

# YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY  
FACULTY OF LAW

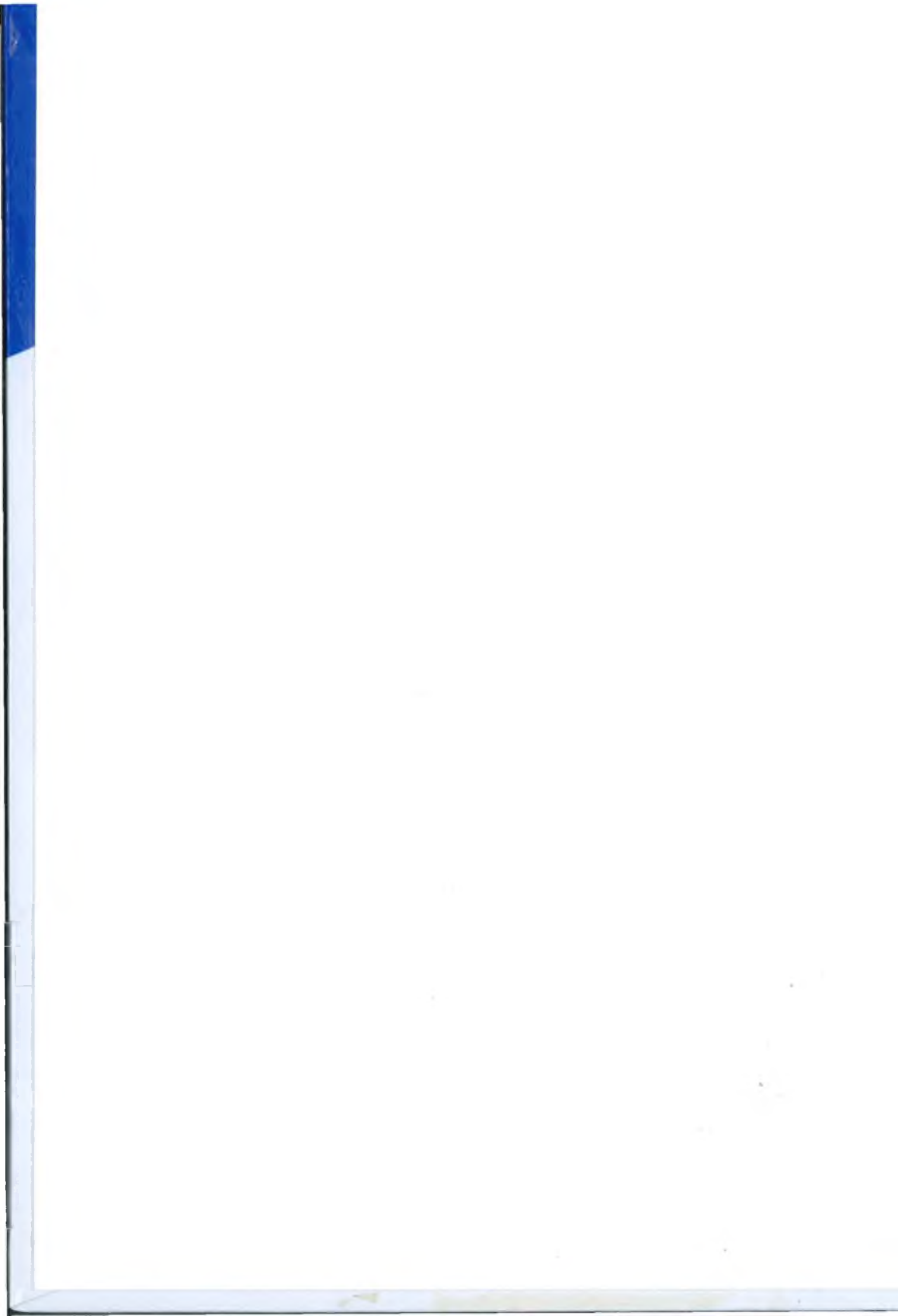
IV/2

Yılda iki sayı yayınlanan hakemli dergi

Cilt: IV  
Sayı: 2  
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: 2  
Yıl: 2007**



**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ**

# YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

## Editör / Editor

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

## Danışmanlar Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Halûk KABAALIOĞLU, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge UMAR, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sait GÜRAN, 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, Universität 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

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

Doç. Dr. Sibel İnceoğlu, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Hakan Uzeltürk, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Doç. Dr. Sultan Uzeltürk, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

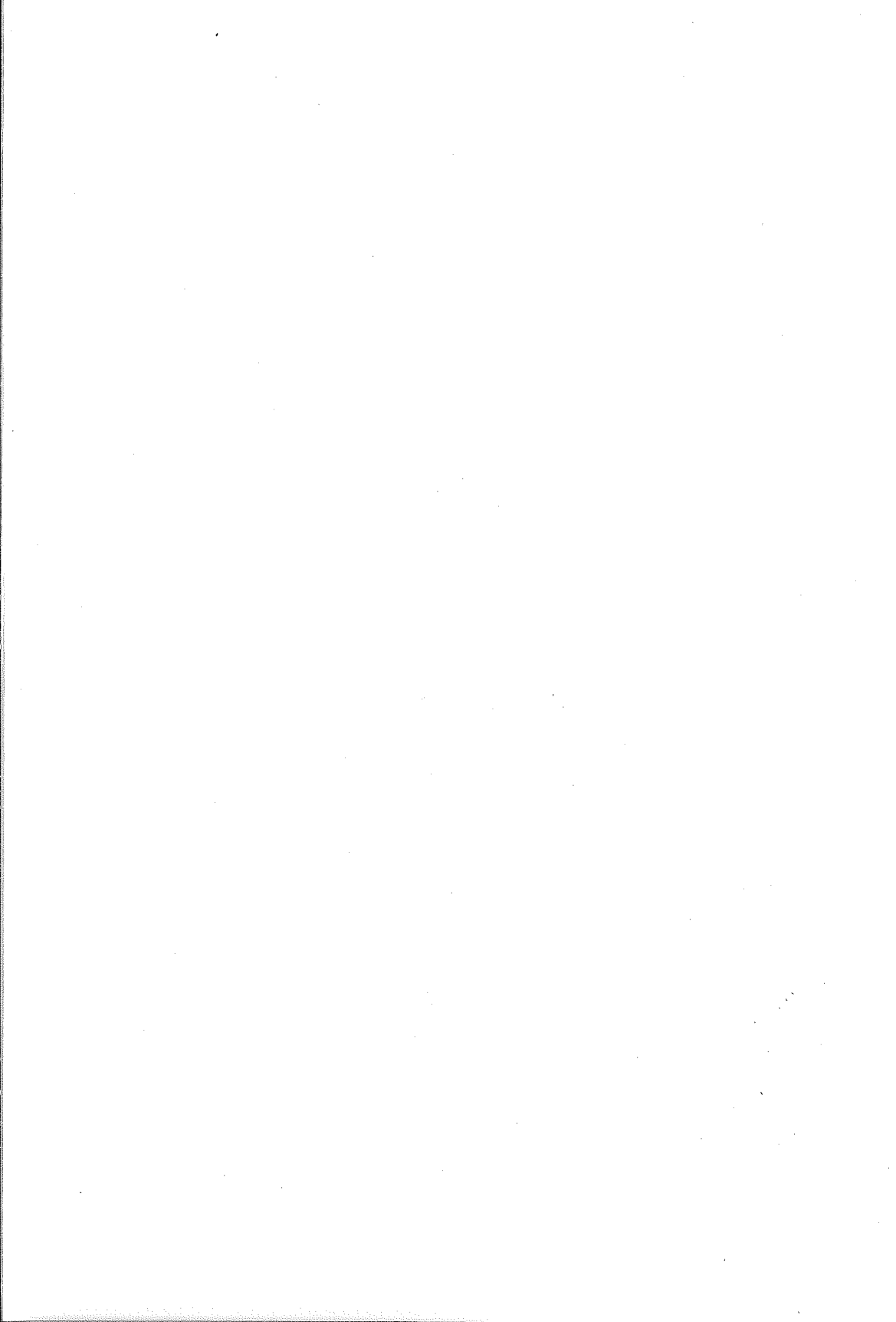
Doç. Dr. M. Alper Gümüş, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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 : 2 Yıl : 2007

**İÇİNDEKİLER**

**ÖZEL HUKUK**

**İPOTEKTEN KURTARMA**

**Prof. Dr. Ali Cem BUDAK**.....3  
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku ve İcra – İflas  
Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**NÜMUNE ÜZERİNE SATIM**

**Yard. Doç. Dr. R. Cem DİNAR**.....11  
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı  
Öğretim Üyesi

**DIE VERTRAGLICHE UND DELIKTSRECHTLICHE HAFTUNG  
FÜR DAS VERHALTEN DRITTER IM TURKISCHEN RECHT-MIT  
BEZUG AUF DEN ENTWURF EINES TURKISCHEN  
OBLIGATIONENRECHTS**

**Cihan AVCI**.....31  
Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Rechtswissenschaftliche Fakultät,  
Yeditepe Universitaet

**FRANCHİSE SÖZLEŞMESİNİN TANIMINA YENİ BİR BAKIŞ**

**Araş. Gör. Mehmet ŞUA**.....57  
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı  
Öğretim Üyesi

**TTK TASARISI VE “DENİZ ALACAKLARINA KARŞI  
MESULİYETİN SINIRLANMASI HAKKINDA 1976 TARİHLİ  
MİLLETLERARASI SÖZLEŞME”YE GÖRE DONATANIN SINIRLI  
SORUMLULUĞU**

**Araş. Gör. Nuri ERDEM.....81**  
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı  
Öğretim Üyesi

**FUNCTIONS OF AN ARBITRATION AGREEMENT**

**Araş. Gör. Efe DİRİNİSA .....107**  
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku ve İcra - İflas  
Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi

**HUKUKSAL BAĞLAMDA HEKİMLİK YETKİLERİNİN, TIPTA  
UZMANLIĞIN VE İŞ YERİ HEKİMLİĞİNİN İNCELENMESİ**

**Av. İzzet OTRU.....121**  
İstanbul Barosu Avukatlarından, Marmara Üniversitesi SBE ÇEKO Anabilim  
Dalı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi

**AİLE KONUTU ÜZERİNDE TASARRUF**

**Araş. Gör. Ömer BAĞCI.....145**  
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı  
Öğretim Üyesi

**KAMU HUKUKU**

**BİRLEŞMİŞ MİLLETLER İNSAN HAKLARI KOMİTESİ  
KARARLARINDA ÖZEL YAŞAM HAKKI**

**Yard. Doç. Dr. Songül ATAĞ.....179**  
Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi



## **FEDERAL ALMANYA'DA ADLİ İNFAZ**

**Dr. Matthias MAURER**

Federal Almanya Baden-Württemberg Adalet Bakanlığı Adli İnfaz Bölümü  
Stuttgart

**Çeviren: Prof. Dr. Yener ÜNVER.....215**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Usul Hukuku  
Öğretim Üyesi

## **MİLLETLERARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA HUKUK MAHKEMESİ KARARLARININ ESAS BAKIMINDAN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN DENETİMİ**

**Prof. Dr. Alexandar H. E. Morawa**

Luzern Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mukayeseli Hukuk ve Anglo-Amerikan  
Hukuku Öğretim Üyesi

**Çeviren: Araş. Gör. M. Akif AKBAŞ.....231**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Avrupa Birliği Hukuku  
Öğretim Üyesi

## **KARAR ÇEVİRİSİ**

### **MÜLKİYETİ SAKLI TUTMA SÖZLEŞMESİYLE SATILAN MAL KİRALAYANIN HAPİS HAKKI İÇİN TUTULAN DEFTERE KAYDEDİLEBİLİR Mİ?**

**Çeviren: Araş. Gör. U. Yiğit PARMAKSIZ .....249**

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Usul Hukuku ve İcra – İflas  
Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi



**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY**  
**FACULTY OF LAW**  
**Volume : IV No : 2 Year : 2007**

**CONTENTS**

**PRIVATE LAW**

**DISCHARGE FROM HYPOTHEC**

- Prof. Dr. Ali Cem BUDAK** .....3  
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Procedure and Insolvency  
Law

**SALE BY SAMPLE**

- Asst. Prof. Dr. R. Cem DİNAR** .....11  
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

**CONTRACTUAL AND TORTIOUS LIABILITY FOR THIRD PARTY  
ACTS UNDER TURKISH LAW – WITH SPECIAL REFERENCE TO  
THE DRAFT TURKISH CODE OF OBLIGATIONS**

- Cihan AVCI** .....31  
Research Assistant, Yeditepe University Faculty of Law

**DEFINITION OF FRANCHISE CONTRACTS FROM A NEW  
PERSPECTIVE**

- Res. Asst. Mehmet ŞUA**.....57  
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Commercial Law

**LIMITED LIABILITY OF SHIPOWNERS UNDER THE DRAFT  
COMMERCIAL CODE AND THE CONVENTION ON LIMITATION  
OF LIABILITY FOR MARITIME CLAIMS, 1976**

**Res. Asst. Nuri ERDEM.....81**  
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Commercial Law

**FUNCTIONS OF AN ARBITRATION AGREEMENT**

**Res. Asst. Efe DIRENİSA .....107**  
Yeditepe University Faculty of Law, Civil Procedure and Insolvency Law

**LICENSING OF MEDICAL DOCTORS, MEDICAL EXPERTISE  
AND “WORKPLACE DOCTORS” IN THE LEGAL CONTEXT**

**Att. İzzet OTRU .....121**  
Istanbul Bar Association, LL.M. student at Marmara University, Dept. of  
Industrial Relations, Labour Economics, Labour and Social Security Law

**TRANSACTIONS RELATING TO THE DWELLING HOUSE**

**Res. Asst. Ömer BAĞCI .....145**  
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

**PUBLIC LAW**

**RIGHT TO PRIVACY ACCORDING TO THE DECISIONS OF THE  
U.N. HUMAN RIGHTS COMMITTEE**

**Asst. Prof. Dr. Songül Atak .....179**  
Dicle University, Faculty of Law

**ENFORCEMENT OF PENAL JUDGMENTS IN GERMANY**

**Dr. Matthias MAURER .....215**  
Ministry of Justice, Baden-Württemberg, Germany, Dept. of Judicial  
Enforcement

**SUBSTANTIVE DUE PROCESS IN HUMAN RIGHTS LAW**

**Res. Asst. M. Akif AKBAŞ .....231**  
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of European Union Law

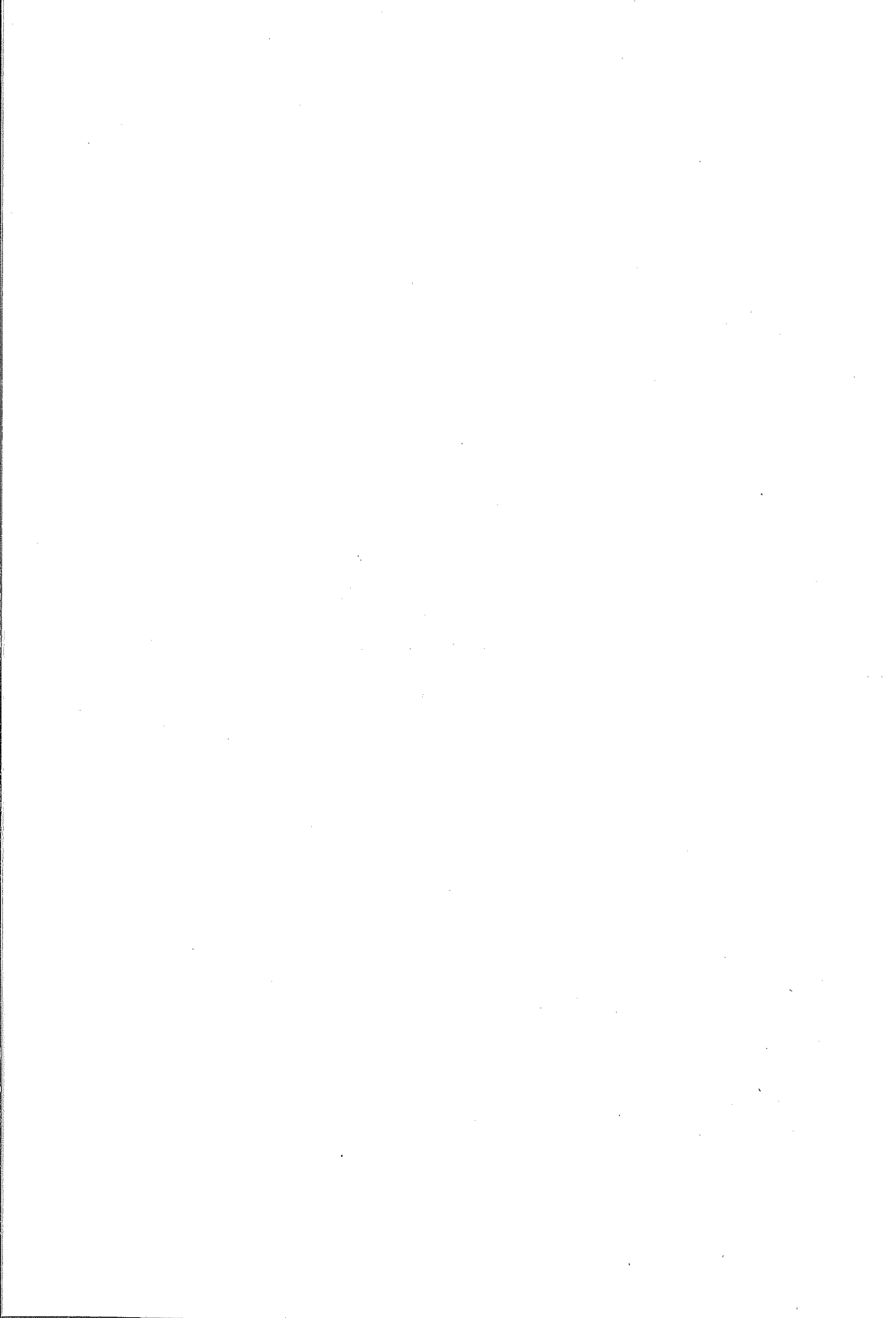
## TRANSLATION OF FOREIGN COURT JUDGMENT

CAN THE GOODS SUBJECT TO RETENTION OF TITLE AGREEMENT BE RECORDED IN THE BOOK FOR THE RIGHT OF RETENTION OF LANDLORD?

(TURKISH TRANSLATION OF A SWISS FEDERAL COURT JUDGMENT)

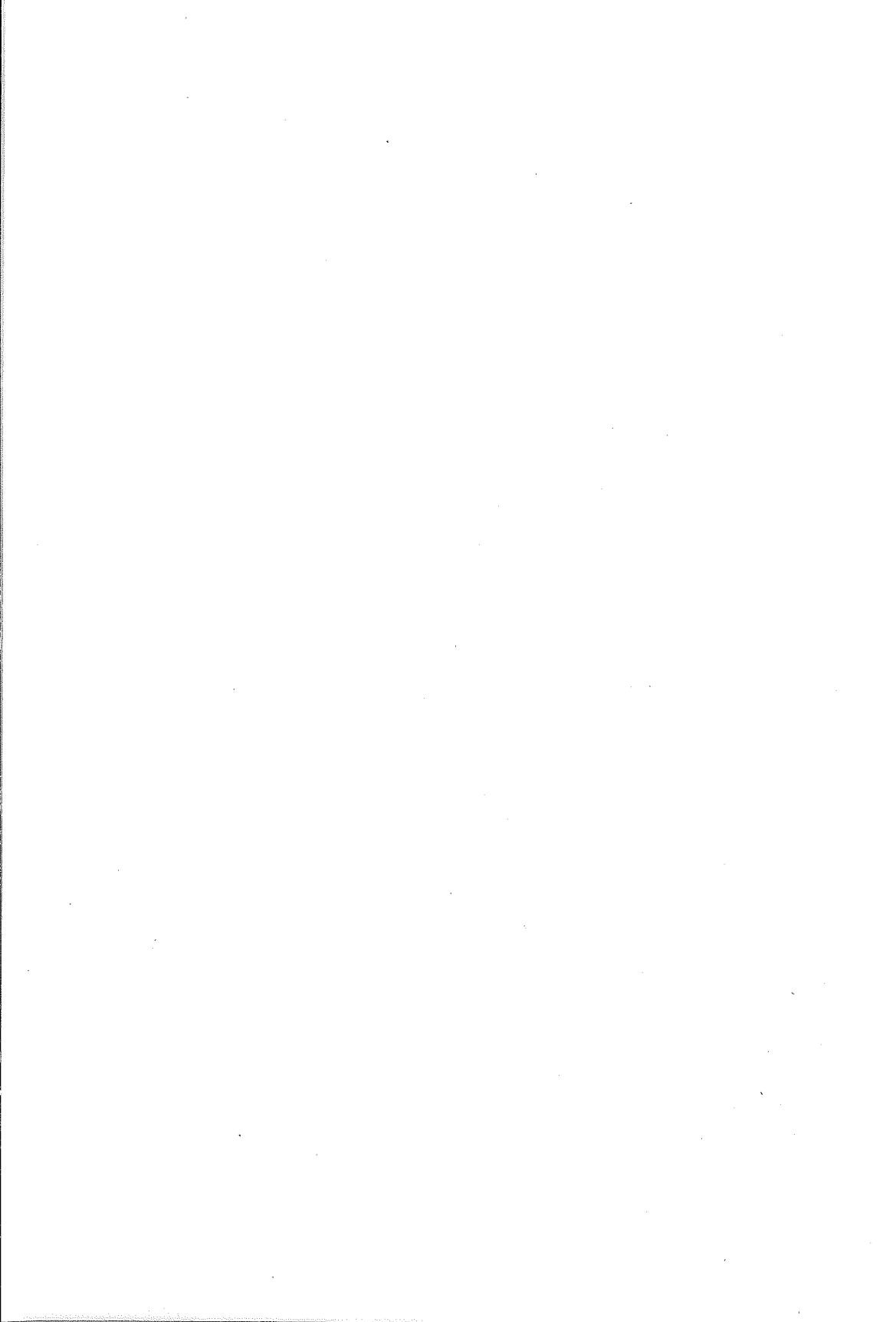
Res. Asst. U. Yiğit PARMAKSIZ .....249

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Procedure and Insolvency Law



## 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.





# ÖZEL HUKUK



## İPOTEKTEN KURTARMA

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK\*

Medeni Kanun, değerini aşan bir borç için ipotek edilmiş olan bir taşınmazı edinen kişiye, değerine uygun bir tutarı alacaklıya ödeyerek taşınmazı ipotekten kurtarmak imkânını sağlamaya yönelik bir düzenleme içermektedir (MK m. 885 – 886). İpotekten kurtarma<sup>1</sup> adı verilen bu kurum İsviçre Medeni Kanunu'na Fransız Medeni Kanunu ve Fransızca konuşan kantonların eski hukukundan intikal etmiştir.<sup>2</sup>

İpotekten kurtarma hakkındaki İsviçre Medeni Kanunu hükümleri bütün İsviçre kantonlarında uygulanmamakta; İsviçre Medeni Kanunu'nun 828. maddesi bu hükümlerin uygulanmasını kantonların tercihine bırakmaktadır.<sup>3</sup> İsviçre'de uygulaması çok az olan ve Türk hukukunda 1926 tarihli Medeni Kanun döneminde muhtemelen hiç uygulanmamış olan<sup>4</sup> bu kanun hükümleri (Eski

---

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> Fransızca: purge hypotécaire; Almanca: Hypothekenbereinigung.

<sup>2</sup> Halil Fahri Öz, *İpotekten Kurtarma*, Ankara 1956, s. 9 -12.

<sup>3</sup> Fransızca konuşan kantonlar yanında bazı Almanca konuşan kantonlar da bu hükümleri uygulamaktadır: Peter Tour / Bernhard Schnyder / Jörg Schmid / Alexandra Rumo-Jungo, *Das Schweizerische Zivilgesetzbuch*, 12. Bası (Zürich: Schulthess, 2002), s. 1000; Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Thomas Geiser, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht – Zivilgesetzbuch*, Cilt 2, 2. Bası (Basel: Helbing & Lichtenhahn, 2003), madde 828, kenar no. 2.

<sup>4</sup> Bkz. Öz, *İpotekten Kurtarma*, s. 40. Talih Uyar'm 16 ciltlik Gerekçeli – İçtihatlı Türk Medeni Kanunu isimli eserinde de MK m. 885 – 886 ile ilgili Yargıtay kararı yoktur; bkz. Talih Uyar, *Türk Medeni Kanunu (Gerekçeli – İçtihatlı) – Eşya Hukuku*, Cilt 4, (Ankara: Feryal Matbaacılık, tarihsiz), s. 4089 – 4095.

MK m. 801 – 802), 4721 sayılı Medeni Kanun’unumuzun hazırlanması sırasında metnin tekrarından ibaret bir gerekçe ile muhafaza edilmiştir. Ayrıca, MK m. 886, Eski MK m. 802’den farklı olarak, ipotekli taşınmazın açık artırma ile satılmasının İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre olacağı hükmünü koymuştur.

Bu düzenlemeye göre, değerini aşan bir borç için ipotek edilmiş olan bir taşınmazı edinen kişi, borçtan şahsen sorumlu değilse ve ipotekli alacaklı henüz icra takibine başlamamış ise, satın alma bedeli kadar bir tutarı ödeyerek taşınmazı ipotekten kurtarmak istediğini altı ay önceden ipotekli alacaklıya (veya birden fazla ipotekli alacaklı varsa bu alacaklıların tümüne) bildirir. Kanun taşınmazı satın temlik eden eski malik ile taşınmazı edinen yeni malik arasındaki ilişkiye değinmemekle birlikte, bu durumda satın alma bedeli eski malike ödenmeyecek, bunun yerine satın alma bedeli kadar bir tutar ipotekli alacaklıya ödenerek eski malik bu miktar için borcundan kurtarılacak demektir.<sup>5</sup> Ayrıca, taşınmazı karşılıksız olarak edinen kimse de, ipotekli alacaklıya kendi görüşüne göre belirleyeceği bir bedeli önererek taşınmazı ipotekten kurtarma hakkı kullanabilir (MK m. 885, fıkra 1- 2).

İpotekten kurtarma bildirimini, ipotekli alacaklı bakımından bağlayıcı olan, yenilik doğuran bir işlemdir.<sup>6</sup> Şu kadar ki, ipotekten kurtarma bildirimini alan ipotekli alacaklı (veya -taşınmaz üzerinde birden fazla ipotek bulunan hallerde- sırası itibarıyla ipotekten kurtarma bedeli ile alacağının tamamı karşılanmayan ipotekli alacaklılardan herhangi biri<sup>7</sup>), taşınmazı edinen kişinin borçtan kurtarma bedeli olarak önerdiği tutarı az bulursa, bildirimden başlayarak bir aylık hak düşürücü süre<sup>8</sup> içinde giderleri peşin ödemek suretiyle, ipotekli taşınmazın açık artırma yoluyla satılma-

<sup>5</sup> Honsell / Vogt / Geiser, *Zivilgesetzbuch* (Basler Kommentar), Cilt 2, 2. Bası, madde 828, kenar no. 1.

<sup>6</sup> Bkz. ezcümle Öz, *İpotekten Kurtarma*, s. 26.

<sup>7</sup> Bkz. Öz, *İpotekten Kurtarma*, s. 29; M. Kemal Oğuzman / Özer Seliçi / Saibe Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 11. Bası (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2006), s. 740.

<sup>8</sup> Öz, *İpotekten Kurtarma*, s. 28.

sını isteyebilir. Bu durumda taşınmaz icra dairesince İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre paraya çevrilir (MK m. 886 fıkra 1-2).

Açık artırmada elde edilen miktarın borçtan kurtarma bedeli olarak önerilen bedelden fazla olması halinde, bu miktar ipotekten kurtarma bedeli sayılır. Artırma bedelinin fazla olduğu hallerde açık artırma giderleri malike, aksi halde açık artırmayı isteyen alacaklıya ait olur (MK m. 886, fıkra 3).

İpotekten kurtarma bedeli ipotekli alacaklılara sıralarına göre dağıtılır (MK m. 885, fıkra 3). Paylaştırmada sıraya ilişkin uyumsuzluklar sıra cetveline itiraz usulü (İİK m. 140 – 142/a) kıyasen uygulanarak çözümlenebilir.<sup>9</sup>

İpotekten kurtarma hakkındaki Medeni Kanun hükümleri yeni malikin borçtan şahsen sorumlu olduğu cebri açık artırma ve miras yoluyla edinmelerde (İİK m. 125, fıkra 1; MK m. 641 ve m. 655) uygulanmaz.<sup>10</sup>

İpotekten kurtarma işlemlerinin başlamış olması, bu işlemlerin devam ettiği dönemde yeni bir rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapılmasına engel değildir; ancak, bu takipte paraya çevirme işlemi ancak ipotekten kurtarma işleminin (örneğin teklif edilen bedelin ödenmemesi dolayısıyla) sonuçlanmamış olması halinde mümkündür.<sup>11</sup>

Yeni malik ile ipotekli alacaklı arasında kanunun aradığı ipotekten kurtarma şartlarının oluşup oluşmadığı hakkında ortaya çıkabilecek uyumsuzluk, ancak genel mahkemelerde karara bağlanabilecek bir maddi hukuk uyumsuzluğudur.<sup>12</sup> Kanun hükümlerinde

<sup>9</sup> Bkz. Honsell / Vogt / Geiser, *Zivilgesetzbuch* (Basler Kommentar), Cilt 2, 2. Bası, madde 828, kenar no. 12.

<sup>10</sup> Öz, *İpotekten Kurtarma*, s. 16; bkz. Zahit İmre, *Türk Miras Hukuku*, 4. Bası (İstanbul: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1978), s. 746.

<sup>11</sup> İsviçre Federal Mahkemesi'nin 28 Ekim 1974 tarihli kararı, *BGE* 100 III 51 – 56, s. 53; Öz, *İpotekten Kurtarma*, s. 19; Honsell / Vogt / Geiser, *Zivilgesetzbuch* (Basler Kommentar), Cilt 2, 2. Bası, madde 828, kenar no. 7.

<sup>12</sup> Hans Leemann, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch - Sachenrecht*, II. Abteilung (Bern: Stämpfli & Cie, 1925), m. 828, kenar no.17; Honsell / Vogt / Geiser, *Zivilgesetzbuch* (Basler Kommentar), Cilt 2, 2. Bası, madde 828, kenar no. 11.

açıklık olmamakla birlikte, ipotekten kurtarma ihbarını alan alacaklı, ihbara kayıtsız kalır ve kendisine ödenmek istenen parayı da almazsa veya parayı aldığı halde ipoteği terkin ettirmekten kaçınırsa, yeni malikin taşınmazı ipotekten kurtarmak için başvurabileceği yol, kanımca, parayı BK m. 91. maddesine göre tevdi mahaline tevdi etmek ve ipoteğin terkinini için MK m. 883 hükmüne göre dava açmaktan ibarettir.

İpotekten kurtarma, taşınmazın yeni malikine, borçtan şahsen sorumlu olan asıl borçlunun ve (borçlu ile aynı kişi olmasa bile) ipoteği tesis eden eski malikin sahip olmadığı “borcu vadesinden önce ve kısmen ödeme” hakkını vermektedir. Ayrıca, ipotekten kurtarma hakkının taşınmaz piyasasındaki fiyatların düşük olduğu bir zamanda kullanılması da alacaklının zararına olacaktır. Bu nedenle, ipotekten kurtarma kurumu, alacaklının hukuki durumunu önemli şekilde zayıflatmaktadır.<sup>13</sup> Öte yandan, ipotekten kurtarma hükümleri, uygulama güçlükleri yaratacak önemli boşluklar da içermektedir; örneğin:

- Yeni malikin kendisine tanınan ipotekten kurtarma ihbarını hangi süre içinde yapması gerektiği konusunda hiçbir sınırlama getirilmemiştir. Yeni malik bu hakkını, taşınmazın edinilmesinden uzun süre sonra da kullanabilecek midir?<sup>14</sup>

- İpotekten kurtarmanın “altı ay önce” ihbar edilmesinin anlamı açık değildir; teklif edilen veya cebri açık artırmada ortaya çıkan bedelin ödenmesi için altı ay beklemek mi gerekecektir?<sup>15</sup>

- İhbarda belirtilen altı aylık süre içinde cebri satış tamamlanamamış ise, yeni malik teklifi ile bağlı kalacak mıdır?<sup>16</sup>

<sup>13</sup> Öz, *İpotekten Kurtarma*, s. 13 ve 22; Leemann, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch - Sachenrecht*, II. Abteilung, m. 828, kenar no.3.

<sup>14</sup> Öz, ipotekten kurtarma bildiriminin taşınmazın edinildiği günü “takip eden günlerde” yapılması gerektiğini belirtmektedir; Öz, *İpotekten Kurtarma*, s. 23.

<sup>15</sup> Muaccel alacaklar bakımından bu altı aylık sürenin beklenmesi mecburiyeti bulunmadığını kabul etmek daha doğru olmakla birlikte (bkz. Öz, *İpotekten Kurtarma*, s. 24), kanundaki sürenin koruduğu menfaatin ne olduğu açık değildir.

- Borç vadesinden önce ödeniyorsa, faiz iskontosu yapılacak mıdır? Cevap olumlu ise, hangi faiz oranı dikkate alınacaktır?

- Üst sınır ipoteğinde güvence altına alınan alacağın miktarı taşınmazın edinildiği tarihte, ipotekten kurtarma beyanında bulunulan tarihte ve bedelin alacaklıya ödeneceği tarihte farklı farklı olabileceğine, hatta sadece muhtemel bir alacak için üst sınır ipoteği kurulmuş olabileceğine göre, ipotekten kurtarma hükümleri uygulanırken hangi alacak miktarı dikkate alınacak ve bu hükümler üst sınır ipoteğinde nasıl uygulanabilecektir?<sup>17</sup>

Kanımcı, ipotekten kurtarma hükümlerinin bütün bu belirsizlikleri, bugüne kadar hukukumuzda uygulama alanı bulmamış olmaları ve bu hükümlerle alacaklının hakkına yapılan müdahalenin haklı görülmesinin güçlüğü dikkate alındığında,<sup>18</sup> İsviçre’de de bütün kantonlarda uygulanmayan bu kurumun 4721 sayılı Medeni Kanun’a alınmaması daha uygun olurdu.<sup>19</sup>

4721 sayılı Medeni Kanun’la kabul edilen, alacaklının kendisine teklif edilen bedeli kabul etmemesi üzerine, taşınmazın icra dairesince ve İcra ve İflas Kanunu hükümlerine açık artırma ile

<sup>16</sup> Bkz. Esat Şener, *İçtihatlı – Açıklamalı – Türk Medeni Kanunu*, 2. Cilt (Ankara: Seçkin 1998), s.2152.

<sup>17</sup> Öz, ileride doğacak veya doğması muhtemel bir alacağı temin eden üst sınır ipoteğinde taşınmazın el değiştirmesi halinde, yeni malikin ipotekten kurtarma işlemine dahi başvurmaksızın MK m. 883 hükmüne dayanarak ipoteğin terkinini talep edebileceği görüşündedir; Öz, *İpotekten Kurtarma*, s. 21. İpotekli taşınmazın devrinin güvencede bir değişiklik meydana getirmeyeceği hakkındaki MK m. 888 hükmü karşısında, bu görüşe katılmıyorum.

<sup>18</sup> İpotekten kurtarma kurumunun gerekçesi hakkında bkz. Öz, *İpotekten Kurtarma*, s. 13 – 14.

<sup>19</sup> İsviçre Medeni Kanunu’nun yürürlüğe girdiği yıllarda ipotekten kurtarma kurumunun önemli bir ihtiyaca cevap verdiği kantonlar, Müşterek Hukuktan gelen ve ipotekli taşınmazın bölünmesi halinde her bir parça üzerinde rehinli alacağın tamamı için ipotek kurulması ilkesini kabul eden kantonlar idi. Bu kantonlarda eski hukuk zamanından gelen ve her biri kendi değerinin 20 ila 50 katı tutarında ipotekle yüklenmiş taşınmazlar mevcuttu. Medeni Kanun’un yürürlüğe girmesinden sonra ipotekli taşınmazın bölünmesi hakkında kabul edilen yeni hükümler (MK m. 889) ise böyle bir sonucun ortaya çıkmasına imkân bırakmamaktadır. Bkz. Leemann, *Scweizerisches Zivilgesetzbuch - Sachenrecht*, II. Abteilung, m. 828, kenar no.2.

satılacağı hakkındaki düzenlemenin de (MK m. 885, fıkra 2), yerinde olmadığı kanısındayım. Çünkü, İcra ve İflas Kanunu'nun taşınmazın tahmin edilen değerinin yüzde kırkı kadar bedelle satılabilmesini ve takdir edilen değere iki yıl boyunca itiraz edilememesini öngören (takip borçluları bakımından da adaletsiz sonuçlar veren) 128. ve 129. maddelerinin ipotekten kurtarma satışlarında uygulanması, ipotekten kurtarma ihbarını alan alacaklıyı, teklif edilen ipotekten kurtarma bedelini, çok düşük olsa bile kabul etmek zorunda bırakabilecektir.

İsviçre'de ipotekten kurtarma satışlarının ihtiyari açık artırma (BK m. 228) şeklinde olması esası kabul edildiği gibi,<sup>20</sup> kantonlara, açık artırma yerine resmi makamlar tarafından değer biçme esasını kabul etme serbestisi de tanınmıştır (İsviçre MK m. 830). Olması gereken hukukumuz bakımından da -ipotekten kurtarma hükümleri muhafaza edilecek ise- yeni malik tarafından teklif edilen bedeli kabul etmeyen alacaklıya, resmi değer takdiri imkânından yararlanma hakkı verilebilir. Esasen, İcra ve İflas Kanunu'muzun 5582 sayılı kanunla değişik 128. maddesinin yeni 3. fıkrası konut finansmanı alacakları ile ilgili takiplerde ipotekli taşınmaza değer takdirinin Sermaye Piyasası Kurulu tarafından izi verilen gayrimenkul değerlendirme kurumları tarafından yapılacağını öngörmektedir ki, yapılacak kanun bakımından bu değer takdiri usulünün bütün cebrî artırmalara uygulanması kanımca yerinde olacaktır.

İcra ve İflas Kanunumuzun rehlin paraya çevrilmesi yoluyla takip hakkındaki hükümlerinin ilk şeklinde, eski 147. maddenin 2. fıkrası "Kanunu Medenin 800 ve 801 inci maddelerine göre ipotekten kurtarma muamelesi başlamış bulunursa bu muamelenin sonunda alacaklı kurtarılan gayrimenkul üzerinde takip ettiği alacağı için rehlin hakkının baki olduğunu icra dairesine karşı ispat etmedikçe o gayrimenkul satılamaz" hükmünü içermekteydi.<sup>21</sup> Halen İsviçre İcra ve İflas Kanunu'nun 153. maddesinin 4. fıkra-

<sup>20</sup> Leemann, *Schweizerisches Zivilgesetzbuch - Sachenrecht*, II. Abteilung, m. 829, kenar no. 10; Honsell / Vogt / Geiser, *Zivilgesetzbuch* (Basler Kommentar), Cilt 2, 2. Bası, madde 829, kenar no. 6.

<sup>21</sup> Aynı şekilde bkz. 1424 sayılı İcra ve İflas Kanunu m. 135, fıkra 2.



smda yer alan bu hüküm, 538 sayılı Kanun değişikliği ile İcra ve İflas Kanunumuzdan çıkartılmıştır.

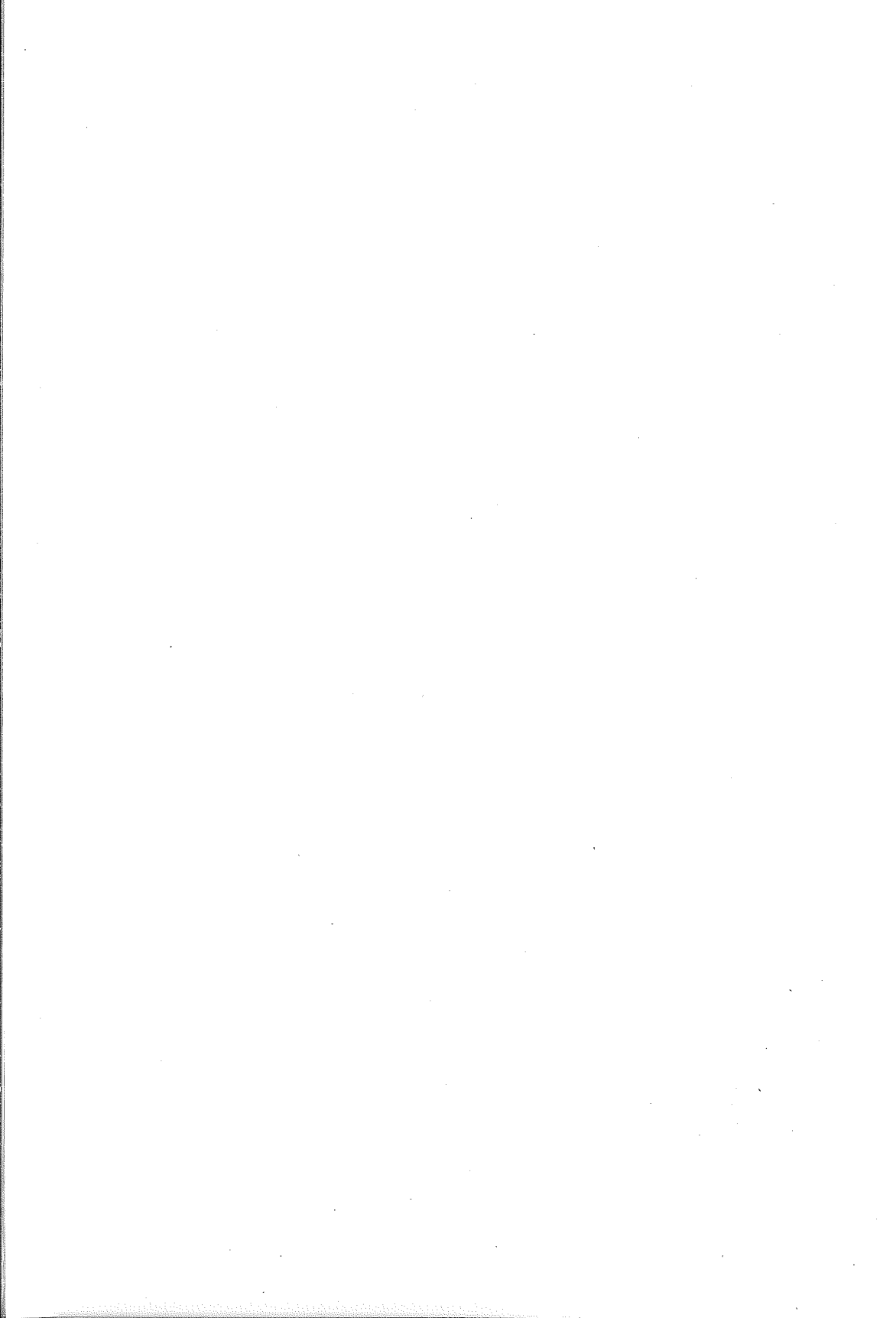
İcra ve İflas Kanunu'nun eski 147. maddesinin 2. fıkrasının 538 sayılı Kanun değişikliği ile kanundan niçin çıkartıldığı gerekçede açıklanmamıştır.<sup>22</sup> Ancak, ipotekten kurtarma işlemi sonunda, borcun ipotekle temin edilen kısmının ödenmesi sonucu rehin hakkı da sona ereceğine göre<sup>23</sup>, rehin hakkının hangi halde baki kalabileceği de açık değildir. Jaeger, bu kanun hükmünün uygulanabileceği tek ihtimal olarak ipotekten kurtulma bildirimini kendilerine tebliğ edilmeyen ve ödeme yapılmayan ipotekli alacaklıların, ipotekten kurtarma işlemi sona ermesine rağmen taşınmaz hakkında rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takip yapabileceklerinden bahsetmektedir.<sup>24</sup> Ancak, açık artırmanın İcra ve İflas Kanunu hükümlerine göre yapıldığı (ve bu nedenle, ipotekten kurtarma bildirimini yanında, açık artırmanın da ilan ve ipotekli alacaklılara tebliğ edilmesinin gerektiği) sistemimizde, Jaeger'in işaret ettiği ihtimalde ihalenin feshi usulü uygulanabilecektir (İİK m. 135, fıkra 6). Bu bakımdan anılan hükmün İcra ve İflas Kanunu'ndan çıkartılmasının bir kanun boşluğuna yol açmadığı kanısındayım.

---

<sup>22</sup> Karş. Burhan Gürdoğan, , *Türk – İsviçre İcra ve İflas Hukukunda - Rehinin Paraya Çevrilmesi*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi, 1967), s. 83 – 84.

<sup>23</sup> Honsell / Vogt / Geiser, *Zivilgesetzbuch* (Basler Kommentar), Cilt 2, 2. Bası, madde 828, kenar no. 12; Oğuzman / Seliçi / Oktay-Özdemir, *Eşya Hukuku*, 11. Bası, s. 741; Adrian Staehlin / Thomas Bauer, Daniel Staehlin, *Kommentar zum Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs*, Cilt 1 (Basel / Cenevre / Münih: Helbig & Luchtenhahn, 1998), madde 153 (Bernheim/Känzig), kenar no. 28.

<sup>24</sup> Jaeger, Carl, *Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs*, Cilt I, 3. Bası (Zürih: Art. Institut Orell Füssli, 1911), madde 153, kenar no. 5 (s. 522).



## NÜMUNE ÜZERİNE SATIM

Yard. Doç. Dr. R. Cem DİNAR\*

### A. GENEL OLARAK

Nümune üzerine satım, ticari hayatta oldukça çok rastlanan ve pratik açıdan önemi fazla olan bir satım türü olup, Borçlar Kanunumuzun 218. maddesinde düzenlenmiştir. Kenar başlığı nümune üzerine satım olan bu madde sadece ispat yükü açısından bir takım esaslar getirmektedir. Bunun dışında herhangi bir düzenlemeye rastlanılmayan bu satım türünden ne anlaşılması gerektiği hususunun açıklığı kavuşturulabilmesi için, “nümune üzerine satım” kavramının, niteliğinin, şartlarının ve hükümlerinin belirlenmesi gerekmektedir. Çalışmamızda öncelikle bunlar ele alınacak, daha sonra ise ispat yükü üzerinde durulacaktır.

### B. KAVRAM

Bir satım sözleşmesinde taraflar, teslim edilecek malın alıcıya veya üçüncü bir kişiye bırakılan bir örneğe<sup>1</sup> veya tespit ettikleri bir mala uygun olması üzerinde anlaşmaları takdirde yapılan bu satım sözleşmesine nümune üzerine satım denir<sup>2</sup>.

---

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> Akıntürk, T., Satım Akdinde Hasarın İntikali, Ankara 1966, s. 148; Velidedeoğlu/ Özdemir, Türk Borçlar Kanunu Şerhi (Genel - Özel), C. 1-2, Ankara 1987, s. 428; Bilge, N., Borçlar Hukuku Özel Borç Münasebetleri, Ankara 1971, s. 107.

<sup>2</sup> Bucher, E., Obligationenrecht Besonderer Teil, 3. Auflage, Zürich 1988, s. 128; Tandoğan, H., Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, C. I/ 1, İstanbul 1988, 5. Bası, s. 292; “Bu sayede satılanın nitelikleri bir örnek üzerinde

Taraflar aralarında anlaşmak suretiyle nümune oluşturacak malı alıcıya veya üçüncü bir kişiye bırakarak gerçekte ifa edilecek malın söz konusu nümuneye uygun olacağını satımla birlikte kararlaştırmaktadırlar. Böylece satım konusu malın bir bölümünü oluşturan nümune sayesinde, alıcı, ifa edilecek malın niteliğini öğrenebilme olanağına kavuşmaktadır.

### C. NİTELİĞİ VE KONUSU

Nümune üzerine satımın konusunu ancak “taşınır” şeyler oluşturabilir. Taşınmazların nümune üzerine satımının yapılması mümkün değildir. Çünkü bu tür satımlarda yer alan tevdi edilme şartı taşınmazlar açısından gerçekleşmez. Bu tarz satımlarda, satılan şeyin mutlaka nevi<sup>3</sup> olarak belirlenen taşınır şeyler olması gerekmektedir<sup>4</sup>. Ferden muayyen hale getirilen şeylerin (parça borçlarının)<sup>5</sup> nümune üzerine satımı ise düşünülemez<sup>6</sup>.

---

somutlaştırılmış olmaktadır” bkz. **Yavuz, C.**, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş 6. Baskı, İstanbul 2002, s. 195; **Uygun, T.**, Açıklamalı-İçtihatlı Borçlar Kanunu, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku, C. 5, Ankara 2003, s. 5304. Ayrıca “nümuneye göre satımdaki amacın satılan malın niteliklerinin nümune olarak belirlenmiş ve ayrılmış olan bir maldaki niteliklerini mukayese suretiyle belli edilmesi” hususunda bkz. **Erdem, N.**, Türk Borçlar Kanunu Şerhi ve Davaları, C. 2, Ankara 1988, s. 260; **Dalamanlı, L.**, Borçlar Kanunu Şerhi, C. 2, Ankara 1977, s. 178; **Dalamanlı/ Kazancı/ Kazancı**, İlmî ve Kazai İçtihatlarla Açıklamalı Borçlar Kanunu, C. III, Ankara 1990, s. 348.

<sup>3</sup> “Borcun konusu sadece nevi (cinsi) belirtilmek suretiyle miktar olarak tayin edilmişse, nevi borcundan söz edilir” **Oğuzman/ Öz**, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş 5. Baskı, İstanbul 2006, s. 6; “edimin konusunu teşkil eden şey, bir cinsin veya türün işaret ve özelliklerine göre tayin edildiği takdirde cins veya çeşit borcundan bahsedilir” **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, Tekinay Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Yenilenmiş 7. Bası, İstanbul 1993, s. 12.

<sup>4</sup> Nümune üzerine satım daima belli (tür) cins mal satımıdır. **Bucher, E.**, s. 128. Aynı yönde bkz. **Larenz, K.**, Lehrbuch des Schulrechts, Band II, Halbband 1, Besonderer Teil, 13. Auflage, München 1986, s. 142; **Akıntürk, T.**, s. 148; **Erdem, N.**, s. 260.

<sup>5</sup> “Verme borcunun konusu olan edim özel vasıflarına göre yeter derecede belirlenmiş bir şey ise, parça borcundan (ferden muayyen borçtan) söz edilir” **Oğuzman/ Öz**, s. 6; “Edim maddi bir şeye ilişkin olduğu ve o şey tek başına

Nümune üzerine bir satımdan söz edebilmek için, satılan malın, taraflarca üzerinde uyuşulan bir nümuneye (örneğe) uygunluğunun taahhüt edilmiş<sup>7</sup> olması gerekir. Diğer bir deyişle, nümune olarak alıcı veya üçüncü kişiye bırakılan (nümune) malın, yapılmak istenen sözleşmedeki mala uygun olduğunun garanti edilmiş olması gerekir. Ancak hemen belirtmeliyiz ki, anılan nümune, satıma konu olan malın çok az bir miktarıdır. Alıcı veya üçüncü kişinin elinde bulundurduğu bu nümune, tarafların ifa sırasında satılan şeyin nitelikleri hususunda anlaşıklarını gösteren ve bir uyuşmazlık çıktığında bu uyuşmazlığı ortadan kaldıracak olan maddi bir delil olarak mevcut bulunacaktır<sup>8</sup>.

Nümune üzerine satımda, nümuneye uygunluk, satım hükümlerinin bağlı olduğu bir şart olmayıp<sup>9</sup>, satım sözleşmesi baştan

---

sahip olduğu özelliklere ve işaretlere göre tayin edildiği takdirde parça borcundan bahsedilir. Bir borcun parça borcu mu çeşit borcu mu olduğu ise, tarafların bu konudaki iradelerine ve borç ilişkisinin kapsamına bakarak tayin edilir” **Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop**, s. 12.

<sup>6</sup> **Bucher, E.**, s. 128; **Larenz, K.**, s. 142; **Feyzioğlu, F.**, Borçlar Hukuku, 2. Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri (Özel Borç İlişkileri), C. 1, 4. Bası, İstanbul 1980, s. 129, **Uygur, T.**, s. 5303; **Erdem, N.**, s. 260; “Rembrant’ın bir yapıtının örneğinin verilmesinin düşünülemediği” hakkında bkz. **Zevkliler/ Aydoğdu/ Petek**, Zevkliler Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 6. Bası, Ankara 1998, s. 62.

<sup>7</sup> “Nümune üzerine (eşantiyonlu) satım, nümune malın (eşantiyonun) niteliklerinin BK. m. 194 anlamında vaad edilmiş (kalitesinin garanti edilmiş) sayıldığı satımdır” **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul 1992, s. 129

<sup>8</sup> **Feyzioğlu, F.**, s. 129; **Becker, H.**, Berner Kommentar, Band IV, 2. Abteilung, Die einzelnen Vertragsverhaeltnisse, (Art. 184-551 OR.), 1. Auflage, Bern 1934, Art. 222, N. 7.

<sup>9</sup> **Becker, H.**, Art. 222, N. 1; **Oser/ Schönenberger**, Züricher Kommentar, Band IV, Das Obligationenrecht, 2. Teil, (Art. 184 – 418 OR.), 2. Auflage, Zürich 1936, Art. 222, N. 1; **Staudinger/ Mayer-Maly**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Zweites Buch: Recht der Schuldverhaeltnisse (433 - 580), 12. Auflage, Berlin 1980, 494, N. 1; **Soergel/ Siebert**, Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetz Kohlkammer-Kommentar, Band 2/ 2, Schuldrecht (435-515), 12. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz 1987, 494, N. 1 **Tandoğan, H.**, s. 292. “Nümune üzerine satım, bir şarta bağlı satım demek değildir” bkz. **Yavuz, C.**, s. 195; **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, s. 129; **Arslanlı, H.**, Ticari Bey, II. Hususi Kısım,

itibaren taraflar arasında hükümlerini kesin olarak doğurur<sup>10</sup>. Çünkü taraflar nümunenin bırakıldığı (tevdî edildiği) esnada bunun bir nümune üzerine satım olduğu konusunda anlaşmaya varmışlardır<sup>11</sup>. Sözleşme de bu andan itibaren taraflara borç yüklemeye başlar. Satılan malın nümuneye uygun olması gerektiği bir şart olarak karşımıza çıkmış olsaydı, teslim edilen mal nümuneye uymadığında taraflar için ne bir alacak, ne de bir borcun doğması gerekirdi. Satıcının nümuneye uymayan bir ifası söz konusu olacağından şartın gerçekleşmemesi sonucu meydana çıkardı. Oysa nümuneye uymama durumunda dahi, tarafların alacak ve borçları ortaya çıkar<sup>12</sup>.

Nümuneye uygun olmayan bir malın ifası söz konusu olduğunda, alıcı, ayıba karşı tekeffül hükümleri uyarınca satıcıyı sorumlu tutar ve buna göre de sözleşmenin feshedilmesini veya satım konusu şeyin bedelinde indirim yapılmasını<sup>13</sup> ya da satılan malın ayıptan ari misli ile değiştirilmesini isteyebilme hakkı bulunmaktadır<sup>14</sup>.

Satıcı, nümunede var olan özellikleri, nümuneyi alıcı veya üçüncü bir kişiye bırakmak suretiyle tekeffül etmektedir. Her satım sözleşmesinde olduğu gibi, bu tür satım sözleşmelerinde de tarafların elde etmek istedikleri bir takım menfaatler vardır. Teslim edilen malın bu menfaatlere elverişli olmaması veya bu elverişlilik halinden daha aşağı bir nitelikte olması bir rol oynamaz. Satılan malın

---

Satım Sözleşmesinin Muhtelif Nevileri, 3. Bası, İstanbul 1952, s. 659; Bilge, N., s. 107; Erdem, N., s. 260-261. Ayrıca "nümune üzerindeki uzlaşma satım sözleşmesinin bağlı kılındığı bir şart olmadığı için nümune üzerine satım şartı bağlı bir satım olarak ele alınmaz" Antalya, O. G., Türk İsviçre ve Alman Hukuklarında Tecrübe veya Muayene (Alıcının Onaylaması) Şartıyla Satım, Doktora Tezi, İstanbul 1993, s. 97.

<sup>10</sup> Bucher, E., s. 128; Zevkliler/ Aydoğdu/ Petek, s. 62.

<sup>11</sup> Becker, H., Art. 222, N. 2; Bucher, E., s. 128.

<sup>12</sup> Dalamanlı / Kazancı / Kazancı, s. 347; Erdem, N., s. 261; Dalamanlı, L., s. 178.

<sup>13</sup> Tandoğan, H., s. 292; Feyzioğlu, F., s. 129; Uygur, T., s. 5304; Arslanlı, H., s. 659; Erdem, N., s. 261; Dalamanlı, L., s. 178; Zevkliler/ Aydoğdu/ Petek, s. 62-63.

<sup>14</sup> Yavuz, C., s. 195.

nümuneye uygun olması yeterlidir<sup>15</sup>. Ayrıca nümuneye benzerliğin yanı sıra diğer özellikleri garanti etmek mümkündür. Örneğin, nümunesi verilen tohumun belli bir ağırlıkta olması hususunda garanti verilebilir. Bunların yanında söz konusu garanti ticari uygulamadan ortaya çıkabileceği gibi, eşyanın doğasından da ortaya çıkabilir. Taraflar, satılan malın nümunedeki özelliklerinden yalnızca bir kısmını taşıması konusunda da anlaşabilirler. Örneğin, dokumanın rengi hususunda değil de, çeşidi konusunda anlaşmaya varabilirler<sup>16</sup>.

Nümunede görülebilen ayıplar, teslim edilen malda da bulunmaktaysa, alıcı bunlara itiraz edemez, çünkü nümunede gördüğü ayıplara rağmen satım sözleşmesine taraf olmuştur. Oysa nümunedeki gizli ayıplardan dolayı ise, alıcı, satıcıyı ayıba karşı tekeffül hükümlerinden sorumlu tutabilir<sup>17</sup>. Diğer bir deyişle, satıcıyı, nümunede mevcut olup, fakat ilk bakışta nümuneden anlaşılamayan gizli ayıplardan dolayı sorumlu tutabiliriz.

Sözleşmenin kurulması sırasında satıcı, satmayı düşündüğü mala tümünden sahip olmamakla birlikte, diğer bir deyişle satmayı düşündüğü bu maldan elinde yeterli miktarda olmamakla birlikte, nümunesini vermek suretiyle yine nümuneye üzerine satım sözleşmesini geçerli olarak yapabilir. Hatta satmayı düşündüğü mal elinde bulunmuyorsa bile, aynı şekilde nümuneyi vermek suretiyle bu tür satım sözleşmesini meydana getirebilir<sup>18</sup>. Ancak her iki halde de satıcının ifası gereken malı en geç ifa zamanına kadar temin etmesi gerekmektedir<sup>19</sup>.

<sup>15</sup> Becker, H., Art. 222, N. 1-2; Larenz, K., s. 142; Tandoğan, H., s. 292.

<sup>16</sup> Oser/ Schönerberger, Art. 222, N. 2-3; benzer bir örnek için bkz. Bucher, E., s. 128.

<sup>17</sup> Guhl/ Merz/ Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, Zürich 1972, 6. Auflage, s. 304; Bucher, E., s. 128-129; Tandoğan, H., s. 293; Dalamanlı/ Kazancı/ Kazancı, s. 348; Dalamanlı, L., s. 178.

<sup>18</sup> Oser/ Schönerberger, Art. 222, Nr. 7; Guhl/ Merz/ Kummer, s. 303.

<sup>19</sup> Feyzioğlu, F., s. 130; Benzer bir yorum için bkz. Tandoğan, H., s. 293; Yavuz, C., s. 196.

## D. ŞARTLARI

Nümuneye üzerine satımdan söz edebilmek için aşağıdaki şartların var olması gerekmektedir.

### 1. Nümunenin bırakılması (tevdii)

Bu konuda değişik görüşler olmakla birlikte bizim de katıldığımız baskın görüşe<sup>20</sup> göre, nümunenin alıcı veya bir üçüncü kişiye bırakılmış (tevdi edilmiş) olması gerekmektedir. En azından nümunenin tevdi edilmiş olması satımın nümuneye üzerine yapıldığına bir karine teşkil eder<sup>21</sup>. Kanaatimizce, bir mal nümuneye olarak alıcıya veya bir üçüncü kişiye bırakılmamışsa (tevdi edilmemişse), ortada bir nümuneye üzerine satımdan söz edilemez. Çünkü bu satım çeşidinde, satılanın nitelikleri bir nümuneye (örnek) üzerinde somutlaştırılmaktadır<sup>22</sup>. Ayrıca aksinin düşünülmesi, nümuneye üzerine satımın tanımını verirken belirtilmiş olan "bırakılan bir örneğe yahut tespit ettikleri mala uygun olması hususunda anlaşmaları takdirde nümuneye üzerine satım gerçekleşir" ibaresine de ters düşmektedir.

Diğer görüşe<sup>23</sup> göre ise, satılan şeyin nitelikleri satıcının elinde bulundurduğu somut bir örneğe göre tespit edilebiliyorsa, nümuneye bırakılmamış (tevdi edilmemiş) olsa bile nümuneye üzerine satım vardır. Çünkü satıcının elinde bulundurduğu somut bir örneğe dayanarak satılan şeyin nitelikleri bir başkasına bırakılmaksızın (tevdie gerek olmaksızın) ortaya konulmaktadır.

<sup>20</sup> Becker, H., Art. 222, N. 1-2; Oser/ Schönerberger, Art. 222, N. 5; Tandoğan, H., s. 293; Zevkliler/ Aydoğdu/ Petek, s. 62; Feyzioğlu, F., s. 131; Uygur, T., s. 5305; Velidedeoğlu/ Özdemir, s. 428; Dalamanlı/ Kazancı/ Kazancı, s. 348; Bilge, N., s. 107; Erdem, N., s. 262; Dalamanlı, L., s. 178; Yavuz, C., s. 195; Antalya, O. G., s. 97.

<sup>21</sup> Oser/ Schönerberger, Art. 222, N. 6; Dalamanlı, L., s. 178.

<sup>22</sup> Ayrıca bu tür satımda alıcıya veya bir üçüncü kişiye bırakılan malın sözleşmede vaad edilen niteliklere uygun olduğunu ispatlamak açısından da, satıcının, nümuneyi alıcı veya bir üçüncü kişiye bırakması gerekmektedir.

<sup>23</sup> Arslanlı, H., s. 661-662.



## 2. Tarafların nümuneyi tespit etmiş olması

Sözleşmenin kurulmasından önce veya hiç değilse sözleşmenin kuruluşu esnasında nümunenin taraflarca tespit edilmiş olması gerekir<sup>24</sup>. Çünkü bu tür satım sözleşmesi, tarafların belirleyip, üzerinde anlaşmaya vardıkları bir nümuneye (örneğe) göre kurulmuştur. Satım sözleşmesi de bu nümuneye dayandırılmaktadır. Şayet sözleşmenin kurulmasından sonra, fakat borcun ifasından önce alıcıya bir nümune verilecek olursa, bu nümune, malın imalatı konusunda alıcıya bir fikir vermektен öteye geçmeyeceğinden, ortada nümune üzerine bir satım da olamaz<sup>25</sup>. Böyle olduğu takdirde, sözleşme nümune üzerine satım sözleşmesi olmadığı için, alelde bir satım sözleşmesi niteliğinde olacaktır. Taraflar en geç sözleşmenin kurulması anına kadar nümuneyi belirlemiş olmalıdırlar. Zaten tarafların anlaşmaları da teslim edilecek malın alıcı veya bir üçüncü kişiye bırakılan bir nümuneye (örneğe) veya tespit ettikleri bir mala uygun olması üzerine gerçekleşmektedir.

## 3. Satıcıda, nümunede bulunan nitelikleri tekeffül kastının bulunması

Nümunenin tespit edilmiş olması da tek başına yeterli değildir. Ayrıca satıcının, nümunede bulunan nitelikleri tekeffül (garanti) kastı da olmalıdır. Çünkü nümunenin bırakılmış olması, sözleşmenin kurulması ile bağlantılı olup<sup>26</sup>, satıma konu olan malın bazı niteliklerinin taraflarca kararlaştırılmasını ve nümune üzerine satım da, satımın bir çeşidi olması nedeniyle BK. m. 194 anlamında satılanın kalitesinin garanti edildiğini<sup>27</sup>, diğer bir deyişle, satılanın ayıptan arı olmasının tekeffül edilmesini ifade eder. Çünkü satıcı elinde bulundurduğu malın bütün niteliklerinin ve özelliklerinin nümunede var olduğunu, nümuneyi alıcı veya bir üçüncü kişiye

<sup>24</sup> Oser/ Schöenberger, Art. 222, N. 5; Becker, H., Art. 222, N. 7; Bucher, E., s. 128.

<sup>25</sup> Guhl/ Merz/ Kummer, s. 303; Oser/ Schöenberger, Art. 222, N. 7; Feyzioğlu, F., s. 130; Tandoğan, H., s. 293; Uygur, T., s. 5304; Bilge, N., s. 107

<sup>26</sup> Oser/ Schöenberger, Art. 222, N. 6.

<sup>27</sup> Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 129. Benzer görüş için bkz. Larenz, K., s. 142.

bırakmak suretiyle, satıma konu olan malın nümuneye uygun olduğunu garanti etmektedir. Alıcının satın alma isteğinin kuvvetlendirilmesi amacıyla, daha sonra alıcıya nümune verilmişse, bu, nümune üzerine satım olmaz<sup>28</sup>.

## E. HÜKÜMLERİ

Alıcı veya üçüncü kişiye bırakılan ya da satım sözleşmesinin taraflarının belirledikleri mala uygunluğu konusunda anlaşmaya vardıkları nümune ile satılan malın birbirine tam olarak uygun olması gerekmektedir<sup>29</sup>. Tam olarak uygun olmaktan kastedilen, birbirlerine tıpatıp benzer olması değildir. Aralarında ufak tefek farklılıklar olabilir, ancak bu farklılıklar dürüstlük kuralı uyarınca göz ardı edilebilir. Nümune ile satılan malın niteliklerinin ve özelliklerinin birbirlerine uygunluğundaki karşılaştırmada, taraflar aksini kararlaştırmadıkları sürece, nümunenin bırakıldığı tarihteki durumu göz önüne alınır<sup>30</sup>. Doğaldır ki, taraflar sözleşmede bu tarihi değiştirebilirler. Örneğin, satılan malın ifası sırasında nümune ile satılan malın birbirlerine uygunluğunun karşılaştırılmasının yapılacağı konusunda anlaşabilirler. Ancak kanaatimizce bu karşılaştırmanın yapılması hiç bir şekilde nümunenin bırakıldığı tarihten önceye yürütülemez.

Satılan mal ile nümune arasında herhangi bir uygunluk yoksa, alıcının seçimlik hakkı vardır. Buna göre, alıcı, ya satıma konu olan malı teslim alarak ayıba karşı tekeffül hükümlerinden (BK. m. 194 uyarınca); ya da nümuneye uygun olmayan ifayı reddederek, sözleşmenin ifa edilmemesinin sonuçlarından yararlanır<sup>31</sup>.

Satılan mal ile nümune arasındaki uygunluk kontrolü yapıldıktan sonra her ikisinin de birbirlerine uygun oldukları konusunda

<sup>28</sup> Bucher, E., s. 128; Feyzioğlu, F., s. 130; Uygur, T., s. 5305; Arslanlı, H., s. 662.

<sup>29</sup> Bucher, E., s. 128; Larenz, K., s. 142.

<sup>30</sup> Feyzioğlu, F., s. 131; Yavuz, C., s. 196.

<sup>31</sup> Bucher, E., s. 128; Tandoğan, H., s. 292; Bilge, N., s. 108; Velidedeoğlu/Özdemir, s. 428.

herhangi bir uyuşmazlık ortaya çıkmazsa, satıcı, nümunenin iade edilmesini talep edebilir. Çünkü nümunenin verilmiş olması satılan malın ifasının bir bölümünü oluşturmaz<sup>32</sup>. Dolayısıyla uygunluk kontrolü esnasında nümunenin tüketildiği veya tahlil edilmesi gereken durumlar dışında, satıcı, alıcıdan nümuneyi geri vermesini isteyebilir<sup>33</sup>. Ayrıca tüketme hali dışında, nümunelerin değeri yüksek ise, tahlilden sonra bile bunların geri istenebilmesi mümkündür<sup>34</sup>.

Ancak kanaatimizce, sadece değeri değeri yüksek nümunelerin değil, değeri ne olursa olsun, diğer nümunelerin tahlil edilmesi sırasında, bu tahlil, nümunenin niteliklerini ve özelliklerini değiştirmiyorsa, tahlilden sonra bile nümunenin geri istenebilmesi mümkün olmalıdır. Çünkü daha önce de belirttiğimiz üzere, nümunenin verilmiş olması satılan malın ifasının bir bölümünü oluşturmaz. Burada geri isteyebilme ölçütü ise her somut olayda araştırılmalı ve somut olayın özellikleri de dikkate alınmak suretiyle, nümune buna göre geri istenebilmelidir. Doğaldır ki, alıcı da bu talebi yerine getirmek durumundadır.

Kendisine nümune olarak mal bırakılan kişinin<sup>35</sup>, söz konusu nümunenin satılan mala uygun olduğu kanaatine varıncaya kadar nümuneyi saklaması veya onun bozulmaması için gerekli bir takım önlemleri alması gerekmektedir<sup>36</sup>. Bunun doğal sonucu olarak, satılan mal ile nümune arasında uygunluk olmadığı konusunda taraflar arasında bir uyuşmazlık çıkarsa, mal kendisine bırakılan kişi, saklamış olduğu veya bozulmaması için gerekli önlemleri alarak nümunenin kendisine bırakıldığı tarihteki durumu ile korumuş bulunduğu nümuneyi göstererek, malın, nümuneye uygun olduğunu ispat etme yükünden kurtulmuş olur. Örneğin, nümune olarak kendisine bir top kumaş bırakılan manifaturacının, nümune top kuma-

<sup>32</sup> Dalamanlı/ Kazancı/ Kazancı, s. 348; Erdem, N., s. 264; Yavuz, C., s. 196.

<sup>33</sup> Tandoğan, H., s. 295; Feyzioğlu, F., s. 133; Uygur, T., s. 5305.

<sup>34</sup> Arslanlı, H., s. 666; Tandoğan, H., s. 295.

<sup>35</sup> Bu kişi, alıcı veya bir üçüncü kişi olabilir.

<sup>36</sup> Tandoğan, H., s. 295; Bilge, N., s. 108.

şın, mağazasında bulunan diğer kumaşlarla karışmasını önleyecek tedbirleri alması gerekir.

## F. İSPAT YÜKÜ

### 1. Genel Olarak İspat Yükü

Bir davada kimin haklı olup olmadığının belirlenebilmesi için tarafların, kendilerine düşen ispat yükünü<sup>37</sup> yerine getirmeleri gerekmektedir. Bunun için de taraflar iddialarının doğruluğuna hakimi inandırmalıdır. İspat yükü kendisine düşen taraf, bunu gerçekleştiremezse, davasını kaybetme riski ile karşılaşır<sup>38</sup>.

Bir davada ispat yükü kime aittir? Bu konuda Medeni Kanunumuzun 6. maddesi genel bir düzenleme getirmiştir. Anılan maddeye göre, kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça, taraflardan her biri, hakkını dayandırdığı olguların varlığını ispatla yükümlüdür. Ancak 6. maddede düzenlenen bu (genel) kural, ispat yükü sorununu çözmeye tek başına yeterli değildir. Çünkü her ne kadar 2002 yılında yeni bir Medeni Kanun<sup>39</sup> yapılmış olsa da, bu madde, ispat yükü kuralını tam olarak yansıtabilecek şekilde kaleme alınmamıştır. Bu maddeyi kaynak İsviçre Medeni Kanununun 8. maddesinde yer alan hüküm şeklinde anlamak gerekir. Anılan hükme göre, kanun, başka bir yerde belirtmedikçe, bir olaydan (vakıyadan) kendisinin lehine haklar çıkaran kimse, o olayı (vakıyı) ispat et-

<sup>37</sup> Genel olarak ispat yükü kavramı ve ispat yükü kuralı hakkında geniş bilgi için bkz. **Pekcanitez/ Atalay/ Özekes**, Medeni Usul Hukuku, 6. Bası, Ankara 2007, s. 421-425.

<sup>38</sup> **Üstündağ, S.**, Medeni Yargılama Hukuku, C. I-II, 7. Bası, İstanbul 2000, s. 613. Ayrıca "kendisine ispat yükü düşen ve fakat bunu yerine getiremeyen taraf davacı ise, davasını ispat edememiş sayılacağı ve davanın bu nedenle reddedileceği" hususunda bkz. **Kuru, B.**, Hukuk Muhakemeleri Usulü, C. II, 6. Bası, İstanbul 2001, s. 1981 vd.; **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, Medeni Usul Hukuku, Ders Kitabı, 18. Bası, Ankara 2007, s. 375-380.

<sup>39</sup> 4721 sayılı Medeni Kanunumuz 08.12.2001 tarih ve 24607 sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır. Kanunumuzun kabul tarihi: 22.11.2001, yürürlük tarihi: 01.01.2002'dir

melidir. Diğer bir deyişle, davacı, iddiasını; davalı savunmasını dayandırdığı maddi olayları ispat etmelidir<sup>40</sup>.

Genel kural bu olmakla birlikte, bu kuralın bazı istisnaları (özel esasları) vardır. Bu sonuca MK. m. 6 ve ZGB. Art. 8’de yer alan ifadelerden varmak mümkündür. Çünkü madde metinlerine göre, “kanunda aksine bir hüküm bulunmadıkça (MK. m. 6 uyarınca)” ve “kanun başka bir yerde belirtmedikçe (ZGB. Art. 8 uyarınca)” ibareleri yer almaktadır. Dolayısıyla genel kuralın istisnaları olduğu sonucuna varmak pek zor olmasa gerektir<sup>41</sup>.

Bununla birlikte özel esasları kısaca şu şekilde belirlemek mümkündür<sup>42</sup>.

a) Hakim önünde ikrar edilen olguların ispatı gerekmez. İkrar edilen hususlar çekişmeli sayılmaz (HUMK. m. 238). İkrar, ikrar eden aleyhine o konuda”kesin delil oluşturur<sup>43</sup>.

b) Hayatın olağan akışına uyan (normal) olguların ispatı gerekmez. Diğer bir deyişle, asıl sayılan olayları (vakıaları) ileri süren kişiler bunları ispatlamakla yükümlü değildirler. Aksine, ispat yükü, bu normal durumun normal olmadığını iddia eden tarafa dü-

<sup>40</sup> **Kuru/ Arslan/ Yılmaz**, s. 375 vd.; **Üstündağ, S.**, s. 615. Yargıtay’ın bir kararına göre, “Eser sözleşmesinde yüklenici ne iş yaptığını, iş sahibi ise ödediği miktarı ispat etmekle yükümlüdür” Yargıtay 15. HD.’nin 01.06.2004 tarih ve 2910 E., 3042 K. sayılı kararı (YKD. 2005, S. 2, s. 68). Diğer başka bazı kararlar için bkz. (Yargıtay 16. HD.’nin 12.12.2003 tarih ve 12293 E., 11083 K. sayılı kararı) YKD. 2005, S. 2, s. 234; (Yargıtay 19. HD.’nin 12.11.2004 tarih ve 9784 E., 11359 K. sayılı kararı) YKD. 2005, S. 2, s. 247.

<sup>41</sup> Konu ile ilgili geniş bilgi için bkz. **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, s. 425-426; **Üstündağ, S.**, s. 624-625.

<sup>42</sup> **Oğuzman/ Barlas**, Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, 10. Bası, İstanbul 2003, s. 210-214.

<sup>43</sup> **Kuru, B.**, s. 2049 vd.. Kesin delilden maksat, hakimi bağlayıcı delildir. Kesin delil ile ispatlanan olay hakkında hakimın takdir yetkisi yoktur. Olayı kabul etmeye mecburdur. **Kuru, B.**, s. 2032-2034.

şer<sup>44</sup>. Bir durumun normal sayılıp sayılmayacağı genel hayat tecrübelerinden<sup>45</sup> çıkarmak gerekir.

c) Herkesçe bilinen olguların ispatı gerekmez (HUMK. m. 238/ f. 2). Herkesçe bilinen vakıalar, doğruluğundan şüphe edilmeyen ve herkesin bilebileceği, özel bir uzmanlık gerektirmeden, radyo, televizyon, kitap ve gazete aracılığıyla kolaylıkla öğrenilebileceği kabul edilen olaylardır<sup>46</sup>.

d) Kanunun, ispat yükünü özel olarak belirttiği hallerde bu hükümlere uyulur. Bazı hallerde, özel bir kanun hükmü, ispat yükünün kimin üzerinde olduğunu açıkça gösterebilir. Örneğin, MK. m. 3, kanunun iyiniyete bir sonuç bağladığı hallerde, iyiniyetli olduğunu ileri süren kimseyi değil, onun iyiniyetli olmadığını iddia eden karşı tarafı ispatla yükümlü tutmuştur<sup>47</sup>.

e) İddiasını resmi sicil ve senetlere dayandıran kimse ispat yükünü yerine getirmiş olur (MK. m. 7)<sup>48</sup>.

f) Kanuni bir faraziyeye (kesin kanuni karineye)<sup>49</sup> veya karineye (adi kanuni karineye)<sup>50</sup> dayanan kimse, bunun kapsamına giren konuda ispat yükünden kurtulur.

<sup>44</sup> Akipek/ Akıntürk, Türk Medeni Hukuku, C. I, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri – Kişiler Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2002, s. 217.

<sup>45</sup> “Genel yaşam deneyimlerine ve yaşamın olağan akışına dayanan taraf, iddiasını ispatla yükümlü değildir” YKD. 1986, S. 7, s. 959-960.

<sup>46</sup> Kuru, B., s. 1968 vd.; Pekcamtez/ Atalay/ Özekes, s. 415; Akipek/ Akıntürk, s. 218.

<sup>47</sup> MK’daki bu esasa, karineye benzer bir durum bulunduğu için iyiniyet karinesi denmektedir. Akipek/ Akıntürk, s. 169; Kuru, B., s. 2013. Diğer örnekler için bkz. Oğuzman/ Barlas, s. 214.

<sup>48</sup> Resmi siciller, kanunun alenileşmesini istediği bazı hukuki ilişkileri veya onları kaydetmek için Devlet memurları veya Noterlerce tutulan sicillerdir. Oğuzman/ Barlas, s. 215. Buna karşılık, ispat açısından senet, bir kimsenin, kendi aleyhine delil oluşturmak üzere düzenlediği belgedir. Kuru, B., s. 2073.

<sup>49</sup> Bu kavram hakkında “kanuni kesin karine” veya kısaca “kesin karine” deyimini de kullanılmaktadır. Kuru, B., s. 2012; Akipek/ Akıntürk, s. 220

İster faraziye, ister kesin kanuni karine denilsin, bunların aksi iddia ve ispat olunamaz<sup>51</sup>. Çünkü kanunun belirli bir davranışa bağladığı sonuç kesindir. Örnek olarak, tapu sicillerinin aleni oluşunu (MK. m. 1020/ f. son), hataya, hileye maruz kalan ile tehdit edilen kimse, sözleşme akdetmişse, bununla bağlı olmadığını kanunda belirtilen sürede karşı tarafa bildirmezse bağlı oluşunu (BK. m. 31) verebiliriz.

Yine ister kanuni karine, isterse adi kanuni karine denilsin, burada da, kanun ispat edilen bir olguyu, aksi ispatlanana kadar, ispatı gerekli bir hususun delili saymıştır. Karineye (veya adi kanuni karineye) dayanan kimse, o konuda iddiasını ispatlama yükünden kurtulmuş olmaktadır<sup>52</sup>. Ancak faraziyeden (veya kesin kanuni karineden) farklı olarak, karşı taraf, olayda karinenin (veya adi kanuni karinenin) doğru olmadığını ispatlarsa, karine çürütülmüş olur. Buna karinenin aksinin ispatı denilir<sup>53</sup>. Karinelere (veya adi kanuni karinelere) örnek olarak MK. m. 285/ f. 1, m. 302 ve m. 31'i vermek mümkündür. Ancak hemen belirtmeliyiz ki, bütün bu örneklerde, karinenin (veya adi kanuni karinenin) aksinin ispatlanması mümkündür.

Kanun tarafından öngörülmüş olmamakla birlikte, ispatlanan bir olgudan, başka bir olgunun varlığı veya yokluğu sonucunun çıkartılmasına fiili karine denir<sup>54</sup>. Bir başka deyişle, belli bir olaydan, belli olmayan bir olay için hakim tarafından çıkarılan sonuçlara fiili karine denilir<sup>55</sup>. Fiili karinelere ispat yükünü değiştirme-

<sup>50</sup> Bu kavram hakkında "adi kanuni karine" deyişi de kullanılmaktadır. **Kuru, B.**, s. 2013; **Akipek/ Akıntürk**, s. 220. Kesin olmayan karine niteliğinden dolayı için bkz. **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, s. 417.

<sup>51</sup> **Oğuzman/ Barlas**, s. 211; **Kuru, B.**, s. 2012; **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, s. 418.

<sup>52</sup> **Akipek/ Akıntürk**, s. 220; **Kuru, B.**, s. 2013; **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, s. 418.

<sup>53</sup> **Oğuzman/ Barlas**, s. 212; **Kuru, B.**, s. 2017 vd..

<sup>54</sup> **Oğuzman/ Barlas**, s. 213.

<sup>55</sup> Fiili karinelere, yaşam deneyi kurallarından hakim kanunî kanaat edinmesini sağlayan karinedir. Örneğin, senedin alacaklı tarafından borçluya iade edilmesi, borcun ödendiğine karinedir. **Pekcanitez/ Atalay/ Özkes**, s. 416; **Kuru/**

mekle birlikte, çoğu kez adi kurallara göre ispat edilmesi gerekecek olan vakıalar yerine bir başka, daha kolay ispatlanabilir vakıaları koymak suretiyle ispatın konusunu değiştirirler<sup>56</sup>.

## 2. Nümune Üzerine Satımda İspat Yükü

Borçlar Kanunumuzun 218. maddesinin nümune üzerine satım konusunda ispat yükü açısından bazı düzenlemeler getirdiğine yukarıda<sup>57</sup> değinmiştik. Şimdi bu düzenlemeleri çeşitli olasılıklara göre ortaya koymaya çalışacağız.

a) Sözleşmenin kurulmasında nümunenin bırakılması veya nümunenin belirlenmesi (tayini), nümuneye uygun bir teslimin yapıldığı hususunda ispat açısından bir kolaylık sağlar<sup>58</sup>. Kural olarak, nümune üzerine satım yapıldığını ispat yükü alıcıya aittir<sup>59</sup>. Çünkü normal olan satımın alelade satım olarak olduğuna ve nümune üzerine satım<sup>60</sup> da satım sözleşmesinin bir çeşidi olduğuna göre, söz konusu satımın, anılan türde satım olduğunu iddia eden taraf ki, bu kişi de alıcıdır, o, bu iddiasını ispat etmekle yükümlüdür<sup>61</sup>.

Ancak hemen belirtmeliyiz ki, alıcının elinde bir nümunenin (örneğin) bulunması yapılan satım sözleşmesinin nümune üzerine satım olarak yapıldığına sadece bir karine teşkil eder<sup>62</sup>. Doğaldır ki, bunun aksi ispat edilebilir. Bu ispat yükü ise satıcıya aittir.

---

Arslan/ Yılmaz, s. 375 vd.. Bu konudaki yargı kararlarından örnekler için bkz. Kuru, B., s. 2006 vd..

<sup>56</sup> Üstündağ, S., s. 621.

<sup>57</sup> Yukarıda s. 1.

<sup>58</sup> Guhl/ Merz/ Kummer, s. 303.

<sup>59</sup> Oser/ Schöenberger, Art. 222, N. 11; Feyziöglü, F., s. 132; Erdem, N., s. 263; Bilge, N., s. 107; Yavuz, C., s. 196-197; Dalamanlı, L., s. 178.

