. 238; 258). Ayrıca bkz. MELIS W., Mandatory National Procedural Law and Auxiliary Powers of Courts, Planning Efficient Arbitration Proceedings, the Law Applicable In International Arbitration, ICCA Congress Series No. 7, 1996, s. 355-356; JARVIN S., The source and limits of the arbitrator's powers, Contemporary problems in international arbitration, ed. Julian D M Lew, 1986, s. 50, 61. Karş. PAULSSON, The Extent of Independence, s. 142-143. Buna karşın, 1958 New York Sözleşmesi'nin I, 1 maddesinin ikinci cümlesinin, taraflara tahkim yeri hukuku dışında, tahkime bir başka millî hukukun ve hatta millî olmayan kuralların uygulanmasını kararlaştırabilecekleri yönünde yetki tanıdığı, sonucuna ulaşılmıştır (LALIVE, s. 327, 328). Oysa söz konusu hükmün, Sözleşme'nin uygulama alanını genişletmekten başka bir amacı olmadığı gibi, hükmün süjesi, birey de değildir. Düzenleme ile taraflara hiçbir şekilde belli bir hukuku seçme veya ondan kaçınma konusunda yetki verilmemektedir (PETROCHILOS, s. 39; 341 vd.). Ayrıca bkz. ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk, s. 52.

¹⁶⁸ LANDO, s. 763; LALIVE, s. 327, 328; SANDROCK O., To Continue Nationalizing or To De-nationalize? That is now the Question in International Arbitration?, 12 Am Rev. Int Arb 2001, s. 303. *Anational* hakem kararlarının hiçbir millî hukuka tabi olmayan hakem kararları olarak vasıflandırılması mümkündür. *Oysa böyle bir tanımlama, ancak buna imkân tanıyan millî hukukların varlığıyla mümkündür.* Zira, millî bir hukukun içerdiği kanunlar ihtilafı kuralları, taraflar her ne isterse istesin, anılan tahkimi, kendine göre yerli veya yabancı (ama millî) bir tahkim olarak vasıflandırabilecek yapıdadır (RENSMANN, s. 38-40).

kukta aranması, eş deyişle *de-nationalize* edilmesine karşı çıkılması, çoğunlukla benimsenen; yani aksi, sıklıkla reddedilen bir akımdır¹⁶⁹. Buna karşın Fransız hukuku, sözü edilen bu yeni akım da dâhil olmak üzere, aksi yöndeki görüşe ev sahipliği yapan bir *millî* hukuktur¹⁷⁰.

Milletlerarası tahkimin millî hukukların resmen gündemine girdiği, 80'li yılların başından itibaren, tartışılan soru şudur: Her milletlerarası tahkim yargılamasının zorunlu olarak, *âdeta lex fori* niteliğinde olan, tahkim yeri millî hukukuna (*lex loci arbitri*) tabi olması gerekli midir? Ki bu hukuk, sadece tahkim usulü üzerinde egemen ve hükümran olmayacak; ama *özellikle* hakem kararlarının da varlık ve geçerliliğinin sorgulanacağı hukuk olma özelliğini gösterecektir. Klasik ve egemen anlayış, sorunun cevabında tereddüt duymamaktadır. Esasen *de-nationalization* fikrinde olanlar için de bir sorun yoktur: Tahkimin hukuki niteliği, özellikle sözleşmesel yapısı, öncelikle *lex fori* veya türevlerine ihtiyaç duyulmasına engeldir. Dahası tahkimin bir de milletlerarası özellikler içermesi hâlinde, artık millî bir hukukun bu türden bir tahkime hayat vermesi, müesseseyle uyum içinde olmayacaktır. Kırılma noktası ve bizim de burada, bu yeni akımı inceleme sebebimiz, bu son görüşün artık bir *millî hukuk* söylemi hâline gelmesidir. Bir millî hukuk, *Fransız hukuku*, tahkimin milletlerarası niteliğinden hareketle klasik kanunlar ihtilafı yaklaşımını bir yana bırakarak milletlerarası tahkimi, tahkim yerinden ve millî hukuklardan bağımsız olarak kabul etmekte; herhangi bir millî hukuku (*kendisi de dâhil olmak üzere*) aramak kaygısına düşmeksizin yine kendisinin kabul ettiği kimi maddi kurallardan (*sanki tüm millî hukukların üzerinde, milletlerarası tahkim için geçerli, doğrudan uygulanmayı bekleyen kurallarmış gibi*) hareketle milletlerarası tahkime ilişkin sorunları çözmeye çalışmaktadır¹⁷¹. Bu son anlayışın izlerini, özellikle şu dört noktada görmek mümkündür:

¹⁶⁹ MANN, *Delocalized Contracts*, s. 193 vd; MANN, *Award*, s. 107 vd.

¹⁷⁰ SANDROCK, s. 304. Ayrıca bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 216, 217.

¹⁷¹ SANDROCK, s. 305. Ayrıca bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 3, 10, 31.

a) Tahkim anlaşmasının varlık, geçerlilik ve kapsamının sorgulandığı hâllerde uygulanacak hukukun tespitinde;

b) Tahkim usulüne uygulanacak hukukun tespitinde; tahkim yargılamasına uygulanacak *kuralların*, özellikle tahkim yeri hukuku ile çatışması durumunda, sorunun neye göre çözümleneceğinde¹⁷²;

c) Uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun belirlenmesinde¹⁷³;

d) Tahkim yeri mahkemelerince iptal edilen hakem kararlarının özellikle tenfiz yeri hukuku yönünden geçerliliğin tespitinde¹⁷⁴.

Bunlardan ilk ikisi ve konunun daha iyi anlaşılabilmesi yönünden sonuncusu, bizim de kısaca incelemeye çalışacağımız başlıklar olacaktır.

Tahkim anlaşmasının *bağımsızlığı* “*autonomy*” konusunda, artık neredeyse tereddüt duyulmamaktadır (MTK m. 4/IV). Oysa Fransız hukuku yönünden bağımsızlık, klasik kanunlar ihtilafı kurallarının aksine, tahkim anlaşmasının hiçbir millî hukuka dayanmaksızın da varlık ve geçerliliğinin sorgulanmasının mümkün olduğu, anlamına gelmektedir¹⁷⁵. Yani, klasik kanunlar ihtilafı anlayışı, tümüyle terk edilmektedir¹⁷⁶. Sorun, artık sadece uygulanacak kuralların nelerden ibaret olduğunun tespitidir ki, “... milletlerarası tahkim alanında, tahkim anlaşmalarının bağımsızlığı prensibi, maddi bir milletlerarası hukuk kuralı olarak, hiçbir kanunlar ihtilafı

¹⁷² PARK, *Judicial Control*, s. 232.

¹⁷³ 1960’ların sonunda geçerli olan ve hakemlerin, uyuşmazlığın esasına uygulanacak hukukun tespitinde, tahkim yeri kanunlar ihtilafı kurallarıyla da bağlı olduğu fikri, son derece ağır bir biçimde eleştirilmiştir. Bu şekildeki denklik, *lex loci arbitri*’nin *lex arbitri* olduğunu savunanların dahi ilk olarak ve kolayca terk ettiği düşünce olmuştur (SANDROCK, *International Arbitrator*, s. 34-35, 38). Ayrıca bkz. DANİLOWICZ, s. 259-261; LEW, s. 254, 255; DE LY, s. 17-19; PARK, s. 602, 603; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 634; PETROCHİLOS, s. 23; *Sempozyum*, s. 154. Karş. MANN, s. 245-247.

¹⁷⁴ SANDROCK, s. 305 vd.

¹⁷⁵ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 197; POUURET/BESSON, s. 163, 164.

¹⁷⁶ SANDROCK, s. 307; FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 228-236; ANCEL J. P., *French Judicial Attitudes Toward International Arbitration*, 9(2) *Arb Int*, 1993, s. 123, 124. Ayrıca bkz. LEW/MİSTELİS /KRÖLL, s. 107-108; POUURET/BESSON, s. 164.

kuralını gözetmeye gerek olmaksızın, genel kabul görmüş bir ilkedir; bu nedenle sözü edilen anlaşmanın geçerliliği, *sadece milletlerarası kamu düzeninin gerekleri ölçüsünde*, sorgulanmalıdır...¹⁷⁷” ve “...milletlerarası tahkimin maddi bir kuralı olarak tahkim anlaşması, içinde bulunduğu veya kendisine göndermede bulunan ana sözleşmeden bağımsız olup tahkim anlaşmasının varlık ve etkinliği, hiçbir millî hukuka göndermede bulunmaya gerek kalmaksızın tarafların karşılıklı ve birbirlerine uygun, ortak iradeleri temelinde, *Fransız hukukun emredici normlarına ve milletlerarası kamu düzenine* uygun olarak tespit edilir..¹⁷⁸” içtihatlarıyla gereken kurallar da belirlenmiştir. Ne var ki, söz konusu içtihatlar, büyük eleştirilere neden olmuştur. Özellikle *milletlerarası kamu düzeni* şeklindeki bir oluşumun, cevabı aranan soru için yeterli olmadığı vurgulanmıştır. İlk içtihat, *Cour d'appel Paris*, geçerlilik sınırlarını bir hayli geniş çizmiş, bu sınır, daha sonra *Cour de cassation* tarafından, milletlerarası kamu düzeni yanında, Fransız hukukunun emredici normları da ilave edilmek suretiyle daraltılmaya çalışılmıştır¹⁷⁹.

Aslında yapılmak istenen, tahkimin, hiçbir millî hukuka tabi olmayan bir sözleşme olduğunu belirtmek değil; tam aksine, *Fransız mahkemeleri önünde* (NCPC Art. 1502, 1504) *münhasıran* Fransız hukuku bağlamında, milletlerarası tahkim için geliştirilmiş ve milletlerarası kamu düzeninin de parçası olan kurallara göre geçerli olup olmadığını araştırmaktır: Bir tahkim anlaşması, ancak Fransız milletlerarası kamu düzenini rencide ettiği takdirde geçersizdir. *Bir başka anlatımla* tahkim yeri olan X ülkesi hukukuna göre çeşitli nedenlerle geçersiz olduğu sonucuna varılan bir tahkim anlaşması, her hâlde, Fransız milletlerarası kamu düzeniyle çeliş-

¹⁷⁷ Cour d'Appel, Paris, Gatoil International Inc v. National Iranian Oil Company, 7 Int'l Arb Rep B1, 1992. Ayrıca bkz. SANDROCK, s. 308.

¹⁷⁸ Cour de cassation, Comité populaire de la municipalité de Khomas El Mergeb v Dalico Contractors (FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 216, 230). Ayrıca bkz. SANDROCK, s. 308, 309.

¹⁷⁹ SANDROCK, s. 309. Tahkim anlaşması, hiçbir hukuka tabi olmayan türde bir anlaşma değildir; sadece tabi olduğu hukukun tespitinde, millî hukukların içerdiği kanunlar ihtilafı kuralları uygulanmaz (FOUCHARD/ GAILLARD/GOLDMAN, s. 233). Ayrıca bkz. DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 54-57.

cek değildir¹⁸⁰. Buna karşın, Fransız hukuku bağlamında geçerli olduğuna sonucuna varılan tahkim anlaşmasının bir başka ülkede, uyumsuzluğun esasıyla ilgili davada, tahkim itirazı üzerine geçerli kabul edilmemesi (1958 New York Sözleşmesi m. II) de pekâlâ mümkündür¹⁸¹.

Tahkim usulüne ilişkin meselelere gelince: Tarafların tahkim usulüne uygulanacak kuralları belirlemede serbest oldukları bilinmektedir; aynı hakemler için de geçerlidir (NCPC Art. 1494/I, II). Ne var ki, bu özgürlük anlayışı, her bir millî hukuk için farklı olabilmektedir. Örneğin ZPO §1042/IV'e göre hakemler, ancak, taraflar arasında aksi yönde bir anlaşma ve *konuya ilişkin ayrıca bir kanuni düzenleme bulunmaması hâlinde*, tahkim usulünü belirleyebilmektedirler¹⁸². Kanunumuz yönünden ise taraflarca bir belirleme yapılmadığı sürece, tahkim usulü, Milletlerarası Tahkim Kanunu'nun hükümlerine tabidir (MTK m. 8/A). Şu hâlde, Türk hukukunda hakemlere, Alman hukukundaki kadar dahi bir özgürlüğün verildiğini söylemek mümkün değildir. Buna karşın NCPC Art. 1494 bakımından, taraflarca bir belirleme yapılmadığı sürece hakemler, tahkim yargılamasını, *ihtiyaç duydukları ölçüde*, bir millî hukuka veya herhangi bir tahkim kuralına göndermede bulunmak suretiyle yürütebilmektedirler (*ayrıca bkz.* PIL Art. 182/II)¹⁸³. Hakemlerin yargılamayı yürütmek bakımından, kural olarak, belli bir millî hukuku, *tahkim yeri Fransa ise Fransız hukukunu* takip etmesi, gerekli değildir¹⁸⁴. Geçerli olan ve üzerinde bileşilen yegâne

¹⁸⁰ SANDROCK, s. 312, 313. Hakemler, hiçbir millî hukuka (en azından tahkim yeri hukukuna) tabi olmadıklarından veya hiçbir kamu düzeninin bekçiliğini yapmadıklarından, tahkim anlaşmasının varlık ve geçerliliğini sorgularken, hukukun genel prensiplerinden yahut in favorem validatis ilkesinden (PIL Art. 178/II) başka, takip etmeleri gereken, başta tahkim yeri hukuku olmak üzere, hiçbir millî hukuk bulunmamaktadır. Bu, milletlerarası tahkimin milletlerarası hâle gelmesinin bir sonucudur. (FOUCHARD/ GAILLARD/ GOLDMAN, s. 233, 234).

¹⁸¹ POUURET/BESSON, s. 165.

¹⁸² ZÖLLER/GEIMER, §1042, Rn. 28-30; THOMAS/REICHHOLD, §1042, Rn. 7.

¹⁸³ SCHNEIDER E. M., Art. 182, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute, ed. Stephen V. Bert, 2000, s. 407, 408.

¹⁸⁴ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 647; DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 105, 106. Hakemler, tahkim yeri hukukunun emredici normları ile bağlı mıdır? Başka bir anlatımla taraflar, tahkimlerini tahkim yeri hukukundan tümüyle (emredici normları da dâhil olmak üzere) koparmak, ayırmak hak ve yetkisine sahip midirler? Sorun, aslında,

sınır, NCPC Art. 1502/IV, V yani, *hukuki dinlenilme hakkı ve Fransız milletlerarası kamu düzenine ait olan ilkelerdir* (karş. ZPO §1059/II, 1, d; MTK m. 15/A/II, 1, f)¹⁸⁵. Fransız hukukunun özelikle iptal ve tenfiz rejimlerini bir tutması nedeniyle (NCPC Art. 1504) aynı anlayışın, tahkim yeri Fransa dışında olan hakem kararlarının Fransa'da tenfizi yönünden de geçerli olduğunu, belirtmek gerekir. Buradan da üçüncü ve son özelliğe geçmek mümkündür.

Tahkim yeri hukukunca iptal edilen hakem kararlarının, örneğin Fransa'da tenfizinin mümkün olup olmadığı meselesi, bir hayli tartışmalıdır. Tartışmaların özünde, iki popüler karar bulunmaktadır: *Hilmarton*¹⁸⁶ ve *Chromalloy*¹⁸⁷ davaları¹⁸⁸. Sorun, *tahkim yeri mahkemelerince iptal edilmekle birlikte geriye hâlâ tenfizi mümkün, hukuken geçerli bir hakem kararının kalıp kalmadığı ile ilgilidir* (karş. ZPO §1061/III)¹⁸⁹. Örneğin, tahkimin milletlerarası niteliğini ön plana çıkan görüş yönünden, iptal kararı, *sadece* tahkim yeri ülkesi için geçerli olup bu, milletlerarası hakem kararının tenfiz yeri hukukları için de geçersiz, manasız, işlevsiz kalacağı

tahkim yeri mahkemelerince iptal edilen hakem kararlarının bir geçerliliğinin kalıp kalmadığıyla ilgilidir. Bugün için ICC Rules Art. 15/I; NCPC Art. 1494 ve PIL Art. 182 arasında, temelde yahut en azından içeriksel bir fark bulunmamaktadır. Ancak, şu gerçeğin de göz ardı edilmemesi gerekir: PIL Art. 182 ve NCPC Art. 1494 yönünden, tahkim yeri hukukunun ülkesinde yürütülmekte olan tahkim yargılamaları üzerinde, takip edilecek usul konusunda, hiçbir etki ve müdahalesinin olmaması, söz konusu millî hukukların yine kendisinin karar vermesi sonucudur. Millî hukuk (lex loci arbitri) taraflara anılan serbestiyi sağladığı için örneğin ICC Rules Art. 15/I, uygulama alanı kazanmaktadır. Gerçi, PIL Art. 182 yönünden, yasalaşma evresinde, yoğun ve çoğu kez de aksi yönde bir düzenlemenin egemen olması gerektiğine ilişkin tartışmalar yaşandığı bilinmektedir (LIONNET, s. 9-11). Ayrıca bkz. AUDIT, s. 127; RONEY/MULLER, s. 52; SCHNEIDER, s. 407, 408.

¹⁸⁵ FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 645, 646; SANDROCK, s. 316, 317. Ayrıca bkz. SANDROCK, International Arbitrator, s. 43-45; CRAIG, s. 20; von MEHREN A. T., International Commercial Arbitration and Conflict of Laws, Essays in Honor of Hans Smit, 3(4) Am. Rev. Int'l Arb 1992, s. 64.

¹⁸⁶ ICC Award No. 5622, XIX YBCA 1994, s. 105.

¹⁸⁷ Karar için bkz. 11 Mealey's IAR. 1996, s. C-1, C-4.

¹⁸⁸ Department of Civil Aviation of the Government of Dubai v. International Bechtel Co. kararı için bkz. LEW, Arbitration, s. 198; ayrıca bkz. 300 F. Supp 2d 112 (2004).

¹⁸⁹ KARRER, s. 339, 340. Ayrıca bkz. POUURET/BESSON, s. 115; KARRER P., Must an Arbitral Tribunal Really Ensure that its Award is Enforceable? Global Reflections on International Law, Commercial and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour Robert Briner, 2005, 429-437; ZÖLLER/GEIMER, §1061, Rn. 59; ALBERS, §1061, Rn. 5; THOMAS/REICHOLD, §1061, Rn. 14

anlamına gelmemektedir¹⁹⁰. *Hilmarton* davasında, İsviçre Federal Mahkemesi'nce iptal edilen hakem kararının Fransa'da tenfizi istendiğinde, *Cour de cassation*, "...son olarak, İsviçre'de verilen hakem kararı, bir milletlerarası hakem kararı olup o ülkenin hukukunun ve yargı sisteminin bir parçası değildir. Bu hâlde, hakem kararı, iptal edilse dahi hukuki varlığını sürdürmektedir ki, bu durum, Fransız milletlerarası kamu düzeniyle de çatışmamaktadır..." sonucuna varmıştır¹⁹¹. *Mahkeme kararlarının aksine*, hakem kararlarının belli bir hukuk düzeniyle ilişkilendirilmesi, ancak bu ilişkilendirmeyi yapan hukuk için geçerli ve bağlayıcıdır; Fransız hukuku için tüm hakem kararları, eşit düzeyde geçerli olup varlık ve geçerlilikleri, sadece, *Fransız hukukuna* ve onun da kabul ettiği anlayışa göre, milletlerarası değerlere uygun olarak belirlenecektir¹⁹².

Cour d'appel Paris, *Hilmarton* içtihadını izlemiş, 1997 yılında, bu sefer *Chromalloy* davasında, "...Mısır'da verilen hakem kararı, bir milletlerarası hakem kararı olduğundan, tanım gereği, sözü edilen devletin yargı düzeninin bir parçası değildir; öyleyse hükmün iptali, aynı hükmün varlığı üzerinde etkin ve belirleyici olmayıp Fransa'da tenfizi de milletlerarası kamu düzeniyle çelişmemektedir.." sonucuna ulaşmıştır¹⁹³. İçtihatlarda, sözü edilen hakem kararlarının tahkim yeri millî hukuklarından koparılması; onlarla hiçbir bağlantılarının olmadığı tespit edilmesi, bir hayli ilgi çekici ve o kadar da tartışmalıdır¹⁹⁴. Hiç şüphesiz ki, bu anlayış,

¹⁹⁰ GOODE, s. 27; KARRER, s. 342. Ayrıca bkz. FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 913-916. Karş. SANDROCK, s. 324 vd.

¹⁹¹ Sorulması gereken, Fransız mahkemelerinin, hangi yetkiyle neyin İsviçre hukukunun yahut yargı düzeninin bir parçası olup olmadığına karar verebildiğidir (GOODE, s. 27).

¹⁹² Eleştirisi için bkz. SANDROCK, s. 326. Ayrıca bkz. CRAIG, s. 32; GAILLARD-E., *Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience, Improving The Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 505 vd. Ayrıca bkz. AKINCI, s. 148-160.

¹⁹³ *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, XXII YBCA 1997, s. 1001. Ayrıca bkz. RIVKIN W. D., *The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The American Experience, Improving The Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention*, ICCA Congress Series No. 9, 1999, s. 528 vd; LEW, *Arbitration*, s. 198, 199.

¹⁹⁴ GOODE, s. 28; KARRER, s. 344.

tıpkı, iptal kararının ardından ilgili hakem kararının tahkim yeri ülkesi ve hukuku için artık bir anlam ifade etmemesi gibi, sadece Fransız hukuku için geçerlidir ve bağlayıcıdır. Aslında, yaratılan, multi-localization anlayışından başka bir şey değildir: Tahkim yerinin, hükmün tahkim yerinde de icra edilecek olması ihtimali dışında, pratik ve hukuki, hiçbir anlamı ve değeri yoktur. Ancak bu noktada, hükmün geçersizliğini, bir tek tahkim yeri hukukunda ileri sürmekle tenfiz aşamasında da önemli kazanımlar elde edecek olan tarafın, artık bundan sonra, her bir tenfiz yerinde, ayrı ayrı hükmün geçersizliğini savunmak durumunda kalacak olması da gözden uzak tutulmamalıdır (karş. New York Sözleşmesi m. V, 1, e; özellikle bkz. ZPO §1061/III; 1961 Cenevre Sözleşmesi m. IX; ZPO §1061/III)¹⁹⁵.

Fransız hukuku özelinde yaşanan ve tahkimi *transnational* bir hukuk âleminin parçası olarak gören anlayışa karşı geliştirilen argümanların temelinde, tahkimin sözleşmesel temeli kadar önemli ve kimi zaman ondan da değerli olan yargısal niteliği bulunmaktadır. Örneğin *Sandrock*, mahkemeler lehine olan yetki anlaşmalarının da böyle bir hukuk âleminin parçası olduğunun, neden bugüne kadar iddia edilmediğini sorgulamaktadır. *Milletlerarası tahkimin de devletlerin egemenliklerinden tümüyle kopuk ve onlardan bağımsız olduğunu söylemek mümkün müdür? Kesin hüküm etkisine sahip ve mahkeme kararları gibi icra edilen kararları veren hakemlerin, dolaylı da olsa devletin egemenlik yetkisini kullandığı veya hiç olmazsa ondan yararlandığı söylenemez mi¹⁹⁶?* Verildiği yer hukukunca geçersiz kalan mahkeme kararları, neden bir başka ülkede tenfiz edilemiyorsa, aynı hukuki gerekçeyle iptal edilen hakem kararları da tenfiz edilememelidir (karş. ¹International Rules of the International Court of Arbitration of The I^{CC Art. 6})¹⁹⁷.

¹⁹⁵ SANDROCK, s. 328, 329; PARK, Judicial Control, s. 234.

¹⁹⁶ SANDROCK, s. 333.

¹⁹⁷ SANDROCK, s. 333, 333. Bununla birlikte, iptal edilen hakem kararlarının Fransa'da tenfiz edilebilmesi konusunda, pozitif hukuktan kaynaklanan gerekçeler de bulunmaktadır. Konunun sadece milletlerarası tahkimin de-nationalize edilmesiyle veya çeşitli gerekçelerle tahkim yeri hukukundan koparılması meseleleriyle bir ilgisi yoktur (New York Sözleşmesi m. VII; 1961 Cenevre Sözleşmesi m. IX, 1) (GAILLARD, Awards, s. 517 vd.;

Sandrock veya *Fouchard, Gaillard, Goldman* arasında yaşanan bu farklılaşmanın, klasik olarak, *Park ve Paulsson* arasında yaşananlardan yahut *Mann'ın delocalized* tahkime karşı, tahkim yeri hukukuna üstünlük tanıyan görüşlerinden ilk bakışta, çok da farklı olmadığı düşünülebilir. Oysa *kanımızca* fark, geçmiş dönemde, *delocalized* tahkimle ilgili görüş ve düşüncelerin artık bir millî hukukun parçası ve onun da söylemi hâline gelmesidir. Tahkimin (gerçek manada) *milletlerarası niteliği, ironik olarak* bir millî hukuk aracılığıyla sağlanmaktadır. Bunun bir benzerini, 1965 Washington Sözleşmesi ile zaten yaşıyoruz. *Delocalized* tahkimin biricik örneği sayılan ICSID tahkimi, ancak söz konusu milletlerarası anlaşmaya taraf ülkeler için geçerlidir. ICSID tahkimi, Anayasa madde 90/I'nın bir gereği olarak, ülke hukukumuz için de bir *delocalized* tahkimdir. Ancak bunun temelinde, tıpkı *Mann'ın* da belirttiği gibi¹⁹⁸ yine bir millî hukukun olduğu, gözden uzak tutulmamalıdır. Tahkimi, âdeta *transnational* bir hukuk âlemine ait kılan, hukuki kaderini onda gören mahkeme içtihatları, bir millî hukukun, Fransız hukukunun parçalarıdır ve yine bir millî hukukun kendi gerçeklerini yansıtmaktadır.

3- Sözleşmecî Görüş Açısından *Delocalization*

Bir hakem kararının geçerliliği, ancak tenfizinin istenmesi hâlinde gündeme gelir. Bu da, söz konusu hakem kararının denetlenebileceği birden fazla yer olması anlamına gelir. Tahkimi, tahkim yargılamasını ve nihayetinde hakem kararını *sadece* bir yer hukuku (*tahkim yeri hukuku*) yönünden incelemek, denetlemek mümkün olmamalıdır¹⁹⁹. Görüş, *hem* dolaylı da olsa tahkime

RIVKIN, s. 534 vd). Ayrıca bkz. KARRER, s. 344, FOUCHARD/GAILLARD/GOLDMAN, s. 644-645.

¹⁹⁸ MANN, *Lex Facit Arbitrum*, s. 159.

¹⁹⁹ PETROCHIOS, s. 29; BUCHER, s. 41. Belçika Yargılama Usulî Kanunu'nun eski 1717/IV. maddesi, taraflardan hiçbirinin Belçika tabiiyetinde olmaması ya da Belçika'da yerleşim yerine sahip olmaması durumunda, hakem kararlarına karşı iptal davası açılmayacağını kabul etmişti. Bunun *delocalized* tahkim anlamına geldiği ifade edilmişse de (PAULSSON J., *Arbitration Unbound in Belgium*, 2(1) *Arb Int* 1986, s. 71) aslında yapılan sadece iptal davası açma hakkının tarafların ellerinden alınmasıdır. Yoksa, Belçika mahkemelerinin nihai karar öncesi dönemde, tahkimle ilgili kimi konularda yargı yetkisi devam etmektedir. Yapılan bu tercih sonradan değiştirilmiş ve şu andaki PIL Art. 192'ye benzetilmiştir (PARK, *Commercial justice*, s. 695). Ayrıca bkz. GOTTWALD, s. 55; AKINCI, s. 77-80.

uygulanacak hukukun, bir anlamda, tenfiz yeri mahkemesinin hukuku ve sayısal olarak onun kadar da çok olduğuna işaret etmektedir *hem de* tenfiz yeri mahkemesinin, tahkim yeri mahkemesinin *lex loci arbitri*'ye göre hükmü iptal etmiş olmasına karşın yine de söz konusu hakem kararını, tenfiz edilebilmesini mümkün görmektedir (New York Sözleşmesi m. V,1,e; 1961 Cenevre Sözleşmesi m. IX)²⁰⁰.

Bu görüş altında, tahkim yargılamaları, ülke üzerinde icra edilmekle birlikte, her hâlde ilgi ülke mahkemelerinin yargı yetkisine dâhil değildir. Milletlerarası (*kullanıldığı biçimiyle transnational*) tahkim, sözleşmeseldir; gücünü ve kaynağını tümüyle tarafların iradesinden alır. *Ancak hükmün verilmesi ile birlikte ve söz konusu kararın icra edileceği yer hukuku ve mahkemeleri, anılan tahkimi denetleyebilir; üzerinde söz sahibi olabilir.* Bunun, münhasıran ve öncelikle tahkim yerinde gerçekleşmesi şart değildir. Taraflar, tahkime uygulanacak hukuku (*lex arbitri*) seçmekte serbest oldukları gibi bunun belli bir millî hukuk; hatta münhasıran tahkim yeri hukuku olması da gerekli, değildir. Kısacası, tahkimin tahkim yeri hukuku ve mahkemelerinden koparılabilmesi; ayrılabilmesi mümkündür ve zaten onlarla gerçekte hiçbir bağlantısı da bulunmayabilmektedir²⁰¹.

Mesele, çoğu kez, tarafların tahkime uygulanacak *kural* veya *hukuku* seçebilmelerinde değildir. Asıl sorun, tahkim yeri hukukunun tahkim yargılaması üzerinde, söz konusu yargılamanın geçerli-

²⁰⁰ PETROCHILOS, s. 39; PARK, *Commercial justice*, s. 683; PARK, *Legal Systems*, s. 85, 86). Ayrıca bkz. AKINCI, s. 112.

²⁰¹ PARK, *Lex Loci Arbitri*, s. 25-27; PAULSSON, *Role of Swedish Courts*, s. 211 vd.; PARK, *Commercial justice*, s. 655-656; DANILOWICZ, s. 249; GOODE, s. 21, 33. Tahkim yargılamasına uygulanacak kurallar (*procedural rules*) ile yargılamaya uygulanacak hukuk veya yargılamanın tabi olduğu hukuk (*the law applicable to the proceedings*) ayrımı dikkat çekicidir. Yargılamanın tabi olduğu hukuk, söz konusu yargılamaya ve sonunda verilecek hükme bağlayıcılık kazandıran (*force obligatoire-binding effect*) hukuktur (PAULSSON, *Arbitration Unbound*, s. 366-367). Buna karşın, Götaverken kararına esas olan uyuşmazlığın tanker teslimi değil de; kokain teslimine ilişkin olması durumunda da, aynı *laissez-faire* yaklaşımın devam edip etmeyeceği tartışmaya açıktır. Gerçi, Libya tarafı da, verilen hakem kararının iptalini, Libya'nın boykot kanunlarına aykırı olması nedeniyle ve Fransız kamu düzeniyle çatışacağı gerekçesine dayandırmıştı (PARK, *Lex Loci Arbitri*, s. 25; THOMPSON, s. 106-108). Ayrıca bkz. AKINCI, s. 72 vd; ŞANLI, s. 226, 227.

liğinin denetlenmesi konusunda, münhasır bir egemenliğinin bulunup bulunmadığının; hükmün bağlayıcılığının ve geçerliliğinin, tahkim yeri hukukuna tabi olup olmadığının tespitindedir. Örneğin, bu görüş altında, Fransa'nın salt tahkim yeri olarak seçilmiş olması, *mahkemelerin milletlerarası yetkisine ilişkin yapılan anlaşmaların aksine*, açık veya zımni, hiçbir şekilde, yargılamanın Fransız hukukuna tabi olacağı anlamına gelmemektedir (NCPC Art. 1494). *Hakem kararı, verilmekle hiçbir millî hukuka göre tarif edilmeye, tanımlanmaya ve kabul edilmeye gerek kalmaksızın geçerlidir ve bağlayıcıdır*; kaynağı ise tarafların akdetmiş oldukları sözleşmedir. Öte yandan bu durum, tahkimin hiçbir zaman mahkemelerce konu edilmeyeceği anlamına da gelmemektedir²⁰². Yapılan tercih ile milletlerarası tahkimde önem, tahkim yeri hukuku ve mahkemelerinden, tenfiz yeri hukuku ve mahkemelerine kaydırılmış; her bir tenfiz yeri hukukunun ve mahkemesinin, söz konusu hakem kararı ile bir diğerinden bağımsız olarak ilgilenmesi mümkün hâle getirilmiştir. Eş deyişle, *lex arbitri*'nin, *tıpkı mahkemeler teşkilatındaki gibi, lex loci arbitri* olması gerektiği şeklindeki eşitlik bozulmuş; kurulan bu yeni denklemde, sınırsız bir *lex arbitri* anlayışı ile tenfiz edilecek her yer hukukunun, *lex arbitri*'yi kendine göre ve yine kendisiyle sınırlı olarak belirlemesi sağlanmıştır²⁰³. Bütün bunlar, *a-national* tahkimin en yalın anlatımıdır²⁰⁴.

Bu noktada şu tespitin yapılması kaçınılmazdır: Milletlerarası tahkimin özellikle tahkim yeri hukukundan bağımsızlaştırılması; onunla mecburi bir bağ içinde bulunmaya zorlanmaması gerektiğini savunanlar, bir anlamda *Götaverken* kararının savunucuları dahi

²⁰² PAULSSON, Arbitration Unbound, s. 368-369; PAULSSON, s. 56. DANILOWICZ, s. 251; CRAIG, s. 22-24; LEW, s. 252-254. Karş. PARK, Lex Loci Arbitri, s. 27; PARK/PAULSSON, s. 258; GOODE, s. 21 vd.

²⁰³ PAULSSON, s. 55; PAULSSON, Arbitration Unbound, s. 370-371; BUCHER, s. 41; REDFERN /HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 90. Aslında, bu görüş, hem tam delocalisation'un hem de tahkimin hukuki niteliğiyle ilgili sözleşmecî ve bağımsız teorisinin inkârı niteliğindedir. Zira hakemlerin yargı yetkilerinin kaynağı, artık sadece tarafların tahkim anlaşması değil; ama aynı zamanda millî hukukların kendileridir. Söz konusu millî hukuklar, tahkim yeri hukuku olabileceği gibi, tenfiz yeri hukuku da olabilir. Bütün mesele, tahkim yeri hukukunun ve mahkemelerinin söz konusu tahkim yargılamanının ve hakem kararının kaderine, ne ölçüde hükmedeceğine karar vermektir (PARK, Commercial justice, s. 657).

²⁰⁴ PARK, Judicial Control, s. 243. Ayrıca bkz. LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 67.

aslında, tahkim yeri mahkemelerinin ülkeleri üzerinde icra edilen bir tahkim yargılamasına veya hakem kararına, kayıtsız/şartsız teslim olmasını (*hands-off attitude*) beklememekte; bunu da talep etmemektedirler. Hatta *delocalisation* fikrinin ardında yatan nedenin, *tahkimin millî hukuk sistemlerinden veya en azından tahkim yeri hukukundan kaçırılması veya gizlenmesi de olmadığı ileri sürülmüştür*²⁰⁵. Mahkemelere duyulan ihtiyaç, milletlerarası tahkimde, belki her geçen gün daha da artmaktadır²⁰⁶. Ne var ki bu özellik, millî hukukların milletlerarası tahkimi, sanki kendi mahkemelerini ve hukukunu örgütlüyormuşçasına düzenlemesini, denetlemesini gerektirmez. *Delocalisation* fikrinin doğmasına sebep olan olgular dikkate alındığında, meselenin, *tahkim yeri mahkemelerince yapılacak denetimin kendisi değil; böyle bir denetimin ölçüsü ve sınırları olduğu görülecektir*²⁰⁷. Tümüyle tahkim yeri hukukuna özgü bir nedene riayet edilmediği için iptal edilen hakem kararının (*karş. MTK m. 7/A/I; 10/B/I, II*) aynı nedeni paylaşmayan diğer hukuk sistemleri için de geçersiz kalması beklenmemelidir. Çünkü tahkim yeri mahkemelerince iptal edilen bir hakem kararının tüm ülkeler için de iptal edilmiş sayılmasının, *hele ki, iptali gerektiren nedenin diğer millî hukuklarda bulunmaması hâlinde*, milletlerarası ticaretin ve tahkimin gelişmesinin önündeki engellerden biri olduğu, düşünülmektedir. Şu hâlde, tahkim yeri mahkemelerince yapılacak denetimin içeriğinin *transnational-tüm millî hukuk sistemlerince de paylaşılan*, milletlerarası sözleşmelerde somutlaşmış asgari düzey-

²⁰⁵ THEOFRASTOUS, s. 491; CRAIG, s. 32; PARK/PAULSSON, s. 259-260; PAULSSON, *Role of Swedish Courts*, s. 240-243; PAULSSON, *The Extent of Independence*, s. 148; PARK, *Commercial justice*, s. 657.

²⁰⁶ JAKUBOWSKI J., *Reflections on the philosophy of international commercial arbitration and conciliation*, *The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration*, Liber Amicorum Pieter Sanders, ed. Jan C. Schultz, Albert Jan van den Berg, 1982, s. 79; GOODE, s. 30. Ayrıca bkz. PARK, *Commercial justice*, s. 657. Bugün, çoğu kez, delocalised tahkimle anlatılmak istenen aslında, bireyler arasındaki ticari tahkim değil; bireylerle devletler arasındaki ve özellikle milletlerarası hukuk prensiplerine tabi tahkim yargılamalarıdır. Tahkime taraf olan devletler, tahkim yeri mahkemeleri önünde davacı/davalı olmak istemediklerinden, tahkimlerini, tahkim yeri hukukundan koparmak için çabalarlar (RENSMANN, s. 41 vd).

²⁰⁷ PARK, *Commercial justice*, s. 684; PARK, *Legal Systems*, s. 87; PAULSSON, *The Extent of Independence*, s. 148. Ayrıca bkz. REDFERN/HUNTER/BLACKABY /PARTASIDES, s. 92.

deki nedenlerden oluşması fikri, yine bizzat *delocalised* tahkimin savunucuları tarafından ileri sürülmüştür²⁰⁸.

Delocalised tahkim hakkındaki en ağır yanılığının, *bununla tahkimin hukuksuzlaştırılmaya çalışıldığı iddiası* olduğu ileri sürülmüştür. Oysa amaçlanan, sadece *lex arbitri*'nin *münhasıran lex loci arbitri*'ye göre tarif edilip bunun da diğer tüm tenfiz yeri hukukları üzerinde bağlayıcı olması fikrinin önüne geçmektir. Milletlerarası tahkim, tenfiz/icra edileceği her yer millî hukukuna ait; yani bir anlamda adına da uygun düştüğü gibi, evrensel olmalıdır²⁰⁹.

Zaten tahkimin, tahkim yeri hukukundan ve yargı düzeninden bağımsız olması fikrinin karşısında, ciddi, kimi pratik sorunlar da bulunmaktadır. Tahkim yargılaması süresince, hatta ondan da önce, tahkime taraf olanların hakemlerden karar vermelerini bekleyemeyecekleri kimi talepleri olabilir ki, bu hâlde, söz konusu talepler yönünden yargı yetkisine sahip en uygun mahkemenin, tahkim yeri mahkemesi olduğu konusunda, çoğu zaman, bileşilmektedir. Tahkim yargılamasının desteklenmesi, ortak tahkim iradesinin yaşıtlı-

²⁰⁸ PAULSSON, *Arbitration Unbound*, s. 370; PAULSSON, s. 54, 57; PARK/PAULSSON, s. 256-258. Bu kapsamda, 1961 Cenevre Sözleşmesi'nin IX. maddesi, hangi hâllerde, ülke mahkemelerince verilecek iptal kararlarının diğer sözleşmeciler için de bağlayıcı olduğunu düzenleyen, böylece 1958 New York Sözleşmesi'nin V, 1, e maddesini tamamlayan, Türk hukuku için de geçerli, örnek bir düzenlemedir. Kaldı ki, yine 1958 New York Sözleşmesi'nin VII. maddesi, millî hukuklarda, bu konuda daha lehe olan düzenlemelerin bulunmasının da önünü açmaktadır (PARK, *Lex Loci Arbitri*, s. 27-28; PARK, *Commercial Justice*, s. 65).

²⁰⁹ DANILOWICZ, s. 252; GOODE, s. 27. Ayrıca bkz. LEW J. D. M., *Determination of arbitrators' jurisdiction and the public policy limitations on that jurisdiction*, *Contemporary problems in international arbitration*, ed Julian D. M. Lew, 1986, s. 73-74. Nasıl ki, bir sözleşmenin Alman sözleşmesi olduğu söylenemiyorsa ve fakat Alman mahkemelerince kendi hukuklarına uygun olarak tarif edilip değerlendirilmesi söz konusuysa ve dahası bu vasıflandırmanın İngiliz mahkemeleri üzerinde bir bağlayıcılığı bulunmuyorsa sözleşmesel nitelik arz eden milletlerarası tahkimin, sadece tahkim yeri hukukuna ve mahkemelerine mecbur edilmesinin gerekmediği de, *delocalisation* fikrinin özünü oluşturmaktadır. *Lex loci arbitri*'nin üstünlüğüne itibar edenler için de tahkim yeri mahkemelerince yapılacak denetimin ve tahkimde oynanacak rolün sınırları ile içeriği, sonuç derece önemlidir. Tahkime taraf olanların yargısal temel haklarının korunması; söz konusu tahkimin tahkime yabancı üçüncü kişilerin hak ve menfaatleri üzerinde menfi bir durum arz etmemesi, modern *lex loci arbitri*'nin kapsamını oluşturmalıdır. (PAULSSON, s. 57; ayrıca bkz. PARK/PAULSSON, s. 255-256; PARK, *Commercial Justice*, s. 660; PARK, *Lex Loci Arbitri*, s. 22). Karş. MANN, *Delocalised Contracts*, s. 196; MANN, *Lex Facit Arbitrum*, s. 158-160, 162.

ması, bir müessese olarak tahkimin kimi zaman taraflarına karşı da korunabilmesi için mahkemelerin –*özellikle tahkim yeri mahkemelerinin*- yardımına ihtiyaç duyulur. Hakemlerce verilen kararların, *özellikle tahkim yargılaması sürerken verilenlerin*, mahkeme denetimine açık olması gerekir. Bunlar, aynı zamanda, tarafların özellikle tahkim yeri mahkemelerinden en büyük beklentileridir. Kaldı ki, hakemler dahi yargı yetkilerinin kaynağı açısından, olabildiğince bir millî hukukun varlığını ararlar ki; ilgili millî hukuk, *kendilerine neye, ne zaman, nasıl ve ne kadar hükmedileceği hususlarında kılavuzluk eder*. Son olarak, milletlerarası tahkimin tarafları, elde edilen hükmün kolaylıkla ve sorunsuz bir biçimde, olabildiğince her yerde tenfizinin mümkün olmasını arzu eder; *a-national, delocalised* sıfatını taşıyan hakem kararlarının tenfizi esnasında, salt bu nedenle sorun yaşamak istemez. Bütün bu nedenlerle tahkim yeri kavramı, tahkim yerinin tercihi, milletlerarası tahkimin gerek uygulaması gerekse öğretisel temeli açısından hayati önemini hâlâ muhafaza etmektedir²¹⁰.

Görünen o ki, delocalization ile aslında sadece, –belki de şu anda milletlerarası tahkim alanında yaşanan harmonizasyonun hiçbir zaman gerçekleşmeyeceği endişesiyle- tahkimdeki ağırlık merkezi, tahkim yeri, tahkim yeri hukuku ve mahkemelerinden; tenfiz yeri ve tenfiz yeri hukuku ile mahkemelerine kaydırılmak istenmektedir²¹¹. Aslında arzulanan -multilocalization'dur²¹². Gerçi, milletlerarası tahkimdeki multilocalization ihtiyacının özlenen bir durum olup olmadığı da şüphelidir²¹³. Ne var ki Park da, *lex loci arbitri* aracılığıyla tahkim yargılaması üzerinde cereyan edecek müdahale/denetimin içeriğinin, adil yargılamanın gelenekselleşmiş prensip ve ilkelerinin temininden; tahkimin özünde bulunan işlevin hayata geçirilmesinden ve üçüncü kişilerin haklarının korunması

²¹⁰ PAULSSON, *Arbitration Unbound*, s. 376; PARK, *Lex Loci Arbitri*, s. 28, van den BERG, s. 30 vd.

²¹¹ DANILOWICZ, s. 254; PETROCHILOS, s. 40.

²¹² MAYER, s. 46; PETROCHILOS, s. 40; GOODE, s. 34; LEW/MISTELIS/KRÖLL, s. 68.

²¹³ Karş. MAYER, s. 46; PARK, 234; PARK/PAULSSON, s. 259; PETROCHILOS, s. 299 vd.

amacından daha fazla olmaması gerektiği görüşündedir²¹⁴. Bu da aslında, delocalization à l'envers, istisna tanınmış, müsaade edilmiş bir gayrimahallileşmektir²¹⁵.

Sonuç olarak, tahkim yeri hukukuna tanınacak üstünlük yönünden her hâlde, şu soruların cevaplanması gerekir:

a) Neden, ne zaman ve hangi hâlde tahkim yeri hukukuna tabi olmak gerekir?

b) Adil bir karar için gerekli, *yargılama hukukuna ait* gelenekselleşmiş ilke ve prensipler nedir, nelerden ibarettir?

c) Yukarıda sınırları belirtilen bir müdahale anlayışının ötesine geçilerek aşkın bir denetimin icrası hâlinde, bunun tahkim yeri dışındaki diğer mahkemelerce de benimsenip kabul edilmesi gerekli midir²¹⁶?

V- NATIONAL TAHKİM KAVRAMININ GEREKLİLİĞİ MESELESİ VE SONUÇ

Yukarıda, *a-national* tahkime ilişkin öğretilerde benimsenen temel iki akım, incelenmeye ve birbirleriyle de mukayese edilerek değerlendirilmeye çalışılmıştır. Bu başlık altında, esasen bir üçüncü görüşe yer verilmeyecektir. Ne var ki öğretilerde, özellikle *Smith* tarafından ileri sürülen görüş ve değerlendirmeler, sorun olarak görülen hususların çözümünde oldukça pratik, bir üçüncü yol önermektedir²¹⁷. Ana düşünce, *a-national* tahkimin, gerçekte ne var olduğu ne de gerekli bulunduğu noktasında toplanmaktadır²¹⁸.

A-national tahkime egemen fikir, tahkimin varlık ve geçerliliğinin mutlaka belli bir millî hukuk sistemine (özellikle *tahkim yeri*

²¹⁴ PARK, *Lex Loci Arbitri*, s. 21; PARK, s. 596-597; PARK, *Commercial justice*, s. 706; KERR, s. 15; SANDROCK, *International Arbitrator*, s. 45. Park ve Paulsson, söz konusu ilkelerin dışında, tahkim yeri mahkemelerinin başkaca bir nedene dayanarak tahkime müdahale etmemeleri gerektiği konusunda birleşmişlerdir (PARK/PAULSSON, s. 254-255). Ayrıca bkz. LALIVE, *Awards*, s. 340-342; BOND S. R., *Party Autonomy: The Choice of Place*, 8(1) *Arb Int*, 1992, s. 83-92.

²¹⁵ PETROCHILOS, s. 41. Ayrıca bkz. PARK, *Judicial Control*, s. 254, 275.

²¹⁶ PARK, *Lex Loci Arbitri*, s. 51.

²¹⁷ SMIT, s. 629 vd.

²¹⁸ SMIT, s. 631.

hukukuna) göre tanımlanmasının gerekmediğidir. Gerçekte, *a-national* tahkim, milletlerarası tahkimdir, âdeta sonucu ve neredeyse onun bir özetidir²¹⁹.

Yerli (*domestic*) tahkim, tümüyle yerel ilişkileri içeren ve her yönüyle millî hukuka tabi tahkim olarak tanımlanırken; yabancı (*foreign*) tahkim, bütünüyle yabancı bir ülkeye bağlı olarak gelişen, söz konusu yabancı ülke hukukuna tabi tahkim olarak kabul edilmektedir. Bu iki tanımlama arasında, *milletlerarası tahkim* ise birden fazla ülkeyle ilgili, onlarla bağlantılı, bu anlamda yabancılık unsuru içeren ve fakat yine de belli bir devletin hukukuna tabi tahkim olarak tanımlanabilmektedir. *A-national* tahkimin, milletlerarası ticari tahkimin neredeyse bir sonucu olduğu düşünülecek olursa milletlerarası tahkimin varlık nedeninin ve gerekliliğinin tespiti, *a-national* tahkim kavramını ve ona duyulan gereksinmeyi de anlamamıza yardımcı olacaktır²²⁰.

Lex loci arbitri'nin milletlerarası tahkime ve hakem kararlarına uygulanacak en uygun hukuk olduğu; yani *lex arbitri* olarak kabul edilmesinin gerektiği düşünülür (*lex arbitri = lex loci arbitri*)²²¹. Oysa kurulan böyle bir denkliğin, her zaman kendinden beklenen en doğru sonucu vermediği iddia edilmiştir: Beklenmeyen ve arzu edilmeyen sonuçların yaşanmaması bakımından bulunan çözüm, özellikle milletlerarası tahkimin, yerel; millî hukukun kendine özgü; milletlerarası ticaretin ve tahkimin beklentilerini karşılamaktan uzak sınırlamalarına tabi olmamasını sağlayarak *lex arbitri*'nin *lex loci arbitri*'ye göre tanımlanmasına engel olma (*lex arbitri ≠ lex loci arbitri*)²²².

Millî hukukun içerdiği normların doğruluğunun veya yerindeliğinin tartışmaya açılmasında, fayda umulmamalıdır: Zira söz konusu hükümler, yerli tahkim için fazlasıyla doğru, yerinde ve tatminkâr olabilir. Oysa sorun, tümüyle yerli tahkim için düzen-

²¹⁹ SMIT, s. 629. Ayrıca bkz. PARK, Commercial justice, s. 664.

²²⁰ SMIT, s. 630. Ayrıca bkz. van den BERG J. A., When Is an Arbitral Award Nondomestic Under the New York Convention of 1958, 6 Pace L. Rev. 1985-1986, s. 25.

²²¹ PARK, *Lex Loci Arbitri*, s. 22-24.

²²² SMIT, s. 631; SMIT, *New Legal Order*, s. 1312.

lenmiş hükümlerin, *milletlerarası tahkim için özel olarak öngörül-
müş hükümlerin bulunmaması nedeniyle* bu tip tahkimlere de uy-
gulanmak zorunda kalınmasıdır. O hâlde, milletlerarası tahkim ger-
çeğini esas alan; özlenen nitelikteki kanunlar ihtilafı kurallarını
içeren hükümlerin millî hukuk sistemlerinde düzenlenmesi hâlinde,
a-national tahkim şeklinde bir tanımlamaya da ihtiyaç kalmaması
gerekir²²³. Bu noktada, en gelişkin tahkim kurallarının dahi taraflar
arasındaki sözleşme hükümlerinden daha üstün bir hukuki statüsü,
bulunmamaktadır. Tahkim yargılamasına uygulanacak bu tip *ku-
rallar*, tahkimin tabi olduğu hukuka, yani (*milletlerarası tahkimin
gereklerine göre şekillenmiş*) bir *lex arbitri*'ye duyulan ihtiyacı
karşılayamaz²²⁴.

Lex loci arbitri'nin milletlerarası tahkime yönelik ölçsüz, en
azından taraf beklentileri ile çelişen sınırlandırmalarına karşı yine
bizzat *lex loci arbitri*'nin irade serbestisine dayalı ve gereğinde, bir
başka millî hukukun uygulanmasına imkân tanıyan kanunlar ihtilafı
kuralları içermesi, sorunun çözümü yönünden son derece etkindir;
a-national tahkim kavramına duyulan ihtiyacı da önemli ölçüde
azaltacaktır²²⁵. Bu sonucu doğrulayacak örnekler, geçmişte, *özel-
likle ICC tahkimlerinde*, sıkça yaşanmıştır. Tahkim yeri hukukunun
ve mahkemelerinin milletlerarası tahkime “*olumsuz*” müdahaleleri
artıkça anılan yerin bir tahkim yeri olarak kabulü, ters orantılı bir
biçimde azalmaktadır. 1970’li yılların ikinci yarısında, tahkim yeri
olarak sıkça itibar edilen İsviçre, 80’li yıllarında başında,

²²³ SMIT, s. 631; SMIT, *New Legal Order*, s. 1312; DANILOWICZ, s. 257. Bugün, millî
hukukların kendilerinin tahkimi, *de-localize* ettiklerini söylemek yanlış olmaz. Tahkim
yeri hukuku, irade serbestisine olanak tanıdıka orasının tahkim yeri olarak daha çok
tercih edileceği inancı, bugün için egemen anlayıştır (THEOFRASTOUS, s. 460);
CRAIG, s.19-20; PARK, *Judicial Control*, s. 275; KORAL R., Hakemliğin Hukuki Ma-
hiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler, XLVIII-
XLIX İÜHFİM 1982-1983/1-4, İstanbul 1983, s. 93; KARAN, s. 216-219.

²²⁴ SMIT, s. 632; SMIT, *New Legal Order*, s. 1312. Ayrıca bkz. LANDO, s. 747.

²²⁵ THEOFRASTOUS, s. 465-466; PARK, *Judicial Control*, s. 277; SMIT, s. 633; SMIT,
New Legal Order, s. 1311-1312. Ayrıca bkz. BOND, s. 83-92. Şu iki husus, hiçbir zaman
inkâr edilemez: Tahkim yeri hukukunun emredici normları, görmezlikten gelinemez; irade
serbestisine yenilmesi müsaade edilemez. İrade serbestisi, tahkim yeri hukukunun da
kendisine izin verdiği ölçüde, etkin ve işlevseldir (LIONNET, s. 13, 15). Bütün mesele,
millî tahkim politikasının, özellikle milletlerarası tahkimde, gerek tahkim usulü gerekse
mahkemelerle tahkim arasındaki ilişki üzerinde, ne derece etkin ve egemen olduğudur.
Ayrıca bkz. DEREN-YILDIRIM, s. 94.

Concordat hükümleriyle ilgili yapılan yorumlar ve özellikle 1985 yılında, Federal Mahkeme'nin *Westland* davasındaki, hakemin red-diyle ilgili ICC hükümlerinin, tahkim yeri hukukunun emredici sayılan normlarını değiştirmeye yetmeyeceğine ilişkin içtihadı ne-deniyile önceki dönemde geçerli olan itibarını, hızla kaybetmiştir. Eskiye dönüş, ancak 1987 yılında yürürlüğe giren milletlerarası tahkime ilişkin hükümlerle olmuştur (örneğin bkz. PIL Art. 180/III)²²⁶. Yalnız kimi zaman, yapılan (*aşkın*) değişikliklerin, beklenen ilgiyi görmek bir yana olumsuz sonuçları da olmuştur: Belçika'daki 1985 Reformu'nun en ilgi çekici hükmü olan Belçika Yargılama Usulü Kanunu'nun 1717 maddesi, belli şartlar altında yabancılara iptal davası açma imkânını tanımamaktaydı. Böylelikle bir *tahkim cenneti* olacağı düşünülen Belçika, hem beklenen ilgiyi görememiş hem de çok geçmeden anılan hükmü, PIL Art. 192 seviyesine geri çekmiştir²²⁷. 1981 Reformu öncesi, neredeye mutlak bir özgürlük anlayışına sahip Fransa, sahip olduğu ilgiyi, 80'li yılların ikinci yarısında, 1981 Reformu sonrası, ICC uygulaması dik-kate alındığında, neredeyse üç kat artırmıştır²²⁸. Sınırlı da olsa ista-tistiksel verilere dayalı bu sonuçlar, milletlerarası tahkimin, irade serbestisi yanında, özellikle tahkim yeri mahkemelerinin kimi stan-dartları haiz denetim ve yardım işlevine de ihtiyaç duyduğunu göstermektedir²²⁹.

Bilindiği şekliyle (*tıpkı devlet yargısında yani mahkemeler teşkilatında olduğu gibi*), tahkim yeri, hakem kararının milliyetini; söz konusu milliyet de tahkim yargılamasının *tümü* için geçerli olacak hukuku belirlemektedir (*tahkim yeri=hakem kararının milli-*

²²⁶ Benzer durum, 1979 Reformunun öncesi ve sonrasıyla İngiltere için de geçerli olmuştur (BOND, s. 87). Ayrıca bkz. BİRSEL M. T., Milletlerarası Tahkimde Tahkim Yerinin Seçimin Önemi, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Milli Komitesi, Ankara, 10 Mart 2003, s. 64, 65.

²²⁷ BOND, s. 89. Tahkim yeri İsviçre'de olmasına karşın, gerek PIL Art. 182 gerekse de PIL Art. 192 yardımıyla İsviçre hukukunun ve mahkemelerinin aksinin kararlaştırıldığı her hâl, bugün, delocalised tahkim uygulaması olarak kabul edilmektedir (EHRAT R. F., Art. 176, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute, ed. Stephen V. Berti, 2000, s. 309, 310).

²²⁸ BOND, s. 90.

²²⁹ BOND, s. 90, 91.

yeti=*lex arbitri*)²³⁰. Oysa devlet yargısına benzetilerek kurulan ve yerli tahkim için sorunsuz işleyen bu anlayışın, milletlerarası tahkimde de takip edilerek salt hakem kararının milliyeti üzerine tespit edilecek hukukun, (milletlerarası) tahkimin tüm aşamaları için geçerli görülmesi, pratik ihtiyaçlarla örtüşmeyebileceği gibi yerinde ve haklı da olmayabilir. Hakem kararının milliyeti ve ona duyulan ihtiyaç ile tahkime ve özellikle tahkim yargılamasının ilgili her bir kısmı için uygulanacak hukukun aynı olması, örtüşmesi beklenmemelidir²³¹. Kısacası, milletlerarası tahkim, tek bir hukukun rahatlıkla uygulanabileceği *yekpare* bir oluşum değildir²³². Her bir evrenin, olası her bir sorunun, özellikle milletlerarası tahkimde, sadece hakem kararının tabiiyeti üzerine bulunacak hukuka göre çözümlenmesi, mümkün değildir. Şayet, yukarıda anılan ve yerli tahkimler için kusursuz işleyen denklik, milletlerarası tahkim için haklı olarak bozulacak olursa, ne hakem kararlarının *denationalization*'a ne de *a-national* bir tahkim anlayışına ihtiyaç duyulacaktır (*lex loci arbitri* = *irade serbestisi* + tahkim yeri yedek hukuk kuralları + (az sayıdaki) tahkim yeri emredici hukuk kuralları + milletlerarası kamu düzeni anlayışı, ise, *lex loci arbitri* = *lex arbitri*)²³³. Tahkim anlaşması, son derece önemli sonuçları ve

²³⁰ SZASZY, Awards, s. 662, 663; LUZZATTO, s. 50, 51.

