

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW

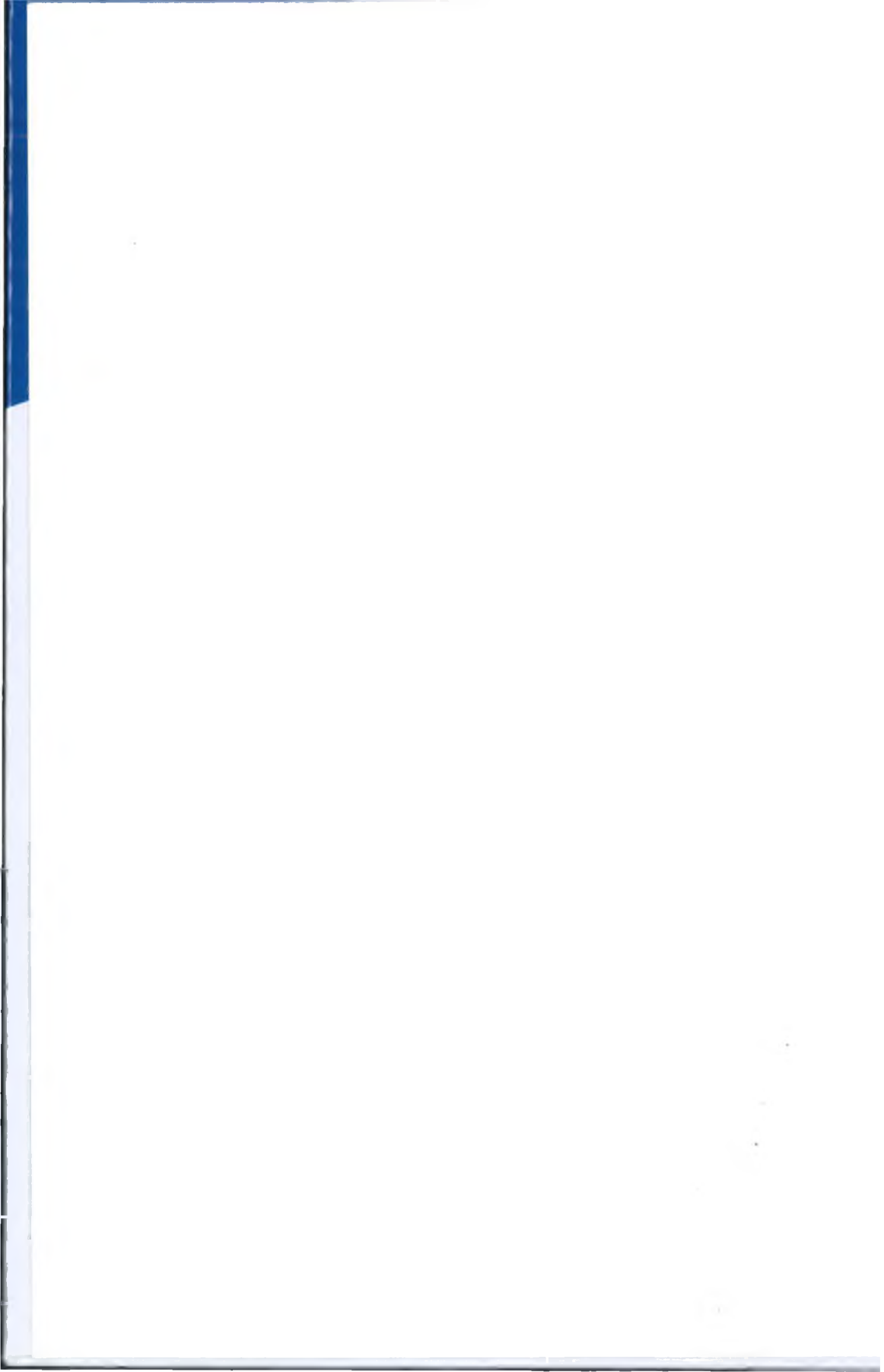


Yılda iki sayı yayınlanan hakemli dergi

Cilt: V
Sayı: 1
Yıl: 2008



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ



**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi

**Cilt : V
Sayı : 1
Yıl : 2008**



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 KABAALİOĞLU, 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, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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, Yeditepe 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 Bölümü

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, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

Doç. Dr. Salih Şahinöz, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Necla Güney Akdağ, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Heidelberg Max-Planck-Institute
Yard. Doç. Dr. Gül Doğan, 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 : V Sayı : 1 Yıl : 2008

İÇİNDEKİLER

ÖZEL HUKUK

- OBLIGATIO, BORÇLAR HUKUKU VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA SÖZLEŞME KAVRAMLARI**
Prof. Dr. Erhan ADAL.....3
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
- BORÇLAR KANUNU'NDAKİ DÜZENLEME AÇISINDAN İSTİSNA SÖZLEŞMESİ İLE VEKALET SÖZLEŞMESİ ARASINDAKİ KURUMSAL FARKLILIKLAR**
Yard. Doç. Dr. R. Cem DİNAR.....45
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi
- TİCARET SİCİLİNİN ELEKTRONİK ORTAMDA TUTULMASI**
Yard. Doç. Dr. Mustafa İ. KAYA.....67
Gazi Üniversitesi TTEF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi
- ALIM SATIMA ARACILIK ÇERÇEVE SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DENETLENMESİ**
Yard. Doç. Dr. Sema AYDIN.....101
Yıldız Teknik Üniversitesi İİBF İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

**ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN NACH DEM
TÜRKISCHEN VERBRAUCHERSCHUTZGESETZ**

Yard. Doç. Dr. Necla GÜNEY AKDAĞ.....125
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

**TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNUN BORÇLAR
KANUNUNA VE TÜRK TİCARET KANUNUNA YANSIMALARI**

Yard. Doç. Dr. Melek BİLGİN YÜCE.....147
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

**DER KONSUMENTENSCHUTZ IN FRANKREICH, ITALIEN UND
ÖSTERREICH EIN STRUKTURELLER VERGLEICH**

Prof. Dr. J. Michael RAINER.....161
Salzburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

**SATICININ AYIPLI MALLARDAN VE SAĞLAYICININ AYIPLI
HİZMETLERDEN SORUMLULUĞU**

Yard. Doç. Dr. Gül DOĞAN.....185
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi

**PROTECTION OF CELEBRITIES' IMAGE IN EUROPE AND IN
UNITED STATES**

Prof. Dr. Joanna Sienczylo-CHLABICZ.....205
Bialystok Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

KAMU HUKUKU

TÜRKISCHE FAMILIENANGEHÖRIGE TÜRKISCHER ARBEITNEHMER UND DER STATUS VON DRITTSTAATSANGEHÖRIGEN

Dr. Rolf GUTMANN.....223
Rechtsanwalt

AVRUPA TOPLULUĞU'NDAKİ TÜRK İŞÇİLERİN VE AİLE FERTLERİNİN SERBEST DOLAŞIMI VE DR. ROLF GUTMANN'IN “TÜRKISCHE FAMILIENANGEHÖRIGE TÜRKISCHER ARBEITNEHMER UND DER STATUS VON DRITTSTAATSANGEHÖRIGEN” BAŞLIKLİ MAKALESİ HAKKINDA

Yard. Doç. Dr. Burak ODER.....233
İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi

TÜRKİYE'NİN AVRUPA BİRLİĞİ'NE ÜYELİĞİ SÜRECİNDE YÜKSEK DENETİM ALANINDA YAPILAN DÜZENLEMELER

Doç. Dr. Ahmet EROL

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi ve Kadir Has Üniversitesi İİBF
Öğretim Görevlisi

Yard. Doç. Dr. Mehmet KARAKAŞ.....247
Harran Üniversitesi İİBF Maliye Bölümü Öğretim Üyesi

KARAR ÇEVİRİSİ

EL YAZISI İLE VASİYETNAMENİN ŞEKLİ – İSVİÇRE FEDERAL MAHKEMESİ'NİN 31 EKİM 1991 TARİHLİ KARARI

Araş. Gör. Ömer BAĞCI.....269
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı



JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW
Volume : V No : 1 Year : 2008

CONTENTS

PRIVATE LAW

**OBLIGATIO – NATURE OF CONTRACT IN LAW OF
OBLIGATIONS AND COMPARATIVE LAW**

Prof. Dr. Erhan ADAL.....3

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

**INSTITUTIONAL DIFFERENCES BETWEEN CONTRACT OF
WORK AND CONTRACT OF MANDATE WITH RESPECT TO THE
REGULATION IN THE CODE OF OBLIGATIONS**

Asst. Prof. Dr. R. Cem DİNAR.....45

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

COMMERCIAL REGISTRY IN ELECTRONICAL FORMAT

Asst. Prof. Dr. Mustafa İ. KAYA.....67

Gazi University Faculty of Commerce and Tourism Education

**CONTROL OF THE STANDARD TERMS IN THE FRAMEWORK
CONTRACTS FOR SALE COMMISSION**

Asst. Prof. Dr. Sema AYDIN.....101

Yıldız Teknik University Faculty of Economics and Administrative Sciences
Department Of Business Administration, Dept. of Commercial Law

**STANDARD CONTRACTS UNDER TURKISH CONSUMER
PROTECTION ACT**
Asst. Prof. Dr. Necla GÜNEY AKDAĞ.....125
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Commercial Law

**REFLECTION OF THE CONSUMER PROTECTION ACT IN THE
CODE OF OBLIGATIONS AND TURKISH COMMERCIAL CODE**
Asst. Prof. Dr. Melek BİLGİN YÜCE.....147
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

**THE PROTECTION OF CONSUMERS IN FRANCE, ITALY AND
AUSTRIA – A STRUCTURAL COMPARISON**
Prof. Dr. J. Michael RAINER.....161
Salzburg University Faculty of Law

**LIABILITY OF THE SELLER AND SERVICE PROVIDER DUE TO
DEFECTIVE PERFORMANCE**
Asst. Prof. Dr. Gül DOĞAN.....185
Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

**PROTECTION OF CELEBRITIES' IMAGE IN EUROPE AND IN
UNITED STATE**
Prof. Dr. Joanna Sienczylo-CHLABICZ.....205
Bialystok University Faculty of Law

PUBLIC LAW

**TURKISH FAMILY MEMBERS OF TURKISH EMPLOYEES AND
THE STATUS OF THIRD STATE CITIZENS**
Dr. Rolf GUTMANN.....223
Attorney at Law

FREE MOVEMENT OF TURKISH WORKERS AND FAMILY MEMBERS IN THE EU AND THE ARTICLE BY ROLF GUTMANN ENTITLED “TÜRKISCHE FAMILIENANGEHÖRIGE TÜRKISCHER ARBEITNEHMER UND DER STATUS VON DRITTSTAATSANGEHÖRIGEN”

Asst. Prof. Dr. Burak ODER.....233

Istanbul Bilgi University Faculty of Law

REGULATION OF AUDIT COURTS IN THE PROCESS OF EU ACCESSION NEGOTIATIONS OF TURKEY

Assoc. Prof. Dr. Ahmet EROL

Yeditepe University Faculty of Law, Kadir Has University Faculty of Economics and Administrative Sciences

Asst. Prof. Dr. Mehmet KARAKAŞ.....247

Harran University Faculty of Economics and Administrative Sciences

CHRONICLE OF CASE REVIEWS

THE FORM OF A WILL IN HANDWRITING – JUDGMENT OF THE SWISS FEDERAL COURT DATED 31 OCTOBER 1991

Res. Asst. Ömer BAĞCI.....269

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil 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, ünvanım, 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.

Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.



ÖZEL HUKUK



OBLIGATIO, BORÇLAR HUKUKU VE KARŞILAŞTIRMALI HUKUKTA SÖZLEŞME KAVRAMLARI

Prof. Dr. Erhan ADAL*

1. GİRİŞ

A) OBLIGATIO

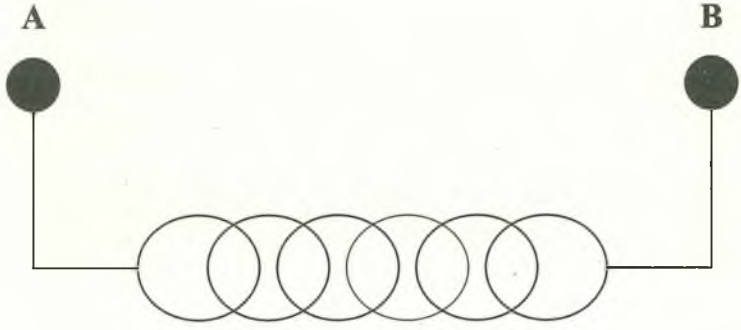
Obligatio (borç) kavramı Latince bağlamak anlamına gelen *ligare* kökünden türemiştir. Burada borç ilişkisinden, yani en az iki taraf arasında mevcut olan ve bunlardan birini (**borçlu**) diğerine (**alacaklı**) karşı belli bir davranış biçiminde (**edim**) bulunmakla yükümlü tutan **hukukî** bir **bağdan** söz edilmektedir. Bazı hukukçular borçlar hukuku yerine "**bağlamlar hukuku**" deyimini kullanır.

Borç kavramı iki ayrı anlam taşır:

- a) Geniş manada borç veya "**borç ilişkisi**",
- b) Dar manada borç.

Borç ilişkisi: İki taraf arasında öyle bir hukukî bağdır ki, bu bağ gereğince, taraflardan biri (**borçlu**), karşı tarafa bir şey vermek veya yapmak veya yapmaktan kaçınmak, yani bir edimi yerine getirme **yükümlülüğü** (**borcu**) altına girer; diğer taraf (**alacaklı**) ise, borçlunun borcu yerine getirmesini **talep etme** (**isteme**) hakkına sahip olur.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi.



Şekil 1

Yukardaki şekilde A ve B diye isimlendirilen az iki kişi arasında oluşan hukukî zincir (**juris vinculum**) görülmektedir. Bu zincirlerin **taraf**lar arasında hüküm doğurduğu ve bu yüzden borç ilişkisinin **nisbi niteliğinden** söz edilir. Taraf kavramı; gerçek veya tüzel kişileri, onların yetkili temsilcilerini ve yanlarında çalışanları ve yardımcı kişileri içerir. Bu kategori dışında kalanlara **üçüncü kişiler** denilir ve taraf kavramına girmezler.

Dar anlamda borç: Bir borç ilişkisindeki çeşitli borçlardan her birini ayrı ayrı ifade eder.(A) ile (B) arasında yapılan bir satım sözleşmesi uyarınca A pul koleksiyonunu 5.000 TL.'na, B'ye satacaksa A ile B arasında tam karşılıklı iki taraflı / sinallagmatik bir **borç ilişkisi** oluşacaktır.

Bu borç ilişkisinde, A pul koleksiyonunun mülkiyetini B'ye devretmek, yani pul koleksiyonunu B'ye **teslim etmek** (dar anlamda) **borcu** altındadır. Burada A'nın borcu, B yönünden pul koleksiyonunun kendisine teslim edilmesini, mülkiyetinin devredilmesini isteme hakkını veren bir **alacak**'tır. Buna karşılık, aynı borç ilişkisi (satış sözleşmesi) uyarınca, B'de A'ya 5.000 TL.ödemek **borcu** altındadır. Satım sözleşmesinin tanımına göre "**satım sözleşmesi , satılan şeyin elmenlik ve mülkiyetini alıcıya devretme; alıcının da buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir**".

Borç ilişkisi Roma hukuk kaynaklarında çeşitli biçimde tanımlanmıştır.**Justinianus** tarafından hazırlanan **Corpus Juris Civilis, Institutiones** 3.Kitabı 13. paragrafı borcun tarifini vermiştir: "**Borç**

*öyle bir hukukî bağıdır ki, onunla ülkemizde yürürlükte olan hukuk uyarınca, bir kimseye karşı bir şeyi yerine getirmekle yükümlü tutuluruz "*¹.

Borcu tanımlayan başka bir metin, *Digesta*'nın "*borçlara ve davalara dair*" (*De obligationibus et actionibus*) başlıklı ayırımında klâsik hukukçulardan **Paulus**'a aittir :

*"Borç ilişkilerinin özü, bunların bize bir şey üzerinde bir mülkiyet veya irtifak hakkı temin etmelerinde değil, fakat bir kimseyi bize karşı bir şey vermeye veya yapmaya veya bir edayı yerine getirmeye mecbur edişlerinde görülür "*².

Paulus'un tanımında borcun hukukî niteliği, aynî / nesnel haklarla karşılaştırılarak belirtilmiştir. Mülkiyet veya irtifak / yükümlenim gibi nesnel haklar bir kimseye bir şey üzerinde bir egemenlik hakkı, mutlak bir hak sağladıkları halde, borçlar, alacaklı ile ona karşı bir yükümlülük altına girmiş olan borçlu arasında kişisel ve dolayısıyla nisbî bir hukukî ilişki oluşturur. Nesnel bir hak sahibi, bu hakkını herkese karşı öne sürebildiği halde, alacaklı, borç ilişkisinden doğan ve nisbî bir hak olan alacak hakkını yalnız borçlusuna karşı ileri sürebilir. Bu özellik **Roma hukukunda** davaların **actio in rem** (nesnel dava) ve **actio in personam** (kişisel / şahsî dava) biçiminde ayrılmasında kendisini gösterir. **Gaius** da *Institutiones*'inin davalardan söz eden dördüncü kitabının baş tarafında kişisel ve nesnel davaları şöyle tanımlamıştır : "**Actio in personam (kişisel dava)** ile bize karşı bir sözleşmeden veya hukuka aykırı eylemden dolayı borçlu olanı, yani bize karşı bir şey vermeye, yapmaya veya bir edimi ifayla yükümlü olduğunu iddia ettiğimiz kişiyi takip ederiz. **Actio in rem (nesnel dava)** ile maddi bir şeyin bize ait olduğunu veyahut üzerinde bir yararlanma, kullanım, geçme, su geçirme veya belli yüksekliğe karşı yapı yapma haklarını iddia ederiz. Bu dava, tersine, davalıya karşı menfidir "

¹ "*Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*".

² "*Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum* "

İsviçre / Türk Borçlar Yasaları, borç kavramının tarifini vermekten kaçınmıştır. Buna mukabil BGB § 241/I 'de borcun tarifi şu biçimde verilmiştir : "*Borç ilişkisi gereğince alacaklı borçludan bir edimi isteme hakkına sahiptir*"³

Borç kaynaklarının sınıflandırılması açısından Roma hukuku ile modern hukukumuz arasında benzerlikler vardır. Gaius'un *Institutiones*i sıralamayı şöyle yapmaktadır :

"*Her borç ya bir sözleşmeden veya hukuka aykırı eylemden doğar*"⁴. Yine *Digesta* nın "*Borçlara ve davalara dair*" Gaius 'a ait diğer bir metinde iki borç kaynağına üçüncü bir kaynağın eklendiğini görüyoruz: "*Borçlar ya sözleşmeden, ya hukuka yakırı bir eylemden veyahutta diğer çeşitli nedenlerden doğarlar*"⁵

Justinianus'un *Institutiones*'inde dördü bir sıralama görmektediriz. Aşağıdaki sıralamaya göre : "*borçlar , ya sözleşmeden, ya sözleşme benzerinden, ya hukuka aykırı eylemden veyahut hukuka aykırı eylem benzerinden doğarlar*"⁶

Bu ayırımı göre, borçlar dört kaynaktan doğmaktadır: Sözleşme (*contractus*), sözleşme benzeri (*quasi contractus*), hukuka aykırı eylem (*delictum*) ve hukuka aykırı eylem benzeri (*quasi delictum*). Burada *quasi* diye isimlendirilen kaynaklar diğer kaynaklara benzetilmekle isimlendirilen *Bizans devriyle* ortaya konmuş kaynaklardır. Fikir boşluklarını buna benzer formüllerle doldurmak Bizans hukuk ekolünün sistemine uygun bir yöntemdi. Sözleşme benzerleri ve hukuka aykırı eylem benzerleri gerçekte ne sözleşme ne de hukuka aykırı eylem değildir; ancak bunlarla sözleşmeler ve hukuka aykırı eylemler arasında bir benzerlik görülmüştür.

³ "*Pflichten aus dem Schuldverhältnis. (I) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern*".

⁴ "*Omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*".

⁵ "*Obligations aut ex contractu nascuntur aux ex maleficio, aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*".

⁶ "*Sequens divisio in quattuor species diducitur, aut enim ex contractu sunt quasi ex contractu aut ex maleficio aut quasi ex maleficio*".

Böyle bir ayırıma Fransız Medenî Kanunu *madde 1370* ve devamı maddelerinde de rastlamaktayız⁷.

Borçlar Yasamız doğuşları yönünden borçlar kaynaklarını üç'e ayırmıştır:

a) Sözleşmeden doğan borçlar (B.Y.madde 1- 40);

β) Hukuka aykırı eylemlerden doğan borçlar (B.Y.madde 41-60);

θ) Nedensiz zenginleşmeden doğan borçlar (B.Y.madde 61-66).

Ayrıntıları aşağıda belirtilecek açıklamada, söz konusu olan **Kontinental hukuk**⁸ a ilişkin "**Borçlar hukuku**" kavramının **Anglo-Amerikan hukukunda**⁹ yerleşmiş bir kavram olmadığı dikkate alınmalıdır. Bunun yerine "**Sözleşmeler hukuku (Temsil ilişkisi dahil)**" (*the Law of Contracts (including Agency)*) ve "**Hukuka aykırı eylemler hukuku**" (*the Law of Torts*) ayırımı yapılmaktadır.

Anglo-Amerikan hukuku "Töre Hukuku" (Customary Law) kavramına , **Kontinental hukuku** ise "**Yazılı Hukuk**" (*Codified Law*) kavramına dayanmaktadır.

COMMON LAW büyük harf ile yazılırsa **Anglo-Amerikan hukuk kaynağını**; **common law** biçiminde yazılırsa ortak bir unsuru (*ius commune; droit commun; Gemeines recht*) yani yazılı hukuk kaynağı olarak **Roma Hukukunu** ifade eder.

⁷ Code Civil'in 3.Kitabının 3.Başlığı (*Sözleşmeler veya genel olarak Anlaşmalardan doğan borçlar*) madde 1101-1369; 4.Başlık (*Sözleşme benzeri durumlardan doğan borçlar*) madde 1371-1381;4.Başlığın 2.Ayrımı (*Hukuka Aykırı Eylemler ve Hukuka Aykırı Eylem Benzeri İşlemleri*) madde 1382-1386 düzenlenmektedir.

⁸Karş. DAVID/BRIERLEY, Major Legal Systems in the World Today, 2.Bası New York, 1978 sah.21,23,33,80.

⁹ TETLEY, W, Mixed jurisdictions: common law vs civil law, I ve II, Uniform Law Review, 1999, sah.3, 5 vd.

B) KONTİNENTAL HUKUK/YAZILI HUKUK ÇEVRESİ

Kontinental hukuk sistemine dahil olan ülkelere "*Yazılı Hukuk Çevresi Ülkeleri*" adı verilmektedir. Buraya *Portekiz, İspanya, Fransa, Benelüks (Belçika, Hollanda, Lüksemburg Dükaliği) İtalya, Almanya, Avusturya, İsviçre ve 1926 'da alıntı (iktibas) nedeniyle Türkiye,*

İskandinav ülkeleri ve kısmen İskoçya, Kanada'da Quebec ve Amerika Birleşik Devletlerinde Louisiana eyaletleri, Latin Amerika ülkeleri, Afrika ülkelerinin çoğunluğu, Doğu Avrupa ülkeleri, Rusya, Japonya ve belli bir ölçüde Çin ve Asyadaki ülkelerin çoğunluğu dahildir.

C) COMMON LAW/ANGLO-AMERİKAN HUKUK ÇEVRESİ

COMMON LAW sistemine dahil olan "*Töre Hukuku Ülkelerine*" İngiltere ve Büyük Britanya (İskoçya hariç), Amerika Birleşik Devletleri (Louisiana hariç), Kanada (Quebec hariç), Britanya İmparatorluğuna dahil ülkeler, bazı Afrika ülkeleri, Hindistan, Pakistan, diğer Güney Asya ülkeleri, Avustralya ile Yeni Zellanda dahildir.

2. SINIFLANDIRMA BİLİMİ (TAKSONOMİ)

Hukuk sistemlerinin karşılaştırması işleminde, *taxonomy* (sınıflandırma bilimi) kavramına değinmek gerekir¹⁰. Taksonomi, düzeni ifade eden Yunanca *taxis* kelimesiyle, belli bir sisteme bağlı kalarak sınıflandırma işlemi ifade eden *nomia* kökünden oluşan bir kavramdır. Bu kavram belli bir hukuk alanından başka bir hukuk alanına **bilgi aktarma** aşamasında önemli bir rol oynar. Alman hukukunun irade beyanına dayanan hukukî işlem (*Rechtsgeschäft*) kuramı, örneğin evlenme sözverisi gibi karmaşık hukukî sorunları çözüme ulaştırmaya yardımcı olduğu gibi Anglo-Amerikan huku-

¹⁰ Bkz. MATTE, U. Three Patterns of Law: Taxonomy and Change in the World's Legal Systems 45 A.J.C.L. 5-44 .

kunda mevcut iradelerin uyuşması (*meeting of minds*) yerine sözleşme (*contract*) kavramının taksonomi sayesinde karşısındakine güvenme (*reliance*) olarak algılanmasını sağlamıştır.

Prof. Ugo MATTEI , hukuk sistemlerinin üç boyutlu bir ölçütle sınıflandırılabilceğini öne sürmektedir; bunlar *mesleki hukuk kuralı*, *siyasi hukuk kuralı*, *geleneksel hukuk kuralı*. Bu kurallar hukuk sistemlerinin sınıflandırılmasına onları birbirlerinden ayırmada yararlı olacaktır. Bu sınıflandırma ayrıca hukuki alanda son gelişmeleri aydınlatmada önemli bilgiler içermektedir. Hukuk alanında yapılan *aktarmalarda (legal transplants)*, kültür değişikliğini içeren batı toplumlarıyla batılı olmayan toplumlar arasındaki bilgi alışverişinde dikkate alınacak kurallar bulunmaktadır. Örneğin *batılı olmayan toplumlarda meslekî hukuk kuralları* önemli bir kaynak görevini ifa ederken , *batılı toplumlarda geleneksel hukuk kurallarına* devamlı yer verilmektedir.

Professör MATTEI'nin sınıflandırması dikkate alınırca, belli bir hukuk sistemindeki kural, bilgi aktarması sonucunda, yapısal özelliğindeki belirgin değişiklik nedeniyle farklı bir kurala dönüşecektir. Bilgi aktarmaları, yabancı bir hukuk sistemi aynen alınırken (iktibas edilirken) bazı özellikler dikkate alınmalıdır ¹¹ ve yabancı kaynağı aynen benimserken bunun toplumsal bünyeye uyup uymadığı sorusuna da dikkat edilmelidir ¹².

¹¹MATTEI, U. age. 15, 16,17 ve 19; REIMANN, M / ZIMMERMANN, R.The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford, 2006, sah .422-440.; GLENN; P:Legal Traditions of the World, 2.Bası 2004 sah.164.

¹² Yabancı bir yasanın *aynen alınması / iktibas (Rezeption, réception, reception)* olayında, yabancı hükümlerin benimsenmesini ifade eden *müspet özümleme (assimilation positive)* ile, alınan hükümlerin toplumsal yapıda kök salamaması , benimsenmemesi anlamına gelen *menfi özümleme (assimilation negative)* kavranımları diye bir ayırım yapılır.Gerçek özümlemenin oluşması için üç unsurun buna yardımcı olması gerekir. Birincisi,i uygulayacak yargıçların yasayı yorumlaması, değerlendirme yapması, hukuku bulması ve yaratması biçimiyle gerçekleşir. İkincisi, yargı organı dışındaki hukuk uygulayıcılarının, yedek hukuk kuralları alanında yabancı hukuku benimsetme konusundaki çabaları ve üçüncüsü de, öğreti alanında yabancı öğretinin ulusal düşünceye uygun olarak alındığı ülkede gelişmesi ve biçimlenmesiyle oluşur.

3. YABANCI YASA VE ULUSLARARASI ANTLAŞMALAR DAN ÖRNEKLER

A) FRANSIZ MEDENÎ YASASI

Madde 1101 : " Sözleşme bir veya birden fazla kişinin, bir veya birden fazla kişilere, bir şey vermek, bir şey yapmak veya yapmamakla yükümlü oldukları anlaşmayı ifade eder "¹³.

B) İTALYAN MEDENÎ YASASI

Madde 1321: Kavram : " Sözleşme iki veya da fazla taraf arasında, hukukî malvarlığı ilişkisi yaratma, sınırlama veya ortadan kaldırmaya yönelik rızaların uyuşmasıdır "¹⁴.

C) ALMAN MEDENÎ YASASI

§ 241/I. Borç ilişkisinden doğan yükümlülükler: (1)" Borç ilişkisi nedeniyle alacaklı borçludan edimin yerine getirilmesini isteme hakkına sahip olur. Edimi yerine getirme yükümlülüğü bir şey yapmaktan kaçınmayı da içerebilir "¹⁵.

D) COMMON LAW (ÖĞRETİNİN BENİMSEDİĞİ TANIM):

"Hukuki açıdan bağlayıcı sözleşme, bir veya birden fazla kişi arasında hakların edinilmesiyle ilgili olarak talep etme hakkını veya karşı tarafın bir şey yapmamaya katlanması sonucunu doğuran bir anlaşmadır "¹⁶.

¹³ "Le contrat est une convention par laquelle une ou plusieurs personnes s'obligent, envers une ou plusieurs autres, à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose".

¹⁴Nozione:"Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale".

¹⁵ § 241 Pflichten aus dem Schuldverhältnis:"(1) Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt; von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen".

¹⁶ "A legally binding agreement made between two or more persons, by which rights are acquired by one or more acts or forbearances on the part of the other or others".

E) SÖZLEŞMELERE İLİŞKİN (1981) TARİHLİ AMERİKAN İKİNCİ DÜZENLEMESİ (SECOND RESTATEMENT)

§ 1. SÖZLEŞMENİN TANIMI : " Sözleşme, çiğnenmesi durumunda hukukun giderim sağladığı veya yerine getirilmesi hukuk uyarınca sorumluluğu gerektiren bir veya birden fazla yükümlülük doğuran borç üstlenmesidir"¹⁷.

§ 2. " Borç üstlenmesi, belirtilen biçimde davranmayı veya davranmaktan kaçınmayı içeren, karşı taraf açısından, üstlenen tarafın yükümlülüğüyle sonuçlanmasını doğrulayan niyet açıklamalarıdır"¹⁸.

F) AMERİKAN TEKŞEKİL TİCARET YASASI¹⁹

§ 1-201. GENEL TANIMLAR

(3) "Anlaşma" tarafların kullandıkları söz, ticari gelenek veya sözleşmeyi yerine getirme biçimlerine göre üstü kapalı durumlar gereği, bu Yasanın (1-205 ve 2-208 maddelerine) uyan pazarlık yapmaları anlamına gelir.

Anlaşmanın hukuki sonuçları evvela bu Yasanın hükümlerine göre, sonra sözleşmeler hukuku hükümlerine (madde 1-103) göre saptanır.

¹⁷ § 1. *Contract Defined* : "A contract is a promise or set of promises for the breach of which the law gives a remedy, or the performance of which the law in some way recognizes as a duty".

¹⁸ § 2. " A promise is a manifestation of intention to act or refrain from acting in a specified way, so made as to justify a promisee in understanding that a commitment has been made ".

Bu konuda ayrıca bkz. **HYLAND RICHARD**, The American Restatements and the Uniform Commercial Code,

Towards a European Civil Code, 2. Bası.Kluwer Law International, London, 1998, sah .55 - 65. Gerek İkinci *Restatement* ve *Tekşekil Ticaret Yasası*, *kontinental hukuk anlamında bir yasa niteliğini taşımaz; emsal yargı kararları (judicial precedent)* sayılırlar, bkz. age. sah. 60-65.

¹⁹ Bkz. **MURRAY ON CONTRACTS**, 4. Bası, 2001, Pennsylvania, sah.21-28.

(11)"Sözleşme" bu Yasaya veya diğer hukuk kurallarına uygun olarak tarafların anlaşmalarından oluşan tüm hukuki yükümlülüğü ifade eder ²⁰.

G) ULUSLARARASI TİCARİ SÖZLEŞMELERE İLİŞKİN 2004 UNIDROIT İLKELERİ²¹

Madde 1.1. (SÖZLEŞME YAPMA SERBESTİSİ):

"Taraflar sözleşme yapma ve içeriğini saptamada serbesttirler".

Madde 1.3. (SÖZLEŞMENİN BAĞLAYICI NİTELİĞİ):

"Geçerli bir sözleşme tarafları bağlar. Bu sözleşmenin değiştirilmesi veya son erdirilmesi, belirtilen koşullara veya buradaki ilkelere uygun olarak gerçekleştirilir ".

Madde 1.7. (İYİ NİYET VE DÜRÜST DAVRANMA):

"(1) Taraflar uluslararası ticarete iyiniyet ve dürüst davranış kurallarına uygun hareket etmelidir.

(2) Taraflar bu kuralın aksine hüküm koyamaz ve sınırlayamaz"²²

²⁰ THE UNIFORM COMMERCIAL CODE § 1-201 . General Definitions

(3)" Agreement " means the bargain of the parties in fact as found in their language or by implication from other circumstances including course of dealing or usage of trade or course of performance as provided in this Act (Sections 1-205 and 2-208).

Whether an agreement has legal consequences is determined by the provisions of this Act, if applicable; otherwise by the law of contracts (Sections 1-103).

(11) " Contract " means the total legal obligation which results from the parties' agreement as affected by this Act and any other applicable rules of law.

²¹ UNIDROIT(Instytut International pour l'Unification du Droit) hakkında bkz. HARTKAMP, A., Principles of Contract Law,Towards a European Civil Code, age. sah.105-120.

²² Article 1.1. (Freedom of contract): "The parties are free to enter into a contract and to determine its content".

Article 1.3. (Binding character of contract):"A contract validly entered into is binding upon the parties. It can only be modified or terminated in accordance

H) AVRUPA SÖZLEŞME HUKUKU İLKELERİ²³

Kısım 1: İlkelerin kapsamı

Madde 1:101: İLKELERİN UYGULANMASI

"(1) Bu ilkeler Avrupa Birliğinde sözleşme hukuku alanında genel kurallar niteliğinde uygulanmak amacıyla hazırlanmıştır.

(2) Bu ilkeler taraflar sözleşmelerine bunları dahil etmek istedikleri veya bu ilkelerin aralarındaki sözleşmeye uygulanmasını kabul ettikleri durumlarda uygulanacaktır.

(3) Bu ilkelerin uygulanması için tarafların :

(a) yaptıkları sözleşmede "genel hukuk kuralları" "lex mercatoria"²⁴ veya buna benzer yasa hükümlerinin uygulanacağını belirlemeleri, veya

with its terms or by an agreement or as otherwise provided in these Principles".

Article 1.7. (Good faith and fair dealing):

"(1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade.

(2) The parties may not exclude or limit this duty".

²³ Bu konuda çeşitli gruplar oluşmuştur; örneğin, Avrupa Özel Hukukçular Akademisi (Gandolfi grubu; GANDOLFI tarafından hazırlanan Code Européen des Contrats-Avant-projet, Giuffré, Milan 2001); (Acquis grubu; SCHULTE-NÖLKE, SCHULZE ve BERNARDEAU'nun katkılarıyla); (Turin grubu, Avrupa Birliği Sözleşmeler Hukuku kavramlarıyla ilgili çalışmalar yürütmektedir); (Ortak nüve / Trento grubu, ZIMMERMANN/WHITTAKER'in katkılarıyla); Graz / Salzburg grubu (Graz ve Salzburg Üniversiteleri tarafından Taşınır eşya devirleriyle ilgili çalışmaları yürütmektedir); Pavia grubu (von BAR / O.LANDO) ayrıntı için bkz. ONUFRIO, M.V. Harmonisation of European contract law and legal translation, InDret, Barcelona, Nisan 2007, sah.2-14; BEALE, H. The Development of European Private Law and the European Commission's Action Plan on Contract Law, Juridica international, I, 2005, sah. 4-16; OĞUZ, A, Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara, 2003, 62-66.

²⁴ Lex Mercatoria (Uluslararası ticarî işlemlere ilişkin genel hukuki ilkeler) hakkında bkz. OĞUZ, A. Lex Mercatoria, Ankara, 2008; AÜHFD 2001, C.50, S.3, sah.11-52; RODRÍGUEZ A.M.L., Lex Mercatoria, RETTID 2002 sah.46 - 56;

(b) tarafların sözleşmeye uygulanacak herhangi bir yasayı belirlememeleri gerekir.

(4) Bu İlkeler mevcut hukuk kuralları soruna çözüm getirmediği durumlarda uygulanır.

Madde 1:105: Ticari gelenek ve Uygulamalar

(1) Taraflar aralarında kabul ettikleri ticari gelenek ve kararlaştırılan uygulamalarla bağlıdır.

(2) Taraflar, uygulamanın mantıksız sonuç doğurması dışında, benzer durumda olan kişiler arasında oluşan geleneklerle bağlıdır.

Madde 1.202: İşbirliği yapma zorunluğu

Taraflar sözleşmenin sonuç doğurması için işbirliği yapmakla yükümlüdürler"²⁵

Article 1:101: Application of the Principles

"(1) These principles are intended to be applied as general rules of contract law in the European Union.

(2) These Principles will apply when the parties have agreed to incorporate them into their contract or that their contract is to be governed by them.

(3) These Principles may be applied when the parties:

(a) have agreed that their contract is to be governed by "general principles of law", the "lex mercatoria" or the like; or

(b) have not chosen any system or rules of law to govern their contract.

ÖZDEMİR, D. Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulamalı Hukuk olarak Lex Mercatoria, GÜHFD, 2003, C.VII, S.1-2, sah.101 vd.

²⁵ PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW (PECL) Section 1 : Scope of the principles

(4) These Principles may provide a solution to the issue raised where the system or rules of law applicable do not do so.

Article 1:105: Usages and Practices

(1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by practice they have established between themselves.

(2) The parties are bound by a usage which would be considered generally applicable by persons in the same situation as the parties, except where the application of such usage would be unreasonable.

Article 1:202: Duty to Co-operate

Each party owes to the other a duty to co-operate in order to give full effect to the contract".

DÜŞLUSLARARASI TAŞINIR SATIM SÖZLEŞMELERİ HAKKINDA 1980 TARİHLİ VİYANA ANTLAŞMASI²⁶

AYIRIM II . GENEL HÜKÜMLER

Madde7.(1) Bu Konvansiyonun yorumlanmasında, onun uluslararası niteliği, uygulanma-sında tekdüzenin sağlanması gereği ve uluslararası ticarete iyiniyet kuralları gözönünde bulundurulur.

²⁶ Amerikan hukukunda, iki kuruluş (NCCUSL) ve (ALI) Tekşekil Ticaret Yasasını hazırlamış, UNIDROIT enstitüsü de özel hukukun birleştirilmesi konusunda ilkeleri tamamlamış ve 1978 yılında UNCITRAL tarafından Uluslararası Taşınır Satım Sözleşmeleri Hakkında Antlaşma Tasarısı 1980 Viyana Konvansiyonu olarak (CISG) yürürlüğe konmuştur. Etraflı bilgi için bkz. MURRAY ON CONTRACTS; age. sah. 9, 22, 28; HARTKAMP, A. agm. 56-60,107-116; SCHLECHTRIEM, P. / SCHWENZER, L., Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods, (CISG), 2.Ed.,Oxford, 2005; ERDEM, E. Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi (Viyana Satım Sözleşmesi) BATIDER C. XVI-Sayı 3, Haziran 1992, sah. 35 – 107.; ERGİN, D., Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, 20.06.2008 tarihli Hukuk Dünyası, sah.1-4.

(2) Bu Konvansiyonun hükme bağladığı konularla ilgili sorunlar için açık olarak çözümler getirilmediği hallerde bunlar dayandığı genel ilkeler çerçevesinde, bu tür ilkelerin bulunmadığı durumda ise, uluslararası özel hukuk kuralları uyarınca çözümlenir.

Madde 9.(1) Taraflar üzerinde anlaştıkları gelenek ve yerleşmiş uygulamaya uymakla yükümlüdürler²⁷.

BÖLÜM II . SÖZLEŞMENİN DÜZENLENMESİ

Madde 14. (1) Sözleşme yapılması konusundaki önerinin belirli bir veya birden fazla kişiye yapılması, yeterli ölçüde kesin olduğu ve kabulü halinde bağlayıcılığı konusunda öneride bulunan tarafın niyetini belirlediği takdirde bir öneri sayılır. Öneri, malları ifade eder ve miktar ve bedelin saptanmasına dayanak olacak esasları açıklıkla ve üstükapalı olarak belirtirse, yeterli ölçüde katidir.

(2) Belirli bir veya birden fazla kişiye yapılmayan bir öneri, öneriyi yapan kişi tarafından açıkça belirtilmedikçe salt öneri vermeye çağrı sayılır²⁸.

²⁷" Article 9 (1) The parties are bound by any usage to which they have agreed and by any practices which they have established between themselves".

²⁸CHAPTER II. GENERAL PROVISIONS

"Article 7 (1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith international trade.

(2) Questions concerning matters governed by this Convention which are not expressly settled in it are to be settled in conformity with the general principles on which it is based or, in the absence of such principles, in conformity with the law applicable by virtue of the rules of private international law.

Part II. Formation of the Contract

Article 14 (1) A proposal for concluding a contract addressed to one or more specific persons constitutes an offer if it is sufficiently definite and indicates the intention of the offeror to be bound in case of acceptance. A proposal is sufficiently definite if it indicates the goods and expressly or implicitly fixes or makes provision for determining the quantity and the price.

J) İSVİÇRE / TÜRK BORÇLAR YASALARI

BİRİNCİ KISIM: GENEL KURALLAR, BİRİNCİ BÖLÜM: BORÇLARIN DOĞUŞU

BİRİNCİ AYIRIM: SÖZLEŞMEDEN DOĞAN BORÇLAR

A. Sözleşmenin meydana gelmesi

I. İKİ TARAFIN RIZASI

1. Genel gerekler

Madde 1: " İki taraf karşılıklı ve birbirine uygun olarak rızalarını bildirince, sözleşme yapılmış olur.

Rızanın bildirilmesi açık olabileceği gibi üstükapalı da olabilir "

2. İkincil / yan noktaların belirlenmemesi

Madde 2: " İki taraf sözleşmenin temel noktalarında uyuşurlarsa, yan noktalar belirlenmemiş olsa bile sözleşme yapılmış sayılır .

Yan noktalar üzerinde uyuşulamazsa yargıç işin niteliğine bakarak, onları belirler.

Sözleşmelerin biçimlerine ilişkin kurallar saklıdır "

4. GEÇERLİ SÖZLEŞME KOŞULLARI

a) Karşılaştırmalı hukuk açısından, Alman **BGB § 138/I** 'in tarafların sözleşme yaparken serbest iradelerine yer vermiş; **ahlâka aykırı hukuki işlemin** ve **§ 138/II** 'de **aşırı yararlanma** durumunda hukuki işlemin geçersiz olduğunu hükme bağlamıştır.

1942 tarihli **İtalyan Medeni Yasası** yaşayanlar arası tek taraflı sözleşmelere daha fazla önem vermiş, malvarlığı ilişkisi kav-

(2) A proposal other than one addressed to one or more specific persons is to be considered merely as an invitation to make offers, unless the contrary is clearly indicated by the person making the proposal".

ramını sözleşmesel sistemin bütünleyici parçası saymıştır (*madde 1324*)²⁹. **Betti**'ye göre, tarafların tutum ve davranışları onların iradelerinden daha önemlidir³⁰.

İskandinav ülkeleri XX. yüzyılda medeni yasalarını yenilerken sözleşmeler konusunda kendi kurallarını geliştirmiştir³¹. İskandinav ülkeleri yasalarının karakteristik özelliği, öneri ve kabulü, geleneksel hukuk sistemlerinden farklı olarak, ayrı iki anlaşma niteliğinde saymasıdır³².

1811 tarihli **Avusturya Medeni Yasası (ABGB)**, *Rechtsgeschäft* tanımına uygun olarak Alman **BGB** sistemine benzer bir sonucu benimsemiştir. **Liechtenstein Prensiği** de Avusturya Medeni Yasasını aynen kabul etmiştir³³.

1992 tarihli yeni **Hollanda Medeni Yasası (Nieuw Burgerlijk Wetboek)** *madde 59* 'da sözleşmeyi çok taraflı hukuki işlem olarak tanımlamaktadır³⁴.

1940 tarihli **Yunan** ve 1966 tarihli **Portekiz Medeni Yasaları** Alman modelini örnek almıştır³⁵.

²⁹ *İtalyan hukukunda*, sözleşme, tarafların yaptıkları özel anlaşma sonucunda mal ve hizmetlerin değiş tokuşunu sağlayan bir araçtır;karş. **SACCO / DE NOVA, G.** Il contratto, 3. Bası, Torino, 2004.

³⁰ **BETTI, E.** (İspanyolcadan çev. **José Luis de los Mozos**), Teoria General de las Obligaciones, Madrid, 1969.

³¹ 1918 tarihli *Norveç Yasası*, 1905 ve 1915 tarihli *İsveç Sözleşmeler Hukuku ve Satış Sözleşmesi Yasası*; 1907

ve 1918 tarihli *Danimarka Sözleşmeler Hukuku ve Satış Sözleşmesi Yasası*; 1936 tarihli *İzlanda* ve 1926 tarihli *Finlandiya Sözleşmeler Yasaları* örnek olarak belirtilebilir;karş. **MOSS**, agm.sah. 35, 38, 41, 64, 92, 112, 124, 128, 134.; **SILVA, A.** The Role of Consent in the Formation of Contract in Comparative Private Law, I.J.B.L. C.1, No.2. Şubat 2004, sah. 119.

³² Karş. **MEHREN/GORDLEY**, The Civil law System, 2. Bası , Boston, 1977, sah. 796.

³³ **SILVA,A.**, agm. sah.119 dn.10.

³⁴ **WHINCUP,M.H.**, Contract Law and Practice, Kluwer, The Netherlands, 1992, 25 No.1; **SILVA, A.**, agm. sah.119 dn.8.

³⁴ **SILVA,A.**, agm. sah. 119 dn.9; karş. **MEHREN/GORDLEY**, age. sah. 39 vd.

³⁵ **SILVA, A.**, agm. sah.119 dn.12, 13.

Macaristan, Bulgaristan ve Romanya'da, hukukî işlem kavramı yasalarda açıkça yer almaz, ancak öğretilerde bunlara yer verilmiştir³⁶.

Rusya Federasyonu yasa ve doktrini, öneri ve kabulü şeklin benimsenmiş olmakla beraber (1965 tarihli eski **Sovyet Rusya Federatif Sosyalist Cumhuriyeti Medeni Yasası 162-165 nci maddeleri**) irade ve rızaların uyuşması kavramlarını, otoriter öğretinin belirtisi olarak ifade etmişti³⁷. 1995 tarihli yeni **Rus Medeni Yasası** Alman geleneğini takip etmiş ve bir dizi hukuki eylemler kategorisini düzenlemiştir³⁸.

Yeni Çek Cumhuriyeti Medeni Yasası da madde 34'de hukuki eylemleri tanımlamıştır³⁹.

Uzakdoğu ülkeleri hukuk sistemlerinden **Japon Medeni Yasası**, Alman irade beyanı (*Willenserklärung*) görüşünü benimsemiş; **Çin Halk Cumhuriyeti** de 1987 'de **Alman BGB** 'ye benzer yeni **Medeni Yasa Genel İlkelerini** kabul etmiş ve özel kişiler arasındaki sözleşmeleri düzenlemiştir⁴⁰.

Bazı **Amerika kıtası ülkelerine** gelince; 1916 tarihli **Brezilya Medeni Yasası**(*Código civil dos Estados Unidos do Brasil*) üçüncü kitabı, madde 81 'de Alman öğretisinin gelişmiş hukuki eylemler tanımını benimsemiştir⁴¹. **Şili Medeni Yasası** madde 1437-1469 ve **Arjantin Medeni Yasası** madde 944-978 ve 1137-1166 'de hukuki eylemler ayrı bir kategori olarak düzenlenmiş-

³⁶ SILVA, A., agm. sah.119 dn.14.

³⁷ SILVA, A., agm. sah. 119 dn.15'de anılan N. SADIKOV, Soviet Civil Law, New York, 1988, sah. 37.

³⁸ SILVA, A., agm. sah. 120 dn.17'de hukuki eylemi madde 153 'de şöyle tanımlamıştır :"*vatandaş veya örgütlerin hak veya borçlarını doğuran, sınırlayan veya ortadan kaldıran bütün eylemler*".

³⁹ SILVA,A., agm.sah. 120 dn.16.

⁴⁰ SILVA,A., agm.sah. 120 dn.18.19.

⁴¹ SILVA,A., agm. sah. 120.

tir⁴².1984 tarihli Peru Medeni Yasası konuya ilişkin doksan iki madde ayırmıştır⁴³.

1986 tarihli Paraguay Medeni Yasası madde 296-371 da hukuki eylemi tanımlamıştır.1987 tarihli Küba Medeni Yasası 1889 tarihli İspanyol yasasının yerini almıştır⁴⁴. Ekuator yasası madde 1480,Uruguay Medeni Yasası,1976 Bolivya,1982 tarihli Venezuealla ve 1930 tarihli Porto Riko Medeni Yasaları esasta birbirlerine benzer hükümler taşımaktadır.

Kuzey Amerika Ülkelerinden 1994 tarihli Quebec, 1926 tarihli Meksika, ve 1983 tarihli Louisiana Medeni Yasaları, *COMMON LAW* egemen olduğu *hukuk çevresinde* yer almalarına rağmen *kontinental hukuk* çevresine bağlı hukuki sonuçları benimsemiştir⁴⁵.

b) Karşılaştırmalı medeni hukukta sözleşme kavramı

Sözleşme kavramı değişik hukuk sistem ve çevrelerinde farklı anlamda kullanılır. *COMMON LAW hukuk çevresinde*, sözleşme kavramı *yazılı hukuk çevrelerine* oranla daha sınırlıdır. Örneğin Fransız Medeni Yasası *madde 1102 ve 1103'* de tek taraflı ve iki taraflı sözleşmeden söz edilirken *COMMON LAW hukukunda* bunlardan *sözleşme* diye bahsedilir. *Yazılı hukuk çevresinin* iki taraflı sözleşme diye adlandırdığı işlemlerde *COMMON LAW hukukunda* taraflar arasında bir karşılığın / ivazın (*consideration*) bulunması esastır.

İngiliz hukukunda iki sözleşme türü vardır:

α) Basit sözleşmeler (*simple / parol contracts*) : Bunlar mühürsüz yapılan sözleşmelerdir ve *assumpsit* adını alır. Kelime an-

⁴² SILVA,A., agm. sah. 120.

⁴³ SILVA,A., agm. sah. 120 dn. 20.

⁴⁴ Yeni Küba Medeni Yasasını hazırlayan komisyon başkanı Blas ROCA Küba devriminin Medeni Yasasını halka açıklarken "*Eski yasa arazi sahipleri ve köleler arasındaki ilişkileri düzenleyen eski sorunlar için elverişliydi... Yeni Yasa ise genel olarak işçiler ve elleriyle çalışanların iradeleri açısından iyidir*" demiştir; SILVA,A., agm. sah.120 dn.21.

⁴⁵Bkz. yukarıda sah.4'deki açıklamalara.

lamı bir şeyi üstlenmek, vaad etmek demektir. Bu yazılı veya sözlü olabilir ancak mühürlü değildir.

β) Mühürlü sözleşmeler (*contracts under Seal, contracts by deed; specialty contracts; covenants*) Böyle sözleşmeler yazılı olmalıdır. Bundan ayrı olarak üç koşul daha bulunmalıdır:

- i - sözleşme mühürlü olmalıdır;
- ii - karşı tarafa teslim edilmelidir;
- iii - vaat eden tarafından imzalanmış olmalıdır.

Teslimden amaç bunu yapan tarafın yaptığı sözleşme ile bağlı olma isteğini belirtmektir (*intention to be bound by it*). Mühürlü bir sözleşmeyi karşı tarafa teslim eden kişi bunun bağlayıcılığını ileriye erteleyebilir. Bu koşulla teslim edilen mühürlü sözleşmeye *escrow* denir. İngiliz hukukunda bazı sözleşmelerin mühürlü olması esastır; örneğin İngiliz gemilerinin ve, arazi mülkiyetinin devri; üç yılı aşkın kira sözleşmelerinin yapılması ve koşula bağlı satış işlemleri gibi⁴⁶.

Yazılı hukuk çevresinde sözleşmenin anlam ve tanımı farklıdır. Alman BGB ve doktrini Fransız medeni yasası *madde 1101*'den⁴⁷ farklı olarak sözleşmenin tanımını vermemiştir. Bazı yazarlara göre⁴⁸ sözleşme taraflar arasında onlara etki yapacak bir anlaşmadır; diğerlerine göre ise⁴⁹ sözleşmeler taraflar arasında yükümlülük doğuran veya bunları ortadan kaldıran irade beyanlarıdır. Buna mukabil İtalyan Medeni Yasası *madde 1321*⁵⁰ 'de hukuki ve malvarlığı ilişkisi yaratma veya ortadan kaldırmaya yönelik bir

⁴⁶ Bkz. <http://en.wikipedia.org/wiki/> 'de **Bill of Sale, the Absolute Bill of Sale, the Conditional Bill of sale.**

⁴⁷ Karş. **TERRÉ/SIMLER/LEQUETTE**, Droit Civil : Les Obligations, 9. Bası, 2005, Paris, bkz. **STARK**, Droit Civil; Obligations, 1972, 349; **MAZEAUD/TUNC**, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile, 6. Bası, Paris, 1965, No.119.

⁴⁸ **LARENZ, K.**, Lehrbuch des Schuldrechts, München, 1986-1987 ,sah.45.

⁴⁹ **PALANDT**, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 59. Bası, München, 2000 sah 67-71; 79-81; 140-145; 378-384.

⁵⁰ Bkz. yukarda sah. 6.

anlaşmadan söz edilmektedir. Eski sosyalist hukuk çevrelerinde rızaların uyuşması veya tarafların anlaşmaları unsuru gözönünde bulunduruluyordu⁵¹.

c) Sözleşmenin meydana gelmesinde tarafların onamı / rızalarının uyuşması

Tarafların rızalarının uyuşması – COMMON LAW'da tarafların anlaşması kavramı sözleşmenin hüküm doğurması için gerekli olan sözleşme koşullarından sayılır. Rızaların uyuşması Fransız Medeni Yasası *madde 1108*; İtalyan Medeni Yasası *madde 1325*; İspanyol Medeni Yasası *madde 1258 ve 1261*; Rus Medeni Yasası *madde 34*; Küba Medeni Yasası *madde 309* ve İsviçre / Türk Borçlar Yasaları *madde 1*'de açıkça ifade edilmiştir.

Roma Hukukunda sözleşmelerin türlerine göre farklı hükümler kabul edilmişti. Roma hukuku *contractus* kavramıyla yalnız *ius civile* tarafından borç doğurucu sözleşme olarak tanınmış anlaşmaları ifade ediyordu. *Ius civile* dışında kalan diğer anlaşmalar için, *prætor hukuku (ius honorarium)* veya imparator hukuku tarafından borçlandırıcı olarak tanınan anlaşmalar için *pactum* deyiimi kullanılıyordu. Roma hukukunda dar anlamda sözleşmelerden yani *contractus*'lardan doğan borçlar, ve anlaşmalardan *pactum*'lardan doğan borçlar vardı.

Contractus ve *pactum* arasında bir nitelik farkı yoktur. Ancak, Roma hukukunda *contractus*, *ius civile* tarafından bir *actio*, dava hakkı ile yaptırıma bağlı olan sözleşmelere verilen isimdir; buna karşılık *ius civile* alanına girmeyen diğer bütün anlaşmalar için *pactum* deyiimi kullanılır; bunların *ius civile* tarafından tanınmış *actio*'ları yoktu; bu gibi anlaşmalar ya *prætorlar* veya *imparatorlar* tarafından himaye edilmişti.

Modern hukuk sistemlerinde, her sözleşme bir borç doğurmakta iken Roma hukukunda ancak hukuk düzeni tarafından tanınan belli sözleşme tiplerinden bir *actio* ile takip edilebilen borçlar

⁵¹ H.MC GREGOR, Contract code, Milano, 1993 sah. 1.

meydana gelmekteydi. Ancak bu tiplerden birine giren sözleşmeler bir borç doğurur ve dava yoluyla korunabilir. Bunların dışında kalan anlaşmalar ve sözleşmeler, borç doğurmazlar, bir dava ile takip edilemezler.

Roma hukukunda sözleşmeler dört gruba ayrılmıştı: Nesnel / ayınlı sözleşmeler (*re contrahitur*); sözlü sözleşmeler (*verbis contrahitur*); yazılı sözleşmeler (*litteris contrahitur*); rızâî sözleşmeler (*consensu contrahitur*)⁵². Justinianus hukuku, her biri bir isme sahip olan sözleşmeler yanında Bizans doktrininin **isimsiz sözleşmeler** (*contractus innominati*) diye nitelendirdiği bu tür anlaşmaların borç ilişkisi doğurmağa elverişli olduklarını kabul etti.⁵³ Isimsiz sözleşmeler dört grupta toplanır:

a) *do ut des* = veriyorum vermen için; burada ifa edilen eda ve ifası beklenebilen karşı eda her ikisi de, *trampada* olduğu gibi, bir şeyin mülkiyetinin devredilmesinden ibaretti;

β) *do ut facias* = veriyorum yapman için; burada ifa edilen eda bir şeyin mülkiyetinin devredilmesinden, beklebilen karşı eda ise bir faaliyetten ibaretti; örneğin, bir kimseye kendi kölesini azat etmesi için bir miktar para vermek gibi);

⁵² Nesnel / ayınlı sözleşmelerin oluşması için tarafların rızalarının uygunluğu (*consensus*) +şey (*res*)'in karşı tarafa verilmesi gerekir; bu gruba ödünç verme;eğreti;emanet bırakmak ve rehin sözleşmeleri. **Sözlü sözleşmeler** ki, bunlar üç çeşitti: a) Kararlaştırma (*Stipulatio*)'nin oluşması için tarafların rızalarının belli sözlü bir biçime bağlı olarak beyan edilmesi gerekirdi; örneğin" sana borç verirsem bana geri vermeği vaad eder misin ?(*Spondesne mihi centum dare ?*) Vaad ederim (*Spondeo*); b) Çeyiz vaadi (*dotis dictio*); c) Azadedilen kölelerin efendilerine karşı hizmet edeceklerine ilişkin yeminleri (*promissio iurata liberti*). **Yazılı sözleşmeler**; burada bazı işlemler için yazılı biçimin aranması söz konusudur. **Rızâî sözleşmeler**, geçerli olmaları için tarafların rızalarının bulunması yeterlidir; bkz. RADO,T.,Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul,1978 ; MARZO,S.Roma Hukuku , (Çev.Dr. Ziya UMUR), 5.Bası, İstanbul, 1954; HÖNIG, R.Roma Hukuku , (Çev. Dr.Şemsettin TALİP), 2.Bası, İstanbul, 1938.