<sup>60</sup> Borçlar Kanunumuzun 218. maddesini düzenleyen bu tür satımlar, yine Borçlar Kanunumuzun II. Kısım, 6. bab ve 4. faslında satımın bazı neveleri (türleri) başlığı altında düzenlenmiştir.

<sup>61</sup> Tandoğan, H., s. 294.

<sup>62</sup> Bucher, E., s. 148; Oser/ Schöenberger, Art. 222, N. 6; Tandoğan, H., s. 294; Uygur, T., s. 5305; Dalamanlı/ Kazancı/ Kazancı, s. 349.



Borçlar Kanunumuzun 218. maddesinin 1. fıkrasına göre, nümune üzerine satımda nümune kendisine tevdi edilen taraf, yedindeki nümunenin kendisine teslim edilen nümune olduğunu ispata mecbur olmayıp nümunenin şekli değişse bile bu tagayyür muayenesinin zaruri icabatından ise sözüyle tasdik olunur; diğer tarafın her halde hilafını ispata hakkı vardır.

Satıma konu teşkil eden maldan küçük bir bölümü kendisine nümune (örnek) olarak bırakılan (tevdi edilen) taraf (alıcı) ile karşı taraf (satıcı) arasında, nümunenin gerçekten bırakılan (tevdi edilen) nümune olup olmadığı konusunda bir uyuşmazlık ortaya çıkarsa, alıcı, bu uyuşmazlığa konu teşkil eden ve bu sebeple de göstermiş olduğu nümunenin, satıcı tarafından kendisine bırakılan (tevdi edilen) nümune olduğunu ispat etmek zorunda değildir. Bu durumda nümuneyi saklayan tarafın (alıcının), sadece nümunenin aslına uygun olduğunu beyan etmesi yeterlidir<sup>63</sup>. Ayrıca nümunenin ( tarafların üzerinde anlaştıkları) asıl mala uygun olduğunu ispat etmesi gerekmez<sup>64</sup>. Başka bir deyişle, alıcı, satımın konusunun nümune mal olduğunu, gösterdiği nümunenin satıcı tarafından daha önce kendisine verilmiş (bırakılmış) nümune olduğunu ve teslim edilen malın nümuneye uygun olmadığını ispat etmek zorunda değildir<sup>65</sup>. Aksini iddia eden taraf (satıcı), bu iddiasını ispatlamakla yükümlüdür. Çünkü Borçlar Kanunumuz burada anılan kuralı koymakla, alıcının, sadece nümune ile ( tarafların üzerinde anlaştıkları) asıl mal arasında uygunluk bulunduğu açıklamasını yeterli saymış ve ispat yükünü de satıcıya yüklemiştir.

b) Buraya kadar yapmış olduğumuz açıklamalar gösteriyor ki, satılan malın nümuneye uygun olduğunu ispat etme yükü satıcıya aittir. Ancak Borçlar Kanunumuzun 218. maddesinin 2. fıkrasına göre, nümune alıcının velev kusuru olmaksızın yedinde bozulmuş veya ziyaa uğramış ise, satıcı, satılanın nümuneye muvafakatini ispat ile yükümlü tutulmayıp, aksini iddia eden alıcının ispat etmesi gerekir.

<sup>63</sup> Zevkliler/ Aydoğdu/ Petek, s. 63.

<sup>64</sup> Tandoğan, H., s. 294; Feyzioğlu, F., s. 132; Uygur, T., s. 5305.

<sup>65</sup> Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 129.

Burada karşımıza, nümune malın, alıcı veya bir üçüncü kişi elinde bulunduğu sırada yapılan muayene sonucunda bozulması veya kaybolması veyahut muayene sırasında olmasa da (örneğin muayeneden önce ellerinde bulundurdukları sırada) bozulması veya kaybolması durumlarında ne olacağı sorunu ortaya çıkmaktadır. İşte BK. m. 218/ f. 2, bu durumu düzenlemektedir.

Anılan düzenlemeye göre, alıcı veya bir üçüncü kişiye bırakılan nümune, alıcının kusuru olmaksızın yok olursa, ( tarafların üzerinde anlaşıkları) asıl malın, nümuneye uygun olmadığını ispat etme yükümü alıcıya aittir<sup>66</sup>. Burada önemli olan, alıcının kusuru olsa da olmasa da, nümunenin ( tarafların üzerinde anlaşıkları) asıl mala uygun olmadığını ispat etme yükümlülüğünde olmasıdır.

Diğer bir sorun ise nümunenin yok olması değil, mevcut olmasına rağmen kendilerine bırakıldığı andaki gibi aynı durumda kalmaması, diğer bir deyişle bozulması (kötüleşmesi) halinde ne olacağı sorunudur. Yapılan muayene sonucunda veya muayene yapılmadan önce, nümune, alıcının veya bir üçüncü kişinin elindeyken ve alıcının kusuru olmaksızın bozulmuşsa, alıcı, yine nümunenin ( tarafların üzerinde anlaşıkları) asıl mala uygun olmadığını ispatlamakla yükümlüdür<sup>67</sup>. Çünkü artık nümune ile bırakılan (tevdî edilen) malı karşılaştırma olanağı kalmamıştır. Bu durumda da kendisine veya bir üçüncü kişiye bırakılan malın nümuneye uygun olmadığını iddia eden alıcı, bunu ispatlamak zorundadır.

Burada bozulmadan kastedilen sadece nümunenin kendi niteliğinden gelen bir takım nedenler değildir. Nümunenin, alıcı tarafından niteliklerinin değiştirilmesi için yapmış olduğu bazı işlemler sonucundaki bozulma da dahildir. Yünün temizlenmiş olmasını veya şarabın ekşiliğinin giderilmesi yönünde faaliyetlerde bulu-

<sup>66</sup> Oser/ Schönerberger, Art. 222, N. 14; Guhl/ Merz/ Kummer, s. 304; Bucher, E., s. 129; Tandoğan, H., s. 294; Zevkliler/ Aydoğdu/ Petek, s. 63; Velidedeoğlu/ Özdemir, s. 428; Bilge, N., s. 108; Yavuz, C., s. 197.

<sup>67</sup> Oser/ Schönerberger, Art. 222, N. 15; Guhl/ Merz/ Kummer, s. 304; Bucher, E., s. 129; Tandoğan, H., s. 294; Yavuz, C., s. 197.

nulmasını, nümunenin niteliklerinin alıcı tarafından değiştirilmesine örnek olarak vermek mümkündür<sup>68</sup>.

Bir başka sorun olarak karşımıza şu da çıkabilir. Nümune, alıcı tarafından muayene edilmiştir ve bu muayenenin zorunlu sonucu olarak da, nümune bozulmuş olabilir. Böyle bir durumda ( tarafların üzerinde anlaşmışları) asıl malın nümuneye uygun olduğunu ispat etme yükü satıcıya aittir<sup>69</sup>. Çünkü nümune, (alıcı tarafından) yapılan bir muayene sonucunda bozulmuş ve yine muayenenin sonucunda ortada daha önce alıcı veya bir üçüncü kişiye bırakılan nümunenin niteliklerine uygun olmayan bir nümune (örnek) kalmıştır. Bu durumda alıcının ( tarafların üzerinde anlaşmışları) asıl malın, nümuneye uygun olduğunu ispat etmesine gerek yoktur. Çünkü bunu ispat etme yükü, satıcıya aittir.

Tarafların her ikisi de nümuneden birer parça almışlarsa, bu durumda alıcının elindeki nümuneye değer verilir ve asıl malın, alıcının elinde bulunan nümuneye uygun olup olmadığına bakılır<sup>70</sup>. Bununla birlikte alıcıya bırakılan nümunenin, gerçek nümune olmadığı veya değiştirildiği satıcı tarafından iddia edilirse, satıcının bunu ispat etme hakkı olduğu da bir gerçektir. Bu durumun satıcı tarafından ispatlanması söz konusu olduğunda ise, satıcının elinde bulunan nümuneye değer verilecektir<sup>71</sup>.

## G. SONUÇ

Pratik açıdan oldukça önemli ve ticari hayatta da oldukça sık rastlanan bir satım türü olan nümune üzerine satım konusunu incelemeye çalıştık. Her ne kadar Borçlar Kanunumuzun 218. maddesi bu satım türünü düzenlemiş olsa da, anılan madde sadece ispat yükü açısından bir takım hükümler getirmiştir. Buna karşılık kanunumuzda bu tür satımın ne olduğu, nitelikleri, şartları, hüküm ve

<sup>68</sup> Oser/ Schönerberger, Art. 222, N. 13.

<sup>69</sup> Feyziöglü, F., s. 133; Tandoğan, H., s. 294; Uygur, T., s. 5305;

<sup>70</sup> Becker, H., Art. 222, N. 13.

<sup>71</sup> Guhl/ Merz/ Kummer, s. 304; Aynı yönde görüş için bkz. Zevkililer/ Aydoğdu/ Petek, s. 63.

sonuçları açısından herhangi başka bir düzenleme bulunmamaktadır. Çalışmamızda bunları açıklamaya çalıştık ve aşağıda kısaca değerlendireceğimiz sonuçlara ulaştık.

Bir satım sözleşmesinde taraflar, teslim edilecek malın, alıcı veya bir üçüncü kişiye bırakılan nümuneye ya da aralarında kararlaştırmış oldukları bir mala uygun olması konusunda anlaşmaya vardıkları takdirde, yapılan bu satım sözleşmesi, nümune üzerine satım sözleşmesidir.

Bu tür bir satımın konusunu ancak taşınır mallar oluşturabilir. Satılan şeyin de mutlaka nevi olarak belirlenen taşınır şeyler olması gerekmektedir Buna karşılık, ferden belirlenen taşınır şeyler ile taşınmazlar, nümune üzerine satımın konusunu oluşturmazlar.

Nümune üzerine satımda, nümuneye uygunluk, satım hükümlerinin bağlı olduğu bir şart değildir. Dolayısıyla satım sözleşmesi baştan itibaren taraflar arasında hükümlerini doğurur.

Şartları açısından baktığımızda ise, bir satımın nümune üzerine satım olarak değerlendirilebilmesi için, nümunenin alıcı veya bir üçüncü kişiye bırakılmış (tevdî edilmiş) olması, tarafların en geç sözleşmenin kurulması anında nümuneyi tespit etmiş olması ve satıcıda nümunede bulunan nitelikleri tekeffül kastının bulunması gerekir.

Bu tür satımlarda, önemli olan nümunenin kendisidir. Çünkü taraflar bu nümuneyi esas alarak satım sözleşmesini meydana getirirler. Doğaldır ki, ufak tefek farklılıklara rağmen, kural olarak, satılan malın, nümuneye uygun olması gerekir.

Şayet satılan mal, nümuneye uygun değilse, bu durumda alıcı, seçimlik haklara sahiptir. Alıcı, dilerse kendisine teklif edilen ifayı reddederek sözleşmenin ifa edilmemesinin sonuçlarından yararlanır, dilerse bu teklifi kabul ederek satılan, ama nümuneye uygun olmayan malı teslim alır ve bu durumda da ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanır.

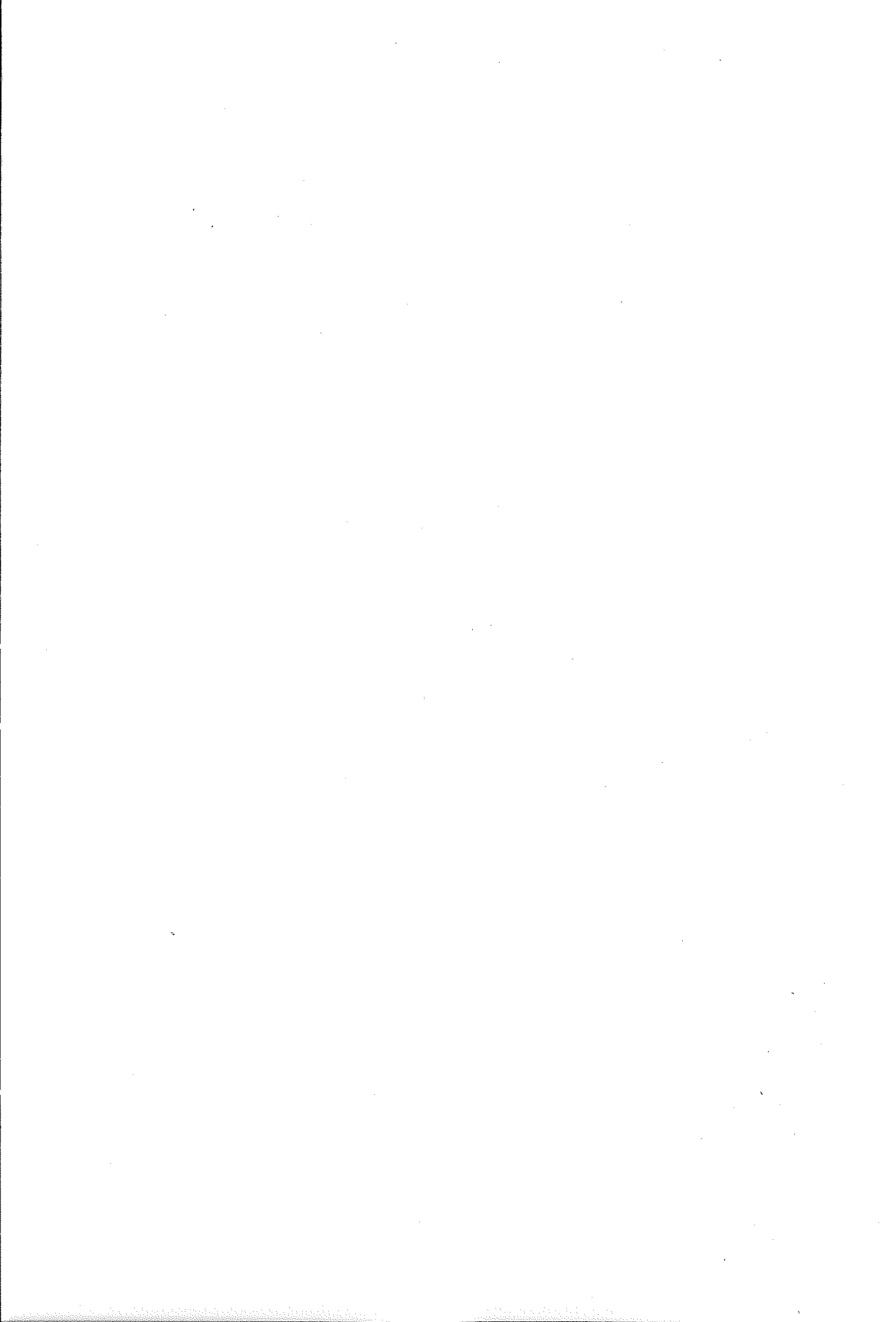
Ancak ne olursa olsun, alıcının, nümuneyi, nümunenin tarafların üzerinde anlaştıkları asıl mala uygun olduğu kanaati oluşun-

caya kadar saklaması ve bu zaman zarfında nümunenin korunması için gerekli önlemleri alması gerekir.

Satılan mal ile nümune birbirine uygun olduğu takdirde, satıcı, uygunluk kontrolü sırasında nümunenin tüketildiği veya tahlil edilmesi gereken durumlar dışında, nümunenin geri verilmesini isteyebilir. Çünkü nümunenin verilmiş olması, malın ifasının bir bölümünü oluşturmaz. Satıcı tarafından nümune geri istendiğinde, alıcı bu isteği yerine getirmek durumundadır.

Sonuçta kural olarak, nümune üzerine bir satım yapıldığını ispat yükü alıcıdadır. Çünkü normal olan satımın alelade satım olarak yapılmasıdır. Bu tür satım ise normal durumun dışındadır ve bunu da iddia eden alıcı olduğuna göre, ispat yükü de kendisindedir. Hemen belirtelim, alıcının elinde bir nümunenin bulunması, yapılan satım sözleşmesinin, nümune üzerine yapıldığına sadece bir karine teşkil eder.

Satılan asıl malın nümuneye uygun olduğunu ve nümunenin bırakılan nümune olup olmadığını ispat yükü satıcıya ise aittir. Alıcı veya bir üçüncü kişinin elinde bulunan nümune yok olur veya bozulursa, alıcının bunda kusuru olsun olmasın, satılan malın, nümuneye uygun olduğunu ispat yükü yine alıcıya aittir. Nümunenin muayene edilmesi halinde, muayenenin zorunlu sonucu olarak, nümune bozulursa, asıl malın nümuneye uygun olduğunu ispat etme yükü ise satıcıya ait olacaktır.



# DIE VERTRAGLICHE UND DELIKTSRECHTLICHE HAFTUNG FÜR DAS VERHALTEN DRITTER IM TÜRKISCHEN RECHT

## MIT BEZUG AUF DEN ENTWURF EINES TÜRKISCHEN OBLIGATIONENRECHTS

Cihan AVCI\*

### A. Deliktsrechtliche Haftung für das Verhalten Dritter: Haftung des Geschäftsherrn

#### I. Entstehungsgeschichte der Haftung des Geschäftsherrn im schweizerischen Recht

Vorbild für Art. 55 Obligationenrecht/OR<sup>1</sup> (Art. 63 des früheren OR) war Art. 1384 Code Civil (1804), wonach der Geschäftsherr für jeden vom Angestellten verschuldeten Schaden ohne Entlastungsmöglichkeiten haften sollte.<sup>2</sup> Es bestand schon in der alten Fassung des OR eine Entlastungsmöglichkeit.<sup>3</sup> Diese

---

\* LL.M. Heidelberg, Wissenschaftliche Mitarbeiterin / Rechtswissenschaftliche Fakultät, Yeditepe Universitaet.

<sup>1</sup> Das schweizerische Obligationenrecht vom 30.3.1911 (in Kraft seit 1.1.1912).

<sup>2</sup> *Von Tuhr, Andreas/Peter, Hans*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 1, 3. Auflage, Zürich 1979, S. 444; *Meyer-Wild, H.*, Zur Haftung des Geschäftsherrn und Familienhauptes, SJZ 1920, S. 217-222, 218; *Trüssel, Fritz*, Die Möglichkeit der Entlastung des Familienhauptes, Geschäftsherrn und Tierhalters, ZBJV 1909, S. 177-185, 183; *Oser, Hugo*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Erster Halbband, 2. Auflage, Zürich 1929, Art. 55 Rn. 1; *Becker, H.*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VI, Bern 1941, Art. 55 Rn. 1.

<sup>3</sup> *Becker*, Art. 55 Rn. 1; *Oser*, Art. 55 Rn. 1 f.

Entlastungsmöglichkeit war im früheren Gesetz anders geregelt, es bedurfte nämlich der Einhaltung „der erforderlichen Sorgfalt“.<sup>4</sup> Nach der neuen Fassung des Art. 55 OR ist die Haftung des Geschäftsherrn etwas milder gestaltet. Erstens hat er nur nach den Umständen gebotene Sorgfalt anzuwenden. Danach ist die Sorgfalt geboten, die sich aus den Umständen nach allgemeiner Ansicht und nach menschlicher Voraussicht empfiehlt. Zweitens wurde dem Geschäftsherrn eine Befreiungsmöglichkeit eingeräumt, wonach er dann nicht haftete, wenn der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.<sup>5</sup> In der älteren Doktrin und Praxis des OR wurde die Haftung des Geschäftsherrn als Verschuldenshaftung angesehen, nämlich Haftung für mangelhafte Beaufsichtigung, wobei nur die Beweislastverteilung zu Lasten des Geschäftsherrn geändert sei.<sup>6</sup> Nach der vom schweizerischen Bundesgericht und von der Rechtsliteratur vertretenen neueren Ansicht besteht eine Zufallshaftung, die durch Zulassung des Exkulpationsbeweises gemildert ist. Der Exkulpationsbeweis wird nur dann als erbracht angesehen, wenn der Geschäftsherr die nach den Umständen gebotene Sorgfalt bei der Auswahl, der Instruktion und der Überwachung der Hilfsperson angewandt hat. Nicht zur Entlastung führt der Nachweis, dass den Geschäftsherrn bei Nichteinhaltung dieser Sorgfalt kein Verschulden trifft, z.B. weil er durch plötzliche Erkrankung gehindert war, für die gebotenen Maßregeln zu sorgen. Der Geschäftsherr haftet also verschuldensunabhängig.<sup>7</sup>

Art. 55 I BK wurde im Jahr 1926 aus dem Art. 55 I OR wörtlich übersetzt und bisher nicht geändert. Am 1. Januar 1972

---

<sup>4</sup> Oser, Art. 55 Rn. 2; Brehm, Roland, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI/1/3/1, Bern 1990, Art. 55 Rn. 49; Trüssel, ZBJV 1909, 180.

<sup>5</sup> Oser, Art. 55 Rn. 5.

<sup>6</sup> von Tuhr/Peter, S. 447 f.; Burckhardt, C. Chr., Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht, ZSR 1903, S. 469-586, 538 ff.; Widmer, Pierre, Grundlagen und Entwicklung der schweizerischen Produkthaftung(-en), ZSR 1995 I, S. 23-54, 28; Auer, Hans, Die Haftung für Hilfspersonen, Bern 1933, S. 21; Becker, Art. 55 Rn.1.

<sup>7</sup> Zum Ganzen“ von Tuhr/Peter, S. 447 f.; Burckhardt, ZSR 1903, 538 ff.; Auer, S. 21; Becker, Art. 55 Rn. 1.



wurde im schweizerischen Obligationenrecht die Bezeichnung „Angestellten oder Arbeiter“ durch „Arbeitnehmer oder Hilfspersonen“ ersetzt.<sup>8</sup> Aus dem alten Wortlaut des Gesetzes konnte man folgern, dass die Geschäftsherrnhaftung einen Arbeitsvertrag voraussetze.<sup>9</sup> Entgegen dem Wortlaut des Art. 55 I OR (alte Fassung) wurde derjenige, der in seinem beruflichen oder häuslichen Kreise eine Tätigkeit einem anderen überträgt und zu der Hilfsperson in einem Überordnungsverhältnis stand, immer als Geschäftsherr angesehen. Die Revision von 1971 hat den Wortlaut des Art. 55 I OR von der Praxis entwickelten Grundsätzen entsprechend geregelt.<sup>10</sup> Deswegen ist diese Gesetzesänderung weder im schweizerischen noch im türkischen Recht von praktischer Bedeutung.<sup>11</sup>

## II. Haftung des Geschäftsherrn im türkischen Recht

### 1. Zweck der Haftung

Art. 55 BK statuiert die Haftung desjenigen, der einen anderen zu einer Verrichtung bestellt hat, für den Schaden, den der Verrichtungsgehilfe in Ausführung der Verrichtung außerhalb irgendeines Schuldverhältnisses irgendwelchem Dritten widerrechtlich zufügt.<sup>12</sup> Dabei geht es um eine gewöhnliche Kausalhaftung, die unabhängig davon entsteht, ob den Geschäftsherrn oder den Verrichtungshilfen ein Verschulden trifft oder nicht.<sup>13</sup> Hinter Art. 55 BK steht der Gedanke, dass derjenige, der die Arbeiter und Angestellten für seine eigenen Interessen

<sup>8</sup> *Brehm*, Art. 55 Rn.11; *von Tuhr/Peter*, S. 444 f.

<sup>9</sup> *Brehm*, Art. 55 Rn.11.

<sup>10</sup> Zum Ganzen: *Auer*, S. 23 ff.; *von Tuhr/Peter*, S. 445.

<sup>11</sup> *Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 3. Auflage, İstanbul 2006, S. 590.

<sup>12</sup> *Oğuzman/Öz*, S. 590; *Kılıçoğlu, Ahmet M.*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Auflage, Ankara 2007, S. 230; *Schwenzer*, § 23, Rn. 12; *Auer*, S. 20; *Meyer-Wild*, SJZ 1920, 217; *Schnyder*, in: *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1-529, 4. Auflage, Basel 2007, Art. 55 Rn. 1; *Brehm*, Art. 55 Rn.4.

<sup>13</sup> *BaslerKommentar/Schnyder*, Art. 55 Rn. 1; *Eren, Fikret*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Auflage, İstanbul 2006, S. 574.

bezieht und aus denen Nutzen hat, auch die Risiken für einen daraus entstehenden Schaden tragen soll.<sup>14</sup>

## 2. Voraussetzungen der Haftung des Geschäftsherrn

### a. Allgemeine Voraussetzungen der Haftung

Die Voraussetzungen für die Haftung entsprechen zum Teil denen der Schadensersatzklage aus unerlaubter Handlung (Art. 41 BK): materielle/immaterieller Schaden, die Rechtswidrigkeit der Handlung der Hilfsperson und Kausalzusammenhang.<sup>15</sup> Der Beweis dieser Voraussetzungen ist vom Geschädigten zu erbringen.<sup>16</sup> Abweichend vom Art. 41 BK setzt diese Haftung kein Verschulden voraus.<sup>17</sup>

### b. Überordnungsverhältnis des Geschäftsherrn zum Verrichtungsgehilfen

Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist der Geschäftsherr der Träger eines Geschäftsbetriebes.<sup>18</sup> Die Rechtsprechung und die Lehre legen den Begriff „Geschäftsherr“ extensiv aus.<sup>19</sup> Geschäftsherr ist nicht nur der Arbeitgeber, der mit der Hilfsperson einen Arbeitsvertrag abgeschlossen hat, sondern jeder, der

<sup>14</sup> Oğuzman/Öz, S. 591; Eren, S. 576; Von Büren, Bruno, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 1964, S. 253; Meyer-Wild, SJZ 1920, 219; Brehm, Art. 55 Rn. 4.

<sup>15</sup> Zum Ganzen: Oğuzman/Öz, S. 594; Kılıçoğlu, S. 230; Schwenger, § 23 Rn. 14; BaslerKommentar/Schnyder, Art. 55 Rn. 6; Oser, Art. 55 Rn. 16 ff.; Eren, S. 578 f.

<sup>16</sup> Oğuzman/Öz, S. 594; Oser, Art. 55 Rn. 17; Eren, S. 578; Guhl/Theo/Koller, Alfred, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000, § 25 Rn. 11.

<sup>17</sup> Oser, Hugo, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Erster Halbband, 2. Auflage, Zürich 1929, Art. 55 Rn.18; Oğuzman/Öz, S. 594; Kılıçoğlu, S. 230; Eren, S. 578; Guhl/Koller, § 25 Rn. 10; Trüssel, Fritz, Die Möglichkeit der Entlastung des Familienhauptes, Geschäftsherrn und Tierhalters, ZBJV 1909, S. 113-119, 115 ff.

<sup>18</sup> Brehm, Art. 55 Rn. 6; von Tuhr/Peter, S. 445; Oser, Art. 55 Rn. 6; Becker, Art. 55 Rn. 2.

<sup>19</sup> Brehm, Art. 55 Rn. 6; von Tuhr/Peter, S. 445; Meyer-Wild, SJZ 1920, 219; Oser, Art. 55 Rn. 7; Guhl/Koller, § 25 Rn. 6.

irgendeine Verrichtung durch eine Hilfsperson besorgen lässt, wobei das Subordinationsverhältnis das entscheidende Kriterium ist. Es muss eine nach der Anschauung des Verkehrs vorhandene Weisungs-, Befehls- und Aufsichtsgewalt vorhanden sein.<sup>20</sup> Die Haftung des Geschäftsherrn bezieht sich auf seine Weisungsbefugnis. Wenn die Weisungs- oder die Aufsichtsmöglichkeit fehlt, ist kein Überordnungsverhältnis vorhanden. So entfällt die Anwendung von Art. 55 BK zwischen Klient und Anwalt, Bauherrn und Architekt<sup>21</sup>, Gesellschaftern einer einfachen Gesellschaft, Kaufmann und Kommissionär, Fahrgast und Taxichauffeur, zwei nebeneinander arbeitenden Unternehmen.<sup>22</sup> Es ist nicht erforderlich, dass das Subordinationsverhältnis auf einem Vertrag beruht.<sup>23</sup> Es kommt auch nicht darauf an, ob die Tätigkeit der Verrichtungshilfen entgeltlich oder unentgeltlich, auf Dauer oder vorübergehend, tatsächlicher oder rechtlicher Natur ist. Das Vorliegen einer tatsächlichen Verwendung einer Hilfskraft reicht aus. Deswegen gilt der Arbeiter, dem der Arbeitgeber die Besorgung einer Verrichtung unter Subordinationsverhältnis überträgt, als Hilfsperson im Sinne vom Art. 55 BK, obwohl der Arbeitsvertrag ungültig ist.<sup>24</sup> Es kann bei Beschäftigung von Hilfspersonen aus fremden Betrieben zum Zweifel führen, wer Geschäftsherr ist, z.B. wenn der Betrieb A dem Betrieb B die Arbeitsleistung seiner regelmäßigen Arbeiter zur Verfügung stellt. Hier ist darauf zu achten, für wen eine Verrichtung vorgenommen wird und wem die

---

<sup>20</sup> 4. HD. 4. 7. 1974 E. 6345, K. 4236.

<sup>21</sup> 3. HD. 30. 9. 1957 E. 6125, K. 5179.

<sup>22</sup> Zum Ganzen: *Oser*, Art. 55 Rn. 7 ff.; *Becker*, Art. 55 Rn. 3; *Guhl/Koller*, § 25 Rn. 6; *von Tuhr/Peter*, S. 445; *Brehm*, Art. 55 Rn. 6 ff.; *Schwenzer*, § 23 Rn. 15 ff.; *BaslerKommentar/Schnyder*, Art. 55 Rn. 7 f.; *Eren*, S. 579 ff.; *von Büren*, S. 253; *Auer*, S. 23 f.; *Oğuzman/Öz*, S. 594 f; *Meyer-Wild*, SJZ 1920, 219 f.

<sup>23</sup> 4. HD. 16. 12. 1965 E. 10501, K. 7453.

<sup>24</sup> Zum Ganzen: *Oğuzman/Öz*, S. 595; *Brehm*, Art. 55 Rn. 7 ff.; *Tekinay*, S. *Sulhi/Akman*, *Sermet/ Burcuoğlu*, *Haluk/ Altop*, *Atilla*, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 7. Auflage, İstanbul 1993, S. 503 f.; *von Tuhr/Peter*, S. 445; *Oser*, Art. 55 Rn. 13 f.; *von Büren*, S. 253; *Auer*, S. 22; *Meyer-Wild*, SJZ 1920, 220.

Weisungs- und Überwachungsbefugnis zusteht; das ist in der Regel der Mieter.<sup>25</sup>

### c. Schädigung in Ausübung der dienstlichen oder geschäftlichen Verrichtung

Die Haftung des Geschäftsherrn wird nur dann ausgelöst, wenn ein funktioneller (innerer) Zusammenhang zwischen Schadenszufügung und auszuführender Verrichtung besteht. Der Schaden muss wegen einer Handlung zugefügt werden, die im Interesse des Geschäftsherrn vorgenommen wird und mit der beauftragten Verrichtung im Zusammenhang steht.<sup>26</sup> So ist der funktionelle Zusammenhang gegeben, wenn die Hilfsperson beim Decken eines Daches einen Ziegel versehentlich fallen lässt und einen Dritten verletzt<sup>27</sup>. Dagegen fehlt der funktionelle Zusammenhang, wenn der Schaden bei Gelegenheit der dienstlichen Verrichtungen verursacht wird und mit den Aufgaben der Hilfsperson nur in einem äußerlichen, örtlichen oder zeitlichen Zusammenhang steht, so z.B. wenn ein Arbeiter im Hause, in welchem er zu arbeiten hat, einen Diebstahl begeht<sup>28</sup>, oder wenn bei einer Schlägerei unter Arbeitskollegen einer von ihnen oder ein Dritter verletzt wird<sup>29</sup>.

Im Fall einer Kompetenzüberschreitung durch die Hilfsperson neigen die Lehre und die Rechtsprechung zur Anwendung von Art. 55 BK. Der funktionelle Zusammenhang entfällt jedoch nicht dadurch, dass die Hilfsperson aus eigener

<sup>25</sup> Zum Ganzen: *Brehm*, Art. 55 Rn. 16 ff; *Oser*, Art. 55 Rn. 11; *BaslerKommentar/Schnyder*, Art. 55 Rn. 9.

<sup>26</sup> Zum Ganzen: 4. HD. 20. 11. 1984 E. 7770, K. 8597; *Oğuzman/Öz*, S. 596; *Eren*, S. 582 ff.; *BaslerKommentar/Schnyder*, Art. 55 Rn. 12 f; *von Tuhr/Peter*, S. 446; *Guhl/Koller*, § 25 Rn. 9; *Schwenzer*, § 23 Rn. 19 f.; *Brehm*, Art. 55 Rn. 21 ff; *Oser*, Art. 55 Rn. 15 f.; *von Büren*, S. 254; *Becker*, Art. 55 Rn. 6 f.

<sup>27</sup> *Oğuzman/Öz*, S. 596; *Eren*, S. 582.

<sup>28</sup> *von Tuhr/Peter*, S. 446; *Oser*, Art. 55 Rn. 15.

<sup>29</sup> *Schwenzer*, § 23 Rn. 20; *Oğuzman/Öz*, S. 596; *Eren*, S. 583.

Initiative ihre Aufgabe erweitert oder sie unrichtig vornimmt.<sup>30</sup> Der Geschäftsherr hat auch für die Schäden einzustehen, die durch die Hilfsperson während einer Pause zugefügt werden, weil Arbeitspausen zur beruflichen Tätigkeit gehören.<sup>31</sup>

### 3. Befreiungsgründe

Wenn dem Geschädigten gelingt, das Vorhandensein der oben genannten Voraussetzungen nachzuweisen, wird angenommen, dass der Geschäftsherr die objektiv gebotenen Maßregeln zur Verhütung des Schadens nicht angewandt hat und die Sorgfaltspflichtverletzung den Schaden verursacht hat.<sup>32</sup> Somit haftet der Geschäftsherr für den Schaden, wenn er nicht beweisen kann, dass er alle nach den Umständen gebotene Sorgfalt angewandt hat, um einen Schaden der eingetretenen Art zu verhüten, oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre.<sup>33</sup>

#### a. Sorgfaltsbeweis

In erster Linie kann sich der Geschäftsherr durch den Nachweis von der Haftung befreien, dass er die nach den Umständen objektiv gebotene Sorgfalt zur Schadensverhütung ausgeübt hat.<sup>34</sup> Der Sorgfaltsbeweis umfasst drei Ebenen<sup>35</sup>:

• Die Sorgfalt in der Auswahl der Hilfspersonen (*cura in eligendo*): Kriterien bei solcher Auswahl hängen von der

---

<sup>30</sup> Zum Ganzen: *Oğuzman/Öz*, S. 596; *Eren*, S. 583; *Schwenzer*, § 23 Rn. 19 f.; *Brehm*, Art. 55 Rn. 25 f.; *BaslerKommentar/Schnyder*, Art. 55 Rn. 13; *Becker*, Art. 55 Rn. 11.

<sup>31</sup> *Eren*, S. 583; *Schwenzer*, § 23 Rn. 19; *Brehm*, Art. 55 Rn. 29; *BaslerKommentar/Schnyder*, Art. 55 Rn. 13.

<sup>32</sup> *Oğuzman/Öz*, S. 597; *Eren*, S. 584.

<sup>33</sup> *Schwenzer*, § 23 Rn. 21; *Oğuzman/Öz*, S. 597 f.; *Eren*, S. 584 ff.; *Kılıçoğlu*, S. 233 f.; *Guhl/Koller*, § 25 Rn. 11 f.; *BaslerKommentar/Schnyder*, Art. 55 Rn. 15.

<sup>34</sup> 15. HD. 13. 3. 1975 E. 2437, K. 1405; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, S. 508; *von Tuhr/Peter*, S. 447; *Schwenzer*, § 23 Rn. 22; *Oğuzman/Öz*, S. 598 f.; *Eren*, S. 584; *Guhl/Koller*, § 25 Rn. 11; *BaslerKommentar/Schnyder*, Art. 55 Rn. 16.

<sup>35</sup> *Oğuzman/Öz*, S. 598; *Eren*, S. 584 f.; *Kılıçoğlu*, S. 233.

vorgesehenen Arbeit ab und die Sorgfaltspflicht des Geschäftsherrn erhöht sich mit der zunehmenden Gefährlichkeit der auszuführenden Verrichtung.<sup>36</sup> Je größer die mit der Verrichtung verbundenen Gefahren sind, desto gewissenhafter ist darauf zu achten, dass die Hilfsperson ihren Aufgaben gewachsen ist.<sup>37</sup> Bei der Auswahl sind vor allem die Erfahrung und die Ausbildung der Hilfsperson sowie ihr Sachverstand, ihre Gewissenhaftigkeit und ihre Zuverlässigkeit zu überprüfen.<sup>38</sup> Diese Sorgfaltspflicht gilt nicht nur bei der Anstellung, sondern auch bei jeder Übertragung einer neuen Tätigkeit.<sup>39</sup>

- Die Sorgfalt in der Instruktion (*cura in instruendo*): Der Geschäftsherr muss mittels Einführungen und Weisungen die Hilfsperson auf ihre Arbeit vorbereiten.<sup>40</sup> Je gefährlicher die auszuführende Arbeit oder je weniger die Hilfsperson mit der ihr übertragenen Verrichtung vertraut ist, umso erforderlicher ist die Erteilung von Anweisungen.<sup>41</sup> Darüber hinaus hat der Geschäftsherr seine Hilfspersonen mit den erforderlichen geeigneten Werkzeugen auszustatten und ihnen gutes<sup>42</sup> und nötiges Material zur Verfügung zu stellen.<sup>43</sup>

- Die Sorgfalt in der Überwachung (*cura in custodiendo*): Die Intensität der Überwachungspflicht hängt wie bei der Pflicht zur Unterweisung von der Art der aufgetragenen Verrichtung und den

<sup>36</sup> *Brehm*, Art. 55 Rn. 55; *Becker*, Art. 55 Rn. 10.

<sup>37</sup> *Schwenzer*, § 23 Rn. 22; *Brehm*, Art. 55 Rn. 55; *BaslerKommentar/Schnyder*, Art. 55 Rn. 18.

<sup>38</sup> *Schwenzer*, § 23 Rn. 23; *BaslerKommentar/Schnyder*, Art. 55 Rn. 18.

<sup>39</sup> *Oğuzman/Öz*, S. 598; *Eren*, S. 585; *Trüssel*, ZBJV 1909, 182 f.; *Brehm*, Art. 55 Rn. 56; *Oser*, Art. 55 Rn. 27.

<sup>40</sup> *Oğuzman/Öz*, S. 598; *Eren*, S. 585; *BaslerKommentar/Schnyder*, Art. 55 Rn. 19.

<sup>41</sup> *Eren*, S. 585; *Schwenzer*, § 23 Rn. 23; *Trüssel*, ZBJV 1909, 181 f.; *Brehm*, Art. 55 Rn. 65; *BaslerKommentar/Schnyder*, Art. 55 Rn. 19.

<sup>42</sup> *Widmer*, ZSR 1995 I, 28.

<sup>43</sup> *Oğuzman/Öz*, S. 598; *von Tuhr/Peter*, S. 447; *Guhl/Koller*, § 25 Rn. 11; *Trüssel*, ZBJV 1909, 182; *Oser*, Art. 55 Rn. 28; *Brehm*, Art. 55 Rn. 88; *Becker*, Art. 55 Rn. 13.

Eigenschaften der Verrichtungsgehilfen ab.<sup>44</sup> Auf zuverlässige, langjährige Arbeiter darf sich der Arbeitgeber verlassen, ohne diese ständig zu ermahnen oder zu überwachen.<sup>45</sup> Eine Überwachung ist grundsätzlich unverzichtbar.<sup>46</sup> Eine gelegentliche Überwachung weckt wieder das Verantwortlichkeitsgefühl der Hilfsperson.<sup>47</sup>

Die vom Geschäftsherrn nachzuweisende Sorgfalt bemisst sich nicht nach seiner persönlichen Situation, sondern nach der objektiv notwendigen und durch die Umstände gebotenen Maßregeln.<sup>48</sup> Der Geschäftsherr haftet auch dann, wenn ihn bei der Nichtanwendung der nach den Umständen gebotenen Sorgfalt kein Verschulden (z.B. Urteilsunfähigkeit oder plötzliche Erkrankung des Geschäftsherrn) trifft.<sup>49</sup>

### **b. Fehlende Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung**

Wenn dem Geschäftsherrn nicht gelingt, den Sorgfaltsbeweis zu erbringen, kann er sich von der Haftung befreien, indem er nachweist, dass der Schaden auch bei Anwendung der gebotenen Sorgfalt eingetreten wäre.<sup>50</sup> Richtiger Auffassung nach folgt diese zweite Befreiungsmöglichkeit bereits aus generellen Kausalitätsregeln, dass ein Dienstherr dann nicht haftet, wenn sein Verhalten zum eingetretenen Schaden gar nicht in relevantem Zusammenhang stand.<sup>51</sup>

<sup>44</sup> Eren, S. 585; Schwenger, § 23 Rn. 23; Trüssel, ZBJV 1909, 181; Oser, Art. 55 Rn. 29; Brehm, Art. 55 Rn. 70; BaslerKommentar/Schnyder, Art. 55 Rn. 20.

<sup>45</sup> Schwenger, § 23 Rn. 23; Brehm, Art. 55 Rn. 70; BaslerKommentar/Schnyder, Art. 55 Rn. 20.

<sup>46</sup> Oğuzman/Öz, S. 598; Eren, S. 585; Brehm, Art. 55 Rn. 70; BaslerKommentar/Schnyder, Art. 55 Rn. 20.

<sup>47</sup> Eren, S. 585; Brehm, Art. 55 Rn. 70.

<sup>48</sup> Oğuzman/Öz, S. 599; Eren, S. 584; von Tuhr/Peter, S. 448; Brehm, Art. 55 Rn. 46; BaslerKommentar/Schnyder, Art. 55 Rn. 16.

<sup>49</sup> Oğuzman/Öz, S. 599; von Tuhr/Peter, S. 448; BaslerKommentar/Schnyder, Art. 55 Rn. 1.

<sup>50</sup> Oğuzman/Öz, S. 599; Eren, S. 586; Schwenger, § 23 Rn. 26; Guhl/Koller, § 25 Rn. 12; Brehm, Art. 55 Rn. 91; BaslerKommentar/Schnyder, Art. 55 Rn. 23.

<sup>51</sup> Kılıçoğlu, S.234; Schwenger, § 23 Rn. 26; Guhl/Koller, § 25 Rn. 12; Brehm, Art. 55 Rn. 92; BaslerKommentar/Schnyder, Art. 55 Rn. 23.

#### 4. Der Rückgriff

Art. 55 II BK gewährt dem Geschäftsherrn einen Rückgriff auf die Hilfsperson, die den Schaden verursacht hat, soweit diese selbst schadenersatzpflichtig ist.<sup>52</sup> Anders als Art. 55 II OR setzt Art. 55 II BK nicht voraus, dass die Hilfsperson selbst dem geschädigten Dritten gegenüber schadenersatzpflichtig sein muss. Aus Natur der Sache ergibt sich, dass die Hilfsperson selbst schadenersatzpflichtig sein muss, damit der Geschäftsherr auf sie Rückgriff nimmt.<sup>53</sup> Ein Regressanspruch des Geschäftsherrn ist in den meisten Fällen schon aus einem Vertragsverhältnis (z.B. Arbeitsvertrag) abzuleiten, das zwischen dem Geschäftsherrn und der Hilfsperson besteht.<sup>54</sup> Denn die Pflicht folgt aus dem Arbeitsvertrag, Schädigungen Dritter zu vermeiden, weswegen der Arbeitgeber für eine Haftung aus Art. 55 I BK einzustehen hat.<sup>55</sup> Der Regressanspruch des Geschäftsherrn aus dem Arbeitsvertrag ist auf jedem Fall bequemer als der Regressanspruch aus Art. 55 II BK.<sup>56</sup> Für einen Regress aus dem Arbeitsvertrag beträgt die Verjährung zehn Jahre und der Arbeitnehmer trägt die Beweislast für seine Schuldlosigkeit nach Art. 96 BK, während nach Art. 55 BK die Verjährung sich auf ein Jahr beläuft und der Geschäftsherr das Verschulden der Hilfsperson nachzuweisen hat.<sup>57</sup>

#### B. Vertragsrechtliche Haftung für das Verhalten Dritter: Haftung für Erfüllungsgehilfen

##### I. Entstehungsgeschichte der Haftung für Erfüllungsgehilfen im schweizerischen Recht

Bis zum 19. Jahrhundert waren die Kantone der Schweiz unter dem Einflussbereich des gemeinen Rechts, wonach der

<sup>52</sup> Oğuzman/Öz, S. 601; Eren, S. 587; von Tuhr/Peter, S. 449; Oser, Art. 55 Rn. 31 f.

<sup>53</sup> Oğuzman/Öz, S. 601.

<sup>54</sup> von Tuhr/Peter, S. 449; Oser, Art. 55 Rn. 33; Brehm, Art. 55 Rn. 109.

<sup>55</sup> Oğuzman/Öz, S. 601; Eren, S. 587; von Tuhr/Peter, S. 449; Oser, Art. 55 Rn. 33.

<sup>56</sup> Oğuzman/Öz, S. 601; von Tuhr/Peter, S. 449.

<sup>57</sup> Oğuzman/Öz, S. 601; Eren, S. 587.



Schuldner ohne eigenes Verschulden nicht haftete. Demnach hatte der Schuldner nur dann für den von Erfüllungsgehilfen angerichteten Schaden dem Gläubiger aufzukommen, wenn ihm ein persönliches Verschulden in der Auswahl, Instruktion oder Überwachung des Gehilfen zur Last fiel.<sup>58</sup> Erst ab dem 19. Jahrhundert ist die Haftung für Erfüllungsgehilfen teilweise strenger geworden. Mit dem Inkrafttreten des ersten Bundesgesetzes über das Obligationenrecht im Jahr 1883 wurden die verschiedenen kantonalen Regelungen vereinheitlicht. Das genannte Gesetz enthielt für Einzelfälle eine Haftung für das Verschulden von Erfüllungsgehilfen, die nicht an ein eigenes Verschulden des Schuldners anknüpfte. Freilich wurde keine Regel vorgesehen, die allgemein die Haftpflicht des Schuldners für Hilfspersonen von seinem Verschulden unabhängig machte.<sup>59</sup>

Art. 115 Satz 1 alte Fassung des Obligationenrechts/aOR lautete: „Der Schuldner ist verantwortlich für das Verschulden der seiner Autorität untergeordneten Familienglieder, seiner Angestellten und Arbeiter“ Im Art. 115 aOR wurde die Haftung für Hilfspersonen gegenüber dem Art. 101 OR (das Vorbild für Art. 100 BK) mit folgenden Abweichungen geregelt: Im Unterschied zu aOR müssen die Hilfspersonen der Autorität des Schuldners nicht unterworfen sein.<sup>60</sup> Während im aOR der Kreis der Erfüllungsgehilfen auf Hausgenossen, Angestellten und Arbeiter beschränkt war, wird dieser Personenkreis im Art. 101 OR als Beispiel erwähnt.<sup>61</sup> Anders als aOR ist der Schuldner nicht nur verantwortlich für den durch die Hilfsperson verschuldeten,

---

<sup>58</sup> Zum Ganzen: *Koller, Alfred*, Die Haftung für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 101 OR, Zürich 1980, Rn. 79 ff.; *Von Tuhr, Andreas*, Zur Haftung für fremdes Verschulden nach OR. Art. 101, SJZ 1921, S. 225-229, 225.

<sup>59</sup> Zum Ganzen: *Koller*, Rn. 92 ff.

<sup>60</sup> *Von Tuhr, Andreas/Siegwart, Alfred*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Auflage, Zürich 1944, S. 564; *Becker*, Art. 101 Rn. 9; *von Tuhr*, SJZ 1921, 227 f.

<sup>61</sup> *Oser*, Art. 101 Rn. 1; *Koller*, Rn. 100; *von Tuhr/Siegwart*, S. 564; *Portmann, Peter*, Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht, Bern 1958, S. 46; *von Tuhr*, SJZ 1921, 228.

sondern für den durch die Hilfsperson verursachten Schaden.<sup>62</sup> Nach der neuen Fassung des Artikels hat der Schuldner nur für den durch die Hilfsperson verursachten Schaden einzustehen, nicht etwa für den Schaden, der durch unbefugtes Eingreifen in die einem anderen zugeteilte Verrichtung die Nicht- oder Schlechterfüllung der Schuldpflicht bewirkt wird.<sup>63</sup> Eine Ausweitung der Haftung wurde mit der Gleichstellung des Ausübungsgehilfen und des Erfüllungsgehilfen herbeigeführt.<sup>64</sup>

## II. Haftung für Erfüllungsgehilfen im türkischen Recht

### 1. Zweck der Haftung

Gemäß Art. 100 Abs. 1 BK hat der Schuldner für den Schaden einzustehen, den ein von ihm zur Erfüllung einer Schuldpflicht oder zur Ausübung eines Rechts eingesetzter Gehilfe in Ausübung dieser Verrichtung verursacht.<sup>65</sup>

Der Sinn des Artikels ist der, wer seinen Tätigkeitsbereich durch Beizug von Erfüllungsgehilfen erweitert, statt selber zu handeln, und aus denen Nutzen hat, soll auch die aus der Mitwirkung seines Gehilfen folgenden Nachteile tragen.<sup>66</sup> Durch Beiziehung von Erfüllungsgehilfen darf die Rechtstellung des Gläubigers nicht verschlechtert werden.<sup>67</sup> Daher soll der Schuldner gezwungen werden, die Leistung selbst zu erbringen oder einen verlässlichen Gehilfen einzusetzen.<sup>68</sup>

---

<sup>62</sup> Oser, Art. 101 Rn. 2; Koller, Rn. 100; von Tuhr/Sieglwart, S. 569; Portmann, S. 49 f.; von Tuhr, SJZ 1921, 226.

<sup>63</sup> von Tuhr/Sieglwart, S. 564 f.; von Tuhr, SJZ 1921, 228.

<sup>64</sup> von Tuhr/Sieglwart, S. 568; von Tuhr, SJZ 1921, 225 f.

<sup>65</sup> Oğuzman/Öz, S. 363; Eren, S. 1028; Wiegand, in: *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht*, Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1-529, 4. Auflage, Basel 2007, Art. 101 Rn. 4, 6.

<sup>66</sup> Oğuzman/Öz, S. 365; Bucher, Eugen, *Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht*, 2. Auflage, Zürich 1988, S. 351; Guhl/Koller, § 31 Rn. 33; *Basler Kommentar/Wiegand*, Art. 101 Rn. 2.

<sup>67</sup> Bucher, S. 351; *Basler Kommentar/Wiegand*, Art. 101 Rn. 12; von Tuhr, SJZ 1921, 227.

<sup>68</sup> Auer, S. 19.

## 2. Voraussetzungen der Haftung

### a. Bestand eines Schuldverhältnisses

Für die Haftung nach Art. 100 I BK ist es erforderlich, dass ein Schuldverhältnis zwischen dem Schuldner und dem geschädigten Gläubiger besteht.<sup>69</sup> Dies muss nicht unbedingt auf einem Vertrag basieren, obwohl dieser Artikel im Abschnitt über Nichterfüllung der Verträge steht.<sup>70</sup> Dieses Schuldverhältnis kann sowohl auf Gesetz, als auch auf ungerechtfertigter Bereicherung oder auf unerlaubter Handlung beruhen.<sup>71</sup>

### b. Die Beziehung einer Hilfsperson

Hilfsperson im Sinne des Art. 100 I BK ist derjenige, der mit Wissen und Willen des Schuldners bei der Erfüllung einer Schuldpflicht oder bei der Ausübung eines Rechts tätig wird.<sup>72</sup> Ein Subordinationsverhältnis zwischen dem Schuldner und der Hilfsperson ist nicht erforderlich.<sup>73</sup> Es kommt nicht darauf an, ob die Tätigkeit der Verrichtungshilfen entgeltlich oder unentgeltlich, auf Dauer oder vorübergehend ist, z.B. aus Hilfsbereitschaft übernimmt ein Freund des Schuldners die geschuldete Sache dem Gläubiger zu überbringen.<sup>74</sup>

Gemäß Art. 100 I BK kann die Hilfsperson zur Erfüllung einer Schuld (Erfüllungsgehilfe) oder zur Ausübung eines Rechts

<sup>69</sup> *Eren*, S. 1028; *Şenocak, Zarife*, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995, S. 57; *Schwenzer*, § 23 Rn. 7; *Auer*, S. 18; *Oser*, Art. 101 Rn. 4; *Portmann*, S. 43 f.

<sup>70</sup> *Auer*, S. 18; *Oser*, Art. 101 Rn. 4.

<sup>71</sup> *Eren*, S. 1028; *Şenocak*, S. 58; *Auer*, S. 18; *Oser*, Art. 101 Rn. 4.

<sup>72</sup> *Eren*, S. 1031; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, S. 892; *Schwenzer*, § 23 Rn. 4; *Bucher*, S. 352; *BaslerKommentar/Wiegand*, Art. 101 Rn. 7; *Oser*, Art. 101 Rn. 5.

<sup>73</sup> *Oğuzman/Öz*, S. 364 f.; *Eren*, S. 1031; *Reisoğlu, Safa*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Auflage, İstanbul 2006, S. 313; *Guhl/Koller*, § 31 Rn. 37; *Schwenzer*, § 23 Rn. 4; *BaslerKommentar/Wiegand*, Art. 101 Rn. 7; *Portmann*, S. 47; *Ott, Walter*, Der Architekt als Hilfsperson des Bauherrn, SJZ 1978, S. 285-290, 286.

<sup>74</sup> *Oğuzman/Öz*, S. 366; *Guhl/Koller*, § 31 Rn. 37; *Oser*, Art. 101 Rn. 5; *von Tuhr*, SJZ 1921, 228.

(Ausübungs- oder Nutzungsgehilfe) beigezogen werden.<sup>75</sup> Wichtiges Beispiel für den ersten Fall ist der Untermieter als Gehilfe des Hauptmieters gegenüber dem Vermieter bei der Zahlung der Miete und für den zweiten bei der Nutzung der gemieteten Sache.<sup>76</sup>

Der Schuldner haftet auch für den Schaden, den eine von seiner Hilfsperson seinerseits eingesetzte Hilfsperson verursacht.<sup>77</sup> Die Haftung nach Art. 100 Abs.1 BK umfasst auch mittelbar beigezogene Gehilfen.<sup>78</sup>

Erforderlich und ausreichend ist es, dass der Schuldner diese Person mit Wissen und Wollen zur Erbringung der von ihm geschuldeten Leistung einsetzt.<sup>79</sup>

### c. Befugnis zur Beiziehung von Gehilfen

In der Regel ist der Schuldner befugt, Hilfspersonen zur Erfüllung einer Verpflichtung beizuziehen.<sup>80</sup> Nur in Ausnahmefällen, in denen es auf die höchstpersönliche Erfüllung (Art. 67 BK) durch den Schuldner ankommt, ist die Beiziehung von Erfüllungsgehilfen untersagt.<sup>81</sup>

Nach Art. 100 Abs. 1 BK hat der Schuldner für die Hilfsperson nur bei befugter Beiziehung von Gehilfen

<sup>75</sup> Eren, S. 1028; Kılıçoğlu, S. 472; Şenocak, S. 127 ff.; von Büren, S. 397; Guhl/Koller, § 31 Rn. 34; BaslerKommentar/Wiegand, Art. 101 Rn. 6; Becker, Art. 101 Rn. 21 f.; Oser, Art. 101 Rn. 10; Portmann, S. 46; Ott, SJZ 1978, 286.

<sup>76</sup> BaslerKommentar/Wiegand, Art. 101 Rn. 8.

<sup>77</sup> Oğuzman/Öz, S. 365; von Büren, S. 396; Becker, Art. 101 Rn. 9.

<sup>78</sup> Oğuzman/Öz, S. 365; Şenocak, S. 123 ff.; von Büren, S. 396.

<sup>79</sup> Oğuzman/Öz, S. 365; Eren, S. 1030; Reisoğlu, S. 314; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, S. 892 f.; Şenocak, S. 104, 151 ff.; Auer, S. 18; BaslerKommentar/Wiegand, Art. 101 Rn. 7; Portmann, S. 48.

<sup>80</sup> Eren, S. 1027; Kılıçoğlu, S. 471; BaslerKommentar/Wiegand, Art. 101 Rn. 1; Bucher, S. 350; Portmann, S. 42 f.

<sup>81</sup> Eren, S. 1027; Şenocak, S. 110; BaslerKommentar/Wiegand, Art. 101 Rn. 1; Bucher, S. 350; von Büren, S. 396; Portmann, S. 43.

einzustehen.<sup>82</sup> War Beziehung ausgeschlossen, so liegt in der unbefugten Beziehung bereits eine Vertragsverletzung durch den Schuldner, die ihn nach Art. 96 Abs.1 BK schadensersatzpflichtig macht.<sup>83</sup>

#### **d. Funktioneller Zusammenhang der übertragenen Verrichtung mit der Schadenszufügung**

Aus Art. 100 I BK ergibt sich, dass die Hilfsperson den Schaden „in Ausübung ihrer Verrichtungen“ verursachen muss.<sup>84</sup> Es bedarf deswegen eines funktionellen Zusammenhanges in dem Sinn, dass die schädigende Handlung zugleich eine Nicht- oder Schlechterfüllung der Schuldpflicht des Geschäftsherrn aus seinem Vertrag mit dem Geschädigten darstellt.<sup>85</sup>

Im Einzelfall ist es von Bedeutung, den Pflichtenkreis des Schuldners genau abzugrenzen, um festzustellen, ob ein Verhalten eine Pflichtverletzung darstellt oder nicht.<sup>86</sup> Die Schuldpflicht in diesem Sinne erstreckt sich auch auf alle Neben- und Verhaltenspflichten.<sup>87</sup> Umstritten ist, ob der Geschäftsherr auch dann für Hilfsperson haften muss, wenn sie dem Gläubiger bloß bei Gelegenheit oder anlässlich der Erfüllung einen Schaden zufügt.<sup>88</sup>

---

<sup>82</sup> Oğuzman/Öz, S. 368; Eren, S. 1035; Reisoğlu, S. 314; Schwenger, § 23 Rn. 3; von Büren, S. 396; BaslerKommentar/Wiegand, Art. 101 Rn. 12.

<sup>83</sup> Oğuzman/Öz, S. 368; Eren, S. 1035; Reisoğlu, S. 314; Kılıçoğlu, S. 472; Şenocak, S. 111; Portmann, S. 43; Schwenger, § 23 Rn. 3; von Büren, S. 396; BaslerKommentar/Wiegand, Art. 101 Rn. 12.

<sup>84</sup> Oğuzman/Öz, S. 369; Eren, S. 1036; Reisoğlu, S. 314 f.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, S. 896; Kılıçoğlu, BH, S. 473; Şenocak, S. 170; BaslerKommentar/Wiegand, Art. 101 Rn. 10; Schwenger, § 23 Rn. 9; Bucher, S. 353; Oser, Art. 101 Rn. 13; Portmann, S. 51.

<sup>85</sup> Eren, S. 1036; Reisoğlu, S. 315; Şenocak, S. 170 ff.; BaslerKommentar/Wiegand, Art. 101 Rn. 10; Schwenger, § 23 Rn. 9.

<sup>86</sup> Oğuzman/Öz, S. 369; Schwenger, § 23 Rn. 8.

<sup>87</sup> 15. HD. 10. 12. 1986 E. 4206, K. 4225; Eren, S. 1036 f.; BaslerKommentar/Wiegand, Art. 101 Rn. 10.

<sup>88</sup> Eren, S. 1036 f.; BaslerKommentar/Wiegand, Art. 101 Rn. 10; Schwenger, § 23 Rn. 9.

Teilweise<sup>89</sup> hat der Schuldner nicht vertragsmäßig für solche Schädigungen einzustehen. Teilweise<sup>90</sup> können die sich aus dem Vertragsverhältnis ergebenden Schutzpflichten des Geschäftsherrn so weit ausgelegt werden, dass ein funktioneller Zusammenhang auch bei vorsätzlicher Handlung des Gehilfen anzunehmen ist. So z.B. hat der Malermeister auch nach Art. 100 Abs. 1 BK einzustehen, wenn der Malergeselle anlässlich der Malerarbeiten einen Diebstahl verübt.<sup>91</sup>

### e. Hypothetische Vorwerfbarkeit

Der Geschäftsherr haftet ebenfalls vertraglich für den Erfüllungsgehilfen nach Art. 100 Abs. 1 BK, wenn „die Handlung der Hilfsperson dem Schuldner vorgeworfen werden könnte, wenn er sie selbst vorgenommen hätte.“<sup>92</sup> Nach der Rechtsprechung und jetzt herrschender Meinung kommt es hinsichtlich der Anwendung von Art. 100 Abs. 1 BK weder auf das Verschulden des Schuldners noch auf das Verschulden der Hilfsperson an.<sup>93</sup> Daraus ergeben sich folgende Konsequenzen: Erstens kann sich der Schuldner von der Haftung nicht dadurch befreien, dass die Hilfsperson kein Verschulden trifft (etwa wegen mangelnder Urteilsfähigkeit), sofern ihm selbst das Handeln der Hilfsperson zu einem

<sup>89</sup> Oğuzman/Öz, S. 369; Reisoğlu, S. 315; Guhl/Koller, § 31 Rn. 36; von Büren, S. 395; Becker, Art. 101 Rn. 17.

<sup>90</sup> Eren, S. 1036 f.; Schwenger, § 23 Rn. 9; Bucher, S. 353; BaslerKommentar/Wiegand, Art. 101 Rn. 10.

<sup>91</sup> Schwenger, § 23 Rn. 9; Bucher, S. 353.

<sup>92</sup> Oğuzman/Öz, S. 370; Eren, S. 1038; Reisoğlu, S. 315 f.; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, S. 898; Kılıçoğlu, S. 473; Şenocak, S. 210 ff.; Schwenger, § 23 Rn. 10; BaslerKommentar/Wiegand, Art. 101 Rn. 13; Ott, SJZ 1978, 290; Gauch, Peter/Schluép, Walter R./Schmid, Jörg/Rey, Heiz, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 8. Auflage, Zürich 2003, Rn. 2884.

<sup>93</sup> 15. HD. 10. 12. 1986 E. 4206, K. 4225; Oğuzman/Öz, S. 370 f.; Eren, S. 1038; Reisoğlu, S. 315; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, S. 898; Kılıçoğlu, S. 473; Şenocak, S. 107 f.; Schwenger, § 23 Rn. 10; BaslerKommentar/Wiegand, Art. 101 Rn. 11; Gauch/Schluép/Schmid/Rey, Rn. 2881 ff.

Schuldvorwurf gereichen würde.<sup>94</sup> Zweitens steht dem Schuldner keine Entlastungsmöglichkeit wie bei Art. 55 BK zu, sodass er auch dann haftet, obwohl er den Gehilfen sorgfältig ausgewählt, instruiert und überwacht hat.<sup>95</sup>

Der Schuldner hat zu beweisen, dass ihm kein Verschulden angelastet werden könnte, wenn er selbst so gehandelt hätte.<sup>96</sup>

Im Einzelfall ist zu prüfen, welches Verhalten der Gläubiger vom Schuldner selber und nicht von dessen Gehilfen erwarten durfte.<sup>97</sup> In dem Fall ist es von erheblicher Bedeutung, wenn die Hilfsperson über größere Sachkunde verfügt als der Geschäftsherr. Aufgrund der Beiziehung einer Hilfsperson soll der Gläubiger nicht besser gestellt werden.<sup>98</sup> Der Gläubiger muss sich damit beschränken, was er vom Schuldner selbst erwarten durfte.<sup>99</sup> Beispielsweise hat der Schuldner nicht einzustehen, wenn der Schaden entstanden ist, obgleich der Gehilfe die Sorgfalt, die vom Schuldner selbst zu erwarten war, angewendet hat.<sup>100</sup> Bei der Bestimmung der anzuwendenden Sorgfalt ist besonders genau zu prüfen, ob der Schuldner nach dem Inhalt des Vertrages diejenige Sorgfalt schuldet, die lediglich die sachkundige Hilfsperson erbringen kann.<sup>101</sup>

---

<sup>94</sup> Oğuzman/Öz, S. 371; Eren, S. 1038; Schwenger, § 23 Rn. 10; BaslerKommentar/Wiegand, Art. 101 Rn. 11; Gauch/Schluerp/Schmid/Rey, Rn. 2885.

<sup>95</sup> Oğuzman/Öz, S. 371; Eren, S. 1039; Reisoglu, S. 316; Tekinay/Akman/Burcuoglu/Altop, S. 898; Kılıçoğlu, BH, S. 473; Schwenger, § 23 Rn. 10; BaslerKommentar/Wiegand, Art. 101 Rn. 12; Portmann, S. 52.

<sup>96</sup> Oğuzman/Öz, S. 371; Gauch/Schluerp/Schmid/Rey, Rn. 2891; Portmann, S. 51; Becker, Art. 101 Rn. 27.

<sup>97</sup> Eren, S. 1038f.; Gauch/Schluerp/Schmid/Rey, Rn. 2886; BaslerKommentar/Wiegand, Art. 101 Rn. 14.

<sup>98</sup> Oğuzman/Öz, S. 371; Gauch/Schluerp/Schmid/Rey, Rn. 2886; Schwenger, § 23 Rn. 11.

<sup>99</sup> Eren, S. 1038 f.; Gauch/Schluerp/Schmid/Rey, Rn. 2886; Schwenger, § 23 Rn. 11; BaslerKommentar/Wiegand, Art. 101 Rn. 14. A. A., Ott, SJZ 1978, 290.

<sup>100</sup> Eren, S. 1038 f.; Gauch/Schluerp/Schmid/Rey, Rn. 2886 f.

<sup>101</sup> Schwenger, § 23 Rn. 11; BaslerKommentar/Wiegand, Art. 101 Rn. 14.

## f. Fehlen eines haftungsaufhebenden oder haftungsbeschränkenden Vertrages

Nach Art. 100 Abs. 2 BK kann der Schuldner seine Haftung für jedes Verschulden des Erfüllungsgehilfen durch eine im Voraus getroffene Verabredung beschränken oder aufheben (= Abbedingen).<sup>102</sup> Er haftet aber trotzdem für Auswahl, Instruktion und Überwachung.<sup>103</sup> Die Abbedingung betrifft lediglich die vertragliche Haftung des Schuldners für die Hilfsperson, nicht auch die außervertragliche Haftung der Hilfsperson selbst gegenüber dem Geschädigten.<sup>104</sup> Die Haftung kann auch stillschweigend abbedungen werden, also aus den Umständen folgen.<sup>105</sup>

Gemäß Art. 100 Abs. 3 BK darf die Haftung höchstens für leichtes Verschulden abbedungen werden, wenn der Geschädigte im Dienst der andern Vertragspartei steht oder die Verantwortlichkeit sich aus dem Betrieb eines obrigkeitlich konzessionierten Gewerbes ergibt.<sup>106</sup>

### C. Haftung der juristischen Person für ihre Organe

#### I. Entstehungsgeschichte der Haftung der juristischen Person für ihre Organe im schweizerischen Recht

Nachdem aOR waren die juristischen Personen deliktunfähig. Sie konnten daher nur nach *lex specialis* haftpflichtig gemacht werden: Art. 62 und 115 aOR regelten die Haftbarkeit der juristischen Person. Die juristische Person haftete für das Verschulden ihrer Vertreter, Angestellten oder Arbeiter bei deren geschäftlichen Verrichtungen. Exkulpation war möglich.<sup>107</sup>

<sup>102</sup> Oğuzman/Öz, S. 372; Eren, S. 1041; Reisoğlu, S. 316; Guhl/Koller, § 31 Rn. 39; BaslerKommentar/Wiegand, Art. 101 Rn. 16; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, Rn. 2898; Oser, Art. 101 Rn. 14; Becker, Art. 101 Rn. 24.

<sup>103</sup> Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, S. 899 f.; von Büren, S. 397.

<sup>104</sup> BaslerKommentar/Wiegand, Art. 101 Rn. 16; Becker, Art. 101 Rn. 24.

<sup>105</sup> Oser, Art. 101 Rn. 14; Becker, Art. 101 Rn. 25.

<sup>106</sup> Eren, S. 1041; Guhl/Koller, § 31 Rn. 39; Gauch/Schluemp/Schmid/Rey, Rn. 2899; BaslerKommentar/Wiegand, Art. 101 Rn. 17.

<sup>107</sup> Zum Ganzen: Burckhardt, ZSR 1903, 537.



Seit der Revision 1912 gelten die Handlungen ihrer Organe unmittelbar als ihre eigenen, weil das Organ Teil der juristischen Person ist.<sup>108</sup>

## II. Haftung der juristischen Person für ihre Organe im türkischen Recht

Gemäß Art. 50 Abs. 2 Türk Medeni Kanunu/TMK<sup>109</sup> gilt jedes Verhalten des Organs einer juristischen Person, das mit seiner Tätigkeit als Organ<sup>110</sup> in einem funktionellen Zusammenhang steht, als Verhalten der juristischen Person selbst.<sup>111</sup> Dies besagt, dass die juristische Person nicht nur im vertraglichen, sondern auch im außervertraglichen Bereich durch das Verhalten ihrer Organe haftbar wird, ohne Exkulpationsmöglichkeit.<sup>112</sup>

Organe der juristischen Person sind die nach Gesetz oder nach den Statuten zur Ausübung geschäftlicher Verrichtungen berufenen Personen (formelle Organe).<sup>113</sup> In der Rechtsprechung<sup>114</sup> und dem überwiegenden Teil des Schrifttums<sup>115</sup> werden auch diejenigen Personen einer juristischen Person als Organ betrachtet, die rein tatsächlich solche Verrichtungen in erkennbarer Weise selbstständig ausüben (faktische Organe). Für den Organbegriff ist die Teilnahme an der inneren Willensbildung der juristischen Person entscheidend.<sup>116</sup>

<sup>108</sup> *Burckhardt*, ZSR 1903, 537; *Oser*, Art. 101 Rn. 4.

<sup>109</sup> Das türkische Zivilgesetzbuch.

<sup>110</sup> *Portmann*, S. 33 ff.

<sup>111</sup> *Oğuzman, M. Kemal/Oktay-Özdemir, Saibe/Seliçi, Özer*, *Kişiler Hukuku*, 8. Auflage, İstanbul 2005, S. 200,202; *Oftinger, Karl/Stark, Emil W.*, *Schweizerisches Haftpflichtrecht Besonderer Teil*, Band II/1, Zürich 1987, § 16 Rn. 15; *Schwenzer*, § 23 Rn. 27.

<sup>112</sup> *Oğuzman/Oktay-Özdemir/Seliçi*, S. 204 ff.; *Oftinger/Stark*, § 20 Rn. 13; *Schwenzer*, § 23 Rn. 27.

<sup>113</sup> *Oğuzman/Oktay-Özdemir/Seliçi*, S. 201; *Oftinger/Stark*, § 20 Rn. 15; *Schwenzer*, § 23 Rn. 28.

<sup>114</sup> *Yarg. HGK*. 11. 6. 2003 E. 2003/4-359, K. 2003/406.

<sup>115</sup> *Oftinger/Stark*, § 20 Rn. 15; *Schwenzer*, § 23 Rn. 28; Andere Ansicht, *Oğuzman/Oktay-Özdemir/Seliçi*, S. 202.

<sup>116</sup> *Oftinger/Stark*, § 20 Rn. 15; *von Büren*, S. 400.

Die Eigenschaften eines Organs und einer Hilfsperson im Sinne von Art. 55 I BK oder Art. 100 I BK schließen sich gegenseitig aus, infolgedessen kann die als Organ einer juristischen Person bezeichnete Person für dieselbe juristische Person zugleich nicht als Hilfsperson auftreten.<sup>117</sup>

Aus der Rechtslage folgt, dass die Haftung nach Art. 50 II MK keine Kausalhaftung im Sinne einer Haftung für fremdes Verhalten darstellt, denn das schuldhafte Verhalten des Organs gilt selbst als eigenes Verhalten der juristischen Person.<sup>118</sup>

#### D. Abschließende Bewertung

Im Verhältnis der Alternativität stehen die deliktsrechtliche Haftung nach Art. 55 BK und die vertragliche Haftung für Hilfspersonen nach Art. 100 BK. Die beiden Anspruchsgrundlagen können nebeneinander bestehen, und für jede sind ihre eigenen Voraussetzungen zu prüfen. Nachfolgend werden die wesentlichen Unterschiede der beiden Anspruchsgrundlagen zusammengefasst.

• Art. 100 BK setzt im Gegensatz zu Art. 55 BK ein bereits bestehendes Schuldverhältnis voraus.

• Art. 55 BK setzt im Unterschied zu Art. 100 BK ein Überordnungsverhältnis des Geschäftsherrn zum Verrichtungsgehilfen voraus.

• Art. 55 BK hält eine Entlastungsmöglichkeit offen, wonach der Geschäftsherr sich von seiner Haftung durch den Nachweis befreien kann, dass er die nach den Umständen gebotene Sorgfalt zur Schadensverhütung angewandt hat oder dass der Schaden auch bei Anwendung dieser Sorgfalt eingetreten wäre. Im Fall des Art. 100 BK besteht dagegen keine Entlastungsmöglichkeit für den Schuldner.

---

<sup>117</sup> *Oftinger/Stark*, § 20 Rn. 14; *Schwenzer*, § 23 Rn. 29; *BaslerKommentar/Wiegand*, Art. 55 Rn. 5; *Brehm*, Art. 55 Rn. 13.

<sup>118</sup> *Oftinger/Stark*, § 20 Rn. 18.

• Der deliktsrechtliche Anspruch aus Art. 55 BK verjährt in einem Jahre von dem Tage hinweg, an dem der Geschädigte Kenntnis vom Schaden und von der Person des Ersatzpflichtigen erlangt hat, jedenfalls aber mit dem Ablauf von zehn Jahren, vom Tage der schädigenden Handlung an gerechnet. Dagegen beträgt die Verjährung eines vertragsrechtlichen Anspruchs aus Art. 100 BK zehn Jahre und beginnt mit der Pflichtverletzung zu laufen.

Am Ende der Arbeit empfiehlt sich die Vorschriften des Türk Borçlar Kanunu Tasarısı/TBKT<sup>119</sup> im Zusammenhang mit den Vorschriften des BK zu erwähnen.

Nach Art. 115 Abs. 1 TBKT hat der Schuldner für den von der Hilfsperson verursachten Schaden einzustehen, *selbst wenn er diese Hilfsperson befugterweise beigezogen hat*. Anders als Art. 55 BK lässt der Wortlaut des Art. 115 Abs. 1 TBKT Zweifel daran, ob diese Regel auch bei unbefugter Beiziehung von Gehilfen Anwendung findet. In der unbefugten Beiziehung einer Hilfsperson liegt bereits eine Vertragverletzung, für welche der Schuldner unmittelbar aus Art. 96 Abs. 1 BK haftet.<sup>120</sup> Da die Anwendung des Art. 96 Abs. 1 BK ein Verschulden des Schuldners voraussetzt, kann Art. 115 Abs. 1 TBKT von besonderer praktischer Bedeutung sein, wenn die Haftung des Schuldners aus Art. 96 BK entfällt (etwa mangels Verschuldens aufgrund entschuldbaren Irrtums über die Zulässigkeit der Beiziehung).<sup>121</sup> In diesem Fall haftet der Schuldner (wie bei befugter Beiziehung) nach Art. 115 Abs. 1 TBKT, ohne dass es auf dessen Verschulden ankommt.

In Art. 65 TBKT wurde der zweite Befreiungsgrund des Art. 55 BK, nämlich die "fehlende Kausalität der Sorgfaltspflichtverletzung", nicht aufgenommen. Dies bedeutet nicht, dass der Geschäftsherr auch dann haftet, wenn sein Verhalten auf den eingetretenen Schaden keinen Einfluss hat. Im Gegenteil hat der Gesetzgeber eine Wiederholung der generellen

---

<sup>119</sup> Der Entwurf eines türkischen Obligationengesetzbuches vom 2005 in: <http://www.kgm.adalet.gov.tr/borclarkanunu.htm>

<sup>120</sup> Siehe hierzu oben Fn. 88.

<sup>121</sup> *Gauch/Schluep/Schmid/Rey*, Rn. 2882.

Kausalitätsregel, dass ein Dienstherr dann nicht haftet, wenn sein Verhalten zum Schaden gar nicht in relevantem Zusammenhang stand, weil eine andere Ursache für die Schadensentstehung kausal war, vermieden.<sup>122</sup>

In Art. 65 Abs. 4 TBKT wurde hinzugefügt, dass der Geschäftsherr auf den Gehilfen *insoweit Rückgriff nehmen kann, als dieser selbst schadensersatzpflichtig ist*. Art. 55 BK wird immer so ausgelegt, dass für den Rückgriff der Gehilfe selbst dem geschädigten Dritten gegenüber schadensersatzpflichtig sein muss, obwohl sein Wortlaut dies nicht ausdrücklich voraussetzt. Mit dieser Ergänzung wird der Wortlaut des Artikels sowohl dem Art. 55 OR und als auch dem bisherigen Praxis entsprechend geregelt.

Art. 65 Abs. 2 TBKT zählt drei Sorgfaltspflichten auf, die der Sorgfaltsbeweis umfasst. Demgemäß befreit sich der Geschäftsherr von der Haftung, wenn er nachweisen kann, dass er die erforderliche Sorgfalt in der Auswahl, in der Instruktion und in der Überwachung der Hilfsperson angewendet hat, um den Eintritt eines Schadens zu verhüten. Damit wird klargestellt, auf welche Ebenen eine Sorgfaltspflicht anzuwenden ist. Um eine gewisse Klarheit zu verschaffen hat der Gesetzgeber, die in der Praxis entwickelte und von der Rechtsprechung angenommene Arten der Sorgfaltspflicht gesetzlich geregelt.

Dazu hat der Gesetzgeber in Art. 65 Abs. 3 TBKT eine vierte Sorgfaltspflicht aufgenommen, nämlich die Pflicht zur sorgfältigen Organisation des Betriebes. Danach haftet der Geschäftsherr auch dann, wenn er nicht beweisen kann, dass das Unternehmen so zweckmäßig organisiert war, dass Schäden für Dritte durch Hilfspersonen möglichst vermieden werden konnten. Es war bisher streitig, ob diese Sorgfaltspflicht als vierte, selbstständige *cura* betrachtet werden kann<sup>123</sup>, oder ob sie bereits in den drei

---

<sup>122</sup> Kılıçoğlu, S.234; Schwenger, § 23 Rn. 26; Guhl/Koller, § 25 Rn. 12; Brehm, Art. 55 Rn. 92; BaslerKommentar/Wiegand, Art. 55 Rn. 23; von Tuhr/Peter, S. 449.

<sup>123</sup> 4. HD. 2. 10. 1978, E. 11751, K. 10809; BGE 110 II 456, S. 460; Brehm, Art. 55 Rn. 77 ff.

vorerwähnten Sorgfaltspflichten enthalten ist.<sup>124</sup> Nach Art. 65 Abs. 3 TBKT muss die Sorgfaltspflicht des Geschäftsherrn in der Organisation des Betriebes gesondert geprüft werden. Darunter fallen klare hierarchische Kompetenzordnungen, so dass die Hilfspersonen keine widersprüchlichen Anweisungen von verschiedenen Seiten bekommen.<sup>125</sup> Die Aufgaben der Hilfspersonen müssen in den Pflichtenheften so umschrieben werden, dass keine Lücken in der Überwachung entstehen.<sup>126</sup> Hierzu gehört auch die richtige Disposition der Arbeitskräfte. Danach müssen ausreichende Leute für die Erledigung einer Tätigkeit eingesetzt werden.<sup>127</sup> Vor allem muss die Überanstrengung und die übermüdete Betätigung von Mitarbeitern durch eine realistische Zeiteinteilung verhindert werden.<sup>128</sup> Soweit der Beweis erbracht wird, dass die vier Sorgfaltspflichten eingehalten wurden, schließt sich die Haftung des Geschäftsherrn aus.

---

<sup>124</sup> von Tuhr/Peter, S. 447; Oser, Art. 55 Rn. 29; Oğuzman/Öz, S. 599; Eren, S. 586.

<sup>125</sup> Schwenger, § 23 Rn. 25; Brehm, Art. 55 Rn. 78; BaslerKommentar/Schnyder, Art. 55 Rn. 21.

<sup>126</sup> BGE 43 II 181, S.188 (Brehm, Art. 55 Rn. 80): "Garagebetrieb; unklare Kompetenzumschreibung, so dass niemand einen Mechaniker daran hindern konnte, einen Kundenwagen zu lenken, obschon dies verboten war."; Brehm, Art. 55 Rn. 78; BaslerKommentar/Schnyder, Art. 55 Rn. 21.

<sup>127</sup> BGE 50 II 489, S. 494; BaslerKommentar/Schnyder, Art. 55 Rn. 21; Brehm, Art. 55 Rn. 78.

<sup>128</sup> BGE 58 II 29, S.34 f. (Brehm, Art. 55 Rn. 80): "Der Geschäftsherr ordnete abends eine zusätzliche Fahrt an, obschon der Angestellte für diese Aufgabe zu müde und überangestrengt war."

## LITERATURVERZEICHNIS

**Auer, Hans**, Die Haftung für Hilfspersonen, Bern 1933.

**Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht**, Honsell/Vogt/Wiegand (Hrsg.), Obligationenrecht I, Art. 1-529, 4. Auflage, Basel 2007.

**Becker, H.**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Band VI, Bern 1941.

**Brehm, Roland**, Berner Kommentar, Das Obligationenrecht, Band VI/1/3/1, Bern 1990.

**Bucher, Eugen**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil ohne Deliktsrecht, 2. Auflage, Zürich 1988.

**Burckhardt, C. Chr.**, Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadensersatzrecht, ZSR 1903, S. 469-586.

**Eren, Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Auflage, İstanbul 2006.

**Gauch, Peter/Schluep, Walter R./Schmid, Jörg/Rey, Heiz**, Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Band II, 8. Auflage, Zürich 2003.

**Guhl, Theo/Koller, Alfred**, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Auflage, Zürich 2000.

**Hirsch, Ernst E.**, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch in der Türkei, SJZ 1954, S. 337-346.

**Koller, Alfred**, Die Haftung für den Erfüllungsgelhilfen nach Art. 101 OR, Zürich 1980.

**Kılıçoğlu, Ahmet M.**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Auflage, Ankara 2007.

**Meyer-Wild, H.**, Zur Haftung des Geschäftsherrn und Familienhauptes, SJZ 1920, S. 217-222.

**Oftinger, Karl/Stark, Emil W.**, Schweizerisches Haftpflichtrecht Besonderer Teil, Band II/1, Zürich 1987.

**Oğuzman, M. Kemal/Barlas, Nami**, Medeni Hukuk, 12. Auflage, İstanbul 2005.

**Oğuzman, M. Kemal/Oktay-Özdemir, Saibe/Seliçi, Özer**, Kişiler Hukuku, 8. Auflage, İstanbul 2005.

**Oğuzman, M. Kemal/Öz, Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Auflage, İstanbul 2006.

**Oser, Hugo**, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, Erster Halbband, 2. Auflage, Zürich 1929.

**Ott, Walter**, Der Architekt als Hilfsperson des Bauherrn, SJZ 1978, S. 285-290.

**Portmann, Peter**, Organ und Hilfsperson im Haftpflichtrecht, Bern 1958.

**Reisoğlu, Safa**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 18. Auflage, İstanbul 2006.

**Schwenzer, Ingeborg**, Schweizerisches Obligationenrecht, 2. Auflage, Bern 2000.

**Şenocak, Zarife**, Borçlunun İfa Yardımcılarından Dolayı Sorumluluğu, Ankara 1995.

**Tekinay, S. Sulhi/Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Auflage, İstanbul 1993.

**Trüssel, Fritz**, Die Möglichkeit der Entlastung des Familienhauptes, Geschäftsherrn und Tierhalters, ZBJV 1909, S. 113-119, 177-185.