²³¹ Bu bağlamda, milletlerarası tahkim, aslında, millî kanunlarda ayrıca düzenlenen; özel hükümlere tabi tutulan; yabancılik unsurunun yoğun olarak görüldüğü; bu nedenle de farklı düzenlenilmesi haklı görülür; özel bir yerli tahkim türünden başka bir şey değildir (SCHLOSSER, Das Internationale, s. 860).

²³² Ayrıntılı bilgi için bkz. REDFERN/HUNTER/BLACKABY/PARTASIDES, s. 78.

²³³ SMIT, s. 634. Ayrıca bkz. LIONNET, s. 13, 14. Kurulan bu yeni denklik karşısında, artık *lex loci arbitri* ile *lex arbitri* farklı farklı kavramlar değildir. Zaten, tahkimin tercih ettiğimiz teorik temelli dikkate alındığında, her tahkim yargılaması yönünden mutlaka geçerli bir *lex* olacaktır. Bu kavram, *lex fori*'nin tahkimdeki yansımından başka bir şey değildir. Eş deyişle hakemler yönünden geçerli bir *lex fori*'nin olmadığını söylemek, en azından bizim açımızdan, mümkün değildir. Anılan *lex arbitri*, yine tahkimin kabul ettiğimiz teorik temellerine uygun olarak tahkim yeri hukukuna göre tarif edilecektir. Yani denklem *lex arbitri*=*lex loci arbitri* olacaktır. Ne var ki bu eşitlik, gelişen milletlerarası tahkim anlayışı içerisinde, hiçbir zaman, *lex arbitri*'nin, köhnemiş *lex loci arbitri*'ye mahkûm edilmesi anlamına gelmemelidir. Şu hâlde, *lex loci arbitri*'nin, kendi içinde yer verdiği irade serbestisi, *lex loci arbitri* dışında yeni bir *lex*'in taraflarca tahkim için aranıp bulunmasını yani *lex loci arbitri*/*lex arbitri* şeklindeki formülü gereksiz ve yersiz kılmaktadır. *Lex arbitri* olsa olsa yapılacak yeni bir ayırma uygun olarak, irade serbestisinin çok yoğun olduğu ve daha ziyade tahkim yargılamasının kendisiyle ilgili olan iç *lex arbitri* ve tahkimle mahkemeler arasındaki ilişkiyi hedef tutan, daha kısıtlı bir irade serbestisinin geçerli olduğu dış *lex arbitri* şeklinde ikili bir alt-ayırma tutulabilir. *Lex arbitri*, *lex loci arbitri* ve hakemlik prosedürü hakkındaki görüşleri için bkz. BİRSEL, Tahkim

işlevleri yanında, bir müessese olan tahkim için *her şey* demek, değildir. Salt tahkime elverişlilik sorunu dahi bugün kurulmak istenen bağımsızlığın önündeki en büyük engellerdendir. Kaldı ki çoğu kez, tahkimin, bir müessese olarak itibarını ve işlevselliğini, ülke hukuklarına ve mahkemelerine borçlu olduğunu düşünmek de mümkündür. Milletlerarası ticaretin ve tahkimin yaygın ve haklı beklentilerine, millî hukuklarca da itibar edilmesinin ardından, artık *delocalisation* ihtiyacından bahsetmek mümkün olmasa gerek²³⁴.

Bizzat *lex loci arbitri*'nin yaratacağı ve kendisi ile diğer millî hukuklar arasındaki rekabet; bu rekabet esnasında taraflara tanınacak irade serbestîsi, *sadece* milletlerarası ticaretin ve taraflarının talebi olmayıp *a-national* tahkim kavramına sebep olan oluşumları da bertaraf edecek niteliktedir. Artık, tahkime taraf olanlardan, *milletlerarası tahkimi a-national tahkim şeklinde örgütlemeye çalışmaktansa*, yukarıda da anıldığı biçimde, gereken özgürlüğü ve imkânları sağlayan hukukun geçerli olduğu ülkeleri, özellikle tahkim yeri olarak seçmelerini beklemek, kendilerine karşı yapılmış bir haksızlık olarak görülmemelidir²³⁵. *A-national* tahkim üzerine yaşananlar, basit bir kanunlar ihtilafı sorunundan daha öte değildir. *Lex loci arbitri*'nin (yerli tahkim dışında) *yabancılık unsuru içeren milletlerarası tahkimler* bakımından düzenleyeceği –söz konusu

Yeri, s. 66, 67; BİRSEL, s. 98, 99; BİRSEL, Tahim, s. 502, 514, 515; BİRSEL M. T/BUDAK A. C., Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği?, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Ankara, s. 198, 199.

²³⁴ İsviçre hukuku örneğinde, PIL Art. 182 ve 192'nin hukuki varlıkları dikkate alındığında, artık tahkim yeri ve mülkîlik anlayışı, sadece tahkime yardımcı olacak mahkemenin (juge d'appui) hangi ülke mahkemesi olduğunun tespitine yaramaktadır ki, tahkim yerinin İsviçre olmaması, tarafları, gerçekte ve sadece, İsviçre mahkemelerinin yardımından mahrum eder (EHRAT, s. 310). Şu hâlde, artık, milletlerarası tahkimin önündeki yegâne engel, hukuki yeknesaklık sağlansa dahi ülke mahkemelerinin anılan normları yorumlarken ve uygulamaları varacakları farklı ve belki de çoğu kez birbirleriyle çelişen kararları olacaktır. Önerilen çözüm, tüm ülkeler için geçerli tek ve ortak bir yargı mercii'nin denetim işlevini yerine getirmesidir (YU H., Total Separation of International Commercial Arbitration and National Court Regime, 15(2) J Int'l Arb 1998, s. 151-158). Ayrıca bkz. HOLTZMANN H. M., A Task for the 21st Century: Creating a New International Court Resolving Disputes on the Enforceability of Arbitral Awards, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, eds. Martin Hunter, Arthur Marriott, V.V Veeder, 1995, s. 112; KARAN, s. 218-221.

²³⁵ IWASAKI, s. 67.

*hakem kararının milliyetinden bağımsız olarak- özel kanunlar ihtilafı kuralları, a-national tahkimin arkasında yatan kimi zaman oldukça haklı kalabilecek sorunları, sıkıntıları rahatlıkla izale edecektir*²³⁶.

BİBLİYOGRAFYA

AKINCI Z., Milletlerarası Ticari Hakem Kararları ve Tenfizi, İzmir 1994.

ALANGOYA Y., Medeni Usul Hukukumuzda Tahkimin Niteliği ve Denetlenmesi, İstanbul, 1973.

ANCEL J. P., French Judicial Attitudes Toward International Arbitration, 9(2) Arb Int, 1993.

AUDIT B., A National Codification of International Commercial Arbitration: The French Decree of May 12, 1981, Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration, Sixth Sokol Colloquium, ed. Thomas E. Carbonneau, 1984.

BAUMBACH A/LAUTERBACH W/ALBERS J/HARTMANN P., Zivilprozessordnung, Band 1, 62., neubearbeitete Aufl., München 2004, (ALBERS).

BERGER K. P., International Economic Arbitration, Deventer, Boston, 1993.

²³⁶ SMIT, s. 635; CRAIG, s. 28; GOODE, s. 20, 38; BERGER, s. 96. Sandrock, Smit'in a-national tahkimin ne var olduğu ne de böyle bir müesseseye ihtiyaç duyulduğu fikrini sahiplenirken, aslında sadece tahkimin lex arbitri şeklinde millî bir hukuka mecbur ve tabi olduğu fikrinden hareket etmektedir (SANDROCK, International Arbitrator, s. 46). Varılan sonuç doğrudur; ancak eksiktir; dahası bu sonuçla kanımızca, Smit'e haksızlık da edilmektedir. Zira Smit, a-national tahkimi sorgularken, aslında, millî hukukları, özellikle de tahkim yeri hukuklarını tartışmaya açmaktadır. Görüş içerisinde, a-national tahkim kavramı eleştirilirken onun, aynı zamanda haklı bir ihtiyacın sonucu olduğu gerçeği görmezlikten gelinmemekte; anılan ihtiyacın giderilmesi bakımından da ülke hukuklarının tahkimle ilgili meselelerde, milletlerarası tahkimin bünyesine ve bu alanda geçerli beklentilere uygun kanunlar ihtilafı kurallarını düzenlemesi gerektiği, önerilmektedir (Ayrıca bkz. LUZZATTO, s. 17 vd). Milletlerarası ticarete, tahkim yeri ülkesi olarak seçilebilmek bakımından, Smit'in dile getirdiği öneriyi, benimsemek neredeyse kaçınılmazdır. Aksi hâlde, taraflara yabancı tahkim yeri ülkesi, hukuku ve özellikle mahkemeleri, tarafların tahkime başvurmasına neden olan tüm haklı beklentilerine zarar verebilmektedir. Oysa, bir görüşe göre, söz konusu tahkim yeri ülkesi, tarafların sadece birbirlerine, hukuk alanında, geopolitik üstünlük tanımak istememesi nedeniyle seçilmişti (HOLTZMANN H. M., The Geopolitics of Arbitration, Essays in Honor of Hans Smit, 3 (4) Am Rev. Int'l Arb 1992, s. 74-75). Ayrıca bkz. DELVOLVÉ/ROUCHE/POINTON, s. 26.

BİRSEL M. T., Milletlerarası Ticari Tahkim: Genel Bir Bakış ve Hakem Kararlarının Tenfizinde Yargıtay Yorumları –“*Uygulanacak Usul Hukuku Belirsizlikleri*”, Prof. Dr. Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, I. Cilt, İstanbul 2001.

BİRSEL M. T., Milletlerarası Tahkim Sözleşmeleri (Arbitration Conventions) ve İki Taraflı Yatırım Anlaşmalarının Türk Tahkim Hukuku Üzerindeki Etkileri, Prof. DR. Ali Bozar’e Armağana, Ankara, 1998, (**BİRSEL**, *Tahkim*).

BİRSEL M. T., Milletlerarası Tahkimde Tahkim Yerinin Seçimin Önemi, Milletlerarası Tahkim Semineri, ICC Türkiye Milli Komitesi, Ankara, 10 Mart 2003, (**BİRSEL**, *Tahkim Yeri*).

BİRSEL M. T., Milletlerarası Ticari Tahkim ve Türkiye, 1 EÜHFD 1980/1, (**BİRSEL**, *Milletlerarası Tahkim*).

BİRSEL M. T/BUDAK A. C., Milletlerarası Tahkim Konusunda Türk Hukuku Açısından Sorunlar ve Öneriler-Türk Hukuku ve UNCITRAL Kanun Örneği?, Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal Bir Düzenleme Gerekir mi?, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Sempozyum, Bildiriler-Tartışmalar, 11 Nisan 1997, Ankara.

BLESSING M., The Law Applicable to the Arbitration Clause and Arbitrability, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999.

BOND S. R., Party Autonomy: The Choice of Place, 8(1) Arb Int, 1992.

BUCHER A., Court Intervention in Arbitration, International Arbitration in the 21st Century: Towards “Judicialization” and Uniformity, Twelfth Sokol Colloquium, eds. **Richard B. Lillich**, **Charles N. Brower**, 1994.

COHEN J., Commercial Arbitration and The Law, 1918.

COLLINS L., The law governing the agreement and procedure in international arbitration in England, *Contemporary*

problems in international arbitration, ed. Julian D. M. Lew, 1986, s. 133-134;

CRAIG W. L., Some Trends and Developments in the Laws and Practice of International Commercial Arbitration, 30 *Tex Int'l L. J.* 1995.

DANILOWICZ V., The Choice of Applicable Law in International Arbitration, 9 *Hastings Int'l &Comp L Rev*, 1985-1986.

DE LY F., The Place of Arbitration in the conflict of laws of international commercial arbitration: an exercise in arbitration planning, *The Place of Arbitration, eds. M. Storme, F. De LY, 1992.*

DE VRIES P. H., International Commercial Arbitration: A Contractual Substitute for National Courts, 57 *Tul L. Rev.* 1982-1983.

DELAUME G. R., Court Intervention in Arbitral Proceedings, Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration, Sixth Sokol Colloquium, *ed. Thomas E. Carbonneau, 1984.*

DELVOLVÉ L. J/ROUCHE J/POINTON H. G., *French Arbitration Law and Practice, 2003.*

DERAINS Y., France as a place for international arbitration, *The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration, Liber Amicorum Pieter Sanders, ed. Jan C. Schultz, Albert Jan van den Berg, 1982.*

DEREN-YILDIRIM N., *Uncitral Model Kanunu ve Milletlerarası Tahkim Kanunu Çerçevesinde Milletlerarası Tahkimin Esaslı Sorunları, İstanbul 2004.*

DESHPANDE V. S., Jurisdiction Over "Foreign" and "Domestic" Awards in the New York Convention, 1958, 7(2) *Arb Int*, 1991.

DESHPHANDE V. S., "Foreign Award" in the 1958 New York Convention, 9(4) J Int'l Arb, 1992 (*Tek Atıf*).

EHRAT R. F., Art. 176, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute, *ed. Stephen V. Berti*, 2000.

FOUCHARD P/GAILLARD E/GOLDMAN B., on International Commercial Arbitration, Part I-II, *ed. Emmanuel Gaillard and John Savage*, The Hague, Boston, London, 1999.

GAILLARD E., A Foreign View of the New Swiss Law on International Arbitration, 4(1) Arb Int, 1988.

GAILLARD E., Enforcement of Awards Set Aside in the Country of Origin: The French Experience, Improving The Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999 (**GAILLARD**, *Awards*).

GLOSSNER O., International Commercial Arbitration Some Practical Aspects, International Arbitration *Liber Amicorum* for Martin Domke, *ed. Pieter Sanders*, The Hague, 1967.

GOODE R., The Role of the *Lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration, 17(1) Arb Int, 2001.

GOTTWALD P., Die sachliche Kontrolle internationaler Schiedssprüche durch staatliche Gerichte, FS für Heinrich Nagel, Münster, 1987.

HABSCHEID J. W., Nationale oder supranationale Schiedssprüche? 70 ZZP 1-2/1957, (*Tek Atıf*).

HABSCHEID J. W., Internationale Schiedsgerichtsbarkeit und Privatautonomie, FS für Ulrich Walder, zum 65. Geburtstag, Zurich, 1994, (*Tek Atıf*).

HARBST R., Die Rolle der staatlichen Gerichte im Schiedsverfahren, Ein Rechtsvergleich zwischen dem englischen

Arbitration Act 1996 und deutschem Schiedsverfahrensrecht, Heidelberg, 2002.

HARRIS B./PLANTEROSE R./TECKS J., The Arbitration Act 1996: A Commentary, Third Edition, 2003.

HASCHER D., The Law Governing Procedure: Express or Implied Choice by the Parties- Contractual Practice, Planning Efficient Arbitration Proceedings, The Law Applicable In International Arbitration, ICC Congress Series, No. 7, 1996.

HELLER K., Der verfassungsrechtliche Rahmen der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit, Band 4, Wien, 1996.

HOLTZMANN H. M., A Task for the 21st Century: Creating a New International Court Resolving Disputes on the Enforceability of Arbitral Awards, The Internationalisation of International Arbitration, The LCIA Centenary Conference, eds. **Martin Hunter, Arthur Marriott, V.V Veeder**, 1995, (*Tek Atf*)

HOLTZMANN H. M., The Geopolitics of Arbitration, Essays in Honor of Hans Smit, 3 (4) Am Rev. Int'l Arb 1992 (*Tek Atf*).

HOLTZMANN H. M/NEUHAUS E. J., A Guide To the UNCITRAL Model Law On International Commercial Arbitration: Legislative History, Part I-II, 1994.

IWASAKI K., Selection of Situs: Criteria and Priorities, 2(1) Arb Int, 1986.

JAKUBOWSKI J., Reflections on the philosophy of international commercial arbitration and conciliation, The Art of Arbitration, Essays on International Arbitration, *Liber Amicorum* Pieter Sanders, ed. Jan C. Schultz, Albert Jan van den Berg, 1982.

JARVIN S., The source and limits of the arbitrator's powers, Contemporary problems in international arbitration, ed. **Julian D M Lew**, 1986.

KALPSÜZ T., Hakem Kararlarının Milliyeti, IX BATİDER 1978/3.

KARAN H., Milletlerarası Ticari Tahkimin Hukuki Mahiyeti ve Bu Alandaki Kanunlaştırmalara Etkisi, Prof. Dr. Mahmut Tevfik Birsel'e Armağan, İzmir 2001.

KARRER A. P., Judicial Review of International Arbitral Awards up to a point Local and Transnational standarts, FS für Rolf A. Schütze, München, 1999.

KARRER P., Must an Arbitral Tribunal Really Ensure that its Award is Enforceable? Global Reflections on International Law, Commercial and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour Robert Briner, 2005 (*Tek Atf*).

KAUFMANN-KOHLER G., Identifying and Applying the Law Governing the Arbitration Procedure- The Role of the Law of the Place of Arbitration, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of The New York Convention, 1998, ICCA Congres Series No. 9, 1999.

KERR M., Concord and Conflict in International Arbitration, 13(2) Arb Int, 1997.

KÜÇÜKGÜNGÖR E., Roma Hukukunda Tahkim, (*Compromissum*), C. XIX, BATİDER 1998/3.

KORAL R., Hakemliğin Hukuki Mahiyetinin Tayininde Kullanılan Kriterler ve Bir Seminerin Bıraktığı İzlenimler, XLVIII-XLIX İÜHFİM 1982-1983/1-4, İstanbul 1983.

KORAL R., Hakemliğin Milliyeti ve Yargıtay XV Hukuk Dairesi'nin 1976 Tarihli Kararının Eleştirisi, Prof. Dr. Hıfzı Timur'a Armağan İstanbul 1979.

KORAL R., Türk Hukukunda "Yabancı Hakem Kararı" Mefhumu ve Yargıtay Genel Kurulunun "Otorite Kanunu" Kriteri, (*Ayrı Bası*), XLII İÜHFİM, 1977/1-4.

LALIVE P., Enforcing Awards, International Arbitration, 60 Years of ICC Arbitration, A look at the Future, ICC Publication No 412, 1984.

LALIVE P., The New Swiss Law on International Arbitration Articles, 4(1) Arb Int, 1988.

LANDO O., The *Lex Mercatoria* in International Commercial Arbitration, 34 ICLQ, 1985.

LEW J. D. M., Applicable Law in International Commercial Arbitration, 1978.

LEW J. D. M., The Law Applicable to the Form and Substance of the Arbitration Clause, Improving the Efficiency of Arbitration Agreements and Awards, 40 years of Application of the New York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999, (*Tek Atf*).

LEW J. D. M., Achieving the Dream: Autonomous Arbitration, 22(2) Arb Int. 2006 (**LEW**, *Arbitration*).

LEW J. D. M., Determination of arbitrators' jurisdiction and the public policy limitations on that jurisdiction, *Contemporary problems in international arbitration*, ed **Julian D. M. Lew**, 1986, (*Tek Atf*).

LEW J. D. M., The place of arbitration and the applicable procedural law in the English common law, The place of arbitration, eds. **M. Storme, F. De Ly**, 1992, (**LEW**, *Place of Arbitration*).

LEW J. D. M/MISTELIS A. L/KRÖLL M S., Comparative International Arbitration, 2003.

LIONNET K., Should the Procedural Law Applicable to International Arbitration be Denationalised or Unified? *The Answer of the UNCITRAL Model Law*, 8(3) J Int'l Arb, 1991.

LUZZATTO R., International Commercial Arbitration and the Municipal Law of the States, 157 *Recueil des Cours*, 1977-IV, 1980.

MANN F. A., The UNCITRAL Model Law-*Lex Facit Arbitrum*, 2(3) Arb Int, 1986.

MANN F. A., *Lex Facit Arbitrum*, International Arbitration: Liber Amicorum for Martin Domke, ed. Pieter Sanders, Tha Hague, 1967, (MANN, *Lex Facit Arbitrum*).

MANN F. A., Private Arbitration and Public Policy, 4 CJQ 1985 (MANN, *Private Arbitration*).

MANN F. A., State Contracts and International Arbitration, 42 BYIL 1967, (MANN, *State Contracts*).

MANN F. A., Zur Nationalität des Schiedsspruchs, FS für Walter Oppenhoff, München, 1985, (MANN, *Nationalität*).

MANN F.A., England Rejects “Delocalised” Contracts and Arbitration, 33 ICLQ, 1984, (MANN, *Delocalised Contracts*).

MATSCHER F., Schiedsgerichtbarkeit und EMRK, FS für Heinrich Nagel, Münster, 1987.

MELIS W., Mandatory National Procedural Law and Auxiliary Powers of Courts, Planning Efficient Arbitration Proceedings, the Law Applicable In International Arbitration, ICCA Congress Series No. 7, 1996.

MERKIN R., Arbitration Act 1996, London, Hong Kong, 2000.

MISTELIS L., Reality Test: Current State of Affairs in Theory and Practice Relating to “*Lex Arbitri*”, Private and Commercial Law in a European and Global Context – Festschrift für Norbert Horn zum. 70. Geburtstag, eds. Klaus Peter Berger, Georg Borges, Harald Hermann/ Andreas Schlüter, Ulrich Wackerbarth, De Gruyter Berlin 2006.

Milletlerarası Tahkim Konusunda Yasal bir Düzenleme Gerekir mi? II Taslaklar-Tartışmalar-Öneriler, 6 Haziran 1998, (Sempozyum).

MUSIELAK H-J., Kommentar zur Zivilprozessordnung, mit Gerichtsverfassungsgesetz, 3., neubearbeitete Auflage, München 2002, (**MUSIELAK/VOIT**)

MUSTILL J. M., Transnational Arbitration in English Law, 37 CLP, 1984.

MUSTILL J. M./BOYD C. S., The Law and Practice of Commercial Arbitration in England, Second Edition, London, Edinburg, 1989.

NAKAMURA T., The Place of Arbitration in International Arbitration- Its Fictitious Character and Lex Arbitri, 15(10) Mealey's IAR, 2000.

NAÓN G. A. H., Choice-of-Law Problems in International Commercial Arbitration, Tübingen, 1992.

NOMER E/ŞANLI C. Devletler Hususi Hukuku, 12 Bası, İstanbul, 2003.

PARK W. W., Judicial Controls in the Arbitral Process, 5(3) Arb Int 1989, (**PARK, Judicial Control**).

PARK W. W., National Law and Commercial Justice: Safeguarding Procedural Integrity in International Arbitration, 63 Tulane L Rev 1989, (**PARK, Commercial justice**).

PARK W. W., The Influence of National Legal Systems on International Commercial Arbitration: Recent Developments in English Arbitration Law, Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration, Sixth Sokol Colloquium, ed. Thomas E. Carbonneau, 1984, (**PARK, Legal Systems**).

PARK W. W., The Lex Loci Arbitri and International Commercial Arbitration, 32 ICLQ 1983 (**PARK, Lex Loci Arbitri**).

PARK W. W., Why Courts Review Arbitral Awards, *Liber Amicorum Karl-Heinz Böckstiegel*, Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century, 2001.

PARK W.W/PAULSSON J., The Binding Force of International Arbitral Awards, 23 Va. J. Int. 1982-1983.

PATHAK R. S., When and Where Do national Courts Reflect an International Culture When Deciding Issues Relating to International Arbitration?, *International Dispute Resolution: Towards an International Arbitration Culture*, ICCA Congress Series No. 8, 1998.

PAULSON J., Delocalisation of International Commercial Arbitration: When and Why it Matters, 32 ICLQ 1983.

PAULSSON J., Arbitration Unbound in Belgium, 2(1) Arb Int 1986, (*Tek Atf*).

PAULSSON J., Arbitration Unbound: Award Detached from the Law of its Country of Origin, 30 ICLQ 1981, (**PAULSSON**, *Arbitration Unbound*).

PAULSSON J., The Extent of Independence of International Arbitration from the law of the situs, *Contemporary Problems in International Arbitration*, ed **Julian D. M. Lew**, 1986, (**PAULSSON**, *The Extent of Independence*).

PAULSSON J., The Role of Swedish Courts in Transnational Arbitration, 21, Va. J. Int. L., 1981, (**PAULSSON**, *Role of Swedish Courts*).

PECHOTA V., The Future of the Law Governing The International Arbitral Process: Unification and Beyond, *Essays in Honor of Hans Smit*, 3(4) Am Rev Int'l Arb 1992.

PETROCHILOS G., On the Juridical Character of the Seat in the Arbitration Act 1996, LMCLQ, 2002, (*Tek Atf*)

PETROCHILOS G., *Procedural Law in International Arbitration*, 2004.

POUDRET J-F/BESSON S., *Comparative Law on International Arbitration*, Translated by Stephen V. Berti and Annette Ponti, Second Edition, 2007.

REDFERN A/HUNTER M/BLACKABY N/PARTASIDES C., *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Fourth Edition, 2004.

REID S. A., The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration and the English Arbitration Act: Are the Two Systems Poles Apart?, 21(3) J Int'l Arb 2004.

RENSMANN T., Anational Arbitral Awards Legal Phenomenon or Academic Phantom? 15(2) J. Int'l Arb. 1998.

RIVKIN W. D., The Enforcement of Awards Nullified in the Country of Origin: The American Experience, Improving The Efficiency of Arbitration Agreements and Awards: 40 years of Application of the Nre York Convention, ICCA Congress Series No. 9, 1999.

RONEY P. D/MULLER K. A., The Arbitral Procedure, *Chapter 4*, International Arbitration in Switzerland, A Handbook for Practitioners, ed. Gabrielle Kaufmann-Kohler& Blaise Stucki, 2004.

RUBINO-SAMMARTANO M., International and Foreign Arbitration, 5(3) J Int'l Arb, 1988 (**RUBINO-SAMMARTANO, Arbitration**).

RUBINO-SAMMARTANO M., International Arbitration, Law and Practice, 2nd Edition, The Hague/London/Boston, 2001.

RUBINS N., The Arbitral Seat In No Fiction: A Brief Reply To Tatsuya Nakamura's Commentary "*The Place of Arbitration in International Arbitration- Its Fictious Character and Lex Arbitri*", 16(1) Mealey's IAR 2001.

RUTHERFORD M/SIMS H. M. J., Arbitration Act 1996: A Practical Guide, 1996.

SAMUEL A., The Effect of the place of arbitration on the enforcement on the agreement to arbitrate, *The Place of Arbitration*, eds. **M. Storme and F. De Ly**, 1992.

SANDERS P., Arbitration, *IECL*, Vol. XVI, Chapter 12, 1996 (*Tek Atf*).

SANDERS P., *Quo Vadis Arbitration?* Sixty Years of Arbitration Practice, The Hague, 1999 (*Tek Atf*).

SANDERS P., Trends in The Field of International Commercial Arbitration, 145 RCADI, 1975-II, 1976.

SANDROCK O., How Much Freedom Should an International Arbitrator Enjoy- The Desire for Freedom From Law v. The Promotion of International Arbitration, Essays in Honor of Hans Smit, 3(4) Am Rev Int'l Arb 1992, (**SANDROCK**, *International Arbitrator*).

SANDROCK O., To Continue Nationalizing or To Denationalize? That is now the Question in International Arbitration?, 12 Am Rev. Int Arb 2001.

SCHLOSSER P., Das Internationale an der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 28 RIW 12/1982, (**SCHLOSSER**, *Das Internationale*).

SCHLOSSER P., Das Recht der internationalen privaten Schiedsgerichtsbarkeit, 2., völlig neu bearbeitete Auflage, Tübingen 1989.

SCHMITTHOFF M. C., The Supervisory Jurisdiction of the English Courts, International Arbitration *Liber Amicorum* for Martin Domke, ed. Pieter Sanders, The Hague, 1967.

SCHNEIDER E. M., Art. 182, International Arbitration in Switzerland, An Introduction to and a Commentary on Articles 176-194 of the Swiss Private International Law Statute, ed. **Stephen V. Berti**, 2000.

SCHWAB K. H., The Legal Foundations and Limitations of Arbitration Procedures in the U.S and Germany, International Arbitration *Liber Amicorum* for Martin Domke, ed. Pieter Sanders, The Hague, 1967.

Sempozyum

SMIT H., A-National Arbitration, 63 Tulan L Rev, 1989.

SMIT H., Substance and Procedure in International Arbitration: Development of a New Legal Order, 65 Tulane L Rev, 1990-1991, (**SMIT**, *New Legal Order*).

SONNAUER H., Die Kontrolle der Schiedsgerichte durch die staatliche Gerichte, Köln, 1992.

SZASZY I., Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards, 14 Am. J. Comp. L., 1965-1966, (**SZASZY, Awards**).

SZASZY S., The Basic Connecting Factor in International Cases in the Domain of Civil Procedure, 15 ICLQ 1966.

ŞANLI C., Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulanacak Hukuk, Ankara, 1986, (**ŞANLI, Esasa Uygulanacak Hukuk**)

ŞANLI C., Milletlerarası Ticari Tahkimde Hakem Kararlarının Tahkim Yeri Hukukundan Ayrılması ve Bu Kararların 2675 Sayılı Kanun Açısından Tenfizi Sorunu, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, II Tahkim Haftası, Ankara, 25-26 Kasım 1983, (**ŞANLI, Milletlerarası Tahkim**).

ŞANLI C., Uluslararası Ticari Akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları, 3. Bası, 2005, İstanbul.

TANRIVER S., Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tenfizi Bağlamında Kamu Düzeninin Etkisi, Prof. Dr. Yılmaz Altuğ’a Armağan, MHB Yıl 17-18/1-2, 1997, 1998.

THEOFRASTOUS C. T., International Commercial Arbitration in Europe: Subsidiarity and Supremacy in Light of the De-Localization Debate, 31 Case W. Res J. Int’l L 1999.

THOMAS H/PUTZO H/REICHOLD K/HUSSTEGE R., Zivilprozeßordnung, München 2003, (**THOMAS/REICHOLD**).

THOMPSON D., “Detachment” from the National Law in International Commercial Arbitration, 48 Arbitration 1982.

TWEEDDALE A/TWEEDDALE K., A Practical Approach to Arbitration Law, 1999.

ÜSTÜNDAĞ S., Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Baskı, İstanbul, 2000 (*Tek Atıf*).

ÜSTÜNDAĞ S., Tahkim ve Özellikle Uluslararası Tahkim, Yargı Reformu 2000 Sempozyumu, Konuşmalar, Bildiriler, Tar-

tışmalar, Belgeler, İzmir Barosu, 2000, (ÜSTÜNDAĞ, *Uluslararası Tahkim*).

ÜSTÜNDAĞ S., Yabancı Hakem Kararı Kavramı, Yabancı Hakem Kararlarının Türkiye’de Tanınması ve Tenfizi, Bildiriler-Tartışmalar, II. Tahkim Haftası, Ankara, 25-26 Kasım 1983, 1984.

van den BERG A. J/van DELDEN R./SNIJDERS H. J., *Netherlands Arbitration Law*, 1993.

van den BERG J. A., *The New York Arbitration Convention of 1958*.

van den BERG J. A., *When Is an Arbitral Award Nondomestic Under the New York Convention of 1958*, 6 *Pace L. Rev.* 1985-1986, (*Tek Atf*)

von MEHREN A. T., *International Commercial Arbitration and Conflict of Laws, Essays in Honor of Hans Smit*, 3(4) *Am. Rev. Int’l Arb* 1992, (*Tek Atf*).

von MEHREN R. B., *From Vynior’s case to Mitsubishi: The Future of Arbitration and Public Law*, 12 *Brook. J. Int’l L.* 1986.

WILNER M. G., *Determining the Law Governing Performance in International Commercial Arbitration: A Comparative Study*, 19 *Rutgers L Rev* 1964-1965.

WOLAVER E., *The Historical Background of Commercial Arbitration*, 83 *U. Pa. L. Rev.* 1934.

YEĞENGİL R., *Tahkim*, İstanbul, 1974.

YU H., *Five Years On: A Review of the English Arbitration Act 1996*, 19(2) *J. Int’l Arb* 2002.

YU H., *Total Separation of International Commercial Arbitration and National Court Regime*, 15(2) *J Int’l Arb* 1998.

ZÖLLER R., ZÖLLER, *Zivilprozessordnung*, 24. neubearbeitete Auflage, 2004 (ZÖLLER/GEIMER)



KONUT KREDİLERİ VE TÜKETİCİNİN KORUNMASI

Dr. Bilgehan ÇETİNER*

I. GİRİŞ

Enflasyon oranında son yıllarda yaşanan hızlı düşüşü müteakip banka kredi faizi oranlarının da gerilemesi ile birlikte konut kredisine olan talepte patlama yaşanmıştır. Buna göre 2006 yılı başı itibariyle 2002 yılı sonuna göre konut kredileri hacmi 27 kat artmıştır.¹ Yeni yasalaşan ve tüketiciye uzun vadeli ve daha uygun faizle konut kredisi alma imkanı sağlayan “Mortgage” kredileri ile kısa ve uzun vadede bu artışın süreceğinde şüphe yoktur.² Bununla birlikte makro ekonomik verilerde medyana gelebilecek her türlü olumsuz değişiklikler konut kredisi kullanan tüketicileri doğrudan etkilemekte ve takipteki kredilerin toplam krediler içerisindeki payı her an değişebilmektedir. Bu gelişmeler neticesi tüketiciler ekonomik anlamda daha güçlü olan, sözleşmenin diğer tarafı konut finansmanı kuruluşlar karşısında ödeme sıkıntısı içine girmekte ve icra takiplerine uğramaktadırlar. Zira kredi sözleşmeleri piyasadaki yaygın şekliyle tüketicinin önüne içeriği önceden hazırlanmış standart sözleşmeler şeklinde gelmekte ve kredi kullanmak isteğinde olan tüketiciye bu sözleşmeyi kabul etmek ya da vazgeçmek dışında bir seçenek kalmamaktadır. O halde tüketicinin kredi sözleşmesi oluşturulurken ve sözleşme yürütülürken sahip olduğu kanuni hakların neler olduğunun tespitinde büyük yarar vardır.

* LL.M (Heidelberg), İstanbul Üniversitesi İktisat Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ Türk Bankacılık Sisteminde Konut Kredilerinin Gelişimi, Bankacılık Düzenleme ve Denetleme Kurumu SGD Çalışma Raporları, No: 2006/1.

² Konut Finansmanı Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun, Kanun no: 5582, Kabul Tarihi: 21/2/2007, Resmi Gazete’de yayım tarihi: 6.3.2007. Yazıda “Mortgage” Yasası olarak kısaltılacaktır.

İpotekli Konut Finansmanına ilişkin yeni “Mortgage” yasası ile Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna eklenen 10/B maddesi ile “Konut Finansmanı Sözleşmeleri” başlığı altında konut kredileri düzenlenmiştir. Bu yolla konut kredilerinin tüketici kredisi olma özelliğini haiz olup olmadıklarına ilişkin tartışma son bulmuştur. O halde konut kredisi alanlar Tüketicinin Korunması Hakkında Kanunu’nun tüketiciler için öngördüğü bütün koruyucu haklardan ve tedbirlerden faydalanabileceklerdir. Bu yüzden kredi kullanan kişiler için kısaca “tüketici” kavramını kullanmak yanlış olmayacaktır. Türk Hukuku böylelikle tüketicilere Alman Tüketici Hukuku’ndan daha geniş bir koruma sağlamaktadır. Zira Alman Medeni Kanunu’nun 491. maddesi 3. paragraf 1. bendi gayrimenkul mükellefiyeti ile güvence altına alınmış bütün karz akitlerini, kanunun tüketici kredileri için öngördüğü düzenlemelerden kural olarak muaf tutmuştur.³

II. KONUT FİNANSMANI KURULUŞLARININ TÜKETİCİYİ BİLGİLENDİRME YÜKÜMLÜLÜĞÜ

1. Sözleşme Öncesi Bilgi Formu

Tüketici Kanunu’nda yapılan son değişiklikle birlikte kanun koyucu konut kredilerine ilişkin olarak Avrupa Birliği yönergeleri paralelinde tüketici yararına düzenlemeler getirmektedir. Buna göre kredi finansman kuruluşları, sözleşme öncesinde tüketicilere, söz konusu konut kredisi ya da finansal kiralama sözleşmesinin şartları ile ilgili olarak genel bilgiler ile bu sözleşmenin koşullarını içeren “Sözleşme Öncesi Bilgi Formu”nu vermek yükümlülüğü altındadır. Böylece tüketici kendisine teklif edilen sözleşmeyi ve genel şartlarını inceleme hakkına sahip olmuş, önceki dönemlerde bu bağlamda yaşanan sıkıntıların önüne geçilmek istenmiştir. Ayrıca yapılan yeni düzenleme ile birlikte tüketicinin tecrübesizliğinin istismarını engellemek amacıyla, Sözleşme Öncesi Bilgi Formu’nun incelemek için tüketiciye verildiği günü takip eden bir işgünüden önce yapılan sözleşmelerin geçersiz olacağı hüküm altına alınmıştır (Tüketici Kanunu 10/B II).

³³ Latinovic, Das Widerrufsrecht, 2004, s. 15; Brandmüller, Grundschulddarlehen, 1993, s. 1; Palandt/Putzo, § 491 BGB, Rn. 18, 19.

2. Konut Finansmanı Kuruluşlarının Bilgilendirme Yükümlülüğü

Tüketici Kanununun 10/II maddesi ve bu kanunda yapılan değişikliklerin tamamı dikkate alındığında söz konusu düzenlemelerin tüketicinin aydınlatılmasına ve bilgilendirilmesine matuf olduğu görülecektir. Konut finansmanı kuruluşlarının, gerek sözleşme öncesi dönemde gerekse de sözleşme içerisine kanun koyucu tarafından emredilen bu unsurları koymak durumundadırlar.

Konut Kredisi Sözleşmesinin hukuki anlamda geçerli olabilmesi için gerekli olan ve kredi finansman kuruluşlarının tüketiciyi bilgilendirmekle mükellef olduğu şartları şu şekilde sıralamak mümkündür: Konut kredisi tutarı, faiz ve diğer masraflarla birlikte hesaplanacak toplam borç miktarı, faiz hesabına esas alınacak yıllık faiz miktarı, ödeme tarihleri ile birlikte ana para, faiz, fon ve diğer masrafların tek tek hesaplandığını gösteren bir ödeme planı, bu krediye ilişkin olarak tüketiciden istenecek olan teminatların neler olduğu, akdi faiz oranının % 30'unu geçmemek üzere gecikme faiz oranı, borçlunun temerrüde düşmesinin hukuki sonuçları, kredinin vadesinden önce ödenmesine ilişkin şartlar ile konut kredisinin yabancı para birimi cinsinden kullanılması durumunda, geri ödemeye ilişkin taksitlerin ve toplam kredi tutarının hesaplanmasında hangi tarihteki kurun dikkate alınacağına ilişkin şartlar şeklindedir. Bu şekilde sıralanan genel şartlar hakkında tüketicinin bilgilendirildiğinin ve kanunda öngörülen şartların yerine getirildiğinin kayıt altına alınması daha sonra bu konuda doğabilecek husumetlerin önlenmesi açısından faydalı olacaktır.⁴

Tüketici Kanunu'nda yapılan son değişiklikle sabit faiz oranı dışında tarafların değişken faiz oranı da belirleyebilme imkanı sağlanmıştır. Ayrıca değişken faizin belirlenmesi halinde, bu durumun tüketici aleyhine doğurabileceği olumsuz sonuçlara ilişkin olarak tüketicinin bilgilendirilmesi şartı getirilmiş ve kredi kuruluşlarına bu konuda mükellefiyetler yüklenmiştir.

⁴ İnal, Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, s. 274.

3. Mukayeseli Hukuk Açısından Konut Kredisi Sözleşmesinde Bilgilendirme Yükümlülüğü

Konut kredisi sözleşmesi yapılırken tüketicinin doğru ve eksiksiz bilgilendirilmesi hususunda Türk Hukuku ile diğer hukuk sistemlerinin ve özellikle de AB Hukuku'nda mevcut düzenlemelerin incelenmesinde fayda vardır.

Alman Hukuku'nda kredi veren kuruluşa sözleşme öncesi bilgilendirme konusunda yüklenen yükümlülükler ile Türk Hukuku'nda benimsenen yükümlülükler arasında paralellik olduğu göze çarpmaktadır. Alman yargı içtihatlarında bu bağlamda kabul edilen ilk prensip bankanın kredi sebebiyle tüketici aleyhine ortaya çıkacak fazla sorumluluk konusunda tüketiciyi ayrıntılı olarak bilgilendirmesi zorunluluğudur.⁵ Alman Yargıtay'ı bilgilendirme yükümlülüğüne aykırı bazı davranışların kredi kuruluşlarının sorumluluğunu doğuracağını belirtmektedir. Buna göre banka tarafından bir fon girişiminin mamelekinin yetersiz olduğu biliniyor ve bu durum tüketiciden saklanıyorsa⁶ ya da kredi veren kuruluş kredi kullanan tüketiciye taksitli kredi yerine çok fazla bilinmeyen bir meblağ sigortası yapılması şartına bağlı bir kredi teklif ediyorsa⁷ bankanın sorumluluğuna gidilebilir. Sorumluluğu sınırlandıran bu şartlar göz önünde tutulduğunda Türk Tüketici Kanunu'nun 10/B maddesinin (I, II ve III. fıkrası) Alman Hukukuna nispetle tüketici için daha etkin bir koruma sağladığı açıktır.

Avrupa Birliği'nin İpotek Bankaları üzerinde yaptığı baskılar neticesinde tüketiciler için daha çok şeffaflık sağlamaya yönelik olarak "Konut Kredileri için Sözleşme Öncesi Bilgilere İlişkin İhtiyari Davranış Kuralları" belgesi kabul edilmiştir. Bu belgenin temelini yine AB Komisyonu'nun aynı adlı tavsiye kararı oluşturmaktadır.⁸ 5.3.2001 tarihinde Avrupa Yapı Tasarrufu Bankaları Birliği ve diğer kredi kuruluşları birlikleri tarafından imzalanmıştır.

⁵ BGH, NJW- RR 1991,502.

⁶ BGH, v.24.3.1992, MDR,1992, 1053 = NJW 1992, 2146.

⁷ BGH9.3. 1989, MDR,1989,2181.

⁸ European Commission (1 Mart 2001)"Commission Recommendation on pre-contractual information to be given to consumers by lenders offering home loans" (K 2001) 477 Endg.

Komisyon kredi verenler için bir merkezi sistem oluşturmayı ve tüketicileri bu davranış kuralları belgesini imzalayan kredi kuruluşları konusunda bilgilendirmeyi hedeflemiştir. Davranış Kuralları Belgesi kredi kuruluşunu sözleşme öncesi tüketiciye, sunulan krediye ilişkin genel bilgiler ve somut krediye ilişkin kişiselleştirilmiş bilgiler verme yükümlülüklerini içermektedir. O halde kredi veren kuruluş ürün tanımından, nominal ve efektif faiz oranları, kredi tutarı ve ödeme süre ve miktarı, ek masraf ve ödemeler, erken ödeme imkanına kadar geniş bir yelpazede tüketiciyi bilgilendirme yükümlülüğü altına alınmış bulunmaktadır. Yalnız Komisyonun bu tavsiye kararı adından da anlaşılacağı üzere bağlayıcı değildir. Üye ülke mahkemeleri bu Davranış Kuralları Belgesini ancak iç hukuk kurallarını yorumlamada kullanabileceklerdir.⁹

III. TÜKETİCİNİN SÖZLEŞMEDEN CAYMA HAKKI

Tüketici Kanunu tüketici kredileri için özel bir cayma hakkı düzenlememektedir. Ancak kredi sözleşmesi Tüketici Kanunu'nun 8. maddesi anlamında bir kapıdan satış sözleşmesi niteliği taşıyorsa yani konut finansmanı kuruluşu dışında örneğin tüketicinin evinde yapılmış olması halinde yine 8. maddenin 3. fıkrasındaki cayma hakkına başvurulabilir. Buna göre tüketici kredi sözleşmesinin imzalanmasını müteakip yedi gün içinde hiçbir gerekçe göstermeden ve hiç bir yükümlülük altına girmeden sözleşmeden cayabilir.¹⁰ Caymanın hukuki sonucu sözleşmenin askıda geçersizlik hali (schwebend Unwirksamkeit) sona erer ve sözleşmenin tarafları arasında tasfiye ilişkisi kurulur yani taraflar ifa etmiş oldukları edimlerini iade ile yükümlü olurlar.¹¹

Ancak konut finansmanı kuruluşunda, yani tüketicinin kredi alma bilinci ve istemi ile kredi verenin işyerinde imzalamış olduğu

⁹ Sweitzer/Hummer, Europarecht, 5. Auflage 1996, Rn. 382; Reuter, Der Europäische Verhaltenskodex für Hypothekarkreditgeber, Der langfristige Kredit, 2001, s. 161 vd.

¹⁰ Alman Hukuku'nda ise Medeni Kanunun 355. maddesine göre bu süre iki haftadır ve tüketicinin cayma hakkı konusunda açıkça bilgilendirildiği tarihten başlar. Bkz. Palandt/Grüneberg, § 355 BGB, Rn. 11 vd; Enders, Verbraucherdarlehensverträge, s. 221; Fransız Hukuku'nda ise tüketiciler için 10 günlük bir düşünme süresi tanınmıştır, Art. L 312-10 aliéna 2 Code de la Consommation.

¹¹ Özel, Geri Alma Hakkı, s. 196-197; Demir, Kapıdan İşlemlerde Geri Alma Hakkı, s. 327 vd.

bir kredi sözleşmesinde tüketicinin artık acele bir kararla kredi almaya karar vermesi durumu ortadan kalkmış olacağından tüketici kanunu korunmaya değer özel bir hukuki yarar görmediğinden genel bir cayma hakkı tanımamıştır. Borçlar Kanunu'nda da cayma hakkı düzenlenmemektedir. Bu durumda tüketici ancak, aldığı krediyi Tüketici Kanunu'nun 10/B maddesi 13. fıkrası hükmünce geri ödemek suretiyle sözleşmeyi feshedebilir.

IV. KONUT KREDİSİ SÖZLEŞMESİ

1. Konut Kredisi İşlem Şartları

Tüketici Kanununun kredi sözleşmeleri bağlamında tüketiciye sağladığı ilk koruma kredi sözleşmelerinin yazılı yapılması ve bir nüshasının tüketiciye verilmesi zorunluluğudur (Madde 10/B 3. fıkra). Sözleşmenin içeriğine ilişkin olarak da 10/B maddesi sözleşmenin asgari zorunlu unsurları olarak kredi tutarı, konuta ilişkin bilgiler, yıllık faiz ve maliyet oranları, toplam borç tutarının ana para, faiz ve diğer giderler itibarıyla dağılımı, değişken faizli sözleşmelerde baz alınan endeks ve faiz oranındaki veya kira bedellerindeki değişimin hesaplanma yöntemi, geri ödeme planı, tarihleri ve sayısı, istenecek teminatlar, gecikme faiz oranı, borçlunun temerrüdünün hukuki sonuçları, erken ödeme şartları ve hesaplanması, konutta kıymet takdirini gerektiren haller ve kimler tarafından yapılacağı ve son olarak konuta ilişkin sigorta bilgilerini öngörmektedir. Emredici hüküm olması nedeniyle bu unsurlardan biri ya da birkaçını içermeyen sözleşmeler Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca geçersiz olacaktır¹².

Ayrıca bu sözleşmelerin açık, net ve anlaşılabilir olması açısından 6. maddenin 6. fıkrasına göre en az 12 punto ve koyu siyah harflerle düzenlenmesi gerekir. Zira daha önce de belirtildiği üzere kredi sözleşmesinin koşulları uygulamada karşılıklı müzakereler yoluyla belirlenmemekte, daha çok kredi sağlayıcı konut finansmanı kuruluşunun tek tarafı olarak önceden hazırladığı ve tüketicinin içeriğine etki etme imkânının olmadığı ve hatta çoğu zaman ayrıntılı okumadan imzaladığı matbu metinler içinde bulunmaktadır

¹² Zevkliler/Aydoğdu, Tüketicinin Korunması, s. 284.

("konut kredisi işlem şartları").¹³ Bu nedenle Tüketici Kanunu'nun 6. maddesinde düzenlenen genel işlem koşulları bakımından tüketiciyi koruyucu hükümler konut kredisi sözleşmeleri için de uygulama alanı bulmaktadır. Buna göre sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden, tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır ve taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir. Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmeliğin Eki mahiyetindeki kısmında bu türden haksız şartlardan bazıları örnek mahiyetinde verilmiştir. Konut kredileri bakımından ele alındığında şu sonuçlar ortaya çıkmaktadır: Kredi verenin kusurundan ortaya çıkan zararlarda yasal sorumluluğunu kaldıran veya sınırlayan şartlar, tüketicinin takas talep etme hakkını bertaraf eden veya ölçüsüz şekilde sınırlayan şartlar, tüketicinin her halde ifa ile yükümlü tutulduğu şartlar, tüketicinin tazminat talep etme hakkını kaldıran veya önemli ölçüde sınırlayan şartlar, kredi verene çok geniş kapsamlı fesih hakkı tanıyan şartlar, kredi verene sözleşmeyi tek taraflı olarak ve sözleşmede belirlenmiş önemli sebeplerden biri olmaksızın değiştirme veya sözleşme şartlarını tek başına yorumlama veya tüketicinin onayı olmadan sözleşme ilişkisini devretme yetkisi veren şartlar ile tüketicinin yargı yoluna başvurmasını sınırlayan veya güçleştiren tüm şartlar haksız şart mahiyetindedir.

Bu şartlar içerisinde konut finansmanı kuruluşlarının en çok başvurdukları ve somut olayın koşullarına göre haksız şart olma özelliği tespit edilecek olanı kuşkusuz bir konut finansmanı kuruluşunun sözleşme koşullarında sonradan değişiklik yapma hakkını saklı tuttuğu şartlardır (Anpassungsklauseln). Bu türden bir koşul sözleşmede yok ise, Tüketici Kanunu'nun 10/B maddesi 3. fıkrası 2. cümlesi uyarınca taraflar arasında akdedilen sözleşmede öngörülen kredi şartları, sözleşme süresi içerisinde tüketici aleyhine değiştirilemez. Konut finansmanı kuruluşları uygulamada bu yolla

¹³ Zevkliler/Aydoğdu/Petek, Borçlar Hukuku Özel, s. 286; Zevkliler/Aydoğdu, Tüketicinin Korunması, s. 160.

daha çok faiz oranlarında, taksit miktar ve sayısında değişiklikler yapabilmektedirler. Ancak Kanun'un bu amir hükmü karşısında söz konusu değişiklikler Borçlar Kanunu'nun 20. maddesi uyarınca kural olarak geçersiz olacaklardır. Yalnız burada Medeni Kanunun 2. maddesindeki doğruluk ve dürüstlük kuralından doğan istisnai durumlar olabilir. Yani yaşanan bir ekonomik kriz neticesi mevduat faizlerinde meydana gelecek aşırı artışlar, kredilerini daha çok mevduat birikimlerinden finanse eden konut finansmanı kuruluşları dar boğaza sürükleyebilecektir. Bu durumda konut finansmanı kuruluşlarının MK m. 2 kapsamında faiz ayarlaması yapabileceklerini kabul etmek gerekir¹⁴.

Sözleşmede, konut finansmanı kuruluşu lehine sonradan sözleşme koşullarında uyarlama yetkisi tanındığı durumlarda hukukun korunmaya değer iki menfaat arasında bir çatışmadan söz edilebilir. Özellikle "Mortgage" gibi uzun vadeli kredilerde konut finansmanı kuruluşlarının değişen ekonomik şartlar karşısında finansman sorunları yaşamadan işlem temelini koruyabilmesi, tüketicinin ise en azından belirli bir vadede borç ve faiz geri ödemesi planı yapabilmesi gerekir. Sonradan uyarlama koşulları üç şekilde karşımıza çıkmaktadır.¹⁵ Bunlardan ilki sözleşmenin taraflarının herhangi bir işlem yapmasına gerek olmadan, sözleşme koşullarında otomatik olarak uyarlama yapılmasını öngören koşullardır, örneğin faiz oranının hazine tahvillerinin faiz oranına endekslenmesi. Bu durumda meydana gelecek değişiklik tüketici lehine de olabilecektir. Bir diğer durum ise sözleşmenin taraflarından birisine belirli bir koşulun gerçekleşmesi halinde uyarlama yetkisinin verilmesidir. Örneğin yıllık enflasyon oranında bir değişiklik olması halinde taraflardan birine uyarlama yetkisi veren şartlar. Burada amaç edimler arası eşit denge ilkesinin (Äquivalenz) değişen koşullar ışığında yeniden sağlanmasıdır. Bu dengenin taraflardan birisi aleyhine esaslı biçimde bozulması halinde işlem temelini çökmesi neticesi ortaya çıkacaktır ki bu durumda tarafların kanundan doğan uyarlama talep etme hakları da vardır. Son olarak söz-

¹⁴ Yarg. 19. HD 1996/3416 E ;1997/831 K; İnal, Tüketici Kredileri, s. 257

¹⁵ Jacobi, Konditionsanpassungsklauseln beim Hypothekarkredit, s. 21; Horn, NJW 1985, 1119.

leşmede belirli bir şartın gerçekleşmesi halinde sözleşmenin uyarlanması için değişiklik sözleşmesi yapılmasını öngören koşullar. Bu durumda kredi sözleşmesinden doğan borç ilişkisi değişiklik sözleşmesi ile devam ettirilmiş olacaktır.¹⁶

Bütün bu durumlarda uyarlama koşulunun Tüketici Kanunu'nun 6. maddesinin 1. fıkrası (Alman Hukuku'nda § 307 I BGB) anlamında haksız şart olup olmadığı konusunda Alman doktrininde ve içtihadında geliştirilen prensipler göz önünde tutulabilir. Bu şartların akıbetiyle ilgili olarak farklı görüşler mevcuttur. Löwe¹⁷ tek taraflı edimin içeriğini sonradan belirleme ya da değiştirme koşullarının her durumda haksız şart (unangemessene Benachteiligung) olarak görmekte, buna karşın diğer yazarlar istisnai durumlarda bu şartları geçerli bulmakta¹⁸ ve nihayet Alman Yargıtay kararları ise bu koşulları peşinen hükümsüz ilan etmekte ve § 307 BGB (§ 9 AGBG a.F.) ye göre yapılacak bir içerik kontrolüne tabi tutmakta ve bu bağlamda tarafların tipik edimlerinin kapsamının, tarafların menfaat dengesinin ne oranda gözetildiğinin, uyarlamaya yol açan şartların ağırlığı ve etkilerinin ve uyarlama nedeni ve çerçevesinin sözleşme koşulu içerisinde belirtilmiş olmasının gözetilmesinin zorunlu olduğunu belirtmektedir.¹⁹ Faiz oranı uyarlama koşulları bakımından örneğin BGH 1986²⁰ tarihli bir kararında bu tür koşulların yalnızca faiz artırımını değil gerektiğinde faiz indirimini de kapsamaması gereğini ve artış yapılacak olması halinde aynı türden krediler için piyasada yaygın faiz oranı ile uyumlu olmasını öngörmektedir. Yani tamamen keyfi ve tüketiciye ölçsüz biçimde zarar veren ayarlamalar yapmak mümkün değildir.

¹⁶ Horn, NJW 1985, 1119; Harms DB 1983, 322; Jacobi, Konditionsanpassungsklauseln beim Hypothekarkredit, s. 36 vd.

¹⁷ BB 1982, 155; BB 1982, 649; BB 1984, 494.

¹⁸ Bunte, NJW 1984, 1149; Trinkner, in: Löwe/v. Westphalen/Trinkner, § 11 Rn. 25; Wolf, in: Wolf/Horn/Lindacher, Rn. 63.

¹⁹ BGHZ 82, 21; BGH NJW 1983, 1603; BGH 1984, 1177; NJW 1986, 1803; BGH 1985, 617; BGH NJW 1985, 854.

²⁰ BGH NJW 1986, 1803.

2. Konut Finansmanı Kuruluşunun Birlikte ve Müteselsilen Sorumluluğu

Tüketicilerin konut kredisi kullanırken karşılaştıkları bir diğer sorun ise inşaat sektöründe meydana gelebilecek olumsuzluklar neticesi kredi kullanılan projelerin tamamlanamamasıdır. Tüketiciyi Koruma Kanununun 10. maddesi bu konuda belirli şartlar altında tüketiciyi koruyucu hükümler içermektedir. Buna göre bir konut finansmanı kuruluşunun belli bir projeye kredi vereceğini belirterek proje sahibi firma ile ortak kampanya yürüttüğü durumlarda konut finansmanı kuruluşu da sonradan ortaya çıkabilecek olumsuzluklardan dolayı sorumlu tutulabilmektedir. Tüketici Kanunu'nun 10/B maddesinin 3. fıkrasına göre konut finansmanı kuruluşları, konut kredisini belirli bir konutun satın alınması ya da belirli bir satıcı yapılacak satış sözleşmesi şartı ile vermesi durumunda, konutun hiç ya da zamanında teslim edilmemesi halinde tüketicie karşı kredi veren satıcı ile birlikte kredi miktarı ile sınırlı olmak kaydıyla müteselsilen sorumlu olur. Bu sorumluluk konut finansmanı kuruluşları tarafından verilen kredilerin ipotek finansmanı kuruluşlarına, konut finansmanı fonlarına veya ipotek teminatlı menkul kıymet teminat havuzlarına devrolması halinde dahi devam eder. Bu durumda krediyi devralan kuruluş bu madde kapsamında sorumlu tutulamayacaktır. Bu yeni düzenlemenin en önemli sonuçlarından birisi de muhakkak konut finansmanı kuruluşlarının anlaştıkları firmalar konusunda daha hassas davranmak ve daha etkin biçimde denetleme yoluna gitmek zorunda kalmalarıdır. Uygulamada konut finansmanı kuruluşları, inşaat firmasına belli bir limit açarak özel anlaşmalar yapmakta ve projeyi gerçekleştiren firmanın projeyi yarıda bırakması durumunda konut finansmanı kuruluşu belli koşullarda firma ile anlaşma yaparak projeyi tamamlatabilmekte ya da tüketicinin kullandığı kredi nedeniyle mağduriyetini gidermekte ve hatta konut finansmanı kuruluşu bazı durumlarda yarım kalan projeyi tamamlatabilmektedir.