⁵³ *Natura enim rerum conditum est,ut plura sint negotia quam vocabula:* (belirtilen) isimlerden daha fazla hukuki işlemlerin bulunması işin tabiatı gereğidir.

θ) *facio ut des* = yapıyorum vermen için; burada ifa edilen eda bir faaliyetten, ifası beklenen karşı eda ise bir şeyin verilmesinden ibaretti, örneğin kaçmış bir kölenin yerini efendisine haber vererek, efendinin vaadettiği mükâfatı almak gibi;

γ) *facio ut facias* = yapıyorum yapman için; burada ifade edilen eda ile ifası beklenebilen karşı edanın her ikisi de bir faaliyetten ibaretti, örneğin Titius benim arsam üzerine inşa etsin diye ben onun arsası üzerine inşa ediyorum, gibi⁵⁴.

Yazılı hukuk çevresinden İspanya, Portekiz, Avusturya, Fransa, Hollanda ve İtalyan hukuklarında da rızai sözleşmeler Roma hukukundaki ödünç verme, eğreti, emanet bırakma ve rehin sözleşmeleri konularını içermektedir.

Alman ve İsviçre /Türk hukukları bu tür sözleşmeleri rızai olarak kabul etmiştir.Türk B.Y. *madde 463*'de *saklatım* sözleşmesini düzenlerken, saklayana, kendisine bırakılan taşınır bir nesneyi kabul etme ve onu güvenli bir yerde saklama ve saklatanın dilediği zaman istemesiyle onu saklatana geri verme borcu altına girme konusunda rızaların uyuşmasını koşul olarak aramıştır⁵⁵.

Tarafların anlaşması konusunda İspanyol Medeni Yasası *madde 1258* 'si aşağıdaki kuralı düzenlemiştir: "*Sözleşmeler salt rızaların uyuşmasına dayanır*". Avusturya Medeni Yasası §869'da tarafların iradelerini, *seçilmiş rıza açıklamalarına*; İsviçre / Türk Borçlar Yasaları *madde 1*'de *rızaların açıklanmasına* ⁵⁶ ; Anglo-Amerikan hukuk çevresi ise *anlaşma* kavramına önem vermiştir.

Meksika Medeni Yasası *madde 1792* " *İki veya daha fazla kişinin, madde 1794.1 ile ilgili olarak borç doğuran, devreden, değiştiren veya ortadan kaldıran irade açıklamalarıdır*"; *madde 1793* "*Borç oluşturan veya devreden anlaşmalara sözleşme adı*

⁵⁴ MARZO, S. age.404 - 405

⁵⁵ Bkz. ZEVKLİLER/HAVUTÇU, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9.Baskı, Ankara, 2007, sah. 46, 363-366;

⁵⁶ Bkz. SCHWARZ,A.B (çev. B.DAVRAN) Borçlar Hukuku Dersleri, I-İstanbul, 1948, 206 vd., 230 vd.

verilir "; Paraguay Medeni Yasası *madde 674 "Rızanın bildirimini öneri ve onun kabulüyle ilgili olmalıdır"* demektedir.

Rıza konusunda BGB § 151- Sözleşmenin öneride bulunan tarafa beyanda bulunulmadan kabul edilmesi "*Sözleşme, geleneksel uygulama veya öneride bulunanın bundan vazgeçmesi durumlarında, karşı tarafa beyanda bulunulmadan, yapılan önerinin öneri yapılan tarafça kabul edilmesiyle oluşur. Önerinin sona ermesi zamanı öneride bulunan tarafın iradesine göre saptanır"* kuralını kabul etmiştir. İtalyan medeni Yasası *madde 1327* aynı sonucu benimsemiştir. Rıza bildirimini, kullanılan deyimlerden veya toplum tarafından benimsenen değişik iletişim yöntemlerinden anlaşılabilir⁵⁷. COMMON LAW *hukuk çevresinde* tarafın açık beyanı ile (*acceptance by declaration*) ve tarafın tutum ve davranışlarıyla kabul edilmesi (*acceptance by conduct*) arasında bir ayırım yapılmaktadır⁵⁸.

Susma / sükût konusunda COMMON LAW ve Civil Law *Hukuk çevreleri* esas itibariyle susmanın tek başına onama anlamı taşımadığı konusunda görüş birliğindedir⁵⁹. Sözleşme yapma serbestisi geniş ölçüde tanındığı takdirde zaten böyle bir sonuç beklenir. Öneride bulunan taraf, diğerini dava yoluyla istemediği bir öneriyle bağlı olmaya mecbur edebildiği takdirde, söz konusu ilke önemli ölçüde zedelenecektir. Böylece, kuramsal olarak, öneriyi müspet bir biçimde reddetme yükümü bulunmamaktadır. Buna mukabil, susmanın onama anlamına gelmeyeceği sonucu benimsenmiştir. Bu kural karşı taraf açısından, öneride bulunan kişinin bir bağışlama yapma niyetinin bulunduğunu farz etmesini gerektirecek yarar sağlayan durumlara (ayın veya hizmet) uygulanmamıştır. Burada giderim gerektiren bir sözveri mevcuttur.⁶⁰ Sözleşme serbestisi kavramına karşı öne sürülen en büyük

⁵⁷ Açık artırmada ayağa kalıp el ile belli bir işareti yapmak gibi.

⁵⁸ Bkz. ELLIOT & QUINN, Contract Law, 5. Bası, New York, 2005, sah. 21, 22, 25, 30, 40, 268, 329; CHESHIRE & FIFOOT & FURMSTON'S Law of Contract, 14. Bası, Bristol, 2001, sah. 40, 41, 44.

⁵⁹ SILVA, A, agm, sah. 124 dn. 43.

⁶⁰ Bkz. ADAL, E, "Culpa in Contrahendo" Akit / Sözleşme Öncesi Sorumluluk, Basılmamış Doçentlik Tezi, İstanbul,

itiraz, henüz herhangi bir yarar bulunmayan sözleşme öncesi evre için taraflara yüklenen yükümlerin hergün biraz daha ağırlaştırılmasıdır. Böylece modern ticaret hukuku, gelen sipariş önerileri açısından, ticari örf ve adet veya daha eski bir gelenek uyarınca, öneride bulunan taraf –şayet öneri kabul edilmeyecek olursa karşı taraftan bir cevap beklemeğe haklı görülebildiği durumlar için, tüccarı bu ret cevabını vermekle yükümlü tutmuştur.⁶¹Bazı hukuk sistemleri yasal bir hükümlerle ticari geleneği sağlamlaştırmış ve belirli tüccar sınıfının açık olarak öneriyi reddetmeleri yükümlünü koymuştur⁶². Fakat modern sözleşmeler hukuku daha ileriye gitmiştir. Gecikmiş bir kabulü veya değişik hükümleri taşıyan cevabı **karşı öneri** olarak nitelendirmek yetersiz sayılmıştır.⁶³ Yazılı hukuk çevresi ülkeleri, yasa ve yargısal kararlarda , ticari yaşantı gereksinimleri ve dürüst işlem kavramlarını karşılamak üzere , öneride bulunan kişiye, gecikmiş kabul haberini derhal reddetme borcunu yükledi. **Anglo-Amerikan** hukukuna göre, kabul haberinin geç ulaşmasından dolayı risk genel olarak öneride bulunan kişiye aittir; çünkü kabul haberi hükümlerini **gönderildiği andan itibaren (gönderme kuramı-expedition theory/ theory of emission)**yürütür,⁶⁴buna karşılık **yazılı hukuk** ülkelerinde **kabul haberinin varmasıyle (ulaşma kuramı)** hükümleri yürürlükte olur.

Anglo-Amerikan yargı organları, öneride bulunan kişi gecikmiş kabul haberini **aldıktan sonra susarsa**, onu korumuştur.⁶⁵ **Yazılı hukuk** ülkelerinin ticaret yasaları "**farklı/değişik**"**kabul beyanını** aynı biçimde çözümlenmeye yatkındır; bundan evvel yapılan anlaşmayı açık ve seçik olarak belirtmeyen **doğrulama / teyit**

1980, sah.36 vd.

⁶¹ Bkz. LAUFER, Acceptance by Silence: A Critique, 7 Duke B. A. L. J. 87 (1939).

⁶² Karş. STAUDINGER, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11.Bası , Berlin, 1957, § 151. Anm. 3.

⁶³ BGB § 150/II :"**Genişletme, sınırlama veya diğer değişiklik biçimleriyle yapılan kabul, yeni bir öneri biçiminde red sayılır**".

⁶⁴ Karş. CHESHIRE/FIFOOT/FIRMSTON, age.sah. 57 No.5, 59 – 61.

⁶⁵ Karş. KESSLER/FINE, Culpa in contrahendo, Har.L.Rev.1964, Vol.77.sah. 417.

mektubunu alan tüccar, bunu *protesto etmek yükümüyle* bağlı tutulmuştur. Bu yükümlülüğü yerine getirmeme, yeni hükümlerin uygulanmasını gerektirir; şu koşulla ki bunlar maddi açıdan farklı konular içersin veya kötü niyetle yapılmış olsun.⁶⁶

Acaba, genel ilkeler uyarınca iyiniyet ve dürüst davranma kavramlarının gerektirdiği bütün durumlarda karşı tarafa bir yanıt verme zorunluğunu yüklemek doğru mudur ? Bu soruya bütün hukuk sistemleri olumlu yanıt vermemektedir. Örneğin, **Fransız hukuku**, iyiniyet kuralını uygularken ölçülü davranmıştır. Ancak öğretilerde belirtilen bir olayda geniş ölçüde uygulama olanağı sağlanmıştır.⁶⁷ **Alman hukukunda** iyiniyet kavramı yargı kararlarında ancak harekete geçmemek biçiminde ve karşı tarafça beklenebilen makul ve geçerli durumları gözetken, etkili bir koruma aracı olarak kabul edilmiştir⁶⁸. **Anglo-Amerikan** yargı organları iyiniyet ilkesini yansıtan deyimini kullanmaktadır: " *Bir tarafın konuşma yükümlülüğü altında bulunduğu veya konuşmaktan kaçınması dürüst davranış kuralına aykırı düştüğü ve diğer tarafı yanılttığı durumlarda, onun susması, söylenenleri kabul etmiş sayılabilir*"⁶⁹.

Türk hukukunda, susma hakkında eski Mecelle madde 67'de aşağıdaki kural yer almıştı: " *Sakıt söz isnat olunmaz. Lakin ma'rızı hacette sükût ikrardır*". Bu kural yukarıda belirtilen Anglo-Amerikan yargı kararları felsefesiyle uyumaktadır. Genel olarak susma, ancak karşı taraf cevap vermek zorunluğunda bulunduğu zaman kabul anlamına gelebilir⁷⁰; çünkü kimse

⁶⁶ **Fransız hukuku** da aynı sonuca ulaşmıştır; bkz. İsviçre'de **OSER**, Kommentar zum schweizerischen Zivil-gesetzbuch, V.Band : Das Obligationenrecht, 2.Bası, Zürich, 1929.

⁶⁷ **RIEG**, Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil français et allemand, Paris, 1961, N.34-42, 47

⁶⁸ Karş. **STAUDINGER**, age. § 116, Vorbem .6a.

⁶⁹ Bkz. **KESSLER/FINE**, age.418 dn .72; **MURRAY, J.** Murray on Contracts, 4.bası, Pennsylvania, 2001,sah.214.

⁷⁰ 30.11.1955 gün ve 14/20 sayılı IBK.-RG.30/01/1956;**TUNÇOMAĞ**, Borçlar Hukuku Dersleri C.I, 3.Bası, İstanbul, 1976, §19, 196 -199'dan aktarma "hüsnüniyet kaidesi devamlı bir sükûnun bazan bir irade beyanı yerine

açıkça üstlenmediği konulara ilişkin sorulara cevap vermekle yükümlü tutulamaz.

B.Y.madde 6 metnini yorumlarken dikkatli davranmalıyız. Anılan maddenin öztürkçe açıklaması aşağıdadır : " **3. Üstükapalı kabul. Madde 6 - " Öneride bulunan taraf, işin özel niteliği ve durumun gereği, açık bir kabul beklemek zorunda olmadıkça, öneri uygun bir süre içinde reddedilmemişse, sözleşme yapılmış sayılır "** .

Bir hukuki işlem için görüşmeye başlayan taraflarca, iyiniyet kurallarının gerektirdiği ölçüde, susulan konular nedeniyle karşı tarafın uğradığı sözleşme öncesi zararların giderilmesi gerektiği⁷¹ gibi, bir sözleşmenin ne zaman susmayla meydana geleceği konusu da ticari geleneklere bağlıdır. Konuya örnek olarak vekillik sözleşmesini gösterebiliriz.

B.Y.madde 387'ye göre Vekil, verilen işi görme konusunda resmi bir sıfatı varsa, veya işin yapılması mesleği gereğindense veya bu gibi işleri kabul edeceğini ilan etmiş ise vekillik, vekil tarafından hemen reddedilmedikçe, kabul edilmiş sayılır "⁷². Burada **BY.madde 6'nın** uygulama durumlarından biriyle karşı karşıya bulunuyoruz⁷³.

Türk hukukunda sözleşmelerin geçerli oluşması için aşağıdaki koşullar gereklidir:

i – köklü noktalarda karşılıklı ve birbirine uygun fikir birliğine ulaşma ,

Köklü noktalar, (*conditio sine qua non; lazım-ı gayri müfarik; olmazsa olmaz*) yapılacak sözleşmenin niteliği, genel iş anlayışı ve koşullara göre tarafların mutlaka uyuşması gereken "esaslı noktalar "dır. Bunlar yapılacak sözleşmenin türüne göre

geçmesini zaruri kılar.Çünkü objektif iyiniyetkaidesi icabı, cevap verme veya müracatta bulunma mükellefiyetinin doğurduğu haller vardır ve bu hallerde susma bir irade beyanı anlamını taşır".

⁷¹ Bkz. ADAL,E., age. sah. 39/40.

⁷² Bkz. ZEVKLİLER/HAVUTÇU, age. sah. 337.

⁷³ Aynı kamıda TUNÇOMAĞ, age. I, sah. 199.

değişebilir; örneğin, alım satım sözleşmesinde taraflar evvela **satılacak mal** (meb'i, hangi mal) ve **bedeli** (semen, para) konularında anlaşmalıdırlar. Bazı durumlarda bu anlaşma olmasa bile, dürüstlük ilkesine uygun olarak "**sözleşme benzeri bir borç ilişkisi**"nin kurulduğu kabul edilmektedir. Örneğin, elektrik kurumunun sunduğu hizmetten kaçak yararlanan kişi arada sözleşme olmasa bile, sözleşme yapılmış gibi elektrik bedelini ödemekle yükümlü tutulmaktadır⁷⁴.

Taraflar sözleşmenin köklü noktalarında uyuşmuşlarsa, ikincil noktalarda çeşitli olasılıklar söz konusu olabilir:

αα) taraflar ikinci derecedeki noktaları hiç konuşmamışlar veya konuşup anlaşmamışlar, ancak sözleşmenin tamam olduğunu, ikincil noktaları saklı tuttuklarını yani ilerde tekrar konuşup bir çözüme bağlayacaklarını kabul etmişlerse, bu durumda sözleşme oluşmuştur. İkinci derecede noktalarda sonradan bir anlaşma olmadığı takdirde, **yargıç** yasanın hükümleri, sözleşmenin niteliği ve iş hayatındaki gelişmelere göre bunlar hakkında karar verecek ve bu suretle **sözleşmenin boşluklarını dolduracaktır (B.Y.madde 2/II).**

ββ) taraflar ikinci derecedeki noktaları ,örneğin alım-satım sözleşmesinde malın teslim yerini, teslim tarihini, ödeme koşullarını tartışmışlar, bir sonuca varamamışlar, ve sözleşmenin tamamlanmasını bu noktalarda da anlaşmış olmalarına bağlı tutmuşlarsa, uyuşma olmadıkça sözleşme tamam değildir. Bu durumda artık yargıcın araya girmesi istenemez; **taraflar arasında borç ilişkisi oluşmamış sayılacaktır.**

Sözleşmenin köklü noktalarında anlaşmaya varılmış, fakat ikincil noktalar saklı tutulmuşsa, anlaşmazlık halinde sözleşmenin olduğu belirge / karine olarak kabul edilir. Sözleşmenin tamam olmadığını öne süren taraf, sözleşmenin meydana gelmesini ikincil noktalarda da uyuşmaya varılmasına bağladıklarını kanıtlamak zorundadır **(B.Y. madde 2/I).** Sözleşmenin tamamlanmasını ikinci

⁷⁴ Bkz. Y.3.HD. nin 10.04.2000 tarih ve E.2000/2967, K.2000/3344 sayılı kararı, YKD.Yıl 2000, S. 8. sah. 1028.

derecede noktalarda da anlaşmaya varılmasına bağlı tutmak isteyen taraf, bu konudaki iradesini açıkça belirtmelidir.

ii - tarafların hukuki sözleşme yapma yeteneğine sahip olmaları,

iii - Sözleşmenin *konusunun* olması (yani sözleşmenin konusunun, emredici kural, kamu düzeni, kişilik haklarına, ahlaka aykırı olmaması ve konusunun da olanaksız / imkânsız olmaması gerekir),

iv - Sözleşmenin *nedeninin (amacının)* bulunması,

v - Açıklanan *taraf iradelerinin irade bozukluğuna uğramamış olması* (yani iradenin yanılğı / hata, yanıltma / hile ve korku / ikrah nedeniyle sakatlanmamış olması),

vi - (eğer yasa gerektiriyorsa) *yasal biçim koşulunun yerine getirilmesi.*

Sözleşme taraflar arasında ya **hazırlar arasında** veya **hazır olmayanlar arasında** oluşur. Şayet iki taraf veya temsilcileri karşı karşıya bulunuyor veya taraflar telefonda görüşüyorsa⁷⁵, bu sözleşme **taraflar arasında** yapılmış sayılır (B.Y.madde 4). Buna karşılık sözleşme mektup veya telgraf aracılığıyla oluşursa bu durumda **hazır olmayanlar arasında** yapılmış sözleşmeden söz edilir (B.Y.madde 5).

Hazırlar arasında yapılmış bir öneride, kabul için belli bir süre saptanmışsa, öneride bulunan taraf bu sürenin dolmasını beklemek zorundadır (B.Y.madde 3); eğer bir süre saptanmamışsa, öneri **derhal kabul edilmelidir** (B.Y.madde 4/II).

Hazır olamayanlar arasında yapılmış öneride öneride bulunan tarafın önerisiyle hangi koşullar altında ne kadar bağlı kalacağı ve bu önerisinden hangi koşullar altında vaz geçebileceği **sorun olabilir**.

⁷⁵ BYT.mad. 4/II 'de yeni bir hüküm yer almaktadır : " *Telefon, bilgisayar gibi iletişim sağlayabilen araçlarla doğrudan iletişim sırasında yapılan öneri, hazır olanlar arasında yapılmış sayılır*".

Karşılaştırmalı hukukta önerinin bağlayıcı niteliği üç farklı biçimde çözümlenmiştir. **Anglo-Sakson hukukunda** öneride bulunan taraf **en az bağlı** tutulurken, **Alman hukuk** sisteminde **en fazla bağlı** tutulmuş ve **Romanistik (İtalyan ve Fransız) hukuk** sisteminde **ortalama bir çözüm yoluna** gidilmiştir.

A) ANGLO-AMERIKAN hukukunda, öneriyi alan taraf bunu kabul edip sözleşmeyi yapma konusunda bir yetkiye sahip olmaktadır. Önerinin kabul edilebilmesi ya öneriyi yapanın baştan saptadığı belli sürenin aşılmamış olması veya olayların akışı içinde kabul yanıtının süre aşılmadan karşı tarafa iletilmesi gerekir. Buna karşılık, öneri kabul edilinceye kadar, öneride bulunan bu önerisinden her zaman geri dönebilir.

COMMON LAW Hukukunun öneride bulunan tarafa bağlı tutulma konusunda herhangi bir yükümlülük tanınamasının nedeni "**consideration doktrini**" / **ivaz (karşılık) görüşü**'dür. Anglo-Amerikan sözleşmeler hukukunun kabul ettiği ilkeye göre, bir sözveri (*promise*) belli belgeye (*deed*) bağlanmadıkça ancak sözveride bulunan taraf kendisi de bir karşı edimi sözverdiği veya yerine getirdiği takdirde kendisi açısından bağlayıcı bir yükümlülük doğar. Genellikle öneriler, önerinin yapıldığı tarafa herhangi bir karşı edim yükümlülüğü doğurmadan ve belgeye bağlanmadan yapıldığı için öneride bulunan yaptığı önerisiyle bağlı olmaz. **COMMON LAW**'un bu kuralı, öneri yapılan tarafın, önerinin geri alınmayacağına güvenerek, önerinin bağlayıcılığını dikkate alarak başkalarıyla anlaşma konusunda hazırlıklara girişmesi veya harcamalar yapması durumunda zarara uğramasına neden olabilir. Buna benzer durumlarda Amerikan yargı organları **consideration doktrinine** rağmen öneriyi yapanın önerisinden dönemeyeceğine karar vermiştir.⁷⁶

Yargı organlarının bu tutumu **Sözleşmelere İlişkin (İkinci Amerikan Düzenlemesi) § 87(2)**'nde benimsenmiştir "**Öneriden dönme, ancak öneride bulunan tarafın makul / aklı başında bir**

⁷⁶ Amerikan yargı organı kararları için bkz. *Northwestern Engineering Co. v. Ellermann*, 69 SD 397; *Drennan v. Star Paving Co.*, 51 Cal. 2D 409, 333, 59; *MURRAY, J.* age. sah.137-139 dn. 407.

*insandan beklendiği ölçüde gerçekleştirilir.*⁷⁷ Önerinin bağlayıcılığı ancak haksızlığı önlemek amacıyla kabul edilebilir⁷⁸.

Amerikan Tekşekil Ticaret Yasası'na göre, satın alma ve satma konusunda yazılı önerilerin bağlayıcı oldukları belirtilmişse kararlaştırılmış süre içerisinde bunlardan geri dönülemez, şayet herhangi bir süre belirtilmemişse *üç ayı geçmemek üzere* uygun bir süre zarfında geri dönülebilir (§2-205)⁷⁹.

İngiliz hukukunda (1818) tarihli *Adam v. Lindsell* kararı⁸⁰ "*posta kutusu kuramı*"⁸¹na göre bu ilkeyi değiştirmiş; öneride bulunan tarafın karşı tarafça kabul edilinceye kadar önerisinden serbestçe dönebileceği esası özel bir COMMON LAW kuralıyla yumuşatılmıştır. 1818 tarihli olayda, davacılar Bromsgrove, Worcestershire'da yünlü kumaş imal ediyordu. Davalılar ise St.Ives, Huntington'da yün tüccarı olarak ticari faaliyet gösteriyordu. 2.09.1817 tarihinde davalılar, davacılara mektupla belli koşullara bağlı, belli tutarda yün satmayı önerdi ve yanıtın "**posta süresi içinde**" beklenildiğini belirtti. Davalılar mektubu *yanlış adrese* gönderdikleri için söz konusu mektup davacıların eline ancak **5 Eylül tarihinde** akşam üzeri ulaşabildi. Aynı gece davacılar kabul yanıtını içeren cevaplarını davalılara gönderdi ve bu mektup da **9 Eylül tarihinde** davalıların eline geçti. Eğer ilk mektup doğru adrese gönderilmiş olsaydı, yanıtı da **7 Eylül tarihine kadar** gelmiş olmalıydı; bu arada davalılar **8 Eylül tarihinde** herhangi bir yanıt almadıkları için ellerindeki yünü üçüncü kişilere sattılar. Bu kurala göre **sözleşmenin oluşması kabul yanıtının** öneride bulunan tarafa ulaştığı zaman değil fakat ondan daha evvel **öneride**

⁷⁷ "An offer is to be regarded as irrevocable if, as the offeror should reasonably have expected"; MURRAY, J. age. sah. 128-131 dn. 366.

⁷⁸ ZWEIGERT/KÖTZ; age. sah.358-359;MURRAY, J. age. sah. 129.

⁷⁹ "An offer by a merchant to buy or sell goods in a signed record that by its terms gives assurance that it will be held open is not revocable, for lack of consideration, during the time stated or if no time is stated for a reasonable time, but in no event may such a period of irrevocability exceed three months"; MURRAY, § 43. sah. 129, 235, 273.

⁸⁰ 106 ER 250 (KB); MURRAY, J. sah. 162 dn. 535.

⁸¹ *Mailbox theory*; MURRAY, J. sah. 168 - 169.

bulunan onu gönderdiği, yani postaya verdiği veya postahänenin posta kutusuna attığı an olmuş sayılır.

Posta kutusu kuramı, öneride bulunan tarafı posta idaresine dolaylı olarak yetki verdiğini, postahänenin kabul yanıtlarını almak için temsilci gibi hareket ettiğini, yanıtın postalanmasını sanki öneride bulunan tarafa bizzat teslim edilmiş gibi sözleşmenin oluştuğu fikrini benimsemektedir. Kabul yanıtı postada kaybolduğu durumlarda bile geçerli bir sözleşme oluşmakta ancak kabul yanıtını postalayan taraf bunu *gerçekten* yaptığını kanıtlamakla yükümlü tutulmaktadır.

(İkinci Amerikan Düzenlemesi) § 63 'e göre: "*Uygun bir tavır ve ortamda öneriye verilen kabul yanıtı, öneri yapılan kimşenin tasarruf ve egemenlik alanından çıkar çıkmaz, öneriyi yapan kimseye ulaşip ulaşmadığına bakılmaksızın, hüküm doğurur*"⁸² "

B) Romanistik hukuk sistemlerinde, önerilerin bağlayıcılığı niteliği daha kuvvetlidir.

Fransız hukukunda önerinin, öneride bulunulan tarafın kabul etmesi anına kadar geri alınabileceği kuralı yargı kararlarıyla büyük ölçüde değiştirilmiştir⁸³. Öneride bulunan, kabul için belli bir süre verdikten sonra bundan geri dönerse karşı tarafın uğradığı zararı karşılamakla yükümlü olacaktır. Burada kabul için verilen sürenin uygun / makul (*einer angemessenen Frist, un délai raisonnable, a reasonable delay*) olup olmadığı yargı organı tarafından değerlendirilirken, her olayın özelliklerine göre hareket edilecektir.

Sorumluluğun kaynağının **Code Civil, madde 1382'de** düzenlenen **haksız eylem sorumluluğuna** dayandığı; bu durumun **kusurlu davranma**, akli başında (*homme avisé*) bir kimseden beklenen davranışa aykırı hareket etmek anlamına geleceği öne

⁸² "An acceptance made in a manner and by a medium invited by an offer is operative....as soon as put out of the offeree's possession, without regard to whether it ever reaches the offeror"; MURRAY, § 43, dn. 350 .

⁸³ Bkz. ZWEIGERT/KÖTZ, sah. 350-360; 619 vd.

sürülmüştür⁸⁴. Diğer görüşe göre, öneride bulunan taraf belli süre önerisine yanıt beklediğini belirterek karşı tarafla bir ön sözleşme yapmakta ve bunu çiğnediği takdirde sözleşmeye aykırı davranmış sayılmaktadır⁸⁵.

İtalyan Medeni Kanunu madde 1328 vd.'na göre yapılan öneri belirtilen süre geçmeden geri alınmaz. Süre belirtilmeden yapılan öneri kabul edilinceye kadar geri alınabilir, öneride bulunan taraf, iyiniyetle önerinin geçerli olduğuna güvenmişse sözleşmeyi yerine getirmek için yaptığı harcamaları ve uğradığı zararın giderilmesini talep edebilir⁸⁶.

C) Alman hukukunda, § 145⁸⁷ uyarınca öneriyi yapan önerisiyle saptadığı süreler içinde onunla bağlıdır; meğer ki onunla bağlı olmayacağını önceden bildirmiş olsun. Şayet herhangi bir süre saptanmamışsa, *makul / kabul edilebilir bir süre* içinde öneriyle bağlı kalınmayacağı karşı tarafa bildirilmelidir. Bu koşullar altında öneriden dönülürse herhangi bir giderim ödeme söz konusu değildir⁸⁸. Önerinin geç kabul edilmiş olması yeni bir öneri sayılır⁸⁹; kabul yanıtının öneriyi genişletmesi, sınırlaması veya diğer değişiklikler yapılması, yeni bir öneriyle birlikte eskisinin reddedilmesi

⁸⁴ Bkz. MAZEAUD/TUNC, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, 6.Bası, Paris, 1965, No.380 vd.; karşı VINEY, *La responsabilité : Conditions*, Vol.IV, 1982; ZWEIGERT/KÖTZ, sah. 617 vd.

⁸⁵ ZWEIGERT/KÖTZ, sah. 618-621; SCHMIDT, *Négociation et conclusion de contrats*, Paris, 1982, No.223 vd.; PLANIOL/ RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil*, VI, Paris, 1949, No.132.

⁸⁶ *Revoca della proposta e dell'accettazione- 1328/I"La proposta può essere revocata finché il contratto non sia concluso. Tuttavia, se l'accettante ne ha intrapreso in buona fede l'esecuzione prima di avere notizia della revoca, il proponente è tenuto a indennizzarlo delle spese e delle perdite subite per l'iniziata esecuzione del contratto"*.

⁸⁷ BGB § 145-Önerinin bağlayıcılığı - "Bir başkasına sözleşme yapma konusunda öneride bulunan kimse, bağlı olmayacağını saklı tutmadıkça, onunla bağlı tutulur".

⁸⁸ Karş. ABGB § 862 ikinci cümle ; Yunan M.Y. madde 185; Portekiz M.Y. madde 250; İsviçre / Türk B.Y. madde 3, 5.

⁸⁹ BGB § 150 (I) : " *Die verspätete Annahme eines Antrags gilt als neuer antrag* ".

anlamına gelir⁹⁰. Öneride bulunan kendisinin öneriyle bağlı kalmak arzusunda olmadığını herhangi bir yükümlülük altına girmeksizin (*freibleiben, ohne Obligo*) deyimlerini kullanarak bildirebilir. Kural olarak hukuki anlamda bu bir öneri olmayıp, *öneriye çağrı* sayılır. Bu durumda son sözü söyleme hakkı, öneride bulunan tarafta kalmaktadır. Karşı tarafın buna verdiği yanıt bir öneri olarak hüküm ifade eder ve bunun da öneriye çağrıda bulunan tarafça kabulü gerekir. Alman yargı kararlarına göre, gerekli olan kabul yanıtıyla bağlı kalmak istemeyen taraf bunu sükutla geçiştirirse öneriyi kabul etmiş sayılır.⁹¹ BGB § 130 / I' e göre önerinin kabul edilmesi dahil, bütün irade beyanları *karşı tarafa ulaştığı, yani gönderilen kişinin egemenlik alanına girdiği anda* hüküm ifade eder⁹².

Önerinin bağlayıcılığı üç hukuk sisteminde **farklı biçimde** sonuçlanmıştır. COMMON LAW hukukunda, esasta önerinin herhangi bir bağlayıcı niteliği bulunmamaktadır. **Romanistik hukuk** çevrelerinde önerinin zamanından evvel geri alınması zarar ziyanı talep etme hakkı doğurur. **Alman hukuk** çevresine göre, esasta bütün öneriler, öneride bulunan önceden bağlı olmayacağını saklı tutmadıkça, tam bağlayıcı nitelik taşır.

Uluslararası Taşınır Satım Sözleşmelerine İlişkin **1980 tarihli Viyana Sözleşmesi (CISG) madde 16(2)** önerilerin geri alınabileceğini ilke olarak kabul etmiş ancak içerdiği ayrı hükümler ile **Alman BGB 145'e** benzemiştir.

CISG madde 16 - "(1) Sözleşme oluşuncaya kadar, öneriden dönülebilir; ancak bu dönmenin, öneri yapılan tarafından kabul yanıtının gönderilmesinden evvel öneri yapan tarafa ulaşması gerekir.

⁹⁰ BGB § 150 (2) : " *Eine Annahme unter Erweiterungen, Einschränkungen oder sonstigen Änderungen gilt als Ablehnung verbunden mit einem neuern Antrag* ".

⁹¹ MARKESINIS/UNBERATH/JOHNSTON, German Law of Contract: A Comparative Treatise, 2. Bası, Oregon, 2006, sah. 64 (e), 65; DANNEMANN, An Introduction to German Civil and Commercial Law, London, 1993, British Institute of International and Comparative Law, sah. 12.

⁹² Bkz. ZWIEGERT / KÖTZ, age. sah. 364, No. VI.

(2) Aşağıdaki durumlarda öneriden dönülemez:

(a) kabul için veya başka herhangi sabit bir tarihi belirtsin veya belirtmesin, dönülemez olduğu açıklanmakta ise; veya

(b) dönülemez olması nedeniyle öneri verilen taraf için öneriye güvenmemakul sayılır ve öneri verilen öneriye güvenerek işlem yaparsa.

Madde 17 - Bir öneri, dönülemez olsa da, öneri verene itiraz ulaşınca ortadan kalkar.

Madde 18 – (1) Bir önerinin kabul edildiğini gösteren, öneri yapılanın bir beyanı veya diğer davranışları , kabul sayılır. Sükût veya hareketsiz kalma, tek başına, kabul anlamına gelmez.

(2) Bir önerinin kabulü, kabule ilişkin belirtilerin öneri yapana ulaşması anında yürürlüğe girer. Kabule ilişkin kanıtlar, saptadığı süre içinde, böyle bir saptama bulunmadığı takdirde, makul bir süre içinde öneri verene ulaşmadığı takdirde, kabul gerçekleşmez; işlemin koşulları, öneri yapan tarafından kullanılan iletişim araçlarının çabukluğu ile birlikte ciddi biçimde dikkate alınır. Koşullar aksini gerektirmedikçe , sözlü bir öneri, derhal kabul edilmelidir.

(3) Şu kadar ki, öneriye dayanarak veya tarafların aralarında oluşturdukları alışılmış ilişkilerin sonucu olarak ya da uygulamada, öneri verilen, öneri verene haber vermeksizin malları göndermek ya da bedel ödemek gibi kabulü içeren bir işlemde bulunabilir; bu işlemin yapılması anında, bir evvelki fıkrada belirtilen süre içinde ifa edilmek koşuluyla, kabul gerçekleşir.

Madde 19 –(1) Kabul anlamına gelen öneriye verilen yanıt, bir kabulü oluşturur, ancak ekleme, kısıtlama ya da diğer değişiklikler içermekte ise, bu, önerinin reddi anlamını taşır ve bir karşı öneri sayılır.

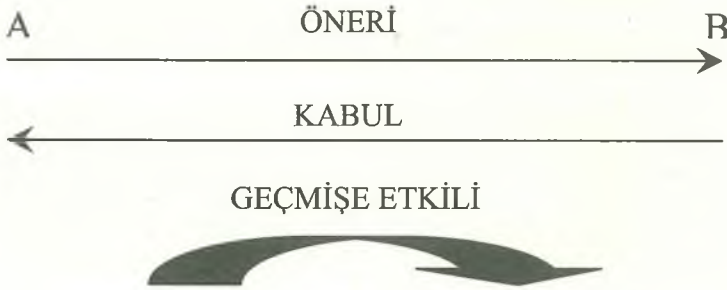
Madde 24 - bir öneri, kabul bildirimini ya da niyeti gösteren diğer kanıtlar, ona sözlü olarak yapıldığı, herhangi başka bir araçla bizzat kendisine, işyerine ya da posta adresine, işyeri ya da

posta adresi bulunmuyorsa alışılmış yerleşme yerinde teslim edilmekle karşı tarafa ulaşır".

d) Sözleşmenin tamamlandığı ve hüküm ifade ettiği an

Taraflar arasında hazırlar arasında yapılan sözleşmede gerek sözleşmenin tamamlandığı, gerekse hüküm ifade ettiği an taktır. Kabul beyanıyla sözleşme tamam olur ve aynı anda hüküm ifade eder (B.Y.madde 4).

Buna karşılık, *hazır olmayanlar arasında yapılan sözleşmelerin hangi anda tamam olacağı ve hangi anda hüküm ifade edeceği konusu aşağıda şekil 2'de gösterilen biçimdedir (B.Y. madde 5,6,9,10).*



- (1) AÇIKLAMA (Hiçbir sonuç doğmaz)
- (2) GÖNDERME (Sözleşme hükümleri uygulanır)
- (3) ULAŞMA (Sözleşme)
- (4) ÖĞRENME (Dönülemez)

Buna göre, taraflara aralarında başka bir çözüm yolu kararlaştırmamışlarsa, *hazır olmayanlar arasında, kabul beyanının gönderilmesiyle sözleşme hükümlerini ifa etmeye başlar; ancak kabul haberinin öneriyi yapan kimseye ulaşmasıyla aralarında sözleşme oluşur.*

Yani bu durumda sözleşmenin oluşması, *hükümlerini geçmişe etkili olarak yürürlüğe koyar*⁹³.

KAYNAKÇA

ADAL , E. - *Culpa in Contrahendo, Akit / Sözleşme Öncesi Sorumluluk (yayınlanmamış doçentlik tezi)*, İstanbul, 1980.

ADAL , E - *Hukukun Temel İlkeleri El Kitabı, 9. Bası*, İstanbul, 2005.

ANSON, B.J. - *Anson's Law of Contract*, Oxford , 2002.

BEALE, H. - *The Development of European Private Law and the European Commission's Action Plan on Contract Law*, *Juridica international I*, 2005 , sah. 4-16.

BEALE / HARTKAMP / KÖTZ / TALLON – *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford, 2002.

BEATSON/FRIEDMANN – *Good faith and Fault in Contract Law*, New York, 1995.

BIANCA, BONELL - *Commentary on the International Sales Law*, Milano, 1987 .

BUSSANI,M./MATTEI,U.–*The Common Core of European Private Law*, Kluwer Law International, 2003.

⁹³ Sözleşmeler hukukunda aşağıda belirtilen karşılaştırmalı çalışmalar önemlidir: SCHLESINGER, R., *Formation of Contracts* (2 Cilt) 1968 ; FARNSWORTH, A., *Comparative Contract Law*, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, sah. 899 - 934; GORDLEY, J., *An Introduction to the Comparative Study of Private Law: Readings, Cases, Materials*, Cambridge University Press , 2006 , sah.413 - 551; BEALE, HARTKAMP, KÖTZ, TALLON, *Cases, Materials and Text on Contract Law*, Oxford, 2002 ; LANDO / BEALE/ ZIMMERMANN, *Principles of European Contract Law*, (Kısım I, II,III) London, 1999-2003; REIMANN/ZIMMERMANN, *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford University Press, New York, 2006; MARSH, P. D.V. *Comparative Contract Law : England, France, Germany*, Gower, 1994; KLIMAS,T, *Comparative Contract Law, Cases, Text and Materials*, North Carolina, 2006.

CHESHIRE/FIFOOT/FURMSTON – Law of Contract, 14. Bası, Bristol, 2001.

CHITTY, J. - Chitty on Contracts, C. I, London, 1999 .

DANNEMANN - An Introduction to German Civil and Commercial Law, London, British Institute of Comparative Law, 1993.

DAVID,R./BRIERLEY,J.- Major Legal Systems in the World Today, 2. Bası, New York, 1978.

ELLIOTT/ QUINN - Contract Law , 5. Bası, New York, 2005.

ERDEM, E. – Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri Hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, BATIDER , C.XVI, S.3, 1992 sah. 25 - 105.

ERGIN, D. - Milletlerarası Mal Satım Sözleşmeleri hakkında Birleşmiş Milletler Sözleşmesi, Hukuk Dünyası, 20.06.2008 sah. 1-4.

EKŞİ, N. - Uluslararası Ticaret Hukuku, 2. Bası, Istanbul, 2006.

FARNSWORTH, A. - Comparative Contract Law, The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, 2006.

GLENN, P. - Legal Traditions of the World, 2. Bası, New York, 2004.

GORDLEY, J. - The Enforceability of Promises in European Contract Law, Cambridge University Press, 2001.

GORDLEY, J - Foundations of Private Law, Oxford University Press, 2006.

GORDLEY, J - An Introduction to Comparative Study of Private Law, Cambridge University Press, 2006.

HARTKAMP, A. - Towards a European Civil Code, Kluwer Law International, 1998.

HÖNIG,R. (çev.Ş.TALİP) – Roma Hukuku , 2. Bası, Istanbul, 1938.

HYLAND RICHARD - The American Restatements and Uniform Commercial Code, Towards a European Civil Code, 2. Bası, London, 1998.

KESSLER / FINE - Culpa in Contrahendo, Harv. L. Rev. 1964, C.77 sah. 401 vd.

KLIMAS, T. - Comparative Contract Law, Carolina Academic Press, 2006.

LANDO / BEALE / ZIMMERMANN - Principles of European Contract Law (Part I, II, III) London, (1999 – 2003).

LARENZ, K. - Lehrbuch des Schuldrechts, München, 1986 – 1987.

MARKESINIS/ UNBERATHS/JOHNSTON– German Law of Contracts, A Comparative Treatise, 2. Bası, Oregon, 2006.

MARSH, P.D.V. - Comparative Contract Law; England, France, Germany, Gower, 1994.

MARZO, S(çev.Z.UMUR)- Roma Hukuku, 5. Bası, Istanbul, 1954.

MATTEI, U. - Three Patterns of Law :Taxonomy and Change in the World's Legal Systems, Am.J.Comp.L. 45, 1997, sah.5 - 44.

MAZEAUD / TUNC - Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 6. Bası, Paris, 1965.

MEHREN / GORDLEY - The Civil Law System, 2. Bası, Boston, 1977.

MOSS, G.C. - Lectures on Comparative Law of Contracts, University of Oslo, Institute of Private Law Publications, No.166, 2004, sah.1 – 189.

MURRAY , J.E. Jr. - MURRAY on Contracts, 4. Bası, New Jersey, 2001.

OĞUZ, A. - Karşılaştırmalı Hukuk, Ankara 2003.

OĞUZ, A - Hukuk Tarihi ve Karşılaştırmalı Hukuk Açısından Uluslararası Ticaret Hukuku (*Lex Mercatoria*), AÜHFD. C. 49, S. 3. sah. 11 - 55.

ONUFRIO,M.V. - Harmonisation of European Contract Law and Legal Translation,

INDRET 2/2004, Barcelona, Nisan 2007, sah. 2 – 14.

OSER, S. - Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, C.V. Das Obligationenrecht , 2. Bası, Zürich, 1929.

ÖZDEMİR, D. - Milletlerarası Ticari Tahkimde Esasa Uygulamalı Hukuk olarak Lex Mercatoria, GÜHFD, 2003, C. VII, s. 1-2.

ÖZSUNAY, E. - Uluslararası Taşınır Satımı Sözleşmeleri Hakkında Antlaşma Tasarısı, MHAD. Yıl 12, No.15, 1978 sah. 7 – 22.

PALANDT - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 59. Bası, München, 2000.

PLANIOL / RIPERT - Traité pratique du Droit Civil Français, 2. Bası, Paris, 1954 .

RADO,T. - Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul, 1978.

REIMANN / ZIMMERMANN - The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford, 2006.

RIEG - Le rôle de la volonté dans l'acte juridique en droit civil et français et allemand, Paris , 1961, No.34 – 42.

RODRIGUEZ, A.M.L.- Lex Mercatoria, RETTID, 2202. sah. 46 – 56.

SACCO, R., - Legal Formants : A Dynamic Approach to Comparative Law, Am.J.Comp.L. 39, 1991, sah. 1 - 34; 343 - 402.

SACCO/DE NOVA,G. - Il contratto, 3. Bası, Torino, 2004.

SADIKOV,N.(çev. Cox/Schultz) – Soviet Civil Law, New York, 1988 .

SCHLECHTRIEM / SCHWENZER – Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG), 2. Bası, Oxford University Press, 2005.

SCHLESINGER, R. - Formation of Contracts, C. I ve II , New York, 1968.

SCHMIDT - Négociation et conclusion de contrats, Paris, 1982.

SCHWARZ, A.B. (çev. B.DAVRAN) - Borçlar Hukuku Dersleri, I- Istanbul, 1948.

SILVA, A. - The Role of Consent in the Formation of Contract in Comparative

Private Law, International Journal of Baltic Law, C.I, S.2, 2004, sah. 118 - 126.

STARK, A. - Droit Civil, Obligation, Paris, 1972.

STAUDINGER - Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 11. Bası, Berlin, 1957.

TETLEY, W. - Mixed jurisdictions: common law vs. civil law, Part I-II, Uniform Law Review, Montreal , 1999.

TİRYAKIOĞLU, B. - 11 Nisan 1980 tarihli Milletlerarası Mal Satımlarına İlişkin Birleşmiş Milletler Sözleşmesi ve Sözleşmenin Milletlerarası Özel Hukuk Kuralları ile İlişkisi, AÜHFD. 1991, sah. 191 - 205.

TREITEL,G.H. - The Law of Contract, 11. Bası, London, 2003.

TUNÇOMAĞ, K. - Borçlar Hukuku Dersleri, C.I , 3. Bası, İstanbul, 1976.

VINEY - La responsabilité : Conditions, C.IV, Paris, 1982.

YAVUZ, C. - Borçlar Hukuku Dersleri, Özel Hükümler, 4. Bası, İstanbul, 2006.

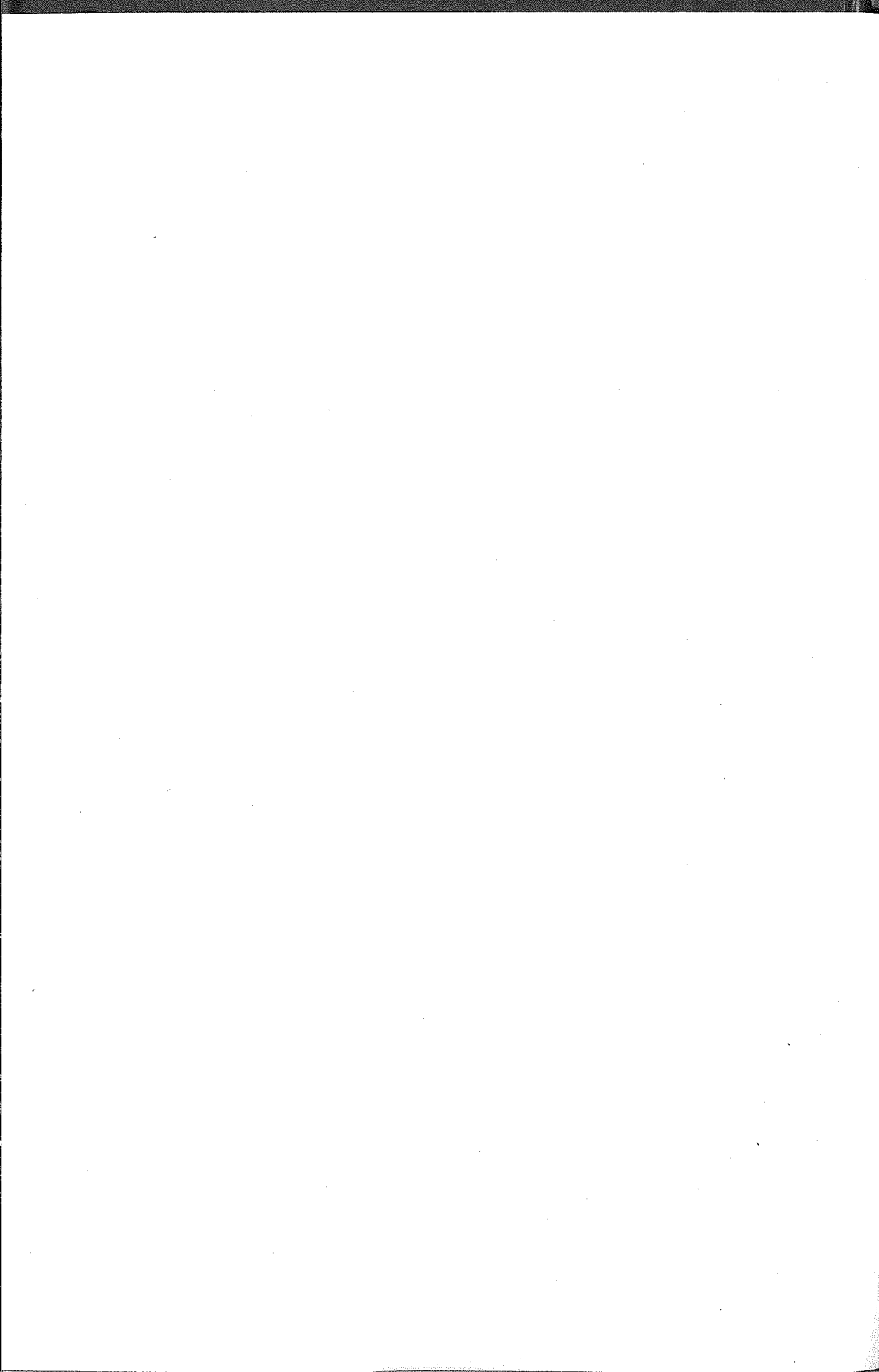
WATSON, A. - Legal Transplants: An Approach to Law, 2. Bası, Athens, 1993.

WHINCUP, M.H. - Contract Law and the Practice, the Netherlands, 1992.

ZEVKLİLER/HAVUTÇU - Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, 9. Bası, Ankara, 2007.

ZIMMERMANN, R. - The Law of Obligations, Oxford, 1996.

ZWEIGERT / KÖTZ - An Introduction to Comparative Law, 3. Bası, Oxford, 1998.



BORÇLAR KANUNU'NDAKİ DÜZENLEME AÇISINDAN İSTİSNA SÖZLEŞMESİ İLE VEKALET SÖZLEŞMESİ ARASINDAKİ KURUMSAL FARKLILIKLAR

Yard. Doç. Dr. R. Cem Dinar*

GİRİŞ

Borçlar Kanunumuz, iş görme sözleşmeleri arasında istisna ve vekalet sözleşmelerini ayrı ayrı düzenlemiştir. Her iki sözleşme tipi de günlük hayatta sıkça karşılaşılan hukuki ilişkilere esas teşkil etmektedir. Gerek istisna gerekse vekalet sözleşmeleri bir şeyin yapılmasını hedeflemeleri açısından benzerlikler göstermekle birlikte, hükümleri arasında ciddi farklılıkları da bünyelerinde barındırmaktadırlar. Biz çalışmamız sırasında öncelikle her iki sözleşme tipinin temel ilkelerini kısaca inceleyeceğiz. Daha sonra bu iki sözleşme tipi arasındaki kurumsal farklılıkları belirtmeye çalışacağız.

A. İSTİSNA SÖZLEŞMESİ

1. İstisna Sözleşmesinin Temel Özellikleri

Borçlar Kanunumuzun 355. maddesine göre, istisna, bir akit- tir ki onunla bir taraf diğer tarafın vermeyi taahhüd eylediği semer mukabilinde bir şey imalini iltizam eder. Bu sözleşme uyarınca iş gören (müteahhit), bir ücret karşılığında, iş sahibi için bir iş gör- meyi taahhüt etmektedir. Burada sözü edilen iş görmenin özelliği,

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

iş görenin (müteahhidin), bir sonuç yaratmayı taahhüt etmesidir. Bu durum, Borçlar Kanunumuzda şey (=eser) olarak ifade edilmiştir¹.

Borçlar Kanunumuzun 355. maddesinden hareket ettiğimizde, istisna sözleşmesinin unsurlarını şu şekilde tespit etmek mümkün olacaktır. “Eser (şey)”, “eserin meydana getirilmesi (şeyin imali)”, “ücret (semen)” ve “ tarafların anlaşması”dır.

i. Eser (Şey)

Borçlar Kanunu'nun ifadesi ile “şey” yani eser, istisna sözleşmesi çerçevesinde müteahhidin meydana getirmekle yükümlü olduğu “sonuç”tur. Kanunun ifadesi ile “şey”in, sadece maddi varlığı haiz “eser”lerle sınırlanmaması gerektiği doktrinde savunulan görüşlerdendir². Doktrindeki görüş ayrılıklarının ayrıntısına bu noktada girmenin gerekli olmadığı düşüncesi ile belirtmek isteriz ki, “eser” kavramını maddi varlığı haiz şeylerle sınırlamanın gelişen teknoloji karşısında isabetli olmayacağı kabul edilmelidir.

Örneğin bir işletmenin otomasyon sistemini desteklemek amacı ile sipariş edilen bir bilgisayar programının kendisi maddi varlığı haiz değildir, ancak bir bilgisayar disketine kaydedilmek suretiyle üzerinde doğrudan hakimiyet kurulmasına imkan verebilecek niteliktedir. Eserin kendisi bir varlık arz etmemekle birlikte, eser sözleşmesinin konusunu oluşturmayan bir bilgisayar disketi üzerinde sözünü ettiğimiz “sonuç” meydana gelebilmektedir. Bu

¹ Pedrazzini, M. M., *Werkvertrag, Verlagsvertrag, Lizenzvertrag*, (Im Schweizerisches Privatrecht), Band VII, Basel und Stuttgart 1977, s. 500 vd..

² Bu konudaki değişik görüşler için bak. **Guhl/ Merz/ Kummer**, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, 8. Auflage, Zürich 1980, s. 418; **Bucher, E.**, *Obligationenrecht Besonderer Teil*, 3. Auflage, Zürich 1988, s. 201; **Zindel/ Pulver**, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, 3. Auflage, Basel – Genf – München 2003, Vorbem. Zu Art. 363-379, N. 1-2; **Öz, T.**, *İş Sahibinin Eser Sözleşmesinden Dönmesi*, Doktora Tezi, İstanbul 1989, s.3-8; **Tandoğan, H.**, *Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri*, C.II, Ankara 1987, s.2-22; **Hatemi/ Serozan/ Arpacı**, *Borçlar Hukuku-Özel Bölüm*, İstanbul 1992, s.348 vd.; **Yavuz/ Özen/ Acar**, *Cevdet Yavuz, Borçlar Hukuku Dersleri Özel Hükümler, Yenilenmiş 7. Bası*, İstanbul 2007, s. 491-493. **Karş. Gautschi, G.**, *Berner Kommentar, Band IV, Der Werkvertrag*, Art. 363-379 OR Bern 1967, Vorbem zu Art. 363-379, N. 1.

örneğimizde iş sahibine teslim edilen “şey”, her ne kadar bir bilgisayar disketi ise de, eser sözleşmesinin konusu, yani müteahhit tarafından meydana getirilen sonuç, disketin içinde bulunan ve elle tutulup gözle görülmeyen bilgidir (enformasyondur). Bu ilişkide her ne kadar müteahhit eser sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmek amacı ile bir bilgisayar disketi vermekte ise de, onun meydana getirme borcunun konusunu disketin kendisi değil, içindeki bilgiler oluşturmaktadır ve bunlar “eser”in kendisi olup, müteahhidin meydana getirmeyi borçlandığı sonuçtur.

ii. Eserin Meydana Getirilmesi (Şeyin İmali)

Eser sözleşmesi çerçevesinde müteahhit, sözleşme ile borçlandığı eseri meydana getirmektedir. Yukarıda da açıklandığı üzere, “meydana getirmek” ile kastolunan, maddi bir varlık oluşturmakla sınırlı değildir. Önemli olan yukarıda açıklanan anlamı ile “eser”in meydana getirilmesi, eserin oluşması, diğer bir deyişle, sonucun meydana gelmesidir³. Bu unsur, istisna sözleşmesinin temel özelliklerinden birini oluşturur. Diğer bir deyişle, müteahhit, sonucun meydana gelmesini “taahhüt” etmektedir. Aşağıda da değinileceği üzere müteahhit bir sonuç sorumluluğu altındadır⁴.

iii. Ücret (Semen)

İstisna sözleşmesi, tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir⁵. İş sahibi, meydana getirilen eserin karşılığı olarak iş görene (müteahhide) bir ücret (semen) ödemekle yükümlüdür⁶. Doktrinde bir ivaz karşılığı olmaksızın bir eser meydana getirme borcu doğuran sözleşmelere uygulanması gereken hükümler hususunda

³ Yavuz/ Özen/ Acar, s. 496; Öz, T., s. 8-9. “Bu deyim sadece yeni bir şeyin meydana getirilmesi değil, aynı zamanda mevcut bir şeye ilavelerin yapılması, bir şeyin onarımı veya şeklinin değiştirilmesini de ifade edeceği” hususunda bkz. Uygur, T., Açıklamalı-İçtihatlı İnşaat Hukuku, Sözleşmeden Doğan Borçlar ve Eser Sözleşmesi, C. 1; Ankara 1988, s. 257.

⁴ Tunçomağ, K., Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C.II, İstanbul 1977, s.975 vd.; Öz, T., s.7-8.

⁵ Zindel/ Pulver, Art. 363, N. 6; Bucher, E., s. 201; Yavuz/ Özen/ Acar, s. 497.

⁶ Tandoğan, H., s.24; Selçi, Ö., İnşaat Sözleşmelerinde Müteahhidin Sorumluluğu, İstanbul 1978, s.6; Uygur, T., s. 257-258.

tartışma⁷ olmakla birlikte, bunun kendisine özgü bir sözleşme tipi olduğu ve fakat vekalet veya eser sözleşmesine ilişkin hükümlerin kıyas yolu ile, sözleşmenin bünyesine uygun oldukları ölçüde uygulama alanı bulabilecekleri fikri savunulmaktadır. Sonuç olarak ücret, istisna sözleşmesinin asli unsurlarındandır. Bu unsurun bulunmaması halinde istisna sözleşmesine ilişkin hükümler doğrudan değil, ancak kıyas yolu ile uygulanabilecektir.

iv. Tarafların Anlaşması

İstisna sözleşmesi de diğer sözleşmeler gibi, hukuki işlemler arasında "sözleşme" kapsamında değerlendirilecektir. Bu sebeple, istisna sözleşmesinin meydana gelmesi tarafların buna yönelik iradelerinin varlığına ve bunların birbirlerine uygun olmasına bağlıdır⁸.