**Von Tuhr, Andreas**, Zur Haftung für fremdes Verschulden nach OR. Art. 101, SJZ 1921, S. 225-229.

**Von Tuhr, Andreas/Peter, Hans**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 1, 3. Auflage, Zürich 1979.

**Von Tuhr, Andreas/Siegwart, Alfred**, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2. Auflage, Zürich 1944.

**Von Büren, Bruno**, Schweizerisches Obligationenrecht Allgemeiner Teil, Zürich 1964.

**Widmer, Pierre**, Grundlagen und Entwicklung der schweizerischen Produkthaftung(-en), ZSR 1995 I, S. 23-54.

**Yavuz, Cevdet**, Türk Medeni Kanunu-Borçlar Kanunu, 2. Auflage, İstanbul 2002.



# FRANCHİSE SÖZLEŞMESİNİN TANIMINA YENİ BİR BAKIŞ

Araş. Gör. Mehmet ŞUA\*

## I - GİRİŞ

Franchise sözleşmesi, ülkemizde ve dünyada başarılarıyla tanınmış firmaların pazarlama yöntemi olarak kullandıkları hukuki araçlardan biridir. Bu sözleşme sayesinde franchise veren firmalar, ulusal veya uluslararası çapta dağıtım ağı kurarak yeni piyasalara girmeyi, markalarının gücünü arttırmayı ve kurulan sistemin tamamından gelir elde etmeyi hedeflemektedirler.

Bugünkü anlamıyla ilk olarak 1950'li yıllarda ABD'de kullanılmaya başlanan franchise sözleşmesi, 70'lerde Avrupa'da ve nihayet 80'lerden itibaren de Türkiye'de uygulama alanı bulmuştur. Ülkemizde önceleri kısıtlı bir alanda<sup>1</sup> uygulanan franchise sistemi, özellikle 90'lı yıllardan itibaren, çok sayıda yabancı marka tarafından kullanılarak ulusal ticaret hayatımızda güçlü bir yer edinmiştir. Kronolojik açıdan bir değerlendirmede bulunacak olursak, franchise sözleşmesinin, "sözleşme özgürlüğü" ilkesinden yararlanan sözleşmeler hukuku uygulamacılarının yarattığı "yeni" bir sözleşme tipi olduğunu söyleyebiliriz.<sup>2</sup>

---

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> Franchise, ilk olarak yemek sektöründe 'Mc Donald's' markasının sistemiyle Türkiye'ye gelmiştir.

<sup>2</sup> M. ŞUA, *Le Savoir-Faire dans la Franchise au Regard du Droit Communautaire et du Droit Turc*, mémoire de master recherche, Montpellier, 2005, s 1.

## II - FRANCHİSE SÖZLEŞMESİNİN İSİMSİZ BİR SÖZLEŞME OLMASININ GEREKÇELERİ

Franchise sözleşmesi çeşitli sebeplerden dolayı kanunkoyucu tarafından düzenlenmemiştir. Öncelikle sözleşmenin “genç” niteliği Türk Hukuku’nda teori ve uygulama açısından kanuni düzenleme yapılmasına imkân verecek altyapının henüz neden oluşmadığını açıklamaktadır.

Ayrıca sözleşmenin, büyük ölçüde, hizmet edeceği dağıtım sisteminin yapısı ve ihtiyaçlarına göre şekillenecek olması ve bu nedenle kanuni düzenlemenin ticaret hayatının gerektirdiği esnekliğe cevap veremeyecek olması da kanunkoyucunun bu alana müdahalesini engellemiştir. Çünkü, franchise sözleşmesi birbirinden çok farklı alanlarda faaliyet gösteren ve de çok farklı büyüklükteki işletmelerin temel faaliyet yöntemlerini belirleme özelliğine sahip bir sözleşmedir.

Franchise sözleşmesinin kullanıldığı başlıca alanlara örnekler verildiği takdirde sözleşmeden yararlanan firmaların ihtiyaç ve yapılarının farklılığı daha da somut bir biçimde ortaya konmuş olacaktır: eğitim (Kavram Dersaneleri, Bil Eğitim kurumları, Wall Street Institute), pastane (Mado, Emin, Edo, Karafırın), araba kiralama (Avis, Rent a Car, Budget), büyükmarket (Carrefour), otel (Mercure, Sheraton, Hilton), yemek (Mc Donald’s, Burger King, Schlotzsky’s Deli, Hacıoğlu, Tadım Pizza, Domino’s Pizza, Subway), hazır giyim (Levi’s, Mavi), mobilya (Çilek), emlak (Remax), tasarım (Budun), oto tamirciliği... Sayılanların dışında da pek çok alanda kullanılan franchise sözleşmesi, hem ulusal hem de uluslararası çapta dağıtım ağları kurulmasını sağlarken bu sistemlerin bir tür “sistem ana sözleşmesi” konumunda bulunmaktadır. Kanunkoyucunun franchise sözleşmesinin içeriğinin belirlenmesine yönelik emredici düzenlemeler getirmesinin yukarıda sayılan ve çok farklı ticari alanlara ait bu sistemlerin işleyişini olumsuz etkileyebileceği düşüncesi de bu sözleşmenin bir “tip” sözleşme haline getirilmesine engel olmaktadır. Öte yandan, çok az sayıda yabancı hukuk sistemi franchise sözleşmesini tip sözleşme olarak düzenle-

miş bulunmaktadır: Çin, Japonya, İspanya, Kazakistan, ABD'nin birkaç eyaleti ve Kanada'nın Alberta eyaleti<sup>3</sup>.

Ayrıca, Rekabet Kanunu'nun 5. maddesinin 3. fıkrasına dayanarak Rekabet Kurulu'nun çıkardığı grup muafiyeti tebliği kanun hükmünde sayılamayacağından franchise sözleşmesinin 1998 yılında tip sözleşmeye dönüşmüş sayılması söz konusu değildir. Zira, 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği franchise sözleşmesini düzenleyen bir kurallar bütünü olmaktan uzak olup sadece franchise sözleşmelerine yönelik olarak rekabet hukuku kurallarının uygulama politikasını ilan etmeye yönelmiştir.

Nitekim, bir franchise sözleşmesinin grup muafiyeti tebliğine aykırı olması otomatik olarak o sözleşmenin geçersiz olduğu sonucunu doğurmaz<sup>4</sup>. Örneğin, uygulamada franchise sözleşmeleri genellikle franchise alana bir "güçlendirilmiş münhasır bölge<sup>5</sup>" tahsis etmektedirler. Buna göre, franchise alanlar diğer franchise alanlara tahsis edilen münhasır bölgelere aktif satış yapamazken bu bölgelerden gelen talepleri karşılamak, diğer bir ifade ile pasif satış yapma hakkına sahiptirler. 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nin 4. maddesi bu coğrafi paylaşım konusunu düzenlemektedir. Tebliğ'in bu hükmü sözleşmeyi yalnızca rekabet hukuku açısından ilgilendirmekte yoksa borçlar hukuku açısından franchise sözleşmesinde franchise alanların faaliyet bölgelerinin sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenleme getirmemektedir. İşte bu nedenle, bir franchise sözleşmesi, Rekabet Hukuku'nun emredici nitelikte olan hükümlerine aykırı olmadıkça serbestçe düzenlenebilecektir. Sözleşmenin Tebliğ'e aykırı olması dahi onun doğrudan Rekabet Hukuku'na aykırı olması anlamına gelmeyecektir.

<sup>3</sup> Ş. AKINCI, Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Sayram, Konya 2004, s. 203. F. CHARTIER, La Notion de Savoir-Faire et ses Implications dans la Franchise : thèse Montpellier, 2002, s. 8.

<sup>4</sup> Y. ASLAN, Rekabet Hukuku Bakımından Dikey Anlaşmalar, Ekin, İstanbul, 2004, s. 137.

<sup>5</sup> Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. M. TOPÇUOĞLU, İnhisar (Tekel) Kaydı İçeren Acentelik, Tek Satıcılık ve Franchising Sözleşmelerinde Aktif ve Pasif Satışlar, Rekabet Dergisi, S. 18, Ankara, 2004, s. 13 vd.

Çünkü, Tebliğlere aykırı sözleşmelerin bazı gerekçelerle<sup>6</sup> bireysel muafiyet olarak da Rekabet Hukuku yönünden geçerliliğini koruması mümkün olabilmektedir. O halde, Tebliğ'e aykırı düzenlemeler içeren örneğin, diğer franchise alanlara tahsis edilen bölgelere pasif satış yapma yasağı getiren bir franchise sözleşmesinin salt bu nedenle her zaman geçersiz olacağı ileri sürülemeyecektir. Böylece grup muafiyeti tebliğlerinin, bir franchise sözleşmesinin "tip serbestisi" çerçevesinde ve borçlar hukukunun genel prensiplerine uyulması koşuluyla özgürce akdedilmesine engel teşkil edilecek nitelikte olmadığı kolayca tespit edilebilir. Bu tespit de franchise sözleşmesine ilişkin 1998/7 sayılı Tebliğ'in bu sözleşmeyi bir "tip sözleşme" haline getirmediğini ortaya koymaktadır.

Öte yandan, 1998/7 sayılı Tebliği yürürlükten kaldıran 2002/2 sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği, franchise sözleşmesine ilişkin olarak önceki tebliğin aksine ne bir tanım ne de sözleşmede yer alabilecek yükümlere yönelik açık bir özel düzenleme içermektedir.

Franchise sözleşmesine ilişkin kanuni bir düzenlenme henüz mevcut olmadığından bu sözleşmenin tanımlanması ve objektif esaslı unsurlarının tespiti önem arz etmekte ve özel bir çalışma gerektirmektedir. Öğretinin bu tanımları yaparken sözleşmenin uygulama kaynaklı olduğunu özellikle gözönünde bulundurması ve yerleşmiş ticari teamüllere gereksiz müdahalelerden kaçınması gerekmektedir.

Franchise sözleşmesinin tanımlanması ve unsurlarının ortaya konması, bu sözleşmenin hukuki niteliğinin tespiti ve dolayısıyla sözleşmeye uygulanacak kuralların tespiti açısından açısından bir önkoşul teşkil etmektedir.

---

<sup>6</sup> AB Rekabet Hukuku'nda ve Türk Rekabet Hukuku'nda, yeni piyasalara girme, yeni bir ürünün piyasada tutulmasını sağlama amaçlarına ulaşmak için getirilen "mutlak" bölgesel korumaya bireysel muafiyet tanınabileceği savunulmaktadır. M. TOPÇUOĞLU, İnhisar Kaydı, s. 19.

### III - FRANCHİSE SÖZLEŞMESİNİN TANIMI

Bir sözleşmesinin kurulabilmesi için tarafların üzerinde anlaşmaları gereken asgari unsurlar objektif esaslı noktalar olarak adlandırılır. Bir sözleşmenin tanımlanabilmesi için öncelikle bu objektif esaslı noktalarının tespit edilmesi gerekmektedir.

Objektif esaslı unsurlar çerçevesinde doğan edim yükümlerinden sözleşmenin tipini belirleyen yükümler ise asli edim yükümleri olarak adlandırılır. Bu kapsamda asli edim yükümleri, borç ilişkisinin birinci derecedeki (gerçek anlamdaki) içeriğini oluşturan yükümlerdir<sup>7</sup>.

Bu noktada asli edim yükümlerinin içeriğine ve yapısına ilişkin şu sorunun cevaplanması franchise sözleşmesinin ihtiva ettiği asli edim yükümlerinin belirlenebilmesi açısından gereklidir:

Bir sözleşmenin objektif esaslı unsurlarından doğan bir asli edim yükümünün içerdiği taahhüdün ifası, birden çok farklı edimin **bir arada ifasını** gerekli kılıyorsa ve bu edimlerin sayısı ve bileşim şekilleri sözleşmeyi uygulayacak taraflara göre **değişkenlik arz ediyorsa** acaba ortada gerçekten tek bir asli edim yükümü var mıdır? Yoksa bu sözleşmenin birbirinden farklı birçok asli edim yükümü içerdiğini kabul etmek mi gerekir?

Sözleşmenin objektif esaslı noktaları çerçevesinde bir değerlendirme yapıldığına göre<sup>8</sup> sözleşmenin kurulabilmesi için bu noktalar üzerinde tarafların irade beyanlarının birbiriyle uyuşması gerekmektedir. Geçerli bir uyuşmanın sağlanabilmesi için ise üzerinde anlaşılacak hususların belirli olması kaçınılmazdır. Diğer bir ifadeyle, tarafların üzerinde uyuşacakları objektif esaslı noktalar ve

<sup>7</sup> F. EREN, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, 8. Bası, İstanbul, 2003, s. 32. M. A. GÜMÜŞ, Türk-İsviçre Borçlar Hukuku'nda Vekilin Özen Borcu, Beta, İstanbul 2001, s. 116 vd.

<sup>8</sup> Bu çalışmamızdaki incelemenin, sözleşmenin objektif esaslı unsurları çerçevesinde doğan asli edim yükümleri açısından yapıldığı gözden uzak tutulmamalıdır. Yoksa, **sözleşmenin subjektif esaslı noktaları çerçevesinde de edim yükümlerinin doğabileceği konusunda hiç bir şüphe bulunmamaktadır**, ancak bu ihtimal franchise sözleşmesinin tanımı yönünden özel bir önem arzetmediğinden incelemenin kapsamı dışında tutulmuştur.

bunların içerdiği asli edim yükümlerinin belirli olması zorunludur. O halde, aynı sözleşmenin farklı taraflar arasındaki uygulamalarında, bir takım edimlerin ifası gerekirken bazılarının ifası gerekmiyorsa, varlığı ya da yokluğu değişkenlik arzeden bu edimlerin bir sözleşmenin objektif esaslı unsurları içerisinde yer almaları imkansızdır. Çünkü, bir sözleşmede mutlaka bulunması gerekmeyen edimlerin ayrı ayrı asli edim borcu olarak kabul edilmemesi gerektiği kanaatindeyiz.

Eğer bu değişken edimler **sadece birlikte ifa edilerek, başka ve her zaman aynı nitelikte olan bir edimin** ifasını sağlayabiliyorlarsa artık bu sonuncu edimin objektif esaslı unsurlar kapsamına alınabilecek bir asli edim yükümü olduğundan şüphe etmemek gerekir. Çünkü artık söz konusu edim, sözleşmenin farklı uygulamaları için dahi yeknesak ve belirlidir. O halde, yukarıdaki soruda belirtilen edimin tek bir asli edim yükümüne karşılık geldiğini kabul etmek gerekmektedir.

Ancak sorudan anlaşıldığı üzere **söz konusu asli edim yükümünün yerine getirilmesi birden çok alt asli edim yükümünün birlikte ifası ile gerçekleşebilmektedir.** Diğer bir ifade ile söz konusu **asli edim yükümü parçalara bölünecek ve ancak bu parçalardan doğan alt asli edim yükümleri birlikte yerine getirilmekle sözleşmeye tipini veren asıl edim ifa edilmiş olabilecektir.**

Böylece alt asli edim yükümlerinden bir veya birkaçının ifa edilmemesi bunların “aslımı”<sup>9</sup> oluşturan asli edim yükümünün de ifa edilmemesi sonucunu doğuracaktır. Parçaların birlikte ifasının önemi ise esasında asli edim yükümünün **bölünemez** (indivisible) niteliğinden kaynaklanmaktadır.

Bu teorik incelemenin şimdi franchise sözleşmesi ile ilişkilendirilmesi gerekmektedir.

Franchise sözleşmesinin tanımının yapılabilmesi de her sözleşme türünde olduğu üzere objektif esaslı unsurların tespit edilme-

<sup>9</sup> Asıl kelimesi “kök, köken, kaynak” anlamında kullanılmıştır. www.tdk.gov.tr, 15.05.2008 (çevrimiçi).

sini, diğer bir ifadeyle tarafların her franchise sözleşmesinde yerine getirmekle yükümlü olacakları asgari asli edim yükümlerinin ortaya konulmasını zorunlu kılmaktadır.

Ancak, franchise sözleşmesinin içerdiği edimlerin sayıca çokluğu ve bu edimlerin önemlerinin her somut ilişkide birbirine göre farklılıklar gösterebilmesi hatta bazı edimlerin sadece kimi franchise sözleşmelerinde yer alması gerekirken diğerlerinde böyle bir zorunluluğun bulunmaması Türk Hukuku'nda ve yabancı hukuk sistemlerinde ortak bir tanıma ulaşılmasını zorlaştırmıştır. Sözleşmenin her iki tarafının da uymakla yükümlü olduğu çok sayıda edim bulunmakta ve bu edimlerin neredeyse tamamı sözleşmenin objektif esaslı unsurlarının parçalarını teşkil etmektedir.

Söyle ki, franchise sistemi ancak bir bütün halinde uygulandığı zaman etkili olabilmekte ve varlık sebebi olan ekonomik kazancı sağlayabilmektedir. Sistemin unsurlarından bir veya birkaçının eksik kalması franchise alanın başarısızlığa uğramasına sebep olacaktır. Bu nedenle, uygulamada, bir franchise anlaşmasında tarafların yükümlerinin sayfalarca sürmesine sık sık rastlanmaktadır. Üstelik bu yükümler bir sözleşmeden diğerine değişmektedirler.

Ancak sözleşme metinlerinde yer alan ve farklılık arz eden yükümlerin aynı amaca yöneldiği ve tek bir taahhüdün ifasını sağlamak üzere sözleşmeye konulduğu anlaşılıyorsa artık ortada tek ve bir üst yapı niteliğinde olan bir asli edim yükümü olduğunu kabul etmek gerekecektir. Dolayısıyla, yapılacak **tanımda tarafların yerine getirecekleri alt asli edimlerin tek tek sayılması asıl asli edim yükümünün gözden kaçırılmasına sebep olacaktır.** Oysa, yerli ve yabancı öğretide bugüne kadar yapılan tanımlar incelendiğinde franchise sözleşmesi ile tarafların taahhüt ettikleri alt asli edimlerin yükümlerinin sanki bir asli edim yükümüymişçesine sözleşme tanımlarında yer aldığı görülecektir.

Franchise sözleşmesi ile ilgili olarak verilen başlıca üç farklı tanımı örnek olarak tahlil etmekte fayda görüyoruz:

**1. Tanım:** Avrupa kıtasında franchise sözleşmesinin hukuken kabul görmesine önemli katkı sağlayan ve Avrupa'daki mevcut bütün hukuk sistemlerini etkilemiş olan ATAD'nın 1986 tarihli Pronuptia kararı<sup>10</sup>, AT Komisyonu'nun 1998 yılında franchise sözleşmelerine ilişkin hazırladığı 4087/88 sayılı Tüzük'ün içeriğinin belirlenmesinde büyük rol oynamıştır. Bu Tüzük'de yer alan tanım bugün dahi franchise sözleşmesinin tanımı bakımından bütün Avrupa'da önemini korumaktadır. Aynı tanım 4087/88 sayılı Tüzüğün neredeyse tam bir tercümesinden ibaret olan Rekabet Kurulu'nun yayınladığı 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği'nde de yer almıştır<sup>11</sup>. Bu tanıma göre franchise sözleşmesi “franchise verenin, franchise alana, doğrudan veya dolaylı mali katkı karşılığında, belirli türden mal ve/veya hizmetleri pazarlaması amacıyla bir franchise kullanılması hakkını verdiği ve en azından;

1) Ortak bir marka veya işletme adının kullanılması ve tesislere ve/veya ulaşım araçlarına yeknesak bir görünüm verilmesi;

2) Franchise veren tarafından franchise alana know how aktarılması;

3) Franchise alanın anlaşma süresince franchise veren tarafından sürekli olarak ticari ve teknik açıdan desteklenmesi yükümlülüklerini içeren bir anlaşmadır”.

**2. Tanım:** Türk Hukuku'nda franchise sözleşmesini derinlemesine inceleyen GÜRZUMAR'a göre ise “franchise sözleşmesi **franchise verenin**, kendisine ait üretim, işletme ve pazarlama sistemini oluşturan fikri ve sınai unsurlar üzerinde, franchise alana kullanma (lisans) hakları tanıyarak, onu kendi işletme organizasyonuna (yani söz konusu sisteme göre faaliyet gösteren işletmeler zincirine) entegre etmek ve onu bu sisteme dayanan ticari faaliyeti sırasında devamlı olarak desteklemek borcu altına girdiği,

<sup>10</sup> CJCE, 28/01/1986, Pronuptia: Rec. CJCE, Aff. 161/84, s.353.

<sup>11</sup> İki düzenlemenin detaylı bir karşılaştırması için bkz. M. ŞUA, L'Environnement Juridique du Contrat de Franchise au Regard du Droit Communautaire et du Droit Turc, YÜHFD, Cilt II, S. 2, İstanbul, 2005, s. 267.



**franchise alanın** ise, hem (söz konusu sistemin içerdiği ve franchise verenin belirlediği ilkelere uymak ve kendisine kullanma hakkı verilen fikri/sınai unsurlardan yararlanmak kaydıyla) bu sisteme dahil mal ve hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapmayı ve desteklemeyi, hem de franchise verene belli bir ücret ödemeyi taahhüt ettiği; sürekli bir borç ilişkisi kuran, kanunda düzenlenmemiş ve tam iki tarafa borç yükleyen bir sözleşmedir"<sup>12</sup>.

**3. Tanım:** SEROZAN'a göre ise franchise (pazarlama imtiyazı) "bir kimsenin, bir başkasının yönergelerine bağlı olarak ve bir bedel karşılığında, onun ürününü ya da servisini değerlendirerek, pazarlama imtiyazı sağlamasıdır". "Franchise sözleşmesinde pazarlama imtiyazını alan kişi, bu imtiyazı kendisine verene ait marka ve know-how gibi hakları kendi işletmesinde bir bedel ödeyerek kullanma olanağı kazanırken, bunları imtiyaz verenin belirlediği koşullarla, onun yönergeleri doğrultusunda kullanmayı da borçlanır"<sup>13</sup>.

Öğretide verilen tanımların sayısını arttırmak mümkündür<sup>14</sup>. Fakat diğer tanımlar yukarıda verilen tanımlarda bulunan edimleri

<sup>12</sup> O. B. GÜRZUMAR, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan "Sistemlerin" Hukuken Korunması, Beta, 1995, s. 10.

<sup>13</sup> R. SEROZAN, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz, 2002, s. 78.

<sup>14</sup> KIRCA'nın "Franchise sözleşmesi" adlı doktora tezi Türk öğretisinde bu sözleşme üzerine yapılan az sayıdaki kapsamlı ve değerli çalışmalardan birini teşkil etmektedir. KIRCA'nın tanımına göre "franchise sözleşmesi, konusu bir mal ve/veya hizmetin sürümü ve dağıtımı olan sürekli bir sözleşme olup, bununla mal ve/veya hizmeti üreten ve/veya satan franchise veren; adı, sembolü, markası gibi gayri maddi mal ve değerlerini kullanarak bunların sürümünü yapma hakkını bir ücret karşılığında, belli bir bölgede kendi ad ve hesabına çalışan, bağımsız kişilere (franchise alanlara) vermeyi borçlanır. Franchise veren bu sözleşme ile ayrıca mal ve/veya hizmetlerin en iyi şekilde pazarlanmasını sağlamak için pazar araştırması ve tanıtım (reklamlar) yapmak, bu konuda kendine özgü bir anlayış geliştirip, bir organizasyon kurmak ve franchise alanları çalışmalarından yararlandıracak şekilde bu organizasyona dahil etmek yükümlerini üstlenir. Franchise alan ise, ücret yanında sözleşme konusu malların sürümünü desteklemek, bu konuda gerekli tüm bilgileri franchise verene iletmek, franchise verenin pazarlama ilkelerine, talimatlarına uymak, eğitim programlarına katılarak bu doğrultuda işletmesini yürütmek ile yükümlüdür". Ç. KIRCA, Franchise Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1997, s. 15 ve 19 vd. . Yazarın önerdiği tanım kendisinin de belirttiği

değişik biçimlerde ifade etmiş veya detaylandırmış bulunduğundan örnek sayısını arttırmak tahlil yapılmasına fazladan bir yarar sağlamayacaktır. Üstelik, bizim amacımız sözleşmenin anlaşılmasını daha da zorlaştırmak değil, öğreti ve uygulamada yapılan tanımların benzer noktalarından yola çıkarak sade ve tam bir tanıma ulaşmaktır.

O halde yapılması gereken öncelikle yukarıda belirtilen tanımlarda franchise veren (A) ve franchise alan (B) açısından belirtilen yükümleri ayrı ayrı sıralamak ve bunları sınıflayarak ortak çatılar bulmak olacaktır:

### A - Franchise verenin yükümleri

Bu yükümler yukarıdaki tanımlarda sırasıyla şu şekilde sıralanmıştır :

#### 1. Tanım

- franchise alana bir franchise kullanılması hakkını vermek,
- franchise alana marka lisansı vermek,
- tesislere yeknesak bir görünüm vermek,
- franchise alana know how aktarmak,
- franchise alana ticari ve teknik destek vermek.

#### 2. Tanım

- franchise alana fikri ve sınai unsurlar üzerinde lisans hakları vermek,

---

üzere sözleşmenin “en çok tekrarlanan unsurlarını biraraya getirme çabasının” ürünüdür. Oysa bize göre, franchise sözleşmesi gibi uygulandığı sektöre göre bambaşka yükümler doğurabilen bir sözleşmenin içerebileceği alt asli edim yükümlerinin tek tek belirtilerek bir tanımın içine yerleştirilmeye çalışılmaması gerekmektedir. Bu nedenle bir tanım oluşturulurken sıkça rastlanan bir takım alt asli edim yükümlerinin detaylı sayımı yerine soyut ve kapsayıcı bir asli edim yükümüne dayanılmalıdır.. Çünkü iki farklı sektördeki franchise sözleşmesinden doğabilecek alt asli edim yükümleri birbirinden farklı olabilecektir ve bunların aynı tanım içinde yer alması imkânsız olacaktır.

- franchise alanı sisteme entegre etmek,
- franchise alanı devamlı desteklemek.

### 3. Tanım

- pazarlama imtiyazı vermek,
- marka ve know how lisansları vermek,
- franchise alana yönergeler vermek.

Bize göre franchise verenin sadece **tek bir asli edim yükümü** vardır. Bu yüküm bazen tekrarlanan bazen de farklı biçimlerde ifade edilen yükümlerin hepsini tek bir çatı altında toplamaktadır: **franchise verenin kendi ticari başarısını sağlayan yöntemlerini devamlı olarak franchise alana aktarma yükümü**. Bu yüküm, devamlı bir “**bilgi birikimi**” (know how)<sup>15</sup> aktarımı olarak da algılanabilir. Fakat burada özellikle belirtmek isteriz ki franchise sözleşmesinde bilgi birikiminin (know how) özel bir anlamı vardır<sup>16</sup>. Ancak bu özel anlam açıklandığı takdirde bizim franchise

<sup>15</sup> Biz Türkçe olmayan “know how” terimine bir Türkçe karşılık bulunması gerektiği kanaatindeyiz. Know how teriminin bir “bilgiler” bütünü olması ve önüne koyulabilecek sıfatların sayısının (teknik, sanai, işletmesel, ekonomik vb...) sınırsız olması nedenleriyle “bilgi” teriminin yalın biçimde korunarak esasında bütün sıfatları kapsayabilecek nitelikte kalması gerektiği görüşündeyiz. “Know how” denilen bilgiler bütününün deneyimler sonucu oluşarak bir “birikim” oluşturması sebebiyle know how teriminin “**bilgi birikimi**” olarak Türkçemizde kullanılmasını öneriyor ve bu tabirin yabancı kökeninin sahip olduğu “teknik terim” düzeyine gelecekte ulaşmasını umuyoruz. Bu çalışmada istisnai olarak “bilgi birikimi” terimini yeni olması itibarıyla genellikle yanında parantez içinde “know how” tabirini koyarak birlikte kullanacağız: bilgi birikimi (know how).

<sup>16</sup> Bir bilgi birikimi (know how) lisans sözleşmesine konu olabilecek bilgi birikimi ile bir franchise sözleşmesine konu olabilecek bilgi birikiminin kapsam ve niteliklerinin her zaman aynı olmayacağı kanaatindeyiz. Zira sözleşmelerin amaçları farklı olduğundan içerecekleri bilgi birikimin farklı olması da doğaldır (Bkz. Dipnot 22). AB Hukuku’nda ve Türk Hukuku’nda teknoloji transferi anlaşmalarına ilişkin çıkartılan Grup Muafiyeti Tüzüklerinin veya Tebliğlerin tümünde, dağıtım sözleşmelerinde kullanılan ticari bilgi birikimlerinin aktarımına ilişkin hükümler kapsam dışı tutulmuştur. Bu dışlama dahi genel ve yalın bilgi birikimi aktarımının (transferinin), dağıtım sözleşmelerinde kullanılan bilgi birikimi aktarımından farklılıklar arz ettiğini ortaya koymaktadır. Öğretide

verenin yükümlerini tek bir edime nasıl indirgediğimiz anlaşılabilir: franchise sözleşmesine konu olan bilgi birikiminin, bunu daha önceden kullanan franchise verene mutlaka bir ticari başarı sağlamış olması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, bilgi birikimi ancak **ticari bir başarı yaratma önkoşulunu** yerine getirmişse franchise sözleşmesinde yer bulabilecektir. Bu husus da “gerçek” franchise

BAŞ da benzer bir sonuca ulaşmıştır. BAŞ, AB Komisyonu’nun yürürlükten kalkan 556/89 sayılı Bilgi Birikimi Aktarımı Tüzüğü’nün dibacesinin 5. paragrafının, franchise anlaşmalarında yer alan bilgi birikimi aktarımını, Tüzük kapsamı dışında tutmasından yola çıkarak, Tüzük’de belirtilen saf bilgi birikimi ile pazarlama veya franchise sözleşmelerinde bulunan ticari bilgi birikiminin kesin bir biçimde ayrı olduğunu belirtmiştir. BAŞ, Tüzük’ün daha çok üretim sırlarını ihtiva eden teknik alandaki bilgi ve deneyimlerle ilgilendiğini belirttikten sonra ticari bilgi birikiminin tekniğin dışında işletmelerin örgütlenme ve yönetimle ilgili faaliyetlere yöneldiğini ifade etmiştir. M. BAŞ, Teknik bilgi (know how) lisans sözleşmesi, Yetkin, Ankara 2000, s.34 vd. Biz de yazara saf bilgi birikimi ile ticari bilgi birikimi arasında fark olabileceğini ortaya koyması yönünden katılmakla birlikte ticari bilgi birikiminin teknik bilgileri içerebileceği durumların da söz konusu olabileceğini vurgulamak isteriz. Diğer bir deyişle, bu iki türün birbiriyle örtüşebileceği ihtimallerin de gözardı edilmemesi gerekmektedir. Günümüzde Avrupa ve Türk Hukuk sistemlerinde bu iki tür bilgi birikiminin tanımlarında da bir farklılık göze çarpmaktadır. 2008/2 sayılı Teknoloji Transferi Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği m. 4. 1. d. ve 772/2004 sayılı Avrupa Komisyonu Tüzüğü’nün m. 1. i hükümlerinde verilen bilgi birikimi (know how) tanımındaki “esaslı” olma özelliğinin tanımı ile dikey anlaşmalara ilişkin 2002/2 sayılı Tebliğ’de yer alan “esaslı” tanımı farklılık arz etmektedir: birinci “esaslı” tanımında “ürünlerin üretimi için önemli ve yararlı” bilgilerden bahsedilirken franchise sözleşmesine uygulanacak “esaslı” tanımında bilgilerin pazarlama açısından “alıcı için vazgeçilmez bilgiler” içermesi gerektiği belirtilmektedir. Bu ayrımın sebebi kanımızca franchise sözleşmesi ile aktarılacak bilgi birikiminin franchise alanın ticari başarıya ulaşmasını sağlayabilecek niteliğe sahip olması zorunluluğundan kaynaklanmaktadır. Çünkü 2002/2 Tebliği m. 3. 1. f hükmünde de belirtildiği üzere franchise veren “tecrübe, denemeleri sonucu elde ettiği” bir bilgi birikimine sahip olmalıdır. Eğer franchise veren bu tecrübe ve denemeleri sonucunda ancak bir ticari başarıya ulaşmışsa franchise verebilecektir. Franchise alan da bu başarıyı yakalayabilmek için “vazgeçilmez” olan ticari bilgileri sözleşme ile elde etmelidir. Bu bağlamda aktarılan bilgilerin sadece “önemli ve yararlı” olması yeterli görülmediğinden franchise sözleşmesinin içerdiği bilgi birikiminin genel ve yalın bilgi birikimi kavramına nazaran özel bir anlamı olduğu kanaatine varmış bulunmaktayız. Franchise sözleşmesinde bulunan bilgi birikimi hakkında detaylı bir inceleme için bkz. M. ŞUA, Le Savoir-Faire dans la Franchise, s.1 vd.

sözleşmelerini “sahte” franchise sözleşmelerinden ayırmaktadır. Bu sonuncular aslında bir ticari başarı için vazgeçilmez olan ve deneyimler sonucu elde edilen bilgileri içermemektedirler.

Ticari başarı yaratma önkoşulunu yerine getiren bilgi birikiminin ayrıca bir **ek unsur** olarak **devamlı güncellenme zorunluluğu** bulunmaktadır<sup>17</sup>. Böylece hem önceden ticari başarı sağlamış bir bilgi birikimi aktarılmış olmakta hem de bu bilgiler sürekli yenilenerek franchise alanların ticari başarıya devamlı bir biçimde ulaşmaları sağlanmaktadır. Açıkladığımız bu ön koşul ve ek unsur kriterleri sayesinde franchise sözleşmesinde yer alan bilgi birikimi ile bilgi birikimi (know how) lisans sözleşmesinde yer alan bilgi birikiminin örtüştüğü ve birbirinden ayrıldığı noktalar tespit edilebilecektir<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Franchise sözleşmesi ile aktarılan bilgi birikimi (know how) franchise veren tarafından sürekli olarak yenilenmeli ve devamlı güncel (aktüel) tutulmalıdır (1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği m. 3. 1. b.hükmüne göre de bir franchise sözleşmesinden bahsedebilmek için franchise verenin anlaşma süresince franchise alanı “**sürekli olarak** ticari ve teknik açıdan destekleme” yükümü altına girmesi gerekmektedir). Aktarılan bilgi birikimi (know how) güncelliğini kaybederse, franchise alan için bu durum sözleşmenin haklı nedenle feshi için bir sebep teşkil edebilecektir. Franchise sözleşmesi ile franchise veren franchise alana hem kendisinin daha önce yakaladığı ticari başarıyı tekrarlama imkânını hem de bu **başarının devamlılığını vaatmektedir**. Tabii ki eğer franchise verenin aktardığı bilgi birikiminin ilk hâli güncelliğini koruyabiliyorsa yenilenmesi için bir sebep doğmayacaktır. Ancak, özellikle modanın etkisi altında olan sektörlerde (hazır giyim, estetik bakım vb...) bilgi birikiminin yenilenmesine ciddi ihtiyaç duyulmaktadır. Ayrıca, çağdaş pazar ekonomisi ve yaşam tarzına bağlı ekonomik, sosyal ve teknolojik etmenler de bir güncelleştirme ihtiyacı doğurmaktadır: piyasaya yeni rakiplerin girmesi, tüketim alışkanlıklarının değişmesi, müşterilerin yeni arzularının oluşması vb... Franchise sözleşmesinde bulunan bilgi birikiminin güncellenmesi yükümü hakkında daha fazla bilgi için bkz. D. FERRIER, Droit de la Distribution, 4. Bası, Litec, 2006, prg. 688, s. 307. M. ŞUA, Le savoir-faire dans la franchise, s. 68 vd.

<sup>18</sup> Bilgi birikim lisansı bazı bilgilerin sadece aktarımına yönelmiş iken franchise sözleşmesi çerçevesinde aktarılan bilgi birikimi hem önceden bir ticari başarıya ulaşılmasını sağlamış olmalı hem de devamlı surette başarı sağlayabilme niteliğini koruyabilmelidir.

Franchise sözleşmesi franchise verenin ulaştığı ticari başarının franchise alanlar tarafından tekrarlandığı bir sözleşmedir. Yani ticari başarının tekrarlanmasını sağlayan bir sözleşmedir. Franchise verenin ticari başarısı ise bilgi birikimine dayanır. Bu bilgi birikiminin gücü, kalitesi ve etkinliği franchise sisteminin başarısını belirler. İşte franchise veren bu başarıyı sağlayan **bütün unsurları** yani bilgi birikimini (know how) tamamıyla franchise alanlara aktarmalıdır.

Franchise sözleşmesinde bulunan bilgi birikimi (know how) ise “teknik know how”<sup>19</sup> kavramından (münhasıran sır niteliğindeki teknik bilgileri kapsayan bilgi birikimi) çok daha geniş bir anlama sahiptir. Bir franchise ağını kuran franchise sözleşmelerindeki bilgi birikimi (know how) bu sistemin içerdiği her noktaya temas etmek zorundadır. Zira daha önce de belirtildiği üzere bu sistem ancak tamamen<sup>20</sup> franchise alana aktarıldığı takdirde bir başarı sağlayabi-

<sup>19</sup> T. ÖĞÜZ, Know How Sözleşmesi, Filiz, İstanbul, 2001, s. 6. Bilgi birikiminin sadece teknik konuları kapsayıp kapsamadığı uzun yıllar boyunca tartışılmış bir konudur. Önceleri Uluslararası Ticaret Odası ve öğretinin bir bölümü know how’ın teknik alandaki bilgilerle sınırlı olduğunu kabul etmişlerdir. ERBAY, bu görüşü şu şekilde izah etmektedir: “bir bilgi ve tecrübenin, know how olarak değerlendirilebilmesi için, teknik alana dâhil olması gerekir. Know how kavramının teknik alanla sınırlandırılması tarihsel bir nedene dayanır. Gerçekten de lisans ve patentin teknik alanda olması ve know how’ın lisans ve patent ile sıkı bir bağ içinde olması dolayısıyla bu sınırlama bazı yazarlarca kabul edilmiştir. Uluslararası Ticaret Odası, zamanla görüşünü değiştirerek, teknik alan dışında, ticari alanda da know how olabileceğini kabul etmiştir”. Aynı yazar teknik bilgi birikimine (teknik know how) şu örnekleri vermektedir : “tasarım (yapım) çizimleri, bazı deney sonuçları ve protokol, icra edilen geliştirme proje çizimleri, genel olarak bilinen tabela ve hesaplama yönteminin belli bir ürüne özel şekilde uygulanması, statik hesaplamalar, forumlar ve reçete, maddenin kalitesine ilişkin bildirimler, öngörülen çalışma hakkında bilgi veren dokümanlar, devam eden geliştirmeye ilişkin değişiklik bildirisini, çizimler, ürün tamamlama belgeleri, üretim raporu, standart parça için maksimum büyüklük verileri, teslim ve kontrol hükümleri, bina ve alet çizimleri, dış montaj için yüksek düzeydeki hesaplamalar, programlama çalışması hakkında belgeler (ve) bilgiler” İ. ERBAY, Know How Sözleşmesi, Yetkin, Ankara, 2002, s. 82 vd.

<sup>20</sup> 1998/7 sayılı Franchise Anlaşmalarına İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’ni yürürlükten kaldıran ve bu Tebliğ’in m. 3. 1. f hükmünde yer alan bilgi birikimi (know how) tanımını genel itibarıyla içeren 2002/2 Sayılı Dikey Anlaşmalara İlişkin Grup Muafiyeti Tebliği’nin m. 3. 1. f hükmüne göre know how (bilgi

lır. Bunlardan bir veya birkaçının franchise alana aktarılmaması franchise verenin sorumluluğuna yol açacaktır. Bu itibarla, know how'ın geniş kapsamlı bir tanımını tercih etmek bu kavramın franchise sözleşmesindeki hukuki konumuna daha uygun düşecektir<sup>21</sup>.

birikimi) "sağlayıcının tecrübe, denemeleri sonucu elde ettiği ve patentli olmayan, uygulamaya yönelik, gizli, esaslı ve belirlenmiş bilgi paketi anlamına gelir. Bu tanımdaki; 1) "**Gizli**" kavramı, know how'ın bir bütün halinde veya parçaları tam olarak biraraya getirildiğinde ve birleştirildiğinde dahi herkes tarafından bilinmemesini ya da kolaylıkla erişilebilir olmamasını, 2) "**Esaslı**" kavramı, know-how'ın, anlaşma konusu malların veya hizmetlerin kullanılması, satımı veya yeniden satımı bakımından alıcı için vazgeçilmez bilgiler içermesini, 3) "**Belirlenmiş**" kavramı, know-how'ın, gizli ve esaslı olma şartlarını taşıdığını doğrulayabilmek için, yeterince geniş kapsamlı ve ayrıntılı bir şekilde tanımlanmış olmasını ifade eder". Bu tanımda bir dikey anlaşma olan franchise sözleşmesinin içereceği know how'm "malların veya hizmetlerin kullanılması, satımı veya yeniden satımı bakımından alıcı için vazgeçilmez bilgiler içermesi" gerektiği belirtilmiştir. Böylece franchise verenin kullandığı pazarlama yönteminin franchise alan tarafından tekrarlanabilmesi için **vazgeçilmez olan tüm bilgilerin** bilgi birikiminin (know how) kapsamına girdiği ortaya çıkmaktadır. Tebliğin bilgi birikiminin (know how) kapsamını "alıcı için vazgeçilmez bilgiler" unsuruyla belirlemesi bize göre franchise verenin ifa etme borcu altına girdiği tek asli edim yükümü ile de örtüşmektedir. Çünkü "franchise verenin kendi ticari başarısını sağlayan yöntemlerini devamlı olarak franchise alana aktarma yükümlülüğü" olarak adlandırdığımız bu asli edim yükümü ancak franchise alanın, franchise verenin dağıtım yöntemini uygulayabilmesi için "vazgeçilmez bilgileri" elde etmesiyle olacaktır. Söz konusu "vazgeçilmez bilgilerin" franchise ağının işleyişine ilişkin her noktaya temas edebileceği hatta etmesi gerektiğine ise şüphe yoktur.

<sup>21</sup> Nitekim, öğretilerde know how terimini geniş yorumlayan çok sayıda yazar bulunmaktadır. Bu görüşteki yazarlara göre bilgi birikimi (know how); "sınai deneyimler, teknik ve/veya işletme ekonomisine ilişkin bilgi ve deneyimler, sır niteliği taşıyan ya da taşınmasın bir işletmenin faaliyetinden kaynaklanan bilgiler, deneyimler ve her türlü birikim, hukuki korunmadan yararlanmayan teknik yöntemler ve ortalama bir çalışanın sahip olmayacağı bilgi ve deneyim, sadece teknik bilgileri değil, işletme deneyimlerini" kapsayan bir kavram olarak tanımlanabilir. Yazar isimleri ve atıflar için bkz. T. ÖĞÜZ, Know How Sözleşmesi, s. 8. "Know how sözleşmesi" adlı eserinde SKAUPY ve STUMPF'a atıf yapan ERBAY ise **teknik ve ticari bilgi birikimi kavramları arasındaki ilişkiyi** isabetli bir biçimde ortaya koymuştur: "know how kavramının ... kapsamlı olması ekonomik hayatın gelişmesinin bir sonucudur. Know how kavramı, teknik alan dışında, ticari alanda da uygulama bulmuştur. Bilginin

Aktarılan<sup>22</sup> ticari bilgi birikiminin (ticari know how) içeriği her franchise sistemine göre ayrı ayrı tespit edilecektir. Sınırlayıcı olmamakla birlikte bir franchise sözleşmesinde ticari bilgi birikimi (ticari know-how) şu konuları ilgilendirebilmektedir: müşteriye çeken ayırdedici işaretler (marka, tabela, logo...), bu işaretlerin kullanılacağı yerler ve kullanılma tarzları, personelin eğitimi, satış

ekonomik alanda kazandığı bu anlam, tartışmaya yol açmamış, aksine genel olarak kabul edilmiştir. Ayrıca ticari alandaki know how teknik alandaki know how'ı ehemmiyetli oranda tamamlayıcı niteliktedir. Hatta çoğu defa, ticari know how olmaksızın, teknik know how'ın bildirilmesi, ekonomik olarak bir değer bile taşımayabilir. Gerçekten de, pazarlama tekniklerini de ihtiva eden teknik bir know how ile, pazarlama tekniğini ihtiva etmeyen teknik know how'ın değer olarak aynı tutulamayacağı açıktır. Ekonomik sahada kabul edilen ve kullanılan ticari know how kavramı, hukuk alanında da görmezlikten gelinemez. Bu nedenle know how kavramının teknik alanla sınırlandırılmayarak ticari alanı da kapsamı isabetli olacaktır. Teknik alan dışında, ticari alanda da know how kavramının kabul edilmesi, aynı şekilde kavramın belirsizliğine yol açmaz". İ. ERBAY, Know How Sözleşmesi, s. 80 vd.

<sup>22</sup> GÜRZUMAR'm dikey anlaşmalar açısından titizlikle yaptığı bilgi birikimi aktarımı ve devri ayrımını burada da zikretmek yararlı olacaktır. Franchise sözleşmesinde bir bilgi birikimi aktarımı söz konusu olup bununla özel bir tür bilgi birikimi (know how) lisansı verilmesi kastedilmektedir (Bkz. Dipnotlar 17 ve 22). Eğer franchise sözleşmelerinde bilgi birikiminin (know how) devri tabiri kullanılıysaydı bu durumda franchise verenin (devreden) artık bilgi birikiminin kendisi ile bir ilişkisi kalmadığını kabul ettiği sonucuna varmak gerekecek idi. Böyle bir durumda, franchise veren bilgi birikimini kendisi kullanamayacağı gibi başkasına (franchise ağına gelecekte katılabilecek olan yeni franchise alanlara) da aktarmama borcu altına girmiş olacak idi. O. B. GÜRZUMAR, 2002/2 Sayılı Rekabet Kurulu Tebliği Çerçevesinde Dikey Anlaşmalar, Rekebet hukukunda güncel gelişmeler sempozyumu I, Rekabet Kurumu, 2003, s. 142, dipnot 152. Oysa, franchise verenin gerçek arzusu bir bilgi birikimi devri gerçekleştirmek değildir. Öyle ki, franchise veren, franchise alanın sadece sözleşme süresince bilgi birikiminden yararlanmasını istemektedir ve bu nedenle genellikle franchise alana bir sözleşme sonrası rekabet etmeme yükümlülüğü yükler. Böylece, franchise ağından ayrılan franchise alanın bu ağ vasıtasıyla öğrendiği ve uyguladığı bilgi birikiminden yararlanarak franchise ağı üyeleri ile rekabet etmesi engellenmiş olur. Üstelik, franchise veren aynı bilgi birikimini ileride franchise ağına katılacak yeni üyelere de aktarmak isteyeceğinden bilgi birikiminin devri kaçınılmazdır. Bu nedenle, franchise verenin yaptığı hukuki işlem bir aktarım (adi lisans veya münhasır olmayan lisans) olarak kabul edilmelidir. Nitelik, bir devir yapılması franchise ağının yapısı ve işleyişiyle bağlantılıdır.



noktalarının iç düzenleme ve tasarımları, tanıtım ve kampanya faaliyetleri, sunulan ürün ve hizmet çeşitlerinin seçimi, müşteri kartları, müşteri bulma yöntemi, muhasebe ve kayıt tutma usulleri, işletme organizasyonuna ilişkin belgeler, mal tedarikinin planlanması, satış noktasının yerinin seçilmesindeki tercihler (satış noktasının bulunduğu bölgedeki nüfus yoğunluğu, ulaşım imkânları, alışveriş merkezlerine veya yerleşim yerlerine yakınlık, otopark imkanları...), franchise alanın denetlenmesi, personelin işletme içindeki görev dağılımı ve görev tanımları, personelin seçilme şekilleri<sup>23</sup> vb...

Bu listeyi başka örneklerle daha da uzatmak mümkündür. Bu sebeple, **bir franchise sistemindeki know how'ın içeriği ancak o sistemin kendisine has unsurlarının incelenmesiyle tespit edilebilir**<sup>24</sup>.

Franchise sistemiyle yakalanan ticari başarının kaynağı olan **bilgi birikimi parçalarına bölünmemesi gereken bir bütündür**. Diğer bir deyişle, bilgi birikimi ancak bütüncül olarak uygulandığı takdirde amacına ulaşabilecektir. Bilgi birikiminin bu bölünemez niteliği nedeniyle **aslında bilgi birikiminin unsurları olan "marka lisansı vermenin" ya da "franchise alana ticari ve teknik destek vermenin" sanki bağımsız unsurlar gibiymişçesine algılanmaması gerektiği kanaatindeyiz**. Belki bu unsurlar, örne-

<sup>23</sup> D. FERRIER, Droit de la Distribution, prg. 683, s. 304. İ. ERBAY, Know How Sözleşmesi, s. 84. J. M. LELOUP, La Franchise, Droit et Pratique, 3. Bası, Delmas, 2000, prg. 352, s. 54 ve prg. 362 s. 57.

<sup>24</sup> Bu durum öğretilerde, bilgi birikimi (know how) lisansı sözleşmesine konu olacak bilgi birikimi (know how) kavramının genel bir tanımının yapılmasında karşılaşılan güçlüklerle paralellik arz etmektedir. Bu paralelliğin varlık sebebi tabii ki çerçevesi çizilmesi gereken kavramın aynı olmasında yatmaktadır. ÖĞÜZ'e göre "know how sözleşmesinin konusunu oluşturacak know how kavramı hakkında yapılabilecek ilk tespit kavramın içeriğinin genişliği sebebiyle somutlaştırılmasının ve sınırlarının belirlenmesindeki güçluktur. Nitekim, öğretilerde, know how kavramına ilişkin olarak verilen tanımların hem çok sayıda hem de birbirinden farklı olduğu görülmektedir. Öte yandan, verilen tanımların sayısının çokluğu ve farklılığına rağmen kavramın içeriğini açıklamakta yetersiz kaldıkları gerekçesiyle yapılan tanımın mümkün olduğunca geniş tutulması ya da genel bir tanım vermekten kaçınma eğiliminin bulunduğundan da söz edilebilir". T. ÖĞÜZ, Know How Sözleşmesi, s. 5.

ğın “ticari ve teknik destek vermek” bilgi birikiminin diğer bazı unsurlarından daha önemliymiş gibi gözüktüğü için ayrı tutulmuş olabilir. Ancak biz bu şekilde bir parçalanmanın doğru sonuçlar vermeyeceğini düşünüyoruz. Örneğin, bir pastaneler zincirinin veya hızlı yemek (fast food) lokantalarının “iç ve dış düzenlemesini yeknesak kılma borcu”, müşterinin her satış noktasında kendisini aynı franchise ağının bir şubesinde hissetmesini sağlayacağından en azından “franchise alana ticari ve teknik destek sağlama borcu” kadar önemlidir. Oysa, yapılan tanımlarda genellikle “teknik destek sağlama borcu” ayrı bir asli edim borcu olarak addedilirken “satış noktalarının iç ve dış düzenlemesinin yeknesaklığının sağlanması borcu” bazı tanımlarda ayrıca telaffuz dahi edilmemiştir. Başka bir örneği ise yukarıda verilen tanımların hiçbirisinde franchise verenin genel çapta (uluslararası, ulusal veya bölgesel) yapacağı “reklam düzenleme borcunun” yer almaması teşkil etmektedir. Bu borç da en azından tanımlarda belirtilen borçlar kadar önem arz etmektedirler. Fakat, franchise sözleşmesinin tanımında bir asli edim borcu olarak yer edinmeyi başaramamıştır.

Bize göre de zaten franchise tanımının, bilgi birikiminin her bir unsurunu ayrı ayrı içermemesi gerekmektedir. Çünkü, **bilgi birikiminin bazı unsurlarını daha önemli kabul edip bunları bağımsız bir asli edim yükümü olarak değerlendirmek bilgi birikiminin bölünemez niteliğiyle örtüşmemektedir.** Ayrıca, bir franchise sözleşmesinde bulunan bilgi birikiminin içeriği her dağıtım ağının özgün niteliğine göre şekilleneceğinden bir franchise ağında önemli olan unsurlar diğerinde hiç önemli olmayabilir veya çok daha az etkiye sahip olabilir. Dolayısıyla, bilgi birikiminin unsurlarının hepsinin sayılması mümkün olamayacağı gibi bunlar arasında tüm franchise sözleşmelerine uygulanabilecek objektif bir önem sıralaması yapılması dahi söz konusu olamaz.

Daha önce de belirtildiği üzere, franchise alan girdiği sistemde alacağı bilgi birikimi sayesinde franchise verenin ulaştığı ticari başarıyı tekrarlama imkânına kavuşacaktır. Franchise alanın elde edeceği başarı, bilgi birikiminin iyi işlediğini gösterecek ve etkinliğini ortaya koyacaktır. Franchise sözleşmesindeki bilgi birikimi gerçekliğini ve etkinliğini ancak uygulama sırasında göstere-

bilir. FERRIER'e göre franchise sözleşmesinde bilgi birikimi "hareket etmeye" benzemektedir<sup>25</sup>. Nasıl ki hareketler varlığını yürüme, koşma vs. esnasında gösterirlerse bilgi birikimi de kendisini franchise alanlar tarafından uygulandıkça göstermektedir.

Öğretide franchise sözleşmesinin objektif esaslı unsuru olarak gösterilen "**marka lisansı ve teknik destek vermek edimleri**" de **esasnda sadece bilgi birikiminin uygulanmasının birer sonucudurlar**. Zira nasıl ki markanın tanınmışlığı bilgi birikiminin farklı satış noktalarında tekrarlanmasından gelmekteyse teknik destek verilmesi de bilgi birikiminin doğru biçimde uygulanması amacına yönelmiş bir edimdir. O halde, **öğreti tarafından daha önceden önerilen diğer objektif esaslı unsurların aslında bilgi birikiminden elde edildiğini tespit edebiliriz**. Böylece, bilgi birikimi franchise sözleşmesindeki bütün diğer unsurları da kapsamaktadır<sup>26</sup>.

Franchise sözleşmesine ait bilgi birikimini sadece "teknik bilgi" olarak kabul eden klasik görüşün arkasında durmak ve marka lisansı ve teknik destek verme yükümlerini bu "teknik bilgi" içerisine sokmayıp sanki bağımsız farklı iki unsur söz konusuymuşçasına franchise tanımında ayrıca belirtmek, franchise sisteminin aktarımında "diğer unsurların"<sup>27</sup> gözardı edilmesi anlamına gelecektir. Bu da sistemin kötü aktarılması sonucu başarısızlığın doğduğu hallerde, franchise alanın sistemin eksik veya kötü aktarımına ilişkin iddialarını ileri sürebileceği alanları daraltmaktadır. Zira klasik franchise tanımı bu sistemin bütün unsurlarını içerecek yapıda hazırlanmamıştır.

<sup>25</sup> D. FERRIER, Franchise et Savoir-Faire, Mél. J.-J. Burst, 2000, prg. 33, s. 167.

<sup>26</sup> D. FERRIER, Franchise et Savoir-Faire, prg. 7, s. 158.

<sup>27</sup> Franchise verenin ifa etmesi gereken "diğer unsurların" (edimlerin) tek sayılması ise franchise sistemlerinin içeriklerinin uygulandıkları sektörlerle göre ciddi farklılıklar göstermesi nedeniyle mümkün olamamakla birlikte, bunlara bazı örnekler verilebilir: franchise verenin reklam düzenleme borcu, satış noktalarının iç ve dış düzenlemesinin yeknesaklığını sağlama borcu, bilgi birikiminin güncellenmesine paralel olarak franchise alanlara eğitim verme borcu vb...

Franchise sözleşmesinde bilgi birikimi (know how) bizim açıkladığımız tarzda tanımlanmadıkça sistemin aktarımında<sup>28</sup> her zaman eksik unsurlar kalması söz konusu olabilecektir.

## B - Franchise alanın yükümleri

Bu yükümler yukarıdaki üç tanımda sırasıyla şu şekilde sıralanmıştır:

### 1. Tanım

- mali katkı yapmak,
- belirli türden mal ve/veya hizmetleri pazarlamak,
- ortak bir marka veya işletme adını kullanmak,
- tesislere ve/veya ulaşım araçlarına yeknesak görünüm vermek<sup>29</sup>.

### 2. Tanım

- sistemin içerdiği ve franchise verenin belirlediği ilkelere uymak,
- fikri/sınai unsurlardan yararlanmak,
- mal veya hizmetlerin sürümünü kendi nam ve hesabına yapmak ve desteklemek,
- ücret ödemek.

<sup>28</sup> Franchise veren aktardığı yöntemlerin franchise alan tarafından doğru ve uygun bir şekilde kullanılıp kullanılmadığını da denetlemelidir. Çünkü, franchise veren, bu sözleşmeyle kendi kazandığı başarıyı ve bu başarının devamlılığını franchise alana vaadettiğine göre, franchise alanın ticari kurallara uymadığını tespit ettiğinde harekete geçmek zorundadır. Franchise verenin franchise alan üzerindeki kontrol etme hakkı kendisi açısından aynı zamanda bir yüküm de teşkil etmektedir. Üstelik bir franchise alanın kötü gidişatına göz yuman franchise veren daha sonra diğer franchise alanların bu durumdan uğrayacakları zararları dahi sorumlu tutulabilecektir.

<sup>29</sup> Tesislere yeknesak görünüm verilmesi borcu hem franchise veren açısından hem de franchise alan açısından geçerli olan çift görünümlü bir borçtur. Bu nedenle iki tarafın da yükümleri arasında sayılmıştır.

### 3. Tanım

- Franchise verenin yönergelerine bağlı kalmak,
- bedel ödemek,
- marka ve know how'ları işletmesinde kullanmak.

Bu üç farklı tanımdaki yükümlerin birbirine benzerliğinden franchise alanın yükümleri açısından öğretide ciddi bir görüş ayrılığı olmadığı sonucuna varılabilir. Bize göre franchise alanın iki asli edim yükümü vardır: **franchise verenin aktardığı ticari yöntemlere uyma yükümü** ve **bedel (karşılık) yükümü**.

**Ticari yöntemlere uyma yükümü** genel nitelikte bir borç olup sistemin bütün unsurlarını ilgilendirmektedir. Yukarıda franchise verenin borçlarını tek asli edime indirgeme hususunda belirttiğimiz gerekçeler burada da aynen geçerlidir. Franchise alanın asli edim yükümlerini tek tek tanımda belirtmek imkânsız ve mümkün olsa dahi faydasız hatta zararlı olup bu konuda sistem kurallarına uymayı öngören genel nitelikli bir borcun varlığını kabul etmek sözleşmenin niteliğine daha uygun düşecektir.

**Bedel (karşılık) verme yükümünün** diğer genel nitelikli borçtan ayrı tutulmasının sebebi ise bu borcun, franchise alanın uygulayacağı sistemin içeriği ve başarısıyla doğrudan ilgisi olmayıp, **kural olarak, yalnızca franchise verenin menfaatine öngörülmüş bir borç olmasıdır**. Diğer bir deyişle, franchise alanın franchise verene vereceği bedel, franchise alanın edindiği bilgi birikimini doğru bir biçimde uygulaması ile doğrudan bağlantılı değildir.

Bilindiği üzere franchise alanın bir bedel (karşılık) vermesinin çeşitli yöntemleri mevcuttur. Bazen franchise alan doğrudan bir ücret ödemez ama, sözleşme konusu pazarlama faaliyetini gerçekleştirebilmek için satın aldığı ürünlere ödediği paranın bir kısmı ile franchise veren gelir elde eder. Bu ihtimalde, "ticari yöntemlere uyma yükümünün" düzgün ifası aslında bedel ödeme yükümünün ifasını da sağlayacaktır. Diğer bir ifadeyle, iki asli edim yükümü, bağımsız olarak varlıklarını sürdürmelerine rağmen, birlikte ifa edilmiş olacaklardır. Ancak, franchise alanın dönemsel olarak bir

miktar para (redevance, royalty) ödemesinin gerektiği sözleşmede öngörülmüşse, “bedel verme yükümü” bağımsız bir asli edim olarak kendisini açıkça gösterebilecektir. Sonuç itibariyle, her iki ihtimalde de franchise alan, franchise verene karşı bir bedel (karşılık) verme yükümü altındadır. Fakat, yükümün ifa şekli duruma göre görünüm değiştirmektedir.

Bununla birlikte, bedel borcunun yerine getirilmemesinin, franchise ağının işlerliğini ve başarısını etkilediği çok istisnai veya belki de sadece varsayımsal hallerde, “bedel verme borcunun” ifası, “ticari yöntemlere uyma borcunun” yerine getirilmesi bakımından da bir zorunluluk teşkil edebilecektir<sup>30</sup>. Başka bir ifadeyle, bu istisnai hallerde, franchise alanın bedel borcunu ifa etmemesi, aynı anda ticari yöntemlere uyma borcunu da ifa etmemesi veya kötü ifa etmesi sonucunu doğuracaktır. Bunun sebebi ise bedel borcunun yerine getirilmemiş oluşunun somut olayda franchise sisteminin işlerliğini zayıflatacak bir niteliğe bürünmesidir. Çünkü bu ihtimalde bedel borcunun alacaklısı franchise veren, bu bedelden yoksun kaldığı nispette sistemin işlerliği açısından mutlak zorunluluk teşkil eden asli edimini bütünüyle ya da kısmen yerine getirmekten mahrum kalabilecektir. Bu mahrumiyet ise franchise verenin ticari gücünden ve desteğinden yeterli oranda yararlanamayacak diğer franchise alanların ticari başarısını olumsuz yönde etkileyecektir. Hatta, ekonomik olarak zor bir sürece girmiş olan bir franchise verenin diğer franchise alanların ekonomik yükümlerini arttırmaya yönelebileceği dahi düşünülebilir. İşte, franchise alanın “bedel borcunu” yerine getirmemesi, kendisinin de içinde bulunduğu sistemi zayıflattığından, bu durum, franchise alanın “ticari yöntemlere uyma borcunu” da ifa etmemesi anlamına gelebilecektir.

Sonuç olarak, bir isimli sözleşme olan franchise sözleşmesinin objektif esaslı noktalarını tesbit etmiş bulunmaktayız. Bu esaslı noktaları birleştirdiğimizde artık franchise sözleşmesinin tanımına ulaşabiliriz: **franchise sözleşmesi öyle bir sözleşmedir ki**

<sup>30</sup> Örneğin, yeni kurulmuş bir franchise ağında dört tane franchise alandan bir tanesinin ödemelerini düzenli bir biçimde ya da hiç yapmaması, franchise verenin, sisteme aktaracağı mali gücünü zayıflatacaktır.

onunla franchise veren ticari başarısını sağlayan yöntemleri franchise alana devamlı olarak aktarma, franchise alan ise bu yöntemlere uyma ve bir bedel verme yükümü altına girer.

#### KAYNAKÇA

**Ş. AKINCI**, Karşılaştırmalı Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Sayram, Konya 2004.

**Y. ASLAN**, Rekabet Hukuku Bakımından Dikey Anlaşmalar, Ekin, İstanbul, 2004.

**M. BAŞ**, Teknik Bilgi (Know How) Lisans Sözleşmesi, Yetkin, Ankara, 2000.

**F. CHARTIER**, La Notion de Savoir-Faire et ses Implications dans la Franchise, thèse Montpellier, 2002.

**İ. ERBAY**, Know How Sözleşmesi, Yetkin, Ankara, 2002.

**F. EREN**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta, 8. Bası, İstanbul, 2003.

**D. FERRIER**, Droit de la Distribution, 4. Bası, Litec, 2006.

**D. FERRIER**, Franchise et Savoir-Faire, Mél. J.-J. Burst, 2000.

**M. A. GÜMÜŞ**, Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu, Beta, İstanbul 2001.

**O. B. GÜRZUMAR**, Franchise Sözleşmeleri ve Bu Sözleşmelerin Temelini Oluşturan “Sistemlerin” Hukuken Korunması, Beta, 1995.

**O. B. GÜRZUMAR**, 2002/2 Sayılı Rekabet Kurulu Tebliği Çerçevesinde Dikey Anlaşmalar, Rekabet hukukunda güncel gelişmeler sempozyumu I, Rekabet Kurumu, 2003.

**Ç. KIRCA**, Franchise Sözleşmesi, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 1997.

**J. M. LELOUP**, La franchise, Droit et Pratique, 3. Bası, Delmas, 2000.

**T. ÖĞÜZ**, Know How Sözleşmesi, Filiz, İstanbul, 2001 (Know How Sözleşmesi).

**R. SEROZAN**, Borçlar Hukuku Özel Bölüm, Filiz, 2002.

**M. ŞUA**, Le savoir-faire dans la Franchise au Regard du Droit Communautaire et du Droit Turc, mémoire de master recherche, Montpellier, 2005 (Le Savoir-Faire dans la Franchise).

**M. ŞUA**, L'Environnement Juridique du Contrat de Franchise au Regard du Droit Communautaire et du Droit Turc, YÜHFD, Cilt II, S. 2, İstanbul, 2005.

**M. TOPÇUOĞLU**, İnhisar (Tekel) Kaydı İçeren Acentelik, Tek Satıcılık ve Franchising Sözleşmelerinde Aktif ve Pasif Satışlar, Rekabet Dergisi, S. 18, Ankara, 2004 (İnhisar Kaydı).



# TTK TASARISI VE “DENİZ ALACAKLARINA KARŞI MESULİYETİN SINIRLANMASI HAKKINDA 1976 TARİHLİ MİLLETLERARASI SÖZLEŞME” YE GÖRE DONATANIN SINIRLI SORUMLULUĞU

Arş. Gör. Nuri ERDEM\*

## GİRİŞ

Deniz Ticaretinde donatanın sorumluluğunun sınırlandırılması bakımından farklı sistemler bulunmaktadır. Bizim mevzuatımız bakımından, 1861 tarihli Mevaz Alman Ticaret Kanunu'nda (HGB § 486) uzun süre uygulanan ve hukukumuzda ilk defa 1929 tarihli Deniz Ticareti Kanunuyla giren ve sonrasında yürürlükte bulunan 1956 tarihli TTK.'da da mevcut hükümlerle (m. 948) muhafaza edilen esas, donatanın sınırlı ayni sorumluluğudur. Buna göre donatan, birtakım borçlarından dolayı anacak gemi ve navlun ve bunların yerine geçecek ikame değerlerle (surrogat) sorumludur. Ancak sınırlı ayni sorumluluk esası, modern deniz ticaretinin ihtiyaçlarını karşılamadığı yönünde öğretilerde eleştirilmekteydi<sup>1</sup>.

Diğer taraftan Türkiye, 28.02.1980 tarihli Bakanlar Kurulu kararıyla “Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlanması Hakkında 1976 tarihli Milletlerarası Sözleşme”ye katılma yoluyla taraf

---

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ticaret Hukuku Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> Tahir ÇAĞA / Rayegan KENDER, **Deniz Ticareti Hukuku I, Giriş, Gemi Donatan ve Kaptan**, İstanbul, 2004, s 159, Rayegan KENDER / Ergon ÇETİNGİL, **Deniz Ticareti Hukuku**, İstanbul, 2003, s. 70, Fahiman TEKİL, **Deniz Hukuku, Uluslararası Konvansiyonlar**, İstanbul 1987, s. 311 (Konvansiyonlar), Rayegan KENDER, **Deniz Ticareti Hukukunda Donatanın Sınırlı Sorumluluğu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. II, S. 2, s. 125 (Donatan).**

olmayı kabul etmiştir<sup>2</sup>. 1976 Tarihli Sözleşme, hükümleri gereği tevdi edilmesi gerekli belgelerin yetkili organa tevdiinden itibaren 01.07.1998 tarihinde Türkiye açısından yürürlüğe girmiştir. Burada kabul edilen esas, geminin tonajına göre tayin edilen bir meblağla göre donatanın sorumluluğunun sınırlandırılmasıdır<sup>3</sup>. Almanya da 1976 Tarihli Sözleşmeye taraf ülkelerden olup, Mevaz Alman Ticaret Kanunu'nda 1986 tarihli İkinci Deniz Hukukunda Değişikliğe dair Kanun "Das Zweite Seerechtsänderungsgesetz" ile 1976 Tarihli Sözleşme hükümleri iç hukuka alınmış<sup>4</sup> olmasına rağmen TTK.'da böyle bir değişikliğe gidilmemiştir. Bu bakımdan hâlihazırda sözleşme hükümlerinin uygulanabilirliği konusu öğretide tartışmalıdır. Ancak baskın görüş yabancılik unsuru taşıyan itilafalarda Türk mahkemelerin 1976 Tarihli Sözleşmenin uygulanma şartlarının gerçekleşmesi üzerine hükümlerini uygulaması gerektiği yolundadır<sup>5</sup>. Bununla birlikte TTK. Tasarısıyla, görüldüğü üzere,

<sup>2</sup> Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. Selim ATAERGİN / Oğuz CANER, **Türk Deniz Mevzuatı, Cilt II, Türkiyenin Taraf Olduğu Uluslararası Belgeler ve Türk Deniz Hukukunun Uluslararası Kaynakları**, İstanbul, 2006, s. 41.

<sup>3</sup> Donatanın sorumluluğunun sınırlandırılması fikrinin ilk defa "The Responsibility of Shipowners Act of 1734" ile ortaya çıktığı İngiltere'de, 1854 tarihinde "The Merchant Shipping Act" ile donatanın sorumluluğunun sınırlandırılması, bugünküne sisteme benzer halini almıştır (Serge KILLINGBECK, *Limitation of Liability for Maritime Claims and Its Place In the Past Present and Future- How Can It Survive?* **SCU Law Review**, Volume 3, [http://www.scu.edu.au/schools/law/law\\_review/V3\\_full\\_text.htm](http://www.scu.edu.au/schools/law/law_review/V3_full_text.htm), 15.05.2008 (çevrimiçi). Bununla birlikte 76 Tarihli Sözleşmeye de taraf olan İngiltere, sözleşmenin iç hukukta uygulanabilirliği bakımından "Limitation of Liability for Maritime Claims Act 1979"u kabul etmiş ve 1 Kasım 1986'da yürürlüğe koymuştur (Susan HODGES & Christopher HILL, **Principles of Maritime Law**, London, 2001, s. 525).

<sup>4</sup> Ergon ÇETİNGİL, **Alman Deniz Ticaret Kanunu'nun 1986 Yılı Reformunda Donatanın Sorumluluğu İle İlgili Olarak Yapılan Değişiklikler**, **BATİDER**, Haziran 1994 (1986 Değişiklikleri), sh. 3. Yazarın belirttiğine göre Donatanın Sorumluluğunun Sınırlandırılması ile ilgili 1957 Brüksel Sözleşmesinin yerine geçmek üzere 1976 Tarihli Sözleşme, Konışmentolu Eşya taşımaları ile ilgili 1924 Brüksel Sözleşmesini değiştiren 1968 Brüksel Protokolü ve Deniz Yolu İle Yolcu ve Bagaj Taşımaları hakkındaki 1974 Atina Sözleşmesi iç hukuka alınmışlardır.

<sup>5</sup> ÇAĞA / KENDER, s. 173, KENDER / ÇETİNGİL, s. 75, Fahiman TEKİL, **Deniz Hukuku**, İstanbul, 2001, s. 178, Emre. BAYAMLIOĞLU, 1976 Deniz

TTK'nın Deniz Ticareti başlıklı kitabında da önemli değişiklikler yapılmak istenmektedir. Bu değişikliklere genel olarak baktığımızda göze çarpan bir nokta, uluslararası sözleşmelere uyum sağlanmış olmasıdır. Tasarının 1062. maddesinin 2. fıkrasında da buna mukabil "donatanın Türkiye Cumhuriyeti Devleti'nin taraf olduğu sorumluluğun sınırlandırılmasına ilişkin milletlerarası sözleşmelerden doğan sorumluluğunu sınırlandırma hakkı saklı olduğu" ifade edilmektedir. Yine TTK. Tasarısı'nın 1328. maddesinde "Deniz alacaklarından doğan sorumluluk, 4/6/1980 tarihli ve 17007 sayılı Resmî Gazetede yayımlanan 19/11/1976 tarihli Deniz Alacaklarına Karşı Mesuliyetin Sınırlanması Hakkında Milletlerarası Sözleşme ile bu Sözleşmeyi değiştiren 2/5/1996 tarihli Protokol veya onun yerine geçmek üzere hazırlanarak Türkiye Cumhuriyeti tarafından kabul edilen milletlerarası sözleşmelere göre sınırlanabilir" denilmektedir. Böylelikle 1976 Tarihli Sözleşme hükümleri iç hukuka alınmakta, ancak bu yapılırken atıf yolu tercih edilmektedir<sup>6</sup>. Yine daha önce öğretilerdeki tartışmalara yönelik olarak belki de gerekli olmayan bir tekrarla m. 1329'da, 1976 Tarihli Sözleşmenin yabancılık unsuru taşımayan hâllerde de uygulanacağı belirtilmektedir. Tasarının bu haliyle kanunlaşması halinde 1976 Tarihli Sözleşmeyle getirilen sistemin esaslarının kabul edilmiş olacağı açıktır.

---

Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılmasına Dair Konvansiyon Üzerine Notlar, **Deniz Hukuku Dergisi**, Y.4, S. I-II, s. 129. Aksi görüşte Mertol CAN, **Deniz Ticareti Hukuku Cilt I**, Ankara, 2000, s. 157. Yazar Anayasa'nın 90. maddesinin 4. fıkrasına göre Türk kanunlarında değişiklik getiren milletlerarası sözleşmelerin onaylanmasının TBMM tarafından bir kanunla uygun bulunmasına bağlı olduğunu, ancak 76 Tarihli Sözleşmenin Bakanlar Kurulu kararıyla onaylanmış olduğu için yürürlüğe girmiş sayılamayacağını ifade etmektedir.

<sup>6</sup> Hükümlerin Eleştirisi için bkz. Ergon ÇETİNGİL / Rayegan KENDER / Samim ÜNAN / Emine YAZICIOĞLU, TTK. Tasarısı'nın "Deniz Ticareti" Başlıklı 5. Kitabında Yer Alan Hükümler Hakkında, **Deniz Hukuku Dergisi**, Özel Sayı, (Tasarı), s.88-93, KENDER (Donatan), s. 132. Ayrıca bkz. Didem ALGANTÜRK LIGHT, TTK. Tasarısı'nın Deniz Ticareti" Başlıklı Beşinci Kitabı ile Getirilen Düzenlemeler ve Değerlendirmeler, **İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi**, Y. 5, S. 10, 2006, s. 129.

## 1. MEVCUT SİSTEMDE DONATANIN SINIRLI SORUMLULUĞU

### I. SINIRLI AYNİ SORUMLULUK HALLERİ

TTK. m. 948 hükmü hangi alacakların sınırlı sorumluluğa tabi olduğunu belirtmektedir. Buna göre:

a. Alacak; kaptanın özel bir vekâletle değil de sırf kaptan sıfatıyla sahip olduğu temsil yetkisine dayanarak yaptığı hukuki işlemlerden doğmuş ise donatan deniz serveti ile sorumludur. Ancak bunun istisnası olarak TTK. m. 949'a göre, donatan, gemi adamlarının hizmet ve iş mukavelelerinden doğan alacaklarından yalnız gemi ve navlun ile değil şahsen de sorumludur. Kaptanın donatanı kanundan doğan yetkisiyle hangi hallerde temsil edebileceğine ilişkin, gemi bağlama limanında bulunduğu hallerde TTK. m. 986 hükmü, gemi bağlama limanı dışında bulunduğu hallerde TTK. m. 987 hükmü cari olacaktır. Yine kaptan TTK. m. 988 hükmü uyarınca ancak yolculuğun devamı için zaruret halinde ve yalnız bu zaruretle ölçülü derecede deniz ödücü alabilir.

b. Alacak; donatan tarafından akdedilmiş olup da ifası kaptana düşen bir mukavelenin yerine getirilmemesinden yahut noksan veya fena ifasından doğmuş ise yine donatan sınırlı sorumlu olacaktır. Sözgelimi donatanın bir navlun sözleşmesi akdetmiş olup gemi adamlarının bunu gereği gibi ifa etmemeleri dolayısıyla yükün zarar görmüş olması hali böyledir.

Ancak yukarıda belirtmiş olduğumuz bu iki halde de, donatan, mukavelenin ifasında bizzat kendisi kusurluysa veya mukavelenin ifasını ayrıca tekeffül etmişse sınırlı sorumluluk esasından faydalanamayacaktır. (TTK. m. 948 f. III)

c. Alacak; gemi adamlarından birinin kusurundan doğmuş ise donatan yine sınırlı sorumlu olacaktır. Burada sözkonusu edilen, TTK. m. 947 hükmü gereği donatanın, gemi adamlarından birinin vazifesini yaparken işlediği kusur neticesinde üçüncü şahıslara verdiği zararlardan dolayı donatanın sorumlu olduğu alacaklardır.

Burada donatanın yükü ile ilgililere karşı sorumluluğu taşıyanın gemi adamlarının kusurundan doğan sorumluluğu derecesindedir<sup>7</sup>.

Bununla birlikte, alacak kurtarma ve yardımdan doğmuş ise donatan TTK. m. 1234 hükmü gereği yine sınırlı sorumluluk esasında faydalanabilecektir.

## II. SINIRLI AYNİ SORUMLULUĞUN KAPSAMI

Sınırlı sorumluluğun kapsamı TTK. m. 948'de gemi ve navlun olarak belirlenmiştir<sup>8</sup>. Ancak ilaveten gemi alacaklısı hakkının kapsamına da bakmak gerekir. Zira sınırlı ayni sorumluluğa tabi bütün alacaklar sahiplerine gemi alacaklısı hakkını da verir<sup>9</sup>. Bunun sebebi kanunun, donatanın yalnız deniz servetine müracaat edebilen alacaklılarla, donatan arasında menfaatler dengesini sağlama amacını gütmesidir<sup>10</sup>. Buna göre, kullanılması alacağın doğumuna sebep olan gemi ve alacağa sebep olan yolculuğun gayrisafi navlundan başka gemi ve navlun yerine geçecek ikame değerler de (surrogatlar) sınırlı sorumluluğun kapsamına girerler. Bunlar;

<sup>7</sup> Örnek olarak bkz. "TTK m. 1062/II deki geminin (...) başkaca teknik idaresine ait hareketlerden maksat geminin seyir amacıyla yapılan işlerin dışında kalan, geminin yararı gereği onun nakil teçhizat araçlarının kullanılmasıdır. Gemi dengesini sağlamak için gemiadamlarının balast (safra) tanklarını doldurup boşaltmasıdaki kusur teknik idare kusurudur. Donatan teknik idare kusurundan sorumlu değildir." Yarg. 11. HD., E.1991/444, K.1991/729, Gündüz AYBAY, **Deniz Ticaret Hukuku İle İlgili -Notlandırılmış- Yargıtay Kararları**, İstanbul, 2000, s. 303 vd.

<sup>8</sup> "Donatan, gemi adamlarının kusurundan doğan alacaklardan gemi ve navlunla sınırlı olarak sorumludur. Kusurlu çatma sonucunda meydana gelen ölüm olaylarından doğan zararlarda da donatanın sınırlı sorumluluğu ilkesi uygulanır." Yarg. 11. HD., E.1981/4302, K. 1981/5025, AYBAY, s. 73.

<sup>9</sup> KENDER (Donatan), s. 124.

<sup>10</sup> ÇAĞA / KENDER, s. 156, Nuray BARLAS, **Gemi Alacaklısı Hakkı Veren Alacaklar ve Gemi Alacaklısı Hakkının Hukuki Niteliği**, İstanbul, 2000, s. 7. Serdar HIZIR, Gemi Alacaklısı Hakkının Bahsettiği Bir İmkan Olarak Rehnin Paraya Çevrilmesi Suretiyle Takip Usulü, **BATİDER**, C. XXIII, S. 4, s. 361, Turgut KALPSÜZ, Gemi Alacaklısı Hakkının Hukuki Mahiyeti, **Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı**, Ankara, 1988, s. 308.

Geminin yurt içinde cebri icra yoluyla veya kaptan tarafından TTK. m. 990 hükmü gereğince kanunî yetkisine dayanarak zorunlu hallerde satılması durumunda satış bedeli (TTK. m. 1245 f. I),

Müşterek avarya hallerinde feda edilen veya hasara uğrayan gemi ve navlun için verilen veya (TTK. m. 1256 f. II) geminin veya yahut malın zıyaı veya hasarı neticesi olarak navlunun eksilmesi halinde, hukuka aykırı hareketiyle bu zararlara sebep olan kimse tarafından donatana ödenecek tazminatlardır.

### III. SINIRLI AYNİ SORUMLULUĞUN SINIRLI ŞAHSİ SORUMLULUĞA DÖNÜŞMESİ

Genel olarak özetlemiş olduğumuz donatanın sınırlı sorumluluğu sisteminde son olarak, birtakım hallerde bu sorumluluğun, donatanın şahsi sorumluluğuna dönüştüğünü görürüz. Donatan birtakım fiilleri neticesinde alacaklıların deniz servetine başvurularına engel olabileceği gibi deniz servetine dâhil olan kıymetleri tehlikeye sokabileceği için kanunda, alacaklıların gemi alacaklısı hakkının yerine geçmek veya yanında yer almak üzere bu mesuliyet tipi de öngörülmüştür. Buna göre:

Donatan deniz servetini meydana getiren navlun ve surrogları tahsil ettiği takdirde bunlar artık donatanın kara servetine dâhil olmuş bulunup, donatan alacaklılara karşı tahsil ettiği miktarla sınırlı olarak bütün malvarlığıyla sorumlu olur (TTK. m. 1252, 1254, 1256). Bu halde gemi alacaklısının kanuni rehin hakkı sona erip şahsi sorumluluk onun yerine geçer.

Donatan; yalnız gemi ve navlun ile sorumlu olduğu bir gemi alacaklısının alacağını öğrendikten sonra alacaklının menfaatine olmadığı halde gemiyi yeni bir deniz yolculuğuna çıkarttığı takdirde geminin bu yolculuğunun başındaki değeri ile sınırlı olarak şahsen sorumlu olur (TTK. m. 1255 f. I). Bu halde sınırlı şahsi sorumluluk gemi alacaklısının kanuni rehin hakkı yanında yer alır.

Donatan gemiye kendi hesabına yüklettiği mallar için yükleme yerinde ve yükleme zamanında ödenmesi mutat olan navlun

miktarı ile sınırlı olarak şahsen sorumlu olacaktır (TTK. m. 1252 f. II).

Sistem hakkında önemli eleştirileri şöyle sıralayabiliriz. Bugün hiçbir ülkede sınırlı aynı sorumluluk rejimi uygulanmamaktadır. Sistem bünyesinde önemli sakıncalar barındırmaktadır. Gemi en son durumu ile icra takibine konu olacağı için, alacaklılar geminin değer kaybetmesi rizikosuyla karşı karşıyadırlar. Gemi ve navlunun ziyai halinde sigorta tazminatına başvurma hakkı tanınmamış olup alacaklıların zararlarını karşılayamama riskleri bulunmaktadır. Yine sistemin bir sakıncası olarak donatanın eski gemiler kullanmaya teşvik edildiği, alacaklıların gemiye el koymalarının mümkün olmadığı, deniz servetine dahil olan navlunların ise özellikle kırkambar sözleşmelerinde takibinin güç olduğu belirtilmektedir<sup>11</sup>.

## 2. 1976 TARİHLİ SÖZLEŞME'YE GÖRE DONATANIN SORUMLULUĞUNUN SINIRLANDIRILMASI REJİMİ

### I. SORUMLULUĞUN SINIRLANDIRILMASINDAN YARARLANACAK KİMSELER

1976 Tarihli Sözleşmede sorumluluğun sınırlandırılmasından yararlanacak kimseler;

- *Gemi Malikleri (Shipowners, Schiffeigentümer),*
- *Yardımda Bulunanlar, (Kurtarma Ve Yardım Faaliyetleri İle Doğrudan Bağlantılı Hizmetleri Gören Kişiler)*
- *Gemi Maliki Veya Yardımda Bulunanın Fiillerinden Sorumlu Oldukları Kimseler*
- *Sınırlamaya Tabi Alacakları Sigorta Etmiş Bulunan Sigortacılar olarak sayılmaktadır.*

<sup>11</sup> Rayegan KENDER / Ergon ÇETİNGİL, Türk Ticaret Kanununun Deniz Ticaretine Ayrılan Dördüncü Kitabındaki Hükümlerin Değiştirilmesine Dair Tasarı Taslağı, **Deniz Hukuku Dergisi Özel Sayı**, Nisan-2002 (Tasarı), s.7, KENDER, (Donatan), s. 123.