Konut teslim edilmekle birlikte ayıplı olması halinde Tüketici Kanunu'nun 4. maddesi 3. fıkrasına göre 10/B maddesi 9. fıkrasına göre kredi veren ve satıcı ve inşaat firması, ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddede yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen

sorumludur. Yine Tüketici Kanunu'nun 7. maddesinin 3. fıkrasına göre 10/B maddesi 9. fıkrasına göre kredi veren konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu teslim tarihinden itibaren 1 yıl süre ve kullandığı kredi miktarı ile sınırlıdır. Konut finansmanı kuruluşları tarafından 10/B maddesinin dokuzuncu fıkrasına göre verilen kredilerin devrolması halinde dahi, kredi veren konut finansmanı kuruluşunun sorumluluğu devam eder. Krediyi devralan kuruluş bu madde kapsamında sorumlu olmaz. Ayıplı malın neden olduğu zarardan dolayı birden fazla kimse sorumlu olduğu takdirde bunlar müteselsilen sorumludurlar. Satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz.

3. İşlem Temelinin Çökmesi

Geçmiş dönemlerde yaşanan ekonomik dalgalanmalar ve krizler, ev sahibi olmak umuduyla hareket eden ve adeta bankalara karşı korumasız durumda bulunan tüketicilerin büyük zararlarına sebebiyet vermiştir. Bu zararların giderilmesi anlamında mevcut yasalardaki eksiklikler bankalar lehine önemli avantajlar meydana sağlamış ve tüketicilerin büyük oranda mağduriyetlerine sebebiyet vermiştir. Ancak TKHK'da yapılan son değişiklikle tüketicinin korunması yönünde önemli tedbirler alınmış ve tüketici daha güçlü bir koruma kalkanına sahip olmuştur.

Sözleşmelerin temelini karşılıklı menfaatlerin dengelenmesi oluşturmaktadır. Ülkemiz gibi ekonomik buhranların ve krizlerin yaşandığı ülkelerde konut kredisine ilişkin sözleşmelerde taraflar genellikle eşit şartlarda bulunmamaktadır. Kredi veren kuruluşlar geçmiş dönemde özellikle 1994 ekonomik krizinde konut kredisi kullanan tüketicilere sözleşme serbestliği ilkesinden faydalanarak ağır şartları haiz sözleşmeler imzalatmışlardır. Sözleşme kurulurken mevcut dengenin sonradan çeşitli nedenlerle taraflardan biri aleyhine esaslı biçimde bozulması durumunda sözleşmeye bağlılıktaki hukuki yarar ortadan kalkacaktır. Edimler arası ortaya çıkabilecek bu büyük dengesizliğin giderilmesi için beklenmeyen hal veya clausula rebus sic stantibus koşullarının gerçekleşmesi gerekir.²¹ Örneğin yaşanan bir ekonomik buhran ya da gerçekleşen

²¹ Burcuoğlu, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, s. 60.

develüasyon neticesi başlangıçta sözleşme yapılırken mevcut koşullar, tarafların öngördükleri risk oranının çok ötesinde değişmiş olabilir. Bu durumda tarafların sözleşmeyi aynı koşullarla yürütmeleri mümkün olmayacaktır. O halde doğruluk ve dürüstlük prensipleri (MK m. 2) uyarınca sözleşme ancak değişen duruma uyarlanarak devam ettirilebilecektir ya da sona erdirilecektir.²²

a. İşlem Temelinin Çökmesi Halinin Uygulanma Şartları

İşlem temelinin çökmesi ancak istisnai durumlarda başvuru-
labilecek bir müessesedir. Esas olan pacta sunt servanda ilkesidir,
yani tarafların sözleşme hükümleri ile bağlılığıdır. Boşanma veya
alınan malın değerinin düşmesi bu bağlamda yeterli neden teşkil
etmemektedir.²³ Ayrıca esaslı neden kredi kullanan tüketicinin şah-
sına dair bir nedense, işlem temelinin çökmesinden doğan hakları
talep etmesi mümkün değildir zira kredinin kullanımı kural olarak
tüketicinin riziko alanına dahil bir unsurdur²⁴. Dolayısıyla
sözleşmenin kendisi için çekilmez ve katlanılmaz bir hal aldığını
iddia eden tarafa meydana gelen şartlar nedeniyle herhangi bir kusur
isnadının olmaması gereklidir.

Sözleşmenin çekilemez bir hal aldığını iddia eden taraf ya
sözleşmenin revize edilmesini ve yeni şartlar ile devamını ya da
sözleşmenin feshini talep etmelidir. Ancak unutulmamalıdır ki bu
durumda ilk önce sözleşmenin revize edilerek yeni şartlarla devam
edilmesi esas amaçtır. Bu sağlanamazsa ancak fesih veya dönme
yoluna başvurulmalıdır²⁵.

Beklenmeyen ve öngörülemeyen bir halin varlığı sebebiyle
sözleşmenin oluşan yeni koşullara göre uyarlanması söz konusu
olduğunda ilk olarak mevcut sözleşmede veya kanunda değişen hal

²²Eren, Borçlar Hukuku I, s. 579; Serozan, (Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı), Borçlar Hukuku III, s. 164; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop s.1005.

²³ Bkz. bu konuda ki Alman mahkeme kararlarından örnek olarak OLG Karlsruhe, v. 5.10.1995-12 U 95/95, NJW –RR 1996, 814; OLG Schleswig v. 02.10.1996-5 U 124/95, ZIP 1997, 501.

²⁴ BGH v. 01.07.1997-XI ZR 267/96, BGHZ 136, 161; BGH v. 02.11.1989- III ZR 143/88, MDR 1990, 419; BGH v. 12.3.1991- XI ZR 190/90, MDR 1991, 752; BGH v. 12.12.1985- III ZR 184/84, MDR 1986, 476.

²⁵ Kocayusufpaşaoğlu/Hatemi/Serozan/Arpacı, III,s. 169.

ve şartlarla ilgili olarak herhangi bir kaydın ve hükmün bulunup bulunmadığına dikkat edilmelidir²⁶. Böyle bir düzenleme yok ise sözleşmenin uyarlanması yoluna gidilecektir. Mamafih böyle bir kayıt ve düzenlemenin varlığına rağmen, bunun uygulanması MK. m.2 anlamında hakkın kötüye kullanılmasına yol açacak ise yine uyarlama yoluna gidilmelidir²⁷.

b. Döviz Endeksli Kredilerde İşlem Temelinin Çökmesi

Bir diğer sorun ise döviz endeksli kredilerde kendini göstermektedir. Özellikle 1994 ekonomik krizinde gün yüzüne çıkan ve kredi kullanıcılarının büyük oranda mağduriyetine yol açan döviz endeksli krediler, bizim gibi ekonomileri sağlam temellere dayanmayan ülkelerde tüketici hakları bakımından tehdit oluşturmaktadır²⁸. Dövizdeki büyük artış sebebiyle almış oldukları kredilerin taksidini ödeyemeyen tüketiciler, satın almış oldukları taşınmazı ellerinde tutma noktasında sıkıntıya düşmüşler ve neticede bankalar aleyhine uyarlama davaları açmışlardır²⁹. Sözleşme serbestisi ilkesi gereği tarafların sözleşme şartlarını diledikleri gibi düzenleyebilmeleri özgürlüğü vardır. Sözleşmenin sonradan revize edilmesinin ilk etapta bu özgürlüğe aykırı bir durum ortaya çıkarmaktadır. Ancak unutulmamalıdır ki bu serbesti ancak tarafların eşit haklara sahip oldukları halleri kapsamaktadır³⁰. Döviz kurlarının % 250 gibi bir oranda artması halinde sözleşmeye bağlılık ilkesinden bahisle kredi sözleşmenin mevcut şartlarla devamını ve tarafların edimlerini aynı şartlarla ifa etmelerini beklemek hak ve nesafet kuralları ile bağdaşmamaktadır.

V. VADESİNDEN EVVEL GERİ ÖDEME

Tüketici Kanunu'nun 10/B maddesinin 13. fıkrasına göre tüketici, kredi verene borçlandığı toplam miktarı önceden ödeyebileceği gibi aynı zamanda vadesi gelmemiş bir ya da birden çok taksit

²⁶ İnal, Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, s. 264.

²⁷ Yargıtay 13.HD., 1995/145 E.; 1995/3339 K.; 6/4/1995 T.; YKD 1995-6, s. 915.

²⁸ Yargıtay HGK, 1993/13- 41E.; 1993/145 K.; 7/4/1993T.; YKD 1994- 1945, Yargıtay 13.HD., 1995/145 E.; 1995/3339 K.; 6/4/1995 T.; YKD 1995-6, s.911-919.

²⁹ Burcuoğlu, Prof. Dr. İsmet Sungurbey'e Armağan, s.75.

³⁰ İnal, Tüketici Kredileri ve Tüketici Kredisi Sözleşmeleri, s. 260.

ödemesinde de bulunabilir. Her iki durumda da konut finansmanı kuruluşu gerekli faiz indirimini yapmakla mükellef kılınmıştır. İndirimin ne oranda ve hangi veriler göz önünde tutularak yapılacağı konusunda Yönetmelikle düzenleme yapılmasını öngörülmektedir. Bununla birlikte bu yönetmelik çıkana kadar "Tüketici Kredisinde Erken Ödeme İndirimi ve Kredinin Yıllık Maliyet Oranını Hesaplama Usul ve Esasları Hakkında Yönetmeliği" kıyasen uygulanabilir. Yönetmeliğin 6. maddesine göre vadeden önce ödenecek bir veya birden fazla taksit söz konusu olduğunda, erken ödenen taksit tutarı içinde yer alan anapara tutarı üzerinden akdi faiz oranı ve erken ödenen gün sayısı dikkate alınarak bulunacak faiz, faiz üzerinde hesaplanacak kamusal yükümlülükler toplamı ve komisyon tutarı kadar indirim yapılır. Kredinin tamamının vadesinden evvel ödenmesi durumu için Yönetmeliğin 7. maddesi ödeme zamanına göre ikili bir ayırım öngörmektedir. Erken ödeme, taksit tarihinde yapılıyorsa; vadesi gelen taksit ödemesi, geriye kalan taksit tutarları içerisindeki anapara borcu ve varsa o tarihe kadar tahsil edilmemiş faiz ve kamusal yükümlülükler tahsil edilir.

Erken ödeme, iki taksit tarihi arasında yapılıyorsa; ödeme planında yer alan en son ödenmiş taksit tarihiyle, erken kapatma işleminin gerçekleştiği tarih arasında, anaparaya işleyen faiz tutarı, en son ödenmiş taksit tarihi itibarıyla geriye kalan taksit tutarları içerisindeki anapara borcu ve varsa o tarihe kadar tahsil edilmemiş faiz ve kamusal yükümlülükler tahsil edilir.

Tüketici kredilerinde Uygulama Yönetmeliği'nin 5. maddesine göre kredi veren erken ödemelerde herhangi bir isim altında ek ödeme talebinde bulunamaz. Ancak konut kredileri bakımından Tüketici Kanunu 10/B maddesi sabit faiz oranı ile yapılmış kredi sözleşmelerinde erken ödeme yapılması halinde konut finansmanı kuruluşunun erken ödeme ücreti talep edebileceğini hükme bağlamaktadır. Bu noktada diğer tüketici kredileri ile konut kredileri arasında bir ayırım yapılmış olmaktadır. Kanun gerekçelerinde bu durumun sebebi olarak tüketicilerin, piyasadaki gelişmelere göre kar elde edebilmek amacıyla sözleşmelerini kapatıp bir başka sözleşme yapmalarının bu yolla öne geçilmesi gösterilmektedir. Bu yolla kazanç ve kayıpları dengeleyici bir unsur olarak erken ödeme

ücretinin öngörüldüğü belirtilmektedir.³¹ Ayrıca değişken faiz oranlı krediler için böyle bir ücret talebi söz konusu olmayacaktır.

Kredi borcunun tamamen ödenmesi sözleşmenin feshi ile birlikte gerçekleşecektir. O halde kanun tüketici kredileri ve konut kredileri için borcun tamamını ödemek suretiyle sözleşmeyi feshetmek imkanı tanımıştır. Sözleşmenin feshi ile birlikte ileriye yönelik olmak üzere borç ilişkisi sona erecektir.³² Ancak fesih anına kadar mevcut haklar ve yükümlülükler fesihten etkilenmeyecektir.

VI. TÜKETİCİNİN TEMERRÜDÜ

Borçlar Kanunu madde 101/I' göre "Muaccel bir borcun borçlusu alacaklının ihtariyle mütemerrit olur". Kredi taksitinin vadesi gelmiş olmasına rağmen tüketicinin ödeme yapmamış olması halinde kural olarak Borçlar Kanunu mad 101/II' ye göre belirli vadeli bir borç ilişkisi mevcut olması itibariyle borç herhangi bir ihtar yapılmasına gerek olmaksızın muaccel olacaktır. Ancak Tüketici Kanunu madde 10/B 4. fıkrası temerrüdün hüküm ifade etmesi bakımından alacaklı kredi kuruluşu için bir yükümlülük getirmektedir. Buna göre borçlunun temerrüde düşmesi halinde konut finansmanı kuruluşu borçluya temerrüt tarihinden itibaren beş iş günü içerisinde iadeli taahhütlü posta yoluyla bildirimde bulunmalıdır. O halde Kanun temerrüdün ortaya çıkmasının bir koşulu olarak değil ancak sonuç doğurabilmesinin gereği olarak ihtar yükümlülüğü getirmiştir. Mütemerrid olan borçludan Borçlar Kanunu madde 106-108'e göre kredi kuruluşu aynen ifayı ve temerrüt faizi talep edebilir.³³ Ayrıca tüketici kusurlu olarak temerrüde düşmüş olması halinde kredi kuruluşunun gecikmeden doğan zararlarını tazmin ile de mükelleftir.³⁴

³¹ Konut Finansman Sistemine İlişkin Çeşitli Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı, 28.11.2005, Madde Gerekçeleri, Madde 23.

³² Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 402 vd., Alman Hukukunda "Kündigung mit Vorfalligkeitsentschädigung" bkz. Wenzel, WM 1995, 1433, 1436; BGH v. 07.11.2000-XI ZR 27/00, MDR 2001, 225; BGH v. 01.07.1997-XI ZR 267/96, BGHZ 136, 161, 172; Fransız Tüketici Hukukundaki yasal düzenleme için bkz. Art. L 312-21 Code de la Consommation.

³³ Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 1055.

³⁴ Tandoğan, Mesuliyet, s. 482; Tunçomağ, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 922; Oğuzman/Öz, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, s. 372.

Borcun tamamı için tüketicinin temerrüde düşürülebilmesini Tüketici Kanunu madde 10/B 5. fıkra bir takım koşulların gerçekleşmesine bağlamıştır. Öncelikle konut finansmanı kuruluşu bu hakkını sözleşme ile saklı tutmuş olmalıdır. O halde bu yönde sözleşmede hiçbir hüküm bulunmaması halinde kredi kuruluşu ancak vadesi geçmiş ödeme veya ödemeler veya taksitler için borçlunun temerrüdü hükümlerine başvurabilir. Diğer bir şart ise tüketicinin birbirini izleyen en az iki ödemede temerrüde düşmüş olması gereklidir. Bu koşulların gerçekleşmiş olması halinde dahi tüketici ancak kendisine 1 aylık bir süre verilerek muacceliyet uyarısında bulunmuş olması halinde borcun tamamı için temerrüde düşecektir. O halde konut finansmanı kuruluşu tüketicinin üst üste ikinci ödemeyi de yapmamış olması halinde seçimlik hakka sahiptir; beş iş günü içerisinde posta yoluyla bu durumu mütemerrid tüketiciye bildirerek mevcut ödenmelerden dolayı temerrüdden doğan haklarını kullanabileceği gibi ikinci ödemenin vadesinin geçmiş olması ile birlikte tüketiciye bildirimde bulunarak 1 aylık bir süre tanıyarak süre sonunda muaccel olan borcun tamamı için temerrüt hükümlerine başvurabilir.

VII. SONUÇ

Yeni Mortgage yasasıyla Tüketici Kanunu'nda yapılan değişiklikler ile tüketici için kapsamlı koruyucu hükümler getirilmektedir. Bu bakımından Türk Hukuku Avrupa ülkelerinde mevcut yasalarla karşılaştırıldığında tüketicileri için daha güvenli bir sistem öngörmektedir. Bu durum daha çok tüketici hukukunun ülkemizde henüz yeni gelişmekte olması ve Avrupa'da bugüne değin gerek milli hukuklar ve gerekse AB Hukuku ile sağlanan hakların Türk tüketicilerine de sağlanması konusunda Türk kanun koyucusunun en kısa sürede ve en kapsamlı şekliyle bir milli tüketici hukuku oluşturması çabasının bir sonucudur.

MÜŞTEREK HUKUK DÖNEMİ İLE AVRUPA BİRLİĞİ ULUSLARÜSTÜ HUKUK DÜZENİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Av. Banu BOZKURT BOZABALI*

I. GİRİŞ

Bölgesel bir ekonomik bütünleşme modeli olarak ortaya çıkan, ancak daha sonra bu bütünleşmesini ekonominin diğer ilgili alanlarına da yayarak yavaş yavaş siyasi bir bütünleşmeye doğru ilerleyen Avrupa Birliği, bu ilerleme doğrultusunda kendisine özgü bir hukuk sistemi oluşturmuş ve bu sistemi oluştururken de üye devletlerin hukuk sistemlerinden etkilenmiştir.

Avrupa Birliğini oluşturan kurucu devletler (Fransa, Almanya, İtalya, Belçika, Hollanda ve Lüksemburg), Kıta Avrupa'sı hukuk sisteminden gelmektedir. Bu devletlerin hukuk sistemlerinde, özellikle özel hukuk uygulamalarında Roma Hukuku'nun geniş etkisi görülmektedir.

Roma Hukukunun etkilemiş olduğu ulusal hukukların etkisi altında ortaya çıkan sui generis Avrupa Birliği Hukuku'nun ayırt edici özellikleri olan doğrudan uygulanabilirlik ve doğrudan etki ile üstünlükle Müşterek Hukuk Dönemi uygulaması arasında bir benzerlik var mıdır?

Bu soruya cevap bulabilmek amacıyla, öncelikle Roma Hukuku'nun Müşterek Hukuk Dönemi ele alınacak, bundan sonra Avrupa Birliği Hukuku'nun uluslararası niteliği ve buna bağlı olarak da doğrudan uygulanabilirliği ve doğrudan etkisi ile üstünlüğü konusunda açıklamalar yapılacaktır. Son olarak Roma Hukuku'nun Müşterek Hukuk Dönemi'nde Avrupa'da uygulanması ile Birlik

Hukukunun uluslarüstü niteliği arasında bir benzerlik bulunup bulunmadığı değerlendirilecektir.

II. ROMA HUKUKUNDA MÜŞTEREK HUKUK (IUS COMMUNE) DÖNEMİ

Roma İmparatorluğunun bir devlet olarak tarih sahnesine çıktığı M.Ö. 753'ten başlayarak İmparator Iustinianus'un öldüğü 565 yılına kadar oluşan ve yürürlükte kalan hukuk, Roma Hukuku'dur.¹

Roma Hukuk tarihinde, Roma Hukuku belli başlı üç ana dönemde incelenir. Bu dönemlerden ilki teamül hukukunun hakim olduğu ve 12 Levha Kanununun yapıldığı Eski Hukuk Dönemi'dir.²

Roma Hukuku, İmparatorluğun da en parlak dönemini yaşadığı Klasik Hukuk Dönemi'nde olgunluk bakımından en üstün noktasına ulaşmış, günümüze kadar gelen Roma Hukuku'nun temelleri burada atılmıştır. Bu dönemde tek bir kaynaktan çıkan kurallar, hukuku oluşturmamış, hukuk soyut bir kavram üzerine oturtulmuş, hukuk sistemi önceden planlanan bir sistem olarak değil, kendi tabii akışı içerisinde oluşan bir sistem olarak kabul edilmiştir. Bu dönem, hukukçuların yoğun eserler verdiği bir dönem olarak da nitelenmekte ve özellikle M.S. 2. yüzyılda büyük Romalı hukukçu Gaius'un yazdığı Institutiones eseri ile de özdeşleştirilmektedir.³

Klasik Dönem'in hemen ardından gelen Postklasik Dönem ise kendi içerisinde iki ana devirde incelenmektedir. Postklasik

* Yeditepe Üniversitesi Özel Hukuk Doktora Programı Öğrencisi.

¹ ERDOĞMUŞ B, Roma Hukuku (Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar), Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995, sayfa 35.

² Eski Hukuk Dönemi ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. ERDOĞMUŞ B, a.g.e, sayfa 36 v.d; ÇELEBİCAN KARADENİZ Ö, Roma Hukuku (Tarihi Giriş, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Hakların Korunması), Yetkin Basımevi, 9. Baskı, Ankara, 2004, sayfa 42 v.d; SCHWARZ B. A, Çev. RADO T, Roma Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, 1948, I. Cilt, sayfa 102 v.d; UMUR Z, Roma Hukuku (Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1974, sayfa 150 v.d.

³ Klasik Hukuk Dönemi ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. ÇELEBİCAN KARADENİZ Ö, a.g.e, sayfa 60 v.d; ERDOĞMUŞ B, a.g.e, sayfa 50 v.d.; SCHWARZ B. A, Çev. RADO T, a.g.e, I. Cilt, sayfa 122 v.d; UMUR Z, a.g.e, sayfa 173 v.d.

Dönem'in ilk devri, hukuku yaratan tek kaynağın imparatorun iradesi olduğu Iustinianus'tan Önceki Dönemdir. Bu dönemde hukukun tek bir kaynaktan yaratılması bir avantaj olmuşsa da, yeni çıkan kuralların hayatın ihtiyaçlarının gerisinde kalması ise, dönemin olumsuz yönünü oluşturmuştur.⁴

Postklasik Dönem'in ikinci devri, Iustinianus Dönemi'dir. Bu dönemde Roma Hukuku'nun en önemli yazılı kaynağı olan Corpus Iuris Civilis ortaya çıkarılmıştır. 527-565 yılları arasında Roma İmparatoru olarak hüküm süren Iustinianus Dönemi'nde kaleme alınan bu kanunname dört bölümden oluşmaktadır. Corpus Iuris Civilis'in ilk bölümünü, kanun gücüne sahip ders kitabı niteliğindeki Institutiones oluşturmaktadır. Institutiones, Klasik Dönem hukukçularından Gaius'un aynı adlı eseri esas alınarak hazırlanmış, diğer klasik dönem hukukçularının eserlerine de yer verilen bir derleme niteliğindedir. Institutiones'in ardından gelen bölüm Digesta'dır ve bu bölüm tamamen klasik hukukçuların eserlerinden yapılan derlemelerden oluşmaktadır. Roma Hukuku'nun Klasik Dönemi ile ilgili günümüze kadar gelen tüm bilgilerin temel kaynağını da bu bölüm oluşturmaktadır. Digesta'yı İmparator Hadrianus'tan Iustinianus'a kadar olan dönemdeki imparator emirnamelerinin toplandığı Codex bölümü takip etmektedir. Corpus Iuris Civilis'in son bölümünü ise, İmparator Iustinianus Dönemi'ndeki emirnamelerin toplandığı Novellae oluşturmaktadır.⁵

Corpus Iuris Civilis esas itibariyle Latince kaleme alınan bir eserdir. İmparator Iustinianus, Corpus Iuris Civilis'e şerh yazılmasını yasaklamış, bunun sadece Yunancaya tercüme edilmesine izin vermiştir.⁶

Iustinianus, 565 yılındaki ölümünden önce Batı Roma topraklarının bir kısmını, özellikle Roma ve Güney İtalya'yı Cermen kavimlerinden geri almış ve bu topraklarda Corpus Iuris Civilis'i yürürlüğe sokmuştur. Ancak imparatorun ölümünden sonra, Roma

⁴ Postklasik Hukuk Dönemi ile ilgili daha detaylı bilgi için bkz. ERDOĞMUŞ B, a.g.e, sayfa 70 v.d.

⁵ ERDOĞMUŞ B, a.g.e, sayfa 74-80.

⁶ ERDOĞMUŞ B, a.g.e, sayfa 80.

Hukuku Batı'da gerilemiş, hatta tamamen unutulmuştur.⁷ Bunun sebebinin bu dönemde nispeten ilkel olan Cermen kavimlerinin İtalya'yı istila etmeleri ve onların yarattığı kültür gerilemesi olduğu belirtilmektedir.⁸

Bu gerileme 11. yüzyıla kadar sürmüş, bu dönemde yaşanan kültürel ve bilimsel ilerleme sonucunda 11. yüzyılın sonu ve 12. yüzyılda İtalya'nın Bologna şehrinde Corpus Iuris Civilis tekrar gün ışığına çıkmıştır. Bunu sağlayan ise bu şehirde kurulan Glassatorlar mektebidir. Bu akım, Roma Hukuku'nu *glossa* denilen ve metin kenarına yazılan notlarla açıklamaya çalışmış, ancak bunu yaparken herhangi bir pratik hedefe yönelmemiş sadece bu hukuku tanımak, bilmek istemiştir.⁹

Bu dönemde Roma isminin ününün fazla olması, özellikle Alman imparatorlarının İmparator Romanorum olarak bu ismi batıda da kullanmaları dolayısıyla bu okulun ünü kısa sürede İtalya dışındaki Batı Avrupa ülkelerine de yayılmış ve bu ülkelerden de bu okula öğrenciler gelip eğitim almaya başlamışlardır. Bu şekilde Roma Hukuku tüm Avrupa'da yayılmıştır. Roma Hukuku'nun Avrupa devletlerinde uygulanan hukuk haline gelmesi, "Roma Hukuku'nun iktibası" (réception) olarak adlandırılmıştır.¹⁰

Roma Hukuku'nun tüm Avrupa'ya yayılmış olması, karşılaşılan sorunların salt Roma Hukuku ile çözülememesi olduğunu anlaşılmaya yol açmıştır. Aradan geçen 5-6 yüzyıl içerisinde yaşam

⁷ Uygulamada Institutiones ve Novallae'den yapılan özetler kullanılmış ve Kilise Hukuku da Roma Hukuku'nu kimi yönleri ile uygulamaya devam etmiş olsa da, burada unutulma ile kastedilen bu hukuk üzerine araştırmaların ve çalışmaların bu dönemde yapılmamış olmasıdır.

⁸ KOSCHAKER P. AYİTER K, Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1993, sayfa 35; ERDOĞMUŞ B, a.g.e, sayfa 80.

⁹ DAVRAN B, Mukayeseli Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1968, sayfa 136 - 137 VİLLEY M, Çev: TAHİROĞLU B, Roma Hukukunun Güncelliği, Der Yayınları, İstanbul, 2000 sayfa 63; CEYLAN GÜNEŞ S, "Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi", Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1 - 2, 2004, sayfa 80 - 99; KOSCHAKER P. AYİTER K, a.g.e, sayfa 36; ERDOĞMUŞ B, a.g.e, sayfa 81.

¹⁰ ERDOĞMUŞ B, a.g.e, sayfa 81; KOSCHAKER P. AYİTER K, a.g.e, sayfa 36; UMUR Z, a.g.e, sayfa 295; VİLLEY M, Çev: TAHİROĞLU B, a.g.e, sayfa 63 - 64; CEYLAN GÜNEŞ S, a.g.m, sayfa 80 - 99.

koşulları ve buna paralel olarak da karşılaşılan sorunlar değişmiş ve mevcut Roma Hukuku kuralları bunları çözmek için yetersiz kalmıştır. İşte bu durum, Roma Hukuku'nun uygulama ihtiyaçları doğrultusunda, yöresel hukuklar da göz önünde tutularak incelenmesi gerekliliğini ortaya koymuş ve bu bağlamda da Postglassatorlar (Commentator) akımı ortaya çıkmıştır.¹¹

13. yüzyılda başlayan Roma Hukuku'nun Batı Avrupa ülkelerinde (İtalya, Fransa, İspanya, Portekiz, Hollanda, Almanya) iktibas, bu hukukun Postglassatorlar akımı ile uygulamanın ihtiyaçlarına ve yerel hukuka uygun bir hal alması ile Müşterek Hukuk (ius commune) uygulamasının ortaya çıkmasına sebep olmuştur.¹²

Roma Hukuku'nun müşterek hukuk olarak uygulanması olarak da adlandırılan bu halde, Roma Hukuku ikincil nitelikli hukuk olarak uygulama alanı bulmaktadır. Burada hâkim, önüne gelen bir sorunu çözmek için öncelikle yerel hukuk kurallarına başvurmakta, burada boşluk bulunduğu hallerde Roma Hukuku'nu müşterek hukuk olarak uygulamaktaydı.¹³

Bu şekilde genel bir biçimde açıklanan müşterek hukuk uygulaması, Avrupa ülkelerinde farklı şekillerde uygulama alanı bulmuştur.

Fransa ve İspanya bu anlamda Roma Hukuku'nu müşterek hukuk olarak İtalya'dan sonra kabul eden ilk ülkeler olmuştur. Bunun en önemli nedeni her iki ülkenin de ulusal bütünlüğünün bulunmasıdır. Ancak Fransa ve İspanya'da Roma Hukuku ile yerli hukuk arasında uzun yıllar denge kurulamamış, özellikle Paris

¹¹ UMUR Z, a.g.e, sayfa 295; KOSCHAKER P. AYİTER K, a.g.e, sayfa 36-37; ERDOĞMUŞ B, a.g.e, sayfa 82; CEYLAN GÜNEŞ S, a.g.m, sayfa 80 - 99.

¹² ÇELEBİCAN KARADENİZ Ö, a.g.e, sayfa 93 - 94; SCHWARZ B. A, Çev. RADO T, a.g.e, I. Cilt, sayfa 194 - 195; UMUR Z, a.g.e, sayfa 295 - 296; KOSCHAKER P. AYİTER K, a.g.e, sayfa 36-37; ERDOĞMUŞ B, a.g.e, sayfa 83-84; CEYLAN GÜNEŞ S, a.g.m, sayfa 80 - 99.

¹³ ÇELEBİCAN KARADENİZ Ö, a.g.e, sayfa 94; SCHWARZ B. A, Çev. RADO T, a.g.e, I. Cilt, sayfa 194 - 195; UMUR Z, a.g.e, sayfa 296 - 297; KOSCHAKER P. AYİTER K, a.g.e, sayfa 36-37; ERDOĞMUŞ B, a.g.e, sayfa 84.

Parlamentosu'nda kurulan yüksek mahkeme kararlarında uzun yıllar Frank Hukuku uygulanmıştır.¹⁴

Müşterek Hukuk akımının başladığı dönem olan 13. yüzyılda, Fransa'da hukuk birliği bulunmamaktaydı. Bu dönemde yürürlükte olan eski hukuk (*droit ancien*), ülkede iki bölge halinde ve farklı biçimde uygulanıyordu. Ülkenin güney bölgelerinde uygulama alanı bulan yazılı hukuk (*droit écrit*), bölgenin Vizigot Kralı Alarik tarafından uygulamaya konulan, *Corpus Iuris Civilis*'in değiştirilmiş, bölge ihtiyaçlarına uyarlanmış hali olan *Lex Romana Visigothorum*'dur. Bu bölgenin uzun süre Roma İmparatorluğu istilası altında kalmış olması sebebiyle de, Roma Hukuku bölgenin yerel hukukunu oluşturmaktaydı. Ülkenin kuzeyinde ise uzun süre örf ve adet hukuku (*droit coutumier*) uygulama alanı bulmuştur.¹⁵ Postglassatorların çalışmaları ile yerel hukuka ve uygulama ihtiyaçlarına gün geçtikçe uyum sağlayan Roma Hukuku ile yazılı olmayan yerel hukuk (örf ve adet hukuku) arasında denge yıllar içerisinde kurulabilmiştir. Bu denge kurulurken, özellikle geçiş döneminde (*droit intermédiaire*), Roma Hukuku, yerel hukukun (örf ve adet hukukunun) yanında ikincil nitelikli bir hukuk olarak uygulama alanı bulmuştur. Yerel hukuk ile Roma Hukuku arasındaki dengenin Fransa açısından en önemli yazılı kanıtı olarak 1804 tarihli *Code Napoléon* gösterilebilir.¹⁶

Almanya ise bu anlamda Fransa ve İspanya'dan farklı olarak Roma Hukuku'nu en geç iktibas eden, fakat bu hukukun müşterek hukuk olarak uygulanmasına en sıkı bağlanan ülke olmuştur. Aslında Almanya'nın Roma Hukuku'nu geç iktibas etmesi ile 10. yüzyıldan itibaren Alman İmparatorlarının "Kutsal Roma Cermen İmparatoru" olarak taç giymesi bir tezat oluşturmakta ve bu durumun açıklanması gerekmektedir. 12. yüzyıla kadar Almanya'da Roma Hukuku'na bağlılık gözlemlenmekte; örf ve adet hukukunun yanında Roma Hukuku da uygulama alanı bulmaktadır. Ancak 12. yüzyıla gelindiğinde, burada Roma Hukuku'na karşı bir yabancılık

¹⁴ KOSCHAKER P. AYİTER K, a.g.e, sayfa 37; CEYLAN GÜNEŞ S, a.g.m, sayfa 80 – 99.

¹⁵ Buna "Frank Hukuku" da denmektedir. Bkz. KOSCHAKER P. AYİTER K, a.g.e, sayfa 37.

¹⁶ DAVRAN B, a.g.e, sayfa 150 – 160; KOSCHAKER P. AYİTER K, a.g.e, sayfa 37; CEYLAN GÜNEŞ S, a.g.m, sayfa 80 – 99.

duygusu uyanmış ve yerel hukukun uygulanmasına yönelik bir eğitim baş göstermiştir. Siyasi birliğin de tam olarak sağlanamadığı Almanya'da 12 ile 16. yüzyıllar arasında örf ve adet hukuku ağırlıklı olarak uygulama alanı bulmuştur. Burada Roma Hukuku üzerine bilimsel çalışmalar, 14. yüzyılda Alman üniversitelerinin kurulması ile başlamış; ülkede Protestanlığın yayılması ve kişinin öneminin artması ile Roma Hukuku önem kazanmaya başlamıştır. Roma Hukuku'nun Almanya'da iktibasına ilişkin olarak 1495 yılında Reichkammergericht adında bir yüksek mahkemenin kurulması çok önemlidir. Almanya'da Roma Hukuku, Corpus Iuris Civilis'in en önemli kısmı sayılan Pandekt Hukuku ismi ile anılmaktaydı ve bu mahkemenin statüsünde de, örf ve adet hukukunun bulunmadığı hallerde Pandekt Hukuku'na göre hüküm vereceği saptanmıştı. Böylece Roma Hukuku Alman İmparatorluğu ilk derece mahkemelerinde ve yüksek mahkemede uygulama alanı bulmuştur. Ancak burada da Roma Hukuku ile Alman hukuku arasındaki ilişki "*Stadtrecht bricht Landrecht, Landrecht bricht gemeines recht*" (Şehir Hukuku memleket hukukuna takaddüm eder, memleket hukuku müşterek hukuka takaddüm eder)¹⁷ şeklinde ifade edilmekte ve Roma Hukuku ikincil niteliğini korumaktadır.¹⁸ Postglasatorların Roma Hukuku ile uygulamanın ihtiyaçları ve milli hukukları uyumlaştırma çabalarının benzeri de 16-18. yüzyıllar arasında Almanya'da görülmüştür. Müşterek hukuk olarak uygulanan Roma Hukuku uygulamasında doğan sorunları çözmek amacıyla gelişen bu doktrin, Postglassatorlar akımına dayanarak onu Alman hukuku ve mahkeme içtihatlarına uygulamak suretiyle modernleştirmeye devam etmiştir. Bu doktrin Usus Modernus Pandectrum (Pandektlerin Modern Kullanımı) adı ile anılmıştır.¹⁹

Farklı şekillerde de olsa Batı Avrupa ülkelerinde ikincil hukuk olarak, milli hukuklarda boşluk bulunan hallerde uygulanmaya başlanan Roma Hukuku uygulaması müşterek hukuk adını almak-

¹⁷ SCHWARZ B. A, Çev. RADO T, a.g.e, I. Cilt, sayfa 195.

¹⁸ KOSCHAKER P. AYİTER K, a.g.e, sayfa 37-38; ÇELEBİCAN KARADENİZ Ö, a.g.e, sayfa 94.

¹⁹ DAVRAN B, a.g.e, sayfa 144 - 150; SCHWARZ B. A, Çev. RADO T, a.g.e, I. Cilt, sayfa 195; CEYLAN GÜNEŞ S, a.g.m, sayfa 80 - 99.

tadır. Bu müşterek hukuk uygulaması, Roma Hukuku'nun birçok Kara Avrupa'sı ülkesinin hukuk kurallarını, özellikle özel hukuk kurallarını etkilemesini sağlamıştır.

Müşterek hukuk uygulaması Avrupa ülkelerinde kanunlaştırma hareketlerinin başlaması ile terkedilmiş, bu şekilde uygulanan Roma Hukuku kuralları artık bu ülkelerin kanunlarında yer almaya başlamıştır.²⁰

Batı Avrupa ülkelerinde Roma Hukuku'nun müşterek hukuk olarak uygulanmasındaki temel amaç, aslında hukuk birliğini sağlamaktır. Gerçekten yukarıda açıklanan tarihi gelişmelere de bakıldığında, Batı Avrupa'daki Müşterek Hukuk Dönemi her bir ülkede kanunlaştırma hareketleriyle, diğer bir ifade ile hukuk birliğine varılmasıyla sona ermiş, kanunlaştırma hareketlerine kadar giden dönemde Roma Hukuku bir tür geçiş hukuku olarak kullanılmıştır. Burada Roma Hukuku bir tür geçiş hukuku olarak uygulanırken, onun yerel uygulamalara göre değişmeyen, her durumda aynı kalan, ancak güncel ihtiyaçlar doğrultusunda gözden geçirilen hukuk niteliği önemli rol oynamıştır. Zaten Roma Hukuku'nun bu dönemde müşterek hukuk olarak uygulanmasının arkasında yatan düşüncenin de temelinde, örf ve adetlere göre değişen hukukun yanında, özellikle gelişen ticarete engel olmamak amacıyla birçok ülkede birbirinin aynı olmayan, ancak aynı veya benzer mantıkla işleyen kuralların uygulama alanı bulmasını sağlamak olduğu düşünülmektedir.

Tüm bu nedenlerle, Müşterek Hukuk Dönemi'ne ilişkin en önemli hususun, hukuk birliğini sağlamak amacıyla, ortak payda olarak Roma Hukuku'nun uygulanması olduğunun altı bir kez daha çizilmelidir.

²⁰ ÇELEBİCAN KARADENİZ Ö, a.g.e, sayfa 94; SCHWARZ B. A, Çev. RADO T, a.g.e, I. Cilt, sayfa 194 - 195; UMUR Z, a.g.e, sayfa 296 - 297; KOSCHAKER P. AYİTER K, a.g.e, sayfa 36-37.

III. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKUNUN ULUSLARÜSTÜ (ULUSALÜSTÜ, SÜPRANASYONAL) NİTELİĞİ

Bölgesel ekonomik bütünleşme amacı ile yola çıkan Avrupa Birliği öncelikle bu amacına ulaşmak için üye devletlerinin ekonomi politikalarını ve buna bağlı olarak da buna ilişkin hukuk kurallarını birbiriyle uyumlaştırmak zorundaydı. Bu bütünleşme amacının diğer alanlara da yayılması sonucunda bu zorunluluk diğer alanlar için de ortaya çıkmıştır.

Burada Birliğe üye devletlerin hukuki yapıları farklılık göstermekte ve uluslararası hukuk iç hukuk ilişkilerinde her üye devletin kendine özgü bir yapısı bulunmaktadır.²¹

Bu durum üye devletleri arasında bütünleşmeyi sağlamayı amaçlayan Avrupa Birliği için bu bütünleşme önündeki en önemli engellerden birini oluşturmaktaydı. Birliğin bütünleşme amacıyla almış olduğu kararların, ulusal hukuka geçirme işlemleri ile uygulamaları gecikebilir; hatta kimi zaman ulusal hukuk kuralları ile Birlik kurallarının çatışması halinde Birlik kuralları hiç uygulanmayabilirdi.

Avrupa Birliği, temellerinin atıldığı 1950 yılından itibaren, üye devletleri arasında tam ve etkin bütünleşmeyi sağlamak amacıyla, kuruluş antlaşması ve onu değiştiren ek antlaşma ve protokollerde birtakım kurallar öngörmüştür. Bu kurallar, birçok başka uluslararası örgütün kurucu antlaşmalarında öngörülme-yen ve üye devletlerin Birliğe daha sıkı bağlanması sonucunu doğuran kurallardır. Bu kendine özgü yapı üye devletlerin Birliğe egemen yetkilerini devretmeleri şeklinde somutlaşmaktadır. Diğer bir deyişle,

²¹ Bu noktada uluslararası hukuk – iç hukuk ilişkilerinin gelişimi ele alındığında, her iki hukuk düzenini birbirinden bağımsız, iki ayrı düzen olarak ele alan düalist (ikinci) görüş ile birtakım farklılıklarına rağmen her iki düzeni bir bütünün parçaları olarak değerlendiren monist (tekçi) görüş göze çarpmaktadır. Bu görüşlerin günümüze yansması ise, kimi ülkelerde uluslararası hukuk kaynaklarının iç hukuka üstünlüğünün tanınması, kimilerinde uluslararası hukuk kaynakları ile iç hukuk kaynaklarının eşit değerde sayılması diğer bir kısmındaysa bu konuda hiçbir belirleme yapılmaması şeklinde ortaya çıkmaktadır. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz PAZARCI H, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, 3. Baskı, Ankara, 2005, sayfa 18 – 29; SUR M, Uluslararası Hukukun Esasları, Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 2006, sayfa 2 – 15; COMBACAU J. SUR S, Droit International Public (Devletler Umumi Hukuku), Montchrestien, 6. Baskı, Paris, 2004, sayfa 177 – 184.

üye devletler, Birliğe yetkilerini devrettikleri alanlarda onun kararlarına aykırı karar alamaz hale gelmişlerdir.²²

Avrupa Birliğinin uluslarüstü niteliği olarak adlandırılan bu durumun ayırt edici özellikleri Birliğin diğer uluslararası örgütlerden farklı olarak oy birliği yerine oy çokluğu ile karar alabilecek müstakil organlarının olması, kimi hallerde Birliğe yetki ikame edilmesi ve Birliğe özgü bir hukuk yapısının bulunması şeklinde belirtilmektedir.²³

Birliğin uluslarüstü niteliğinin ayırt edici özelliği şeklinde ortaya çıkan, kendine özgü hukuk yapısının temelini de, üye devletlerin Birlik lehine yaptıkları egemenlik devri oluşturmaktadır. Egemenlik devrinin yapıldığı alanlarda, Birlik münhasır yetkiye sahiptir. Ancak uygulamada, her ne kadar egemenlik devri yapılmışsa da, üye devletler egemen yetkilerini fiilen devretmede genelde pek istekli davranmamışlar, bu da zaman içerisinde Birlikte yetki ikamesi ya da ikincillik ilkesi adı verilen prensibin ortaya çıkmasına sebep olmuştur. Buna göre, Birliğin münhasır yetkisine girmeyen ancak Birliğin amaçlarına ulaşması için gerekli olan alanlarda alınacak önlemler, Birlik düzeyinde daha etkin bir biçimde alınabilecek durumdaysa veya bu önlemlerin boyutları üye devletlerin sınırlı hareket alanını aşıyorsa, bu halde üye devletler bu alandaki yetkilerini de Birliğe devretmiş sayılırlar ve Birlik bu

²² Kimi kaynaklarda buna "ulusal egemenliğin bir kısmının Birlik organlarına devredilmesi" de denmektedir. Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. GÜNUĞUR H, Avrupa Topluluğu Hukuku, EKO Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 1996 sayfa 16 – 19; KARAKAŞ A. I, Ulusalüstü Anayasal Düzen Olarak Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus-Devlet Egemenliği, Der Yayınları, İstanbul, 1993, sayfa 21 – 34; ARSAVA F, Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar, Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No:545, Ankara, 1985, sayfa 11 – 26; TEKİNALP G. TEKİNALP Ü. ATAMER Y. ODER B. E. ODER B. OKUTAN G, Avrupa Birliği Hukuku, Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 2000, sayfa 66 – 67; REUTER P, Aux Origines du Plan Schuman (Schuman Planının Köklerinde), Labor Yayınları, Brüksel, 1979, sayfa 65 – 80.

²³ ARSAVA F, a.g.e, sayfa 11 – 26; GÜNUĞUR H, a.g.e, sayfa 16 – 19; KARAKAŞ A. I, a.g.e, sayfa 21 – 34; TEKİNALP G. TEKİNALP Ü. ATAMER Y. ODER B. E. ODER B. OKUTAN G, a.g.e, sayfa 67; WEATHERILL S, Cases & Materials on EU Law (AB Hukukuna İlişkin Kararlar ve Önemli Konular), Oxford Üniversitesi Yayınları, 6. Baskı, 2004, sayfa 275–284; ISAAC G. BLANQUET M. Droit Communautaire Général (Genel Avrupa Topluluğu Hukuku), Armand Colin Yayınları, 8. Baskı, Paris, 2001, sayfa 354–356.

alanlarda da düzenlemeler yapar. Avrupa Topluluğu Antlaşmasının 5. maddesinin 2. fıkrasında da belirtilen ikincillik ilkesi uyarınca, Birlik bu alanlarda düzenleme yaparken, orantılılık ilkesini gözden kaçırmamalı ve alınacak önlemlerin etkinliğini sağlayacak ölçüde tasarrufla bulunmalıdır. Ayrıca burada esas yetkinin üye devletlerde olduğu da gözden kaçırılmamalıdır. Yetki ikamesinde uluslarüstü niteliğinde olduğu gibi Birliğe kesin bir yetki devri ve üye devletlerin egemenlik yetkilerinin geri dönülemez şekilde kaybı değil, sadece geçici bir süre ve belli bir olay için Birliğin yetkilendirilmesi söz konusu olmaktadır. İkincillik ilkesi ile Birliğin uluslarüstü niteliğindeki egemen yetkilerin devri niteliği biraz yumuşatılmaya ve Birliğin her durumda münhasır yetkili sayılması engellenmeye çalışılmıştır.²⁴

Birliğin uluslarüstü niteliğinin bir özelliği olan kendine özgü hukuk sistemi, Birliğin hukuk kaynaklarının olması, bu kaynakların ulusal hukuktan üstün olması ve bu kaynakların bir kısmının ulusal hukuk kuralları karşısında doğrudan uygulanabilirliği ve doğrudan etkisinin olması şeklinde somutlaşmaktadır.

Birliğin hukuk kaynakları, birincil kaynaklar olarak adlandırılan kurucu antlaşmalar ile ikincil kaynaklar (türev hukuk kaynakları) olan tüzük, yönerge, karar, tavsiye ve görüşten oluşmakta, bunları Avrupa Toplulukları Adalet Divanının tanıdığı hukukun genel ilkeleri ile Divanın kararları, teamüller ve uluslararası antlaşmalar tamamlamaktadır.²⁵

Bu uluslarüstü, kendine özgü hukuk sisteminin yaratılmasındaki amacın, yukarıda da belirtildiği üzere, Birliğin tam ve etkin bütünleşmesini sağlamak için, Birliğin hedeflerine yönelik alanlarda hukuk birliğinin sağlanması olduğunun altı özellikle, bir kez daha ve açık bir biçimde çizilmelidir.

²⁴ GÜNUĞUR H, a.g.e, sayfa 120 – 135; TEKİNALP G. TEKİNALP Ü. ATAMER Y. ODER B. E. ODER B. OKUTAN G, a.g.e, sayfa 89 – 101; WEATHERILL S, a.g.e, sayfa 654 – 664.

²⁵ GÜNUĞUR H, a.g.e, sayfa 157 – 260; KARAKAŞ A.I, a.g.e, sayfa 68 – 91; TEKİNALP G. TEKİNALP Ü. ATAMER Y. ODER B. E. ODER B. OKUTAN G, a.g.e, sayfa 67; ISAAC G. BLANQUET M. A.g.e, sayfa 133 – 183; LASOK K. P. E. LASOK D. Law and Institutions of the European Union (Avrupa Birliği Kurumları ve Hukuku), Butterworths Yayınları, 2001, sayfa 158 – 150.

Birliğin kendine özgü hukuk sisteminde hukuk birliğini sağlamaya yönelik en temel prensipler, Birlik hukuk kaynaklarının üstünlüğü ve doğrudan uygulanabilirliğidir. Aşağıdaki paragraflarda da sırasıyla bu iki kavram ele alınacaktır.

A. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU KAYNAKLARININ DOĞRUDAN UYGULANABİLİRLİĞİ VE DOĞRUDAN ETKİSİ

Uluslarüstü, kendine özgü hukuk sisteminin ayırt edici özelliklerinin başında Avrupa Birliği Hukuku kaynaklarının doğrudan uygulanabilirliği ve doğrudan etkisi gelmektedir.

Doktrinde bu iki kavram arasında ayırım yapılmaktadır. Buna göre, ulusal hukukta herhangi bir düzenleme gerekmeksizin doğrudan uygulama alanı bulan Birlik hukuk kaynakları doğrudan uygulanabilir iken, eğer bu hukuk kaynakları gerçek ve tüzel kişiler lehine haklar yaratıyor ve bu kişiler bunları ulusal mahkemeleri önünde ileri sürebiliyorlarsa bu kaynaklar doğrudan etkilidir. Böyle bir ayırım yapmaksızın daha genel bir tanım yapmak gerekirse, üye devlet ulusal hukukunda herhangi bir düzenleme yapılmasına gerek kalmadan, doğrudan üye devlet vatandaşlarının ileri sürebileceği haklar yaratan Birlik hukuk kaynakları doğrudan uygulanabilir ve doğrudan etki doğurur niteliktedir.²⁶

²⁶ Daha detaylı tanım örnekleri için bkz. MACLEAN M. R. TEMPLEMAN, *Law of the European Union* (Avrupa Birliği Hukuku), Old Bailey Yayınları, 1999, sayfa 106; KENT P. *Law of the European Union* (Avrupa Birliği Hukuku), Pearson Education Limited Yayınları, 2001, sayfa 66; CRAIG P. BURCA De G. *EU Law Text, Cases and Materials* (AB Hukuku, Metinler, Kararlar ve Önemli Konular) Oxford Üniversitesi Yayınları, 2003, sayfa 178; KAPTEYN P. J. G, VAN THEMAAT VerLoren P. *Introduction to the Law of the European Communities* (Avrupa Toplulukları Hukukuna Giriş), Kluwer Law International, 3. Baskı, 1998, sayfa 84, 526; LASOK K. P. E. LASOK D.a.g.e, sayfa 176–177; GAUTRON J-C. *Droit Européen* (Avrupa Hukuku), Dalloz Yayınları, 11. Baskı, 2004, sayfa 176–177; FAVRET J.-M. *Droit et Pratique de l'Union Européenne* (Avrupa Birliği Hukuku ve Uygulaması), Gualino Yayınları, 2001, sayfa 254; DONY M, *Droit de la Communauté et de l'Union Européenne* (Avrupa Topluluğu ve Birliği Hukuku), Brüksel Üniversitesi Yayınları, 2001, sayfa 117–118; CHAGNOLLAUD D. *Droit Institutionnel de l'Union Européenne* (Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku), Dalloz Yayınları, Paris, 2001, sayfa 481; GÜNÜĞÜR H. a.g.e, sayfa 45; LEITAO A. R. “L'Effet Direct des Directives: Une Mythification?” (Yönergelerin Doğrudan Etkisi: Bir Uydurma mı?), *Revue Trimestrielle Du Droit Européen*, Ocak – Mart 1981, sayfa 429; www.topnotes.org/EC3-1DirEffect.pdf (25.11.2004); www.lagazettecommunes.com/concours/prepa/attache/pdf/europe/droitsnat_ue_pdf (01.12.2004); http://juripole.u.nancy.fr/Juripole_etudiant/html_renard/Communautaire2.html (01.12.2004).

Birlik hukuk kaynağının doğrudan uygulanabilir ve doğrudan etki doğurabilir nitelikte olabilmesi için açık, net, herhangi bir şarta bağlanmamış ve ulusal mercilere herhangi bir takdir yetkisi bırakmamış olması gerekmektedir.²⁷

Genel kural olarak, Birlik hukuk kaynağının yürürlüğe girmesi için ulusal hukuk düzenlemesine ihtiyaç duyulmakta ise, bu halde doğrudan uygulanabilirlik ve doğrudan etkiden söz etmek mümkün değildir. Ancak Avrupa Toplulukları Adalet Divanı birtakım içtihatlarında, ulusal düzenleme yapılması için öngörülmüş olan süre zarfında üye devletin gereken düzenlemeyi yapmaması halinde, gene de doğrudan etkinin söz konusu olabileceğini belirtmiştir.²⁸

Birliğin birincil hukuk kaynaklarını oluşturan Birliği Kuran Antlaşma hükümleri, açık ve net oldukça; herhangi bir şarta bağlı olmadıkça ve herhangi bir ulusal düzenlemeye ihtiyaç duymadıkça doğrudan uygulanabilir niteliktedirler.²⁹

²⁷ KAPTEYN P. J. G. VAN THEMAAT VerLoren P, a.g.e, sayfa 529-533; CRAIG P, DE BURCA G, a.g.e. sayfa 185-189; VAN RAEPENBUSCH S. Droit Institutionnel de l'Union et des Communautés Européennes (Avrupa Birliği ve Topluluklarının Kurumsal Hukuku), DeBoeck Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, Brüksel, 2001, sayfa 366-367; ISAAC G. BLANQUET M. a.g.e, sayfa 190-192; BEBR G. "Les Dispositions de Droit Communautaire Directement Applicables, Développement d'une Notion Communautaire" (Doğrudan Uygulanabilir Topluluk Hukuku Hükümleri, Topluluk Kavramının Gelişimi), Cahier de Droit Européen, 1970, sayfa 15-28; GAUTRON J-C. "Le Droit Directement Applicable Dans la Case de la Cour de Justices des Communautés Européennes" (Avrupa Toplulukları Adalet Divanı İchtihatlarında Doğrudan Uygulanabilir Hukuk), Annuaire Français de Droit International, 1974, sayfa 914-923; KOVAR R. "L'Applicabilité Directe du Droit Communautaire" (Topluluk Hukukunun Doğrudan Uygulanabilirliği), Journal du Droit International, Ocak - Mart 1973, sayfa 287-290.

²⁸ Bu konuda bkz. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Kararları: SpA Eridania - Zuccherifici nazionali and SpA Societa Italiana per l'Industria degli Zuccheri v. Minister of Agriculture and Forestry, Minister for Industry, Trade and Craft Trades, and SpA Zuccherifici Meridionali, Karar 230/78, paragraf 34-35.

²⁹ CRAIG P. De BURCA G. a.g.e, sayfa 182-185; MACLEAN R. TEMPLEMAN, a.g.e, sayfa 106-108; KENT P. a.g.e, sayfa 67-68; FAVRET J. - M. a.g.e, sayfa 255-257; VAN RAEPENBUSCH S. a.g.e, sayfa 368-370; DONY M. a.g.e, sayfa 119-120; CHAGNOLLAUD D.a.g.e, sayfa 485; ISAAC G. BLANQUET M. a.g.e, sayfa 185-186; GÜNUĞUR H. a.g.e, sayfa 49-58; www.topnotes.org/EC3-1DirEffect.pdf (25.11.2004); www.jurawelt.com/download/studentwelt/skripten/european_law.pdf (25.11.2004); www.eurogerinfo.com/ue4htm (01.12.2004); www.lagazettedescommunes.com/ concours/prepa/attache/pdf/europe/droitnat_ue.pdf (01.12.2004); www.baete.org/deur_leffet_direct_du_droit_communautaire.html (01.12.2004).

Birliğin yetkili kurumları tarafından yapılan ve usulüne uygun bir biçimde yürürlüğe sokulan tüzükler, yönergeler ve kararlara ilişkin olarak, tüzüklerin genel ve düzenleyici yapıları sebebi ile doğrudan uygulanabilir oldukları, açıkça Roma Antlaşmasının buna ilişkin 249. maddesinde belirtilmiştir. Ancak burada da bunların açık ve net olması; herhangi bir şarta bağlı olmaması ve herhangi bir ulusal düzenlemeye ihtiyaç duymaması gerekmektedir.

Nitelikleri gereği yöneldikleri sonuç açısından üye devletleri bağlayan kaynaklar olan yönergelerin ise doğrudan uygulanabilirliği uzun süre tartışılmış ve ulusal mercilere geniş takdir yetkisi tanıdığı için bunların doğrudan uygulanabilirliği uzun süre kabul edilmemiştir. Ancak Avrupa Toplulukları Adalet Divanı içtihatları ile açık ve net olan ve yürürlüğe konması gereken zaman dilimi içerisinde yürürlüğe konmamış olan yönergelerin doğrudan etkisi kabul edilmiştir.³⁰

Birlik ikincil hukuk kaynaklarından kararlara gelince, bunlar gerçek ve tüzel kişilere yönelmiş kararlar ile devlete yönelmiş kararlar olarak ikiye ayrılmaktadır. Buna göre, gerçek ve tüzel kişilere yönelik kararların haklar ve yükümlülükler doğurma nitelikleri gereği doğrudan uygulanabilirliği ve doğrudan etkisi kabul edilmektedir. Devlete yönelmiş kararlar için ise, Avrupa Toplulukları Adalet Divanı yönergelerin doğrudan uygulanmasına ilişkin içtihadına benzer bir karar vererek açık ve net olan ve yürürlüğe konması

³⁰ KENT P. a.g.e, sayfa 70-71; MACLEAN M. R. LORD TEMPLEMAN, a.g.e, sayfa 108-109; DONY M. a.g.e, sayfa 120-121; CHAGNOLLAUD D. a.g.e, sayfa 486-487; FAVRET J.-M. a.g.e, sayfa 258; ISAAC G. BLANQUETM. a.g.e, sayfa 195-196; GÜNUGUR H., a.g.e, sayfa 61; http://juripole.u.nancy.fr/Juripole_etudiant/html_renard/Communaute2.html (01.12.2004). Ayrıca Avrupa Toplulukları Adalet Divanı içtihatları arasından bkz. Franz Grad v. Finanzamt Traunstein, Karar 9-70; Yvonne Van Duyn v. Home Office, Karar 41-74; Commission of the European Communities v. Kingdom of Belgium, Karar 102/79; Azewjin BV v. Hauptzollamt Duisburg, Karar C-292/02; Bernhard Pfeiffer, Wilhelm Roith, Albert Süß, Michael Winter, Klaus Nestvogel, Roswitha Zeller and Matthias Döbele v. Deutsches Rotes Kreuz, Kreisverband Waldshut eV, Birleşik Kararlar C-391/01 - 403/01; Ursula Becker vs. Finanzmat Münster - Germany, Karar 8-81; M. H. Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority, Karar 152/84.

gereken zamanda yürürlüğe sokulmamış kararların doğrudan uygulanabilirliği ve doğrudan etkisini kabul etmiştir.³¹

Topluluğun yetkili kurumları tarafından imzalanan uluslararası antlaşmaların doğrudan uygulanabilirliği ve doğrudan etkisi konusunda ise Avrupa Toplulukları Adalet Divanı açık ve net olan; herhangi bir şarta bağlı olmayan ve genel nitelikleri gereği doğrudan uygulanması gereken uluslararası antlaşmaların da doğrudan uygulanabilirlik ve doğrudan etkiye sahip olacaklarını belirtmiştir.³²

Tüm bunların yanında dikey ve yatay doğrudan uygulanabilirlik ayrımı da yapılmakta, devlet ile gerçek ve tüzel kişiler arasındaki ilişkilere doğrudan uygulanabilen hukuk kaynaklarının dikey doğrudan uygulanabilirliği; gerçek ve tüzel kişilerin kendi aralarındaki ilişkilere uygulanabilen hukuk kaynaklarının ise yatay doğrudan uygulanabilirliği olduğu kabul edilmektedir. Burada birincil hukuk kaynakları ile uluslararası antlaşmaların dikey ve yatay doğrudan uygulanabilirlikleri her bir durum için ayrı ayrı değerlendirilmekte; tüzükler ile kişilere yönelmiş kararların hem yatay hem de dikey doğrudan uygulanabilir nitelikte olduğu, yönergeler ile devlete yönelik kararların ise sadece dikey doğrudan uygulanabilirliği olduğu kabul edilmektedir.³³

³¹ Başlıca Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Kararları Franz Grad vs. Finanzamt Traunstein, Karar 9-70; Hansa Fleisch Ernst Mundt GmbH & Co. KG vs. Landrat des Kreises Schleswig-Flensburg, Karar 156/91

³² Bu konuda bkz. başlıca Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Kararları: R&V. Haegemann v. Belgian State, Karar 181-73; Hauptzollamt Mainz vs. C. A. Kupferberg & Cie KG a.A, Karar 104/81; Conceria Daniele Bresciani vs. Amministrazione Italiana delle Finanze, Karar 87-75.