Bu anlaşmanın taraflarını bir eseri meydana getirme borcu altına giren *müteahhit* ile eser karşılığı ücret ödeme borcu altına giren *iş sahibi* oluşturacağı için, bu kişilerin irade beyanlarının karşılıklı ve birbirine uygun olması gerekmektedir. Kural olarak bu tür sözleşmeler herhangi bir şekle tabi değildir⁹.

2. İstisna Sözleşmesi Çerçevesinde Müteahhidin Borçları

Borçlar Kanunumuzun 356-363. maddeleri arasında müteahhidin borçları düzenlenmiştir. Bu çerçevede müteahhidin istisna sözleşmesi kapsamındaki borçları şöyle sıralanabilir:

i. Özen ve Sadakat Borcu

Borçlar Kanunumuzun 356. maddesinin 1. fıkrası, müteahhidin sorumluluğunu düzenlemiş ve işçinin hizmet sözleşmesindeki sorumluluğuna ilişkin hükümlere tabi olacağı belirtilmiştir. Ancak doğaldır ki, işçinin özen borcu ile müteahhidin göstermesi gereken özen borcu arasında farklılıklar olacaktır. Zira müteahhit mesleki açıdan belirli bir uzmanlığa sahiptir ve iş sahibinden talimat alma

⁷ Tartışmalar için bak. Tandoğan, H., s. 24-28; Bucher, E., s. 211.

⁸ Gautschi, G., Berner Kommentar, Band VI, Das Obligationenrecht, 2. Abteilung, 3. Teilband, Der Werkvertrag, Bern 1966, Art. 363, N.11a.

⁹ Tandoğan, H., s. 28-29; Yavuz/ Özen/ Acar, s. 498; Uygur, T., s. 258.

hususunda (işçiye oranla daha) bağımsızdır. Bu nedenle müteahhitten, işçiye oranla daha fazla özen beklemek işin doğası gereğidir¹⁰. Müteahhidin, özen borcuna aykırı davranması halinde, BK m. 356 gereği, işinin sorumluluğuna ilişkin hükümler uygulama alanı bulacaktır¹¹.

Ayrıca müteahhid, sözleşmeden doğan eseri meydana getirme ve teslim etme borcunu ifa etmiş olsa dahi, sadakat borcuna¹² aykırı davranması halinde sorumluluğu doğacaktır. Bu sebeple belirtmek gerekir ki, müteahhidin borcu, aşağıda incelenecek olan, eseri meydana getirme ve teslim etmenin dışında sadakat ve özene de yönelik olmakta ve diğerlerine uygun ifanın gerçekleştirilmiş olmasına rağmen, bunlardan herhangi birine aykırılık, sorumluluğunu gerektirecektir¹³.

Bu açıklamalarımız sonucunda müteahhidin özen ve sadakat borcundan, müteahhidin eseri meydana getirirken iş sahibinin yararına davranması ve iş sahibine zarar verecek eylem ve işlemlerden kaçınması yönündeki borç anlaşılmalıdır.

ii. Eseri Meydana Getirme ve Teslim Etme Borcu

İstisna sözleşmesi çerçevesinde müteahhidin en önemli borcu, eserin sözleşmeye uygun olarak meydana getirilmesi ve iş sahibine teslim edilmesidir¹⁴. Müteahhidin asli borçlarından belki

¹⁰ Zindel/ Pulver, Art. 364, N. 4; Seliçi, Ö., s. 92-94; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 357-358.

¹¹ Doğaldır ki bu sorumluluğunun kapsamı yukarıda açıkladığımız nedenlerle biraz daha geniş olacaktır. Konuya ilişkin ayrıntılı bilgi için bkz. Gauch, P., Der Werkvertrag, Zürich 1996, N. 820-848; 880-887; Tandoğan, H., s. 49-64; Yavuz/ Özen/ Acar, s. 507-510.

¹² Her ne kadar Borçlar Kanunumuzda istisna sözleşmeleri hükümleri arasında müteahhidin sadakat borcu düzenlenmemiş olsa da, müteahhidin bu borca uygun davranması da gerekmektedir. Bu borca ilişkin geniş açıklamalar için bkz. Tandoğan, H., s. 50-51; Yavuz/ Özen/ Acar, s. 505-507. Ayrıca bkz. Zindel/ Pulver, Art. 364, N. 25 vd.; Gauch, P., N. 820 vd..

¹³ Tandoğan, H., s. 48-51; Yavuz/ Özen/ Acar, s. 505-510.

¹⁴ Burcuoğlu, H., "Eser Sözleşmesinde İş Sahibinin Ayıba Karşı Tekeffülden Doğan Hakları ve Özellikle Bu Hakların Kullanılabilmesi İçin Uyulması

de ilki olan “eseri meydana getirme” borcu, “müteahhit bir şey imalini borçlanır” ibaresi ile BK. m. 355’de ifade bulmuştur.

Teslim etme borcuna ilişkin açık bir düzenleme yer almakla birlikte, yer yer teslimden söz edildiği için örtülü de olsa böyle bir borcun varlığı kabul edilmelidir¹⁵. Teslimden anlaşılması gereken, iş sahibinin eser üzerinde fiili hakimiyeti kullanmasına elverecek şekilde, onun hakimiyet alanına sokulmasıdır.

iii. İşi Bizzat Yapma veya Kendi Gözetimi Altında Yaptırma Borcu

Bundan anlaşılması gereken, kural olarak, müteahhidin işi bizzat kendisinin yapması değildir¹⁶, önemli olan işin müteahhidin gözetim ve direktifleri çerçevesinde yapılmasıdır. Ancak bu, istisna sözleşmesinin konusunu oluşturan eserin mahiyetine göre farklılık arz edebilir. Özellikle müteahhidin kişisel niteliklerinin önemli olduğu eser yaratma borçlarında, müteahhit bunu bizzat yapmak zorunda olacaktır (BK. m.356/f.2)¹⁷. Örneğin bir mimara sipariş edilen bir proje, onun kişisel özelliklerinin öne çıktığı bir nitelik taşıyor ise, o borcu bizzat ifa etmelidir. Fakat bu örnekte dahi, eğer sözleşme ile aksi kararlaştırılmamış ise, mimar projenin, kendi kişisel niteliklerinin rol oynamadığı noktalarda, kendi gözetimi altında çalışan bir üçüncü kişiden yardım alabilir¹⁸. Müteahhidin başkalarından yardım alması durumunda ise, o, bu kişilerin borca aykırı davranışlarından iş sahibine karşı sorumlu olacaktır¹⁹.

Gereken Süreler”, Haluk Tandoğan’ın Hatırasına Armağan, Ankara 1990, s.287; Yavuz/ Özen/ Acar, s. 520-521.

¹⁵ “Hatta malzemesini müteahhidin sağladığı taşınır bir eserin meydana getirilmesine ilişkin istisna sözleşmelerinde, müteahhidin teslim borcunun yanı sıra, mülkiyeti sağlama borcu olduğu da kabul edilmelidir” hususunda bkz. Yavuz/ Özen/ Acar, s. 520.

¹⁶ Edimin mutlaka onun elinden çıkmasının gerektiği haller dışında yardımcı kişiler kullanması mümkün görülmelidir. Von Tuhr/ Escher, Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrecht, Band.II, Zürich 1974, s.24. Nitekim BK. m. 67’ye göre de kural olarak borçlu edimini şahsen ifa ile yükümlü değildir.

¹⁷ Öz, T., s. 9, dn.39.

¹⁸ Öz, T., s.9; Seliçi, Ö., s.23; Tandoğan, H., s. 74.

¹⁹ Tandoğan, H., s.76.

iv. Malzeme, Araç ve Gereçleri Sağlama Borcu

Malzeme, araç ve gereçlerin kim veya kimler tarafından sağlanacağı BK. m. 356/ f. son'a göre, sözleşmede aksi öngörülmemiş ise ve bu yönde bir teamül de yoksa, müteahhit işin yapılması için gerekli malzeme²⁰, araç ve gereci kendisi sağlamalıdır^{21, 22}. Bu durumda müteahhit eseri meydana getirirken kullanacağı malzeme, araç ve gereçleri iyi cins²³ (en azından orta kalitede) ve ayıpsız olarak sağlama borcunu da üstlenmiş olur²⁴.

v. İşin Yapılması İle İlgili Önemli Olayları Bildirme Borcu

Müteahhit, eserin meydana getirilmesi sırasında ortaya çıkan önemli hususları iş sahibine gecikmeksizin bildirmelidir²⁵. Hangi olayların "önemli" sayılması gerektiği, olayın özelliği gözönünde tutularak belirlenmelidir. Şunu belirtelim ki, "önemli" olma hususu istisna sözleşmesinin konusunu oluşturan eser açısından ele alınmalı ve eserin meydana getirilmesini etkileyen her olay "önemli" sayılmalıdır. Müteahhidin bu borca aykırı davranması halinde doğacak olan tazminat borcu²⁶, "önemli olay"ın iş sahibine bildirilmemiş olması ve meydana gelen gecikme sebebiyle ortaya çıkan zarar ölçüsündedir. Müteahhidin durumu bildirmesi üzerine iş sahibi, müteahhidin kusuru olmaması şartıyla, onun zararını ödeyerek işin bırakılmasını sağlayabilir; bunun yapılmaması halinde iş sahibi gecikme sebebiyle tazminat isteme imkanından mahrum kalacaktır.

²⁰ Nelerin malzeme olarak anlaşılması gerektiği konusunda bkz. **Gauch, P.**, N. 66; **Tandoğan, H.**, s. 104.

²¹ **Gautschi, G.**, Art. 364, N.31b.

²² "OR Art. 365/ III'ün zıt anlamından hareketle, aksine bir anlaşma bulunmadığı takdirde gerekli malzemelerin iş sahibi tarafından sağlanması gerektiği sonucunun çıkartılabileceği" hususunda bkz. **Gauch, P.**, N. 74; **Zindel/ Pulver**, Art. 365, N. 2.

²³ İyi cins ile kastedilen, sözleşmede vaad ve zikredilen veya dürüstlük kuralı gereğince zorunlu nitelikleri taşıyan malzeme, araç ve gereçtir.

²⁴ **Zindel/ Pulver**, Art. 365, N. 7.

²⁵ **Yavuz/ Özen/ Acar**, s. 518.

²⁶ Ayrıntılı açıklamalar için bak. **Tandoğan, H.**, s.111-112.

vi. Müteahhidin İşe Zamanında Başlama ve Plana Uygun Olarak Yürütme Borcu

Müteahhit işe kararlaştırılan zamanda başlamalı ve kararlaştırılan esaslar dairesinde işi yürütmelidir²⁷. BK. m. 358/ f. 1 bu düzenlemeyi hüküm altına almıştır. Buna aykırılık halinde, iş sahibi kararlaştırılan zamanın bitimini beklemek zorunda olmaksızın sözleşmeden dönmek ve menfi zararın tazminini talep etmek imkanına sahip olacaktır²⁸.

vii. Ayıba Karşı Tekeffül Borcu

Müteahhit meydana getirdiği eserin ayıplarından sorumludur. Bu, satıcının sorumluluğu ile benzerlik arz etmektedir. Ayıptan sorumluluğun en önemli şartı, eserin tamamlanarak iş sahibine teslim edilmiş olmasıdır²⁹. Teslim edilen eser, müteahhidin zikrettiği nitelikleri ve sözleşmede öngörülen eserin özgülenme amacına uygun nitelikleri taşımalıdır. Aksi takdirde müteahhidin ayıba karşı tekeffül sorumluluğuna gidilir³⁰.

3. İstisna Sözleşmesi Çerçevesinde İş Sahibinin Borçları

İstisna sözleşmesi çerçevesinde iş sahibinin asli borcu, müteahhide eserin meydana getirilmesinin ivazını teşkil eden ücreti ödemektir³¹. Bunun yanında iş sahibinin eseri teslim alma, olağanüstü sebeplerden dolayı müteahhidin maruz kaldığı masrafların karşılanması amacı ile kararlaştırılan ücretin üzerinde bir meblağı ödemek gibi ikincil borçları da doğabilir³².

²⁷ Bu borcun, eserin teslimi için bir süre kararlaştırılmış olup olmamasına göre farklı kapsamlarda gerçekleşeceğini, ancak bu konulara girmeyeceğimizi belirtmeliyiz. Ayrıntılı bilgi için bkz. Öz, T., s. 47-52; Yavuz/ Özen/ Acar, s. 518-519.

²⁸ Seliçi, Ö., s. 79 vd.; Öz, T., s.47 vd..

²⁹ Yavuz/ Özen/ Acar, s. 521-522; Burcuoğlu, H., s.287;Tandoğan, H., s.124-127; Seliçi, Ö., s.134.

³⁰ Ayrıntılı bilgi için bkz. Tandoğan, H., s. 162 vd.; Öz, T., s. 104 vd.; Yavuz/ Özen/ Acar, s. 521 vd..

³¹ Tandoğan, H., s.234; Yavuz/ Özen/ Acar, s. 535.

³² Burada da geniş açıklamalara girmeksizin sadece borçların neler olduğunu belirtmeyi uygun gördük.

B. VEKALET SÖZLEŞMESİ

1. Vekalet Sözleşmesinin Temel Özellikleri

Vekalet sözleşmesinde vekil, müvekkile ait bir işin yapılmasını üstlenmektedir. Borçlar Kanunumuz, bu hususu 386. maddesinin 1. fıkrasında şu şekilde düzenlemiştir: “Vekalet, bir akittir ki onunla vekil, mukavele dairesinde kendisine tahmil olunan işin idaresini veya takabbül eylediği hizmetin ifasını iltizam eyler”. Bu tanım vekalet sözleşmesini açıklamaya yeterli görülmemiştir³³. Kanımızca da TANDOĞAN’ın³⁴ yapmış olduğu açıklama daha yerinde olacaktır. Şöyle ki, vekalet öyle bir akittir ki, vekile müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun bir sonuca yönelen bir iş görmeyi bir zaman kaydına tabi olmaksızın ve nisbeten bağımsız olarak yapma borcunu, sonucun elde edilme rizikosunu ona ait olmak üzere yükler.

Bu tanımdan hareket ettiğimizde, vekalet sözleşmesinin unsurlarını tesbit etmek mümkün olacaktır. Bunlar “müvekkile ait bir işin yapılması”, “işin müvekkilin menfaatine ve iradesine uygun yapılması”, “zaman sınırlamasına tabi olmaması”, “sonucun elde edilme rizikosunun müvekkilde olması (başka bir anlatımla, vekilin başarı taahhüdünde bulunmaması)” ve “ tarafların anlaşması”dır.

a. Müvekkile Ait Bir İşin Yapılması

Vekalet sözleşmesinin en önemli unsuru, belli bir işin yapılması veya hizmetin görülmesidir³⁵. Örneğin bir hekimin hastayı ameliyat etmesi veya bir öğretmenin özel ders vermesi, vekalet sözleşmesi çerçevesinde gerçekleştirilebilir. Hatta vekilin, müvek-

³³ Tanımın yetersizliği hususunda yapılan eleştiriler için bkz. **Von Büren, B.**, *Der Auftrag, Ein Beitrag zur Systematik des schweizerischen Arbeitsrechts*, Zürich 1944, s. 2; **Weber, R.H.**, *Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht I*, Art. 1-529 OR, 2. Aufl., Basel und Frankfurt am Main 1996, s. 2108.

³⁴ **Tandoğan, H.**, s. 356. **Bucher, E.**, s. 223. Farklı tanımlar için bkz. **Yavuz/Özen/ Acar**, s. 607-608; **Aral, F.**, *Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri*, 7. Bası, Ankara 2007, s. 389-390.

³⁵ **Tandoğan, H.**, s.356; Ayrıntılı açıklamalar için bkz. **Gümüş, M. A.**, *Türk-İsviçre Borçlar Hukukunda Vekilin Özen Borcu*, İstanbul 2001, s. 27 vd.

kile ait bir menkul veya gayrimenkulü satıp teslim (tescil) etmesi de yine vekalet sözleşmesi³⁶ olarak nitelendirilebilir. Sonuç olarak vekil, müvekkilin işini gören bir kişi konumundadır ve bu işin gereklerini yapar. Bu anlamda bir hukuki işlemin yapılması veya bir maddi fiilin meydana getirilmesi de vekalet olarak nitelendirilebilir³⁷.

b. İşin Müvekkilin Menfaatine ve İradesine Uygun Yapılması

Vekil işi görürken, müvekkil menfaatine ve onun talimatlarına uygun hareket etmek zorundadır. Bu, 1881 tarihli İsviçre Borçlar Kanunu'nda açıkça yer almakta iken, 1911 değişikliğinde bu unsura yer verilmemiş ve bunun sonucunda İsviçre'de doktrinde tartışılmıştır. Maddenin yeni hali, müvekkilin işi sözleşmeye uygun olarak görmesini öngörmüştür. Bundan hareketle bazı yazarlar sözleşmeye bu yönde hüküm konulmasının mümkün olduğunu ve böylece vekilin, müvekkilin iradesine uygun hareket etme borcunun sözleşmeyle kısıtlanabileceğini ileri sürmektedirler³⁸. Belirtmek gerekir ki, vekalet güvene dayanan bir hukuki ilişkidir³⁹. Bu sebeple vekil, müvekkil yararına hareket etmek zorundadır. Diğer taraftan, müvekkilin iradesine uygun hareket etme unsuru öncelikle sözleşmede kendisini gösterecektir. Bu itibarla belirtmek isteriz ki, yukarıda anılan tartışmada Peyer tarafından ileri sürülen görüş kabule şayandır, ancak müvekkilin sözleşmenin kurulmasından sonra vereceği talimatlar, eğer sözleşmenin hükümlerini değiştirecek nitelikte iseler, bunun vekilin rızasına tabi olduğu hususu da gözönüne alınmalıdır. Gerçekten sözleşmenin kurulması aşamasında işin ne şekilde görüleceği hususunda anlaşılan müvekkil ve vekil, işin anaştıkları esaslar dairesinde görülmesine katlanmalıdırlar.

³⁶ Bu çeşit vekaletin "hukuki fiillere ilişkin vekalet" olarak adlandırıldığı konusunda bkz. **Tandoğan, H.**, s. 357.

³⁷ Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. **Gautschi, G.**, Art. 394, N.3; **Weber, R. H.**, s. 2110; **Yavuz/ Özen/ Acar**, s.609-610; **Gümüş, M. A.**, s. 29-30.

³⁸ Bu görüşte olan yazarlar **Peyer, J.** ve **Becker, H.**'dir. **Tandoğan, H.**, age. s.360, dn.26 ve ilgili metinden naklen.

³⁹ **Fick, F.**, *Das Schweizerische Obligationenrecht*, Zürich 1915, Vorbem. 394, N. 16; **Von Büren, B.**, s. 74.

Daha sonraki aşamalarda müvekkilin vereceği talimatlar, ancak vekalet sözleşmesinin “güven sözleşmesi” niteliği gözönünde bulundurulurken değerlendirilmeli ve bu çerçevede müvekkilin talimatları esas alınmalıdır. Ancak bu talimatların sözleşmenin kapsamını değiştirmesi durumunda, vekil bunlara alelittlak uymak zorunda olmayacaktır. Bu sebeple, “güven sözleşmesi” niteliğini aşan talimatlar, sözleşmenin tadili hususunda (yeni) talepler olarak nitelendirilebilir.

c. Zaman Sınırlamasına Tabi Olmama

Vekalet sözleşmesine göre müvekkilin işini gören vekil, sözleşme ile kararlaştırılan işi görmeye yönelir; yani bu işin hangi süre içinde görüleceği önem taşımaz, önemli olan işin görülmesidir⁴⁰. Bu ise vekalet sözleşmesini diğer iş görme sözleşmelerinden olan hizmet sözleşmesinden ayıran en önemli unsur olarak karşımıza çıkmaktadır⁴¹.

d. Sonucun Elde Edilme Rizikosunun Müvekkilde Olması = Vekilin Başarı Taahhüdünde Bulunmaması

Vekil, işi görmeye yönelik girişimlerde bulunurken, amaçlanan sonucun gerçekleşmemesi riskine müvekkil katlanmaktadır⁴². Yani vekil işini görürken, belli bir sonucun mutlaka elde edileceği taahhüdünde bulunmamaktadır (Erfolgsversprechen), onun borcu sonuca yönelik faaliyette bulunmaktır. Tabii ki, bu faaliyeti gerçekleştirirken, müvekkilinin menfaatlerine davranmak durumundadır. Buna karşılık herhangi bir sonucun elde edilememesi riskine müvekkil katlanmak durumundadır.

⁴⁰ Yavuz/ Özen/ Acar, s. 615; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 436 vd..

⁴¹ Tandoğan, H., s.376; Yavuz/ Özen/ Acar, s. 615.

⁴² Yavuz/ Özen/ Acar, s. 615-616.

e. Tarafların Anlaşması

Vekalet bir sözleşme niteliğini haiz olduğundan, tarafların iradelerinin bu yönde uyuşması gerekir⁴³. Sözleşmenin kurulmasına ilişkin hükümler, vekalet sözleşmesine de uygulanır.

f. Ücretin Vekaletin Esaslı Unsuru Olmaması

Borçlar Kanunu'nun 386. maddesinin 3. fıkrasına göre "mukavele veya teamül varsa vekil, ücrete müstahik olur". Bu hükümden de anlaşılabilir gibi, ücret vekalet sözleşmesinin zorunlu unsurlarından değildir⁴⁴. Vekilin ücrete hak kazanması ancak tarafların bu hususu kararlaştırmaları veya bu yönde örf ve adetin varlığı veya bir özel kanun hükmünün varlığı halinde mümkündür.

2. Vekalet Sözleşmesi Çerçevesinde Vekilin Borçları

Vekilin, vekalet sözleşmesi çerçevesinde borçlarını şu şekilde ifade etmek mümkündür.

a. Özen Gösterme Borcu

Vekil işi görürken, işin mahiyetine göre özen göstermek ve müvekkilin yararına hareket etmekle yükümlüdür⁴⁵. Vekilin, müvekkilin zararına yol açacak davranışlardan kaçınması da yine bu kapsamda değerlendirilmelidir.

b. Vekilin İşini Bizzat Görme Borcu

Vekil, kural olarak kendi kişisel nitelikleri sebebiyle, müvekkil tarafından bir işi görmekle görevlendirilmiş kişidir. Vekaletin bir güven esasına dayanması da bunu desteklemektedir. Bu sebeple vekil, kural olarak, işi bizzat görmek zorundadır. Ancak sözleşme ile açıkça kararlaştırılmış ise veya vekil hal icabına göre buna zorunlu kalmış ise ya da teamül gereği bu mümkün ise vekil işi bizzat

⁴³ Weber, R. H., s. 2109; Tandoğan, H., s. 364; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 39.

⁴⁴ Tandoğan, H., s. 364; Gautschi, G., Art. 394, N. 74 c, s. 102

⁴⁵ Gautschi, G., Art. 398, N.21b, c; Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Gümüş, M. A., s. 115-177.

yapmak zorunda değildir⁴⁶. Yetkisi olmadığı halde işi başkasına gördüren vekil, bundan kendisi yapmışcasına sorumlu olacaktır⁴⁷.

c. Vekilin Sadakat ve Sır Saklama Borcu

Sır saklama borcu, vekilin sözleşme çerçevesinde işi görürken elde ettiği bilgileri üçüncü kişilere açıklamasını engeller, diğer bir deyişle bu esnada müvekkiline ait öğrendiği sırları saklamakla yükümlüdür⁴⁸. Diğer taraftan sadakat borcu da, vekilin işi görürken müvekkilin çıkarlarına uygun hareket etmek ve ona zarar verecek bütün davranışlardan kaçınmak zorunda olduğu bir borç olarak karşımıza çıkmaktadır⁴⁹.

d. Vekilin Aldıklarını Verme Borcu

Vekil, vekalet sözleşmesi çerçevesinde elde ettiklerini müvekkile vermek zorundadır⁵⁰. Bazı yazarların “hesap verme borcu”⁵¹ olarak nitelendirdikleri borç da kanımızca bu çerçevede değerlendirilebilir. Zira müvekkilin aldıklarının tesbiti ve bunun verilmesi için önce vekalet ile ilgili hesabın verilmesi gerekecektir. Ayrıca vekilin masraflarını ve uğradığı zararlar ile vekalet sebebiyle borçlandıklarını talep etmesi de yine bir “hesap” sonucu belirlenebilecektir. Bu borca aykırılık halinde müvekkil bir eda davası ile bunları elde edebilir. Ayrıca belirtmek gerekir ki, vekilin bu verme borcunun ifası aşamasında, vekalet çerçevesinde vekilin elde ettiği değerler, kendi rejimlerine tabi olacaklardır. Bu bağlamda menkuller zilyedliğin devri, gayrimenkuller tescil ve alacak hakları

⁴⁶ Tandoğan, H., s. 456-459.

⁴⁷ Ayrıntılı açıklamalar için bak. Tandoğan, H., s.464-472.

⁴⁸ Gautschi, G., Art. 398, N.13,c; Bucher, E., s. 230.

⁴⁹ Weber, R. H., s. 2134; Bucher, E., s. 230; “Vekilin sadakat borcu, onun gerek vekaletin ifası sırasında gerek vekalet bittikten sonra, kendisine duyulan güvene uygun olarak müvekkilin menfaatlerini sözleşme ile güdülen amaç çerçevesinde koruması ve kendi menfaatini müvekkilinkine tabi kılması olarak tanımlanabileceği hususunda bak. Tandoğan, H., age. s. 407. Benzer bir açıklama için bkz. Hatemi/Serozan/Arpacı, s.417.

⁵⁰ Weber, R. H., s. 2149; Tandoğan, H., s. 489; Aral, F., s. 412.

⁵¹ Yavuz, C., Türk-İsviçre ve Fransız Medeni Hukuklarında Dolaylı Temsil, Tez, İstanbul 1983, s. 166-167; Bucher, E., s. 231.

da alacağın temliki esasları dairesinde intikal edeceklerdir, meğer ki bu haklar doğrudan müvekkilin malvarlığına dahil olsunlar ve vekilin fiili hakimiyetine tabi olsunlar. Bu durumda müvekkilin talebi bir istihkak davası olarak ortaya çıkacaktır. Bu son durum, doğrudan temsil yetkisi veren vekalette söz konusu olacaktır⁵².

3. Vekalet Sözleşmesi Çerçevesinde Müvekkilin Borçları

a. Ücret Ödeme Borcu

Müvekkilin ücret ödeme borcu, ancak tarafların bunu kararlaştırmış olmaları durumunda veya teamül bunu gerektiriyorsa veya bazı özel kanunlarda düzenlenen hükümler dolayısıyla söz konusu olacaktır⁵³. Aksi takdirde müvekkilin kanundan doğan bir ücret ödeme borcu yoktur (BK m.386/ f. III).

b. Vekilin Yaptığı Masrafları Ödeme Borcu

Vekilin vekalet sözleşmesi çerçevesinde işi görürken yaptığı masrafları, müvekkil, vekile ödemek zorundadır. Bu masraflar, vekalet sözleşmesinin konusunu oluşturan işin görülmesinin gerektirdiği masraflarla sınırlıdır. Bu kapsamda yer almayan masrafların ödenmesi hususunda bir zorunluluk yoktur⁵⁴.

c. Vekili Borçtan Kurtarma Borcu

Müvekkil, vekilin işi görürken ve işle ilgili olarak yaptığı harcamalar ve giriştiği işlemler sebebiyle üçüncü kişilere borçlanması halinde, bunları ifa ile mükelleftir⁵⁵. Bu borçlar da, yukarıda masraflar ile ilgili açıklamalarda belirtilenler ve onların kapsamı ile sınırlıdır.

⁵² Bu konuda ayrıntılı açıklamalar için bak. Tandoğan, H., s. 488-512; Aral, F., s. 411 vd..

⁵³ Olgaç'a göre, "Borçlar Kanunumuzun sistemi içinde ücret kararlaştırılmamış olması veya ücret ödenmesinin gerekmemesi durumları, iş görmenin vekalet olarak nitelendirilmesini engelleyen hususlar değildir; yani ücretsiz iş görmeler de, şartları varsa, vekalet olarak nitelendirilebilecektir". Olgaç, S., İçtihatlarla Borçlar Kanunu, C. 4, Ankara 1977, s. 101.

⁵⁴ Tandoğan, H., s. 577 vd.; Yavuz/ Özen/ Acar, s. 660-661.

⁵⁵ Tandoğan, H., s. 587-588.

d. Vekilin Uğradığı Zararları Tazmin Borcu

Yine aynı kapsamda yer alan ve Borçlar Kanunumuzun 394. maddesinin 2. fıkrasında düzenlenmiş bulunan, vekilin işin görülmesi sebebiyle uğramış olduğu zararlar da, müvekkil tarafından tazmin edilmelidir⁵⁶.

C. TARAFLARIN HAK VE BORÇLARI AÇISINDAN VEKALET SÖZLEŞMESİ İLE İSTİSNA SÖZLEŞMESİ ARASINDAKİ KURUMSAL FARKLILIKLAR

Hem vekalet sözleşmesi ve hem de istisna sözleşmesi, özünde bir işin görülmesi unsurunu barındıran sözleşme tipleridir. Hatta bazı durumlarda, vekalet sözleşmesinin mi, yoksa istisna sözleşmesinin mi söz konusu olduğunun tesbiti fevkalade büyük güçlükler arzedebilir. Yukarıda, her bir sözleşme tipinde, sözleşmelerin unsurlarının ve taraflarının karşılıklı borçlarının neler olduğu tesbit edilmiştir. Ancak bunların birbirlerinden bağımsız olarak tesbit edilmeleri, iki sözleşme tipi arasındaki kurumsal farklılıkları tesbit için yeterli olmayabilir. Bu sebeple bu bölümde, büyük farklılık arzeden ve her iki sözleşme tipinde de aynı olanlara hiç değinilmeksizin, sadece benzerlik gösteren ve fakat aynı olmayan unsurlar incelenecektir.

Yapmış olduğumuz inceleme sonucunda şu hususların, bir hukuki ilişkinin nitelendirilmesi ve istisna ve vekalet sözleşmelerinden hangisi ile karşı karşıya olunduğunun tesbiti açısından önem arzettiklerini ve bu iki sözleşme tipi arasındaki sınırı çizdiklerini tespit etmiş bulunmaktayız:

- i. Sözleşmenin konuları açısından farklılıklar
- ii. Ücret açısından farklılıklar
- iii. Sözleşme ilişkilerine son verilme açısından farklılıklar
- iv. Masraflara katlanacak tarafların belirlenmesi açısından farklılıklar

⁵⁶ Bu konuda geniş açıklamalar için bkz. Tandoğan, H., s. 596-603.

v. Sonucun meydana gelmesinin borçlanılması açısından farklılıklar

vi. İşin bizzat görülmesi açısından farklılıklar

Aşağıda bu hususlar tek tek incelenecektir.

i. Sözleşmelerin Konuları Açısından Farklılıklar

Yukarıda da belirtildiği gibi, vekalet sözleşmesinin konusunu belirli bir işin görülmesi oluştururken⁵⁷, istisna sözleşmesinde müteahhidin borcu, bir eseri meydana getirmektir⁵⁸. Bu anlamda vekalet sözleşmesinin konusu, daha geniş bir faaliyet alanını kapsayabilecektir. Vekil, işin görülmesi için gerekli olan tüm girişimlerde bulunması gereken bir kişi konumunda iken; müteahhid, sadece meydana getireceği esere yönelik faaliyetlerde bulunan bir kişi konumundadır. Ancak bir eserin meydana getirilmesi de, vekalet sözleşmesi çerçevesinde borçlanılabilir. Fakat bu durumda dahi, aşağıda belirtilecek olan “sonuç (başarı) taahhüdünde bulunmama” unsuru, vekalet ile istisna arasındaki sınırı belirlemede rol oynayacaktır.

Bunun yanında belirtmek isteriz ki, fikri faaliyete dayanan istisna sözleşmelerinde, bunun vekalet ve istisna sözleşmesi nitelikleri birbirine önemli ölçüde yaklaşacak ve hukuki ilişkinin hangi sözleşme tipi üzerine inşa edildiğinin tesbiti güçleşecektir.

ii. Ücret Açısından Farklılıklar

Ücret, istisna sözleşmesinin asli unsurudur⁵⁹. Vekalet sözleşmesinde ise, ancak tarafların bunu kararlaştırmaları veya bu yönde örf-adetin bulunması veya özel kanunlarda bu yönde düzenlemelerin bulunması halinde müvekkilin ücret ödeme borcu söz konusu olmaktadır⁶⁰. Kısaca istisna sözleşmesi her zaman ücret mukabili bir işin görülmesi esasını ortaya koymakta iken, vekalet sözleşmesi

⁵⁷ Tandoğan, H., s.356.

⁵⁸ Öz, T., s. 7.

⁵⁹ Tandoğan, H., s. 24; Seliçi, Ö., s. 6.

⁶⁰ Tandoğan, H., s. 365 vd.; Yavuz/ Özen/ Acar, s. 617-618; Bucher, E., 224-225.

ancak bazı durumlarda, yapılan işin karşılığını teşkil etmek üzere bir ücretin ödenmesi esasını öngörmektedir. Dolayısıyla vekalet sözleşmesinde ücret zorunlu olmayan bir unsur olarak karşımıza çıkmaktadır⁶¹.

Ancak son dönemlerde, bir çok vekalet sözleşmesi niteliğindeki hukuki ilişki çerçevesinde vekilin ücrete hak kazandığına da dikkat çekmek gerekir. Özellikle avukatın, hekimin ve mimarların faaliyetleri, bir ücret esasına dayanmaktadır. Hal böyle olunca, ücret unsuru bir çok durumda bu iki sözleşme arasındaki ayırt edici özelliğini yitirmektedir.

iii. Sözleşme İlişkilerine Son Verilme Açısından Farklılıklar

Vekalet sözleşmesi ile istisna sözleşmesi arasındaki önemli farklardan biri de, sözleşme ilişkisine son verilmesi hususunda ortaya çıkar. İstisna sözleşmesi, tarafların karşılıklı çıkarları üzerine oturan bir ilişki yaratmaktadır ve bu sebeple taraflardan birinin sözleşme ilişkisine son vermesi daha sıkı şartlara tabi kılınmıştır. Oysa vekalet sözleşmesinin “güven ilişkisi” niteliği ve ücretin ancak istisnai olarak ödenmesinin söz konusu olması, taraflar arasındaki ilişkinin daha rahat sona erdirilmesi sonucunu doğurmaktadır. Kural olarak istisna sözleşmesinin sona erdirilmesi belirli bazı unsurların mevcudiyetine bağlıdır.

Borcu sona erdiren sebeplerden, ifanın imkansızlığına, burada değinme ihtiyacı duymayarak, özellikle temerrüd sebebiyle fesih ile, müteahhidin zararını tamamen tazmin etmek suretiyle feshe değinmek istiyoruz. Temerrüd ve ifa etmeme sebebiyle fesih, hem istisna sözleşmelerine ilişkin özel hükümlere (BK m.358 ve 360) ve hem de Borçlar Kanunu'nun genel hükümlerine (BK m.106-108) göre mümkündür. Bu, istisna sözleşmesinin, tam iki tarafa borç yükleyen karakterinin bir sonucudur. Diğer taraftan iş sahibinin, müteahhidin tüm zararını tazmin etmek suretiyle sözleşmeyi feshetme imkanı, diğer sözleşme tiplerindeki düzenlemelere hiç benzememektedir. Bu doktrinde tartışılmalı bir konu olarak var-

⁶¹ Gautschi, G., Art. 394, N. 74 c.

lığını sürdürmektedir. Özetle müteahhidin, iş sahibinin yararına faaliyet gösteren bir kişi olması sebebiyle, iş sahibinin her zaman sözleşmeyi sona erdirmeye yetkisinin bulunup bulunmadığı, bunda müteahhidin de çıkarının bulunup bulunmadığının tesbitine bağlanmak istenmektedir. GAUTSCHI'ye göre, müteahhid ancak ücret isteme hakkına sahiptir (BK m.369); yoksa eserin bitirilmesi hususunda bir hakkı bulunmamaktadır, bu sebeple iş sahibinin bu yetkisi sınırlandırılmaz⁶². GAUCH ise, söz konusu maddenin emredici nitelikte olmadığını ve iş sahibinin sözleşme ilişkisine son verme yetkisinin sözleşme ile sınırlanabileceği görüşünü savunmaktadır⁶³.

Buna karşılık vekalet sözleşmesinde, taraflardan her biri herhangi bir sebep ve süreye tabi olmaksızın sözleşme ilişkisini sona erdirebilme yetkisini haizdir⁶⁴ ve bu yetkiden önceden feragat edilmesi mümkün değildir. Bunun sınırı, sözleşmenin “uygun olmayan zamanda” sona erdirilememesi olarak karşımıza çıkmaktadır (BK m.396/II).

iv. Masraflara Katlanacak Tarafların Belirlenmesi Açısından Farklılıklar

Müvekkil, yukarıda da açıklandığı gibi, vekili, vekalet sebebiyle giriştiği işin sonucunda ortaya çıkan borçlardan kurtarmak, uğradığı zararlarını tazmin etmek ve yaptığı masrafları karşılamak zorundadır⁶⁵. Oysa istisna sözleşmesinde müteahhidin eseri meydana getirirken verdiği zararlar, yaptığı masraflar ve benzerleri, sözleşmede kararlaştırılan ücrete dahildir. Bu, vekaletin özünde ücretsiz olmasının doğal bir sonucudur. Buna karşılık müteahhid, belli bir eseri bir ücret karşılığı meydana getirmektedir ve bu yolda yaptığı harcamalar, ücretin içinde yer almaktadır. Diğer taraftan, yukarıda vekalet ve istisna sözleşmelerinin kapsamı belirlenirken, vekilin daha geniş bir hareket alanına sahip olduğu, buna karşın

⁶² Gautschi, G., Art. 377 N. 10.

⁶³ Gauch, P., N. 412-414

⁶⁴ Tandoğan, H., s. 619 vd.; Yavuz/ Özen/ Acar, s. 664-665.

⁶⁵ Tandoğan, H., s. 587-592.

müteahhidin münhasıran eserin meydana getirilmesi kapsamındaki faaliyetlere girişmeye mezu olduğu hususuna değinilmiş idi. Bu sebeple, daha geniş bir alanda faaliyet gösteren vekilin bu faaliyetlerinin sonucu üstleneceği borçların kapsamının önceden hesaplanması da bir güçlük arzedecektir. Oysa müteahhid, belirli bir eseri meydana getirmek borcu altında olan kişidir ve bunun maliyetinin önceden hesaplanması, vekalet sözleşmesine oranla daha kolay olacaktır.

v. Sonucun Meydana Gelmesinin Borçlanması Açısından Farklılıklar

İstisna sözleşmesi ile vekalet sözleşmesi arasındaki farkların belki de en önemlisi, amaçlanan sonucun gerçekleşmemesi riskine hangi tarafın katlanacağı noktasında ortaya çıkmaktadır. Vekil, amaçlanan sonucun gerçekleşmesi için beklenen tüm özeni göstermek zorunda olan kişidir. Ancak tüm özenin gösterilmesine rağmen amaçlanan sonuç gerçekleşmez ise, müvekkil buna katlanmak durumundadır⁶⁶. Burada vekil gerekli özeni göstererek üzerine düşeni yapmış, ancak bir nedenden ötürü sonuç meydana gelmemiştir. Oysa müteahhidin durumu daha farklıdır. Müteahhid, bir eseri meydana getirmek zorunda olan kişidir⁶⁷ ve bunun meydana gelmesi halinde borcun ifa edilmemiş olmasından söz edilir. Müteahhidin, eserin ayıplarından sorumluluğu da, eseri meydana getirme borcunun bir sonucudur. Netice itibariyle “sonucu taahhüt etme - Erfolgsversprechen” unsurunun varlığı istisna sözleşmesinin, bunun bulunmaması da, vekalet sözleşmesinin varlığına delalet eder.

vi. İşin Bizzat Görülmesi Açısından Farklılıklar

Vekil kural olarak işi bizzat görmekle yükümlü olan kişidir⁶⁸. Buna karşın müteahhid, eserin meydana getirilmesinde yardımcı kişilerden faydalanabilir⁶⁹. Ancak her iki sözleşme tipinde de bunun aksinin kararlaştırılması veya üçüncü kişilerden yararlanma

⁶⁶ Yavuz, C., s. 366.

⁶⁷ Öz, T., s. 1.

⁶⁸ Tandoğan, H., s. 456.

⁶⁹ Öz, T., s. 9.

imkanının sınırlandırılması mümkündür. Hatırlatmak gerekir ki, vekalet sözleşmesinin temelinde, vekile duyulan güven yatmaktadır. Bu sebeple vekilin üçüncü kişilerden yararlanması imkanı ancak istisnai durumlarda ortaya çıkabilir. Buna karşın müteahhid, yapılacak iş kişisel beceriyi gerektirmiyor ise, üçüncü kişilerden yararlanabilir (BK m.356/II).

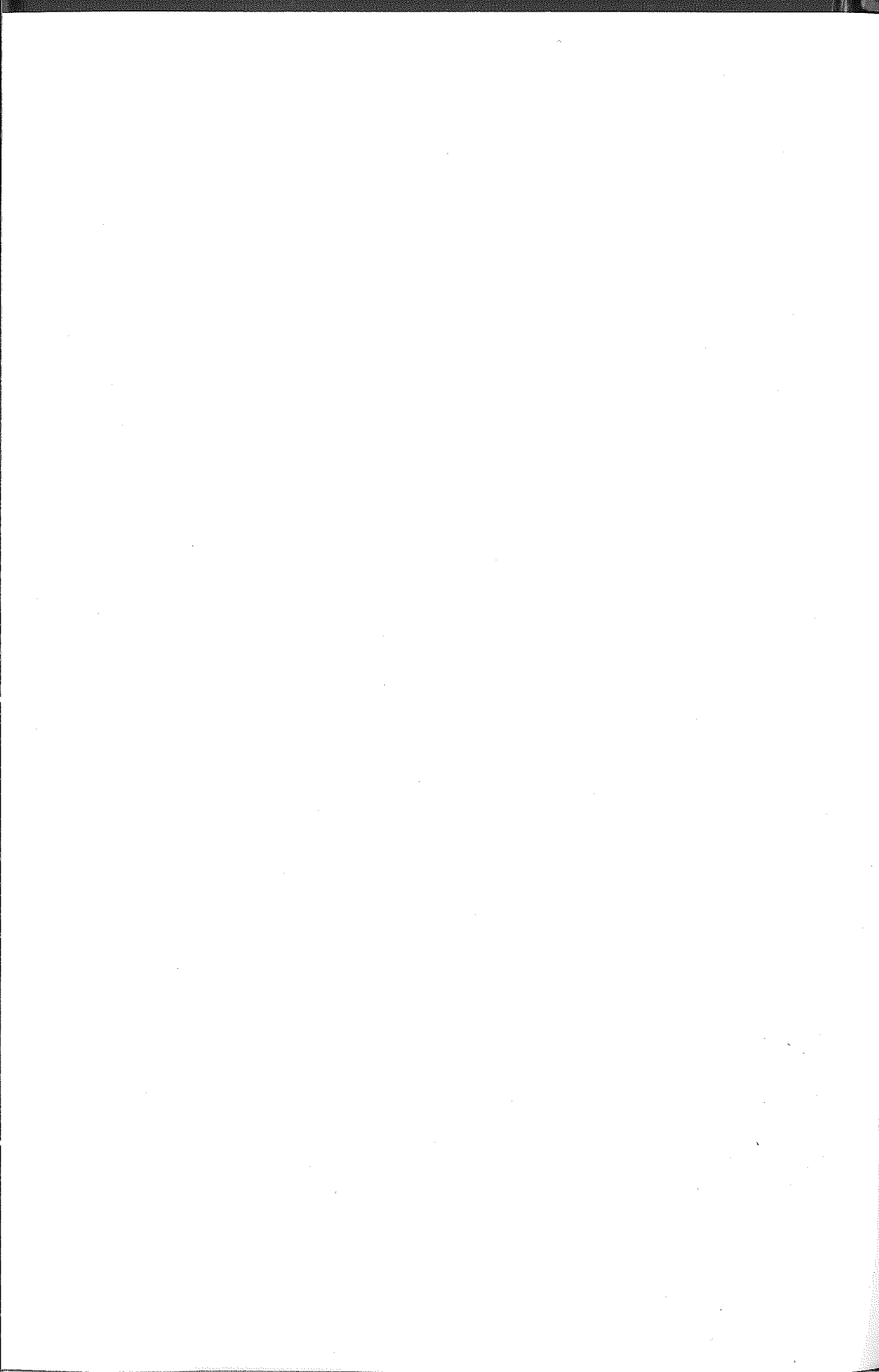
SONUÇ

Vekalet sözleşmesi ile istisna sözleşmesi arasındaki kurumsal farklılıklar özellikle sözleşmenin kapsamı, tarafların borçları ve sözleşme ilişkisinin sona erdirilmesinde ortaya çıkmaktadır. Şunu belirtelim ki, yukarıda belirlenen farklılıklar bir çok durumda tek başlarına sözleşmenin hukuki niteliklerini tesbit etmeye yetmeyebilir. Özellikle fikri eserlerin söz konusu olduğu sözleşmelerde bunların vekalet sözleşmesine mi, yoksa istisna sözleşmesine mi esas teşkil ettiğinin tesbiti oldukça güçtür.

Diğer taraftan işin bizzat yapılması ve ücret unsurlarında da, her iki sözleşme tipi birbirine yaklaşmaktadır ve bunun sonucu olarak bu kıstaslar ayırıcılık özelliklerini yitirmektedirler. Bunun yanında, sözleşme ilişkisinin sona erdirilmesi çerçevesinde, yukarıda belirtilen ve GAUCH tarafından savunulan görüşün kabulü de, ayırımı güçleştirecektir. Hatırlansın ki, bu görüşe göre, istisna sözleşmesine, iş sahibinin fesih hakkını kısıtlayıcı unsurların dahil edilmesinin mümkün olacağı kabul edilmekteydi. Görülmesi kararlaştırılan işin kapsamı da, tek başına sözleşme tipleri arasındaki sınırın çizilmesinde yeterli olmayabilecektir. Zira aynı sonuca yönelik olarak istisna sözleşmesi yapılabileceği gibi, bunun bir vekalet sözleşmesi çerçevesinde gerçekleştirilmesi de mümkün olabilir. Yukarıda da belirttiğimiz gibi, fikri bir eser niteliği taşıyan sözleşme konusunun varlığı halinde bu sözleşmenin hukuki niteliğinin tesbiti güçlük arzedecektir.

Diğer taraftan, “sonucun gerçekleşmesi taahhüdü (Erfolgsversprechen)” iki sözleşme tipi arasındaki en önemli kıstas olarak varlığını devam ettirmektedir. Ancak bu da tek başına yeterli

olmayabilir. Diğer unsurların yardımı ile sözleşme tipleri arasındaki sınırın çizilmesi mümkün olabilecektir. Diğer bir deyişle, sözleşme tipleri arasındaki sınırın sadece sonucun taahhüdü unsuru ile çizilmesi mümkün olmayabilecektir. Ancak kanımızca bu unsur, sınırın çizilmesinde diğer kıstaslardan daha etkin rol oynamaya ve daha belirgin bir teşhis aracı olarak kullanılmaya elverişlidir.



TİCARET SİCİLİNİN ELEKTRONİK ORTAMDA TUTULMASI

Yard. Doç. Dr. Mustafa İ. KAYA*

I. GİRİŞ

Ticaret sicili, ticari hayatı ilgilendiren konularda toplumun bilgilenmesi amacıyla, devletin yetkili makamlarının gözetimi ve denetimi altında tutulan resmi sicil niteliğine sahip bir sicildir. TK m. 37/2, aleniyeti sağlamak için, herkesin ticaret sicilinin içeriğini ve müdürlükte saklanan tüm senet ve belgeleri inceleyebileceğini ve bunların onaylı suretlerini alabileceğini düzenlemektedir¹. Ticaret sicilinin içeriğini incelemek isteyen kişilerin, tapu sicilindeki durumun aksine, sicille ilgilerini ispat etmeleri dahi gerekmemektedir. Esasında ilk bakışta ilgili ilgisiz herkesin işletmeye ait bilgilere ulaşabilmesinin sakıncalı olabileceği düşünülse de, burada toplumun ticari hayatı ilgilendiren konulardaki değişiklikleri öğrenme konusundaki menfaatinin üstün tutulduğu ve bundan dolayı ilgisini ispat etmek zorunda kalmaksızın ticaret siciline bakma hakkının tanındığını söylemek mümkündür.

Üçüncü kişilerin, sicile tescil edilen ve kendilerine karşı hukuki sonuç doğurmaya başlayan sicil kayıtlarının bilmediklerine dair iddiaları dinlenmez². Dolayısıyla yasanın ticaret siciline yüklemiş olduğu aleniyet ve bilgilendirme fonksiyonunu tam anlamıyla yerine getirilmesi zorunluluğu bulunmaktadır. Ancak gerek ticaret sicili gerekse sicil kayıtlarının ilan edildiği Ticaret Sicili Gaze-

* Gazi Üniversitesi TTEF Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ TK Tasarısı bu hükmü aynen almıştır.

² Bkz. TK m. 39/1 ve TK Tasarısı m. 36/3.

tesisi'nin bu işlevlerini yerine getirdiği söylenemez. Gerçekten de günlük olarak yayınlanan ve 500 sayfadan ibaret olan bu gazetenin tirajı yaklaşık olarak 1000 adet civarındadır³. Ticari hayatı ilgilendiren önemli ilanların çok az kimse tarafından takip edildiğini gösteren bu veri bile, Kanunkoyucunun arzusunun bu olmadığını ortaya koymaya yetmektedir.

Son yıllarda büyük bir hızla gelişen ve hayatımızı önemli ölçüde etkilemeye başlayan internet teknolojisinin, ticaret sicilinde aleniyetin sağlanması ve bu sicilin yasada öngörülen işlevlerini tam olarak yerine getirmesi için kullanılması gerekmektedir. Esasında bu konunun sadece Türkiye'de değil, özellikle Avrupa Birliği'nin bununla ilgili yayınladığı yönergelerden sonra, AB üyesi ülkelerde de yoğun bir şekilde tartışıldığını görmekteyiz.

TK Tasarısı'nın, interneti ticari hayatta ve özellikle şirketler hukukunda şeffaflığın sağlanmasının aracı olarak kullanma amacıyla olduğu, Tasarı'nın genel gerekçesindeki ifadelerden anlaşılmaktadır⁴. Bu düşünceyle yapılan düzenlemelerden biri de Tasarı'nın 24. maddesinin 2. fıkrasıdır. Bu maddeye göre, ticaret siciline tescil ve ilan edilmesi gerekli içeriklerin düzenli olarak depolandığı ve elektronik ortamda sunulabilen sicil bilgi bankası, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği nezdinde kurulur. Bu hüküm, ticaret sicilinde kayıtlı bilgilere elektronik ortamda ulaşmayı sağlayacak bir sistem kurulmasını öngörmektedir. Getirilen bu yeniliğin teknolojik gelişmelere uygun olması ve ticaret sicilinin işlevselliğini artırması açısından çok önemli olduğu kabul edilse de, bilgi bankasındaki kayıtların üçüncü kişilere karşı ileri sürülmek gibi bir hukuki gücü ve etkisinin olmaması sistemin yeterli derecede faydalı olmaması sonucunu doğuracaktır. TK Tasarısı'nın gerekçesi incelendiğinde, Kanunkoyucunun bu konuda çekincelerinin olduğu ve ticaret sicili kayıtlarının elektronik ortamda tutulması sistemine hemen geçmek istemediği anlaşılmaktadır⁵. Özellikle, Tasarı'nın

³ Bkz. Nomer Ertan, F. (Ülgen-Teoman-Helvacı-Kendigelen-Kaya): Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006, s. 299.

⁴ Bkz. TK Tasarısı, Genel Gerekçe, Par. 89.

⁵ Bkz. TK Tasarısı, Gerekçe, m. 24/2.

bütün sermaye şirketlerine bir web sayfası hazırlama yükümlülüğü getirmesi veya genel kurul toplantılarının internet üzerinden online yapılması gibi çok radikal ve ileri adımlar atarken, bu konuda bu kadar ihtiyatlı davranmasının gerekçesi anlaşılamamaktadır.

AB ile adaylık ve müzakere sürecinde bulunan Türkiye'nin yasal mevzuatını AB'nin yönerge ve tüzüklerini dikkate alarak değiştirmesi kaçınılmaz bir gereklilik halini almıştır. "Müzakere Eden Ülke" hukuki konumuna sahip olmak, yasal mevzuatını sadece AB müktesabata ile uyumlaştırılması zorunluğunu ortaya çıkarmakla kalmamakta, aynı zamanda, Türkiye'ye, ileride yayımlanacak yönergelerle de uyum sağlamak, AB Komisyonunun kurduğu yüksek düzeyli uzmanlardan oluşan komisyonların AB hukukunun şekillendirilmesine ilişkin raporlarında yer alan önerileri değerlendirmek, AB'nin ticaret hukuku alanındaki eylem planını izlemek görevini de yüklemektedir⁶.

68/151 sayılı ve 9.3.1968 tarihli ticari hayatta aleniyetin sağlanmasına ilişkin AB yönergesinin 2003/58 sayılı ve 15.7.2003 tarihli değiştirilmiş şeklinde, üye ülkelere tüm sicil işlemlerini, en geç 1.1.2007 tarihine kadar elektronik ortama aktarmaları yükümlülüğünü getirmiş bulunmaktadır. Bu açıdan bakıldığında, AB üyesi olmayan, fakat müzakere sürecinde bulunan Türkiye'nin, bir an önce ticaret sicilinin elektronik ortamda tutulması ile ilgili çalışmalarını başlatması gerekmektedir.

II. SİCİL BİLGİ BANKASININ KURULMASI

1. Tasarı'nın Getirdiği Yenilik

TK Tasarısı m. 24/2, ticaret siciline tescil ve ilân edilmesi gerekli içeriklerin düzenli olarak depolandığı ve elektronik ortamda sunulabilen sicil bilgi bankasının, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği nezdinde kurulacağını hükme bağlamaktadır⁷. Teknolojik geliş-

⁶ Bkz. TK Tasarısı, Genel Gerekeç, Par. 3.

⁷ Esasında TK Tasarısı'nın hazırlanmasından önce de, 1998 yılında Ticaret Sicili Tüzüğünde yapılan değişiklikten sonra Türk hukuku açısından ticaret sicilinin bilgisayar ortamında tutulması mümkün hale gelmişti. TST m. 84/2'ye göre, sicil

melerin ve gereksinimlerin gerekli kıldığı değişiklikleri yapmayı kendisine temel hedef olarak gören Tasarı'nın, bu hükümle getirdiği yeniliğin, yeterli olup olmadığının tartışılması gerekir.

Tasarı'nın genel gerekçesinde ticaret sicili ile ilgili bu önemli değişikliğin amacı şu şekilde anlatılmıştır: "Ticaret sicilinde, AT'nin⁸ şirketlere ilişkin birinci yönergesine ve eklerine uygun, gelişmelerin ve gereksinimlerin gerekli kıldığı değişiklikler yapılmıştır. Bunların başında, tescil ve ilâna tâbi konuların düzenli olarak depolandığı ve elektronik ortamda kullanıcılara sunulabildiği bir bilgi bankasının TOBB nezdinde kurulması gelmektedir. Bu yenilik önce elektronik ortamda çalışan yerel, daha sonra da tek (merkezi) ticaret siciline geçişi kolaylaştıracaktır"⁹.

TK Tasarısı, sicil bilgi bankasının TOBB nezdinden kurulacağını düzenlemiş olmasına karşın, bunun nasıl yapılacağı konusunda hiçbir ayrıntıya yer vermemiştir. Buradaki en temel sorunlardan biri, ticaret sicili içeriklerinin TOBB'a nasıl ulaştırılacağıdır. Sicil işlemlerinin yapılması için ilgililerin yetkili ticaret sicili müdürlüğüne başvurmaları gerekir. Yerel ticaret sicili müdürlükleri mi yoksa sicil işleminin yapılması için başvuruda bulunan ilgililer mi ticaret siciline kaydedilen bilgileri TOBB'a iletmelidir? Tasarı'da bu hususla ilgili bir düzenlenme yapılmamış olmasına karşın, ticaret siciline kayıtlı bilgilerin yerel ticaret sicili müdürlükleri tarafından TOBB'a gönderilmesinin daha uygun olacağı kanısındayız. Ancak bu durumda da yerel ticaret sicili müdürlüklerinin bilgileri, TOBB'a nasıl ve hangi sürede iletmeleri gerektiği konusu-

kayıtları bilgisayar ortamında tutulabilecektir. Sicil kayıtlarının bilgisayar ortamında tutulması halinde TST m. 84/1'e göre tutulması zorunlu olan defterlerin tutulması zorunlu değildir. Bu defterlere kaydedilmesi gereken bilgiler TOBB tarafından hazırlanmış bir bilgisayar programı kullanılarak kaydedilecektir. Bkz. Ulusoy, E.: Ticaret Siciline Tescilin Olumsuz Etkisine Veda Elektronik Ticaret Sicili – Ticaret Sicili Bilgi Bankası – İnternet Sayfası, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, I Cilt, İstanbul 2007, s. 89, 91.

⁸ Çalışmada AT yönergesi ifadesinin kullanılmasının amacı, toplulukta, yapılan düzenlemeler için sıklıkla bu kavramın kullanılıyor olmasıdır. Aynı düşünce ile TK Tasarısı'nın genel ve madde gerekçelerinde sıkça AET/AT kısaltması yapılmaktadır.