1976 Tarihli Sözleşme hükümlerinin sorumluluklarını sınırlandırabilecek kimselerin sayısını arttırdığı görülmektedir. 1956 Tarihli Sözleşme rejimine ek olarak kurtarma yardım faaliyetinde bulunan kimseler ve sigortacılar eklenmiştir. Alman Kanunu'nda yapılan değişiklikte bu kimselere kılavuz da dâhil edilmiştir. Yine HGB 487d. f. II hükmüyle borçlunun bir şahıs şirketi olması halinde herbir ortağın da sorumluluğu sınırlama hakkına sahip olduğu yolunda yerinde bir düzenleme yapılmıştır<sup>12</sup>.

Gemi maliki terimi, donatanı, çartereri ve geminin işleticisini yani gemi işletme müteahhidini de ifade etmektedir.

Donatan ve gemi işletme müteahhidi, TTK. m. 946'da tanımlanmıştır. Buna göre donatan gemisini deniz ticaretinde kullanan gemi sahibine denir<sup>13</sup>. Bununla birlikte, kendisinin olmayan bir gemiyi kendi adına deniz ticaretinde bizzat veya kaptan marifetiyle kullanan kimse de, üçüncü şahıslarla olan münasebetlerinde donatan sayılır. İşte bu kimseler öğretilerde gemi işletme müteahhidi olarak adlandırılmaktadır. Mevcut sistemde de gemi işletme müteahhidi donatanın sorumluluğunun tabi olduğu esaslara tabi olduğundan sözleşme, sorumluluğunu sınırlayabilecek kimseler bakımından burada bir fark yaratmamaktadır. Zira kendisi sınırlı sorumluluğa tabi borçlarından, kullandığı gemi ve navlunla sorumludur<sup>14</sup>. Gemi maliki burada ancak işletmenin kendisine karşı haksız olduğunu ve alacaklının kötü niyet sahibi olduğunu bir arada ispat etmekle gemisini sorumluluktan kurtarabilir.

TTK.'da çarterer tanımı yapılmamıştır. Öğretilerde ise çarterer, donatanın kendisine zaman veya sefer üzerine gemiyi tahsis ettiği kişi olarak tanımlanmaktadır. Personel sözkonusu olmaksızın sadece geminin kiralanması ve geminin yönetiminin çarterere tahsisi halinde çıplak gemi çarterinden bahsedilir (bare boat charter). Çıplak gemi çartereri gemi işletme müteahhidi sayılmakta olduğundan

<sup>12</sup> ÇETİNGİL (1986 Değişiklikleri), s. 6.

<sup>13</sup> TTK. Tasarısı 1061. maddede donatan, gemisini menfaat sağlamak amacıyla suda kullanan kimse olarak tanımlanmaktadır. Eleştirisi için bkz. ÇETİNGİL / KENDER / ÜNAN / YAZICIOĞLU (Tasarı), s.88-93

<sup>14</sup> ÇAĞA / KENDER, s. 136, TEKİL, s. 148.



sorumluluğun sınırlanmasından faydalanabilecektir. Bununla birlikte 1976 Tarihli Sözleşmede bir ayırım yapılmaksızın çarterlerden de bahsedildiği için sözleşmeyle getirilen sorumluluğun sınırlanması rejiminden sefer ve zaman çarterleri gibi diğer çarterler de yararlanacaktır<sup>15</sup>. Yine geminin bir bölümünde hak sahibi “slot” çarterleri yönünden sözleşmede açık hüküm bulunmaması dolayısıyla sorumluluğunun sınırlanıp sınırlanmayacağı tartışılmış, İngiliz hukukunda geminin tamamı ya da bir bölümü üzerinde “işleten” sıfatına sahip olan kimsenin sınırlı sorumluluk esasından yararlanacağı kabul edilmiştir<sup>16</sup>.

Donatandan başka yardımda bulunan (salvor, Berger), kurtarma yardım faaliyetleri ile doğrudan bağlantılı hizmetleri gören kişilere de sorumluluklarını sınırlama hakkı getirilmiştir. Bu hüküm neticesinde, 1957 Tarihli Sözleşme’den farklı olarak verilen hizmetler gemiden olabileceği gibi geminin dışından herhangi bir şekilde olması durumunda dahi sorumluluğu sınırlamanın mümkün olduğu kabul edilmektedir<sup>17</sup>. Sözleşmenin uygulanması bakımından kurtarma yardım faaliyetleri sadece tehlikede bulunan gemileri kurtarmak için yapılan hizmetlerle sınırlı değildir. Bununla birlikte enkazın kaldırılması, imhası ve zararsız hale getirilmesi gibi faali-

---

<sup>15</sup> Oğuzhan HASİPOĞLU, *Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılması Hakkında Yeni Yasal Düzenleme: 1976 Londra Konvansiyonu, İstanbul Barosu Dergisi*, C. 72, S. 7-8-9, s. 56-90. Bu konuda ayrıntılı bir karar incelemesi için bkz. Ömer Faruk ALP, *CMA CGM S.A vs. CLASSICA SHIPPING CO. LTD.* Kararı Bakımından 1976 LLMC’de Zaman Çarterlerinin Durumu, *Deniz Hukuku Dergisi*, Y.8, S.1-4 s. 129-143. kararda sözleşmeyle sağlanan imkanlardan yararlanmak için çartererin gemi maliki gibi davranmasının zorunlu unsur olup olmadığı tartışılmış, sonuç olarak böyle bir sınırlandırmaya gidilmeksizin zaman çartereri bakımından da sözleşme hükümlerinin uygulanacağı sonucuna varılmıştır.

<sup>16</sup> HODGES & HILL, s. 529.

<sup>17</sup> Bu düzenlemede “Tojo Maru” kararıyla gündeme gelen, profesyonel olarak kurtarma yardım faaliyetlerinde bulunan kimselerin ihtiyaçları ve 1976 Tarihli Sözleşme öncesi yaptıkları lobi faaliyetleri rol oynamıştır. Zira söz konusu kararda bu kimselerin sorumluluğunu sınırlandırabilmeleri “Merchant Shipping Act 1894” ve “1957 Tarihli Sözleşme” kuralları gereği, kurtarma yardım faaliyetlerinin gemiden (on board) gerçekleştirilmesi kriterine bağlanmıştı (HODGES & HILL, s. 213).

yetlerle gemi maliki veya kurtaranın sorumluluğunu sınırlama hakkı olduğu bir zararı önlemek veya azaltmak için alınan tedbirler de kurtarma yardım faaliyetlerine dâhildir<sup>18</sup>.

1976 Tarihli Sözleşmenin m. 1 b. hükmüne göre, m. 2'de yazılı alacıklardan biri gemi maliki veya yardımda bulunanın fiil, ihmal ve kusurlarından sorumlu olduğu herhangi bir kişiye karşı ileri sürüldüğü takdirde bu kişi de da işbu sözleşmede öngörülen mesuliyet sınırlamasından faydalanmak hakkına sahiptir. Böylelikle Kaptan, gemi adamları ve bunlarla birlikte donatanın fiil ihmallerinden sorumlu oldukları diğer şahıslar da kendilerine karşı sözleşmenin ikinci maddesindeki yazılı alacıklardan biri ileri sürüldüğü takdirde sorumluluklarını sınırlandırma hakkından yararlanabileceklerdir. TTK Tasarısında ise kılavuzun donatanın fiillerinden sorumlu olduğu gemi adamlarına ilave edilmiş olduğunu görürüz. Böylelikle, sözkonusu tasarı kanunlaştığı takdirde sözleşme hükümlerinin kapsamına kılavuz da girmiş olacaktır. Yine, TTK. Tasarısı m. 1343, Kılavuzlar için sorumluluk sınırını belirlerken, maddenin uygulamasında kılavuz teriminin, gemide veya herhangi başka bir yerden gemiye kılavuzluk hizmeti veren kişiyi veya kişileri ve bu kişi veya kişilerin fiillerinden sorumlu olan bütün gerçek ve tüzel kişileri kapsayacağını belirterek kılavuzu da bu kimseler arasına bir kez daha dahil etmiştir.

1976 Tarihli Sözleşmenin sorumluluğun sınırlandırılmasından yararlanacak kişiler bakımından getirdiği diğer bir yenilik ise sınırlamaya tabi alacaklar bakımından sorumluluğu sigorta etmiş olan sigortacıya da rizikonun gerçekleşmesi halinde sigortalı ile aynı ölçüde olmak üzere sınırlama hakkının verilmesidir. Böylelikle sigortacılar da sözkonusu risklere karşı koruma kapsamına girmekle birlikte donatanlar da daha az primle sigorta yaptırabileceklerdir<sup>19</sup>.

<sup>18</sup> ÇETİNGİL (1986 Değişiklikleri), s. 6.

<sup>19</sup> HASİPOĞLU, s. 592.

## II. SINIRLAMAYA TABİ ALACAKLAR

1976 Tarihli Sözleşmenin ikinci maddesine sözkonusu alacaklar tespit edilmiştir. Buna göre sınırlı sorumluluğa tabi olabilmesi için alacağın doğumuna yol açan ölüm ve yaralanma (cismani zarar) ile her türlü eşya ziya ve hasarının ve tüm malvarlığı zararlarının ya gemide ya da geminin işletilmesi veya kurtarma yardım faaliyetleriyle doğrudan ilgili olarak meydana gelmiş olması gerekir. Böylelikle taşıma sözleşmesinin hiç ifa edilmemiş olması halinde meydana gelecek zararlardan dolayı donatanın sorumluluğu sınırlandırılmaz<sup>20</sup>. Maddi zararlar arasında liman tesisleri, havuzları, seyrüsefere elverişli su yolları ve seyir yardımcı tesislerinin maruz kaldıkları zararlar da özel olarak sayılmaktadır. Bunun sebebi bazı devlet mahkemelerinin buralarda oluşan zararlardan dolayı sınırlı sorumluluğu kabul etmemiş olmalarıdır<sup>21</sup>. Yük, yolcu ve bagaj taşımalarındaki gecikme zararlarından doğan alacaklar da sözleşme kapsamına girer<sup>22</sup>. Bu alacaklar da 1957 Tarihli Sözleşmede yer almayıp, sınırlamaya tabi alacaklardan sayılmaları sözleşmenin getirmiş olduğu yeniliklerden birtanesidir.

Sözleşmeden doğmuş olmayan herhangi bir hakkın ihlalden dolayı ortaya çıkan ve geminin işletilmesi yahut kurtarma ve yardım faaliyetleriyle doğrudan ilgili olarak meydana gelen diğer bütün zararlardan doğan alacaklar da sınırlamaya tabidirler. Madde 2 paragraf 1 'de "sorumluluğun kaynağı ne olursa olsun" ve paragrafın (a) bendinde "sair bütün zararlardan doğan alacaklar" denmiş olmasına rağmen burada sözleşmeden doğmuş olmayan zararlardan doğan alacakların işaret edilmesi kanımızca sözleşmeden doğan talepleri madde kapsamından çıkarmak değil sözleşme dışı talepleri vurgulama amacı taşımaktadır. Bu bakımdan madde metninde çelişki bulunmamaktadır. Sözleşmeden doğan alacaklar zaten madde kapsamında olup burada sözelimi haksız fiilden doğan alacaklar da sınırlı sorumluluğa tabi kabul edilmektedir.

<sup>20</sup> ÇETİNGİL (1986 Değişiklikleri), s. 8.

<sup>21</sup> ÇETİNGİL (1986 Değişiklikleri), s. 8.

<sup>22</sup> ÇAĞA / KENDER, s. 164.

Batmış, enkaz haline gelmiş, oturmuş; veya terk edilmiş bir geminin, içinde bulunan veya bulunmuş olan şeyler de dâhil olmak üzere, yüzdürülmesi, kaldırılması. İmha edilmesi veya zararsız hale getirilmesinden doğan alacaklar ve gemi yükünün imhası veya zararsız hale getirilmesinden doğan alacaklar da sınırlamaya tabidirler. Ancak taraf devletler bu alacakları sınırlı sorumluluk kapsamından çıkarmaya yetkilidirler. Nitekim TTK Tasarısı m. 1331'de bu alacaklara karşı sorumluluğun sınırlandırılmayacağı öngörülmüştür. Tasarının bu şekilde kanunlaşması halinde sözkonusu alacaklar sınırlı sorumluluğa tabi olmayacaklardır. Alman hukukunda bu tip alacaklar için özel bir azami sorumluluk tutarı kabul edilmiş olup bu miktarla sınırlı sorumluluk mevcuttur. Bu miktar da yine 1976 Tarihli Sözleşme m. 6 paragraf 1 b'ye göre belirlenir<sup>23</sup>.

Donatan ve diğer sorumlu şahısların 1976 Tarihli Sözleşme hükümleri uyarınca sorumluluğunu sınırlayabileceği bir zararı önlemek veya azaltmak için alınan tedbirler ve bu tedbirlerin başkaca sebep oldukları zararlar yüzünden sorumlu kimseden başka bir kimse tarafından ileri sürülen alacaklar da sınırlamaya tabi kabul edilmişlerdir.

Sınırlı sorumluluğa tabi bir alacak rücu hakkına binaen ileri sürüldüğü takdirde de niteliğini değiştirmeyecektir. Sözgelimi müştereken bir zarara sebep olan donatanlardan birisi sorumluluğunu sınırlama hakkına sahip olmayıp zararın tamamını ödemiş olsa dahi diğer donatana karşı sahip olduğu rücu hakkı sınırlı sorumluluğa tabi bir alacak niteliğindedir<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> ÇETİNGİL (1986 Değişiklikleri), s. 10.

<sup>24</sup> ÇETİNGİL (1986 Değişiklikleri), s. 10. Sözleşme m. 2 paragraf 2'ye göre "Birinci paragrafta yazılı alacaklar, rücu hakkına veya bir garantiye dayanan, akdi veya gayri akdi bir davaya konu olsalar da mesuliyet sınırlamasına tabidirler. Şu kadar ki, 1 inci paragrafın (d), (e) ve (f) bentleri şümulüne giren alacaklar, mesul şahıs ile akdedilmiş bir sözleşmeden doğan ücrete ilişkin oldukları nispette mesuliyet sınırlamasına tabi değildirler."

### III. SINIRLI SORUMLULUK ESASININ DIŞINDA BIRAKILAN ALACAKLAR

1976 Tarihli Sözleşme m. 3 hangi alacaklar açısından sözleşmede öngörülen sınırlamanın uygulanmayacağını hükme bağlar. Buna göre kurtarma ve yardım alacakları ile müşterek avarya garame alacakları sınırlamadan hariç bırakılmıştır. Yine gemi maliki veya yardımda bulunanın, görevleri gemi hizmetlerine veya kurtarma ve yardım faaliyetlerine ilişkin olan müstahdemlerinin alacakları ile bunların mirasçılarının, haleflerinin veya bu gibi alacakları ileri sürmeğe hakkı bulunan diğer kimselerin alacakları için sözleşme hükümleri uygulanmayacaktır. Ancak bu halde gemi maliki veya yardımda bulunan ile müstahdemleri arasındaki hizmet sözleşmesini düzenleyen ülke kanununda ya sınırsız sorumluluk esası belirlenmiş olmalı veyahut bir sınır öngörülmüşse bile bu sözleşmedekinden daha yüksek bir meblağ olmalıdır. Hâlihazırda TTK. m. 949'da "donatan, gemi adamlarının hizmet ve iş mukavelelerinden doğan alacaklarından yalnız gemi ve navlun ile değil şahsan da mesuldür" hükmü yer aldığından sözkonusu alacaklar sınırlı sorumluluk esasının dışındadır. TTK Tasarısı m. 1331'de bir ayırım gözetilmeksizin ilgili sözleşme maddesindeki alacaklar bakımından sorumluluğun sınırlandırılmayacağı hükme bağlanmaktadır. Alman hukukunda da hizmet sözleşmesi iç hukuka tabi olduğu takdirde bu maddede belirtilen alacaklara karşı sorumluluğun sınırlandırılmayacağı hükme bağlanmıştır<sup>25</sup>.

Sorumluluğun sınırlandırılması kapsamına girmeyen diğer alacaklar ise, diğer uluslararası sözleşmelerde düzenlenmiş bulunan akaryakıtla deniz kirlenmesinden ileri gelen veya nükleer zararlardan sorumluluklara ilişkindir. Bunlardan bir tanesi "Hidrokarbonlar (Akaryakıtlar) İle Kirletmeden Neşet Eden Zararlardan Mesuliyete Dair 23.11.1969 Tarihli Milletlerarası Sözleşme" ile yürürlükte olan tadil ve ekleri anlamında olmak üzere hidrokarbonlarla kirlenmeden ileri gelen zararlardan doğan alacaklardır. Türkiye, bu sözleşmenin son hali olan "1992 tarihli Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu ile İlgili

<sup>25</sup> Bkz. HGB § 486 / I b. 4.

Uluslararası Sözleşme” ye taraftır<sup>26</sup>. TTK Tasarısı m. 1336’da bu sözleşme hükümlerinin uygulanacağı belirtilmiştir.

Nükleer zararlarla ilgili “Nükleer Gemi İşletenlerin Sorumluluğu Hakkında 1962 Tarihli Brüksel Sözleşmesi” ve Deniz Yoluyla Nükleer Madde Taşımalarında Hukuki Sorumluluğa Dair 1971 Tarihli Brüksel Sözleşmesi” bulunmaktadır. Eğer sözleşmeye taraf ülkelerden birisi bu sözleşmelere taraf olmasa ve iç hukukunda bu yönde bir düzenleme bulunmasa dahi maddenin d bendi uyarınca nükleer gemi malikine karşı nükleer zararlardan doğan alacaklar sözleşme kapsamı dışında bırakılmıştır.

#### IV. SINIRLAMA HAKKININ ORTADAN KALKMASI

1957 Tarihli Sözleşmeye göre sınırlı sorumluluk esasından faydalanabilecek kimselerin alacağın doğumuna esas olan olayda şahsi kusurunun bulunması, sınırlama hakkını ortadan kaldırmaktaydı. Ancak 1976 Tarihli Sözleşme’de sınırlama hakkının kolayca kaldırılabilmesinin önüne geçilmesi için şahsi kusur yerine öğretide “ağırlaştırılmış nitelikli kusur”, “kasta yakın kusur” olarak tanımlanan bir ölçüt kabul edilmiştir<sup>27</sup>. Sözleşme m. 4’e göre, “şahsi fiil

<sup>26</sup> Türkiye, söz konusu sözleşmeye 27.01.2000 tarihli 4507 sayılı kanun ile ve bir çekince ile katılmıştır. Buna göre, sözleşmenin 3 a (ii) maddesinde yer alan “veya akit taraf böyle bir bölge belirlememişse, uluslar arası hukuka göre bu devlet tarafından tespit edilen karasularının ötesinde ve bitişiğinde bulunan ve karasularının ölçüldüğü taban hattından itibaren 200 deniz milinden fazla olmayan bir alana uzanan bir bölgede...” ifadesi Türkiye açısından bağlayıcı değildir (TEKİL, s. 189).

<sup>27</sup> ÇETİNGİL (1986 Değişiklikleri), s. 13, KENDER, (Donatan), s. 119, HASİPOĞLU, s. 595. Şahsi kusurun her bir hukuk sisteminde farklı yorumlanıyor olması ve bunun yerine bir birlikte uygulama sağlaması gereği, sınırlı sorumluluk esasının kolayca ortadan kaldırılmasının hakkaniyete aykırı sonuçla doğuracağı; deniz ticaretini himaye açısından donatanın yüksek özen yükümlülüğü kabul edilmekle birlikte ihmal sayılabilecek hareketleri neticesinde sınırsız sorumluluğuna gidilmemesi gerektiği; sınırlı sorumluluğunu sigorta ettirmiş bulunan donatanın şahsi kusurunun isbatı ile kolayca sınırsız sorumlu olabileceğinden sınırlar dışındaki tazmin yükümlülüğü bakımından sigorta himayesinden mahrum kalabileceği gerekçeleriyle böyle bir düzenlemeye

veya ihmalden ileri gelen zarara kasden yahut cüretkarane bir şekilde ve muhtemelen böyle bir zarar meydana geleceği şuru ile sebebiyet vermiş olduğu ispat olunan sorumlu kişi mesuliyetini sınırlama hakkını haiz değildir.” Burada iki tip kusur göze çarpmaktadır. Maddede belirtilen kusur tiplerinden, kast (Vorsatz) kavramı hukukumuzda mevcut olmakla birlikte<sup>28</sup>, cüretkarane bir şekilde ve muhtemelen böyle bir zarar meydana geleceği şuru ile hareket kavramı hukumuza yabancıdır. Cüretkarane, düşünce-sizce (recklessly) davranış, yine öğretilerde İngiliz hukukunda var olan “*wilfull misconduct*” (bile bile kasdi kötü davranış)’ın karşılığı olarak kabul edilir<sup>29</sup>. Kavram, 1976 Tarihli Sözleşmeye, uluslararası hava hukukuna ilişkin 1929 tarihli Varşova Sözleşmesinin 25. maddesinden alınmıştır<sup>30</sup>. “*Wilfull misconduct*” kavramı, bir başka kimseye zarar verme kasdı olmaksızın bilerek ve isteyerek hukuka aykırı davranmak olarak ifade edilmektedir<sup>31</sup>. Bu tanım itibariyle Kıta Avrupası Hukuku’ndaki *ağır ihmâl* veya *taksir* kavramlarını çağrıştırmaktadır. İngiliz Hukuku uygulamasında, düşüncesizce ve muhtemelen böyle bir zararın meydana gelmesini öngörme bilinciyle hareket unsurlarının sınırlı sorumluluğun ortadan kalkması için bir arada olması gerekli görülmektedir. Nitekim

---

gidilmiştir, bkz. *The Explanatory Notes*, s. 408-410 (naklen ÇETİNGİL, s. 14). Maddenin lafzından ispat yükünün sorumluluğun sınırlandırılması hakkının ortadan kalktığını ifade eden tarafta olduğu ifade edilir (Patrick GRIGGS, *Limitation of Liability for Maritime Claims*, London, 2005, s.40).

<sup>28</sup> Kanunda tanımlanmamış olan kast, doktrinde hukuka aykırı sonucun fail tarafından bilerek istenmesi olarak tanımlanır. Kast tasavvur ve irade olmak üzere iki unsurdan meydana gelir. Fail hem davranışı, hem de hukuki sonucu istemektedir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Kemal OĞUZMAN / Turgut ÖZ, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul 2005, s. 505 vd, Fikret EREN, **Borçlar Hukuku Genel Hükümler**, İstanbul, 2006, s. 557 vd.

<sup>29</sup> ÇETİNGİL (1986 Değişiklikleri), s. 12, TEKİL, s. 180, KENDER, (Donatan), s. 119.

<sup>30</sup> ÇAĞA / KENDER, s. 167, HODGES & HILL, s. 589. Ayrıca, 1929 tarihli Varşova Sözleşmesi’nin getirmiş olduğu sistem ve “*wilfull misconduct*” kavramı ile ilgili açıklamalar, tartışmalar ve geniş bilgi için bkz. Bülent SÖZER, **Türk Hukuku’nda ve Uluslararası Hukukta Havayolu ile Yük Taşıma Sözleşmesi**, İstanbul, 2007 (Hava Taşıma) s. 164 vd.

<sup>31</sup> SÖZER, s. 165.

Varşova Sözleşmesi 25. maddenin nasıl uygulanacağına ilişkin bir kararda (Goldman v Thai Airways International Ltd) havayolu şirketi zarar gören kimseye karşı sözleşmeyle belirlenen sorumluluğun sınırlanması hakkından yararlanmak istemişse de, mahkeme (The Court of Appeal) sözkonusu olaydaki yaralanmanın pilotun cüretkarane ve muhtemelen böyle bir zararın meydana gelmesini öngörme bilinciyle hareketinden kaynaklandığından hareketle sorumluluğun sınırlanmasına imkân tanımamıştır<sup>32</sup>. 1976 Tarihli Sözleşme m.4'un lafzından da bu anlaşılmaktadır. Bu tip bir kusur İngiliz Hukuku'nda sigorta himayesini de tamamiyle ortadan kaldırmaktadır.

Bu hususta tartışma yaratan bir konu da, sorumluluğunu sınırlandırabilecek kimselerin tüzel kişi, şahıs şirketi veya donatma iştiraki olması halinde nitelikli kusurun kimde aranacağıdır. Bu konu sözleşmede düzenlenmemiştir. İngiliz hukukunda bu konu *alter ego* kavramıyla çözümlenmeye çalışılmakta, sorumluluğun doğumuna yol açan kararı veren kişinin iradesinin donatanın iradesini yansıtıp yansıtmadığı, mahkemeler tarafından bu kavramla irdelenmektedir<sup>33</sup>. Örnek teşkil etmesi bakımından İngiliz mahkemesinin verdiği, "Leonard's Carrying Co Ltd v Asiatic Petroleum Co Ltd" Kararında, gemide taşınan mallar geminin denize elverişsizliği (kazanında arıza) neticesinde hasar görmüş, geminin işleteni şirketin yetkili müdürü sorumlu bulunmuş ve bu kimsenin şirketin *alter ego*'su olduğundan bahisle şirketin sorumluluğunu sınırlamasına imkân tanınmamıştır<sup>34</sup>. Bir şirketin *alter ego*su, şirketi bir beyin gibi yöneten, şirket şemasının merkezinde bulunan, altında çalışan kimseleri talimatlarıyla idare eden ve her somut olayda bu vasfa sahip olup olmadığı özel olarak değerlendiril-

<sup>32</sup> Karar metni için bkz. HODGES & HILL, s. 589 vd.

<sup>33</sup> HODGES & HILL, s. 569, HASİPOĞLU, s. 595.

<sup>34</sup> [1914-15] All EL Rep 280, HL. (HODGES & HILL, s. 570-571). Yine *alter ego* kavramıyla ilgili İngiliz Mahkemesinin vermiş olduğu kararlardan birkaçı bkz. Bolton HL (Engineering) Co Ltd v Graham Tf & Sons Ltd [1957] 1 QB 159; CA, Tesco Supermarkets Ltd v Natrass [1972] AC 153, HL (HODGES & HILL, s. 570-575)



rilmesi gereken kimse olarak tanımlanabilir<sup>35</sup>. Alman Hukukunda ise soruna HGB § 487 d hükmüyle açıklık getirilmektedir. Buna göre borçlu tüzel kişi ise (anonim veya limited şirket) gibi temsil yetkisine sahip organın bir üyesinin veya şahıs şirketi ise temsil yetkisi olan ortağın, donatma iştiraki ise gemi müdürünün nitelikli şahsi kusuru aranacaktır.

Bizim sistemimiz bakımından, halihazırda donatanın genellikle bir anonim ortaklık şeklinde kurulmuş tüzel kişi olduğundan hareketle, ortaklığı temsil yetkisine sahip organa bakmak gerekecektir. Anonim ortaklıklarda temsile yetkili organ kural olarak yönetim kuruludur<sup>36</sup>. TTK. Tasarısı m. 1343'te de konuya açıklık getirilmeye çalışılmaktadır. Şöyle ki, 1976 Tarihli Sözleşmenin 4 üncü maddesinin uygulanmasında; gerçek kişilerde, her bir gerçek kişinin kusuru; tüzel kişilerde, Türk Medenî Kanunu m. 50 uyarınca eylem ve işleriyle tüzel kişiyi borç altına sokan organların kusuru ve organı oluşturan kişilerin kusurları; adi şirketlerde şirket ortakların kusuru; donatma iştirakinde, paydaş donatanların ve gemi müdürünün kusuru ve tüm bu kimselerin genel veya özel bir yetkiye dayanarak temsil eden kişilerin kusuru dikkate alınacaktır.

## V. SORUMLULUĞUN SINIRLARININ BELİRLENMESİ

Sözleşmeyle, 1956 Tarihli Sözleşmeden farklı olmak üzere sınırlama sistemi ikiye ayrılır. Bunlardan ilki gemideki yolcuların

<sup>35</sup> HODGES & HILL, s. 577.

<sup>36</sup> İstisnaen diğer organlar da şirketi temsil edebilirler. Nitekim organ seçimlerinde ve kuruluşun sonra devralmada ortaklığı genel kurulun temsil etmesi, mevcut yönetim kuruluna karşı sorumluluk davası açılmışsa denetçilerin, tasfiye sürecinde tasfiye memurlarının ortaklığı temsil etmesi mümkündür. Yine bu yetki esas sözleşmede hüküm bulunmak kaydıyla bölünmüş yahut murahhas üyelere veya pay sahibi olmayan murahhas müdürlere bırakılmış olabilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ersin ÇAMOĞLU (POROY/ TEKİNALP) **Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku**, İstanbul 2007, s. 302 vd., Oğuz İMREGÜN, **Anonim Ortaklıklar**, İstanbul, 1989, s. 220 vd., Mehmet BAHTİYAR, **Ortaklıklar Hukuku**, İstanbul, 2007, s. 126 vd.

aynı olaydan dolayı ölüm ve yaralanmasından (cismani zararlar-  
dan) doğan alacaklarla ilgili olup, diğeri ise bu alacakların dışında  
kalan ve yine aynı olaydan meydana gelmiş bulunan bütün alacak-  
larla ilgilidir<sup>37</sup>. Her iki alacak tipi için farklı şekilde hesaplama  
yapılacaktır.

### **A. Yolcuların Ölüm ve Yaralanmasından (Cismani Zarar- lardan) Doğan Alacaklar**

Bu tip alacaklar gemide bulunan yolcuların uğradıkları cis-  
mani zararlara ilişkindir. Hesap tarzı yolcu başına belli bir miktar  
hesap birimi olarak tayin edilmiştir. Sözleşme m. 7'ye göre; bir  
yolcu taşıma sözleşmesine dayanarak gemide yolculuk eden veya  
bir navlun sözleşmesine konu olan bir taşıt veya canlı hayvanlara,  
taşıyanın izniyle refakat etmek suretiyle söz konusu gemide yolcu-  
luk eden her hangi bir kişinin cismani bir zarara uğraması halinde,  
kendisi tarafından veya onun hesabına (sözgelimi mirasçıları tara-  
findan) ileri sürülen ve aynı olaydan doğan alacaklara ilişkin ola-  
rak; gemi malikinin sorumluluğu, 46.666 hesap biriminin geminin  
resmi belgesinde taşınmasına izin verilen yolcu sayısı ile çarpılma-  
sından elde olunan rakamla sınırlıdır. Ancak bu rakam 25 milyon  
hesap birimini aşamayacaktır. Burada, aşağıda göreceğimiz, gemi-  
nin tonajına göre tayin edilen bir meblağla göre donatanın sorum-  
luluğunun sınırlandırılmasından farklı bir esas kabul edilmektedir.

### **B. Aynı Olaydan Doğan Diğer Bütün Alacaklar**

Bu tip alacaklar bakımından kabul edilen esas, geminin tona-  
jına göre tayin edilen bir meblağla göre donatanın sorumluluğunun  
sınırlandırılmasıdır. Sözleşme bakımından gemi tonajı, Gemilerin  
Ölçülmesine dair 1969 tarihli Milletlerarası Sözleşmenin (1) numara-  
lı ekinde "gayri safi gemi tonajının ölçülmesi hakkında öngörülen  
kurallara göre" (Annex I of the *International Convention on  
Tonnage Measurement of Ships* 1969) yani geminin gayri safi to-  
najı ölçülerek tayin olunur<sup>38</sup>. Bu oran özellikle küçük gemiler baki-

<sup>37</sup> ÇETİNGİL (1986 Değişiklikleri), s. 15, KENDER (Donatan), s. 120.

<sup>38</sup> GRIGGS, s.44.

mından net tonaja göre daha fazla olup alacaklıların lehinedir<sup>39</sup>. Yine sorumlu sınırlılık hesaplanırken gemi bir bütün olarak değil de tonaj bakımından dilimlere ayrılmak suretiyle hesap yapılır. Böylelikle gemi büyüdükçe azalan hesap birimleriyle çarpım yapıp sınırlı sorumluluk azami haddi hesaplanır. Bu şekilde azalan birimli hesap dilimleri oluşturulmamış olsaydı, büyük gemiler açısından sorumluluğun üst sınırı bakımından çok büyük meblağlar ortaya çıkacak ve artık sınırlı sorumluluk esası donatana belirgin bir fayda sağlamayacaktı. Sınırlama oranlarını belirleyen m. 6'da yine ikili bir ayrıma gidilmiştir. Burada da ölüm veya yaralanmadan (cismani zararlar) ileri gelen alacaklarla diğerleri için farklı meblağlar öngörülmüştür. Hesaplama buna göre yapılacaktır.

### 1. Cismani Zararlardan Doğan Alacaklar

Buradaki cismani zararlar m. 7 kapsamına girmeyen ve donatanın gemisinde değil de; karada, denizde veya başka gemilerdeki yolcular dâhil şahısların ölüm ve yaralanmalarından ileri gelen zararlar ile m. 3 (e) kapsamına girmeyen ve donatanın gemi adamlarının maruz kaldıkları cismani zararlardır<sup>40</sup>.

#### *Sorumluluğun Sınırının Hesaplanması*

Sorumluluğun sınırı, m. 6 paragraf 1 (a)'ya göre hesaplanır. Buna göre: Tonajı "500 tonu geçmeyen bir gemi için" 333.000 hesap birimi, geminin tonajı 500 tonu geçiyorsa bu meblağa ilave olarak ayrıca "501 den 3000 tona kadar" bir gemi için ton başına 500 hesap birimi, "3001 den 30.000 tona kadar" bir gemi için ton başına 333 hesap birimi, "30.001 den 70.000 tona kadar" bir gemi için ton başına 250 hesap birimi; ve "70.000'den yukarı" bir gemi için ton başına 167 hesap birimi ilave edilerek bulunacak meblağ ile donatanın sorumluluğu sınırlandırılır.

<sup>39</sup> ÇETİNGİL (1986 Değişiklikleri), s. 15.

<sup>40</sup> ÇAĞA, s. 302, ÇETİNGİL (1986 Değişiklikleri), s. 16. Gemi adamlarının uğradıkları cismani zararlardan doğan alacaklar ancak sınırlamaya engel bir hüküm bulunmaması halinde donatanın sınırlı sorumluluğu kapsamına girer. Ancak bizim hukukumuz bakımından daha önce açıkladığımız üzere gerek mevcut sistemde, gerek tasarıda kabul edildiği üzere donatan bu tip alacaklar bakımından sınırsız sorumludur. (TTK. m. 949, TTK. Tasarısı m. 1331)

Bu meblağ cismani zararları karşılamakta yetersiz kaldığı takdirde ödenmeyen kısım için alacaklılar aynı maddenin (b) bendine göre hesaplanan ve bu çeşit cismani zararlar dışında kalan alacaklar için ayrılan diğer meblağ üzerinden de paylaştırmaya katılabileceklerdir. Böylelikle ödenmeyen kısım mal zararları için belirlenen meblağ üzerinden karşılanabilecektir. Bu müracaat hakkı kabul edilmekle birlikte, taraf devletlerin ölüm veya yaralanmadan doğan alacakların sahip oldukları haklara hanel getirmemek kaydıyla iç hukuklarında liman tesislerine, havuzlarına, seyrüsefere elverişli suyollarına ve seyir yardımcı tesislerine verilen zararlarından doğan alacaklara öncelik tanıyabilecekleri de sözleşmede hükme bağlanmıştır. Alman hukukunda HGB § 487 b hükmüyle bu imkândan yararlanılmıştır. TTK. Tasarısı m. 1334'te de "ölüm ve yaralanmadan doğan alacakların sahip oldukları hakların ihlâl edilmemesi kaydıyla, aynı maddenin üçüncü paragrafında sayılan alacaklar, birinci paragrafının (b) bendinde yazılı diğer alacaklara oranla önceliklidir" hükmü getirilerek aynı şekilde liman tesislerine, havuzlarına, seyrüsefere elverişli suyollarına ve seyir yardımcı tesislerine verilen zararlardan doğan alacaklara, olası paylaştırmada öncelik tanınmaktadır.

## 2. Aynı Olaydan Doğan ve Sözleşme Kapsamına Giren Diğer Bütün Alacaklar

Sorumluluğun sınırlarının hesaplanmasında şu ana kadar saydığımız dışında kalan ve sınırlı sorumluluğa tabi bütün alacaklar bu kapsama girmektedir<sup>41</sup>. Bu tip alacaklar için sorumluluğun sınırı, m. 6 paragraf 1 (b)'ye göre hesaplanır.

<sup>41</sup> Bundan farklı olarak sadece sözleşme m. 6'nın 4. paragrafı uyarınca "Bir gemiden faaliyet göstermeksizin yahut münhasıran kurtarma ve yardım hizmetlerine konu olan gemide veya bu gemi ile ilgili olarak faaliyet göstermek suretiyle yardımda bulunan her şahsın mesuliyet sınırı, 1500 tonlato esasına göre hesaplanır." Tasarıda da bu hüküm m. 1341'de tekrar edilmiş, kılavuzlara doğrudan veya rücu yoluyla gerçekleştirilen talepler bakımından sorumluluk sınırı toplam 1.500 Özel Çekme Hakkı olarak tespit edilmiştir. Yine 300 tonlatodan küçük gemiler bakımından TTK Tasarısı m. 1332 ile sözleşmenin sağladığı imkandan faydalanarak sorumluluk sınırı 83.500 Özel Çekme Hakkı

### *Sorumluluğun Sınırının Hesaplanması*

Tonajı “500 tonu geçmeyen bir gemi için” 167.000 hesap birimi, geminin tonajı 500 tonu geçiyorsa bu meblağa ilave olarak ayrıca “501 den 30.000 tona kadar” bir gemi için ton başına 167 hesap birimi, “30.001 den 70.000 tona kadar” bir gemi için ton başına 125 hesap birimi; ve “70.000’den yukarı” bir gemi için ton başına 83 hesap birimi ilave edilerek bulunacak meblağ ile donatanın sorumluluğu sınırlandırılır.

### **C. Hesap Birimi “Özel Çekme Hakkı”**

Sorumluluğun sınırlarını belirlerken hesap biriminden söz etmiş bulunuyoruz. Hesap birimi sözleşme m. 8’de belirtildiği üzere Özel Çekme Hakkı’dır (Special Drawing Right, Sonderziehungsrecht)<sup>42</sup>. Özel Çekme Hakkı, ilk kez 1969 yılında Uluslararası Para Fonu (IMF) tarafından oluşturulmuş bir hesap birimidir. Başlangıçta, Özel Çekme Hakkı’nın değeri altına endeksli olarak belirlenmiştir. Günümüzde Özel Çekme Hakkı’nın değeri, IMF üyesi ülkeler arasından dünyada ihracat hacmi en yüksek beş ülkenin para birimleri belli oranlarda dikkate alınarak belirlenmekte ve her 5 yılda bir tekrar gözden geçirilmektedir. IMF tarafından Özel Çekme Hakkı’na ilişkin 09.11.2005’te alman ve 01.01.2006 tarihinden itibaren geçerli olan en son karara göre oluşturulacak “sepette” Amerikan Doları %44, Euro %34, Japon Yeni %11 ve İngiliz Sterlini %11 oranlarıyla yer alacaktır<sup>43</sup>. Özel Çekme Hakkı kurlarına ilişkin güncel veriler Merkez Bankası tarafından yayınlanmaktadır.

Özel Çekme Hakkı, sınırlı sorumluluğun ileri sürüldüğü devletin milli parasına çevrilirken, sınırlama fonunun oluşturulduğu veya ödemenin yapıldığı veya fon oluşturulan devletin iç hukuku

---

olarak belirlenmiştir. Diğer bütün hallerde, 76 Tarihli Sözleşmenin öngördüğü sorumluluk sınırları geçerlidir.

<sup>42</sup> Kavram hakkında ayrıntılı açıklama için bkz. Bülent SÖZER, **Legal Environment of Business**, İstanbul, 2001s. 346 vd., SÖZER (Hava Taşıma), s. 156 vd.

<sup>43</sup>Bkz. <http://www.imf.org/external/np/sec/pr/2005/pr05265.htm>, <http://www.hazine.gov.tr>, 15.05.2008 (çevrimiçi).

uyarınca eşdeğerde bir teminatın gösterildiği tarihteki milli para değerine göre yapılır. Fonun oluşturulmadığı, ödemenin yapılmadığı veya teminat gösterilmediği halde özel çekme hakkının hangi tarihteki kur üzerinden memleket parasına çevrileceği sorusu; İngiliz Hukukunda mahkemenin karar verdiği tarihin çevirmede esas alınacağı yönünde çözüme kavuşturulmuştur<sup>44</sup>.

## VI. FON OLUŞTURULMASI

Donatan, sınırlamaya tâbi alacaklardan dolayı, olay gerçekleşikten sonra mahkeme veya yetkili sair merciler nezdinde bir fon tesis oluşturabilecektir. Fon meblağı, sözleşme m.6 ve 7'ye uygun olarak yukarıda açıkladığımız şekilde hesap edilecek meblağ ile sorumluluk doğuran olaydan fon oluşturulduğu tarihe kadar işleyecek faizlerdir. Bu meblağ nakden yatırılabilmesi gibi mahkemenin uygun bulacağı bir teminat da gösterilebilir. Fon oluşturulduğu takdirde, fon alacaklarından hiç birisi bu alacağına ilişkin olarak sahip olduğu hakları, adına fon tesis edilmiş olan donatanın diğer malları üzerinde kullanamaz. Burada artık *sınırlı aynı sorumluluk* esasına dönmüş olacaktır<sup>45</sup>. Diğer taraftan, kendilerine sınırlı sorumluluk esasını ileri sürülebilecekler dışındaki alacaklardan dolayı fona el uzatılmayacaktır.

Sınırlama fonu tesis edilmeden dahi sınırlı mesuliyet ileri sürülebilir. Bu da 76 Tarihli Sözleşmeyle getirilmiş bulunan yeniliklerden birisi olup 56 Tarihli Sözleşmeden farklıdır. Ancak sözleşmeyle, taraf olan devletlere; sınırlamaya tabi bir alacağın tahsili için mahkemelerinde dava açılması halinde donatanın ancak fon oluşturulmuş veya sınırlı sorumluluğun ileri sürülmesi anında oluşturulacak olması halinde sorumluluğu sınırlamak hakkını ileri sürebileceğini iç hukukta hüküm altına alabilme imkânı tanınmıştır. Bu konuya açıklık getirmek amacıyla TTK Tasarısı m. 1335'te fon oluşturulmadan da sorumluluğun sınırlandırılabilmesi hükmü getirilmektedir. Bu halde donatanın sorumluluğunun sınırlandırılması

<sup>44</sup> HASİPOĞLU, s. 606.

<sup>45</sup> ÇAĞA / KENDER, s. 172, HASİPOĞLU, s. 608.

bir fon oluşturulmuş olmasına bağlı değildir. Donatan fon oluşturmadığı takdirde sözleşme m.6 ve 7'ye uygun olarak yukarıda açıkladığımız şekilde hesap edilecek meblağ ile *sınırlı şahsi sorumludur*. Uygulamada bu hükmün etkileri kanunun yürürlüğe girmesinden sonra değerlendirilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki Alman Hukukunda da aynı yönde hüküm bulunmaktadır (HGB § 487. e f.2)<sup>46</sup>. Sorumluluğun sınırlandırılmasının fon oluşturulması şartına bağlanmamış olması yerindedir. Donatan fon oluşturma imkânından yararlanarak diğer malvarlığının takibe uğramasına engel olabilecektir. Ancak donatanı sorumlu olup olmadığı belirlenmeden, sınırlı sorumluluk esasından faydalanabilmek için fon oluşturmaya mecbur etmek ağır bir külfet oluşturacak ve sözleşmede getirilen hükümlerin düzenleniş amacına aykırı olacaktır. Bunun yerine donatanın teminat göstermesi hem borçlu hem alacaklı açısından daha pratik bir çözüm teşkil etmektedir<sup>47</sup>.

### 3. SONUÇ

Günümüzde deniz ticaretinde donatanın sorumluluğunun sınırlandırılması bir takım alacaklar bakımından neredeyse ittifakla kabul edilmiştir. Ancak sorumluluğun sınırlandırılması farklı sistemlere göre yapılır. Ülkemizde uzun yıllardır uygulanmakta olan donatanın deniz servetiyle sorumlu olduğu sınırlı ayni sorumluluk esası yerine hâlihazırda taraf olduğumuz 1976 Tarihli Sözleşme hükümleri ve bu konuda sözleşmeye göre düzenlenmiş bulunan TTK Tasarı hükümleri önümüzdeki dönemde uygulamaya girecektir. Zira uluslararası alanda kabul edilen sistem de budur. Yabancı olduğumuz bu sistemi uygularken mahkemelere şüphesiz büyük iş düşecektir. Bu hususta sözleşme hükümlerini kabul etmiş bulunan ülke uygulamaları takip edilmelidir. Uygulamadaki olası aksaklıklara engel olmak bakımından hâlihazırda tasarı kanunlaşmadan, ilgili hükümlerin sözleşme hükümlerine atıf yapmakla kalmayıp İngiliz ve Alman hukuklarında olduğu gibi sözleşme hükümlerini iç

<sup>46</sup> ÇETİNGİL (1986 Değişiklikleri), s. 21.

<sup>47</sup> ÇETİNGİL (1986 Değişiklikleri), s. 21.

hukuka dâhil etmesinin daha yerinde olacağı kanaatindeyiz. Diğer taraftan bu haliyle de Tasarının 1976 Tarihli Sözleşme hükümleriyle uyumlu olduğunu belirtelim.

### KAYNAKÇA

**ALGANTÜRK LIGHT Didem**, TTK. Tasarısı'nın "Deniz Ticareti" Başlıklı Beşinci Kitabı ile Getirilen Düzenlemeler ve Değerlendirmeler, İstanbul Ticaret Üniversitesi Sosyal Bilimler Dergisi, Y. 5, S. 10.

**ALP Ömer Faruk**, CMA CGM S.A vs. CLASSICA SHIPPING CO. LTD." Kararı Bakımından 1976 LLMC'de Zaman Çarterlerinin Durumu, Deniz Hukuku Dergisi, Y.8, S.1-4.

**ATAERĐİN Selim/ CANER Oğuz**, Türk Deniz Mevzuatı, Cilt II, Türkiyenin Taraf Olduğu Uluslararası Belgeler & Türk Deniz Hukukunun Uluslararası Kaynakları, İstanbul, 2006.

**AYBAY Gündüz**, Deniz Ticaret Hukuku İle İlgili -Notlandırılmış- Yargıtay Kararları, İstanbul, 2000.

**BAHTİYAR Mehmet**, Ortaklıklar Hukuku, İstanbul, 2007.

**BARLAS Nuray**, Gemi Alacaklısı Hakkı Veren Alacaklar ve Gemi Alacaklısı Hakkının Hukuki Niteliği, İstanbul, 2000.

**BAYAMLIOĞLU Emre**, 1976 Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılmasına Dair Konvansiyon Üzerine Notlar, Deniz Hukuku Dergisi, Y.4, S. I-II.

**CAN Mertol**, Deniz Ticareti Hukuku Cilt I, Ankara, 2000.

**ÇAĞA Tahir / KENDER Rayegan**, Deniz Ticareti Hukuku I, Giriş, Gemi Donatan ve Kaptan, İstanbul, 2004.

**ÇETİNGİL Ergon**, Alman Deniz Ticaret Kanunu'nun 1986 Yılı Reformunda Donatanın Sorumluluğu İle İlgili Olarak Yapılan Değişiklikler, BATİDER, Haziran 1994.

**ÇETİNGİL Ergon / KENDER Rayegan / ÜNAN Samim / YAZICIOĞLU Emine**, TTK. Tasarısı'nın "Deniz Ticareti" Baş-



lıklı 5. Kitabında Yer Alan Hükümler Hakkında, Deniz Hukuku Dergisi, Özel Sayı.

**EREN Fikret**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2006.

**GRIGGS Patrick (Richard WILLIAMS** Limitation of Liability for Maritime & **Jeremy FARR.)** Claims, London, LLP, 2005.

**HASİPOĞLU Oğuzhan**, Deniz Alacaklarına Karşı Sorumluluğun Sınırlandırılması Hakkında Yeni Yasal Düzenleme: 1976 Londra Konvansiyonu, İstanbul Barosu Dergisi, C. 72, S. 7-8-9.

**HIZIR Serdar**, Gemi Alacaklısı Hakkının Bahşettiği Bir İmkân Olarak Rehnin Paraya Çevrilmesi Suretiyle Takip Usulü, BATİDER, C. XXIII, S. 4.

**HODGES Susan & HILL Christopher**, Principles of Maritime Law, London, 2001.

**İMREGÜN Oğuz**, Anonim Ortaklıklar, İstanbul, 1989.

**KALPSÜZ Turgut**, Gemi Alacaklısı Hakkının Hukuki Mahiyeti, Prof. Dr. Yaşar Karayalçın'a 65. Yaş Armağanı, Ankara, 1988.

**KENDER Rayegan / ÇETİNGİL Ergon**, Türk Ticaret Kanununun Deniz Ticaretine Ayrılan Dördüncü Kitabındaki Hükümlerin Değiştirilmesine Dair Tasarı Taslağı, Deniz Hukuku Dergisi Özel Sayı, Nisan-2002.

**KENDER Rayegan /ÇETİNGİL Ergon**, Deniz Ticareti Hukuku, İstanbul, 2003.

**KENDER Rayegan**, Deniz Ticareti Hukukunda Donatanın Sınırlı Sorumluluğu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. II, S. 2.

**KILLINGBECK Serge**, Limitation of Liability for Maritime Claims and Its Place In the Past Present and Future- How Can It Survive? Southern Cross University Law Review, Volume 3, 15.05.2008,

[http://www.scu.edu.au/schools/law/law\\_rerevi](http://www.scu.edu.au/schools/law/law_rerevi).

**OĞUZMAN Kemal / ÖZ Turgut**, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2005.

**SÖZER Bülent**, Legal Environment Of Business, İstanbul, 2001.

**SÖZER Bülent**, Türk Hukukunda Ve Uluslararası Hukukta Havayolu İle Yük Taşıma Sözleşmesi, İstanbul, 2007.

**TEKİL Fahiman**, Deniz Hukuku, Uluslararası Konvansiyonlar, İstanbul 1987.

**TEKİL Fahiman**, Deniz Hukuku, İstanbul, 2001.

**POROY / TEKİNALP / ÇAMOĞLU**, Ortaklıklar ve Kooperatif Hukuku İstanbul, 2007.

## FUNCTIONS OF AN ARBITRATION AGREEMENT

Araş. Gör. Efe DİRENİSA\*

### A. INTRODUCTION

The arbitration agreement is the foundation of the arbitral process.<sup>1</sup> Even if national legal systems comprise of slightly different rules, due to factors such as cultural differences, the arbitration agreement is always the keystone of any arbitration procedure.

From the legal perspective, a well drafted arbitration agreement will result in smooth process both in the proceedings and in the enforcement stage. Fundamentally, arbitration is a consensual mechanism of resolving disputes, leading to party autonomy. For this reason, parties should contemplate with care, the requirements of the clause during the drafting stage. Due to the complexity and the significant role of arbitration agreement, it requires a technical, comprehensive and comparative observation.

### B. THE LAW GOVERNING THE ARBITRATION AGREEMENT

In an arbitration agreement, parties can choose any law applicable to the validity and scope of the arbitration agreement. However, in the absence of indication by the parties regarding the

---

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> A Redfern and others *Law and Practice of International Commercial Arbitration* (4<sup>th</sup> edn Sweet and Maxwell London 2004) [3-01].

applicable law to the agreement may cause several problems. In such case, there can be drawn two options about an arbitration agreement: one should either look at the main contract's choice of law clause and apply the law of the contract or, if New York Convention on Recognition and Enforcement of the Foreign Arbitral Awards ("NYC") will be applicable, as stipulated in the article V(1)(a) of the NYC, the law of the seat of the arbitration may be applied: 'The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made ...'. However, if there is not any indication of the place of arbitration by the parties, than the law governing the arbitration agreement may be designated according to the connecting factors.<sup>2</sup> In a submission agreement, general conflict of laws rules may be applied to the validity of the submission agreement, if the parties do not choose the applicable law and the place of the arbitration. On the other hand, if the parties have already chosen the applicable law to the merits of the contract, this choice may govern the submission agreement, since the submission agreement is same with the main contract. Conversely, in an arbitration clause, if the parties do not address the law which governs the arbitration clause and there is a choice of law clause in the main contract, it is mostly accepted that the main contract's law may cover the arbitration clause.<sup>3</sup> However, this principle is in conflict with the separability principle which means the independence of the arbitration clause from the main contract.<sup>4</sup>

### C. TYPES OF ARBITRATION AGREEMENTS

Basically there are two main types of the arbitration agreement, namely *the arbitration clause* and the *submission*

---

<sup>2</sup> J Hill *The Law Relating to International Commercial Disputes* (2<sup>nd</sup> edn LLP London 1998) [22.1].

<sup>3</sup> *ibid* [22.1.1]; Redfern (n 1) [2-85]-[2-94].

<sup>4</sup> *ibid*.

*agreement*. The arbitration clause as *Redfern and others*<sup>5</sup> point out 'looks to the future' and a submission agreement 'looks to the past'. Article II(1) of the NYC explains this as '... parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them ...' UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration ("UML") article 7(1) has a similar provision: "Arbitration agreement" is an agreement by the parties to submit to arbitration all or certain disputes which have arisen or which may arise between them in respect of a defined legal relationship, whether contractual or not'. With regard to these provisions, an arbitration clause, which is drafted by the parties before the dispute arises, may be set out in the main agreement between the parties or in a separate form.

After the dispute arises, the parties still have a chance to choose arbitration with a submission agreement. Arbitration is a voluntary mechanism of resolving the disputes that give opportunity to parties to initiate the arbitration process in every stage of their relationship from the beginning until disputes arise between them.<sup>6</sup> Furthermore, after the arbitral proceedings start, at any time, the parties can change the arbitration procedure which they have deemed appropriate.<sup>7</sup> For instance, they can start with arbitration under the Rules of Arbitration of the International Chamber of Commerce in Paris, and after a while (but before the rendering of the award by the arbitral tribunal) they can go to *ad hoc arbitration*. Besides, in all stages of the arbitral proceedings before the rendering of the award, the parties can waive the arbitration agreement between them and take the case to the competent court.

---

<sup>5</sup> Redfern (n 1) [3-02].

<sup>6</sup> *ibid* [3-66].

<sup>7</sup> *ibid* [3-67].

## D. VALIDITY OF ARBITRATION AGREEMENT

### 1. Substantive Validity Of Arbitration Agreement

So far as the capacity issue is concerned, the parties entering into an arbitration agreement should have capacity under the law applicable to them, which is the *domicile law*.<sup>8</sup> The NYC in article II (1) and the UML in article 7(1) firstly state that there should be 'a defined legal relationship, whether contractual or not' between the parties. Secondly, it should be 'concerning a subject matter capable of settlement by arbitration'.

The former issue is related to the *scope*<sup>9</sup> of the arbitration agreement which should be definite in order for the arbitral tribunal to have jurisdiction. The latter issue in question refers to the principle so called *arbitrability*, which means that the subject matter of the dispute should be arbitrable under the governing law of dispute. Such matters related to antitrust and competition law, intellectual property, taxation, securities transactions, bribery and corruption, fraud and bankruptcy are usually not arbitrable, and they are also in connection with *public policy* issues.<sup>10</sup>

In the *Mitsubishi*<sup>11</sup> case, the court let an arbitral tribunal decide on an antitrust issue. However, the court also underlined its

---

<sup>8</sup> Article V(1)(a) of the NYC and under the UML 36(1)(b) recognition or enforcement of an arbitral award may be refused 'if the court finds that: (i) the subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or (ii) the recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of this State'.

<sup>9</sup> *Mediterranean Enterprise v Ssangyong Corporation* 708 F 2d 1458 (9<sup>th</sup> Cir 1983) s C, court found *arising hereunder* phrase narrower than *arising out of or relating to* phrases. In *Belmont Constructors v Lyondell Petrochemical* SW 2d 352 (Tex App 1<sup>st</sup> Dist 1995), court found that where the mediation was contemplated by the parties as the first method of resolving the dispute, 'the failure to use a standard broad form arbitration clause may be considered evidence that the parties intended to limit the arbitrable issues'.

<sup>10</sup> E Gaillard and J Savage (eds) *Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration* (Kluwer The Hague 1999) [532]–[589-1].

<sup>11</sup> *Mitsubishi Motors v Soler Chrysler-Plymouth* 473 US 614, 105 S Ct 3346 (1985) n 19.

right of the inspection of the award on the ground of public policy at the enforcement stage. On the other hand, in the *Vimar*<sup>12</sup> case it was found that a foreign arbitration clause in the bill of lading was contrary to Carriage of Goods by Sea Act Section 3(8); since such a clause would lessen the carrier's liability, also court found the clause inconsistent with the Federal Arbitration Act which enforces awards that comply with the statutes; that is in spirit based on the principle of public policy as well.

## 2. Formal Validity of Arbitration Agreement

Formal validity of an arbitration agreement is the most scrutinized part of the validity. The relevant provisions of the NYC and the UML are not adequate to figure out this problem and furthermore, these provisions are far from the real needs of the commercial life. Pursuant to the article II(1) of the NYC 'Each Contracting State shall recognise an agreement in writing under which the parties undertake ...' and in the second paragraph of the same article, the NYC defines the meaning of the agreement in writing as 'The term "agreement in writing" shall include an arbitral clause in a contract or an arbitration agreement, signed by the parties or contained in an exchange of letters or telegrams'.

The view that is taken by the UML in article 7(2) clearly indicates a broader definition of the formation of the arbitration agreement than the NYC's definition.<sup>13</sup> However, *a record of the agreement* between the parties is still required under the UML and the least requirement for an arbitration agreement is that 'existence of an agreement is alleged by one party and not denied by another'. Otherwise, in a situation where there is not any record of the arbitration agreement, this agreement will be invalid. This view is taken by a huge proportion of the countries<sup>14</sup> that adopted UML.

---

<sup>12</sup>*Vimar Seguros Y Reaseguros v M/V Sky Reefer* 515 US 528, 115 S Ct (1995).

<sup>13</sup> See the commentary on art 7 of the UML; P Sanders *The Work of UNCITRAL on Arbitration and Conciliation* (2<sup>nd</sup> edn Kluwer The Hague 2004) 67.

<sup>14</sup> Italian Corte di Cassazione [Supreme Court] in *Robobar Limited v Finncold sas no 10704/93* (1993) held that a confirmation letter that contains an arbitration clause, sent to seller but was not agreed by the seller, did not comply with the

On the other hand, some countries<sup>15</sup> are trying to give broad definitions to the concept of *written agreement*. In the *Sphere Drake v Marine Towing*<sup>16</sup> case, the US Supreme Court came to a conclusion that ‘the Convention applies if there is “an agreement in writing” in which the parties undertake to submit their differences to arbitration [not to an arbitration clause in a standard insurance contract]’. Also in *Hart Enterprises v Anhui Provincial Import & Export Corp*<sup>17</sup>, the US District Court held that, even if the related contracts include an arbitration clause, there must be a clear consent of the parties for arbitration. This consent also was not found between the parties in the *First Options v Kaplan*<sup>18</sup> case. In another case, The Federal Court of Switzerland<sup>19</sup> held that the arbitration clause which was written on the back of a bill of lading, and signed after the voyage by the shipper but only in the front side, was valid on the grounds of good faith, business relationship between the parties for several years, and also these grounds met with the requirements of the UML and the NYC.

Article II of the NYC aims at to make the parties be aware that they are running arbitration, and create a uniform rule applied by all the contracting states of the NYC.<sup>20</sup> However, these approaches are no more compatible with the needs of modern commercial life. In today’s commercial life, there are company articles of association, leases and other assignments of real

---

terms of article II of the NYC. However, this rule is changed in Italy after the reform in 1994. In another Case, The Swiss Vaud Cantonal Court held that, a telex message of which entailed an arbitration clause and approved by both parties deemed invalid according to the NYC; *Nokia-Maillefer Sa v Mazzer ASA Bulletin* (1995,no.1) 64–67; with n pp 67, 68.

<sup>15</sup> eg French Code of Civil Procedure art 1499.

<sup>16</sup> 16 F 3d 666 (1994) s III-B.

<sup>17</sup> 888 F Supp 587 (SDNY 1995).

<sup>18</sup> 514 US 938 (1995).

<sup>19</sup> *Compagnie de Navigation et Transports v. Mediterranean Shipping Company* 121 Arrêts du Tribunal Fédéral (1995) 38–46.

<sup>20</sup> N Kaplan ‘Is the Need for Writing as Expressed in the New York Convention and the Model Law Out of Step with Commercial Practice?’ (1996) 12 *Arbitration International* 27, 32.



property, signed or unsigned construction contracts and sub-contracts, re-insurance contracts, bill of lading and charterparties, salvage contracts and many other such contracts where arbitration clauses may be included.<sup>21</sup> These contracts usually do not meet the requirements of the NYC and occasionally the requirements of the UML.

Moreover, all of the international contracts theoretically can be made orally. Article 11 of the United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods provides that 'A contract of sale need not be concluded in or evidenced by writing ... It may be proved by any means, including witnesses'. An arbitration agreement is a customary international commercial contract, and there is no convincing ground to establish difference in the form of an arbitration agreement.

It may be interesting to note that, in the light of the article 6(1) of the European Convention on Human Rights, European Court of Human Rights in the *Deweer*<sup>22</sup> case held that an arbitration agreement is a waiver of the right to be heard by a court and there is not any requirement of form for that waiver; approval can be given also impliedly.

An arbitration agreement that is proved by one party by any evidence—like other international contracts—should be regarded as a valid arbitration agreement. As *Kaplan*<sup>23</sup> states, arbitration agreement does not require higher degree of proof than the other contracts. Also noted by Cohen<sup>24</sup>, many states enact rules that are giving broad meanings to the *agreement in writing*.

---

<sup>21</sup> DSJ Sutton and J Gill *Russel on Arbitration* (22<sup>nd</sup> edn Sweet and Maxwell London 2003) [2-062]–[2-067].

<sup>22</sup> Discussed in G Petrochilos *Procedural Law in International Arbitration* (Oxford University Press New York (2004) [4.14]; *Deweer v Belgium* A35 2 EHRR 439 para 49.

<sup>23</sup> See (n 20) 30.

<sup>24</sup> MM Cohen 'Arbitration "Agreements in Writing": Notes in the Margin of the Sixth Goff Lecture' (1997) 13 *Arbitration International* 273.

The principle of an *agreement in writing* gives rise to another problem that is, keeping away the contracting parties whose contract is not written from arbitration process. The intention of the parties in a situation where both agrees to arbitrate cannot be replaced by the courts. Of course, there will be problems if one party denies the agreement. On the other hand if both parties agree on an arbitration agreement that is not in writing, then this may not be enforced under the NYC as well. The UML accepts the exchange of the statements, but this does not mean that such an award will be enforced under the NYC. Also in article 7(2) of the UML, in order to reach a valid arbitration agreement, a contract which makes *reference* to a document including an arbitration clause should be in writing. This provision is also needs to be changed. An oral reference to a document that contains an arbitration clause should be sufficient for validity, if it is proved by any means of evidence. Relevant amendments should be made to the NYC and the UML.

### 3. Who Decides the Validity of an Arbitration Agreement?

The validity of an arbitration agreement is of great importance throughout the arbitration process. Also, in the recognition and enforcement stage, only an award that is made under a valid arbitration agreement will be recognized and enforced. There are two important different concepts governing the jurisdiction on the validity issue, they are *the separability (autonomy) of the arbitration clause* and *the competence/competence principle*.

Although these concepts seem to be related to each other, there are some divergences between them on many grounds. Separability is a substantive principle and competence/competence is a procedural principle.<sup>25</sup> Separability means that the arbitration clause is independent from the main contract. Article 16(1) of the

---

<sup>25</sup> WL Craig WW Park and J Paulsson *International Chamber of Commerce Arbitration* (3<sup>rd</sup> edn Oceana New York 2000) 48.

UML provides that 'The arbitral tribunal may rule on its own jurisdiction ... For that purpose, an arbitration clause ... shall be treated as an agreement independent of the other terms of the contract'. With respect to the separability principle, even if the main contract is null and void, this does not defect the arbitration clause. An arbitration clause that has at least the determination of the parties to arbitrate is sufficient for the constitution of the arbitral tribunal. Separability principle is widely accepted in international instruments and in most of the national legal systems.<sup>26</sup>

The principle of competence/competence is variably given effect by different legal systems.<sup>27</sup> According to the competence/competence principle, the arbitral tribunal has the authority to decide conclusively on the validity of the arbitration clause. Decision on the validity of an arbitration clause also means that the arbitral tribunal is ruling on its own jurisdiction over the dispute. Therefore, the arbitral tribunal can declare itself competent or without jurisdiction.<sup>28</sup>

Some legal systems accept court intervention that is called *concurrent control*<sup>29</sup> during the proceedings. In accordance with

---

<sup>26</sup> Section 7 of the 1996 English Arbitration Act has this principle, which was first accepted by The Court of Appeal in *Harbour Assurance v Kansa General* [1993] QB 701 (CA), held that '... illegality pleaded [in the main contract] by the plaintiffs does not affect the validity of the arbitration clause'.

<sup>27</sup> In *Kaplan case* (n 18); US Federal Court held that the courts usually might decide the jurisdiction of the arbitral tribunal, since that issue is also a part of the validity and existence. Limited application of dicta in favour of arbitrators see; W Park 'The Arbitrability Dicta in *First Options v Kaplan*: What sort of Kompetenz Kompetenz has Crossed the Atlantic' (1996) 12 *Arbitration International* 144.

<sup>28</sup> P Schlosser 'The Competence of Arbitrators and of Courts' (1992) 8 *Arbitration International* 189; P Gross 'Competence of Competence: An English View' (1992) 8 *Arbitration International* 205.

<sup>29</sup> Redfern (n 2) [5-45]; also J Sigvar 'The Sources of the Arbitrator's Powers' in JDM Lew (Ed), *Contemporary Problems in International Arbitration* (Martinus Nijhoff London 1987) 65.

this principle all challenges to the jurisdiction of the arbitral tribunal should be done firstly to an arbitral tribunal and then the tribunal issues an interim award or rules as a preliminary question about this issue. If the arbitral tribunal rules as a preliminary question, the party arguing the lack of jurisdiction of the tribunal, can apply to the competent court at the seat of arbitration. The time for this application is thirty days under the UML article 16(3):

[...] If the arbitral tribunal rules as a preliminary question that it has jurisdiction, any party may request, within thirty days after having received notice of that ruling, the court specified in article 6 to decide the matter, which decision shall be subject to no appeal; while such a request is pending, the arbitral tribunal may continue the arbitral proceedings and make an award.

In Article 8(1) of the UML, a court may refer the parties to arbitration before an action is brought in a matter which is the subject of an arbitration agreement and the arbitration agreement should not be null and void, inoperative or incapable of being performed. Similarly in article II (3) of the NYC, '... at the request of one of the parties, [the court may] refer the parties to arbitration, unless it finds that the said agreement is null and void, inoperative or incapable of being performed'. These provisions are about court decisions which usually appear at the beginning of the course of arbitral proceedings. A party can also launch a court action directly, without applying to the tribunal if that party does not participate in the arbitral proceedings or participate to the proceedings yet raises objections. Otherwise this party will be deemed to have waived his right to object pursuant to article (4) of the UML:

A party who knows that any provision of this Law from which the parties may derogate or any requirement under the arbitration agreement has not been complied with and yet proceeds with the arbitration without stating his objection to such non-compliance without undue delay or, if a time-limit is provided therefore, within such period of time, shall be deemed to have waived his right to object.

## E. EFFECTS OF ARBITRATION AGREEMENT

According to article II (3) of the NYC and article 8(1) of the UML the courts should refer the parties to arbitration unless the arbitration agreement is 'null and void, inoperative or incapable of being performed'. The main effects of the arbitration agreement stem from these provisions. As mentioned in the UML and in the NYC, under a valid arbitration agreement, the courts should refer parties to arbitration *at the request of one of the parties*. The problem that arises at this point is that the courts cannot refer parties *ex officio* to arbitration; a request of at least one party is necessary.<sup>30</sup>

From the point of view of the parties, an arbitration agreement is an international commercial agreement and binding upon the parties on the ground of *pacta sunt servanda* (*agreements are to be kept*) which is a significant substantive general principle of the public international law. Article II (1) of the NYC defines this principle as '... the parties undertake to submit to arbitration all or any differences which have arisen or which may arise between them ...' this principle confirmed in the article 7(1) of the UML. Due to this principle, parties are obliged to refer the concerning disputes to arbitration covered by an arbitration agreement.<sup>31</sup>

Another effect of the arbitration agreement is that, with an arbitration agreement parties confer upon the arbitral tribunal the necessary power to resolve disputes in the merits of the arbitration agreement. The arbitral tribunal has jurisdiction over the dispute and issues an award on the basis of the agreement to arbitrate. Construction of an arbitral tribunal, appointment of the arbitrators and all other proceedings depend on the arbitration agreement. A further effect is the arbitration agreement means a waiver of the jurisdictional privileges and jurisdictional immunities.<sup>32</sup> Neither party can claim such rights after the arbitration agreement.

---

<sup>30</sup> Gaillard (n 10) [699].

<sup>31</sup> Gaillard (n 10) [627].

<sup>32</sup> *ibid* [635].

In principle, courts do not have jurisdiction over the arbitration process. However, courts have a limited jurisdiction precisely on three grounds where the arbitral tribunal has lack of jurisdiction.<sup>33</sup> Sometimes, arbitral tribunal cannot be constituted because of an ineffective arbitration agreement where the parties fail to make appointments of the arbitrators. In such situation, the competent court at the seat of the arbitration has the power to appoint arbitrators according to the application of any party. This rule is accepted under the UML in article 11(3) and (4).

The second intervention of the national court takes place when the parties or the arbitral tribunal requires taking provisional and conservatory measures effecting third parties. Since the arbitration agreement has a private nature, it is between the parties, the arbitral tribunal does not have the power to order third parties to provide evidence or to take interim measures.<sup>34</sup>

The last role of the national courts occurs during the recognition and enforcement stage of an arbitral award.<sup>35</sup> Both the national court of the seat of the arbitration and the national court of the jurisdiction, where the recognition and enforcement is sought, have the power of a limited judicial review over an award under the grounds of article V of the NYC, which are repeated under article 34 of the UML.

The effects of a valid arbitration agreement have roots in substantive rules of international commercial law as mentioned above with reference to the NYC, the UML and relevant national laws. As *Roy Goode*<sup>36</sup> explains ‘... privileges [of the arbitration agreement] derive from national laws and international

---

<sup>33</sup> *ibid* [683]–[688]; Craig (n 22) 523–528.

<sup>34</sup> GR Delaume ‘Court intervention in Arbitral Proceedings’ in TE Carbonneau (Ed) *Resolving Transnational Disputes Through International Arbitration* (University Press of Virginia Charlottesville 1985) 214.

<sup>35</sup> *ibid* 221.

<sup>36</sup> R Goode ‘The Role of the *lex Loci Arbitri* in International Commercial Arbitration’ (2001) 17 *Abritation International* 19, 36.

conventions, not from contract'. That is to say, the arbitration agreement is an *instrument* which operates the effects and rights that are devoted to arbitration by all concerning laws.

## F. CONCLUSION

The arbitration agreement is the basis of the international commercial arbitration. At the outset, an arbitration agreement runs the arbitration process. During the course of proceedings every conduct finds its basis on the arbitration agreement. It regulates the proceedings. At the end of the process, in order to enforce an award, the first requirement is a valid arbitration agreement. Therefore, the arbitration agreement should be enforced before the award.

A variety of different sources built up the arbitration process and the arbitration agreement. Pertaining to the improvements and occurrence of new requirements, in commercial and business life and trade, all of the international and national laws of arbitration; including statutes, institutional rules, and international conventions should meet the new expectations. All of the laws in question should follow the changes in trade usages and improvements in technology. Consequently the relevant amendments should take place in relation to needs of today's international commercial law.

So far as the validity of the arbitration agreement is concerned, there is a need for an alteration, particularly in terms of the form of arbitration agreement. For this purpose, the need of *being in writing* may be changed to *proof by any means of evidence*. By the same token, related outmoded provisions of the NYC and UML take the first place in a possible amendment. With regard to their international importance, such changes may lead the signatories of the NYC and other states whose laws are influenced by the UML, to adopt these changes in their own systems. When this modernization in the rules governing arbitration agreement and its form commences on international basis, this development will guide nation states and will help them to have similar rules.





# HUKUKSAL BAĞLAMDA HEKİMLİK YETKİLERİNİN, TIPTA UZMANLIĞIN VE İŞ YERİ HEKİMLİĞİNİN İNCELENMESİ

Av. İzzet OTRU\*

## YÖNTEM

Çalışmada hekimlik yetkileri, tıpta uzmanlık ve tıpta uzmanlığın bir türü olarak iş yeri hekimliği ele alınmıştır. Çalışma iki kısımdan oluşmaktadır: 1. Kısım Hekimlik ve Hekimlik Yetkilerini ele almaktadır. 2. kısım ise Tıpta uzmanlığı ve “İş Yeri Hekimliğini” ele almaktadır. Çalışmada öncelikle tıp meslekleri ve tıp yan dal hizmetlerinin neler olduğundan kısaca bahsedilecek, temel kanunun (Tıp M.K.) sistematigi üzerinde durulacaktır. İşyeri hekimliğinin de bir tür tıpta uzmanlık şekli olmasından hareketle, tıpta uzmanlık içinde ayrı başlık açılacak daha sonra iş yeri hekimliği özeline inilecektir.

## GİRİŞ

Eski çağların bilim anlayışında (örneğin) bir tıp doktoru aynı zamanda çok iyi bir fizikçi, kaliteli bir matematikçi, tutarlı bir filozof, nitelikli bir astronom, başarılı bir kimyacıdır; ya da bir matematikçi aynı zamanda ressam, mimar ve filozoftur.<sup>1,1a</sup> Günümüzün

---

\* İstanbul Barosu; Marmara Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, ÇEKO Anabilim Dalı, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Bilim Dalı Yüksek Lisans Öğrencisi.

<sup>1</sup> Örnekleyelim; İBN-İ SİNA: mantık, tıp, geometri, fıkıh, fizik [[http://tr.wikipedia.org/wiki/%c4%b0bn-i\\_sina](http://tr.wikipedia.org/wiki/%c4%b0bn-i_sina)(erişim: 27.10.2207)], FARABİ: mantık, musiki, geometri, astronomi [<http://tr.wikipedia.org/wiki/farabi>]

toplumsal yaşamında ve karmaşıklaşmış üretim ilişkilerinde anlaşılmaz gibi gözüken bu durum, eskiçağ ve ortaçağ biliminin karakteristik özelliğini yansıttmasının yanı sıra geçtiğimiz yüzyıla kadar da gözlemlenmiş bir olgudur.<sup>2</sup>

İçinde bulunulan çağın bilimsel yaşamında ve üretim ilişkilerinde toplumsal yapının işbölümüne göre şekillendiği görülmektedir. Bu işbölümü ile şekillenmiş toplumsal yapının içinde bir takım mesleklerin icrasının belirli nitelikteki ve belirli bir eğitim geçmişi-  
şine sahip kimselerce yerine getirilmesi gerekliliği bir uygarlık sorunudur.<sup>3</sup>

---

(erişim:27.10.2007)], ARŞİMET: astronom, filozof, mühendis, fizikçi, matematikçi [<http://tr.wikipedia.org/wiki/ar%c5%9fimet> (erişim: 27.10.2007)], LEONARDO DA VINCI: ressam, mimar, mühendis, heykeltıraş, astronom [Edmund Blair Bolles (der.), Galileo'nun Buyruğu, çev.: Nermin Arık, Ankara: TÜBİTAK Yay., 2002, s. 119].

<sup>1a</sup> O dönemlerin bilim anlayışında, demektir Tanilli, hemen bütün filozof-bilim adamları tıpla da uğraşmaktadırlar (Server **Tanilli**, İslam Çağımıza Yanıt Verebilir mi?, İstanbul: Adam Yay., 1999, s.106).

<sup>2</sup> Leo **Huberman**, Feodal Toplumdan Yirminci Yüzyıla, Çev.: Murat Belge, İstanbul: İletişim, 2005, Bütün Kitap.

<sup>3</sup> İnsanlığın ilk hekimleri hastalıkların nedeni olarak insan içine girmiş kötü ruhları görmekteydiler. Bu nedenle ilk hekimlerin amacı masum insanları ruhlardan arındırmaktı [Colin A. **Ronan**, Bilim Tarihi: Dünya Kültürlerinde Bilimin Tarihi ve Gelişmesi, (çev.: Ekmeleddin İhsanoğlu/ Feza Günergun) Akademik Dizi, 3. Bası, İstanbul: TÜBİTAK Yay., 2003, s. 10]. Haliyle buradan basit bir analiz yaparak denilebilir ki, ilk hekimler aynı zamanda rahipler ve hekimlik mesleğini icra edebilmeleri için rahip niteliği taşımaları gerekmektedir- ki bu nitelikler bilimsel bir yetkinlikten ziyade tinsel bir takım özelliklere ihtiyaç duymaktaydı. Hastalık nedenleri ve hastalık kavramı ile hastalıkların önlenmesi veya tedavi edilmesi hizmetini içeren hekimlik mesleği, kötü ruhların vücuttan arındırılmasından daha önemli bir işlevi yerine getirmektedir ve bu sonucun mutlaklığı çağın bilim anlayışında tartışılmaya bile değmeyecek bir konudur. Hekimlerin mesleki ve kişisel yetkinliklerinin kanuni olarak saptanmış olması, ruh kovalama işini hekimlikten ayırmak için de gereklidir. Günümüzde alternatif tıp adı altında insanlara pazarlanan bir takım ihtiyaç karşılayan değil ihtiyaç yaratan ürünleri ve hizmetleri değerlendirirken yukarıda bahsi geçen hususlara dikkat edilmelidir. Alternatif tıbbın, bilimsel bir değer taşıması meselesi ile "kötü ruh hekimliği" safatası arasındaki sınırı çok incedir.

İster liberal ekonomiyi, isterse devletçi ekonomiyi benimseyen bütün modern devletlerde artık mesleklerin işbölümündeki yeri ve bu mesleklerin icracılarının nitelikleri, yetkileri, hak ve sorumlulukları devletin sert ve kesin çizgilerini çizdiği sınırlar dâhilinde belirlenmektedir. Ekonomik eğilime göre devletin bu müdahalesi iki şekilde kendini göstermektedir. Birinci durumda, devlet sadece mesleği icra edeceklerin sahip olmaları gereken nitelikleri ve mesleğe kabul şartlarını düzenler, mesleğin bizzat işvereni olmaz. İkinci durumdaysa devlet, aynı zamanda mesleğin bizzat işverenidir.

Tıp hizmetlerinin uygulanması ve uygulayıcılarının niteliği meselesiyle birlikte sağlık hukuku alanı Türkiye Cumhuriyeti'nde geniş bir mevzuat ile düzenlenmiştir. Bu genel perspektiften bir basamak yukarı çıkıp mesele çalışmanın özeline çekilirse görüleceği gibi, tıp mesleklerinin uygulanması, çalışmanın konusunu teşkil eden 1219 S. Kanun'la düzenlenmektedir. Bu kanun tıp hizmetlerinin yerine getirilmesinde yetki konusunu düzenlemektedir ve oldukça eskidir. 1219 Sayılı Kanunun adı; "Tababet ve Şuabatı San'atlarının Tarzı İcrasına Dair Kanun"dur (TBB Güncelleştirmesindeki adıyla "Tıp Meslekleri Uygulamalarına Dair Kanun")<sup>4</sup>. Çalışmanın bundan sonraki bölümlerinde, 1219 Sayılı Kanun, günümüz Türkçesi'ne göre kısaltılmış olarak, "Tıp Meslekleri Kanunu"(Tıp M.K.) olarak anılacaktır.

Tıp mesleklerine ilişkin genel hukukî çerçeve yukarıda anıldığı şekliyle Tıp M.K. tarafından çizilmiştir. Bu kanunun temel bir kanun olmasından hareketle tıpta uzmanlığa ilişkin tali düzenlemelerin dayanağı da Tıp M.K.'dir.

Uzmanlaşmanın gerekliliği çeşitlenen ve karmaşıklaşan çalışma yaşamından kaynaklanarak, hayatın pek çok noktasında kendini gösterir. Uzmanlaşmanın en gerekli olduğu alanlardan birisi de hiç şüphe yok ki tıp uygulamalarıdır. Kaldı ki, uzmanlaşmayı en sert çizgiler dâhilinde ve sınırları net olarak belirleyen uygulama tıp uygulamalarında kendini gösterir. Pek çok ana dal uzmanlık

<sup>4</sup> [http://www.ttb.org.tr/eweb/aclik\\_grevleri/tababet\\_kanun.html](http://www.ttb.org.tr/eweb/aclik_grevleri/tababet_kanun.html).

ayrımının yanı sıra, yan dal uzmanlık alanlarıyla da tıp uygulayıcılarının yetkileri netleştirilmektedir. Ayrıca, uzmanlık alanı içinde tali olarak yer alan işyeri hekimliği de, çalışma yaşamının niteliğinin artırılması bakımından oldukça önemlidir.

## 1. Kısım: HEKİMLİK ve HEKİMLİK YETKİLERİ

### § 1. GENEL DEĞERLENDİRME

**“İster hür, ister köle olsun, erkek ve kadınların vücudunu kötüye kullanmaktan sakınacağım.”<sup>5</sup>**

Kanunda geçen tıp meslekleri; hekimlik, askeri hekimlik, diş hekimliği, dişçilik, sünnetçilik, hemşire hastabakıcılık, ebelik ve tıp mesleği olarak doğrudan tanımlanmamakla birlikte dolaylı olarak tıpla ilişkili kabul edilen diş protez teknisyenliği olarak sayılmıştır.

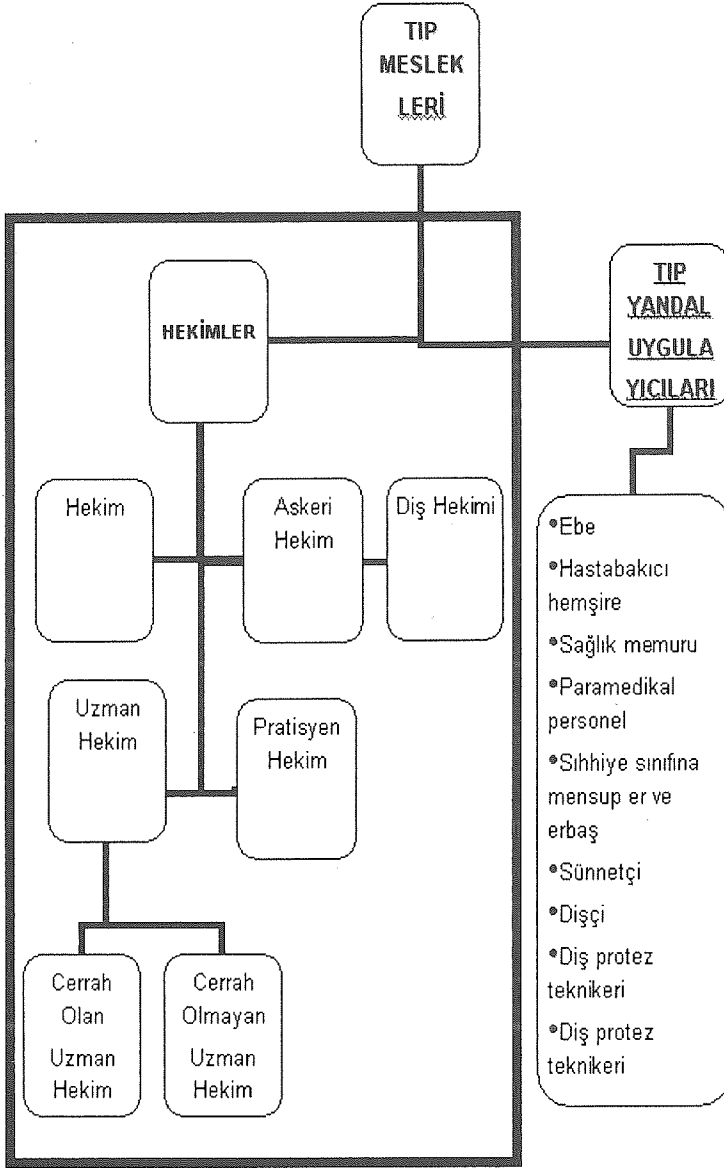
Bunların yanı sıra basit veya acil tıbbi müdahale ile sınırlı olmak üzere, sağlık memurları, acil tıp teknisyenleri ve teknikerlerine ilişkin ve sıhhiye sınıfına mensup er ve erbaşlarla ilgili genel düzenlemeler de bu kanunda yer almakta, bunlara ilişkin ayrıntılı düzenleme için yönetmelik çıkarılması öngörülmektedir<sup>6</sup>.