³³ Bu konuda bkz. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Kararları: M. H. Marshall vs. Southampton and South - West Hampshire Area Health Authority, Karar 152/84; B.N.O. Walrave and L.J. N. Koch v. Association Union Cycliste International, Karar 36/74; Jean Reyners v. Belgian State, Karar 2/74; Yvonne Van Duyn v. Home Office, Karar 41/74; NV Algemene Transport - en Expeditie Onderneming Van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration, Karar 26/62; Fratelli Variola S.p.A vs. Amministrazione Italiana delle Finanze, Karar 34/73; Fratelli Costanzo SpA vs. Comune di Milano, Karar 103/88; A.Foster and others v. British Gas plc. Karar C-188/89; Paola Faccini Dori vs. Recreb Srl, Karar C-91/92; Von Colson and Kamann vs. Land Nordrhein - Westfalen, Karar 14/83; Océano Grupo Editorial vs. Rocia Murciano Quintero, Birleşik Davalar C-240 - 244/98; CIA Security International SA vs. Signalson SA and Securitel SPRL, Karar C-194/94; Unilever Italia SpA vs. Central Food SpA, Karar C-443/98; Hansa Fleisch Ernst Mundt GmbH & Co.KG vs. Landrat des Kreises Schleswig - Flensburg, Karar C-156/91; Franz Grad vs. Finanzamt Traunstein, Karar 9-70.

Özetlemek gerekirse, tam ve etkin bir bütünleşme sağlamak amacı ile Avrupa Birliği kendine özgü bir hukuk sistemi kurmuş, bu sistemin en önemli ayırıcı özelliğini ise Birlik hukuk kaynaklarının doğrudan uygulanabilirliği ve doğrudan etkisi oluşturmuştur. Bu bağlamda Birlik hukuk kuralları ulusal mercilerin işlem yapmasına gerek duyulmaksızın Birlik üye devletlerinde doğrudan uygulama alanı bulmuş ve kimi zaman devlet ile gerçek ve tüzel kişiler arasındaki ilişkilerde, kimi zaman da gerçek ve tüzel kişilerin birbirleriyle olan ilişkilerinde doğrudan uygulanmıştır.

B. AVRUPA BİRLİĞİ HUKUKU KAYNAKLARININ ÜSTÜNLÜĞÜ³⁴

Bir önceki paragrafta detaylı bir biçimde açıklanmaya çalışılan doğrudan uygulanabilirlik ve doğrudan etki niteliği, AB Hukukunun üye devletlerin ulusal hukukları ile beraber, bir arada yaşamasını zorunlu kılmıştır.³⁵

Birlik hukuk kurallarının tüm üye devletlerde aynı şekilde yorumlanması ve uygulanması zorunluluğu, ulusal hukuk kuralları ile Birlik hukuk kurallarının çatışması halinde Birlik hukuk kurallarının öncelikle uygulanması gerekliliğini ortaya çıkarmaktadır. Aksi halde, yani ulusal hukuk kuralı ile Birlik hukuk kuralının çatışması halinde ulusal hukuk kuralına üstünlük tanımak, Birlik hukuk kurallarının tüm üye ülkelerde aynı şekilde yorumlanması ve uygulanması amacına aykırı sonuçlar doğurabilir.³⁶

Birlik hukuk kurallarının üstünlüğü, Birliğin hukuk düzenlemesi ile çelişen bir iç hukuk düzenlemesinin varlığı halinde, bunun

³⁴ Kimi yazarlar, Fransızca "Primauté" İngilizce "Precedence" olarak adlandırılan bu kavram için, tam Türkçe karşılık olan Öncelik terimini kullanmışlardır. Örnek olarak bkz. GÜNUĞUR H, a.g.e, sayfa 71 – 80.

³⁵ GARRON R, "Réflexions sur la Primauté du Droit Communautaire" (Topluluk Hukukunun Önceliği Üzerine Düşünceler), Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1969, sayfa 28 v.d.

³⁶ GÜNUĞUR H, a.g.e, sayfa 71 – 73; ISAAC G, BLANQUET M, a.g.e, sayfa 202 – 203; KARAKAŞ A. I, a.g.e, sayfa 91 – 93; LASOK K. P. E. LASOK D, a.g.e, sayfa 153 – 154; TEKİNALP G. TEKİNALP Ü. ATAMER Y. ODER B. E. ODER B. OKUTAN G, a.g.e, sayfa 147 – 148; WEATHERILL S, a.g.e, sayfa 99 – 100.

niteliğine ve ihdas edildiği zamanına bakılmaksızın Birlik hukuk kuralı karşısında uygulanmayacağı şeklinde açıklanabilir.³⁷

Birlik hukukunun ulusal hukuklar karşısındaki üstünlüğü AB kurucu antlaşması veya bunu değiştiren antlaşma ve protokollerin hiçbirinde yer almamış, bu prensip Avrupa Toplulukları Adalet Divanının içtihatları doğrultusunda gelişmiştir.³⁸

Daha sonra kimi yazarlar tarafından üstünlük doktrini olarak da adlandırılan Birlik hukuk kaynaklarının üstünlüğü ilk olarak Avrupa Toplulukları Adalet Divanının Costa/Enel kararında ortaya çıkmıştır.³⁹ Divan burada öncelikle Topluluk hukukunun⁴⁰ kendine özgü yapısını belirtmiş, bunun ardından Topluluğa üye devletlerin belirli alanlarda egemenlik yetkilerini kısıtlamalarından bahsetmiş ve son olarak da, kendine özgü doğası gereği hiçbir iç hukuk metninin bu hukuk düzeninde yer alan düzenlemelere aykırı düzenlemeler yapamayacağına altını çizmiştir.⁴¹

Divan bu kararı ile oluşturmaya başladığı üstünlük doktrini daha sonraki birtakım kararları ile geliştirmiştir. Costa/Enel kararının ardından gelen kararlarda Divan, Birlik hukuk düzenlemeleri-

³⁷ GÜNUĞUR H, a.g.e, sayfa 71 – 76; ISAAC G, BLANQUET M, a.g.e, sayfa 202 – 204; KARAKAŞ A. I, a.g.e, sayfa 91 – 93; LASOK K. P. E. LASOK D, a.g.e, sayfa 153 – 157; TEKİNALP G. TEKİNALP Ü. ATAMER Y. ODER B. E. ODER B. OKUTAN G, a.g.e, sayfa 147 – 148; WEATHERILL S, a.g.e, sayfa 99 – 100.

³⁸ GÜNUĞUR H, a.g.e, sayfa 71 – 76; ISAAC G, BLANQUET M, a.g.e, sayfa 202 – 204; KARAKAŞ A. I, a.g.e, sayfa 91 – 93; LASOK K. P. E. LASOK D, a.g.e, sayfa 153 – 157; TEKİNALP G. TEKİNALP Ü. ATAMER Y. ODER B. E. ODER B. OKUTAN G, a.g.e, sayfa 147 – 148; WEATHERILL S, a.g.e, sayfa 99 – 100.

³⁹ Flaminio Costa vs. E.N.E.L. Karar 6/64.

⁴⁰ Karar 1964 tarihli olduğu için o dönemde Avrupa Birliği değil, Avrupa Ekonomik Topluluğu mevcut olduğundan, burada Birlik yerine Topluluk deyiimi kullanılmıştır.

⁴¹ “Süresiz, özgün kurumlara, hukuki kişilik ve ehliyeteye sahip, uluslararası temsil yeterliliği olan ve özellikle devletlerin Topluluk lehine yetki sınırlaması veya devrinden doğan gerçek iktidarlarla donatılmış bir hukuk topluluğu kurarak üye devletler, belirli alanlarda, egemenlik haklarını sınırlamışlar ve hem kendilerine, hem vatandaşlarına uygulanabilen bir hukuki bünye yaratmışlardır...Antlaşmadan doğan hukukun orijinal özgül niteliği gereği, hiçbir iç metin bu hukuka aykırı olamaz...Devletlerin iç hukuk düzenlerinden topluluk hukuk düzeni lehine antlaşma hükümlerine ilişkin hak ve yükümlülüklerini devretmeleri zorunlu olarak egemenlik haklarının kesin sınırlamasına yol açar ve bu sınırlama karşısında Topluluk kavramı ile bağdaşmayan tek taraflı, sonraki tasarrufun üstün gelmesi mümkün değildir...” İngilizce metin için bkz. Flaminio Costa vs. E.N.E.L. Karar 6/64, Türkçe metin KARAKAŞ A. I, a.g.e, sayfa 95.

nin ulusal anayasa hükümleri ile çelişmesi halinde dahi, Birlik hukukuna üstünlük tanınacağını belirten çeşitli kararlar vermiştir.⁴²

Costa/Enel kararının ardından gelen Divanın en dikkat çekici kararı, Birlik hukuku ile çelişen ulusal hukuk kuralını uygulamama yetkisini ulusal yargıca verdiği Simmenthal kararıdır. Bu karar ve ardından verilen Simmenthal II ve Simmenthal III kararlarında Divan, ulusal kuralın, Birlik hukuk düzeni ile çelişmesi halinde, niteliğine bakılmaksızın ulusal yargıç tarafından uygulanmaması gerektiğinin altını çizmiştir. Diğer bir ifadeyle, Simmenthal kararı ile Birlik hukuk düzeninin üstünlüğü, ulusal yargıçların güvencesi altına sokulmuştur⁴³.

Burada, hangi Birlik hukuk kurallarının ulusal hukuk kuraları karşısında üstünlüğünün söz konusu olabileceği sorusu akla gelebilir. Gelişen içtihatlar doğrultusunda, Antlaşma hükümleri ve doğrudan uygulanabilir ve doğrudan etkili hukuk kaynaklarının üstünlüğü hiçbir tereddüde yer bırakmayacak şekilde kabul edilmiştir.⁴⁴ Bunun yanında Divan, ulusal hukukun Birlik hukukuna uygun yorumlanması prensibi gereği, doğrudan etkiye sahip olmayan yönergeler açısından da üstünlüğün söz konusu olabileceğini kimi kararlarında belirtmiştir.⁴⁵ Buna göre, ulusal hukuk “mümkün olduğunca” Birlik hukuk kurallarına (somut olayda yönerge hükümlerine) uygun bir biçimde yorumlanmalıdır.⁴⁶

⁴² Bu konuda bkz. Walt Wilhelm and others/Bundeskartellamt, 14/68, Karar 13.02.1969; Internationale Handelsgesellschaft mbH/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, 11/70, Karar 17.12.1970; Orsolina Leonesio v Ministero dell'agricoltura e foreste, 93/71, Karar 17.05.1972.

⁴³ Simmenthal SpA contre Amministrazione delle finanze/ Pretura di Alessandria, 70/77, Karar 28.06.1978.

⁴⁴ ISAAC G, BLANQUET M, a.g.e, sayfa 203 – 208; LASOK K. P. E. LASOK D, a.g.e, sayfa 156 – 158; TEKİNALP G. TEKİNALP Ü. ATAMER Y. ODER B. E. ODER B. OKUTAN G, a.g.e, sayfa 148 – 150. Ayrıca bkz. Walt Wilhelm and others/Bundeskartellamt, 14/68, Karar 13.02.1969; Internationale Handelsgesellschaft mbH/ Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel, 11/70, Karar 17.12.1970; Orsolina Leonesio v Ministero dell'agricoltura e foreste, 93/71, Karar 17.05.1972; The Queen/Secretary of State of Transport, ex parte Factortame Ltd and others, 213/89, 1990.

⁴⁵ Bkz. Von Colson and Kaman/Land Nordrhein-Westfallen, 14/83; Marleasing/La Commercial Internacional de Alimentacion, 106/1989.

⁴⁶ Marleasing/La Commercial Internacional de Alimentacion, 106/1989.

Özetlemek gerekirse, doğrudan uygulanabilir ve doğrudan etki doğurabilir nitelikli Birlik hukuk kaynakları ile Birliği kuran antlaşma hükümleri, ulusal hukuk kuralları ile çelişmeleri halinde, onlardan üstündür; ulusal kurallardan öncelikli olarak uygulanır ve kendilerine aykırı düzenleme getiren ulusal hukuk kurallarını uygulanamaz hale getirir. Doğrudan etki doğurur nitelikli olmayan Birlik hukuk kurallarının ulusal hukuk normları ile çelişmesi halinde ise, ulusal hukuk normları, mümkün olduğunca, Birlik hukuk kurallarına uygun yorumlanır.

IV. MÜŞTEREK HUKUK DÖNEMİ İLE AVRUPA BİRLİĞİ ULUSLARÜSTÜ HUKUK DÜZENİNİN KARŞILAŞTIRILMASI

Roma Hukuku'nun müşterek hukuk olarak uygulandığı dönemin en önemli özelliklerinden biri, bu dönemdeki Roma Hukuku'nun ulusal hukuklar karşısındaki ikincil niteliğidir. Diğer bir ifadeyle, uyuşmazlığa uygulanabilecek bir yerel hukuk kuralının bulunması halinde, Roma Hukuku'nun uygulanmamasıdır. Daha açık bir biçimde belirtmek gerekirse, bu dönemde karşısına gelen sorunu çözmek için hâkim, öncelikle ulusal (veya yerel) hukuk kurallarına başvuracak, burada düzenleme olmadığı hallerde Roma Hukuku'nu uygulayacaktır.

Avrupa Birliği Hukuku kaynaklarının ulusal hukuklarda uygulanmaları incelendiğinde ise, bunun tam aksi bir durumla karşılaşılmaktadır.

Avrupa Birliği Hukuku, bütünleşme amacına hizmet eden yapısı ve niteliği sebebiyle, ulusal hukuklar karşısında, egemenlik devrinin yapıldığı alanlarda, diğer bir ifadeyle üye devletlerin yetkilerini devrettiği alanlarda hiçbir zaman ikincil nitelikli bir hukuk olmamıştır.

Avrupa Birliği Hukuku'nun kendine özgü yapısı, bu anlamda Topluluğun yeni bir uluslararası hukuk düzeni yarattığı, üye devletlerin de bu düzen için sınırlı alanlarda egemenliklerinden vazgeçtikleri Avrupa Toplulukları Adalet Divanınının 1963 tarihinde verdiği Van Gend en Loos kararında açıkça belirtilmiş ve bu ne-

denle Topluluk hukuk kaynaklarının doğrudan uygulanabilir ve doğrudan etkili oldukları açıklanmıştır.⁴⁷

Hatta Divan bu konuda daha da ileri gitmiş ve Avrupa Birliği Hukuku ile ulusal hukuk kurallarının çelişmesi halinde, Avrupa Birliği Hukuku'na üstünlük tanımıştır.⁴⁸

Daha açık bir biçimde ifade etmek gerekirse, üye devletlerin yetki devrini gerçekleştirdikleri alanlarda Birliğin yaptığı hukuki düzenlemeler, bunların iç hukuka geçirilmiş olup olmadığına ve bununla çelişen ulusal hukuk kuralı bulunup bulunmadığına bakılmaksızın doğrudan ve öncelikle uygulama alanı bulmaktadır.

Bu yönden incelenmesi gerekirse, Roma Hukuku'nun müşterek hukuk olarak uygulanması ile Avrupa Birliği Hukuku'nun uygulanması tamamen birbirinden farklı ve birbirine zıt bir durum oluşturmaktadır.

Müşterek hukuk uygulaması döneminde, herhangi bir ulusal veya yerel düzenleme bulunması halinde uygulanamayacak olan Roma Hukuk kuralı karşısında, Avrupa Birliği hukuk kuralları, ulusal hukuk kuralları ile çelişmeler bile öncelikli olarak uygulama alanı bulacaklardır.

Ayrıca Avrupa Birliği Hukuku kaynakları, ulusal hukukta herhangi bir düzenleme olup olmadığına, bu kurala uygun düzenleme yapılıp yapılmadığına ve bu kuralın iç hukuka geçirilip geçirilmediğine bakılmaksızın yani doğrudan uygulanırlar.

Oysa müşterek hukuk uygulaması döneminde Roma Hukuku kuralları, yerel hukuk kurallarına aykırı bir düzenleme getiriyorlarsa uygulama alanı bulamazlar; bu konulara ilişkin olarak öncelikle yerel hukukta herhangi bir düzenleme bulunup bulunmadığına bakılırdı.

⁴⁷Daha detaylı bilgi için bkz. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Kararı: Algemene Transporten Expeditie Ondernemingen Van Gend en Loos vs. Nederlandse Administratie der Belastingen, Karar 26/62.

⁴⁸Daha detaylı bilgi için bkz. Avrupa Toplulukları Adalet Divanı Kararı: Flaminio Costa vs. E.N.E.L. Karar 6/64.

Tüm bu açıklamalar ışığında, üye devletlerin hukuk sistemlerini derinden etkileyen Roma Hukuku'nun müşterek hukuk uygulaması yönü ile Avrupa Birliği Hukuku'nu etkilememiş olduğu düşünülebilir. Zaten, yukarıdaki paragraflarda detaylı bir biçimde anlatılmaya çalışıldığı üzere, Roma Hukuku'nun müşterek hukuk olarak uygulanması ile Avrupa Birliği uluslarüstü hukuk düzeninin yaratılmasındaki amaçlar birbirinden farklıdır. Roma Hukuku'nun müşterek hukuk olarak uygulanmasındaki amaç, yukarıda da belirtildiği üzere, değişen örf ve adet kurallarının yanında değişmeyen bir hukuk uygulamasının bulunması ve gelişmemiş hukuk bilimine Roma Hukuku yoluyla destek sağlamak iken, Birlik hukuk düzeninin yaratılmasındaki amaç, uzun vadede üye devletlerde tam ve etkin bütünleşmeyi sağlamaktır.

Ancak, müşterek hukuk uygulaması ile kendine özgü Birlik hukuk sisteminin yaratılmasındaki temel amaç birbiriyle uyumlu, hatta birbirinin aynısıdır. Bu temel amaç, uzun vadede hukuk birliğinin sağlanmasıdır.

Gerçekten Müşterek Hukuk Dönemi'nde Roma Hukuku'nun müşterek hukuk olarak uygulanmasındaki temel amaç, uzun vadede hukuk birliğinin sağlanmasıdır. Bu hukuk birliğinin sağlanması için Roma Hukuku adeta bir geçiş dönemi hukuku olarak kullanılmış, hukuka, özellikle özel hukuka ilişkin genel prensiplerin konması açısından bu hukuktan yararlanılmıştır. Zaten Batı Avrupa'da Müşterek Hukuk Dönemi de kanunlaştırma hareketleri ile sona ermiştir.

Ekonomik bütünleşme amacıyla kurulan Avrupa Birliğinin de kuruluşundan bu yana gerek kurucu antlaşmaları gerekse diğer hukuk belgeleri ve içtihatlar ile oluşturduğu hukuk düzeninin de temel amacı, Birliğin hedeflerine yönelik alanlarda (ki bu hedefler gün geçtikçe genişlemektedir) hukuk birliğinin sağlanmasıdır. Birliğin tam ve etkin bütünleşmeyi sağlamak için öncelikle hukuk birliğini sağlaması gerekmekte ve bunun için de ulusal hukukların yanında ve onlardan öncelikle, doğrudan uygulanan bir hukuk sisteminin yaratılması gerekmektedir. Birliğin uluslarüstü, kendine özgü hu-

kuk sistemi işte burada devreye girmekte ve tüm Birlikte aynı şekilde uygulanan genel prensipler oluşturmaktadır.

Hukuk birliğinin sağlanması anlamında, gerek Roma Hukuku'nun gerekse Birlik hukuk sisteminin genel prensipler koyması açısından da birbirlerine benzer oldukları değerlendirilebilir.

Bu noktada özellikle Birliğe yapılan egemen yetkilerin devri yanında hüküm süren ikincilik prensibi ile Müşterek Hukuk Dönemi arasındaki benzerliğin altı çizilmelidir. Gerçekten de, Birliğin düzenleme yapma yetkisinin ikincil nitelikli olduğu, egemen yetkilerin devredilmediği alanlar ile Roma Hukuku'nun ikincil nitelikli hukuk olarak yerel hukukların yanında uygulama alanı bulduğu Müşterek Hukuk Dönemi, birbirlerine benzemektedir. Egemen yetkilerin devredilmediği alanlarda Birliğin hukuki düzenleme yapabilme yetkisi ikincil niteliklidir ve ancak şartlar oluştuğunda, diğer bir ifadeyle, önlemlerin Birlik düzeyinde alınmasının daha etkin olması veya bu önlemlerin boyutlarının üye devletlerin sınırlı hareket alanını aşması durumlarında, Birlik, etkinliğin sağlanması ölçüsünde önlemler alabilmektedir. Bu şartların oluşmadığı halde Birlik sadece önerilerde bulunabilmekte veya görüş belirtmekte, üye devletler de, yerel hukuk düzenlerinin yanında, durum elverdiği ölçüde bu öneri ve görüşlere uymaktadır.

Daha farklı bir biçimde anlatmak gerekirse, Birliğe yetki devri yapılmadığı alanlarda, Birliğin hukuku ikincil nitelikli bir hukuk olarak uygulama alanı bulmakta ve uygulama zorunluluğu içermemektedir. Her ne kadar bütünleşme amacının ekonomikten siyasi bütünleşmeye doğru kayması ile yetki devrinin yapıldığı alanlar gün geçtikçe genişlemekteyse de⁴⁹, fiili olarak Birlik hukukunun ikincil nitelikli uygulandığı alanlar halen varlığını sürdürmektedir. Hatta hukuki olarak Birliğin ikincil nitelikli uygulama alanları fazlasıyla daralmaktaysa da, fiili olarak üye devletler egemenliklerinden ödün vermektен kaçındıklarından bu alanlara uygulamada fazlasıyla rastlanmaktadır.

⁴⁹ Bu konuda daha detaylı bilgi için bkz. GÜNUĞUR H, "AB'nin Son Genişlemesi, Yeni Üye Devletlerde Yapılan Anayasal Düzenlemeler ve Türkiye", Marmara Üniversitesi Avrupa Araştırmaları Dergisi, Cilt : 12, Sayı:1-2, 2004, sayfa 79 v.d.

Bu noktada yetki devri yapılmayan alanlarda Birlik hukukunun ulusal hukuklar yanında ikincil olarak uygulanmasının Roma Hukuku'nun Kıta Avrupa'sında müşterek hukuk olarak yerel hukukların yanında uygulanması ile benzer olduğu değerlendirilmesi yapılabilir. Burada Müşterek Hukuk Dönemi'nde Roma Hukuku nasıl ki ulusal hukuklar yanında, onlara aykırı olmadığı ölçüde uygulanmışsa, yetki devri yapılmayan alanlarda Birlik hukuku da ulusal hukuklar yanında, onlara uygun olduğu ölçüde uygulama alanı bulmaktadır.

Özetle gerekirse, Birliğin kendine özgü, uluslararası hukuk düzeninin ayrıt edici nitelikleri olan Birlik hukuk kaynaklarının doğrudan etkisi ve üstünlüğü ile Roma Hukuku'nun Müşterek Hukuk Dönemi arasında bir benzerlik bulunmamakla birlikte, Birlik hukukunun egemenlik devri yapılmayan alanlardaki ikincil niteliği ve ulusal hukukların yanında ikincil olarak uygulanması açısından Birlik Hukuku ve Müşterek Hukuk Dönemi benzeşmektedir.

V. SONUÇ

Ekonomik bir bütünleşme modeli olarak, Roma İmparatorluğunun yıllarca hüküm sürdüğü topraklarda ortaya çıkan Avrupa Birliği'nin, bu bütünleşme amacına uygun olarak oluşturduğu hukuk düzeninin Roma Hukuku ile ilişkileri incelendiğinde birçok ortak noktalar ortaya çıkmaktadır. Bunun sebebi, Roma Hukuku'nun Avrupa Birliği üye devletleri hukukunu, özellikle Avrupa Birliği'nin kurucu üye devletlerinin (Fransa, Almanya, İtalya, Belçika, Hollanda, Lüksemburg) hukuk düzenlerini derinden etkilemiş olmasıdır.

Avrupa Birliği Hukuku ile Roma Hukuku'nun ortak noktaları incelenirken, bunların milli hukuklar karşısında uygulanmaları konusu ele alındığında, Roma Hukuku açısından müşterek hukuk uygulaması dönemi söz konusu olurken; Avrupa Birliği Hukuku açısından ise, yetki devrinin yapıldığı alanlarda doğrudan uygulanabilirlik ve doğrudan etki ile Birlik hukuk kaynaklarının üstünlüğü; yetki devrinin yapılmadığı alanlarda ikincillik prensibi ortaya çıkmaktadır.

Bu şekilde yapılan bir değerlendirmede, yerel hukukta bir düzenleme bulunduğu takdirde uygulanamayan, ikincil nitelikli müşterek Roma Hukuku uygulaması karşısında; ulusal kuralların varlığı halinde ve hatta onlara aykırı düzenleme getirirse de uygulanan uluslarüstü, kendine özgü Avrupa Birliği Hukuku birbirinden tamamen farklıdır.

Burada amaç farklılığı önemli rol oynamaktadır. Roma Hukuku'nun müşterek hukuk olarak uygulanmasının amacı, değişen örf ve adet kurallarının yanında değişmeyen bir hukuk uygulamasının bulunması ile Avrupa ülkelerinde yeterince gelişmemiş olan hukuk bilimine destek sağlanması ve bu yolla karşılaşılan boşlukların doldurulmasıdır. Avrupa Birliği'nin amacı, en başından beri belirtildiği üzere üye devletler arasında öncelikle ekonomik bütünleşmeyi sağlamak, sonrasında da bu bütünleşmeyi daha ilerilere götürmektir.

Ancak burada temel amaç, gerek Müşterek Hukuk Dönemi için, gerekse AB hukuk düzeni için aynıdır: Hukuk birliğinin, genel prensipler yoluyla sağlanması.

Ayrıca, Birlik hukukunun kendine özgü yapısının yanında halen daha varlığını sürdüren ikincil niteliği de bulunmaktadır. Diğer bir ifadeyle, üye devletlerin yetki devri yapmadıkları alanlarda Birliğin yaptığı hukuki düzenlemeler, ulusal düzenlemelerin yanında, bunların izin verdiği ölçüde, ikincil olarak uygulama alanı bulacaktır.

Birlik hukuk düzeni ile Roma Hukuku'nun Müşterek Hukuk Dönemi bu noktada da benzerlik göstermektedir. Nasıl ki Müşterek Hukuk Dönemi'nde, Roma Hukuku ulusal hukukların yanında, ikincil nitelikli hukuk olarak uygulama alanı bulmaktaysa, yetki devri yapılmayan alanlarda Birlik hukuk düzeni de üye devlet hukukları yanında ikincil nitelikli bir hukuk olarak uygulanmaktadır.

Özetlemek gerekirse, kendine özgü, uluslarüstü hukuk düzeni olarak Birlik hukuk düzeni doğrudan etkisi ve üstünlüğü yönünden Müşterek Hukuk Dönemi'nden farklı bir nitelik çizmektedirler. Bununla beraber, Avrupa Birliği hukuk düzeni ile Müşterek Hukuk Dönemi temel amaçlarının hukuk birliğinin sağlanması olması ve

yetki devri yapılmayan alanlarda Birlik hukukunun da ikincil olarak uygulanması yönlerinden birbirlerine benzemektedir.

KAYNAKÇA

Kitaplar

ARSAVA F, Avrupa Toplulukları Hukuku ve Bu Hukukun Ulusal Alanda Uygulanmasından Doğan Sorunlar, Siyasal Bilgiler Fakültesi Yayınları, No:545.

CHAGNOLLAUD D, Droit Institutionnel de l'Union Européenne (Avrupa Birliği Kurumsal Hukuku), Dalloz Yayınları, Paris, 2001.

CRAIG P. BURCA De G, EU Law Text, Cases and Materials (AB Hukuku, Metinler, Kararlar ve Önemli Konular) Oxford Üniversitesi Yayınları, 2003.

COMBACAU J. SUR S, Droit International Public (Devletler Umumi Hukuku), Montchrestien, 6. Baskı, Paris, 2004.

ÇELEBİCAN KARADENİZ Ö, Roma Hukuku (Tarihi Giriş, Kaynaklar, Genel Kavramlar, Kişiler Hukuku, Hakların Korunması), Yetkin Basımevi, 9. Baskı, Ankara, 2004.

DAVRAN B, Mukayeseli Medeni Hukuk Dersleri, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1968.

DONY M, Droit de la Communauté et de l'Union Européenne (Avrupa Topluluğu ve Birliği Hukuku), Brüksel Üniversitesi Yayınları, 2001.

ERDOĞMUŞ B, Roma Hukuku (Tarihi Giriş-Hukuk Tarihi-Genel Kavramlar), Filiz Kitabevi, İstanbul, 1995.

FAVRET J.-M, Droit et Pratique de l'Union Européenne (Avrupa Birliği Hukuku ve Uygulaması), Gualino Yayınları, 2001.

GAUTRON J-C, Droit Européen (Avrupa Hukuku), Dalloz Yayınları, 11. Baskı, 2004

GÜNUĞUR H, Avrupa Topluluğu Hukuku, EKO Yayınları, 3. Baskı, Ankara, 1996.

ISAAC G. BLANQUET M, Droit Communautaire Général (Genel Avrupa Topluluğu Hukuku), Armand Colin Yayınları, 8. Baskı, Paris, 2001.

KARAKAŞ A. I, Ulusalüstü Anayasal Düzen Olarak Avrupa Topluluğu Hukuk Düzeni ve Ulus-Devlet Egemenliği, Der Yayınları, İstanbul, 1993.

KAPTEYN P. J. G, VAN THEMAAT VerLoren P, Introduction to the Law of the European Communities (Avrupa Toplulukları Hukukuna Giriş), Kluwer Law International, 3. Baskı, 1998.

KENT P, Law of the European Union (Avrupa Birliği Hukuku), Pearson Education Limited Yayınları, 2001.

KOSCHAKER P. AYİTER K, Roma Özel Hukukunun Ana Hatları, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Döner Sermaye İşletmesi Yayınları, İzmir, 1993.

LASOK K. P. E. LASOK D, Law and Institutions of the European Union (Avrupa Birliği Kurumları ve Hukuku), Butterworths Yayınları, 2001.

MACLEAN M. R. TEMPLEMAN, Law of the European Union (Avrupa Birliği Hukuku), Old Bailey Yayınları, 1999.

PAZARCI H, Uluslararası Hukuk, Turhan Kitabevi, 3. Baskı, Ankara, 2005.

REUTER P, Aux Origines du Plan Schuman, (Schuman Planının Köklerinde) Labor Yayınları, Brüksel, 1979.

SCHWARZ B. A, (Çeviren RADO T), Roma Hukuku Dersleri, İstanbul Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, 1948.

SUR M, Uluslararası Hukukun Esasları, Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 2006.

TEKİNALP G. TEKİNALP Ü. ATAMER Y. ODER B. E. ODER B. OKUTAN G, Avrupa Birliği Hukuku, Beta Yayınevi, 2. Baskı, İstanbul, 2000.

VAN RAEPENBUSCH S, Droit Institutionnel de l'Union et des Communautés Européennes (Avrupa Birliği ve Topluluklarının Kurumsal Hukuku), DeBoeck Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, Brüksel, 2001.

UMUR Z, Roma Hukuku (Tarihi Giriş-Kaynaklar-Umumi Mefhumlar-Hakların Himayesi), İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1974.

WEATHERILL S, Cases & Materials on EU Law (AB Hukukuna İlişkin Kararlar ve Önemli Konular), Oxford Üniversitesi Yayınları, 6. Baskı, 2004.

VILLEY M, Çev: TAHİROĞLU B, Roma Hukukunun Güncelliği, Der Yayınları, İstanbul, 2000.

Makaleler

BEER G, “*Les Dispositions de Droit Communautaire Directement Applicables, Développement d'une Notion Communautaire*” (Doğrudan Uygulanabilir Topluluk Hukuku Hükümleri, Topluluk Kavramının Gelişimi), Cahier de Droit Européen, 1970.

CEYLAN GÜNEŞ S, “*Roma Hukukunun Günümüz Hukuk Düzenlerine Etkisi*”, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 8, Sayı 1 – 2, 2004.

GARRON R, “*Réflexions sur la Primauté du Droit Communautaire*” (Topluluk Hukukunun Önceliği Üzerine Düşünceler), Revue Trimestrielle de Droit Européen, 1969.

GAUTRON J-C, “*Le Droit Directement Applicable Dans la Case de la Cour de Justices des Communautés Européennes*” (Avrupa Toplulukları Adalet Divanı İçtihatlarında Doğrudan Uygulanabilir Hukuk), Annuaire Français de Droit International, 1974.

GÜNUĞUR H, “*AB'nin Son Genişlemesi, Yeni Üye Devletlerde Yapılan Anayasal Düzenlemeler ve Türkiye*”, Marmara Üniversitesi Avrupa Araştırmaları Dergisi, Cilt : 12, Sayı:1-2, 2004

KOVAR R, “*L'Applicabilité Directe du Droit Communautaire*” (Topluluk Hukukunun Doğrudan Uygulanabilirliği), Journal du Droit International, Ocak – Mart 1973.

LEITAO A. R, “*L'Effet Direct des Directives: Une Mythification?*” (Yönergelerin Doğrudan Etkisi: Bir Uydurmaca mı?), Revue Trimestrielle Du Droit Européen, Ocak – Mart 1981.

İnternet Kaynakları

http://juripole.u.nancy.fr/Juripole_etudiant/html_renard/Communautaire2.html (01.12.2004)

www.baete.org/deur_leffet_direct_du_droit_communautaire.html (01.12.2004)

www.eurogerinfo.com/ue4htm (01.12.2004)

www.jurawelt.com/download/studentwelt/skripten/european_law.pdf (25.11.2004)

www.lagazettecommunes.com/concours/prepa/attache/pdf/europe/droitsnat_ue_pdf (01.12.2004);

www.topnotes.org/EC3-1DirEffect.pdf (25.11.2004)

**İÇTİHAT
KRONİĞİ**



HUMK KAYNAK YASASI CPCN UYGULAMASI: NEUCHÂTEL MAHKEMELERİNİN KARARLARI

(Dergimizin c. III/1 sayısından devam)

Prof. Dr. Bilge UMAR*

BİRİNCİ BÖLÜM

KANTON MAHKEMESİNİN İÇTİHA TLARI

No. 239 - 17 Aralık 1968 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 161-162)

CPCN m. 2 [HUMK m. 2] – Görev – Müddeabihin değe-
rinin takdiri

Özet: Müddeabih para değil ise, değerinin takdiri hakkında karara varılincaya kadar davanın görülmesine ara verilir [Not: Bizdeki, “iki taraf kıymetinde uzlaşmazlarsa” deyişi kaynak yasada yoktur]. Müddeabih bir kişisel irtifak hakkı olup da bunun iki taraftan her biri için taşıdığı değer farklı ise, yüksek olan değere göre görev belirlenir.

No. 240 - 6 Ocak 1969 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 163-164)

HUMK m. 465-Adli Yardım-Konkordato

Özet: Hukuk İşlerinde Adli Yardıma İlişkin Yasa [federal yasa değil kantona özgü yasa] uyarınca adli yardım sağlanması [bizdeki HUMK m. 465 vd. kuralları kaynak yasada yoktur, görüldüğü üzere orada konuyu özel yasa düzenlemektedir] yalnız hukuk

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku ve İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

davalarında mümkündür; süre konkordatosu yapılması sürecinde uygulanmaz.

Not: Türk İİK m. 15 f.II'ye göre adli yardım konusundaki HUMK kuralları icra tâkiplerinde de uygulanır (bu kural, kaynak yasa İsvİİK m. 16'da yoktur). Ancak, konkordato süreci bir icra tâkibi değildir; bu nedenle konkordato sürecini yürütmek isteyen borçlunun adli yardım kurallarından yararlanmasına İİK m. 15 de dayanak sağlayamaz. Özellikle, borçlunun konkordato süresini İcra Mahkemesinden alma sonrasında İİK m. 286 f. II uyarınca bunun uygulanması için gerekli masrafları (ve o arada, hayli yüklü tutara ulaşabilen harçları) ödemesi zorunluluğunun, bir adli yardımdan yararlanılma kararı elde edilerek bertaraf edilebilmesine olanak veren herhangi bir kural yoktur.

No. 241 - 4 Şubat 1969 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 164-167)

CPCN m. 42 [HUMK m. 48] – Davaların Birleştirilmesi – Bağlantı Kavramı

Özet: Davalar arasında bağlantı yoksa, birleştirme söz konusu olmaz; olayda her iki davada taraflar aynı olmakla birlikte davalar arasında hiçbir yakınlık [ve bağlantı] yoktur.

No. 242 - 23 Nisan 1969 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 168)

Neuchâtel'in avukatlık ve baro konusuna ilişkin, kendine özgü yarasını uygulamakta ve avukat hakkında disiplin kovuşturması yapıp ceza verilmesi amacıyla şikayette bulunmanın bu yasa da herhangi bir süreye bağlanmadığına işaret etmektedir.

No. 243 - 14 Mayıs 1969 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 168-171)

CPCN 85/HUMK m. 91, CPCN m. 160 f. II/HUMK m. 185 bent 1, CPCN m. 373/HUMK m. 425 – Davadan karşılıklı rıza ile sarfinazar edilmesi

Kararın Tam Metni:

Maddî Vakıalar

A. Davacı, 16 Kasım 1968'de, davalı hanımın yetkilendirilmiş mal yöneticisi olan Huguenin'e bir yazı göndererek, kendisinin

Doxa'ya [davalı hanıma] karşı şikâyetinden (böyle yazmıştır) vazgeçmiş bulunduğunu bildirmiştir. Bu bildirimine bir de, aynı tarihli bir mektubun suretini eklemiştir; o mektupta kendi avukatına vermiş olduğu, Doxa'ya karşı şikâyetinden vazgeçmesi talimatı bulunmaktadır. Bu yazılar nedeniyle sonradan, tarafların vekillerinin haberi olmaksızın bir yüzyüze görüşme yapılmıştır.

22 Kasımda, davacı, avukatına, 16 Kasım günü [yazmış olduğu mektupla] verdiği talimattan döndüğünü bildirmiştir.

1 Aralıkta, davacının avukatı davalı hanımın avukatına, davayı hüküm çıkıncaya kadar takip etme görevi aldığını yazmıştır.

Daha önce gönderilmiş olan bu mektupla aynı sırada postada bulunan 2 Aralık tarihli mektupla, davalı hanımın avukatı, Huguenin'e yapılan bildirimlere dayanarak, davacının avukatından, kendisine bir feragat bildirimini yapmasını talep etmiştir. Davacının avukatı bunu reddetmiştir.

B. 3 Aralık günlü dilekçeyle, davalı hanım, tahkikat hâkiminden, davacının talebini geri aldığını göz önünde tutmasını ve dosyanın işlemi kaldırılmasına karar verilmesini talep etmiştir. Davacı ise dilekçenin reddini istemiştir.

Hukuksal Gerekeçe

1. CPCN m. 160 [HUMK m. 185] gereğince, davanın açılması, davacıyı, davalı rıza göstermeden istemini geri çekmekten engeller [bizdeki ifade: dâvasını takipten sarfınazar edemez]; müddeabihin temliki, ıslah ve feragat durumları bundan istisna edilmiştir. Eldeki olayda, istisna edilmiş durumlardan ilk ikisinin varlığı söz konusu değildir [ve olsa olsa üçüncü durum var mı diye inceleme yapmalıdır]. Davacının Huguenin'e mektubu, bir feragat niteliğinde değildir, çünkü bu niteliğinin bulunması için yasanın aradığı şekillerden birine bürünmemiştir (CPCN m. 87/HUMK m. 93). Ortada kalan tek ihtimal, davadan karşılıklı rıza ile sarfınazar edilmesi (CCC c. IV s. 123; RJN c. IV, 1. Kısım, s.142 [şimdiki yeni çevirimizde No. 235'deki 7 Ekim 1968 günlü Kanton Mahkemesi kararı; yollamada bir yanlışlık var, çünkü o karar feragatla

ilgilidir]) durumunun var olup olmadığıdır; bunun üzerinde durmak gerekir.

2. Adının da gösterdiği üzere “karşılıklı rıza ile sarfinazar” iki yanlı bir işlemdir. Her iki tarafın rızasına ihtiyaç gösterir. Bu rıza, zımnen açıklanmış olabilir.

Davacının Huguenin’e mektubu, davadan sarfinazar edilmesi için yapılmış bir icap değerindedir. Davalı hanımın avukatı ise, davacının avukatına yazdığı 2 Aralık 1968 günlü mektupta, icabı açıkça kabul etmiş değildir. O, mektubu sadece davacıdan feragat etmesini talep etme vesilesi saymakla yetinmiştir [bunun dışında bir irade açıklaması yoktur].

Feragat ile sarfinazar etme sadece nitelikleri yönünden yâni birinin tek yanlı diğerinin iki yanlı yapılması yönünden farklı olmakla kalmazlar. Sonuçları bakımından da farklıdırlar. Feragat bir kesin hükmün sonuçlarını doğurur (CPCN m. 89/HUMK m. 95); o, davalıya, davacı tarafından yeni bir dava açıldığında, kesin hüküm itirazını öne sürmek olanağını sağlar. Davanın terki [davadan sarfinazar] ise eldeki davaya son verir; o, davacının yeni bir dava açmasına engel olmaz. Diğer yandan, feragat eden taraf bütün yargılama giderlerini yüklenir (CPCN m. 88/HUMK m. 94). Davanın terki hâlinde, harçlar ve giderler konusunu hâkim karara bağlar (CPCN m. 373/HUMK m. 425) ve bunu yapmak konusunda da hemen hemen mutlak bir takdir yetkisinden yararlanır (RJN c. II, 1. Kısım, s. 136 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 233 sonu]). Böyle olunca, bir davalı için, davadan feragat elde etmek ile bir terk’e razı olmak farksız şeyler değildir. Sonuç olarak davacıdan feragat etmesini açıkça istemiş bulunan davalı hanımın, bir terk yapılmasına zımnen rıza vereceği [vermiş olduğu] kabul edilemez.

Yararlı olacağı süre içinde kabul beyanı yapılmamış olduğuna göre davacı 16 Kasım 1968 günlü icabından, davalı hanımın 3 Aralık 1968 günlü dilekçesiyle dosyanın işlemde kaldırılmasını istemesi üzerine kurtulmuştur (İsvBK m. 5/Türk BK m. 5).

Davanın terkedilmesi konusunda taraflar arasında mutabakata varıldığı kanıtlanmış değildir. [Dosyanın işlemde kaldırılması

için] Verilen dilekçe reddedilmeli ve harçlarla giderler dilekçeciye yüklenmelidir (CPCN m. 364 f. I/HUMK m. 417 f. I).

No. 244 - 7 Temmuz 1969 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 5-12)

İsviçre markalarının ve özellikle "Swiss made" yazısının bir saat üzerine konabilmesi koşullarına ilişkin İsviçre yasalarının uygulanmasıyla ilgilidir.

No. 245 - 7 Temmuz 1969 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 13-14)

CPCN m. 364 f. II [HUMK m. 417 f.I cümle 2 Yargılama giderleri-Her iki tarafın kısmen haklı çıkması

Özet: Alt derece mahkemesinin yargılama giderlerini taraflar arasında bölüştürmekte yanlışa düşmesi, onun verdiği hükme karşı istinaf yahut temyiz yoluna gitmek için başlı başına dayanak oluşturur. Ancak, eldeki olayda taraflardan her biri kısmen haklı kısmen haksız çıkmış mı oluyor, bunun belirlenmesi bir hukuk sorudur ve bu yönden hataya düşülmesinde istinaf yahut temyiz yoluna gidilebilir; buna karşılık, her iki tarafın kısmen haklı çıkması hâlinde giderlerin hangi oranda bölüştürüleceği konusunda alt derece mahkemesinin kanunda belirtilmiş bulunduğu üzere mutlak takdir yetkisi vardır, onun takdirine karşı istinaf ya da temyiz yoluna başvurulamaz. Neuchâtel Temyiz Mahkemesinin bu içerikte olan içtihadı (RCCC'de VI s. 265 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 186 sonu], RJN c. I'de 1. Kısım, s. 112 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 204'de No. 200] ve c. II'de 1. Kısım, s.243 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 243'de No. 291]), istinaf başvurusunun [Sulh Hukuk Mahkemesi işlevindeki Bölge Mahkemesi kararlarına karşı istinaf mahkemesi olan Kanton Mahkemesi'ne] yapılmış bulunması durumunda da uygulanabilir.

Not. Olaydaki dâvanın özelliği hayli tuhaftır. Kocanın açtığı boşanma davasında onun istemi kabul edilmiş ve kadının nafaka istemi reddedilmişti. Buna karşılık, karşı dava açmış olan ama boşanma değil ayrılık isteyen kadının bu istemi, boşanma hükmü verince ayrılık hükmünün artık verilemeyeceği gerekçesiyle reddedilmişti. İstinaf mercii olan şimdiki mahkemenin (Kanton Mahkemesinin) görüşünce bu, istemin haklılığının aslında tesbit edildiği

ama usulî nedenle istemin hükme bağlanmasına olanak bulunamadığı yâni kadının da kendi isteminde haklılığının tesbiti anlamına gelir. Öyleyse, yargılama giderleri şu yahut bu oranda olarak iki taraf arasında bölüştürülmeli idi.

No. 246 - 25 Temmuz 1969 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 14)

Neuchâtel yasaının, HUMK'a alınmamış olan, istinafla ilgili kurallarının uygulanmasına ilişkindir.

No. 247 - 13 Ekim 1969 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 16-19)

CPCN m. 69/HUMK m. 75, İsvMK m. 151-153/TMK m. 174-176

İddia etme yükü-İstemlerin mahkemece yorumlanması

Kararın Yayınlanan Bölümü:

Hukuksal Gereğe

6. İstinaf dilekçecisi, ilk derece mahkemesi hükmüne, bu hükmün istinaf çağrılısı hanıma [hasım tarafa] bir nafaka bağlaması itibariyle itiraz etmektedir; oysa ki, ona göre hasım taraf her ne kadar isteminde No. 2'de gerçekten böyle bir nafaka istemiş idiye de istem dayanağı olarak hiçbir iddia öne sürmemiştir.

Neuchâtel usul hukuku kurallarına göre, taraflar, dava dilekçesinde ve cevap lâyihasında, iddialarının dayanakları olan bütün vakıaları açıklamalıdır (RJN c. I, 1. Kısım, s. 212 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 68]; ayrıca bkz. ATC VI 408, VIII 460, 482 ve CCC'de yayınlanmış 40.4.1957 tarihli Challandes kararı).

Vakıa iddiasının toptan yok bulunması, [istemin kabulüyle] hüküm verilmesini olanaksız kılar. [Bu durumda] İstem yalnızca eksikli değildir, o yok hükmündedir ve istinaf merciini istem hakkında bir karar verebilmek imkânsızlığı karşısında bırakır (RJN c. II s. 114 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 85]; bu karar Federal Mahkeme tarafından da 10.1.1959 günlü Schneider kararı ile onanmıştır).

Öne sürülen iddia, işlemin [dava dilekçesi verilmesinin] işlevini yerine getirebilmesine yeterli [içerikte] olmalıdır (CPCN m. 76 f. II/HUMK m. 82 f. II). Önemli bir husus [vakıa] hakkında iddia-

nın yokluğu, esas hakkında hüküm verecek hâkimin o vakıayı yokmuş diye kabullenmek zorunluluğunda bulunmasına yol açar (CPCN m. 69 f. I/HUMK m.75 f. I; RJN c. IV, 1. Kısım, s. 64 ve 65 [bu yeni çevirimizde No. 224'deki 6 Mart 1967 günlü Kanton Mahkemesi kararı). Yarar sağlayacak [istemini kabul ettirecek] tarafa, istemine dayanak edindiği bütün vakıalar için iddiada bulunmak düşer (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 138 [bu yeni çevirimizde No. 234'deki 7 Ekim 1968 günlü Kanton Mahkemesi kararı]). İddia edilmemiş bir vakıa [hükümde dayanak olarak] göz önünde tutulamaz (RJN c. III, 1. Kısım, s. 100 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 108-109]).

İddia etme yükü [konusu] sadece kanton hukukunu ilgilendirir ve federal hukuka, özellikle de İsvMK m. 8'e [TMK m. 6] ait bir sorun değildir ([İsviçre Federal Mahkemesi kararları:] ATF 89 II 121; 87 II 140, 141; 78 II 97).

Sadece, [bazı vakıaları iddia etmekte] ihmalkâr davranan davacının ıslah yoluna başvurmuş olması halleri saklıdır [bizde keza, davalının genişletmeye itiraz etmemiş bulunması da yeter ve sonradan iddia edilen vakıa zamanında öne sürülmüş gibi olur]; olayda ise davacı hanım böyle birşey yapmamıştır; keza, hâkimin re'sen araştırabileceği bir sorun [vakıa denmeliydi] söz konusu idiyse durum böyledir [o vakıa gecikmiş olarak öne sürülebilir veya hiç öne sürülme de hâkim onun varlığını tesbit edince onu hükmüne dayanak edinebilir] (RJN c. I, 1. Kısım, s. 212 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 68]; CCC c. V s. 523 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 132]).

Davacı hanım İsvMK m. 151 ve 152'nin [TMK m. 174, 175'in] ona sağlamış olabileceği hakları kullanıp kullanmamakta serbest idi, çünkü boşanmış eşler arasındaki parasal ilişkiler kamu düzenini ilgilendiren işler değildir(ATF 42 II 546; 47 II 371; 64 II 385; 78 II 103; RJN c. IV, 1. Kısım s. 66 [bu yeni çevirimizde No. 224'deki 6 Mart 1967 günlü Kanton Mahkemesi kararı]; RJN c. I, 1. Kısım, s. 212 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 68]; Gmür, [İsvMK Şerhinde] m. 152 No. 6; keza bkz. ATF 84 II 478; RJN c. II, 1. Kısım, s. 114).

Bu nedenle istinaf başvurusu, istinaf dilekçecisinin öne sürdüğü üzere [hasım taraf olan] davacı hanımın kendisine aylık nafaka bağlanması istemine dayanak olacak hiçbirşeyi iddia etmemiş bulunması itibarıyla, haklıdır.

7. Hâkim, tarafların kullandığı, belki de doğru olmayan ifadelerle bağlı değildir ve iddia edilen vakıalara bakarak istemi akla yakın yolda yorumlamakla yükümlüdür (bkz. RJN c. III, 1. Kısım, s. 83 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 253; orada a bendine bkz.]; RJN c. II, 1. Kısım, s. 97 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 230] ve o kararda zikredilen [yayınlanmış metinde bulunmayan] Federal Mahkeme içtihatları).

İstem bölümünde No. 2'de, bu nedenle [ifadenin açık olmasına rağmen] dar anlamda bir aylık nafaka geliri (İsvMK m. 152/TMK 175) yahut malî çıkarların kaybedilmesini telâfi edecek bir tazminat geliri (İsvMK m. 151 f. I/TMK m. 174 f. I) söz konusu edilmiş olabilir. Keza, manevî tazminat olmak üzere, istisnaen, bir gelir bağlanabilir /İsvMK m. 151 f. II/TMK m. 174 f. II; ATF 71 II 11; Hinderling, İsviçre Boşanma Hukuku, 3. bsl., s. 131).

Birinci ihtimalde (İsvMK m. 152/TMK m. 175), boşanma hâlinde davacı hanımın yoksulluğa düşmesi tehlikesinin bulunduğu sonucuna varılabildiğini gerektiren bir iddia [hallerin iddia edilmesi] gerekirdi. Böyle bir iddia [dosyada] boşuna aranmıştır [yoktur].

İkinci ihtimalde (İsvMK m. 151 f. I/TMK m. 174 f. I), hiç değilse yaklaşık olarak, evlilik çerçevesinde kendisinin maddî yararları ne idi ve boşanma hükmü verilince kendisinin gelir kaynakları olasılıkla neler olacaktı konularını açıklığa kavuşturmak, davacı hanıma düşer (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 66). En azından, kocasının harcamaları ve sürdürdüğü yaşam hakkında iddialar öne sürmüş olmalıydı ki, bu sayede kendisinin evlilik içinde yararlanmakta olduğu geçim edimleri [kendisine verilen paralar veya sağlanan diğer edimler] hakkında bir değerlendirme yapmak mümkün olabilirdi. (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 138). Kendisi bu türden hiçbir açıklama yapmamıştır; tersine, malî zorluklara (kocanın iflâsı) ve 1965 yılına dek kendisinin çalışmak zorunda kaldığına ilişkin iddialar öne sürmüştür.

Üçüncü ihtimalde (İsvMK m. 151 f. II/TMK m. 174 f. II) bir anapara ödemesi [toptan ve bir defalık ödeme] yerine bir gelirin bağlanması istisnaî olduğundan, taraflardan birine, açıkça öyle istemiş değil idiyse bir gelir bağlanamaz. Kanton Mahkemesi, istem yalnızca bir aylık gelir [yoksulluk nafakası] bağlanmasına ilişkin idiyse ve üstelik manevî tazminata hak verecek vakıalar iddia edilmiş değillerse manevî tazminatın reddedileceği [bağlanamayacağı] içtihadında bulunmuştur (özetі RJN c. III, 1. Kısım, 1. 65'de [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 107 sonu] bulunan, ATC Vuilomenet davasında 4 Mart 1963 kararı, No. 6066). Eldeki olayda böyle bir gelir bağlanmasının söz konusu olabilmesi için, istemin ifade edilmesinde daha çok açık seçiklik bulunması gerekeceğinden başka, her halde, davacı hanım, kocasının alkolikliğine ve zor kullanır olmasına ilişkin iddialarını dile getirdikten sonra, bir de kendisinin kişisel çıkarlarında [bizdeki metne göre, kişilik haklarında] ağır saldırıya uğramışlık derecesinde, bunlar yüzünden eziyet çektiğini iddia etmiş olmalıydı. Bunu yapmamıştır.

Böylece, iddia yokluğu nedeniyle davacı kadının ikinci isteminin haklı olup olmadığını hâkimin incelemesinin engellendiğini [câiz olmadığını] gözlemlemek zorunluluğu ortaya çıkmaktadır.

İstinaf başvurusu kabul edilmeli ve bunun sonucu olarak ilk derece mahkemesi kararı değiştirilmelidir [değiştirilerek ve düzeltilerek onanmalıdır].

No. 248 - 13 Ekim 1969 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 19-24)

CPCN m. 522 vd. [HUMK m. 561 vd.]- İsvMK m. 626 vd. [TMK m. 669 vd. - Taksim dâvası - Mirasta denkleştirme (iade)

Özet: Taksim davaları, CPCN m. 522 vd. [HUMK m. 561 vd.]'na göre Bölge Mahkemesinin [bizde Sulh Hukuk Mahkemesinin] önünde [CPCN m. 524 f. II/HUMK m. 562 f. II'nin söz ettiği] "nizai tesbit etme" işlemi yapılmadan doğrudan doğruya işin esası [denkleştirme/iade vb. konular] hakkında hüküm verecek olan mahkemede açılabilir.

Eğer miras bırakan, kendi altsoyunu, sırf yasal mirasçılar olarak alacaklarının aynını almak üzere vasiyetnameyle mirasçı ata-

mıŖsa, kuŖku [iradesini yorumlamakta tereddüt] halinde, mirasçılara-
rın denkleŖtirme/iade ile yükümlü bulduklarını [daha önce edin-
dikleri, denkleŖtirmeye/iadeye tâbi kazanımlarını muhafaza etme-
yeceklerini] kabul etmek zorunludur.

Vasiyetname yapanın, mirasçı olarak kendi çocuklarını mi-
rasta eŖit pay almak üzere mirasçı atamakla birlikte onlardan birine
önvasiyetle [préciput] ölüme bağlı belli mal baėıŖlamasında bu-
lunması hâlinde, denkleŖtirmeye/iadeye gitmek gerekir.

No. 249 - 22 Aralık 1969 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 31-32)

**CPCN m. 450 vs. [HUMK m. 501], İsvİİK m. 242
[TürkİİK m. 228]**

Özet: İflâs sürecindeki istihkak davası seri yargılama usu-
lüyle görülmez.

Not. Bizim İİK m. 228 f. III, davanın basit yargılama usu-
lüyle görüleceğini açıkça söyler. Federal yasa olan İsvİİK'da ise bu
kural yoktur, çünkü İsviçrede davalarda uygulanacak yargılama
usulüne iliŖkin kuralları koymak, Federal Anayasa gereğince, kan-
tonların yetkisindedir. CPCN Neuchâtel için bu konuda bir kural
getirmemiŖtir: Kanton Mahkemesi, CPCN'da bulunan, seri yargılama
usulüne iliŖkin kuralların istisnaî nitelikte olduğuna ve onların uygu-
lanma alanının kıyas yoluyla genişletilemeyeceğine iŖaret ediyor.