⁹ Bkz. TK Tasarısı, Genel Gerekçe, Par. 106.

nun açıklığa kavuşturulması sorunu ön plana çıkmaktadır. Sistemin kusursuz işleminin sağlanabilmesi için, yerel ticaret sicili müdürlüklerinin sicil kayıtlarını elektronik ortamda tutmaları ve kendilerinde bulunan bilgileri internet teknolojilerinden yararlanarak TOBB'a ulaştırmaları çağın gereklerine ve Tasarı'nın temel düşüncesine daha uygun olacaktır. Böyle bir durumda ise, yani ticaret sicili işlemlerinin yerel ticaret sicili müdürlükleri tarafından elektronik ortamda yapılması ve sicil bilgilerine elektronik ortamda ulaşmayı mümkün kılacak bir sistemin kurulması halinde, TOBB nezdinde ayrı bir bilgi bankasının kurulmasına gerek olup olmadığının irdelenmesi gerekir¹⁰. Özellikle hukuki gücü ve etkisi olmayan bir bilgi bankası yerine, yerel ticaret sicili müdürlükleri tarafından tutulan bir elektronik ticaret sicili ve Türkiye'deki tüm ticaret sicili müdürlüklerinde bulunan bilgi ve belgelere tek bir merkezden ulaşmayı mümkün kılacak bir sistemin kurulmasının daha isabetli olacağı kanısındayım¹¹.

TK Tasarısı'nın genel gerekçesi incelendiğinde, Tasarı'nın hazırlanması aşamasında AB hukukundaki gelişmelerin önemle takip edildiği ve buna uygun düzenlemeler yapılması konusuna önem verildiği anlaşılmaktadır. Ancak gerekçede kullanılan ifadelerden, AT'nin birinci yönergelerinin değiştirilmesi sonucunu doğuran AB hukukundaki gelişmelerin yeterli derecede takip edilmediği görülmektedir. Aksi takdirde, ticaret sicili ile ilgili reform niteliğinde hükümler içeren ve ticaret siciline online ulaşabilmeyi amaçlayan AT'nin birinci yönergelerinin 2003 yılındaki değişikliğinden mutlaka söz edilirdi.

2. AB Hukukundaki Gelişmeler

Teknolojinin şeffaflığın sağlanması amacıyla kullanılması, AB yönergelerindeki temel hedeflerden biri olmuştur. Bu amaçla yayınlanan ve TK Tasarısı'nın hazırlanmasında dikkate alınanlardan biri de "kamuyu aydınlatma yönergesi" olarak adlandırılan

¹⁰ Bkz. Ulusoy, s. 108.

¹¹ Bu konu ayrıca aşağıda TK Tasarısı'nın değerlendirilmesi kısmında ele alınmıştır. Bkz. Aşağıda V.

birinci şirketler hukuku yönergesidir¹². AB ülkelerindeki birbirinden çok farklı uygulamaları yeknesaklaştırmak amacıyla, 1968 yılında yayınlanan yönerge (Publizitaetsrichtlinie)¹³, üye ülkelerin ticaret sicilinin tutulmasında teknolojiyi kullanmaları yönünde hükümler öngörmekteydi. Dolayısıyla AB üyesi ülkelerde ticaret sicilinin tutulmasında teknolojiden yararlanması yönünde yapılan çok sayıda değişikliğin temel dayanak noktası AB'nin bu yönergesi olmuştur. Ancak teknolojik alanda meydana gelen akıl almaz gelişmeler, özellikle internet teknolojisinin sunduğu yeni olanaklar dikkate alındığında, AB yönergesinin yayınlandığı 1968'li yıllar ile günümüzün imkanları arasında büyük farklar olduğu ortadadır. Dolayısıyla, bu yönergenin yayınlandığı yıllara göre, günümüzde ticaret sicilinin tutulmasında teknolojinin çok daha yoğun bir şekilde kullanılmasının mümkün, aynı zamanda gerekli olduğu sonucuna varılabilir.

68/151 ve 9.3.1968 tarihli AT'nin birinci yönergesinin değiştirilmesine yönelik 2003/58 sayılı ve 15.7.2003 tarihli yönergesi, bu düşüncelerin etkisiyle ortaya çıkmıştır. 2003 yılında yayınlamış olan bu yönerge¹⁴, büyük ölçüde Birlik tarafından kurulmuş olan çalışma gruplarının 1999 yılında şirketler hukuku ile ilgili tavsiyelerini içeren raporlarına dayanmaktaydı¹⁵. Yapılmış olan en önemli önerilerden biri, internet teknolojisinin şeffaflığın sağlanması amacıyla yönelik olarak kullanılmasıydı. Buradaki temel amaç ise, tüm AB ülkelerinde faaliyette bulunan şirketlerle ilgili bilgilere, herhangi bir masraf yapmadan, hızlı bir şekilde ve kolaylıkla, internet

¹² Bu yönerge genel olarak ticaret şirketleri ile ilgili olmakla birlikte ticaret siciline ilişkin hükümler de içermektedir. Bkz. TK Tasarısı, Genel Gereğe, Par. 33.

¹³ 68/151 sayılı ve 9.3.1968 tarihli AT'nin birinci yönergesi için bkz. ABIEG Nr. L 65, s. 8.

¹⁴ 2003/58 sayılı ve 15.7.2003 tarihli 68/151 ve 9.3.1968 tarihli AT'nin birinci yönergesinin değiştirilmesine yönelik bu yönerge için bkz. ABIEG, 4.9.2003 L 221, s.13 vd.

¹⁵ Çalışma gruplarının AT'nin şirketler hukuku ile ilgili birinci ve ikinci yönergesi için yaptıkları ve internetin şeffaflığın sağlanması amacıyla kullanılması gerektiğine dair raporlarına ulaşmak için bkz. http://europa.eu.int/comm/internal_market/company/docs/official/6037de.pdf.

üzerinden online ulaşmayı mümkün kılacak bir sicilin tutulmasını sağlamak idi. Böylece AB iç pazarındaki yatırımcılar ve ticari hayatın aktörleri ticari faaliyetlerini gerçek anlamda şeffaf bir ortamda gerçekleştirme olanağına kavuşmuş olacaklardı¹⁶.

İnternetin ticaret sicilinin tutulmasında ve sicildeki bilgilerin yayınlanmasında kullanılması amacıyla hükümler öngören bu yönerge, üye ülkelere şimdiye kadar bilinen klasik ticaret sicilini tamamen yasaklamamaktadır. Yönergenin 3. maddesinin 4. fıkrası, üye ülkelerin, ticaret sicilinin içeriğinin ilan edileceği ticaret sicili gazetelerini elektronik olarak çıkarabileceklerini düzenlemektedir. Yönergenin bu maddesinde kullanılan ifadelerden, ticaret sicili gazetelerinin her gün elektronik olarak yayınlanıp yayınlanmayacağı hususunun üye ülkelere bırakıldığı bunun zorunlu tutulmadığı anlaşılmaktadır¹⁷. Ancak yönerge, ticaret sicili gazetelerinde yayınlanan bilgi ve belgelerin düzenli ve günlük olarak depolandığı ve istendiğinde elektronik ortamda bu bilgilere ulaşmayı mümkün kılan bir sistemin, üye ülkeler tarafından en geç 1.1.2007 tarihine kadar kurulması gerektiğini hükme bağlamıştır. Yönergenin gerekçesinde kullanılan ifadelerden, temel ve öncelikli hedefin piyasadaki aktörlerle ilgili bilgilere kolayca ulaşmayı mümkün kılacak böyle bir sistemin üye ülkeler tarafından bir an önce kurulması olduğu görülmektedir. Gerekçede, internet teknolojisinde son yıllarda yaşanan büyük gelişmelere rağmen, kısa vadede aleniyetin sadece internet üzerinden sağlanacağına pek ihtimal verilmediği ifade edilmekte ve ticaret sicilinin tutulmasında “kağıt” kullanımının belli bir süre daha devam edeceği öngörüsü yapılmaktadır¹⁸.

¹⁶ Spindler, G.: Abschied vom Papier? Das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister, WM 2006, s. 109, 110.

¹⁷ Dauner-Lieb, B./Linke, B: Digital gleich optional?, DB 2006, s. 767; Spindler, WM 2006, s. 109, 110.

¹⁸ 68/151 sayılı yönergenin değiştirilmesine yönelik Raportör Klaus-Heiner Lehne tarafından sunulan rapor için bkz. A5-0052/2003, tarih 20.2.2003, s. 16; ayrıca Spindler, WM 2006, s. 109, 110.

III. YABANCI HUKUK SİSTEMLERİNDEKİ DURUM

2003/58 sayılı AT yönergesi yayınlandıktan sonra, Birlik üyesi ülkeler, kendi ülkelerinde bulunan işletmeler hakkında internetin kullanılması suretiyle bilgi edinmenin mümkün olduğu bir elektronik ticaret sicilinin kurulması yönünde çalışma başlattılar¹⁹. Özellikle İngiltere AT yönergesinin kabul edilmesinden önce de bu konuda bazı adımlar atmış bulunmaktaydı. Bunun dışında AB üyesi olmayan İsviçre'nin bazı kantonlarında, henüz 1991 yılında elektronik ticaret sicili uygulamasına geçildiği görülmektedir²⁰.

Şimdiye kadar yayınlanmış olan AB yönergeleri daha çok üye ülkelerde bulunan işletmelerle ilgili bilgilere ulaşmak ve şeffaflığın sağlanması için teknolojik olanaklardan yararlanılması amacına yönelik hükümler içermektedir. Üye ülkelerde ticaret sicilinin içeriği ve sicilin üçüncü kişilere etkisi gibi konularda birbirinden farklı hükümler bulunmaktadır. Bazı ülkelerde tescil yapmaya yetkili makamlar, ticaret siciline kaydedilen bilgilerin gerçeği yansıtmadığı konusunda hiçbir inceleme yapmamaktadır²¹. Bu durumun yarattığı en temel sorun, internet teknolojisinin kullanılması suretiyle şeffaflık sağlanmış gibi gözükmesine rağmen, ulaşılan bilgilere ne kadar güvenilebileceği konusunda kuşku duyulma-

¹⁹ Ticaret siciline online ulaşılması imkanı veren bazı AB üyesi ülkelerinin internet sitelerinin adresleri şu şekildedir: Fransa için www.euridile.inpi.fr; İtalya için www.infocamere.it (www.itkam.de); Hollanda için www.kvk.nl; İspanya için www.rmc.es (www.registradores.org); Belçika için www.eurodb.de; Finlandiya için www.prh.fi; Danimarka için www.eogs.dk; Yunanistan için www.acci.gr; Büyük Britanya için www.companieshouse.gov.uk; Almanya için www.handelsregister.de www.unternehmensregister.de; Avusturya için www.bmj.gv.at www.handelsregister.at; Malta için www.mfsa.com.mt; Polonya için www.ms.gov.pl; Slovakya için www.justice.gov.sk; Slovenya için www.ajpes.si; Çek Cumhuriyeti için www.justice.cz; Letland için www.lursoft.lv; Estonya için www.eer.ee.

²⁰ Örneğin St.Gallen'de 1991'den itibaren tüm ticaret sicili işlemleri sadece elektronik ortamda tutulmaktadır. Bkz. <http://ruesmann.jura.uni-sb.de/grotius/Report/schweiz/htm>.

²¹ Türk hukukunda olduğu gibi Alman hukukunda da ticaret sicilindeki bilgilerin doğru olduğu kabul edilir. Bkz. Hofmann, P.: Das Handelsregister und seine Publizitaet, JA 1980, s. 264, 271 vd..

sıdır²². AB'nin, üye ülkeler arasında uyumun sağlanması amacıyla, bu konuda da çaba sarfetmesi ve üye ülkelerde tutulan ticaret sicillerinin aynı içeriğe ve benzer etkiye sahip olmalarını sağlayacak düzenlemeler yapması uygun olur.

Aşağıda elektronik ticaret siciline geçmiş bulunan ülkelerin bazıları daha yakından incelenecektir.

1. Almanya

2003/58 sayılı yönergenin tüm üye ülkelerin 1.1.2007 tarihinden önce işletmelerle ilgili bilgilere elektronik ortamda ulaşılmasını sağlayacak bir sistem kurulması zorunluluğu getirmesi, Almanya'da uzun süreden beri varolan ticaret sicilinin tutulmasına yönelik eleştirilerin artmasına yol açtı. Doktrinde, Alman ticaret sicilinin artık devri geçmiş ilkel yöntemlerle tutulduğu ve teknolojinin kullanılması konusunda diğer Avrupa ülkelerinin gerisinde kaldığı görüşü ileri sürülmekteydi²³.

Ticaret sicilinin elektronik ortamda tutulmasını sağlayacak olan kanun tasarısı 14.12.2005 tarihinde meclise sunulmuş²⁴, 27.09.2006 tarihinde Federal Parlamento²⁵, 13.10.2006'da ise Federal Konsey'in onayından geçirilerek yasalaştırılmıştır. Elektronik Ticaret Sicili, Kooperatif Sicili ve İşletme Sicili Yasası (Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister – EHUG)²⁶ olarak adlandırılan bu yasa 15.11.2006 tarihinde resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. EHUG'un getirdiği en

²² Karş. Holzborn, T./Israel, A.: Internationale Handelsregisterpraxis, NJW 2003, s. 301, 320; Meyding, B./Bödeker, A.: Gesetzentwurf über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG-E) – Willkommen im Online-Zeitalter!, BB 2006, s. 1009.

²³ Bkz. Ries, P.: Das deutsche Handelsregister – ein Relikt aus der Steinzeit?, BB 2004, s. 2145 vd.; Gernoth, J.: Das deutsche Handelsregister – telekommunikative Steinzeit im Zeichen des europaeischen Wettbewerbs, BB 2004, s. 837 vd.; Meyding, B./Bödeker, BB 2006, s. 1009 vd.

²⁴ Almanya Federal Hükümeti'nin meclise sunduğu Tasarı için bkz. BR-Drucksache 942/05.

²⁵ BT-Drucksache 693/06.

²⁶ Bundan sonra EHUG olarak anılacaktır.

önemli yenilik, klasik ticaret siciline son vererek ticaret sicilinin elektronik ortamda tutulmasını mümkün hale getirmesidir.

Bu Yasa, 1 Ocak 2007 tarihinden itibaren elektronik ticaret sicilinin tutulması zorunluluğu getirmekte ve gelecekte sicil işlemlerinin yapılması için verilmesi gereken belgelerin sadece elektronik ortamda iletilmesini öngörmektedir²⁷. Ancak Yasa, belgelerin elektronik olarak sunulması yanında, şimdiye kadar olduğu gibi yazılı şekilde verilmesi konusunda, federal eyaletlerin en geç 2009 yılına kadar geçiş dönemi tanıyabileceklerini düzenlemektedir. 2009 tarihinden sonra ise, tüm ticaret sicili işlemleri sadece online yapılacak ve sicil içeriği internet üzerinden yayınlanacaktır.

Bu Yasa'nın kabul edilmesi ile Alman Ticaret Kanunu'nun ticaret sicilini düzenleyen hükümleri (Alman TK m. 8 vd.) büyük ölçüde değişmiş olmaktadır. Alman TK m. 8a/1, ticaret siciline tescilin geçerli olabilmesini, bilgilerin tescil işlemlerinin yapılması için belirlenen veri belleğine kaydedilmiş olması ve buraya kaydedilmiş bilgilerin okunaklı bir şekilde tutulması şartına bağlamaktadır²⁸. Böylece ticari hayatla ilgili bir bilgiye ulaşmak isteyen kimse- nin sicilin tutulduğu yere kadar gitmesi ve sicil kayıtlarını incelemesine gerek kalmaksızın elektronik ticaret sicilini incelemesi kolaylığı sağlanmış olmaktadır.

Alman TK m. 9, ticaret sicilindeki kayıtlar ve sicil işlemleri için sunulmuş olan belgeler konusunda bilgi edinmek isteyen herkesin bunları inceleyebileceğini öngörmüştür. Ticaret siciline tescil

²⁷ Özellikle ticaret ve sanayi odalarının internet sitelerinde, ticaret sicilinin tutulması için belgelerin elektronik ortamda transfer edilmesi konusundaki teknik bilgilere yer verildiği görülmektedir. Örneğin Hamburg Ticaret Odası'nın internet sayfasında belgelerin transfer edilmesi için gerekli olan bilgisayar programlarının hangileri olduğu ve bu programların işletmeler tarafından nasıl indirilebileceği konusunda detaylı bilgiler verilmektedir. Bkz. http://www.hk24.de/produktenmarken/recht_und_fair_play/allgemeine_rechtsau_skuenfte/recht_der_unternehmensgruendung/ehug.jsp.

²⁸ Alman TK m. 8a/2, eyaletlerin, elektronik ticaret sicilinin tutulması, elektronik ticaret siciline tescil usulü, sicil işlemlerinin yapılmasına yönelik başvuru belgelerinin elektronik ortamda sunulması ve bu belgelerin saklanması konusunda tüzük ve kararname çıkarabileceklerini ve bu konularda düzenleme yapabileceklerini öngörmektedir.

işlemlerinin elektronik ortamda yapılacağını öngören Alman TK m. 12'ye göre, tescil başvurusu için gerekli olan belgelerin, şimdiye kadar olduğu gibi, resmi makamlar tarafından onaylanmış olması gerekmektedir. Herkese açık olan ticaret sicili, kişilerin kendi menfaatlerini ve hukuki güvenliği ilgilendiren ticari işlemlerle ilgili olarak bilgi sahibi olunmasını sağlar. Aynı zamanda sicilde kaydedilmiş olan bilgilerin gerçeği yansıttığı kabul edilir²⁹. Ticaret siciline yapılacak tescillere dayanak oluşturan bilgi ve belgelerin gerçeği yansıtıp yansıtmadığının tespit edilebilmesi, bunların resmi makamlar tarafından kontrol edilmesi ve onaylanmış olmasını gerektirir. Bu açıdan klasik ticaret sicili ile elektronik ticaret sicilinin arasında bir fark bulunmamaktadır.

Alman TK m. 10'a göre, mahkeme³⁰ ticaret siciline yapılan tescil işlemlerini günlük olarak düzenlemekte ve bu sıraya göre elektronik ortamda ilan etmektedir. EHUG'un gerekçesinde, ticaret sicili bilgilerinin Elektronik Ticaret Sicili Gazetesi'nde yayınlanacağı ve bu amaçla www.handesregister.de adında bir internet sayfasının kurulacağını ifade etmektedir³¹.

²⁹ Steinhauer: in Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch mit UN-Kaufrecht, Herausgegeben von Dr. Dr. Jürgen Ensthaler, 7., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Luchterhand 2007, § 12, Rn. 1; Schmidt, K.: Handelsrecht, 5. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1999, s. 376.

³⁰ Alman TK m. 8'e göre ticaret sicili mahkeme tarafından tutulur. Almanya'da son yıllarda yapılan önemli tartışmalardan biri de, ticaret sicili tutma işinin mahkemelerden alınarak, sanayi ve ticaret odalarına veya başka kurumlara bırakılmasıdır. Bkz. Ulmer, P.: Handelsregisterführung durch die Industrie- und Handelskammern?, ZRP 2000, s. 47 vd.; Bock, R.: Ein Anschlag auf das Handelsregister?, ZRP 1995, s. 244 vd.; Stumpf, C.: Das Handelsregister nach der HGB-Reform, BB 1998, s. 2380; 2381; Stober, R.: Handelsregister und Kammern, ZRP 1998, s. 224 vd.; Schmahl, H.: Der DIHT und das Handelsregister, ZRP 1995, s. 54 vd.; Gustavus, E.: Handelsregister – quo vadis?, GmbHR 1998, s. 528 vd. Doktrinde, ticaret sicilinin mahkemeler tarafından tutulmasının çok masraflı olduğu, yavaş olduğu veya modasının geçtiği şeklinde eleştiriler yapılmaktadır. Bkz. Ries, BB 2004, s. 2145 vd. Ancak Alman Yasakoyucusu, doktrinde yapılmış olan tüm bu eleştirilere rağmen, ticaret sicili tutulması sisteminde önemli değişikliklere yol açan EHUG'da da bu konuda bir değişiklik yapmamayı yeğlemiştir. Almanya'da EHUG'dan sonra da, ticaret sicili mahkemeler tarafından, ancak elektronik olarak tutulacaktır.

³¹ Bkz. EHUG'un gerekçesine, m. 9/1 HGB, s. 103.

Alman TK m. 11, 2003/58 sayılı AT yönergesinin kabul edilmesinin altında yatan nedenlerden biri olan, tüm üye ülkelerden kolayca piyasadaki aktörlerle ilgili bilgilere ulaşmayı sağlayacak bir sistemin kurulması düşüncesine uygun olarak düzenlenmiştir. Buna göre, ticaret sicilinin içeriğine ve tescil için verilmiş olan belgelerin tamamına, Almanca dışındaki diğer üye ülkelerde kullanılan dillerle de ulaşmak mümkün olmalıdır. Sicilin içeriği ve belgelerdeki bilgiler konusunda tercüme ile Almanca metnin uyumadığı durumlarda, üçüncü kişiye karşı tercümenin geçerli olduğu ileri sürülemez. Ancak üçüncü kişi ticaret sicilinin içeriği ve belgelerin tercümesine dayanabilir. Bu durumda ticaret siciline tescil yapan kişi, üçüncü kişinin Almanca metni bildiğini ispat edilebilirse, ticaret sicilinin tercümesine dayanılarak hak iddiasında bulunan kişinin bu iddiası dinlenmez³².

Alman hukukunda ticaret sicilinin elektronik ortamda tutulmasının mümkün hale getiren bu yasa değişikliği doktrinde genel olarak olumlu karşılanmıştır³³. Meyding/ Bödeker'e göre, bundan sonra Alman firmaları hakkında bilgi edinmek isteyen kişilerin uzun yollar katetmesine gerek kalmamıştır. Çünkü yeni düzenleme ile, bir kimse hangi ülkede bulunursa bulunsun, Alman ticari hayatı

³² Meyding/Bödeker, BB 2006, s. 1009, 1012.

³³ Ries, BB 2004, s. 2145, 2147; Gernoth, BB 2004, s. 837; Dauner-Lieb/Linke, DB 2006, s. 767; ancak ticaret sicili işlemlerinin sadece internet üzerinden yapılmaması gerektiği ve "kağıt" kullanımının tamamen ortadan kaldırılmaması yönünde eleştiriler de yapılmıştır. Bkz. Spindler, WM 2006, s. 109. Teknik problemlerin çıkabileceği, internet medyasının henüz istenilen seviyede gelişmediği gibi gerekçelerle, elektronik ticaret siciline eleştirel açıdan bakanlar da olmuştur. Bkz. Dauner-Lieb/Linke, DB 2006, s. 767 vd. Bunun dışında özellikle yazılı basın tarafından kurulmuş olan bazı meslek örgütleri, ticari hayatla ilgili aleniyetin ancak gazetelerdeki ilanlarla sağlanabileceği düşüncesiyle yeni yasaya karşı çıkmışlardır. Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e.V.'nın 22.8.2005 tarihli raporu için bkz. <http://www.bdzv.de/positionen+M5cedbe48c7c.html>. Spindler, elektronik ticaret sicilinin avantaj ve dezavantajlarını ortaya koyan çalışmasının sonuç bölümünde, ticaret sicilinin sadece elektronik ortamda tutulması konusunda acele edilmemesi, klasik ve elektronik ticaret sicilinin birlikte tutularak her ikisinin de avantajlarından yararlanılması gerektiğini ifade etmektedir. Bkz. Spindler, WM 2006, s. 109, 115 vd.; aynı görüş için bkz. Dauner-Lieb/Linke, DB 2006, s. 767, 772.

ile ilgili hızlı ve güvenilir bilgiye ulaşması mümkün hale gelmiştir. Ayrıca bu Yasa, sadece sicili tutmakla görevli makamların değil, aynı zamanda, işletmelerin iş gücünü de önemli ölçüde azaltacaktır. Örneğin İngiltere’de bulunan bir tacir, internet üzerinden ticari ilişkiye girmek istediği Alman şirketin esas sermaye miktarını kontrol edebilecek veya kendisiyle görüşmelerde bulunan kişinin şirketin yetkili temsilcisi olarak ticaret siciline kayıtlı olup olmadığını kolaylıkla inceleyebilecektir³⁴.

2. İsviçre

İsviçre’de de ticari hayattaki aktörlerle ilgili bilgi edinmek isteyen herkesin ticaret siciline kolaylıkla ulaşabilmesi amacıyla internet teknolojilerinden yararlanılmaktadır³⁵. İsviçre’de kantonlar tarafından tutulan yerel ticaret sicilleri dışında³⁶, merkezi ticaret sicili de bulunmaktadır. Kantonlar ve merkezi olarak tutulan ticaret sicilindeki bilgilerin karşılaştırmasını mümkün kılan elektronik ticaret sicili 12.12.1997 tarihinden beri kullanılmaktadır. Bu şekilde, ticaret siciline kayıtlı bulunan işletmelerin endeksi merkezi olarak internet üzerinden tutulabilmektedir. Şirketler ile ilgili bilgilere www.zefix.ch internet adresi kullanılarak ulaşılabilir gibi, bu internet sayfası üzerinden kantonlar tarafından tutulan ticaret sicili bilgileri de incelenebilmektedir³⁷.

³⁴ Meyding/Bödeker, BB 2006, s. 1009, 1012.

³⁵ Bkz. Eckert, M.: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, Basel/Frankfurt am Main 1994, Art. 930, Rn. 5; Lindhorst, H.: Automation des Handelsregisters – ein Dauerthema?, CR 1998, s. 590, 597.

³⁶ Ticaret sicilinin elektronik ortamda tutulması konusunda İsviçre’de Ticaret Sicili Tüzüğü’nün yürürlüğe girmesinden önce kantonlar arasında farklılıklar bulunmakta idi. Bazı kantonlar, örneğin St.Gallen, henüz Avrupa ülkelerinde elektronik ticaret sicilinin neredeyse hiç tanınmadığı dönemlerde bile (1991’den beri) tüm ticaret sicili işlemlerini sadece elektronik ortamda tutmaktaydı. Bunun dışında İsviçre’de elektronik ticaret siciline önce geçen kantonlar arasında Basel, Luzern, Züriç, Schaffhaussen bulunmaktadır. Bkz. <http://ruesmann.jura.unisb.de/grotius/Report/schweiz/htm>.

³⁷ İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü’nün 14. maddesi, merkezi endekste bulunan işletmeler hakkındaki bilgi bankası “zefix”de bulunan bilgilerin internet üzerinden ücretsiz olarak incelenebileceğini hükme bağlamaktadır.

1.1.2008 tarihinde yürürlüğe giren İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü'nün 12. maddesi, kantonları, isteyen herkesin ticaret sicili bilgilerine ücretsiz olarak internet üzerinden ulaşmasını mümkün hale getirme yükümlülüğü altına sokmaktadır. Tüzüğün 14. maddesinin 1. fıkrasının son cümlesi tartışmalara yol açabilecek bir hüküm içermektedir. Bu maddeye göre, elektronik ortamda incelenen ticaret sicili bilgileri hukuki sonuç doğurmazlar³⁸. Halbuki ticaret sicili bilgilerini inceleyen ve bunların doğruluğuna inanan kişinin bu güveninin korunması gerekir. Aynı şekilde internette sicil kayıtları hakkında bilgi edinme olanağının yaratılması amacına yönelik arama motorlarının oluşturulması gerekmektedir. Tüzüğün 16. maddesi, f. 2'ye göre, ticaret siciline elektronik ortamda tescil yapılması da mümkündür. Tescilin elektronik ortamda yapılabilmesi için kantonlardaki ticaret sicili müdürlüklerinin hazırlamış olduğu bir formun kullanılması gerekir³⁹. Elektronik tescil işlemlerinde, elektronik imza kullanılmalıdır⁴⁰. Tüzüğün 35 maddesinin ikinci fıkrasına göre, ticaret sicilinin içeriği Elektronik Ticaret Sicili Gazetesi'nde yayınlanır.

3. Avusturya

1991'de ticaret ve kooperatif sicili yerine kabul edilen İşletme Sicili Yasası (Firmenbuchgesetz) herkes tarafından, ilgisini ispat etmek zorunda kalmaksızın, incelenebilen bir elektronik ticaret sicili öngörmektedir⁴¹. Bu Yasa ile kurulan işletme sicili, sicil memurları tarafından sicil defterlerine yazılmak suretiyle tutulan

³⁸ Ticaret sicili tüzüğünün reforma tabi tutulması amacıyla İsviçre Adalet Bakanlığı tarafından çok sayıda kuruma bu konudaki görüşlerini iletmeleri için yazı yazılmıştır. Bakanlığa gönderilen raporlarda, ticaret sicili sisteminin reforme edilmesi amacıyla yapılan çalışmanın en çok eleştiri alan kısmı, elektronik ticaret sicilinden elde edilen bilgilerin hukuki bir etkisinin olmadığını öngören Yönetmelik Taslağı'nın 14. maddesi olmuştur. Bu ve diğer eleştiriler için 20 Temmuz 2007 tarihinde Bern'de yayınlanan, tüm kurumlardan gelen raporların özetinin yapıldığı çalışmaya bkz. <http://www.bj.admin.ch/etc/medialib/data/wirtschaft/gesetzgebung/gmbh.Par.0035.File.tmp/ve-hrev-d.pdf>

³⁹ Bkz. İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü m. 16/3.

⁴⁰ Bkz. İsviçre Ticaret Sicili Tüzüğü m. 18/4.

⁴¹ Bkz. BGBl Nr. 10/1991; Lindhorst, CR 1998, s. 590, 596.

klasik ticaret sicili yerine, Adalet Bakanlığı nezdinde bir resmi bilgi bankası kurulmasını sağlamıştır. İşletme sicili bilgi bankası, Avusturya Ticaret Kanunu'na göre tutulması ve yayınlanması gereken bilgilerin kaydedildiği bir bilgi bankasıdır. Bir şirketin ikametgahı, yöneticileri, esas sermaye miktarı, ortakları, esas sözleşmesi, ticari mümessili ve buna benzer tüm konular hakkında bilgi edinmek, işletme sicilinin incelenmesi ve gerektiğinde bir suretinin alınması ile mümkün hale getirilmiştir⁴².

İşletme sicilindeki bilgilerin doğru olduğu kabul edilmektedir. Avusturya devleti, bu sicildeki kayıtların gerçeğe uygun tutulmasından sorumludur. Ancak işletme siciline tescil işlemi yapan kişinin yanlış bilgi vermiş olması veya sicile kaydedilmesi gereken bir hususun kaydedilmemiş olması durumunda bu kişinin sorumluluğuna gidilir⁴³.

İşletme sicili, ana sicil ve tescile kaynaklık eden belgelerin toplandığı, iki kısımdan oluşmaktadır. 2005 tarihinden sonra tescilin dayanağı olan belgelere de elektronik bilgi bankası üzerinden ulaşılması mümkün hale getirilmiştir. 1 Temmuz 2007 tarihinden⁴⁴ itibaren, sicili tutacak mahkemeye, tescil yapılması için gerekli olan belgeler sadece elektronik yollarla iletilebilir⁴⁵.

⁴² Bkz. <http://www.hfdata.at/firmenbuchdatenbank.php>.

⁴³ Bkz. <http://www.hfdata.at/firmenbuchdatenbank.php>.

⁴⁴ İşlemlerin Elektronik Olarak Yapılması Yönetmeliği'nde yapılan değişiklik için bkz. BGBl. II Nr. 130/2007. 1 Temmuz 2007'de yürürlüğe giren bu yönetmelik değişikliğine: http://ris1.bka.gv.at/authentic/findbgbl.aspx?name=entwurf&format=pdf&docid=COO_2026_100_2_346535 adresinden de ulaşmak mümkündür.

⁴⁵ Belgelerin sadece elektronik ortamda düzenlenmesini öngören Yönetmeliğin yürürlüğe girdiği Temmuz 2007 ile Haziran 2008 arasında 177.000 belge elektronik ortamda düzenlendi. Bu sayede bir yıl içerisinde 42 ton kağıt tasarrufu sağlanmış oldu. Aynı şekilde belgelerin elektronik ortamda saklanmış olması sayesinde de önemli ölçüde tasarruf yapılmış oldu. 2006 yılında işletme ve tapu sicilinden 353.884 defa belge istendi. Belgelerin elektronik ortamda saklanması ile daha önce her belge için yapılan 1 Euro'luk masraftan kurtulmuş olmaktadır. Bkz. http://www.notar.at/de/portal/dernotar/aktuellesneu/index.php?article_cid=4123.

4. İngiltere

AB üyesi ülkeler arasında, internet teknolojisinin ticaret sicilinin tutulması amacıyla kullanılması düşüncesiyle yasal düzenlemeleri en önce yapan ve bu hususta oldukça yerleşmiş bir sisteme sahip olan ülke İngiltere'dir⁴⁶. Gerçekten de AB'nin, üye ülkeler arasındaki ticaret sicili tutulması işlemlerinin yeknesaklaştırılması ve teknolojinin ticaret sicilinin tutulmasında etkili bir şekilde kullanılması amacıyla çalışma başlatmasından çok önce, İngiltere'nin bu konuda adımlar attığı görülmektedir. İngiltere'de ticari işletmelerle ilgili bilgilere ulaşılmasını mümkün kılan, herkese açık ve kamu görevlileri tarafından tutulan "Companies House" adlı bir ticaret sicili bulunmaktadır. Bu sicilin hukuki dayanağını Companies Act 1985'in 704 vd. maddeleri oluşturmaktadır⁴⁷.

Ticaret sicili ile bilgilerin elektronik ortamda tutulmasının hukuki dayanağı Companies Act 1985 ile oluşturulmuş olmasına karşın, elektronik ticaret sicilinin gerçek anlamda uygulamaya geçirilmesi 22.12.2000 tarihinde yürürlüğe giren Yönetmelikle (Elektronik Communications) sağlanmıştır. Bu tarihten itibaren şirketlerin tescil etmek zorunda oldukları tüm hususların elektronik ortamda tescil edilmesi ve bu bilgilere internet üzerinden ulaşılması mümkün hale gelmiştir. Böylece bir şirketle ilgili, örneğin şirketin kuruluş yeri ve tarihi, ikametgahı, sermaye türü ve esas sermaye miktarı, ortakların ve yöneticilerin adları, ilan edilen genel kurul kararları gibi tüm bilgilere internet üzerinden ulaşmak ve buna göre bu şirketle iş ilişkisine girip girmeme konusunda karar vermek olanağı doğmuş olmaktadır. Bunun dışında, şirket yöneticilerinin, örneğin şirketin hangi tür ve ne miktarda sermayesini ellerinde tuttukları gibi kendi durumları ile ilgili olarak yasal olarak açıklamak

⁴⁶ Bkz. Gernoth, BB 2004, s. 837, 842 vd.

⁴⁷ İngiltere, İskoçya, Kuzey İrlanda ülkeleri için farklı siciller tutuluyor olsa da, tüm Britanya'da kurulmuş olan şirketler hakkındaki bilgiler merkezi bir sistemde toplanmış bulunmaktadır. Bu merkezi sistemde toplanmış bilgilere online ulaşmak mümkündür. Bu amaçla oluşturulan internet sitesinin adresi www.companieshouse.gov.uk şeklindedir. Bu internet adresinden şirketler hakkında ücret ödeyerek bilgi edinilebilmektedir. Bunun için genelde 2,75 ile 30 Pfund arasında bir ücret ödenmesi gerekmektedir.

zorunda oldukları hususlar hakkında elektronik ortamda soru sorulabilmektedir⁴⁸.

Companies House ticari işletmelerle ilgili bilgilerin internet ortamında incelenmesi olanağı sunması yanında, irade açıklamalarının ve belgelerin de elektronik ortamda iletilmesini mümkün kılmaktadır. Her yıl artan bir yoğunlukla belgelerin online gönderildiği, www.companieshouse.gov.uk adresindeki istatistiklerden anlaşılmaktadır. 2004-2005 yılında şirketlerin kuruluş aşamasında sundukları belgelerin % 73,5'ini internet üzerinden ilettikleri görülmektedir⁴⁹.

IV. TİCARET SİCİLİNİN ELEKTRONİK ORTAMDA TUTULMASININ ETKİLERİ

1. Aleniyetin Sağlanması Açısından

Ticaret sicilinin tutulmasındaki asıl amaç, ticari işletmeler ile ilgili meydana gelen değişiklikler ve ticari hayattaki gelişmeler hakkında bilgi edinmeyi sağlamaktır⁵⁰. Bir işletme ile ticari ilişki kurmak isteyen kişi, ticaret sicilini inceleyerek bu işletme ile ilgili

⁴⁸ Meyding/Bödeker, BB 2006, s. 1009, 1010;

⁴⁹ Bu konudaki rapor için bkz. Annual Report of Companies House (A bit about Companies House) 2004/05, s. 2. Bu rapora www.companieshouse.gov.uk adresinden ulaşılabilir. Bu raporda, Companies House'de halihazırda 2 milyon şirket hakkında bilgilere ulaşılabileceği ve bu şirketlerle ilgili olarak yaklaşık 60 milyon belgenin elektronik ortamda saklandığı ifade edilmektedir.

⁵⁰ Bilge, M. E.: Ticaret Sicili, İstanbul 1999, s. 12; Samassa, S.: Die Publizitaet des Handelsregisters nach deutschem und malinesischem Recht, Berlin 2005, s. 9. vd.; Schmidt, s. 376; Kramm, B.: Handelsregisterrecht – Reformvorschlaege unter Berücksichtigung des deutschen, französischen und englischen Systems, Berlin 1998, s. 52 vd.; Keidel, H./Stöber, K.: Handbuch der Rechtspraxis, 7. Band, Registerrecht, München 1991, s. 1; Stober, R.: Handelsregister und Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft, Köln/Berlin/Bonn/München 1998, s. 31; Gustavus, E.: Handelsregister-Anmeldungen, Köln 1990, s.1; Feldhammer, M.: Grundzüge des Handelsregisterverfahrens, JA 1998, s. 873 vd.; Schneider, U.: Die Fortentwicklung des Handelsregisters zum Konzernregister, WM 1986, s. 181, 182; Hager, J.: Das Handelsregister, JA 1992, s. 57.

sağlıklı bilgilere ulaşma imkanına sahiptir⁵¹. Dolayısıyla ticaret sicilinin en önemli fonksiyonu aleniyeti sağlamasıdır⁵².

Açıklık başlığını taşıyan TK Tasarısı m. 35/2'ye göre⁵³, herkes ticaret sicilinin içeriğini ve müdürlükte saklanan tüm senet ve belgeleri inceleyebileceği gibi giderini ödeyerek bunların onaylı suretlerini de alabilir. Bir hususun sicilde kayıtlı olup olmadığına dair onaylı belge de istenebilir. Sicil kayıtlarının aleniyetinin sağlanmasının araçlarından biri de TK Tasarısı m. 35/3'de belirlenmiştir. Buna göre, tescil edilen hususlar, kanun veya tüzükte aksine bir hüküm bulunmadıkça ilân olunur. Böylece ticari hayattaki gelişmelerle ilgili olarak kişilerin, Türkiye genelinde sicil kayıtlarının ilanına özgü, Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'ni inceleyerek veya ticaret sicilinin tutulduğu müdürlüklere bizzat giderek bilgi sahibi olma olanağı yaratılmış olmaktadır.

Ticaret sicilinin içeriğinin herkes tarafından incelenebilmesi ve ticaret sicili işlemlerinin Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde ilan edilmesi ile aleniyetin sağlanacağını öngören TK m. 37'nin gerekçesinde kullanılan ifadeler, özellikle yasakoyucunun gerçek iradesi ile uygulamanın birbirinden bazı durumlarda ne kadar farklı olabileceğini göstermesi açısından oldukça ilginçtir. Mevcut TK m. 37'nin gerekçesinde, "her tacir tek bir gazeteye abone olmakla ticaret hayatını ilgilendiren mühim meselelere ait ilanları kolayca okumak ve öğrenmek imkanını bulacaktır ve bu itibarla ticaret sicilindeki kayıtların herkes hakkında muteber olduğu yolundaki hukuki esasın fiilen gerçekleşmesi de mümkün olacaktır"⁵⁴ öngörü-

⁵¹ Örneğin ticaret sicilinin incelenmesi ile, şirkette kimin veya kimlerin ortaklık adına işlem yapmaya yetkili olduğu veya ortaklardan hangisinin, şirketin borçlarından dolayı ne şekilde sorumlu olduğu anlaşılabilir. Bkz. Bilge, s. 12.

⁵² Ticaret sicilinin aleni olmasında toplumsal menfaat bulunmaktadır. Çünkü açıklık ilkesi sadece sicile dayanarak işlem yapan üçüncü şahısların hak ve menfaatlerini değil, aynı zamanda ülkenin hukuk düzeninin zedelenmemesine de katkı sağlar. Bkz. Uçar, S.: Hukukumuzda Ticaret Sicili Tacir ve Esnaf Kavramı, İstanbul 1993, s. 130.

⁵³ Tasarı'nın bu hükmü mevcut TK'nın aleniyet başlığını taşıyan 37. maddesinin tekrarıdır.

⁵⁴ Bkz. Akyazan, S.: Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 1971, s. 78.

sünde bulunmaktadır. Ancak TK'nın yürürlüğe girmesinden sonra geçen yarım asırda bu öngörünün hiçbir zaman gerçekleşmediği ve Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nde yapılan ilanları takip ederek sicil kayıtları ile ilgili bilgi edinme alışkanlığının neredeyse hiç gelişmediği ortadadır⁵⁵. Bu gazetenin günlük tirajı⁵⁶ ve sayfa sayısı⁵⁷ incelendiğinde, gazetenin daha çok ilan sahipleri tarafından alındığı⁵⁸, ilan yapanlar dışındaki üçüncü kişilerin bu gazeteyi alarak burada yapılan ilanları inceleme ve buna göre ticari hayattaki gelişmelerden haberdar olma durumlarının neredeyse hiç olmadığı anlaşılmaktadır.

Yasakoyucu, ticaret sicilinin içeriğinin herkes tarafından incelenebilmesi ve sicil kayıtlarının ilan edilmesi ile, üçüncü kişilerin bilgi edinme imkanına kavuşması amacını taşıyor olmasına karşın, bugün itibariyle, özellikle Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi'nde yapılan ilanın işlevini yitirdiğini kabul etmek gerekir. Gerçekten de bu gazetede yapılan ilanların aleniyeti sağlamak suretiyle üçüncü kişilerin korunmasına hizmet etmesinden çok, ilan sahibinin ilan yükümlülüğünü yerine getirdiğine dair bir kanıt olma işlevine kavuştuğu görülmektedir⁵⁹.

İnternet kullanımının hızla yaygınlaştığı ve uygun arama motorları ile istenilen bilgiye kısa sürede ulaşmanın mümkün hale

⁵⁵ Bkz. Battal, A.: Ticaret Sicilinin Müspet Fonksiyonunun ve Temsile İlişkin Sonuçlarının Dış Görünüş Teorisi Açısından İncelenmesi, BATİDER C. XIX, S.1, s. 83.

⁵⁶ Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nin günlük tirajının ulaştığı rakam 1000 adet civarındadır. Bkz. Ulusoy, s. 115.

⁵⁷ Nomer Ertan'a göre, günlük olarak yayınlanan bu gazetenin ortalama sayfa sayısı 1000'dir. Bkz. Nomer Ertan, s. 299; Daha eski tarihlere dayanan araştırmalarında Battal, gazetenin günlük olarak ortalama 475 sayfa olarak basıldığını ifade etmektedir. Bkz. Battal, BATİDER 1997, C. XIX, S.1, s. 83, 87 (dn. 12).

⁵⁸ Yaklaşık 1000 adet basılan gazetenin büyük çoğunluğunun o gün ilanı çıkmış olan kişilere elden veya posta ödemeli olarak satıldığı, geri kalanının ise sicil memurluklarına ve bazı resmi dairelere gönderildiği anlaşılmaktadır. Bkz. Battal, BATİDER, C. XIX, S.1, s. 83, 87 (dn. 12).

⁵⁹ Dolayısıyla Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nin üçüncü kişileri değil, ilan sahibini koruma fonksiyonunu üstlendiği görülmektedir. Bkz. Ulusoy, s. 115 vd.

geldiği gözönüne alınırsa, elektronik ticaret sicili, aleniyetin sağlanmasına çok büyük katkı yapabilir⁶⁰. Çok sınırlı sayıda basılan, incelenmesi uzun zaman gerektiren ve zahmetli olan Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi yerine internet teknolojisinin ticari hayattaki aleniyetin sağlanması amacıyla kullanılması zorunluluğu doğmuş bulunmaktadır. Dünyada olduğu gibi, Türkiye’de de internetin kullanıcı sayısı hızla artmaktadır. Özellikle internetin kullanılmadığı işletmeye rastlamak neredeyse imkansız hale gelmiştir. İnternet kullanımının en önemli avantajlarından biri de, çok uzun süreler harcayarak yüzlerce sayfayı incelemek zorunda kalınmaksızın, bir şirket hakkında bilgiye ulaşılmak istendiğinde arama motorlarının kullanılması ve yazılacak anahtar kelimeler ile birkaç dakika içinde tüm bilgileri elde etmenin mümkün olmasıdır. Ayrıca ilanın yapıldığı gazetenin aksine, sadece o gün içinde yapılmış ilanlara değil, bilgilerin arşivlenmiş olmasından dolayı, ticari hayattaki aktüel olan veya eskiden gerçekleşmiş değişikliklerle ilgili tüm bilgilere, çok hızlı bir şekilde, arşiv taraması yapılarak, elektronik ortamda ulaşabilme olanağı bulunmaktadır.

İnternet teknolojisinin önemli avantajlarından biri de, ticaret sicilini incelemek ve suret almak için, halihazırda olduğu gibi, mesai saatleri içinde ticaret sicili müdürlüğüne gitmek zorunda kalınmamasıdır. Teknolojinin sunduğu imkanlardan yararlanarak, günün her saatinde⁶¹ ticaret sicili kayıtlarına internet üzerinden ulaşmak

⁶⁰ Spindler, WM 2006, s. 109, 112; Ulusoy, s. 116; buna karşılık internetin henüz istenilen seviyede yaygın olmadığı ve internette ulaşılan bilgilerin inandırıcılığının düşük olduğu gerekçesiyle elektronik ticaret sicilinin aleniyete katkı yapacağı konusunda kuşkulu olduğunu ifade eden yazarlar da bulunmaktadır. Bkz. Dauner-Lieb/Linke, DB 2006, s. 767, 768 vd.; Spindler, WM 2006, s. 109, 113.

⁶¹ Elektronik ortamda tutulan ticaret sicili belgelerine ulaşılmasını günün belirli saatleriyle sınırlandırılması da mümkündür. Örneğin Almanya’nın Bavyera eyaletinde kullanıcıların elektronik ticaret sicilinden yararlanarak belgelere ulaşmaları saat 4:00 ile 24:00 arası mümkündür. Bkz. <https://handelsregister.justizregister.bayern.de>.

ve uygun bir ücret ödeyerek⁶² belgelerin onaylı suretini almayı olanaklı kılabacak bir sistem kurulabilir⁶³.

Ticaret sicilinin elektronik ortamda tutulmaya başlanması aynı zamanda son yıllarda önemle üzerinde durulan doğrudan yabancı sermayenin Türkiye'ye getirilmesi ve yabancı şirketlerin Türk şirketleri ile ortaklık kurarak yatırımlar yapmasına da olumlu katkılar sağlayacaktır. Öncelikle bu durum, Türkiye'nin de teknolojik gelişmelere ayak uyduran bir ülke olduğu imajını güçlendirecektir⁶⁴. Bunun dışında Türk şirketleri ile ilgili bilgilere çok az zahmete katlanarak ulaşma imkanının sağlanması, yabancı sermayenin sıkça şikayet ettiği bürokratik engellerin belli ölçüde azalmış olduğu izleniminin doğmasına da yol açar. Nihayetinde Almanya'da veya Polonya'da iş yapmak isteyen bir Türk şirketi, o ülkelerde ticari hayatta meydana gelen gelişmeler ile ilgili bilgilere interneti kullanarak çok hızlı ve kolay bir şekilde ulaşabilirken, bu ülkeler-

⁶² Yabancı hukuk sistemlerinde belgelerin onaylı fotokopisinin alınmasının genelde bir ücret karşılığı yapıldığı görülmektedir. Elektronik ticaret sicilinin uygulamasının yapıldığı ülkelerde, ticaret sicili kayıtlarına ulaşmak için kullanılan internet adresinde hangi hizmet için ne kadar ödeneceği genelde oldukça ayrıntılı bir şekilde düzenlenmektedir. Örneğin İngiltere için ticaret sicili bilgilerine elektronik ortamda ulaşmayı sağlayan www.companieshouse.gov.uk adresinden hangi belge için ne kadar ücret alınacağı yazılmaktadır. Buna göre, bir ticari işletme ile ilgili belgeyi indirmek için ortalama 4 Sterlin ücret ödenmelidir. Ancak ayda 7,5 Sterlin ödeyerek siteye abone olanlardan bir işletme ile ilgili ilk belge için 2 Sterlin, bundan sonraki belgeler için ise 1 Sterlin ödemesi yeterli olacaktır. Sicildeki kayıtlarla ilgili bir belgenin fax yoluyla kendisine gönderilmesini isteyen kişinin ödemesi gereken miktar 12 Sterlindir. Ayrıca internet sayfasında, saat 16:00'dan önce belgenin faxlanması istenmesi halinde 1 saat içinde bu isteğin yerine getirileceği, belgenin saat 15:00'den önce posta yoluyla gönderilmesinin istenmesi halinde ise belgenin aynı gün postaya verileceği gibi ayrıntılı düzenlemeler bulunmaktadır. Bkz. Gernoth, BB 2004, s. 837, 842, (Dn. 61).

⁶³ Ticaret sicilindeki kayıtlara ve belgelere ulaşabilmek için sisteme önceden kaydolanması zorunluluğu getirilebilir. Bkz. Ulusoy, s. 96 vd.; karşı. Meyding/Bödeker, BB 2006, s. 1009, 1010.

⁶⁴ Uluslar arası arenada bir ülkenin "teknoloji toplumu" imajına kavuşmasının çok önemli avantajları bulunmaktadır. Karş. Holzer, J.: Das Registerverfahrenbeschleunigungsgesetz, NJW 1994, s. 481.

deki tacirlerin Türk şirketleri hakkında bilgi edinmede teknolojik imkanlara sahip olmamaları savunulacak bir durum değildir.

2. Sicil İşlemlerinin Kolaylaştırılması Açısından

Teknoloji alanındaki gelişmeler, ticaret sicilinin içeriğine elektronik ortamda ulaşılmasından başka, başta tescil olmak üzere diğer sicil işlemlerinin de⁶⁵ online yapılmasını zorunlu kılmaktadır. TK Tasarısı, tescil isteminin ilgililer, temsilcileri veya hukuki hâlefleri tarafından yetkili sicil müdürlüğüne dilekçe ile yapılacağını öngörmektedir⁶⁶.

Ticaret siciline yapılacak tescil, tadil ve terkin işlemleri için verilecek dilekçenin yazılı olması gerektiği genel olarak kabul edilmektedir⁶⁷. Ancak teknolojik gelişmeler, herhangi bir konudaki irade beyanını yansıtan dilekçelerin, yazılı olmaksızın, güvenli bir şekilde elektronik ortamda aktarılmasını mümkün kılmaktadır. Elektronik imza ile bir çok işlemin yapılabileceğini Tasarı'nın da dikkate aldığı görülmektedir. Örneğin Tasarı'nın 18. maddesi, f. 4, tacirler arasında, diğer tarafı temerrüde düşürmeye, sözleşmeyi feshe veya sözleşmeden dönmeye ilişkin ihbarlar veya ihtarlar noter aracılığıyla, taahhütlü mektupla, telgrafla veya güvenli elektronik imzayı içeren bir yazı ile yapılır, ifadesini kullanmaktadır. Dolayısıyla elektronik ticaret siciline yapılacak tescil, tadil ve terkin işlemlerinin de güvenli elektronik imza ile onaylanmış online dilekçe ile yapılması mümkün olmalıdır⁶⁸.

AB ülkelerinde olduğu gibi, ticaret sicili işlemlerinin internet üzerinden online yapılması, başvuru sürelerinin kısaltılmasına, işlemlerin hızlı ve pratik bir şekilde gerçekleştirilmesine çok önemli

⁶⁵ Sicil işlemleri tescil dışında tadil ve terkinden ibarettir. Bkz. Arkan, S.: Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2004, s. 234.

⁶⁶ Bkz. TK Tasarısı m. 28/1 ve 29/1.

⁶⁷ Bilge, s. 101; Ulusoy, s. 94.

⁶⁸ Ulusoy, s. 94; dijital imzanın tüm avantajlarına rağmen, yüzde yüz işlem garantisi sağlamayacağı ve hacker'lar tarafından bir yolunun bulunup güvenli, kırılması zor şifrelerin dahi taklit edileceği ve sistemlerin çökertilebileceği düşüncesini savunanlar da olmaktadır. Bkz. Berber, L. K.: İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza, Ankara 2002, s. 213 vd.

bir katkı sağlayacaktır. Uzun süre ticaret sicili müdürlüklerinde beklemek zorunda kalınmaksızın işlemlerin internet üzerinden yapılması, tescil işlemlerini yapan işletmeler açısından avantajlı olduğu kadar, ticaret sicili müdürlüklerindeki iş yoğunluğunu da azaltacaktır⁶⁹.

Bugün itibariyle internet teknolojisi ticaret sicili işlemlerinin yapılması için gerekli olan tüm belgelerin sicil müdürlüklerine online ulaştırılmasını mümkün kılmaktadır. Ancak suistimallerin önlenmesi için güvenli bir sistemin kurulması şarttır. Örneğin ticaret sicili müdürlükleri tarafından veya sanayi bakanlığı tarafından bu amaçla geliştirilmiş olan internet programlarının işletmeler tarafından belli bir ücret ödenerek indirilmesi ve bu programların sadece o işletme tarafından kullanılması sağlanarak sistemin sorunsuz işlemesi mümkün kılınabilir⁷⁰. Sicil işlemleri için güvenli belge iletilmesini sağlayacak bilgisayar programlarının geliştirilmesinde AB üyesi ülkelerin tecrübelerinden de yararlanılabilir⁷¹. Bunun dışında ticaret sicili müdürlüğüne gönderilecek belgelerin önceden müdürlükte kayıtlı belli IP adresli bilgisayarlardan yapılması zorunlu tutulabilir⁷².

3. Üçüncü Kişinin İyiniyetine Etkisi Açısından

Ticaret sicilinin elektronik ortamda tutulmasının önemli sonuçlarından biri de, üçüncü kişilerin tescil edilip de ilanı zorunlu iken ilan olunmamış bir hususu bilmediklerine dair bir iddiada bulunma imkanlarının ellerinden alınmış olmasıdır. Ticaret siciline tescilin olumsuz etkisini düzenleyen TK Tasarısı m. 36/4'e göre,

⁶⁹ Ticaret sicili işlemlerinin elektronik ortamda yapılmasının personel harcamalarında azalmaya yol açacağı gibi, kağıt tasarrufunun yapılmasına da büyük katkı sağlayacağı ortadadır. Milyonlarca belgenin online gönderilmesi tonlarca kağıdın kullanılması zorunluluğunu ortadan kaldıracak ve bunun da ekonomiye olumlu yansımaları olacaktır.

⁷⁰ Karş. Dauner-Lieb/Linke, DB 2006, s. 767.

⁷¹ Bkz. http://www.hk24.de/produktenmarken/recht_und_fair_play/allgemeine_rechtsauskuenfte/recht_der_unternehmensgruendung/ehug.jsp. Bu bilgisayar programlarının herkes tarafından kullanılabilmesinin sağlanması için kolay anlaşılır şekilde tasarlanması gerekir. Karş. Spindler, WM 2006, s. 109, 114.

⁷² Ulusoy, s. 94; karş. Dauner-Lieb/Linke, DB 2006, s. 767; Berber, s. 214.

tescili zorunlu olduğu hâlde tescil edilmemiş veya tescil edilip de ilânı zorunlu iken ilân olunmamış bir husus, ancak bunu bildikleri veya bilmeleri gerektiği ispat edildiği takdirde, üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir⁷³.

Elektronik ticaret sicilinin tutulması halinde, üçüncü kişilerin tescil edilmesine rağmen ilan edilmeyen bir hususu bilmediklerini ve bilebilecek durumda olmadıklarını ileri sürmeleri neredeyse olanaksız hale gelecektir. Çünkü internet ortamında kolaylıkla ulaşılabilecek ticaret sicili içeriğinin bilinebilmesi için mutlaka bunun ayrıca ilan edilmiş olması gerekli değildir⁷⁴. Çok az sayıda basılan ve aranan bilgiye ulaşmanın zahmetli olduğu Türkiye Ticaret Sicili Gazetesi yerine elektronik ortamda saklanan bir bilgiye ulaşmanın çok daha kolay olduğu gözönüne alındığında, tescil edilen her hususun aynı zamanda ilan da edilmiş gibi bir muameleye tabi tutulmasının doğal olduğunu kabul etmek gerekir. Dolayısıyla Yasa'da geçen tescil edilip de ilânı zorunlu iken ilan edilmemiş bir hususun üçüncü kişilere karşı, ancak bunu "bildikleri veya bilmeleri gerektiği" ispat edildiği takdirde ileri sürülebilmesi durumu, elektronik ticaret sicilinin tutulması halinde gerçekleşmiş olur. Elektronik ortamda tutulan ticaret sicilinin içeriğinin en azından "bilinmesi gerektiği"⁷⁵ kabul edilmelidir.

4. Sicil Kayıtlarının Etki Alanı ve Hukuki Etkinin Başlangıç Zamanı Açısından

TK Tasarısı m. 36/1, ilan edilmiş olan ticaret sicili kayıtlarının nerede bulunurlarsa bulunsunlar üçüncü kişiler hakkında hüküm ifade edeceğini düzenlemektedir. Ancak ilan edilmeyen ticaret sicili kayıtlarının Türkiye çapında mı yoksa sadece bulunduğu sicil

⁷³ Tasarı'nın 36. maddesinin 4. fıkrası mevcut TK'nın 39. maddesinin 2. fıkrasından alınmıştır.

⁷⁴ Ulusoy, s. 102.

⁷⁵ Mevcut TK m. 39/2, üçüncü kişilerin ilan edilmemiş bir hususu bildiklerinin ispat edilmesi şartıyla bu hususun kendilerine karşı ileri sürülebileceğini düzenlemiş olmasına karşılık, TK Tasarısı m. 36/4 bu hususu bildiklerinin ispat edilmesi dışında, bilmeleri gerektiğinin ispat edilmesi halinde de üçüncü kişilerin korunmayacağını hükme bağlamıştır.