Buna göre Kanun’un kişiler bakımından kapsamı şu şekilde ifade edilebilir:

---

<sup>5</sup>HipokratYemini’nden([http://www.itf.istanbul.edu.tr/ders\\_programlari/1.sini\\_f.pdf](http://www.itf.istanbul.edu.tr/ders_programlari/1.sini_f.pdf)).

<sup>6</sup> Bahsi geçen yönetmeliklerden acil tıp hizmetleriyle ilgili olanı 2000 yılında çıkarılmıştır. Bakınız: Acil Sağlık Hizmetleri Yönetmeliği R.G. T: 11.5.2000 S.: 24046.



Şekil 1: 1219 Sayılı Kanun'un  
Kişiler Bakımından Sistematiği

Bu kanunun kapsamında anılan tıp mesleklerinde ve tıp mesleklerine ilişkin uygulamalarda, görüldüğü gibi, tıp icracıları olarak sadece hekimler değil, diğer tıp yandalları icracıları da anılmaktadır. Bu durumun pratik önemi özellikle ceza hukuku ve sorumluluk hukuku bakımından kendini gösterdiği gibi, tıbbî deontoloji bakımından da önem taşır. Şöyle ki, örneğin hekimin sır saklama yükümlülüğünden bahsedildiğinde sadece hekimlerin değil, hemşire, ebe, sağlık memuru gibi diğer tıp mesleği icracılarından da bahsediliyor demektir<sup>7</sup>.

İncelemeye konu kanun kapsamındaki mesleklerin icrası, kanunla ve diğer mevzuatla sınırları çizilmiş olan yetkiler dâhilinde yapılıyor olmakla birlikte aynı zamanda, bu mesleklerin icrası belirli eğitim geçmişine ve sıfata sahip yani, öngörülen yetkiyle donatılmış kişiler bakımından bir haktır da aynı zamanda.<sup>8</sup> O kadar ki, ileride de kısaca değinilecek olan, tıbbî müdahalelerin hukuka uygunluk unsuru olan mağdurun rızasından ziyade “hakkın icrası” olduğu yollu görüşler doktrinde ısrarla savunulmaktadır ve bizce de yerinde bir yaklaşımdır.<sup>9</sup> Bu nedenle, çalışmada da yetki ve hak kavramları genelde birlikte ve iç içe kullanılmaktadır.

<sup>7</sup> H. Tahsin Gökcan, Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Cezai Sorumluluğu; A dan Z' ye Sağlık Hukuku, Sempozyum Notları (Yay. Haz.: Celal Ülgen / Coşkun Ongun), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.73.

<sup>8</sup> A. Nezih Kök, Hekim Sorumluluğunu Tespit ve Yüksek Sağlık Şurası Örnekleri, A' Dan Z' Ye Sağlık Hukuku, Sempozyum Notları, (Yay. Haz.: Celal Ülgen / Coşkun Ongun), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 63.

<sup>9</sup> Ümit Kocasakal, Tıbbî Müdahalelerde Rıza ve Aydınlatılmış Onam, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku, Sempozyum Notları, (yay. haz.: Celal Ülgen / Coşkun Ongun), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s. 208, 210; karşı: Mahmut Koca, Hekimin Taksirli Fiillerinden Doğan Cezai Sorumluluğu, Erzincan Sağlık Hukuku Sempozyumu, (yay. haz.: Cem Baygın v.d.), Ankara: Yetkin Yay., 2007, s.91; aynı yönde Kök; a.g.m.; hukuka uygunluk nedeni bazen rıza bazen de görevin ifası olarak değerlendirilebileceği hususunda: İzzet Özgenç, Hekimlik Mesleğinin İcrası ve Cezai Sorumluluğu, [www.ankemdernegi.org.tr/ankemjournalpdf/ankem\\_20\\_ek\\_2\\_10\\_15.pdf](http://www.ankemdernegi.org.tr/ankemjournalpdf/ankem_20_ek_2_10_15.pdf) (Erişim: 30.10.2007), basılı kaynak yollaması, makaleden naklen: Ankem Derg. 2006; 20(Ek 2): 10–15.

## § 2. HEKİMLİK YAPMA YETKİSİ VE HAKKI

### 2.1. Koşulları

Kanun, genel itibarıyla hekimlere ilişkin düzenlemeler içermektedir. Bu mantıksal olarak doğru bir yaklaşım olduğu gibi kodifikasyon açısından da uygundur. Tıp mesleklerinin temelini hekimler icra ederler. En geniş kapsamlı yetkiler hekimlere verilmiştir. Örneğin, hekimlerin dış hekimlerinin yetkileri kapsamında müdahale yetkileri vardır mesela dış çekebilirler ama dış hekimleri en basit hastalığın tedavisi için dahi, hastalık eğer dış ve ağız sağlığı ile ilgili değilse, hasta kabul edemezler. Bunun yanı sıra, birkaç özel ve istisnaî durum dışında tıp mesleklerini icra yetkisi de bir hak olarak en geniş yetkilerle hekimlere verilmiştir.

Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde hekimlik yapabilmek ve hasta kabul edebilmek için

- Türk vatandaşı olmak (Tıp M.K. md. 1),
- Türkiye tıp fakültelerinden birinden diploma almak (Tıp M.K. md 1),
- Alman diplomayı Sağlık Bakanlığı'na kayıt ve tescil ettirmek gerekir (Tıp M.K. md. 2).

Aynı durum askeri hekimler için de geçerlidir. Ancak, askeri hekimlerin mecburî hizmetten kaynaklı özel bir durumları vardır. Buna göre, askeri hekimler; mecburî hizmet süresince diplomalarına el konmuş olmalarına rağmen bu süre içinde dahi hekimlik yapmaya yetkilidirler (Tıp M.K. md. 2).

Kanun her ne kadar T.C. sınırları dâhilinde hekimlik yetkisi bakımından Türkiye tıp fakültelerinden birinden alınmış tıp diplomasını arıyor olsa da, Tıp M.K. md 4 hükmüne göre, yabancı tıp fakültelerinden alınacak diplomaların da gerekli prosedür tamamlandıktan sonra Türkiye'de hekimlik yapmak için kabul edilebileceğini ifade etmektedir.

Burada önemli olan nokta, yabancı tıp fakültesinden diploma alıp Türkiye'de hekimlik yapmak isteyen kimsenin Türk olma şartının bu madde kapsamında da yineleniştir. Buna göre, yabancı

bir tıp fakültesinde öğrenim gören bir kimse, Türkiye tıp fakülteleri müfredatında yer alan dersleri görmüş, aynı sınav programını geçirmiş ve aynı süreyle eğitim almışsa ve mezun olmuşsa ve Sağlık Bakanlığı bu durumu araştırıp tespit etmişse, diploması kabul edilir ve Sağlık Bakanlığı'na kütüğe tescil işlemi yapılır. Türkiye tıp fakültelerindeki öğrenim sürelerine uygun olarak alınmamış tıp diploması sahibi Türk vatandaşları ise usulü Milli Eğitim ve Sağlık Bakanlıklarınca birlikte kararlaştırılacak bir sınavdan geçirilirler. Sınavda başarılı olanların diplomaları kabul edilip kütüğe tescil işlemi yapılır. Eğer, yabancı tıp fakültesinde, Türkiye tıp fakültesinde okutulan derslerden okutulmayı varsa, önce bu ders alınır, başarılı olunur ve sonra sınava girilebilir. Bu sınavı başaranlara hekimlik uygulaması yetkisi, usulüne göre verilir.

Türkiye'de hekimlik yapma yetkisi münhasıran Türk vatandaşlarına tanınmış bir yetki olsa da kazanılmış hakları bulunan hekimler, bu Tıp M. K. kapsamında tıp mesleğini uygulama yetkisine sahiptirler, başka bir deyişle kazanılmış hakkı olan yabancı hekimler Tıp M. K. madde 1 ve madde 2'den istisnadırlar (Tıp M. K. md 6).

Tamamen veya kısmen Türk memur istihdam eden özel ve kamu kuruluşları ile Türk hastaları tedavi eden herhangi hayır kurumunda çalışacak hekimlerin de mutlaka Tıp M. K. madde 1 ve 2'de sayılan şartları taşıyor olmaları gerekir.

## 2.2. Muayenehane Açma

Özel muayenehane açacak veya evinde hasta kabul edecek hekimin, hasta kabulüne başladığından itibaren en geç bir hafta içinde isim ve kimliğini diploma gün ve sayısını muayenehane adresini, varsa uzmanlık belgesini mahallin en büyük sağlık makamına kaydettirmek zorundadır (Tıp M.K. md. 5). Burada mahallin en büyük sağlık makamından kasıt il veya ilçe sağlık müdürlüğüdür. Açılış yapıldıktan sonra idari mercilere faaliyete başlanıldığıının haber verilmesi idare hukuku anlamında, kolluk usullerinden bildirim usulünü ifade eder. Bildirim usulü, idarenin belli faaliyet-



lerden önceden haberdar olması ve gerekirse bunu engellemesini ifade etmez.<sup>10</sup> Bu, izin usulünde söz konusudur. Oysa hekimin veya dış hekiminin muayenehane açması idareyi haberdar etmek ve gerekli önlemleri almasını sağlamaya yöneliktir. Faaliyeti engellemeye yönelik değildir.<sup>11</sup> Faaliyette usule veya hukuka, ahlâka, genel sağlığa v.b. aykırılık görülürse faaliyetin durdurulması usulü izlenir. İzin usulü, faaliyete başlamadan önce tüketilecek bir prosedürken bildirim usulü, istisnaları hariç, faaliyetle aynı anda veya faaliyete başlandıktan sonra tüketilen bir prosedürdür.

Anılan maddeye göre muayenehane bildirimini hasta kabulüne başladıktan sonra bir hafta içinde yapılması gerektiği öngörülmektedir. Kanaatimizce bu düzenleme yerinde değildir. Şöyle ki, bildirim sonrasında yeter şartlar taşınmadığına dair bir duruma kanaat getirilirse hasta kabul eden hekimin bu imkânı ve yetkisi elinden alınacaktır. Bu durumda bir haftadır kabul edilen hastalara verilen sağlık hizmetleri dolayısıyla hastaların mağdur olma ihtimalleri vardır. Bunu engellemek için hasta kabulünden sonrası için öngörülen bildirim hasta kabulünden önceye dönüştürülmesi gerekir. Kolluk usulünün ise izin usulüne dönüştürülmesi gerekir.

Bunların yanında eğer hekim muayenehanesini nakledecekse bunu da en az 24 saat önceden bildirmelidir. Bildirimin nakledilen yere mi yoksa ayrılan mahal makamına mı bildirileceği konusu karışıktır. Hükmün Türkçesi yanlış anlamaya yol açar niteliktedir ancak hükümden anlaşılan ayrılan mahal makamına bilgi verilmesi gerektiği yönündedir. Nakil bildirim şartındaki kural, hekimlik mesleğinin icrasından vazgeçilen hallerde de geçerlidir (Tıp M. K. 6 son cümle)<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Metin Günday, İdare Hukuku, Ankara: İmaj Yay., 2003, s. 258.

<sup>11</sup> Günday, s. 258.

<sup>12</sup> Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi'ne göre de, hekim veya dış hekimi muayenehane veya laboratuvar açarsa, kapatırsa naklederse bunu en geç bir hafta içinde bağlı olduğu tabip odasına bildirmelidir (madde 42).

### 2.3. Diş Hekimleri

Diş hekimliği, hekimlik mesleğinin bir alt kümesini oluşturur ancak temelde hekimliğin bir uzmanlık dalı değildir ayrı bir uygulama mesleğidir. Dişçilik uygulamaları, diş ve diş eti hastalıklarının tedavisi ile çeşitli nedenlerle eksilmiş dişlerin yerine konması ve/veya dişlerin düzeltilmesi gibi ameliyelerin uygulanmasıyla sınırlıdır (Tıp M. K. md 29).

Dişçilik uygulamalarını doğrudan yerine getiren meslekler diş hekimliği ve dişçiliktir. Türkiye’de diş hekimliği yapabilmek, hekimler için öngörülen şartlarla aynıdır.

Günümüzde diş ve ağız sağlığına ilişkin meslek uygulamasında bulunan diş hekimleri, hekim olarak kabul edilmektedir ve yetkileri ve mesleklerini icra hakları yalnızca diş ve dişetlerine ilişkin hastalıkların önlenmesi, ortaya çıkmış hastalıkların teşhis ve tedavisi ile sınırlıdır.

Diş hekimliği, hekimlik mesleğinin bir uzmanlık dalı değildir. Başlı başına bir meslektir. Diş hekimliğinin kendine özgü okulları vardır, ders programı ve müfredatı farklıdır. Hekimlik mesleğinde ise, uzmanlık söz konusu olsa bile, bütün hekimler temel tıp bilgilerini aynı müfredat dâhilinde alırlar ve altı yıllık eğitim sonunda tıpta uzmanlık sınavında başarılı olmaları halinde uzmanlaşma yoluna girerler. Ancak, bazı durumlarda, temel tıp eğitimini alan hekimler, bir yıl süreyle diş hekimliği eğitimi alıp girecekleri sınavda başarılı olurlarsa ruhsatname alarak dişçilik yapabilirler.

Hekimlerin, diş çekmeye ve diş ve diş etlerine ilişkin hastalıklarda tedaviye yetkileri vardır ancak, doğrudan diş hekimliği yapma yetkileri ve diş hekimi olarak hasta kabul imkânları yoktur. Bunu yapmak isteyen hekimler yukarıda belirtildiği gibi ruhsatnameye sahip olmak zorundadırlar (Tıp M.K. md 34).

Diş hekimi yanında çalışan fakat dişçilik yetkisi olmayan kimselerin dişçilik uygulamasında bulunmasına imkân tanıyan kimse de idarî olarak cezalandırılır.

Ağır hapis ve beş seneden fazla hapis ile cezalandırılan, mesleği suiistimal dolayısıyla iki defa meslekten uzaklaştırılan veya mesleğin tatili ile cezalandırılan veya mesleği uygulama yeteneklerinden yoksun kaldığı tespit edilenler meslekten yasaklanır ve diplomaları geri alınarak diplomalarına md. 45’de öngörülen usulle el konur. Kanaatimizce, diplomanın geri alınması yersiz bir yaptırımdır. Bir kimsenin meslekten tamamen yasaklanması başka bir şey diplomanın geri alınması başka bir şeydir. Bir kimseye, mevzuatın öngördüğü şekilde mezun olduğu bir eğitim süreci sonrasında, idarece bir diploma verilir. Bu diploma, açıklayıcı bir idarî işlemdir<sup>13</sup>. Kurucu idarî işlem değildir. Açıklayıcı idarî işlem<sup>14</sup>, doğmuş olan hukukî sonucu açıklamaktan öte bir anlam ifade etmez. Burada doğan hukukî sonuç, okulun bitirildiği, okulun bitirilmesi için öngörülen sınavların başarıldığıdır. Diploma bu başarının belgesidir. Geçmişte kalmış bir başarı durumunun, (eğer başarıya ilişkin bir hileli durum söz konusu değilse) ağır cezalı koşullar altında dahi olsa yok sayılmaya çalışılması teknik hukukla bağdaşmadığı gibi hukukun genel kaidelerine de aykırı sonuçlar doğurur düşüncesindeyiz. Burada, meslekten yasaklanma yeterli bir yaptırımdır. Diplomanın geri alınması gerekçesi açıklanamaz bir uygulamadır. Diploma ile elde edilecek hak ve yetkilerin alınması zaten amaca yeterince hizmet eder.<sup>15</sup>

<sup>13</sup> İdari işlem için bkz.: Sercan **Coşkunlak**, İdari İşlemlerde Gerekçe, İstanbul Barosu Dergisi, C. 80, S. 2006–6, İstanbul Barosu Yay., s. 2501.

<sup>14</sup> Bir diploma alınması ile birlikte idare hukuku anlamında bir statü kazanılacağı ve bu statünün ferdileşmesi nedeniyle bir kazanılmış hak doğacağına dair ÖZAY’ın da benimsediği ONAR’ın görüşüne katıldığımızı da belirtelim (Sıddık Sami **Onar**, İdare Hukukunun Umumi Esasları, İstanbul 1966, s. 480 – 483’den aktaran: İlhan **Özay**, Günışığında Yönetim, İstanbul: Alfa Yay., 2002, s. 353). Açıklayıcı idari işlemi GÜNDAY “belirleyici idari işlem” olarak anmaktadır; **Günday, a.g.e.**, s. 118.

<sup>15</sup> Burada, mevcut diploma ile yurtdışında hekimlik yapmanın önüne geçebilmek ülke içinde diplomanın tekrar kullanımını engellemek amacıyla diplomanın geri alındığına dair şifahi görüşler de vardır. Bu görüşe katılmıyoruz. Kişinin yurt dışında hekimlik yapması da, diplomadan doğan hakların kullanımının iptaline ilişkin diplomaya bir şerh düşülerek engellenebilir. Dikkat edilmelidir; diplomanın kendisi iptal edilmemekte, diplomanın verdiği yetkilerle bir hakkın icrası engellenmekte, hekimlik uygulamaları için gerekli yetki, kişinin elinden

## 2. Kısım: TIPTA UZMANLIK ve İŞYERİ HEKİMLİĞİ

### § 3. TIBBİ MÜDAHALE VE UZMANLIK

#### 3.1. Cerrahi ve Tıbbi Müdahale Kavramları ve Müdahaleye Yetkili Kimseler

*Cerrahi müdahale kavramı*, ilaç ya da başkaca tedavi yöntemleri ile iyileştirilemeyen hastaların vücut bütünlükleri bozularak hastaya müdahale edilmesi şeklinde tanımlanabilir. Bu müdahale, vücudun, dokunun veya organın işlevini bozan organ veya hücre grubunun kesilmesi, yerinden çıkarılması, bozulmuş olan bütünlüğün yerine getirilmesi için faaliyette bulunulması, organın veya dokunun dikilmesi, yapı bozukluğunun düzeltilmesi v.b. şekillerde olabilir.

Cerrahî dalında uzmanlığı olmayan hekimler ancak küçük cerrahî ameliye yapabilirler.<sup>16</sup> Küçük cerrahî ameliye kavramı yorumlanırken adlî tıp terimi olan ve ceza hukukunda yansması bulunan “basit tıbbî müdahale” kavramından yararlanılması uygun olmayacaktır.<sup>17</sup> Ayrıca, Sağlık Bakanlığı tarafından açılan ve yönetilen okullar ile bu okullara denkliği kabul edilen okullardan mezun olup diplomalarını tasdik ettirmiş bulunan sağlık memurları da yönetmeliklerinde belirlenen sınırlar dâhilinde kalmak üzere ve Tıp M.K. kapsamında yetkileri tespit edilmiş olan sünnetçiler de bu yetkiler kapsamında basit cerrahî ameliye yapabilirler. Cerrahî müdahalede bulunacak personelin müdahale öncesi ve sonrasında hasta güvenliği için gerekli önlemleri alması zorunluluğu hasta

---

alınmakta, kişi hekimlik sıfatını doğal olarak yitirmektedir ancak diplomasının geri alınması gibi, teorik de olsa, yanlış bir uygulamaya maruz kalmayacaktır.

<sup>16</sup> Bkz. Aşağıda: Uzmanlık başlığı.

<sup>17</sup> Basit tıbbî müdahale kavramı TCK’nm kasten yaralama suçunda ifadesini buluyor olmasına rağmen bu kavram eleştirilmektedir. Eleştirilerin temelinde de bir tıbbî müdahalenin bir cerrah için basit bir müdahale, bir pratisyen içinse ağır bir müdahale olarak nitelenebileceği hususu yatmaktadır. Bkz.: Hakan Hakeri, Yeni Türk Ceza Kanununda Hayata Karşı, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/ankaratoplanti.doc , 19.12.2007.

açısından yaşamsal, hekim açısından da hem meslekî deontoloji bakımından hem de hukuksal açıdan zorunludur.<sup>18</sup>

Ülkemizde, hekimlik sıfatı tıp fakültesini bitirmiş olan her Türk vatandaşına verilir. Pratisyen hekimlik olarak adlandırılan “genel tababet” alanında hasta kabul edebilmek için, tıp fakültesinden sonra alınması gerekli bir eğitim yoktur. Yani tıp fakültesinden mezun olup diplomasını kayıt ve tescil ettiren herkes hekimlik yapıp hasta kabul edebilir. Ancak kanun bu durumun da sınırını çizmiştir. Şu kadar ki, cerrahi veya alt dalları uzmanlığı olmayan kimse cerrahi ameliye yapamaz. Kanunun ifadesinde yerini bulan ameliye kavramı “yöntem, prosedür”<sup>19</sup> anlamına geliyor olmakla birlikte, kanunda kullanılış şekli “müdahale”yi ifade etmek içindir. Buna göre, cerrahi uzmanlığı olmayan bir hekim, örneğin çocuk “cerrahi” uzmanı olmayan bir hekim, pediatri alanında uzmanlığı olsa dahi, pediatri alanında ve evleviyetle başka bir alanda büyük cerrahi müdahalede bulunamayacaktır ( Tıp M.K. md. 3/I).

Buraya kadar cerrahi müdahalelerin ve tıbbi müdahalelerin kimler tarafından yapılabileceği hüküm altına alınmışken, 3. maddenin 2 ve devamı fıkraları, ameliyenin aşamasını da belirterek sınırlandırmış ve bu sınırlı müdahaleleri kimlerin yapabileceğini de ayrıca hüküm altına almıştır. Buna göre, acil tıbbi yardım ile sınırlı olmak üzere, acil tıp teknikerleri ve teknisyenleri hastaya müdahale edebilecektir. Bu müdahalenin kapsamı Tıp M. K. md. 3/II’ ye dayanılarak çıkarılan yönetmelikte belirlenmiştir.<sup>20</sup> Ayrıca anılan fıkra göre, acil tıbbi yardım veren personel özel tip kıyafet giyer. Bu hususta uygulamaya baktığımızda, bu personelin dikkat çekici renklere ve bir takım fosforlu uyarı işaretlerine sahip kıyafetler giydiğini görürüz. Bunun nedeni ise, kaza mahallinde personelin de

<sup>18</sup> Rukiye Berkem, Hasta Güvenliği ve Transfüzyonla Bulaş Sonrası Yapılması Gerekenler, [www.ankemdernegi.org.tr/download.asp?ID=421](http://www.ankemdernegi.org.tr/download.asp?ID=421); 14.12.2007.

<sup>19</sup> Ejder Yılmaz, Hukuk Sözlüğü, Ankara: Yetkin Yay., 7. Bası, 2002, “Ameliye” Maddesi.

<sup>20</sup> Bkz.: dnt. 5.

diğer kimseler tarafından zamanında fark edilmelerini sağlamak ve böylece güvenliklerini temin etmek olsa gerektir.<sup>21</sup>

Basit tıbbi müdahale yetkisi bulunan diğer bir grupsa Türk Silahlı Kuvvetleri'nin(TSK) sıhhiye sınıfında yetiştirilen er ve erbaşlarıdır. Bu sayılanların da basit ve küçük sıhhi işlemleri yapma yetkileri vardır. Bu yetkilerin sınırları Milli Savunma Bakanlığı'na hazırlanıp Bakanlar Kurulu'na yürürlüğe konacak bir yönetmelikle düzenlenir (Tıp M. K. md. 3/III-IV).

Genel veya yerel anestezi ile yapılacak büyük ameliyelerin kesinlikle uzman bir hekim ile birlikte yapılması şarttır ancak uzman temini mümkün olmayan yerlerde ve acil durumlarda bu hüküm uygulanmaz (Tıp M. K. md 23). Buna göre, acil tıp teknikerleri ve teknisyenleri ile diğer tıp mesleği uygulayıcısı olup hekim ve/veya uzman hekim olmayanlar acil durumlarla sınırlı olmak üzere anestezi gerektiren büyük müdahalelerde de bulunabilirler. Buna örnek olarak, ıssız bir bölgede düşen bir uçakta bulunan bir sağlık memurunun iç kanama geçiren bir kazazedeye müdahale etmesi ve kanama bölgesini keserek içten müdahale yoluyla kanamayı durdurmaya çalışması veya kar nedeniyle yolu kapanmış bir köyde, bir pratisyen hekimin hamile bir kadını başka bir yol kalmadığı için sezaryen tabir edilen ameliye şekliyle doğum yapmasını sağlaması verilebilir.<sup>22</sup>

<sup>21</sup> Acil tıbbi yardım gerçekleştirecek personele ilişkin düzenlemeler şu anda yönetmelik seviyesinde olmakla birlikte çeşitli kanun tasarıları üzerinde çalışılmaktadır. Bunun yanı sıra, tıbbi deontoloji nizamnamesi gibi bir takım yürürlükteki metinlerde de paramedikal meslek mensuplarına ilişkin hükümler vardır. Deontoloji Nizamnamesi' ne göre, hekimler paramedikal personelin alanına tecavüzde bulunmamalıdır, onların bağımsızlığını ihlal etmemelidir, paramedikal personeli hastalarının yanında zor durumda bırakmamalı ve onlara saygılı olmalıdır (Tıbbi Deontoloji Nizamnamesi md. 40).

<sup>22</sup> Böyle bir durumda, menfaat ve külfet dengesine dikkat edilmeli ve de hasta güvenliğinin tam anlamıyla sağlanması gerekir. Bu yönde Berkem, a.g.m.; böyle bir tıbbi müdahalede bulunulması halinde hasta hakları ile hekimin hakları çatışacaktır. Menfaat dengesinin tam anlamıyla kurulması oldukça önemlidir çünkü bu iki hak birbirinin varlık sebebini oluşturur (Aydın Gülan, Tıp Hukuku Açısından Hasta ve Hekim Hakları, www.ankemderneği.org.tr, (14.12.2007)

Yukarıda açıklanan örnekten hareketle başka bir bilgi daha verilmelidir. Hastaya yapılacak acil müdahalelerde önemli olan en temel nokta bu müdahaleyi hastanın durumunun gerektirip gerektirmediğidir. Şu kadar ki, örneğin yukarıda işaret edildiği şekilde yapılacak bir müdahalenin çocuğun kurtarılıp annenin feda edilmesine yol açması kuvvetle muhtemelse, müdahalede bulunulmamalı, çocuğun yaşamı anneye tercih edilmemelidir. Seçim, annenin yaşamından yana kullanılmalıdır. Bu karar, tıbbi etik kurallarda doktorların gözettiği en temel kurallardandır. Annenin hayatı, doğum sürecinde her şeyden önce gelir ve gerekirse çocuk feda edilir. Müdahalede bulunacak hekimin, daha doğru bir ifade ile tıp mesleği uygulayıcısının hatta ve hatta çok öznel durumlarda herhangi bir kimsenin bulunacağı acil bir müdahalede bu hususlara birinci dereceden dikkat edilmelidir.

### 3.2. Uzmanlığın Kazanılması

1219 Sayılı Kanun'un gereklerini yerine getiren ve belirlenen niteliklere sahip olan herkesin hekimlik yapma yetkisi olmakla birlikte, uzmanlık gerektiren hekimlik uygulamalarını yapabilmek için ve bu uzmanlığı ilân edebilmek için Türkiye tıp fakültelerinden veya Sağlık Bakanlığı'nca gösterilen belli kuruluşlardan veya yabancı ülkelerin kabul görmüş hastane veya labratuvarlarından verilmiş ve onaylanmış uzmanlık belgesine sahip bulunmak şarttır (Tıp M.K. md. 8). Bu uzmanlık belgesinin niteliği, verilmiş şekli, uzmanlık dalları ve yan dalları şu anda "Tıpta Uzmanlık Tüzüğü"nce belirlenmektedir ancak tıpta uzmanlığın bir yönetmelikle düzenlenmesi öngörülmektedir. Şöyle ki; Kanun'un 28.3.2007' de 5614 S. Kanun ile değiştirilmiş olan 9. maddesine göre, tıpta uzmanlık kurulunun kurulması öngörülmektedir. Maddede kurulun teşekkülü anlatılmakta ve son fıkrasında tıpta uzmanlık konusunun Sağlık Bakanlığı'nca hazırlanıp Bakanlar Kurulu'nca çıkarılacak bir yönetmelikle düzenleneceği belirtilmektedir ancak çalışmanın

kaleme alındığı tarihte henüz böyle bir yönetmelik çıkarılmış değildir. Bu nedenle mevcut düzenlemelerin<sup>23</sup> uygulaması devam edecektir (Tıp M.K. md.9/VII).

Burada bir noktaya dikkat çekilmelidir. Tıpta uzmanlık gibi oldukça önem taşıyan bir konunun, tüzük seviyesinde düzenlenmesi öngörülürken konu yönetmelik seviyesinde bir düzenlemeye indirgenmiştir. Mevcut iktidarın sağlık alanındaki radikal değişikliklerindeki keyfi uygulamaları kolaylaştırmak amacıyla hareket ettiğine dair bir örnek daha oluşmuştur.

Uzmanlığın ilânı için usulünce alınmış uzmanlık belgesi gerektiği gibi, akademik unvanların kullanımı ve ilânı için de aynı şartlar gerekir. Bunun yanı sıra sahip olunan bir uzmanlık alanı ve uzmanlık derecesi varsa bunun da sahip olduğu şekilde kullanılması şarttır. Örneğin, kalp damar cerrahı bir hekim kendisini boyun cerrahı olarak ilân edemez (Tıp M.K. md 10).

### 3.3. Uzmanlık Sistematiği ve Uzmanlığın Belirlenmesinin Önemi

Uzmanlık sistematiği sağlık sistemimizde, Tıp Meslekleri Kanunu'na dayanarak çıkarılmış bulunan Tıpta Uzmanlık Tüzüğü ile düzenleniyor olmakla birlikte, Tıp M. K.'de yapılan değişikliğe göre<sup>24</sup> Tıpta Uzmanlık Yönetmeliği'nin çıkarılması öngörülmektedir. Bu yönetmelik çıkarılıncaya kadar Tüzük yürürlükte kalacaktır.

Buna bağlı olarak, tıpta uzmanlık sistematiği, Tüzüğe göre belirlenmektedir. Bu sistematikte anadalar ve bu ana dallara bağlı bulunan yan dallar gösterilmektedir.

Bu tüzüğe göre alınacak uzmanlık belgesine sahip olmak iki anlamda önem taşır. Birincisi, tüzükte ve Tıp M.K.'de çok net şekilde ifade edildiği gibi, mevzuata uygun olarak alınmış hekimlik diploması ve uzmanlık belgesine sahip olmayanlar bu diploma ve belgelerin verdiği yetkileri hiçbir şekilde kullanamazlar. Kullan-

<sup>23</sup> Tıpta Uzmanlık Tüzüğü halen yürürlüktedir.

<sup>24</sup> Bkz. Dnt: 25.



maları halinde mevzuata aykırı davranılmış olur ve başlı başına sorumluluk doğurur. Bunun yanı sıra, sahip olunan yetkilerin kapsamı, hekimin tıbbi anlamda sorumluluğunun da hukuki yansımalarını belirleyeceği için tazminat ve ceza sorumluluğu olarak ve bunların yanında malpraktis sorumluluğu bakımından da karşımıza çıkar.

Bilindiği gibi malpraktis kötü hekimlik uygulamalarından sorumluluğu ifade eden bir kavram olarak kullanılmaktadır.<sup>25</sup> Normal şartlar altında, malpraktisin söz konusu olabilmesi için, yetkili bir hekimin kötü hekimlik uygulaması ile hastaya zarar vermesi gerekir. Bunun yanı sıra, istisnaî olarak, bir hastalığın multi-disipliner olması halinde, hekimin tam anlamıyla o hastalığın uzmanlığına sahip olması gerekir. Aksi takdirde yetki aşımı söz konusu olacaktır. Bu durumda, yukarıda işret edildiği gibi, hekimin hastaya müdahalesini hakkın icrası kabul ederek hukuka uygun kabul ettiğimiz sonuç işlerlik kazanmayacağı için, hekimin yetkisiz müdahalesi “vücut bütünlüğünün” ihlali sonucunu doğuracaktır. Bu da hem TCK anlamında cezaî sorumluluk doğuracaktır hem de MK anlamında kişiliğin ihlali, hem de BK anlamında haksız fiilden kaynaklanan tazminat sorumluluğunu doğuracaktır.

---

<sup>25</sup> Komplikasyon ile malpraktis birbirine karıştırılmamalıdır. Komplikasyon, kaçınılmazlık ilkesi işletilerek yapılacak yoruma göre hekimin mevcut teknolojik gelişmeler ve tıbbi teknikler dâhilinde yaptığı hukuka uygun müdahaleye rağmen hastadan veya fiziki koşullardan kaynaklanan sebeplerle hastaya zarar verici sonuçların meydana gelmesi demektir. Bu ayrıma ilişkin açıklayıcı bir örnek olarak bir sağlık görevlisinin uygun prosedürle iğne yapması ve fakat iğnenin sinire gelmesi sonucu hastanın felç kalması ve bu durumun değerlendirilmesinde hastanın anatomik yapısına bakılması gerekliliği verilebilir. Şöyle ki, sağlık görevlisi doğru yere iğne yapmıştır ancak hastanın anatomik yapısı genel insan anatomisinden farklıdır sinirlerin yerleşimi mutad yerleşimden değişiktir. Bu durum, görevlinin yaptığı müdahalenin prosedüre uygun olması dolayısıyla komplikasyon olarak değerlendirilir. Eğer iğne yanlış yere yapılsaydı durum malpraktis olacaktı. {Fatih **Yavuz**, Malpraktis– Komplikasyon Atırımı [Ayrımı], A’dan Z’ye Sağlık Hukuku, Sempozyum Notları, (yay. haz.: Celal **Ülgen** / Coşkun **Ongun**), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.104}. Eğer müdahalede yetkisiz bir hekim bulunsaydı o zaman doğrudan hukuka uygunluk ortadan kalkacak ve sonuç değil müdahale sorumluluk doğuracaktı. Malpraktis ve komplikasyona ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz.: **Yavuz**, a.g.m., s.97–106.

Görüldüğü gibi uzmanlık eğitimi ve uzmanlığının sınırlarının net çizilmesi ve sahip olunan belgelerin niteliğinin netleştirilmesi hem hekim hakları bakımından hem de hasta hakları bakımından yaşamsal önem taşır.

## § 4. İŞ YERİ HEKİMLİĞİ

### 4.1. Genel Olarak

İş yeri hekimliği, hekimlik mesleğinin mekân bakımından sınırlandırılarak bir mekânın işleyişinden ve mekânda yürütülen işten kaynaklanan sağlığı tehdit edici unsurların önlenmesini, önlenmesi mümkün olmayarak hastalık veya kaza şeklinde ortaya çıkması halinde de buna müdahaleyi içeren bir tür özel hekimlik faaliyetini ifade eder.<sup>26</sup>

Girişte bahsedildiği şekliyle uzmanlaşmanın yanı sıra, uygarlıkla yakından ilgili bir başka konuda çalışanların koruyucu ve önleyici tıp hizmetlerinden etkin şekilde yararlanmalarını sağlamaktır.<sup>27</sup> İşveren, işçinin emek gücünü satın alır, bunu üretilen metanın diğer üretim unsurlarından kaynaklanan maliyetine ekler ve piyasaya kar oranını da ekleyerek sunar. Özetle, işçinin üretimi var etmesiyle, bir işin yürütülmesinden işveren menfaat sağlar. Bu nedenle, çalışma yaşamında işçinin sağlıklı şekilde var olmasını sağlamak işverenin sorumluluğudur.<sup>28</sup> Çalışma yaşamının karmaşıklaşan üretim tekniklerinden kaynaklı olarak her geçen gün daha tehlikeli hale geldiği bilinen gerçektir. Bu nedenle bu tehlikelere her an maruz kalma potansiyeline sahip işçinin, bu potansiyel tehlikelere karşı potansiyel olarak korunması gereklidir. Buna genel ola-

<sup>26</sup> İş yeri hekiminin iş yerinde yürütülen işin faaliyetine ve yürütülen işin niteliğine göre görev niteliği ve süresi değişiklik gösterecektir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için: Müjdat Şakar, İş Kanunu Yorumu: Gerekçeli İçtihatı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2006, s.542.

<sup>27</sup> Leyla Kılıç, İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Hükümlülüğü [yükümlülüğü] ve Sorumluluğu, Ankara: Yetkin, 2006, s.85-88.

<sup>28</sup> Fikret Eren, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Sevinç, Ankara 1974, s. 86 vd.

rak iş sağlığı ve güvenliği denir. İş sağlığı ve güvenliği örgütlenmesinin bir parçasını da iş yeri hekimi oluşturmaktadır.<sup>29</sup>

İşyeri hekiminin varlığı, işçilerin güven içinde işlerini yapmalarını sağlamakta etkili olduğu gibi, acil durumlarda anında müdahale imkânı tanınması bakımından da önemlidir. Ayrıca, işyeri hekiminin görevleri içinde yer alan koruyucu sağlık hizmetleri, işçinin hastalık veya sakatlığa maruz kalmadan çalışmasını sağlayacaktır. Önlemlere rağmen meydana gelecek kaza ve hastalıkların da daha pahalı ve ağır sonuçlara yol açmadan gerekli şekilde bertaraf edilecek tedavi prosedürünü anında başlatacak olması bakımından işyeri hekimliği önemli bir alanı ifade eder.

#### 4.2. İş Yeri Hekimliğinin Uzmanlık Sistematiğindeki yeri

İş yeri hekimliği bir tür özel alan olarak tanımlanmaktadır. Literatürde iş hekimliğinin bağımsız bir uzmanlık alanı olarak tanımlandığına dair görüşler vardır.<sup>30</sup> Bu görüş ortaya konduğunda bağımsız uzmanlık dalının yan dal uzmanlığı mı ana dal uzmanlığı mı olduğu konusunun da açıklığa kavuşturulması gerekir. Dünya’da iş yeri – iş hekimliği uzmanlık olarak kabul edilirken, bazı ülkeler de yan dal, bazı ülkelerde ana dal uzmanlığı olarak kabul edilmektedir.<sup>31</sup>

Ülkemizdeki mevzuata göre, işyeri hekimliğini Tıpta Uzmanlık Tüzüğü, iki farklı ana dalda iki farklı yan dal uzmanlık alanı olarak tanımlamıştır.<sup>32</sup> Bunlar:

1– İç Hastalıkları ana uzmanlık dalının yan dalı olan “iş ve meslek hastalıkları” yan dal uzmanlığı: İç hastalıkları uzmanlığı

<sup>29</sup> Levend Akın, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi, [www.auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2004-54-01/AUHF-200454-01-Akin.pdf](http://www.auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2004-54-01/AUHF-200454-01-Akin.pdf), 20.12.2007.

<sup>30</sup> Kılıç, a.g.e., s.98.

<sup>31</sup> Kılıç, a.g.e., s.98.

<sup>32</sup> Bkz. Tıpta Uzmanlık Tüzüğüne Ekli Çizelge (elektronik kaynak: [www.tipcilar.com/modules.php?name=News&file=article&sid=28](http://www.tipcilar.com/modules.php?name=News&file=article&sid=28), 20.12.2007 ve <http://www.istabip.org.tr/yasa/uzm1.html>, 20.12.2007).

eğitim süresi, hekim diplomasına sahip olduktan sonra, yani tıp fakültesinden mezun olduktan sonra artı 5 yıldır. Bu ana dala bağlı iş ve meslek hastalıkları yan dalı uzmanı olmak için 5 yılın üzerine 3 yıl daha yandal eğitimi alınması gereklidir.

2- Halk sağlığı ana uzmanlık dalının yan dalı olan “iş yeri hekimliği” yan dal uzmanlığı: halk sağlığı uzmanlığı eğitim süresi dört yıldır. Bu ana dala bağlı olarak iş yeri hekimi uzmanlığının alınabilmesi için 2 yıl daha yan dal eğitimi alınması gereklidir.

Görüldüğü gibi, iç hastalıkları ana dal uzmanlığına bağlı yan dal uzmanlığı doğrudan iş yeri hekimliğini düzenlememekle birlikte iş yeri hekimliği için gerekli mesleki formasyonu içermektedir. İç hastalıkları ana bilim dalına bağlı iş ve meslek hastalıkları uzmanlığı, iş yeri hekimliğinden de spesifik bir alanı içermektedir, daha öznelidir.

Bunun yanı sıra, uzmanlık eğitimi sistematigi içinde yer almadan, verilen iş yeri hekimliği sertifika programlarına katılarak iş yeri hekimi sertifikası almış kimseler de iş yeri hekimliği yapabileceklerdir. Ayrıca iş müfettişliği yapmış veya üniversitelerden iş sağlığı bilim doktorası almış olanlar da iş yeri hekimi olabilirler.<sup>33</sup> Daha doğru bir anlatımla, somut uygulamaya baktığımızda, iş yeri hekimliği yapabilmek için bu sertifikaya sahip olarak çalışanların oranının çok daha fazla olduğunu görürüz. Günümüzde iş yeri hekimlerinin eğitimi ve sertifikalandırılması konusunda ciddi pürüzler ve TTB ile Çalışma Bakanlığı arasında çatışma vardır. Bu çatışma şiddetini arttırarak konuyla ilgili hemen tüm mevzuat çalışmalarında kendini göstermektedir.<sup>34</sup>

## SONUÇ

Tıp mesleklerinin uygulayıcılarının hak ve yetkilerinin saptanması, onların sorumlulukları ve hasta ile ilişkilerinin kapsamını

<sup>33</sup> Sarper Süzek, İş Hukuku, 3. Bası, Beta Yay., İstanbul 2006, s. 679.

<sup>34</sup> Örneğin İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu – Kadir Has Üniversitesi Ortaklaşa Sempozyum, Kadir Has Üni. Cibali Kampüsü, İstanbul, 08.12.2007 tartışmaları.

belirlemesi açısından büyük önem taşımaktadır. Hekimlerin mesleklerini icra ederken karşı karşıya geldikleri kişilerin, yardım sundukları hastalar olmasından dolayıdır ki tıp hukuku alanı oldukça nazik bir alandır.

Tıp mesleklerinin uygulanması yukarıda belirtilen ince çizgi ile birlikte kâinatın en önemli varlığı olan insan varlığını ve yaşamı konu edinmesi nedeniyle oldukça önemlidir. Etik kuralların niteliği ve içeriğiyle birlikte kanunî düzenlemelerin niteliği ve içeriği de tıp mesleklerinin uygulayıcıları açısından sorumluluk sınırlarını çizdiği kadar aynı zamanda bir güvencedir.<sup>35</sup> Sorumluluk kapsamı çoğu zaman hak kapsamını da çizer. Bir hekimin sahip olduğu tıp mesleği uygulama yetkilerinin kapsamı, onun meydana gelen sonuçlardan ne kadar sorumlu tutulacağını da belirleyecektir.

Bunlarla birlikte, hekimliğin çalışma yaşamına akseden sureti olan iş yer hekimliği alanı, güncel gelişmelerle birlikte ve AB uyum sürecinde daha da artan bir önemdedir.

İş yeri hekimliği alanı daha verimli çalışma ortamı oluşturma imkânına sahiptir. Formül basittir. Sağlıklı işçilerle yürütülen çalışma yaşamı, yüksek randımanlı çalışma yaşamı demektir.<sup>36</sup>

Günümüzde özel bir uzmanlık alanı olarak iş yeri hekimliğinin önemi diğer tıpta uzmanlık dalları ile birlikte her geçen gün artmaktadır. Tıp mesleklerinin uygulanmasına dair bu uzmanlaşmaya dayalı hak ve yetkilerin sınırlarının çizilmesi, hasta için de hekim için de olumlu bir yönelimdir.

---

<sup>35</sup> Bkz.: Arın Namal, Hasta Hakları ve Etik, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku, Sempozyum Notları, (yay. haz.: Celal Ülgen / Coşkun Ongun), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.30 v.d.

<sup>36</sup> İsmail Topuzoğlu, İş Hekimliği ve İstihsal, [www.calisma.org](http://www.calisma.org).

## KAYNAKÇA

### KİTAPLAR

**Bolles**, Edmund Blair (der.), Galileo'nun Buyruğu, çev.: Nermin Arık, TÜBİTAK Yay., Ankara 2002.

**Eren**, Fikret, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Sevinç, Ankara 1974.

**Günday**, Metin, İdare Hukuku, İmaj Yay., Ankara 2003.

**Huberman**, Leo; Feodal Toplumdan 20. Yüzyıla, çev.: Murat Belge, İletişim Yay., İstanbul 2005.

İş Sağlığı ve Güvenliği Yasa Tasarısı Taslağının Değerlendirilmesi, İstanbul Barosu – Kadir Has Üniversitesi Ortaklaşa Sempozyum, Kadir Has Üni. Cibali Kampüsü, İstanbul, 08.12.2007.

**Kılıç**, Leyla, İşverenin İş Sağlığı ve Güvenliğini Sağlama Hükümlülüğü [yükümlülüğü] ve Sorumluluğu, Yetkin Yay., Ankara 2006.

**Özay**, İlhan, Günışığında Yönetim, Alfa Yay., İstanbul 2002.

**Ronan**, Colin A., Bilim Tarihi: Dünya Kültürlerinde Bilimin Tarihi ve Gelişmesi, (çev.: Ekmeleddin İhsanoğlu/ Feza Günergun) TÜBİTAK Yay., Akademik Dizi, 3. Bası, İstanbul 2003.

**Süzek**, Sarper, İş Hukuku, 3. Bası, Beta Yay., İstanbul 2006.,

**Şakar**, Müjdat, İş Kanunu Yorumu: Gerekçeli İçtihatlı, Yaklaşım Yayıncılık, Ankara 2006.

**Tanilli**, Server, İslam Çağımıza Yanıt Verebilir mi?, Adam Yay., İstanbul 1999.

**Yılmaz**, Ejder, Hukuk Sözlüğü, Yetkin Yay., 7. Bası, Ankara 2002.

## MAKALELER

**Akin**, Levend, İş Sağlığı ve Güvenliğinde İşyerinin Örgütlenmesi, [www.auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2004-54-01/AUHF-2004-54-01-Akin.pdf](http://www.auhf.ankara.edu.tr/dergiler/auhfd-arsiv/AUHF-2004-54-01/AUHF-2004-54-01-Akin.pdf), 20.12.2007.

**Berkem**, Rukiye, Hasta Güvenliği ve Transfüzyonla Bulaş Sonrası Yapılması Gerekenler, [www.ankemdernegi.org.tr/download.asp?ID=421](http://www.ankemdernegi.org.tr/download.asp?ID=421), 14.12.2007.

**Gökcan**, H. Tahsin, Yargıtay Kararları Işığında Hekimin Cezai Sorumluluğu, A' dan Z' ye Sağlık Hukuku, Sempozyum Notları (Yay. Haz.: Celal Ülgen / Coşkun Ongun), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.

**Gülan**, Aydın, Tıp Hukuku Açısından Hasta ve Hekim Hakları, [www.ankemdernegi.org.tr/download.asp?ID=246](http://www.ankemdernegi.org.tr/download.asp?ID=246), (14.12.2007)basılı kaynak yollaması, e-makaleden naklen: Ankem Derg. 2006; 20(Ek 2): 10-15.

**Hakeri**, Hakan, Yeni Türk Ceza Kanununda Hayata Karşı, Vücut Dokunulmazlığına Karşı Suçlar, [www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/ankaratoplanti.doc](http://www.ceza-bb.adalet.gov.tr/mevzuat/ankaratoplanti.doc) , 19.12.2007.

**Koca**, Mahmut, Hekimin Taksirli Fiillerinden Doğan Cezai Sorumluluğu, Erzincan Sağlık Hukuku Sempozyumu, (yay. haz.: Cem Baygın v.d.), Yetkin Yay., Ankara 2007, s. xx-yy.

**Kocasakal**, Ümit, Tıbbi Müdahalelerde Rıza ve Aydınlatılmış Onam, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku, Sempozyum Notları, (yay. haz.: Celal Ülgen / Coşkun Ongun), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.

**Kök**, A. Nezh, Hekim Sorumluluğunu Tespit Ve Yüksek Sağlık Şurası Örnekleri, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku, Sempozyum Notları, (Yay. Haz.: Celal Ülgen / Coşkun Ongun), İstanbul Barosu Yayınları, İstanbul 2007.

**Namal**, Arın, Hasta Hakları ve Etik, A'dan Z'ye Sağlık Hukuku, Sempozyum Notları, (yay. haz.: Celal Ülgen / Coşkun Ongun), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.30.

**Özgenç**, İzzet, Hekimlik Mesleğinin İcrası ve Cezai Sorumluluğu, [www.ankemderneği.org.tr/ankemjournalpdf/ankem\\_20\\_ek\\_2\\_10\\_15.pdf](http://www.ankemderneği.org.tr/ankemjournalpdf/ankem_20_ek_2_10_15.pdf) (Erişim: 30.10.2007), basılı kaynak yollaması, makaleden naklen: *Ankem Derg.* 2006; 20(Ek 2): 10–15.

Coşkunulak, Sercan, İdari İşlemlerde Gerekçe, *İstanbul Barosu Dergisi*, C. 80, S. 2006–6, İstanbul Barosu Yay..

**Topuzoğlu**, İsmail, İş Hekimliği ve İstihsal, [www.calisma.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=2174&Itemid=59](http://www.calisma.org/index.php?option=com_content&task=view&id=2174&Itemid=59).

**Yavuz**, Fatih, Malpraktis– Komplikasyon Atrımı [Ayrımı], A'dan Z'ye Sağlık Hukuku, Sempozyum Notları, (yay. haz.: Celal Ülgen / Coşkun Ongun), İstanbul: İstanbul Barosu Yayınları, 2007, s.104.



## AİLE KONUTU ÜZERİNDE TASARRUF

Araş. Gör. Ömer BAĞCI\*

4721 sayılı Türk Medeni Kanunundan evvelki dönemde Türk Hukukunda aile konutu ile ilgili yasal bir düzenleme mevcut değildi. Aile konutu kurumu, İsviçre Hukuku bakımından ise 1979 tarihli bir değişiklik tasarısının 1 Ocak 1988 yılında yürürlüğe girmesi ile günyüzüne çıkmıştır. Biz, bu çalışmamızda, Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 04 / 10 / 2006 tarihli ve E. 2006 / 2-591, K. 2006 / 624 sayılı kararını inceleyerek aile konutu üzerinde tasarruf konusunu açıklamaya çalışacağız.

### I. KAVRAMLAR

Aile konutu, aile konutu üzerinde tasarruf, işlem tarafı üçüncü kişi, tapu kütüğüne güven ilkesi, aile konutu şerhi, malik olmayan eşin rızası.

### II. ÖZET

Aile konutu ile ilgili olarak bir eşin tek başına hukuki işlem yapması, diğer eşin yararlarını zedeler. Bu nedenle, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 194. maddesi uyarınca, eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki haklarını sınırlandıramaz. Bu koruma, 4721 sayılı Ka-

---

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

nunun yürürlüğe giriş tarihi olan 01.01.2002'den önce edinilmiş aile konutları için de geçerlidir.

Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi istenilmemiş olsa bile işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımı 4721 sayılı TMK'nın 1023. maddesi hükmü ile korunmuştur. Şerhin etkisi ise eşin rızası alınmadan gerçekleştirilen kazandırıcı işlemlerin üçüncü kişinin iyiniyetine rağmen geçersiz sayılacağına yöneliktir.

### III. İLGİLİ KANUN MADDELERİ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194, 1023, 712.

### IV. YARGITAY HUKUK GENEL KURULU KARARI

**E. 2006/2-591 K. 2006/624 T. 4.10.2006**

Taraflar arasındaki "tapu iptal-tescil ve aile konutu şerhi verilmesi" davasından dolayı yapılan yargılama sonunda; ( Sivas Aile Mahkemesi )nce davanın reddine dair verilen 28.10.2004 gün ve 609-1142 sayılı kararın incelenmesi davacı vekili tarafından istenilmesi üzerine, Yargıtay İkinci Hukuk Dairesinin 03.05.2005 gün ve 2547-7234 sayılı ilamı ile,

( ...4721 sayılı Türk Medeni Kanunu 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe girmiş, yeni Kanunda 194, 240, 254, 279 ve 652. maddelerde "aile konutu" adı altında yeni bir hukuki kavram getirmiştir. Türk Medeni Kanununun 194/1. maddesi "eşlerden biri diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez; aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki haklarını sınırlandıramayacağını" hükme bağlamıştır. Bu düzenleme ile Tapu Sicilinde konutun maliki olarak gözüken eşin, hukuki işlem özgürlüğü diğer eşin katılımına onamına bağlanmıştır.

Amaç, aile konutunun ve bu konutla ilgili kanuni hakları koruma altına almaktır. Bu koruma, evlilik birliği devam ettiğine göre 4721 sayılı Kanunun yürürlüğe giriş 01.01.2002'den önceki edinilmiş aile konutları için de geçerlidir. Toplanan delillerden dava konusu taşınmazın eşler tarafından kendilerine aile konutu olarak özgüledikleri tartışmasızdır. Davalılar Harun ve Hadi'nin taşınmazı satın alırken bu yerin aile konutu

olduğunu ve davacının da satışa rızasının bulunmadığını bildikleri sabittir. Türk Medeni Kanununun 1023. maddesi koşulları da gerçekleşmemiştir. Bu açıklamalar karşısında davanın kabulü gerekirken yazılı şekilde reddi uygun görülmemiştir... ) gerekçesiyle bozularak dosya yerine geri çevrilmekle, yeniden yapılan yargılama sonunda, mahkemece önceki kararda direnilmiştir.

Hukuk Genel Kurulu'nca incelenerek direnme kararının süresinde temyiz edildiği anlaşıldıktan ve dosyadaki kağıtlar okunduktan sonra gereği görüldü:

**KARAR :** Dava, tapu iptal-tescil ve aile konutu şerhi verilmesi istemine ilişkindir.

Davacı; üzerinde aile konutu şerhi bulunmayan dava konusu meskenin, tapuda kayden malik olan eşi Yüksel B. tarafından, kendisinin rızası alınmadan davalılara satıldığını, dava konusu meskenin 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 194. maddesinde ifadesini bulan aile konutu olduğunu ileri sürerek; davalılar üzerinde bulunan tapu kaydının iptali ile eşi Yüksel B. adına tesciline ve tapu kütüğüne taşınmazın aile konutu olduğuna ilişkin şerh konulmasına karar verilmesini talep ve dava etmiştir.

Davalılar; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun satıştan altı ay sonra yürürlüğe girdiğini, bu itibarla geçmişe etkili olamayacağını savunarak, davanın reddine karar verilmesini cevaben bildirmişlerdir.

Mahkemece, "davanın kabulüne" dair verilen ilk karar; Özel Daire'ce "husumetin malik eşe de yöneltilmesi gereğine" işaretle bozulmuş; Yerel Mahkeme bozma kararına uyarak, "davalıların tapu kaydına güvenle, aile konutu olduğunu bilmeden taşınmazı satın aldıkları ve meskenin davacı eşin rızası hilafına satıldığını bilmediklerinin anlaşıldığı" gerekçesiyle "davanın reddine" karar vermiştir.

Davacının temyizi üzerine bu karar, Özel Daire'ce yukarıda yazılı gerekçeyle bozulmuş; Yerel Mahkeme "Türk Medeni Kanununun 194/1. maddesinde ifadesini bulan aile konutunun devir ve buna ilişkin malikin işlem yasağının, taşınmaza daha önceden aile konutu olduğuna yönelik bir şerh konulması halinde mümkün olacağı ve ancak bu halde, üçüncü kişilerin ve dolayısıyla davalıların taşınmazın devrine ilişkin iyiniyetli olup olmadıklarının değerlendirilebileceği" gerekçesiyle önceki kararında direnmiştir.

Yerel mahkeme ile Özel Daire arasındaki uyuşmazlık; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin III. fıkrasında yer alan aile konutu şerhinin bir kurucu şerh olup olmadığı, tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet hakkı kazanan işlem tarafı üçüncü kişinin bu kazanımının korunup korunmayacağı noktasındadır.

Bir başka ifadeyle, Yerel Mahkeme, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin III. fıkrasında yer alan şerhin kurucu bir şerh olması sebebiyle, şerhin yokluğunda artık işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetli olmasının aranmasına gerek kalmaksızın kazanımının korunmasını öngörmekte; Özel Daire ise, aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini istememiş olsa bile işlem tarafı üçüncü kişi kötüniyetli ise şerhin yokluğuna rağmen kazanımının korunamayacağını kabul etmektedir.

Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun aile konutu ile ilgili 194. maddesi ile tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımının korunmasına ilişkin 1023. maddesi hükmünün birlikte değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır.

Türk Medeni Kanununun "Aile konutu" başlığı altında düzenlenen 194. maddesi; "Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.

Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakim müdahalesini isteyebilir.

Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir.

Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur." hükmünü öngörmüştür.

Anılan maddenin gerekçesinde ise "Bu madde ile İsviçre Medeni Kanununun 169. maddesine uygun olarak eşlerin hukuki işlemlerinde 193. maddeyle kabul edilen genel kuralın bir istisnasına yer verilmiştir. Madde, eşlerin aile konutlarıyla ilgili hukuki işlemlerde eşlerin serbestliği ilkesine istisna getirmiş ve böylece aile konutu ile ilgili bazı hukuki işlemlerin diğer eşin rızasına bağlı olduğu kabul edilmiştir. Aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır. Bu nedenle bu denli önemli bir malvarlığıyla ilgili olarak eşlerin tek başlarına hukuki işlemleri yapması diğer eşin önemli yararlarını etkileyebilir. Bunun sonucu olarak madde, konutla ilgili kira sözleşmesinin feshini, bu konutun başkalarına devrini ya da konut üzerindeki hakları ve buna benzer diğer hukuki işlemlerle tamamen ya da kısmen sınırlandırmasını diğer eşin rızasına bağlamıştır. Maddede, aile konutunu eşlerden birinin kiralaması halinde, diğer eşin bir bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelmesi öngörülmektedir. Bu konu İsviçre Medeni Kanununda 7 Temmuz

1998 tarihli Kanunla yapılan değişiklikle "boşanmanın sonuçları" ile ilgili 121. maddede üç fıkra halinde düzenlenmiştir. Ancak, bizde evliliğinin devamı sırasında da kira sözleşmesine taraf olmayan eşin mağdur olması gündeme gelebilmektedir. Bu nedenle sözkonusu hüküm evlenmenin hükümleri kısmında ele alınmıştır.

Diğer eşin kanunun kendisine tanımış olduğu rıza verme yetkisini haklı sebep olmaksızın eşinden esirgemesi, bu yolla hakkını kötüye kullanması mümkündür. Bunun önlenmesi için de maddenin ikinci fıkrasında böyle bir rızaya muhtaç olan eşe hakime başvurma yetkisi tanınmıştır." denilmiştir.

Madde gerekçesinde de ifade edildiği üzere, aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır.

Bu kadar önemli olduğu açık olan bir malvarlığıyla ilgili olarak eşlerin tek başlarına hukuki işlem yapması, diğer eşin önemli yararlarını zedeler. Bu nedenledir ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi hükmü ile bu konutun başkalarına devri diğer eşin rızasına bağlanmıştır. Başka bir anlatımla, aile konutu olarak özgülenen taşınmazın mülkiyetinin devri diğer eşin rızasına bağlı bir hukuki işlem olarak kabul edilmiştir. ( Bilge ÖZTAN, Aile Hukuku, Ankara-2004, s. 207; Ahmet M. KILIÇOĞLU, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara-2002, s. 18 )

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi III. fıkrası hükmü ile rıza alınmadan yapılacak işlemleri önleyebilmek amacıyla tapu kütüğüne şerh verilmesi olanağı getirilmiştir. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, anılan madde ile tapuya güven ilkesine bir istisna getirilmiş değildir. ( KILIÇOĞLU, s. 20 )

Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi istenilmemiş olsa bile işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmü ile korunmuştur.

Şerhin etkisi ise eşin rızası alınmadan gerçekleştirilen kazandırıcı işlemlerin üçüncü kişinin iyiniyetine rağmen geçersiz sayılacağına yöneliktir. Bu sebeple, yerel mahkemenin tasarruf yetkisi sınırlamasının şerh ile doğacağı; eş söyleyişle, şerhin bir "kurucu şerh" olduğuna ve işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetli olmasının aranmasına gerek kalmaksızın kazanımın korunması gerekeceğine ilişkin belirlemesi yerinde değildir.

Bilindiği üzere 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi, tapuya güven ilkesini öngörmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi III. fıkrası ise, tapuya güven ilkesinin aynen sürdürülmekte olduğunun bir ifadesidir.

( KILIÇOĞLU, s. 20 )

Bu açıklamalar ışığında somut olaya bakıldığında; dava konusu taşınmazın eşler tarafından kendilerine aile konutu olarak özgülendiği tartışmasızdır. İşlem tarafı olan davalılar Harun ve Hadi'nin taşınmazı satın alırken bu yerin aile konutu olduğunu ve davacı malik olmayan eşin satışa rızasının bulunmadığını bildikleri de kuşku ve duraksamadan uzaktır.

Şu hale göre, tapuya güven ilkesini esas alan Türk Medeni Kanununun 1023. maddesi koşulları da işlem tarafı olan üçüncü kişiler yönünden gerçekleşmemiştir.

Hal böyle olunca; Yerel mahkemece, Hukuk Genel Kurulu'nca da benimsenen ve davanın kabulü gereğine işaret eden Özel Daire bozma kararına uyulmak gerekirken, önceki kararda direnilmesi usul ve yasaya aykırıdır. Direnme kararı bu nedenlerle bozulmalıdır.

**SONUÇ :** Davacı vekilinin temyiz itirazlarının kabulü ile direnme kararının yukarıda ve Özel Daire bozma kararında gösterilen nedenlerden dolayı BOZULMASINA, istek halinde temyiz peşin harcının geri verilmesine, 04.10.2006 gününde bozmada oybirliği, sebebinde oyçokluğu ile karar verildi.

**KARŞI OY :** Davacı -malik olmayan eş- kadın 06.03.2003 tarihli dava dilekçesi ile üzerinde aile konutu şerhi bulunmayan ve davalı -malik olan eş- kocası adına kayıtlı taşınmazın davalı -malik olan eş- kocası tarafından, malik olmayan davacı eşin "açık rızası alınmadan" yapılan satış sebebiyle "işlem tarafı" üçüncü kişi üzerinde bulunan tapu kaydının iptali ile davalı -malik olan eş- kocası üzerine tescilini ve tapu kütüğüne taşınmazın aile konutu olduğuna ilişkin şerh konulmasına karar verilmesini istemiştir.

Yerel mahkeme ilk kararında "görüşüm" doğrultusunda "gerekçelerini" açıklayarak "davanın kabulüne" karar vermiş iken malik eşin davaya katılmasına yönelik bozma kararımızdan sonra "gerekçe değiştirerek" bu kez "davanın reddine" karar vermiştir.

Değerli çoğunluk ile yerel mahkemenin direnme kararının "bozulması" yönünde aramızda "görüş birliği" vardır. Ancak, "bozma gerekçesinde" değerli çoğunluk ile aramızda "görüş ayrılığı" vardır.

Değerli çoğunlukla aramızdaki bozma gerekçesine ilişkin çekişme nedir?

Değerli çoğunluk, aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olan eş, diğer eşin "açık rızası bulunmadan" üzerinde aile konutu şerhi bulunmayan taşınmazın devretmişse işlem tarafı üçüncü kişinin varsa "iyiniyeti korunur" düşüncesindedir. Düşüncemize göre aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olan eş, diğer eşin "açık rızası bulunmadan" üzerinde şerh bulunmayan aile konutunu devretmişse hiçbir şekilde işlem tarafı üçüncü kişinin "iyiniyeti korunmaz."

Başka bir anlatımla, değerli çoğunluk, aile konutu olarak özgülenen taşınmazın maliki olmayan eş tarafından, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini istememişse işlem tarafı üçüncü kişinin "kötüniyetini kanıtlamak" ( TMK m. 1023 ) zordur. Düşüncemize göre; aile konutu olarak özgülenen taşınmazın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi istenmemiş olsa bile taşınmazın aile konutu olduğu ve malik olmayan eşin rızasının bulunmadığı gerçekleşmişse hiçbir şekilde üçüncü kişinin iyiniyeti korunmaz.

Karşı oyumuzda "öncelikle" yerel mahkemenin direnme kararının gerekçesine karşı olan düşüncemizi açıkladıktan sonra değerli çoğunluk ile aramızda oluşan görüş ayrılığına "daha sonra" değinilecektir.

Yerel mahkeme 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun m. 194 hükmünde yer alan şerhin bir "kurucu şerh" olduğunu ifade etmekte ve direnme kararına da bu olguyu dayanak yapmaktadır.

Bilindiği üzere İsviçre'de, aile konutunun şerhine ilişkin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun m. 194 f. III hükmü yer almamaktadır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun m. 194 gerekçesinde de şerhin niteliği konusunda bir açıklama yoktur.

Yerel mahkeme gibi 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun m. 194 hükmünde yer alan şerhin bir "kurucu şerh" olduğu kabul edilecek olursa tasarruf yetkisine ilişkin sınırlamanın "şerhin konulması ile" başlayacağı, başka bir anlatımla "şerh konulmadığı sürece" bir tasarruf yetkisi sınırlamasından söz edilemeyeceğinden kocanın 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun m. 193 hükmünde yer alan hukuki işlem özgürlüğünün aile konutunu da içerdiği ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun m. 194 f. I hükmünün "yokluğu" gibi bir sonuca ulaşılır ki bu düşünce 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu sistematik düşüncesine "açık bir aykırılığı" ifade eder.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun m. 194 hükmünde yer alan şerhin "açıklayıcı şerh" olduğu konusunda bir duraksama olamaz. ( DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 216, ŞİPKA, s. 160, GENÇCAN-Boşanma-2, s. 567 )

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194 f. I hükmü ile eşlerin "fiil ehliyetinin sınırlandırılmış" olduğu gerçeği, varlığını asla "şerhin konulmasına ya da konulmamasına" bağlamış değildir. Başka bir anlatımla, aile konutu şerhi konulmuş olsa da olmasa da 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194 f. I hükmü ile eşlerin "fiil ehliyetinin sınırlandırılmış" olduğu inkar edilemez hukuki bir gerçekliktir.

Eş bir deyişle, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194 f. III hükmü ile getirilen "Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir," düzenlemesininin 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194 f. I hükmü ile var olan "sınırlandırmaya" bir etkisi yoktur/olamaz.

O kadar ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194 f. I hükmü ile var olan sınırlandırma;

- Emredici niteliktedir, ( HASAN BÖHLER, Art. 169, Nr. 9, KILIÇOĞLU, s. 6 )
- Bu haktan önceden feragat edilemez, ( ÖZTAN, s. 207 )
- Eşlerin anlaşması ile ortadan kaldırılamaz, ( KILIÇOĞLU, s. 6 )
- Açık rıza ancak "belirli olan" bir işlem verilebilir. ( ÖZTAN, s. 207 )

O halde, düşüncemize göre bu çekişmede "şerhin yokluğunun" davanın kabulüne olumsuz bir etkisinden söz edilemez.

Peki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194 f. III hükmü ile getirilen şerhin etkisi nedir? Şerhin etkisi, işlem tarafı "olmayan" ( =olan değil ) iyiniyetli üçüncü kişilerin iyiniyetini ortadan kaldırmaktan ibarettir. Hükmün tarihsel arka planı da bu görüşün yanındadır. ( DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 215, ŞİPKA, s. 160 )

Bütün bu sebeplerle yerel mahkemenin direnme gerekçesi yerinde değildir. Değerli çoğunluk ile direnme kararının "bozulması yönünde" aramızda bu sebeple "görüş birliği" vardır.

Değerli çoğunluk ile aramızda oluşan "görüş ayrılığı" ise tarafımdan nasıl temellendirilmektedir?

Değerli çoğunluğun "değişik bozma" önerimize katılmayan görüşünün kadının ( = Davacı -malik olmayan - rızası alınmayan eş ) durumunu iyice güçleştirdiği görülmektedir. Rıza alınmadan yapılan işlemin "kesin hükümsüz" olduğu gerçeği karşısında kadına "kanıtlama kolaylığı" getirmek yerine bir de işlem tarafı üçüncü kişinin kötünüyetini kanıtlama külfeti ile yüklenilmesi normun koruma amacı ile de doğrusu bağdaşmamaktadır. ( ŞİPKA, s. 160 )



Kanıtlama külfetinden "kurtulmanın" yolunun ise 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194 f. III hükmünde yer alan şerhin varlığına bağlı kılınması bu şerhi "açıklayıcı" şerhten "kurucu" şerh konumuna getirdiği/yükselttiği gibi, şerhin "yokluğunda" ise uygulamadaki bariz ispat zorluğu dikkate alındığında 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194 hükmünün uygulanamazlık anlamında "ölümü" sonucunu doğurmaktadır.

Ülkemizde tapu kayıtlarının "ezici çoğunluğunun" erkekler üzerinde olduğu gerçeğinden ( = Bu gerçek, farkında olunmamakla/görmezden gelinmekle maalesef yok olmamaktadır ) konuya baktığımızda karşılaşılan manzara hiç de iç açıcı değildir. Önce mal rejimleri konusunda "sözleşme yükü" ( 4722 SK m. 10 ) altına sokulmuş olan kadınların bu kez de aile konutu ( TMK m. 194 ) koruması için "şerh yükü" / "kanıtlama yükü" altına konulduğu gözlenmektedir.

Bir an için akla gelebilecek "Aile konutu şerhi olmazsa/davalının iyiniyeti görmezden gelinirse mülkiyet ediniminde kaos olur" düşüncesi bile aile konutu şerhi gibi bir müesseseden yoksun İsviçre uygulamasında sanıldığı gibi bir kaos da yaşanmamış olması gerçeği karşısında inandırıcı değildir.

Davacı kadının iyiniyeti/barınma hakkı/Kanunun koruma amacı ve hedefi/emredici yasal düzenleme ise işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetine/yolsuz tescile "tercih" edilmektedir.

Karısının rızasını almayan ( TMK m. 194 f. II ), rızanın verilmeyişinden rahatsız olup da hakim m. müdahalesini talep etmeyen ( TMK m. 194 f. II ) başka bir anlatımla diğer eşin izni ve hakim yetkilendirmesi olmaksızın adeta 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda yer alan düzenlemeleri "hiçe sayan"/"umursamayan" koca bu davada "seyirci" statüsünde kalmıştır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194 hükmünü yok sayan ve karısını onun rızasını almadan/almayarak açık seçik/bilerek ve isteyerek mağdur eden koca, mağdur karısının üçüncü kişinin kötünüyetini ispatlayıp ispatlayamayacağı yönünde bu davayı "sanki davanın tarafı değilmiş/sanki çekişmeyi kendisi değil de karısı çıkarmış gibi" sadece dışarıdan izlemektedir/izlemiştir.

Buna karşılık kadın ise; gerçekleştirilen işlemlere hiçbir katılımı bulunmadığı halde yokluğunda yapılmış hukuki işlemde ( = aile konutunun devredilmesi ) rızasının alınmaması sanki geçerli ve meşru imişcesine, başka bir anlatımla, ortada geçerli bir hukuki işlem varmışcasına hiç tanımadığı, çoğunlukla da tanınmasının peşinen olanaksız olduğu işlem tarafı insanların/kişilerin kötünüyetini ( TMK m. 1023 ) kanıtlamak zorunda bırakılmıştır.

Düşüncemizin anlaşılabilir kılınabilmesi ve doğru olarak değerlendirilebilmesi için öncelikli olarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanununda yer alan "Eşlerin hukuki işlemleri" konusuna açıklık getirmek gerekmektedir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 193 hükmüne göre "Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça", eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle "her türlü hukuki işlemi" yapabilir. Başka bir anlatımla "kural olarak" eşlerden her biri diğeri ile her türlü hukuki işlemi yapabileceği gibi eşlerden her biri üçüncü kişilerle de her türlü hukuki işlemi yapabilir. Eş "kural olarak" herhangi bir yetkili makamın onayına bağlı olmadan ve "eşinin rızasını almadan" her türlü hukuki işlemi yapabilir. Bu konularda hakim kararına gereksinim yoktur. ( Ömer Uğur GENÇCAN, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklama-İçtihatlar-İlgili Mevzuat, Yetkin Yayınevi: I. Cilt, ( TMK m. 1-351 ), Ankara 2004 ( 1614 sayfa ), II. Cilt, ( TMK m. 352-1030 ) Ankara 2004 ( 1628 sayfa ). Kısaltma: GENÇCAN-TMK s. 1091 )

Ne var ki, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 193 hükmünde yer alan "Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça" ifadesine dayanılarak 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194 hükmü ile eşlerden birinin aile konutu ile ilgili sadece aşağıdaki işlemlerle sınırlı olarak "fiil ehliyeti sınırlandırılmıştır";

- Aile konutu ile ilgili kira sözleşmesinin feshedilmesi,
- Aile konutunun devredilmesi,
- Aile konutu üzerindeki hakların sınırlandırılması,

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194 hükmünde yer alan tapu kütüğünü kitleme "kendiliğinden" gerçekleşmişken 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 199 hükmünde bir "hakim kararı" gereklidir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194 hükmü ile eşlerin "fiil ehliyetinin sınırlandırılması" gerçeği ve gerekçesi "...Madde eşlerin aile konutlarıyla ilgili hukuki işlemlerde eşlerin serbestliği ilkesine istisna getirmiş ve böylece aile konutu ile ilgili bazı hukuki işlemlerin diğer eşin rızasına bağlı olduğu kabul edilmiştir. Aile konutu eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alandır. Bu nedenle bu denli önemli bir malvarlığıyla ilgili olarak eşlerin tek başlarına hukuki işlemleri yapması diğer eşin önemli yararlarını etkileyebilir. Bunun sonucu olarak madde, konutla ilgili kira sözleşmesinin feshini, bu konutun başkalarına devrini ya da konut üzerindeki hakları ve buna benzer diğer hukuki işlemlerle tamamen ya da kısmen sınırlandırmasını diğer eşin rızasına bağlamıştır...." sözleriyle ifade edilmiştir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu m. 194 f. I hükmü ile eşlerin "fiil ehliyetinin sınırlandırılması" ise "Eşlerden biri, 'diğer eşin açık rızası bulunmadıkça,' aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz." sözleriyle biçimlendirilmiştir.

"Fiil ehliyeti sınırlanmasına" yönelik düşüncemiz aynı zamanda İsviçre öğretisindeki "çoğunluk görüşü" olduğu gibi Türkiye öğretisinde de kabul gören bir düşüncedir. ( TUOR/SCHNYDER/SCHMID/RUMO-JUNGÖ, S. 205, HEGNAUER/BREİTSCHMID, N. 17.17, s. 183, HAUSHEER/GEISER/KOBEL, N. 08.103. s. 89, ÖZTAN, s. 205-206. ) Amaç aileyi bir bütün olarak korumaktır.

( HAUSHEER/REUSSER/GEİSER, Art. 169, nr. 37a, HASANBÖHLER, Art.169, nr. 11, AKINTÜRK, s. 352-354, ÖZTAN, s. 205-206. )

Eşlerin "fiil ehliyetinin sınırlandırılması" olgusu 'diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, vurgusu ile seslendirilmiştir. Başka bir anlatımla, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun m. 194 f. I hükmü ile aile konutunun başkalarına devri "diğer eşin açık rızasına" bağlanmıştır. Böylece aile konutu olarak özgülünen taşınmazın mülkiyetinin devri diğer eşin "rızasına bağlı" bir hukuki işlem olarak kabul edilmiştir. ( Şükran ŞİPKA, Aile Konutu ile İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası ( TMK m. 194 ), Doçentlik başvuru eseri, İstanbul-2004, s. 137, Bilge ÖZTAN, Aile Hukuku, Ankara-2004, s. 207, Ahmet M. KILIÇOĞLU, Türk Medeni Kanunu'nda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara-2002, s. 18 )

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun m. 194 f. I hükmü ile aile konutunun başkalarına devri diğer eşin "rızasına" değil de "açık rızasına" bağlanmıştır. Rızanın sözlü olarak verilmesi yeterli görülse idi "rızasına" deyişi maksadı anlatmaya yeter de artardı bile. Oysa, özellikle "açık rıza" deyişiyle maksadın farklı olduğu gösterilmiştir. Biz, bu sebeple "açık rıza" deyişini rızanın "resmi şekilde" olarak alınması olarak yorumladık. ( Ömer Uğur GENÇCAN, Boşanma Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2006, Kısaltma: GENÇCAN-Boşanma-2, s. 564, GENÇCAN-TMK s. 1095 ) Nitekim, İsviçre Tapu Tüzüğü ( GBV ) Art. 13a hükmü ile ZGB m. 169 gerekçesinde "yazılı rıza" deyişi varken İsviçre tapu uygulamasında da yazılı şeklin "resmi makam" tarafından onaylanması aranmaktadır. ( SCHMID, s. 609, ŞİPKA, s. 143 )

Rıza alınmadan yapılan işlemin ise "kesin hükümsüz" ( GENÇCAN-TMK s. 1096, 3036; GENÇCAN-Boşanma-2, s. 565 ) olduğu hemen hemen bütün bilimsel görüşlerde ve uygulamada kabul edilmektedir. ( ŞİPKA, s. 153 )

Kesin hükümsüzlük;

- Rızası alınmayan eş tarafından "her zaman" ileri sürülebilir ( ŞİPKA, s. 145 )

- Hakim tarafından re'sen dikkate alınmalıdır ( BRAEM/HASENBÖHLER, Zürcher Komm. Art. 169, N. 70, BERGER, S.75, ŞİPKA, S. 145, KILIÇOĞLU, s. 6 )

- Bunun için dava açmaya bile gerek yoktur. ( DESCHENAU/STEINAUER, s. 107, BRAEM/HASENBÖHLER, Zürcher Komm. Art. 169, N. 70, GROSSEN, s. 106, RUOSS, s. 85, TRAUFFER, s. 75, WESSNER, s. 95, ŞİPKA, s. 145 )

Sonradan verilen rıza ise ex tunç ( geçmişe etkili ) olarak hüküm ve sonuç doğurur. Başka bir anlatımla işlemi "geçerli" hale getirir. ( DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 213, ÖZTAN, s. 207 )

Rızası alınmayan malik olmayan eşin kararını bildirmesi için kendisine "işlem tarafı üçüncü kişi" tarafından BK m. 38 hükmüne göre uygun bir mehil verilebilir, işlem tarafı üçüncü kişi tarafından tanınan sürede rızası alınmayan eş tarafından bir icazet verilmediği takdirde "askıda olan hükümsüzlük" artık "kesin hükümsüzlüğe" dönüşür. ( DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 213, KILIÇOĞLU, s. 22, ŞİPKA, 149 )

Bütün bu sebeplerle İsviçre Hukukunda üçüncü kişinin iyiniyeti "hiçbir şekilde" korunmaz. ( DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 214 ) Zaten "geçersiz olan" bir sözleşmeye dayanan iyiniyetle bir hak kazanımı da sözkonusu olamaz. ( ŞİPKA, s. 161 )

Diğer eşin izni ve hakimın yetkilendirmesi olmaksızın işlem tarafı üçüncü kişi adına yapılacak tescil "yolsuz bir tescil" olup eşlerden biri tarafından açılacak olan tapu kütüğünün düzeltilmesi davası ( TMK m. 1025 f. 1 ) ile düzeltilmesi her zaman istenebilir. ( DURAL/ÖĞÜZ/GÜMÜŞ, s. 215 ) Başka bir anlatımla, rıza alınmadan yapılan hukuki işlem "geçersiz" olup rızası alınmayan eş bunun "iptalini" talep edebilecektir. ( KILIÇOĞLU, s. 22 )

İşlem tarafı üçüncü kişinin oluşan zararı ise culpa in contrahendo sorumluluğu kapsamında malik olan eşten istenebilir.

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun sistematigi, Kaynak Kanun uygulaması, gerek Türkiye ve gerekse İsviçre öğretisindeki "baskın görüşler" dikkatle incelendiğinde değerli çoğunluk görüşüne katılabilmem olanaklı değildir.

Açıklanan sebeplerle yerel mahkeme kararının "belirttiğim gerekçelerle" bozulması görüşünde olduğumdan değerli çoğunluğun "farklı görüşüne" katılmıyorum.

## V. İNCELEME

### A. GİRİŞ

4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun gerek şekle gerek esasa yönelik olmak üzere getirdiği değişiklikler sonu gelmez tartışmaların da kapısını aralamıştır<sup>1</sup>. Aile hukukuna ilişkin hükümler de, deyim yerindeyse, bütünüyle değiştirilmiştir. Aile hukuku kitabında yapılan değişikliklerin iki guruba ayrılarak incelenmesi mümkündür:

a ) Mevcut hükümlerde ve kurumlarda yapılan değişiklikler: Kadının soyadı, eşlerin meslek seçimi, ortak konutun seçimi, evlat edinme vb.

b ) Bütünüyle yeni ihdas edilen hüküm ve kurumlar: Edinilmiş mallara katılma rejimi, aile konutu vb.

Gerek mevcut kurumlarda yapılagelen değişikliklerin gerek yeni bir takım kurumların ihdas edilmesinin temelinde yatan düşünce ise mümkün merteye kadın erkek eşitliğinin sağlanması olmuştur.

Şimdiden sonra inceleme konusu yapacağımız Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı da 4721 sayılı TMK ile uygulama alanı bulmuş aile konutu kavramına ilişkindir. Gerçekten de, 01 / 01 / 2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı TMK'nun 194. maddesi "aile konutu" başlığı altında şu hükmü içermektedir:

*"Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devre-demez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlandıramaz.*

<sup>1</sup> İçeriğe yönelik eleştiriler bir yana daha kanunun dili bakımından yapılagelen eleştiriler için bkz. Abdülkadir **Arpacı**, Hukukun Dili, Rayegan Kender'e Armağan, İstanbul 2007, s. 3452; Abdülkadir **Arpacı**, Önsöz, Gerekeçeli Açıklamalı Yeni Türk Medeni Kanunu, 2. Baskı, İstanbul 2002, s. 5 vd. Kısmen farklı görüşler için bkz. Kemal **Oğuzman** / Nami **Barlas**, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 10. Bası, İstanbul 2003, s. 24-25; Mustafa **Dural** / Suat **Sarı**, Türk Özel Hukuku, C.1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2005, s. 27 vd.

*Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hakimın müdahalesini isteyebilir.*

*Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini isteyebilir.*

*Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı haline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur.”*

## **B. KARARA ESAS OLAY VE YARGI MAKAMLARININ GÖRÜŞLERİ**

Uyuşmazlık konusu olayda, davacı Türkan Bakan'm eşi Yüksel Bakan (karardan anlaşıldığı kadarıyla tapuda kendi adına kayıtlı olan) aile konutunu davalılara (Hadi'ye ve Harun'a) tapuda devretmiştir. Bunun üzerine, davacı (Türkan Bakan), üzerinde aile konutu şerhi bulunmayan meskenin esasında TMK m. 194 hükmünde düzenlenen aile konutu niteliğinde olduğunu ve kendi rızası alınmadan davalılara satıldığını ileri sürüp, davalılar adına mevcut olan tapu kaydının iptal edilerek eşi Yüksel Bakan adına tescilini ve tapu kütüğüne sözkonusu taşınmazın aile konutu olduğuna yönelik bir şerh konulmasını; davalılar ise uyuşmazlık konusu olan ve aile konutu olduğu ileri sürülen taşınmaza ilişkin devir işleminin 4721 sayılı TMK yürürlüğe girmeden önce gerçekleştiğini ileri sürerek davanın reddini talep etmişlerdir.