No. 250 - 6 Nisan 1970 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 36)

Mimar Lévy'nin Migros'a KarŖı Davası

**İsv BK m. 22, 41, 394, 404 [Türk MK m. 22, 41, 386, 396],
İsvMK m. 2 [TMK m. 2], CPCN m. 69 [HUMK m. 75]**

**Akit yapma vaadi-Haksız fiil-Vekâlet-Vekaletten azil
[Temsil yetkisinin geri alınması]-Hakkın kötüye kullanılması-
İddia edilen olaylara hukukun re'sen uygulanması**

Özet: 1. Yapılacak binanın plânlarını hazırlamakla ve çalıŖ-
maları yönetmekle görevlendirilen mimar, bir vekildir (gerekçede 3).

2. Bir taşınmaz satışıyla bağlantılı olsa da, mimara temsil yetkisinin verilmesi geçerlilik yönünden herhangi bir şekle tâbi değildir (gerekçede 2).

3. Aksine sözleşme yapılmış bulunması önem taşımaksızın, temsil yetkisi her zaman geri alınabilir (gerekçede 4, 5 ve 6).

4. Temsil yetkisinin geri alınması hiçbir şekle tâbi değildir; böyle yapılmış olduğu sonucuna varmayı gerektiren bir işlemle [zımnen] de yapılmış olabilir (gerekçede 7).

5. Temsil yetkisinin geri alınması ve hakkın kötüye kullanılması (gerekçede 10).

6. Geri dönme yetkisini içeren bir akit yapma vaadinin kendisinden de geri dönülebilir (gerekçede 7).

7. Haksız fiil: Hukuka aykırılık kavramı (gerekçede 9).

8. Hâkim, iddia edilmiş vakıalara hukuku re'sen uygular (gerekçede 8).

Yayınlanan kararın tam metni:

Maddî Vakıalar

A. Şimdiki dava, Lausanne/Lozan'da mimar olan [davacı] Marx Lévy ile, merkezi Neuchâtel'de bulunan (ve bundan sonra Migros diye anılacak olan) Kooperatif Şirket Migros'u karşı karşıya getirmiştir.

16 Kasım 1959'da, Marx Lévy'nin babası Alfred Lévy, Tramelan'da bulunan bir taşınmazı Migros'a satmıştır. Önceki 30 Ekimde, alıcı şirket satıcıya, satın alınan taşınmazda inşaat çalışmaları yapacak olduğu takdirde "mimarlık çalışmalarını Marx Lévy'ye, eğer onun yeterince zamanı var ise ve çalışmaların düzenli yürüyeceğine güvence verebilecek ise, bırakacağını" yazmıştır.

1967/68'de, Migros, söz konusu taşınmaz üzerinde bir depo yaptırmıştır. Çalışmaları, davacıdan başka bir mimara bırakmıştır. Bu kişi [davacı] olayı 1967 Mayısında, davalı şirketin bir temsilciyle konuşması sırasında öğrenmiştir.

B. Davacı davalıdan maddî tazminat olarak 43 000 Frank ve manevî tazminat olarak da 17 000 Frank, toplam olarak 60 000 Frank talep etmektedir. [Maddî tazminat isteminin dayanağı olarak] Zararını İsviçre Mimarlar Odasının ücret tarifesine göre alacağı ücret miktarının yarısı olmak üzere hesaplamaktadır [yâni, bu ücret miktarının yarısının aslında giderleri karşılayacağını, geri kalan yarısının kendi kazancı olacağını hesaplamakta ve kaçırdığı kazanç bölümünün tazminini istemektedir].

Manevi tazminat konusunda, davacı, söz konusu inşaat işinin, kendisine Tramelan'da yerleşmek fırsatını vereceğini ve bu yerde mesleki temaslar kurmak [müşteri muhiti edinmek] arzusunda olduğunu ayrıntılı biçimde açıklamıştır. Kendisinin Tramelan çocuğu olduğunu, orada çocukluğunun 9 yılını geçirdiğini ve oraya ana babası gibi pek bağlı kaldığını açıklamalarına eklemiştir.

C. Davalı şirket, istemin dayanaksız olduğu savunmasında bulunmuştur. Davacının sıfatına itiraz etmektedir. Esas bakımından yaptığı açılmaya göre, Tramelan'da bir depo inşa etmek için sadece Alfred Lévy'den satın alınmış parselin değil ayrıca komşu bir parselin de kullanılması gerekmektedir. Bu ikinci parselin satıcısı ise çalışmaların davacıya bırakılmasını istememiştir [arsayı ancak bu iş davacıya verilmeyecek mutabakatıyla satmaya razı olmuştur].

D. Tahkikat hâkimi aşağıdaki hukuksal dayanakların ayrı ayrı karara [hâdise nitelikli ön sorunları çözümleyici ara kararlarına] bağlanması gerektiğine karar vermiştir:

1. Davalı şirket fesihle [vekâletten azletme kastediliyor] (İsvBK m. 404/TürkBK m. 396), davacıya karşı yükümlülüğünden kurtulmuş mudur?

2. Davacı tarafından iddia edilmiş vakıyalardan, davalı şirketin bir haksız fiil (İsvBK m. 41/Türk BK m. 41) gereğince sorumluluk altına [yahut] bir şahısvarlığı hakkına zarar vermiş olma (İsvBK m. 49/Türk BK m. 49) sorumluluğu altına girmiş bulunması sonucu çıkar mı ?

Hukuksal Gerekçe

1. Davalı şirket mimarlık çalışmalarını davacıya vermek yükümlülüğü altına girmiştir. Bu yükümlülük, kendi adına ama oğlu lehine hareket eden Alfred Lévy ile yapılan akitle kararlaştırılmıştır. Migros ile davacının babası arasında varılan mutabakat, üçüncü kişi yararına yapılmış bir akit (İsvBK m. 112/Türk BK m. 111). Ortada bu çeşit akitlerin tam denenlerinden [talep yetkisini üçüncü kişiye de verenlerinden] mi yoksa eksik denenlerinden mi [ifayı yalnız akdin tarafının talep edebileceği içerikte olanlarından mı] biri vardır? Aynı ayrı hukuksal dayanaklar hakkında [onların gerçekleşmiş olup olmadığı hakkında] karara varırken mahkeme bu sorunu açık [hakkında görüş belirtilmemiş] bırakabilir ve bırakmalıdır. Varsayım olarak, başkası yararına tam denen türden akit yapıldığını ve sonuç olarak da davacının dava açma sıfatının bulunduğunu kabul edecektir [Umar'ın notu: mahkeme "Görüleceği üzere sonuç değişmez, bu durumda dahi istemin reddi gerekecektir" demek istiyor. Aslında ortada şimdiki davacıya talep hakkı verecek bir akit bulunmaması hemen davanın reddini gerektirirdi; mahkeme bu sorun hakkında güvenle karara varamadığı için şimdiki tutumu yani akit davacıya talep yetkisi veriyor olsa bile onun isteminin kabul edilememesine yol açacak gerekçeleri belirtmek yöntemini izliyor].

2. Migros, baba Lévy ile anlaşması gereğince, oğul Lévy ile bir akit yapma yükümlülüğü altına girmiştir. Bu anlaşma, bir akit yapma vaadidir (İsvBK m. 22/Türk BK m. 22). Bir taşınmazın satımıyla bağlantılı olmasına rağmen, kendisi herhangi bir şekil gerekliliğine tâbi kılınmamıştır (RO [Recueil Officiel, yani BGE/ATF] 86 II 33).

3. Davalı şirket, "mimarlık çalışmalarını [işlerini]" davacıya vermek yükümlülüğünü üstlenmiştir. Federal Mahkeme içtihatlarına göre, sadece plânları hazırlamakla değil ayrıca çalışmaları yönetmekle de görevlendirilen mimar, bir vekildir (RO 93 II 311 gerekçe 2). Diğer bir kanaate göre plânları hazırlamakla görevlendirilmiş mimar [dahi] şimdiden bir vekil durumundadır.

Eldeki davada, bunun [davacıya sırf plan çizme görevi mi yoksa ayrıca işleri yönetme görevi de mi verilecekti konusunun] önemi yoktur. Anlaşmaya göre, davacının “gerekli zamana sahip bulunması ve çalışmaların normal yürüyüşünü sağlayabilecek olması” gerekiyordu. Demek ki görevi sadece plân hazırlamaktan ibaret değildi.

[Böyle olunca] Davalı şirket, bir vekâlet akdi (İsvBK m. 394 vd./Türk BK m. 386 vd.) yapmak borcu altına girmiştir.

4. İsvBK m. 404/Türk BK m. 396'nın ifadesiyle, vekâletten azil ve ondan istifa her zaman câizdir. Eldeki olayda tarafların feshedilemeyecek bir vekâlet akdi yaptıkları ne iddia ne de isbat edilmiştir.

5. Diğer yandan, (zımnî) bir geri dönülmezlik maddesi bâtil olurdu (İsvBK/Türk BK m. 19 f. II ve m. 20 f. I). [Umar'ın notu: Mahkeme demek istiyor ki olayda açık bir geri dönülmezlik maddesi bulunmuyor; zaten, açıkça veya zımnî böyle bir anlaşma yapılmış olsaydı bile o anlaşma geçersiz olacaktı]. İsvBK m. 404/Türk BK m. 396, buyurucu hukuk kurallarındandır (RO 59 II 261; ZR 1943 No. 49 gerekçe 5; ZBJV 1963 478 gerekçe c; BJM 1959 325 gerekçe 1; Sem. Jud. 1953 364; SJZ 1946 187 ve 1949 44).

Federal Mahkeme bazan İsvBK m. 404/Türk BK m. 396 kuralının buyurucu niteliğinden kuşkuya düşmüş gibi görünüyor (RO 83 II 525 ve 95 I 21; birinci karar hakkında Merz'in ZBJV 1959 59'da ve Gautschi'nin [İsviçre BK Şerhinde] m. 404 açıklamalarında 10 d notunda öne sürdüğü eleştirilere bkz.). Ancak [o kararlarda] uzun bir süre boyunca (bir olayda 10 yıl, diğerinde 3 yıl) yapılacak hizmet ifasını açıkça öngören akitler söz konusu idi; bir tek belli yapı işi için mimarla yapılmış vekâlet sözleşmesi değil. Diğer yandan, olayda bir mimar, keza bir hekim veya avukat söz konusu olduğunda, vekilin hizmet ifası kişisel yapıdadır; taraflar arasında bir güvenme bağının varlığı gereklidir. Burada, akdi her zaman feshedebilmek [vekilin görevine son verebilmek] konusunda vazgeçilmez bir hakkın varlığı diğer hallerde olduğundan çok daha fazla yerindedir [gereklidir]. Son olarak, bu noktada Mimarlar Odası Asgarî Ücret Tarifesi'nde m. 8'i anmak da yerinde olur. O

kurala göre, “Eğer iş sahibi mimara verdiği vekalet yetkisini onun ağır kusuru yokken geri alırsa, mimar, vaptığı işler için şimdiki târifede öngörülen ücreti % 15 fazlası ile almak hakkına sahiptir”. Bu kuraldan, söylenenin dışında bırakılana bakış [mefhum-u muhalif] yoluyla anlaşılmaktadır ki eğer vekalet yetkisi herhangi bir iş yapılmış olmaksızın geriye alınmış ise mimarın hiçbir istem öne sürmek hakkı olmayacaktır.

6. İsvMK m. 404/Türk MK m. 396, vekâlet verene bir taşınmazı satan ve bu sırada [o taşınmaz üzerinde bina yapılması işi için] kendisine vekalet verilmesini sağlayan mimar hakkında dahi uygulanır (SJZ 1965 96; Gautschi, BK Şerhinde n. 365 açıklamalarında not 22 d ve not 24 a). Böyle bir olayda vekâlet yetkisinin geriye alınması, satışın geçerli kalıp kalmadığını sorun hâline getirir mi? Elimizdeki olayda bu sorun karşısında değiliz. [Dâvacı mimarın babası olan] Satıcı, davanın tarafı değildir.

7. Vekalet yetkisinin geri alınması [vekilin azli, geçerlilik açısından] hiçbir şekilde bağlı tutulmamıştır (İsvMK m. 11/Türk MK m. 11 ile İsvBK m. 404/Türk BK m. 396’dan, söylenenin dışında bırakılana bakış yöntemiyle [çıkarılan sonuç]). Bu sonuç, iradenin belirtisi olan davranışlardan doğabilir ve özellikle, vekilin bilgisine iletilmiş olmak şartıyla, vekâlet verenin [şimdi] vekaleti bir üçüncü kişiye vermiş bulunmasından doğabilir (Gautschi, İsvBK Şerhinde m. 404 açıklamaları, not 8 b). Eldeki olayda 1967 yılında gerçekleşmiş durum da budur; hemen hemen [sadece] şu farkla ki davalı şirket bir vekâlet yetkisini feshetmiş değildi, vekâlet verme vâadinden dönmüştü. Bu farkın önemi yoktur. Kendiliğinden anlaşılır ki serbestçe rücu edilebilecek bir akdi yapmak vâadinin kendisinden de serbestçe rücu edilebilir. Üstelik, davacı[nın kendisi de] bir akit yapma vâadinin yerine getirilmemesi sebebiyle tazminat istemi öne sürmektedir. Oysa davalı şirket vaad etmiş olduğu üzere ona vekâlet vermiş olsa idi bu vekâlet yetkisi mimarlık işlerinin yürütülmesinin bir üçüncü kişiye bırakılması anında feshedilmiş bulunacaktı. Davalı şirket, akit yapma vâadinden doğan yükümlülüğünü yerine getirmiş olacaktı; [ama] davacı şimdi giderilmesini istediği zarardan daha azına uğramış olmayacaktı (bkz. aynı anlamda Federal Mahkeme kararı, Sem. Jud. 1952 s. 197, özellikle s. 201).

8. Dava dilekçesinin varılan sonuç [istem] bölümünde davacının yazdığına göre “davalı şirketin kendisi hiçbir zaman, davacıya verilmiş bir vekalet yetkisini geri aldığı iddia etmemiştir”. Davalı şirketin, İsvBK m. 404/Türk BK m. 396’dan çıkartılabilecek savunma dayanağını öne sürmüş bulunmadığı doğrudur. Buna karşılık, mimarlık işlerini bir diğer mimara vermiş bulunduğu ve bunu davacıya bildirmiş olduğu iddiasındadır. Oysa, iddia edilen vakialara ilgili hukuk kurallarını re’sen uygulamak hâkimin görevidir: Iura novit curia [hukuku mahkeme bilir]. Şurası kuşkusuzdur ki CPCN m. 69/HUMK m. 75 hâkime, bir dayanağı [istem veya savunma dayanağını] hatırlatmak yasağı getirir. Ancak, federal hukuka aykırı düştüğü ölçüde (RO 89 II 339/340, 90 II 40, 91 II 65 gerekçe 2, 91 II 213 gerekçe 3 başı, RJN 3 I 166) kanton yargılama usulünün bu kuralı, işlemez [bizde de maddî hukuk yasalarındaki özel kurallar, özel kural niteliği yüzünden, onun işlerliğini engellerebilir]. Eldeki olayda hâkim, davalı şirket tarafından öne sürülen ve sâbit olan vakıaların, [vekâlet yetkisini] geri alma konusunda bir iradenin varlığına belirti oluşturduklarını söyleyebilir [kabullenebilir] ve söylemelidir.

9. Davacının, kendisine bir manevî tazminat ödenmesi istemi, bir akitte dayanak bulamaz (yukarıda gerekçe 1-8). Acaba bu istem, iddia edilmiş vakıalar karşısında, bir haksız fiilde (İsvBK m. 41/Türk BK m. 41) dayanak bulabilir mi ?

Zarar veren bir fiil, hukuk düzeninin şöyle yapılmalıdır veya şöyle yapılmamalıdır diyen, yazılı yahut yazıya bağlanmamış olup da çiğnenen hakkı korumak amacını güden kurallarını çiğnemekteyse haksız fiildir (ATF 90 II 274 gerekçe 4, 91 I 449 gerekçe 3, 94 I 628 gerekçe 5). Eldeki olayda, davacının Migros tarafından Tramelan’da yaptırılacak deponun mimarı olmak konusunda akit dışı bir hakkının varlığını çıkarabileceği [dayandırabileceği] bir kuralı hukuk düzeni içinde aramak boşunadır [öyle bir kural yoktur]. Diğer yandan, hukukun hangi kuralındaki “şöyle yapılmalıdır” buyruğu gereğince davalı şirket davacının böyle bir “hakkına” [yapılacak deponun mimarlığının kendisine verilmesini istemek hakkına] saygı göstermeliymiş, belli değildir. Davalı şirketin -elbette ki

[davacıya] zarar verici olan- tutumu, İsvBK m. 41/Türk BK m. 41 anlamında haksız fiil değildir.

Böyle olunca, davacının, çocukluğunu geçirmiş bulunduğu köyde yapılacak bir deponun mimarı olmak konusunda, İsvMK m. 28 ve BK m. 49 anlamında bir kişisel menfaati [Türk MK m. 24'de: kişilik hakkı; Türk BK m. 49'da: şahsî menfaat] var mıydı diye aramak gereksizdir [istem temelinin diğer unsurları gerçekleşmemiştir]

10. [Bu kararda] Daha önce söylenmiş bulunanlar göz önüne alındığında, davacının davalı şirkete karşı ne akitten doğan bir tazminat davası açabilecek hakkı, ne de manevî tazminat olarak kendisine akit yahut haksız fiil gereğince ödeme yapılması için dava açabilecek hakkı bulunmaktadır. Kendisi, bir "hakkın kötüye kullanılması" (İsvMK/Türk MK m. 2 f. II) kurbanı olduğunu söylüyor. Davalı şirket, iyiniyet [dürüstlük] kurallarına aykırı hareket etmiş, çünkü oğlu lehine yapılan vaad olmasaydı Alfred Lévy taşınmazını satmayacak imiş.

Davalı şirketin cevap lâyihasında öne sürdüğü dayanakların yersiz olduğunu farzederek (bu dayanakların değerlendirilmesi şimdiki ara kararının [bkz yukarıda maddî vakıalar bölümünde D] konusu değildir) öyle görünüyor ki davalı şirket verdiği sözü yerine getirmemiştir. Yine de, davranışı, hakkın açıkça kötüye kullanılması niteliğinde değildir. Davalı şirket, vekili azletmek konusunda, İsvBK m. 404/Türk BK m. 396 ile güvenceye bağlanmış olan, özgürlüğünü kullanmaktan başka şey yapmamıştır. Mahkeme içtihatları bu kuralı, onun buyurucu niteliğini kabul ederek, uyguladıkları her olayda, gerek vekalet vereni gerek vekalet verileni girişilmiş bir bağlantıyı tanımama tutumu göstermeye yetkili saymıştır. Davacı, olaydaki vekâlet yetkisini geri alma işlemini istisnâ olarak "hakkın kötüye kullanılması" diye nitelemeye olanak verebilecek olan özel durumların varlığını ne iddia ne de isbat etmiştir. Daha da özel olarak, akit yapma vaadi ile taşınmaz malın satışındaki bağlantı [satıcının, mimar olarak yetkilendirme yapma akdi vaadi olmasa idi satış akdini yapmayacak olduğu vakıası] böyle bir özel durum oluşturmaz [o vakia varken vaadden dönülmesi, hakkın kötüye kullanıldığını söylemeye dayanak olamaz]. Yukarıda (gerekçe

6'da) görüldüğü üzere bu bağlantı olsa olsa Alfred Lévy'nin söz konusu satışı yeniden gündeme getirmesine [BK m. 24 bent 4 gereğince, akdin önemli bir unsurunda hataya düşürülmüş olmak nedeniyle, BK m. 31'deki, pek doğru olmayarak fesih deneni hakkı kullanmasına; dikkat edilirse mahkeme bu hatalı sözcüğe yer vermiyor] yetki verebilirdi. Oysa, bir kez daha [vurgulayalım ki] Alfred Lévy davada taraf değildir.

Not: Yayıncı, bu kararın sonuna eklediği açıklama notunda, bu kararın değiştirilmesi için Federal Mahkemeye yapılan başvuru üzerine (bizde ise, ara kararına karşı kanun yoluna gidilemez) Federal Mahkeme tarafından 23 Eylül 1970 günlü kararla başvurunun reddedildiğini belirtmektedir. Orada Federal Mahkemenin gerekçeleri de özetleniyor, bunlar, aktardığımız kararda Kanton Mahkemesinin verdiği gerekçelerin tekrarı niteliğindedir.

No. 251 - 5 Mayıs 1970 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 46)

İsvMK m. 309/Türk MK m. 301 – Babalık Davası

Özet: Babalık dâvasında davalının ön sürdüğü, anthropo-herédo-biologique (insanlarda kalıtımın biolojisine dayanan) inceleme (AHB incelemesi) deneni incelemenin delil olarak kullanılmak üzere yaptırılması istemi, bu yöntemin, a. Sonuca ulaşmak için çok (iki yılı aşkın) zaman gerektirici, dolayısıyla davayı çok uzatıcı olması; b. Bu yöntemle incelemesi yapılan kişinin baba olup olmadığını belirlemede hayli yüksek oranda işe yarayamaması yüzünden, reddedilmek gerekir.

No. 252 - 22 Mayıs 1970 (Vesayet Dairesi olan Sulh Hukuk Mahkemesi işlevindeki mahkemenin kararına karşı İsvMK m. 420/Türk MK m. 461 gereğince itiraz yapılabilecek denetim makamı sıfatıyla Kanton Mahkemesinin kararı; RJN c. V, 1. Kısım, s. 53-54)

İsv MK m. 284/Türk MK m. 347 – Çocukların yerleştirilmesi

Özet: Vesayet dairesi işlevindeki mahkeme, ana babası arasında boşanma davası bulunan bir çocuk hakkında İsvMK m.

284/Türk MK m. 461 kuralını uygulayamaz. Böyle bir önleme karar vermek yetkisi boşanma davasına bakan mahkemeye aittir.

No. 253 – 1 Haziran 1970 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 55)

İsv BK m. 21/Türk BK m. 21 - Gabinin sonucu işlemin tümüyle mi, kısmen mi geçersiz olmasıdır?

Maddî Vakıaların Özeti

Davacı hanım, gabin'i ileri sürerek, davalı hanımın ona bir ticarî işletme (tütün mağazası) satmasına ilişkin sözleşmeye itiraz etmektedir [geçersizliğin tesbitini istemektedir].

Hukuksal Gerekçe

1. İsv BK m. 21 gereğince, taraflardan birinin vaad ettiği [üstlendiği] edim ile diğer yanın karşı-edimi arasında belirgin oransızlık varsa, gabin'e uğrayan taraf, eğer gabin onun darda olmasından, umursamazlığından yahut deneyimsizliğinden dolayı gerçekleşmiş idiyse, bir yıllık süre içinde, akdi feshettiği beyanında bulunabilir ve ne ödemiş idiyse onu geri alabilir.

a. Yasa, hangi durumda karşılıklı edimler arasında belirgin oransızlık bulunduğunu belirlemeye olanak verecek sâbit bir kural [ölçüt] koymaz; bunu yargıç, somut olaydaki koşulların tümünü göz önünde bulundurarak karara bağlamak zorundadır (İsvMK m. 4/Türk MK m. 4; Thilo, JdT 1946 s. 363).

Eldeki olayda, satış, 15 521,50 Frank'lık bir bedel karşılığında işletmenin tümünün satışını öngörmekte ise de, edimlerin her biri [satıcının üstlendiği devir edimi ve alıcının üstlendiği bedel edimi] iki unsurdan oluşmaktadır: peştemaliye [agencement; satıcının bu işletmeyi kurup geliştirmiş olmasının hak ettiği ödeme] ile goodwill [satıcının kendi emeğiyle bu işletmeye bağladığı müşteri çevresinin yâni o işletmeye bağlanmış hazır bir müşteri kitlesini alıcının hazır bulması bedeli diye öngörülen miktar] olarak 5 000 Frank ve diğer yandan [devredilecek], envantere geçmiş malların değeri olarak 10 521,50 Frank.

Objektif olarak, piyasadaki alışlagelmiş koşullara göre peştemaliye ve hava parası [pas de porte; good will bu kez böyle

anılmış], kira sözleşmesinin [işletmenin faaliyet gösterdiği mağaza mekânına ilişkin kira sözleşmesinin] iğretiliği ve o binanın yakında yıkılacak olması nedeniyle, değer taşımamaktadır [gerçek karşılığı yokken ödenmiş olmaktadır].

Envantere bağlanmış ticarî mallar konusuna gelince; keza burada da satıcının ediminin objektif değeri ile kararlaştırılmış bedel arasında açık bir fark vardır.

Envantere bağlanmış ticarî malların bedeli bu malların objektif değerine göre belirgin bir oransızlık gösteriyor mu konusunda hüküm yürütmek hiç gerekmeksizin; bedel tümüyle göz önüne alındığında ve yukarıda söylenen nedenlerle, işin toplam bedeli olan 15 521,50 Frank, yapılan işlemin, bilirkişiler tarafından hesaplanan 9 507,85 Franklık gerçek değerine kıyasla belirgin bir oransızlık göstermektedir.

b. Keza aşikârdır ki davacı hanım ihtilâflı sözleşmeyi, umursamazlığı sebebine kabullenmiştir ya da hiç değilse yaşının genç olmasından ileri gelen deneyimsizliği nedeniyle, koşulları makul surette değerlendirebilmesine olanak verecek teknik ya da meslekî bilgilerden yoksun bulunduğu için kabullenmiştir (ATF 61 II 36, 92 II 175).

c. Eldeki işte, koşullar, ayrıca, davacı hanım tarafından davalı hanımın umursamazlığının yahut en azından deneyimsizliğinin istismar edildiğini; yâni, davacı hanımın bunlardan kendi yararına bir sözleşme yapılmasını sağlamak üzere bilerek yararlandığını kabul etmeye olanak vermektedir (ATF 92 II 177). ...

d. İsv MK m. 21'e uygun olarak, davacı hanım akdin yapılmasından başlayarak bir yıl içinde, akitten vazgeçtiğini açıklamış ve yapılan edimlerin karşılıklı olarak iade edilmesini önermiştir.

e. Bir aslan payı alma akdinin [gabinle sakatlanmış akdin] feshi hakkının kullanılması ilke olarak akdin bütünüyle geçersizleşmesi sonucunu doğurur (İsv BK m. 21/Türk MK m. 21). Mahkeme içtihatları, sözleşmenin bir bölümünün aslan payı alıyor olma durumu göstermediği takdirde geçerli kalmasını, bizzat gabin mağduru kişi akdin bu sınırlı kapsamda geçerli kalmasını talep etmiş

olmadıkça, kabul etmiyor (ATF 80 II 327, 84 II 107, 982 II 168); kısmen geçerli kalmaya bir de şu halde cevaz veriyor: meğer ki, deniyor, sözleşme öylesine açık seçik bağlayıcı kurallar içersin ki taraflardan biri aşikâr biçimde özel bir durumdan yararlanıyor olsun ve ötekinin tutumu kendi başına değerlendirildiğinde eleştirilecek gibi görülsün (ATF 64 I 47). Öğretide bazılarının (Becker, m. 21 açıklamalarında No. 14; Oser/Schönenberger, m. 21 açıklamalarında No. 14; von Thur/Siegwart, s. 302) görüşüne uygun olan bu içtihat, bazı yazarlarca eleştirilmektedir (Spiro, RJB 1952 s. 449, 497; Piotet, JdT 1958 I 535; von Büren s. 228). Bu tartışmada taraf tutmaya [mahkememiz için, eldeki işte] hiç gerek yoktur.

Gerçekten, öyle de olsa böyle de olsa, gabine uğramış taraf, bütün hak sahipleri gibi, dürüstlük ilkesi gereğince davranmak zorundadır (İsv MK m. 2/Türk MK m. 2). Oysa, eldeki olayda, çeşitli nedenler, davacı hanımın davalı hanımdan bedelin bütünü olan 15 521,50 Frankın iadesini, sadece elde etmiş bulunduğu zenginleşmeyi iade etme karşılığında ve görünüşe bakılırsa hiçbir zenginleşmeye nail olmadığını iddia ederek, talep etmesine engeldir.

Bir yandan, 29 Şubat 1969 tarihli feshetme bildirimini mektubunda davacı hanım, davalı hanımı “aldığı edimi iade etme yoluna gitmek” talebiyle temerrüde düşürmüştür. Hiçbir istisna gözetilmediğine göre, önerilen [talep edilen] iade edimin bütününe kapsayacaktır ve sadece muhtemel zenginleşmenin kapsamı miktarınca [gabine uğratılan alıcının fazladan ödediği ve dolayısıyla satıcının zenginleştiği miktarda] olacak değildir. Bu irade açıklaması, yok edici bir yenilik doğuran hakkın kullanılması içeriğinde olduğundan, yapılan açıklama bir öneri [icap] değildir; tersine, alınmış bedelin iadesi karşılığında [bedeli geri alacak alıcı/dâvacının da] elde ettiği edimlerin bütünüyle iade edilmesi yükümlülüğünü getirecektir. Bunu yapmakla davacı hanım, isteseydi kullanabileceği, yalnızca kendi zenginleşmesi ölçüsünde iadede bulunmak hakkından da vazgeçmiştir.

Diğer yandan, davalı [davacı denecekti] hanım, davacı [davalı denecekti] hanımdan iktisab etmiş olduğu ve üstelik 21 Mart 1969 günlü dava dilekçesinde o günkü halleriyle iade etmeyi öner-

diği malları iade etmek olanaksızlığını kendi kendine yaratmıştır. Gerçekten, 29 Şubat 1969 ve 21 Mart 1969 sonrasında, davalı hanımdan iktisab ettiği malları satmayı sürdürmüştür; onlara haciz konmasına yol açmıştır; hâlen bu mallara artık sahip değildir. Davacı hanımın, vaktiyle davalıdan satın alınmış ticarî malları (tüketim malları) iade etmesine olanak verecek tek çare onları [kendisinin sattığı kişilerden] yeniden satın almasıdır ama böyle bir işlem taraflardan hiçbiri için yarar sağlamaz; çünkü davalı hanımın yeniden bütün ticaretini yürütmeye başlayacağı ne iddia ne de isbat edilmiştir ve zaten herhalde kendisi bu malları bizzat satın alabilecek durumdadır. Şu hale göre, bu malların, 1968 Haziranından bugüne kadar değiştiği ne iddia ne de isbat edilmiş olan fiatlarını [değerlerini] gözönünde tutmak [ve ona göre hesaplama yapmak] yeterli olur.

Kaldı ki, davalı hanım, dava dilekçesinin sonuç ve istem bölümünde, kendisi tarafından ödenmiş bedelin iadesini talep etmekle yetinmiş olmayıp (bkz. ATF 92 II 179), bir de davalı hanımın, aldıklarının her birine karşılık olacak bir mahkûmiyet hükmüyle, aldığı peştemaliye bedeli ve envantere geçmiş mallar bedelinin iadesi yerine geçmek üzere, bunların talep [dava] tarihindeki yâni 21 Mart 1969'daki değerlerini iade etmeye mahkûm edilmesini talep etmiştir. [Kendisi tarafından] İktisap edilmiş malların maddesel olarak o sırada eksilmiş bulunduğunu ne iddia ne de isbat etmiş olduğundan, bunların akit yapıldığı sıradaki halleri ile iade edilmesini önerdiğini kabul etmek yerinde olur. (Tersine, eğer davacı hanım alınmış edimlerin iade edilmesini bizzat kendisi öneriyor olmasaydı, İsv MK m. 8/Türk MK m. 6 ve İsv BK m. 62 vd./Türk BK m. 61 vd. gereğince davalı hanım, kendi *condictio*'sunu [kendi zararına sebepsiz zenginleşmeye dayanan iade talebini] dayandırdığı vakıalar için iddia ve isbat yükünü taşıyacaktı; bkz. ATF 92 II 179).

Bu koşullarda, alınan her bir şeyin karşılığı iade edilsin talebi, hukuksal sonuçları yönünden, bir takas beyanına yahut talebine eşit olmaktadır. Ayrıca, davacı hanımın, eğer sonradan iade etmek yükümlülüğü altında bulunacağı bir para tutarını talep ediyor olsaydı, "iade etmek zorunda bulunacağı şeyi talep eden, hileli [dü-

rüstlük kuralına aykırı] davranışta bulunmuş olur” ilkesi karşısında dürüstlük kuralına aykırı davranmış olup olmayacağı üzerinde de durulabilir (ATF 79 II 181).

Son olarak [belirtelim ki,] yargılama hukuku kurallarına ilişkin gerekçeler de yargıcın sadece satış bedelinin bütünüyle iadesine hükmetmesini engellemektedir. Gerçekten, davacı hanım, istemlerini bir terditli istemler sıralamasına tâbi tutmuştur. Bunun sonucu olarak yargıç, öncelikli istemler hukuksal dayanağa sahip iseler ikincil istemlerin haklılığını haksızlığını araştıramaz; bunu yapmakla “yargıç talebi aşarak hüküm veremez” ilkesini (CPCN m. 68/Türk HUMK m. 74) çiğnemiş olur.

Böylece, 15 521,50 Franklık satış bedelinden, 9 507,85 Frank tutan, envantere geçmiş [ve alıcıya teslim edilmiş, ama şimdi ortada olmadıkları için iade edilemeyen] ticarî malların değeri ve agencement/peştemaliye bedeli diye [İsv MK m. 4/Türk MK m. 4 uyarınca] hakkaniyet gereği olarak takdir edilen 1 000 Frank düşüldüğünde, iade edilecek miktar yuvarlaklaştırılmış bir rakamla 5 000 Franktır.

Kişiyi gabine uğratmanın haksız fiil sorumluluğuna da yol açması ve davalı hanımın bu sorumluluk altında da bulunması nedeniyle (İsvBK m. 41/Türk BK m. 41; ayrıca bkz. İsv Ceza Kanunu, m. 157) davalı hanım bu para tutarının ödeme gününden [vaktiyle davacının davalıya yaptığı bedel ödemesi gününden yani davalının bu bedel içinde haksız iktisap oluşturan bölümü elde ettiği günden] başlayarak hesaplanacak faizini de, zararın bir unsuru olarak, davacı hanıma ödemekle yükümlüdür (davacı hanım tazminat olarak kendisine başkaca ödeme yapılması talebinde bulunmamıştır).

No. 254 – 12 Haziran 1970 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 63)

Kanton Mahkemesi, İcra Tetkik Mercii Sıfatıyla

İsv İİK m. 17/Türk İİK m. 16 – Şikâyet

Özet: Yeni gelişmeler yeni bir şikâyet sebebi yaratmadıkça icra dairesinin evvelce yaptığı, şikâyet süresi geçirilmekle yahut

şikâyetin İcra Tetkik Merciiince reddedilmesiyle kesinleşmiş işlemler için yeniden yapılan şikâyet dinlenmez.

No. 255 – 6 Temmuz 1970 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 64)

İsvBK m.143/Türk BK m. 141 – Müteselsil borçluluk

Özet: Emre yazılı senedi birlikte imzalayan kişiler senet alacaklısına karşı müteselsil sorumludur. Kendi aralarındaki rücu ilişkisi ise, müteselsil sorumlu kişilerin birbirine rücuu ile ilgili genel kurallara tabidir.

No. 256 – 24 Temmuz 1970 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 67)

İsv MK m. 181 f.II'deki, bizim hukukumuzda (MK m. 205'de) bulunmayan bir kuralın uygulanmasına ilişkindir (eşlerin yapacağı, evlilikte mal rejimi sözleşmesine mahkemenin onay vermesi gereği). Olayda, onay verilmemesi için alacaklılar mahkemeye başvurmuştu; mahkeme, m. 181 ile eşlerin birbirine karşı korunmasını sağlayacak bir denetim yetkisinin mahkemeye verildiğini, ama mahkemenin alacaklıları koruyacak kararlar vermeye m. 181 ile yetkili kılınmadığı doğrultusunda hüküm vermiştir.

No. 257 – 31 Temmuz 1970 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 69-70)

İcra Tetkik Mercii/İcra Mahkemesi sıfatı ile İsv İİK m. 17, 64, 68 bis/Türk İİK 16, 57 - Müddetsiz şikâyet

Özet: 1. Borçlu şikayetini geç yapmış bile olsa, ödeme emri tebliğinin usulüne uygun olmadığına dayanan şikâyet, dinlenir.

2. Evli kadına karşı yapılan tâkipte ödeme emri, eşler ayrı yaşıyorlarsa, kocaya tebliğ edilmekle kadın hakkında geçerli tebliğ yapılmış olmaz.

No. 258 - 4 Mayıs 1970 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 88)

İsv BK m. 336 f. II/Türk BK m. 329 f. II, İsv BK m. 338 f. II/Türk BK m. 331 f. II, İsv MK m. 2/Türk MK m. 2

İşçinin fazla çalışmadan ve işverenin yüklenmesi gereken giderleri yapmış olmaktan doğan tazminat alacağı-Dürüstlük kuralı

Özet: İşverenden, başlıkta belirtilen alacaklarını istemek için dört yıl geçmesini ve iş ilişkisinin bitmesini bekleyen işçi, dürüstlük kuralını çiğnemiş olur.

Çevirenin notu. Olayda davacı, işveren hanımın yanında iyi bir aylık ücretle 4 yıl çalıştıktan sonra haklı sebepler iddiasıyla iş akdini kendisi feshetmiş ve ardından dava açarak, bu hanımın işleri için kendi otomobiliyle 103 000 km. yol yapmış olduğunu, işverenin kendisine bu sebepten yalnız benzin gideri kadar para ve gereken ufak tefek onarımlar için de 500 Frank verdiğini iddia etmiş, otomobili için yıpranma tazminatı niteliğiyle 20 100 Frank daha ödenmesini istemişti. Kanton Mahkemesi bu istemin hukukî dayanağının İsv BK m. 336 ve 338/Türk BK m. 329 ve 331 olabileceğini, ancak yıllar boyunca hiç talepte bulunmayıp da işten ayrılır ayrılmaz yüklü rakama, aldığı aylığın 15 katına ulaşan alacağı *top-tan istemenin* dürüstlüğe aykırı düştüğü gerekçesiyle istemini reddetmiştir. Bu karar, Kanton Temyiz Mahkemesine değil İsviçre Federal Mahkemesine başvurularak temyiz edilebilecek kararlardan olduğu için davacı o yola gitmiş, fakat Federal Mahkeme dahi 21 Ekim 1970 günlü kararıyla başvuruyu reddetmiştir.

No. 259 – 25 Ocak 1971 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 95-97)

İsv MK m. 35, 36 – Türk MK m. 32, 33

Gaiplik kararı

Özet: Gaiplik kararının verilebilmesi için, son haber tarihi üzerinden beş yılın geçmiş olması yetmez; ölüm hakkında güçlü olasılık bulunmalıdır.

No. 260 – 1 Şubat 1971 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 98-101)

İsvBK m. 394 – Türk BK m. 386

Mimarlar Odası üyesi olmayan, hatta Üniversite diploması bulunmayan bir pratisyen mimarın iş sahibine verdiği hizmet için Mimarlar Odası Asgarî Ücret Tarifesi'ne dayanabilip dayanamayacağı

Özet: Bu kişi Mimarlar Odası tarifesine dayanamaz, ancak yine de âdil bir ücret istemeye hakkı vardır.

Çevirenin notu. Kararda, “Gerçekten, davacı mimar tarafından kendisine iş veren kişiye karşı sorumluluklarını hafife alarak işlenmiş bulunan ciddî meslekî kusurlar, kendisinin san’at [meslek] kurallarına saygı duymadığını göstermektedir. Bu yüzden de, kendisinin en lehinde bulunan içtihadı yâni Zug, Luzern ve Zürich kantonlarındaki içtihadı uygulasak bile Mimarlar Odası Tarifesi’ne uygun ücret istemeye hakkı yoktur” deniyor. Görüldüğü üzere mahkeme, Üniversite mezunu ve Mimarlar Odası üyesi olmayan kişinin, Mimarlar Odası Ücret Tarifesi’ne uygun ücret isterim diyemeyeceği yolunda bir kuralı benimsemiş değildir ve isteyebileceği içtihadına eğilimlidir; olaydaki kişinin işlediği meslek kusurları olmasa idi istemini kabul edecekti.

No. 261 – 1 Şubat 1971 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 101-103)

CPCN m. 210 vd./HUMK m. 236 vd.

Delillerin sunulması

Özet: İlke olarak taraflar delillerin sunulması sürecine katılırlar ve dosyanın tümü hakkında bilgi edinirler [edinmeye hakları vardır]. Bu kuraldan, taraflardan birinin ya da bir üçüncü kişinin meslek sırlarını korumak için sapılması câizdir.

Vakıalar

Nobellux Saat [firması], Création Saat’e ait saatlere ihtiyatî haciz koydurmuştur. [Kendisine ait] Bir marka hakkının çiğnenmediği iddiasındadır [tazminat alacağı için şimdiden ihtiyatî haciz koydurmuştur]. Création Saat de, haksız saydığı ihtiyatî hacizden doğan zararının tazminini [açtığı karşı dâvada] dâva etmektedir.

Gerekçeden Seçmeler:

Création Saat, söz konusu [ihtiyaten haczedilmiş] saatleri satın almaya bir üçüncü şahsın azimli niyeti vardı iddiasındadır; bu kişi, ihtiyatî haciz sebebine akdi yapmaktan vazgeçmiş imiş. Bu konuda, davalı [ve karşı dâva dâvacısı] firma, kendi temsilcisini dinletmiştir. Bu kişi de saatleri satmak üzere olduğu, fakat hevesli çıkanın ihtiyatî haciz yüzünden işe ilgisini kestiği yolunda ifade vermiştir. Tanık, bu kişinin çıkarını ve Création Saat’in çıkarını

gözeterek, heveslinin adını belirtmeyi reddetmiştir. Tanık keza, yapılmak üzere bulunan akitteki bedelin ne olduğunu da belirtmemiştir.

Bu suskun geçmeler, tanık ifadesini her türlü kanıtlama değerinden yoksun bırakmaktadır. İhtiyatî haciz olmasa idi davalının saatleri 1969 yılı Mart-Nisan aylarında satmış olacağını ve hele hele bunları sonradan elde edilebilen fiattan daha yükseğine satmış olacağını kanıtlanmış saymak mümkün değildir.

Davalı firma kendisinin ve müşterisinin iş sırlarını korumaktan geri kalmayarak, istenen kanıtı sunabilirdi. Şurası kuşkusuzdur ki, genel ilke olarak, taraflar delil sunma sürecine [duruşmada veya keşifte hazır bulunma haklarını kullanarak] katılabilirler ve dosyanın tümü hakkında bilgi edinebilirler (CPCN m. 131/HUMK m. 157 [bizde cümle 2], CPCN m. 225/1 [yollamada bir yanlışlık var, m. 225 f. III denmeliydi; bizde HUMK m. 255 f. II], CPCN m. 227/2 [bizde HUMK m. 257 cümle 3], CPCN m. 251/HUMK m. 280). Ancak bu kural mutlak değildir. Yargılama hukukunun iyice yerleşmiş bir ilkesine göre, taraflardan birinin yahut bir üçüncü kişinin çıkarlarını korumak için öyle yapılması gerekiyorsa, hâkim delil sunumunu hasım tarafın yahut her iki tarafın yokluğunda, doğrudan doğruya veya bir bilirkişinin aracılığıyla, yaptırır (Federal Mahkemede Yargılama Usulü Hakkında Yasa, m.38; İhtira Beratları Hakkında Federal Yasa, m. 68; Karteller Hakkında Federal Yasa, m. 9; Bern Kantonu HUMK m. 229/3, 261/2 ve 276/2; Vaud Kantonu HUMK m. 183; Deschenaux/Castella, Fribourg Kantonu Yeni Hukuk Yargılama Usulü, s. 154 ve 155; Guldener, Zivilprozessrecht, 2. bsl., s. 152 ve orada not 13; His, İsvMK Bern Şerhinde m. 963 açıklamaları No. 10; ATF [=BGE] 90 II 467'deki karar, gerekçe 3 d sonu; ZR 1968 No. 56; RJN 3 I 148 ve 150 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 113]; karş. RJN 4 I 30 [bu yeni çevirimizde Kanton Mahkemesi kararları arasında No. 219]; Schwartz Tasarısı, m. 39; RDS 1969 II 278).Création Saat, ihtiyatî haciz ile ikinci satışlar dizisinin birinci [ve yapılamamış] satıştan daha az kazançlı olduğu vakıası arasında bir illiyet bağının varlığını ortaya koymamıştır.

No. 262 – 3 Şubat 1971 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 103)**İcra Tetkik Mercii Sıfatıyla**

İsv İİK m. 80 vd./Türk İİK m. 68 vd. – CPCN m. 89/HUMK m. 95

Feragat – İtirazın kaldırılması talebinin geri alınması

Yayınlanmış özet: Yer yönünden yetkili olmayan bir hâkime yapılmış olan itirazın kaldırılması talebinin sonradan geri alınması [tâkip konusu alacak bakımından] kesin hüküm etkileri doğuran bir feragat değildir.

No. 263 – 8 Mart 1971 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 104-110)

Evlilik dışı çocuk – Doğal babanın görme hakkı – Doğal babanın bu konuda anayla yaptığı sözleşmenin vesayet makamınca onanması gereği

Çevirenin yaptığı özet ve eklediği not: Evlilik dışı doğumda ana ile doğal baba arasında, doğal babanın çocuğu görme hakkına ilişkin olarak yapılan sözleşmeye ana uymayıp da baba o sözleşmeye dayanarak anayı dâva ederse, mahkemenin sözleşmeye itibar edip etmeyeceği İsviçre’de tartışmalıdır. Neuchâtel Kanton Mahkemesinin şimdiki kararına göre sözleşmenin vesayet makamı olan mahkemece onaylanması aranmalıdır.

Bizde de, velâyet ister MK m. 337 f. I gereğince anada, ister aynı madde f. II gereğince doğal babada bulunsun yahut çocuğa vasî atanmış bulunsun; ana ile doğal baba arasında yapılan sözleşmenin herhangi bir denetim ya da onaylanmaya gerek olmaksızın geçerli ve yapanları bağlayıcı sayılması çocuğun çıkarını çiğneyebileceğinden, aynı çözümün uygulanması gerekir (örneğin doğal baba, çocuğu yılda sadece bir kez üç saat süreyle göreceği yolunda anayla sözleşme yapmıştır ve sonra pişman olmuş, çocuğu hiç değilse haftada bir gün boyunca yanında bulundurmamak istemektedir ve ana, sözleşmeye dayanarak, bunu reddetmektedir). Genelde çocuğun korunması için re’sen önlem almak yetkisini hâkime veren m. 346 bu konuda yeterli yasal dayanaktır kanısındayım-Umar.

No. 264 – 24 Mart 1971 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 114-116)

Bizim yürürlükten kaldırdığımız, yabancı ilâmların tanınması ve tenfizine ilişkin HUMK kurallarının kaynak yasadaki karşılıklarının ve ayrıca, Fransa-İsviçre arasındaki, adliyelik ilişkileri düzenleyen andlaşma gibi, onlara özgü bazı mevzuatın uygulanması hakkındadır.

No. 265 – 1 Haziran 1971 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 120-125)

Vesayet işlerinde denetim makamı sıfatıyla (Türk MK m. 397)

**İsv MK m. 284 ve m. 420 f. II/Türk MK m. 347 ve m. 461 f. II
Vesayet makamının kararına itiraz**

Özet: 1. Vesayet makamının, MK m. 347'ye dayanan kararlarına karşı vesayet işlerinde denetleme makamına başvurulabilir (eski içtihattan dönüş).

2. Vesayet işlerinde denetleme makamı yargılamada hâkimin aktifliği ilkesini uygular [vakıalar ve deliller konusunda re'sen araştırma yapabilir hatta gerekiyorsa yapmalıdır].

3. Vesayet makamı, çocuğu bir yere yerleştirmek konusundaki yetkisinin kullanılmasını bir başka makama bırakamaz.

4. İsv MK m. 284/Türk MK m. 347'de düzenlenen önlemin alınması için ortada gereklilik olmalıdır ve bu önlem, gereklilikle orantılı olma ve ikincillik [aslî durum olmaması gereken ancak gereklilik ortaya çıkınca yaratılabilecek bir seçenek durumu olma] ilkesine uygun düşmelidir.

No. 266 – 5 Temmuz 1971 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 127-130)

İsv BK m. 32 vd./Türk BK m. 32 vd., İsv BK m. 372 vd./Türk BK m. 364 vd., İsv BK m. 396/Türk MK m. 388

İstisna akdi – mimarın işlemlerinin üstlenene karşı iş sahibini bağlaması – Peşin ödeme hâlinde indirim yapma maddesinin yorumu

Özet: 1. İş sahibinin işi kendi [iş sahibi] hesabına düzenlemek konusunda bir vekalet yetkisini mimara verdiği sonucunu çıkarılmaya koşullar mantık çerçevesinde elverişli ise, mimarın işlemler-

rinden, o arada üstlenenin çıkardığı hesabı doğru bulup kabullenmesinden, iş sahibi üstlenene [iş yapan müteahhide] karşı bağlıdır.

2. Sözleşmede peşin ödeme yapılırsa iş sahibinin % 2 indirimden yararlanacağı yolunda madde varsa; iş sahibinin bu madde gereğince iskontoya hak kazanmak için toptan peşin ödeme yapması gerekmez. Zamanında peşin ödeme yaptığı kısım veya kısımlar için iskontoya hak kazanır. İsviçre'deki, inşaat işlerine ilişkin mevzuatta, istenebilir hale gelmesinden başlayarak 30 gün içinde yapılan ödeme de peşin ödeme hükmündedir diyen madde bu konuda da uygulanır.

No. 267 – 5 Temmuz 1971 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 130-134)

CPCN m. 37/HUMK m. 43, CPCN m. 76/HUMK m. 82, HUMK m. 162 bent b ve g/HUMK m. 187 bent 2 ve 7

Yetkili mahkeme – Birden çok kişinin dâva edilmesi - İddia etme yükü

Göz önünde tutulan olaylar ([yayınlanmış hâliyle aynen] özet): Giuseppe Pasquale, Neuchâtel'de merkezi bulunan bir anonim şirket olan Facchinetti işletmelerinin ve Bern'de merkezi bulunan bir anonim şirket olan Losinger'in sorumlu tutulacağı bir kaza sonucu olarak ölmüştür. Ölenin babası, erkek ve kız kardeşleri, keza ana yönünden dedesiyle ninesi bu işletmelere [şirketlere] karşı, 59 137,70 Frank tazminat ve eklentilerini, yâni destekten yoksun kalma nedeniyle 34 137,70 Frank ve manevî tazminat olarak da 25 000 Frank isteyerek bir dava açmışlardır. Dava dilekçesinin vakıalar bölümünde bir açıklamaya göre, manevî tazminat alacağı istemi şöyle oluşmaktadır: Baba için 10 000 Frank, erkek ve kız, 4 kardeşten her biri için 3 000 Frank; büyük ana ve büyükbaba için 3 000 Frank. Buna karşılık, davacıların her birinin destekten yoksun kalma tazminatı olarak ne istediği [ayrı ayrı] belirtilmiş değildir.

Davalı iki şirket ilk itiraz öne sürerek dava dilekçesinin şekil gerekliliklerine uymamak nedeniyle geçersizliğine; ayrıca Losinger şirketi, mahkemenin yer yönünden yetkisizliğine dayanmışlardır.

Gerekçeden Seçmeler

1. Dâvalı şirketler, CPCN m. 161 bent g'ye/HUMK m. 187 bent 7'ye dayanmaktadırlar. Bu kurala göre, şekil gerekliliklerine uymamak yüzünden dava dilekçesi tebligatının [tebliğ edilen dâva dilekçesinin] geçersizliği, ilk itiraz yoluyla öne sürülmelidir. CPCN m. 76/HUMK m. 82, böyle yapılmasında çıkarı olan taraf davada yeni işlem yapmadan önce bunu isterse, esaslı şekil koşullarına [bizim metinde: esaslı merasime] uymayan usul işlemlerinin iptaline karar verilmesini buyurur. Esaslı şekil gerekliliği [bizde: esaslı merasimden] sayılmış olanlar sâdece, kamu düzenine ilişkin bir kural tarafından aranmış bulunanlar ve usulî işlemin kendi işlevini yerine getirebilmesi için kendilerine uyulması zorunlu nitelik taşıyanlardır [bizdeki ifade: "muamele-i usuliyenin istihdaf ettiği maksadı temin milâhazasıyla vaz olunan ahkâm"]. Mahkeme içtihatlarına göre, uyuşmazlığın niteliği ve kapsamı hakkında hâkime ve dâvalıya bilgi vermek konusunda yeterince açık seçik olmayan bir istem, esaslı şekil gerekliliği bakımından eksiklidir (RJN 2 I 97 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 230]). Elbette ki, hâkim, olabildiğince, istem'e ilişkin ifadeyi dayanak olarak gösterilen vakıalara ve hukuk kurallarına ilişkin açıklamaların ışığında, yorumlamalıdır [ve istem'e ilişkin ifadenin anlamını, tam olarak neyin istendiğini belirlemelidir] (RJN 2 I 97 [aynı karar]). Ne var ki, bu, bir zararının tazmin edilmesini isteyen tarafı onun [zararının] niteliği ve hesaplanma tarzı hakkında açıklayıcı bilgi vermekten bağışık kılmaz [bu konuda iddia etme yükü ondadır] (RJN 4 I 63 [bu yeni çevirimizde Kanton Mahkemesi kararları arasında No. 224]). Davacı tarafın, zararın niteliği ve gerekiyorsa hesaplanması üzerine, neyin iddia edilmekte olduğu hasım taraf ve hâkim için yeterince anlaşılabilir diye, açıklamalar sunması vazgeçilmez zorunluluktur (aynı kararda s. 65).

Eldeki olayda, davacılar, kurbanın [trafik kazasına kurban giden kişinin] babası, küçük yaştaki dört kız ve erkek kardeşi, büyükbabası ve büyükanasıdır. Dava dilekçesinin istem bölümünde 1 numarada 59 137,70 Frankın kime ödenmesi [kime ne kadarının ödenmesi gerektiği] belirtilmemiştir.

Tebliğ edilen dava dilekçesi okununca, istem dayanağı vakı-alar konusunda söylenenler sayesinde, manevi tazminat istemleri-nin belirlenebileceği gözlemlenmektedir. Destekten yoksun kalma tazminatı talepleri bakımından durum aynı değildir. Vakıalar bölü-münde No. 22’de, davacılar, ölen Giuseppe’nin babasına her ay 600 ilâ 650 Frank arasında para verdiğini, keza kardeşi Giustino’nun da, babalarının yaptığı bir katkıyla tutarı arttırılmış olarak, bu sonuncunun [babalarının] İtalya’daki yakınlarına ayda yaklaşık 2 200 Frank göndermesine olanak sağladığını belirtmekte-dirler. Oysa, Giustino, davacı küçük yaştaki çocuklar arasındadır. Diğer yandan, No. 22’de açıkça söylendiğine göre Giuseppe ile Giustino tarafından babaları aracılığıyla [İtalya’ya] gönderilen para, “[Babalarının] Kaynanasının ve kızkardeşleri Maria ile Angelina’nın geçimini sağlamak” amacını güdüyormuş. Halbuki bu “kaynana” davacılar arasında bulunmamaktadır.

Bu hal karşısında, dava dilekçesinin vakıalar bölümünde be-lirtilenlerin [dahi], hâkime ihtilâflı istemin ne olduğunu iyi [doğru dürüst] anlamak olanağı verdiği söylenemez. Söz konusu dava di-lekçesi tebliği [tebliğ edilmiş dava dilekçesi] esaslı bir şekil unsu-rundan yoksundur ve iptal edilmelidir*.

2. [Neuchâtel Kanton Mahkemesi burada, ikametgâhı (mer-kezi) Neuchâtel’de olmayan davalının, ikametgâhı (merkezi) orada bulunan davalının yanı sıra Neuchâtel’de dava edilmesine karşı, aciz hâline düşmüş olmayan bir borçluya borcunu ödetmek için dava açıldığında ikametgâh mahkemesinin yetkisini güvenceye bağlayan İsviçre Federal Anayasası m. 59’a dayanarak öne sürdüğü yetkisizlik ilk itirazını inceliyor ve o Anayasa kuralı nedeniyle haklı buluyor].

No. 268 – La Chaux De Fonds'daki Tribunal De District/Sulh Hukuk Mahkemesi Kararı, 14 Temmuz 1971 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 135-137)

İsv MK m. 103 f. III/Türk MK m. 132 f. III – Kadın için evlenme öncesinde bekleme süresi

Özet: Boşanmış kadın gebe kaldıkta, taşıdığı çocuğun eski kocadan olmadığını kanıtlamakla, evlilik öncesinde bekleme süresinin kaldırılmasına karar alamaz.

Not. Karar metninde de belirtildiği üzere, İsviçrede konu tartışmalıdır; Goetz (MK Şerhi, m. 103 açıklamaları No. 11) ve andığı bazı kanton mahkemelerinin kararları, kadının böyle bir karar alabileceği görüşündedir. Öğretide Hegnauer ve Aubert buna karşı çıkmıştır. Oysa Goetz haklı görünüyor. Çünkü gerek İsviçredeki gerek bizdeki metinde, yasa, “Kadın *gebe olmadığını kanıtlarsa* veya eski kocası ile evlenecekse hakim kararı ile süre kaldırılır” demeyip, “Kadının önceki evliliğinden *gebe olmadığını anlaşılmaması* veya evliliği sona eren eşlerin yeniden birbiriyle evlenmek istemeleri hallerinde mahkeme bu süreyi kaldırır” demektedir.

Yasanın lâfzından önce de, gütmüş olması beklenecek amaç, olaydaki dilekçeci kadından yana idi. Çünkü kadın, taşıdığı çocuğun babası ile hemen evlenebilirse, çocuğun eski kocadan olmadığı isbatlanmış olmasaydı bile, çocuk yeni kocadan sayılacaktır (MK m. 290); evlenemezse durum karışacak, eski koca MK m. 285 f. I sebebine baba sayılacak ve gerçek babanın -anayla evlenme sonrasında bile- babalığını tescil için önce çocuk adına MK m. 286 f. II'ye ve m. 288 f. I'e dayanılarak soybağının reddi davası açılması, çocuğun eski kocayla soybağının iptal edilmesi, sonra babasız duruma gelen çocuğun gerçek babasının tanımayla yahut hükümle babalığı üstlenmesi gerekecektir.

İKİNCİ BÖLÜM

TEMYİZ MAHKEMESİ HUKUK KISMI İÇTİHA TLARI

No. 379 - 16 Aralık 1968 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 157-161)

İsvBK'na, bizim o yasayı alıntılammamızdan sonra konan, satış sözleşmesine ilişkin maddelerden bazılarının uygulanmasına ilişkinidir.