çevresinde mi hüküm ifade edeceği konusunda doktrinde tartışmalar yapılmaktadır⁷⁶. Mevcut TK'nın yürürlüğe girdiği dönemlerdeki ulaşım ve iletişim imkanları dikkate alındığında, Türkiye gibi yüzölçümü oldukça büyük olan bir ülkenin bir ucunda tescil edilip ilan edilmemiş olan bir hususun, ülkenin diğer ucundaki kişiler tarafından bilinmesini beklemek hakkaniyete aykırı olarak görüldüğünden, doğal olarak, bu tür tartışmalar yapılmaktaydı⁷⁷. Ancak "uzakları yakın eden" internet teknolojisi sayesinde dünyanın diğer ucundaki bir bilgiye dahi anında ulaşmak mümkün hale gelmiştir⁷⁸. Dolayısıyla ticaret sicilinin elektronik ortamda tutulması halinde, sicil kayıtlarının etki alanının tüm Türkiye olacağı konusunda hiçbir kuşkuya yer kalmayacağından bu tür tartışmalar sona erecektir.

Teknolojik imkanlardan yoksun bir şekilde ticaret sicilinin tutulmasında karşılaşılan önemli sorunlardan biri de, ilan edilen hususların hukuki etkisinin ne zaman başlayacağıdır. Yasa, açıkça kaydın gazete ile ilan edildiği; ilanın tamamı aynı nüshada yayınlanmamış ise, son kısmının yayınlandığı günü takip eden iş gününden itibaren hüküm ifade eder demektir⁷⁹. Ancak doktrinde bazı yazarlar, Türkiye'nin coğrafi büyüklüğü ve şartlarını dikkate alarak, Türkiye Ticaret Sicil Gazetesi'nin, hava muhalefeti, yol durumu gibi nedenlerden dolayı ülkenin her yerine varmaması veya varmasının gecikmesi durumunda sicil kayıtlarının hukuki etkisinin

⁷⁶ Doktrinde ileri sürülen görüşlerden birine göre, ilan edilmemiş olan sicil kayıtları sadece sicil kaydının yapıldığı sicil dairesinde geçerlidir. Bkz. Arslanlı, H.: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960, s. 176. Diğer görüşe göre ise, yasanın ilan edilen ve edilmeyen sicil kayıtlarının etki alanı açısından bir ayırım yapmadığını ve bu yüzden sicile kaydedilen hususların etki sahasının tüm Türkiye olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Bilge, s. 219 vd.; Poroy, R./Yasaman, H.: Ticari İşletme Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2007, s. 190.

⁷⁷ Bkz. Bilge, s. 219 vd.

⁷⁸ Uluşoy, s. 104.

⁷⁹ Bkz. TK m. 38/1; TK Tasarısı m. 36/1.

ilanın yapıldığı tarihte başlatılmasının sakıncalı olduğu yönünde görüş belirtmişlerdir⁸⁰.

Elektronik ticaret sicilinin tutulması ile bu tür tartışmalar da sona erecektir. Ticaret sicilindeki bilgilere online ulaşmayı sağlayan bir sistemin kurulması sayesinde, sicil bilgilerinin anında ülkenin en ücra köşesinde yaşayan insanlar tarafından dahi öğrenilmesi olanaklı hale gelmiş olacaktır.

V. TK TASARISININ DEĞERLENDİRİLMESİ

TK Tasarısı'ndaki bir çok hüküm incelendiğinde, Tasarı'nın hazırlanması aşamasında teknolojik gelişmelerin dikkate alındığı görülmektedir. Özellikle internetin günlük hayata sıradışı bir hızla girip her alanda kullanılabilir hale gelmesi hukuku da büyük ölçüde etkilemiştir⁸¹. Günümüzün ileri teknolojik imkanlarından yararlanmak için getirilen hükümlerden biri de TK Tasarısı m. 24/2'dir. Bu maddeye göre, ticaret siciline tescil ve ilân edilmesi gerekli içeriklerin düzenli olarak depolandığı ve elektronik ortamda sunulabilen sicil bilgi bankası, Türkiye Odalar ve Borsalar Birliği nezdinde kurulur. Ticaret sicilinin tutulmasında teknolojik imkanlardan yararlanmanın olanaklı hale getirilmesi ile çağın ve bilgi toplumu olmanın gereklerinden biri gerçekleştirilmiş olur. Ancak internet teknolojisindeki gelişmelerin çok hızlı olduğunu kabul etmek gerekir. Bundan beş altı yıl önce kabul edilen düzenlemeler o günün şartlarında çağdaş kabul edilse bile, günümüzün teknolojik gelişmesine tam olarak uygun düşmeyebilir. Dolayısıyla bu açıdan bakıldığında, TK Tasarısı'nın getirdiği bu yeni hükmün amaca uygun olup olmadığının irdelenmesi gerekir.

⁸⁰ Bilge, s. 176; İmregün böyle durumlarda "hiç olmazsa on günlük bir süre tanınsa daha iyi olurdu" ifadesini kullanmaktadır. Bkz. İmregün, O.: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 1989, s. 78 (dn. 13).

⁸¹ Bkz. TK Tasarısı, Genel Gereğe, Par. 4.

TK Tasarısı hazırlanırken dikkate alınan temel hususlardan biri de, AB yönergelerine uygun düzenlemelerin yapılmasıdır⁸². Türkiye, AB ile tam üyelik müzakerelerine başlamış bir ülke olarak, ulusal mevzuatını Birlik hukuku ile uyumlaştırma yükümlülüğü altına girmiş bulunmaktadır. Tasarı'nın genel gerekçesinde de ifade edildiği gibi, "AB'nin, üye ülkelerin ulusal hukuklarında çeşitli dallarda gerçekleştirdiği uyumlaştırma ile ortaya çıkan ortak hukuka ve dolayısıyla geleceğin hukukunun biçimlendirilmesine ilişkin çalışmalara ve reformlara uzak kalmış 6762 sayılı Kanunun, adaylık ve müzakere sürecinde, AET/AT'nin yönergeleri ile tüzüklerine göre değiştirilmesi kaçınılmaz bir gereklilik haline gelmiştir"⁸³

TK Tasarısı m. 24/2 incelendiğinde dikkat edilecek önemli hususlardan biri, 2003/58 sayılı AB yönergelerinin dikkate alınmamış olmasından kaynaklanan sorunlardır. Buna karşılık Tasarı, 2003/58 sayılı ve 15.7.2003 tarihli yönergenin kaynağı durumunda olan 68/151 sayılı ve 9/3/1968 tarihli "kamuyu aydınlatma yönergesi" diye anılan ve genel olarak şeffaflığı koruyan hükümler getiren birinci şirketler hukuku yönergelerini dikkate alarak bazı düzenlemeler yapmıştır. TK Tasarısı m. 24/2'deki düzenlemenin temel dayanak noktası da 68/151 sayılı yönerge⁸⁴. 2003/58 sayılı yönerge kabul edilmeden önce, AB üyesi ülkelerde ticaret sicilinin

⁸² 10-11/12/1999 tarihlerinde yapılan Helsinki Zirvesi'nde tam üye adayı konumunu alan Türkiye ile AB, 2001 yılında, Türkiye'nin katılma sürecine hazırlanmasına hizmet edecek olan katılma ortaklığı anlaşmasını imzalamışlardır. Bunun sonucu olarak AB müktesebatının Türk hukukuna aktarılması zorunluluğu doğmuştur. Bu amaçla Bakanlar Kurulu tarafından kabul edilen, 2001/2129 sayılı "Avrupa Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı" ile "Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar" 24/03/2001 tarihli ve 24352 mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayımlanmıştır. Bunların yerini 24/07/2003 tarihli ve 25178 mükerrer sayılı Resmî Gazetede yayımlanan, 23/06/2003 tarihli ve 2003/5930 sayılı "Avrupa Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Ulusal Program" ve "Avrupa Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programının Uygulanması, Koordinasyonu ve İzlenmesine Dair Karar" almıştır.

⁸³ Bkz. TK Tasarısı, Genel Gerekçe, Par. 3.

⁸⁴ Bkz. TK Tasarısı, Genel Gerekçe, Par. 33.

içeriği ile ilgili şeffaflığın artırılması amacıyla sicil kayıtlarının elektronik ortamda tutulması gerektiğini savunanların temel dayanaklarından biri de, AT'nin 68/151 sayılı yönergesi idi⁸⁵.

2003/58 sayılı ve 15.7.2003 tarihli AT'nin birinci yönergesinin değiştirilmesine yönelik bu yönerge, internet teknolojisinin şeffaflığın sağlanması amacıyla kullanılması zorunluluğu getirmektedir. Yönergenin temel amaçlarından biri, üye ülkelerin ticaret sicillerinde kayıtlı bulunan şirketlerle ilgili tüm bilgilere internet üzerinden, herhangi bir masraf yapmadan ve hızlı bir şekilde, kolaylıkla ulaşmayı mümkün kılacak bir sistemin kurulmasını sağlamaktır. Bu şekilde AB iç pazarında faaliyette bulunan ticari hayatın aktörleri ve yatırımcılar açısından şeffaflığın sağlanması amaçlanmaktaydı⁸⁶. 2003/58 sayılı AT yönergesinin elektronik ticaret sicilinin üye ülkeler tarafından en geç 1.1.2007 tarihine kadar kurulması zorunluluğu getirmesi ile birlikte tüm AB ülkelerinin kısa süre içinde mevzuatlarını AB hukuku ile uyumlu hale getirdikleri görülmüştür⁸⁷.

TK Tasarısı'nın gerekçesinde, Türkiye çapında sicil kayıtlarına elektronik ortamda ulaşabilmenin sağlanması amacıyla, söz konusu kayıtların düzenli bir tarzda depolandığı bir bilgi bankasının kurulmasının öngörüldüğü ifade edilmiştir. Bilgilere elektronik ortamda ulaşılabilmesi ile sadece bilgi toplumunun gereklerinden biri yerine getirilmiş olmayacak, aynı zamanda geniş aleniyetle gerçek anlamda şeffaflık gerçekleştirilerek kayıtlardaki yolsuzlukların, aykırılıkların ve düzensizliklerin de önüne geçilebilecektir⁸⁸.

Tasarı'nın gerekçesinde, bilgi bankasındaki kayıtların üçüncü kişilere karşı ileri sürülmek gibi hukuki bir güce ve etkiye sahip olmadıkları belirtilmektedir. Buna göre bilgi bankasına giriş serbest olacağı için, herkes kayıtları denetleyebilecek ve bu kayıtların yolsuz olduğuna veya kayıt bulunması gerekirken kayda yer verilme-

⁸⁵ Bkz. Holzborn/Israel, NJW 2003, s. 301 vd.; Lindhorst, CR 1998, s. 590, 595 vd..

⁸⁶ Bkz. Yukarıda II 2.

⁸⁷ Bkz. Yukarıda III.

⁸⁸ Bkz. TK Tasarısı, Gerekçe, m. 24/2.

miş olduğuna inananlar, esas sicil kayıtlarında gerekli düzeltmeleri yapmak amacıyla hukuki yollara başvurmak için harekete geçebileceklerdir⁸⁹. Tasarı'nın gerekçesi, özellikle bilgi bankasının hukuki bir güce ve etkiye sahip olmamasını önemli bir eksiklik olarak görmesinden olacak ki, sistemin yerleşmesi ve işleyiş kurallarının tam olarak ortaya çıkması halinde bir kanun değişikliğiyle bilgi bankasına hukuki işlevler tanınabileceğinden söz etmektedir⁹⁰.

VI. SONUÇ

Tasarı'nın teknolojik gelişmelere uyum sağlamak için getirdiği bu yeniliği olumlu karşılamakla birlikte yeterli olmadığını düşünüyordum. Özellikle AB hukukundaki gelişmeler de dikkate alındığında, TOBB nezdinde kurulacak bir bilgi bankası yerine ticaret sicili kayıtlarının elektronik ortamda tutulmasını mümkün kılacak sisteme hemen geçilmesi gerekmektedir⁹¹. Bu açıdan Tasarı'nın gerekçesinde belirtildiği gibi sistemin yerleşmesi ve işleyiş kurallarının tam olarak ortaya çıkmasını beklemek ve ondan sonra yeni yasal düzenleme yaparak bilgi bankasına hukuki işlevler yüklemek veya elektronik ticaret siciline geçmek gereksizdir. Dünyadaki ve Türkiye'nin tam üye olmak istediği AB'deki uygulamaları yıllarca geriden takip etmek yerine, teknolojik alandaki gelişmelere hızlı bir şekilde uyum sağlanması için gayret gösterilmelidir. Ticaret sicilinin tutulmasında internet teknolojisinin kullanılması ile ilgili son yıllarda Almanya ve diğer bazı yabancı hukuk sistemlerinde yapılan yasal düzenlemeler de göstermektedir ki, çağı ve çağın gereklerini yakalamak isteyen ülkeler, ticaret sicilinin tutulmasında interneti yoğun bir şekilde kullanmaya başlamışlardır.

Sonuç olarak, Türk hukuku açısından da, ticaret sicilinin içeriği ile ilgili bilgilere ulaşmayı sağlayacak, hukuki gücü ve etkisi

⁸⁹ Bkz. TK Tasarısı, Gerekçe, m. 24/2.

⁹⁰ Bkz. TK Tasarısı, Gerekçe, m. 24/2.

⁹¹ Aynı görüş için bkz. Kayar, İ.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Ticaret Sicili, Ticari Defterler ve Cari Hesap Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2005, C. II, S. 1, s. 353, 357; Ulusoy, s. 108.

olmayan bir bilgi bankası yerine, ticaret sicili kayıtlarına dünyanın her yerinden internet üzerinden her zaman ulaşmayı mümkün kılacak bir sistemin kurulması gerekir. Kurulacak olan bu sistem, sadece ticaret siciline kayıtlı bilgilere ulaşmayı sağlamakla kalmamalı, aynı zamanda ticaret sicili işlemlerinin online olarak yapılmasını da mümkün hale getirmelidir.

KAYNAKÇA

Akyazan, S.: Türk Ticaret Kanunu ve İlgili Mevzuat, Ankara 1971.

Arkan, S.: Ticari İşletme Hukuku, 7. Baskı, Ankara 2004.

Arslanlı, H.: Kara Ticareti Hukuku Dersleri, Umumi Hükümler, 3. Bası, İstanbul 1960.

Battal, A.: Ticaret Sicilinin Müspet Fonksiyonunun ve Temsile İlişkin Sonuçlarının Dış Görünüş Teorisi Açısından İncelenmesi, BATİDER C. XIX, S.1, s. 83 vd.

Berber, L. K.: İnternet Üzerinden Yapılan İşlemlerde Elektronik Para ve Dijital İmza, Ankara 2002.

Bilge, M. E.: Ticaret Sicili, İstanbul 1999.

Bock, R.: Ein Anschlag auf das Handelsregister?, ZRP 1995, s. 244 vd.

Dauner-Lieb, B./Linke, B.: Digital gleich optional?, DB 2006, s. 767 vd.

Eckert, M.: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht II, Art. 530-1186 OR, Basel/Frankfurt am Main 1994.

Feldhammer, M.: Grundzüge des Handelsregisterverfahrens, JA 1998, s. 873 vd.

Gernoth, J.: Das deutsche Handelsregister – telekommunikative Steinzeit im Zeichen des europaischen Wettbewerbs, BB 2004, s. 837 vd.

Gustavus, E.: Handelsregister-Anmeldungen, Köln 1990.

Gustavus, E.: Handelsregister – quo vadis?, GmbHR 1998, s. 528 vd.

Hager, J.: Das Handelsregister, JA 1992, s. 57 vd.

Hofmann, P.: Das Handelsregister und seine Publizitaet, JA 1980, s. 264 vd.

Holzborn, T./Israel, A.: Internationale Handelsregisterpraxis, NJW 2003, s. 301 vd.

Holzer, J.: Das registerverfahrenbeschleunigungsgesetz, NJW 1994, s. 481 vd.

İmregün, O.: Ticaret Hukukunun Genel İlkeleri, İstanbul 1989.

Kayar, İ.: Türk Ticaret Kanunu Tasarısının Ticaret Sicili, Ticari Defterler ve Cari Hesap Hükümlerinin Değerlendirilmesi, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl: 2005, C. II, S. 1, s. 353 vd.

Keidel, H./Stöber, K.: Handbuch der Rechtspraxis, 7. Band, Registerrecht, München 1991.

Kramm, B.: Handelsregisterrecht – Reformvorschlaege unter Berücksichtigung des deutschen, französischen und englischen Systems, Berlin 1998.

Lindhorst, H.: Automation des Handelsregisters – ein Dauerthema?, CR 1998, s. 590 vd.

Meyding, B./Bödeker, A.: Gesetzentwurf über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG-E) – Willkomen im Online-Zeitalter!, BB 2006, s. 1009 vd.

Nomer Ertan, F. (Ülgen-Teoman-Helvacı-Kendigelen-Kaya): Ticari İşletme Hukuku, İstanbul 2006.

Poroy, R./Yasaman, H.: Ticari İşletme Hukuku, 12. Bası, İstanbul 2007.

Ries, P.: Das deutsche Handelsregister – ein Relikt aus der Steinzeit?, BB 2004, s. 2145 vd.

Samassa, S.: Die Publizitaet des Handelsregisters nach deutschem und malinesischem Recht, Berlin 2005.

Schmahl, H.: Der DIHT und das Handelsregister, ZRP 1995, s. 54 vd.

Schmidt, K.: Handelsrecht, 5. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München 1999.

Schneider, U.: Die Fortentwicklung des Handelsregisters zum Konzernregister, WM 1986, s. 181 vd.

Spindler, G.: Abschied vom Papier? Das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister, WM 2006, s. 109 vd.

Steinhauer: in Gemeinschaftskommentar zum Handelsgesetzbuch mit UN-Kaufrecht, Herausgegeben von Dr. Dr. Jürgen Ensthaler, 7., neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Luchterhand 2007.

Stober, R.: Handelsregister und Selbstverwaltungskörperschaften der Wirtschaft, Köln/Berlin/Bonn/München 1998.

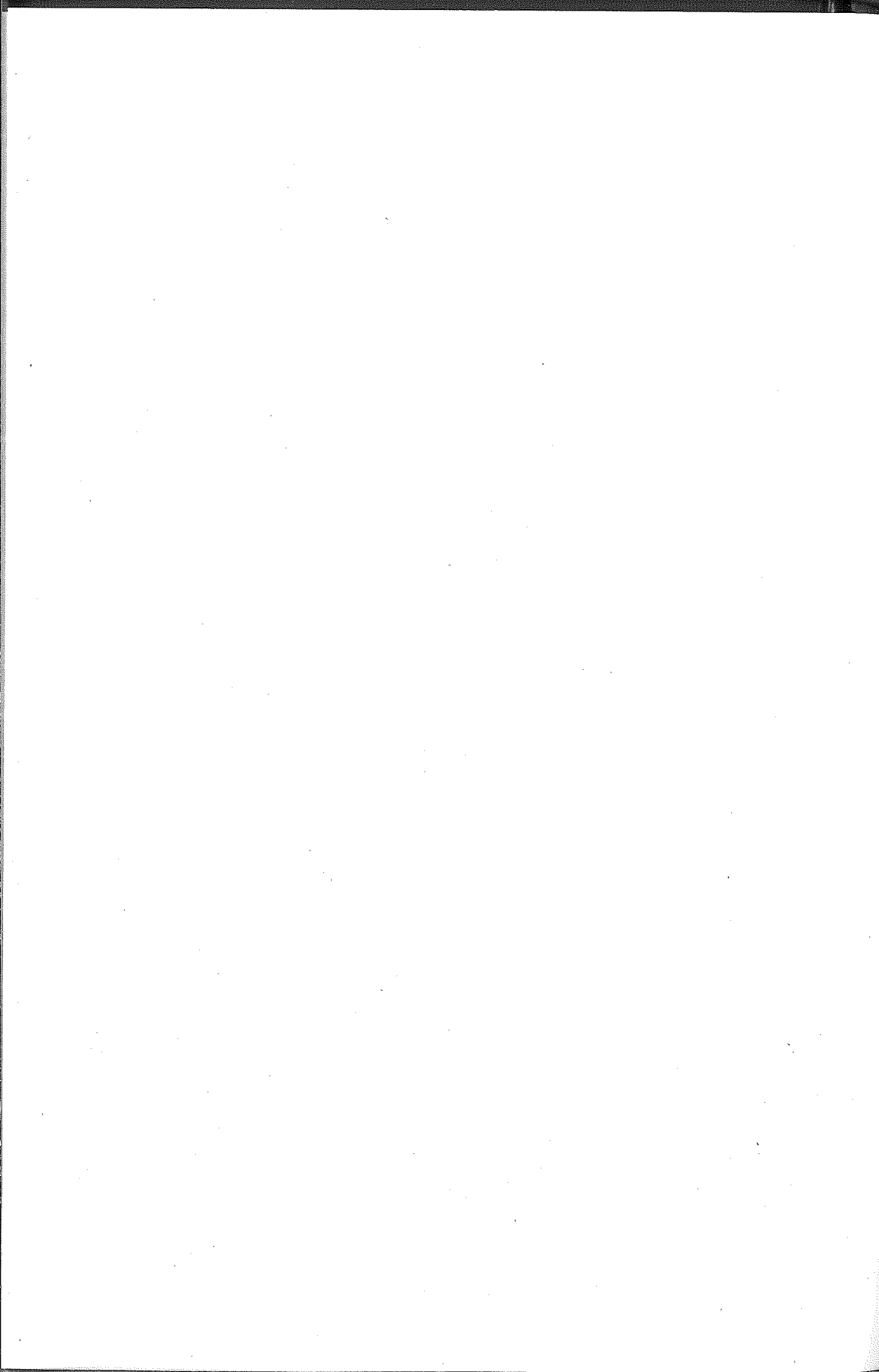
Stober, R.: Handelsregister und Kammern, ZRP 1998, s. 224 vd.

Stumpf, C.: Das Handelsregister nach der HGB-Reform, BB 1998, s. 2380 vd.

Uçar, S.: Hukukumuzda Ticaret Sicili Tacir ve Esnaf Kavramı, İstanbul 1993.

Ulmer, P.: Handelsregisterführung durch die Industrie- und Handelskammern?, ZRP 2000, s. 47 vd.

Ulusoy, E.: Ticaret Siciline Tescilin Olumsuz Etkisine Veda Elektronik Ticaret Sicili – Ticaret Sicili Bilgi Bankası – İnternet Sayfası, Prof. Dr. Hüseyin Ülgen'e Armağan, I Cilt, İstanbul 2007, s: 89 vd.



ALIM SATIMA ARACILIK ÇERÇEVE SÖZLEŞMELERİNDE YER ALAN GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DENETLENMESİ

Yard. Doç. Dr. Sema AYDIN*

I. GİRİŞ

Borsada hisse senedi alım satım işlemlerine aracılık etme hak ve yetkisi münhasıran aracı kurumlara tanınmıştır. Borsada işlem yapmak isteyen yatırımcıların, bu işlemleri yapmaya başlamadan önce aracı kurumlar ile bir çerçeve sözleşme yapmak zorunda olduğu Seri:V, No:46 sayılı Tebliğ'in 13. maddesinde açıkça ifade edilmiştir¹. Buna göre; "Aracı kurumlar, müşterileriyle alım satıma aracılık, portföy yöneticiliği, yatırım danışmanlığı, repo-ters repo, türev araçların alım satımına aracılık, kredili menkul kıymet, açığa satış ve menkul kıymetlerin ödünç işlemi yapmaya başlamadan önce, yazılı bir sözleşme yapmak zorundadırlar. Bu sözleşmede yer verilmesi gereken asgari hususlar Kurul'ca belirlenir. Bu sözleşme, aracı kuruluşla müşterisi arasındaki ilişkiyi genel olarak düzenleyen, başlangıçta bir kez akdedilen ve münferit işlemlerin esasını oluşturan bir çerçeve anlaşmasıdır". Müteselsil sıra numaralı ve en az 2 nüsha olarak düzenlenen bu sözleşme, taraflarca imzalandıktan sonra yatırımcıya aracı kurum nezdinde bir hesap açılır ve bir örneği de müşteriye verilir.

* Yıldız Teknik Üniversitesi İİBF İşletme Bölümü Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Uygulamada yatırımcı ile borsa üyesi arasında yapılan bu çerçeve sözleşmelere, cari hesap sözleşmesi, alım-satım cari hesap sözleşmesi, sermaye piyasası araçları alım-satımına ilişkin aracılık sözleşmesi gibi isimler verilmektedir.

Taraflar arasında yapılan bu çerçeve sözleşmelerde standart hale getirilmiş tek tip kayıtlara, yani genel işlem şartlarına yer verildiği görülmektedir. İkinci el piyasasında işlem yapmak isteyen yatırımcılar da daha önce aracı kurum tarafından hazırlanan genel nitelikteki bu sözleşme şartlarını kabul etmek durumunda kalmaktadırlar. Piyasanın işleyiş ve kurallarına hakim olan aracı kurumlar, kendileri ile hukuki ilişki içine girmek isteyen tüm yatırımcılara dönük önceden hazırladıkları bu tek tip kayıtları, müşteri emirlerini kabul etmeden önce yapılan çerçeve sözleşmelere koymaktadırlar. Standart hale getirilen bu sözleşmelerde; aracı kurumları her türlü sorumluluktan kurtaran, sözleşmenin akdi, ifası ve sonuçlanması rizikosunu yatırımcıya yükleyen, aracı kurumlara sözleşmeyi istedikleri şekilde sona erdirme hakkı sağlayan, ispat yükünü yatırımcı aleyhine çeviren, sözleşmede yatırımcı aleyhine yapılacak her türlü değişikliği baştan kabul ettiren ve buna benzer bir çok kesin ve mutlak hükümler kullanılmaktadır. Sözleşmenin kurulması sırasında sözleşmenin içeriği hakkında hiçbir görüşme ve pazarlık hakkı olmamasına rağmen yatırımcılar, sadece bu piyasada işlem yapabilmek için çerçeve sözleşmede yer alan bu tür kayıtları kabul etmek durumu ile karşı karşıya kalmaktadırlar. Sadece sermaye piyasası hukuku alanında değil günümüzde yapılan birçok sözleşmede kullanılan genel işlem şartları, bu konuda yasal mevzuatın oluşturulmadığı ülkelerde özellikle sözleşmeyi müzakere etme şansı bile olmadan kabul etmek zorunda kalan tarafın korunması için üzerinde durulması gereken önemli bir hukuk meselesi haline gelmiştir².

II. GENEL İŞLEM ŞARTLARINA İLİŞKİN YASAL DÜZENLEMELER

Türk Hukuku'nda genel işlem şartlarına ilişkin kapsamlı bir düzenleme henüz mevcut olmayıp, sadece sınırlı kapsamda olmak

² Özellikle bankacılık alanında sıkça kullanılan, banka standart sözleşmeleri ve banka genel işlem şartları ile ilgili ayrıntılı bilgi için bkz. KAPLAN İ., Banka Sözleşmeleri Hukuku, Cilt 1, Ankara, 1996, s. 75 vd.

üzere genel işlem şartlarından korunmaya ilişkin birkaç hüküm bulunmaktadır³.

1. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanun'da Yer Alan Düzenleme

Türk hukukunda genel işlem şartları hakkında uzun yıllar mevcut olan düzenleme boşluğu; Tüketicinin Korunması Hakkında Kanuna (TKHK) eklenen 6. madde⁴ ve bu maddeye dayanılarak çıkarılan "Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik⁵" ile bir ölçüde kapanmıştır. İlgili yönetmelik büyük ölçüde 5 Nisan 1993 tarihinde kabul edilmiş olan "Tüketici Sözleşmelerinde Yer Alan Kötüye Kullanılabilir Kayıtlara İlişkin Kon-

³ TTK'da genel işlem şartlarını dolaylı olarak ilgilendiren bazı hükümler bulunmaktadır. TTK. m. 776'ya göre; taşıma akdinde kanunun taşıyıcıya ve özellikle faaliyetleri devletin iznine bağlı taşıma işletmelerine yüklediği mesuliyetlerin önceden hafifletilmesi veya kaldırılması neticesini doğuran bütün kayıt ve şartlar hükümsüzdür. Bu kayıt ve şartların işletme nizamnamelerine, umumi şartnamelere, tarifelere veya bunlara benzer diğer vesikalara konulmuş olması halinde de hüküm aynıdır. TTK. m. 1266/II'deki başka bir düzenlemeye göre ise; ilgili bakanlıkça tasdik edilmiş olmayan ve zahmetsizce okunamayacak olan şartlar kullanan sigortacı, genel şartlarda sigorta ettiren aleyhine yer alan hükümlerin yerine kanun hükümlerinin uygulanmasına katlanmak zorundadır.

⁴ İlgili maddeye göre; "satıcı veya sağlayıcının tüketiciyle müzakere etmeden tek taraflı olarak sözleşmeye koyduğu, tarafların sözleşmeden doğan hak ve yükümlülüklerinde iyi niyet kuralına aykırı düşecek biçimde tüketici aleyhine dengesizliğe neden olan sözleşme koşulları haksız şarttır. Taraflardan birini tüketicinin oluşturduğu her türlü sözleşmede yer alan haksız şartlar tüketici için bağlayıcı değildir. Eğer bir sözleşme şartı önceden hazırlanmışsa ve özellikle standart sözleşmede yer alması nedeniyle tüketici içeriğine etki edememişse, o sözleşme şartının tüketiciyle müzakere edilmediği kabul edilir. Sözleşmenin bütün olarak değerlendirilmesinden, standart sözleşme olduğu sonucuna varılırsa, bu sözleşmedeki bir şartın belirli unsurlarının veya münferit bir hükmünün müzakere edilmiş olması, sözleşmenin kalan kısmına bu maddenin uygulanmasını engellemez. Bir satıcı veya sağlayıcı, bir standart şartın münferiden tartışıldığı ileri sürüyorsa bunu ispat yükü ona aittir." Maddemin devamında ayrıca kanunen yazılı olarak düzenlenmesi öngörülen tüketici sözleşmelerinin en az on iki punto ve koyu siyah harfle düzenlenmesi gerektiği belirtilmektedir.

⁵ 13.06.2003 Tarih ve 25137 Sayılı Resmi Gazete.

sey Yönergesi'nin tercümesi niteliğindedir⁶. Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunda yapılan bu düzenleme ile tüketicilere karşı kullanılan genel işlem şartlarının denetlenmesi imkanı getirilirken, konu sadece genel işlem şartları ile sınırlandırılmamış ve Avrupa Birliği Yönergesi doğrultusunda, tüketici sözleşmelerinde kullanılan genel işlem şartları niteliği taşımayan ancak pazarlık konusu yapılmamış olan bütün haksız sözleşme koşulları da denetime tabi tutulmuştur⁷. Ancak TKHK'nun 6. maddesi uygulama alanı itibariyle sadece tüketicilere karşı kullanılan genel işlem şartları konusunda düzenleme getirirken tüketici olmayanlara yönelik genel işlem şartlarının denetimi kapsam dışı bırakılmış olduğundan (TKHK. m. 2 ve 3) genel işlem şartları sorunu şu anda kısmi ölçüde çözülmüştür. Genel işlem şartlarına ilişkin olarak Borçlar Kanunu Tasarı'sında⁸ tüketici-tüketici olmayan ayrımı yapılmaksızın içinde

⁶BROWNSWORD R/HOWELLS G, The Implementation of the EC Directive on Unfair Contract terms in Consumer Contracts, Some Unresolved Questions, JOBL, s. 243-263; YAVUZ L., Avrupa Birliği ve Türkiye'de Tüketici Sözleşmelerinde Adil Olmayan Sözleşme Şartları, TBBD, 1995/2, s. 260-270; BUDAK A. C., Mukayeseli Hukukta Tüketicinin Gayriadil Sözleşme Hükümlerine Karşı Korunması, Yasa HD, C.XIV, s. 765-777.

⁷ATAMER Y, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof.Dr.Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, 2004, s. 291; Yazar aynı eserinde genel işlem şartları olarak nitelendirilmenin ayırıcı unsurlarını; bir sözleşmenin şartlarını oluşturma, sözleşmenin kurulmasından önce düzenlenmiş olma, birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılmak üzere düzenlenmiş olma ve sözleşmeye aynen dahil edilme amacıyla karşı tarafa sunulmak olduğunu buna karşılık pazarlık konusu edilmemiş sözleşme şartlarında, birden fazla sözleşme ilişkisinde kullanılma unsurunun düştüğünü belirtmektedir (ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, s. 296, dpn.17).

⁸ Tasarı'nın 20 vd. maddelerinde genel işlem koşulları düzenlenmiştir. 20. maddeye göre "Genel işlem koşulları, bir sözleşme yapılırken düzenleyen, ileride çok sayıdaki benzer sözleşmede kullanmak amacıyla, önceden, tek başına hazırlayarak karşı tarafa sunduğu sözleşme hükümleridir. Bu koşulların sözleşme metninde veya ekinde yer alması, kapsamı, yazı türü ve şekli önem taşımaz. Aynı amaçla düzenlenen sözleşmelerin metnlerinin özdeş olmaması, bu sözleşmelerin içerdiği hükümlerin, genel işlem koşulu sayılmasını engellemez. Genel işlem koşulları içeren sözleşmeye veya ayrı bir sözleşmeye konulan bu koşulların her birinin tartışılarak kabul edildiğine ilişkin kayıtlar, onları genel işlem koşulu olmaktan çıkarmaz. Genel işlem koşullarıyla ilgili hükümler, sundukları hizmetleri kanun veya yetkili makamlar tarafından verilen izinle yürütmekte olan kişi ve kuruluşların hazırladıkları sözleşmelere de niteliklerine

genel işlem şartları taşıyan tüm sözleşmelerin denetlenmesi imkanı getirilmekteyse de bu düzenlemenin henüz yasalaşmamış olması karşısında tüketici olmayanlar ve özellikle tacirler arasında kullanılan genel işlem şartlarının denetimine ilişkin olarak bir düzenleme boşluğu olduğunu söyleyebiliriz⁹.

Konumuz kapsamında burada hemen akla, yatırımcıların tüketici olarak kabulünün mümkün olup olmadığı sorusu gelmektedir. TKHK'da merkez kavram tüketici olarak belirlenmekte ve tüketicinin taraflardan birini oluşturduğu işlemler Tüketici Hukukunun konusunu oluşturmaktadır. TKHK, tüketici kavramını; bir mal veya hizmet, ticari veya mesleki olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya bu mal ve hizmetten yararlanan gerçek ya da tüzel kişi

bakılmaksızın uygulanır." Genel işlem koşullarının kapsamı 21 ve 22. maddelerde düzenlenmiştir. Yazılmamış sayılma başlıklı 21. maddeye göre "Karşı tarafın menfaatine aykırı genel işlem koşullarının sözleşmenin kapsamına girmesi, sözleşmenin yapılması sırasında düzenleyenin karşı tarafa, bu koşulların varlığı hakkında açıkça bilgi verip, bunların içeriğini öğrenme olanağı sağlamasına ve karşı tarafın da bu koşulları kabul etmesine bağlıdır. Aksi takdirde, genel işlem koşulları yazılmamış sayılır. Sözleşmenin niteliğine ve işin özelliğine yabancı olan genel işlem koşulları da yazılmamış sayılır." Yazılmamış sayılmanın sözleşmeye etkisi 22. maddede düzenlenmiştir. Buna göre "Sözleşmenin yazılmamış sayılan genel işlem koşulları dışındaki hükümleri geçerliliğini korur. Bu durumda düzenleyen, yazılmamış sayılan koşullar olmasaydı diğer hükümlerle sözleşmeyi yapmayacak olduğunu ileri süremez." Genel işlem şartlarının yorumlanması 23. maddede düzenlenmiştir. Buna göre "Genel işlem koşullarında yer alan bir hüküm, açık ve anlaşılır değilse veya birden çok anlama geliyorsa, düzenleyenin aleyhine ve karşı tarafın lehine yorumlanır." Değiştirme yasağı başlıklı 24. maddeye göre ise "Genel işlem koşullarının bulunduğu bir sözleşmede veya ayrı bir sözleşmede yer alan ve düzenleyene tek yanlı olarak karşı taraf aleyhine genel işlem koşulları içeren sözleşmenin bir hükmünü değiştirme ya da yeni düzenleme yetkisi içeren kayıtlara yer verilemez." İçerik denetimi 25. maddede düzenlenmiştir. Buna göre "Genel işlem koşullarına, karşı tarafa dürüstlük kurallarına aykırı olarak zarar verici veya karşı tarafın durumunu ağırlaştırıcı nitelikte hükümler konamaz."

⁹ ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, s. 292'de Borçlar Kanunu taslağı hükümlerinin sadece genel işlem şartları sorununa özgülendiğini, TKHK'dan farklı olarak pazarlık konusu yapılmayan bütün haksız sözleşme şartlarının denetimine ilişkin bir perspektifin benimsenmediğini belirtmektedir.

olarak belirlemiştir¹⁰. Bu hükmün karşıt anlamından çıkan sonuca göre ticari veya mesleki bir amaçla bir mal veya hizmet edinen, kullanan veya bu mal ve hizmetten yararlanan kişiler tüketici sayılmayacak ve TKHK hükümlerinden yararlanamayacaklardır. Sermaye piyasası mevzuatına göre yatırımcılar gerçek veya tüzel kişiler olabilir. Bilindiği gibi ticaret şirketlerinin tüm işlemleri ticaridir (TTK. m. 18 ve 21/1) dolayısıyla aracı kurum ile çerçeve sözleşme imzalayan yatırımcının ticaret şirketi olması halinde TKHK hükümlerden yararlanması mümkün olmaz. Çünkü tüketici tanımında bir mal veya hizmeti ticari amaçla edinen kimsenin tüketici olamayacağı açıkça belirtilmiştir. Yatırımcının gerçek kişi olması halinde ise yine aynı sonuca varmak mümkündür. Borsada yapılan işlemlerin fiyat farklılıklarından yararlanılarak kısa, orta ve uzun vadede finansal bir kar sağlama amacıyla yapıldığı açık olduğundan, gerçek kişi yatırımcıların da ticari amaçlarla hareket etmeleri neticesinde TKHK ve buna bağlı mevzuat hükümlerine tabi olmaları mümkün olmayacaktır.

2. Seri V, No: 46 Sayılı Tebliğ'de Yer Alan Düzenleme

Aracı kurumlar ile işlem yapmak isteyen yatırımcılar, sözleşmelerinde kabul etmek durumunda kaldıkları genel işlem şartlarının olumsuz etkilerine maruz kalmışlardır. Zira aracı kurumlar, yatırımcılara karşı gerek ekonomik gerek bilgi üstünlüklerini kullanarak tek yanlı olarak hazırladıkları ve kendi menfaatlerini gözeterek hükümler koyarak yatırımcıların mağduriyetlerine yol açmış ve bunun üzerine Sermaye Piyasası Kurulu'na gelen çok sayıda şikayet üzerine bir düzenleme yapılarak borsa üyeleri ile yatırımcılar arasında imzalanan çerçeve sözleşmelere bir sınırlama getirilmiştir¹¹. Seri:V, No: 46 Sayılı Tebliğ'in 13. maddesinin 4. fıkrasına

¹⁰ ZEVKLİLER A., Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara, 2004, 3. Baskı, s. 77.

¹¹ Bu sınırlama, Seri: V, No:19 sayılı Tebliğ'in 47. maddesinin 3. fıkrasında değişiklik yapan ve geçici madde 3 hükmünü ekleyen "Aracılık Faaliyetleri ve Aracı Kuruluşlara İlişkin Esaslar Tebliğ'inde Değişiklik Yapılmasına Dair Seri: V, No:38 Sayılı Tebliğ ile 08.10.1998 Tarih ve 23847 Sayılı Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiş ancak Seri:V, No:46 Sayılı Tebliğ ile bu tebliğ

göre; “çerçeve sözleşmelerde sermaye piyasası mevzuatına aykırı hükümler ile müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyen ve aracı kuruluşlar lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayan hükümlerle ve emirlerin ispatının müşteriye yüklenmesine ilişkin hükümlere yer verilemez. Sözleşmelerde hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır. Bu fıkra hükmü aracı kuruluşlarla müşterileri arasında düzenlenecek halka arza aracılık ile sermaye piyasası mevzuatı uyarınca müşterilerle imzalanacak tüm çerçeve sözleşmelere uygulanır”. Doktrinde söz konusu Tebliğ hükmünün, Türk hukukunda genel işlem şartlarına ilişkin düzenleme getirerek hakime müdahale olanağı tanıyan ilk hüküm olma özelliği taşıdığı ifade edilmektedir¹².

Tebliğde yer alan ilgili hüküm incelendiğinde; “Çerçeve sözleşmelerde sermaye piyasası mevzuatına aykırı hükümlerin yer alamayacağı”na ilişkin hükmün gereksiz bir tekrardan ibaret olduğu söylenilebilir. Zira sermaye piyasası mevzuatı genel olarak emredici hükümlerden oluşmaktadır ve zaten hukukun genel prensipleri uyarınca; sözleşmede yer alan bir kayıt, emredici kurallara, ahlaka, kişilik haklarına ve kamu düzenine aykırı ise geçersizdir. Yani böyle bir düzenleme söz konusu tebliğin ilgili maddesinde yer almasaydı bile Borçlar Kanunu’nun 19. maddesi bizi aynı sonuca ulaştırırdı¹³.

Tebliğ düzenlenmesinde genel işlem şartlarına karşı koruma bakımından iki ölçüt getirilmiştir. Bunlar “müşterinin haklarını ciddi şekilde zedelemiş olmak” ve “aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlamak”tır. İlgili tebliğ ile çerçeve sözleşmelerde bu tür kayıtların kullanılmasının yasaklanmış olması tebliğin en önemli kısmıdır. Burada üzerinde durulması gereken ilk nokta,

yürürlükten kaldırılmıştır. Sermaye Piyasası Kurulu, yaptığı ilk düzenleme ile getirdiği geçici 3. maddede; aracı kuruluşlar ile portföy yönetim şirketlerine müşterileri ile yaptıkları çerçeve sözleşmelerini düzeltmeleri için 3 aylık bir süre tanımıştır. Bu süre 08.01.1999 tarihinde sona ermiştir.

¹²ATAMER Y, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, 1999, s. 199.

¹³İNCEOĞLU M.M, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2004, s. 71.

söz konusu tebliğ hükmüne aykırılık oluşturması için her iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekip gerekmediğidir. Aslında tebliğ hükmü her iki yoruma da açıktır¹⁴. Doktrinde, aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar tanınmış olmasının, sözleşmede taraflar arasındaki hak ve borç dengesinin önemli surette bozulmuş olması anlamına geleceği belirtilmiştir¹⁵. Dolayısıyla aracı kuruluş lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayan hükümler, müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedeleyen hükümler anlamına gelecektir¹⁶. Ancak doktrinde istisnai durumlarda bu sonuca varmanın güç olacağı belirtilmektedir. Bu istisnai durumlara örnek olarak; çerçeve sözleşmede aracı kuruluşun sözleşmeye aykırı davranması halinde sorumlu tutulamayacağına ilişkin bir hüküm olmasına rağmen aracı kuruluş müşterisi lehine sigorta yaparak müşterisinin haklarını zedelenmesini önlemek yoluna giderse, aracı kuruluş lehine olağanüstü bir hak sağlansa da alınan bu önlemle müşterinin haklarının ciddi şekilde zedelenmesinin önlenmediği kabul edilmektedir¹⁷. Dolayısıyla çok istisnai durumlarda aracı kuruluş lehine olağanüstü haklar sağlayan durumların müşterilerin haklarını zedelediğini söyleyebiliriz. Ancak olağanüstü hak niteliğini taşıyan her durum kural olarak taraflar arasında karşılıklı hak ve borç dengesinin önemli surette bozulmasına ve müşterilerin haklarının zedelenmesine yol açacaktır.

Tebliğ düzenlemesi ile yatırımcılar haklarının zedelenmediği her durumda değil ancak ciddi şekilde zedelenmediği durumlara karşı korunmaya çalışılmıştır. Çünkü her sözleşmede doğal olarak taraflardan birinin menfaati, diğerinin menfaatini bir ölçüde sınırlandıracaktır. Ancak burada önemli olan taraflar arasındaki sözleşme dengesinin korunmasıdır. Eğer sözleşme dengesi taraflardan birine olağanüstü haklar tanımak suretiyle açık bir biçimde bozulmuş ise bu durum söz konusu tarafın haklarının ciddi şekilde zedelenmesi du-

¹⁴ İNCEOĞLU, s. 71.

¹⁵ ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, 1999, s. 199.

¹⁶ KIRCA, Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 2000, s.92.

¹⁷ ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 199.

rumunu da beraberinde getirecektir. Dolayısıyla tebliğ hükmünün uygulanabilmesi için her iki şartın birlikte gerçekleşmesi gerekecektir¹⁸.

Tebliğ maddesinde emirlerin ispatının müşteriye yüklenmesi de ayrıca yasaklanmıştır. Aslında emirlerin ispatlanmasını müşteriye yüklemek de müşterinin haklarını ciddi şekilde zedeleyen ya da borsa üyesine olağanüstü hak sağlayan bir durum olmasına rağmen borsa işlemlerinin temelini oluşturan emirlerle ilgili böyle bir düzenleme yapılması yatırımcıları korumak açısından isabetli olmuştur.

Tebliğın ilgili maddesinde sadece yasaklanan hükümlere sözleşmede yer verilemeyeceği belirtilmekle yetinilmiş ancak maddeye aykırılığın yaptırımının ne olacağı hususuna değinilmemiştir. Doktrinde kimi yazarlar¹⁹, tebliğ hükmünü emredici hüküm olarak yorumlayarak, tebliğe aykırı yapılan sözleşmelerin batıl olacağını belirtmişlerdir. Bu görüşte olan yazarlar; tebliğ hükmünün emredici bir hüküm olarak kabul edilebileceğini, Borçlar Kanununun 20. maddesinin uygulanabilmesi için mutlaka emredici kuralların bir yasada yer alması zorunluluğunun bulunmadığını, tüzük, yönetmelik ve tebliğlerde yer alan emredici hükümlere aykırılıkların da aksi öngörülmediği sürece butlan yaptırımını gerektireceğini belirtmektedirler²⁰. Ancak BK. m. 19/2’de öngörülen “kanunun kat’i surette emreylediği hukuki kaidelere veya kanuna muhalefet” ifadesini tebliğ hükmünü kapsayacak kadar genişletmek mümkün değildir²¹.

Burada kısaca SPK’nın çıkardığı tebliğlerin hukuki niteliğine ve normlar hiyerarşisindeki yerine değinmekte gerekmektedir.

¹⁸ Aynı doğrultuda görüş için bkz. KIRCA, s. 92; İNCEOĞLU, s.72.

¹⁹ ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 199; İNCEOĞLU, s.71; KIRCA, s. 92.

²⁰ ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 146; HATEMİ H., Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1976, s. 56; İNCEOĞLU, s. 71; KIRCA, s. 92.

²¹ Aynı görüşte PENEZOĞLU Y.G., Hukuki Yönleriyle Vadeli İşlem Sözleşmeleri, İstanbul, 2004, s.113; ÖZBAY, s.26.

SerPK. m. 1 gereğince; sermaye piyasasının güven, açıklık ve kararlılık içinde çalışmasını, tasarruf sahiplerinin hak ve yararlarının korunmasını düzenlemek ve denetlemek amacıyla kurulmuş bulunan Sermaye Piyasası Kurulunun, sermaye piyasası ile ilgili düzenleme ve denetleme işlemleri yapma yetkisi bulunmaktadır. SPK, sermaye piyasasına ilişkin düzenlemeleri tebliğlerle ve az da olsa sirküler adı altında işlemlerle yapmaktadır. SPK, bu tebliğleri, Sermaye Piyasası Kanunu ile verilen düzenleme görevini yerine getirmek amacı ile SerPK'nın 22. maddesinin²² verdiği yetkiye dayanarak çıkardığı için söz konusu tebliğler, İdare Hukuku yönünden düzenleyici işlemler grubuna girmektedir.

Düzenleyici işlemler, idarenin yürüttüğü faaliyetlerin esaslarını belirlediği, kural koyan ve normlar hiyerarşisinde kendisinden önceki işlemlere aykırı olmayan genel ve nesnel idari işlemlerdir. İdari işlemler, genel düzenleyici işlem ve birel işlemler olmak üzere ikiye ayrılırlar. Genel düzenleyici (kural) işlem olarak adlandırılanlar, genel, soyut, kişisel olmayan ve uygulanmakla tükenmeyen idari işlemlerdir. Başlıca genel düzenleyici işlemler, kanun hükmünde kararname, tüzük ve yönetmeliktir. İdarenin düzenleyici işlemleri, anayasada sayılan bu işlemlerle sınırlı değildir. Ortak bir isimleri olmadığı için "adsız düzenleyici işlemler" veya "yönetmelik benzeri" olarak adlandırılmaktadır. Bu işlemlere örnek olarak karar, kararname, tebliğ, sirküler, statü, genel karar, tamim, genelge vb. gösterilebilir. Ancak isimleri farklı da olsa herkes için geçerli, soyut kurallar koyan bu işlemler nitelik olarak düzenleyici işlemlerdir. Bu tür düzenleyici işlemler, tüzük veya yönetmelik usulleri izlenerek yapılıyor ise bunların etkisine ve hukuki rejimine tabi olacaktır. İdarenin bunları nitelendirirken kullandığı ad önemli de-

²² SerPK.m. 22 (Ek fıkra: 15/12/1999 tarih ve 4487 sayılı Kanun md. 10 ile) Kurul yetkilerini, düzenleyici işlemler tesis ederek ve özel nitelikli kararlar alarak kullanır. Düzenleyici işlem niteliğindeki yönetmelik ve tebliğler, Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe konulur. Özel nitelikli kararlardan kamuoyunu ilgilendirenler, Kurulun haftalık bülteni ile ilgili kişi ve kuruluşlara duyurulur.

ğildir²³. SPK tebliğleri de sermaye piyasası kanunu ile verilen düzenleme görevini yerine getirmek amacı ile çıkarılmaktadır ve bunların Resmi Gazetede yayımlanmaları zorunludur (SerPK. m. 22). Doktrinde, Sermaye Piyasası Kurulu tebliğlerinin hukuki niteliği itibariyle yönetmeliklerle eşdeğerde düzenleyici işlemler olduğu belirtilmektedir²⁴. Bu görüş doğrultusunda, normlar hiyerarşisi açısından tebliğ hükümlerinin kanuna aykırı olmamaları gerekmektedir.

Sermaye Piyasası Kanunu'nun Seri:V, No:46 sayılı Tebliğ'inde yer alan düzenleme yatırımcıları genel işlem şartlarından korumak bakımından getirilmiş olumlu bir düzenlemedir. Zira bu sayede borsa üyeleri bu tür hükümleri sözleşmelerinden çıkarmak durumu ile karşı karşıya kalacaklar aksi halde SerPK gereğince cezai bir yaptırıma uğrayacaklardır²⁵. Söz konusu tebliğ hükmüne rağmen sözleşmelerde bu tür kayıtların varlığını sürdürmesi mümkün olabilir. Sözleşmelerde yer alan kayıtların genel işlem şartı niteliği taşıdığı ve bu konuda bir uyumsuzluk çıktığı durumlarda, bu kayıtların yorumlanması, tamamlanması, ya da geçersiz sayılması hakimın görevine girecektir. Esasen, konuya ilişkin tebliğ ile herhangi bir düzenleme yapılmamış bile olsa, somut bir uyumsuzluk halinde sözleşmede yer alan hükümleri içerik denetimine tutmak hakimın görev alanına girecektir. Bu bakımdan tebliğ hükmünün maddi hukuk açısından çok fazla bir yenilik getirdiğini söylemek

²³ YASİN M., Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002, s. 193

²⁴ YASİN, s. 193; BAHTİYAR M., Sermaye Piyasası Kurulu Tebliğlerine İlişkin Bazı Notlar, Ankara Barosu Dergisi, Ocak 1996, S.1, s. 41.

²⁵ Sermaye Piyasası Kanunu m.47A'da; Bu kanuna dayanılarak yapılan düzenlemelere, belirlenen standart ve formlara ve Kurulca alınan genel ve özel nitelikteki kararlara aykırı hareket ettiği tespit edilen gerçek ve tüzel kişiler hakkında gerekçesi belirtilmek suretiyle Kurul tarafından 2 milyar liradan 10 milyar liraya kadar para cezası verileceği düzenlenmiştir. gerçek ve tüzel kişiler hakkında gerekçesi belirtilmek suretiyle Kurul tarafından 2 milyar liradan 10 milyar liraya kadar para cezası verileceği düzenlenmiştir.

güç olacaktır²⁶. Bunun için genel işlem şartlarının denetlenmesinde kullanılan yöntemlerin, incelenmesi önem arz etmektedir.

III. GENEL İŞLEM ŞARTLARININ DENETLENMESİNDE KULLANILAN YÖNTEMLER

Hukuk sistemleri incelendiğinde; genel işlem şartlarının denetiminde üç değişik yöntem kullanıldığı görülmektedir²⁷.

1. İdari Ön Denetim Yöntemi

Bu yönetime göre, genel işlem şartları hazırlandıktan sonra ama sözleşmeye henüz konmadan önce idari bir makamın inceleme ve onayından geçmektedir. Bu yöntem, ülkemizde sigorta alanında uygulanmaktadır. Sigorta Murakabe Kanunu'nun 28. maddesinin 1. fıkrasında, sigorta genel şartları ve tarifeleri ile bunlara ait talimatların Sanayi ve Ticaret Bakanlığı'nın onayına tabi olduğu belirtilmektedir. Burada idari bir makamın, daha önce taraflarca hazırlanan genel işlem şartları üzerinde yaptığı idari bir denetim söz konusudur ve bu onay olmaksızın söz konusu sözleşmeye genel işlem şartlarının konması mümkün değildir.

2. Örnek Genel İşlem Şartları Yöntemi

Genel işlem şartlarının kollektif bir biçimde hazırlanmasını öngören ve "örnek genel işlem şartları yöntemi olarak adlandırılan ikinci yöntemde ise; genel işlem şartlarının tek bir kurum veya sözleşme tarafınca değil, o iş alanında iştigal eden tüm kişilerin bir araya gelmesi ve hatta mümkünse karşı tarafı oluşturması muhtemel kişi ve temsilcilerinin de bu görüşmelere katılması yoluyla hazırlanmasını öngören bir yöntemdir²⁸. Genel işlem şartlarını ka-

²⁶ KIRCA, s. 92'de, tebliğ hükmünün içerik denetimi yaparken hakime yol gösterici bir işlev taşıdığını belirtmektedir.

²⁷ Türkiye-AT Mevzuat Uyumu Sürekli Özel İhtisas Komisyonu Raporları, Tüketicinin Korunması, 1995, s. 180.

²⁸ ÖZBAY Ç, Aracı Kurumlar Tarafından Hazırlanan Standart Sözleşmeler Karşısında Yatırımcıların Korunması, SPK Yeterlilik Etüdü, Ankara, 1999, s. 21; Bu yöntem özellikle sigorta, taşımacılık, mühendislik ve mimarlık hizmetlerinde

leme alacak tarafın tek yanlılığını sınırlandırmak açısından faydalı olabilecek olan bu yöntemin ülkemizde uygulaması bulunmamaktadır.

3. Mahkeme Denetimi Yöntemi

Genel işlem şartlarının yargı yoluyla denetimini öngören “Mahkeme Denetimi” ise; genel işlem şartları sözleşmede yer aldıktan sonra ya yargı kontrolü yapılarak ya da uyuşmazlık halinde mağdur olan tarafça mahkeme önüne getirilerek yapılır. Yani bu yöntem için ya bir davanın söz konusu olması ya da bunun kanunla düzenlenmiş olması gerekir. Ülkemizde sözleşmelerde yer alan genel işlem şartlarının denetimi ve bunların geçerli olup olmayacağının tespiti ancak konunun uyuşmazlık halinde mahkemeye intikal etmesi ile sağlanacaktır. Genel işlem şartlarının, hakim tarafından denetimi üç aşamada gerçekleşmektedir.

a. Yürürlük Denetimi

İlk aşamada genel işlem şartlarının bir bütün olarak veya münferit hükümlerinin sözleşmenin bir unsuru haline gelip gelmediği araştırılır. Bu denetime “yürürlük denetimi” denilmektedir²⁹. Dürüstlük kuralı uyarınca, genel işlem şartlarının sözleşmeyi kuran taraf iradelerinin uyuşması kapsamında olmadığı sonucuna varılabileceği tüm hallerde genel işlem şartları hükümlerinin geçerliliği hakkında bir tartışma artık anlamını yitirecektir. Genel işlem şartlarını yürürlük denetiminde, bunların sözleşme içeriğinden sayılıp sayılmayacağı araştırılmaktadır. Alman Genel İşlem Şartları Yasasının 2. paragrafında genel işlem şartlarının sözleşme içeriğine dahil olabilmesi için genel işlem şartı kullananın, sözleşmenin kurulması anında (1) diğer tarafı açıkça uyarması (2) diğer tarafa bunların içeriği hakkında bilgi sahibi olma olanağını kendisinden bekle-

İsviçre ve ABD’ nin bazı eyaletlerinde uygulanmaktadır. Ayrıntılı bilgi için bkz. **TEKİNALP**, Banka Hukukunun Esasları, Cilt I, İstanbul, 1998, s. 365.

²⁹ **BAYKAN R**, Tüketici Hukuku, Mevzuata İlişkin Yorum-Eleştiri-Öneri, İstanbul Ticaret Odası Yayını, No:22, İstanbul, 2004, s. 179.

nebilir şekilde sağlaması (3) ve diğer tarafın da bunları kabul etmesi gerektiği belirtilmiştir³⁰.

b. Yorum Yoluyla Denetlenmesi

Yürürlük denetiminin genel işlem şartları konusunda gerekli korumayı sağladığını kabul etmek zordur. Çünkü uygulamada, adeta bir örnek olan matbu metinlerle karşılaşan müşterinin, genel işlem şartları kullanan tarafından açıkça uyarılması ve kendisine, bunlar hakkında bilgi sahibi olma olanağı tanınsa bile bunları reddedip daha elverişli bir sözleşme bulma olanağı neredeyse yoktur. Bu noktada Alman Genel İşlem Şartları Yasası'nda öngörülen ve Yargıtay tarafından da benimsenen bir ilke devreye girmekte ve müşteri açısından aşırı ölçüde beklenemez ve şaşırtıcı olan hükümlerin sözleşme içeriğine dahil olmayacağı kabul edilmektedir³¹. Dolayısıyla önce sözleşme içeriğinin yorumlanması gerekecektir³². Eğer genel işlem şartlarının sözleşme içeriği olduğu sonucuna varılabiliyorsa bu sefer "yorum yoluyla denetlemesi" yoluna gidilecektir. Bu denetim sırasında metin içerisinde yer alan münferit bazı şartların ya da hükümlerin birçok halde genel işlem şartı kullanan aleyhine yorumlanması yöntemi benimsenecektir. Yorum konusunda kabul edilen bir takım ilkeler vardır. Bunlar:

Güven ilkesi ile doğruluk ve dürüstlük kurallarına göre yorum yapılması ilkesi,

³⁰ KOCAMAN A., Bankaların Tacir ve Sanayiciler ile Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukuki Açısından Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, İstanbul, 2003, s. 1098.