İlk derece mahkemesinin (Sivas Aile Mahkemesi) davayı kabul etmesi üzerine uyuşmazlığın önüne geldiği Yargıtay 2. Hukuk Dairesi husumetin malik olan eşe de yöneltilmesi gerektiği düşüncesiyle kararı bozmuş; bunun üzerine ilk derece mahkemesi görüş değiştirerek, bu defa, davalıların, sözkonusu taşınmazın aile konutu olduğunu ve davacı Türkan Bakan'ın rızasının yokluğunu bilmeden taşınmazı devir aldıkları gerekçesiyle davayı reddetmiştir. Davacının temyiz yoluna başvurması üzerine, Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, TMK m. 194'ün aile konutunu koruduğunu, evlilik devam ettiğine

göre 4721 sayılı TMK yürürlüğe girmeden önce devredilmiş olsa bile 194. maddenin uygulama alanı bulacağını, üstelik davalıların taşınmazın aile konutu olduğunu ve eşin rızası alınmadan satıldığını bildiklerini ve TMK m. 1023'ün uygulanma şartlarının da oluşmadığını ileri sürerek kararı bozmuş ancak ilk derece mahkemesinin önceki kararında direnmesi üzerine uyuşmazlık Hukuk Genel Kurulu önüne gelmiştir. İlk derece mahkemesi, direnme kararında, dayandığı gerekçeleri değiştirmiştir. Şöyle ki, mahkemeye göre, Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesinin ilk fıkrası ile getirilen işlem yasağından bahsedebilmek için taşınmaz üzerinde aile konutu şerhinin mevcudiyeti şarttır. Ancak şerh varsa davalıların taşınmazın devrine ilişkin iyi niyetli olup olmadıkları değerlendirilir.

Hukuk Genel Kurulu yargı makamlarının görüşlerini özetledikten sonra uyuşmazlığın aile konutu şerhinin kurucu nitelikte olup olmadığı noktasından doğduğunu belirtmiştir. Hukuk Genel Kurulu'na göre, öneminden dolayı aile konutu ile ilgili işlemlerin bir kısmının geçerliliği eşin rızasına bağlanmıştır ve aile konutunun devri, geçerliliği diğer (malik olmayan) eşin rızasına bağlanan işlemlerdendir. Eşin rızası alınmadan yapılacak işlemleri önleyebilmek için şerh imkanı öngörülmüş ve TMK'nun 194. maddesi ile 1023. maddesine bir istisna getirilmemiştir. Aile konutu üzerinde şerh olmasa da işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin kazanımı TMK m. 1023 uyarınca korunur. Şerhin varlığı ise malik olmayan eşin rızası alınmaksızın gerçekleştirilen kazandırıcı işlemlerin, 3. kişinin iyiniyetine rağmen, geçersiz olmasına neden olur. Sivas Aile Mahkemesi tasarruf yetkisi sınırlamasının şerhle doğduğunu kabul ederek hatalı bir yola girmiştir. Somut olayda davalıların iyiniyetinden bahsetmeye imkan yoktur. Bu sebeple 1023. maddenin uygulanmasına da imkan yoktur. Hukuk Genel Kurulu, tüm bu gerekçelerle, ilk derece mahkemesinin direnme kararının bozulmasına hükmetmiştir.

### III. KARARIN DEĞERLENDİRİLMESİ

#### A. Evliliğin Eşlerin Hukuki İşlem Özgürlüğüne Etkisi

Evliliğin eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne etkisi 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun (TMK) 193. maddesinde hüküm altına alınmıştır : “*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir.*”. Kanun koyucunun önceki döneme nazaran farklı bir anlayışla böylesi bir düzenleme getirdiğini anlamak için ise bizzat madde gerekçesinin okunması gerekli ve yeterlidir : “*1984 tarihli Öntasarının 156 ncı maddesinden alınmıştır. Maddede, eşler arasında kabul edilen eşitlik prensibi uyarınca, kadının bazı hukuki işleri için hakimden izin almasına gerek görülmediği gibi eşler arasında cebri icra yasağı ve istisnalarını muhafaza etmeye de gerek görülmemiştir. Eşler de birbirlerine karşı borçlarını ifa etmeli, aksi halde sonuçlarına katlanmalıdır.*”<sup>2</sup>.

<sup>2</sup> Madde gerekçesinden anladığımız kadarıyla evli kadının fiil ehliyetini bir bakıma kocası lehine sınırlayan düzenlemelerin (743 sayılı Türk Kanunu Medenisi m. 160, 169) kaldırılması ile ulaşılmak istenen nihai amaç kadın – erkek eşitliğinin sağlanmasıdır. Biz bu yaklaşımı genel olarak kabul etmekle birlikte eşler arasında cebri icra yasağı öngören düzenlemelerin de aynı amaca ulaşabilmek nedeniyle kaldırılmasını anlamakta güçlük çekiyoruz. Gerekçede yer alan ‘gibi’ sözcüğü bizi zorunlu olarak bu sonuca götürmektedir. Kanaatimizce kanun koyucu kadın ve erkeğin eşit olması ile evlilik birliğinin korunması gayesi arasında, bizim aynı görüşü paylaşmadığımız, bir ilgi kurmaktadır. Zira 743 sayılı TKM’nin 165. maddesinde öngörülmüş olan (4721 sayılı TMK’da yer almayan) ve kısaca ‘eşler arasında cebri icra yasağı’ olarak anılan hükmün amacı evlilik birliğinin korunması idi. Öte yandan hükmün kişi bakımından kapsamına karının yanında koca da girmektedir. Biz, kanunkoyucunun, açıkça ifade etmekten kaçınsa da, evlilik birliğini deyim yerindeyse bir ticaret şirketi ve eşleri de bu şirketin ortakları olarak gördüğüne inanmaktayız. Böylelikle, eşlerden birinin diğerinden olan alacağına ilişkin zamanaşımının duracağını öngören BK. m. 132 hükmünün neden dolayı kaldırılmamış olduğunun da ayrıca açıklanmasının bir zorunluluk olduğunu düşünmekteyiz: Cebri icra takibine girişmekte serbest bırakılan eşin, BK m. 132 / b. 3 ile getirilen korumadan faydalanması hukuk mantığımız ile bağdaşmamaktadır. Zira eşlerin yekdiğerinden olan alacakları için zamanaşımı süresinin işlemeyeceğini öngören düzenleme Borçlar Kanunu Tasarısında da aynen muhafaza edilmiştir. Kanun koyucunun evlilik birliğini korumaya yönelik bir düzenlemeyi yok kabul etmekte hiçbir sakınca görmezken gösterdiği tavır



Biz, burada, TMK'nun 193. maddesi ile getirilen düzenlemenin hangi gerekçelerle kabul edildiğini tartışacak değiliz<sup>3</sup>. Ancak anılan düzenlemenin, konumuz bakımından başlangıç noktası olarak kabul edilmesinde ise bir sakınca görmemekteyiz: Doktrinin ve bizzat lafzının açıkça ifade ettiği üzere TMK m. 193 hükmü, evlilik birliğinin tarafları olan eşler arasında cinsiyet yönünden hiçbir ayırım gözetmeksizin<sup>4</sup>, irade muhtariyeti ilkesinin hukuki işlemler (sözleşmeler, kararlar ve tek taraflı hukuki işlemler) bakımından kabul edildiği anlamına gelmektedir. Başka bir deyişle, kanun koyucu böylesi bir düzenlemeyi kabul ederek, irade muhtariyeti ilkesine, eşlerin tarafı olacağı hukuki işlemler açısından aile hukuku alanında pozitif bir dayanak yaratmıştır<sup>5</sup>. Bununla birlikte 193.

terim düzeyinde de devam ettirdiğini söylemek mümkündür: Madde gerekçesindeki 'hukuki işler'den kasıt 'hukuki işlemler'dir.

<sup>3</sup> TMK. m. 193 hakkında ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. Mustafa **Dural** / Tufan **Öğüz** / Alper **Gümüş**, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2008, s. 159 vd. ; Turgut **Akıntürk**, Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2006, s. 124 vd. ; **Bilge Öztan**, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004, s. 195 vd.; Nami **Barlas**, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, Kocayusufpaőaoglu Armağanı, İstanbul 2006, s. 115 vd. ; Ali İhsan **Özguur**, Mal Rejimleri, 3. Bası, İstanbul 2006, s. 211 ; Şükran **Şıpka**, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, 2. Bası, İstanbul 2004, s. 26 vd.; Mustafa Alper **Gümüş**, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008, s. 60 vd.; Ahmet **Kılıçoğlu**, Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003, s. 31 vd.

<sup>4</sup> Karş. **Barlas**, s. 117. **Barlas**'ın konuya ilişkin incelemesinde '1. Temel Kural: Eşler Arasında Cinsiyet Yönünden Ayırım Gözetilmemesi' alt başlığını seçmesi bu bakımdan anlamlıdır.

<sup>5</sup> Karş. Mustafa **Dural** / Tufan **Öğüz** / Alper **Gümüş**, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2005, s. 200 ve özellikle oradaki dn. 203. **Gümüş**, maddenin lafzı itibariyle sözleşme ve kararlar temel alınarak kaleme alındığını ancak esasında tek taraflı hukuki işlemleri de kapsadığını vurgulamakta ve İsviçre Hukukundan **Hausseer / Reusser / Geiser** ve **Bram/ Hasenböhler**'in de aynı yönde düşündüğünü eklemektedir. Biz maddenin kapsamına gerek çok taraflı gerek tek taraflı hukuki işlemlerin tamamının girdiği noktasında yazar gibi düşünmekle birlikte maddenin lafzının neden dolayı sadece sözleşmeler ve kararlar dikkate alınarak kaleme alındığını izlenimi verdiğini anlamamaktayız. Zira **Barlas**'ın da belirttiği üzere burada tartışmakta olduğumuz nokta bakımından İMK m. 168 ile TMK m. 193 arasında bizi başkaca sonuçlara götürecektir bir farklılık da mevcut değildir. Yazara göre İMK'da geçen *hukuki işlem* terimi

madde lafzından rahatlıkla anlaşılacağı üzere eşlerin sahip oldukları bu özgürlük sınırsız değildir. Gerçekten de, TMK. m. 193 hükmü kural olarak eşlerin (kadının değil) gerek birbirleriyle gerek üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabileceğini belirttiikten sonra kanun ile bu özgürlüğe bir takım kısıtlamalar getirilebileceğini öngörmektedir. İşte TMK m. 194 hükmü ile, inceleme konumuz olan aile konutu ile ilgili işlemlerin bir kısmının geçerliliği de, işlemin tarafı olmayan eşin rızasına bağlı kılınmaktadır<sup>6</sup>.

## B. Aile Konutu Kavramı

TMK m. 194 hükmünün ve bu arada aile konutu kavramının ayrıntılı olarak incelenmesi, konumuzun sınırlarını hayli aşan bir tartışmalar yumağının aydınlatılması çabasını da zorunlu olarak beraberinde getirecektir. Bilindiği üzere aile konutu kavramı 4721 sayılı TMK'nun kabulü ile 01 / 01 / 2002 tarihinden itibaren uygulama alanı bulmuştur<sup>7</sup>. Aile konutu kavramı ve özellikle TMK m. 194 (İMK m. 169) üzerine yapılagelen tartışmaların henüz bir netlik kazanmamış olmasında kurumun uzun bir geçmişe sahip olmaması yanında madde metninin de bizzat bu tartışmaların önünü kesecek tarzda kaleme alınmamış olması etkilidir. Bundan dolayı biz, burada, gerek doktrinde gerek yargı kararlarında çoğunluğun

---

TMK'da yerini *her türlü hukuki işlem* terimine bırakmaktadır. Ötesinde, Türk Hukuku bakımından madde lafzının çok taraflı hukuki işlemler (sözleşmeler ve kararlar) yanında tek taraflı hukuki işlemleri de kapsadığı noktasında daha rahat bir tavır alınabileceğine inanmaktayız. Son cümleden olmak üzere karşı. **Barlas**, s. 117. Kanaatimizce, **Barlas** İMK'nun Almanca metnini esas alarak İMK ile TMK arasında bir terim farklılığı olduğunu belirtmektedir. Zira, İMK. m. 168'in Fransızca metninde de tıpkı TMK. 193'de olduğu gibi *her türlü hukuki işlem* terimi yer almaktadır.

<sup>6</sup> Bu cümleden olmak üzere karşı. **Harun Bulut**, Aile Konutu ve Aile Mahkemeleri Yargılama Yöntemi, İstanbul 2007, s. 91. TMK m. 185, 199, 223 ve 229; TMK m. 193 ile kabul edilen hukuki işlem özgürlüğünün kısıtlandığı diğer kanun maddelerine örnek olarak gösterilebilir. Eşlerin hukuki işlem özgürlüğünü sınırlandıran düzenlemelerin dökümü için bkz. **Şıpka**, s. 27 vd.

<sup>7</sup> Kavram İsviçre Hukuku bakımından da uzun bir geçmişe sahip değildir. 01 / 01 / 1988 tarihinde yürürlüğe giren İMK. m. 169 hükmünün kanunlaşması süreci hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. **Şıpka**, s. 66 vd.

görüşü haline gelmiş ya da gelmeye başlamış bir kaç noktanın altını çizmekle yetineceğiz.

Medeni Kanun gibi bir ülkenin toplumsal yaşamını düzenleyen temel kanunların (kodların), kapsamı dahiline aldıkları hukuki kurumların tanımını vermeleri kendilerinden genellikle beklenmez, hatta bu hususta gösterecekleri sessizlik desteklenir. Onlardan beklenen, olsa olsa, gerektiğinde günün değişen şartlarına göre değiştirilebilecek (ve bu yönüyle esnek) bir tanıma ulaşma noktasında yargı makamlarına ve doktrine yeterli açıklıkta kriterlerin verilmesidir. Bu sebeple biz, gerek İsviçre gerek Türk kanun koyucularının aile konutuna ilişkin bir tanım vermedikleri için eleştirilemeyeceğine inanmaktayız. Bizim bu noktada eleştirilmesi gerektiğini düşündüğümüz husus, müşterek bir tanıma ulaşmamızı sağlayabilecek kriterlerin-ölçütlerin dahi kanunda anılmamış oluşudur<sup>8</sup>. Hal böyle olmakla birlikte asgari bir tanıma ulaşma noktasında bize yardımcı olacak ölçütlerin bir kısmının T. C. Başbakanlık Tapu ve Kadastro Genel Müdürlüğü'nce 01 / 06 / 2002 tarihinde kabul edilen 2002 / 7 numaralı genelgede, bir kısmının ise TMK m.194'ün gerekçesinde yer bulduğunu görmekteyiz. Anılan genelgeye göre, aile konutu 'eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği ve düzenli yerleşim amacıyla kullandıkları mekanları' ifade etmektedir. Bundan ötürü, 'zaman zaman ya da hafta sonu kullanmak amacıyla edinilen yazlık konut, dağ evi gibi konutlar' aile konutu sayılmaz. TMK'nun 194. maddesinin gerekçesinde de aile konutunun 'eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdiği, yaşantısına buna göre yön verdiği, acı ve tatlı günleri içinde yaşadığı, anılarla dolu bir alan' olduğu ifade edilmiştir. Türk doktrininde verilen tanımların da yukarıda yer alan ölçütler temel alınarak oluşturulduğunu iddia etmek hatalı olmayacaktır: 'Aile konutu, eşlerin evlilik birliğinin devamı sırasında ortak yaşamı sürdürmenin gerekli kıldığı bir yerde ortak olarak oturma ihtiyacının giderilmesinde kullanmak üzere sürekli olarak seçtikleri, kısaca aile yaşam-

<sup>8</sup> TMK'nun aile konutuna ilişkin 254. ve 652. maddelerinde de kuruma ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemiştir.

larının merkezi durumuna getirdikleri konut olarak kullanmaya elverişli taşınır ya da taşınmaz yerdur.<sup>9</sup>.

### C. TMK m. 194/I ve III Üzerine Düşünceler

TMK m. 194 hükmü, aile konutunu ve böylelikle aile konutu üzerinde şahsi ya da aynı nitelikli herhangi bir hakka sahip olmayan eş, konut üzerinde hak sahibi olan eşin bazı hukuki işlemlerine karşı korumaktadır. Bu cümleden olmak üzere aile konutunun maliki olan eş, diğer eşin rızasını almaksızın bu konutu üçüncü bir kişiye devredemeyecek ya da aile konutu üzerindeki hakları üçüncü bir kişiye sükna ya da intifa hakkı tanımak ya da konutu bu kişiye kiralamak suretiyle sınırlandırmayacaktır. Aile konutunun kira sözleşmesi ile sağlandığı bir ihtimalde de kiracı eş diğer eşin rızasını almaksızın kira sözleşmesini feshedemeyecektir<sup>10</sup>.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulunun yukarıya aynen aldığımız kararını bu açıklamalar ışığında değerlendirecek olursak aşağıda yer alan hususların belirtilmesi faydalı olacaktır:

1 ) Söz konusu taşınmazın aile konutu niteliğinde olduğu hususunda ne taraflar arasında ne de ilk derece mahkemesi ile Yargı-

<sup>9</sup> Dural / Ögüz / Gümüş ( Gümüş ), Aile Hukuku, s. 160. Benzer tanımlar için bkz. Barlas, s. 122 ; Akıntürk, s. 125 ; Öztan, s. 199; Şıpka, s. 86 ; Murat Doğan, Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu ve Ev Eşyası, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 3 – 4, Cumhuriyetimizin 80. Kuruluş Yılına Armağan, Erzincan 2003, s. 651 ; Kılıçoğlu, s. 41 vd.; Sezer Çabri, Aile Konutu Şerhi, Prof. Dr. Ergon A. Çetingil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007, s. 401 – 402. Barlas'm vermiş olduğu tanımda aile konutunun sadece bir taşınmaz olabileceğinin altı çizilmektedir. Genelgede yer alan *mekan* ve gerekçe de yer bulan *alan* terimleri de bu tartışmaya açıklık kazandırmaktan uzaktır. Yarg. 2. HD'nin E. 2005 / 16473, K. 2006 / 799 sayılı, 02 / 02 / 2006 tarihli ve 'Aile konutu, eşlerin bütün yaşam faaliyetlerini gerçekleştirdikleri, acı ve tatlı günleri yaşadıkları, yaşam faaliyetlerini yoğunlaştırdıkları mekandır.' diyen kararı için bkz. www.kazanci.com.tr ( Çevrimiçi, 02 / 05 / 2008 ).

<sup>10</sup> Kira sözleşmesini sona erdiren veya tahliye tehlikesi yaratan her türlü hukuki işlemin de ( örneğin yazılı tahliye taahhüdü ) bu kapsamda düşünülmesi gerekmektedir. Bu cümleden olmak üzere bkz. Dural / Ögüz / Gümüş ( Gümüş ), s. 209 ; Şıpka, s. 129; Kılıçoğlu, s. 44.

tay 2. Hukuk Dairesi ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu arasında görüş ayrılığı vardır. Bundan dolayı TMK'nun 194. maddesinin uygulama alanı bulacağı aşikardır.

2 ) TMK m. 194 hükmünün hukuki işlemler bakımından kapsamının belirlenmesi, inceleme konusu yaptığımız karar bakımından önem taşımamaktadır. Çünkü olayda malik olan eşin diğer eşin rızasını almaksızın aile konutunu üçüncü bir kişiye devri sözkonusudur. TMK'nun 194. maddesinin birinci fıkrasında ise malik olan eşin diğer eşin rızasını almadan aile konutunu üçüncü bir kişiye devredemeyeceği açıkça öngörülmüştür<sup>11</sup>.

3 ) Kararda ifade edilen görüşlerin tahlil edilebilmesi ve doğru sonuca ulaşılması ise TMK m. 194 / I hükmünün eşlerin hukuki işlem özgürlüğüne bir sınırlama getirip getirmediğinin aydınlatılması ile mümkün olabilecektir. Öyle ki TMK m. 194 / I hükmünün anlamının tespit edilmesine yönelik bu çaba, aynı maddenin üçüncü fıkrasında getirilen aile konutu şerhinin niteliğini de aydınlığa kavuşturacak ve böylelikle kararda ulaşılan sonucun isabetli olup olmadığı da netleşecektir. Biz, burada, öncelikle, TMK'nun 194. maddesinin ilk fıkrası ile getirilen sınırlamanın hukuki niteliği üzerine söylenegelenleri tespit ettikten sonra, niteliği tartışmalı olan bu sınırlamanın doğumunun aile konutu şerhine bağlı olup olmadığı yolundaki tartışmaları anlamaya çalışacağız.

Doktrinde, TMK m. 194 hükmünün bir fiil ehliyeti sınırlaması olduğunu ileri sürenler olduğu gibi tasarruf yetkisi sınırlaması olduğunu ileri sürenler de mevcuttur<sup>12</sup>. Hatta sözkonusu sınırlamayı eşlerin evlilik birliğinden doğan katılma hakkı üzerinden tanımlayan yazarlar da vardır<sup>13</sup>. TMK m. 194 ile getirilen sınırlamanın fiil

<sup>11</sup> Doktrinde de aile konutunun devrinin malik olmayan eşin rızasına bağlanan işlemlerden olduğu yolunda görüş birliği mevcuttur. TMK'nun 194. maddesinin zaman bakımından kapsamı hakkındaki tartışma için bkz. aşağıda s. 175 ve özellikle oradaki dn. 30.

<sup>12</sup> İsviçre –Türk doktrininde ifade edilen görüşler ve aralarındaki farklar için ayrıca bkz. Alper Gümüş, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Ankara 2003, s. 41 vd; Çabri, s. 405 vd.

<sup>13</sup> Şipka, s. 45 vd.

ehliyetine yönelik değil de tasarruf yetkisine ilişkin olduğu kabul edilecek olduğunda, malik olan eşin diğer eşin rızasını almaksızın gerçekleştireceği borçlandırıcı işlemleri geçerli ancak bu borçlandırıcı işlemin ifasına yönelik yapılacak tasarruf işlemleri “tasarruf yetkisi” eksikliği sebebiyle geçersiz olacaktır<sup>14</sup>. Zira, burada, bir hak ve fiil ehliyeti sınırlaması değil de “birlikte karar verme hakkı” olduğunu savunan yazarlar bakımından ise, malik olan eşin aile konutu ile ilgili olmak üzere yekdiğerinin rızasını almaksızın yapacağı hukuki işlemlerin yoklukla sakat olduğunu kabul etmek gerekecektir<sup>15</sup>.

Niteliği üzerine yapılagelen tartışmaları kısaca açıklamaya çalıştığımız bu sınırlamanın doğumunun TMK m. 194 / III ile öngörülen şerhe bağlı olup olmadığı ise ayrı bir sorundur. Tapu kütüğüne konulacak aile konutu şerhinin niteliği ve işlevi hususunda da doktrinde ve içtihatlarda görüş birliği olduğu söylenemez<sup>16</sup>. Bir kısım yazarlar<sup>17</sup> aile konutu şerhinin malik olan eşle işlem yapan (işlem tarafı) üçüncü kişinin iyiniyetini bertaraf etmeye yönelik bir

<sup>14</sup> Gümüş, Şerhler, s. 47 vd. Bu noktada elbette, en azından Türk uygulaması bakımından, taşınmaz mülkiyetinin devrinde borçlandırıcı işlem ve tasarruf işlemi ayrımının esasında yapay bir ayrım olduğu gözden uzak tutulmamalıdır. Öyle ki, bizim uygulamamızda taşınmaz mülkiyetinin devrinin illi olup olmadığı yolunda yapılan bir tartışmanın pratik bir önemi olmadığı açıktır. Zira, bu iki işlemin taşınmazların devri bakımından içiçe geçtiği ve deyim yerindeyse bir çırpıda yapıldığı bilinen bir gerçektir. Bu uygulamanın pratik sonucu şudur: Taşınmaz mülkiyetinin devrinde borçlandırıcı işlemin geçersiz olması sonucunu doğuran bir sebep çoğu zaman tasarruf işleminin de geçersiz olması sonucunu doğuracaktır. O halde, tescil talebinin bu talebe esas teşkil eden borçlandırıcı işlemdeki bir geçersizlikten etkilenip etkilenmeyeceğini tartışmaya da gerek kalmayacaktır.

<sup>15</sup> Bu görüşte olmak üzere bkz. Faruk Acar, Aile Hukukunda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 3. Bası, Ankara 2003, s. 178 – 179.

<sup>16</sup> TMK m. 194 / III ile getirilen aile konutu şerhinin kanunlaşma süreci ile ilgili olmak üzere bkz. Barlas, s. 124 – 125; Şıpka, s. 148; Ahmet Kılıçoğlu, Türk Medeni Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002, s. 14 vd.; Çabri, s. 408-409-410.

<sup>17</sup> Turgut Akıntürk, Türk Medeni Hukuku – Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, C. II, 6. Bası, İstanbul 2002, s. 113; Kılıçoğlu, Hukuksal İşlemler, s. 20.

fonksiyonu olduğunu kabul ederlerken, diğer bir kısım yazarlar<sup>18</sup> ise aile konutu şerhinin kurucu değil açıklayıcı olduğu savunmakta ve burada bir tasarruf sınırlaması şerhi olduğundan bahsetmektedirler. Bu düşüncedeki yazarlara göre TMK m. 194 / I hükmü ile aile konutu şerhinden tamamen bağımsız bir tasarruf yetkisi sınırlaması mevcuttur. Dolayısıyla şerhin varlığı malik eşle işlem yapan âkidin değil, bu işlem sonucunda oluşan yolsuz tescile güvenerek aile konutunu devralan üçüncü kişinin iyiniyetini bertaraf edecektir.

4 ) Sivas Aile Mahkemesi, direnme kararında, aile konutu şerhinin kurucu nitelikte olduğunu, bir başka deyişle TMK m. 194 / I ile getirilen tasarruf yetkisi sınırlamasının aile konutu şerhi ile doğduğunu belirtmiştir<sup>19</sup>. Bu yaklaşımın Türk doktrininde ve yargı uygulamasında pek de kabul edilemeyeceğini söylemek gerekir. Zira mahkemeye göre, malik eşle işlem yapan âkidin kazanımı, bu kişi iyiniyetli de olsa kötünietli de olsa, eğer aile konutu şerhi mevcut değilse, hem de malik olmayan diğer eşin rızasının yokluğuna rağmen korunacaktır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu da ilk derece mahkemesinin bu yaklaşımını isabetli bulmamaktadır.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi ile Hukuk Genel Kurulu ise, aile konutu şerhini kurucu nitelikte kabul etmemektedirler. Bununla birlikte malik eşle işlem yapan âkidin iyiniyetli olması ihtimalinde TMK m. 1023 hükmünün uygulama alanı bulacağı ve eğer aile konutu şerhi mevcut değilse iyiniyetli işlem tarafının kazanımının korunacağı düşüncesindedirler. Hukuk Genel Kurulu, şerhin varlığı

<sup>18</sup> Kemal Oğuzman / Özer Seliçi, Eşya Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2002, s. 203 vd. ; Gümüüş, Şerhler, s. 62 vd. ; Şıpka, s. 142; Barlas, s. 126. Barlas'a göre, TMK'nun 194. maddesinin ilk fıkrasında aile konutu şerhine bağlı olmayan ve kanundan doğan bir tasarruf yetkisi sınırlaması öngörülmektedir. Yazara göre, işlem tarafı kişinin (Yargıtayın ifadesi ile işlem tarafı üçüncü kişinin) iyiniyeti korunmamaktadır. Korunmayan bir iyiniyeti bertaraf etmeye yönelik bir şerhin varlığı da bu sebepten anlamsızdır.

<sup>19</sup> Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararından aldığımız şu cümle bu gerçeği ifade etmektedir: "Bir başka ifadeyle, Yerel Mahkeme, 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun 194. maddesinin III. fıkrasında yer alan şerhin kurucu bir şerh olması sebebiyle, şerhin yokluğunda artık işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetli olmasının aranmasına gerek kalmaksızın kazanımının korunmasını öngörmekte...".

halinde, malik olmayan eşin rızası alınmaksızın gerçekleştirilen kazandırıcı işlemlerin (işlem tarafı) üçüncü kişinin iyiniyetine rağmen geçersiz olacağını vurgulayarak bu düşüncesini pekiştirmektedir<sup>20</sup>. Gerek özel daire gerek Hukuk Genel Kurulu, davalıların, kötüniyetli olmaları sebebiyle (devraldıkları taşınmazın aile konutu olduğunu bilmelerine rağmen) aile konutu niteliğindeki taşınmazın mülkiyetini kazanamayacaklarını iddia etmektedirler<sup>21</sup>.

5 ) Aile konutu şerhinin kurucu değil açıklayıcı ve şerhin fonksiyonunun işlem tarafı olmayan üçüncü kişilerin iyiniyetlerinin bertaraf edilmesi olduğuna inanan yazarlar bakımından yukarıda ifade edilen görüşlerin kabul edilmesi olanaksızdır. Bu görüşte olan yazarlardan **Barlas**'ın ifadesi ile 'Gerçekten, burada bir tasarruf

<sup>20</sup> Kararda geçen "4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi III. fıkrası hükmü ile rıza alınmadan yapılacak işlemleri önleyebilmek amacıyla tapu kütüğüne şerh verilmesi olanağı getirilmiştir. Ancak, hemen belirtmek gerekir ki, anılan madde ile tapuya güven ilkesine bir istisna getirilmiş değildir. ( KILIÇOĞLU, s. 20 ) Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi istenilmemiş olsa bile işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmü ile korunmuştur. Şerhin etkisi ise eşin rızası alınmadan gerçekleştirilen kazandırıcı işlemlerin üçüncü kişinin iyiniyetine rağmen geçersiz sayılacağına yöneliktir. Bu sebeple, yerel mahkemenin tasarruf yetkisi sınırlamasının şerh ile doğacağı; eş söyleyişle, şerhin bir "kurucu şerh" olduğuna ve işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetli olmasının aranmasına gerek kalmaksızın kazanımın korunması gerekeceğine ilişkin belirlemesi yerinde değildir. Bilindiği üzere 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi, tapuya güven ilkesini öngörmektedir. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 194. maddesi III. fıkrası ise, tapuya güven ilkesinin aynen sürdürülmekte olduğunun bir ifadesidir. ( KILIÇOĞLU, s. 20 )" ifadeleri bizi rahatlıkla bu sonuca götürmektedir. Azınlık görüşü ise bu fikre karşı çıkmaktadır: "Başka bir anlatımla, değerli çoğunluk, aile konutu olarak özgülenen taşınmazın maliki olmayan eş tarafından, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini istememişse işlem tarafı üçüncü kişinin "kötüniyetini kanıtlamak" ( TMK m. 1023 ) zorundadır. Düşüncemize göre; aile konutu olarak özgülenen taşınmazın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi istenmemiş olsa bile taşınmazın aile konutu olduğu ve malik olmayan eşin rızasının bulunmadığı gerçekleşmişse hiçbir şekilde üçüncü kişinin iyiniyeti korunmaz."

<sup>21</sup> İşlem tarafı üçüncü kişinin mazur görülebilir bilgisizliğinin eşin rızasının yokluğuna dair değil de, devraldığı taşınmazın aile konutu niteliğine ilişkin olduğu yolunda bkz. Gümüş, Mal Rejimleri, s. 93.



yetkisi kısıtlaması mevcuttur ve bu kısıtlama tapu kütüğüne konulacak şerhten bağımsız biçimde, doğrudan doğruya kanundan doğmaktadır. Kaldı ki, İsviçre doktrininde ve Federal Mahkeme uygulamalarında, malik eşle işlem yapan kişinin (diğer âkidin), taşınmazın aile konutu olarak kullanıldığını bilip bilmemesinin sonucu değiştirmeyeceği, bu kişi iyiniyetli olsa bile onun iyiniyetinin korunmayacağı neredeyse oybirliği ile kabul edilmektedir; buna gerekçe olarak da, iyiniyetin ancak kanunda öngörülen durumlarda korunabileceği (ZGB Art. 3 = MK m. 3), oysa ZGB Art. 169 (MK m. 194)'de iyiniyetin korunacağından bahsedilmediği gösterilmektedir<sup>22</sup>. Aile konutu şerhi yoksa işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetinin korunmayacağını, davacı eşin (Türkan Balkan'ın) davalıların (Harun ve Hadi'nin) kötüniyetini ispatlamakla yükümlü olmadığını, TMK m. 194 / I ile bir fiil ehliyeti sınırlaması getirildiğini ve bu sınırlamanın şerhe bağlı olmadığını, şerhin işlem tarafı olmayan 3. kişilerin iyiniyetini ortadan kaldıracığını, bir an için aksinin kabul edilmesinin TMK m. 194 / I hükmünün gözardı edilmesi anlamına geleceğini dile getiren ve malik olmayan eşin rızasının olmadığı hallerde aile konutunun devrine yönelik satış işleminin geçersiz kabul edilmesinin kaçınılmaz olduğunu ifade eden azınlık görüşü bu bakımdan anlamlıdır.

6 ) Kanaatimizce, TMK'nun 194 / I hükmü ile getirilen sınırlama (niteliği ne olursa olsun) aynı maddenin üçüncü fıkrasında öngörülmüş olan şerhten tamamen bağımsızdır ve doğrudan kanundan doğmaktadır<sup>23</sup>. Biz, bu sonuca ulaşırken öncelikle Kaynak Kanunda yer alan düzenlemeden yola çıktık. Gerçekten de, bizim 194. maddenin Kaynak Kanundaki karşılığı olan 169. maddede bir şerh olanağı öngörülmemektedir. Elbette, Türk Hukuku ile İsviçre Hukukunun birebir örtüşmesi gerekli değildir. Ancak, aile konutu ile ilgili düzenlemenin İsviçre Medeni Kanunundan alındığı da bir gerçektir. Kanunlaşma sürecinde oradan farklı olarak bizim kanunumuza giren bir şerh imkanının anlamını bulmaya çalışırken herşeye rağmen bu noktadan hareket edilmesinin doğru olacağı

<sup>22</sup> Barlas, s. 126.

<sup>23</sup> TMK'nun 194. maddesinin gerekçesi de bu düşüncemizi destekler niteliktedir.

kanaatindeyiz<sup>24</sup>. Bu çözüm tarzının uygulamada hukuki güvenliği zedeleyeceği yolundaki bir endişenin de başkaca düşünmeyi haklı kılmadığına inanmaktayız<sup>25</sup>. TMK'nun 194. maddesi ile getirilen sınırlama bir istisnadır. Kanaatimizce, kanun koyucu bu istisnayı öngörürken çatışan menfaatler dengesinde malik olmayan eşe ayrıcalık tanımıştır<sup>26</sup>. Zira, devralmak üzere olduğu taşınmazın aile konutu niteliğinde olduğunu bilsin ya da bilmesin işlem tarafı olan kişinin korunmaya değer bir menfaati yoktur. Türk kanun koyucusu Medeni Kanunumuzun daha üçüncü maddesinde "Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağladığı durumlarda, asıl olan iyiniyetin varlığıdır." diyerek, iyiniyetin herhangi bir hukuki sonuca neden olabilmesinin koşulunu da öngörmüştür: Kanunun iyiniyete hukuki bir sonuç bağlamış olması. TMK'nun 194. maddesinde böylesi bir korumaya yer verilmediğini rahatlıkla söyleyebiliriz. Nihayetinde, aile konutu şerhi mevcut olmasa bile, konut üzerinde hak sahibi olan eşden konutu devralmak isteyen kişi (Yargıtay'ın ifadesiyle işlem tarafı üçüncü kişi) adına yapılan tescil yolsuzdur ve gerçek hak sahibinin kim olduğunu yansıtmamaktadır. Bu noktadan sonra aile konutu üzerindeki mülkiyet hakkı ile ilgili olmak üzere iki olasılık düşünülebilir. Birincisi, işlem tarafı kişinin,

<sup>24</sup> Kaldı ki, İsviçre'den farklı olarak kabul edilmiş olan aile konutu şerhinin kurucu nitelikte olduğu yolunda madde gerekçesinde de bir düzenleme bulunmamaktadır.

<sup>25</sup> İnceleme konusu yaptığımız karardaki azınlık görüşü de bizimle benzer şekilde düşünülmektedir: "Bir an için akla gelebilecek 'Aile konutu şerhi olmazsa/davalının iyiniyeti görmezden gelinirse mülkiyet ediniminde kaos olur' düşüncesi bile aile konutu şerhi gibi bir müesseseden yoksun İsviçre uygulamasında sanıldığı gibi bir kaos da yaşanmamış olması gerçeği karşısında inandırıcı değildir."

<sup>26</sup> Oysa, Hukuk Genel Kurulu'nun vermiş olduğu karar kabul edilecek olduğunda, sonucun hiç de böyle olmayacağı gerçeğinin azınlık görüşünde şu şekilde ifade edildiğini görmekteyiz: "Buna karşılık kadın ise; gerçekleştirilen işlemlere hiçbir katılımı bulunmadığı halde yokluğunda yapılmış hukuki işlemde (= aile konutunun devredilmesi) rızasının alınmaması sanki geçerli ve meşru imişcesine, başka bir anlatımla, ortada geçerli bir hukuki işlem varmışçasına hiç tanımadığı, çoğunlukla da tanımasının peşinen olanaksız olduğu işlem tarafı insanların/kişilerin kötünüyetini (TMK m. 1023) kanıtlamak zorunda bırakılmıştır."

eğer diğer şartları da mevcut olursa, TMK'nun 712. maddesinde düzenlenen olağan kazandırıcı zamanaşımı yoluyla mülkiyeti kazanabilmesidir<sup>27</sup>. İkinci olasılık ise, işlem tarafı kişi adına olan mevcut yolsuz tescile dayanarak bir üçüncü kişinin mülkiyeti kazanabilmesidir. Gerçekten de, biz, kararda geçen “Uyuşmazlığın çözümü için öncelikle 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun aile konutu ile ilgili 194. maddesi ile tapu kütüğündeki tescile iyiniyetle dayanarak mülkiyet veya bir başka aynı hak kazanan üçüncü kişinin bu kazanımının korunmasına ilişkin 1023. maddesi hükmünün birlikte değerlendirilmesinde yarar bulunmaktadır.” ifadesini bu açıdan anlamlı buluyoruz. Öyle ki, şerh olsun olmasın, eğer diğer eşin açık rızası yoksa, doğrudan kanundan doğduğuna inandığımız tasarruf yetkisi sınırlaması, işlem tarafı kişinin aile konutu üzerinde mülkiyet hakkı kazanmasına engel teşkil edip bu kişi adına yapılacak tescilin yolsuz olması sonucunu doğuracakken, bu yolsuz tescile iyiniyetle güvenerek bir aynı hak kazanan kişinin bu kazanımı TMK'nun 1023. maddesi gereğince korunacaktır. İşte, TMK'nun 194. maddesinde öngörülen şerh olsa olsa bu üçüncü kişinin (gerçek anlamda üçüncü kişi) iyiniyetini bertaraf etmeye yarayacak, eğer şerh varsa üçüncü kişinin 1023. maddesine dayanarak aynı hak kazanması söz konusu olmayacaktır. Ulaştığımız bu sonucun, kanunun lafzına uygun olduğu kadar menfaatler dengesine de uygun düştüğüne inanmaktayız<sup>28</sup>. Kaldı ki, işlem tarafı kişinin bu sözleşme ilişkisinden doğan zararları akde aykırılık hükümleri sayesinde giderilebileceği gibi, malik olmayan eşin açacağı tapu kaydının iptali davası BK 41 / II anlamında bir haksız fiil teşkil ettiği

<sup>27</sup> Benzer bir düşünce tarzı için bkz. Doğan, s. 294.

<sup>28</sup> TMK'nun 1023. maddesinde gerçekte malik olmayan ve fakat adına yolsuz tescil bulunan kişiden aynı hak kazanımı korunmaktadır. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun düşüncesinin kabul edilebilmesi için, 1023. maddenin aile konutunun devrinde de kıyasen uygulanmasının menfaatler dengesine uygun düştüğünü kabul etmek gerekecektir. Başka bir ifade ile, iyiniyetin, üzerine yolsuz tescil olandan aynı hak kazanmadaki etkisinin, adına olan tescil yolsuz bile olmayan malik eşden aynı hak kazanmada daha da açıkça görülebileceğini ifade etmek zorunludur. Bu düşünce tarzının ise, nihayetinde, istisna kuralın dar yorumlanması ilkesini savunanlar bakımından kabul edilemez olduğunu eklemeliyiz. Ayrıca, bizim düşüncemizin uygulamada kargaşaya yol açmayacağı olgusu, en azından İsviçre bakımından ispatlanmıştır.

ölçüde aynen tazmin yolu da açık olacaktır. Öte yandan, sözleşme öncesi görüşmelerden doğan sorumluluğa ilişkin yargı uygulaması da başka bir çare olarak düşünülebilecektir. Ötesinde, malik olmayan eşin, işlem tarafı üçüncü kişi nezdinde rıza göstereceğine dair haklı sayılabilecek bir güven yaratıcı nitelikte hal ve hareketlerine rağmen açacağı tapu kaydının iptali davasının da reddi gerekecektir<sup>29</sup>. Çelişkili davranma yasağı ve MK m. 2 bizim bu sonuca ulaşmamızı sağlayacaktır.

Kararda bilerek ya da bilmeyerek sessiz kalman ayrıntılar<sup>30</sup> bir yana bırakılacak olursa, aile konutu şerhinin niteliği ve işlevi

<sup>29</sup> Bu vesileyle malik olmayan eşin de tapu kaydının iptali davası açabileceğini belirtmek isteriz. Zira, malik olmayan eş tek başına hareket ederek aile konutu şerhi koydurabilmektedir. Bu düzenlemenin, aynı eşin tapu kaydının iptali ve düzeltilmesi davası açabilmesi bakımından da zımnen bir hüküm getirdiği sonucuna varmak yerinde olacaktır. Aile konutu şerhi verilmesi ile ilgili olmak üzere ayrıca bkz. **Bulut**, s. 89 vd.

<sup>30</sup> Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, evlilik devam ettiği gerekçesiyle, 01 / 01 / 2002 tarihinden önce edinilmiş olan aile konutları bakımından da TMK m. 194 / I ile getirilen korumanın uygulama alanı bulacağını belirtmektedir. Karar bu bakımdan bizi doğru sonuca ulaştıracak açıklıktan uzaktır. Zira davalılar savunmalarında Türk Medeni Kanunu'nun satış işleminden altı ay sonra yürürlüğe girdiğini iddia etmektedirler. Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un 9. maddesinin dördüncü fıkrası da özel daireyi haklı gösterecek bir düzenleme içermemektedir. Zira aile konutuna ilişkin 194. madde evliliğin genel hükümleri arasında yer almaktadır. Eğer gerçekten de 4721 sayılı kanun yürürlüğe girmeden evvel Yüksel Bakan ve davalılar arasında bir satış işlemi gerçekleşmişse, davalıların bütün karar boyunca sorgulanan iyiniyetlerinin neye yönelik olduğunun da ayrıca açıklanması gerekecektir. Zira aile konutunun henüz düzenlenmemiş olduğu eski Medeni Kanun döneminde davalıların sözkonusu taşınmazın aile konutu olduğunu bilmelerinden bahsetmek mantık kurallarına aykırıdır. Aksinin kabulü ise kanunların derhal uygulanacağı yolundaki Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun'un birinci maddesine aykırı olduğu kadar hukuk devleti olmanın kaçınılmaz ögesi olan hukuki güvenlik ilkesine de aykırıdır. Zira Medeni Kanunun geçmişe etkili uygulamasını gerektirecek bir halin varlığı da kanaatimizce sözkonusu değildir. 01 / 01 / 2002 tarihinden önce edinilmiş olmakla birlikte aile konutu niteliğindeki bir taşınmazın bu tarihten sonra vukubulacak bir devrine TMK'nun 194. maddesinin uygulanması mümkünse de, 01 / 01 / 2002 tarihinden önce gerçekleşen devirler bakımından 194. madde hükmü uygulama alanı bulmayacaktır. Kararda geçen "Bu koruma 4721 sayılı kanunun yürürlüğe giriş tarihi olan 01 / 01 / 2002'den

bakımından ulaşılan sonuç, doğruluğu ya da yanlışlığından ziyade yüksek mahkemenin eğilimini ortaya koyması bakımından önemlidir. Sonuç olarak mahkeme, aile konutu şerhinin malik olan eşle işlem yapan (işlem tarafı üçüncü) kişinin iyiniyetini bertaraf etmeye yönelik bir fonksiyonu olduğunu kabul eden yazarların düşünceleri ile birebir örtüşen bir tavır almıştır<sup>31</sup>. Bu yaklaşımın, şerhin varlığının malik eşle işlem yapan âkidin değil, bu işlem sonucunda oluşan yolsuz tescile güvenerek aile konutunu devralan (işlem tarafı olmayan) üçüncü kişinin iyiniyetini bertaraf etmeye yönelik olduğunu düşünen yazarlar tarafından kıyasıya eleştirileceği de aşikardır. Ötesinde, aile konutu şerhinin açıklayıcı değil de kurucu nitelikte olduğunu, bir başka deyişle TMK m. 194 / I ile getirilen sınırlamanın ancak şerhle doğacağını savunacak yazarlar ba-

---

*önce edinilmiş aile konutları için de geçerlidir.” şeklindeki ifadeyi bu tarzda anlamak gerekir.*

<sup>31</sup> Esasında karar bütünüyle incelendiğinde net bir sonuca ulaşmak oldukça zor gözüküyor. Çünkü karşı oy bütünüyle okunmadan ne ilk derece mahkemesinin ne de Yargıtay 2. Hukuk Dairesinin ve Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun tam olarak hangi düşüncede olduğu tespit edilemiyor. Nitekim, aynı kararı farklı tarzda algılayan eserler de şimdiden kaleme alınmıştır. Bu cümleden olmak üzere karşı. Acar, s. 180; Gümüş, Mal Rejimleri, s. 92-93. Kararda yer alan “Aile konutu olarak özgülünen taşınmaz malın maliki olmayan eş tarafından tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesi istenilmemiş olsa bile işlem tarafı iyiniyetli üçüncü kişinin aynı hak kazanımı 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 1023. maddesi hükmü ile korunmuştur.” ifadesi ile “Şerhin etkisi ise eşin rızası alınmadan gerçekleştirilen kazandırıcı işlemlerin üçüncü kişinin iyiniyetine rağmen geçersiz sayılacağına yöneliktir. Bu sebeple, yerel mahkemenin tasarruf yetkisi sınırlamasının şerh ile doğacağı; eş söyleyişle, şerhin bir "kurucu şerh" olduğuna ve işlem tarafı üçüncü kişinin iyiniyetli olmasının aranmasına gerek kalmaksızın kazanımın korunması gerekeceğine ilişkin belirlemesi yerinde değildir.” ifadesinde yer alan görüşleri bir arada değerlendirmek güç gözüküyor. Hukuk Genel Kurulu bir orta yol bulmaya çalışmış ancak bunu yaparken herhangi bir gerekçe ileri sürmeyi ihlal etmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun kararına gerekçe yaptığı TMK'nun 1023. maddesinin neden dolayı işlem tarafı 3. kişi bakımından da uygulama alanı bulacağını açıklaması gerekmektedir. Zira, biz de dahil olmak üzere Hukuk Genel Kurulunun kararına katılmayan diğer yazarlar, tıpkı Hukuk Genel Kurulu gibi 194. ve 1023. maddelerin birarada uygulanabileceğini düşünmekte ancak işlem tarafı bakımından 1023. maddenin uygulama alanı bulamayacağına inanmaktadırlar.

kımından da, yanlış da olsa düşüncelerini destekleyecekleri bir ilk derece mahkemesi kararı da böylelikle günyüzüne çıkmıştır.

Biz, yukarıda anahatları ile incelemeye çalıştığımız Hukuk Genel Kurulu kararının, yeni bir kurum olan aile konutu şerhine yönelik tartışmalar bakımından bir başlangıç noktası olduğuna inanıyor ve azınlık görüşünü de dikkate alarak konuyla ilgili görüş ayrılıklarının bir içtihadı birleştirme kararına, ancak bu defa azınlık görüşüne paralel bir şekilde ya da böyle olmasa bile hukuken savunulabilir bir gerekçe ile, konu olmasını temenni etmekle yetiniyoruz.

### KAYNAKÇA

**Acar**, Faruk, Aile Hukukunda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, 3. Bası, Ankara 2003.

**Akıntürk**, Turgut, Türk Medeni Hukuku, C. II, Aile Hukuku, 10. Bası, İstanbul 2006.

**Akıntürk**, Turgut, Türk Medeni Hukuku – Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, C. II, 6. Bası, İstanbul 2002.

**Arpacı**, Abdülkadir, Hukukun Dili, Rayegan Kender'e Armağan, İstanbul 2007.

**Arpacı**, Abdülkadir, Önsöz, Gerekçeli Açıklamalı Yeni Türk Medeni Kanunu, 2. Baskı, İstanbul 2002.

**Barlas**, Nami, Yeni Türk Medeni Kanunu Hükümleri Çerçevesinde Eşler Arası Hukuki İşlem Özgürlüğü ve Sınırları, Kocayusufpaşaoğlu Armağanı, İstanbul 2006.

**Bulut**, Harun, Aile Konutu ve Aile Mahkemeleri Yargılama Yöntemi, İstanbul 2007.

**Çabri**, Sezer, Aile Konutu Şerhi, Prof. Dr. Ergon A. Çetینگil ve Prof. Dr. Rayegan Kender'e 50. Birlikte Çalışma Yılı Armağanı, İstanbul 2007.

**Doğan, Murat**, Mal Rejiminin Tasfiyesinde ve Mirasın Paylaşımında Aile Konutu ve Ev Eşyası, Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C. VII, S. 3 – 4, Cumhuriyetimizin 80. Kuruluş Yılına Armağan, Erzincan 2003.

**Dural, Mustafa / Sarı, Suat**, Türk Özel Hukuku, C.1, Temel Kavramlar ve Medeni Kanunun Başlangıç Hükümleri, İstanbul 2005.

**Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, Mustafa Alper**, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, İstanbul 2005.

**Dural, Mustafa / Ögüz, Tufan / Gümüş, Alper**, Türk Özel Hukuku, C. III, Aile Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2008.

**Gümüş, Mustafa Alper**, Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, İstanbul 2008.

**Gümüş, Mustafa Alper**, Türk Medeni Kanununun Getirdiği Yeni Şerhler, Ankara 2003, s. 41 vd.

**Kılıçoğlu, Ahmet** Türk Medeni Kanununda Diğer Eşin Rızasına Bağlı Hukuksal İşlemler ve Yasal Alım Hakkı, Ankara 2002.

**Kılıçoğlu, Ahmet**, Medeni Kanun'umuzun Aile-Miras-Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Ankara 2003.

**Oğuzman, Kemal / Barlas, Nami**, Medeni Hukuk Giriş Kaynaklar Temel Kavramlar, 10. Bası, İstanbul 2003.

**Oğuzman Kemal / Seliçi, Özer** Eşya Hukuku, 9. Bası, İstanbul 2002.

**Öztan, Bilge**, Aile Hukuku, 5. Bası, Ankara 2004.

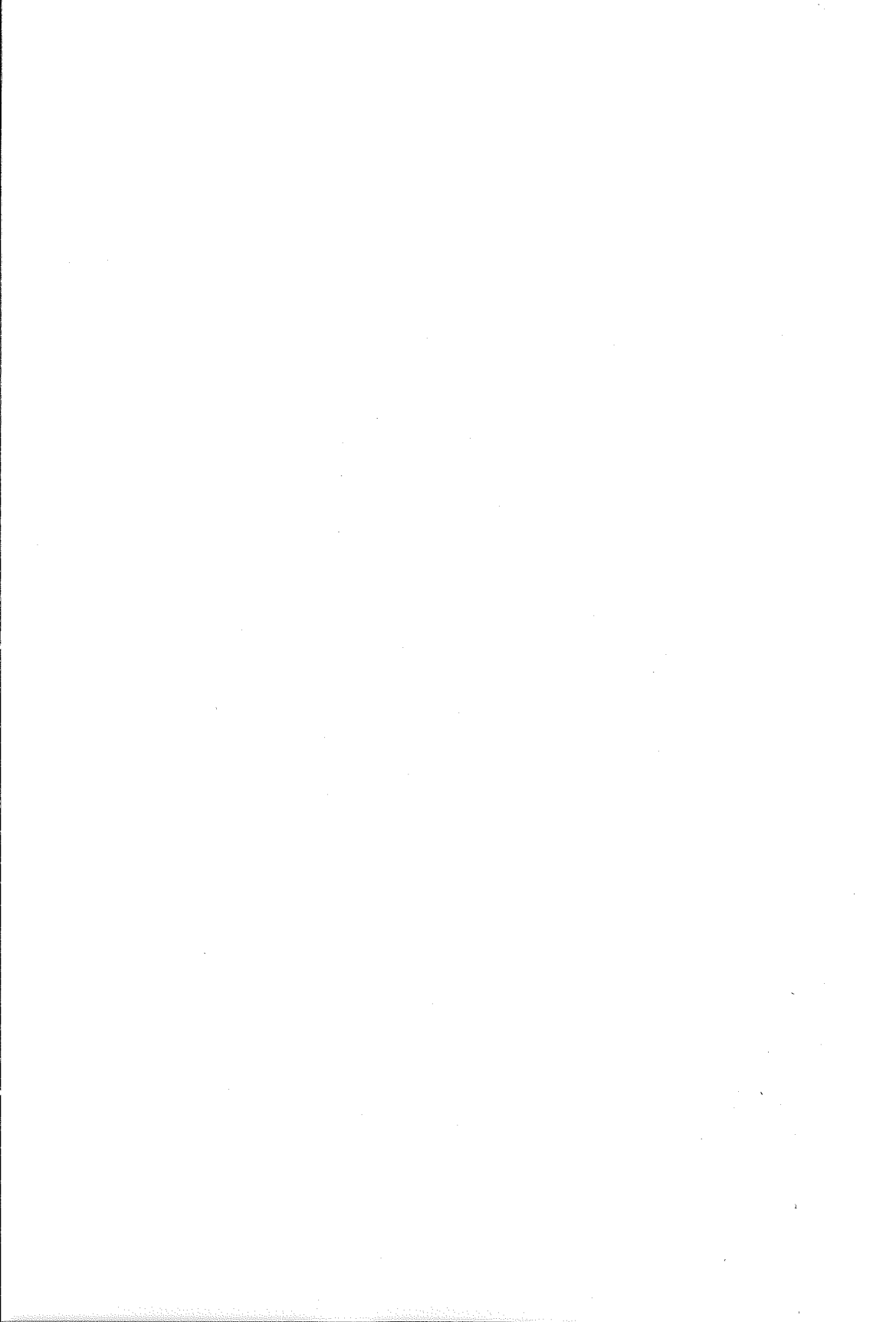
**Özüğür, Ali İhsan**, Mal Rejimleri, 3. Bası, İstanbul 2006.

**Şıpka, Şükran**, Aile Konutu İle İlgili İşlemlerde Diğer Eşin Rızası, 2. Bası, İstanbul 2004.





# KAMU HUKUKU



# BİRLEŞMİŞ MİLLETLER İNSAN HAKLARI KOMİTESİ KARARLARINDA ÖZEL YAŞAM HAKKI

Yard. Doç. Dr. Songül ATAK\*

## I- GENEL OLARAK

Uluslararası alanda kabul edilmiş olan genel insan hakları belgelerinin hemen hepsinde özel yaşam, aile yaşamı, konut ve haberleşme hakkı koruma altına alınmış ve bunlara yönelik yasa dışı ve keyfi müdahaleler yasaklanmıştır<sup>1</sup>. Özel yaşam, aile yaşamı, konut ve haberleşme hakları birbiriyle kesişen ve bir bütün oluşturan “özel yaşamın” farklı unsurları olduğu için, söz konusu belgelerde bu haklar aynı madde içinde düzenlenmiştir.

Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi de<sup>2</sup> bu hakları güvence altına alan belgeler arasında yer almaktadır. Bu konu, Sözleşmenin 17. maddesinde şöyle düzenlenmiştir:

1. Hiç kimsenin özel yaşamına, ailesine, konutuna ve haberleşmesine yasa dışı ya da keyfi bir şekilde müdahalede bulunulamaz, kimsenin onur ve saygınlığına yasa dışı bir şekilde saldırılmaz.

---

\* Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

<sup>1</sup> Bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi 12. madde; Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi 16. madde; Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi 11. madde; Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 8. madde; Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı 7. madde.

<sup>2</sup> Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi 1966 yılında kabul edilmiş, 1976 yılında da yürürlüğe girmiştir. 01.11.2007 tarihi itibarıyla, Sözleşmeye taraf olan devlet sayısı 160'tır.

2. Herkes bu tür müdahalelere karşı yasa tarafından korunma hakkına sahiptir.

Sözleşmenin içerdiği hakların uygulanmasını izlemek ve taraf devletlerin bu haklara saygı gösterip göstermediğini denetlemek amacıyla kurulmuş olan İnsan Hakları Komitesi de<sup>3</sup> 17. maddeye ilişkin olarak yayınlamış olduğu 16 sayılı Genel Yorumda<sup>4</sup>, bu madde içinde yer alan kavramlara açıklık getirmiş ve bu hakların korunması konusunda devletlere düşen yükümlülükleri ele almıştır<sup>5</sup>.

Sözleşmede yer alan hakların ihlalden mağdur olduğunu ileri süren bireyler tarafından yapılan şikayetleri inceleme yetkisine sahip olan İnsan Hakları Komitesi, sayıları çok fazla olmamakla beraber, 17. maddenin ihlali iddiasını içeren şikayetleri de incelemiştir<sup>6</sup>.

Bu çalışmada özel yaşam hakkının içeriği ele alınmış ve bu hakkın ihlalden mağdur olduğunu ileri süren bireyler tarafından yapılan şikayetler hakkında İnsan Hakları Komitesinin vermiş olduğu kararlar incelenmiştir.

---

<sup>3</sup> İnsan Hakları Komitesi 1976 yılında kurulmuş ve 1977 yılında çalışmaya başlamıştır.

<sup>4</sup> CCPR General Comment No.16, Thirty-second session, 08.04.1988.

<sup>5</sup> Komite, Sözleşmede yer alan kuralları yorumlayan, bunların uygulama alanına açıklık getiren ve taraf devletlerin Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmelerine yardımcı olan Genel Yorumlar yayınlamaktadır. Komite şimdiye kadar otuz bir tane Genel Yorum yayınlamıştır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. <http://www.ohchr.org/english/bodies/hrc/comments.htm>

<sup>6</sup> Bireysel şikayet başvurularını inceleme yetkisi, 1976 yılında yürürlüğe girmiş olan Birinci Seçmeli Protokol ile İnsan Hakları Komitesine tanınmıştır. Ancak Komitenin şikayet başvurularını inceleyebilmesi için, hakkında şikayet yapılan devletin hem Sözleşmeye hem de Protokole taraf olması gerekir. Birinci Seçmeli Protokolü 01.11.2007 tarihi itibarıyla, 110 Devlet onaylamıştır. Komitenin çalışmaya başladığı 1977 yılından bu yana kayda geçirilen bireysel şikayet sayısı 01.11.2007 tarihi itibarıyla 1612'dir.

## II- ÖZEL YAŞAM HAKKI

Özel yaşam hakkının tanımı ve bu hakkın kapsamına nelerin girdiği, yoğun bir şekilde tartışılan bir konudur. Özellikle hızla gelişen teknolojiler bu hakkın uygulama alanını her geçen gün genişletmekte ve özel yaşamın korunmasını günümüzde daha önemli hale getirmektedir.

Özel yaşam hakkı, insan hakları içtihadında yaşam hakkı, özgürlük ya da kölelik yasağı gibi diğer geleneksel kişisel haklardan daha az yer tutmuştur. Özel yaşam hakkı açık bir şekilde ancak 20. yüzyılda tanınmıştır<sup>7</sup>.

Özel yaşam hakkı, günümüzde uluslararası toplum tarafından temel bir insan hakkı olarak tanınmaktadır. Ancak uluslararası alanda kabul edilmiş olan insan hakları belgelerinde bu hak korunmuş olmakla beraber, hakkın alanı açık bir şekilde tanımlanmamıştır.

Örneğin, insan haklarının korunması konusunda en etkili korumaya mekanizması sağlayan belge olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de bu hakkı güvence altına almış ancak hakkın tanımına yer vermemiştir<sup>8</sup>.

Sözleşmenin ihlaline ilişkin bireysel başvuruları inceleme yetkisine sahip olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de “özel yaşam” kavramının tüketici bir tanımını yapmanın mümkün olmadığı ve bunun gerekli de olmadığı görüşündedir. Mahkeme’ye göre, özel yaşam bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak geniş bir kav-

<sup>7</sup> Richard CLAYTON- Hugh TOMLINSON, *Privacy and Freedom of Expression*, Oxford University Press, Great Britain, 2001, s.2.

<sup>8</sup> Bu hak “özel yaşamın ve ailenin korunması” başlığı altında Sözleşmenin 8. maddesinde şöyle düzenlenmiştir;

1- Herkes özel yaşamına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2- Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.

ramdır<sup>9</sup>. Ancak, bu kavramı bireyin kendi kişisel yaşamını kendi seçtiği bir “iç alanla” sınırlamak ve bu alanın içinde yer almayan dış dünyayı bu alanın tümüyle dışında tutmak çok sınırlayıcı bir yaklaşım olur. Özel yaşama saygı hakkı diğer insanlarla ilişkiler oluşturma ve geliştirme hakkını da belli derecede içermelidir<sup>10</sup>.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özel yaşam kavramının tüketici bir tanımını yapmaktan kaçınmış olmakla beraber, özel yaşama saygı hakkını düzenleyen 8. maddenin ihlali ile ilgili olan bireysel başvuruları incelerken nelerin özel yaşam alanına girdiğine açıklık getirmiştir. Mahkemenin özel yaşam hakkı kapsamında ele aldığı başlıca konular şunlardır; kişinin bedensel ve ruhsal bütünlüğüne ilişkin düzenlemeler<sup>11</sup>, kişinin kimliğine ilişkin bilgiler<sup>12</sup>, kişisel verilerin toplanması ve kullanılması<sup>13</sup>, eşcinsel ilişkiler de dahil olmak üzere cinsel yaşama ilişkin davranışlar<sup>14</sup>, çevre kirliliği ve gürültü<sup>15</sup>, haberleşmeye müdahale ve telefonların dinlenmesi<sup>16</sup>, aile yaşamına müdahale<sup>17</sup> ve konuta müdahale<sup>18</sup>.

<sup>9</sup> Costello-Roberts v. UK, 13134/87, 25.03.1993, prg.36.

<sup>10</sup> Niemietz v. Germany, 13710/88, 16.12.1992, prg.29; Bensaid v. UK, 44599/98, 06.02.2001, prg.47.

<sup>11</sup> X and Y v. the Netherlands, 8978/80, 26.03.1985.

<sup>12</sup> Gaskin v. UK, 10454/83, 07.07.1989.

<sup>13</sup> Z. v. Finland, 22009/93, 25.02.1997; X v. UK, 9702/87, 06.10.1982; Rotaru v. Romania, 28341/95, 04.05.2000.

<sup>14</sup> Dudgeon v. UK, 7525/76, 22.10.1981; Norris v. Ireland, 10581/83, 26.10.1988.

<sup>15</sup> Lopez Ostra v. Spain, 16798/90, 09.12.1994; Guerra and Others v. Italy, 14967/89, 19.02.1998.

<sup>16</sup> Golder v. UK, 445170, 21.02.1975; Klass and Others v. Germany, 5029/71, 06.09.1978; Malone v. UK, 8691/79, 02.08.1984; Boyle and Rice v. UK, 9659/82, 27.04.1988; Halford v. UK, 20605/92, 25.06.1997; Niedbala v. Poland, 27915/95, 04.07.2000; Matwiejczuk v. Poland, 37641/97, 02.03.2004.

<sup>17</sup> Sen v. the Netherlands, 31465/96, 21.12.2001; Boughanemi v. France, 22070/93, 24.04.1996; Moustaquim v. Belgium, 12313/86, 18.02.1999; Keegan v. Ireland, 16969/90, 26.05.1994; Marckx v. Belgium, 6833/74, 13.06.1979.

<sup>18</sup> Niemietz v. Germany, 13710/88, 16.12.1992; Gillow v. UK, 9063/80, 24.11.1986; Buckley v. UK, 20348/92, 25.09.1996.

Kişinin yaşam alanının bir kısmını kamuya açık olan alan oluşturur. İster toplum içinde meydana geldikleri için olsun, ister ilgili kişi belirli bir aleniyet verdiği için herkesçe bilinen olaylardan oluşan yaşam çevresine, kamuya açık alan denir<sup>19</sup>.

İkisel olarak, özel yaşam hakkı kamusal alandaki özel eylemleri de içerir. Farklı olma hakkı, eşcinsel olma hakkı ya da toplum tarafından onaylanmayan olaylar içinde yer alma gibi, özel yaşamdan kaynaklanan bu hakların hepsi keyfi ya da yasa dışı müdahalelere karşı kamusal alanda korunmayı hak etmektedir<sup>20</sup>.

Değişen koşullara, kurumlara, yaşam koşullarına ve teknolojiye bağlı olarak kamusal ve özel alanın kapsamı içinde değerlendirilen konular zaman içinde değişmiştir. Belirli konuların kamusal alan dışına çıkarılıp özel alana dahil edilmesine ilişkin değişim genellikle yavaş olmuştur. Bazı insanlar ve gruplar tarafından özel alana dahil kabul edilen bazı konular ise, diğerleri tarafından kamusal alan içinde değerlendirilmiştir<sup>21</sup>.

Örneğin, telefonların dinlenmesi konusu günümüzde tartışmasız bir şekilde özel yaşam hakkı kapsamında ele alınan bir konudur. Ancak 1928 yılında *Olmstead v. Birleşik Devletler* kararında<sup>22</sup>, Amerikan Yüksek Mahkemesi bu konunun özel yaşam hakkı kapsamında ele alınamayacağını çünkü telefon dinlemenin kişinin evinin içine girilmeden evin dışından yapıldığını ve bu nedenle özel yaşama yönelik bir müdahale olarak kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.

Günümüzde de bazı demokratik toplumlarda özel yaşamın korunması değişik şekillerde yorumlanabilmekte ve farklı yasal düzenlemelere tabi olabilmektedir. Örneğin, İngiltere telefonların dinlenmesi konusunda ABD'den daha esnek bir yasal düzenlemeye

<sup>19</sup> Mustafa DURAL- Tufan ÖĞÜZ, *Türk Özel Hukuku*, Cilt II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002, s.125-126.

<sup>20</sup> Manfred NOWAK, *UN Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Arlington, USA, 2005, s.379.

<sup>21</sup> Daniel J. SOLOVE, *Conceptualizing Privacy*, *California Law Review*, Vol.90, 2002, s. 1132.

<sup>22</sup> U.S. Supreme Court, *Olmstead v. US*, 277 U.S. 438 (1928).

sahiptir. Birçok Avrupa ülkesi ise, kişisel veri kayıtları konusunda ABD'den daha kapsamlı koruma sağlamıştır<sup>23</sup>.

Nelerin özel yaşam alanına girdiği ve bu açıdan korunması gerektiği sorunu, öncelikle üzerinde durulması gereken bir konudur. Özel yaşam kavramı içinde ele alınan konuların başında şunlar gelmektedir; kişinin yalnız kalabilme hakkı, kendi bedeni üzerinde kontrolü, eşcinsel ilişkiler de dahil olmak üzere cinsel yaşamı, kimliğine ilişkin bilgiler de dahil olmak üzere kişisel verilerinin korunması, izlenmeye maruz kalmaması, mahremiyetine saygı gösterilmesi, evine izinsiz girilememesi, yasa dışı ve keyfi şekilde üstünün ve evinin aranmaması, telefonlarının dinlenmemesi, onur ve saygınlığını koruyabilmesi, başkalarıyla duygusal ilişkiler kurabilmesi ve geliştirilmesi, medyanın müdahalesine maruz kalmaması, özel fotoğraflarının izinsiz yayınlanmaması.

Gizlilik ve bağımsızlık, özel yaşamın temel öğeleridir. Özel yaşam, bireyin, "dingin ve rahat bırakılma hakkı"na sahip olduğu "kendine özgü alanı"dır. Bağımsızlık, kişinin en geniş anlamında, yaşam biçim ve türünü, davranışlarını, kişisel eylemlerini tercih etme hakkıdır. Gizlilik ilkesi, üçüncü kişilerin merak alanı dışında tutulan varlık ortamı olup her bireyin kişisel, ilişkisel ve ailesel yaşamına dışarıdan müdahaleye karşı mahremiyettir<sup>24</sup>.

Özel yaşam hakkı, hem negatif hem de pozitif bir haktır. O, devletin yalnızca müdahale etmemesini ifade etmez. Devlet, aynı zamanda yasalar ve diğer araçlarla bu hakkı koruma yükümlülüğü altındadır. Özel yaşam hakkının güvence altına alınabilmesi için, devlet bu hakkı sınırlayan müdahalelere karşı etkin bir şekilde mücadele etmeli ve bu hakkın kullanılabilmesi için etkili önlemler almalıdır.

Özel yaşama yönelik müdahaleler yalnızca kamu görevlileri tarafından değil özel şahıslar tarafından da gerçekleştirilebilir. Özel

<sup>23</sup> Whitfield DIFFIE-Susan LANDAU, *Privacy on the Line, The Politics of Wiretapping and Encryption*, The MIT Press, USA, 1999, s. 127.

<sup>24</sup> İbrahim Ö. KABOĞLU, *Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı*, Afa Yayınları, İstanbul, 1999, s.189.



şahıslar tarafından özel yaşam alanına müdahale, özellikle kişinin özel yaşamına medyanın müdahalesi bağlamında ortaya çıkmaktadır. Bu çok değişik biçimlerde olabilir, fotoğrafların ve kişisel bilgilerin izinsiz yayınlanması, gazeteciler ve fotoğrafçılar tarafından rahatsız edilme de bunlara dahildir. Bu etkinlikler özel hukuk alanına girmekle beraber, dolaylı olarak vatandaşların özel yaşam haklarının korunması konusunda devletin pozitif yükümlülüğünü gündeme getirmektedir<sup>25</sup>.

Özel yaşam hakkının üzerinde uzlaşılan bir tanımını yapmak zordur. Bugüne kadar bu alanda yapılan çalışmalarda konuya ilişkin farklı yaklaşımlar ortaya konulmuştur.

Özel yaşam hakkına ilişkin farklı yaklaşımlar ortaya konulmuş olmasına rağmen, bunların çoğu bu hakkı bireyin egemenlik alanına müdahaleyi sınırlayan bir hak olarak tanımlamaktadırlar. Özel yaşama ilişkin görüşler arasındaki farklılıklardan birçoğu, bu egemenlik alanının değişik tanımlarından kaynaklanmaktadır<sup>26</sup>.

Özel yaşam hakkına ilişkin ilk önemli çalışma, 1890 yılında Samuel D. Warren ve Louis D. Brandeis tarafından "The Rights to Privacy" başlığı altında yayınlanmıştır. Harvard Law Review'de yayınlanan makale, bu alanda yapılan sonraki çalışmalar açısından önemli bir temel oluşturmuştur.

Söz konusu makalede, siyasal, toplumsal ve ekonomik gelişmelerin yeni hakların kabulünü gerekli kıldığı gerçeği üzerinde durulmuştur. Yazarlara göre, hukuk önceleri yaşam hakkına ve mülkiyete yönelik sadece fiziksel müdahalelere karşı çözüm yolları sağlamaktaydı. Ancak aşamalı olarak yasal hakların alanı genişlemiş; ve şimdi yaşam hakkı, yaşamdan hoşlanma hakkına, kişinin yalnız kalma hakkına; özgürlük hakkı kapsamlı medeni ayrıcalıkların kullanılmasının güvence altına alınmasına; mülkiyet hakkı ise maddi ve manevi her türlü aidiyet biçimini içine alan bir hakka

<sup>25</sup> CLAYTON-TOMLINSON, a.g.e., s.4.

<sup>26</sup> Mark ALFINO- G. Randolph MAYES, "Reconstructing the Right to Privacy", Social Theory and Practice, Vol. 29, No.1, January 2003, s.3.

dönüştürmüştür<sup>27</sup>. Yazarlar, özellikle yeni buluşların ve iş yaşamında uygulanan yeni yöntemlerin kişilerin korunabilmesi ve “yalnız kalma hakkının” güvence altına alınabilmesi için yeni adımların atılmasını zorunlu kıldığı gerçeği üzerinde durmuşlardır<sup>28</sup>.

Warren ve Brandais, özel yaşam sorununu ağırlıkta özel bilgilerin açıklanmasıyla bağlantılı izole edilmiş eylemler olarak tanımlamışlardır. Bunun nedeni, söz konusu dönemde kişiye ilişkin bilgilerin gizliliğinin korunmasının önemli bir sorun oluşturmasıdır. Makalenin kaleme alındığı 1890’larda bilginin gizliliğine yönelik kaygı öncelikle telgraf ve mektupların gizliliği ile nüfus sayımı sırasında kişinin dini ve evlilik durumuna ilişkin soruların yasallığı üzerinde ya da bireylerin basında çıkan haberlerle ilgili şikayetleri üzerinde yoğunlaşmıştır<sup>29</sup>.

Makalenin üstünden geçen yüzyıllık zaman süresince özel yaşam hakkına ilişkin açıklanan görüşlerde, özel yaşam hakkının önemi ve hukuk tarafından korunması gerektiği konusunda görüş birliği vardır. Ancak özel yaşam hakkının tanımı konusunda görüş birliği söz konusu değildir. Bu konuda ortaya konulan görüşler arasında özellikle birkaç tanesi dikkat çekmektedir.

Bunlardan biri, özel yaşam hakkını kişisel özerklik tarafından desteklenen bir hak olarak değerlendiren görüştür. Bu görüşe göre, özel yaşam hakkının merkezinde kişisel özgürlük ve özerklik nosyonu yatmaktadır<sup>30</sup>. Bu görüş, özel yaşamı özerkliğin sınırları içinde ele almaktadır<sup>31</sup>. Bireyin özerklik alanı, diğerlerinin özgür-

<sup>27</sup> Samuel D. WARREN- Louis D. BRANDEIS, “The Right to Privacy”, Harvard Law Review, Vol. IV, No.5, December 15, 1890, s.193.

<sup>28</sup> WARREN-BRANDEIS, a.g.m., s.195.

<sup>29</sup> Michael GROSSBERG, “Some Queries About Privacy and Constitutional Rights”, Case Western Reserve Law Review, Vol. 41, No. 3, 1991, s.859.

<sup>30</sup> CLAYTON-TOMLINSON, a.g.e., s.2.

<sup>31</sup> Ken GORMLEY, “One Hundred Years of Privacy”, Wisconsin Law Review, Issue 5, 1992, s.1337.

lük alanına dokunmayan eylem alanını ifade eder. Bu alan kişinin yaşamını kendi istek ve beklentilerine göre şekillendirdiği alandır<sup>32</sup>.

Özel yaşam konusunda kabul gören diğer bir görüş de, bu hakkı kişisel bilgiler üzerinde denetim yolu olarak gören görüştür. Bu görüşü savunanlara göre, özel yaşam hakkı, bireyin kendisi hakkındaki bilgileri, bu bilgilere ulaşmayı sınırlama hakkı da dahil olmak üzere, denetleyebilme hakkını içerir<sup>33</sup>. Özel yaşam hakkı bireylerin, grupların ya da kurumların kendileri hakkındaki bilgilerin ne zaman, ne şekilde ve ne ölçüde diğer kişilerle paylaşılacağına kendilerinin karar vermesi talebidir<sup>34</sup>.

Özel yaşam hakkı konusunda karma bir yaklaşımı savunan görüş de yaygın bir şekilde kabul gören görüşler arasında yer almaktadır. Bu görüşe göre, özel yaşam hakkı bireyin toplumdan çekilme, mahremiyet, tanınmazlık ve saklama isteğini tanımlamaktadır<sup>35</sup>. Toplumdan çekilme, kişinin diğerlerinin denetiminden uzaklaşarak yalnız kalabilmesidir. Mahremiyet, kişinin samimi ve rahat ilişkiler kurduğu yakın çevresi ile özel yaşamını paylaşmasıdır. Tanınmazlık, kişinin kimliği tanınmadan ve denetim altında olmaksızın kamusal alanda ve kamusal eylemlerde bulunabilmesidir. Saklama, kişinin kendisine ilişkin bilgilerin diğerleri tarafından öğrenilmesini sınırlayabilmesi ve diğerlerinin de bu talebe saygı göstererek kabul etmesidir<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Sarah JOSEPH-Jenny SCHULTZ-Melisa CASTAN, *The International Covenant on Civil and Political Rights, Cases, Materials and Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2004, s. 477.

<sup>33</sup> DIFFIE-LANDAU, a.g.e., s. 126.

<sup>34</sup> Alan F. WESTIN, *Privacy and Freedom*, Athenaeum, New York, 1967, s.7.

<sup>35</sup> WESTIN, a.g.e., s.31-32.

<sup>36</sup> Stephen T. MARGULIS, "On the Status and Contribution of Westin's and Altman's Theories of Privacy", *Journal of Social Issues*, Vol. 59, No.2, 2003, s.412; Lubor C. VELECKY, "The Concept of Privacy", *Privacy*, John B. Young (Ed), John Wiley and Sons Ltd, Malta, 1978, s.18-19.

### III- İNSAN HAKLARI KOMİTESİNİN KARARLARI

#### A- ÖZEL YAŞAM HAKKI

Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 17. maddesi özel yaşam, aile yaşamı, konut ve haberleşme hakkını koruma altına almakta ve bunlara yönelik yasa dışı ve keyfi müdahaleleri yasaklamaktadır.

Bu maddenin taraf devletlere yüklediği yükümlülük, yalnızca negatif bir yükümlüğü değil, aynı zamanda pozitif yükümlülüğü de içermektedir. İnsan Hakları Komitesi 17. maddeye ilişkin yayınlamış olduğu 16 Sayılı Genel Yorumda devletin bu konudaki yükümlülüğünü şöyle açıklamaktadır<sup>37</sup>; bu hak, devlet yetkililerinden ya da gerçek ya da tüzel kişilerden gelsin, bu türden her müdahale ve saldırıya karşı güvence altına alınması gereken bir haktır. Bu maddenin yüklediği yükümlülük, devletin bu tür müdahalelerin ve saldırıların yasaklanması ve aynı zamanda bu hakkın korunması amacıyla yasal ve diğer önlemleri almasını gerektirir.

Komite, söz konusu Genel Yorumda, bu maddede yer alan aile yaşamı, konut ve haberleşme kavramlarına açıklık getirmiş, ancak özel yaşam kavramı hakkında açıklama yapmamıştır.

Bununla beraber, eşitlik hakkını güvenceye alan 3. maddeye ilişkin hazırladığı 28 sayılı Genel Yorumda<sup>38</sup>, özel yaşama yönelik cinsiyete dayalı bazı ihlalleri ele almıştır. Komiteye göre, kısırlaştırma konusunda kocanın izninin aranması ya da belli bir sayıda çocuğa sahip olmak ya da belli bir yaşta olmak gibi genel şartlar koymak ya da kürtaj olmak isteyen kadınları devlete bildirmek konusunda doktorlar ve diğer sağlık personeline yasal görev yüklemek gibi uygulamalar, kadımların özel yaşamına yönelik müdahalelerdir. Kadınların özel yaşam hakkı, işe alınmadan önce kadınlardan gebelik testi isteyen işverenler gibi özel şahıslar tarafından da ihlal edilmektedir.

<sup>37</sup> General Comment No.16, prg.1.

<sup>38</sup> CCPR General Comment No. 28, Sixty-eight Session, 29.03.2000, prg.20.

Komite, özel yaşam kavramının neyi ifade ettiği konusuna ilk olarak Coeriel ve Aurik v. Hollanda (453/1991)<sup>39</sup> vakasında açıklık getirmiştir. Komiteye göre, özel yaşam kavramı, kişinin başkalarıyla ilişki içinde ya da yalnız başına yaşamını sürdürebildiği ve kendi kimliğini özgürce açıklayabildiği bir yaşam alanını ifade etmektedir.

Komite, özel yaşam alanına nelerin dahil olduğu konusundaki yaklaşımını ise 17. maddenin ihlali iddiasını içeren şikayetleri incelerken ortaya koymaktadır. Komite şimdiye kadar özel yaşam alanı içinde özellikle kimlik hakkı, cinsel yönelim, eşcinsellerin evliliği ve kürtaj gibi konuları ele almıştır. Özel yaşam alanına giren konuların genişliği göz önüne alındığında, İnsan Hakları Komitesi kararlarının bu çeşitliliği yansıtmadığı görülmektedir. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine çevre kirliliği ve gürültü de dahil olmak üzere özel yaşam alanı içinde yer alan çok sayıda konuya ilişkin başvuru iletilmişken, Komiteye özel yaşam hakkının ihlali iddiasıyla yapılan şikayetler kimlik hakkı, cinsel yönelim, eşcinsellerin evliliği ve kürtaj konularıyla sınırlı kalmıştır.

Kimlik hakkını özel yaşam kapsamı içinde ele alan Komite, kişilerin kendi atalarıyla olan ilişkilerinin kendi kimliklerinin önemli bir parçasını oluşturduğunu kabul etmiştir. Hopu ve Bessert v. Fransa (5491/1993)<sup>40</sup> vakasında başvurucular Tahiti'deki geleneksel bir mezarlık alanı üzerine bir otel kompleksi inşa edilmesinin onların tarihleri, kültürleri ve yaşamlarında önemli yer tutan, atalarına ait mezarlık topraklarını yok edeceğini, kendi aile bireyleri de bu alanda gömülü oldukları için, bu durumun 17. maddeye yönelik bir müdahale oluşturacağını ileri sürmüşlerdir.

Komite şu değerlendirmeyi yapmıştır; başvurucuların ortaya koydukları iddialara bakıldığında, atalarıyla ilişkilerini, kendi kimliklerine dair temel bir unsur olarak değerlendirdikleri anlaşılmaktadır. Bu nedenle, başvurucuların atalarına ait mezarlık toprakları

<sup>39</sup> CCPR/C/52/D/453/1991.

<sup>40</sup> CCPR/C/60/D/549/1993/Rev.1.

üzerine bir otel kompleksi inşa edilmesi başvuruçuların aile ve özel yaşam hakkına müdahale oluşturmaktadır.

Kişinin isim hakkı, Komitenin özel yaşam kapsamında ele aldığı haklar arasında yer almaktadır. Komite, kişinin isminin kişinin kimliğinin önemli bir parçasını oluşturduğunu kabul etmekte ve isim değişikliğini yasaklayan yasal düzenlemelerin ve uygulamaların özel yaşam hakkını ihlal ettiğini belirtmektedir.

Bir bireyin ismi kişisel kimlik belirleme yöntemi olduğu için, bireyin özel ve aile yaşamını ilgilendirmektedir<sup>41</sup>. İsim, kişileri diğer kişilerden ayıran ve toplumsal ilişkilerde onu belirleyen bir tanıtım, bir işarettir. İsim üzerindeki hakkın niteliği uzun süre tartışılmıştır. Bugün hakim olan görüşe göre, isim üzerindeki hak bir kişilik hakkıdır. Bir başka deyişle, isim üzerindeki hak, hukuken korunan kişisel değerlerdendir<sup>42</sup>. İsim üzerindeki hak, kişilik haklarının bütün özelliklerini taşır; mutlak, devredilemez, uzun süre kullanılmasa dahi devam eder<sup>43</sup>.

İsim hakkı konusu, Coeriel ve Aurik v. Hollanda başvurusu ile Komite önüne getirilmiştir. Başvuruçular, Hinduizmi benimseyen ve Hindu din bilginlerinden eğitim almak isteyen kişilerdir. Bu eğitimi alabilmeleri için Hindu ismi almalarının zorunlu olduğu gerekçesiyle soy isimlerini değiştirmek istemişlerdir. Ancak bu yöndeki talepleri yetkili makamlar tarafından reddedilmiştir.