No. 380 - 30 Aralık 1968 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 167-168)

İsvBK m. 38 [Türk BK m. 38] – Temsil yetkisi yokken başkası adına işlem yapma – Zımnî icazet

Özet: Temsil yetkisi olmayan kişinin başkası adına alıcı durumunda olarak alım satım sözleşmesi yapması durumunda, adına işlem yapılan kimse malı teslim alır, çekince kaydı koymadan teslim makbuzunu imzalar, bir karşı koymada bulunmaksızın kendi adına düzenlenmiş faturayı alır ve kendisine yapılan bir hatırlatma sonrasında harekete geçmeksizin bir ay beklerse, yapılan işleme zımnen icazet vermiş sayılmalıdır.

No. 381 - 16 Mayıs 1969 (RJN c. IV, 1. Kısım, s. 171-173)

İsvMK m. 2 [TMK m. 2], İsvBK m. 267 [Türk BK m. 262]

Kira akdinin feshi-Hakkın kullanılmasında iyiniyet (dürüstlük) yükümlülüğü

Özet: 1. Birlikte kiralayanlar kira akdini feshettiklerinde, onlardan her biri kiracıyı yeri tahliye etmeye zorlayabilmek konusunda sıfat sahibidir. 2. Kiracı, kiralayan tarafından imzalanmış bir fesih bildirimini aldığı anda kiralanan yeri kira akdinin süresi dolduğunda [yapılan haklı feshine göre taşınmazı boşaltması gereken günde] tahliye etmeyeceğini açıkça ifade etmişse, kiralayan sözleşme süresinin bitmesini beklemeden [o gün gelmeden] tahliye davası açabilir [fakat tahliye hükmü ancak akdin süresi dolduğu yani haklı fesih beyanına göre tahliyenin yapılması gereken gün için verilebilir]. 3. Kiracının hem çıkma borcunu, muaccel olduğu

günde ifa etmeyeceğini bildirmesi hem de tahliye davasına tahliye yükümlülüğünün muaccel olmasından önce açıldı diye itiraz ederek bu yüzden davanın reddini istemesi, hakkın kötüye kullanılmasıdır (Merz, İsvMK Şerhinde m. 2 açıklamaları not 48).

No. 382 - 29 Eylül 1969 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 15)

Temyizden feragat taahhüdü sözleşmesi – Şarta bağlama

Özet: Sözleşmeyle ve şarta bağlı olarak temyiz başvurusunu geri çekme yükümlülüğü altına girmiş kişinin bu başvurusu, şart gerçekleşmiş ise, dinlenmez.

Hukuksal Gerekçe

Tarafların vekilleri arasında karşılıklı gönderilen yazılardan anlaşıldığına göre, temyiz dilekçecisi hanım, Valentini'ye karşı olan alacak kendisine devredilir edilmez temyiz başvurusunu geri almak yükümlülüğünü üstlenmiştir. Onun bu yükümlülüğü üstlenmesi, alacak temliki belgesinin kendisi tarafından alınması şartına bağlı olarak yapılan, temyiz başvurusunu geri alma icabı oluşturur [niteliğindedir]. Temyiz çağrılısı hanıma hiçbir borç yüklemeyen ve ona ancak yarar sağlayabilecek olan bu icap, derhal ve açık bir kabul beyanına gereksinme göstermez (İsvBK m. 4 ve 5 [Türk BK m. 4 ve 5]), zımnî bir kabul de yeter (İsvBK m. 6/Türk BK m. 6). Bu kabulün yapılması üzerine tamamlanan yükümlülük üstlenme işlemi, şartın gerçekleşmesi üzerine, yâni alacak temlikinin belgesinin alınması üzerine sonuç doğuracaktır. Bu belge de temyiz dilekçecisine verilmiştir. Oysa ki bu hanım, şartın gerçekleşmesinden sonra yükümlülüğünü yerine getirmeyerek, usul hukuku alanında da uygulanması gereken (Merz, İsvBK Şerhinde m. 2 açıklamaları, No. 68, 69, 402 vd.) iyi niyet [dürüstlük] kurallarını çiğner biçimde hareket etmiştir

No. 383 - 17 Ekim 1969 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 24)**CPCN m. 310 vd., m. 358 vd. [HUMK m. 368 vd., m. 413 vd.]****Delil tesbiti-Yargılama giderleri**

Delil tesbiti isteyen tarafça peşin ödenmiş olan, gelecekte ikame edilecek delillerin tesbiti gideri, esas hakkındaki davanın yargılama giderlerine dâhildir.

No. 384 - 29 Ekim 1969 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 25)**Tebliğat-İhtiyatî tedbirler-Meşru menfaat şartı**

1. İki konuda vardığı sonuç özetlenerek yayınlanan kararın birinci bölümü, bize HUMK m. 114-148 olarak alınmış bulunan, tebligata ilişkin CPCN m. 107-125 kurallarının uygulanması hakkındadır. Bizdeki Kurallar, Tebligat Kanunu yürürlüğe konunca kaldırılmıştır. Ancak Neuchâtel kararı yine de bizim için emsal kararı sayılabilecek değerdedir ve şöyle demektedir: “Duruşmaya gelmiş bulunan tarafın, kendisine tebligatın taahhütlü mektupla yapılmamış bulunmasına dayanması [tebligatın iptalini istemesi] yararının [her usulî işlemin dinlenme şartı olan, “korunmaya değer hukuksal yarar”ın] bulunmaması nedebiyle, kabul edilmez.”

2. Kararın ikinci bölümü, CPCN m. 94 kuralı bize HUMK m. 101 olarak alınırken, o zamanın zihniyetine göre kadını fazla koruduğu düşünülerek kasden alınmayan bent d kuralının uygulanmasıyla ilgilidir. Bu kural, “Boşanma, ayrılık ya da malların ayrılması davalarında yargılamanın dâva içi ve dava dışı giderlerinin [davada hasım taraf durumundaki eş tarafından] şimdilik kaydiyle peşin olarak ödenmesine” hâkimin ihtiyatî tedbir niteliğiyle karar vermesini sağlamaktadır. Ancak, karara bakılırsa bu kural olmasa da hâkimin böyle yetkisi vardır; çünkü karar, “CPCN m. 94 bent d’de sözü edilen, masrafların peşin ödenmesi, eşler arasında, İsvMK m. 159/MK m. 185’in öngördüğü, birbirine yardımcı olmak yükümlülüğüne dayanır ve bu ödeme fiilen alacaklının eline yapılmalıdır, İsvBK m. 125/TürkBK m. 123” demektedir. (Şimdi, bu içtihadı görerek, yoksul davacı kadın lehine onun uygulamasını ilk yapacak öncü hâkimin ortaya çıkmasının fazla uzun sürmeyeceğini umuyorum).

No. 385 - 27 Kasım 1969 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 25-27)

CPCN m. 187 [HUMK m. 213], İsvİİK m. 80 f. II/TürkİİK m. 68

Dâva taraflarının sulh olması-İcra tâkibine itirazın, bunun belgesine dayanılarak kaldırılması

Özet: Dâva sırasında ama duruşma dışında yapılmış adli sulh, yazıya bağlanıp bunun metni dosyaya konmuş ise şekil yönünden geçerlidir.

Not: Olayda [Asliye Hukuk Mahkemesi işlevindeki] Kanton Mahkemesi önünde görülmekte bulunan bir dava sırasında tarafların vekilleri, tahkikat hâkimine 24 Aralık 1968 günlü bir yazı vererek, aralarında şöyle bir düzenleme anlaşmasının yapıldığını bildirmişlerdir: Dâvalı, istemini [karşı tarafın rızasıyla, HUMK m. 185] geri alan davacıya belli bir miktar para ödemeyi üstlenmektedir. Tahkikat hakiminden, harçlar ve giderler konusunu karara bağlaması istenmiştir ve o da bunu yapmıştır.

Karar aslında, yapılan icra takibine itirazın bu belgeye dayanılarak kesin kaldırılmasına mı geçici kaldırılmasına mı karar verilmesi gerektiğine ilişkindir; oysa bizde, kesin kaldırma için mahkeme ilâmı ibrazını arayan İsviçre hukukunun aksine, imzası ikrar edilen veya tasdikli olan bir senede dayanılarak dahi kesin kaldırmaya karar verilebildiği için, bu türden olayda öyle sorun ortaya çıkmaz, kesin kaldırmaya karar verilmesi gerektiği kuşkusuzdur.

No. 386 - 10 Aralık 1969 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 28-30)

CPCN m. 2 [HUMK m. 2] – Görev-Müddeabihin değeri

Özet: Alım/iştira hakkına dayanılarak hak sahibinin adına mülkiyetin tescili davasında müddeabihin değeri, malın alımı bedeline eşittir.

No. 387 - 30 Aralık 1969 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 32-34)

İsvMK m. 2 [TMK m. 2] – Hakkın kötüye kullanılması

Özet: 1. Temyiz yoluna başvuran biri, bozulması istenen hükmünde kendisi tarafından yapılmış diye belirtilen bir beyanı yap-

mamış olduğunu söylese, bu iddiasının kanıtını sunmalıdır (özellikle, yargıcın ifadesi, dosyada bulunan bir belgeye[tutanağa] aykırı düşmediği için). 2. Sözlü yargılama usulünde taraflardan her biri kendi iddialarını delil sunulması aşamasının [tahkikatın] kapanmasına kadar tamamlayabilir. 3. “[Meşru] Menfaat yoksa, dava da [dava açmak yetkisi de] yoktur” ilkesi, komşuluk ilişkilerinde[n doğan davalarda da] uygulanır.

Not: Olaydaki taraflar, birbirine bitişik taşınmazların malikleridir. Temyiz dilekçecisi, ilk derece mahkemesindeki davada, o davaya bakan hâkimden, hasım tarafı kendisine (hasım tarafa) ait taşınmazın cephe duvarlarından birine açılmış pencereleri tıkamaya (duvar örgüsüyle örtmeye) mahkûm etmesini istemiştir. Söz konusu pencereler, dilekçecinin taşınmazının cephe duvarından 90 cm. uzaklıkta bulunmak gerekiyormuş, oysa o cephe duvarından 60 cm. uzaklıkta imişler. Ne var ki hâkim, hakkın kötüye kullanılması niteliğindeki istemi reddetmiştir. Hâkimin belirttiğine göre, yerinde keşif yapılırken, temyiz dilekçecisi açıkça, söz konusu pencerelerin ona hiçbir zarar vermediğini, sakınca yaratmadığını kabul etmiştir. Temyiz dilekçecisi, hükümde belirtilen beyanı yapmış bulunduğunu inkâr etmektedir. İlk derece mahkemesi, Sulh Hukuk Mahkemesi durumundaki Bölge Mahkemesi idi ve orada sözlü yargılama usulü uygulanır (CPCN m. 418; bizde de bunun karşılığı m. 473 hâlâ yasamızda durmasına rağmen HUMK m. 507 bent 1 ve bunun atıf yaptığı m. 176 bent 10 gereğince Sulh Hukuk Mahkemelerinde artık basit yargılama usulü uygulanmaktadır). Oysa yazılı usulde HUMK m. 151 gereğince duruşmada tarafların söyledikleri de tutanağa geçirildiği halde sözlü yargılama usulünde tutanağın içeriği çok sınırlı olur (HUMK m. 482) ve her söylenen tutanağa geçmez. Bu nedenle, söylendiği hâkim tarafından belirtilen söz tutanakta görünmediğine göre demek ki söylenmemiş olmalı sonucuna varılamaz ve Neuchâtel Temyiz Mahkemesi de, hâkimin ifadesi dosyadaki herhangi bir belgeye (var olduğu kadarı ile, tutanağa, yahut başka belgeye) aykırı düşmediğine göre onun ifadesinin doğruluğunu asıl sayıyor, bunun doğru olmadığını isbat yükünü temyiz dilekçecisinde görüyor.

No. 388 - 31 Aralık 1969 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 34-35)

İlâmsız icra tâkibine itirazın kesin olarak kaldırılması konusunda bizim İİK m. 68 kuralındakinden farklı sistem benimseyen ve eda hükmü arayan (tesbit hükmünü bile yeterli görmeyen) İsvİİK m. 80'in uygulanmasına ilişkindir.

No. 389 - 16 Ocak 1970 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 35)

HUMK m. 428 bent 5 (Bölge Adliye Mahkemeleri kurulunca HUMK m. 426 M, m. 437 bent 4) – İddia edilmiş dava temeli bir vakıya hiç göz önünde tutulmadan hüküm verilmesi

Özet: Temyiz dilekçecisi, hâkimin bir vakıyı göz önünde tutmaktan keyfi olarak geri durduğunu, bozma isteminin dayanağı olarak öne sürebilir [böylece CPCN m. 393'deki bozma sebeplerinden, bent e'deki, bizim yasamıza geçmemiş bozma sebebi, "déni de justice = ihkakı haktan imtina edilmesi" gerçekleşmiş olur; ama bizde de bozma sebebi sayılan, hukukun yanlış uygulanması, bizim hukukumuz çerçevesinde, gerçekleşmiştir]. Ancak Temyiz Mahkemesinde, o vakıyı ilk derece mahkemesinde iddia etmiş bulunduğu kanıtını sunmalıdır, meğer ki bu kanıt dosyadan çıkarılabiliyor olsun.

Not. Görünüşe bakılırsa yine ilk derece mahkemesinde sözlü usulün uygulandığı ve tarafların her beyanının tutanağa geçmediği bir dava vesilesiyle Temyiz Mahkemesinde bu karar çıkmıştır.

No. 390 - 28 Nisan 1970 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 45)

Kesin hüküm – HUMK 237

Yayınlanmış, iki satırlık özet: Neuchâtel yargılama hukukunda hâkim kesin hüküm define dayanan istem aracını kendiliğinden göz önüne alamaz.

Not: Prof. Dr. Burhan Gürdoğan'ın 1960'da yayınlanmış Doktora tezi "Kesin Hüküm İtirazı"nda belirtildiği üzere, gerek CPCN gerek HUMK, bir davada aynı konuda çıkmış kesin hükmün varlığının resen nazara alınacak bir dava engeli mi, davalı tarafından öne sürülecek bir itiraz yahut bir def'i mi olduğu konusunda kural içermez ve bu konu, tezin yayınlandığı sırada, Türk hukuk-

çuları arasında tartışmalı idi (s. 70-72). Bugün, öğreti ve uygulama, bir davanın açılabilmesi için o davanın daha önce açılmış ve bir kesin hükme bağlanmış olmamasını bir dava şartı saymaktadır (diğer deyişle, kesin hükmün varlığını bir dava engeli saymaktadır) ve elbette ki bu dava şartının eksikliğini -davalı dile getirmese hatta aynı davanın yeniden görülmesini istese bile- hâkim re'sen göz önüne alıp davayı (kesin hükmün çıktığı davadan ister daha önce ister daha sonra açılmış olsun) reddeder. İsviçrede ise konu yargılama usulü hukukunu ilgilendirdiğinden ve Federal Anayasa gereğince yargılama usulü konularında yasal düzenleme yapmak kanton yasama organlarının yetkisinde olduğundan, kantonlarda bu konuda farklı düzenlemeler vardır (Gürdoğan, s. 69). Görüldüğü üzere Neuchâtel'de içtihatların benimsediği çözüm, kesin hükmün varlığının davalıya teknik anlamda bir defi öne sürmek yetkisi vereceği yolundadır.

No. 391 - 14 Mayıs 1970 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 52-53)

İsvBK m. 412/Türk BK m. 404 - Tellâllık(Simsarlık)

Özet: Her ne kadar taşınmaz tarımsal mallara ilişkin sözleşmeler için tellâllık/simsarlık (emlâk komisyonculuğu) etme işinin meslek olarak icrası yetkili makamdan izin alınmasına bağlı ise de bu izni almaksızın o işi yürüten bir kimseyle yapılmış tellâllık/simsarlık akdi sırf bu sebepten geçersiz olmaz. Federal Mahkeme de ATF 62 II 111'deki kararında, akdin içeriğinde kanuna aykırılık, imkânsızlık, ahlâka aykırılık bulunmayıp da akit yapan taraflardan birinin öyle bir akdi yapması onun kendisine özgü sebeplerden (örneğin bir ruhsatnameye sahip bulunmamasından) dolayı yasaklanmış idiyse akdin batıl olmayacağını belirtmiştir.

Not: Yukarıda 260 No. ile aktardığımız Kanton Mahkemesi kararında da, Mimarlar Odası'na kayıtlı olmayan hatta Üniversite diploması bulunmayan pratisyen mimarın, verdiği mimarlık hizmeti dolayısıyla ücret isteyebileceğinin kabul edildiğini görmüştük.

No. 392 - 22 Mayıs 1970 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 55)

CPCN m. 98 f. III/HUMK m. 105 f. I cümle 2 - Gıyaben verilmiş ihtiyatî tedbir kararı - Temyiz

Özet: Kendisine karşı ihtiyatî tedbir kararı kendisine tebligat yapılmaksızın istenip alınmış bir kimsenin bu karara karşı yaptığı temyiz başvurusunun dinlenilirliliği yoktur, o kişinin kararı veren mahkemede itiraz öne sürmesi gerekirdi [bkz. HUMK m. 107].

No. 393 - 13 Temmuz 1970 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 66)

CPCN m.67/HUMK m. 73-Dinlenme hakkı

Özet: Taraflardan birinin, tebligatı işe yarayabilir zamanda almamış olması nedeniyle duruşmaya gelememiş olması [ve buna rağmen onun gıyabında işlem yapılması] durumunda, dinlenme hakkı çiğnenmiştir (yerleşmiş içtihadın tekrarı).

Göz Önünde Tutulan Olaylar

Yargıç [İcra Tetkik Mercii/İcra Hâkimi sıfatıyla hareket eden yargıç] şimdi temyiz isteminde bulunan kişinin icra tâkibine yaptığı itirazın kesin olarak kaldırılmasına karar vermiştir.

Temyiz dilekçecisi bu kararın bozulmasını istemektedir. Dayandığı gerekçe, taahhütlü gönderiyle yapılan duruşma çağrısı tebligatını, kendisinin kanton dışında bir yerde çalışıyor olması nedeniyle, ancak duruşma yapıldıktan sonra alabilmiş olmasıdır.

Hukuksal Gerekçe

Temyiz dilekçecisi 29 Mayıs 1970 gününde saat 9.00'da duruşmada bulunmaya çağırılmıştır. Duruşma tutanağında belirtildiğine göre duruşma o saatte yapılmış ve sadece, temyiz dilekçecisinin hasmı [itirazın kesin olarak kaldırılmasını isteyen davacı durumdaki tâkip alacaklısı] hazır bulunmuştur. Temyiz dilekçecisi, tebligatı 29 Mayıs 1970 günü saat 11.00'de, yâni duruşma yapıldıktan sonra almış bulunduğunu kanıtlamıştır. Yargıç, tebligatın gerçekten temyiz dilekçecisinin eline geçmiş bulunduğunu güvenle tesbit etmeden işi hükme bağlamakla Anayasa m. 4, İsvİİK m. 84/Türk İİK m. 70 ve CPCN m. 67/HUMK m. 73 kurallarını çiğ-

nemiştir. Davanın sonuca bağlanmasına etkisi ne olursa olsun hükmün bozulması nedeni oluşturan bir [hükmün temyiz edilmesi üzerine bozulması nedenleri arasında CPCN’da yer verilen “déli de justice”/adaleti gerçekleştirmekten geri durma anlamında olarak] adaleti gerçekleştirmekten geri durma tutumu göstermiştir (RJN 1 I 180 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 208-209], 2 I 169 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 235-236], 3 I 44 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 104-105], ATF 89 I 153 gerekçe 3, 94 I 109 gerekçe 5). Temyize konu edilmiş hükmün bozulması ve dosyanın yeniden hüküm verilmek üzere aynı yargıca gönderilmesi gerekmektedir.

No. 394 – 7 Eylül 1970 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 71)

Türk BK m. 170, 222

Taksitle satış – Ödeme yerine alacak temliki

Özet: 1. Taksitle satışlarda alıcının bir taksiti ödemekte temerrüde düşmesi hâlinde satıcı, İsv MK m. 226/Türk BK m. 222’de gösterilen seçeneği kullanabilir.

2. Bir para tutarının alacaklısına, bunu sat ve bedelini alacağından mahsub et diye bir şey verilmiş ise; ona, ödeme yerine kaim bir edim yapılmış olur. Şeyi üçüncü şahsa sattığını ve satış bedelini isbat etmek [şeyi üçüncü şahsa sattığı halde satış bedelinin kendi alacağını tümüyle karşılayamadığını, alacaktan bakiye kaldığını isbat etmek] ona düşer.

No. 395 – 10 Eylül 1970 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 75)

Neuchâtel Adli Teşkilât Yasası’nın kira sözleşmesiyle bağlantılı davalarda görevli mahkeme konusuna ilişkin kurallarının uygulanması hakkındadır ve genelde görev belirleyici olan dava değeri miktarının altındaki veya üstündeki değerde bir dava için tarafların görevli mahkemeyi belirleyici anlaşma yapmasına cevaz bulunduğunu söylemektedir.

No. 396 – 30 Eylül 1970 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 76-77)

İsv BK m. 226/Türk BK m. 222’de öngörülen, taksitli satışta bir taksit ödenmeyince satıcının akdi feshedebileceğine ilişkin sözleşmenin isbatına yetecek kanıtlar hakkındadır ve bu isbatın

emarelerle dahi yapılabileceği yolundadır (bizim HUMK m. 288 kuralı kaynak yasada yoktur).

No. 397 – 14 Ekim 1970 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 77)

İsv BK'na, bizim benimseme alışımızdan sonra eklenen m. 226m kuralının yol açtığı, taksitli satışlarla ilgili bazı sonuçlar hakkındadır ve bu kural ilk taksiti alıcının fiilen ödemesini istediği halde, satıcının kefilliğiyle alıcının bankadan kredi alıp o parayla ilk taksiti ödemesi durumunda, temyiz edilen hükmü veren mahkemenin muvazaa var demesi yanlış ise de kanuna karşı hile vardır ve taksitle satış akdi geçersizdir sonucuna varmaktadır.

No. 398 – 19 Ekim 1970 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 82)

HUMK m. 8 - Görev

Özet: Bu karar, bizim HUMK m. 8'de belirtilmiş olan, Sulh Hukuk-Asliye Hukuk Mahkemeleri arasında görev ayırımı çizgisinin karşılığı CPCN m. 7'de 8 000 Frank olduğuna göre, dâva değerinin bu miktarı sadece 10 santim (kuruş) geçiyor olması hâlinde Sulh Hukuk işlevindeki Tribunal de District yargıcının, "bu kadar küçük bir miktar için davanın görevsizlikten reddi ve iki yıldan uzun süre mahkemeyi işgal etmiş bir davanın Kanton Mahkemesinde [Asliye Hukuk işlevindeki mahkemede] yeniden görülmesine başlanması aşırı şekilcilik olur, adalete sığmaz" demesini, görevsizlik kararı vermekten geri durmasını doğru bulmakta ve temyiz edilen hükmü onamaktadır.

No. 399 – 19 Kasım 1970 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 83)

Bize alındıktan sonra bizde kaldırılmış olan, Neuchâtel yasasının gıyapla ilgili kurallarının (HUMK'da m. 398 vd.) uygulanması hakkındadır.

No. 400 – 14 Kasım 1970 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 84-87)

CPCN m. 152 bent c/HUMK m. 179 bent 3 – Dava dilekçesinde istem'in belirtilmesi - İddia etme yükü

Göz Önünde Tutulan Olaylar

A. Temyiz dilekçecisi ve hasım taraftakiler [alıcılar], mobil-yaları konu alan bir taksitle satış sözleşmesi yapmışlardır. Toplam bedel 4113 Frank olarak belirlenmiştir. Alıcılar toplam olarak 2369 Frank ödemiş bulunmaktadır. Temyiz dilekçecisi onları [ihtar gönderip] 14 gün ödeme süresi vererek temerrüde düşürmüştür; ihtarına, süre içinde ödeme yapılmazsa akdin feshedilmiş olacağı kaydını da eklemiştir. Karşı taraf bir harekette bulunmamıştır. Satıcı şirket onları Boudry'daki Bölge Mahkemesi'nde [Sulh Hukuk Mahkemesinde] dava etmiş ve dava dilekçesinde istem'ini şöyle ifade etmiştir:

2. Davacı şirketin teslim edilmiş malları derhal geri alabileceğinin belirtilip hükme bağlanmasını; ...

3. Davalıların davacı şirkete aylık ecri misil bedeli olarak, yıpranma payı olarak ve nakliye gideri olarak, ödedikleri taksitler mahsup edildikten sonra 1870 Frank ödemeye müteselsil sorumlulukla mahkûm edilmelerini; ...

4. (Yargılama harçları ve giderleri).

B. Temyiz edilen hükümde, [Sulh] Hukuk Mahkemesi, 2 ve 3 numaralı istemleri, dinlenmezlik [adem-i mesmu'iyet] dolayısıyla reddetmiştir; gerekçelerini özellikle şunlardan çıkarmıştır ki, birincideki istem belirsizdir, ikincideki ise nakliye giderlerinin tazmin edilmesi yolunda kanunun öngörmediği bir tazminatı içermektedir, varlığı tesbit edilmemiş bir yıpranmadan dolayı tazminat istenmektedir ve miktarı belirlenmemiş bir kira parası talep edilmektedir.

Temyiz dilekçecisi, hükme, hukukun uygulanmasında hata edildiği ve fiilen, ihkak-ı haktan geri durulduğu gerekçeleriyle, itiraz etmektedir.

Hasım taraftakiler [davalılar] ise temyiz başvurusunun reddi gerektiği ve pervasızca olur olmaz lâflar ettiği iddiasındadır.

Hukuksal Gerekeçe

3. İstemlerden 2 numaralı olanı, teslim edilmiş nesnelere iadesine yöneliktir ama bu nesnelere ne olduğunu belirtmemektedir. İddialar bölümünün yardımıyla bu istemin yorumlanması mümkün olabilirdi (RJN 2 I 97 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 230-231]. Oysa ki, istemle ilgili vakıya iddiaları (bent 1’de) bu nesnelere satılmış olduğunun belirtilmesiyle ve (bent 2)’de bunların kendi aralarında bütün oluşturan mobilyalar olduğunun ve (bent 4’de) teslim edilmiş bulduklarının belirtilmesiyle yetinmektedir. Cevaba cevap yazısında 6 numaradaki vakıya iddiasına göre “ihtilâf konusu nesnelere, 16 Haziran 1966 günlü satış akdinde açıkça ve yeterince belirtilmişlerdir”; temyiz dilekçecisinin hasım tarafındakiler [davacılar] ise bu vakıya üzerine şu açıklamada bulunmaktadırlar: “16 Haziran 1966 günlü sözleşme [metni] dilekçedeki istem’in dayandırıldığı vakıya iddiaları bölümünün bir parçası olmadığından, söylenenin yerindeliğini inkâr ediyoruz” [yâni, yeni vakıya iddiasının böyle atıfla öne sürülmesine razı değiliz].

Temyiz dilekçecisi hanım iddiaları arasında, talep ettiği nesnelere göstermeli ve belirtmeli idi. Hiç olmazsa dava dilekçesine satım akdi metnini ya da malların teslimi makbuzunu ekleyip [dilekçede] bu belgelere atıf yapmalı idi (CPCN m. 153/HUMK m. 180). Sadece, dilekçeye eklenmemiş sözleşme metnine atıf yapılması yetmez. Bu atıf yalnızca, akdedilmiş sözleşmenin niteliği hakkında bilgi verir, belirlenmiş nesnelere kendileri hakkında değil. Elbette, sözleşme metni delil olarak sonradan sunulmuştur ama [iddia dava dilekçesinde öne sürülmüş idi diyebilmek için] çok geç (RJN 1 I 211 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 68]). Dâvanın, öne sürülmüş istem temelinde hükme bağlanabilir olması gereklidir – örneğin davalının kabulde bulunması ya da davacının davayı daha başında gıyaba bırakması faraziyeleri düşünülün. İstemlerden 2 numaradakinin belirsizliği, dilekçenin vakıya iddiaları bölümünde açık seçik, ayrıntılı, tek tek söylenmiş belli vakıyaların öne sürülmesiyle (CPCN m. 152 bent a/HUMK m. 179 bent 1) onarılmış bulunmamakla, yapılacak iadenin niteliği ve kapsamı hakkında hâkimi bilgilendirmeye yetmemektedir. İstem’in dinlenebilirliği yoktur (RJN 1 I 188 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 209]; 4 I 63

[şimdiki yeni çevirimizde 224 sıra no. ile aktarılan Kanton Mahkemesi kararı]).

4. İstemlerden 3 sayılı olanı ecr-i misil bedeli, yıpranma bedeli ve nakliye giderleri karşılığı olarak tazminat ödenmesine ilişkindir. Temyiz dilekçecisi [davacı], hiç değilse iddialar bölümünde, kendisinin parasal taleplerinden her birinin tutarını belirtmeli idi; bunun belirtilmesi hâkimin talepten fazlasına hükmetme yasağını gözetebilmesi için vazgeçilmez gerekliliktir (RJN 1 I 188 [yine Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 209]). Nakliye giderlerini kanun (İsv BK [bizim benimseme alışımız sonrasında yasa değişikliğiyle konmuş] m. 226i) öngörmemektedir. Bunlar bir yanda bırakılmalıdır. Yıpranma tazminatı için de, iddia ve kanıt öne sürülmemiş olduğundan, keza öyle yapılmalıdır. Temyiz dilekçecisi [davacı], ilke olarak, adaletli bir ecr-i misil istemek hakkına sahiptir ama onun alacağı rakamlandırılmadığından tutarı bilinmemektedir. İstemlerden 3 sayılı olanı dahi dinlenemez.

No. 401 – 12 Şubat 1971 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 104)

CPCN m. 212/HUMK m. 238

Münazaasız (ihtilâflı olmayan) vakıa

Yayınlanan özet: Bir vakıa, eğer açıkça tanınmış değilse, [HUMK m. 238 anlamında, dolayısıyla isbat edilmiş hükmünde, isbatı gerekmeyen] münazaasız vakıa sayılmaz.

Eski içtihadın doğrulanması: Bkz. RJN 3 I 94 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 255].

No. 402 – 16 Mart 1971 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 111-113)

İsv BK'na, bizim benimseme alışımızdan sonraki değişiklikte konmuş, kira akdine ilişkin m. 267a ve m. 267c kurallarının uygulanması hakkındadır.

No. 403 – 11 Mayıs 1971 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 119-120)

Yine, İsv BK'na, bizim benimseme alışımızdan sonraki değişiklikte konmuş, kira akdine ilişkin m. 267a kurallarının uygulanması hakkındadır.

No. 404 – 30 Haziran 1971 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 126-127)

İsviçre'nin karayolları trafiğine ilişkin yasa kurallarının tazminat ve sorumluluk konusunda, özellikle tazminat alacağıının zamanlaşımına uğraması bakımından uygulanması hakkındadır.

No. 405 – 20 Ağustos 1971 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 137)

İsv MK m. 170 – Türk MK m. 197

Eşlerin ayrı yaşaması – Ayrı yaşayan eşin geçimine katkı

Özet: Ayrı yaşama hâlinde, çeşitli kaynaklardan gelen gelirlerin taraflar arasında bölüştürülmesinde, ayrı yaşama durumunun ortaya çıkmasından sorumlu kocaya % 60'ın ve eşine de % 40'ın tahsis edilmesi [olaydaki özellikler göz önüne alındığında] âdildir.

Not: Kararın yayınlanan metni bu özetten ibarettir. Eklenen nota göre koca bu hükmü temyiz etmiş ve inceleme İsviçre hukukunda bu gibi hükümler için temyiz mercii olan Federal Mahkeme'de yapılmış; o mahkeme de 22 Aralık 1971 günlü kararı ile başvuruyu reddetmiştir yâni hükmü onamıştır. Federal Mahkeme, deneyimle bilindiği üzere kocanın genelde kendi gelirinin en çok üçte birini eşine tahsis ettiğini; ancak ayrı yaşama durumunda kadının harcama gereksinmelerinin arttığını ve ayrı yaşamaya koca neden olmuşsa bu artışa karşılık sağlamanın da ona yüklenmesi gerekeceğini, böylece gelirden % 40'ını eşine tahsis etmenin âdil olduğunu belirtmiştir.

No. 406 – 13 Eylül 1971 (RJN c. V, 1. Kısım, s. 128)

**CPCN m. 69/HUMK m. 75, CPCN m. 212/HUMK m. 238,
CPCN m. 435/HUMK m. 487**

Delillerin sunulması – Sözlü yargılama usulü

Yayınlanan özet: 1. Re'sen istenmiş de olsalar (CPCN m. 69/HUMK m. 75 [f. III]) deliller hasım tarafın hazır bulunduğu duruşmada sunulmalıdır.

2. Mâruf vakıalar (CPCN m. 212/HUMK m. 238) herkesçe bilinen vakıalar ve mahkeme tarafından, aynı dava içinde karşısına çıkmış olarak haklarında resmen bilgi edinilmiş olan vakıalardır

(RCCC c. VI, s. 137 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 155. Orada No. 2: “Maruf vakıa (HUMK m. 238 f. II), herkesin bildiği veya mahkemenin resmen ittila kesbettiği vakıalardır. Mahkemenin diğer bir dava vesilesiyle öğrendiği vakıa, resmen ittila kesbettiği vakıa sayılmaz”]).

3. Sözlü yargılama usulünde (CPCN m. 435/HUMK m. 487), hâkimin kaydettiği kişisel notlar yok sayılır ve bunlar dosyada yer almamak gerekirler (RCCC c. VI s. 123 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 153. Oradaki notumuzda da belirttiğimiz gibi, bizdeki madde farklıdır ve onlarda, sözlü yargılama usulünde, istem’lerin tutanağa geçirilmesi dışında hiç tutanak düzenlenmezken bizde özetlenmiş tutanak mutlaka düzenlenir]).

No. 407 – 15 Eylül 1971 (RJN v. V, 1. Kısım, s. 138-139)

CPCN m. 430/HUMK m. 482 – Sözlü yargılama usulü – İddianın ve savunmanın genişletilmesi yasağı – Eski içtihadattan dönme

Özet: Sözlü yargılama usulünde, bir istem ya da savunma dayanağının ilk kez olarak tahkikat sonunda verilen lâyhada (bkz. HUMK m. 375, 488) öne sürülmesi, gecikmelidir [genişletmedir].

Gerekçeden Seçmeler [Gerekçenin Yayınlanmış Bölümü]

Zamnanaşımı, hâkimin kendiliğinden göz önüne alamayacağı bir savunma dayanağıdır (İsvBK m. 142/Türk BK m. 140).

Yazılı yargılama usulünde, bir istem ya da savunma dayanağının ilk kez olarak tahkikat sonunda verilen lâyhada öne sürülmesi, gecikmelidir [genişletmedir] (RCCC c. V s. 523 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 132]). [Neuchâtel] Temyiz Mahkemesi, sözlü yargılama usulünde, tarafların, [tahkikat sonunda verilen lâ-yihalar dâhil] istem hakkında son sözün söylenmesi aşamasına kadar iddia ve savunma dayanaklarını öne sürebileceğine karar vermişti (RCCC c. VI, s. 52 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 141-144]). Bu karar, tarafların delil sunma süreci sona erinceye kadar kendi istemlerine destek olacak yeni dayanaklar öne sürebileceklerini söyleyen CPCN m. 430 f. II’ye/HUMK m. 482 cümle 3’e aykırıdır. Sözlü yargılama usulüne tâbi olan eldeki dâvada, hâkim, tahkikatın

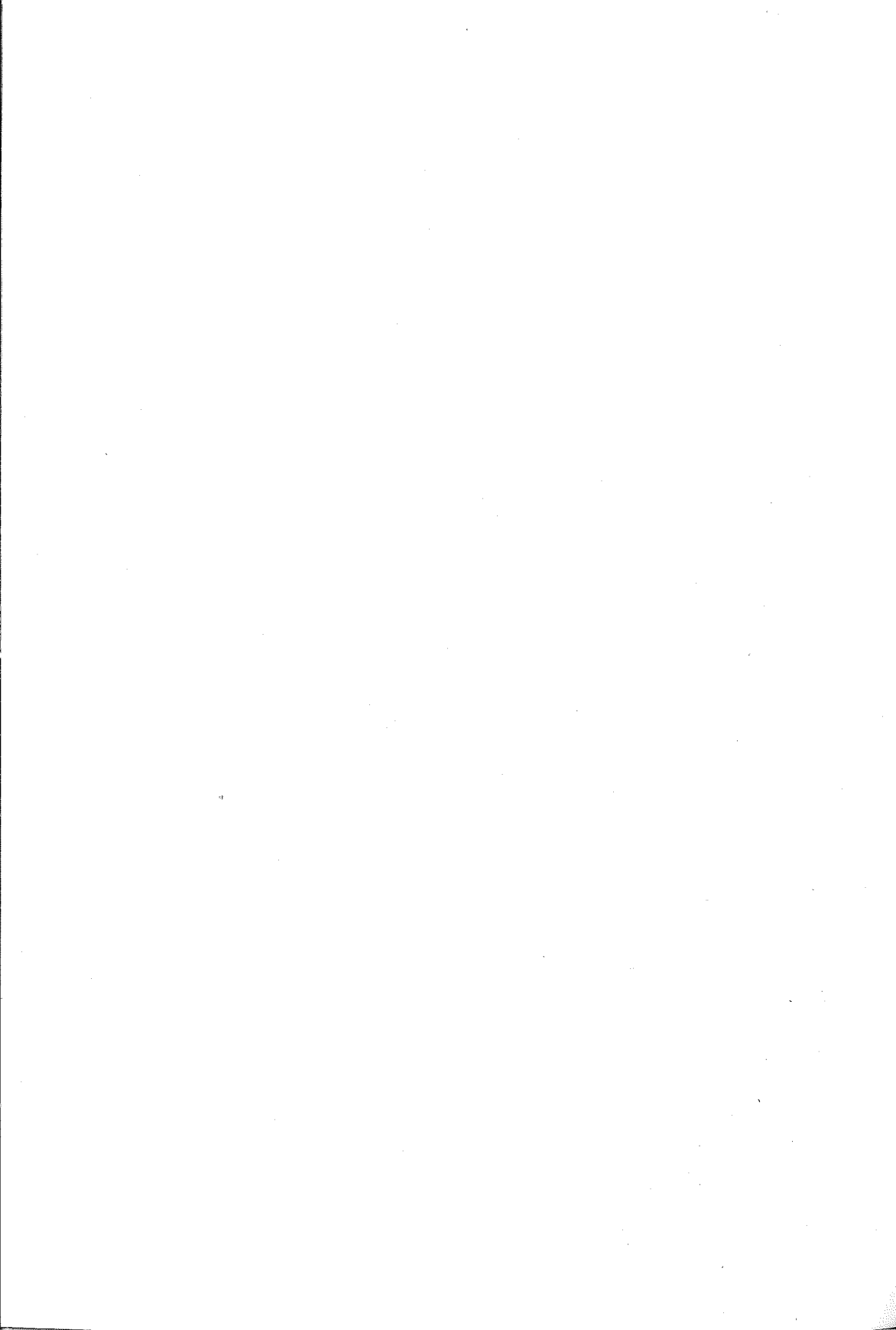
kapandığını tefhim etmiştir. Tahkikatın kapanması demek, delil ibrazının da son bulması demektir. Bu kapanış, yine de, tarafların işlemlerden hangi sonuca vardıklarını belirten lâyhaların sunulmasına izin verir [imkân tanır] (CPCN m. 436/HUMK m. 488). Böyle yapılması, taraflara ikişer kez söz hakkı verir (CPCN m. 437/HUMK m. 489 [CPCN metni açıkça ikişer kez söz verilmesinden söz eder, bizimki yalnızca “hâkim iki tarafın son sözlerini dindikten sonra” der]). İster öyle ister böyle olsun, delillerin sunulması sona ermiştir. Sözlü yargılama usulünde [de], bir istem ya da savunma dayanağının ilk kez olarak tahkikat sonunda verilen lâyhada öne sürülmesi, gecikmelidir [genişletmedir]. Yakın zamanda verilen bir karar (RJN 5 I 32, özellikle s. 34 [yukarıda No. 387’de aktarılan 30 Aralık 1969 günlü karar]) bunu zımnen kabullenmiştir. RCCC c. VI s. 52’de yayınlanmış karara, anmış bile olmadığı CPCN m. 430 f. II’ye aykırılığı nedeniyle, bağlı kalınamaz. Hâkim, ilk kez -tahkikat sonunda verilen- son söz lâyhalarında öne sürülmüş zamanaşımı savunmasını göz önüne almakla [hukuka aykırı karar vermek anlamında] ihkak-ı haktan imtina [déli de justice] etmiştir ve bu durumda temyiz edilen hükmün bozulması gerekir.

Not: İddia ve savunmanın genişletilmesi yasağını belirten maddeler kaynak yasada olduğu gibi bizde de (HUMK m. 185, 202) genişletmenin geçerli olabilmesi için hasmın *rızasını* aradığı halde bizim uygulamamızda hasmın susması, itiraz etmemesi, rıza açıklaması hükmünde tutulmaktadır; oysa, şimdiki kararda görüldüğü üzere Neuchâtel uygulaması böyle değildir ve rıza yokken genişletme durumunu hâkimin re’sen değerlendirmesi beklenmekte, böyle yapmamışsa kararı (temyiz edildiğinde) bozulmaktadır.



**PARIS X – NANTERRE
KONSORSİYUMU**

**12. YILLIK
TOPLANTISI**



LÈS DROITS DES CONSOMMATEURS EN ESPAGNE : UNE VISION GENERALE

Elsa Sabater BAYLE*

1. Introduction¹

Dans les pays européens de notre entourage les règles de protection des consommateurs se sont organisées autour de *trois différents modèles*, selon le nombre de textes législatifs qui ont été rédigés pour parvenir à la transposition des nombreuses Directives communautaires qui versent sur ce domaine.

1.1. Premier Modèle: Unification Normative

Selon ce système, le Droit de la consommation est compris dans un seul texte législatif. C'est l'option qui a été choisie par la France et l'Autriche.

En France, le *Code de la consommation*², ainsi que de nombreux Décrets de développement, englobe toutes les règles de protection des consommateurs. Il s'agit d'un vrai Code dans lequel s'insèrent toutes les dispositions concernant la matière. Ce Code se compose de cinq livres. Le premier Livre verse sur le droit à l'information des consommateurs et dans ses quatre Titres recueille certaines règles sur l'étiquetage des produits et les appellations d'origine, les pratiques commerciales, les conditions générales des contrats et les clauses abusives. Le Livre deuxième contient les règles relatives à la conformité et sécurité des produits et services.

* Profesora Titular de Derecho Civil Université Publique de la Navarre Pamplona (Espagne).

¹ Nous avons pris ces renseignements de Droit Comparé d'après CARRASCO PERERA et d'autres, *El Derecho de consumo en España : presente y futuro*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, octobre 2002, pp. 36-40.

² Publié par Loi 93-949, du 26 juillet 1993. On peut le consulter en cliquant sur l'adresse <http://www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnCode?code=CCONSOML.rcv>

Le Livre troisième fait référence à l'endettement et contient des règles sur le crédit à la consommation et le surendettement. Les Livres quatrième et cinquième parlent des Associations de Consommateurs et de l'Institut national de la consommation.

Le *Code de la Consommation* contient la réglementation française existante en 1993. La transposition des Directives ultérieures a été faite par des nombreuses Lois et Ordonnances qui ont été publiées avec le but d'insérer des nouveaux articles dans le Code. C'est ainsi, par exemple, que la Dve. 93/13/CEE sur les clauses abusives dans les contrats, a été transposé dans le *Code de la Consommation* par la Loi 95-96, du 1^{er}. Février 1995, qui a introduit l'article 132-1 du Code.

Le modèle d'unification normative a l'avantage de la sécurité juridique puisqu'il évite les discordances qui peuvent apparaître quand des différentes lois règlent une même matière.

L'Autriche a suivi le système d'unification normative avec une loi générale (*Konsumentenschutzgesetz ou KSchG*, du 8 mars 1979) qui essaye de régler tous les aspects relatifs à la protection juridique des consommateurs. Cette loi a été aussi bien modifiée pour incorporer à la *KSchG* le contenu des nombreuses Directives communautaires qui se sont succédées, à l'exception de la Dve 85/374/CEE, sur responsabilité par les dommages causés par les produits défectueux, qui fût transposé en Autriche par La Loi de 21 janvier 1988³.

1.2. Deuxième Modèle : Coexistence d'une Loi Générale Avec des Lois Spéciaux

Dans ce second système, il y a une loi générale de protection des droits des consommateurs qui coexiste avec plusieurs lois spécifiques pour chaque secteur. Le Luxembourg, ou le Portugal sont des pays qui ont pris cette option.

Ainsi, il existe en Luxembourg une loi générale de protection juridique des consommateurs datée du 25 aout 1983 ; mais des

³ Publiée dans le BGBl I 19888/95.

nombreuses lois ont transposé des ultérieures Directives communautaires.

Au Portugal la Loi générale de défense des consommateurs n° 24/96 du 31 juillet 1996 coexiste avec une longue liste de Décrets qui ont développé certains aspects concrets, tels que, pour en citer un exemple, le Décret-Loi n° 359/91, du 21 septembre 1991, sur le crédit à la consommation, de transposition des Dves. 87/102/CEE et 98/88/CEE.

1.3. Troisième Modèle : Totale Diversification

C'est le cas de l'Italie, ou il n'y avait pas une loi générale de protection des consommateurs, mais des lois et Décrets de transposition du Droit communautaire. Cependant, le Décret Législatif n° 206, du 6 septembre, a approuvé récemment le *Codice del Consumo*, composé de VI Parties qui contiennent les prévisions dans la matière⁴.

En Allemagne, les règles sur le Droit de la consommation ont été incorporés par moyen de nombreuses dispositions, telles que la Loi des conditions générales des contrats de 9 décembre 1976, modifiée par celle du 19 juillet 1996, de transposition de la Directive 93/13/CEE; la Loi sur le droit de révocation des contrats en dehors des établissements commerciaux de 16 janvier 1986; la Loi de responsabilité par les produits défectueux de 15 décembre 1989; la Loi de crédit à la consommation de 17 novembre 1990; la Loi de voyages combinées du 24 juin 1994; la Loi du droit d'usage d'immeubles à temps partagé de 20 décembre 1996; et la Loi sur la sécurité des produits du 22 avril 1997. Mais la plupart de ces Lois ont été abrogées par la Loi de Modernisation du Droit des Obligations (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*) mise en vigueur le premier février 2002, qui les a insérées dans le Livre des Obligations du *B.G.B.*, ce qui rapproche le système allemand à celui de l'unification législative.

L'évolution de l'Italie et de l'Allemagne démontre, que celle de l'Espagne, démontre la tendance vers le modèle unifié, qui avait

⁴ www.poste.it/azienda/ass_consumatori/codice_consumo.pdf.

été adopté par la France en 1993, dans les systèmes juridiques des pays de notre entourage.

1.4. Le Modèle Espagnol et Certains Problèmes

1.4.1. Le modèle.- L'Espagne a choisi le second modèle parmi ceux qui ont été cités ci-dessus. Elle marche vers le modèle unifié, mais cet enjeu n'est pas encore accompli par le législateur. Dans ce pays, une année avant de son incorporation à la CEE, fût publiée la *Loi Générale pour la Défense des Consommateurs et Usagers* (Loi 26/1984, du 19 juillet, LGDCU), ainsi que d'autres Lois spéciales qui ont transposé, de façon successive, les Directives ultérieures. Parmi les plus importants on peut citer les suivantes⁵ :

- Loi 34/1984, du 11 novembre, Générale de la Publicité, qui a transposé la Dve. 84/450/CEE .

- Loi 26/1991, du 21 novembre, des contrats célébrés en dehors des établissements commerciaux, pour la transposition de la Dve. 85/577/CEE.

- Loi 22/1994, du 6 juillet, de responsabilité civile due aux produits défectueux, de transposition de la Dve. 85/374/CEE.

- Loi 7/1994, de Crédit à la consommation, de transposition des Dves. 87/192/CEE et 98//8/CEE.

- Loi 21/1995, du 6 juillet, des voyages assortis, de transposition de la Dve. 90/314/CEE.

- Loi 7/1996, du 15 janvier, de modification de la Loi 47/2002, du 19 décembre, sur le commerce au détail ; elle transpose la Dve. 97/7/CEE

- Loi 7/1998, du 13 avril, des conditions générales des contrats, de transposition de la Dve. 93/13/CEE . Il faut avertir que d'autres Lois ont transposé aussi cette Directive de façon sectorielle (seulement pour certains contrats) : ainsi, la première fût la

⁵ Une version récente de la liste complète se trouve dans le CD joint à l'ouvrage de LASARTE ALVAREZ, Carlos, *Manual sobre protección de consumidores y usuarios*, 2ème ed. actualisée, ed. Dykinson, Madrid 2005.

Loi 50/1980, du contrat d'assurance, dans son article 3^{ème}⁶. Il faut aussi citer, parmi bien d'autres, le Royal Décret 1828/1999, du 3 décembre, du Registre des conditions générales des contrats ; ou le Royal Décret 1906/1999, du 17 décembre, des contrats par moyens électroniques avec des conditions générales. Cette loi 7/1998 fera l'objet principal du présent exposé, non seulement parce qu'il n'est pas maintenant l'occasion de faire une référence à autant de textes législatifs, mais parce que l'évolution des règles sur les conditions générales abusives a donné lieu à un arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 9 septembre 2004⁷, dont on en parlera plus en avant⁸.

- Loi 23/2003, de suretés dans les ventes de biens de consommation, qui transpose la Dve. 44/1999/CE.

⁶ Loi 50/1980, du Contrat d'Assurance, article 3.

Les conditions générales, qui dans aucun cas pourront léser les sujets assurés, devront être incluses par l'assureur dans la proposition d'assurance, si il y en avait, et, de façon nécessaire, dans la police du contrat ou bien dans un document complémentaire, qui sera souscrit par l'assuré et à qui l'on donnera copie. Les conditions générales et particulières seront rédigées de façon claire et précise. Il faudra détacher de façon spéciale les clauses limitatives des droits des assurés, qui devront être spécifiquement acceptées par écrit.

Les conditions générales du contrat resteront soumises à la surveillance de l'Administration Publique, comme il est prévu dans la Loi.

Si la Cour de Cassation déclare la nullité d'une clause des conditions générales d'un contrat, les assureurs seront obligés par l'Administration Publique de modifier les clauses identiques contenues dans ses polices.

(la traduction du texte espagnol est notre).

⁷ Affaire C-70/2003. Nous avons utilisé le texte publié en espagnol par la Base de Données <http://www.westlaw.es/acceso/index.html> (Ed. Westlaw.Internacional, Aranzadi-Thomson) référence TJCE 2004\2007.

⁸ La transposition de la Directive 93/13/CEE aux Droit internes des différents pays membres de l'actuelle U.E. avait déjà posé des questions face à la Cour de Justice des Communautés Européennes. Voir, un exposé assez détaillé en ANTÓN MEDRANO, Nuria « Cláusulas Abusivas en los contratos celebrados con los consumidores », en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, Hacia un Código del consumidor - vers un code du consommateur - Madrid 2006, pp. 297 et ss.; DURAN RIVACOBIA, Ramón, "Condiciones generales puras o simples en la contratación", en CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, cit pp. 161 ss. (voir la liste de 28 Arrêts pp. 291 et 292 de cette op. cit.). Parmi les plus célèbres, on peut signaler les Arrêts de 10 mai 1001 (Affaire C-144/99) envers les Pays Bas; 24 janvier 2004 (Affaire C-372/99) contre la République de l'Italie ; 7 mai 2002 (Affaire C-478/99) contre le Royaume de la Suède (cités par ANTÓN MEDRAN. Nuria, op.cit., pp. 306 ss.).

- Loi 34/2002, du 11 juillet, des services de la société de l'information et du commerce électronique, qui transpose les Directives qui versent sur cette modalité de contrat.

1.4.2. Premier Problème- Il faut considérer que, si le second modèle –celui de la coexistence de une loi générale avec des lois spéciaux- a l'avantage de faciliter au législateur la transposition rapide, au fur et à mesure que les Directives se succèdent, il n'en est pas moins vrai qu'il présente des inconvénients importants, car il donne aux droits des consommateurs un traitement qui, en conjoint, manque de certitude juridique, non seulement sur *le sujet* destinataire de la protection (puisque le concept de consommateur n'est pas coïncident dans les différents Lois⁹) mais aussi sur *l'objet* de la protection (les contrats concernés). Ce dernier aspect remet en question le vieux problème de la distinction entre *contrats civiles et commerciaux* en Droit espagnol, qui a fait l'objet de traditionnels débats en Droit privé¹⁰.

1.4.3. Deuxième Problème- On en vient ainsi à un second problème : celui du caractère pluridisciplinaire du Droit de la consommation¹¹. Car il ne concerne que le *Droit privé* des contrats (dans sa double condition de contrats civiles et contrats commerciaux), mais aussi le *Droit public* (des règles de procédure, telles que celles sur l'arbitrage ou sur les actions collectives de cessation ; des sanctions administratives ; des règles institutionnelles,

⁹ Sur le concept de consommateur en Droit espagnol, voir récemment LARA GONZALEZ, Rafael – ECHAIDE IZQUIERDO, Juan Miguel, *Consumo y Derecho*, Elementos jurídico-privados de Derecho del Consumo, Ed. ESIC, Madrid 2006, pp. 39-54. Cette question est en train d'évoluer aussi en droit espagnol, dans le sens d'un élargissement qui va du concept strict (consommateur est seulement une personne physique qui n'est pas un commerçant) au concept large (qui inclût non seulement les personnes morales et les organisations, mais admet aussi que les entrepreneurs peuvent réaliser des « actes de consommation »).

¹⁰ Les critères d'attribution au droit du commerce des contrats qui ont un double régime juridique (dans les Codes civil et de Commerce) ont été fortement critiqués par les auteurs; cependant ils restent en vigueur, ce qui rajoute des difficultés à la tâche de délimiter les contrats concernés par les règles de protection des consommateurs. Mais la plupart des auteurs (ainsi, p. ex., LASARTE ALVAREZ, op. cit., p. 24) acceptent que les actes de commerce (contrats soumis au régime du droit commercial) s'opposent aux actes de consommation (dont l'attribution au droit civil est, selon l'auteur cité, essentielle).

¹¹ Qui a été souligné par les auteurs, comme par ex., LARA GONZALEZ, Rafael – ECHAIDE IZQUIERDO, Juan Miguel, *Consumo y Derecho ... cit.*, pág. 82.

comme celles qui parlent des Associations de consommateurs et des Institutions qui devront prendre en charge la surveillance de l'accomplissement des règles juridiques de protection ; etc.). Tout cela donne comme résultat un conjoint de règles juridiques qui ont un même but, le consommateur et ses activités, mais qui du point de vue technique ont un caractère interdisciplinaire. Et cela mène à la vieille question, largement débattue en Espagne, sur la distribution des compétences législatives entre le Parlement central et les Parlements des Communautés Autonomiques, établie dans les articles 148 et 149 de la Constitution Espagnole de 1978 et les Statuts Autonomiques¹². Car le Droit privé commercial est une matière de la compétence législative exclusive de l'Etat espagnol, tandis qu'il existe une certaine décentralisation de compétences législatives sur le Droit privé civil (art. 149.1.8 de la Constitution Espagnole), et sur le Droit Administratif.

1.4.4. Troisième Problème- Il arrive par la manque de compétence de certaines Communautés pour légiférer en matière de Droit privé. Car, si la distinction entre les contrats civiles et commerciaux, traditionnelle mais critiquable, n'est pas une question tout à fait éclaircie dans le Droit des Obligations en général, il n'est

¹² Ainsi, selon la Constitution Espagnole de 1978, seulement le Parlement de l'État central est compétent pour légiférer en matière de droit commercial, mais les Parlements de certaines Communautés Autonomiques –dont Le Pays Basque, la Catalogne, les Îles Baléares, la Galicie, l'Aragon et la Navarre– ont la possibilité de développer leurs droits privés historiques, contenus dans les *Compilaciones de los Derechos civiles forales o especiales* (droits foraux), en matière contractuelle. Cependant, les conditions essentielles du droit des obligations et les contrats (appelées par l'article 149.1.8 in fine de la Constitution Espagnole bases de las obligaciones contractuales) en font l'exception aux compétences autonomiques. C'est-à-dire, le système législatif espagnol est fondé sur la base d'une distribution de compétences législatives, entre les Parlements Central et Autonomiques, qui est dessiné dans les articles 148 et 149 de la Constitution Espagnole (<http://www.gva.es/cidaj/cas/c-normas/constitucion.pdf>).

Voire, sur cette question: DIEZ PICAZO – GULLON BALLESTEROS, *Sistema de Derecho civil*, Vol. 1, ed. Tecnos, réimpression de la 10e édition, Madrid 2002, págs. 83-94, surtout page 77 (ou il réfère 'Les indeclinables compétences de l'Etat en matière de Droit civil'); BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, «Las bases de las obligaciones contractuales en el artículo 149.1.8ª de la Constitución», en MORENO QUESADA, Bernardo (coord.), *Competencia en materia civil de las comunidades autónomas*, ed. Tecnos, Madrid 1985; BONILLA BLASCO, Juan «Las bases de las obligaciones contractuales», en *Revista de Derecho Civil aragonés*, Año n° 4, 1-2, 1998, pp. 8-116 (on peut le trouver en cliquant sur l'adresse http://www.unizar.es/derecho/standum_est_chartae/weblog/rdca/rdcaiv/estud4.htm).

pas moins évident que seul l'Etat central peut régler non seulement les contrats commerciaux (article 149.1.6 CE) mais les questions essentielles des obligations nées des contrats (art. 149.1.8 in fine CE) ; c'est pourquoi l'assomption de compétences dans la domaine des contrats avec les consommateurs, par les parlements autonomiques, a posé en Espagne des problèmes de constitutionalité¹³.

2. Les modifications de la Loi 26/1984, Générale pour la Défense des Consommateurs et Usagers

Des nombreuses modifications à la LGDCU ont été faites par les Lois spécifiques ci-dessus mentionnées. Car l'inconvénient le plus grave du système d'unification du Droit de la Consommation est celui d'y parvenir à une actualisation permanente, ce qui n'est pas du tout facile pour le législateur quand l'on veut atteindre un texte exempt de contradictions internes. Ainsi, les principales modifications de la Loi Générale espagnole ont été faites par les textes suivants :

- Loi 36/1988, du 5 décembre, d'arbitrage, qui a été développée par le R. Décret 636/1993, de 3 mai (entre d'autres).