³¹ Yargıtay 3. HD., 02. 06. 1998, 4263/6098, YKD, 1998, s. 1140-1141 ".....şaşırtıcı kayıtların sözleşme içeriğinden dahi sayılmayacağı, münferit sözleşmedeki aykırı olan kayıtların uygulanmayacağı, kişilik haklarını sınırlayan kayıtların ise hükümsüz olacağı ilkeleri geliştirilmiş ve uygulanmıştır."

³² ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, s. 292.

Genel işlem şartlarında yer alan, anlamı açık olmayan, tereddüt uyandıran birden çok anlam taşıyan kayıtların bunları kullanan aleyhine yorumlanması ilkesi³³,

Taraflar, genel işlem şartı kullanımını kabul etmelerine rağmen aralarında bireysel anlaşmalar da yapmışlarsa bireysel anlaşmalara öncelik tanınması ilkesi,

Alışılmamış kayıtların geçersiz sayılması ilkesi³⁴,

Müşterinin aleyhindeki ve genel işlem şartı kullanan tarafın sorumluluğunu sınırlayan hükümlerin dar yorumlanması ilkesi.

c. İçerik Denetimi

Yukarıda belirtilen her iki denetim biçiminin, genel işlem şartlarını kabul eden taraf için kısmi koruma sağladığı kabul edilebilirse de sözleşme içeriği olmuş, yorum yoluyla da genel işlem şartları kullanan aleyhine anlamlandırılmayan bu sözleşme şartlarının hakim tarafından denetlenmesi gerekecektir³⁵. “İçerik dene-

³³ Türk doktrininde de benimsenmiş bir ilkedir. Bkz. **TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP**, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 1993, s.162; **KAPLAN İ**, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara, 1987, s.72; Bu yorumun yapılabilmesi için iki koşulun gerçekleşmiş olması gereklidir: 1. Yorumu yapılacak kaydın, sözleşme taraflarından biri veya temsilcisi veya tarafından hazırlanmış olması gerekir. Üçüncü bir kişi tarafından hazırlanmış olmakla birlikte sözleşme taraflarından biri bunun kullanılmasını önermişse yine durum aynıdır, öneren kişi aleyhine yorum yapılır. Ancak, metni kaleme alan tarafın ekonomik açıdan zayıf veya güçlü taraf oluşu önem taşımaz. 2. Açık olmayan hükmün yorumunda ortaya çıkan birden fazla anlam olmalı ve bu anlamlardan biri kaleme alanın aleyhine olmalıdır. Anlam açık olmayan hükmün hiçbir ciddi anlamı saptanamıyor ya da ciddi olarak tek bir anlam çıkarılabiliyorsa bu kural uygulanmaz (Bkz. **BAHTİYAR**, Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması, Yargıtay Dergisi 1996, S.1-4, s. 94).

³⁴ Sözleşmede yer alan bir kayıt alışılmış olanın dışında ise, müşterinin dikkatini çekmemesi halinde müşteri o kaydı, hesaba katmayacaksa ya da kayıt onun için hiç beklemediği, hesaba katmadığı ya da katamayacağı bir sonuç doğuruyorsa bu kayıt, dürüstlük ve güven ilkesi gereğince geçersizdir (**KIRCA**, s. 89); **BAHTİYAR**, Genel İşlem Şartları, s. 95.

³⁵ **ATAMER**, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, s. 292; Genel işlem şartlarının açık, anlaşılır şekilde kaleme alınması ve sözleşme müzakereleri sırasında müşteriye bunların içeriği hakkında bilgi sahibi olma

timi” denilen bu incelemede; hakim, söz konusu sözleşme şartlarını denetleyecek ve gerekirse geçersiz kabul edebilecektir. Genel işlem şartlarının içeriğinin hakim tarafından denetimi ve geçersiz sayılmasına ilişkin olarak hukukumuzda mevcut genel hükümlerden yola çıkarak çeşitli ölçütlerden yararlanılmaktadır.

Türk doktrininde, hakimin, genel işlem şartlarını içerik denetimine tabi tutarken hangi hükümlerden hareket edeceği noktasında çeşitli görüşler bulunmaktadır. Bir görüş; genel işlem şartlarının içerik denetimi konusunda, anayasal hükümlerden ve özellikle sosyal devlet ilkesinden hareket etmekte ve hakimlerin verecekleri kararlarda öncelikle anayasaya uygun davranmaları gerektiğine ilişkin olan anayasal hükmün uzantısı neticesinde; anayasada düzenlenmiş olan sosyal devlet ve eşitlik ilkeleri gereği zayıf ve güçsüz olanları korumaları gerektiğini belirterek, sözleşme içeriğinde bulunan ve sosyal ve ekonomik bakımdan güçsüz olan kişi aleyhine yer alan kayıtların geçersiz sayılarak gerekli koruyucu tedbirleri alınması gerektiğini belirtmektedir³⁶. Bu esasların kamu hukukundan özel hukuka geçişini ise BK.m. 19 ve 20 sağlayacaktır. Böylece hakim, sosyal ve ekonomik açıdan güçsüz kişi için koruyucu tedbirleri alacak ve tek taraflı kayıtları geçersiz sayacaktır³⁷. Bir diğer görüş ise; genel işlem şartlarının hakim tarafından içerik denetimine tabi tutularak gerekirse geçersiz sayılabilmesine ilişkin hukuki dayanakların Borçlar Kanunu ve Medeni Kanunun ilgili

olanağının tanınmasıyla yürürlük denetiminin ve müşteri lehine getirilmiş olan yorum kurallarının yarattığı engelin aşılması durumunda hakimin doğrudan sözleşme içeriğine müdahale ederek bozulmuş olan dengeyi müşteri lehine tesis etmesinden başka çözüm kalmamaktadır (KOCAMAN, s. 1103).

³⁶ SEROZAN R., Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975, s. 212 ve devamında; Anayasanın demokrasi, sosyal devlet ve eşitlik ilkeleri, yargıcın, korunmaya muhtaç aştaları, üstlerine karşı korunmasını zorunlu kılar demektir.”; TANDOĞAN H., Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlanması, Ankara, 1977, s. 11-12’de; tüketicilerin korunmasının, ekonomik bakımdan güçsüz olanların korunması sorununun önemli bir bölümünü teşkil edeceğini, ekonomik bakımdan güçsüz olanların korunmasının ise Anayasamızın 2. maddesinde belirtilen sosyal hukuk devleti ve 11. maddesinde öngörülen iktisadi ve sosyal hayatın adalete göre düzenlenmesi yani sosyal devlet ilkesinin bir gereği olduğunu belirtmektedir.

³⁷ ÖZBAY, s. 24.

maddeleri olduğunu belirtmektedir. Buna göre, sözleşme içeriği, emredici hükümlere, ahlaka, kamu düzenine³⁸, kişilik haklarına aykırı ise ya da bazı hükümler hakkın kötüye kullanılması şeklinde nitelendirilirse hakim bunların geçersiz olduğunu karara bağlar³⁹.

Türk doktrininde ahlaka aykırılığın genel işlem şartlarının denetiminde bir kriter olarak uygulanması savunulmaktadır⁴⁰. Sözleşmenin ahlaka aykırılığı, kural olarak içeriklerine bakılarak tayin edilmektedir. Ancak sözleşmenin tüm yönleri, saik ve amaç unsurları da ahlaka aykırılık açısından incelenmelidir. Ahlaka aykırılık görüşü daha çok Alman Hukukunda dikkati çekmektedir. Bu konudaki mahkeme kararlarında, piyasadaki hakim durumun ve ekonomik üstünlüğün, genel şartlar içerisinde yer alan hakkaniyete aykırı düzenlemelerle kötüye kullanılmasının, ahlaka aykırılık oluşturacağı görüşü benimsenmiştir. Ancak bu görüş, çok dar ve yetersiz

³⁸ ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 183'de kamu düzeni kriterine genel işlem şartlarının denetimi konusunda geniş bir uygulama alanı tanımak eğilimindedir ve kamu düzeninin içerik denetiminde uygulanması gereken en uygun kriter olduğunu belirtmektedir.

³⁹ TEKİNALP, Banka Hukukunun Esasları, s. 275; SUNGURBEY İ., Türkiye'de Bankaların İç Yüzü, Çorlu, 1994, s. 10 vd.; KOCAMAN, s. 1105 (Genel işlem şartlarına ilişkin yasal bir düzenleme gerçekleştirilene kadar mahkemelere, müşterilerin genel şartlara karşı korunması için Medeni Kanun ve Borçlar Kanunu'nun genel kurallarından yararlanarak ve İsviçre ve Alman içtihatları ile Alman Kanunundan esinlenerek yeni içtihatlar geliştirmek görevi düşmektedir.)

⁴⁰ SUNGURBEY İ., Türkiye'de Bankaların İç Yüzü, Çorlu, 1994, s. 64'de "Bir sözleşmede üstün bir durumda bir pozisyonda bulunan tarafın bu durumunu, bu pozisyonunu, bu gücünü istismar ederek karşı taraftan uygun olmayan aşırı çıkarlar sağlaması halinde sözleşmenin ahlaka aykırılıktan dolayı batıl olduğunu belirtmektedir"; , AKYOL Ş., Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof.Dr. Kemalettin Birsen'e Armağan, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, III. Fasikül, İstanbul, 2001, s. 114-115'de "Genel kredi sözleşmelerinde sözleşme kurulduktan sonra faizi yükseltmek hakkını bankaya bırakmaya, bankanın defter ve kayıtlarını tek delil kabul etmeye yönelik hükümlerin ahlaken kabul edilebilir bir durum olmadığını, BK. m. 19 ve20 uygulanarak batıl addedilmesi gerektiğini bildirmektedir.; Ayrıca bkz. SUNGURBEY İ., Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerindeki Faiz Oranlarını Geçmişe Dönük Olarak Diledikleri Oranda Artırma Yetkisi Veren Maddelerin Ahlaka Aykırılıktan Dolayı Batıl Olduğu Konusunda Etüd, İstanbul, 1994, s. 2; Aksi görüş için bkz. ATAMER Y, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 30.

olması ve ahlaka aykırılık noktasını genel işlem şartlarının içeriğinden çok müşteriye kabul ettiriliş şekline göre değerlendirilmiş ve terkedilmiştir⁴¹. Türk doktrininde, hakim durumda olan kuruluşların bu hakimiyetlerini kötüye kullanarak, aşırı çıkar sağlamalarına dönük hükümlerin ahlaka aykırı olduğu ve batıl sayılması gerektiği savunulmaktadır. Yargıtay ise genel olarak bireyin iktisadi, ticari ve özel malvarlığının yıkılmasını ve yok olmasını beraberinde getirecek olan sözleşme hükümlerini ahlaka aykırı olarak nitelendirmektedir⁴². Kısacası Türk hukuk doktrininde ve yargı kararlarında ahlaka aykırılık genel işlem şartlarının denetiminde genel işlem şartlarının içerik denetiminde geniş ölçüde kullanılan kriterlerden biridir.

İçerik denetimine ilişkin kullanılan ölçütlerden diğeri de standart olarak hazırlanan sözleşmelerde, sözleşmeyi hazırlayan tarafın, ekonomik ve entelektüel üstünlüğünü kötüye kullanmasının BK.m.21 doğrultusunda gabin olarak nitelendirilebilmesidir. Karşılıklı edimler arasında açık bir oransızlık bulunması ve bu oransızlık karşı tarafın müzayaka, hafiflik ve tecrübesizliğinden faydalanılarak yaratılmış olması halinde gabinden söz edilir ve bu durum gabine uğrayan tarafa sözleşmeyi iptal hakkı sağlar. Standart sözleşmelerde genel işlem şartları kullanan taraf, bu şartları kendi lehine geniş bir zaman kesiti içinde dikkatle ve hatta gerekirse uzmanlarından yardım alarak hazırlama olanağına sahipken, sözleşmenin diğer tarafı, kısıtlı bir zaman dilimi içinde önceden hazırlanan bu şartların tüm sonuçlarını kavrama şansına sahip olmadan, psikolojik baskı altında kabul etmek zorunda kalacaktır. Bu durum gabinin subjektif koşulu olan tecrübesizlik olarak nitelendirilebilmektedir⁴³. Doktrinde özellikle aşırı ve yüksek faize ilişkin hüküm-

⁴¹ AKMAN, s. 95-96; ÖZBAY, s. 23.

⁴² YHGK, 20.03.1974, 1053/222, YKD, 1977, s. 11 vd.

⁴³ Aynı görüşte KOCAMAN, s. 1109; ÖZBAY, s. 24; BAHTİYAR, Genel İşlem Şartları, s. 92'de genel koşulların denetimine ilişkin olarak gabin hükümlerinin de yargıç açısından değerli ve yararlanılabilir nitelikte olduğunu belirtmektedir.; Aksi görüşte ATAMER, Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, s. 167-168'de "gabinin sözleşmenin bütününe göz önüne alınmasını gerektirmesi oysa genel işlem şartlarının denetiminin tek tek şartlar üzerinden yapılmasının gerekli olması ve gabine uğrayanın bu durumu sözleşmenin

lerle⁴⁴, sorumluluğun sınırlandırılması veya kaldırılması gibi hükümlerin⁴⁵, edim ve karşı edim dengesindeki uygunsuzluk olarak kabul edilerek gabin çerçevesinde değerlendirilmesine ilişkin görüşler vardır.

Genel işlem şartlarına ilişkin içerik denetiminde, Türk doktrini ve Yargıtay tarafından ağırlıklı olarak kullanılan objektif iyi niyet (doğruluk ve güven) ilkesidir. Bu ilkenin uygulanmasında, sözleşmenin bir tarafının tekel durumda olup olmamasına ve bu durumun kötüye kullanılıp kullanılmadığına, genel işlem şartlarının hakkaniyete uygun olup olmadığına, sözleşme şartlarının karşılıklı menfaatleri dengeleyip dengelemediğine, doğruluk ve dürüstlük kurallarına uygun davranılıp davranılmadığına bakılmakta ve menfaatler dengesini müşteri aleyhine ölçüsüz bir biçimde bozan kayıtların geçersizliğine karar verilmektedir⁴⁶.

akdinden itibaren 1 yıl içinde ileri sürmesinin gerekli olması nedeniyle gabinin genel işlem şartlarının denetiminde kalıcı bir çözüm olmadığını belirtmektedir.”

⁴⁴ AKYOL Ş., Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, İstanbul, 1995, s. 4.

⁴⁵ ÖZBAY, s.24.

⁴⁶ Yargıtay 13. HD., 07.04.1981 T., 1981/1045 E., 1981/2514 sayılı kararında “...Açıktır sözleşmenin bu maddesinde somut olarak satıcıya sözleşmenin süresini uzatma yetkisi tanınmıştır...tanınan yetkinin sınırsız, davalının keyfince kullanılabileceği düşünülemez. Gerçekte davalı, doğruluk ve güven kurallarına, eş deyişle güven ilkesine uymakla yükümlüdür (MK.m.2)...Somut olayda davacının tüketici niteliği ile davalı karşısında ekonomik yönden güçsüz olduğu da asla göz ardı edilemez. Davalının teslim yetkisini saklı tutmaya ilişkin koşulu kötüye ve davacı aleyhinde kullanılıp kullanılmadığı MK.m.2'deki dürüstlük ve doğruluk kuralına eş deyişle güven ilkesine dayanıp dayanmadığı saptanmalı ve uyumsuzluk böylece çözüme bağlanmalıdır.” (Yasa, Mayıs, 1981, s. 658-659); Yargıtay 11. HD. 23.10.1997 T., 1997/5982 E., 1997/9028 sayılı kararında “Kredi sözleşmelerinde faiz oranının artırılmasının bankanın tek taraflı iradesine bırakılmasına dair hükümler hukuken geçerli ise de bu yetkinin banka tarafından MK. 2'deki iyi niyet kurallarına uygun şekilde kullanılması gerekir. Diğer kararlar için bkz. KOSTAKOĞLU, Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif, 3. Basım, İstanbul, 2001, s. 152-172.

IV. SONUÇ

SPK Tebliği ile getirilen düzenlemeyi, içerik denetimi yaparken hakime yol gösterici nitelikte bir hüküm olarak kabul etmek gerekmektedir. Tebliğ düzenlemesi ile Sermaye Piyasası Kurulu bir çeşit idari denetim gerçekleştirmektedir. Zira tebliğ hükmüne aykırı hareket eden aracı kurum idari bir yaptırım ile karşılaşacaktır; ancak buna rağmen sözleşmelerde bu tür kayıtların varlığını sürdürmesi halinde söz konusu kayıtların yorumu, tamamlanması, değiştirilmesi ya da geçersiz sayılması hakimın görev alanına girecektir.

Uyuşmazlık halinde hakime yol gösterecek olan SPK tebliği uyarınca söz konusu kayıtların geçersiz sayılabilmesi için iki şartın bir arada gerçekleşmesi gerekecektir. Bunlar; (1) Bu hükümlerin müşterilerin haklarını ciddi şekilde zedelemiş olması (2) Borsa üyeleri lehine tek taraflı olağanüstü haklar sağlayacak hükümlere yer verilmiş olmasıdır.

Ancak burada sadece ilgili şartların mı yoksa sözleşmenin tümünün mü geçersiz sayılacağı sorusu önem kazanacaktır. BK. m.20/2 uyarınca; emredici kurallara aykırılık teşkil eden şartlar olmaksızın tarafların söz konusu sözleşmeyi yapmayacakları anlaşılıyorsa sözleşmenin tamamının geçersiz sayılması gerekecektir. Doktrinde haklı olarak bu hükmün katı bir biçimde uygulanmasının hukuki ilişkide daha güçsüz durumda bulunan müşteriyi mağdur durumda bırakacağı belirtilmiştir. Bu sebeple müşterinin haklarını ciddi şekilde zedeleyen ve borsa üyesi lehine olağanüstü haklar sağlayan hükümler tek başına geçersiz kabul edilmelidir. Kısmi butlan nedeniyle doğan sözleşme boşluğu, mevcut yasal düzenlemeler ile doldurulmalıdır. TTK.m.1266/II'de geçersiz olan sigorta genel şartları yerine kanun hükümlerinin uygulanacağını öngören madde hükmü benzeri bir düzenleme ile çerçevede sözleşmede geçersiz sayılan, sözleşme içeriğine dahil edilmemesi gereken hükümler yerine ilgili kanun hükümleri uygulanarak sözleşme ayakta tutulmaya çalışılmalıdır. Geçersiz kabul edilen genel işlem şartları yerine kanun hükümlerinin uygulanması neticesinde sözleşmeyi hazırlayan tarafa, geçersiz kabul edilen şartlar olmaksızın çerçeve sözleşmeyi yapmayacak olduğu yolunda bir talep hakkı tanınma-

malıdır. Ancak sözleşmenin uygulanması taraflardan biri için kendisinden beklenemeyecek ölçüde sonuçlar doğuruyorsa sözleşmenin tamamen geçersiz sayılması mümkündür.

Hakim, genel işlem şartlarına ilişkin olarak yaptığı içerik denetiminde hukukun genel ilkelerinin her birinden yararlanabilecektir. Bu ilkeler ile genel işlem şartlarına ilişkin olarak ortaya çıkan uyuşmazlıkların çözümlenmesi mümkün görülüyorsa da bu konuda yasal bir düzenlemenin gerekliliği halen devam etmektedir. Sermaye Piyasası Kanunu'nda değişiklik yapılmasını öngören kanun tasarısında, aracı kuruluşların (aracı kurum ve bankalar), tüzel kişiliği haiz kamu kurumu niteliğinde bir meslek kuruluşu olan Türkiye Sermaye Piyasası Aracı Kuruluşlar Birliği'ne üye olmak için başvuruda bulunmak zorunda oldukları öngörülmüş, birliğin görevleri arasında meslek kuralları ve standartlarını oluşturmak, haksız rekabeti önlemek amacıyla gerekli tedbirleri almak, kendisine mevzuatla bırakılan veya Kurulca belirlenen konularda düzenlemeler ve çalışmalar yapmak, yürütmek ve denetlemek sayılmıştır. Yapılması öngörülen bu hüküm doğrultusunda birliğe sözleşme standartları belirlemek konusunda bir yetki verilmesi planlanmaktadır. Bu hüküm doğrultusunda birlik ve yatırımcı temsilcilerinin katılımı ile mevcut ilke ve esaslardan yararlanılarak, örnek şartlar oluşturulması ve genel işlem şartlarının tek yanlılığının sınırlandırılması mümkün olabilir. Bu konuda Borçlar Kanununda yapılacak bir düzenleme de genel işlem şartları sorununu önemli ölçüde giderecektir.

KAYNAKÇA

AKYOL Ş., Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılması Yasası, İstanbul, 1995.

AKYOL Ş., Banka Sözleşmeleri, Ord. Prof.Dr. Kemalettin Birsen'e Armağan, Borçlar Hukuku: Özel Borç İlişkileri, III. Faskül, İstanbul, 2001

ATAMER Y, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Sorunu Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi, İstanbul, 1999 (Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi).

ATAMER Y, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar, Prof.Dr.Necip Kocayusufpaşaoğlu İçin Armağan, Ankara, 2004 (Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar).

BAHTİYAR M., Sermaye Piyasası Kurulu Tebliğlerine İlişkin Bazı Notlar, Ankara Barosu Dergisi, Ocak 1996, S.1 (Tebliğler).

BAHTİYAR M., Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması, Yargıtay Dergisi, 1996, S. 1-4 (Genel İşlem Koşulları).

BAYKAN R, Tüketici Hukuku, Mevzuata İlişkin Yorum – Eleştiri- Öneri, İstanbul Ticaret Odası Yayını, No:22, İstanbul, 2004

BROWNSWORD R/HOWELLS G, The Implemantion of the EC Directive on Unfair Contract terms in Consumer Contracts, Some Unresolved Questions, JOBL, s. 243-263.

BUDAK A. C., Mukayeseli Hukukta Tüketicinin Gayriadil Sözleşme Hükümlerine Karşı Korunması, Yasa HD, C.XIV, s. 765-777.

HATEMİ H., Hukuka ve Ahlaka Aykırılık Kavramı ve Sonuçları, İstanbul Üniversitesi, İstanbul, 1976.

İNCEOĞLU M.M, Sermaye Piyasasında Aracı Kurumların Hukuki Sorumluluğu, Ankara, 2004.

KAPLAN İ., Banka Sözleşmeleri Hukuku, Cilt 1, Ankara, 1996.

KAPLAN İ, Hakimin Sözleşmeye Müdahalesi, Ankara, 1987.

KIRCA İ., Hukuki Yönüyle Borsa Opsiyon İşlemleri, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü Yayını, Ankara, 2000.

KOCAMAN A., “Bankaların Tacir ve Sanayiciler ile Yapmış Oldukları Genel Kredi Sözleşmelerindeki Genel İşlem Şartlarının Hukuki Açından Değerlendirilmesi ve Çözüm Önerileri”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, İstanbul, 2003.

KOSTAKOĞLU, Banka Kredi Sözleşmelerinden Doğan Uyuşmazlıklar ve Akreditif, 3. Basım, İstanbul, 2001.

ÖZBAY Ç, Aracı Kurumlar Tarafından Hazırlanan Standart Sözleşmeler Karşısında Yatırımcıların Korunması, SPK Yeterlilik Etüdü, Ankara, 1999.

PENEZOĞLU Y.G., Hukuki Yönleriyle Vadeli İşlem Sözleşmeleri, İstanbul, 2004.

SEROZAN R., Sözleşmeden Dönme, İstanbul, 1975.

SUNGURBEY İ., Türkiye’de Bankaların İç Yüzü, Çorlu, 1994 (Bankaların İç Yüzü).

SUNGURBEY İ., Bankaların Genel Kredi Sözleşmelerindeki Faiz Oranlarını Geçmişe Dönük Olarak Diledikleri Oranda Artırma Yetkisi Veren Maddelerin Ahlaka Aykırılıktan Dolayı Batıl Olduğu Konusunda Etüd, İstanbul, 1994.

TANDOĞAN H., Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açından Sınırlanması, Ankara, 1977.

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOĞLU/ALTOP, Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 7. Bası, İstanbul, 1993.

TEKİNALP Ü, Banka Hukukunun Esasları, Cilt I, İstanbul, 1998 (Banka Hukukunun Esasları).

YASİN M., Sermaye Piyasası Kurulu ve İşlemleri, Seçkin Yayınları, Ankara, 2002.

YAVUZ L., Avrupa Birliği ve Türkiye’de Tüketici Sözleşmelerinde Adil Olmayan Sözleşme Şartları, TBB, 1995/2, s. 260-270.

ZEVKLİLER A., Tüketicinin Korunması Hukuku, Ankara, 2004.

ALLGEMEINE GESCHÄFTSBEDINGUNGEN NACH DEM TÜRKISCHEN VERBRAUCHERSCHUTZGESETZ

Yard. Doç. Dr. Necla Güney AKDAĞ*

Einleitung

Bis zum Inkrafttreten des türkischen Verbraucherschutzgesetzes (Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun/TKHK) führten Rechtsprechung¹ und Lehre² die Inhaltskontrolle der „Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ (Genel İşlem Şartları) nach den allgemeinen Bestimmungen des türkischen Obligationenrechts³, nach den Bestimmungen des

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ticaret Hukuku Anabilim Dalı Öğretim Üyesi.

¹ Der türkische Kassationsgerichtshof (*Yargıtay*) hat im Kampfe gegen unbillige AGB eine stille aber wirkungsvolle Rolle gespielt. Das Gericht zog in seinen Entscheidungen des Öfteren Art. 2 TMK ausdrücklich als Maßstab der Inhaltskontrolle von AGB heran und zwar mit der Begründung, der Verwender der AGB könne sich nach Treu und Glauben auf die fragliche Klauseln nicht berufen. Entscheidungen der 13. Zivilkammer (13 HD), v. 18.11.1981, E. 6416, K. 7369; v. 18.3.1996, E. 1734, K. 2495; 3. Zivilkammer (3 HD), v. 2.6.1998, E. 4263 K. 6098.

² *Havutçu, Ayşe, Tüketicinin Genel İşlem Şartlarına Karşı Korunması*, İzmir 2003, 67, 210; *Atamer, Yeşim, Sözleşme Özgürlüğünün Sınırlandırılması Çerçevesinde Genel İşlem Şartlarının Denetlenmesi (GİŞ)*, 2. Aufl. Istanbul 2001, 47; *Tekinay/Altıp/Burcuoğlu, Borçlar Hukuku, Genel Hükümler*, 7. Aufl., Istanbul 1993, 160; *Tandoğan, Haluk, Tüketicilerin Korunması ve Sözleşme Özgürlüğünün Bu Açıdan Sınırlandırılması*, Ankara 1977; 41.

³ Das türkische Obligationengesetzbuch enthält keine Bestimmung, die die Kontrolle der AGB regelt. Gemäß Art. 20 BK sind Verträge, die gegen zwingendes Recht oder die guten Sitten verstoßen oder einen unmöglichen Inhalt haben, nichtig.

Zivilgesetzbuchs⁴ und des türkischen Handelsgesetzbuches⁵ durch.⁶ Regelungen zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (*Genel İşlem Şartları*)⁷ wurden erst mit der Novellierung des Gesetzes im Jahre 2003 in Art. 6 TKHK aufgenommen und damit auf eine gesetzliche Grundlage gestellt. Diese Vorschrift beruht auf dem Art. 3 der Richtlinie EWG/93/13 des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

⁴ Das in Art. 2 TMK verankerte Gebot von „Treu und Glauben“ (*doğruluk ve güven*) und das Verbot des „Rechtsmissbrauchs“ (*hakkın kötüye kullanımı*) bilden die „Schranke aller Rechtsausübung“.

⁵ Aus dem türkischen Handelsgesetzbuch wurden hauptsächlich zwei Vorschriften für die Inhaltskontrolle der AGB herangezogen. Dies sind Art. 766 und 1266 TTK. Nach Art. 766 TTK sind Klauseln, die zum Abschluss oder zur Beschränkung der Haftung des Transporteurs führen, unwirksam. Gemäß Art. 1266 TTK müssen Versicherungspolizen ohne Mühe lesbare Versicherungsbedingungen enthalten, die zuvor vom Handels- und Industrieministerium bewilligt worden sind.

⁶ Die türkischen Gerichte waren bei der Inhaltskontrolle von Standardverträgen nicht so zurückhaltend wie ihr Schweizer Vorbild. In der Schweiz wurde eine offene Inhaltskontrolle durch die Gerichte unter Verweis auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit sehr zurückhaltend vorgenommen. *Auer*, Eugen, Die Richterliche Korrektur von Standardverträgen, Bern 1964, 5, 44; *Schönenberger/Jäggi*, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Obligationenrecht, Zürich 1973, Art. 1 Anm. 150; *Giger*, Hans, Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen (Geltungs-), Zürich 1983, 70.

⁷ Für die „AGB“ (*Genel işlem şartları*) werden in der türkischen Literatur verschiedene Begriffe verwendet wie z.B. „genel sözleşme şartları (Allgemeine Vertragsbedingungen), standart sözleşme (Standardverträge), kitlesel sözleşme (Massenverträge), çerçeve sözleşme (Rahmenvertrag), seri sözleşme (Serienverträge), iltihaki sözleşme (Beitrittsvertrag). Der letztgenannte Begriff und der Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden in den Entscheidungen des Kassationsgerichts nicht auseinandergehalten, sondern mit gleicher Bedeutung verwendet. Kritik dazu, *Oğuzman/Öz*, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Istanbul 2006, 5. Aufl., 21; *Havutçu*, 12 ff. Der im TKHK gebrauchte Begriff „Standardvertrag“ wird von AGB nicht unterschieden, sondern mit gleicher Bedeutung verwendet. Siehe Allgemeine Begründung Gesetz Nr. 4822 Art. 7.

I. Begriffsbestimmungen

1. Definition der unlauteren Klauseln

Nach Art. 6 Abs. 1 TKHK sind vom Verkäufer oder Versorger aufgestellten Vertragsklauseln, die nicht im Einzelnen ausgehandelt wurden und entgegen dem Gebot von Treu und Glauben ein Ungleichgewicht der vertraglichen Rechte und Pflichten zum Nachteil des Verbrauchers verursachen, als unlautere⁸ Klauseln anzusehen.

Diese Definition der unlauteren Klauseln zeigt deutlich, dass die AGB nicht der einzige Gegenstand der Inhaltskontrolle (*içerik denetimi*) sind, sondern dass unter Art. 6 TKHK auch Einzelvertragsklauseln fallen. Demzufolge erfasst Art. 6 Abs. 1 TKHK sämtliche Vertragsklauseln, die „nicht im Einzelnen ausgehandelt“ (*münferiden müzakere edilmemiş*) sind. Dabei kommt es hier nicht darauf an, ob die Klauseln vorformuliert sind oder nicht. Der sachliche Anwendungsbereich des TKHK deckt sich genau mit Art. 3 Abs. 1 der RL EWG/93/13. Das Gesetz erfasst also auch solche Klauseln, die vom Verkäufer/Versorger individuell in den Vertrag eingebracht werden, soweit sie nicht ausgehandelt sind.⁹ Es ist nicht erforderlich, dass die Klausel für eine „Vielzahl von Verträgen“¹⁰ vorformuliert worden ist. Die

⁸ Die Terminologie bezüglich der missbräuchlichen Klauseln ist dem Gesetzgeber misslungen. Die Begriffsauswahl für die missbräuchlichen Klauseln (*haksız şart*), was eigentlich unlautere Klausel bedeutet, spiegelt nicht genau den Zweck der Regelung wider. Durch die Inhaltskontrolle wird nämlich nicht die Unlauterkeit einer Regelung sondern eine Missbräuchlichkeit festgestellt. Es hätte daher nahe gelegen, den Wortlaut der Vorschrift an die insoweit klarer und verständlicher gefasste Formulierung der Richtlinie anzupassen und den Begriff „*kötüye kullanılabilir sözleşme şartları*“ zu verwenden.

⁹ In der türkischen Doktrin liegen *Zevkiler/Aydoğdu* ganz offensichtlich falsch, wenn sie behaupten, dass für die Anwendung des Art. 6 TKHK ein Standardvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen vorliegen müssten. *Zevkiler/Aydoğdu*, *Tüketicinin Korunması Hukuku*, Ankara 2004, 3. Aufl., 158.

¹⁰ Gemäß § 305 Abs. 1 BGB gelten Vertragsbedingungen nur dann als AGB, wenn sie für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind. Da aber die Richtlinie EWG/93/13 auch für den Fall eines bestimmten Individualvertrags eine Inhaltskontrolle vorsieht, musste das AGBG entsprechend erweitert werden.

Klauseln können auch für einen einzelnen Vertrag vorformuliert sein.

2. Definition der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Weder das TKHK noch das BK liefert eine Definition des Begriffes AGB. Mangels einer Legaldefinition¹¹ werden AGB somit anhand derjenigen Merkmale beschrieben, die sich im Gesetzestext befinden.

Das erste Charakteristikum der AGB kann darin erblickt werden, dass sie vor dem Vertragsabschluss entstehen (Art. 6 Abs. 3 TKHK). Die Vertragsbedingungen müssen vor Einbeziehung in den Vertrag aufgestellt sein. Dabei spielt es keine Rolle in welcher Form sie abgefasst sind. Nicht erforderlich ist es, dass der Verwender die Vertragsbedingungen "schriftlich" vorformuliert hat. In Art. 6 Abs. 3 TKHK wird der Begriff "im voraus vorbereiteten" (*önceden hazırlama*) verwendet. Es genügen also auch gedanklich vorformulierte und im Einzelfall mündlich vorgetragene Bedingungen.¹² Die Vertragsbedingungen müssen nicht vom Verwender selbst formuliert sein. Auch von Dritten entworfene Klauselwerke oder von Verbänden empfohlene Musterverträge stellen AGB dar.¹³

Sind Vertragsbedingungen für einen einzigen geplanten Vertragsschluss vorformuliert, kann eine Inhaltskontrolle gem. § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB stattfinden, soweit es um Verbrauchervertrag geht. Basedow, Jürgen, in: Münchener Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, 4. Aufl., Bd. 2a, §305 Anm. 17f.; Staudinger/Schlosser, (2006), § 310 Anm. 61.

¹¹ Der Entwurf zum neuen türkischen Obligationenschutzgesetz (Borçlar Kanunu Tasarısı) enthält in Art. 18a eine Definition der AGB. Danach: "Allgemeine Geschäftsbedingungen sind vorformulierte, vom Verwender allein aufgestellte Vertragsbedingungen, die dazu bestimmt sind, zum Inhalt einer unbestimmten Anzahl gleichartiger künftiger Rechtsgeschäfte gemacht zu werden."

¹² „Vorformuliert“ sind Vertragsbedingungen auch dann, wenn sie nicht schriftlich niedergelegt, sondern zum Zweck künftiger Verwendung „im Kopf“ des AGB-Verwenders oder seiner Abschlussgehilfen oder als Textbausteine eines Computer-Programms oder sonstigen Datenträgers gespeichert sind. BGH NJW, 1988, 410; OLG Dresden BB 1999, 228.

¹³ Basedow, in: Münchener Kommentar, § 305 Anm. 14.

Die vom Verwender oder einer von ihm beauftragte Person konzipierte Vorformulierung reicht für sich alleine nicht aus. Es muss vielmehr eine durch die Vorformulierung kausal verursachte fehlende Einflussmöglichkeit des Verbrauchers hinzutreten (Art. 6 Abs. 3 TKHK). Dieses Kriterium fehlt, wenn eine Vertragsklausel einzeln ausgehandelt wurde. Art. 6 Abs. 5 TKHK macht deutlich, dass die missbräuchlichen Vertragsklauseln nur dann nicht verbindlich sind, wenn der Verkäufer/Versorger nicht beweist, dass sie im Einzelnen ausgehandelt worden sind.

II. Anwendungsbereich der unlauteren Klauseln

Der sachliche Anwendungsbereich des Gesetzes und damit der unlauteren Klauseln ist in Art. 2 TKHK festgelegt.¹⁴ Gemäß Art. 2 TKHK findet das Gesetz „auf alle Verbrauchergeschäfte auf den Waren- und Dienstleistungsmärkten Anwendung, bei denen ein Verbraucher Partei ist.“ Entscheidendes Kriterium für den sachlichen Anwendungsbereich des TKHK ist also das „Verbrauchergeschäft“.¹⁵ Eine Definition des Begriffs „Verbrauchergeschäft“ ist in Art. 3h TKHK enthalten: *Verbrauchergeschäft ist jedes Rechtsgeschäft, das auf den Waren- und Dienstleistungsmärkten zwischen einem Verbraucher und Verkäufer/Versorger vorgenommen wird.* Im Gegensatz zu der früheren Fassung des TKHK, die einen Kaufvertrag voraussetzte, ist der sachliche Anwendungsbereich nunmehr grundsätzlich unabhängig vom Vertragstyp.¹⁶

¹⁴ Nach der Gesetzessystematik finden sich im ersten Teil des TKHK neben dem Anwendungsbereich und Zweck des Gesetzes auch einheitliche Definitionen der im Gesetz gebrauchten Begriffe für alle Verbrauchergeschäfte.

¹⁵ Der türkische Gesetzgeber sieht im Änderungsgesetz (Gesetz Nr. 4822) von dem Begriff „Rechtsgeschäft“ (*hukuki işlem*) ab und bezieht sich auf das „Verbrauchergeschäft“. Der Verweis auf das „Verbrauchergeschäft“ hat zur Konsequenz, dass der sachliche Anwendungsbereich des Art. 2 TKHK weiter ist als der durch die alte Fassung des Art. 2 TKHK gezogene Anwendungsbereich.

¹⁶ So fallen auch Werkverträge, entgegen der Meinung des türkischen Kassationsgerichtshofes, unter den Anwendungsbereich des TKHK. Näheres

Der sachliche Anwendungsbereich des TKHK umfasst Klauseln über vertragliche Nebenpflichten (Art. 6 Abs. 3 DV). Vertragsklauseln über Hauptleistungspflichten unterliegen nicht der Inhaltskontrolle, sofern sie klar und verständlich abgefasst sind. Im Umkehrschluss zu Art. 6 Abs. 3 DV gelangt man somit zum Ergebnis, dass im Falle ihrer intransparenten Gestaltung auch die Klauseln über die Hauptleistungen in den Anwendungsbereich fallen. Art. 6 Abs. 1 TKHK verlangt, abweichend von der Richtlinie EWG/93/13,¹⁷ dass die Vertragsbedingungen einseitig vom Verkäufer/Versorger in den Vertrag „eingeführt“ sind. Die Bereichsausnahmen nach Erwägung 10 der Präambel RL EWG/93/13 für das Arbeits-, Erb-, Familien- und Gesellschaftsrecht wurden vom TKHK nicht übernommen. Aus dem persönlichen Anwendungsbereich kann jedoch durchaus die Schlussfolgerung abgeleitet werden, dass jene Bereiche nicht Gegenstand des Verbrauchergesetzes sind. Ein weiterer Unterschied zwischen der RL EWG/93/13 und dem TKHK bezüglich des sachlichen Anwendungsbereichs liegt darin, dass, während die RL EWG/93/13 nach ihrem Art. 4 nur Geltung für Verträge über Güter und Dienstleistungen beansprucht, Art. 6 TKHK für alle Verträge bzw. Verbrauchergeschäfte zwischen Unternehmern und Verbrauchern gilt. Diese Erweiterung des Schutzes ist nach Art. 8 RL unbedenklich.

Im Anwendungsbereich des TKHK liegen zwar „insbesondere“ aber nicht ausschließlich Allgemeine Geschäftsbedingungen. Vielmehr werden auch individuell vereinbarte Verträge der Inhaltskontrolle unterworfen, soweit sie nicht im Einzelnen ausgehandelt sind.

Der persönliche Anwendungsbereich des türkischen Verbraucherschutzgesetzes ist in Art. 3/e TKHK für alle

dazu: *Agdag-Güney*, Necla, Die Umsetzung von Verbraucherschutzrichtlinien in der Türkei, Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR) 2006, 63.

¹⁷ Die Richtlinie verlangt an keiner Stelle, dass die Klauseln vom Gewerbetreibenden selbst in den Vertrag eingeführt werden. *Kapnopoulou*, Elisavet N., Das Recht der mißbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union, Tübingen 1997, s. 88.

verbraucherschützenden Vorschriften des Verbrauchergesetzes einheitlich geregelt.¹⁸ Verbraucher ist *jede natürliche oder juristische Person, die eine Ware oder Dienstleistung nicht zu einem gewerblichen oder beruflichen Zweck erwirbt, nutzt oder verbraucht.*“ Wie sich aus dem Wortlaut des TKHK ergibt, knüpft der Begriff nicht an bestimmte Eigenschaften einer Person, sondern an bestimmtes Handeln im Marktgeschehen an. Dem TKHK liegt damit ein rollenspezifisches Verbraucherverständnis zugrunde, weil für das Handeln in der Rolle des Verbrauchers ein besonderes Schutzbedürfnis angenommen wird.

Der persönliche Anwendungsbereich der Missbrauchsklauseln des TKHK erstreckt sich auf Verbrauchergeschäfte zwischen einem Verbraucher und Verkäufer/Versorger.¹⁹ Das bedeutet, dass Art. 6 TKHK sich nicht auf Verträge zwischen zwei Verkäufern/Versorgern oder zwei Verbrauchern erstreckt. Der türkische Gesetzgeber geht über die Verbraucherdefinition der entsprechenden Richtlinie hinaus²⁰ und erstreckt den Verbraucherbegriff sowohl auf natürliche als auch auf juristische Personen²¹. Während Idealvereine und gemeinnützige Stiftungen als juristische Personen durch Art. 6 TKHK geschützt werden, werden die juristischen Personen, die

¹⁸ Näheres dazu; *Agdag-Güney*, GPR 2006, 64.

¹⁹ Während Art. 6 TKHK Verkäufer und Dienstleister nennt, spricht Art. 2 DV zusätzlich vom *Kreditgeber*. Da der Kreditgeber zu den Dienstleistern gerechnet werden kann, dürfte die Nichterwähnung des Kreditgebers in Art. 6 TKHK keine Zweifel hervorrufen. A.A. *Atamer, Yeşim*, Genel İşlem Şartlarının Denetiminde Yeni Açılımlar (Yeni Açılımlar), in: Necip Kocayusufpaşaoğlu için armağan, Ankara 2004, 291, 294.

²⁰ Die Richtlinie verbietet es den nationalen Rechtsordnungen nicht, auch über ihren Bereich hinaus Regelungen zu treffen, die eine weitergehende richterliche Inhaltskontrolle ermöglichen. Sie will, wie es in meisten Verbraucherrichtlinien der Fall ist, lediglich einen Mindeststandard schaffen.

²¹ Da die Handelsgesellschaften keine Privatsphäre haben, gelten alle ihre Geschäfte als im Betrieb ihres Handelsgewerbes vorgenommen. Für die juristischen Personen, die Kaufmanneigenschaft besitzen, besteht keine Möglichkeit sich auf die widerlegbare Vermutung des Art. 21 TTK zu berufen. Näheres dazu, *Agdag-Güney*, GPR 2006, 64.

Kaufmannseigenschaft²² besitzen, aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes ausgeschlossen.²³ Nach der Rechtsprechung und herrschender Lehre²⁴ können diese nicht Verbraucher sein. Eine diesbezügliche Entscheidung²⁵ des Kassationsgerichts aus dem Jahre 1998 bestätigt dieses Ergebnis. Das Kassationsgericht verwies in dieser Entscheidung, auf §§ 24, 10, 11 des deutschen AGBG von 1976 und Art 3 TKHK Nr. 4077 und lehnte die analoge Anwendung der Inhaltskontrolle auf Verträge zwischen Unternehmen strikt ab.

III. Geltungskontrolle

Die Einbeziehungskontrolle²⁶ stellt eine erste Stufe der Inhaltskontrolle von AGB dar. Ist der Standardvertrag oder eine einzelne Klausel nicht Vertragsbestandteil geworden, kommt es

²² *Kaufmann* ist gem. Art. 14 TTK, wer ein Handelsgewerbe ganz oder zum Teil im eigenen Namen betreibt. Gemäß Art. 18 TTK besitzen alle Handelsgesellschaften Kaufmannseigenschaft. Wenn eine natürliche Person Kaufmannseigenschaft besitzt, so sind diejenige Geschäfte, die einen objektiven Bezug zum Gewerbebetrieb aufweisen, grundsätzlich nicht als Verbrauchergeschäft anzusehen (TTK Art. 21).

²³ A.A. *Aydn*, Ramazan, Die Berücksichtigung des Verbraucherschutzes bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen im deutschen und türkischen Recht, Hamburg 2007, 58, 65.

²⁴ Entscheidung der 13. Zivilkammer (13 HD) vom 29.1.2003, E. 2001/9279, K. 2003/735; und v. 5.7.2001, E. 2001/1782, K. 2001/5240; Entscheidung der 11. Zivilkammer (11 HD) v. 17.12.2001, E. 2001/9065, K. 2001/9636. *Zevkiler/Aydoğdu*, 8; *Atamer*, Die autonome Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG in der Türkei - Zugleich ein Beitrag zum Stand des Verbraucherschutzes in der Türkei, ZEuP 2005, 566, 573.

²⁵ 11. Zivilkammer (11 HD), v. 1.5.1998, 1997/10031 E., 1998/2995 K.

²⁶ Das türkische Verbraucherschutzgesetz enthält keine dem § 305 BGB entsprechende Einbeziehungsvorschrift. Die türkische Rechtsordnung ist nicht die einzige, die keine ausdrückliche Einbeziehungskontrolle enthält. Auch in Frankreich und Österreich wird diesbezüglich auf das allgemeine Vertragsrecht zurückgegriffen. Für das französische Recht s. *Nobis*, Steffi, Missbräuchliche Klauseln in Deutschland und Frankreich, Baden-Baden 2005, 488; für das österreichische Recht s. *Kiendl*, Doris, Unfaire Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Wien 1997, 105 ff.

nicht zu einer Inhaltskontrolle. Nach dem allgemeinen Vertragsrecht entfalten AGB erst dann rechtliche Verbindlichkeit, wenn sie durch die Willenserklärung beider Vertragsparteien zum Bestandteil des Vertrages gemacht wurden. Zum Vertragsschluss sind die übereinstimmenden gegenseitigen Willenserklärungen der Vertragsparteien erforderlich. Diese können ausdrücklich oder stillschweigend erklärt worden sein,²⁷ sofern keine gesetzlichen Formvorschriften bestehen und die Parteien auch keinen Formvorbehalt vereinbart haben.

Die ausdrückliche Einbeziehung von AGB liegt dann vor, wenn die Parteien mündlich oder schriftlich durch Unterschrift auf das Vertragsformular hingewiesen wurden, die AGB auf dem der Standardvertrag abgedruckt sind oder sich wenigstens ein Hinweis auf die Geltung des Standardvertrages besteht. Hat der Verbraucher den Standardvertrag durch eine Erklärung akzeptiert, ohne sich um den Inhalt gekümmert zu haben, so gilt der allgemeine, aus dem Vertrauensprinzip abgeleitete Grundsatz, wonach die Unterschrift eine nicht gelesene Urkunde grundsätzlich verbindlich macht.²⁸ Für den geschäftlich nicht erfahrenen Verbraucher ist es nicht selbstverständlich, dass der Standardvertrag, auf den Bezug genommen wird, jeweils Vertragsinhalt wird. Deshalb soll bei einem Verbraucher nur ausnahmsweise davon ausgegangen werden, er hätte Kenntnis von Bestand und Verbindlichkeit der AGB haben müssen. Eine bloße Aushändigung oder Übersendung der Vertragsklauseln darf daher nicht genügen. Der Hinweis ist selbst dann erforderlich, wenn der Verbraucher weiß, dass sein Vertragsgegner Verträge grundsätzlich nur anhand von AGB abschließt.

Für die Einbeziehung von AGB in den Vertrag ist es auch wichtig, dass die AGB formal mühelos lesbar sind. Nach Art. 6/A,

²⁷ *Schönenberger/Jäggi*, Art. 1 Anm. 451 ff.; *Kramer*, Ernst, Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Obligationenrecht, Bd. VI, Bern 1986, Art. 1 Anm. 188 ff.; *Bauer*, Walo, Der Schutz vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) im schweizerischen Recht, Zürich 1977, 41f.; *Oğuzman/Öz*, 22.

²⁸ *Giger*, (Geltungs-), 55; *Kramer*, Art. 1 Anm. 190.

6/B, 6/C, 7, 9, 9/A, 10, 10/A und 11 A TKHK müssen die AGB in schriftlich gestalteten Verbraucherverträge mindestens in zwölf Punkt großen Buchstaben Fett abgedruckt sein. Dass die Vertragsklauseln verständlich sein müssen, ergibt sich aus dem Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 DV. Danach müssen die Vertragsklauseln klar und verständlich abgefasst werden, so dass der Verbraucher sie verstehen kann.

IV. Inhaltskontrolle

Das eigentliche Kernstück der AGB-Regelung des TKHK bilden die Vorschriften über die Inhaltskontrolle. Die türkischen Gerichte hatten bisher eine Inhaltskontrolle hauptsächlich anhand der allgemeinen Bestimmungen des türkischen Zivilgesetzbuchs und Obligationengesetzbuchs durchgeführt. Besondere Regeln zur Auslegung speziell für Standardverträge wurden in der türkischen Rechtsprechung nicht entwickelt. Ebenso wie im schweizerischen Recht²⁹ wurden auch im türkischen Recht Standardverträge bezüglich des Zustandekommens grundsätzlich nicht anders behandelt als Individualverträge,³⁰ weshalb sie anhand des konkret-individuellen Maßstabs geprüft wurden.³¹ Es fanden die für alle

²⁹ *Schönenberger/Jäggi*, Art. 1 Anm. 490; *Merz*, Kommentar zum schweizerischen Zivilrecht, Zivilgesetzbuch, Einleitung, Bern 1962, Art. 2 Anm. 171; *Kramer*, Art. 1 Anm. 218; *Bauer*, 48; *Baudenbacher*, Carl, Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1983, 258 f. *Forstmoser*, Peter, Gesetzgebung und Gerichtspraxis zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Schweiz – Eine Standortbestimmung (Gesetzgebung), in: *Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis* (Hrsg.) Giger/Schluep, Zürich 1982, 23, 49.

³⁰ *Akınal*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im türkischen Recht, in: *Verbraucherschutz in Österreich und in der Türkei*, Istanbul 1983, 11 f.; *Havutçu*, 150.

³¹ Abweichend von ihrem schweizerischen Vorbild leitete die türkische Praxis bezüglich der Standardverträge aus dem allgemeinen Grundsatz des Art. 2 Abs. 1 MK (Art. 2 ZGB) eine Ermächtigung zur Inhaltskontrolle ab und forderte dafür keinen Rechtsmissbrauchstatbestand (Art. 2 Abs. 2 MK), während sich nach schweizerischem Recht eine solche nur aus der speziellen Norm des 2 Abs. 2 ZGB ergibt. *Merz*, *Massenvertrag*, 336. A.A. *Havutçu*, Nach Verfasserin sollen Standardverträge wie im deutschen Recht generell-abstrakt ausgelegt werden.

Verträge geltenden Prinzipien der Vertragsauslegung Anwendung. Standardverträge konnten rechtliche Verbindlichkeit erst dann entfalten, wenn sie durch die Willenserklärung beider Vertragspartner zum Bestandteil eines Einzelvertrages gemacht wurden (Art. 18 BK)³². Ob Willensübereinstimmung gegeben war, musste nach dem „Vertrauensprinzip“ (*güven teorisi*)³³ ermittelt werden.³⁴ Der Richter hatte also zu prüfen, wie der Empfänger einer Erklärung diese nach Treu und Glauben unter Würdigung alle ihm erkennbaren Umstände verstehen durfte und verstehen musste. Die Auslegung hatte somit in jedem Fall nach den konkret-individuellen Umständen des Vertragsschlusses zu erfolgen.

Nach geltendem Gesetz ist der Ausgangspunkt der Inhaltskontrolle die Generalklausel des Art. 6 Abs. 1 TKHK, nach

Havutçu, 150 vd.; Gl. M. *Bahtiyar*, Mehmet, Genel İşlem Koşullarına Karşı Tüketicinin Korunması, *Yargıtay Dergisi Ocak-Nisan 1996*, Bd. 1-2, 76, 95

³² Das Problem der Vertragsauslegung knüpft im türkischen Vertragsrecht an die Norm des Art. 18 BK an, deren Marginale in ganz allgemeiner Formulierung von der Auslegung der Verträge spricht. Diese Norm bezweckt, dass bei der Beurteilung eines Vertrages nach Form und Inhalt der übereinstimmende wirkliche Wille und nicht die Bezeichnung oder Ausdrucksweise zu beachten ist. Neben dem Wortlaut einer Willenserklärung hat der Richter auch den Gesamtzusammenhang, dh. alle Umstände zu berücksichtigen.

³³ Das Vertrauensprinzip findet seine theoretische Grundlage in dem Gebot von Treu und Glauben des Art. 2 Abs. 1 MK.

³⁴ *Jaggi/Gauch*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Zürich 1980, Art.18 Nr. 419 vd.; *Koller/Schnyder/Druey*, in: *Guhl*, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., § 12 Nr. 31; *Von Tuhr/Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 1, 3. Aufl., Zürich 1979, Bd. I, § 34, s. 286 vd.; *Bauer*, 48; *Forstmoser*, (Gesetzgebung), 49 f.; *Giger*, Hans, Grundsätzliches zur Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen in den Einzelvertrag, in: *Allgemeine Geschäftsbedingungen in Doktrin und Praxis (AGB)*, Hrsg. *Giger/Schluemp*, Zürich 1982, 59, 63; 10; *Forstmoser*, Die rechtliche Behandlung von AGB im schweizerischen und deutschen Recht, in: *Festgabe Max Kummer*, Bern 1980, 99, 131; 131; BGE 69 II 319, BGE 120 II 237; BGE 122 III 420; BGE 124 III 266; *Feyzioğlu*, Necmeddin F., *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Istanbul 1976, 356; *Tekinay*, Selahaddin Sulhi, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Istanbul 1979, 150; *Oğuzman/Öz*, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 5. Aufl., Istanbul 2006, 61 ff.; *Eren*, Fikret, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 9. Aufl., Istanbul 2006, 142; *Yargıtay HGK 3/4/1963 tarih 2/93 E.*, 29 K.).

der eine nicht im Einzelnen ausgehandelte Vertragsklausel als missbräuchlich anzusehen ist, wenn sie entgegen dem Gebot von Treu und Glauben (*iyi niyet kuralları*)³⁵ zum Nachteil des Verbrauchers ein Ungleichgewicht der vertraglichen Rechte und Pflichten verursacht. An dem konkret-individuellen Prüfungsmaßstab des türkischen Rechts ändert auch Art. 6 Abs. 1 TKHK nichts. Dieser bestimmt den Maßstab der Inhaltskontrolle in Form einer Generalklausel, die sich wie die RL EWG/93/13 am Gebot von Treu und Glauben orientiert, und verlangt ein „Ungleichgewicht der vertraglichen Rechte und Pflichten zum Nachteil des Verbrauchers“. Die Einzelheiten der Inhaltskontrolle, die zur Konkretisierung der Generalklausel dienen, werden in der Durchführungsverordnung (DV)³⁶ geregelt.³⁷

³⁵ Der türkische Gesetzgeber hat in Art. 6 Abs. 1 TKHK den Begriff des „guten Glaubens“ (*iyi niyet*) statt „Treu und Glauben“ (*dürüstlük*) verwendet. Die Verwirrung zieht sich durch die DV, während Art. 2 DV von „Treu und Glauben“ spricht, spricht Art. 4 d DV von „gutem Glauben“. Doch gibt es im türkischen Recht beide Rechtsinstitute. Diese Verdrehung ist auf einen historisch bedingten Fehler des Gesetzgebers zurückzuführen. Die a.F. des türkischen Zivilgesetzbuchs (MK) verwendete sowohl für das in Art. 2 Abs. 1 MK enthaltene Rechtsinstitut „Treu und Glauben“ als auch in das Art. 3 MK enthaltene Rechtsinstitut „Guter Glaube“ den gleichen Begriff „*hüsniniyet/iyi niyet*“, obwohl beide Rechtsinstitute unterschiedliche Funktionen aufweisen. Während Art. 2 MK verhindern will, dass ein Missverhältnis zwischen wahrer Berechtigung und bloßem Rechtsschein überhaupt entstehen kann, hilft Art. 3 MK die Folgen zu beheben, wenn es trotzdem dazu gekommen ist. Art 2 Abs. 1 MK wirkt nur quasi individuell-konkret, während, Art. 3 MK generell-abstrakt jedermann schützt, der auf einen falschen Rechtsschein vertraute (*Baumann*, in: Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Zürich 1998, Art.3 Anm. 13 f.; *Akyol*, Şener Dürüstlük Kuralı ve Hakkın Kötüye Kullanılma Yasağı, İstanbul 2006, s. 11 f.) Um diese beiden unterschiedlichen Rechtsinstitute auseinander halten zu können, wurde in der Praxis letzterer als „*subjektif iyi niyet*“ und der Erstgenannte als „*objektif iyi niyet*“ bezeichnet. In der n. F. des türkischen Zivilgesetzbuch (In Kraft getreten am 8. Dezember 2001) wurde dagegen Treu und Glauben in „*dürüstlük kuralı*“ und „guter Glaube“ in „*iyi niyet*“ umbenannt. Gemeint wird also in Art. 6 TKHK nicht „guter Glaube“ (*iyi niyet*) nach Art. 3 MK sondern „Treu und Glauben“ (*dürüstlük*) nach Art. 2 Abs. 1 MK.

³⁶ Tüketici Sözleşmelerindeki Haksız Şartlar Hakkında Yönetmelik RG von 13.06.2003, Nr. 25137.