Komiteye göre, kişinin soy ismi, kişinin kimliğinin önemli bir parçasını oluşturmaktadır. Kişinin ismini seçme ve değiştirme hakkının yasa dışı ve keyfi müdahalelere karşı korunması gerekir. Kişinin soy ismini değiştirme talebi yalnızca her bir vakanın kendine özgü koşulları içinde makul sayılabilecek nedenlerle reddedilebilir. Başvuruçuların soy isimlerini değiştirme taleplerinin redde-

<sup>41</sup> Ursula KILKELLY, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:87, İnsan Hakları El Kitapları, No.1, 2005, s.12.

<sup>42</sup> Mustafa DURAL-Tufan ÖĞÜZ, a.g.e., s.154.

<sup>43</sup> Kemal OĞUZMAN- Özer SELİÇİ- Saibe OKTAY, Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler), Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002, s.82.

dilmesi, onların haklarını makul sayılamayacak ölçüde sınırlamaktadır. Bu nedenle söz konusu müdahale keyfidir.

Komite'ye soy isim değişikliğiyle ilgili yapılan diğer bir başvuru da Müller ve Engelhard v. Namibya (919/2000)<sup>44</sup> başvurusudur. Karısının soy ismini aile adı olarak seçmek isteyen kocanın bu talebi yetkili makamlar tarafından reddedilmiştir. Başvurucular bu yöndeki taleplerinin reddedilmesinin Sözleşmenin 17. maddesinde güvence altına alınan özel yaşam hakkını ve 26. maddesinde<sup>45</sup> yer alan ayrımcılık yasağını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir.

Komite, kadının soy isminin aile soy ismi olarak seçme olanağının, kocanın soy isminin seçilmesinden daha katı ve daha zor koşullara bağlanmış olmasının Sözleşmeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. Ancak Sözleşmenin 26. maddesinde yer alan ayrımcılık yasağının ihlal edildiğini saptayan Komite, ayrıca 17. maddenin ihlal edilip edilmediğini incelemeyi gerekli görmemiştir.

Komite, kişinin kimliliğinin isteği dışında değiştirilmesinin 17. maddeyi ihlal ettiği görüşündedir. Monaco de Gallicchio v. Arjantin (400/1990)<sup>46</sup> vakasında bu konu gündeme gelmiştir. Başvuru, Arjantin'de askeri rejim döneminde gerçek kimlik belgesi sahte bir kimlik belgesiyle değiştirilen ve daha sonra başka bir aileye verilen bir çocuğun büyükannesi tarafından yapılmıştır. Çocuk dokuz aylıkken annesi ile birlikte Federal Polis Merkezine götürülmüş ve anneden bir daha haber alınamamıştır.

Çocuğun kimlik belgesinin değiştirilmesinin özel yaşama ve aile yaşamına yönelik keyfi ve yasadışı bir müdahale olduğunu ve bu nedenle 17. maddenin ihlal edildiğini belirten Komite, taraf devletten askeri rejim döneminde kimlikleri değiştirilmiş olan diğer

<sup>44</sup> CCPR/C/74/D/919/2000.

<sup>45</sup> 26. madde; "Herkes kanun önünde eşittir ve hiçbir ayırım gözetilmeksizin kanun tarafından eşit bir şekilde korunma hakkına sahiptir. Bu bakımdan kanun her türlü ayrımcılığı yasaklar ve ırk, renk, cinsiyet, dil, din siyasal ya da diğer görüş, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü gibi herhangi bir temelde yapılacak ayrımcılığa karşı herkesin etkili ve eşit bir şekilde korunmasını güvence altına alır."

<sup>46</sup> CCPR/C/53/D/400/1990.

çocukların da gerçek kimliklerinin saptanmasını ve onlara gerçek isimleri altında yeni kimlik kartı verilmesini istemiştir.

Özel yaşam içinde ele alınan diğer bir konu ise, cinsel yaşama ilişkin faaliyetlerdir. Cinsel faaliyetlerin yasal düzenlemelere tabi tutulması özel yaşama yönelik bir müdahale oluşturur. Müdahaleye, bundan etkilenenlerin, özellikle çocukların korunması için gerekli olan durumlarda izin verilebilir. Kamusal alandaki cinsel davranışlar kamu ahlakının korunması amacıyla sınırlanabilir, ancak devletlerin, kişilerin cinsel faaliyetlerine katı ahlaki sınırlamalar getirmeleri kabul görmemektedir<sup>47</sup>.

Komite, cinsel tercihlerin özel yaşamın bir unsurunu oluşturduğunu kabul etmiş ve eşcinsel ilişkileri yasaklayan yasal düzenlemelerin özel yaşam hakkını ihlal ettiğine karar vermiştir. Bu konu Toonen v. Avustralya (488/1992)<sup>48</sup> başvurusu ile Komite önüne gelmiştir. Başvurucu, Tazmania Ceza Yasasının yetişkin erkekler arasındaki eşcinsel ilişkileri suç sayan maddelerinin özel yaşam hakkını ihlal ettiği gerekçesiyle Komiteye başvurmuş ve bir eşcinsel eylemci ve eşcinsel hakları savunucusu olması nedeniyle, özel yaşamının bu maddelerden dolayı tehdit altında olduğunu iddia etmiştir. Taraf devlet, iptali istenen yasa hükümlerinin, HIV/AIDS'in yayılmasını önlemek amacıyla korunduğunu belirtmiştir.

Komiteye göre, 17. maddede yer alan özel yaşam kavramı yetişkinlerin özel alanda kendi özgür iradeleri ile yaşadıkları cinsel faaliyetleri de içermektedir. Bu hükümler on yıldır uygulanmıyor olmasına rağmen, başvurucunun özel yaşamına yönelik bir tehdit oluşturmaktadır. Kamu sağlığı gerekçesi, eşcinsel ilişkileri suç sayarak HIV/AIDS'in yayılmasını önleme amacını gerçekleştirmek için makul bir araç ya da orantılı bir tedbir sayılamaz. Eşcinsel ilişkileri yasaklayan hükümler, vakanın kendi koşulları içinde "makul olma" testini geçememiştir. Bu nedenle 17. maddenin ihlali söz konusudur.

<sup>47</sup> NOWAK, a.g.e., s.391.

<sup>48</sup> CCPR/C/50/D/488/1992.



Toonen v. Avustralya kararı şu açıdan da dikkat çekmektedir; Komite, ahlaki sorunların tümüyle ve sadece ulusal makamların kararına bırakılabilecek bir konu olmadığını belirtmiş ve bunun tersi bir yaklaşımı, potansiyel anlamda özel yaşama müdahale eden çok sayıda yasanın Komitenin denetiminden muaf tutulmasına neden olacağı gerekçesiyle kabul edilemez bulmuştur<sup>49</sup>.

Komite, Toonen v. Avustralya kararından bu yana geçen süre içinde de, taraf devletlerin sunmuş oldukları raporlara ilişkin yayınladığı sonuç gözlemlerinde<sup>50</sup> Sözleşmeye taraf olan bazı devletlerde eşcinsel ilişkileri yasaklayan düzenlemelere ve ayrımcı uygulamalara dikkat çekmiş ve bu tür düzenlemelerin ve uygulamaların Sözleşme ile bağdaşmadığını belirterek, bunların yürürlükten kaldırılması çağrısını yapmıştır<sup>51</sup>.

<sup>49</sup> Komite bu değerlendirmesi ile daha önceki içtihadından uzaklaşmış olmaktadır. 1982 yılında verdiği Hertzberg vd. v. Finlandiya kararında (61/1979), kamuoyunun ahlak anlayışının farklılık gösterdiğini, evrensel olarak uygulanabilecek ortak bir standardın mevcut olmadığını ve bu nedenle ulusal otoritelere belli oranda takdir hakkı tanınması gerektiğini belirtmiştir. Bu vakada, eşcinsellerle ilgili bazı televizyon programlarının yasaklanmasının ifade özgürlüğünü ihlal ettiği ileri sürülmüş, ancak özel yaşam hakkının ihlali gündeme getirilmemiştir. Finlandiya, bu yasaklamaların toplumda kabul gören ahlak kurallarının bir yansıması olduğunu iddia etmiştir. Komite, eşcinselliğin radyo ve televizyonlarda tartışılacak uygun bir konu olmadığı yönündeki Finlandiya hükümetinin kararını, o programların eşcinsel davranışları teşvik edecek nitelikte olmaları durumunda, sorgulayamayacağını belirtmiş ve söz konusu yasağın Sözleşmede güvence altına alınan ifade özgürlüğünü ihlal etmediğine karar vermiştir.

<sup>50</sup> Sözleşmeye taraf olan devletler, bu Sözleşmede tanınan hakların gerçekleşmesini sağlamak için almış oldukları önlemlere ve bu alanda sağlamış oldukları gelişmelere ilişkin olarak Komiteye rapor sunma yükümlülüğü altındadırlar. Komite raporu inceledikten sonra, raporu veren devlete ilişkin sonuç gözlemlerini kabul eder. Bu gözlemlerde Sözleşme ile bağdaşmadığı düşünülen yasal düzenlemelere ve uygulamalara yer verilerek Komitenin bu yöndeki endişeleri ortaya konulur. Sözleşmenin uygulanmasına ilişkin olumlu gelişmeler varsa bunlar da sonuç gözlemlerinde belirtilir.

<sup>51</sup> CCPR/C/79/Add.89, Zimbabwe, (1998), prg.24; CCPR/C/79/Add.106, Lesotho, (1999), prg.13; CCPR/C/79/Add.97, United Republic of Tanzania, (1998), prg.23; CCPR/CO/76/EGY, Egypt, (2002), prg.19; CCPR/CO/81/NAM, Namibia, (2004), prg.22; CCPR/CO/83/KEN, Kenya, (2005) prg. 27.

Komite, eşcinsel ilişkileri yasaklayan düzenlemeleri özel yaşama müdahale oluşturduğu gerekçesiyle Sözleşmeye aykırı bulurken, eşcinsel evliliklere izin vermeyen yasal düzenlemeleri Sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Komite, bu konuyu Joslin vd. v. Yeni Zelanda (902/1999)<sup>52</sup> başvurusunda ele almıştır.

Başvuru, evlenme talepleri Yeni Zelanda makamları tarafından reddedilen eşcinsel çiftler tarafından yapılmıştır. Başvurucular, 17. maddenin yanı sıra, 23 (1). maddenin de<sup>53</sup> 2(1). madde<sup>54</sup> ile bağlantılı şekilde ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Başvuruculara göre, 2(1). madde ayrımcı olmayan bir şekilde ailenin tanınmasını gerektirmektedir. Evlenme hakkı her türlü ayrımı yasaklayan 2(1). maddenin ışığında yorumlanmalıdır. Yeni Zelanda'da da yürürlükte olan Evlilik Yasası ise, cinsiyete dayalı ayrımcılık yaparak bunu ihlal etmektedir.

Komite, evlilik hakkı konusunda Sözleşmede spesifik bir hüküm yer aldığı için, bu hakkın ihlaline ilişkin herhangi bir iddianın bu hükmün ışığı altında incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Komiteye göre, 23(2). madde<sup>55</sup> bir hakkı, “her insan” “herkes” ve “bütün kişiler” kavramlarıyla değil, “erkek ve kadın” kavramlarıyla tanımlayan tek maddedir. Genel kavramlar kullanılmayıp, “kadın ve erkek” kavramlarının kullanılmış olması, taraf devletlerin 23(2). maddeden kaynaklanan yükümlülüğünün, evliliği bir kadın ile bir erkek arasındaki birlik olarak tanıma yükümlülüğü olduğuna işaret etmektedir. 23(2). maddenin içeriği dikkate alındığında, eşcinsel çiftlere evlilik olanağının tanınmamış olması, Sözleşmenin herhangi bir maddesini ihlal etmemektedir.

<sup>52</sup> CCPR/C/75/D/902/1999.

<sup>53</sup> 23(1). madde, “Aile toplumun doğal ve temel grup birimidir ve toplum ve devlet tarafından korunma hakkına sahiptir”.

<sup>54</sup> 2(1). madde, “Bu sözleşmeye taraf her devlet, kendi ülkesinde bulunan ve kendi yetkisine tabi herkese ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da diğer bir görüş, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da diğer bir statü gibi herhangi bir şekilde ayırım yapılmaksızın, bu Sözleşme ile tanınan haklara saygılı olmayı ve bunları güvence altına almayı taahhüt eder”.

<sup>55</sup> 23(2). madde, “Evlenme çağındaki erkeklerle kadınlara evlenme ve bir aile kurma hakkı tanınır”.

Komite, özel yaşam hakkı kapsamında kürtaj konusunu da incelemiştir. Bu konuyu *Huaman v. Peru* (1153/2003)<sup>56</sup> vakasında ele almıştır. Başvurucu 17 yaşında hamile kalmıştır. Yapılan kontrollerde ceninde anencephaly anomalisi olduğu anlaşılmıştır. Doktorlar hamileliğin sürdürülmesi halinde annenin yaşamının risk altında olacağını belirtmişlerdir. Başvurucu, kürtaj olmaya karar vermiştir. Ancak Peru Ceza Yasası kürtajı yasakladığı için başvurucu, bebeği doğurmak zorunda kalmıştır. Anencephaly anomalisi ile doğan bebek yalnızca dört gün yaşamıştır.

Komite, hamileliği sürdürmenin başvurunun yaşamını tehdit eden bir risk taşıdığı ve ayrıca yaşının küçük olması nedeniyle ciddi psikolojik sıkıntılar yaşayacağı gerçeğinin doktor raporlarında belirtildiğini dikkate almıştır. Komiteye göre, mevcut raporlardan dolayı yetkililer hamileliğin başvurunun yaşamı için risk oluşturduğundan ve doğacak bebeğin yaşama şansının olmadığından haberdardılar. Ancak buna rağmen kürtaja izin verilmemiştir. Başvurucu bu karara karşı başvurabileceği hiçbir etkili yolun olmadığını belirtmiştir. Taraf devlet bu iddiaları çürütmek için hiçbir delil ortaya koymamıştır. Bu durumda başvurunun iddialarına ağırlık verilmelidir. Vakanın koşullarında, başvurunun hamileliğini sona erdirmeye isteğinin reddedilmesi haklı bulunamaz. Bu durum, 17. maddeyi ihlal etmektedir.

*Huaman v. Peru* kararında, kürtaja getirilen sınırlamanın bir insan hakları ihlali olduğu kabul edilmiştir. Ancak Komitenin kararında, başvurunun yaşının küçük olması, hamileliği sürdürmesinin onun yaşamını tehlikeye atması, bebeğin doğumdan sonra yaşayamayacağı gerçeğinin hamilelik sırasında biliniyor olması ve ilgili devletin mevcut yasal düzenlemeyi savunma yoluna gitmemiş olması göz önüne alınmıştır. Bu nedendir ki, kürtajla ilgili olarak ilerde Komite önüne gelecek vakalarda, Komitenin vereceği kararın *Huaman v. Peru* vakasında vermiş olduğu karardan farklı olabileceği ileri sürülmektedir<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> CCPR/C/85/D/1153/2003.

<sup>57</sup> Sarah JOSEPH, "United Nations Human Rights Committee: Recent Cases", *Human Rights Law Review* 6:2, 2006, s. 367.

Komite yayınlamış olduğu bazı sonuç gözlemlerinde de, kürtaja ciddi ölçüde sınırlama getiren yasaların, kadınları sağlıksız koşullarda gizli kürtaj yapmaya zorladığını ve bu durumun kadımların yaşamını ve sağlığını ciddi bir risk altına attığını vurgulayarak bu düzenlemelerin Sözleşme ile bağdaşmadığını belirtmiştir<sup>58</sup>.

Komite ayrıca 28 sayılı Genel Yorumunda da, Sözleşmeye taraf olan devletlerin, kadınların yaşamlarını tehlikeye atan gizli koşullarda kürtaj olmak zorunda kalmamaları için gereken güvenceleri sağlamaları gerektiğini belirtmiştir<sup>59</sup>.

## B- AİLE YAŞAMI HAKKI

17. madde aile yaşamına keyfi ve yasadışı müdahalelerde bulunulmasını yasaklamaktadır. Bu maddenin yanı sıra ayrıca Sözleşmenin 23. maddesi de ailenin korunması ile ilgili hüküm içermektedir. Aile yaşamına yönelik ihlallerle ilgili olarak Komiteye yapılan başvurularda genellikle bu iki maddenin birlikte ihlal edildiği ileri sürülmektedir.

Aile kavramı, niteliği ve yapısı zamanla değişen, çevresi genişleyip daralan bir kurumu ifade etmektedir. Gerçekten, çeşitli zamanlarda ve çeşitli toplumlarda “aile” terimiyle ifade edilmek istenen şey, daima birbirinden farklı olmuştur. Çünkü ailenin çeşitli türleri ve her çağın, her milletin kendine özgü bir aile kavramı vardır<sup>60</sup>. Aile, tarihin oluşu içinde ve farklı kültürlerde değişik şekillerde ve tiplerde ortaya çıkmıştır. Örnek olarak, küçük ve büyük aile tiplerinden, monogami, poliandri ve poligami tipi ailelerden, pedersahi, anaerkil ve modern demokratik aile tiplerinden söz edilebilir<sup>61</sup>.

<sup>58</sup> CCPR/C/79/Add.97, United Republic of Tanzania, (1998), prg.15; CCPR/C/79/Add.110, Poland, (1999), prg. 11; CCPR/C/70/PER, Peru, (2000), prg.20.

<sup>59</sup> CCPR General Comment No.28, 29.03.2000, prg.10.

<sup>60</sup> Turgut AKINTÜRK, Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, İkinci Cilt, Beta, İstanbul, 2003, s.4.

<sup>61</sup> Bilge ÖZTAN, Aile Hukuku, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004, s.4.

Ailenin yapısının ve niteliğinin toplumdan topluma farklılıklar göstermesi gerçeği, Komitenin ailenin net bir tanımını yapmaktan kaçınmasına neden olmuştur. Komite 16 sayılı Genel Yorumda<sup>62</sup> “aile” kavramının ilgili taraf devletlerin toplumunda bu kavrama verilen bütün anlamları kapsayacak şekilde geniş yorumlanması gerektiğini belirtmiş ve taraf devletlere Komiteye sunmuş oldukları raporlarda “aile” kavramına kendi toplumlarında verilen anlama yer vermeleri çağırısı yapmıştır.

Komite 23. maddeye ilişkin 19 sayılı Genel Yorumunda da<sup>63</sup>, “aile” kavramına açıklık getirmeye çalışmıştır. Komiteye göre, “aile” kavramı bazı açılardan devletten devlete, hatta bir devlet içinde bölgeden bölgeye değişebilir. Bu nedenle standart bir tanım ortaya koymak olanaksızdır. Ancak, bir devletin yasaları ve uygulamaları altında bir kişi grubu aile olarak tanımlanıyorsa, 23. maddede tanınan korumanın bu gruba sağlanması gerekmektedir.

Komite, bireysel şikayetlerle ilgili vermiş olduğu kararlarda da aile kavramının geniş yorumlanması ve bu kavram tanımlanırken farklı kültürel geleneklerin de göz önüne alınması gerektiğini belirtmiştir. Örneğin, Ngambi ve Nebol v Fransa (1179/2003)<sup>64</sup> kararında, “aile” kavramının, Sözleşmenin amaçları açısından, ilgili toplumda anlaşıldığı biçimiyle bir aileyi içine alan her şeyi kapsayan bir şekilde anlaşılması gerektiğini belirtmiştir.

Komite, Hopu ve Bessert v. Fransa kararında da, belirli koşullar altında “aile” kavramını tanımlarken kültürel geleneklerin de dikkate alınması gerektiğini belirtmiştir.

Komite evlilik bağı ile birbirine bağlanan eşler ile bunlara soy bağı ile bağlı bulunan kişilerin bir aile oluşturduğunu kabul etmekle beraber, bazı vakalarda bu bağlara ek olarak, aile bireyleri arasında yoğun ve düzenli ilişkilerin ve hatta ekonomik bağların mevcudiyeti gibi ek koşulların varlığını aramıştır.

<sup>62</sup> General Comment No. 16, prg.5.

<sup>63</sup> CCPR, Genel Comment No.19, Thirty-ninth session, 27.07.1990, prg.2.

<sup>64</sup> CCPR/C/81/D/1179/2003.

Örneğin, A.S. v. Kanada (68/1980)<sup>65</sup> vakasında uzun yıllardan beri Kanada'da yaşayan bir kadın, Polonya'da yaşayan kızı ve torununa Kanada'ya giriş vizesi verilmesini istemiş, ancak bu talebi Kanada makamları tarafından reddedilmiştir. Konuya ilişkin şikayeti inceleyen Komite, başvurucunun evlatlık edindiği kızıyla yalnızca iki yıl birlikte yaşamış olduğunu, 17 yıldan beri de ayrı ülkelerde yaşadıklarını göz önüne alarak, onlar arasında bir aile ilişkisinin olduğunun söylenemeyeceği belirtmiş ve bu nedenle 17. maddenin ihlalinin söz konusu olmadığı sonucuna varmıştır.

Komite Canepa v. Kanada (558/1993)<sup>66</sup> kararında, aile ilişkilerinde, diğer koşulların yanı sıra, ekonomik bağımlılığın olup olmadığını da incelemiştir. Başvurucu, Kanada'da çok sayıda suç işlemiş ve hakkında sınır dışı edilme kararı verilmiş bir kişidir. Sınır dışı edilmesinin, Kanada'da kalan annesi, babası ve erkek kardeşi ile olan aile ilişkilerine müdahale oluşturacağını iddia etmiştir.

Komiteye göre, başvurucunun Kanada'da yaşayan ailesi, onun suç işlemesini engelleyememiştir. Başvurucu, bu açılarından ailesinin desteğinin gelecekte ona nasıl yararlı olabileceğini ya da ailesinden ayrılmasının onun durumunu nasıl kötüleştirebileceğini ortaya koyamamıştır. Aile bağları içinde ekonomik bağımlılık da söz konusu değildir. Bu gerçekler dikkate alındığında 17. maddenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmaktadır.

Aile yaşamı ile bağlantılı olarak Komiteye yapılmış olan şikayetlerin bir kısmını, yaşadıkları ülkeden sınır dışı edilmelerine karar verilen yabancıların yaptığı şikayetler oluşturmaktadır. Komite bu yöndeki başvuruları incelerken, bir yandan ilgili kişinin sınır dışı edilmesi konusunda taraf devletin ileri sürdüğü gerekçelerin önemini ve diğer yandan sınır dışı etmenin sonucu olarak aile üyelerinin yaşayacağı zorlukların derecesini göz önüne alarak kararını vermektedir.

---

<sup>65</sup> CCPR/C/12/D/68/1980.

<sup>66</sup> CCPR/C/59/D/558/1993.

Özellikle buldukları ülkede suç işleyen kişilerin sınır dışı edilmesi vakalarında, Komite onların işlediği suçların ağır suçlar olması durumunda, bu durumun başvuru aile yaşamına müdahaleyi haklı göstermeye yettiğini ve makul olduğunu düşünmektedir.

Örneğin, *Byahuranga v. Danimarka* (1222/2003)<sup>67</sup> vakasında Komite, başvuru ailesinin işlediği suçun niteliğini dikkate alarak müdahalenin haklı olduğu sonucuna ulaşmış ve bu nedenle 17. ve 23. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir. Komite'ye göre, aile üyelerinden birinin sınır dışı edilmesi, bu kişinin aile yaşamına yönelik bir müdahale oluşturabilir. Ancak, yalnızca aile üyelerinden bazılarının taraf devlet ülkesinde kalma hakkının olması diğer aile üyelerine de bu ülkede kalma olanağı tanımaz.

Komite, yabancıların bir ülkeden sınır dışı edilmesi durumunda eğer o kişiler sınır dışı edildikleri ülkede göçmenlik yasalarını ihlal etmiş olmanın dışında başka bir suç işlememişlerse daha esnek bir yaklaşım ortaya koymaktadır. *Bahtiyari v. Avustralya* (1069/2002)<sup>68</sup> vakasında verilen karar bu yaklaşımın bir örneğidir. Bu vakada, iltica talebinde bulunan başvuru ailesinin bu talebi inceleme aşamasındayken, eşi ve çocukları yasal olmayan yollardan aynı ülkeye giriş yapmıştır. Taraf devlet, eş ve çocuklar hakkında sınır dışı etme kararı vermiştir.

Komite, başvuru ailesinin ve çocuklarının geldikleri ülkeye geri gönderilmeleri durumunda yaşayacakları zorlukları dikkate almış ve mevcut koşullarda taraf devletin gönderilmeyi haklı kılacak gerekçeleri ortaya koymadığını belirterek, başvuru ailesi ile ilgili nihai karar beklenmeden eş ve çocuklarının sınır dışı edilmesinin onların aile yaşamına yönelik keyfi bir müdahale oluşturacağı sonucuna varmıştır.

Komite, yabancıların sınır dışı edilmesi konusunda göz önüne alınması gereken hususları sonuç gözlemlerinde de ele almış, taraf devletlere bu konuda önerilerde bulunmuştur. Komiteye göre, taraf

<sup>67</sup> CCPR/C/82/D/1222/2003.

<sup>68</sup> CCPR/C/79/D/1069/2002.

devletler yabancıların sınır dışı edilmesine karar verirken onların insan haklarının güvence altına alınması için gerekli özeni göstermeli ve özel yaşamları ile aile yaşamlarına getirilen her sınırlamanın Sözleşme ile uyumlu olmasını güvence altına almalıdır<sup>69</sup>.

Komite aile yaşamının korunmasıyla bağlantılı olarak velayet hakkının kullanımı ile ilgili şikayetleri de incelemiştir. Komiteye göre, Sözleşmenin aile yaşamı için sağladığı koruma, anne ve babanın ayrılmaları durumunda kendi çocuklarıyla düzenli bir şekilde bağlantı kurma hakkını da içerir. Komite, Wim Hendriks v. Hollanda (201/1985)<sup>70</sup> vakasında şu değerlendirmeyi yapmıştır: Boşanma evliliği hukuken sona erdirse de baba veya anneyi kendi çocuğu ile birleştiren bağı sona erdiremez; bu bağ, anne ile babanın evliliklerinin devamına bağlı değildir.

Fei. ve Kolombiya (514/1992)<sup>71</sup> vakasına konu olan olayda başvuru, velayeti babaya bırakılan iki çocuğunu görme hakkının eski kocası tarafından engellendiğini ileri sürmüş ve Kolombiya makamlarının bu konuda yükümlülüklerini yerine getirmeyerek Sözleşmeyi ihlal ettiğini belirtmiştir.

17. maddenin ihlal edilmiş olduğuna karar veren Komite, şu gerekçelere dayanmıştır: Başvurucunun çocukları ile bağlantı kurmasının engellenmesini haklı kılacak hiçbir koşul ortaya konulmamıştır. Bu durumu haklı gösterecek özel koşullarının ortaya konulmaması durumunda, anne ve babadan birinin çocuklarla görüşmesinin engellenmesinin çocukların menfaati açısından en iyi çözüm olduğu kabul edilemez. Taraf devlet, başvurucunun çocukları ile düzenli görüşebilmesini sağlama, başvurucunun lehine olan mahkeme kararlarına uyulmasını güvence altına alma ve ayrıca gelecekte benzer ihlallerin olmamasını garanti etme yükümlülüğü altındadır.

<sup>69</sup> CCPR/CO/73/CH, Switzerland, (2001), prg.15; CCPR/CO/74/SWE, Sweden, (2002), prg.12; CCPR/CO/78/PRT, Portugal (2003), prg.17; CCPR/CO/81/BEL, Belgium, (2004), prg.25; CCPR/CO/80/DEU, Germany, (2004), prg.20; CCPR/C/ITA/CO/5, Italy, (2006), prg.18.

<sup>70</sup> CCPR/C/33/D/201/1985.

<sup>71</sup> CCPR/C/53/D/514/1992.



L.P. v. Çek Cumhuriyeti (946/2000)<sup>72</sup> vakasında da Komite benzer bir yaklaşım ortaya koymuştur. Başvurucuya çocuğunu hafta sonları görme hakkı mahkeme tarafından tanınmış olmasına rağmen, eski eşi mahkeme kararına uymamıştır.

Komiteye göre, 17. madde genel olarak bir ebeveynin kendi çocuğuyla düzenli bağlantı kurma hakkını etkili bir şekilde korumayı içerir. Çocuğun menfaatleri açısından bağlantı kurulmasının engellenmesini gerektiren olağandışı koşullarının varlığı halinde görüşme engellenebilir. Mevcut vakada velayeti alan eş, mahkeme kararına aykırı olarak diğer eşin hafta sonları çocuğunu görmesini engellediği için para cezasına çarptırılmış olmasına rağmen, bu cezalar ne tam olarak uygulanmış ne de başvurucunun haklarını güvence altına almak amacıyla başka önlemlerle değiştirilmiştir. Bu durum 17. maddeyi ihlal etmektedir.

Komite 17. maddenin aile yaşamı için sağladığı korumanın, anne ve babanın kendi çocuklarıyla düzenli bir şekilde bağlantı kurma hakkını da içerdiği görüşünde olmakla beraber, bazı durumlarda devletin bu alana müdahalede bulunabileceğini ve çocukların ebeveynlerinden alınarak devletin bakımı altında tutulabileceğini kabul etmektedir.

Buckle v. Yeni Zelanda (858/1999)<sup>73</sup> vakasına konu olan olayda, yaşları bir ile sekiz arasında değişen altı çocuğuna yeterli bakımı sağlamadığı gerekçesiyle çocukların bakımı başvurucudan alınmıştır. Taraf devlete göre, başvuru çocuklarına bakamayacak durumdadır. Sosyal hizmet uzmanları aileyi güçlendirme ve minimum müdahale yaklaşımı izleyerek bu konuda aile ile görüşmeler yapmıştır. Ancak bu yaklaşım sonuç vermemiştir. Ortada olan deliller, çocukların başvurucunun bakımına bırakılması durumunda onlar açısından zararlı ve travmatik sonuçların ortaya çıkacağını göstermektedir.

Komite, çocukların, annelerinin bakımından alınmasına ilişkin kararın ağır niteliğini kabul ederken, taraf devletin yetkililerininin

<sup>72</sup> CCPR/C/75/D/946/2000.

<sup>73</sup> CCPR/C/70/D/858/1999.

ve mahkemelerin konuya ilişkin ellerindeki verileri dikkatlice incelediğini ve çocukların en iyi menfaatini göz önüne alarak hareket ettiğini kabul etmiştir. Taraf devletin bu konudaki kararını düzenli olarak gözden geçirdiğini ve anneye çocuklarının bakımını geri alma olanağının açık tutulduğunu göz önüne alan Komite, aile yaşamına yönelik keyfi ya da yasa dışı bir müdahalenin olmadığı sonucuna varmıştır.

### C- KONUT HAKKI

17. madde konuta, keyfi ve yasa dışı müdahalede bulunulmasını yasaklamaktadır. Kişinin konutunun korunması özel yaşam hakkının önemli bir boyutunu oluşturmaktadır. Bu hak, kişinin konutuna diğer kişilerin ve kamu görevlilerin izinsiz girmelerine, arama yapmalarına ve burada bulunan eşyaya el koymalarına karşı koruma sağlamaktadır.

Konut, bireye serbestlik sağlayan asgari alanı oluşturur. Gizliliği koruması yanında kişi güvenliği ile mülkiyeti de güvence altına alır. Birey ya da aile yaşamının korunmasında temel öge olan konut serbestçe seçilir; dokunulmaz özelliğiyle kişilerin özel “yuvası” ya da “kalesi” olarak adlandırılabilir<sup>74</sup>.

Komite 16 sayılı Genel Yorumunda konut kavramına açıklık getirmeye çalışmıştır<sup>75</sup>. Komiteye göre., İngilizce’de “home”, Arapça’da “manzel”, Çince’de “zhuzhai”, Fransızca’da “domicile”, Rusça’da “zhilische” ve İspanyolca’da “domicilio” kavramları Sözleşmenin 17. maddesinde kullanıldığı anlamda kişinin oturduğu ya da her zamanki işlerini yürüttüğü yeri belirten bir kavram olarak anlaşılmalıdır. Taraf devletler Komiteye sunacakları raporlarda “aile” kavramının yanı sıra “konut” kavramına da kendi toplumlarında verilen anlama yer vermelidir.

Konutun aranmasıyla bağlantılı olarak yapılan şikayetlerde Komite, öncelikle yapılan aramanın yasaya dayanıp dayanmadığını

<sup>74</sup> KABOĞLU, a.g.e., s. 191-192.

<sup>75</sup> General Comment No.16, prg.5.

incelemektedir. Van Alphen v. Hollanda (305/1988)<sup>76</sup> vakasında başvuru, ev ve işyerinde yapılan aramanın keyfi ve yasa dışı olduğunu ve 17. maddeyi ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Taraf devletin, başvuru evinde ve iş yerinde yapılan aramaların yasaya dayandığı ve keyfi olmadığı şeklindeki iddiasını dikkate alan Komite, 17. maddenin ihlali konusunda başvuru evinde bu iddiasını destekleyecek yeterli delil sunmadığını ve bu nedenle 17. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılamayacağını belirtmiştir.

Coronel vd. v. Kolombiya (778/1997)<sup>77</sup> vakasında başvuru evlilerin askerler tarafından yasa dışı bir şekilde arandığını iddia etmektedirler. Kolombiya Ceza Usul Yasası evlerde arama yapılabilmesi için yargıç kararı aramaktadır. Ancak aramayı yapan askerler, böyle bir karar olmaksızın aramayı gerçekleştirmişlerdir. Bu nedenle aramanın yasa dışı olduğu ileri sürülmektedir.

Komite, arama yapılabilmesi için gerekli olan iznin alınmamış olduğunu ve taraf devletin söz konusu fiili haklı göstermek için hiçbir açıklama yapmamış olduğunu dikkate almış ve bu nedenle 17. maddenin ihlal edilmiş olduğu sonucuna varmıştır.

Garcia v. Kolombiya (687/1996)<sup>78</sup> vakasında başvuru, sivil giyinmiş silahlı kişilerin gece yarısı evin çatısından eve zorla girdiklerini, evin her tarafında arama yaptıklarını, ev halkına sözlü hakaretlerle bulduklarını ve aramaya katılanlardan birinin silahla bir el ateş ettiğini iddia etmiştir. Başvurucuya göre, eve baskın düzenlenmesi ve evde arama yapılması yasaya aykırıdır; çünkü Ceza Usul Yasası gece vakti komando türü bir eylemle baskın yapılmasına, eve çatıdan girilmesine ve havaya ateş açılmasına olanak tanımamaktadır. Taraf devlet ise, başvuru evine yapılan baskının yasaya uygun olarak yapıldığını belirtmiştir.

Başvuruyu inceleyen Komite şu tespitte bulunmuştur: Öncelikle başvuru evine yapılan baskının spesifik koşullarının (baskın gece yarısı maskeli kişilerce yapılmıştır) 17. maddenin

<sup>76</sup> CCPR/C/39/D/305/1988.

<sup>77</sup> CCPR/C/76/D/778/1997.

<sup>78</sup> CCPR/C/71/D/687/1996.

ihlalini oluşturup oluşturmadığına karar verilmelidir. Komiteye göre, konuta yapılan her türlü müdahalenin 17. maddeye uygun olabilmesi için, yalnızca yasal olması yetmez, aynı zamanda keyfi olmaması da gerekir. Taraf devletin söz konusu baskını haklı kılmak amacıyla ileri sürdüğü argümanlar yetersiz kalmıştır. Baskının spesifik koşullarını da göz önüne alan Komite, başvurusunun konutuna yapılan müdahalenin keyfi olduğunu saptamış ve Sözleşmenin 17. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Komite 16 sayılı Genel Yorumda da, kişinin konutunun aranmasının gerekli delillerin aranmasıyla sınırlanması ve bunun taciz düzeyine ulaşmasına izin verilmemesi gerektiğini belirtmiştir<sup>79</sup>.

#### D- HABERLEŞME HAKKI

17. madde kişilerin haberleşmesine keyfi ya da yasa dışı bir şekilde müdahalede bulunulmasını yasaklamaktadır. Haberleşme kavramı öncelikle yazılı mektupları ifade etmesine karşın, bu kavram günümüzde telefon, telgraf, teleks, faks ve elektronik postanın yanı sıra diğer bütün mekanik ve elektronik iletişim biçimlerini de kapsamaktadır<sup>80</sup>.

Haberleşmede ilke, hak öznesinin dilediği kimselerle dilediği biçimde haberleşmesinin engellenmemesi ve bu haberleşmelerin, ilgililerin izin ve onayı olmadan, üçüncü kişilerin algı ve müdahalesinden korunmasıdır<sup>81</sup>.

Komite 16 sayılı Genel Yorumunda haberleşmenin korunması konusunda şu değerlendirmeyi yapmıştır<sup>82</sup>; 17. maddeye uygunluk haberleşmenin bütünlüğünün ve gizliliğinin hem “de jure” hem de “de facto” olarak güvence altına alınmasını gerektirmektedir. Yazışmalar engellenmeden, açılmadan ya da okunmadan ad-

<sup>79</sup> General Comment No.16, prg.8.

<sup>80</sup> NOWAK, a.g.e., s. 401.

<sup>81</sup> KABOĞLU, a.g.e., s.192.

<sup>82</sup> General Comment, No.16, prg.8.

reslerine teslim edilmelidir. Elektronik ya da diğer bir yolla izleme, telefon görüşmelerinin, telgrafların ya da haberleşmenin diğer biçimlerinin engellenmesi, telefonların dinlenmesi ya da konuşmaların kaydedilmesi yasaklanmalıdır.

Görüldüğü gibi Komite, haberleşmenin gizliliğini korumak amacıyla bu alandaki müdahalelere karşı yasal koruma sağlama yükümlülüğünü taraf devletlere getirmektedir. Ancak söz konusu Genel Yorumda, müdahaleye hangi hallerde izin verilebileceği konusuna değinilmemiş, müdahalenin hangi durumlarda makul olacağı konusunda açıklama yapılmamıştır. Komite bu konuyu özellikle tutukluların haberleşmesine müdahale edildiği iddiasını içeren bazı başvurularda ele almıştır.

Komite, cezaevinde bulunan kişilerin haberleşmesinin denetlenmesini ilk olarak Pinkney v. Kanada (27/1978)<sup>83</sup> vakasında ele almıştır. Cezaevinde bulunan başvuru, mektuplarının sansüre tabi tutulduğunu ileri sürmüştür. Taraf devlet, bu iddiayı reddetmemiş ve şu açıklamayı yapmıştır: “Cezaevinde bulunan kişilerin mektuplarının sansüre tabi tutulması, yürürlükteki yasaya dayanılarak yapılmaktadır. Söz konusu yasa, cezaevinde bulunan kişiye gönderilen ya da onun tarafından dışarıya gönderilen her yazışmanın, avukatından gelen ya da avukatına gönderdiği yazışmalar dışında, cezaevi müdürünce ya da onun tarafından bu amaçla görevlendirilen kişice okunabilmesine ve bunların kısmen ya da tamamen sansüre tabi tutulmasına izin vermektedir.”

Komite'ye göre, yasa haberleşme hakkının sınırlanmasına izin verebilir, ancak keyfi uygulamalara karşı yeterli korumayı sağlayacak nitelikte olmalıdır. Cezaevinde bulunan kişilerin yazışmalarının sansüre tabi tutulmasına izin veren yasanın, keyfi uygulamalara karşı yeterli koruma sağlamadığı görülmektedir. Başvuru, mevcut yasadan dolayı mağdur olduğunu gösteren delilleri ortaya koymamış olmasına rağmen, yasanın kendisi Sözleşmenin 17. maddesini ihlal eder niteliktedir.

<sup>83</sup> CCPR/C/OP/1 at 12.

Komitenin bu konuyu ele aldığı başvurulardan bir diğeri ise Estrella v. Uruguay (74/1980)<sup>84</sup> vakasıdır. Başvurucu, tutukluların haberleşmesinin ciddi ölçüde sansüre tabi tutulduğunu belirtmiş ve kendisinin de çok sayıda mektubuna müdahale edildiğini iddia etmiştir.

Komiteye göre, tutukluların haberleşmesinin cezaevi görevlilerince denetime tabi tutulması olağan bir durumdur, ancak 17. madde, bu türden bir önlemin keyfi uygulamalara karşı etkili bir yasal denetime tabi tutulmasını gerektirir. Dahası, sınırlamanın derecesi, Sözleşmenin 10(1). maddesinin<sup>85</sup> tutuklu kişiler için öngörmüş olduğu insani muamele standardına uygun olmalıdır. Tutukluların gerekli denetimler altında, özellikle aileleri ve yakın arkadaşları ile düzenli aralıklarla haberleşme ve ziyaretler yoluyla iletişim kurmalarına izin verilmelidir. Komite, başvurunun haberleşmesine müdahale edildiğini saptamış ve taraf devletin bu durumu haklı kılacak gerekçeler ortaya koymamış olması nedeniyle 17. maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

Komite, tutukluların haberleşmesine yönelik müdahalelerle ilgili yapılan şikayetler konusunda kararını verirken, mektupların ne kadar gecikmeyle iletildiğini de dikkate almaktadır. Örneğin Tomlin v. Jamaika (589/1994)<sup>86</sup> vakasında başvurunun mektuplarının iki buçuk aylık gecikmeyle avukatına ulaştırılmasını keyfi bir müdahale olarak değerlendirmemiş ve bu müdahaleden dolayı 17. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılamayacağını belirtmiştir.

Pinto v. Trinidad ve Tabago (512/1992)<sup>87</sup> vakasında da, başvuru cezaevi yöneticilerin tutum ve davranışlarını eleştirdiği mektuplarına cezaevi yönetimi tarafından el konulduğunu iddia etmiştir. Ayrıca daha sonra Komiteye sunmuş olduğu ek gözlemlerinde de, Komite tarafından daha önce gönderilmiş bulunan bazı

<sup>84</sup> CCPR/C/OP/2 at 93, (1990).

<sup>85</sup> 10(1). madde, "Özgürlüğünden yoksun bırakılan herkese insanca ve insanın özünde bulunan onura saygı gösterilerek muamele edilecektir".

<sup>86</sup> CCPR/C/57/D/589/1994.

<sup>87</sup> CCPR/C/57/D/512/1992.

mektupların kendisine verilmediğini ve kendisinin hazırlamış olduğu cevabın da Komiteye iletilmediğini belirtmiştir.

Komite, başvurucunun yapmış olduğu şikayetin Komite tarafından incelenmesi sürecinde, başvurucunun Komiteye göndermiş olduğu mektupların, taraf devlete yönelik ciddi suçlamalar içeren mektuplar da dahil olmak üzere, aşırı bir gecikme olmaksızın Komiteye ulaşmış olduğu ve mektupların içeriğine müdahale edildiğine ilişkin bir delilin mevcut olmadığı gerçeğini göz önüne alarak 17. maddenin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.

Van Hulst v. Hollanda (903/1999)<sup>88</sup> vakasında telefonların dinlenmesi konusu ele alınmıştır. Başvuruya konu olan iddia şudur: Başvurucunun avukatına karşı yürütülen bir hazırlık soruşturması sırasında başvurucu ile avukatı arasında yapılmış olan telefon görüşmeleri dinlenmiştir. Daha sonra başvurucuya karşı dava açılmıştır. Davaya bakan mahkeme başvurucunun avukatı ile yapmış olduğu, ancak avukat müvekkil ilişkisi ile bağlantılı olmayan telefon görüşmelerinin kayıtlarını delil olarak kullanmış ve başvurucuya ceza vermiştir. Taraf devlete göre, telefonların dinlenilmesi suçla mücadele etmeye yönelik olduğu için meşrudur ve izlenen amaçla orantılıdır; dinlenen görüşmeler içinde, avukat ile müvekkil arasında profesyonel görüşmeleri içermeyenlerin, yalnızca görüşmenin taraflarından birinin avukat olduğu gerçeğine dayanarak, tümüyle dokunulmaz olduğunu ileri sürmek mümkün değildir.

Komite, özellikle avukat ile müvekkilleri arasında yapılan görüşmelerin gizliliğinin korunmasının önemli olduğunu ancak suçları önlemek ve soruşturmak için taraf devletlerin etkili önlemler alma ihtiyacının da göz önüne alınması gerektiğini belirtmiştir. Komiteye göre, Hollanda Ceza Usul Yasası haberleşmeye hangi koşullarda müdahale edilebileceğini ayrıntılı belirtmekte ve bu konudaki kararların yalnızca yasayla yetkili kılınmış olan makamlar tarafından alınmasına olanak tanımaktadır. Ayrıca taraf devlet, avukat ve müvekkil ilişkisi ile bağlantılı olan konuşma kayıtlarını deliller arasından çıkarmıştır. Bu bilgiler göz önüne alındığında,

<sup>88</sup> CCPR/C/82/D/903/1999.

başvurucunun avukatı ile yaptığı telefon görüşmelerinin dinlenilmesi, suçla mücadele meşru amacının başarılması açısından orantılı ve gereklidir. Müdahale vakanın özgün koşullarında makul olduğu için, 17. madde ihlal edilmemiştir.

Haberleşme hakkına yapılan müdahaleler Komitenin yayınladığı sonuç gözlemlerinde de üzerinde önemle durulan bir konudur. Komite, yargısal ya da diğer bir bağımsız denetim mekanizması olmaksızın bireylerin haberleşmesinin denetlenmesinin Sözleşmeyi ihlal ettiğini açıklamış ve haberleşmeye yönelik müdahale konusunda net bir yasal çerçevenin mevcut olması gerektiğini, bu alanda yapılacak herhangi bir müdahalenin mutlaka gerekli olan durumlarda ve yasa tarafından yetki verilen makamların onayı ile yapılmasını ve müdahaleye maruz kalan bireylere hukuki yollara başvurma hakkının tanınması gerektiğini belirtmiştir<sup>89</sup>.

## E- ONUR VE SAYGINLIĞIN KORUNMASI

17. madde kişilerin onur ve saygınlığına yönelik yasa dışı müdahaleyi yasaklamaktadır. Aynı maddede kişilerin özel yaşamına, ailesine, konutuna ve haberleşmesine hem yasa dışı hem de keyfi müdahaleler yasaklanmışken, onur ve saygınlığa yönelik yalnızca yasa dışı müdahalenin yasaklanmış olması dikkat çekicidir.

Bu yaklaşım farklılığının bir ihmalden kaynaklanmadığı, Sözleşme metnini hazırlayanların, kişinin özel yaşamı içinde yer alan onur ve saygınlığının, onun aile, konut ve haberleşme hakkından daha az korumayı hak ettiği düşüncesinde olmalarından kaynaklandığı ileri sürülmüştür. Sözleşme metnini hazırlayan bazı delegeler, kişinin onur ve saygınlığını olumsuz etkileyen bazı haklı yorumların ve gerçek açıklamaların saldırı olarak değerlendirile-

<sup>89</sup> CCPR/C/79/Add.54, Russian Federation, (1995), prg. 19; CCPR/C/79/Add.89, Zimbabwe, (1998), prg.25; CCPR/C/79/Add.106, Lesotho, (1999), prg.24; CCPR/C/79/Add.114, Republic of Korea, (1999), prg.17; CCPR/C/USA/CO/3, United States of America, 2006, prg.21; CCPR/C/HKG/CO/2, Hong Kong Special Administrative Region, (2006), prg.12; CCPR/C/KOR/CO/3, Korea, (2006), prg.9.



meyeceğini belirtmiş ve 17. maddenin yalnızca kişinin onur ve saygınlığını zedeleyen gerçek olmayan iddialara dayanan yasa dışı ve kasıtlı fiillere karşı koruma sağlamasını istemişlerdir<sup>90</sup>.

Onur ve saygınlık insana, insan olması nedeniyle tanınan ve kişilik hakkının konusuna giren manevi kişisel değerlerdendir. Onur kişilerin toplumsal yaşamın bireyi olarak temelde sahip oldukları, saygınlık ise, toplumsal yaşam içindeki ilişkileriyle çevreye karşı kazandıkları manevi değerlerdir<sup>91</sup>.

Onur ve saygınlığa yönelik hukuka aykırı saldırılar çok çeşitli şekillerde ortaya çıkabilir. Bir kimse hakkında asılsız isnatlarda veya ihbarlarda bulunmak, bir kimseden onursuzca bir davranışın beklenebileceği görüşünü bildirmek, bir takım asılsız iddiaları başkasına iletmek, iftira ve hakarete bulunmak, bir kimseyi hakkında gerçeğe uymayan yanlış bilgiler vererek kötülemek gibi davranışların her biri onur ve saygınlığa yönelmiş hukuka aykırı saldırı niteliğindedir. Bu tür saldırılar, söz veya yazıyla yapılabileceği gibi fotomontaj, karikatür ve benzeri yollarla da gerçekleştirilir<sup>92</sup>.

Komite 16 sayılı Genel Yorumda kişilerin onur ve saygınlığının korunması konusunda taraf devletlerin neler yapmaları gerektiğini ortaya koymuştur<sup>93</sup>. Komiteye göre, taraf devletler kişilerin onur ve saygınlığının korunması için gerekli yasal düzenlemeyi sağlama yükümlülüğü altındadırlar. Ayrıca, herhangi bir yasadışı saldırıya karşı herkesin kendisini etkili bir şekilde koruyabilmesini ve bundan sorumlu olanlara karşı etkili hukuk yollarına başvurabilmesini sağlayacak yasal düzenlemeler yapmalıdırlar. Komiteye sunacakları raporlarda, kişilerin onur ve saygınlıklarının yasa tarafından ne ölçüde korunduğuna ve bu korumanın kendi hukuk sistemlerine göre nasıl başarıldığına yer vermelidirler

<sup>90</sup> NOWAK, a.g.e., s.404.

<sup>91</sup> Aydın ZEVKLİLER, Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler, Aile Hukuku, Savaş Yayınları, Ankara, 1995, s. 387.

<sup>92</sup> Bilge ÖZTAN, Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri, Kişiler Hukuku, Birinci Cilt, Beta, İstanbul, 2004, s. 407.

<sup>93</sup> General Comment, No. 16, prg.11.

Bu konuda Komiteye iletilen ihlal iddialarından bazıları basında çıkan haberlerle bağlantılıdır. Örneğin, Gonzalez del Rio v. Peru (263/1987)<sup>94</sup> vakasında başvuru, hükümet yanlısı basın kendisine yönelik onur kırıcı ve karalayıcı yayın yaptığını, bu durumun kendi onur ve saygınlığına yönelik yasa dışı saldırı oluşturduğunu iddia etmiştir.

Komite şu görüşe varmıştır: Başvurucunun dolandırıcılıktan gelir elde etmiş olduğu yönünde yerel ve ulusal gazetelerde çıkan yazılar, bu yayınlar hükümet yanlısı gazeteler tarafından yapılmış olsa dahi, taraf devletin yetkililerine atfedilemez. Ayrıca, başvuru onur kırıcı olduğunu iddia ettiği yayınları yapanlara karşı ülke içinde yasal bir süreç başlatmamıştır. Bu nedenle, 17. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmak mümkün değildir.

I.P. v. Finlandiya (450/1991)<sup>95</sup> vakasında başvuru, vergi borcuna ilişkin bilgilerin vergi müfettişleri tarafından üçüncü kişilere iletilildiğini belirtmiş ve bu durumun onur ve saygınlığına yönelik yasa dışı bir müdahale oluşturduğunu iddia etmiştir. Taraf devlet ise, bilgilerin vergi müfettişleri tarafından açıklanmasının yasal düzenlemeye dayandığını ve olaya dahil olan iki şirketin vergilerini belirlemek için bunun gerekli olduğunu ileri sürmüştür. Taraf devletin bu iddialarını dikkate alan Komite, başvuru onur ve saygınlığına yönelik yasa dışı bir müdahale olduğunu iddiasını kanıtlayamadığı gerekçesiyle başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

Bithashwiwa ve Tshisekedi v. Zaire (241/1987)<sup>96</sup> vakasında ise, Komite, başvuruclardan birinin psikolojik rahatsızlığı olduğu yönünde taraf devletin gerçeğe aykırı açıklamalar yapmış olmasını ve bu açıklamaların basında yer almasını sağlamasını onur ve saygınlığa yönelik müdahale olarak değerlendirmiştir.

Başvuruclardan Bay Tshisekedi, uzun süre tutuklu kalmıştır. Kendisine ne tutuklanma nedenleri konusunda bilgi verilmiş ne de

<sup>94</sup> CCPR/C/46/D/263/1987.

<sup>95</sup> CCPR/C/48/D/450/1991.

<sup>96</sup> CCPR/C/37/D/242/1987.

yargıç önüne çıkarılmıştır. Başvurucu, psikolojik durumunun kötü olduğu gerekçesiyle doktor kontrolüne tabi tutulmaya zorlandığını ve sağlık raporlarının aksini ortaya koymuş olmasına karşın, ruhsal sağlığının bozuk olduğu yönünde basına bilgi verildiğini iddia etmiştir. Komite, bu durumun kişinin onur ve saygınlığına yönelik yasa dışı müdahale oluşturduğu gerekçesiyle 17. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Vargas-Machuca v. Peru (906/2000)<sup>97</sup> vakasına konu olan olayda başvurunun Narkotik Şube Şefi olarak görev yaptığı dönemde, uyuşturucu satıcısı olduğu iddiasıyla gözaltına alınan bir kişi gözaltı merkezinde hayatını kaybetmiştir. Bu olay üzerine başvuru görevinden alınarak tutuklanmış ve bu konuda düzenlenen bir basın konferansına katılmaya zorlanmıştır. Yapılan yargılama sonucunda görevine iade edilmiş olan başvuru, ona karşı yapılan suçlamaların onur ve saygınlığını zedelediğini ve özellikle de bu konuda düzenlenen basın konferansının mesleki yaşamında ilerlemesini zor duruma soktuğunu iddia etmiştir.

Komite, başvurunun suçsuzluğunun Peru mahkemeleri tarafından kabul edildiği ve bunun sonucu olarak da görevine iade edildiği gerçeğini göz önüne alarak 17. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

#### IV- SONUÇ

Hızla gelişen teknolojilerin özel yaşam hakkına müdahaleyi kolaylaştırdığı ve bu hakkı ciddi ölçüde tehdit altına aldığı günümüzde, bu hakkı koruyan ulusal ve uluslararası düzenlemeler oldukça büyük bir önem taşımaktadır.

Her bölgeden çok sayıda devletin taraf olması nedeniyle uluslararası alanda etkili bir belge konumunda olan Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi de bu hakkı koruma altına alan önemli uluslararası belgeler arasında yer almaktadır.

<sup>97</sup> CCPR/C/75/D/906/2000.

Sözleşmenin 17. maddesi özel yaşam, aile yaşamı, konut ve haberleşme hakkı konusunda etkili bir koruma sağlamaktadır. Maddenin 2. fıkrası bu haklara yönelik yasa dışı ve keyfi müdahalelere karşı koruma sağlama görevini taraf devletlere yüklemektedir.

Komite özel yaşam hakkının ihlaline ilişkin şikayetleri incelerken öncelikle 17. maddede güvence altına alınmış olan haklara yönelik bir müdahale olup olmadığını incelemektedir. Müdahale olduğu görüşüne varması durumunda, söz konusu müdahalenin bir yasaya dayanıp dayanmadığını ve keyfi olup olmadığını incelemektedir. Şayet müdahale yasa dışı veya keyfi ise, bu durumda ihlal olduğu sonucuna ulaşmaktadır. Komite, yasa tarafından öngörülen durumlar dışında yapılan her müdahaleyi yasa dışı olarak kabul etmekte ve Sözleşmeye aykırı bulmaktadır.

17. madde özel yaşam hakkına yasa ile sınırlama getirilmesine izin vermiş ancak hangi nedenlerle sınırlama yapılabileceğini belirtmemiştir. 17. maddede sınırlamaya izin verilirken, sınırlama nedenlerinin belirtilmemiş olması ve sınırlamanın sınırının belirlenmemiş olması bir eksikliktir. Her ne kadar Komite, yasa ile getirilecek sınırlamaların Sözleşmenin hükümlerine, amaçlarına ve hedeflerine uygun olmasını ve her bir vakanın kendi koşulları içinde makul olması şartını arasa dahi, Komitenin bu yaklaşımı söz konusu eksikliği gidermeye yetmemektedir. Bu konuda Sözleşmede net bir düzenlemenin olması özel yaşam hakkının daha etkili bir şekilde korunmasını sağlayacaktır.

## KAYNAKÇA

AKINTÜRK, Turgut, Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, İkinci Cilt, Beta, İstanbul, 2003.

ALFINO, Mark - MAYES G. Randolph, "Reconstructing the Right to Privacy", Social Theory and Practice, Vol. 29, No.1, January 2003.

CLAYTON, Richard – TOMLINSON, Hugh, Privacy and Freedom of Expression, Oxford University Press, Great Britain, 2001.

DIFFIE, Whitfield – LANDAU, Susan, Privacy on the Line, The Politics of Wiretapping and Encryption, The MIT Press, USA, 1999.

DURAL, Mustafa - ÖĞÜZ, Tufan, Türk Özel Hukuku, Cilt II, Kişiler Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002.

GORMLEY, Ken, "One Hundred Years of Privacy", Wisconsin Law Review, Issue 5, 1992.

GROSSBERG, Michael, "Some Queries About Privacy and Constitutional Rights", Case Western Reserve Law Review, Vol. 41, No. 3, 1991.

KABOĞLU, İbrahim Ö., Özgürlükler Hukuku, İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı, Afa Yayınları, İstanbul, 1999.

KILKELLY, Ursula, Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesinin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz, Türkiye Barolar Birliği Yayınları:87, İnsan Hakları El Kitapları, No.1, 2005.

JOSEPH, Sarah, "United Nations Human Rights Committee: Recent Cases", Human Rights Law Review 6:2, 2006.

JOSEPH, Sarah - SCHULTZ, Jenny - CASTAN, Melisa, The International Covenant on Civil and Political Rights, Cases, Materials and Commentary, Oxford University Press, Oxford, 2004.

MARGULIS, Stephen T., "On the Status and Contribution of Westin's and Altman's Theories of Privacy", *Journal of Social Issues*, Vol. 59, No.2, 2003.

NOWAK, Manfred, UN, *Covenant on Civil and Political Rights: CCPR Commentary*, Arlington, USA, 2005.

OĞUZMAN, Kemal – SELİÇİ, Özer – OKTAY, Saibe, *Kişiler Hukuku (Gerçek ve Tüzel Kişiler)*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2002.

ÖZTAN, Bilge, *Aile Hukuku*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2004.

ÖZTAN, Bilge, *Türk Medeni Hukuku, Yeni Medeni Kanuna Uyarlanmış Başlangıç Hükümleri*, *Kişiler Hukuku*, Birinci Cilt, Beta, İstanbul, 2004.

SOLOVE, Daniel J., *Conceptualizing Privacy*, *California Law Review*, Vol.90, 2002.

WARREN, Samuel D. – BRANDEIS, Louis D., "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, Vol. IV, No.5, December 15, 1890.

WESTIN, Alan F., *Privacy and Freedom*, Athenaeum, New York, 1967.

VELECKY, Lubor C., "The Concept of Privacy", *Privacy*, John B. Young (Ed), John Wiley and Sons Ltd, Malta, 1978.

ZEVKLİLER, Aydın, *Medeni Hukuk, Giriş ve Başlangıç Hükümleri*, *Kişiler Hukuku, Gerçek Kişiler-Tüzel Kişiler, Aile Hukuku*, Savaş Yayınları, Ankara, 1995.

## FEDERAL ALMANYA'DA ADLİ İNFAZ

### -Genç Bir Sistem Değişim İçinde mi?-

Dr. Matthias MAURER\*

Çev.: Prof. Dr. Yener ÜNVER\*\*

#### I. GİRİŞ

İnfaz hukuku, araştırma ve öğretilerde şimdiye kadar daha çok gölgede kalmış bir şey olsa dahi, geçmişte de çoğu kez üniversitelerde yapılan değerlendirmelerde ele alınmıştır. Kanuni biçimlendirilmesinde, çok daha orantılı genç ve bu nedenle yoğun anayasa hukuku ilişkileriyle gelişmeye elverişli bir materyal söz konusu olmaktadır; başka hiçbir hukuk alanı bireyin özgürlüğüne bu kadar derin müdahale etmemektedir.

İnfaz hukuku, ayrıca günümüzde Almanya'da kanun koyma faaliyetinin en önemli konularından birisini oluşturmaktadır. *Federalizm Reformu* diye adlandırılan reformla birlikte, adli infaza ilişkin kanun koyma yetkisi Federal Devletten federe devletlere devredildi. Çünkü, halen her federe Alman devleti kendi infaz kanununu yapmaktadır.

Bizatihi, bu tür bir reform alanında, bu reformun oluşumu gibi değişimi de, kamuoyu, medya ve içeriksel versiyon olanaklarının tüketimi hakkında belirleyici olan mevcut politik etkiler altında gerçekleşmektedir.

---

\* Federal Almanya Baden-Württemberg Adalet Bakanlığı Adli İnfaz Bölümü / Stuttgart.

\*\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Öğretim Üyesi.

Alman kamuoyu dikkatini -genel olarak ceza hukuku bakış açısında da olduğu gibi- halen özellikle kanunkoyucu ve uygulamanın çeşitli gereklilikler önünde ortaya koyduğu iç güvenlikle ilişkili adli infaz bakış açısına yöneltmektedir. Cezanın infazının amacı, yalnızca bu bağlantı içinde çok önem verilen bir konu değildir. Doğal olarak tebliğim, esaslar ve arka plandaki nedenlerle sınırlandırılmamalı, bunun yanında -bir gereklilik olarak olarak- Almanya'daki infaz hukuku ve uygulaması hakkında da bir bilgi vermelidir. Ayrıca bu tebliğde, mevcut durumu gösteren kısa bir açıklamaya da yer verilmelidir. Alman infaz hukuku, güncel kanun koyma faaliyetlerinden bağımsız olarak, bir değişim geçirmektedir.

Günümüzdeki maddi infaz hukukumuzun, Almanya'daki mahkumun hukuksal konumunu çok iyi açıklığa kavuşturacak olan, oluşum tarihi ile başlamak istiyorum.

## II. KANUNİ ESASLARIN MEYDANA GELİŞİ

Günümüz maddi infaz hukukumuzun gelişimi, önemli ölçüde Alman Federal Anayasa Mahkemesi vasıtasıyla gerçekleşmiştir. Henüz 70'li yıllara kadar Alman Ceza İnfaz Hukuku kanunen düzenlenmemiştir. Gerçi bu durum, bu zaman diliminde mahkumun haklardan yoksun olduğu anlamına gelmemektedir. Ancak, hukuksal dayanak, yalnızca, federe devletlerin idare hukuku düzenlemeleriyle bağdaştırılabilir, "*Hizmet ve İnfaz Tüzüğü*" diye adlandırılan bir idare hukuku düzenlemesi idi.

Geçmişle karşılaştırıldığında, Alman Federal Anayasa Mahkemesi'nin 14 Mart 1972 tarihli bir kararında mahkumların da her vatandaş gibi Anayasadaki temel haklara sahip olduğunun ve bu hakların sınırlandırılmasının yalnızca bir kanun aracılığıyla veya bir kanun nedeniyle olabileceğinin tespit edilmesi, çok şaşırtıcıdır. İlk zamanlarda, "*özel güç ilişkisi*" diye adlandırılan hukuksal fiğürle işgal edilmiştir. Mahkumun hakları, bu özel güç ilişkisi kapsamında, başından itibaren yalnızca sınırlı bir etkiye sahip kabul edilmekteydi.



Kararda açıkça şu vurgulanmaktadır: “Sonuç olarak kanunkoyucu (...) ceza infaz hukuku alanı (...) için de ilgili kanunu yapmakla yükümlü olmasına karşılık, Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra öncelikle yargı uygulaması ve öğretide (bu konu) ele alınmamıştır. (...) Bu anlayış, geçmişle karşılaştırılarak yalnızca özel bir güç ilişkisi olarak cezanın infazının geleneksel biçimlendirilmesinin, mahkumun temel haklarının bir *katlanılamaz belirsizlik içinde* yaşama geçirilmesine izin verdiği şeklinde açıklanmalıdır.”.

Bu kararlar, mahkumun haklarının her sınırlanmasından, devlet tarafından yapılan her kısıtlayıcı önlemin kanuni bir esasa ihtiyaç duyduğunu ve orantılılık ilkesine uygun davranılması gerektiğini açıklığa kavuşturulmuştu.

Alman Federal Anayasa Mahkemesi daha sonra, “*Lebach Kararı*” diye adlandırılan kararında, mahkuma topluma yeniden kazandırılması için anayasa hukukuna ilişkin talep hakkı tanıyarak daha da ileri gitmiştir.

Bu arka plandan hareketle, daha sonra 1 Ocak 1977 tarihinde Alman Ceza İnfaz Kanunu yürürlüğe girmiştir.

Bu kanun, çoğu Federe Alman Devletinde hala geçerli olan Alman Ceza İnfaz Kanunu'nun resosyalizasyon düşüncesinden etkilenmesinde belirleyicidir. İyileştirmeye yönelik anlayışın büyük beklentilerle kabul edilmesi, sadece cezanın infazının ödevi ve biçimine ilişkin genel kuralarda değil, kanunun birçok yerinde düzenlendi. Örneğin, dış dünya ile temas hakkındaki bölümü, 23. paragraftaki mahkumun kurum dışındaki kişilerle bu kanunun kapsam ve kuralları dahilinde temas edebilmek hakkına sahip olduğu ve kurum dışındaki kimselerle temasın desteklenmesi gerektiği ilkesiyle başlamaktadır. Ve bizzat güvenlik ve düzene ilişkin bölüm, 81. paragrafın 1. fıkrasıyla ilgili ilkeyi ön plana çıkarmıştır. Bu ilke şöyledir: *Mahkumun, kurum içinde düzenlenmiş bir birlikte yaşam için sorumluluk duygusu uyandırılmalı ve desteklenmelidir.*

Doğal olarak, temel haklara ilişkin değerlendirmeler de, çok farklı açılardan açıklığa kavuşturulabilir.

Böylece mahkumun onuru, örneğin arama için elbisesi çıkarılarak soyundurulması hakkındaki belirli koşullar aracılığıyla korunmaktadır. 84. paragrafın 2. fıkrasına göre, bu tür bir elbiseden soyundurmanın diğer mahkumların bulunmadığı ve kapalı odalarda yapılabilir.

53. paragrafa göre, mahkumun bir dini cemaatin ruhani-din görevlisi vasıtasıyla dinsel ibadeti yasaklanamaz. 54. paragrafa göre, o, ilke olarak kendi inanç biçiminin dinsel ayinine katılmak hakkına sahiptir ve dini inancın dinsel yayınları ve objelerine kullanımı diğer objelerin elde edilmesine karşılık öncelikli olarak düzenlenmiştir.

Akrabalar ziyaret etmek hakkı açısından üçüncü kişilere ilişkin koşullardan daha az sert koşullara tabidirler (prg. 25). Haberleşme (posta) sansürü belirli koşullara tabidir (prg. 29 vd.). Ve gazete ve dergilerle ilişki (prg 68), ilke olarak radyo ve televizyon izleme gibi aynı şekilde olanaklıdır (prg 69).

Her ne kadar bu Ceza İnfaz Kanunuyla dikkate şayan bir adım atılmış ise de, önceleri diğer infaz materyali açısından paralel kanunlar yapılmamıştı. Yetişkinlere ilişkin özgürlüğü bağlayıcı cezanın infazının Alman Federal Anayasa Mahkemesi aracılığıyla somut olarak gereklilik olarak ortaya konulan düzenlemeler ortaya çıkmamıştı. -Alman Federal Anayasa Mahkemesinin diğer bir kararı aracılığıyla gerçekleştirilen- Gençlik ceza infazı, ilk olarak 1 Ocak 2008'den itibaren federal alanda kanuni bir esasa kavuşmuştur. Tututklama alanı, Almanya'da bugüne kadar kiri gizleyen/örtlen biçimde kanuni olarak düzenlenmemiştir.

### III. FEDERALİZM REFORMUNUN ETKİLERİ

Bu gelişim, adli infaz için kanun yapma yetkisini 1 Eylül 2006 tarihinde Federal Devletten federe devlete devreden Federalizm Reformu diye adlandırılan reformun etkileri aracılığıyla gizlendi. Bu yetki değişiminin arka plandaki nedenine ilişkin olarak, Federal Kanunların kural olarak federe devletler aracılığıyla icra edildikleri ve -idaresi, adli infaza ait olan- icrasının gerektirdiği

masrafların federe devletler aracılığıyla ödenmesi zorunlu olduğunun bilinmesi zorunludur. Ceza İnfaz Kanunu yeni kurumlardaki mahkumun tek başına (tek kişilik odalarda) yatırılmasını düzenlemekle birlikte, kurumlara artan biiimde kişi yatırılması açısından son yıllarda bunda bir değişiklik olmamıştır ve adli infazdaki inşa faaliyetlerinin kısa süreli bir artışı federe devletler açısından çok yüksek parasal maliyetlere neden oldu ve bu durumda da federe devletler adli infaza ilişkin ilgili koşulları bizzat belirlemek istediler. Buna ilaveten, bazı federe devletlerde Ceza İnfaz Kanunu'nun kurumlarının oluşturulmasından önemli ölçüde bir hoşnutsuzluk vardı.

Anlayış değişikliği öğreti ve uygulamada çok değişik açılardan eleştiriyle karşılandı. Özellikle, belirtilen ekonomik arka plan açısından mahkumu sıkıntıya sokan bir "tasarruf kanunu"ndan, bir fakirliğin bahis koşusu'ndan endişe edildi. Ancak, bu tür bir gelişimin meydana gelebileceği hususunda politikacılarca tarafına sürekli uyarıda bulunuldu ve bugüne kadar bu tür bir gelişim hiçbir zaman da tespit edilmedi. Anayasa Mahkemesi'ne ilişkin vakıalar nedeniyle öncelikli olarak düzenlenmiş olan birkaç federe devletteki gençlik ceza infazında, daha çok gerçek iyileştirmeler meydana geldi. Örneğin Baden-Württemberg gençlik ceza infazında diğerleri yanında tüm gün okulunu kabul etti ve uzman personel sayısını artırdı.

Diğer bir endişe ise, infaz hukukunun öngörülemeyen kanuni boşluklar içinde kırılmalar yaşayabileceği endişesi idi. Ancak, paralel kanunlar aynı nitelikli bir içerikle birlikte, idare hukukunun (örneğin polis hukuku, imar hukuku) materyalinden bilinmekteydi ve orada özel olarak sorunlu değildi. Bu arada herşeyden önce, devam eden kanunkoyma faaliyetinin infaz konuları hakkında beklenilemez verimli tartışmalara yol açmış olduğu da tespit edilmelidir.

Kanunkoyma faaliyetleri çok çeşitli tarzlarda gerçekleştirildi. Federe devletlerin çoğu, öncelikle gençlik ceza infazına konsantre oldular. Çünkü, bunun 1 Ocak 2008 tarihine kadar düzenlenmesi zorunluymdu. Bunun yanında, birkaç federe devletin ortak bir tasarı

oluşturması hakkında birlikte çalışması oldu. Çok az sayıdaki federe devlet (Bayern, Hamburg, Nidersachsen), gençlik ceza infazını yetişkin kimselere ilişkin ceza infazını açıklayan hükümler vasıtasıyla düzenleyen ayrıntılı infaz kanunları yaptılar. Çoğu federe devlette, cezanın infazı kuralı ve tutuklama henüz düzenlenmemiştir. Bu nedenle, özellikle Federal Ceza İnfaz Kanunu çoğu federe devlette hala mer'idir. İnfaz düzenlemesine göre icra edilen tutuklama, çoğunlukla bir idare (hukuku) kuralıdır.

Aşağıda kapsamlı olarak cezanın infazı konusu ele alınacaktır ve bu çoğunlukla, hala mer'i olan ve içeriksel temel yapısına yeni federe devletlerin kanunlarında da rastlanılan „eski“ Ceza İnfaz Kanunu'na dayalı olarak yapılacaktır.

#### IV. CEZANIN İNFAZININ AMACI

Kanunkoyma faaliyetleri alanında dahi tartışılan bir konu, cezanın infazının amacının ne olduğu sorunudur. İnfaz Kanunu'nun 2. paragrafı şu düzenlemeyi içermektedir: „Mahkum, özgürlüğü bağlayıcı cezanın infazında, gelecekte sosyal sorumluluk içinde suç işlemeyen bir yaşam sürdürme yeteneğine kavuşmalıdır (*infaz amacı*). Özgürlüğü bağlayıcı cezanın infazı, toplumun başka suçlarının işlenmesinden korunmasına da hizmet eder.“.

Kanun böylece, ceza infazının amacını öncelikle *pozitif özel önleme* -resosyalizasyon- ve daha sonra ise *negatif özel önleme* olarak ifade etmektedir. Bu tartışma, her iki amacın hangi ilişki içinde yanyana durduğu, yeniden topluma kazandırma kanununun bir önceliğinin olup olmadığı ve böylece kanunun korunmasının ön planda olduğu bir anlayış değişikliğinin mantıklı olup olmayacağı sorununu alevlendirmiştir. Bu tartışmada her iki infaz amacının dar bir ilişki içinde bulunduğu gözönünde tutulmalıdır. Çünkü resosyalizasyon, nihayetinde yalnızca mahkuma hizmet etmemekte, bunun yanında mahkumun salıverilmesinden sonra dahi olsa, toplumun etkili korunmasına da hizmet etmektedir. Her iki kanuni infaz amacı arasındaki hiyerarşi sorusunun anlamı, her halükarda gözden kaçırılmamalıdır.

Benim bakış açım göre, bu bağlantı içinde başka bir sorun daha ortaya çıkmaktadır. Daha önce söylenildiği gibi, Kanun, yalnızca özel önleme infaz amacını zikretmektedir. Bunun yanında, özellikle yargı uygulamasında cezanın infazı alanında diğer bakış açıları, örneğin failin "kusuru", yalnızca tamamlayıcı bir unsur olarak dikkate alınabilmektedirler. Özel önleme bakış açılarının dışındaki bakış açıları, infaza ilişkin kararlarda tek başlarına gerekçelendirme için yeterli değildirler.

Doğal olarak, bir cezanın genel olarak amacı tartışması bu tebliğde irdelenemez. Ancak, cezanın amacının tartışma yeri dikkate alındığında, özel öneme amaçlarına ilişkin bu türde bir açıklı saptama yapılamaz.

Ancak, infaz ettiğimiz özgürlüğünü bağlayıcı ceza, ceza hukukumuzun en önemli yaptırımını değilse bile çok önemli bir yaptırımıdır. Ve, kendisiyle cezalandırılan özgürlüğü bağlayıcı cezanın ölçüsü, daha sonra infaz hukukuna ilişkin kararlarda ölçü olarak etkili olmaktadır. İnsan yalnızca, bir mahkumun infaz kurumunu terkedebilip terkedemeyeceği, örneğin hapisten dışarıya veya tatile gidip gidemeyeceğini düşünmektedir.

Eğer özgürlüğü kısıtlayan ceza kavramının önemli ölçüde cezanın infazı aracılığıyla anlamlandırılması gerekirse, bunun mümkün olup olmadığı ve özgürlüğü bağlayıcı cezanın özel önleme cephesinde bulunan amacının, cezanın infazı vasıtasıyla açıkça görmezden gelinip gelinemeyeceği hususu çok şüphe götürür görünmektedir.

Ve uygulamada da bu bağlamda çok güç bir durum içine girilebilir. Ben yıllar önce, bir adam öldürme eylemi nedeniyle ömür boyu hürriyeti bağlayıcı ceza ile cezalandırılmış olan bir mahkum açısından yetkili idim. O mahkumun eylemi açısından, bir ihkakı hak dosyası söz konusu idi: eylemini, bir aşırı psikik olağanüstü durum içinde işlemiştir ve tekrarlanması yüksek ihtimalle mümkün değildir. -Bu arada salıverilen- bu fail, mesleki ve özel yaşamı açısından topluma en iyi biçimde entegre olmuştur.

Özel önleme gerekçeleri, bu olayda -örneğin salıverilme v.s.nin reddi bakımından- cezanın infazı için tutuklamanın başlangıcında hemen hemen bulunmamaktadırlar. Aynı zamanda hiç kimse bu tür bir erken salıvermeye izin vermezdi. Muhtemelen bu, bu bağlamda hiçbir itirazda bulunmayan mahkumun bizzat kendisi tarafından da hiçbir zaman doğru kabul edilmezdi.

Bu açıklamalarla, sonuçta benim de tamamen doğru kabul ettiğim yeniden topluma kazandırma alanındaki hareketlenmeler, hiçbir zaman sorgulanmamalıdır. Cezanın infazının tamamen özel önleme amacına yönelik olarak donatılması, bana konunun biraz dar olarak ele alındığı biçiminde görünmektedir.

## V. İNFAZ ORGANİZASYONU

Cezanın infazının ödevi, zorunlu olarak iki basamaklı olarak düzenlenmektedir. Adli infaz kurumlarına ilişkin gözetim makamları olarak, doğrudan doğruya ilgili federe devlet adli idaresi, yani münferid federe devletin adalet bakanlığı fonksiyon icra etmektedir. Bir ara makamın oluşturulması mümkündü (Al-CİK prg. 151). Öncelikle Nordrhein-Westfalen'de bu tür bir ara makam olarak bir **infaz dairesi** kuruldu. Ancak bu infaz dairesi 2007 yılının sonunda -masrafa ilişkin nedenlerle- ortadan kaldırıldı.

İnfaz kurumları dahilinde yüksek görevli bir memur, tüm sorumluluğu taşımaktadır. Kurumu dışarıda da temsil eden kurum yöneticisinin bu pozisyonu, birçok olayda hukukçularla donatılmıştır. Ancak bazı federe devletlerde, örneğin psikologlar da kurum yöneticisi olarak faaliyettedirler.

Doğal olarak kurum yöneticisi, çoğu görevini kurumda çalışan çeşitli meslek guruplarına devretmek zorundadır. Bunlar içinde en büyük gurup, üniformayla hizmet edenlerdir: yani *genel infaz görevlisi* olarak adlandırılanlar. Ayrıca, kurumlardaki işçiler de, idare içinde ve atölye hizmeti olarak adlandırılan işlerde çalışmaktadırlar. Atölye hizmeti, mahkumu çalışmada kurumun işletilmesine katmaktadır. Ve kurumlarda papazlar (din görevlileri), dok-

torlar, pedagoglar, psikologlar ve çok sayıda sosyal çalışanlar işti-  
gal etmektedirler.

Kurum yöneticisi, kurumdaki önemli kararların hazırlanma-  
sına ilişkin olarak, mahkumlara danışmanlık yapılmasına önemli  
ölçüde katkısı olanlarla konferanslar düzenler (prg 159).

*Kurum Danışma Kurulu* olarak adlandırılan kurul, aleniyete  
yönelik köprü olarak fonksiyon görmektedir. Bu Onursal Meclise,  
infaz görevlileri üye olamazlar. Bu meclis, özellikle bilgilenme ve  
ziyaret hakları konusunda tasarrufta bulunmaktadır. Gerçekten  
birçok olayda, kurumun ve mahkumun bir desteği de gerekli ol-  
maktadır.

Ve nihayet mahkumlar, mahkumların ortak sorumluluğu ola-  
rak adlandırılan ortak menfaatleri ilgilendiren işlerde bir meclisin  
oluşturulmasına katkıda da bulunmaktadır.

Mahkumların münferid infaz kurumlarına yerleştirilmesi, *in-  
faz planı* olarak adlandırılan planda düzenlenmiştir. Bunda, göze-  
tim makamı, kurumların yer ve madde açısından yetkisi genel un-  
surlara göre belirlenir. Bunun yanında, hapsin türüne, cinsiyete ve  
yaşa göre kanunen düzenlenen çeşitli ayırma kuralları dikkate  
alınmak zorundadır. Nihayet, kuruma yerleştirmede mahkumların  
ihtiyaçlarına göre de bir ayırım yapılır.

Kanun burada örnek kabilinden yalnızca “*açık infaz*” ve “*ka-  
pali infaz*” arasındaki ayrımı zikretmektedir. Bununla birlikte açık  
infaz, otomatik olarak mahkumun kurumu terkedebileceği anla-  
mına gelmemekte, bilakis yalnızca mahkumun kaçmasını önlemeye  
yönelik olarak ya hiç önlem alınmamasını veya çok cüz’i oranda  
önlemler alınmış olduğu anlamına gelmektedir (prg 141). Böylece  
açık infaz için, yalnızca kendilerinde kaçma tehlikesi veya özellik-  
lerin kötüye kullanılmasının hükümle karar altına alınamayacağı  
mahkumlar elverişlidir. Bunun için genelde, gerçekten oldukça  
kısa süreli bir cezaya mahkum edilen ve stabil sosyal koşulları taşı-  
yan bir trafik suçu faili düşünülür. Federal Almanya’da, erteleme  
olmaksızın hürriyeti bağlayıcı cezaya yalnızca ciddi fiiller için  
hükmedildiği için, böylece mahkumlar çoğunlukla bu tür infaz

biçimi için elverişli değildirler. Baden-Württemberg'in yaklaşık olarak 10 milyon olan nüfusundan 8.100 kadarı mahkumdur: ki, bu tüm ülkedeki mahkum sayısının yaklaşık olarak onda birine tekabül etmektedir. Bu mahkumlardan yaklaşık 1.000 tanesi açık infaz kurumlarında bulunmaktadır.

Mahkumların kuruma yerleştirilmesi için çok çeşitli başka ayırma unsurları düşünülebilir. Örneğin Baden-Württemberg'de büyük guruplarda çok daha iyi eğitim olanakları sunulabildiği için, 24 yaşın altındaki genç mahkumlar belirli kurumlara sevk edilmektedirler. Ayrıca, 62. yaşından itibaren mahkumların sevkinde *özel bir kurum* mantıklı görülmektedir.

## VI. CEZANIN İNFAZININ BİÇİMLENDİRİLMESİ

### 1. İYİLEŞTİRME MUAYENESİ VE İNFAZIN PLANLANMASI

Hükümlü, ceza hükmünün kesinleşmesinden sonra infaz planı kurallarına uygun olarak tutukeviden cezaevine nakledilir veya Savcılığın nakil emri uyarınca cezasının infaz için nakledilir.

Bu yerleştirme formalitelerinin tamamlanmasından sonra, infazın bireysel olarak planını hazırlayan *iyileştirme muayenesi* süreci diye sözedilen muayene başlar (prg 6). İyileştirme muayenesi kavramı, burada tıbbi anlamda anlaşılmalıdır. Burada -infazın her halükarda bir yıldan fazla süreli olması durumunda- mahkumun kişiliği ve yaşam ilişkileri araştırılır. Bu araştırmanın ağırlık noktası, dosyaların değerlendirilmesi ve soslay hizmetliyle konuşmaya dayanmaktadır. Bunun yanında, mahkumun biyografisi, özellikle önceki mesleki ve özel yaşamı, sosyal bağları, bağımlılık tehlikeleri, suçu hakkındaki anlayışı ve mahkumun geleceğe ilişkin planları araştırılır.

İyileştirme anlayışı ilkelerine dayalı olarak, *infaz planı* olarak adlandırılan plan ortaya çıkarılır (prg. 7). İnfaz planı modern iyileştirme infazının kalbini (en önemli parçasını) oluşturmaktadır. O, uzun süre infaz kurumunda kalacak her münferid mahkuma bir konferans biçiminde bireysel olarak açıklanır. İnfaz planı özellikle



kuruma yerleştirme, çalışma olanağı, eğitime başlama veya devam etme önlemlerine, yardım ve iyileştirme önlemlerine ve hatta daha sonraları, infazın boşluklarına ve salıvermeye hazırlık süreci ile ilgili sorulara ilişkin açıklamaları içermektedir.

Makul süreler için öngörülmesi gereken infaz planı, mahkumun gelişimi ile uyum içinde tutulmalıdır. Bir yıldan fazla bir süre, ilke olarak ölçsüz olabilir.

Kanun 3. paragrafı, infazın biçimlendirilmesi açısından daha önce sözü edilen infazın amacına odaklanmış başka genel ilkeleri içermektedir. Özellikle infazdaki yaşam, mümkün oldukça dışarıdaki genel yaşam ilişkilerine uyumlu hale getirilmelidir. Özgürlüğün kısıtlanmasının zararlı sonuçları önlenmeye çalışılmalıdır.