- Loi 22/1994, du 6 juillet, de responsabilité civile par la vente de produits avec des défauts,

- Loi 7/1998, du 13 Avril, de conditions générales des contrats.

¹³ Les arrêts du Tribunal Constitutionnel Espagnol sur l'invasion de compétences législatives par les Parlements autonomiques en font un bon exemple de cette problématique. Ainsi, entre bien d'autres, l'Arrêt 71/1982 du 30 novembre 1982, (F.J. 14) à propos de la Loi 10/1981, du Parlement du Pays Basque sur le Statut (Basque) du Consommateur, souligne que le régime des conditions générales des contrats et des modalités contractuelles appartient à la compétence du législateur centrale (F.J. 14) ; et que le régime de responsabilité (du fabricant) doit être le même dans tout le territoire de l'État (F. J. 19)...

Cela n'a pas empêché, cependant, l'existence de diverses Lois autonomiques qui versent sur l'Statut juridique des consommateurs dans les différents régions. Ainsi, entre les plus récentes, la Loi Forale de la Navarre 7/2006, du 20 juin, pour la Défense des Consommateurs et Usagers. Mais le contenu de ces Lois autonomiques ne peut pas verser sur des aspects de Droit privé mais surtout de Droit public (sanctions, institutions, associations, etc.).

Sur la question de la protection des consommateurs dans la domaine étatique, autonome, et local, voire un récent résumé en LARA GONZALEZ, R -ECHAIDE IZQUIERDO, J.M., *Consumo y Derecho ... cit.*, pp. 18-32.

- Loi 23/2003, de 23 juillet, de garanties dans les ventes de produits de consommation.

Une autre importante disposition a changé le texte original de la LGDCU : c'est la Loi 39/2002, du 28 octobre, de transposition des Directives communautaires que versent sur les *acciones de cessation*. Ce dernier texte a rajouté à la Loi de 1984 les articles 10 *ter*, et 10 *quater*, ainsi que une Disposition Additionnelle troisième. Tout cela dans le but de parvenir ainsi à la transposition au droit espagnol de la Directive 98/27/CEE du 19 mai 1998, sur les actions de cessation.

D'une façon synthétique, on peut dire que la transposition au Droit espagnol de la Directive 93/13/CEE qui verse sur les clauses abusives et les conditions générales des contrats a mis en jeu deux textes qui se sont succédés dans le temps : l'article 10 de la LGDCU de 1984, préexistant à la Directive mais qui déjà avait fait une référence aux conditions générales des contrats, et la Loi 7/1998, des Conditions Générales des Contrats quia modifié cet article 10.. Mais ce processus de transposition n'a pas été bien réussi, car il est abouti à une déclaration de la Cour de Luxembourg, dont on en parlera après, ainsi que, non seulement à une nouvelle version de notre original Loi Générale, de Défense des droits des Consommateurs, mais aussi bien à la déclaration du législateur de l'obligation de réunifier en Espagne tout les règles juridiques qui les concernent.

3. La Loi 7/1998, du 13 avril, des Conditions Générales des Contrats¹⁴ (LCGC)

On peut considérer cette loi comme une des plus importantes règles de développement du Droit des contrats en Espagne. Car, son objet initial a été la transposition au Droit espagnol de la Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, qui verse sur les

¹⁴ B.O.E. n° 89, du 14 avril 1998. Voir LASARTE ALVAREZ, op. cit., pp. 133-151 ; CARRASCO PERERA et d'Autres, op. cit., pp. 301-315 ; LARA-GONZÁLEZ, R.-ECHAIDE IZQUIERDO, J.M., op. cit., pp.106-117 ; CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, cit., pp.161-292 (par DURAN RIVACOBIA, R, cit.), et pp.297-385 (par ANTÓN MEDRANO, N., cit.).

clauses abusives dans les contrats avec les consommateurs et les conditions générales des contrats; mais son vrai objectif a été la modification du régime, insuffisant, qui était contenu dans l'article 10 de la Loi 86/1984. Ce dernier texte a été développé par Loi 7/1998 d'une façon peu correcte du point de vue technique : elle a rajouté un article 10.-bis à la Loi précédente, et, en plus, cet nouveau article contient un trop long énoncé de conditions ou clauses abusives (ce que l'on ne peut pas considérer convenable du point de vue technique, et non plus du point de vue substantiel).

La Loi 7/1998 fait la distinction entre *clauses abusives* (celles qui, étant contraires à la bonne foi, produisent une manque d'équilibre entre les parties du contrat) et *conditions générales* (ou clauses prédisposées par la partie la puissante contre celle en situation de faiblesse), tout en précisant qu'une condition générale ne doit pas être nécessairement considérée comme abusive.

Les conditions générales dont parle la Loi peuvent être insérées aussi bien dans des contrats avec des consommateurs que dans les contrats entre professionnels. La loi règle les *conditions d'incorporation* de la clause et les *critères d'interprétation* des clauses qui ne sont pas claires. D'autre part, elle crée un Registre des Conditions Générales pour y inscrire les arrêts judiciaires ayant déclaré la nullité de celles-ci, mais ce système s'est révélé peu opératif, car pour l'instant, on n'a constaté pas plus de quatre exemples de clauses nulles inscrites.

La Loi 7/1998 a subi une modification de ses articles 16 et 19, par la Loi 39/2003 du 28 octobre (de transposition de diverses Directives) dont l'article 2 a modifié le régime des actions collectives de cessation.

4. Les déclarations de la Cour de Justice des Communautés Européennes

Après tous les efforts du législateur espagnol en matière de contrats avec des conditions générales, le régime des clauses abusives contenu dans l'article 10 de la LGDCU modifié (et dans la loi 7/1998 de CCGC) n'est pas arrivé à l'accomplissement des exi-

gences prévues dans la Directive 93/13/CEE, comme il a été déclaré par la Cour de Justice des Communautés Européennes dans son Arrêt du 9 septembre 2004 (Affaire C-70/2003) ci-dessus cité.

Selon cette résolution, le Royaume de l'Espagne n'a pas accompli les obligations qui lui concernent selon la Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, sur les clauses abusives dans les contrats célébrés avec les consommateurs, car il n'a pas adapté d'une façon correcte son Droit interne aux arts. 5 et 6, 2 alinéa, de cette Directive¹⁵.

Par conséquence de cette résolution, l'Etat espagnol a été obligé de modifier son Droit interne, ce qui a été fait par la Loi 44/2006, du 29 Décembre (B.O.E. n° 312, du 30 décembre 2006), d'Amélioration de la Protection des Consommateurs et Usagers, qui vise principalement à corriger les défauts qui toujours a présenté en Droit espagnol le réglage des contrats avec des conditions générales. Cela a frappé les articles 10.2 de la Loi 26/1984 (LGDCU) ainsi que l'article 6.2 de la Loi 7/1998, (LCGC).

5. L'arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes du 9 septembre 2004 (Affaire C-70/2003) : Une Vision Rapide

La transposition au Droit espagnol du régime des conditions générales des contrats, contenu dans la Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, a posé aussi des problèmes sur *les règles d'interprétation* des clauses abusives, ainsi que de sélection du droit qui *doit être appliqué* pour en déduire, s'il était le cas, son caractère abusif. Ces questions se sont projetées dans des différents domaines du Droit privé.

5.1 Le problème

La Commission a trouvé que l'Espagne n'a pas bien transposé les articles 5 et 6.2 la Dve. 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, sur les conditions générales abusives. En synthèse, elle a di-

¹⁵ Arrêt de la Cour de Justice des Communautés Européennes de Luxembourg, Salle première, du 9 septembre 2004, 36, avant cité. (la traduction est notre).

rigé contre l'Etat Espagnol *deux imputations* de nature diverse: le Droit privé interne et le Droit Internationale Privé.

a) Première imputation (problème de Droit civil interne):

L'article 5 mis en relation avec l'article 7, 1^{er} et 2^{ème} alinéa, de la Dve. 93/13/CEE dispose que les consommateurs ont le droit d'exiger aux organes judiciaires et administratifs de leurs États la déclaration du caractère abusif des clauses¹⁶.

Cependant, en droit espagnol y il avait deux règles contraires a la Directive :

a) L'art. 10.2 de la Loi 26/1984 (LGDCU)¹⁷, qui avait établi le critère d'interprétation *contra preferentem* sans y exclure les actions collectives de cessation.

¹⁶ Dve. 93/13//CEE, art. 5 :

En cas de contrats dont toutes les clauses proposées au consommateur ou certaines d'elles figurent par écrit, ces clauses devront être rédigées de façon claire et compréhensible. En cas de doute sur le sens d'une clause il doit prévaloir l'interprétation la plus favorable au consommateur. Cette règle d'interprétation ne sera pas applicable dans le marc des procédures qui établit l'article 7, alinéa 2, de cette Directive.

Publiée en espagnol par Ed. Aranzadi-Thomson, (Westlaw.es, cit, reference LCEur 1993\1071

(traduction et souligné notre).

Dve. 93/13/CEE, art. 7 alinéas 1 et 2 :

1. Les États membres veilleront pour que, dans l'intérêt des consommateurs et des concurrents professionnels, il existe des moyens adéquates et efficaces pour supprimer l'usage des clauses abusives dans les contrats célébrés entre des professionnels et des consommateurs.

2. Les moyens prévus dans l'alinéa 1 devront inclure des dispositions permettant aux sujets et les organisations qui, selon la législation nationale, aient un intérêt légitime dans la protection des consommateurs, de faire appel, selon leur droit national, aux organes judiciaires ou administratifs compétents, pour que ce soient ceux-ci ceux qui déterminent si certaines clauses contractuelles, rédigées avec la vue de son utilisation générale, ont un caractère abusif, et appliquent les moyens adéquates et efficaces pour que cesse l'application de ces clauses.

(traduction et souligné notre).

¹⁷ Article 10.2 Loi 26/1984 LGCU:

(rédaction originale, tenue entre 1984 et 1998) :

Les doutes sur l'interprétation seront résolues contre celui qui les aje rédigé, les clauses particulières qui soient plus bienfaitantes pour le consommateur devront prévaloir sur les conditions générales.

(rédaction entre 1998 et 2006) :

En cas de doute sur le sens d'une clause doit prévaloir l'interprétation la plus bienfaitante pour le consommateur.

b) l'article 6.2 de la Loi 7/1998 (LCGC) qui avait énoncé le même critère d'interprétation sans y exclure les actions collectives¹⁸.

La Commission a trouvé que cette omission menace les droits des consommateurs, car elle permet au professionnel d'éviter la qualification, par les organes judiciaires ou administratifs internes, d'une clause qui est abusive, par le moyen de plaider le critère de l'interprétation *contra preferentem*, alors que les résultats de ces deux interprétations peuvent différer.

Et la Cour de Justice a déclaré dans son Arrêt que l'imputation a été bien fondée, puisque : La distinction établie dans l'article 5 de la Directive, en ce qui concerne la règle d'interprétation qui est applicable, entre les actions individuelles et les actions de cessation collectives, s'explique par le différent but de ces deux types d'actions. Dans le premier cas, les tribunaux et les organes compétents doivent effectuer une estimation 'in concreto' du caractère abusif d'une clause contenue dans un contrat déjà célébré, tandis que, dans le deuxième cas, ils doivent effectuer une appréciation 'in abstracto' du caractère abusif d'une clause que l'on a prévu d'y incorporer dans un contrat qui n'a pas encore été célébré. Dans le premier supposé, le consommateur individuel est bénéficié d'une façon immédiate. Dans le second supposé, par contre, il ne procède pas, en cas de doute, d'interpréter la clause dans le sens qu'elle produise des effets favorables pour le conjoint des consommateurs. Ainsi, une interprétation objective permet d'interdire plus fréquemment l'utilisation d'une clause obscure ou ambiguë, ce qui donne comme conséquence une protection plus large des consommateurs¹⁹.

(rédaction après 2006) :

Quand il s'agisse d'actions individuelles, en cas de doute sur le sens d'une clause doit prévaloir l'interprétation la plus bienfaisante pour le consommateur.

(traduction et souligné notre).

¹⁸ Article 6.2 Loi 7/1998:

Les doutes sur l'interprétation des conditions générales obscures seront résolues en faveur de l'adhérent. (la traduction du texte espagnol est notre).

¹⁹ (la traduction du texte espagnol est notre).

c) Deuxième imputation (problème de Droit International privé) :

L'article 6.2 de la Dve. 93/13/CEE dispose que les États devront adopter les mesures nécessaires pour ne pas priver au consommateur de la protection qui offre cette disposition par le seul fait d'avoir choisi le droit d'un État tiers comme droit applicable au contrat, quand celui-ci garde une relation étroite avec le territoire d'un État membre de la Communauté.

Cependant, en droit espagnol, il y a aussi certaines règles contraires a cette disposition. Ainsi :

- l'art. 10-bis.3 de la Loi 26/1984 (LGDCU), selon lequel, les règles de protection des consommateurs face aux clauses abusives seront applicables, quelconque que ce soit la Loi choisie par les parties du contrat pour régler celui-ci, dans les termes prévus dans l'article 5 de la Convention de Rome de 1980, sur la Loi qui doit être appliquée aux obligations contractuelles²⁰.

- l'article 3.2, de la Loi 7/1998 (LGCGC), qui a établi que : cette Loi sera aussi appliquée aux contrats soumis à la loi étrangère dans les cas ou l'adhérent ait émis sa déclaration en territoire espagnol et dans lequel il y réside habituellement, sans préjudice des dispositions contenues dans les Traités ou les Conventions Internationales²¹.

Les règles espagnoles sont contraires à ce qui dispose l'article 5.2 de la Convention de Rome de 1980, selon lequel l'élection de la Loi qui doit être appliquée ne pourra pas produire le résultat de priver au consommateur de la protection qui lui assurent les dispositions impératives de la Loi du pays ou il y réside habituellement (...)²².

Dans l'Arrêt que nous sommes en train d'analyser, La Cour de Justice des Communautés Européennes considère que le domaine matériel d'application de la protection au consommateur qui

²⁰ (la traduction du texte espagnol est notre).

²¹ (la traduction du texte espagnol est notre).

²² (la traduction du texte en espagnol est notre).

donne la Directive comprend tous les contrats entre un professionnel et un consommateur, alors que la Convention de Rome est applicable uniquement à des certains contrats. Il considère aussi que le concept de « relation étroite » utilisé dans l'article 6.2 de la Directive 93/13/CEE ne doit pas résulter restreint par la combinaison de critères de connexion préalablement définis, tels que les conditions accumulatives de la résidence et le lieu de célébration du contrat, qui sont prévus dans l'article de la Convention de Rome²³.

5.2 La solution: la Loi 44/2006, du 29 Décembre (B.O.E. n 312, du 30 décembre 2006), d'Amélioration de la Protection des Consommateurs et Usagers

Par conséquence de l'Arrêt dont l'on a fait référence ci-dessus, l'Espagne a modifié sa *Loi Générale pour la Défense des Consommateurs et Usagers* (Loi 26/1984), par le moyen d'une nouvelle *Loi, n° 44/2006, du 29 Décembre*²⁴, qui la remplace avec la prétention d'y parvenir à une *Amélioration* des droits de ce collectif de sujets.

Dans son article 1.3, la nouvelle Loi obéit le mandat de la Cour de Justice des Communautés Européennes en ce qui concerne la question de Droit Internationale Privé qui avait été posé. Le nouveau texte établit que les règles de protection des consommateurs pour y faire face aux clauses abusives seront applicables quelconque que ce soit la loi qui ait été élue par les parties pour régler le contrat, quand celui-ci aie une étroite relation avec le territoire d'un État membre de l'Espace Economique Européen.

Particulièrement, il sera entendu qu'il existe un lien étroit quand le professionnel y exerce ses activités dans un ou plusieurs États membres de l'Espace Economique Européen, ou que par un moyen de publicité quelconque ait dirigé telles activités. Dans les contrats sur immeubles il sera aussi entendu qu'il existe un lien étroit quand ceux-ci se trouvent situés dans le territoire d'un État membre.

²³ (Loi 44/2006, de 29 de décembre, Exposée de Motifs, IV).

²⁴ V. <http://www.boe.es/boe/dias/2006/12/30/pdfs/A46601-46611.pdf>

D'autre part, l'article 2 de la Loi 44/2006, à propos des critères d'interprétation des clauses obscures selon que la action interposée soit individuelle ou collective, modifie la LCGC de 1984 (version 1998) dans le même sens qui a été établi par la Cour de Justice dans l'Arrêt de septembre 2004.

L'attitude du législateur envers ces questions est cependant redoutable par sa légèreté. Car, comme il a été souligné par RUBIO TORRANO²⁵, à l'égard du Project de Loi, et par BERCOVITZ-RODRIGUEZ CANO, R.²⁶, sur le texte de la Loi en vigueur, non seulement le législateur a profité l'occasion pour y inclure dans le nouveau texte des dispositions diverses concernant d'autres matières (comme p. ex., le régime du stationnement de véhicules, le contrôle des entreprises d'assurances, ou l'impôt sur les hydrocarbures... ce qui est une option législative réellement *étrange* que l'on peut aussi trouver *extravagante*), mais il a aussi bien formulé une déclaration précipitée. La nouvelle Loi, en effet, prévoit dans sa Disposition Additionnelle 5^{ème}, la refonte de toutes les règles de transposition des Directives communautaires qui versent sur les droits des consommateurs en *un seul texte*, et cela, dans un délai de seulement douze mois. Si l'on tient compte de la date de mise en vigueur de la Loi 44/2006, le lendemain de la publication dans le Journal Officiel, qui eût lieu le 30 décembre 2006²⁷, nous devrions en ce moment là avoir au moins connaissance des travaux de préparation de l'avant-projet de ce futur texte ambitieux, qui pourrait rapprocher l'Espagne au système de l'unification législative existant en France depuis 1993. Mais, si l'on regarde la page web du congrès des Députés de l'Etat espagnol²⁸, on ne trouve pas de Proposition de Loi *d'unification* du Droit des consommateurs, mais

²⁵ RUBIO TORRANO, E., "Hacia la mejora en la protección de los consumidores y usuarios" -vers l'amélioration de la protection des consommateurs et usagers-, Aranzadi Civil n° 5/2006, Tribuna, Ed. Aranzadi, Pamplona 2006, pp- 11-13

²⁶ BERCOVITZ-RODRIGUEZ-CANO, R., «Protección de los consumidores» - Protection des consommateurs-, Aranzadi Civil 2006-III, Tribuna, Ed. Aranzadi, Pamplona 2006, pp 2331-2333.

²⁷ Loi 44/2006, Disposition Finale 11.

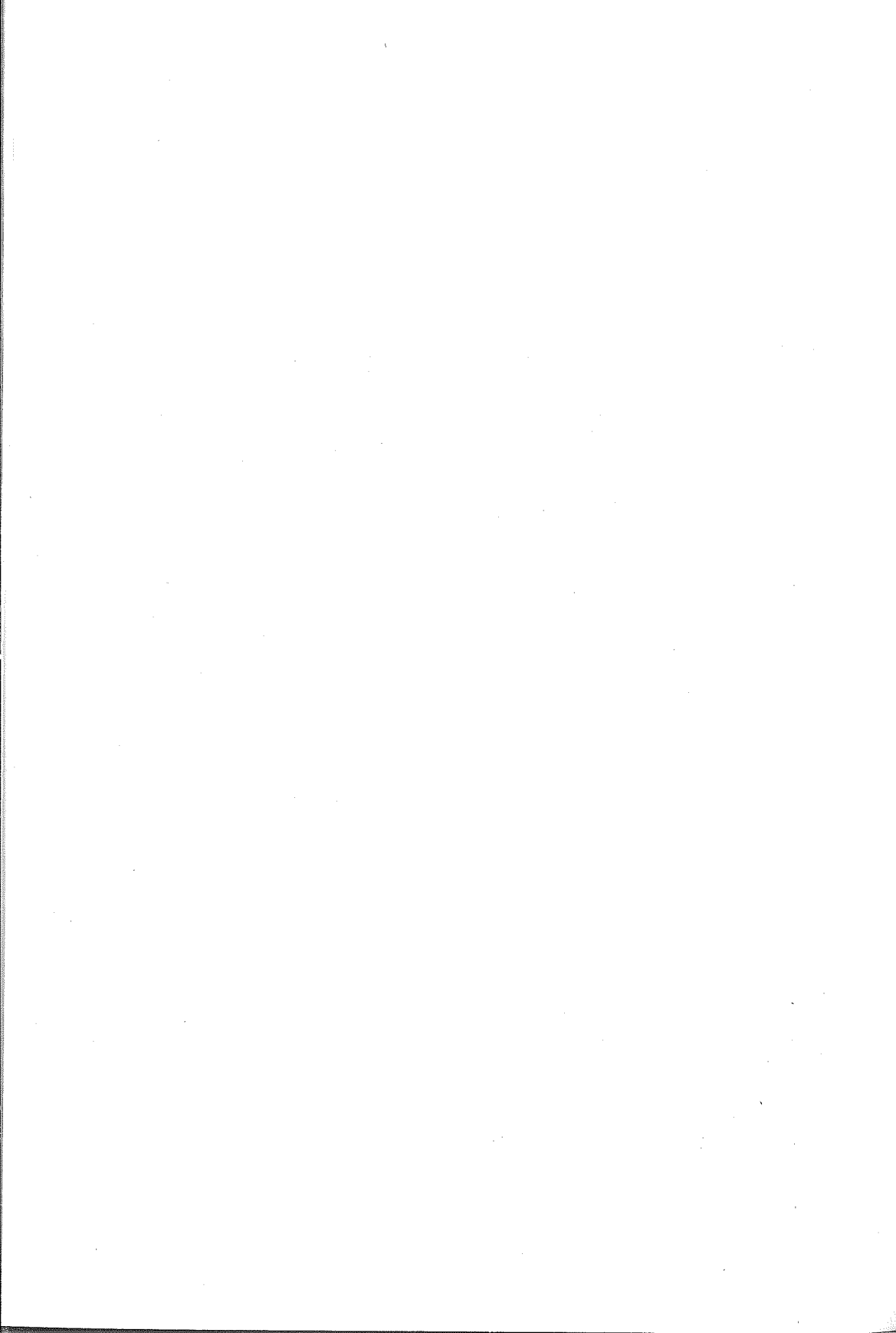
²⁸ <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso> ou se trouvent des renseignements actualisés sur les Propositions et les Projets de Lois du Parlement espagnol.

bien au contraire, il y a quelques Projets de Loi qui versent toujours sur des aspects *sectoriels* de cette complexe matière.

Réflexion Finale

À travers le processus de transposition d'une Directive qui reflète la moderne conception du contrat –celui des contrats avec des conditions générales- les différents pays communautaires ont entrepris des chemins qui conduisent vers le modèle établi par le *Code de la Consommation* français. Cette réunification de dispositions diverses pour transposer les Directives Communautaires dans la matière dans un texte unique apparait aujourd'hui comme le modèle idéal pour bien contrôler une matière qui risque d'échapper à toute idée d'ordre et organisation pour s'enfoncer dans une situation chaotique dont le droit espagnol est pour l'instant encore plongé.

Si l'on considère cette évolution d'une façon globale, c'est-à-dire, si l'on regarde en arrière, en avant et de côté, on peut imaginer qu'il s'est produit une sorte de *processus en accordéon* composée de trois phases éloignées dans le temps : dans une première phase, l'U.E. a semé le Journal Officiel d'un tas de règles sous forme de Directives, ce qui révèle l'intention de laisser une certaine zone de liberté aux États qui ont la tâche de les transposer. Dans la deuxième phase, le droit des consommateurs conçu dans l'U.E. se développe en éventail, les États génèrent une pagaille de règles plus ou moins organisées, sous la surveillance de la Cour de Justice des Communautés Européennes, toujours attentive à la bonne marche du processus. Dans la phase finale, le droit des consommateurs, déjà défini par les Etats, tient à s'enfermer dans des textes uniques que l'on appelle *Codes de la Consommation*. Maintenant il n'est point difficile de prévoir quelle sera la suite (peut être un *Code Européen de la Consommation* ??...).



COMPETENCE OF THE NATIONAL ADMINISTRATION TO OVERRULE NATIONAL LEGISLATION IN CASE OF A CONFLICT WITH EUROPEAN LAW

Christian SCHLIEMANN*

1. Introduction

In the following I will try to shed some light on a question that has already been the subject of a discussion in Germany more than ten years ago, but which gained actual relevance through some events that took place in the last and present year in Germany.

In 2006 the Netherlands joint stock company Doc Morris N.V.¹ bought a pharmacy from a German pharmacist, while at the same time employing the former owner as pharmacist.

§ 1 II ApoG (German law on pharmacies)² requires a permission to run a pharmacy. On 03.07.2006, DocMorris N.V. receives this permission of the minister for justice, health and social affairs of the Saarland (one of the 16 German Länder). The German pharmacy code regulates that only natural persons having the degree as a pharmacist are allowed to run a pharmacy according to §§ 2 II Nr.1, 3; 7; 8 ApoG. A permission for specific forms of companies is foreseen in § 8 ApoG³. Among those the joint stock company and

* University of Humboldt.

¹ On 26th April the joint stock company Celesio announced to have bought almost 90% of the holdings of DocMorris. The transaction is pending as long as no decision by the federal cartel office has been given.

² Gesetz über das Apothekenwesen, 20.08.1960, [1960] German Bundesgesetzblatt, vol. I, p 687, last modification: 29.08.2005, [2005] German Bundesgesetzblatt, vol. I, p. 2570.

³ §8 ApoG foresees "Several persons can not operate a pharmacy together but in the legal form of a civil law partnership or a mercantile partnership. In these cases, all partners

also the company limited by shares are not listed. The granting of the permission was therefore against the explicit wording of the German Pharmacy code as it violates § 8 ApoG. The permission was nevertheless granted as the ministry is of the opinion that the German law violates Art. 43 ECT.

These developments are followed by several pharmacists pleading against Doc Morris before the civil courts as well as lasting procedures on the permission pending before the administrative court. On 22.01.2007 the highest administrative court of the Saarland decides that the DocMorris-pharmacy can continue to exercise its action as long as no decision has been rendered in the principal case⁴. This decision overrules the previous decision of the administrative court while at the same time referring the case back to the lower court. The administrative court formulates in April 2007 a question for preliminary ruling before the ECJ⁵. The ECJ will have to decide on the following matters:

Is there actually a violation of European law by § 2 and 8 of the German pharmacy code? (2)

Has a national administration in case of a conflict between primary law and national legislation the competence or obligation to abide by European law while at the same time overruling national law? (3)

need the permission. Participations in a pharmacy in form of sleeping partners and agreements, in which the refunding for loans granted to the permission owner or for other assets left is aligned to the pharmacy turnover or profit are inadmissible. [...]” translation by Lafontaine, “National Law on Pharmacies and its Non-Application by a Member State’s Public Authorities” in *Zeus* 2006, 301.

⁴ Ruling of the highest administrative court of the Saarland of 22.1.2007 - 3 W 14/06, and 3 W 15/06 refusing the applicants plead for a temporary injunction and thereby rejecting the rulings of the administrative court of 12.9.2006 -3 F 38/06 and of 18.9.2006 -3 F 39/06.

⁵ Rulings of 20 -3 K 361/063 and of 21.03.2007 -K 364/06.

2. Analysis of the German Pharmacy Code under European law

2.1. Contravention of Secondary Law

The primary law is only applicable as long as no provision of the secondary law is existing or not applicable concerning a specific question.

In the case at hand the directive concerning pharmacies⁶ might be applicable. This directive regulates on the topic of recognition of diplomas and degrees for the profession of pharmacists. It does nevertheless not provide for any regulation concerning the legal forms in which a pharmacy has to be run, as explanation 10 of the reasoning for the directive proves. The directive does therefore not offer a solution for the case concerned which leads to the analysis of the primary law.

2.2. Restriction to Art. 43 ECT⁷

Art. 43 I ECT stipulates that restrictions on the freedom of establishment of nationals of a Member State in the territory of another Member State shall be prohibited. Section II of the same Art. 43 ECT adds that such prohibition shall also apply to restrictions on the setting-up of agencies, branches or subsidiaries by nationals of any Member State established in the territory of any Member State. Art. 48 I ECT extends this freedom to companies or firms formed in accordance with the law of a Member State and having their registered office, central administration or principal place of business within the Community.

As the changed wording and the permanent jurisdiction of the European Court of Justice prove Art. 43 I ECT does not only consist in the prohibition of any discrimination concerning the freedom

⁶ Directive 85/443/EEC which will be modified and replaced by 20th October 2007 through directive 2005/36/EC.

⁷ Concerning a possible restriction of the application of Art.43 ECT through Art.47 III ECT see Streinz/Herrmann, *Das apothekenrechtliche Mehr- und Fremdbesitzverbot* – EuZW 2006, 455, 456.

of establishment but also rejects any restriction on the freedom as contained in the treaty.⁸

The German pharmacy code does not allow certain legal forms to operate pharmacies in Germany, thereby blocking the access to foreign companies that do not fulfil the conditions laid out in § 8 of the German law on pharmacies. This provision can not be qualified as simply fixing modalities for the establishment procedures as the market access is completely denied regarding certain legal forms.

The ECJ decided on several occasions⁹ that the prohibition of forming branches of a business in another member state presents a restriction to the freedom of establishment. Art. 52 ECT (now Art. 43 ECT) must be regarded as a “specific statement of a general principle [...] according to which the right of establishment includes the freedom to set up and maintain, subject to the observance of the professional rules of conduct, more than one place of work within the community”.¹⁰

Also in 2005 the court had to decide on a similar question. The so called optician case¹¹ in which the ECJ classified a Greek law, regulating the choice of the legal form for optician shops, as a restriction to the freedom of establishment.

As announced in a press release also the European Commission¹² is of the opinion that such provisions restricting the choice of legal forms for operating pharmacies present a restriction to Art. 43 ECT, by taking Italy to the court of Justice and calling upon Spain

⁸ ECJ judgment of 31.03.1993, C-19/92, Kraus, ECR 1993, I-1663 para Nr.32; ECJ judgment of 30.11.1994, 55/94, Gebhard, ECR 1995, I-4165 para.3; ECJ judgment of 17.10.2002, C-79/01, Payroll, ECR 2002, I-8923 para.26.

⁹ ECJ judgment of 12.07.1984, 107/83, Klopp, ECR 1984, 2971 para. 19; ECJ judgment of 30.04.1986, 95/85, ECJ judgment of 16.06.1992, C-351/90, commission v Luxemburg, ECR 1992, I-3945 para.11.

¹⁰ Principle developed in ECJ judgment of 12.07.1984, 107/83, Klopp, ECR 1984, 2971 para. 19 concerning the French denial to exercise the profession as a lawyer in France and at the same time in Germany.

¹¹ ECJ judgment of 21.04.2005, C-140/03, Commission v Greece.

¹² IP/06/858, Brussels 28.06.2006.

and Austria to modify their national legislation concerning comparable restrictions.

Considering the jurisdiction of the ECJ and the effect of the German law creating a total ban on market access for those companies, the provisions of the German law on pharmacies restrict the freedom of establishment.

2.3. Justification of the Restriction

In order to justify a restriction to the market freedoms the ECJ established certain requirements as part of its permanent jurisdiction¹³. According to this jurisdiction the restrictions “must be applied in a non-discriminative manner, they must be justified by imperative requirements in the general interest; they must be suitable for securing the attainment of the objective which they pursue; and they must not go beyond what is necessary in order to attain it.”

The restriction of the ApoG applies to citizens from the member states but also to German citizens and is therefore non-discriminative.

2.3.1. Objective of the German Law on Pharmacies

According to the judgment of the federal constitutional court in Germany the restriction of the choice of legal forms in the German law on pharmacy aims at securing the qualitatively correct supply of the German population with pharmaceutical goods.¹⁴ This aim is part of the general interest of securing the public health, which has been accepted by the ECJ as one of the mandatory interests serving as a basis to justify restrictions. According to the ECJ it is up to the member states to determine, within the limits imposed by the Treaty, what degree of protection they intend to ensure as far as the measures taken are necessary to attain this aim.¹⁵

¹³ ECJ judgment of 30.11.1994, C-55/94, Gebhard, ECR 1995, I-4165 para.3; ECJ judgment of 21.04.2005, C-140/03, Commission v Greece, ECR 2005, I-3177 para.34.

¹⁴ §1 I ApoG; BVerfGE 17, 232, 238.

¹⁵ ECJ judgment of 10 November 1994, C-320/93, Ortscheit, ECR 1994, I-5243 para.16.

2.3.2. The Proportionality

The German legislating force acts with the conviction that pharmaceutical goods are a special category of goods as they are part of the medical treatment of diseases, striving for reduction of pain and general recovering. Considering the direct impact of pharmaceutical goods on the body of the customer the usage of such products bears non negligible risks of deterioration of the health in case of wrong treatment, overdose and wilful abuse. It is therefore necessary to entrust only the fully qualified and through personal operating fully liable pharmacist with the task of deliberation and supply of the customer with the appropriate pharmaceutical product.¹⁶

This reasoning necessitates the restriction to operate a pharmacy in specific legal forms in which any person concerned with the supply has to be a pharmacist and directly liable. Any employee not directly liable to the customer creates the risk of a lack of responsibility for the deliberation.¹⁷ As in the case of joint-stock companies as well as companies limited by shares a direct liability is not given for all shareholders, they are consequently not suitable to serve as a legal form for running pharmacies.

Considering the above said the German law on pharmacies presents an appropriate mean for attaining this aim.

The question is whether it can also be considered as necessary.

It can easily be argued that the quality of pharmaceutical supply is not exclusively linked to the legal form in which the pharmacy is run but rather dependant on the professionalism of the employees. Taking into consideration that the German system already allows a certain absence of the possessing pharmacist when it accepts to run up to four pharmacies at the same time in which the

¹⁶ BR-Drucks. 8/3554, S.15; BR-Drucks. 12/7618, S.1; This model of the pharmacist operating his own pharmacy is also common in several member states of the EU, see the overview in Ress/Ukrow, *Niederlassungsrecht von Apotheken in Europa*, 1991, S.144f.

¹⁷ Friauf, *Das apothekenrechtliche Verbot des Fremd- und Mehrbesitzes*, 1992, 59f.

leading pharmacist only has to guarantee that in all branches a fully graduated pharmacist is employed according to § 2 V ApoG it can not be convincingly argued anymore that the pharmacist has always to be personally present in the pharmacy.¹⁸

Concerning the legal form it seems therefore also sufficient to simply employ a pharmacist.

The discussion can moreover be enriched by the comparison to the decision of the ECJ in regard to the Greek legislation concerning opticians. The Judges in Luxemburg did not accept a prohibition of joint stock companies and companies limited by shares. As to their opinion the public health is not menaced by the acceptance of such legal forms. The attainment of the aim to secure the public health can be guaranteed by less heavy restrictions, as through the obligation to employ an optician, and providing for new liability schemes such as professional liability and third person liability.¹⁹ The comparison between the optician and the pharmacists is to some authors nonetheless not absolutely convincing. The science based counselation of a pharmacy customer has according to their opinion far more impact on the health condition of this person as the question which glasses he is going to wear, whether expensive or not. The optician case seems to raise questions of aesthetics rather than health.²⁰ As inappropriate glasses offered for economic reasons can cause serious eye damages the comparison between the optician and the pharmacist seems perfectly pertinent.

Nevertheless there is one last argument which might render the provision necessary. It has been argued that the separation of the pharmacy in an economic and pharmaceutical guiding would lead to a higher risk of non pharmaceutical influence on the question of products and advertisement. Financially orientated compa-

¹⁸ Of the same opinion: Streinz/ Herrmann, Und wieder Doc Morris: Das apothekenrechtliche Mehr- und Fremdbesitzverbot aus der Perspektive des Gemeinschaftsrechts in *EuZW* 2006, 455, 458.

¹⁹ ECJ judgment of 21.04.2005, C-140/03, *Commission v Greece*, ECR 2005, I-3177 para.35.

²⁰ Martini, Doc.Morris ante portas – zu Risiken und Nebenwirkungen der Niederlassungsfreiheit in *DVBl* 2007, 10, 14.

nies do statistically pay more attention to short term developments which is in the scope of medical treatment a great risk.²¹

This conflict of interest is on the other hand no problem specifically confined to limited companies. It is rather a problem that also the pharmacist personally operating his pharmacy is confronted with.²² The restriction of freedom of choice of the legal form is therefore not suitable to achieve this specific aim of inhibiting the conflict of economic and scientific interests. This risk can furthermore be limited as there are multiple ways to ensure the quality of deliberation and supply with pharmaceutical goods. Any company can be structured in order to maintain a decisive influence of a pharmacist on the selection of traded goods and ways of deliberation.

As a result it can be stated that there might be ways to guarantee a certain level of appropriate guiding of a pharmacy even in case the pharmacy is run by a joint stock company or a company limited by shares. The minimal risk of a danger for the public health is probably not convincing enough to persuade the ECJ to limit the freedom of establishment one of the fundamental market freedoms of the European Community.

The prohibition of possession of a pharmacy for certain legal forms in the generality of the German pharmacy code exceeds the necessary measures and thereby violates Art. 43 ECT. A complete abolition without new regulations on the shape of the public limited companies and companies limited by shares and liability schemes for employees would on the other hand not guarantee the target of ensuring the public health. The German legislator has to take appropriate steps to conform to the community law while at the same time ensuring the public health by provisions within the limit of Art. 43 ECT.

²¹ Martini (fn.20) 15.

²² Martini (fn.20) 15, also recognizes this fact but tries to argue in the following that it is not the conflict between economic and scientific interests but the simple professional independence and freedom from direction that makes the provision necessary. In order to hamper the aforesaid conflict he nonetheless also opts for regulations structuring limited companies in order to guarantee the influence of a fully educated pharmacist.

3. Obligation of National Administrations to Overrule National Law According to European Law

The administration is confronted with a delicate situation. On the one hand it is obliged to apply the German law on the other hand it has to examine its conformity with European law, which is also part of the law that the administration is bound to.²³ In the case at hand the non-conformity with European law is not evident but debatable and the administration is not equipped with means to receive a binding decision neither from the federal constitutional court in Germany, as it has no jurisdiction on European norms, nor from the ECJ, as the European law does not provide for a procedure comparable to Art. 234 ECT for the administration. The case thus raises the question of how the national authority, more precisely the ministry for justice, health and social affairs of the Saarland, had to cope with the problem and whether it was competent or even obliged to abide by European law and to overrule its own national legislation.

Concerning the conflict between German law and the German constitution the same question arose many years ago.²⁴ The competence of the administration not to apply German law, being, according to their opinion, presumably in violation of the constitution, was only accepted by the most audacious authors in case a decision of the federal constitutional court can not be received through the long norm control procedure without violating public interests or individual rights as well as in case the violation of the constitution is apparent.²⁵

²³ This duty is deduced from the general principle of the rule of law as laid down explicitly in Art. 20 III GG and Art. 1 III GG for the fundamental rights (principle of legal security). Through the incorporation of the European law into the German legal system according to Art. 23 I GG in combination with a transformation law the European law becomes part of the body of norms by which the administration has to abide.

²⁴ Bachof, *Die Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der Verwaltung gegenüber dem verfassungswidrigen und bundesrechtswidrigen Gesetz* in AöR 87, 1962, 1ff; Ossenbühl, *Normenkontrolle durch die Verwaltung* in DV 1969, 392, 406 ff; for a general overview on the different opinions Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 12. Auflage 1999, §4, Rn.46.

²⁵ Bachof (fn.23), S.45; Scheuing, *Rechtsprobleme bei der Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts in der Bundesrepublik Deutschland* in EuR 1985, 252f.

In the following the main focus of the analysis will be the situation under European law, because, as we will see, also from this point of view the national perspective has to be taken into account in order to assert or reject the obligation of the national administration to overrule national law.

3.1. Arguments in Favour of Such an Obligation

There is no provision in European law stating explicitly the competence or duty of the national administration to overrule national law.

This duty is rather a deduction from the combination of several principles of the European law²⁶ as the principle of supremacy, the direct effect of European law, the principle of effectiveness as well as the unity of European law.

3.1.1. Direct Effect of European Law

According to the ECJ European norms can have direct effect in the member states when they are unconditional, clear and unambiguous and whose operation is not dependant on further action being taken by Community or national authorities.²⁷ This doctrine is valid for the primary law as well as for directives in case they have not been transposed in due time.²⁸

3.1.2. Supremacy of European Law

The supremacy of the European law stems from Art. 10 ECT and Art. 249 ECT together with the general character of the European Union as an independent legal order striving for effectiveness.

Regardless of the different opinions whether the supremacy is only a prevalence of application or a prevalence of factual effect making conflicting law null and void, supremacy means that the European law always has priority in regard to conflicting national

²⁶ Part of the primary European law are not only the treaty itself and the general principles of European law but also the fundamental principles and structures creating and securing the specific European legal order. To this Streinz, *Europarecht*, 7. Auflage 2005, 141.

²⁷ ECJ judgment of 05.02.1963, 26/62, van Gend&Loos, ECR 1963, 3, 25.

²⁸ ECJ judgment of 19.01.1982, 8/81, Bekker, ECR 1982, 53; ECJ judgment of 26.02.1986, 152/84, Marshall/Southampton, ECR 1986, I-723 para.46.

legislation.²⁹ The supremacy is, at the time being, part of the permanent jurisdiction of the ECJ³⁰ and generally accepted by the member states.

The direct effect and the supremacy oblige the member states to give effect to European law in their own legal order regardless of the character of the norm with which the European provision conflicts. Nevertheless this conclusion does not lead automatically to the obligation of the national administration to overrule national law, as it would be sufficient to leave the application to the national courts.³¹

3.1.3. The principle of Effectiveness

This principle is a part of the supremacy of the European law and can therefore also be deduced from article 10 ECT. As a general approach it can be said the ECJ refers to this principle whenever the enforcement of European law is at stake.

It has been applied in cases concerning the recovery of amounts unduly paid under community law but also in cases in which the application of European norms were delayed by the member states.³² Conferred to the problem at hand the principle can only be respected by obliging also the administration to apply European law as only through this obligation a fast enforcement without delay is guaranteed. Especially for regulations, that do of-

²⁹ Streinz, (fn26), 75ff giving a short overview on the existing opinions concerning this question; for the European perspective ECJ judgment of 15.07.1964, 6/64, Costa/ENEL, ECR 1964, 1251 para.3.

³⁰ ECJ judgment of 09.03.1978, 106/77, Simmenthal II, ECR 1978, 629 para.17 et seq.; ECJ judgment of 22.10.1998, C-10/97, In.CO.GE.'90, ECR 1998, I-6307 para.10 et seq.;

³¹ Hutka, *Gemeinschaftsrechtsbezogene Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der deutschen Verwaltung gegenüber Rechtsnormen nach europäischem Gemeinschaftsrecht und nach deutschem Recht*, 1997, 105.

³² ECJ judgment of 21.09.1983, 205-215/1982, Deutsche Milchkontor/ Bundesrepublik Deutschland, ECR 1983, 2633, 2665 "that in the absence of provisions of community law disputes concerning the recovery of amounts unduly paid under community law must be decided by national courts pursuant to their own national law subject to the limits imposed by community law inasmuch as the rules and procedures laid down by national law must not have the effect of making it virtually impossible to implement community regulations"; ECJ judgment of 10.07.1990, C-217/88, Commission v Federal Republic of Germany, ECR 1990, 2879, 2906 concerning the delayed enforcement of administrative acts through the German administration.

ten not provide for individual rights, the only possible procedural means of the treaty, the treaty violation procedure leading to their enforcement, could be shortened by simply obliging the administration to overrule the national law.³³

3.1.4. Principle of Unity of European Law

The obligation to overrule national law can also be supported by the argument of the unity of European law. National administrations have to overrule national law in order to guarantee the same legal situation in all member states, without referring to long lasting court procedures. Thereby the unity of the legal situation in all member states can be achieved on the fast track.

3.1.5. Position of the ECJ

As we have seen the duty to refrain from applying national law conflicting with European law can be based on several arguments.

The ECJ however, having already developed the absolute binding effect of directly applicable European law for the national courts³⁴, drew the same conclusion that all national organs including the administration are obliged to apply European law without referring to Art. 10 ECT or one of the principles mentioned above.

The court stated "when the conditions under which the court has held that individuals may rely on the provisions of a directive before the national courts are met, all organs of the administration, including the decentralised authorities such as municipalities, are obliged to apply those provisions".³⁵

³³ Hutka (fn.31), 106; Pietzcker, Zur Nichtanwendung europarechtswidriger Gesetze seitens der Verwaltung in Festschrift für Ulrich Everling, 1995, 1095, 1106.

³⁴ ECJ judgment of 09.03.1978, 106/77, Simmenthal, ECR 1978, 629 para. 21 et seq..

³⁵ ECJ judgment of 22.06.1989, 103/88, Costanzo, ECR 1989, I-1839 para.30; in the same direction two cases concerning the non-application of a directive, see ECJ judgment of 11.08.1995, C-431/92, Commission v Federal Republic of Germany, ECR 1995, I-2189, para.5; ECJ judgment of 07.07.1981, 158/80, REWE/HZA Kiel, ECR 1981, I-1805 para.4.

This duty is also given in case of a conflict between European primary law and conflicting national law as the court decided in the *Celio* case.³⁶

As a conclusion the ECJ is convinced of the duty of the administration to overrule national law and also an analysis of the European law leads us to the same conclusion. The question is whether the European law also presents arguments restraining the obligation.

3.2. Arguments Restraining the Competence

Among several arguments³⁷ that could be taken into account there is to my opinion only the principle of community loyalty that might have an effect on our question.

3.2.1. Principle of Community Loyalty

The strong intertwining of the legal orders of the member states and the European union demands a system of mutual respect. Several provisions of the treaty do provide for or imply specific duties of the community and their organs regarding the member states.³⁸ One key provision is again Art. 10 ECT. The ECJ held in a judgment of 1986³⁹ that Art. 10 (at this time Art. 5 EEC) "is itself only the expression of the more general rule imposing on members states and the community institutions mutual duties of genuine co-operation and assistance".

Art. 10 ECT and the judgments of the ECJ together with the provisions providing for specific duties of the EU regarding the

³⁶ ECJ judgment of 29.04.1999, C-224/97, Erich Ciola/Land Vorarlberg, ECR 1999, I-2517 para.22 et seq..

³⁷ see for other arguments Hutka (fn.31), 225ff, who analyses the principles of proportionality, subsidiarity and legal security concluding that none of them restrains the obligation to overrule national law; Jamrath, Normenkontrolle der Verwaltung und Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1993, 105ff.

³⁸ e.g. Art. 5 ECT, also Art. 6 III TEU provides for the obligation of the EU to respect the national identity of the member states, for more Jamrath (fn.36), 108.

³⁹ ECJ judgment of 15.01.1986, 44/84, Hurd/Jones, ECR 1986, 29 para.38; this approach was later confirmed in other cases such as ECJ judgment of 10.07.1990, C-217/88, *Commission v federal republic of Germany*; ECJ judgment of 02.02.1989, 94/87, *Commission v Federal Republic of Germany*, ECR 1989, 175 para.9.

member states are acknowledged as a sufficient basis to accept the community loyalty as a relevant legal argument.⁴⁰

The exact scope of this principle is nonetheless unclear. It serves the purpose that neither the member states nor the EU have to deviate from their essential legal principles in order to conform to the other legal order. The integration shall therefore not lead to the situation that a member state has to act directly against those principles being the fundamental pillars of its own system.⁴¹

But not every minor change in the constitutional system leads to the violation of the principle of community loyalty, as this would make the legal order of the EU as such impossible. As the ECJ has held on several occasions it is no valid defence of the member states against the obligation to implement European law to simply refer to conflicting national law (regardless of whether it is of procedural or substantive nature).⁴² Only in case of an absolute impossibility of implementation, the ECJ could accept the non implementation of a European norm.⁴³ Considering this position of the ECJ the principle of community loyalty can only apply in case a severe and grave violation of fundamental constitutional principles of a member state arises and makes the application impossible.⁴⁴ Only then the restriction of the supremacy and direct effect can be justified.

In order to see if this is the case we have to examine the question whether the obligation of the administration to overrule national law does gravely violate fundamental pillars of the German state.

⁴⁰ Jamrath (fn.36), 106.

⁴¹ Jamrath (fn.36), 109; Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union – Kommentar*, Bd.I, Rn.79f zu Art. 10 ECT.

⁴² ECJ judgment of 03.10.1984, 254/83, *commission v Italian Republic*, ECR 1984, 3395 para.4; see for more references Grabitz/Hilf (fn.41), Rn.81 zu Art. 10 ECT;

⁴³ ECJ judgment of 02.02.1989, 94/87, *commission v Federal Republic of Germany*, ECR 1989, 175 para.9.

⁴⁴ Grabitz/Hilf (fn.41), Rn.82 zu Art. 10 ECT.

Among those fundamental principles are those that are protected by the German constitution in Art. 79 III GG⁴⁵, of which I will present only those that are relevant for the case at hand.

3.2.2. Violation of Fundamental Constitutional Principles of the German Legal System

3.2.2.1. Division of Powers According to Art. 20 II 2 GG.

The principle of division of power has been classified by the federal constitutional court as one of the fundamental principles of the German state.⁴⁶ It does not foresee an exact way of distributing power. The core of this principle is the separation of legislation, executive and judiciary. The three powers have to keep their typical tasks and no power should gain an absolute overweight. This principle normally gains importance concerning problems for which substantiating norms are not existent in the German constitution.

The principle is not understood as a clear and definite separation of power but rather as the intertwining of them. Its objective is to guarantee a certain balance between the institutions in order to avoid monopolisation of powers and abuse of power, thereby ensuring the limits of the states powers and as a correlate the freedom of the individual⁴⁷

Starting from an understanding of Art. 20 II 2 as a principle striving for a certain balance between the powers, it has been argued, that a violation is only given in case the core of the competence of one of the powers is touched and restrained.⁴⁸ Even in

⁴⁵ Here it has to be noticed that the analysis of the question at hand from a national perspective would lead to the same approach. The integration into the European Union is determined by Art. 23 I GG. This article directly refers to Art. 79 III for those fundamental principles that should not be violated by the EU. The federal constitutional court said "Art. 24 GG (now Art. 23 I) limits the possibilities, as any change in the treaty is according to this article unacceptable that breaks the fundamental principle of the German constitution and thereby annihilates the identity of the German state" in BVerfGE, 37, 271, 279; 73, 339, 375 et seq; Hutka (fn.31), 246ff.

⁴⁶ BVerfGE, 3, 225, 247; 67, 100, 130.

⁴⁷ Jarass/Pieroth, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland – Kommentar, Rn.23 zu Art.20 GG; BVerfGE, 9, 268, 279f; 67, 100, 130;

⁴⁸ BVerfGE 3, 225, 247; 7, 183, 188; Schmidt-Aßmann, Handbuch des Staatsrechts Bd.I, 1987, §24, Rn.56; Jamrath (fn.36) S.42;

spite of an administrative obligation to overrule national law the German legislator keeps its competence to enact norms as well as its control rights concerning the executive.⁴⁹ The obligation to overrule national law does not touch the general competence of the German legislator to create legal norms.⁵⁰

Nevertheless it can not be denied that the administration receives new competences not matching their initial role to simply apply the law. The question is whether the administration obtains too much power through this shift.

Here the effect of the obligation has to be considered and to be brought into accordance with the objective of the principle of division of powers. In fact the administration simply obtains the right to control the legislation concerning conflicts with European law. The legislation is held to omit any measure jeopardizing the effect of the European law as stated in Art. 10 ECT, through Art. 23 I GG part of the German legal system. From this point of view the administration is simply a servant of the European institutions, that already have the power to control the acts of the German legislator. The administration is therefore not obtaining any control rights over the German legislator that did not exist before. Moreover the administration itself is controlled by the judiciary as legal proceedings before the courts are always possible according to Art. 19 IV German constitution. With the possibility of the preliminary ruling, judicial procedures will in complex cases finally end up with the ECJ. The administration only receives a right that was already taken from the legislation and its decisions can be subject of following judicial procedures. It can thus not be argued that the administration receives rights that exceed the tolerable threshold for the balance of powers.

⁴⁹ Hutka (fn.31), S.146 with further references;

⁵⁰ It is more a question of the binding effect of the German legislative acts for the administration and thus a question of the principle of legality, obliging the administration to apply the German law. But legality means in the context of the European integration and Art. 23 I GG also that the administration is bound by European norms. The principle therefore provides for the duty to abide by German as well as European norms. It does hence neither support nor reject the acceptance of an administrative obligation to overrule national law.

Resuming that the principle of division of powers has no definite shape and that it generally accepts changes in allowing the integration into the EU according to Art. 23 I GG, through which it is accepted that European law is incorporated in the German legal system in order to enable the functioning of the EU we have to conclude that there might be a shifting towards the administration but a severe violation is not given. The obligation to overrule national law in case of a conflict rather presents a furthering of the intertwining of the institutions on a national as well as European plain.

3.2.2.2. Principal of Legal Security

This principle is part of the rule of law embodied in Art. 20 III GG. According to this principle the law has to be a reliable source for the individual.⁵¹ The individual should have the possibility to predict which norms will be applied in specific situations, the so called predictability of legal decisions.

For the case at hand it has been argued that a legal chaos will arise from the administrative competence to overrule national law so that the principal of legal security is not respected.⁵² The administration does not dispose of a procedure comparable to Art. 234 ECT and can therefore not obtain a binding decision on the subject matter. Therefore each administrative body has to decide autonomously how to solve a conflict between two legal orders. This choice is not in respect with the principle of legal security, as the predictability and calculability of the acts of the state is not given.⁵³ The unpredictability is aggravated by the fact that the administration, especially on the lower level, is not yet in the position to correctly deal with conflicts between European and German norms as they simply lack the knowledge.⁵⁴

⁵¹ Dreier, Grundgesetz Kommentar, Band II, Rn. 134 zu Art. 20 (Rechtsstaat).

⁵² Pietzcker, (fn. 33), 1095, 1103; Hutka (fn. 31), 123 with further references.

⁵³ Pagenkopf, Zum Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf nationales Wirtschaftsverwaltungsrecht in NVwZ 1993, 216, 223; Schmidt-Aßmann (fn. 52), 932.

⁵⁴ Schmidt-Aßmann, Deutsches und Europäisches Verwaltungsrecht in DVBl 1993, 924, 932.

Those arguments do in the first place only apply in cases that were not subject of a previous decision of the ECJ, making any administrative act a mere repetition of already existing legal rules⁵⁵, presenting therefore no violation to the principle of legal security.

This is the reason for the advocate general in the opinion concerning the *Costanzo* case to propose a differentiation in a way, that the administration has always the right to ignore the national law, whereas a duty only exists in case of a conflict between national law and regulations or directives, of which the direct applicability was already stated by the ECJ or national courts.⁵⁶ He therefore also shows a certain reluctance to state an absolute duty. To his opinion there is no obligation to overrule the national law as long as the direct applicability of a provision was not established by the ECJ.

In its judgment in the *Costanzo* case the ECJ has neither explicitly agreed to nor rejected the opinion of the advocate general. The judgment nevertheless implies that the ECJ asks for a general obligation to overrule national without exceptions. The judgment says "when the conditions under which the court has held that individuals may rely on the provisions of a directive before the national courts are met, all organs of the administration, including the decentralised authorities such as municipalities, are obliged to apply those provisions".⁵⁷

The ECJ does not limit the obligation to previous court decisions but simply to the fulfilment of the conditions for the direct applicability. Although stated in a case concerning a directive this expression can in its generality be conferred also to cases concerning the direct effect of the primary law.

⁵⁵ decisions on collisions between European and national law are mostly rendered in preliminary rulings. Although these decisions do only bind the national court that formulated the legal question, the decisions practically have effect erga omnes, see for this Jamrath (fn. 37), 119 with further references.

⁵⁶ Opinion of the advocate general of 25.04.1989, 103/88, *Costanzo*, ECR 1989, I-1839 para. 35 et seq.

⁵⁷ ECJ judgment of 22.06.1989, 103/88, *Costanzo*, ECR 1989, I-1839 para.30.

The question is thus whether the obligation to overrule national law in cases of a collision on which no court decision exists is in consistence with the principle of legal security.

Through the integration into the European legal system, the German legal order has already accepted violations to other principles that form part of the rule of law such as the protection of legitimate expectations, as for example through the possibility to recover public grants although the national delay was already expired.⁵⁸ Taking into consideration that the acts of the administration are submitted to judicial control the violation in the case at hand is less intense, as any damage to the individual concerned is not irreversible.

As a final argument the danger of a legal chaos can be limited through administrative regulations providing for a procedural system how to cope with possible collisions leading to the superior in the administrative hierarchy.⁵⁹ Thereby the possible different opinions can be limited. Such coordinative measures would reduce the violation of the principle to a degree, that can not be estimated anymore as a severe violation of the principle of legal security. One might even argue that the member states are obliged to establish such rules under Art. 10 ECT in order not to jeopardize the effectiveness of the European legal order.

A severe and grave violation of the principle of legal security can not be stated.

4. Result

German fundamental principles are respected or more precise not severely violated by the obligation of the administration to overrule national law. Such an obligation is therefore from a European as well as German perspective to be classified as legal. The obligation exists in case of collisions between national law and directly applicable European law regardless of its specific legal form.

⁵⁸ ECJ judgment of 20.09.1990, C-5/89, *commission v Federal Republic of Germany*, ECR 1990, 3437, 3457.

⁵⁹ Hutka (fn) 125.

In order to protect the principle of legal security new procedures should be developed harmonizing the administrative decision-making in case of conflicts. The highest administrative court concerned in the case at hand did therefore correctly maintain the permission for Doc Morris to run the pharmacy in Germany.

PRIVATE INTERNATIONAL LAW: THE EUROPEAN REFORM PROJECTS

Prof. Dr. Heinrich DÖRNER*

I. Introduction

The Amsterdam Treaty¹ that was signed by the members of the European Community on October 2, 1997 for the first time provided the legal basis for judicial cooperation in civil matters having cross-border implications between the member states according to article 61 letter c) of the EC Treaty. Article 65 letter b) allows the creation of a private international law common to all member states in so far as necessary for the proper functioning of the internal market.

The Community immediately made use of this new authority by adopting several council regulations on conflict of jurisdictions and on the recognition and enforcement of decisions in civil and commercial cases. The next wave of regulations will concern rules of private international law. The envisaged regulations are in different stages of realisation. They comprise

- a regulation on the law applicable to non-contractual obligations (the so-called Rome II regulation) which has been adopted by the European Parliament on July 11, 2007 and will enter into force on January 11, 2009;²

* University of Münster.

¹ Official Journal of the European Union (OJ) L 184/23 of 17 July 1999.

² OJ. L 199/40 of 31 July 2007; cf. last G. Wagner, Internationales Deliktsrecht, die Arbeiten an der Rom II-Verordnung und der Europäische Deliktgerichtsstand, IPRax 2006, 372 ff.; von Hein, Die Kodifikation des europäischen IPR der außervertraglichen Schuldverhältnisse vor dem Abschluß?, Versicherungsrecht 2007, 440 ff.