Bei der Prüfung der einzelnen Klausel sollen gem. Art. 6 Abs. 1 DV „alle den Vertragsabschluss begleitenden Umstände“ berücksichtigt werden. Der Begriff „Vertragsabschluss begleitende Umstände“ lässt mehrere Deutungen zu. Er wird aber im TKHK nicht näher erläutert. Anhaltspunkte bieten die Erwägungsgründe der Missbrauchs-Richtlinie. So ist dem 16. Erwägungsgrund der RL EWG/93/13 zufolge insbesondere zu berücksichtigen, welches *Kräfteverhältnis* zwischen den Parteien bestand, ob auf den Verbraucher in irgendeiner Weise eingewirkt wurde und ob die Leistung auf eine Sonderbestellung des Verbrauchers hin erbracht wurde. Das Kräfteverhältnis zwischen den Parteien umfasst alle Umstände darunter auch die bestimmten Eigenschaften des Verbrauchers.³⁸ Es ist somit denkbar, dass die Umstandsprüfung einen Verbraucher sowohl begünstigen als auch belasten kann. Da bei einem erfahrenen Kaufmann oder Juristen die „rollenspezifische Unterlegenheit“ fehlt, kann dies ein Argument gegen die Anwendung von Missbrauchsklausel sein.

Die Definition des Verbraucherbegriffs des Art. 3/e TKHK stellt nicht auf eine bestimmte persönliche Eigenschaft der Beteiligten ab. Das türkische Verbrauchergesetz ist nach ihrem Wortlaut tatbestandlich als typisierende Schutznorm strukturiert. Ziel des TKHK ist es, den typischerweise unterlegenen Verbraucher vor dem regelmäßig überlegenen Verkäufer/Versorger bei missbräuchlichen Klauseln zu schützen.³⁹ Die den Vertragabschluss begleitenden Umstände in Art. 6 Abs. 2 DV

³⁷ Aus rechtstechnischen Gründen wäre es angebrachter diese Klauseln wie in vielen EU-Ländern als Gesetzesnorm zu regeln.

³⁸ *Schmidt-Salzer*, Joachim, Transformation der EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 5.4.1993 in deutsches Recht und AGB-Gesetz: Einzelfragen (Transformation), BB 1995, 1493, 1498.

³⁹ Bezüglich der AGB zielt das deutsche Recht nicht auf den Unterlegenenschutz ab, sondern will auf Vertragsimparität reagieren. (*Hommelhoff/Wiedemann*, Allgemeine Geschäftsbedingungen gegenüber Kaufleuten und unausgehandelte Klauseln in Verbraucherverträgen, ZIP 1993, 562, 571; *Schmidt-Salzer*, (Transformation), 1497; *Ulmer*, Peter, Zur Anpassung des AGB-Gesetzes an die EG-Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, EuZW 1993, 337, 338)

sollen zusammen mit der *ratio legis* des Verbraucherschutzes ausgelegt werden.⁴⁰ Der „klare Wortlaut“ einer Gesetzesnorm hat prioritäre Bedeutung nur dann, wenn er sich mit der *ratio legis* deckt.⁴¹ Das Ziel des türkischen Verbraucherschutzgesetzes ist es einen möglichst umfassenden Schutz der Verbraucher zu erreichen. Der am Unterlegenschutz ausgerichtete Normzweck des Gesetzes muss auch bei der Inhaltskontrolle von missbräuchlichen Klauseln herangezogen werden. Dieser Ausgangspunkt und das Gebot der Rechtssicherheit verlangen, dass Verbraucher nicht nach ihrer persönlichen Eigenschaft unterschiedlich behandelt werden dürfen. Sonst kehrt sich der Verbraucherschutz evidentermaßen gegen jene, die er zu schützen vorgibt. Der konkret-individuelle Prüfungsmaßstab darf nicht dazu führen, den persönlichen Anwendungsbereich des Gesetzes auszudehnen oder einzuschränken. Anderenfalls wäre der Schutzzweck des Verbraucherschutzgesetzes auf ungewollte Weise ausgehöhlt. Werden im Einzelfall damit nicht schutzwürdige Verbraucher geschützt, muss dies aus Gründen Rechtssicherheit hingenommen werden. Folglich ist das Gesetz unabhängig vom eventuellen Fehlen des individuellen Schutzbedürfnisses anzuwenden. Soweit sie als Privatperson für ihre privaten Zwecke handeln, fallen auch der Rechtsanwalt, der Kaufmann, der Arzt, sowie das Vorstandsmitglied einer Aktiengesellschaft in den Schutzbereich des Gesetzes. Ist der Vertragsinhalt der einzelnen Klauseln, für sich genommen ausgewogen und lässt sich kein erhebliches Ungleichgewicht erkennen, so kann sich hieran auch dadurch nichts ändern, dass der Verbraucher im Kräfteverhältnis unterlegen ist.

⁴⁰ Nach *Basedow* können, um ein höheres Schutzniveau zu erreichen, „strengere Bestimmungen“ erlassen werden. Dafür genügt nach dem Wortlaut von Art. 8 RL 93/13 aber nicht die Berufung auf den Zweck der Richtlinie. *Basedow*, Münchener Kommentar, §. 310 Anm. 75.

⁴¹ Es ist Aufgabe der Auslegung, die *ratio legis* zu erforschen. Der Zweck ist ein wichtiges Element für die Auslegung, der unter Umständen zu einer dem Wortlaut gegenüber ausdehnenden oder einschränkenden Interpretation führen kann. *Dürr*, David, Kommentar zum schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung, Art. 1-7, Zürich 1998, Art. 1 Anm. 105 ff.

Ein abstrakt-genereller Prüfungsmaßstab ist dem Verbraucherschutzgesetz nicht völlig fremd. Im Verbandsklageverfahren (Art. 8 DV) kommt nach der Natur der Sache nur eine generell-abstrakte Beurteilung in Betracht, da hier kein konkreter Vertrag zur Diskussion steht. Im Verbandsklageverfahren werden vielmehr überindividuelle Interessen wahrgenommen.

V. Unlauterkeit einer Vertragsklausel

Das TKHK nennt drei Elemente, welche zusammen die Unlauterkeit einer Vertragsklausel ausmachen: Eine Vertragsklausel ist nach dem Art. 6 TKHK dann als missbräuchlich aufzufassen, wenn sie *entgegen Treu und Glauben* zum *Nachteil des Verbrauchers* ein *Ungleichgewicht* der gegenseitigen Rechte und Pflichten des Verbrauchers verursacht. Es unterscheidet sich hier von der Richtlinie dadurch, dass es nur ein „Ungleichgewicht“ (*dengesizlik*) verlangt. Die Richtlinie spricht demgegenüber von einem „erheblichen Ungleichgewicht“. Das TKHK setzt damit die Schwelle des Ungleichgewichts niedriger als die Richtlinie.⁴² Das Fehlen dieses Beurteilungsmaßstabs bedeutet jedoch nicht, dass jegliches Ungleichgewicht eine Missbräuchlichkeit darstellt.⁴³ Der türkische Gesetzgeber stellt nicht allein auf das Ungleichgewicht der vertraglichen Rechte und Pflichten zum Nachteil des Verbrauchers ab, sondern verlangt vielmehr, dass Ungleichgewicht gegen das Gebot von Treu und Glauben verstößt.

Der Grundsatz von „Treu und Glauben“ fungiert seit jeher – insbesondere vor der Einführung spezieller Normen zum Schutz vor missbräuchlichen Klauseln - als Maßstab der Inhaltskontrolle.⁴⁴

⁴² Aus den Gesetzmaterialien ist zu entnehmen, dass der zunächst aufgenommene Begriff „erheblich“ später wieder entfernt wurde. Der Gesetzgeber wollte dadurch verhindern, dass die Rechte von Verbrauchern geschmälert werden. www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem22/yil01/ss61m.htm.

⁴³ A.A. *Atamer* (Yeni Açılımlar), 303.

⁴⁴ Das Kasationsgericht verwendete in seiner früheren Entscheidungen nicht immer den Begriff „Inhaltskontrolle“. Es stützte sich jedoch ausdrücklich auf das

Gemäß Art. 2 TMK hat jedermann bei der Ausübung seiner Rechte und der Erfüllung seiner Pflichten nach Treu und Glauben zu handeln. Das türkische Gebot von Treu und Glauben beruht ebenso wie das gemeinschaftsrechtliche Äquivalent auf dem Vertrauensprinzip.⁴⁵ Daher ist das Gebot von Treu und Glauben in Art. 6 TKHK grundsätzlich dem Gebot von Treu und Glauben des Art. 2 Abs. 1 TMK gleichzustellen und entsprechend auszulegen.

Wie die RL 93/13 schützt auch das TKHK nur den unterlegenen Vertragspartner, der vom Gesetz in Art. 3/e typisierend in der Rolle des Verbrauchers gesehen wird. Der Nachteil muss in der Person des Verbrauchers als Vertragspartner entstehen. Nachteile von Verkäufer/Versorger werden vom Gesetz nicht erfasst. Unter Nachteil des Verbrauchers sind jede Schmälerung seiner Rechte und jede Mehrung seiner Pflichten und Lasten zu verstehen.

Bei der Beurteilung von Treu und Glauben sind auch die weiteren Umstände des Vertragsschlusses zu berücksichtigen. Das ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 DV, wonach die Art der Güter oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrags sind, ebenso berücksichtigt werden müssen, wie alle den Vertragsabschluss begleitenden Umstände und alle anderen Klauseln desselben Vertrages oder eines anderen Vertrages, von dem die Klausel abhängt. Außerdem verweist Art. 5 Abs. 4 DV auf den Anhang der DV, der eine als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste

Prinzip von "Treu und Glauben" (*doğruluk ve güven*) in Art. 2 Abs. 1 MK. 13. Zivilkammer (13 HD), v. 18.11.1981, E. 6416, K. 7369; v. 7.4.1981, E. 1045, K. 2514; 11. Zivilkammer (11 HD), v. 26.11.1981, E. 4303, K. 4920. A. A. *Bah-tiyar*, 93; *Havutçu*, 214.

⁴⁵ BGE 69 II 319, BGE 120 II 237; BGE 122 III 420; BGE 124 III 266; *Jäggi/Gauch*, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Band V, Zürich 1980, Art. 18 Anm. 419 ff.; *Koller/Schnyder/Druey*, in: Guhl, Das Schweizerische Obligationenrecht, 9. Aufl., § 12 Anm. 31; *Von Tuhr/Peter*, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Band 1, 3. Aufl., Zürich 1979, Bd. I, § 34, s. 286 vd.; *Bauer*, 48; *Giger*, (AGB), 59, 63; 10; *Forstmoser*, Die rechtliche Behandlung von AGB im schweizerischen und deutschen Recht (Behandlung), in: Festgabe Max Kummer, Bern 1980, 99, 131; 131; *Oğuzman/Öz*, 61 ff.; *Eren*, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9. Aufl., Istanbul 2006, 142.

der Klauseln enthält. Diese Liste ist indirekt ein wichtiges Indiz für die Konkretisierung des Gebots von Treu und Glauben, weil sie bei der Gewichtung der Rechte und Pflichten zur Feststellung des Missverhältnisses als Bewertungsmaßstab dient.

VI. Ausschluss der Inhaltskontrolle

Das türkische Verbraucherschutzgesetz schließt in den folgenden Fällen die Inhaltskontrolle von Einzelvertragsklauseln aus.

Das „Nichtaushandeln“ einzelner Vertragsbestimmungen ist eine der Voraussetzungen der Anwendbarkeit des Art. 6 TKHK, reicht aber alleine nicht aus, um eine Vertragsbestimmung als missbräuchlich zu erklären. Ausgeschlossen ist die im Gesetz vorgesehene Inhaltskontrolle nur, wenn die Klausel von den Vertragsparteien im Einzelnen „ausgehandelt“ (*müzakere edilmiş*) worden ist, der Verbraucher also die reale Möglichkeit gehabt hat, auf ihren Inhalt Einfluss zu nehmen. Das Element des „Aushandelns“ entscheidet darüber, ob die Klausel der Inhaltskontrolle unterworfen wird oder nicht. Es setzt voraus, dass sowohl AGB als auch Individualklausel nicht im Einzelnen ausgehandelt wurden. Das Aushandeln erfordert vor allem, dass der Verbraucher die Regelung in seinen freien rechtsgeschäftlichen Gestaltungswillen aufgenommen hat.

Das TKHK bekennt sich auch zu dem in Art. 4 II RL EWG/93/13 festgelegten Grundsatz, dass das Preis-Leistungsverhältnis keiner gerichtlichen Kontrolle unterliegen soll. Der Ausschluss der Inhaltskontrolle wird aber davon abhängig gemacht, dass die Klauseln klar und verständlich abgefasst sind.

Eine weitere Ausnahme der Inhaltskontrolle bilden die Internationale Übereinkommen. Art. 1 RL EWG/93/13 schließt Vertragsklauseln aus, die auf Bestimmungen oder Grundsätzen internationaler Übereinkommen beruhen, bei denen die Mitgliedstaaten oder die Europäische Gemeinschaft Vertragsparteien sind. Zwar macht der türkische Gesetzgeber von

der Ausnahme keinen Gebrauch, aber er lässt nicht zu, dass die internationalen Übereinkommen der Inhaltskontrolle unterworfen werden. Nach Art. 90 Abs. 1 der türkischen Verfassung haben die verfahrensgemäß in Kraft gesetzten völkerrechtlichen Verträge Gesetzeskraft. Gegen sie kann das Verfassungsgericht mit der Behauptung der Verfassungswidrigkeit nicht angerufen werden.

VII. Transparenzgebot

Das Transparenzgebot spielt im türkischen Verbraucherrecht eine wichtige Rolle. Neben Art. 6 Abs. 1 DV, der eine allgemeine Transparenzregelung enthält, ist Art. 6 Abs. 3 DV zu nennen, der die Kontrolle der Klauseln über Hauptleistung und Preisverhältnis erlaubt. Nach Art. 6 Abs. 1 TKHK müssen alle Vertragsklauseln in *klarer* und *verständlicher* Sprache abgefasst sein, so dass der Verbraucher sie verstehen kann. Aus dem Wortlaut geht hervor, dass die Forderung nach Klarheit und Verständlichkeit für den konkreten Verbraucher nicht nur die Sprache betrifft, sondern die gesamte Art und Weise, wie die Klausel ausgedrückt ist. Art. 6 Abs. 1 sieht keine Regelung darüber vor, in welcher Sprache die Klauseln abzufassen sind. Er geht von dem Ansatz aus, dass der Verkäufer/Versorger grundsätzlich nach dem Gebot von Treu und Glauben verpflichtet ist, dafür zu sorgen, dass jeder konkrete Verbraucher, mit dem er einen Vertrag abschließt, den Inhalt der Klausel verstehen kann. Der türkische Gesetzgeber folgt damit dem konkret-individuellen Ansatz der RL EWG/93/13, und sieht keine bestimmte Sprache vor, sondern verlangt, dass der Verständnishorizont des einzelnen Verbrauchers berücksichtigt wird.

Das Transparenzangebot beruht auf der Überlegung, dass derjenige die etwaigen Unklarheiten tragen müsse, der die undeutliche Formulierung der Klausel zu verantworten hat.

Mehrdeutige Vertragsklauseln sind folglich im Zweifel zuungunsten des Verfassers auszulegen.⁴⁶

Der türkische Gesetzgeber sieht das Transparenzgebot nicht als Einbeziehungsvoraussetzung an, sondern verschafft ihm bei der Inhaltskontrolle Geltung indem Klauseln, die gegen das Gebot der Klarheit und Verständlichkeit verstoßen, als missbräuchlich im Sinne Art. 6 Abs. 1 TKHK eingestuft werden.

Sind Vertragsklauseln unklar und nicht verständlich, so können sie als missbräuchlich angesehen werden. Wenn die Klausel unklar oder nicht verständlich ist, so kommt es auf eine materiell benachteiligende Wirkung nicht an. Die Intransparenz enthält in Art. 6 Abs. 1 DV einen selbständigen Nichtigkeitsgrund. Der Missbrauch liegt in einem solchen Fall in der Wahl der intransparenten Gestaltung, die den Verbraucher in eine nachteilige Position bringt, weil sie ihn über seine Rechte im Unklaren lässt.⁴⁷

Die Nichtigkeit wegen mangelnder Transparenz betrifft nicht nur Klauseln, die Nebenpflichten der Vertragsparteien zum Gegenstand haben, sondern auch Vertragsklauseln, die den Hauptgegenstand des Vertrages, zum Beispiel das Preis-Leistungsverhältnis gestalten. Eine intransparente Klausel ist somit nicht nur in Zweifelsfällen so auszulegen, dass dem Verbraucher günstigeren Bedeutung zum Durchbruch verholfen wird, sondern kann unter Umständen sogar aufgrund ihrer Unverständlichkeit als missbräuchlich und daher nichtig betrachtet werden.

VIII. Rechtsfolgen einer unlauteren Klausel

Die Rechtsfolge einer unlauteren Klausel ist in Art. 6 Abs. 1 (RL EWG/93/13) geregelt, wonach unlautere Klauseln in Verbraucherverträgen für den Verbraucher unverbindlich sind. Die Unverbindlichkeit tritt *ipso iure* ein und sie ist von Amts wegen zu

⁴⁶ Dieser Grundsatz war bis zum Erlass des THKH Nr. 4822 im türkischen Recht nicht allgemein positivrechtlich geregelt.

⁴⁷ Pfeiffer, in: Das Recht der Europäischen Union, Hrsg. GH/Wolf, A 5 Art. 5 Anm. 26.

beachten.⁴⁸ Auch der EuGH spricht sich dafür aus, dass missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen von Amts wegen für ungültig erklärt werden müssen.⁴⁹ Die rechtstechnische Ausgestaltung der Unverbindlichkeit, als die Frage, ob eine solche Klausel für nichtig, unwirksam oder sonst für unverbindlich erklärt wird, bleibt dem Mitgliedstaat überlassen.⁵⁰

Der türkische Gesetzgeber setzt diese Regelung in Art. 6 Abs. 1 TKHK um. Widerspricht eine Vertragsbestimmung einem Tatbestand des Art. 6 Abs. 1 TKHK, ist sie nicht *verbindlich*.⁵¹ Die Rechtsfolgen des Verstoßes richten sich nach Art. 7 DV. Danach erfasst die Nichtigkeit (*butlan*) nur die missbilligte Klausel, der Vertrag bleibt im Übrigen wirksam. Es liegt eine absolute, von Amt wegen (*resen*) wahrzunehmende Nichtigkeit⁵² vor, auf die sich jedermann berufen kann.

Nichtigkeit ist nicht einziger Folge der missbräuchlichen Klausel. So wie Art. 6 I RL EWG 93/13 geht die Durchführungsverordnung im Interesse des Verbrauchers von der Teilunwirksamkeit des Vertrages aus. Gemäß Art. 7 DV bleibt der Vertrag für beide Parteien bindend, wenn er ohne die missbräuchlichen Klauseln bestehen kann.⁵³ Daher ist der Vertrag durch die Nichtigkeit einzelner Klauseln nicht zur Gänze aufgelöst,

⁴⁸ Pfeiffer, GH/Wolf, A 5 Art. 6 Anm 6; Kapnopolou, 151; Wolf/Horn/Lindacher, AGB-Gesetz, 4. Aufl., 1999 Köln, RiLi Art. 6 Anm. 4.

⁴⁹ EuGH-Entscheidung Océano –Quintero vom 27.6.2000, C-240-244/98.

⁵⁰ Pfeiffer, GH/Wolf, A 5 Art. 6 Anm. 1; Wolf/Horn/Lindacher, RiLi Art. 6 Anm. 4.

⁵¹ Der von Art. 6 Abs. 1 Richtlinie EWG 93/13 wörtlich übersetzte und in Art. 6 TKHK aufgenommene Begriff „unverbindlich“ ist dem türkischen Zivilrecht fremd. Der Gesetzgeber konkretisiert diesen Begriff in Art. 7 DV und erklärt missbräuchliche Klauseln für „nichtig (*batıl*)“. Zwar spricht der Gesetzgeber im zweiten Satz derselben Vorschrift diesmal von der Unwirksamkeit, meint jedoch damit die Nichtigkeit.

⁵² Oğuzman/Öz, 137; Eren, 300 f.

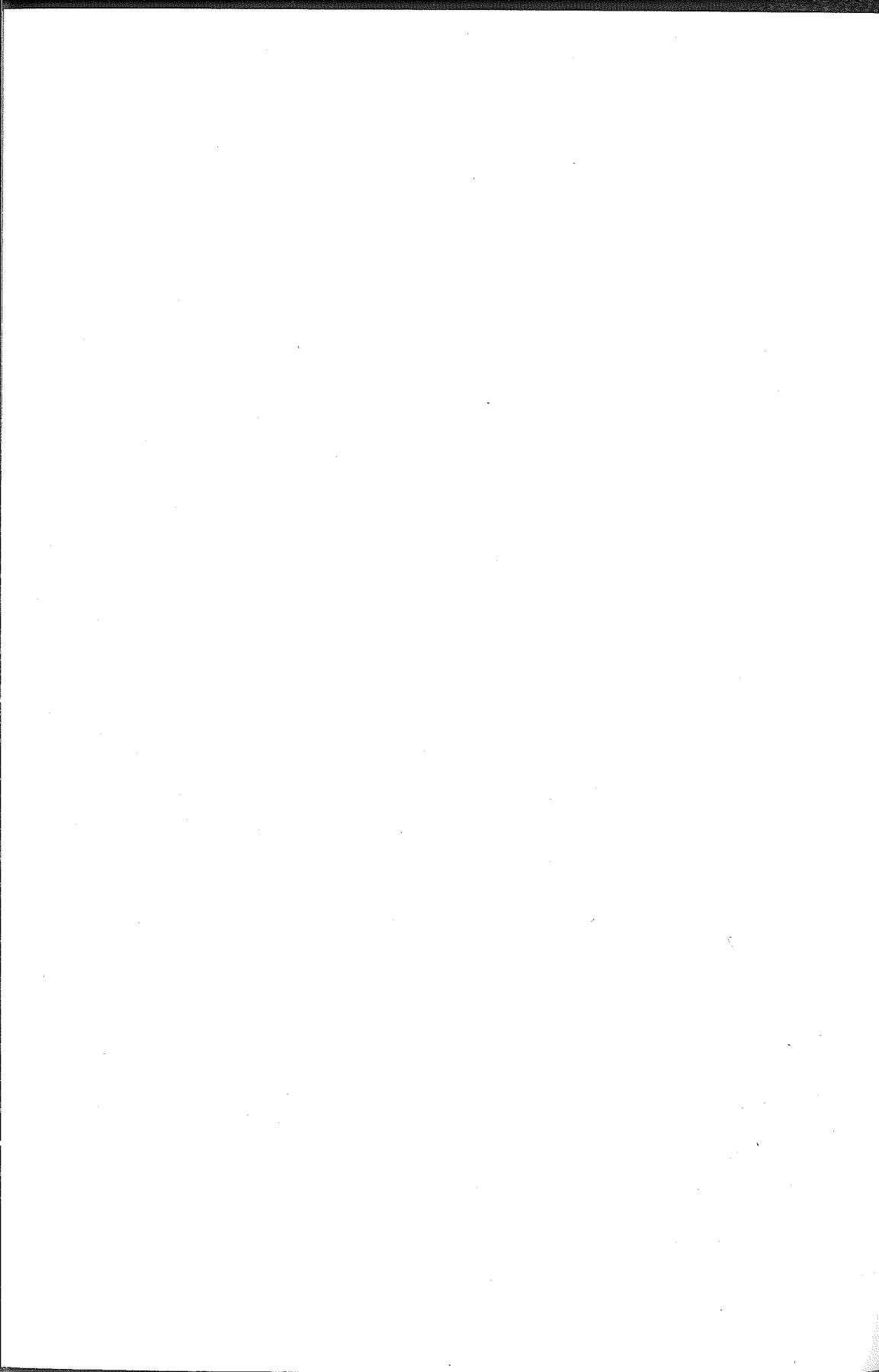
⁵³ Art. 7 DV lautet: *Unlautere Bedingungen, die vom Verkäufer, Versorger oder Kreditgeber beim Vertragsabschluss mit einem Verbraucher verwendet werden, sind nichtig. Der Restvertrag bleibt bestehen, wenn der Vertrag auch ohne die nichtigen Bestimmungen durchgeführt werden kann.*

sondern im Zweifel mit seinem restlichen Inhalt gültig, soweit ein sinnvoller Vertragsinhalt bestehen bleibt.⁵⁴ Wenn der Vertrag bei Wegfall der missbräuchlichen nicht durchgeführt werden kann bzw. ohne die missbräuchlichen Klauseln nicht fortbestehen könnte, tritt die Gesamtnichtigkeit.

Art. 7 DV sieht die grundsätzliche Verbindlichkeit des Restvertrages vor, enthält jedoch keine Bestimmung darüber, welche Regelungen an die Stelle der nichtigen Klausel treten soll. Da auch die Richtlinie diesbezüglich eine Lückenfüllung nicht ausdrücklich vorsieht, ist es wiederum in das Ermessen der Mitgliedstaaten gestellt, ob und wie eine Lückenfüllung erfolgt.⁵⁵ Die Klausel soll anhand der im Gesetz gegebenen Kriterien auf die Missbräuchlichkeit hin geprüft und gegebenenfalls für nichtig erklärt werden. Ob das der Fall ist, hängt aber nicht davon ab, ob etwas und wenn ja was an deren Stelle tritt. Entweder ist die Klausel missbräuchlich und deshalb nichtig, der Restvertrag kann dagegen ohne diese missbräuchliche Klausel bestehen oder aber der Restvertrag kann ohne sie nicht bestehen und er ist vollständig nichtig. Der Restvertrag kann nicht durch eine geltungserhaltende Reduktion oder modifizierte Teilnichtigkeit dahingehend ergänzt werden, dass er erst nach der Ergänzung ohne den nichtigen Teil bestehen kann.

⁵⁴ Die Rechtsfolgen der Nichtigkeit eines Vertragsteils ergeben sich nach dem türkischen Obligationenrecht aus Art. 20 Abs. II BK, der lautet: „*Betrifft aber Mangel bloss einzelne Teile des Vertrages, so sind nur diese nichtig, soweit nicht anzunehmen ist, das er ohne den nichtigen Teil überhaupt nicht geschlossen worden wäre.*“

⁵⁵ Pfeiffer, GH/Wolf, A 5 Art. 6 Anm. 8; Wolf/Horn/Lindacher, Art. 6 RiLi Anm. 7.



TÜKETİCİNİN KORUNMASI HAKKINDA KANUNUN BORÇLAR KANUNUNA VE TÜRK TİCARET KANUNUNA YANSIMALARI

Yard. Doç. Dr. Melek Bilgin YÜCE*

Borçlar Kanunu (BK), temel olarak, eşitler arasındaki işlemleri düzenleme amacını taşımaktadır. Bu kanunun bakış açısı, kanunda düzenlenmiş olan sözleşmelerin eşit şartlarda bir araya gelmiş kişiler tarafından akdedileceğinden, sözleşme şartlarının herhangi bir tarafın haklarını çok zedeleyici nitelikte belirlenmeyeceği şeklindedir. Bu bakış açısıyla ortaya çıkan kurallarımızdan biri olan irade serbestisi, daha yaygın kullanılan adıyla sözleşme serbestisi, borçlar hukuku alanında en temel ilkelerden biridir. Türk Ticaret Kanunu (TTK) da aynı bakış açısına sahiptir; ancak bu sefer işler ticarî hayatı ilgilendirmektedir.

Hâl böyle olmakla birlikte, tamamen de serbestî tanınmamakta; kamu düzeni, ahlaka aykırılık gibi temel durumlara bağlı olarak çeşitli sınırlamalar getirilmektedir. Ancak bu sınırlamaların varlığı, temeldeki serbestinin hâkimiyetini zedeler nitelikte değildir. Ayrıca bu sınırlamalar tarafların eşit olmamasına dayalı sınırlamalar niteliğinde olmayıp, genel kurallardır.

Kanunda öngörülen bazı geçersizlik hâlleri ise, normalde eşit olması gereken sözleşme taraflarının bazı şartların varlığı hâlinde eşit olamayabileceği esasına dayalı olarak öngörülmüştür. Örneğin, gabin, kira sözleşmesinde ve hizmet sözleşmesinde yer alan nisbî emredici nitelikteki hükümler, taksitli satımdaki muacceliyet şartı,

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi.

hem TTK'da hem de BK'da düzenlenmiş haksız rekabete ilişkin hükümlerin altında yatan düşünüş, artık eşitler arası işlemde ayrılmaktadır. Yaşam tecrübelerine dayalı olarak bazı ilişkilerde tarafların eşit pazarlık yapma imkânına ya da eşit bilgiye, deneyime sahip olamayacağını düşünen kanun koyucu, bu tür hükümlerle zayıf tarafı korumayı amaçlamaktadır.

İşte Borçlar Kanunu sisteminde istisna niteliği taşıyan bu bakış açısı, konumuzu oluşturan Tüketicinin Korunması Hakkındaki Kanunun (TKHK) temel bakış açısıdır.

Ben tebliğimde, TKHK'nın BK'na ve TTK'na yansımalarının neler olduğunu, anahatlarıyla irdelemeye çalışacağım. Bu çerçevede öncelikle bu üç kanunun uygulama alanlarını ayırmak gerekir. Bu tespitin yapılmasından sonra, genel olarak TKHK'daki özel düzenlemelerin, bu iki kanunda yer alan genel nitelikteki ilkelere etkisi değerlendirilecek; bu genel değerlendirmenin ardından, TKHK'da yer alan bazı düzenlemelerin yine bu iki kanunda yer alan özel bazı düzenlemelerle bağlantıları irdelenecektir.

Konuların içeriklerinin diğer konuşmacılar tarafından açıklanmış olmasına bağlı olarak, bu tebliğde kurumların ayrıntıları girilmeyecek; sadece farklılıkların anılması ile yetinilecektir.

I- İLGİLİ KANUNLARIN UYGULAMA ALANLARI

Bu ayrımın ölçütlerini, elbette özel kanun niteliğindeki TKHK'nda bulacağız. Bir başka deyişle, TKHK'nın kapsamını belirlediğimiz noktada, diğer kanunların uygulama alanları da ortaya çıkmış olacaktır.

Bu çerçevede genelde dört unsurun varlığı söylenmektedir:

- İvazlı bir sözleşme var olmalı,
- Satıcı bu sözleşmeyi ticarî veya meslekî faaliyetleri çerçevesinde yapmış olmalı,
- Sözleşme taraflarından biri tüketici olmalı,
- Tüketici ticarî veya meslekî amaçla mal edinmiş olmamalı.

Ancak kanımızca, bu unsurlar temelde iki kritere bağlıdır: Sözleşmenin taraflarının kim olduğu ve anılan işlemi hangi amaçla yaptıkları. Bu bağlamda bir işlemin TKHK'ya tabi olabilmesi için;

a) *Sözleşmenin bir tarafı mevcut sözleşmeyi ticarî veya meslekî faaliyeti kapsamında yapan satıcı/sağlayıcı olmalı,*

Bir işlemin tüketici işlemi sayılıp TKHK'ya tabi tutulabilmesinin ilk boyutu, malı kimin sattığıdır. Her ne kadar ilk olarak tüketicinin, yani maldan ya da hizmetten kimin yararlandığı açıklanıyorsa da, kanımızca asıl önemli olan, bu malın veya hizmetin kimin tarafından verildiği hususu, karşıdaki kişiye "tüketici" sıfatını kazandırmaktadır. Bu nedenle ilk unsur, malı satan veya hizmeti veren kişinin bu işi ne amaçla yaptığıdır.

Buna göre, sözleşmenin satıcı sıfatını taşıyan tarafın veya vekâlet sözleşmesinde vekilin, (tartışmalı olmakla birlikte) müteahhidin bu sözleşmeyi yapma amacı, ticarî veya meslekî faaliyeti çerçevesinde gerçekleştirecektir. Bir başka ifadeyle, geçimini sağlamaya çalışıyor olacaktır.

Elbette bu bağlamda yapılan işlemin ivazlı olması da gerekir. Her ne kadar, bazı ivazsız işlemlerden dolayı verilen (ve öğretide mükellefiyetli bağışlama diye anılan, kupon, puan toplama esaslarına dayalı olarak) ürünlere ilişkin olarak, TKHK uygulanmasının daha doğru olacağı yönünde fikirler varsa da, kanımızca bu gibi ivazsız işlemler TKHK'ya tabi olmayıp, genel hükümlere, bu anlamda BK'ya tabi olmalıdır.

b) *Sözleşmenin diğer tarafı da malı veya hizmeti ticarî veya meslekî amaçla edinmeyen tüketici olmalıdır.*

Kanundaki tanımı ile tüketici, "bir mal veya hizmeti ticarî veya meslekî olmayan amaçlarla edinen, kullanan veya yararlanan gerçek ya da tüzel kişi"dir. Elbette burada belirtilmeyen husus, bu amaçlarla bir malı alan kişinin karşısında, meslek olarak bu işi gerçekleştiren bir kişi olmalıdır. Aksi takdirde, örneğin bir arkadaşının otomobilini, anılan amaçlarla alan kişi, her ne kadar tanıma tıpa tıpa uysa da, tüketici olamayacaktır.

Tüketici kavramı konusunda en çok tartışılan husus, tüzel kişilerin tüketici olması açısından dır. Gerçek kişi tacirlere (TTK m.21/I ile) tanınan ticarî iş karinesinden kurtulma imkânı, tüzel kişi tacirler için, işin niteliği gereği, bulunmamaktadır. Gerçek kişi tacirler, malı veya hizmeti kendi özel ihtiyacı için temin ettiğini söylediği takdirde ya da söylemese bile işin niteliğinden bu durum anlaşılıyorsa, bu durumda ticari iş karinesinden kurtulabilmektedir. Buna bağlı olarak, gerçek kişi tacirlerin, bu imkândan yararlanarak aldıkları mallara veya hizmetlere ilişkin olarak TKHK hükümlerinden yararlanma imkânları var. Ancak diğer işlemleri için ve tüzel kişi tacirlerin yaptıkları işlemler için öğretide ve uygulamada sonu, kanunî bir düzenleme yapılan kadar açık kalacak, bir tartışma var. Örneğin bu kişiler, işçilerinin kullanımı için bir buzdolabı alsalar, işçilerine hizmet verdirtseler, müşterilerinin beklerken oturması için bir oturma grubu alsalar, TKHK'ndan yararlanabilecekler midir? Öğretide migrosun yazarkasa alması hâlinde dahi TKHK'ya tabi olması gerektiğini söyleyen yazarlar olduğu gibi, toplantıda ikram edilmek üzere alınan sodanın dahi TKHK'ya tabi olmadığını savunanlar var. Bunun dışında, her tartışmada olduğu gibi, her durumda alınan malın veya hizmetin ne kadar ticarî faaliyete katkısının var olduğunu araştırarak, orta yol bulmaya çalışanlar da vardır¹.

Benim görüşüm ise, soda eğer masraf olarak işleniyor ve vergisel boyuta taşınıyorsa, artık TKHK kapsamında olamaz. Bir ticaret şirketi de, işlemediği bir masrafi yapamayacağına göre, ters görünümüyle de ticarî faaliyetleri çerçevesinde yapamayacağı bir masrafi muhasebesel olarak gösteremeyeceğine göre, aldığı her mal veya hizmet ticarî işletmesiyle ilgili olacaktır. Bu çerçevede de TKHK'dan yararlanması mümkün olmayacaktır.

Bir tüzel kişi tacir, çalışanlarına eğitim verilmesi amacıyla bir salonla anlaşma yaptığında, bu iş TKHK kapsamında olmayacaktır. Bu durumda BK kapsamında değerlendirilecek bir sözleşme ile

¹ Bu konudaki tartışmalar için bkz. ZEVKLİLER, Aydın: Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, İzmir 1996, s.22 vd.; ASLAN, Yılmaz: Tüketici Hukuku, B.3; Bursa 2006, s.4 vd.; DERYAL, Yahya: Tüketici Hukuku, Ankara 2004, s.42 vd.

karşı karşıya kalacakken, aynı tacir, bu toplantıda kullanılmak, dağıtılmak üzere mal satın aldığı anda, diğer tarafın da tacir sıfatını taşıması hâlinde TTK hükümleri de uygulama alanı bulacaktır. Oysa bir dernek veya vakıf aynı salonu, bir haftalığına okuma yazma öğretme amaçlı kullandığında TKHK hükümlerinden yararlanma imkânı olabilecektir. Benzer bir şekilde, burada olduğu gibi, (her ne kadar Yargıtay aksi görüşte olsa da) bir üniversite aynı salonla, eğitim amaçlı bir toplantı yapmak üzere anlaştığında da TKHK hükümleri uygulama alanı bulacaktır.

II- TKHK'NUN GENEL İLKELER AÇISINDAN ETKİLERİ

1) İrade serbestisi Açısından

Çeşitli görünüşleri olan irade serbestisine birçok hükümlerle sınırlamalar getirilmiştir. Bunlar serbestinin altında ana hatlarıyla belirtilecek²; ayrıntılı açıklamalar daha sonradan çeşitli maddelere bağlı olarak yapılacaktır.

a) Borçlar hukuku sisteminde, dürüstlük kuralı temeline dayalı olarak sözleşme yapması gereken durumlar hariç, kişinin bir sözleşme yapması zorunlu olmadığı gibi, istemediği bir kişi ile de sözleşme ilişkisi içine girmeye zorlanamaz. İrade serbestisinin görünüşlerinden olan *sözleşme yapıp yapmama* ve *sözleşmenin tarafını seçme* konusundaki serbestiler TKHK kapsamında önemini yitirmektedir.

BK'da sistem böyle iken, TKHK m.5 ile aksi yönde bir düzenleme ile, satıcı / sağlayıcı konumundaki kişilere, belli şartların varlığı hâlinde, kendi seçmediği tüketici ile sözleşme yapma zo-

² İrade serbestisi konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. TEKİNAY – AKMAN – BURCUOĞLU – ALTOP: Tekinay Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.7, İstanbul 1993, s.362 vd.; OĞUZMAN – ÖZ: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.5, İstanbul 2005, s.19 vd.; EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, B.8, İstanbul 2003, s.18 vd., s.267 vd.; YAVUZ, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B.6, İstanbul 2002, s.11 vd.

runluluğu getirilmiştir³. Buna göre, “Üzerinde “numunedir” veya “satılık değildir” ibaresi bulunmayan bir malın; ticarî bir kuruluşun vitrininde, rafında veya açıkça görülebilir herhangi bir yerinde teşhir edilmesi hâlinde satıcı bu malların satışından kaçınamaz. Hizmet sağlamada da haklı bir sebep olmaksızın kaçınılamaz.” TKHK’nın 5. maddesi bu hâliyle hem sözleşme yapıp yapmama konusundaki, hem de tarafı seçme konusundaki özgürlüğü, tüketici lehine ortadan kaldırmaktadır.

b) İrade serbestisinin görünülerinden biri olan sözleşmenin türünü ve hükümlerini belirleme serbestisi de, TKHK’nın bazı maddeleriyle zedelenmiştir⁴. Örneğin, tüketici ile yapılan karz akdinde ve taksitli satımdaki temerrüt faizi oranına ilişkin getirilen sınırlamalar (m.6/A ve m.10) vardır. Yine kredi sözleşmelerine ilişkin düzenlemede (m.10’da) yer alan emredici hüküm gereği, kredi sözleşmesi için akdedilen kefalet sözleşmesini, taraflar anlaşarak (BK m.487’de düzenlenen) müteselsil kefalet olarak belirleyememektedir. Emredici hükümle, bu tür kefaletlerin (BK m.486 uyarınca) adı kefalet niteliğinde olacağı kabûl edilmiştir.

Esasen TKHK kapsamında yer alan hükümlerin çoğunluğu, taraflar arasındaki sözleşmenin hükümlerine müdahale niteliğindedir. Normal sistemde bir karz akdi akdetmek için tarafların sadece karza konu miktar üzerinde anlaşmaları, eş deyişle objektif esaslı unsurlar üzerinde anlaşmış olmaları yeterlidir. Taraflar sözleşme görüşmelerine, ikinci dereceden unsur dediğimiz ve sözleşme görüşmelerine taşınmakla subjektif esaslı unsurlar halini alan unsurlar konusunda anlaşmak zorunda değildir. Ancak TKHK’da yer alan maddelerde (örneğin, m.10), sözleşmelerde yer alması zorunlu olan subjektif esaslı unsurlar getirilmiştir.

c) BK m.11’de yer alan şekil serbestisi, TKHK’da bir sürü madde ile neredeyse tersine çevrilmiş durumdadır. Taksitli satış (m.6/A), devre tatil (m.6/B), paket tur (m.6/C), kampanyalı

³ OĞUZMAN - ÖZ, s.20; YAVUZ, s.13.

⁴ YAVUZ, s.14; ZEVKLİLER, s.94 vd.

satış (m.7), tüketici kredisi (m.10) hükümlerinde yazılı şekil şartı bulunmaktadır.

d) Yine TTK'da düzenlenen kambiyo senetleri açısından da iki madde ile sınırlama getirilmiş, hatta kredi sözleşmeleri açısından tamamen geçersizlik hâli yaratılmıştır. Bu düzenleme de ifanın nasıl yapılacağını belirleme konusunda tarafların özgürlüğünü elinden almıştır.

2) AHDE VEFA İLKESİ AÇISINDAN

Söze sadakat adıyla da anılan bu ilkeye göre, bir sözleşme ilişkisi içine giren kişi, sözüne uygun davranmalı ve akde uygun davranışlarda bulunmalıdır. Sözleşmenin tarafları, bu ilkeye ancak karşı tarafın belirli davranışlarına veya sözleşme ile elde edilmek istenen amacın gerçekleşmemesi gibi durumlara bağlı olarak ancak sözleşme veya kanun ile öngörülen hâllerde sözleşme ilişkisinden kurtulabilmektedirler. Bu haliyle BK'da yer alan sözleşmeden dönme ya da sözleşmeyi feshetme hakkı veren düzenlemeler genelde geciktirici şarta bağlı tanınmış bozucu yenilik doğuran haklar niteliğindedir. İki tarafa borç yükleyen akitlerde borçlu temerrüdüne dayalı olarak alacaklının sözleşmeden dönme bu hususta verilebilecek temel örnektir.

Oysa TKHK sisteminde kapıdan satışlarda tanınan "cayma hakkı", esasen ahde vefa ilkesine tamamen ters, iradî şarta bağlı bir bozucu yenilik doğuran haktır. Tüketicinin bu hakkını kullanması için herhangi bir haklı sebebe ihtiyacı bulunmamaktadır. Burada bu hakkın tanınmasının sebebi, tüketicinin fazla düşünmeden, hazırlıksız yakalanarak bu sözleşmeleri yaptıklarıdır.

3) NİSBİLİK AÇISINDAN

Bilindiği üzere borçlar kanununa yansıyan temel ilkelerden bir diğeri borçların nisbîliği ilkesidir⁵. Bir borç ilişkisinin tarafı

⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. OĞUZMAN - ÖZ, s.17 vd.; TEKİNAY - AKMAN - BURCUOĞLU - ALTOP, s.14 vd.; EREN, s.20 vd.

olmayan üçüncü kişi, bu borç ilişkisi ile, (bazı istisnalar dışında, ki onlarda da kabûl etmedike⁶) hak kazanmaları mümkün olmayacağı gibi, borç altına da sokulamayacaklardır. Aynı ilkenin bir başka görünümü de, üçüncü kişinin üstlenmediği bir borcu ihlal etmesinin mümkün olamayacađıdır⁷.

Oysa TKHK, bu konuda da BK'dan bu temel ilkeye çok ciddi boyutta istisnalar getirmiştir. Satımda malın ayıplı olması hâlinde imalatçı üretici, kampanyalı satışlarda bayi, acente, imalatçı üretici, ithalatçı ve bağlı kredi vereni malın teslim edilmemesinden veya ayıplı çıkmasından dolayı müteselsilen sorumlu tutmuřtur⁸. Görüldüğü üzere öngörülen istisnalar, kampanyalı satışta olduğu gibi borçlunun temerrüdü hâlinde olabileceği, ifanın konusu kapsamında kötü ifa niteliği taşıyan ayıba karşı tekeffül borcundan da kaynaklanabilmektedir.

II- TKHK'NİN ÖZEL HÜKÜMLER AÇISINDAN ET- KİLERİ

TKHK'da düzenleme konusu olmuş belli konularda artık BK veya TTK hükmünün uygulanması mümkün olmayacaktır. Özel hükmün bulunmasına bağlı olan bu sonuç, TKHK hükümlerinin birçoğunun emredici nitelikte olmasına bağlı olarak, tarafların anlaşmasına bağlı olarak bertaraf da edilemeyecektir.

⁶ rneğin, BK m.111'da düzenlenen ve nisbiliğe getirilmiş tek istisna olarak kabûl edilen üçüncü kişi lehine akitte dahi, üçüncü kişi kendisine tanınmış olan alacak hakkını kabûl etmeye zorlanamayacağı gibi, üçüncü kişi kabûl ettiğini karşı taraf bildirmedike de vaat ettiren olarak anılan alacaklınmın alacak hakkı üzerinde tasarruf yetkisi devam eder (BK m.111/3). Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. OğUZMAN - Z, s.818 vd.; TEKİNAY - AKMAN - BURCUOğLU - ALTOP, s.218 vd.; EREN, s.1095 vd.

⁷ BK m.41/II düzenlemesinin bu kuralın istisnası olduğu söylense de, bu düzenleme haksız fiil temeline dayalı olarak üçüncü kişinin sorumluluğunu düzenlemektedir. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. OğUZMAN - Z, s.18; TEKİNAY - AKMAN - BURCUOğLU - ALTOP, s.493, 496.; EREN, s.560 vd.

⁸ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ASLAN, s.227 vd.

Bununla birlikte, unutulmaması gereken, TKHK'nın düzenleme konusu yapmadığı hususta genel kanunların uygulama alanı bulacağıdır.

1) Satımda Ayıba Karşı Tekeffül Hükümleri Açısından

Yukarıda TKHK'nın uygulama alanını tespit ederken açıklamaya çalıştığımız üzere, burada tamamen tarafların sıfatlarına ve amaçlarına bağlı olarak hangi kanun hükümlerinin uygulama alanı bulacağı çözülecektir.

Bu husus şema ile anlatıldığında kanımızca sistem daha net görülebilecektir.

Satımın Türü	Satıcı	Alıcı	Mal	Ayıp Konusunda Uygulanacak Hükümler
Ticari satım	Tacir	Tacir	Alıcının ticarî işletmesiyle ilgili	TTK
Adî Satım	Meslekî amacı satım olmayan kişi	Herhangi bir kişi	Herhangi bir mal	BK
TKHK'ya tabî satım	Tacir veya esnaf	Tüketici ⁹	Tüketime tabî mal	TKHK

Bu ayrıma dayalı olarak ayıba karşı tekeffül hükümlerinden yararlanmanın şekli koşullarından olan muayene ve ihbar külfetlerine ilişkin olarak¹⁰, süreler dışında önemli fark, açık ayıplar için

⁹ Alıcı gerçek kişi tacir olduğu ve malı kendi özel ihtiyacı için aldığı takdirde, yine ayıp konusunda TKHK hükümleri uygulanır.

¹⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. YAVUZ, s.98 vd.; DERYAL, s.49 vd.

muayene külfetinin kaldırıldığıнын kabûl edilmiş gibi gözükmektedir. Bunun dışında aşağıda tabloda sınıflandırıldığı gibi, muayene ve ihbarların sürelerinde her bir kanun açısından farklı hükümler söz konusudur.

Ayıbın Niteliği	Muayene Zamanı			İhbar Zamanı		
	BK	TTK	TKHK	BK	TTK	TKHK
Açık Ayıp		2 gün	30 gün	-	2 gün	30 gün
Muayene İle Ortaya Çıkan Ayıp	Der hal	8 gün	30 gün	Derhal	8 gün	30 gün
Kullanmakla Ortaya Çı- kan Ayıp	-			Derhal Her hâlde		
				1 yıl	6 ay	2 yıl

Ayıptan doğan haklar bakımından getirilen bir diğer farklılık da onarım hakkının kabûl edilmiş olmasıdır. Her ne kadar öğretide BK uyarınca da onarım istenmesinin mümkün olduğunu kabûl edenler varsa da, kanımca kanunî düzenlemede yer almayan bu hususun, öğretide ile getirilmesi mümkün değildir¹¹.

Bunun dışında seçimlik haklara ilişkin getirilen sınırlamalar, dönme hâlinde sonuçlar gibi TKHK'da düzenlenmemekle birlikte, uygulanması kanunun ruhunu zedelemeyecek nitelikteki hükümlerin TKHK kapsamında yer alan bir satım sözleşmesine de uygulanacağı açıktır.

BK m.207'de öngörülmüş olan ayıp defii de böyledir. Normal süreler içinde muayene ve ihbar külfetlerini yerine getirmiş olan

¹¹ Şimdi BK tasarısında m.226 ile Borçlar Hukuku sistemine de onarım hakkı getirilmektedir. Tasarı için Bkz. www.kgm.adalet.gov.tr.

alıcı, bu süreler içinde haklarından birini kullanmadığı hâlde, satıcı ona bir dava açtığında bu davada ayıptan doğan hakkını bir yıllık süreye bağlı olmaksızın ileri sürebilmektedir. Bu hakkın, TKHK kapsamında da olduğu kabûl edilmektedir.

BK kapsamında var olan, ayıba karşı tekeffül sorumluluğunun şartlarını gerçekleştirememiş olan alıcının, BK m.96 uyarınca kötü ifadan dolayı hakkının olup olmadığı TKHK açısından da tartışılmaktadır. Ayıp hâlinde hata ve hile hükümleriyle yarışma, tartışmalı olmakla birlikte, özellikle uygulama tarafından burada da kabûl edilmektedir.

2) Hizmetlerde Ayıplar Açısından

Tüketiciye hizmetin hangi sözleşme kapsamında verildiğine bağlı olarak, sonuç farklı olabilecektir. Örneğin, hekimlik, kuaför gibi vekâlet sözleşmesine dayalı olarak verilen hizmetlerde vekilin sorumluluğunu düzenleyen hükümler, ayakkabı boyatma konusunda eser sözleşmesi hükümleri arasındaki farklılıklar gündeme gelecektir. Karma akit söz konusu olduğunda yine farklı olacaktır.

3) Taksitli Satım Açısından

BK'da m.222 vd'nda düzenlenmiş olan taksitli satıma ilişkin hükümler, bir tarafın tanımlarda yer alan şekilde bir satıcı olduğu ve diğer tarafın da tüketici sıfatını taşıdığı taksitli satımlar açısından kısıtlı uygulama alanı bulacaktır. Örneğin, TKHK'da muacceliyet şartları BK ile, satıcının tüm edimlerini ifa etmiş olması şartı dışında, aynı olmakla birlikte; TKHK'ya tabi bir satımda satıcının bu hakkı kullanabilmesi için en az bir hafta mehil zorunluluğu öngörülmüştür.

TKHK'da her ne kadar satıcının sözleşmeden dönme hakkına ilişkin bir düzenleme yok ise de, maddede yer alan "*borçlunun temerrüde düşmesinin hukukî sonuçlarının*" sözleşmede yer alması zorunluluğundan bahsedilmesinden de anlaşılacağı üzere, satıcı aynen ifa talebiyle sınırlı olmayıp, sözleşmeden dönme hakkına da sahiptir. Ancak sözleşmeden dönme hakkını ancak BK'daki taksitli satım için öngörülmüş emredici hükümlere uygun olarak kullana-

bilecek; yoksa TKHK'da bu konuya ilişkin bir düzenleme olmadığını ileri sürerek dilediği koşulları sözleşmeye koyamayacaktır.

4) Vadeden Önce İfa Açısından

Bilindiği üzere BK m.80 ile, vadenin borçlu lehine olduğu karinesine dayalı olarak borçluya borcunu vadeden önce ifa imkanı getirilmiş; ancak bu imkan dolayısıyla da alacaklıya zarar vermek için de ikinci cümle ile, sözleşmede öngörülmemişse veya adet gereği bir uygulama yoksa, borçlu erken yaptığı ifa nedeniyle indirim talep edemeyeceği düzenlenmiştir. TKHK'ya tabi taksitli satımlar ve karz akitleri açısından bu kural artık uygulanamayacaktır. İlgili kurumları düzenleyen m.6/A ve m.10'da satıcının ve kredi verenin indirim yapma zorunluluğu açıkça dile getirilmiştir.

5) Kambiyo Senetleri Açısından

İrade serbestisi açıklanırken de belirtildiği üzere, kambiyo senetleri açısından da TKHK ile sınırlama getirilmiştir. Kredi sözleşmelerinden doğan borçlar için kambiyo senedi düzenleme yasağı getirilmiş; taksitli satımlardan doğan borçlar için ise, her bir taksit için ayrı senet düzenleme zorunluluğu getirilmiştir. Ayrıca taksitli satımdan doğan borç için düzenlenecek senedin sadece nama yazılı olabileceği belirtilmiştir. Bunlar da TTK açısından değerlendirilmesi gereken hükümlerdir.

III- TKHK'NIN GETİRDİĞİ YENİLİKLER

1) Haksız Şartlar

TKHK, yıllardır gündemde olan ve kanunî düzenlemeye konulması gerektiği söylenen genel işlem şartları, katımlı sözleşmelerde yer alan hükümler gibi sözleşmenin zayıf olan tarafını genel çerçevede koruyan bir düzenlemeyi BK ve TTK'dan önce düzenlemiştir. TKHK haksız şartlar başlığı altındaki 6. maddesi ile bu konuda Türk hukukuna bir yenilik getirmiştir.

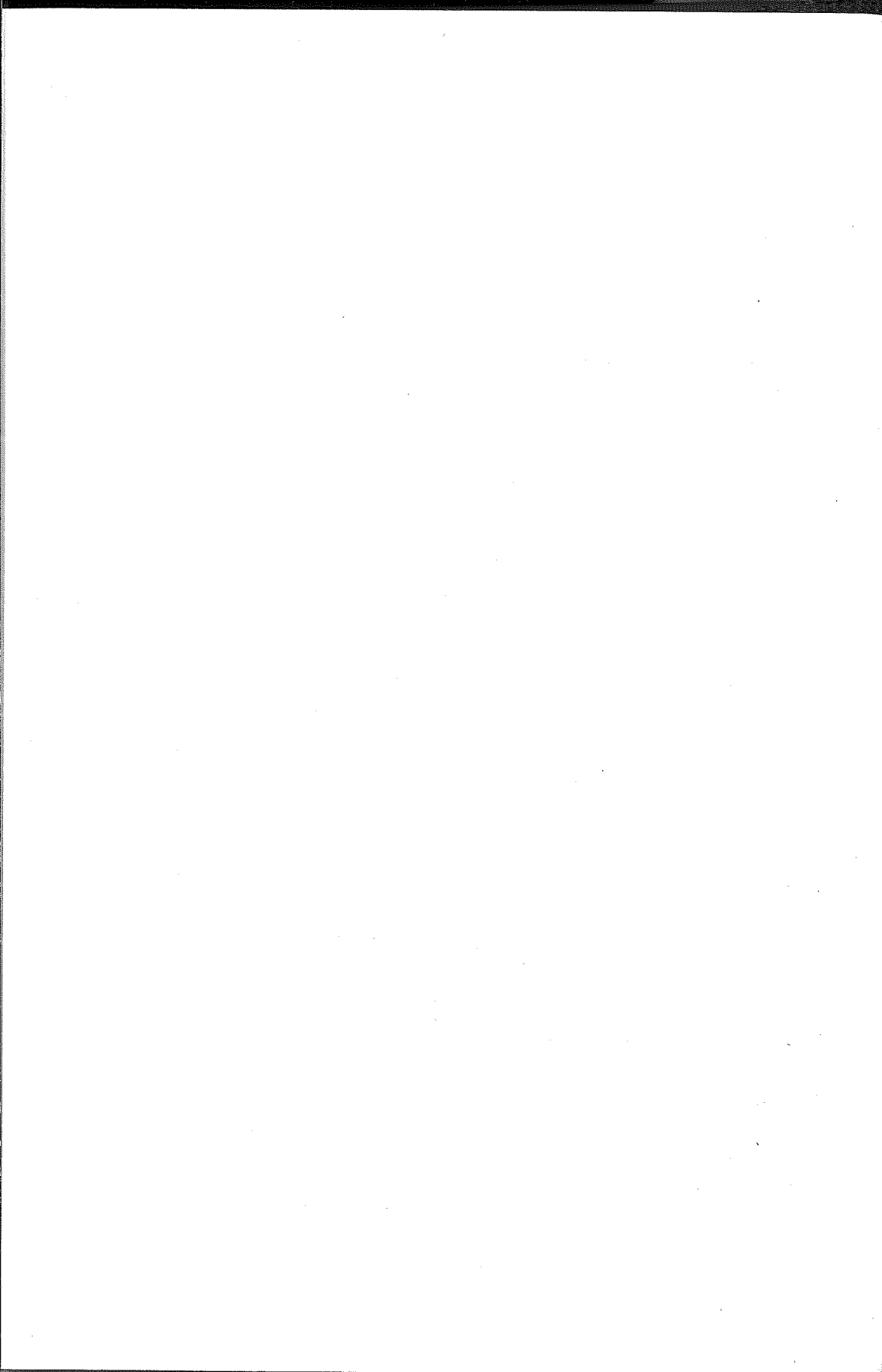
2) Aydınlatma Yükümü

BK sisteminde de söylenmese bile bir sözleşme ilişkisine giren kişilerin sözleşmenin her aşamasında birbirlerini koruma ve aydınlatma yükümlülükleri olduğu kabûl edilmektedir. MK m.2'de yer alan dürüstlük kuralına dayandırılan ve temelde özen yükümlülüğü olarak adlandırılan bu yükümlülüklerin, sözleşme görüşmeleri aşamasında da varolduğu kabûl edilmektedir.

Edim yükünden bağımsız borçlar olarak da adlandırılan bu yükümlülükler¹², BK'da açıkça yer almamışken, TKHK'da defolu mallara ilişkin düzenleme getiren m.4/f.7, çeşitli maddelerde yer alan bilgilerin tüketicide de olmasını sağlamayı hedefleyen maddeler, kapıdan satışlarda satıcının yapması gereken açıklamaları düzenleyen m.9, fiyat etiketi düzenlemesi olan m.12, tanıtma ve kullanma kılavuzuna ilişkin m.14, gibi hükümler genelde bu niteliktedir¹³.

¹² Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. EREN, s.41 vd.