Mahkum da kendisinin iyileştirilmesinin şekillendirilmesine yardım etmelidir. Ancak, bu hususta ihlal edildiğinde mahkum hakkında bir yaptırım uygulanabilecek genel bir yükümlülük bulunmamaktadır.

## 2. ÇALIŞMA VE ÇALIŞMA ÜCRETİ

Diğer yandan, mahkum çalışmakla yükümlüdür (prg. 41). Bu, mahkumun iyileştirilmesinin belirleyici bir kısmını oluşturmasa bile, çok önemlidir. Çalışma yerlerine ilişkin önlemler buna uygun inşa edilmişlerdir. Mutfak, çamaşırhane veya temizleme faaliyetleri gibi ihtiyaç işletmelerinden ayrık olarak, masada çalışmak, atölyede çalışmak veya basın-yayın gibi ticaret için üretim yapılabilecek birçok mekan oluşturulur. Yukarıda belirtilen işletmelerde, mahkum için basit öğretilerinin yapıldığı çalışmalar icra edilir. Diğer yandan, tam gün çalışma, yalnızca münferid kurumlarda söz konusu olur. Baden-Württemberg'de ortalama olarak %75 meşguliyet payına ulaşılması amaçlanmıştır.

Mahkum, yaptığı çalışmalar için, gerçekleştirdiği işe göre belirlenen bir ücret elde eder. Bu ücret, işçi ve memurların önceki yıl ortalama olarak kazanmayı başardıkları gelire göre hesaplanır. Düzenli çalışan mahkum bundan %9 oranında gelir elde eder. Bu gelir, halen aylık olarak yaklaşık 210 Euro'dur. Bununla birlikte,

mahkum, bu paranın harcanmasında serbest değildir. Bu paranın tespit edilen toplam yekünün 4/7'ü mahkumun (cezaevinden) salıverilmesi sonrasındaki zaman için biriktirilir. Geriye kalan 3/7'ü ise, yani yaklaşık 90 Euro, mahkumun kurumdaki alışveriş yapılan yerlerden örneğin gıda, tütün ürünleri, gazete, dergi v.s. harcama-sına ayrılır.

### 3. DİSİPLİN YARGILAMASI VE GÜVENLİK ÖNLEMLERİ

Çalışma yükümlülüğü gibi yükümlülüklerini kusurlu olarak yerine getirmeyen mahkumlar hakkında *disiplin önlemleri* kararlaştırılabilir. Kanun, bu hususa ilişkin olarak, çeşitli yaptırımlar öngörmüştür (prg. 103). Az ağırlıklı ihlallerde, alışveriş parasının kısıtlanması veya ortak boş zaman aktivitelerine, spor faaliyetlerine katılmanın, televizyon izlemenin veya okuma materyalinin sınırlandırılması yoluna gidilebilir. En ağır disiplin önlemi, hücre'dir. Burada, temel ihtiyaçların karşılanması istisnasıyla birlikte, mahkumun önemli hakları ortadan kalkmaktadır.

Bir benzer ve kısmen *ağır önlemler kataloğu*, yüksek kaçma tehlikesi, şiddet eylemleri tehlikesi veya mahkumun kendisini öldürmek veya kendisine zarar vermek olaylarına ilişkin olarak ortaya çıkmaktadır. Burada "*özel güvenlik önlemleri*" olarak adlandırılan önlemlere hükmedilebilir (prg. 88). Bu önlemler, mahkumun tehlikeli eşyaların bulunmadığı çok özel güvenli bir hapis odasına konulmasına veya zincire vurulmasına kadar gider.

### 4. DIŞ DÜNYA İLE TEMAS

Hem disiplin önlemleri hem de güvenlik önlemleri, *hükümlünün dış dünya ile temasında* sınırlandırılabilirler. İlke olarak, her hükümlü aylık en azından bir saat (prg. 24) ziyaretçi kabul etmek ve sınısızca yazı (mektup v.s.) göndermek ve gönderilmek hakkına (prg. 28) sahiptir. Aynı şekilde, belirli koşullar altında birçok kurumda telefon etmeye izin verilir. Bununla birlikte, bu konuda kanuni talep hakkı yoktur.

Doğal olarak, dış dünya ile en yoğun ilişki, mahkumun kurumun dışına çıktığı, *infazın gevşetilmesi* diye adlandırılan uygulama (prg 11) veya izin (prg. 13) kullanıldığında söz konusu olur. Bunun için gerekli koşul, infaz planı konferansının mahkumun dış dünyada bulunduğu sırada gerek kaçarak gerekse suç işleyerek kötüye kullanmayacağı yönünde geleceğe yönelik güvenli bir kararının varlığıdır. Bu koşullar varsa, bir geceden fazla bir izin söz konusu olmadan önce, infaz kurumu dikkatli bir biçimde hareket eder ve resmi bağlantılı bir gözetimle veya en azından bu tür bir gözetim olmaksızın belirtilen olanağı hükümlüye kullandırır.

Mesleki açıdan kontrollü olarak kurum dışında bir işle iştigal etmek ve *serbest çıkış* denilen ve gevşetilen infazda bir gözetim olmaksızın kurumdan gerçekten dışarıya çıkmak mümkündür. Mahkum, serbest çıkışta, infazın gevşetilmesinin en geniş bir biçimde uygulanış biçimi içinde, kurum dışında ilke olarak hükümlülük süresinin sonuna kadar süren gerçek bir iş sözleşmesiyle çalışmaktadır. Bir gerçek sorumluluk gerektiren ve iyi hazırlanmış (infazın) gevşetilmesi döneminde, mahkumun cezaevinden salıverilmesinden önceki son dokuz ayda, hafta içinde kurum dışında çalışması ve hafta sonları evde konaklaması mümkündür. Böylece mahkum, sonuçta yalnızca işgünlerinde ve sadece geceleri infaz kurumunda bulunmaktadır.

## 5. HUKUKSAL YARDIM

Eğer mahkum infaz kurumunun bir kararının değiştirilmesini istiyorsa, *şekle bağlı olmayan mutad bir hukuksal yardım* alma olanağı vardır. *Merkezi şekle bağlı bir hukuksal yardım*, mahkeme kararına karşı Yerel Mahkemedeki *Ceza İnfaz Dairesine* yapılan taleptir. Bu makamın kararına karşı da, *Eyalet Yüksek Mahkemesine* itiraz imkanı vardır. Hukuksal yardım talebi, uygulamada çok az sayıdaki mahkum tarafından tekrarlanmakta ve çoğu mahkum tarafından ise hiç tekrarlanmamaktadır.

## VII. GÜNCEL İNFAZ KONULARI

Halen Almanya'daki adli infazı özellikle meşgul eden birkaç konuya daha açıklayıcı nitelikte temas etmek istiyorum.

Bu tür bir bağlantı içinde, mutad olduğu üzere *kültürel nitelikli yapılar* ve Alman adli infazında da söz konusu olan *uyuşturucu madde kullanılmasına* değinilir. Ve tabii ki, bütün olanaklardan yararlanılmak zorunda olunmasının tehlikeleri söz konusu olmaktadır.

Ancak, bir kuruma yerleştirme durumu hukuksal olarak çok büyük bir öneme sahiptir. Yakın geçmişte Alman mahkemeleri, adli infaz kurumlarımızdaki çok çeşitli kuruma yerleştirme bağlantılarını *insan haklarına aykırı olduğuna* karar verdiler. Bu, özellikle *ayrılmış bölümleri olmayan tuvaletler ve ayrı havalandırması bulunmayan eski kurumlarda*, kısmen de halen *hapishane odalarının kapasitelerinin iki kişilik olması* açısından böyle idi. Daha sonraki planlama açısından, ayrı ve özgülenmiş tuvaletin bulunduğu bir durumda, eğer hükümlünün odasındaki alanın 9 metre kareye teka-bül ediyorsa iki kişinin birlikte bulunmasının insan haklarına uygun olduğu anlayışından hareket edilmelidir. Bu nedenle, birçok federe Alman devletinde (bu alanları) genişletme çalışmaları yapılmaktadır. Baden-Württemberg Federe Devleti sonraki yıllarda eski 1200 hapis odası yerine ikame edilecek 2400 yeni hapis odası yapmaya ve fazla sayıda kişi barındırılması problemini ortadan kaldırmaya karar verdi.

Adli infaz kurumlarının *teknik güvenliği* son yılda aşikar biçimde güçlendirildi. Önemli ölçüde çok sayıda mobil telefonların infaz kurumlarına sokulmasından sonra, şu anda adli infaz kurumlarının binalarında *mobil uzaktan iletişim frekanslarının bozulması* planlanmaktadır. Diğer bir teknik yenilik, *motorlu araçlarda görevlendirilen kişilerin izlenebileceği kalp atışı dedektörüdür*.

Ayrıca Almanya'da, özellikle yüksek güvenlik standardı nedeniyle nadiren gerçekleşecek kuşkulu kaçma olayları gibi, alışılmadık dışında olayların cereyan ettiği de görülmektedir. Bu olanlar, güncel resosyalizasyon düşmanı havada ve hatta bununla birlikte

dolaylı olarak *toplum açısından yüksek bir güvenlik riskine* yol açabilecek *çok aşıkâr yüksek bir kontrolü* sonuçlamaktadırlar.

Ayrıca, *mahkumun muhafazasının teknolojik hale getirilmesi* de giderek yayılmaktadır. Yargı içtihatlarına göre, basit televizyon araçlarıyla DVD-Çalar, hapisane odalarının inşasındaki gerekliliklere aittir.

Özellikle infaz görevlilerinin eleştirisel yaklaştığı bir konu, *infaz kurumlarının kısmen özelleştirilmesidir*. Bununla, tasarruf amacıyla asli faaliyetlerin özel işletmelere devredilmesi kastedilmemektedir. Benim kendi bilgilerime göre, bu hizmetlerin verilişindeki kalite veya ortak çalışmaya ilişkin korkular, *Hünfeld/Hessen*'deki ilk kez kısmen özelleştirilen infaz kurumunda şimdiye kadar doğrulanmadı. Bu nedenle, bu konunun, gerçekten bir ekonomik sorun olduğu gerçeğinden hareket edilmelidir.

Ve nihayet, *federe devletlerdeki aşırı kanun koyma faaliyetleri* karşısında günümüzde önemli güvensizlikler ortaya çıkmaktadır. Gerçi tutukevlerine ilişkin yetkiler *federe* devletlere devredildi. Ancak, tutukluluktan sonra ilk etapta mahkeme tarafından yapılan yargılamanın güvence altına alınması gerekliliği ve mahkeme tarafından yapılacak yargılamaya ilişkin kanun koyma yetkisinin halen *Federal Devlet*'te bulunması, yetkililiğin sınırlandırılmasının (birbirinden ayrılmasının) sorunlu olduğunu göstermektedir. Bununla bağlantılı olarak, halen Alman Federal Anayasa Mahkemesine bir *norm kontrolü başvurusu yapmak olanağı* mevcuttur.

## VIII. SONUÇ

Topluca değerlendirirsem, ki böylece konuşmamın sonuna geldiğimi kastediyorum: Almanya'da adli infaz iyi bir yoldadır. Güncel değişiklikler, işin şekli tarafı ile sınırlı görünmektedir. Maddi açıdan, halen şimdiye kadar özellikle yeniden topluma kazandırmaya odaklı oluşturulan hedef tespitinin sınırlandırılacağından korkulmamalıdır.

Ayrıca, *risk olmadan infazın gevşetilmesinin söz konusu olmayacağı* bilinen bir şeydir. Yeniden topluma kazandırma yararları

rında ve ayrıca kamunun dolaylı güvenliğindeki doğru anlaşılın yararlarında, geniş kapsamlı risklere girmeliyiz. Ancak bu, yalnızca gerekli ekonomik araçlarla güvenceye alınmış *bilimsel tespitlere* (=önverilere) *dayalı olarak* ve -kişisel koruma için- *ayrıntılı dökümantasyon zemininde* gerçekleştirilebilir.

Burada bir yanlış yapmamak için, *münferid mahkumu mümkün olduğunca iyi tanımak ve gözlemek* zorundayız: Tabii ki, bununla, gerekli mesafenin ortadan kaldırılabileceği kastedilmemektedir.

Ayrıca, bu bilgilere, yalnızca *infaz hukukuna ilişkin kararlar* için ihtiyacımız yoktur. Gözlemlerime göre, *bir infaz kurumundaki güvenlik* de, mahkumların özelliklerinin bilinmesine ve mahkumları rakiplerimiz olarak görmemeye bağlıdır.

Genel olarak kurumda egemen olan havanın hiç de önemsiz bir rol oynamadığı mahkumlarla ilişki kurulması için de, **bu bilgilerin elde edilmesi**, *gelecekteki adli infazın önemli ödevlerinden* birisi olacaktır.

# MİLLETLERARASI İNSAN HAKLARI HUKUKUNDA HUKUK MAHKEMESİ KARARLARININ ESAS BAKIMINDAN HUKUKA UYGUNLUĞUNUN DENETİMİ<sup>(\*)</sup>

**Yazan: Alexandar H. E. Morawa\***

**Çeviren: Araş. Gör. Mehmet Akif Akbaş\*\***

*Prof. Alexandar Morawa, 2007 yılının Ekim ayında Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesini ziyaret etmiş; her iki hukuk fakültesi arasındaki akademik işbirliği ve öğrenci değişimi konuları üzerinde görüş alışverişinde bulunulmuştur. Çalışma alanları arasında Milletlerarası İnsan Hakları Hukuku da bulunan Prof. Morawa, aşağıda çevirisi sunulan makalesinde, milletlerarası insan hakları mahkemelerinin hak arama özgürlüğü ile ilgili içtihatlarını değerlendirmekte ve bu mahkemelerin (temyiz ve istinaf mahkemelerini izleyerek) “dördüncü derece mahkemesi” olarak işlev görmesinin uygun olup olmayacağını tartışmaktadır. Çeviri Prof. Morawa'nın izni ile yayımlanmaktadır.*

## I. Giriş: “Esasta Hata”ya Karşı Usuli Adalet

Bir hukuk devleti (*Rechtssstaat*) olmak veya hukukun üstünlüğü (*rule of law*) ilkesine bağlı kalmak isteyen her devlet için ön-

---

(\*) Bu makale, “Substantive Due Process in Human Rights Law: International Tribunals and the Review of Judgements of Civil Courts” adıyla Festgabe zum Schweizerischen Juristentag, Daniel Girsberger & Michele Luminati (eds.), ZGB Gestern-Heute-Morgen, Zürich, Basel, Genf: Schulthess, 2007’de 67. ila 80. sayfalar arasında yayımlanmıştır.

\* Profesör, Luzerne Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi, Lisans, Salzburg Üniversitesi; Yüksek Lisans, George Washington Üniversitesi. Mukayeseli Hukuk ve Anglo-Amerikan Hukuk Profesörü

\*\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Yüksek Lisans, U.E.A. Norwich.

celikli koşul hak arama hürriyetinin varlığıdır.<sup>1</sup> Yargılamanın adil olması, -gerek cezai gerek hukuk gerekse de idari yargıda- belli bazı asgari garantilere şekli yönden uyulmasına bağlıdır. Bu garantilerin başlıcaları ise, karar makamı olan mahkemenin veya heyetin bağımsız ve tarafsız olması, ceza davalarında savunma hakkının tanınması, hukuk davalarında iddiaların dinlenmesi, silahların eşitliği, yargılamanın makul sürede tamamlanması ilkeleridir.<sup>2</sup> İnsan hakları açısından (ifade özgürlüğü, işkenceye uğramama, ayırım yapmama veya aile yaşamı gibi) diğer hususları incelediğimizde denetimin kıstasının “ne yapılmıştır” olduğu halde, adil yargılanmaya ilişkin davalarda “ne yapılmış” olduğu değil de, “nasıl yapılmış olduğu” önem taşımaktadır. Adil yargılanma hakkına uyulduğu müddetçe yargılama neticesinde verilen kararın esas itibariyle haklılığı (doğru mu yanlış mı olduğu) milletlerarası mahkeme bakımından, fazlaca bir önem taşımayacaktır.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerel mahkeme kararlarının yeniden incelenmesi veya yargılamanın yenilenmesi hakkındaki aldığı R(2000) 2 sayılı ‘Tavsiye Kararı’nda ise<sup>3</sup>, Mahkemenin bazı tespitlerinin “itiraz edilen yerel mahkeme kararının esas bakımından hatalı olduğu ve bunun Konvansiyona aykırı olduğu veya yerel mahkemede yapılan usuli eksikliklerin kararın verilmesinde ciddi etkisi bulunduğu”nu gösterdiği bir endişe noktası olarak ifade edilmektedir.

<sup>1</sup> Ancak hukukun üstünlüğü ile hukuk devleti ilkeleri; esaslı unsurlarının bu ilkeleri geliştiren hukuk sistemlerinin kendilerine özgü parçası olduklarından birbirleri yerine kullanılamazlar. – *Adama Dieng* hukuk devletini bizim, hukukun egemenliği olarak tanımladığımız şeyin bir başka türü olarak nitelendirir. (Adama Dieng, “Role of Judges and Lawyers in Defending the Rule of Law” 21 *Fordham Int'l L.J.* 550, 551 [1997/8] – her iki kavramda nihai olarak kuvvetler ayrılığı, yargısal denetim, hukukilik ilkesi, ve idarenin işlemlerinde ölçülülük ilkelerini anayasal seviyede düzenlemektedir. Bkz. Loammi C. Blaau, “The Rechtsstaat Idea Compared with the Rule of Law as a Paradigm for Protecting Rights”, 107 *South African L.J.* 76 (1990)

<sup>2</sup> Bkz. Christoph Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 294 *et seq.* (Munich, 2nd ed., 2005).

<sup>3</sup> 694 numaralı Bakanlık Müsteşarları toplantısında alınan karar, 19 Ocak 2000 tarihinde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilmiştir.



Diğer bir ifadeyle, Mahkemenin tespitleri yerel makamlar veya mahkemelerin kararlarının davanın esası bakımından yanlış olduğu veya olabileceğini ifade etmektedir. Bakanlar Komitesi, insan haklarını ilgilendiren bu gibi durumlarda yerel mahkeme kararlarının yeniden yargılamaya veya incelemeye muhtaç olduğu sonucuna ulaşmaktadır.

Günümüzde hukukçu olmayanlar arasında az veya çok yaygın olan görüş de budur. Uluslararası insan hakları hukukunun konusunun insan olması ve bu hukuk dalının sadece insana hizmet vermesi nedeniyle bir tek amacı vardır, o da; milli hukuk düzenin sebep olduğu yanlışları düzeltmektir. Bu, ceza yargılamasını ilgilendiren konular için kabul edildiği gibi, medeni haklar söz konusu olduğunda ve hakimler ya da yargılamaya yetkili diğer kişilerin bir medeni usul kanunu takip ettikleri hallerde de aynı derecede hatta daha büyük önem arz etmektedir. Bu çalışmada bahsi geçen ikinci hususun üzerinde durulacaktır.<sup>4</sup>

Milletlerarası hukuk mahkemelerinde davasını kazanan şikâyetçiye bu zaferinin kapsam ve amaç bakımından sınırlı olduğunun, yani; şikâyetçinin sadece milli yargılamada bazı usuli eksikliklerin ihlal edildiğinin tespiti ile bir miktar tazminata hak kazanmaktan başka bir şey elde etmediğinin açıklanması, davayı kazanan avukat için çok zor bir görev olacaktır. Burada konu hakim tarafından tarafı olmadığı veya yargılamanın uzun sürdüğü, bir tanığın dinlenmediğinden ziyade mağduru gerçekten mağdur eden adaletin yokluğu olup, milletlerarası çözümün bu yanlış düzeltereği beklentisi genellikle karşılanmamaktadır.

Adaletsizliği tanımlama sürecinde doğal olarak davanın özüne, esasına girerek incelemek gerekirken, onlarca yıllık yargı uygulaması bize göstermektedir ki, bu konu milletlerarası insan hakları yargılamasının kapsamı dışında kalır. Örnek olarak,

---

<sup>4</sup> Ancak medeni hak ve yükümlülüklerin kapsamı medeni hukuktan doğan haklar kavramından daha geniş bir yer tuttuğunu hatırlatmak gerekir. İdari makamlarca yerel idare hukuku kapsamında karar verilen hususlar artık medeni hukuk kapsamında değerlendirilen klasik davalarda olduğu gibi medeni hak ve yükümlülükler olarak değerlendirilmektedir.

AİHM'nin internet adresini ziyaret ettiğimizde “Mahkemenin, milli mahkeme kararlarını veya milli kanunları iptal etmek yetkisinde olmadığı”<sup>5</sup> uyarısı ile karşılaşırız. Burada Mahkeme “yetkili yerel mahkemenin yerini almanın tamamen görevi dışında olduğunu”<sup>6</sup> ve “temel haklar ile Konvansiyon’da korunan özgürlüklerin ihlali haricinde, davanın esasında yapılan hatalar veya hukukun milli mahkemece ihlal edildiğinin tespiti gibi bir fonksiyonu olmadığını vurgulamaktadır.”<sup>7</sup> Amerikan Devletleri İnsan Hakları Komisyonu “muhtemel bir Konvansiyon ihlali söz konusu olmadığı sürece yerel mahkemelerce yetkileri dahilinde ve yargısal teminat dahilinde verilen kararları incelemenin yetkisi dahilinde olmadığını belirtmektedir.”<sup>8</sup> BM çatısı altındaki küresel antlaşmalarda da benzer ifadeler yer almakta olup; BM İnsan Hakları Komitesi “bir çok defa ısrarla kendisinin bir temyiz mahkemesi olmadığı ve milli mahkemenin esasta veya uygulanacak hukukta hata yaptığı yönündeki iddiaların Anlaşma dayanak gösterilerek ileri sürülemeyeceğini vurgulamaktadır.”<sup>9</sup> Bazı devletler örneğin Kanada, 2001 yılında BM İşkenceyi Önleme Komisyonu önündeki Z.Z. davasında “Komite’nin, açık bir hata veya yetkinin kötüye kullanılması, kötü niyet, ciddi kural aykırılıkları ve bariz yetkisizlik durumları hariç, milli mahkemelerin bulgularını yeniden değerlendirerek bir anlamda *dördüncü derece* mahkeme görevi görmemesi gerektiğini”<sup>10</sup> ileri sürmüştür.

<sup>5</sup> <<http://www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/Applicants/Information+for+applicants/frequently+asked+questions/>>

<sup>6</sup> AİHM, *Handyside v. The United Kingdom*, 7 Aralık 1976 tarihli kararı, Series A, No.24, para.50

<sup>7</sup> AİHM, Application No. 11222/03, *Janos Szilagyi v. Hungary*, 10 Ekim 2006 tarihli karar, bu kural AİHM'nin diğer birçok açıklamalarında da benzer niteliktedir.

<sup>8</sup> Amerikan Devletleri İnsan Hakları Komisyonu, Karar No. 11.216, *Oskar Vila-Mazot v. Venezuela*, Report No. 87/89,12 Ekim 1989 tarihli karar, para.15, dipnotları ile.

<sup>9</sup> HRC, Communication No. 300/1988, *J.H. v. Finland*, 23 Mart 1989 tarihli karar, CCPR/C/35/D/300/1988, parag. 6.4 ve devamı

<sup>10</sup> CAT, Communication No. 123/1998, *Z.Z. v. Canada*, 15 Mayıs 2001, B.M. Doc. A/56/44, parag. 6.3

Bu olgu genel olarak *dördüncü derece* ilkesi olarak adlandırılmaktadır.<sup>11</sup> Milletlerarası İnsan Hakları mahkemeleri *dördüncü derece* mahkemeleri, diğer bir ifadeyle üst-temyiz mahkemeleri, yani bir milli mahkeme kararını tümüyle incelemek ve aslında yerel makamların milli hukuka ilişkin kararından vazgeçirmek yetkisini haiz mahkemeler değildirler.

İnsan hakları savunucuları, milletlerarası kuruluşların sadakatle takip ettikleri bu ilkenin yeniden değerlendirilerek gözden geçirilmesi için çağrıda bulunmaktadır.<sup>12</sup> Gerçekten –bölgesel mahkemelere dördüncü derece rolü verildiğini düşünürsek, bu mahkemelerin ve B.M. mekanizmasının taşıyabileceklerinden çok daha fazla yükü bir anda karşılayacakları gerçeği yanında- insan hakları hukukunun gayesi küresel veya bölgesel olarak yerel mahkeme kararlarının gözden geçirilerek düzeltilmesi olmayıp, aksine milli mahkemelere dava prosedüründeki adalet sağlama yolunu göstermekten ibarettir.

*Dördüncü derece* doktrini, uluslararası insan hakları şikâyetlerinin sadece milli mahkeme kararının kendisinin yanlış yada adil olmadığı iddiasını içerdiği hallerde bu şikâyetlerin kabule şayan olmadığını benimsemektedir.<sup>13</sup> Bu makalede, esasa ilişkin yanlışlıkların tespit edilmedikçe, içerdikleri insan hakları ihlalleri

---

<sup>11</sup> Bkz. Jean-Paul Costa- “The European Court of Human Rights and its Recent Case Law”, 38 *Tex. Int’l L.J.* 455, 456 (2003); dördüncü derece ilkesini vurgulayan yazar, Konvansiyonun usul ve talilik prensiplerini değerlendirme kriteri kapsamında Mahkeme için bir rehber olarak görmektedir.

<sup>12</sup> İspanyol insan hakları örgütleri, General Pinochet aleyhindeki ceza soruşturmasında verdikleri beyanatta bu soruşturma açısından, “bölgesel mahkemeleri (Inter-Amerikan İnsan Hakları Mahkemesi, AIHM gibi) üçüncü derece mahkeme ve Uluslararası Ceza Mahkemesini de dördüncü derece mahkeme olarak kabul etmek” gerektiğini ifade etmişlerdir. İspanyol insan hakları örgütlerinin, İspanya Yüksek Mahkemesinin yargılama yetkisi ve Augusto Pinochet Ugarte’nin yakalanması yönünde aleyhine karar verilen davadaki dilekçelerinden (13 Kasım, 1998, Madrid), < <http://derechos.org/nizkor/chile/juicio/131198.html>>.

<sup>13</sup> Amerikan Devletleri İnsan Hakları Komisyonu, 11.673 sayılı karar, *Marzioni v. Argentina*, Rapor No. 39/96, 15 Ekim 1996, parag.51

ortaya çıkartılamayacak olan mahkeme kararlarının milletlerarası denetimi üzerinde durulacaktır.

## II. Milletlerarası Denetimin Kapsamı ve “Takdir Yetkisi Alanı” Kriteri

Milli mahkemeler önündeki bir yargılamada hukukun uygulanmasına ya da maddi olguların tespitine ilişkin hatalar yapıldığının ileri sürüldüğü bir başvuruyu reddeden bir milletlerarası mahkeme kararı aşağıdakine benzer ifadeler içerecektir:

“Yargılamanın adil olmadığı yönündeki iddiaların Mahkemece incelenmesi sonucunda, şikâyet konusu davanın, her üç derecedeki mahkemelerin her biri tarafından detaylı olarak yazılı ve diğer deliller gözönünde bulundurulurken incelendiği anlaşılmaktadır. İlk derece mahkemesi şikâyetçinin dava hakkının olmadığı yönünde karar vermiştir. Bu mahkemenin kararının gerekçesinde veya değerlendirmesinde bir eksiklik veya yanlışlık görülmemektedir. Bu yargılamanın hukukiliği ve usul hukukuna uygunluğu şikâyetçinin istinaf başvurusu üzerine İstinaf Mahkemesi tarafından incelenmiş ve şikâyetçi aleyhine karara bağlanmıştır. Sonraki aşamada, karar, temyiz mahkemesi tarafından da incelenerek onanmıştır. Şikâyet konusunun aksine, Konvansiyonun 6/1 maddesi anlamında mahkemenin usuli hatasına dair bir ihlalin varlığı tespit edilmemiştir.”<sup>14</sup>

AIHM bu noktada milli hukukun değerlendirilmesini milli mahkemelere bırakmaktadır. Milli hukuka uygun yeniden inceleme usulünde, incelenen dosya bakımından ve milli hukukun gerektirdiği şekilde kanun yolları kullanılarak gözden geçirilmiş olması ve dava dosyasında görülen herhangi bir usuli noksanlığın bulunmaması yeterli olacaktır. Verilen kararın sonucunun doğruluğu milletlerarası denetimin ilgi alanında değildir.

<sup>14</sup> AIHM, Müracat No. 77686/01, *Julius Goga v. Slovakia*, Karar Tarihi, 17 Ekim 2006, ‘The Law’, (b).

İnsan hakları uygulamasının başka bir alanında hakim olan benzer bir yaklaşım, milli hukuk düzenindeki yasal usullere uygun düzenlenmiş yasalar, genel ve düzenleyici işlemlere karşı şikâyetçinin, haklarının ihlal edildiği iddiasıyla yapılan itirazlar için geçerlidir. Bu hallerde, devletlere ve devlet organlarına bir “*takdir yetkisi alanı*” tanıyan çok sayıda uygulama örneği karşımıza çıkmaktadır. Çok eleştirilen<sup>15</sup> “*takdir yetkisi alanı*” doktrini, 1950’li ve 1960’lı yıllarda İrlanda, Yunanistan ve Kıbrıs’taki olağanüstü yönetim önlemlerini hakkında verilen bir dizi yargı kararına dayanmaktadır.<sup>16</sup> Daha genel olarak, bir hükümetin karmaşık durumlarda ortaya çıkan hassas dengeler ve kamu yararı arasında çatışan ihtilafları çözmeye sorumluluklarını yerine getirmeye çalıştığı görüşü ile de bağlantı kurulmaktadır.<sup>17</sup> Bu durum karşımıza, her ikisi de devlet lehine olan “şüpheden sanık yararlanır”<sup>18</sup> ilkesinin uygulanması veya kendi “takdir yetkisi”<sup>19</sup> alanında hareket eden devlete bir takdir yetkisi tanınması olarak karşımıza çıkar. Bir başka açıdan da, Prof. Morrison’ın da belirttiği üzere mahkemenin nezdinde yargı yetkisinin kendiliğinden kısıtlanması manifestosu olarak kabul edilebilir.<sup>20</sup> “Takdir yetkisi alanı” görüşüne göre, bir devletin

<sup>15</sup> Eleştirel bir görüş analizi için bkz. Oren Gross ve Fionnuala Ni Aolain, “From Discretion to Scrunity: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights”, 23 *Hum. Rts. Q.* 625, 627 (2001)

<sup>16</sup> Bkz. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu’nun *Kıbrıs* davasındaki raporu, Yearbook of the Eur. Conv. H. R. 174 (1958/9); AİHM, *Lawless v. Ireland*, 1 Temmuz 1961 tarihli karar, Series A, No.3 ve AİHK, *Yunanistan Davası*, 12 Yearbook of the Eur. Conv. H. R. 1 (1969). Ayrıca bkz. Howard Charles Yourow, “The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence”, 3 *Conn. J. Int’l L.* 111, 118 (1987/8)

<sup>17</sup> Komisyon üyesi Humprey Waldoock’un Mahkemenin (AİHM) *Lawless* kararına ilişkin izlenimleri için, bkz. *Lawless Case, Series B*, No.1, 391-7

<sup>18</sup> Cora S. Feingold, “The Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights”, 53 *Notre Dame L.* 90,92 (1977/8)

<sup>19</sup> Howard Charles Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence* 13 (London, New York, the Hague, 1996).

<sup>20</sup> Cf. Clovis C. Morrison, “Margin of Appreciation in European human Rights Law”, 6 *Revue des Droits de l’Homme* 263, 275 (1973)

insan hakları tartışmalarında sorumluluklarının gereğini yapıp yapmadığını tespit ederken, çeşitli yerel şartların<sup>21</sup> hukuki ve dış görünüşleri ile incelenmesi gereği göz ardı edilemez.<sup>22</sup> Her halukarda, “takdir yetkisi alanı” içinde kalındığı müddetçe ne yapılırsa yapılsın, kınama veya uluslararası denetimin kapsam ve amacı dışında kalacaktır. Dahası, “takdir yetkisi alanı”nın genişliğinin ne olduğu da milletlerearası denetimin kullandığı bir başka takdir yetkisine göre tayin edilmektedir. Belirli faktörlere bağlı olarak, “takdir yetkisi alanı” kriterinin kapsamı geniş veya dar olarak şekillenecektir..

Tüm devlet eylemleri insan hakları hukuku içerisinde değerlendirilmeli ve bünyesinde “takdir yetkisi alanı” kriteri barındıran uluslararası denetime tabii olmalıdır.<sup>23</sup> Bahis konusu olan hakkın önemi yanında,<sup>24</sup> -adil yargılanma hakkı demokratik toplumlarda öncelikli bir yer<sup>25</sup> alır- yerel kriterlerin ne genişlikte yorumlanacağını bir belirleyicisi de İnsan Hakları Sözleşmesi’ni onaylamış devletler içerisinde birbirine benzer durumlarda nasıl bir uygulamanın olacağını tespit edilmesi olacaktır. Aşağıda inceleneceği üzere, AİHM tarafından kullanılan ve geliştirilen *ortak avrupa standardı* kriteri çok bilinen bir örnek olacaktır:

“Üye devlet uygulamaları ve hukukları üzerinde yapılan mukayeseli araştırma, belirli konu ve yöntemlerde geniş ölçüde kabul görmüş standartların varlığını gösteriyor ise, “takdir yetkisi alanı” kriteri dar yorumlanabilecektir; ancak taraf devletler nezdinde ortak bir zemin olmaması veya bunun belirgin olmaması halinde sorumlu

<sup>21</sup> Bkz. Thomas A. O’Donnell, “The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights”, 4 *Hum. Rts. Q.*, s.474, 478 (1982).

<sup>22</sup> Bkz. AİHM, 23 Temmuz 1968 tarihli *Belgian Linguistics* Kararı, (No.2), Series A, No.6, parag. 10.

<sup>23</sup> Bkz. AİHM, 18 Ocak 1978 tarihli *Ireland v. the United Kingdom* kararı, Series A, No. 25, parag. 207 ve devamı.

<sup>24</sup> Bkz. O’Donnell, “The Margin of Appreciation...”, 4 *Hum. Rts. Q.*, s. 484 ve devamı.

<sup>25</sup> AİHM, 17 Ocak 1970 tarihli *Delcourt v. Belgium* kararı, Series A, No.11, parag.25.

devletin “takdir yetkisi alanı” kriterini daha geniş bir biçimde uygulamasına izin verilecektir.”<sup>26</sup>

Ya da, AİHM’nin ifade ettiği üzere, belirli bir alanda “ortak zeminin oldukça kuvvetli” olması, o alanda daha küçük bir takdir yetkisi alanı anlamına gelmek üzere, daha geniş bir “Avrupa denetimi”<sup>27</sup> ne imkan vermektedir.

“Takdir yetkisi alanı” kriteri bağlamında orantısallık ilkesi de rol oynamakta ve normal olarak geniş yorumlanabilecek bir “takdir yetkisi alanı”, daha baskın bir hakkın söz konusu olduğu hallerde dar yorumlanabilmektedir. Bu noktada, baskın olan hak nereden kaynaklanmaktadır ve nasıl ileri sürülecektir? Ortak kabul gören (Avrupa) temel maddi hukuk ilkelerine aykırı olmayacak sonuçlar üreten bir yargı sisteminden yararlanmak hakkı, böyle bir ‘baskın hak’ sayılabilir mi? Devletlerin ve devlet makamlarının, kendi yargı yetkilerine tabi olan bireyleri, bu temel ilkeleri görmezden gelecek kadar yanlış kararlara tabi kılmak konusunda dahi bir takdir yetkisine sahip oldukları söylenebilir mi? İnsan hakları hukuku içtihatlarına yeni bir orantısallık kriteri getirebilir miyiz ki bu yeni orantısallık kriteri, şekli usul hukuku sağlamasına rağmen hakikatle herkesin “mahkeme önüne çıkmak” –sadece orada oturmak değil fakat yargılama sürecinde söz sahibi olmak- şeklindeki temel hakkını himaye etmeyen (milli) hukuk uygulamalarını bir sınırlamaya tabii tutsun?

Bu sorunun cevabı ‘olan hukuk’ bakımından (*de lege lata*) açık bir biçimde olumsuzdur. Ancak ‘olması gereken hukuk’ (*de lege ferenda*) bakımından ise, spekülasyon yapabilir hatta hayal kurabiliriz. Milletlerarası insan hakları mahkemeleri, özellikle de AİHM’yi yönlendiren tüm hukuk ilkelerinin esnek, değişen şartlara uygulanabilen ve bu sebeple bireylerin lehine genişletilebilecek

<sup>26</sup> Alexandar H. E. Morawa, “The ‘Common European Approach’, ‘International Trends’ and the Evolution of Human Rights Law. A Comment on *Goodwin and I v. the United Kingdom*”, 3 *German Law Journal*, parag. 29 (no.8, 2002), <<http://germanlawjournal.com>>.

<sup>27</sup> AİHM, 26 Nisan 1979 tarihli *Sunday Times v. the United Kingdom* kararı, Series A, No. 30, parag. 59.

araçları geliştirmiş olması, bu bakımdan bizi desteklemektedir.<sup>28</sup> Bu süreç henüz yavaş olsa da ilerlemektedir.<sup>29</sup> Bu sebeple aşağıda sunacağımız öneri, uygulamada tecrübe edilebilecek, olgunlaşmış bir hukuki görüş olarak değil, fakat bu konu da yeni düşünceleri davet eden bir öneri olarak görülmelidir. Bu niteliğiyle önerimiz, büyük ölçüde adalet arayan bireylerin ihtiyaçlarını, kaygılarını dikkate almaktadır.

### III. Takdir Yetkisi'nin Hatalı Kullanılması: Kriterin Hatalı Milli Mahkeme Kararlarını Düzeltme Aracı Olarak Kullanımı

Aşağıdaki incelemelerimizde, fahiş hata terimini, hakim kararını verdiği durumdaki şartlar gözönüne alarak, objektif bir gözlemci tarafından bu kararın kabul edilemez olduğunun tespitini ifade etmek anlamında kullanacağız. Daha basit bir ifadeyle bu terim, kararın kasti olarak veya ihmal yada dikkatsizlik sonucunda aşikar şekilde hatalı bulunduğu halleri ifade edecektir. Aşağıda, sadece, kabul edilemez oldukları, verildikleri tarih itibarıyla açık, ikna edici veya kesin delillerle sabit olan kararları dikkate alacağız.

Aşağıdaki açıklamayı genel olarak geçerli, kabul edilmesi gereken bir ifade olarak önermek istiyorum: Ne zaman ki bir mahkeme kararı, ihmal sonucu veya kasten, fahiş hata içerecek biçimde verilmiştir, o kararın verildiği davada temel yargılama hukuku teminatlarını da ihlal etmiş demektir. İnsan hakları kriterleri yargulamalarda tarafsız bir hakim gerektirir ki bundan anlaşılması ge-

<sup>28</sup> Bkz. Emily Wada, "A Pretty Picture: The Margin of Appreciation and the Right to Assisted Suicided", 27 *Loy. L.A. Int'l & Comp. L. Rev.* 275, 280 (2005), ve oradaki yapılan atıflar. Yazar, AİHM'nin takdir yetkisi alanı kriteri doktrini uyarınca uygulamalarının Mahkemenin günün gelişen koşullarında değerlendiren bir yaşayan kurum kimliği ile dinamik ve değerlendirmelere açık olmak zorunda olduğunu vurgulamaktadır. 25 Nisan 1978 tarihli *Tyrrer v. the United Kingdom* kararı, Series A, No.26, parag. 31, ve devamı.

<sup>29</sup> Bkz. Morawa, "The 'Common European Approach'..." 3 *German Law Journal*, parag.29, transeksüellerin özel haklarının tanınması kapsamındaki değerlendirmeler altında.



reken de yargılama makamının herhangi bir tarafın safında olması ve önyargılı olmadan yani sadece gerçekleri dikkate alarak karar verebilmesidir. Bu sebeptendir ki usulüne uygun inceleme kavramı, delillerin toplanması, değerlendirilmesi ve hukukun uygulanması aşamalarında gözetilmesini gerekli kılar. Diğer bir ifadeyle, muhakemeyi yapanın bağımsızlığı ve tarafsızlığı hakime verilmiş bir imtiyaz olmayıp, birey için hak niteliğindedir. Hakim için bağımsızlık ve tarafsızlık onun mesleğini icra edebilmesi için bir önşart hatta yükümlülüktür. Bir hakim, pekala, davranması gerektiği gibi davranmış; hatta şekli hukukun formalitelerini yerine getirmiş olabilir. Bu halde bile kasten yanlış bir karar vermiş veya uyuşmazlık hakkında doğru bilgi edinmesi gerekli olan adımları atmakta ihmal gösterdiği için yanlış bir karar vermiş ise hak arama hürriyetini ihlal etmiş demektir.

Burada karşımıza – Bu sorunları milletlerarası insan hakları mahkemeleri önüne nasıl getirebiliriz?- sorusu çıkacaktır. Bu amaca ulaşmada “takdir yetkisi alanı” kriteri’nin, insan hakları yargılamasında uzun süreden beri kullanılan bir araç olarak uygulanabilir.

Bir çok devlet, hukuki politikaları karşılama amacıyla yaptıkları düzenlemelerde “takdir yetkisi alanı” kriterinden yararlandıkları gibi, yargılama makamları da önlerindeki delilleri değerlendirme de serbesttirler. Devletlerin “takdir yetkisi alanı” kriterini ihlal ettiklerini benzer nitelikte düzenlemeye sahip ülkelerdeki düzenlemelere bakarak, yani ortak paydayı inceleyerek tespit edebiliriz. Benzer olarak, hakimlerin yargılama özgürlüklerini aştıklarını da ‘ortak standartlardan’ sapmanın meşru, gerekli ve orantılı olmadığı hallerde ulaştıkları sonucun ortak hukuk düzenleri içindeki belirli insan hakları ölçütleri ile bağdaşmadığının tespiti ile anlayabiliriz.

Fahiş hata iddialarının uluslararası insan hakları mahkemelerine nasıl taşınacağı ve buralarda nasıl karara bağlanacağı sorusu önem kazanmaktadır. Bunun cevabı ise basit olarak: (a) bu mahkemeler önüne bir dava getirme eşiği belirgin olarak yüksek tutulmalıdır; (b) davalı devletin sadece istisnai durumlarda – önceden

belirttiğimiz eşiği geçtiği durumlarda- davaya cevap vermek yükümlülüğü olmalıdır ve (c) insan hakları mahkemesinin değerlendirmesi sadece görünüş itibariyle (*prima facie*) değerlendirme ile sınırlandırılmalıdır.

a. Fahiş hata iddiasını ileri sürmek isteyen davacı adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ( Madde 6, AİHS, Madde 14 CCPR, vs.) ve ihlal sebebi olarak ise milli mahkemede verilen kararın fahiş hata içerdiğini ileri sürebilir.

b. Uluslararası mahkeme ancak davacı tarafından ileri sürülen vakaları ve iddiaları incelemesi sonucunda esaslı hataların varlığının kuvvetle muhtemel olduğunu düşündüğü takdirde davalı devletten ihtilaf konusu milli mahkeme kararının neden aleyhe olduğunu veya ortak kabul görmüş hukuk ilkelerinden (meşruluk, gereklilik ve orantısallık) sapma gösterdiğini de tespit ederse davalı devletin bu konularda görüşünü isteyebilir.

c. Görünüş itibariyle değerlendirme (*prima facia*) üzerinde ayrıca durmak gerekir. Davacı, fahiş hata iddiasını inandırıcı delillere dayandırırca, ispat külfeti ilgili devlete geçecektir. Davalı devlet, milli yargılama makamının kararının doğru olduğunu ispatlamayacak- bu uluslararası mahkemenin tamamen yetkisi dışındadır- ancak verilen kararın yanlışlığına ilişkin davacının iddialarını ve kararının sonucunun yanlışlığına ilişkin iddialarını çürütecektir. Davalı devlet bunu başardığında, dava reddedilecektir. Delille davacının iddialarının çürütülmesi için, devlet bu iddialara karşı delil göstermek veya yargılama yapan milli mahkeme kararının doğruluğunu kanıtlamak için karşı iddialarda bulunmayacaktır. Davalı devletin burada yapacağı yalnızca kararın fahiş hata içerdiğine ilişkin iddiayı çürütmek olacaktır.

Peki, yukarıda açıklananlar “takdir yetkisi alanı” ile bağdaşır mı? AİHM, devletlerin Konvansiyon’dan doğan yükümlülüklerinin somut kapsamının değerlendirilmesinde o devletlerin yerel şartlarının da dikkate alınmasını esas almaktadır. Ancak yerel durumlar ve özellikler “Avrupa değerlendirmesi”nden kaçmak için kullanılamaz. Doğal olarak, yerel hususlar ve şartlar, bir toplum – milli veya

yerel- yaşamı için standartlar koyma yetkisini devletlerin kontrolünde tutmasını devam ettirecektir. Ancak bu yetkinin sınırı da daha üst bir seviyede bulunan yerel ve ulusal düzenin üzerinde bulunan bir standardın bulunmasıdır. Tüm bir ülkenin, devlet başkanının toplum tarafından eleştirilmemek dokunulmazlığı olduğuna inanıyor olsada, bu inanç, ifade özgürlüğüne ilişkin kuralların altında olacaktır. Tüm bir milletin eşcinsellerin mahremiyet hakkının bulunmadığını düşenselerde, AİHS madde 8 ve Avrupa uygulaması eşcinsellere bu hakkı verecektir. Buradan hareketle, öncelikli ve zorunlu ortak insan hakları standartları bakımından, yerel standartların öncelikli uygulanmasının ancak bu yerel standartların bireysel özgürlükleri genişletmesi halinde mümkün olduğu sonucuna varılabilir.

Bundan başka, uluslararası insan hakları mahkemeleri önlerindeki davaya ilişkin fahiş hata değerlendirmesi yapmalarını, milli yargılama makamına milli hukuk dahilinde doğru kararın ne olacağını empoze edilmesi olarak anlamamak gerekir. Sadece mahkemin verdiği kararın İHS'ye göre kabul edilemez ve uygulanamaz olduğunun tespiti olacaktır. Diğer bir ifadeyle, fahiş hatanın tespiti yine usulü bir eksikliğin varlığının tespitine dönüşecektir.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin belirttiği üzere, bu tür milletlerarası kararlar, milli mahkeme kararlarının yine milli mahkemeler tarafından iptaline yönelik olabilir ve uyuşmazlığın bu sefer hak arama hürriyetine uygun bir şekilde tekrardan incelenmesi sağlanabilir. Fiilen elde edilen sonuç, milli mahkemenin verdiği kararın uygulanamaz olduğunun milletlerarası mahkemece tespiti olacaktır.

#### **IV. Yerel Düzeydeki Fahiş Hatalı Kararlar: Kaybedilen Davayı Geri Kazanmanın Güzelliği**

Geçmiş yıllarda milletlerarası insan hakları mahkemelerinin iş yükü hakkında çok şey söylendi. B.M. mekanizmaları, uyguladıkları usullerde devamlı değişiklikler yaparak etkinliklerini arttırmaya çalışmaktadır. AİHM'nin iş yükünün fazlalığı malum olup;

bu 2004 yılında Konvansiyon'a 14 numaralı Protokolün eklenmesine yol açmıştır. Bu sayede Mahkeme'nin etkinliği ve çalışma yöntemleri – davaların kabule şayanlığı kriterleri- yeniden düzenlenmiştir. İnsan hakları mahkemelerine yukarıda açıklanan ek hukuksal görevlerle işyüklerini arttırmanın ne kadar gerçekçi ve tavsiye edilebilir olduğu sorusu da üzerinde en azından kısaca durulması gereken bir husustur.

14 numaralı AİHM Protokolü esas olarak, Mahkeme'nin bireysel başvurulara ilişkin "filtreleme fonksiyonunu" geliştirmeyi amaçlamakta ve ayrıca Mahkeme'nin tali yetkisine vurgu yaparak milli mahkemelerin öncelikli sorumlulukları olarak Konvansiyon'dan doğan hakları korumaları ve ihlalleri AİHM önüne gelmeden önlemeleri istenmektedir. Ancak yeni sistem, şikayetçinin önemli, ciddi bir aykırılıktan zarar görmediği gerekçesi<sup>30</sup> ile başvurusunun reddedileceğini öngörmekle birlikte, bu imkan "Mahkeme'nin, dava milli mahkeme tarafından usulüne uygun şekilde incelenmemiş ise kendisine yapılan müracatı, başvurusunun önemsiz bir konuya ilişkin olduğundan bahisle reddedilmesinin asla mümkün olmadığı"<sup>31</sup> ilkesi ile sınırlanmaktadır. O zaman *usulüne uygun inceleme* (gerekli özen) nedir? Bu soru iki değişik şekilde cevaplandırılabilir. Sadece şekli bir yargısal inceleme veya başka bir ifadeyle böyle bir hukuki çarenin sadece mevcut olması yeterli sanılabilir. Oysa "usulüne uygun" ifadesi bundan daha fazlasını ifade etmekte hatta zorunluluktur. *Usulüne uygun inceleme* ise yalnızca mahkemenin muhtemel insan hakları ihlali durumunda buna engel olması ve düzeltilmesine olanak verecek şekilde incelemesi halinde gerçekleşmiş sayılabilir. *Usulüne uygun inceleme* bu sebeple iki önemli unsuru içinde bulundurur: (a) vakıaların milletlerarası standartlar uyarınca gerçek inandırıcı bir incelemeye tabi tutulması ve (b) vakıaların incelenmesinden insan hakları standartlarından sapıldığının anlaşılması halinde, bu standartlara

<sup>30</sup> Konvansiyon'un 14 No'lu Protokolle eklenen, Konvansiyon'un kontrol sistemini düzenleyen, yeni 35 (3) maddesi, 13 Mayıs 2004 tarih ve ETS No. 194.

<sup>31</sup> 14 No'lu Protokol için Açıklayıcı Rapor, parag. 82 <<http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.html>>.

aykırı sonuçlara yol açmayacak bir kararla hukuki himaye sağlanması olacaktır.

Makalede anahatları ile belirtilen görüş benzer kavram ve usullerden yararlanmıştır. Milli mahkeme’de davalar incelenirken sadece şekli usul hukuku kurallarına riayet edilmiş olması ve hakimlerin bağımsızlık ve tarafsızlığının sağlanması yeterli olmayıp, maddi bakımdan da adaletin tecellisine imkan verecek bir usul izlenmelidir. Milletlerarası insan hakları mahkemelerine adaletsiz bir karar nedeniyle, daha önce belirttiğimiz kuvvetli delillerle, bireysel başvuru yapıldığında ilgili devletin açıklama yapmak yükümü olmalıdır. Devlet yerel mahkeme kararının ‘ortak standartlara’ aykırı olmadığını veya bu standartların bu davaya esas teşkil etmeyeceğini açıklamakta önemli güçlükler yaşamayacaktır. Yalnız geçerli açıklama yapılamadığı durumlarda, ortada fahiş hata varlığından bahsedebiliriz.

Yukarıda açıklanan yaklaşımın gerçek güzelliği iki özelliğinde toplanmaktadır. İlk olarak, milletlerarası sistemin taliliği ilkesine uygun olarak, fahiş bir hatanın tespiti halinde dava, milli yargı organları veya kararı veren milli makamlara geri dönecektir. İkincisi, öngörülmüş olan imkanın aşırı şekilde kullanılmasına karşı alınmış olan önlemler (karardaki fahiş hatanın ispatı konusunda kuvvetli deliller aranması ve ilgili devletlerin kendilerini savunması konusunda geniş imkanlar tanınması) dikkate alındığında, adaletin keyfiliğe üstün gelmesi şeklinde özetlenebilecek olan ana amacın gerçekleşmesi için sadece küçük bir bedel ödemiş olacaktır.

### KAYNAKÇA

BLAAU LOAMMI C., “The Rechtsstaat Idea Compared with the Rule of Law as a Paradigm for Protecting Rights”, 107 *South African L.J.* 76 (1990).

COSTA JEAN-PAUL, “The European Court of Human Rights and its Recent Case Law”, 38 *Tex. Int’l L.J.* 455 (2003).

DIENG ADAMA, "Role of Judges and Lawyers in Defending the Rule of Law", 21 *Fordham Int'l L.J.* 550 (1997/8).

FEINGOLD CORA S., "The Doctrine of Margin of Appreciation and the European Convention on Human Rights", 53 *Notre Dame L.* 90 (1977/8).

GRABENWARTER CHRISTOPH, *Europäische Menschenrechtskonvention* (Munich, 2nd ed., 2005).

GROSS OREN/FIONNUALA NI AOLAIN, "From Discretion to Scrunity: Revisiting the Application of the Margin of Appreciation Doctrine in the Context of Article 15 of the European Convention on Human Rights", 23 *Hum. Rts. Q.* 625 (2001).

MORAWA ALEXANDER H. E., "The 'Common European Approach', 'International Trends', and the Evolution of Human Rights Law. A Comment on *Goodwin and I v. the United Kingdom*", 3 *German Law Journal*, para. 29 (No. 8, 2002), <<http://www.germanlawjournal.com/print.php?id=172>>.

MORRISON CLOVIS C., "Margin of Appreciation in European Human Rights Law", 6 *Revue des Droits de l'Homme* 263 (1973).

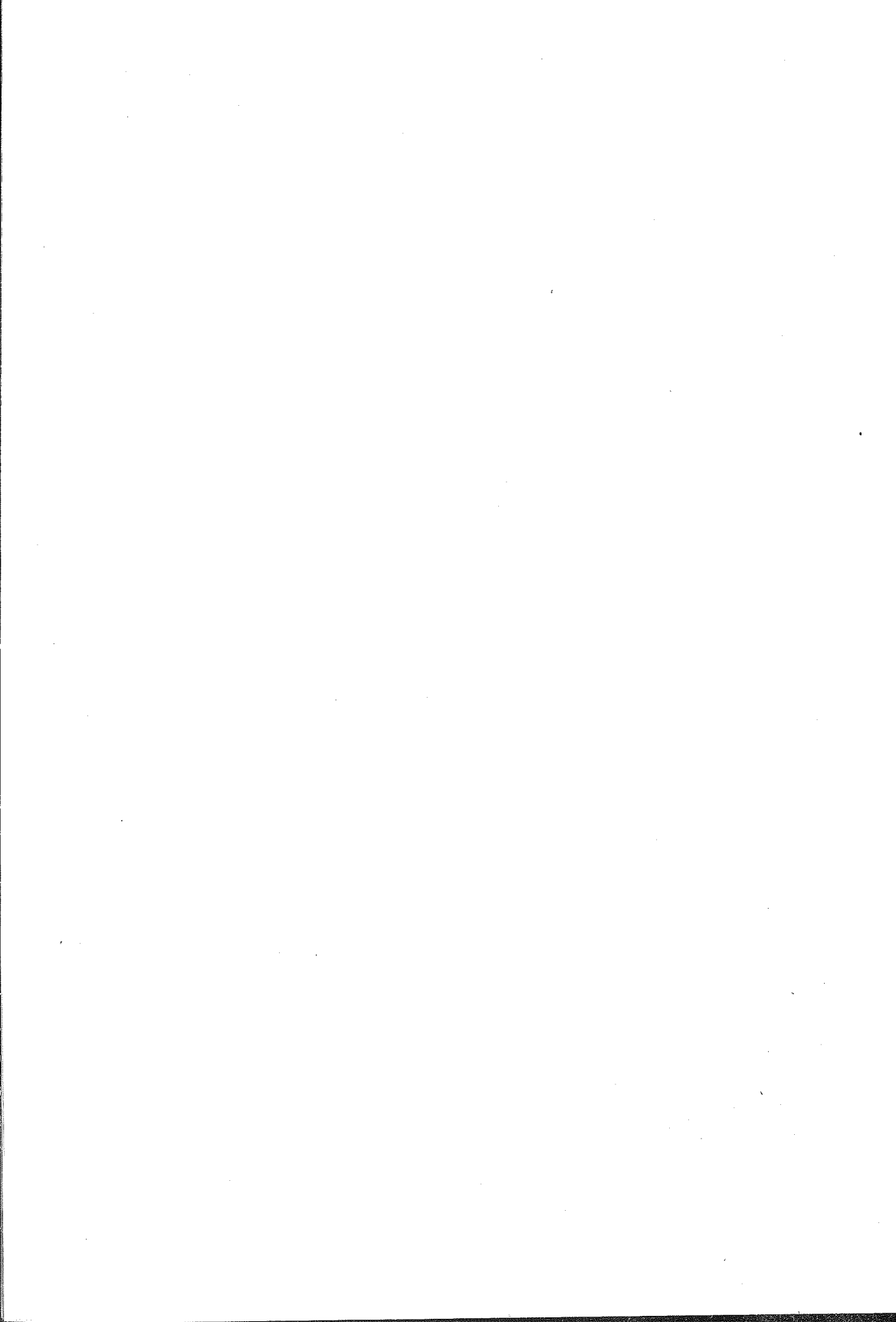
O'DONNELL THOMAS A., "The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", 4 *Hum. Rts. Q.* 474 (1982).

YOUROW HOWARD CHARLES, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence* (London, New York, The Hague, 1996).

YOUROW HOWARD CHARLES, "The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence", 3 *Conn. J. Int'l L.* 111 (1987/8).

WADA EMILY, "A Pretty Picture: The Margin of Appreciation and the Right to Assisted Suicide", 27 *Loy. L.A. Int'l L. Rev.* 275 (2005).

# KARAR ÇEVİRİSİ





**MÜLKİYETİ SAKLI TUTMA SÖZLEŞMESİYLE  
SATILAN MAL KİRALAYANIN HAPİS HAKKI İÇİN  
TUTULAN DEFTERE KAYDEDİLEBİLİR Mİ?**

(İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ KARARI ÇEVİRİSİ)

**Çeviren: Araş. Gör. U. Yiğit PARMAKSIZ\***

Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesiyle ile satılan malların haczi konusunda, Türk Hukuku'nda açık bir düzenleme yoktur. İsviçre Hukukunda ise, bu konu Federal Mahkemenin 31 Mart 1911 tarihli 29 nolu ve 11 Mayıs 1922 tarihli 14 nolu genelgesi ile düzenlenmiştir.<sup>1</sup>

Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesiyle satılan malın, kiralayanın hapis hakkı için tutulan deftere kaydedilmesi halinde uygulanacak kurallar hakkında ise, İsviçre Hukukunda da bir düzenleme boşluğu mevcuttur.

İsviçre Federal Mahkemesi, bu boşluğu, 9 Eylül 1970 tarihli kararında, mülkiyeti saklı tutma sözleşmesiyle satılan malların haczi hakkındaki genelge hükümlerini uygulayarak doldurmuştur. Aşağıda İsviçre Federal Mahkemesi Kararları Külliyyatının 96. Cildinin 3. Kısımında, 66 ila 73. sayfalarda yayımlanan bu kararın çevirisi sunulmaktadır.

---

\* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı.

<sup>1</sup> Hukukumuzda mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi ile satılan malların haczi için bkz. Fahrettin Aral, *Mülkiyeti Muhafaza Kaydıyla Satılan Bir Malın Alıcının Alacaklıları Tarafından Haczi* (Ankara Hukuk Fakültesi Dergisi, sayı: XXX (1973), s.1-4, Halid Kemal Erbil, *Mülkiyeti Muhafaza Mukavelesinin Haciz Halinde İcra Ettiği Tesirler*, (İstanbul Barosu Dergisi, XXVI, Sayı:1 (1952) s.1-18 ve Baki Kuru, *İcra ve İflas Hukuku*, Üçüncü Baskı, Cilt II (İstanbul) s. 1157.

## BAYAN CZERWENKA HAKKINDAKİ 9 EYLÜL 1970 TARİHLİ KARAR

### Özet:

Üçüncü kişinin, kiralayanın hapis hakkına dayanarak ( İsviçre Borçlar Kanunu md. 272)<sup>2</sup> tuttuğu deftere ( İsviçre İcra-İflas Kanunu md. 283/ 2 ) yazılmış mallar üzerinde mülkiyeti muhafaza sözleşmesi ( İsviçre Medeni Kanunu md. 715) olduğunu iddia ederek yapmış olduğu istihkak itirazı ( İsviçre İcra-İflas Kanunu md. 106 ve 107). İstihkak itirazının sonucunda mülkiyeti muhafaza sözleşmesinin, hapis hakkına göre öncelikli olması ve satıcının satış konusu malları geri alma hakkının icra edilememesi halinde, üzerinde hapis hakkı bulunan malların paraya çevrilmesi (İcra ve İflas Dairesinin 31 Mart 1911 tarihinde yayınladığı 29 numaralı genelge ve 11 Mayıs 1922 tarihinde yayınladığı 14 numaralı genelge).

### Olay:

A.- 26 Eylül 1969 tarihinde Bayan Czerwenka, Unter-Tasna İcra dairesinde, “Kuru Temizlemeci, Scuol” adresinde mukim W. H. Frei hakkında 1 Ekim 1968 tarihinden itibaren birikmiş 7200 İsviçre Frangı kira alacağının tahsili için bir icra takibi başlatmış, aynı zamanda hapis hakkı için bir defter düzenlenmesini de talep etmiştir. Bunun üzerine icra dairesi tarafından, içinde 500 Frank değer takdir edilmiş Cissel marka buharlı ütü ve 6000 Frank değer takdir edilmiş bir adet Clayton marka jeneratör (buhar jeneratörü) de bulunan dokuz malı hapis hakkı defterine kaydettirmiştir. Hapis tutanağında, üzerinde hapis hakkı bulunan mallardan buharlı ütü

<sup>2</sup> 15 Aralık 1989 tarihinde İsviçre Borçlar Kanunu’nda yapılan değişiklikler sonucunda Kira ve Hasılat Kirası konusundaki hükümleri içeren maddelerin içerikleri aynı bırakılmış ancak madde numaraları değişikliğe uğramıştır. Buna göre söz konusu kararda belirtilen 272. maddedeki hüküm , halen İsviçre Borçlar Kanunu’nun 268. maddesinde yer almaktadır.

için Wamag AG lehine, jeneratör için Kannegiesser & Co şirketi lehine ve kalan mallar için Apparex AG şirketi lehine mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi olduğu belirtilmiştir. 21 Ocak 1970 tarihinde, asgari ihale bedelini belirlemek amacıyla, her üç firmaya da (Örnek no. 19) söz konusu mallar üzerindeki alacak haklarını bildirmeleri için süre verilmiştir. Wamag AG kalan alacağını 819 Frank, Kannegiesser şirketi kalan alacağını 8400 Frank olarak belirtirken, Apparex AG, Frei'dan alacağının bulunmadığını belirtmiştir.

24 Haziran 1970 tarihinde icra dairesi, kira alacaklarının tahsili için yapılan takipte, açık artırmayı gerçekleştirmiştir. Aynı tarihli artırma şartnamesinde, buharlı ütü ve jeneratörün ancak firmaların belirttiği bakiye alacak miktarlarının toplamının üzerinde bir teklife ihale edilebileceği belirtilmiştir. Artırmada böyle bir teklif verilmemiştir. Diğer mallar önce tek tek daha sonra birlikte olmak üzere ihaleye sunulmuş; mallar topluca artırmaya sunulduğunda verilen teklifin malların tek tek artırmaya sunulduğunda verilen tekliflerin toplamından fazla olduğu görülmüş ve mallar bu şekilde paraya çevrilmiştir.

**B.-** 29 Haziran 1970 tarihinde kiralayan, yetkili icra mahkemesinde şikâyet yoluna giderek “açık artırmanın, masrafları icra dairesine ait olmak üzere tekrar edilmesi ve hapis hakkı defterine kaydedilen malların, mülkiyeti saklı tutma sözleşmeleri dikkate alınmadan ve asgari ihale bedeli olmadan açık artırmaya çıkartılması” talebinde bulunmuştur.

Kiralayan, buharlı ütü ve jeneratör hakkında mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi olduğunun kendisine hiçbir zaman bildirilmediğini ve bu malların “normal şekilde” yani “asgari ihale bedeli olmadan” artırmaya çıkartılması gerektiğini iddia etmiştir.

24 Ağustos 1970 tarihinde icra mahkemesi bu şikâyeti “ihtilaf halinde Federal Mahkeme'nin İcra ve İflas Dairesinin 31 Mart 1911 tarihinde yayınladığı mülkiyeti saklı tutma konulu 29 numaralı genelgesine göre mahcuz mala istihkak usulüne göre karar verileceğini; oysa icra dairesinin bu usulü uygulamadaki “ihmalî”nin şikâyet konusu yapılmadığını ve ayrıca yine kiralayanın olayda

ihtilafa konu olan malların mülkiyeti muhafaza sözleşmesiyle satılmadığını dahi iddia etmeyip, sadece İsviçre Borçlar Kanunu'nun 273. maddesine atıfla, bu mülkiyeti muhafaza sözleşmesinden haberi olmadığını belirttiği; halbuki, kayıtların usulüne uygun olarak tescil edilmiş olması sebebiyle, bu kayıtlar konusunda bilgilendirilmediğini ileri süremeyeceği gerekçeleriyle reddetti.

C.- Kiralayan, bu karar üzerine Federal Mahkemede temyiz yoluna başvurmuştur. Federal Mahkemede şikâyetini yinelemiş ve söz konusu Federal Mahkeme genelgesinin İsviçre Borçlar Kanunu'nun 272 vd. maddelerinde yer olan durumda uygulanamayacağı; mülkiyeti muhafaza sözleşmesinin söz konusu olduğu malların kaideten kiracıya teslim edilmiş diğer mallar gibi kiralayanın hapis hakkına tabi olduğunu; mülkiyeti muhafaza sözleşmelerinin tescilinin "aleniyet etkisinin" olmadığını; ilk derece mahkemesinin kiralayanın mülkiyeti muhafaza sözleşmesini bildiğini farzedemeyeceğini; kiralayanın iyi niyetli olduğunun varsayılması gerektiğini; mülkiyeti muhafaza sicilini incelemesi için bir neden bulunmadığını iddia etmiştir.

### Gerekçenin Özeti

İcra ve İflas Dairesi'nin gerekçesi:

1. Bir üçüncü kişi, kiralayan lehine hapis hakkı tanınmış bir mal hakkında istihkak iddiasında bulunursa, istihkak iddiasının ve hapis hakkının geçerli olup olmadığı ve istihkak iddiasının İsviçre BK m. 273'te düzenlenen hapis hakkına üstün olup olmadığı; başka bir ifadeyle, mülkiyet hakkının hapis hakkına tercih edilmesinin gerekip gerekmediği konularında, genel mahkemeler tarafından karara bağlanması gereken bir maddi hukuk uyuşmazlığı ortaya çıkar.<sup>3</sup> Mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi ve hapis hakkı üzerindeki ihtilaf, uyuşmazlığa taraf olan kişilerin kimler olduğuna göre, farklı şekillerde ortaya çıkar.

<sup>3</sup> İsviçre İcra ve İflas Kanunu'na göre, mahcuz mala istihkak davası genel mahkemelerde açılmaktadır (çevirenin notu).

a) Federal Mahkemenin uygulamasına göre, hapis hakkını kullanan ve takibi başlatan kiralayan ile istihkak iddia eden üçüncü kişi arasındaki uyuşmazlık , üçünü kişinin istihkak davası açması ve bu iddianın mahkeme tarafından kabul edilmesi ya da haklı görülmesi halinde, üçüncü kişiye İsviçre İcra-ıflas Kanunu'nun 153/ 2 maddesine dayanarak ödeme emrinin bir suretinin tebliğ edilmesi<sup>4</sup> ve bu şekilde ona itiraz yoluyla kiralayanın hapis hakkına muhalefet edebilme hakkına olanak tanıyan bir prosedüre tabi tutulmamaktadır. Böyle bir usul yerine, üçüncü kişi, kiralayanın üzerinde hapis hakkı bulunan mal için istihkak iddiasında bulunursa ve kiralayanın hapis hakkına muhalefet ederse, satış talebinden sonra (bkz. İsviçre İcra İflas Kanunu m. 155, fıkra 1 ve m. 37, fıkra 2; 40 no.lu örnek ) kiralayana, ilgili mal üzerindeki hapis hakkında ısrarlı olup olmadığını belirtmesi için İsviçre İİK m. 106 hükmüne göre 10 günlük süre verilir. Kiralayan böyle bir beyanda bulunursa, üçüncü kişiye, hapis hakkının mevcut olmadığını tespiti talebiyle dava açması için, 107. maddeye göre süre verilecektir (BGE 44 III 107ff, 22 ve 26 no.lu örnekler). Federal Mahkemenin - İsviçre MK m. 895 (Türk MK m.950) ile değil, yalnızca kiralayanın hapis hakkına ilişkin olan (BGE 73 III 97 vd) - BGE 44 III 107 vd.ndaki kararında belirtildiği üzere, üçüncü kişiye, kiralayana karşı sadece İsviçre BK m. 273'teki itirazları ileri sürmek imkânı tanınmış olup, hapis hakkının İsviçre BK m. 272'deki şartlarının gerçekleşmediğini ileri sürmek hakkı tanınmamıştır (BGE 70 II 226 vd.)

b) Üçüncü kişinin üzerinde hak iddia ettiği rehnedilmiş mallar, üzerinde hapis hakkının kullanıldığı mallarda genellikle rastlandığı üzere, 106. maddenin 1. fıkrası anlamında borçlunun zilyedliğinde bulunuyorsa; bu durumda, hem kiralayana hapis hakkında ısrar edip etmediğini beyan etme fırsatı verilmeli (Örnek No. 22, yukarıda paragraf "a"), hem de borçluya, İsviçre İİK m. 106, fıkra 2'ye göre (bkz. 155.maddenin 1. fıkrası ve 37.maddenin 2.

<sup>4</sup> İsviçre İİK'nda, 1994 tarihli revizyondan önce, rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, rehinli malın maliki olan üçüncü kişiye ödeme emri değil, sadece "ödeme emrinin bir sureti" gönderilmekte idi (çevirenin notu).

fıkrası) üçüncü kişinin talebine itiraz etmesi için süre verilmelidir ki, bu son halde üçüncü kişi, istihkak iddiasının ispatı için İsviçre İİK m. 107 hükmüne göre genel mahkemede dava açabilsin.

c) Kiralayanın hapis hakkına, takip borçlusu tarafından, ödeme emrine itiraz yoluyla da karşı çıkılabilir (bkz. Örnek 41, kira ve hasılat kirası hakkında takiplerde ödeme emrine itiraz hakkındaki açıklamalar) ki, bu halde, kiralayan hapis hakkının tespiti için genel mahkemelerde dava açmalı veya (yerine göre) itirazın kaldırılmasını talep etmelidir.

2) Açıklanan bu kurallar, üçüncü kişinin, üzerinde hapis hakkı bulunan mal hakkındaki istihkak iddiasını, mülkiyeti muhafaza sözleşmesine dayandırdığı durumlarda da geçerlidir. Ancak bu durumda, bu hukuki ilişkinin kendine has özellikleri dikkate alınmalı ve İcra ve İflas Dairesi'nin 31 Mart 1911 tarihli 29 numaralı ve Federal Mahkemenin 11 Mayıs 1922 tarihli 14 numaralı genelgelerinde yer alan takip borçlusunun mülkiyeti muhafaza sözleşmesi ile satın aldığı malların haczi ve paraya çevrilmesi hakkındaki kurallar, hapis hakkına uygun düştüğü ölçüde uygulanmalıdır. Temyiz eden tarafın, söz konusu bu kuralların bu olaya hiç uygulanmayacağı görüşü doğru değildir.

a) Üzerinde hapis hakkı kullanılan bir mal hakkında mülkiyeti muhafaza iddiasında bulunulması halinde, satıcı 31 Mart 1911 tarihli genelgenin 1. bendine göre bakiye alacağını ( Örnek no. 19) icra dairesine bildirmeye davet edilmelidir. Aynı zamanda, satıcıya kiralayanın hapis hakkına itiraz etmek veya mülkiyeti saklı tutma hakkının hapis hakkına göre öncelikli olduğunu ileri sürmek imkânı tanınmalıdır. Satıcı bu anlamda bir açıklama yaptığında, kiralayana Örnek No. 22 uyarınca hapis hakkında ısrar edip etmediğini beyan etmesi için süre verilmelidir. Bu form kullanılırken, üçüncü kişinin söz konusu mal üzerinde istihkak iddiasında bulunduğu belirtilen yere, üçüncü kişinin sözkonusu mal hakkında (örnekte belirtilecek tutardaki alacağı için) mülkiyeti saklı tutma hakkı olduğu ibaresi yazılmalıdır. Bundan sonra satıcıya hapis hakkının mevcut olmadığını ya da mülkiyeti saklı tutma sözleşmesinin hapis hakkından

öncelikli olup olmadığının tespiti maksadıyla dava açması için süre verilmelidir (Örnek no.26) Mahkeme hapis hakkının mevcut olmadığını tespit ederse, söz konusu mallar, kira alacağı için paraya çevrilemeyecektir . Buna karşılık, kararda sadece mülkiyeti saklı tutma hakkının hapis hakkına göre rüçhanlı olduğu tespit edilmiş ise, satıcı 11 Mayıs 1922 ve 31 Mart 1911 tarihli genelgelerle saklı tutulan sözleşmeden dönme hakkını kullanmadıkça, uyuşmalık konusu mallar hacizli malların tabi olduğu usule göre paraya çevrilecektir. Açık artırmaya gelindiğinde, ihale bedelinin alacaklılara paylaştırılması ancak bu bedelin istihkak iddiasına konu olan satış bedeli bakiyesini aşması halinde mümkün olacaktır ( 31 Mart 1911 tarihli genelgenin 3. bendi). (Satıcının bir malı mülkiyeti saklı tutma kaydı ile sattığında ve kiralayan tarafından hapis hakkı kullanılmış malın mülkiyetini geri istemesi durumunun derdest dava bakımından tartışılmasına gerek yoktur.)

b) Borçluya 31 Mart 1911 tarihli genelgenin 2. bendinin 1 .kısımına göre, mülkiyeti muhafaza sözleşmesine ve/veya satıcı tarafından beyan edilen satış bedeli bakiyesine itiraz edebilmesi için bir süre verilir. Böyle bir itiraz halinde, satıcı, borçluya karşı mülkiyeti muhafaza sözleşmesinin veya satış bedeli bakiyesinin tespiti için dava açmalıdır ( adı geçen genelgenin 2.bendinin 2.kısım).

c) Kira alacağı sebebiyle hakkında takip başlatılan borçlu ve kiralayan arasında, kiralayanın hapis hakkının geçerliliği hakkında uyuşmazlık çıkması halinde, yukarıda 1c bölümünde yapılan açıklamalar aynen geçerli olup; bu bakımdan, hapis hakkının kullanıldığı mallar ile ilgili bir istihkak iddiasında bulunulmuş olması ve istihkak iddiasının şu veya bu sebebe dayandırılmış olmasının bir önemi bulunmamaktadır.

3. Söz konusu olayda Kannegiesser & Co. ve Wamag AG şirketleri, icra dairesinin çağrısı üzerine bakiye alacaklarını beyan etmişlerdir. Buna karşılık, temyiz başvurusunda bulunan taraf, bu beyana karşı itirazını bildirmeye davet edilmemiştir. Bu şekilde firmaların da icra dairesine, bu hapis hakkına muhalefet edip etme-

yecekleri ya da mülkiyeti muhafaza sözleşmesinin hapis hakkına göre öncelikli olup olmayacağı konusundaki iddialarım açıklama şansları olmamıştır. Bu nedenle, böyle bir açıklama için kendilere süre verilmelidir ( Gerekçenin 2a kısmına bkz.). Böyle bir beyanda bulunmadıkları takdirde hapis hakkını ve bu hakkın önceliğini kabul ettiklerini varsaymak ve ilgili malları, mülkiyeti saklı tutma sözleşmeleri dikkate alınmadan paraya çevirmek gerekecektir. Aksi takdirde ise, temyiz başvurusunda bulunan tarafa, Örnek no.22 uyarınca hapis hakkında ısrar edip etmeyeceğini beyan etmesi için süre verilmelidir. Temyiz başvurusunda bulunan taraf, bu süreyi hapis hakkında ısrar ettiği beyanında bulunmadan geçirirse, kendisinin hapis hakkından (ve bununla bağlantılı olarak, malların paraya çevrilmesinden) vazgeçtiği kabul edilmelidir. Buna karşılık, temyiz başvurusunda bulunan taraf, hapis hakkında ısrar ettiğini beyan ederse (ki, şikâyet prosedüründeki açıklamalarına göre, böyle bir beyanda bulunacağı anlaşılmaktadır), satıcılara gerekçenin 2a kısmında belirtildiği gibi temyiz edene karşı bir dava açabilmeleri için süre verilecektir. (Bu istihkak davasında yetkili mahkemelerin belirlenmesi konusunda bkz. BGE 81 III 9/10, BGE 86 III 134ff). Davacının, istihkak iddiasını açıkça ileri sürmemiş ve ihtilafli malların borçluya mülkiyeti saklı tutma sözleşmesi ile birlikte satıldığı iddiasının yanlış olduğunu açıkça iddia etmemiş olması, ilk derece mahkemesinin görüşünün aksine, bu prosedürün izlenmemesi için haklı bir gerekçe oluşturmaz.

Borçluya, Gerekçenin 2b uyarınca mülkiyeti saklı tutma sözleşmesine muhalefet edebilmesi ve/veya asgari ihale bedeline itiraz etmeleri için bir süre verilip verilmediği ve (böyle bir itiraz halinde) satıcılara borçluya karşı mülkiyeti muhafaza sözleşmesinin hukuka uygunluğun veya asgari ihale bedelinin tespiti hakkında bir dava açmaları için süre verilip verilmediği ,dosyadaki belgelerden anlaşılamamaktadır. Böyle bir eksiklik mevcutsa, tamamlanması gerekir.

Takip borçlusunun, kiralayanın hapis hakkına, kanuni süresi içinde itiraz etmediği anlaşılmaktadır. İlk derece mahkemesi, temyiz başvurusunda bulunan tarafın, İsviçre BK m. 273 anlamında, buharlı ütü ve buhar jeneratörünün mülkiyeti saklı tutma sözleşme-



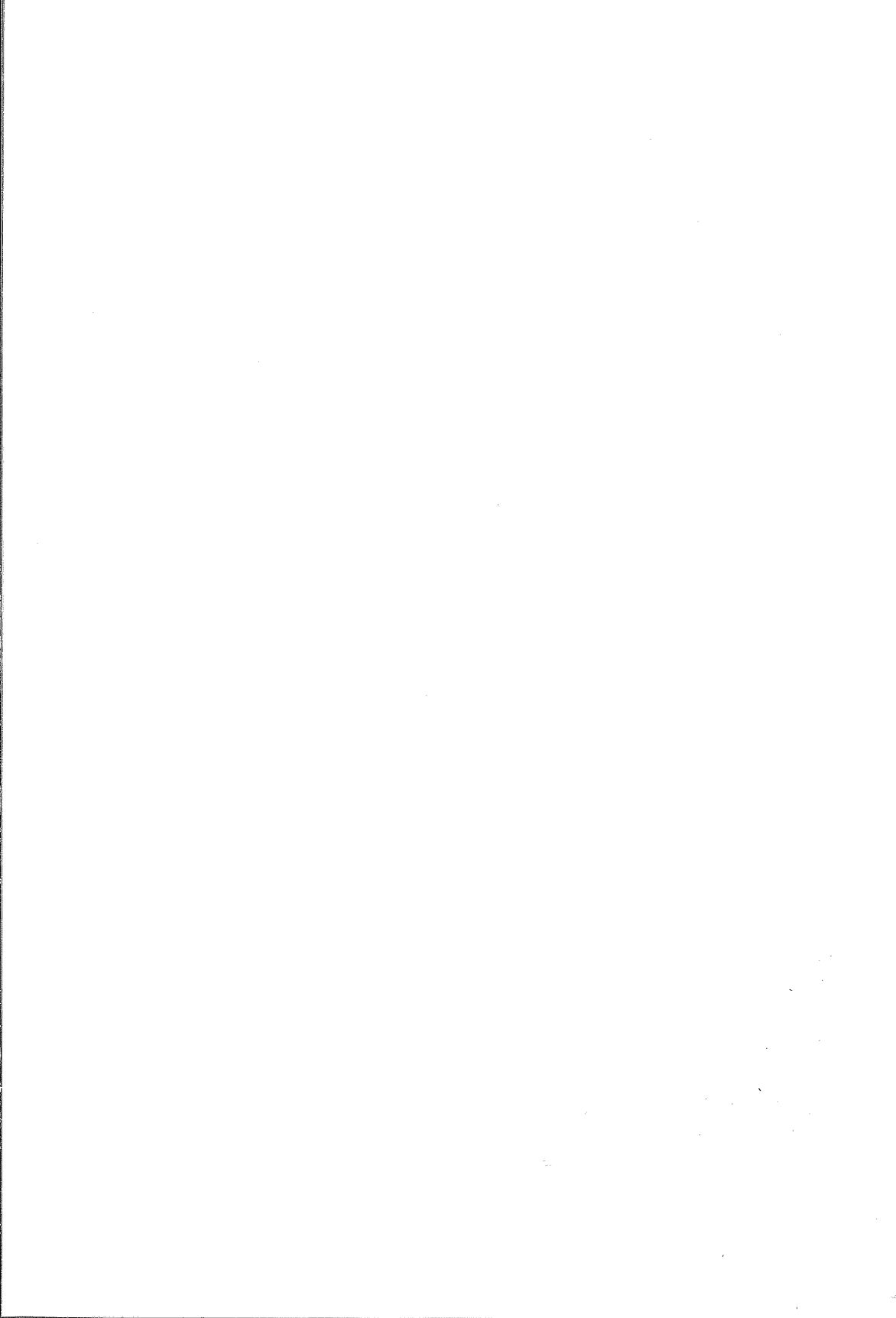
sine konu olduğunu bilmesinin gerekip gerekmediği hakkında karar verirken görevi dışına çıkmıştır; çünkü, bu konuda karar vermek yetkisi genel mahkemelere aittir (Gerekçe 1, 1. Paragraf).

4. İstihkak davası sonucunda satıcının, buharlı ütü ve buhar jeneratörü üzerindeki mülkiyeti saklı tutma haklarının, kiralayanın hapis hakkına göre rüçhanlı olduğu ve satış bedeli bakiyesinin satıcı tarafından beyan edilen tutara ulaştığı ortaya çıksa idi, icra dairesi, 24 Haziran 1970 tarihindeki açık artırmada ihale bedelini buna göre belirlemekte, ihale bedelinin bu tutarı aşmasını aramakta haklı olacak ve açık artırmanın tekrarlanması gerekmeyecekti. Buna karşılık, söz konusu mallar üzerindeki mülkiyeti saklı tutma hakkının kiralayanın hapis hakkına göre rüçhanlı olduğu, fakat satış bedeli bakiyesinin satıcı tarafından beyan edilen tutardan daha az olduğu ortaya çıksa idi, açık artırmanın, asgari ihale bedeli bu tutara göre belirlenerek tekrarlanması gerekecekti. Nihayet, hapis hakkının mülkiyeti saklı tutma hakkına göre rüçhanlı olduğu ortaya çıksa idi, söz konusu malların, asgari ihale bedeli olmadan yeniden açık artırmaya çıkarılması gerekli olacaktı. Buna göre yapılabilecek yeni açık artırmanın masraflarının, temyiz başvurusunda bulunan tarafın iddiasının aksine, icra daire tarafından karşılanması gerekmemektedir. Gerçi icra dairesi, gerekli olan istihkak prosedürünü başlatmamakla hata etmiştir; fakat, icra dairesi doğru hareket etmiş olsa idi dahi, iki defa açık artırma yapmak gerekli olacaktı. Çünkü, üzerinde hapis hakkı bulunan bütün malların satışının, buharlı ütü ve jeneratör konusundaki uyuşmazlığın çözüme bağlanmasına kadar ertelenmesi için geçerli bir sebep mevcut değildi.

### Hüküm

İcra ve İflas Dairesi, yukarıdaki gerekçelerle;

Temyiz başvurusunun kısmen kabulü ile, icra mahkemesi kararının iptaline ve Unter-Tasna İcra Dairesinin istihkak prosedürünü uygulamasına karar vermiştir.





# 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