- a proposal for a regulation on the law applicable to contractual obligations of December 15, 2005, the so-called Rome I regulation;³

- a proposal for a regulation on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations of December 15, 2005,⁴

- a proposal amending Regulation (EC) No 2201/2003 as regards jurisdiction and introducing rules concerning applicable law in matrimonial matters of July 17, 2006,⁵

- a Green paper on "Succession and Wills" of March 1, 2005⁶ and

- a Green paper on conflict of laws in matters concerning matrimonial property regimes, including the question of jurisdiction and mutual recognition of July 17, 2006.⁷

³ COM(2005) 650 (final). – The discussion is vivid, cf. only Mankowski, *Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung*, IPRax 2006, 191 ff.; Leible, *Internationales Vertragsrecht, die Arbeiten an einer Rom I-Verordnung und der Europäische Vertragsgerichtsstand*, IPRax 2006, 365 ff. Bitterich, *Kollisionsrechtliche Absicherung gemeinschaftsrechtlicher Standards im Bereich des Verbraucherschutzes: Der Vorschlag für eine Rom I-Verordnung*, *Recht der internationalen Wirtschaft* 2006, 262;.

⁴ COM(2005) 649 (final). – See for further information: Dörner, *Der Vorschlag für eine europäische Verordnung zum Internationalen Unterhalts- und Unterhaltsverfahrensrecht*, in: *Festschrift für Koresuke Yamauchi* (2006) 81 ff.; idem, *Vorschlag für eine Unterhaltspflichtenverordnung – Vorsicht bei Gebrauch der deutschen Fassung!*, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* (IPRax) 2006, 550; Looschelders/Boos, *Das grenzüberschreitende Unterhaltsrecht in der internationalen und europäischen Entwicklung*, *FamRZ* 2006, 383; Boele-Woelki/ Mom, *Europäisierung des Unterhaltsrechts – Vereinheitlichung des Kollisionsrechts und Angleichung des materiellen Rechts*, in: *Familie, Partnerschaft, Recht* (FPR) 2006, 232 ff.; Linke, *Die Europäisierung des Unterhaltsverfahrensrechts*, *FPR* 2006, 237 ff.; K. Gebauer, *Vollstreckung von Unterhaltstiteln nach der EuVTVO und der geplanten Unterhaltsverordnung*, *FPR* 2006, 252 ff.

⁵ COM(2006) 399; cf. Rüberg, *Auf dem Weg zu einem europäischen Scheidungskollisionsrecht* (2005)

⁶ COM(2005) 65 (final). – See for further information: Blum, *Das Grünbuch der Europäischen Kommission zum internationalen Erbrecht*, *ZErB* 2005, 170 ff.; Dörner, *Das Grünbuch „Erb- und Testamentsrecht“ der Europäischen Kommission*, *Zeitschrift für Erbrecht und Vermögensnachfolge* 2005, 137; Jud, *Rechtswahl im Erbrecht: Das Grünbuch der Europäischen Kommission zum Erb- und Testamentsrecht*, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht* 2005, 133 ff.; Lehmann, *Internationale Reaktionen auf das Grünbuch zum Erb- und Testamentsrecht*, IPRax 2006, 204 ff.; Stumpf, *Europäisierung des Erbrechts: Das Grünbuch zum Erb- und Testamentsrecht*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (EuZW) 2006, 587 ff.

This contribution compares the existing rules of the Turkish conflict of laws (which are laid down at present still in the Act No 2675 on Private International Law of the 20th of May 1982⁸) with the forthcoming European concepts and demonstrates the differences in some crucial issues. It will concentrate on the three first proposals mentioned: on Rome I, Rome II and the proposal on maintenance obligations.

The law designated by all three proposals shall apply whether or not it is the law of a Member State or the law of a non-Member state. So, from the point of view of European private international law, there are no special rules with regard to private law conflicts between European Member states (e.g. Germany and France) and between Member States and non Member States (e.g. between Germany and Switzerland or Turkey).

II. International Contracts Law

1. The Turkish international contracts law in Art 24 of the mentioned Act primarily focuses on the idea of party autonomy (applicable is the law on which the contracting parties explicitly have agreed on).

In the absence of an agreement, Article 24 refers to the place where the obligation is to be performed, in case of several performances to that place where the most important performance has to be fulfilled, and in case that such a place cannot be determined the law of that place has to be applied to which the contract has its most closest connection. These rules apply to all types of contracts.

The place of performance, however, is a rather traditional connective factor to objectively determine the applicable law. It is doubtful whether it is suited to define the centre of gravity of a contractual obligation in times where international contracts are

⁷ Com(2006) 400 (final).

⁸ In German language: Krüger, Das türkische IPR-Gesetz von 1982, IPRax 1982, 252; ders, Neues internationales Privatrecht in der Türkei, Zeitschrift für Rechtsvergleichung 1982, 169; ders, Türkisches Internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht, Das Standesamt 1983, 49; Tekinalp, Der türkische "Gesetzentwurf über internationales Privat- und Zivilverfahrensrecht", Rabels Zeitschrift 1982, 26.

concluded and modified by phone or internet and transports of goods can be easily directed to change their destination when required also after conclusion of the contract.

2. The proposal for a European regulation (Rome I⁹) therefore has a different emphasis. The freedom of choice is kept as a starting point (Art. 3), this freedom, however, is not unrestrained as it covers neither consumer contracts nor individual employment contracts. Especially in the case of consumer contracts, that is, in the case of contracts between a natural person and a professional acting in the exercise of his trade or profession, the applicable law cannot simply be determined by choice of law.¹⁰ According to the proposal (Art. 5), these contracts generally should be governed by the law of the member state in which the consumer has his habitual residence, given the professional pursues a trade or profession in the same state or directs such activities to that Member State or to several States including that Member State. This rule should not apply if the habitual residence of the consumer was not known to the professional and this lack of knowledge was not due to negligence. The proposition aims at protecting the consumer without affecting the professional too much in drawing up its contracts,¹¹ but it has to be stressed that the preliminary version of this Art. 5 probably will be changed under pressure of the lobby of trade and industrie. What effects does the proposal would have in real life?

(1) A Turkish company based in Istanbul advertises in German newspapers (in German or Turkish language). A consumer with his habitual residence in Berlin (Kreuzberg) enters into a contract by phone or mail for which the company provides the applicability of Turkish law. This choice of law is inoperative because the company has directed its activities to the German market and therefore has to accept German consumer protection law. The consumer,

⁹ Cf. ref. 3.

¹⁰ Cf. Mankowski, Art. 5 des Vorschlags für eine Rom I-Verordnung – Revolution im Internationalen Verbrauchervertragsrecht?, *Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft* 2006, 120.

¹¹ Cf. Explanatory memorandum of the proposal, COM(2005) 650, p. 6.

who did not leave Germany, can rely in this case on domestic protection standards being valid.

(2) A German tourist enters in Istanbul into a contract with a Turkish company being active only in Turkey or an Armenian company based in Yerevan that pursues activities in Armenia as well as in Turkey. In both cases there is no connection to the habitual residence of the consumer. In both cases it is possible for the company to choose Turkish or Armenian or even a law of a third country. A "mobile" consumer is therefore not protected. If a consumer enters into a contract abroad, he has to be aware of the fact that a law (and a consumer protection law) different from that of his home state might apply.

(3) A Turkish company based in Istanbul offers its products on a webpage in German language. A consumer living in Germany orders by fax. Also in this case the company has directed its activities at least *also* to the German market. Thus, the company can not opt out of German law. But what happens, if the company claims that the habitual residence of the consumer is not known to the company or even that the consumer lied about his habitual residence? According to the Commission of the European communities a company has to collect information on the habitual residence of the consumer. However, if the consumer provides incorrect data, he loses the protection of his own domestic consumer law.¹²

3. If the contracting parties did not agree on the applicable law, the contract is governed by the law of the country in which the party who provide the performance characterising the contract has its habitual residence or principal place of business at the time of contract conclusion (article 4 of the proposal, compare article 18). Characteristic of a contract is that performance that distinguishes the contract from other types of contract, for example the delivery of goods or the provision of services. Characteristic is not the payment of money but the performance for which the payment is due.

¹² Cf. Explanatory memorandum of the proposal, COM(2005) 650, p. 7.

This rule is specified for different kinds of contracts in article 4 paragraph 1 of the proposal. Contracts of sale are governed by the law of the country in which the seller has his habitual residence, contracts for the provision of services are governed by the law of the country in which the service provider resides and contracts of carriage are governed by the law of the country in which the carrier resides. An exception form contracts of sale, lease or rent of land. These contracts are governed by the law of the country in which the property is located. If a characteristic service cannot be determined, the contracts are governed by the law of the country to which they are most closely connected.

Example: A Turkish company based in Istanbul enters into a contract with a German company, committing itself to deliver textiles or tobacco to Germany. Without having made a choice of law, according to the Turkish law being in force German law is applicable because the place of performance is in Germany. The characteristic performance, however, is provided by the Turkish seller. After the "Rome I" regulation has entered into force, from the European point of view, Turkish law will be applicable in this case.

III. International Tort Law

1. The Turkish International Private Law provides a simple rule for international tort law cases. According to article 25 of the mentioned act Nr. 2675 obligations arising from wrongful acts are adjudged in accordance with the law of the country in which the wrongful act took place. If the place where the tortious act had happened and the place where this act had caused a damage are located in different states, the law of that place will apply where the damage had occurred.

The future European international Tort law, in contrast, is much more complex concerning this issue. The „Rome II“ regulation¹³ is characterized by three major points.

¹³ Cf. ref. 2.

2. First of all the autonomy of the parties gains access to International Tort Law in article 14 paragraph 1 of the regulation. According to this rule, the parties of a dispute arising from a case of tort are free to submit their obligations to the law of their choice. Generally, such an agreement is only admissible *after* the conflict has arisen (letter a). Only if both parties exercise a commercial activity, they are free to agree on the applicable law *before* damage arises (letter b). This agreement has to be freely negotiated and must not be part of standard form contracts which are imposed by one party on the other. Even then there is an additional barrier for the choice of law. If all other elements of the situation – excepting the choice of law – are located in one country, the choice of the parties shall be without prejudice to the application of all mandatory provisions of that country (article 14 paragraph 2). The idea behind these proposals can again best be demonstrated by giving some examples:

(1) A German tourist books in Istanbul a bus tour through some Balkan countries offered by a Turkish bus company. They agree on Turkish law being applicable in case of tort liability. The bus driver indeed causes a traffic accident in Bulgaria; the German tourist is injured. In this case, the previous choice of Turkish law is inoperative.¹⁴⁾ However, the parties are free to agree on the applicability of Turkish law *after* the accident. Also for the German tourist this would be a favourable choice because when suing the bus company in a Turkish court the choice of Turkish law will speed up the conduct of the law suit.

(2) Second example: A Turkish export company repeatedly delivers technical equipment to a German company. The parties agreed in a framework contract on the applicability of Turkish law also in the case of non-contractual liability. If the Turkish seller

¹⁴ But cf. also Art. 4 paragraph 3 of the regulation (ref. 2): "(3). Where it is clear from all the circumstances of the case that the tort/delict is manifestly more closely connected with a country other than that indicated in paragraphs 1 or 2, the law of that other country shall apply. A manifestly closer connection with another country might be based in particular on a pre-existing relationship between the parties, such as a contract, that is closely connected with the tort/delict in question."

causes damage in Germany and the buyer files an action against him in a German court (which is very well possible), the German court will have to apply Turkish tort law. This is very important for the Turkish export firm because eventual claims for compensation can be estimated according to Turkish standards. A prerequisite is that the choice of law has been laid down in a freely negotiated agreement and was not part of the standard form contract of the Turkish company.

3. Second characteristic feature: Apart from the possibility to make a choice of law, the objective determination of the applicable tort law will stress the place where the damage occurred. According to article 4 paragraph 1 non-contractual obligations indeed are governed by the law of the country in which the damage actually occurs – and not the law of the country in which the event that caused the damage took place or in which the indirect consequences of the damage become apparent.

It is therefore not important where the unlawful act took place – the proposal reads where „the event giving rise to the damage occurred.” It is also not important where the victim has to spend money to compensate for the economic consequences of the damage – the proposal reads where “the indirect consequences of that event occur”. Important is, on the contrary, the place in which a legal interest (for example property, body, health) suffers a direct injury.

Example: A married couple drives by car from Germany to Greece. In a motorway restaurant in Austria the wife is served bad food. In Serbia the first signs of food poisoning became apparent; the lady is suffering from pain and fever. She is finally hospitalized in Greece, costs for doctor and hospital arise. A claim based in tort is in this case neither governed by Austrian law (where the damage was caused) nor by Greek law (where the indirect consequences of the act occurred, in this case the financial damage caused by personal injury). Rather, Serbian law is applicable because there the damage to body and health occurred.

However, the perspective changes in article 4 paragraph 2 in which the common habitual residence of both parties comes into focus. If both the person claimed to be liable and the person who suffered the damage have, at the time of the damage, their habitual residence in the same country, the non-contractual obligation is governed by the law of this country, irrespectively of where the damage occurred.

Example: If a German living in Berlin and a Turk living in Berlin are involved in a traffic accident in Istanbul and one sues the other in Berlin, the German court will apply German law and reach a fast decision based on the law which is more familiar to the court.

Now the act causing the damage is not any more in the centre of attention but, very pragmatically, the idea of an easier evaluation of the damage.

4. The proposal contains a third characteristic feature as it does not only include a general conflict of laws rule with regard to torts but also some exceptions for special cases of tort, for example for product liability (article 5 paragraph 1 letter a: law of the country in which the person sustaining the damage is habitually resident, if the product was marketed in this country), for unfair competition (article 6 paragraph 1: law of the country in which competitive relations or the collective interests of consumers are or are likely to be affected) or for environmental damage (article 7: law of the country in which the damage arises, unless the person seeking compensation for damage chooses to base his or her claim on the law of the country in which the event giving rise to the damage occurred).

IV. International maintenance obligations law

1. A third aspect which should be discussed here is the international maintenance obligations law. The practical importance of this field of law is increasing since international mobility is growing steadily while family ties are becoming more and more fragile. The international enforcement of maintenance obligations is, however, very difficult. It is therefore a step into the right direction that

the European commission has started to unify the conflict of laws and procedure rules in maintenance matters.

The Turkish private international law contains a special conflict of laws rule for maintenance obligations in Article 21 of the Act Nr. 2675, which provides that the law of the nationality of the debtor shall apply. In addition to that Turkey has acceded the Hague Convention on the Recognition and Enforcement of Decisions Relating to Maintenance Obligations of 1973,¹⁵ which will replace the national law. The new European rules¹⁶ in principle will follow the rules of this Convention.

This means that the determination of the applicable law on maintenance obligations follows an order of priority according to article 13 paragraph 1 of the proposal): Primarily, the maintenance obligations are governed by the law of the country in which the creditor (not the debtor) habitually resides (so it is not a question of nationality, but of habitual residence). If, by virtue of this law, the creditor is unable to obtain maintenance from the debtor, the law of the forum applies in second rank (Art. 13 paragraph 13 letter a). In these cases, questions of legal certainty and practicability become the focus of attention as the application of the law of the forum often allows resolving disputes in a simpler, faster and less expensive manner.

If the creditor is still unable to obtain maintenance according to the law of the forum and the maintenance obligation has close connections to the law of another country, he may still turn to the law of that country for help (Art. 13 paragraph 3). According to the regulation, this is particular the case if creditor and debtor have the same nationality. If such a connection can not be established and if neither the law of the habitual residence of the creditor nor the law of the forum support a maintenance claim, the creditor goes away empty-handed. These rules also apply for maintenance obligations after divorce or after annulment of a partnership.

¹⁵ In Germany: BGBl. 1986 II 837; BGBl. 1987 II 225.

¹⁶ Cf. ref. 4.

Examples:

(1) A Turk living in Berlin has a daughter that lives in Istanbul. If the daughter sues the father for maintenance in Berlin the court will have to apply Turkish law, because the law of the habitual residence of the creditor is applicable. The daughter thus receives maintenance according to the standard of living in the country of her habitual residence.

(2) Imagine the same Turk is sued by his sister living also in Berlin. According to German law (which shall apply as the law of the habitual residence of the creditor and as the law of the forum) he is not obliged to support his sister, since German law does not know a maintenance obligation between siblings. In this case, the court in Berlin would have to take into account also Turkish law since the maintenance obligation has a close connection to the law of the common nationality. And Turkish law, it seems, does know indeed such an obligation between brother and sister.

3. The European regulation again approves a choice of law within certain limits also in this context. Upon the creditor's request, the law of forum can apply instead of the law of the country in which the creditor has his habitual residence, if the country of the court is the country in which the *debtor* has his habitual residence (article 13 paragraph 2 letter b of the proposal).

For example: When the daughter living in Istanbul sues her father living in Berlin, she may opt for the applicability of German law. Of course, the creditor will only do so if the law of the habitual residence of the debtor (here: German law) is advantageous for him compared to his own law.

Furthermore, the choice of law shall be possible in two additional cases: If creditor and debtor agree on the applicable law *at the beginning of the law suit* or if they agreed at an earlier time point in a written document (Art. 14 lit. b of the proposal). In the second case, however, it is only possible to choose one of the following three possibilities:

- first, the law of their common nationality,

- second, the law of the country in which one or both parties habitually reside or,

- third, in the case of an obligation between two spouses or partners, the law applicable to their property relations at the time of designation.

These rules enables spouses who change their habitual residence regularly to fix the law applying in case of maintenance obligations or to coordinate the law applying to their property relations and their maintenance relations.

V. Conclusions

This overview shows that the European regulations currently prepared will change the private international law rules of many European countries in many important aspects.

First of all, the parties gain a choice of law in many areas. The idea of party autonomy in private international law in the law of most other member states becomes more important than ever before.

Second, the comparably simple rules of private international law will be replaced in some areas by much more complicated ones, for example within the international contract law and tort law.

Third, some legal questions will be separated form their usual systematic relations and will be governed by special rules – for example in the field of maintenance obligations.

**THE NEEDS OF TRANSPOSITION OF THE
DIRECTIVE 2005/29/EC OF MAY 11 2005
CONCERNING UNFAIR BUSINESS-TO-CONSUMER
COMMERCIAL PRACTICES IN THE INTERNAL
MARKETS OF FRANCE AND GERMANY**

Dr. Stephanie ROHLFING-DIJOUX*

SUMMARY

The directive concerning unfair business of May 11, 2005 was until now transposed neither in German nor in French law and the time of transposition will end on December 12, 2007. In the two countries, the discussion about this transposition is thus intensified.

The declared objective of the directive is to contribute to the realization of a high and uniform level of consumer protection on the scale of the European Union. It therefore aims at both the prohibition of the commercial practices considered as unfair and at the reinforcement of the consumer information. The directive also aims at carrying out a total harmonization and thus it lies in the 'acquis communautaire' and the common frame of reference.

Even if the European Union should reach the goal of a harmonization of the regulations of the law of unfair competition, the obstacles in the procedure will persist and will block the action of the national administrations in the international litigations.

In order to achieve the aim of a better cooperation, a new regulation on cooperation between national authorities responsible for the enforcement of consumer protection laws (n° 2004/2006) is applicable since the beginning of 2007.

* Université Paris X – Nanterre.

This formal co-operation is based on the obligation that each Member State of the Union must appoint or even create one or more controlling authorities.

The Member States have an obligation of co-operation. Each proper authority of a Member State must be responsive to the information requests and the investigations as well as to enforcement measures of the proper authorities of the other Member States.

As far as consumer protection is regarded studies show that consumers feel better protected in their country of origin than abroad, because they know the legal and economic environment better. However, the level of protection is similar in the majority of the Member States. Consumer protection is thus more a problem of information and consumer confidence than a problem of harmonization of the legal rules.

In order to improve consumer information on the individual market and also consumer rights abroad, the Commission set up a Community network of information that assists the consumers, the ECC – European Consumer Centres Network. Within the framework of this network, France and Germany have created a common centre in Kehl. This centre gathers the German and French centres and is the direct contact of the consumers that reside in France and Germany. It is also a contact institution for consumers of other countries of the European Union in case of a litigation with a business unit in France or Germany.

This centre of Kehl is currently the only binational structure of this type in the European Union and can thus be useful as a model of successful co-operation. In view of the divergent regulations in the two countries, the mutual exchange of experiences and information as well as the pragmatic approach to the challenges of consumer protection is a first step towards the aim of an effective co-operation for a better consumer service.

As far as unfair competition is regarded, the co-operation in the area of consumer service constitutes a clear example of a suc-

successful co-operation between France and Germany and therefore it is of particular interest for comparative legal research.

Introduction

Le sujet est d'actualité:

- D'abord parce que la directive sur les pratiques commerciales déloyales du 11 mai 2005 n'a été transposée, ni en droit allemand, ni en droit français et le délai de transposition expirera le 12 décembre 2007. Dans les deux pays, la discussion autour de cette transposition s'intensifient donc.

- Ensuite, parce que depuis début 2007, un nouveau règlement sur la coopération administrative entre Etats (n 2004/2006) en matière de protection des consommateurs est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2007.

- Enfin, parce que la coopération en matière de concurrence déloyale au service des consommateurs constitue un bel exemple de réussite de la coopération franco-allemande et présente donc un intérêt particulier pour la recherche juridique comparée franco-allemande.

Sans mettre l'accent dans cette intervention sur ce nouveau règlement de coopération administrative, je voudrais y revenir rapidement pour apporter quelques précisions puisqu'il a pour objectif de faciliter la mise en œuvre des dispositions nationales relatives à la concurrence déloyale dans la mesure où celles-ci visent la protection du consommateur et que la directive relative aux pratiques commerciales déloyales entre dans le champ de compétence du règlement.

Le sujet est traité en trois parties. La première partie concerne le règlement de coopération administrative, la deuxième partie traite des différences de conception dans la protection du consommateur entre d'une part, les législations nationales en vigueur en Allemagne et en France et d'autre part, la directive. La troisième partie présente les lacunes de protection dans les droits allemand et français.

I. La coopération administrative entre Etats membres en matière de protection du consommateur et en particulier la coopération franco-allemande

Même si on arrive à une harmonisation des règles matérielles du droit de la concurrence déloyale dans l'Union européenne, des obstacles dans la procédure subsistent et entravent l'action des administrations nationales dans les litiges transfrontaliers¹.

Des disparités entre des réglementations de procédure, le secret de procédure, les pouvoirs d'enquête etc. constituent des freins à une coopération efficace. La coopération formelle instaurée par le règlement a pour but d'éliminer ces difficultés.

Cette coopération formelle est basée sur le dispositif que chaque Etat membre de l'Union doit désigner, voire créer, une ou plusieurs autorités de contrôle².

En France, cinq autorités compétentes ont été désignées : LA DGCCRF à titre principal et l'AFSSAPS, la direction générale du tourisme, le Conseil supérieur de l'audiovisuel et la DG de l'aviation civile chargés des secteurs relevant de leur champ de compétence.

Les actions des autorités de contrôle de chaque Etat membre sont coordonnées par un bureau de liaison unique. En France, il s'agit du bureau de la protection économique du consommateur de la DGCCRF.

En Allemagne, les autorités compétentes désignées sont à titre principal le « Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit » (office fédéral de la protection du consommateur et de la sécurité alimentaire) et la « Bundesanstalt für Flugsicherheit » (Agence fédérale de la sécurité de l'aviation), « Luftfahrtbundesamt » (office fédérale de l'aviation) et le

¹ Molinier, André-Luc, Dans quelle mesure le marché unique a-t-il bénéficié aux consommateurs français ?, Concurrence et consommation n° 146, 2006, p.69, 70

² Pantelouri, Agne, La coopération entre les Etats membres, Concurrence et consommation n°151, 2007, p.19.

« Bundesamt für Finanzdienstleistungsaufsicht » (office fédérale de contrôle des services financiers) pour leurs secteurs respectifs.

Le « Bundesamt für Verbraucherschutz und Lebensmittelsicherheit » (office fédéral de la protection du consommateur et de la sécurité alimentaire) est également désigné comme bureau de liaison unique pour l'Allemagne. Contrairement à la DGCCRF en France qui dépend directement du Ministère de l'économie, il s'agit d'une autorité administrative indépendante bénéficiant de moyens financiers et en personnels propres. Cette administration comporte 430 agents permanents et peut ainsi mener ses propres enquêtes.

Les Etats membres ont une obligation de coopération. Chaque autorité compétente doit répondre aux demandes d'information ou d'enquête voire des mesures d'exécution faites par les autorités compétentes des autres Etats membres. Les autorités compétentes sont donc au service de tous les consommateurs européens.

En matière de protection de consommateurs, des études montrent que les consommateurs se sentent mieux protégés dans leur pays d'origine qu'à l'étranger, car ils connaissent mieux l'environnement juridique et économique³. Or, le niveau de protection est similaire dans la plupart des Etats membres. Ce problème est donc lié plus à un problème d'information et de confiance du consommateur qu'à un problème d'harmonisation des règles juridiques.

Afin d'améliorer l'information du consommateur sur le marché unique et ses droits à l'étranger, la Commission a mis en place un système de réseau communautaire d'information et d'assistance aux consommateurs (ECC – European Consumer Centers Network). Dans le cadre de ce réseau, la France et l'Allemagne ont créé un centre commun à Kehl (ville transfrontalière) qui regroupe les centres allemand et français et est l'interlocuteur direct des consommateurs résidents en France et en

³ Martine Mériageu, Le droit communautaire : un consommateur français mieux protégé ?, Concurrence et consommation n° 146, 2006, p. 71

Allemagne, mais également dans les autres pays de l'Union lorsqu'il y a un litige avec un professionnel établi en France ou en Allemagne.

Ce centre de Kehl est pour l'instant la seule structure binationale de ce type dans l'Union et peut ainsi servir comme modèle de coopération réussie. La mutualisation des expériences et les échanges d'information ainsi que l'approche pragmatique des problèmes ont su, malgré les réglementations divergentes des deux pays, rendre la coopération efficace au service des consommateurs⁴.

II. Les divergences entre la loi allemande, la loi française et la directive au niveau de la conception du texte

a. L'objectif de la protection

L'objectif déclaré de la directive est de contribuer à la réalisation d'un niveau élevé et uniforme de protection des consommateurs à l'échelle de l'Union européenne. De ce fait, elle vise aussi bien l'interdiction des pratiques commerciales considérées comme déloyales que le renforcement de l'information des consommateurs. Elle vise à procéder à une harmonisation totale et s'inscrit ainsi dans l'acquis communautaire et dans le cadre commun de référence.

Cette directive n'a pas encore été transposée en droit allemand et en droit français. La dernière réforme de la loi allemande contre la concurrence déloyale (*Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*) du 3 juillet 2004⁵ est antérieure à la directive. Néanmoins, cette réforme a déjà constitué une étape importante vers la mise en conformité du droit allemand avec les règles communautaires en y intégrant, par anticipation, certaines règles introduites ultérieurement par la directive⁶. Du fait de cette

⁴ Gurkmann, Jutta et Mérieau, Martine, L'aide au règlement des litiges transfrontaliers : Le centre européen des consommateurs de Kehl, *Concurrence et consommation* n°151, 2007, p.25

⁵ entrée en vigueur le 8 juillet 2004

⁶ Himmelsbach, Gero, *Das Mandat im Wettbewerbsrecht*, 2. Aufl. München 2005, p.4, n°8

récente réforme, les besoins d'adaptation du droit allemand avec la directive sont mineurs.

En France, un projet de loi en faveur des consommateurs a été élaboré mais a été ensuite enterré pour des raisons du calendrier gouvernemental. Ce projet a tenté de transposer la directive mais a été beaucoup plus vaste que la directive en englobant en outre le commerce électronique, les services financiers, les contrats d'assurances et les clauses abusives. En raison de l'étendue de ce projet de loi et des nombreuses divergences de positions dans les groupes de travail, le projet n'a pas pu être débattu avant le terme des élections en France.

L'une des différences fondamentales qui subsistent entre le droit allemand et la directive porte sur l'objectif de la protection :

- L'objectif déclaré de la directive est sa contribution à un niveau élevé de protection du consommateur (considérant 1). Elle ne vise donc qu'exclusivement la protection des consommateurs (considérants 6, 7 et 8).

- Tandis que la loi allemande souligne dans son § 1 un triple objectif de protection :

- (i) les consommateurs ;
- (ii) les concurrents ;
- (iii) et l'intérêt général d'avoir une concurrence performante.

Cette protection des triples intérêts implique d'autres solutions pour trancher des conflits d'intérêts que la poursuite de l'intérêt unique du consommateur⁷.

b. L'étendue de la protection

Une autre différence fondamentale entre le droit allemand et le droit communautaire réside dans la conception de l'interdiction des comportements déloyaux. Contrairement au droit allemand qui reste attaché aux clauses d'interdiction générale (par exemple Art. 3 de la loi contre les pratiques déloyales) même si celles-ci sont

⁷ Baumbach/ Hefelmehl/ Köhler, Wettbewerbsrecht, 23. Aufl. München 2004, § 1 n° 1 s.

dans la nouvelle loi assorties d'exemples légaux d'application, la directive règle en détail dans son annexe I toutes les pratiques qui doivent être considérées comme déloyales et interdites.

Elles sont regroupées dans deux parties : les pratiques agressives et les pratiques mensongères.

Ainsi, les consommateurs auront les mêmes droits contre les pratiques déloyales dans tous les pays de l'Union et quelque soit la forme du commerce, qu'il soit de proximité, de grande distribution ou électronique. La directive devrait, de cette manière, combler les lacunes existantes dans certaines législations nationales, en instaurant un standard minimal de protection du consommateur.

La situation en Allemagne s'avère, avant la transposition de la directive, d'ores et déjà, plus protectrice que les exigences de la directive. La plupart des pratiques interdites par la directive le sont déjà aujourd'hui avant la transposition par la loi actuelle allemande.

La réforme du droit allemand a, de ce fait, plutôt contribué à une libéralisation du droit allemand de la concurrence déloyale. Celle-ci était, en effet, auparavant extrêmement contrôlée et réglementée au profit du consommateur⁸.

Par exemple, la réforme a aboli la réglementation des soldes et des ventes promotionnelles. Désormais, les soldes de fin de saison ne sont plus réglementées ainsi que les ventes de liquidation, d'anniversaire et d'autres ventes promotionnelles portant sur l'ensemble des marchandises d'un commerce, auparavant totalement interdites⁹. En France, cependant, d'après le projet de loi, les soldes de fin de saison devaient être maintenues avec des dates uniformes pour tout le territoire de la France.

L'ancienne jurisprudence du Bundesgerichtshof relative aux pratiques déloyales, qui constituait initialement le droit de la concurrence déloyale, conçue comme un droit casuistique où la loi

⁸ Himmelsbach, Gero, *Das Mandat im Wettbewerbsrecht*, 2. Aufl. München 2005, p.6, n°14

⁹ Baumbach/ Hefelmehl/ Köhler, *Wettbewerbsrecht*, 23. Aufl. München 2004, § 4 n° 1.157, 1.164 s.

se limitait à deux clauses générales d'interdiction, a dû être complètement révisée.

Par exemple, la publicité traitée sous l'aspect de « l'attrape-client » (Kundenfang) a été libéralisée. Ainsi, les publicités relatives à l'engagement social ou environnemental d'une entreprise sont désormais autorisées et l'interdiction du droit allemand de la publicité dite sentimentale (gefühlbetonte Werbung) a été également abolie¹⁰.

L'Allemagne peut maintenir ces dispositions plus sévères que la directive pendant un délai de six ans à compter du 12 juin 2007 (délai de transposition de la directive) avant une harmonisation totale du droit de la concurrence déloyale. (Art. 3 V).

III. Lacunes dans la protection du consommateur d'après les droits allemand et français et apports de la directive.

a. Codes de conduites

La directive définit les codes de bonne conduite dans son article 1 f) et prévoit dans son article 10 une homologation de ces codes.

Le droit allemand ne comporte pas encore de disposition relative aux codes de conduites (Art. 10 de la directive). Ceci constitue une lacune en droit allemand qui nécessite une adaptation de la loi allemande pour la rendre conforme à la directive.

Le projet de loi en France prévoyait dans son art.29 une homologation des codes de bonne conduite.

b. L'information du consommateur

D'après l'art. 7 al.2, une pratique est réputée trompeuse lorsqu'un professionnel dissimule une information substantielle. L'alinéa 4 mentionne de manière non énumérative les informations qui sont considérées comme substantielles. Ainsi, le droit communautaire favorise dans cette directive, mais également de

¹⁰ Baumbach/ Hefelmehl/ Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 23. Aufl. München 2004, § 5 n° 6.5 s.

manière générale dans « l'acquis », l'information du consommateur (considérant 15).

Cependant, la loi allemande ne comporte pas expressément de disposition correspondant à l'art. 7 de la directive relative à l'interdiction des omissions trompeuses. Sur ce point, une adaptation du droit allemand aux exigences de la directive semble nécessaire. Jusqu'à présent, ces pratiques étaient néanmoins sanctionnées par une interprétation extensive des dispositions existantes par la jurisprudence.

Le projet de loi en France prévoyait pour l'art. 122-12 al.2 du code de la consommation une interdiction des omissions trompeuses des informations substantielles, conformément à la directive.

c. L'emploi de la langue du consommateur

L'annexe 1 de la directive interdit certaines pratiques relatives à l'utilisation de la langue du consommateur. Dans le marché unique, les consommateurs ont accès aux produits en provenance de tous les pays membres, ce qui les met en contact avec des indications sur les produits dans toutes les langues de l'Union européenne.

Selon l'annexe 1 n° 8, une fois une langue, qui n'est pas la langue officielle de l'Etat membre dans lequel le consommateur est établi, introduite dans les négociations contractuelles, le consommateur doit pouvoir continuer à utiliser cette langue pour le service après-vente.

Ainsi, il est considéré comme déloyal et donc interdit d'après l'article 5 al.1 de la directive le fait qu'un professionnel communique avec un consommateur dans une autre langue que la langue officielle du pays où le professionnel est établi, qu'il s'engage à fournir un service après-vente au consommateur et qu'il assure ensuite ce service uniquement dans une autre langue sans clairement informer le consommateur de ce changement linguistique avant que celui-ci ne s'engage dans la transaction. Cette interdiction

renforce surtout la protection du consommateur concernant la langue utilisée pour le service après-vente.

La transposition de cette disposition, nécessaire pour rendre le droit allemand conforme à la directive, l'est également pour le droit français où aucune disposition relative à la langue ne figure aujourd'hui dans la partie du code de la consommation relative aux pratiques commerciales (art. 121-1 et ss.).

Cette législation concernant l'emploi des langues vise à informer de façon adéquate le consommateur et à favoriser l'information multilingue.

d. Différences entre le droit allemand, le droit français et le droit communautaire relatives à la détermination de la loi applicable

Une autre question divergente entre l'Allemagne et l'Union européenne est celle de la détermination de la loi applicable. La Commission avait, dans un premier temps, favorisé l'introduction du principe du pays d'origine (Herkunftslandsprinzip), c'est à dire le principe selon lequel la loi du pays d'origine du bien ou du service commercialisé serait applicable tant qu'une harmonisation totale du droit de la concurrence déloyale n'était pas réalisée¹¹. Cette harmonisation totale est visée par la directive (considérant 15). Cependant, l'Allemagne a défendu le principe d'application de la loi du pays de destination du bien ou du service (Bestimmungslandsprinzip).

Le principe du pays d'origine constitue un avantage pour les entreprises puisqu'il leur suffit de connaître un seul droit, ce qui représente un bénéfice en termes de coût et d'efficacité.

Le principe du pays de destination, privilégié par l'Allemagne, a pour conséquence que la protection du consommateur allemand est plus assurée puisque c'est toujours le droit allemand, c'est à dire leur droit national, souvent considéré par les consommateurs résidents comme plus protecteur que d'autres systèmes de

¹¹ Himmelsbach, Gero, *Das Mandat im Wettbewerbsrecht*, 2. Aufl. München 2005, p.18, n°45

droit, qui s'applique. Cependant, l'insécurité juridique est grande pour les entreprises qui se trouvent soumises, à chaque fois, à la loi du pays d'exportation.

Pour l'instant, le litige entre ces deux conceptions n'est pas définitivement tranché. L'Allemagne peut garder son système jusqu'en juin 2013 et d'ici là une harmonisation totale du droit de la concurrence déloyale dans l'Union devrait intervenir (considérant 15) et rendre cette question obsolète.

**RESPECT FOR POLICY DIVERSITY WITH SHARED
EUROPEAN SOCIAL CONCERNS: COMPANY-
LEVEL INFORMATION AND CONSULTATION
RIGHTS IN MEMBER STATES OF THE EUROPEAN
UNION**

Dr. Peter JANSEN*

Prof. Dr. Otmar SEUL**

Taking the example of the *European Directive establishing a general framework for informing and consulting employees* (2002/14/EC), we examine how directives addressing social and labour law contribute to the harmonisation of labour law in member states of the European Union.

In the framework of accession negotiations, countries seeking to join the EU undertake to transpose European law (the *acquis communautaires*) into national law. They accordingly commit themselves to observe directives promoting the social dialogue in industrial relations. At the company level, there are two basic pattern of employee representation in the EU, which assign widely differing roles to trade unions and elected employee representatives. In *monistic* systems of employee representation, trade unions retain their monopoly on representation, while in *dual* systems, the task is divided between trade unions and elected employee representatives. Both basic types in all variants and combinations are compatible with Directive 2002/14/EC (Information and Consultation Directive).

* Université Paris X-Nanterre.

** Université Paris X-Nanterre.

Policy diversity is manifested in a *multiplicity of institutional approaches* to protecting employee representation in the workplace. *Shared European concerns* are reflected in the compatibility of all systems in use with the guiding principle of (company-level) *social dialogue*.

The Directive summarises the *acquis* in the EU-15 in the form of general principles that new member states are required to respect. Close emulation of institutions in some other EU member states can hardly be expected, especially since workplace employee representation is manifestly in a state of more or less profound crisis in the old member states. In transposing the 2002 EU *Information and Consultation Directive*,¹ new member states are primarily concerned to develop a form of company-level employee representation adapted to national conditions that is compatible with EU rules. Following the eastward enlargement of the EU to include eight new member states² that began in 2004, it is now possible to judge how five former socialist republics (Poland, Slovenia, Slovakia, the Czech Republic, and Hungary) and three former Soviet republics (Estonia, Latvia, and Lithuania) have used the scope provided by the Information and Consultation Directive in reforming their labour law. For our interim appraisal, we pose three questions:

1. What discretion does the Directive allow?
2. What institutions for the representation of employees in undertakings and establishments are protected by labour-law reforms in the continental EU member states?³
3. Has eastward enlargement provoked the “Europeanization”⁴ of labour relations in the workplace?

¹ The text of Directive 2002/14/EC is available under <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0014:EN:HTML>.

² In 2007 two more countries, Bulgaria and Romania, joined the EU. Other Eastern European “Balkan countries” are on the list of accession candidates.

³ For our purposes, we disregard the two island states of Malta and Cyprus and concentrate on the Eastern and Central Eastern European countries that joined the EU in 2004. This group of countries faces a common challenge: to transform systems of industrial relations with roots in the Soviet past.

⁴ A broad overview of the “Europeanization” of industrial relations is provided by M. Biagi, M. Tiraboschi and O. Rymekevitch (2002): The ‘Europeanisation’ of industrial relations: Evaluating the quality of European industrial relations in a global context. A

1. Information and Consultation Rights in the EU: Directive 2002/14/EC

In calling for "adequate" procedures to inform and consult employees, the EU asserts a demand formulated as long ago in 1989 in the European *Charter of the Fundamental Social Rights of Workers*.⁵ Under the impression of technical and organisational innovations and the multiplication of mergers between companies entailing social hardship and job losses, far-reaching rights to be informed and consulted were demanded for employees to give them a say in decision making. In this connection, participation is understood as a tool for the representation of employee interests, and should therefore not be confused with participatory management⁶ approaches offered by management to enhance productivity and quality.⁷

An examination of the relevant directives (from that dealing with the European Works Council in 1994 to the European Company [SE] Directive in 2001) shows why the Commission has increased its efforts since 1995 to establish a legal framework for information and consultation. Imperative provisions are to be introduced (COM 2001) which apply not only for large companies but also for small and medium-sized undertakings.

The European Directive establishing a general framework for informing and consulting employees (Directive 2002/14/EC) applies for establishments with 20 or more employees and undertakings with 50 or more employees.⁸ This potentially covers about 50

literature review, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Dublin.

⁵ The Charter was drafted in the context of discussion on the social dimension of the internal market. It was adopted by 11 heads of government in the form of a declaration. It was not signed by the United Kingdom, so that it remained symbolic in nature.

⁶ Cf. Greifenstein, Ralph / Jansen, Peter / Kissler, Leo (1993): *Gemanagte Partizipation. Qualitätszirkel in der deutschen und der französischen Automobilindustrie*, München und Mering.

⁷ An overview is provided in Otmar Seul: *Arbeitnehmerpartizipation als Element industrieller Modernisierung. Zur Entwicklung der Arbeitsbeziehungen in Deutschland, Frankreich und anderen Ländern der EU*, in : A.Bieszcz-Kaiser, R.E.Lungwitz, E.Preusche: *Industrielle Beziehungen in Ost und West unter Veränderungsdruck*, München, Mering, 1995, 43-66.

⁸ Cf. the definitions of 'undertaking and 'establishment by the EC Commission (COM 2001): undertaking means "a public or private undertaking carrying out an economic

% of employees in the EU – and hence far more than the Directive on European Works Councils (EWCs). Particularly in new member states, where many large undertakings have been dismantled, what is important is to entrench employee participation in the predominantly small and medium-sized enterprises. On the other hand, workplace employee representation structures provide the basis for the “superstructure” of European works councils.

Information and consultation rights are conceived of as elements in “social dialogue” *within the enterprise* between employee representatives and employers. The social partners have a duty to *cooperate* – i.e., they are required to take “into account the interests both of the undertaking or establishment and of the employees” (Directive 2002/14/EC Article 1 (3)). German observers interpret the cooperation concept as meaning that the Directive seeks to introduce (consensus-oriented) works councils rather than safeguard (conflict-oriented) workplace trade union organisations. Such an arrangement would be unlikely to have been accepted in the United Kingdom, where there are no statutorily safeguarded employee representatives in the workplace. What was acceptable to all was a text prescribing neither the institutional form of employee representation nor the way in which it was to be safeguarded (statutory law, agreement, common law).

The Directive contains no explicit reference to (company-level) trade unions or to elected employee representatives (e.g., works councils as in Germany). It provides only for information and consultation rights to be transferred to *employee representatives*. The concept is defined in Article 2e): “‘Employees’ representatives’ means the employees’ representatives provided for by national laws and/or practices”⁹ Both elected employee representatives (works council, Be-

activity ... which is located within the territory of the Member States.” establishment: “a unit of business forming a legally dependent part of an undertaking.”

⁹ This minimum consensus expressed in the Directive takes account not only of the institutional diversity but also of the multiplicity of legal means for safeguarding information and consultation rights. Not only statutory law and collective bargaining law are recognised but also common law as equivalent to continental European arrangements, which are based on Roman law. The respect of common law is required in the EU if arrangements in force in the United Kingdom, which are often based on common law, are to be recognised. (cf. Brian Bercusson, Ulrich Mückenberger/ Alain Soupiot (1992):

triebsrat, ...) and workplace trade union institutions (like the British shop steward or the French sections syndicales) are covered by the broad definition of *employee representative*. The Directive explicitly leaves it up to the individual member state to determine the practical arrangements for exercising the right to information and consultation (Article 4 (1)). This can be done either by legislation or by means of contractual agreement between management and labour. The social partners may "at the appropriate level, including at undertaking or establishment level [at any time freely define] through negotiated agreement the practical arrangements for informing and consulting employees" (Article 5).

Conclusion: Neutral formulations and flexible rules for implementation are inevitable if practices in old EU member states are not to be declared "illegal" in retrospect. The Directive "legalises," as it were, the broad spectrum of employee representation established in the old member states, ranging from statutory co-determination through the German works council to the British common law system of shop stewards.

The Directive 2002/14/EC lays down neither the form of employee representation (elected or union) nor the procedure (statute or agreement) by which it is to be legally founded. It merely obliges member states to guarantee employee rights to information and consultation. This does not mean that national arrangements compel all establishments with 20 or more employees and undertakings with a workforce of 50 or more to set up institutions to represent employees. But national arrangements must give employees the right to set up such institutions. Whether employees actual (can and wish to) use the legal *possibility* of founding such representative institutions is a matter of practice.

2. Basic Patterns of Company-Level Employee Representation in the EU

In the course of industrialisation, trade unions have made their mark as collective organs for the representation of employee

interests. In *monistic systems* (e.g., United Kingdom), trade unions retain their monopoly on representing workers' interests. At the sectoral and company levels, trade unions are the only institutions legitimised to represent the interests of employees.

In the aftermath of the First and Second World Wars, political controversy in the labour movement led to the emergence of dual systems, permanent coexistence on a division-of-labour basis between elected workplace employee representatives and trade unions. The mostly statutory, elected employee representative bodies are not trade union institutions from a legal point of view but exist alongside trade union organisations. Depending on the political leanings of the unions, this coexistence is seen as competing with union work in the workplace or as complementing trade union activities there.¹⁰ Where they are regarded as complementing the unions, elected employee representatives constitute the only employee representative institution in the workplace that is safeguarded by law (e.g., works councils in Germany). Where they are seen as competing with unions, both workplace employee representatives and union organisations are recognised (e.g., in France *comités d'entreprise*, *délégués du personnel* + *sections syndicales*), or union representation alone is accepted (e.g., in the UK and new member states). In both configurations of the dual system, unions try to impose their candidates in workplace elections to enable them to monitor the work of the elected employee representative bodies (= transfer and adaptation of the basic idea of the union representation monopoly to dual structures).

Further distinctions between dual and monistic systems of employee representation are apparent in the composition of the bodies and the legitimation of the representatives sitting on the bodies (election, appointment by trade unions or management), and in the legal basis (statute and/or agreement).

¹⁰ This is stressed by an ILO study on the initial position of EU accession candidates. Cf. Andrà Toth, Youcef Ghellab (2003); *The Challenge of Representation at the Workplace in EU Accession Countries: Does the Creation of Works Councils Offer a Solution alongside Trade Unions?*, International Labor Office, Sub-Regional Office for Central and Eastern Europe, Budapest.

Specific to the *German type of supra-workplace dualism* is a permanent division of labour: *in the workplace*, the remit of *elected* employee representatives is the (consensual) structuring of working and pay conditions in the undertaking/establishment, whereas supra-workplace trade unions are responsible for (conflictual) collective bargaining policy. A system of dual employee representation operating on the lines of the German system, in which *elected* representatives have a practical monopoly on employee representation in the workplace, is to be found in six of the EU-15 member states (Germany, Austria, Belgium, Netherlands, Luxembourg, and Greece.)

- In the *French variant* of “*in-company dualism*,” mixed bodies¹¹ and workplace trade union organisations in which all union rights in the workplace are vested (including collective bargaining and the right to strike) operate in establishments and undertakings. This variant is found in three countries besides France, namely Spain, Finland, and Portugal.

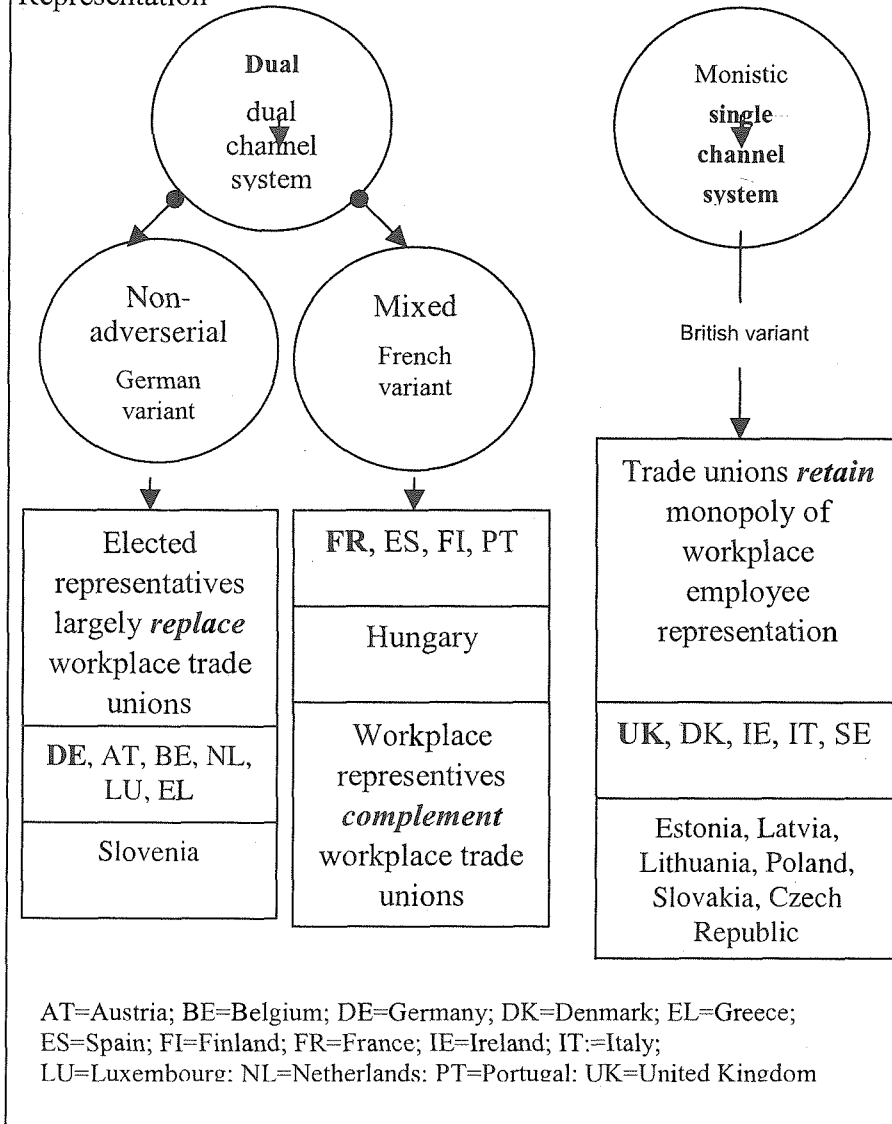
- The *British variant* has neither statutorily nor contractually safeguarded employee representative institutions mandated by general workplace elections. Workplace trade union organisations remain the only recognised bodies representing employees.¹² Five member states have adopted the British variant: the United Kingdom, Denmark, Ireland, Italy, and Sweden.

Only non-adversarial employee representative institutions can obtain a (limited) mandate to negotiate with the management of the undertaking or establishment (for example, to conclude works agreements). “Mixed” bodies, in contrast, composed of elected employee representatives and representatives of management (*comités d’entreprise*) have only information and consultation rights. Because the potential parties to agreements have seats and votes on the consultative body, mixed representative bodies cannot by law conclude agreements with the management of the establishment or undertaking.

¹¹ French firms have not only a mixed body (*comité d’entreprise*) but also personnel delegates (*délégués du personnel*), exclusively elected employee representatives essentially responsible for dealing with conflicts resulting of the non-application of already existing rules (laws, collective agreements).

¹² Recognition is granted not by law but by the employer in question.

Figure 1 : Basic Patterns of Company-Level Employee Representation



Company-Level Employee Representation in the New Central and Eastern European Member States

In the EU-15, employee representation systems in 10 countries are basically dual in nature. Germany, in particular, therefore expected the “export” of the “dual model” to the new member states to prove possible.

Table 1: Profiles of trade union and workplace employee representation in new member states in continental Europe

Country	Trade union umbrella organisations	Type	Membership rate	Coll.-agreement bound	Employee representation	Elected by
Estonia (EE)	3	Union pluralism	15%	20%	TU	Members
Latvia (LV)	1	Unified trade union	20%	23%	TU	Members
Lithuania (LT)	3	Union pluralism	15%	12%	TU or WC	Members or workforce
Poland (PL)	4 + 180 autonomous trade unions	Union pluralism	15%	30%	TU	Members
Slovakia (SK)	1 (dominant) + 2 split-offs	Unified trade union	40%	40%	TU or WC	Members or workforce
Slovenia (SI)	5 + autonomous trade unions	Union pluralism	42%	90%	WC	Workforce
Czech Republic (CZ)	1 (dominant) + 2 smaller	Unified trade union	30%	45%	TU or WC	Members
Hungary (HU)	6	Union pluralism	20%	35%	WC and TU	Workforce

Own presentation; source: IGMetall Vorstand (ed), 2004: Gewerkschaften und betriebliche Interessenvertretung in den neuen EU-Ländern, Frankfurt/M

But in reforming their labour law, only two, Slovenia and Hungary, did in fact adopt the model. Six of eight Central and Eastern European countries, namely Estonia, Latvia, Lithuania, Poland, Slovakia, and the Czech Republic, opted for a monistic system. Trade unions were able to safeguard their representative monopoly by law. Concessions (in Lithuania, Slovakia, Czech Republic) have been granted only for a transitional period. Until such time as the unions set up company-level organisations, legislation provides for elected workplace employee representative bodies to be established (so-called Czech model). They are to be dissolved as soon as workplace trade union organisations have been formed. Legislation in the new member states is in accordance with

International Labour Organization (ILO) conventions and “shares European social concerns.”

EU directives laying down the principles of social dialogue have been transposed into national legislation without the dual model being adopted. How is the far-reaching maintenance of the trade union monopoly on employee representation to be explained?

The newly won freedom of association in Central and Eastern European countries led to the founding of new trade unions competing with reformed, formerly communist trade union confederations. In the emerging pluralist trade union landscape (cf. *Industrial Relations in Europe*, Report of the European Commission 2004, 13 ff), the reformed communist trade union confederations are as a rule the strongest force. Unions fighting for survival regard elected workplace employee representative institutions as rivals, weakening their representative claims. They accordingly reject the establishment of dual systems.

The preference for monistic systems is also attributable to structural weaknesses in industrial relations systems still in their infancy. In view of the fact that the classical field of industry-wide collective bargaining policy is lying fallow – management lacks organisations entitled to negotiate – what is important is to develop workplace trade union organisations that are in a position to assume responsibility for collective bargaining policy at the company level. In Slovenia, where collective agreements have a coverage rate of almost 100 %, it is less important to develop a well-functioning workplace trade union organisation than in Lithuania, for instance, where only 12 % of the workforce are employed under conditions regulated by collective agreements. Overall, the coverage rate for collective agreements in the new member states ranges from 20 % to 40 %. Collective bargaining policy remains largely the domain of company agreements concluded with company-level trade union organisations. Unlike in countries with a well-functioning system of industry-wide negotiations, these agreements are of outstanding importance for the trade unions.

4. Comparative Conclusions

Before 10 new countries acceded to the fifteen-member EU, only 5 EU countries had monistic systems of employee representation. In the EU-25, they were to be found in 12 countries, and, after the accession of Bulgaria and Romania, in 14 of the 27 member states.¹³ In implementing the European Information and Consultation Directive, Central and Eastern European member states have respected the traditional ideas of their national trade union confederations. Under the umbrella of the Directive, policy diversity is increasing. Any harmonisation of legislation can therefore only be said to occur in the sense that largely autonomous national labour legislation takes account of the common principles and values of the EU.

A wide gap exists between the national law of member states and actual practice in establishments and undertakings. The social effectiveness of labour law is often wanting in both old and new member states. There is controversy in Europe on whether legislative or collective bargaining arrangements are more effective. Advocates of statutory regulation take the view that legislation can impose on establishments and undertakings more effectively than collective agreements. There is no empirical evidence for this claim (Carley et al. (2005)). In practice, the social effectiveness of legal provisions proves to increase with the size of the establishment regardless of their origin. Vice versa, this means that in small and medium-sized undertakings the right to set up employee representation bodies is hardly used by the workforce and/or trade unions. For example, German legislation provides for works councils to be set up in establishments with 5 or more employees. In 2003, 80 % of private companies had no works council – 52% of employees in private enterprise were not represented by a works council.¹⁴ About one quarter of establishments and undertakings with a workforce of between 101 and 199 had no works council.

¹³ Industrial relations in Cyprus and Malta are organised on the lines of the United Kingdom.

¹⁴ Cf. Ingrid Artus (2005): Betriebe ohne Betriebsrat : Gelände jenseits des Tarifsystems, in : WSI Mitteilungen 7/2005, 392 – 397.

The figures show that employees in small and medium-sized establishments have difficulty putting their right to employee participation into practice. Directive 2002/14/EC has eliminated this deficiency in neither the old member states nor in the new ones.

What can Turkey Learn from Development in the New Member States?

The eastward enlargement of the EU shows that in implementing the EU Information and Consultation Directive, national particularities in the system of industrial relations can be respected.

National traditions in workforce representation in Turkey have just as much influence on the institution of *employee representation* as they do in the old and new member states of the EU. Account needs to be taken of two points:

- 1) Turkish trade union pluralism
- 2) the existing institutions of workplace employee representation in Turkey.

Against the background of our comparative study of EU member states, light can be thrown on the perspectives for the legal protection of employee representative rights by considering certain points regarding conditions in France and Germany. It must be asked whether union pluralism is structurally compatible with elected bodies for employee representation that have a legal monopoly on representation in the workplace (German works council). French experience, as well as developments in the new member states suggest that union pluralism in conjunction with trade union organisational rights in the workplace does not offer a suitable basis for developing a dual system on the German model. Trade unions that compete with one another in establishments and undertakings mostly tend to regard *company-level trade union organisations* as the keystone of employee representation in the workplace.

- But as soon as company-level trade union organisations obtain a mandate to negotiate company collective agreements, it is

no longer absolutely necessary to set up elected bodies to represent employees, let alone to demand a negotiation mandate for them.

- Wherever there are company-level union organisations, it suffices to limit the rights of elected employee representation bodies to information and consultation rights (cf., comités d'entreprise in France). If the remit of this institution is limited to the exercise of information and consultation rights, it is acceptable for elected employee representatives and representatives of management to work together on one body.

It should once again be stressed that the European Information and Consultation Directive imposes neither the setting up of company-level trade union organisations nor the establishment of elected workplace bodies to represent employees. All options are therefore open to Turkey, as long as it is ensured that employees have a right to demand the implementation of information and consultation rights in establishments and undertakings.



**YEDİTEPE
ÜNİVERSİTESİ**

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ 26 AĞUSTOS YERLEŞİMİ

Kayışdağı Caddesi, 34755 Kayışdağı / İstanbul

Santral: (0216) 578 00 00 Faks: (0216) 578 07 56

e-posta: law@yeditepe.edu.tr

www.yeditepe.edu.tr