¹³ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. ASLAN, s.78 vd.



DER KONSUMENTENSCHUTZ IN FRANKREICH, ITALIEN UND ÖSTERREICH EIN STRUKTURELLER VERGLEICH

J. Michael RAINER*

I. Frankreich¹

Auch in Frankreich, wie in vielen anderen Ländern, begann eine ausdrückliche Gesetzgebung zugunsten der Verbraucher während der 70er Jahre des 20. Jahrhunderts. Den Anfang machte das Gesetz von 22.12.1972 bezüglich des Haustürgeschäftes. Es folgten Gesetze, die das Verbraucher kreditwesen regeln sollten, auch betreffend die Immobilienkäufe. Ohne größere dogmatische Vorbereitungen – was auch in anderen Ländern zu beobachten ist, und was eine grundsätzliche Schwäche des Verbraucherschutzes nach wie vor darstellt – entwickelte sich eine Rechtsmaterie, die durchaus vom traditionellen Zivilrecht, aber auch vom traditionellen Handelsrecht, das ja grundsätzlich als Unternehmensrecht strukturiert war und ist, verschieden war.

Dies bedeutete von allen Anfang an eine Gegenüberstellung von Unternehmern und Verbrauchern, wobei in der französischen

* Salzburg Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ Als erster und wichtigster Einstieg empfehlen sich die jährlich überarbeiteten kommentierten Ausgaben des Code Civil und Code de la consommation von Dalloz. Es finden sich darin die jeweils letzten Entscheidungen der Rechtsprechung sowie die wichtigste Literatur.

Sauphanar- Brouillard, *L'influence du droit de la consommation sur le système juridique*, Paris LGDJ (2000); D. Mazeaud, *Droit commun des contrats et droit de la consommation*, in: *Nouvelles frontières*, in: *Etudes du droit de la consommation*, liber amicorum J. Calais-Auloy, Paris 2004.

Terminologie *professionel / non-professionel* das Gewicht grundsätzlich auf Personen fällt, die Fachkenntnisse haben und im Rahmen ihrer Fachkenntnisse Geschäfte ausüben und eben Nicht-Fachleuten. Diese Entwicklung wurde keineswegs kritiklos hingenommen, erschien es doch bedeutenden Juristen als ein Abweichen von sinnvoller normativer Tätigkeit zugunsten der Wirtschaft und ihrer Entwicklung zu sein, dem gegenüber die Präferenzierung einer undeutlichen und undefinierbaren Masse von Konsumenten gegenüberstand².

Während die Bewertung des ökonomischen Aspektes durchaus einhellig erfolgt und somit eben das tendenzielle Staatsziel von der Beförderung der Wirtschaft zum Schutz der Verbraucher gerückt sahen, so kann die dogmatische Einordnung durchaus differenziert gesehen werden. Insbesondere bei Rouhette³ handelt es sich beim Verbraucherschutz um nichts Anderes als eine Erweiterung zivilistischer Regeln, im Rahmen der interpretatorischen Möglichkeiten. Insbesondere im Bereich der Wurzelmängel.

Jedenfalls - und auch darauf wurde zurecht hingewiesen - besteht stets die Möglichkeit, wenn ökonomische Prozesse und Weichenstellungen der allgemeinen juristischen Dogmatik und allgemeinen juristischen Prinzipien vorgezogen werden um daraus entsprechende Anlassgesetzgebung zu betreiben, dass bei einem Wechsel ökonomischer Prioritäten der Verbraucherschutz zurückgehen könnte, um eine Bevorzugung der Produktion zu erreichen und dass gegebenenfalls der Konsumentenschutz wieder auf traditionellere Weise im Rahmen der Möglichkeiten der Preisbildung erfolgen könnte, sowie der Gewährleistungshaftung.

Klarerweise konnten all die theoretischen Überlegungen eben gerade wegen der ideologischen Präferenz des Verbrauchers gegenüber dem Produzenten nicht verhindern, dass eine weitere Welle der Gesetzgebung folgte. Die Zersplitterung der Materie

² Malinvaud, La protection du consommateur, in : Recueil Dalloz, 1981, chronique 49

³ Droit de la consommation et théorie générale des contrats, in : Etudes Rodière, 1981, 247 ff.

brachte es mit sich, dass eine allgemeine Diskussion betreffend einer Neufassung begann, die schließlich zu einer Kodifikation führte. Das Gesetz 93/949 vom 26. Juli 1993 führte den *code de la consommation* ein. Der *code de la consommation* ist in fünf Bücher eingeteilt. Das erste Buch betrifft die Informationsrechte des Verbrauchers, sowie das Zustandekommen eines Vertrages. Buch II die Konformität und die Sicherheit der Produkte und Dienstleistungen. Buch III das Kreditwesen, Buch IV die Verbraucherorganisationen und insbesondere die Sammelklagen, Buch V die verschiedenen im Konsumentenschutzes tätigen Institutionen. Dem Vorteil der Systematik des *code de la consommation* steht eine überaus detailreiche und kasuistische Gesetzgebung gegenüber, die insbesondere zu einer intensiven Übertragung verwaltungsrechtlicher Normen in den Konsumentenschutz geführt hat. Freilich, von Vorteil ist der Aspekt einer normativen Vollständigkeit. Freilich, die Verbindung von zivilrechtlichen, unternehmensrechtlichen, prozessualen und verwaltungsrechtlichen Normen führt im französischen Recht dazu, dass zahlreiche insbesondere verwaltungsrechtliche Normen außerhalb des *code de la consommation* verblieben sind und geradezu in einem Annex geführt werden müssen.

Der *code de la consommation* ist die Quintessenz der Verbrauchernormen und er beruht auf der bereits zuvor im Gesetz befindlichen Terminologie *professionnel / non-professionnel*. Zu Recht wurde erkannt⁴, dass die Kodifikation selbst dazu führen musste, dass weitere Normen erzeugt werden und dass sich jedenfalls eine Eigendynamik entwickeln müsse. Durch den *code*, die auf demselben beruhende Rechtsprechung und die Entwicklung eines diesbezüglichen Schrifttums verstärkte sich die Ansicht jener, dass es sich im Falle des Konsumenteschutzes um ein eigenständiges Rechtsgebiet handeln müsse. Die Eigenständigkeit dieses besonderen normativen Gebildes muss dazu führen, detailreich in Lehre und Rechtsprechung das Verhältnis zwischen Verbraucherschutz, Unternehmensrecht und Zivilrecht abzuklären. Der Code de

⁴ J. Carbonnier, Droit civile 4, les obligations, § 6.

la consommation besteht aus Regeln, die auf der Gesetzgebung der EU beruhen, auf nationalstaatlichen privatrechtlichen Gesetzen und aus einer Vielzahl an verwaltungsrechtlichen Vorschriften. Auch weiterhin werden regelmäßig all jene Gesetze, die gemeinhin mit dem Verbraucherschutz in Zusammenhang gebracht werden, und das sind insbesondere jene, die auf einer Richtlinie der europäischen Union beruhen, aber auch privat- und verwaltungsrechtliche, in den *code de la consommation* aufgenommen.

Die Eigenständigkeit des Konsumentenschutzes wird von den einen gelobt, von den anderen kritisiert. Insbesondere die enge Verschränkung von privatem und öffentlichem Recht musste zu neuen, bislang unbekanntem normativen und jurisprudentiellen Verflechtungen führen und insbesondere der Rechtswissenschaft neue Wege eröffnen. Tatsache ist jedenfalls, dass durch die Verselbstständigung des Konsumentenschutzes eine bislang unbekannte neue Kategorie, sowie ein neues sich im Antagonismus befindliches juristisches Begriffspaar: *professionel-consommateur* geschaffen wurde. Auch bislang gab es Sonderbestimmungen für bestimmte Personengruppen, doch diese betrafen rein theoretisch alle Menschen, etwa im Bereiche der Geschäftsfähigkeit. Zu Recht wird in der französischen Lehre moniert, dass die Terminologie *professionnel / non-professionnel* bzw. *consommateur* noch unzureichend definiert ist, handelt es sich doch eher um sozio-ökonomische, denn um juristische Begriffe. Insofern scheint eine Klärung durch die Neufassung des Artikels 2061 des *Code civile* durch das Gesetz vom 15. Mai 2001 erfolgt zu sein, welches die Erlaubtheit der Schiedsklausel auf all jene Verträge ausgedehnt hat, die auf der Grundlage einer professionellen Tätigkeit erfolgten. Hier wird somit nicht länger die Person des Fachmannes in den Vordergrund gestellt, sondern dessen Tätigkeit. Es handelt sich somit zweifellos um eine objektive Interpretation.

Seither herrscht Gewissheit darüber, dass auch ein Fachmann, ein *professionnel*, als *consommateur* auftreten kann. Am 24. 1. 1995 hat der Kassationsgerichtshof entschieden, dass ein Vertrag, der von einem Kaufmann im Rahmen seiner Tätigkeit und für die Notwendigkeit seines Metiers abgeschlossen wurde, nicht unter die

Bestimmungen des Konsumentenschutzes falle⁵. Auf dieser Grundlage hat sich eine ständige Rechtsprechung entwickelt. Häufig ging es dabei darum, dass Güter zur Ausübung des Berufes erworben bzw. diesbezüglich Kredite aufgenommen wurden⁶. Jedenfalls ist der Umstand, ob es sich um einen Vertrag zwischen Professionellem und Verbraucher handelt oder nicht, vom Eingangsgesicht zu prüfen⁷.

Als wesentliches Plus eines eigenen Konsumentenschutzrechtes werden zwei Argumente ins Treffen geführt:

1. Die Produktion und der Vertrieb immer neuerer und zum Teil für den Verbraucher gefährlicher Produkte

2. Immer weiter führende und tatsächlich aggressivere Verkaufsmethoden, die durchaus zu einer Übervorteilung des Verbrauchers führen können.

Negativ wird angeführt, dass es sich oft um populistische Maßnahmen handelt, die ein großes Wählerreservoir zumindest beruhigen sollen. Negativ wird von Seiten der juristischen Dogmatik auch ins Treffen geführt, dass der Konsumentenschutz tendenziell die Gefährdungshaftung zur Grundlage nimmt, diese zugunsten des Konsumenten gebraucht und zum Teil auch missbraucht. Es könne nicht angehen, dass durch eine klare Umverteilung der Risiken zulasten der professionellen Hersteller, Verkäufer, Handwerker aller Art die durchaus alle Menschen betreffenden, üblichen Lebensrisiken verschoben werden. Insofern dürften all jene Recht behalten, die die größte Aufgabe für die Zukunft darin sehen, ein Gleichgewicht zwischen den Interessen der Professionellen und der Verbraucher herzustellen. Diesbezüglich wurde versucht, den Begriff *professionel* einer eingehenderen Analyse zu unterziehen, jedenfalls auch den unternehmerischen Aspekt in den Vordergrund

⁵ Cass. Première civ. 24.1.1995, in: Recueil Dalloz 1995,327 mit einer Kurzbesprechung von Taisant.

⁶ Zuletzt Cass. 2 civ., 18.3.2004.

⁷ Cass. Première Civ., 10.7.2001.

zu stellen, sowie die Tatsache, dass sowohl natürliche wie auch juristische Personen eine derartige Tätigkeit ausüben können⁸.

Die Lehre⁹ unterscheidet sieben Merkmale:

1.) Der *professionel* tritt als solcher auf. Er verkündet öffentlich seine Qualifikation als Fachmann auf einem bestimmten Gebiet. Er erweckt in der Öffentlichkeit zumindest den Anschein die von ihm angebotenen Tätigkeiten ausführen zu können und wirbt auch um Kunden.

2.) Der *professionel* übt eine erlaubte Tätigkeit entweder als Produzent, als Vertreiber von Gütern oder als Anbieter von Dienstleistungen (*services*) aus. Dabei kann es durchaus vorkommen, dass ein *professionel* mehrere Leistungen anbietet. So lassen sich häufig Kombinationen im Bereiche des Kauf – und Werkvertragsrechtes feststellen.

3.) Die von ihm angebotene Tätigkeit wird von ihm üblicherweise auf Dauer angeboten: *profession habituelle*.

4.) Es handelt sich um entgeltliche Leistungen.

5.) Der *professionel* verfügt über eine entsprechende Organisation, über Strukturen, die es ihm ermöglichen, die von ihm angebotenen Leistungen auch zu erbringen. Diese Organisation ermöglicht ihm nicht nur Leistungen zu erbringen sondern sie ermöglicht ihm gleichermaßen, die Vertragspartner, wie Dritte, vor den Risiken und Schäden seiner Tätigkeit zu bewahren¹⁰. Üblicherweise erfolgt die strukturelle Organisation im Rahmen von Unternehmen.

⁸ D. Lochouarn, La Profession, approche juridique de la notion, Thèse Lyon III 1998, J. Paillusseau, Le droit des activités économiques à l'aube du 21 siècle, in: Recueil Dalloz, 2003, chronique 322 ; C. Jamin/D. Mazeaud, Les clauses abusives entre professionnels, *Economica* 1998.

⁹ Droit de la responsabilité et des contrats, Dalloz Action 2006/ 2007, § 3646, Th .Le Tourneau, Responsabilité civile professionnelle, 2.ed Dalloz référence 2005 ; D. Mazeaud, Loyauté, solidarité, fraternité : La nouvelle devise contractuelle ?, in : Mélanges F. Terré (1999) 603ff.

¹⁰ Cass. Première civ. 9.6.1993.

6.) Der *professionel* verfügt über eine entsprechende professionelle Fertigkeit, die aller Regel nach, aufgrund spezieller Ausbildungen sowie der beruflichen Erfahrung beruht. Dadurch ist sein Wissen gegenüber Nichtprofessionellen höher und technischer. Er beherrscht die Techniken seiner Profession und aus diesem Grunde auch die Risiken. Es handelt sich geradezu um einen Initiierten gegenüber einem Profanen.

7.) Der *professionel* befindet sich gegenüber denjenigen, derer er sich zur Erfüllung seiner Leistungen bedient, über eine Autorität. (*autorité sur les personnes*). Das führt zur Unternehmershaftung für Angestellte und Erfüllungsgehilfen jeder Art. Diesbezüglich hat die Vollversammlung des Kassationsgerichtshofes am 25.2.2000 festgestellt (arrêt Costedoat), dass ein Beauftragter (*préposé*), der die Grenzen seines Auftrages (*mission*), der ihm vom Auftraggeber (*commettant*) zugewiesen wurde, nicht überschreitet, nicht aus eigener Verantwortung gegenüber Dritten haftbar gemacht werden kann. Die Vertragsverletzung auf Seiten des *professionel* führt zur Haftung aus dem Vertrag. Dritten gegenüber kann ein derartiges Verhalten zur Deliktshaftung nach den allgemeinen Regeln der Artikel 1382 und 1383 CC führen¹¹.

Bei aller vielfach geradezu politisch auferlegten Beachtlichkeit des Konsumentenschutzes hat die französische Rechtsprechung tatsächlich Schritte in Richtung eines Ausgleiches gesetzt. So wurde beispielsweise festgehalten, dass der *professionel* in Ausübung seines Berufes jedenfalls als Geschäftsführer ohne Auftrag zu behandeln ist, wenn er über die mit dem Vertragspartner vereinbarte Leistung (*mission*) hinaus geht¹².

Selbiger Ausgangsgedanke steht offenbar auch dann als interpretatorische Grundlage Pate, wenn es darum geht, dass der *professionel* im guten Glauben nichtige Verträge ausgeführt hat, auch in diesen Fällen wird Geschäftsführung ohne Auftrag angenommen (*gestion d'affaires*).

¹¹ So Cass. Première civ. 16.12.1992.

¹² In ständiger Rechtsprechung zuletzt Cass. 3. ieme, civ., 8.6.1977.

Im Bereiche der Kaufverträge sowie der Dienstleistungsverträge im weitesten Sinne sieht eine ständige Rechtsprechung vor, dass dem Unternehmer die Gegenleistung bei offenkundiger Unhaltbarkeit und Ungleichheit des wiewohl vereinbarten Preises reduziert werden kann, wie wohl die Leistung selbst perfekt und völlig vertragskonform ausgeführt worden war¹³. Ausgangspunkt dieses „Anpassungsrechtes“ (*réfaction du contrat*) war das Mandat, inzwischen sind sämtliche *professionels* betroffen. Es handelt sich um ein wichtiges Beispiel des richterlichen Mäßigungsrechtes.

1. Die Pflichten der *professionels* (*obligations professionnelles*).

Dabei handelt es sich generell um Pflichten, die dem *professionel* im Rahmen der Ausübung seines Berufes durch das Gesetz, der Rechtsprechung, oder den Bräuchen auferlegt sind. In diesem Zusammenhang interessieren lediglich die Verpflichtungen gegenüber der Öffentlichkeit sowie gegenüber den Vertragspartnern und nicht gegenüber eventuellen Dritten etwa als Mitbewerber.

Daher kann auch unterschieden werden zwischen allgemeinen Verpflichtungen allen gegenüber sowie speziellen Verpflichtungen gegenüber Vertragspartnern. Die allgemeinen Verpflichtungen betreffen insbesondere die Informationspflichten sowie die Verpflichtung niemanden aufgrund der besonderen professionellen Tätigkeit einen Schaden zuzufügen.

Die Informationspflichten allen gegenüber können sich im konkreten Falle bei Abschluss von Verträgen zu konkreten Vertragspflichten, konkreten Vertragspartnern gegenüber umwandeln, wobei auch die vorvertragliche Haftung eine Rolle spielen wird. Die Informationspflichten sind im *Code de la consommation*, im Artikel L. 111/1 ff geregelt. (Im Übrigen ist dieser Artikel des *Code de la consommation* am Artikel 1602 *Code civile* angedockt, somit im Bereiche des Kaufvertrages betreffend die Pflichten der Verkäufer.) Jeder professionelle Verkäufer oder Dienstleistungsan-

¹³ Zuletzt Cass. com. 2.3.1993, *Albiges*, le développement discret de la *réfaction du contrat*, in: *Mélanges H. Cabrillac*, 1999, 3 ff.

bieter muss demnach bevor es zum Vertragsabschluss kommt, dem Verbraucher in die Lage zu versetzen, die wesentlichen Eigenschaften der Güter oder Dienstleistungen erkennen zu können. Ebenso ist der *professionel* angehalten, für den Falle, dass er ein Produkt auf den Markt bringt, den Konsumenten mit all jenen Informationen zu versehen, die geeignet sind, Schaden von diesem abzuhalten und insbesondere ihm die Möglichkeit zu geben, die Risiken abzuschätzen, die während einer normalen Verwendung auftreten können und welche vernünftigerweise vorhersehbar sind, insbesondere dann, wenn diese Risiken nicht unmittelbar einsichtig sind. In diesem Zusammenhang hat der Gesetzgeber unter bestimmten beschränkenden Voraussetzungen auch die vergleichende Werbung zugelassen.

Informationspflichten allgemeiner Art werden auch im Rahmen des Franchisings vom Franchisinggeber gegenüber dem Franchisingnehmer gefordert¹⁴. Der Franchising-Vertrag ist freilich durch mangelnde Informationspflicht nur dann nichtig, wenn dadurch der Wille des Franchisingnehmers wesentlich beeinträchtigt gewesen ist.

2. Die Sicherheitspflichten gegenüber Dritten

Nach einheitlicher Rechtsprechung führt die Übergabe eines gefährlichen Produktes an Vertragspartner dazu, dass Dritten gegenüber eine deliktische Haftung anzunehmen ist¹⁵. Nach Artikel L. 221/1 des *Code de la consommation* müssen jedenfalls alle Produkte und Dienstleistungen in der üblichen Nutzung und unter vernünftigerweise vorhersehbaren Umständen jene Eigenschaften und Sicherheit aufweisen, aufgrund derer man annehmen kann, dass sie die Gesundheit von Personen nicht beeinträchtigt wird.

Des Weiteren ordnet das Gesetz an, dass derjenige, der ein Produkt auf den Markt bringt, sich dauernd über die Entwicklung eines derartigen Produktes zu informieren hat. Er muss sozusagen das Produkt verfolgen können, damit er handeln kann, für den Fall,

¹⁴ Etwa Cass. com. 11.2.2003, sowie Cass. com. 14.1.2003.

¹⁵ In ständiger Rechtsprechung zuletzt Cass. Première civ., 27.1.1988.

dass sich selbiges als gefährlich erweist, sei es, dass er es aus vom Markt nimmt, sei es, dass er es modifiziert.

3. Besondere vertragliche Verpflichtungen

Betrachtet man die besonderen Verpflichtungen, die sich aus dem Vertrag zwischen einem *professionel* und einem Verbraucher ergeben, so findet man auch was das Verhältnis zwischen Professionellen und Verbrauchern anbelangt, an erster Stelle die Informationspflicht. Diese wird jedenfalls weit verstanden und impliziert auch die Verpflichtung auf Seiten des *professionel*, sich selbst umgehend zu informieren, auf dass der Vertragspartner entsprechende Mitteilung erhalten kann¹⁶. Die Beweislast bezüglich der Erfüllung der Informationspflicht trifft den *professionel*¹⁷. Vom Professionell wird weiters aktives Vorgehen verlangt, auf dass der Vertrag zur Ausführung gelangt¹⁸: er hat transparent, ausdauernd und nach Treu und Glauben vorzugehen und schließlich ist durchaus davon auszugehen, dass es einen Ehrencodex¹⁹ der Unternehmer gibt.

Als weiteres wichtiges Argument im Falle eines Vertrages zwischen *professionel* und Verbraucher gilt die Effizienz (*efficacité*). Dabei kommt es natürlich auf ein möglichst effizientes Vorgehen innerhalb des jeweiligen Vertrages aufgrund der jeweiligen Tätigkeit des Professionell an, dessen Kompetenz ergibt sich eben auch aus seinem tatsächlich wirkungsvollen Vorgehen. Darunter fallen insbesondere auch die Anforderungen an den Professionell sich weiterzubilden und auf sein Wissen auf den neuesten Stand zu bringen. Eine wirkungsvolle Ausführung des Vertrages kann in der Schnelligkeit liegen, aber auch einen besonderen Unternehmergeist herausfordern²⁰.

¹⁶ Zuletzt Cass. com. 6.5.2003.

¹⁷ Seit Cass. 1 civ., 25.2.1997 in ständiger Rechtsprechung.

¹⁸ Cass. 1 civ. 23.1.1996.

¹⁹ B. Beignier. L'honneur et le droit 1995.

²⁰ So Cass. Première civ., 1.3.2005.

Alleine aus den Aufzählungen ergibt sich, dass aufgrund der Lehre und Rechtsprechung allgemeine Regeln in Verbraucherverträgen unter dem Blickwinkel nicht des Verbrauchers sondern des professionellen Unternehmers aufgestellt werden konnten, welche zum Teil aufgrund der allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen des Zivil- und Handelsgesetzbuches, zum Teil aufgrund expliziter Aussagen des *Code de la consommation*, zum Teil schließlich auf der Grundlage von Gewohnheiten erfolgt sind.

Zu den ausdrücklich im *Code de la consommation* genannten Rechten wurde die Informationspflicht bzw. das Recht auf Information bereits erwähnt. An mehreren Stellen des *Code de la consommation* ist das Widerrufsrecht/Rücktrittsrecht geregelt. Im Bereiche der Haustürgeschäfte (*démarchage*) sowie des Fernabsatzes (*démarchage par téléphone*) regelt *Code de la consommation*, Artikel L 121/21 und L 121/27 den Widerruf (*renoncer*) in einem Zeitraum von 7 Tagen ab Übergabe der erworbenen Sache (*livraison*). Während dieses Zeitraumes dürfen keine Gegenleistungen gefordert werden, widrigenfalls der Vertrag als nichtig angesehen wird. Wurden die vom Artikel L 121/19 geforderten Informationen nicht erbracht, so erstreckt sich die Widerrufsfrist auf drei Monate. Der Erwerber ist nicht angehalten, den Widerruf zu begründen. Wurden bereits Zahlungen von Seiten des Käufers getätigt, so hat der Verkäufer unverzüglich den Kaufpreis zurückzuerstatten, längstens 30 Tage nachdem der Widerruf erfolgt war. Hinzukommen die gesetzlichen Zinsen (*Code consommation*, Artikel L 121/20/1). Für den Fall, dass eine vereinbarte Übergabe nicht innerhalb von 7 Tagen erfolgt war, kann ebenso das Widerspruchsrecht ausgeübt werden. Beim Haustürgeschäft hat der Erwerber innerhalb von 7 Tagen Zeit, mittels eines eingeschriebenen Briefs, zu widersprechen. Auch im Falle eines jeden Vertrages, den ein Verbraucher hinsichtlich des Kaufes einer Immobilie zu Wohnzwecken abschließt, besteht eine Widerrufsfrist von 7 Tagen (*code de la consommation*, Artikel L 271/1). Die 7-Tagesfrist gilt im Übrigen nicht nur im Falle von Kaufverträgen sondern im Falle von allen Dienstleistungsverträgen,

wenn der professionelle Unternehmer die vereinbarte Erfüllungsfrist um mehr als 7 Tage überschreitet. Dem Verbraucher steht dazu eine Frist von 60 Tagen ab dem genannten Zeitpunkt zu. Der Widerspruch hat jedenfalls schriftlich zu erfolgen. Bei Zugehen (*réception*) des Schriftstückes gilt der Vertrag als aufgelöst, es sei denn, er wurde noch innerhalb des Zeitraumes ab Verschicken und Zugehen des Schriftstückes erfüllt.

Kurz erwähnt sei an dieser Stelle noch die Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44. Die Richtlinie wurde im *Code de la consommation*, Artikel L. 211/1-18 umgesetzt. Die entsprechenden Regeln der Gewährleistung des Code civil sind mit einer einzigen Ausnahme, nämlich der Anpassung der Frist auf zwei Jahre, nicht verändert worden. Es handelt sich um die Bestimmungen der Artikel 1641 CC ff. Die Frist nach Artikel 1648 beginnt mit Entdeckung und Erkennung des Mangels zu laufen und beträgt 2 Jahre. In der vorangegangenen Fassung lautete sie *bref délai*, das bedeutet in einem möglichst kurzen Zeitraum. Die Richtlinie wurde ohne größere Anpassungen im *Code de la consommation* umgesetzt, das bedeutet, dass sie nicht ausgedehnt wurde auf andere Verträge und somit auf die Kaufverträge beschränkt ist und dass die entsprechenden Rechtsbehelfe innerhalb eines Zeitraumes von 2 Jahren ab Übergabe, somit im Unterschied zu den Bestimmungen des Artikels 1648 CC, anzustrengen sind.

II. ÖSTERREICH

Das österreichische Recht kennt ebenfalls ein eigenes Konsumentenschutzgesetz²¹. Dieses wurde im Jahre 1979, somit weit vor Beitritt Österreichs zur europäischen Union im Jahre 1995

²¹ B. Jud, Konsumentenschutz und Rechtsprechung, in: ÖJZ (2004), 241ff; Lurger/Augenhofer, Österreichisches und Europäisches Konsumentenschutzrecht, 2. Aufl. 2008.; H. Koziol, Verbraucherschutz als Selbstzweck oder als Mittel sachgerechter Interessenabwägung, in: FS Mayerhofer (2002) 101ff.; B. Lurger, Integration des Verbraucherrechts in das ABGB, in: Das ABGB auf dem Weg in das 3. Jahrtausend Hrsg. Fischer-Czermak/Hopf/Schauer (2003) 111ff.

eingeführt. Das Konsumentenschutzgesetz hat die Absicht, die Verbrauchergeschäfte zu regeln. Normen sind zum Schutze des Konsumenten eingeführt worden und sind als zwingendes Recht zu verstehen. Von der Struktur her, ist das Konsumentenschutzgesetz in drei Hauptstücke eingeteilt.

Im ersten Hauptstück finden sich in den §§ 1 - 2 Aussagen zum Geltungsbereich und insbesondere auch zur Definition des Verbrauchergeschäftes, das nach § 1 KSchG als Rechtsgeschäft zwischen jemanden, für den das Geschäft zum Betrieb seines Unternehmens gehört und jemanden, auf den das nicht zutrifft. Es ist dabei überaus interessant, dass wiewohl auf der einen Seite der Unternehmer definiert wird, und zwar insofern als er das Rechtsgeschäft als Unternehmer betreibt und zwar im Rahmen seiner geschäftlichen Tätigkeit, der Konsument dahingegen schlicht negativ definiert ist eben als jemand, der kein Unternehmer ist. Das bedeutet grundsätzlich, dass das Konsumentenschutzgesetz nicht anwendbar ist auf Rechtsgeschäfte zwischen Unternehmern und Rechtsgeschäften zwischen Nicht-Unternehmern. Das Gesetz definiert weiters das Unternehmen. Es ist jede auf Dauer angelegte, organisierte, selbständige wirtschaftliche Tätigkeit, mag sie auch nicht auf Gewinn gerichtet sein.

In den §§ 3 - 14 sind allgemeine Bestimmungen normiert. Von besonderer Bedeutung ist in diesem Zusammenhang das Rücktrittsrecht in § 3. Grundsätzlich hat ein Verbraucher dann ein Rücktrittsrecht, wenn er seine auf den Vertragsabschluss gerichteten Erklärungen nicht in dem vom Unternehmer für seine geschäftlichen Zwecke dauernd benützten Räumen abgegeben hat. (§ 3 Abs. 1 KSchG). Der Verbraucher ist dann freilich nicht geschützt, wenn er die geschäftliche Verbindung selbst angebahnt hat²². Das Rücktrittsrecht ist innerhalb einer Frist von 7 Tagen ab Ausfolgung der Vertragsurkunde auszuüben. Wurde freilich keine Urkunde ausgehändigt, so bedeutet dies, dass der Verbraucher uneingeschränkt das Recht ausüben kann. Das Rücktrittsrecht ist schriftlich auszuüben und unterliegt den Allgemeinen

²² OGH in SZ 5596 und eolex 1999, 14.

Bestimmungen bezüglich des Zuganges. Nach § 4 hat im Falle eines Rücktrittes der Unternehmer die empfangenen Leistungen samt gesetzlichen Zinsen zurückzuerstatten sowie die notwendigen und nützlichen Aufwendungen, die vom Verbraucher getätigt worden waren, zu ersetzen. Der Verbraucher selbst hat ein Benützungsentgelt zu entrichten, das auch eine Entschädigung oder Wertminderung der Sache enthält²³.

Besonderes gilt für Vertragsabschlüsse im Fernabsatz. Hier ist der Unternehmer nach § 5c KSchG verpflichtet, eine umfassende Information über seine Person, die wesentlichen Eigenschaften der Ware, den Preis, mögliche Lieferkosten, die Einzelheiten der Zahlung und Lieferung, das Bestehen von Rücktrittsrechten, die Kosten des Einsatzes des Fernkommunikationsmittels, die Gültigkeitsdauer des Angebotes sowie die Mindestlaufzeit des Vertrages, wenn dieser eine dauernde oder wiederkehrende Leistung zum Inhalt hat. Ist dies vom Konsumenten gewünscht, so hat der Unternehmer nach § 5d KSchG eine Bestätigungspflicht derart, dass er die fernmündlich abgegebenen Informationen auch detailliert zur Verfügung stellen muss, und zwar in dauerhafter Form. Jedenfalls kann der Verbraucher innerhalb von 7 Werktagen nach Erhalt der bestellten Ware oder nach Abschluss des Vertrages über eine Dienstleistung ohne Angabe von Gründen von dem im Fernabsatz geschlossenen Vertrag zurücktreten (§ 5e KSchG). Die Folgen des Rücktrittes entsprechen jenen des § 4 KSchG.

§ 6 normiert die unzulässigen Vertragsbestandteile. Diese sind nicht etwa *exempli gratia* im Gesetz aufgezählt, sondern *taxativ* in den Ziffern 1 – 15. Wichtig ist, dass die unzulässigen Vertragsbestandteile ungültig sind, der Rest des Vertrages aber aufrecht bleibt. Einige Vertragsbestimmungen sind unwirksam. Nach Ziffer 1, wenn sich der Unternehmer eine unangemessen lange oder unbestimmte Frist ausbedungen hat, während der er einen Vertragsantrag des Verbrauchers annehmen oder ablehnen kann, während der Verbraucher an den Vertrag gebunden ist.

²³ Welser, in: JBL 1979, 454.

Unwirksam ist jene Vereinbarung nach Ziffer 2 nach der ein bestimmtes Verhalten des Verbrauchers als Abgabe oder Nichtabgabe einer Erklärung gilt, außer der Verbraucher wurde ausdrücklich über die Bedeutung aufgeklärt. Ungültig ist weiters die Zugangsfiktion nach Ziffer 3 sowie Zugangserfordernisse zu Lasten des Verbrauchers, Ziffer 4. Nach Ziffer 5 ist eine Erhöhung des beim Vertragsabschluss bestimmten Entgeltes nur dann möglich, wenn die für die Erhöhung maßgebenden Umstände im Vertrag umschrieben und sachlich gerechtfertigt sind, ihr Eintritt nicht vom Willen des Unternehmers abhängt und der Vertrag unter den für die Entgeltänderung vereinbarten Voraussetzungen auch eine Verpflichtung zur Entgeltsenkung vorsieht. Leistungsverweigerungsrechte nach § 1052 ABGB und sonstige Zurückbehaltungsrechte des Konsumenten dürfen weder ausgeschlossen noch eingeschränkt werden (Ziffer 6 und 7). Die Aufrechnungsmöglichkeit des Verbrauchers für den Fall der Zahlungsunfähigkeit des Unternehmers darf weder eingeschränkt noch ausgeschlossen werden (Ziffer 8). Ausschluss oder Einschränkung der Schadenersatzpflicht des Unternehmers für Personenschäden ist ungültig (Ziffer 9). Die Vereinbarung, mit der der Unternehmer selbst oder eine seinem Einflussbereich unterliegende Person ermächtigt wird, darüber zu entscheiden, ob seine Leistungen oder Vereinbarungen entsprechen, ist ungültig (Ziffer 10). Die gesetzliche Beweislastverteilung zu Lasten des Verbrauchers darf nicht verändert werden (Ziffer 11). Der Verfall von Sachen, die der Unternehmer zur Bearbeitung übernommen hat, in unangemessen kurzer Zeit, ist unwirksam (Ziffer 12). Die vereinbarten Verzugszinsen dürfen 5% im Jahr nicht übersteigen (Ziffer 13). Der Verzicht auf die Geltendmachung des Irrtums oder des Fehlens oder Wegfalls der Geschäftsgrundlagelage ist ungültig (Ziffer 14). Ziffer 15 behandelt die Missbräuche bei der Eintreibung von Forderungen: Vereinbarungen sind demnach ungültig, nach denen sich der Verbraucher nach Eintritt des Verzugs zur Zahlung von Betriebs- und Einbringungskosten verpflichtet, sofern diese Kosten in der Vereinbarung nicht gesondert und aufgeschlüsselt ausgewiesen sind, oder soweit sie

nur Zweck entsprechendem Betreiben oder Eintreiben der Forderungen nicht notwendig waren. § 6 Abs. 3 KSchG enthält das wichtige Transparenzgebot, demzufolge eine in ABG oder Vertragsformblättern enthaltene Vertragsbestimmung unwirksam ist, wenn sie unklar oder unverständlich abgefasst wurde. Diese wichtige Bestimmung betrifft insbesondere das sogenannte Kleingeschriebene in Verträgen oder Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

§ 7 betrifft die Mäßigung von Angeld und Reugeld. Hier wird auf die Norm § 1336 Abs. 2 ABGB verwiesen. Nach § 9 zur Gewährleistung bestimmt Abs. 1, dass nicht nur die Bestimmungen des KSchG, sondern auch jene des ABGB Bereiche des Gewährleistungsrechtes für den Verbraucher zwingendes Recht darstellen. Grundsätzlich sind die weiteren Bestimmungen als Spezialregelungen zum § 932 ABGB zu verstehen. Die §§ 9a Gewährleistung bei Montage und 9b Vertragliche Garantie sind *leges specialis* (über die Gewährleistung wird im Folgenden noch berichtet).

§ 10 betrifft den Umfang der Vertretungsmacht bei Unternehmern. Eine Beschränkung der Vertretungsmacht ist dem Verbraucher gegenüber wirksam, wenn sie ihm beim Vertragsabschluss bewusst war. War dem Verbraucher die Beschränkung der Vollmacht grob fahrlässig nicht bekannt, so kommt der Vertrag zustande, doch kann der Unternehmer unverzüglich nach Erkenntnis von der Unterschreitung der Umstände, aus denen die grobe Fahrlässigkeit abzuleiten ist, vom Vertrag zurücktreten.

§ 12 betrifft die Gehaltspfändung, § 13 den Terminverlust. Er kann von Seiten des Unternehmers nur geltend gemacht werden, wenn er selbst seine Leistung bereits erbracht hat, der Verbraucher mit mindest einer Zahlung 6 Wochen in Verzug ist und der Unternehmer den Verbraucher unter Androhung des Terminverlustes und unter Setzung einer Nachfrist von mindestens zwei Wochen erfolglos gemahnt hat.

§ 14 betrifft den Gerichtstand, § 15 Verträge mit wiederkehrenden Leistungen, im Sinne einer erweiterten Kündigungsmöglichkeit. Sie erfasst alle auf unbestimmte Zeit oder für länger als ein

Jahr geschlossene Verträge, durch die sich der Unternehmer zur wiederkehrenden Leistung beweglicher körperlicher Sachen einschließlich Energie oder zu wiederholten Werkleistungen und der Verbraucher zu wiederholten Geldzahlungen verpflichtet.

§ 16 betrifft die Abzahlungsgeschäfte. Es handelt sich dabei um die sogenannten Ratenkäufe. Abzahlungsgeschäfte sind Kaufverträge über bewegliche körperliche Sachen, mit einem Barzahlungspreis bis zu EUR 25.000,--, bei denen der Unternehmer die Sache vor vollständiger Bezahlung des Kaufpreises den Verbraucher übergibt und dieser das Entgelt abgesehen von der Anzahlung in mindestens zwei Teilraten entrichtet. Vor Abschluss des Abzahlungsgeschäftes ist ein Ratenbrief auszustellen (§ 24 KSchG) mit den entsprechenden Angaben: Name, Beruf, Aufenthalt des Vertragspartner, Tag und Ort von Antrag oder Annahme des Verbrauchers, Gegenstand des Geschäftes, Bezahlungspreis, das Gesamtentgelt, die Höhe des sich daraus ergebenden effektiven Jahreszinssatzes, die Höhe der Anzahlung, Zahlhöhe und Fälligkeit der Zahlung, Tag und Übergabe der Sache, die Erklärung ob und wie viele Wechsel zur Sicherung der Teilzahlungsforderung übergeben oder sonstige Sicherheiten vereinbart worden sind. Bei Haustürgeschäften ist durch die Wiedergabe des § 3 KSchG auf die Rücktrittsmöglichkeit des Verbrauchers ausdrücklich hinzuweisen. Zum Schutze des Konsumenten ist weiters eine Mindestanzahlung (§ 20 KSchG) vorgesehen. Bis zu einem Kaufpreis von EUR 220,-- 10 %, wenn der Kaufpreis EUR 220,-- übersteigt, mind. 20 % des gesamten Kaufpreises. Übergibt der Unternehmer die Sache ohne Mindestanzahlung, so hat er keinen Anspruch auf den, der nicht geleisteten Anzahlung entsprechenden Kaufpreis. Der Verbraucher hat die ausstehenden Teilzahlungsforderungen innerhalb von 5 Jahren ab Übergabe der Sache zu entrichten. Ist eine längere Tilgungsfrist vereinbart, so verliert der Verkäufer zwar nicht darauf entfallenen Raten, hat jedoch keinen Anspruch auf den Teil der Zinsen oder sonstigen Zuschläge, der bei ihrer gleichmäßigen Aufteilung auf die gesamte Tilgungsfrist nach dem Ablauf von 5 Jahren zu zahlen wäre (§ 21 KSchG). Der Käufer hat das Recht die Verbindlichkeit vorzeitig zu erfüllen. In § 23 erfolgt eine Verlängerung der

Gewährungsfrist zu Gunsten des Verbrauchers. Solange der Kaufpreis nicht vollständig bezahlt ist, kann der Anspruch bis zur Fälligkeit der letzten Teilzahlung durch Klage geltend gemacht werden. Die Geltendmachung durch Einrede bleibt dem Verbraucher hinüber daraus hinaus vorbehalten, wenn er den Mangel bis dahin angezeigt hat. § 26 regelt die Lieferung im Handel mit Druckwerken. Derartige Verträge müssen schriftlich abgefasst werden, wenn sie dem Verkäufer zu wiederholten Lieferungen, den Käufer zu wiederholten Geldzahlungen verpflichten, sie als Haustürgeschäft geschlossen worden sind und der Gesamtpreis, der innerhalb eines Jahres EUR 25.000,-- nicht übersteigt (§ 26a KSchG).

§ 26d sieht Verträge über die Wohnraumsanierung vor. Auch diese sind zwingend in Schriftform abzufassen.

§ 27b betrifft Heimverträge. Es handelt sich dabei um Verträge zwischen den Trägern und den Bewohnern von Altenheimen, Pflegeheimen und anderen Einrichtungen. Verschärfte Informationspflichten sind dabei nach §27c ebenso vorgesehen, wie ein zwingender Mindestinhalt des schriftlichen Heimvertrages (§ 27d KSchG). Bei Mängeln der Leistungen des Heimträgers, sowie bei einer länger als drei Tage dauernden Abwesenheit des Heimbewohners ist das Entgelt entsprechend zu mindern (§ 27f KSchG). Ablösezahlungen, unangemessene Verfallsklauseln und überhöhte Kautionen sind unzulässig (§ 27g KSchG). Die Kündigung des Vertrages durch den Heimträger ist nur aus wichtigen Gründen zulässig (§ 27i KSchG).

In den §§ 30b und 30 c, sowie § 31 ist der Maklervertrag geregelt. Dem Immobilienmakler werden nach § 30b schriftlich zu erfüllende Aufklärungspflichten auferlegt. Ausdrücklichkeit und Schriftlichkeit bestimmen den Vertrag.

Der § 31 regelt weiters in den §§ 31b – 31f den Reiseveranstaltungsvertrag auf Grund der europäischen Richtlinie.

Eingeschlossen in die Bestimmungen der speziellen Verträge findet sich geradezu als zweites Hauptstück im § 28 die Verbandsklage. Der Anspruch kann nach § 29 Abs. 1. von der Wirtschafts-

kammer Österreich, der Bundesarbeiterkammer, dem Österreichischen Landarbeiter-kammertag, der Präsidentenkonferenz der Landwirtschaftskammern Österreichs, dem Österreichischen Gewerkschaftsbund, dem Verein für Konsumenteninformation und dem Österreichischen Seniorenrat geltend gemacht werden. Dabei handelt es sich nach § 28 Abs. 1, 2, 3 um den Unterlassungsanspruch. Wer im geschäftlichen Verkehr in den allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in hierbei verwendeten Formblättern für Verträge Bedingungen vorsieht, die gegen gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen, oder wer solche Bedingungen für den geschäftlichen Verkehr empfiehlt, kann auf Unterlassung geklagt werden. Ebenso wer im geschäftlichen Verkehr nach § 28a Abs. 1 mit Verbraucher im Zusammenhang mit Haustürgeschäften Verbraucher kreditverhältnissen, Pauschalreisevereinbarungen, Teilzeitnutzungsverhältnissen, Abschlüssen im Fernabsatz, der Vereinbarung von missbräuchlichen Vertragsklauseln, der Gewährleistung oder Garantie beim Kauf oder bei der Herstellung beweglicher körperlicher Sachen oder im Zusammenhang mit Diensten der Informationsgesellschaft im elektronischen Geschäftsverkehr oder Wertpapierdienstleistungen gegen ein gesetzliches Gebot oder Verbot verstößt und dadurch die allgemeinen Interessen der Verbraucher beeinträchtigt, kann auf Unterlassung geklagt werden.

Wie sich aus dem Gesagten ergibt, ist das KSchG ursprünglich sicher wohl strukturiert gewesen, jedoch durch zahlreiche Ergänzungen, Hinzufügungen ist allein schon formal das Wesen des Gesetzes denaturiert worden. Wichtige allgemeine Bestimmungen stehen neben überaus speziellen Regelungen. Spezielle Verträge wurden teils aufgrund von Richtlinien der EU eingeführt, zum Teil aufgrund österreichisch spezifischer Notwendigkeiten. Eine Reform des Konsumentenschutzes ist dringend erforderlich. Dazu zählt eine Gesamtneuordnung und Kodifikation des Konsumentenschutzrechtes, insbesondere auch eine legistische Überprüfung von inzwischen ungemein kasuistischen Formulierungen der Sachverhalte.

III. ITALIEN²⁴

In der gebotenen Kürze soll kurz auf die italienische Rechtslage eingegangen werden. Am 23. 10. 2005 trat die Kodifikation des Verbraucherschutzes in Kraft: Der Codice del consumo wurde durch das Gesetzesdekret vom 6.9.2005 Nr. 206 in die Rechtsordnung eingeführt. Das Gesetzbuch besteht aus 146 Artikeln und dient grundsätzlich der Strukturierung, Vereinfachung und der Rechtssicherheit im Bereiche all jener Normen, die den Verbraucher schützen sollen. Eine Kodifikation einer besonderen Rechtsmaterie bedeutet regelmäßig, dass der Gesetzgeber bestrebt ist, die Eigenständigkeit dieses speziellen Gebietes zu unterstreichen. Sinn und Zweck der Kodifikation war es auch, die Prinzipien des Zivilrechtes in geordneter Weise mit den Vorgaben des europäischen Gesetzgebers in Einklang zu bringen. Dadurch konnte eine in der Zwischenzeit im höchsten Ausmaße unübersichtliche Rechtslage, die sich sowohl im Codice Civile wie auch in zahlreichen gesetzlichen Nebenbestimmungen wiederfand, zumindest vorübergehend bereinigt werden. Der Aufbau des neuen Codice muss als systematisch bezeichnet werden. Der Gesetzgeber war bemüht, das Fortschreiten des „Konsumverhältnisses“ in seinen verschiedenen Phasen zu normieren. Dabei spielen auch vorvertragliche Verhaltensweisen eine nicht unbeträchtliche Rolle, ist der Codices doch bemüht, die gesamte Kette vom Produzenten bis zum Konsumenten sowohl im Bereiche der Kaufverträge wie auch im Bereiche der Dienstleistungen zu erfassen und damit sämtliche Zwischen- oder Verteilerstationen berührt. Von Interesse ist das Augenmerk, das der Codices del consumo auf die Erziehung und Sensibilisierung des Verbrauchers in dieser seiner Rolle legt. Dabei werden umfassende Informationspflichten und Rechte eingeführt. Vornehmlich neu und schlagkräftiger als bisher

²⁴ Eine überaus nützliche Einführung sowie Gesamtüberblick bietet R. Omodei-Salé, *Der neue Codices del Consumo: echte Kodifikation oder reine Kompilation in ZeuP 2007/3* (in Beck-Internet); Als kommentierte Ausgabe empfiehlt sich die von V. Italia herausgegebene im Verlag Giuffrè, in: *Le nuove leggi amministrative*.

erscheint das Rücktritts- bzw. Auflösungsrecht (*recesso*). Eindeutiger als bisher sind sämtliche Erscheinungen des Haustürgeschäftes und des Fernabsatzes und insbesondere die Bereiche der „televendite“ geregelt. Einer Neufassung wurden die Bestimmungen zum Verbraucherkredit und des Reisevertragsrechtes unterzogen. Die unzulässigen Vertragsbestandteile sowie die Produktsicherheit und die Produzentenhaftung vervollständigen die Gesetzgebung.

Eine beachtenswerte Neuregelung erfuhr das Gewährleistungsrecht im Rahmen der Einfügung der Bestimmungen der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44 EG in den Codice del consumo (Art. 128ff). Bislang war die Richtlinie im Codices Civile art. 1519bis ff. umgesetzt worden. Diese Umsetzung trat mit Inkrafttreten des Codices del consumo außer Kraft²⁵.

Im Art. 140 bis wurde im Juli 2008 die kollektive Schadenersatzklage (*azione collettiva risarcitoria*) eingeführt. Dabei wird den Verbrauchern die Möglichkeit eröffnet in Streitgenossenschaft (*class action*) gegen Produzenten, Verteiler, Veräußerer und Anbieter von Dienstleistungen vorzugehen, um dadurch unter erhöhter Beteiligung der öffentlichen Meinung in einem einzigen Verfahren die Interessen der Verbraucher effizienter schützen zu können.

Der Codice del consumo geht den Weg der Partikularkodifikation mit dem Ergebnis

1. erhöhte Rechtssicherheit zugunsten des Verbrauchers durch klare und organische Normen
2. Möglichkeit der Fortentwicklung dieses Rechtsgebietes in systematischer Weise innerhalb des Codices.
3. „Bereinigung“ des Codice Civile, des Bürgerlichen Gesetzbuches vom Verbraucherschutz

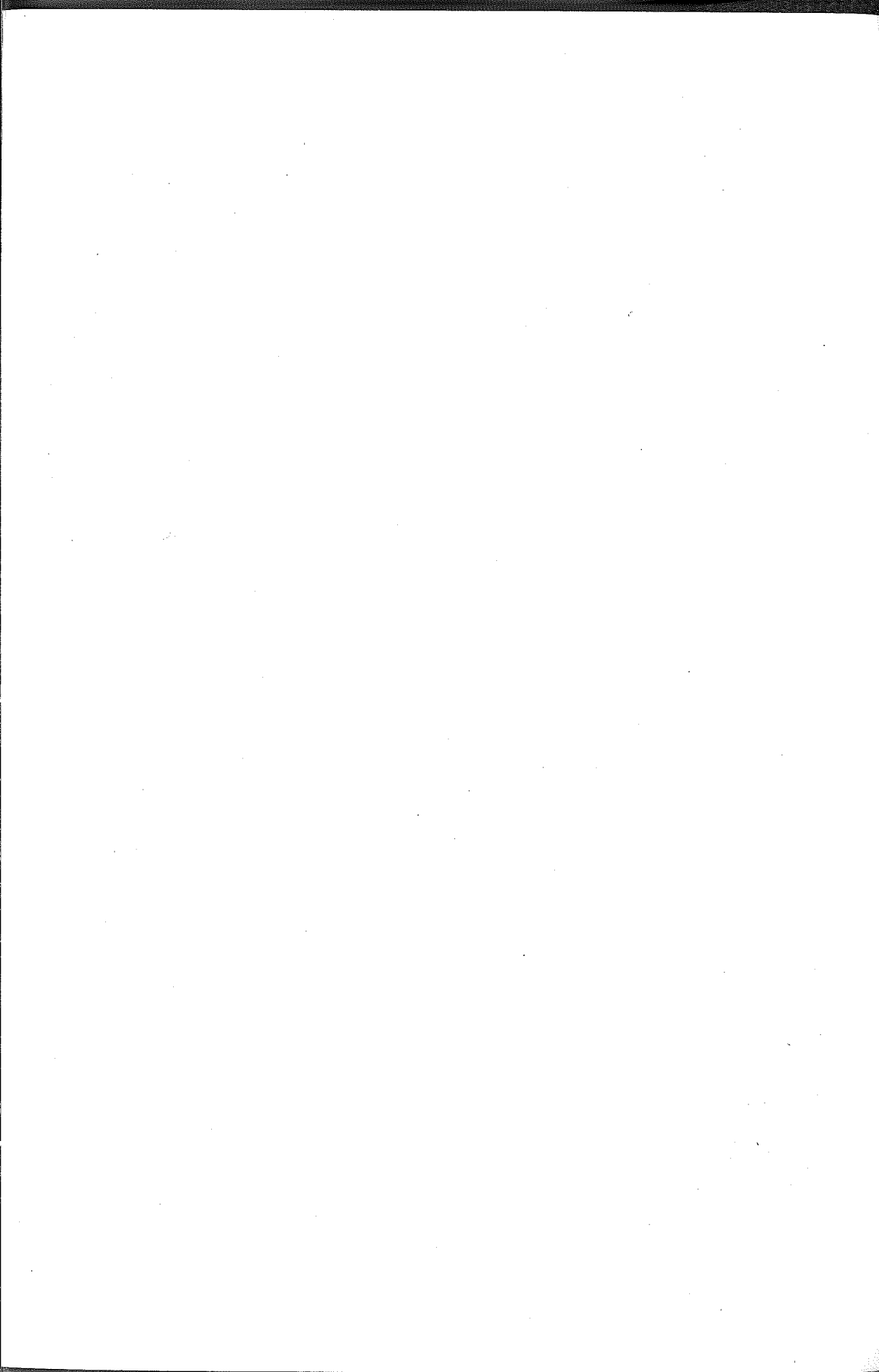
²⁵ Vgl. Dazu A. Zaccaria/G. De Cristofaro, La vendita die beni di vonsumo, 2002.

IV. SCHLUSSBETRACHTUNGEN

Angesichts der Fülle des Materials bietet sich ein strukturell systematischer Rechtsvergleich an, der insbesondere auch dazu führen soll, Verbesserungsvorschläge *de lege ferenda* zu machen. Während der französische Verbraucherschutz mit der Kodifikation des Jahres 1993 den Weg einer sondergesetzlichen Systematik beschritten hat, muss die Lage in Österreich als viel differenzierter betrachtet werden. Für das französische Recht bedeutete der Weg der Sonderkodifikation, dass von diesem Zeitpunkt an generaliter sämtliche die Verbraucher schützenden Richtlinien der Europäischen Union in den *code de la consommation* eingearbeitet wurden. Diese Vorgehensweise führte weiters dazu, dass der *Code civile* – sieht man von einigen wenigen sinnvollen Adaptierungen ab – von der Richtlinienetzgebung der Europäischen Union weitgehend unberührt geblieben ist. Der *code de la consommation* ermöglicht es, als Sondergesetz sämtliche legislative Ergänzungen aufzunehmen. Er kann selbstredend jederzeit zu typisch französischen Ergänzungen führen, sodass sowohl europäisches wie französisches Recht dem *code de la consommation* zu entnehmen ist.

Das österreichische Recht dagegen ist andere Wege gegangen, die fern jeder strukturellen Systematik liegen. Es wurde zwar im Jahre 1979 ein Konsumentenschutzgesetz eingeführt und dieses Konsumentenschutzgesetz durch zahlreiche Novellen bis auf den heutigen Tag verändert. Selbst innerhalb des Gesetzes ist der Bedacht auf Systematik geringerer. So gibt es zwar im zweiten Abschnitt allgemeine Regeln, die ihrerseits nicht vollständig sind, zum anderen finden sich derartige allgemeine Regeln auch im dritten Hauptstück, in welchem Immobiliengeschäfte und der Reiseveranstaltungsvertrag behandelt wird. Zwischen diesen beiden Vertragstypen findet sich eine Sonderbestimmung zum Missbrauch von Zahlungskarten im Fernabsatz (§ 31a). Das zweite Hauptstück wiederum enthält im dritten Abschnitt besondere Vertragsarten wie Abzahlungsgeschäfte, Kreditgeschäfte, die zweifellos auf den europäischen Gesetzgeber zurückgehen, zum anderen freilich Verträge wie die Wohnungsverbesserung (falls man dies als

besonderen Vertrag überhaupt verstehen kann), sowie Verträge zwischen Heimträgern und Heimbewohnern. Außerhalb des Konsumentenschutzgesetzes befindet sich das Bundesgesetz über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher aus dem Jahre 2004, sowie das Teilnutzungsgesetz aus dem Jahre 1997. Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wurde ihrerseits im Rahmen des ABGB und nicht im Rahmen des Konsumentenschutzgesetzes verwirklicht. Zählt man auch die Produkthaftung zu den Konsumentenschutzgesetzen, so findet sich ein weiteres Sondergesetz aus dem Jahre 1988. Während somit die Trennung im französischen Recht zwischen klassischem Zivilrecht und Verbraucherschutz eindeutig ist und in zwei geeigneten Gesetzbüchern kodifiziert erscheint, gibt es im österreichischen Recht tatsächlich einen erhöhten Handlungsbedarf. Dabei geht es zum einen um die Frage, inwiefern der Verbraucherschutz in eine Gesamtkodifikation des Zivilrechtes eingegliedert werden soll oder dass zumindest eine geordnete systematisch und strukturell korrekte Kodifikation des Konsumentenschutzes erfolgt. Wegen der Schwierigkeiten einer Gesamtkodifikation des österreichischen Zivilrechtes erscheint der Weg einer Sonderkodifikation des Verbraucherschutzes sinnvoll. Es müsste sich somit um ein modernes, neues Konsumentenschutzgesetz handeln, das man durchaus nach französischem Vorbild Konsumentenschutzgesetzbuch nennen könnte. Dieses wäre in einen allgemeinen Teil und in besondere Verträge einzuteilen, wobei die besonderen Verträge auch hier geordnet nach europäischer Gesetzgebung und innerösterreichischer Gesetzgebung aufscheinen könnten. Ein derartiges Konsumentenschutzgesetzbuch hätte den Vorteil, dass es in der Anwendung und insbesondere in der Ergänzung, Novellierung und Erneuerung praktikabler wäre. Insbesondere würde es dem österreichischen Gesetzgeber dadurch leichter fallen, in klarer und direkter Weise auf den europäischen Gesetzgeber zu reagieren und die Neuerungen unmittelbar in dieses neue Sondergesetzbuch einfließen zu lassen.



SATICININ AYIPLI MALLARDAN VE SAĞLAYICININ AYIPLI HİZMETLERDEN SORUMLULUĞU

Yard. Doç. Dr. Gül DOĞAN*

I. SATICININ AYIPLI MALLARDAN SORUMLU- LUĞU

Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun¹, “Tüketici İşlemlerinde Tüketicinin Korunması ve Aydınlatılması” başlıklı bölümde m. 4 ve 4/A’da ayıplı mal ve hizmet kavramlarını, ayıplı mal ve hizmetler sebebiyle tüketicinin sahip olduğu talep haklarını, bu hakların yöneltilebileceği kişileri ve zamanaşımı sürelerini düzenlemiştir. Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, tüketici işlemleri hakkında uygulama alanı bulacaktır. Tüketici sözleşmeleri ya da kanunun ifadesiyle tüketici işlemleri, tüketici niteliği taşıyan tarafa tüketicinin parayla ölçülebilir bir bedeli ödemesi karşılığında, bir mal veya hizmetin sunulmasını amaçlayan karşılıklı sözleşmelerdir. Mal ve hizmet kavramları, tanımlar başlığını taşıyan m. 3’de açıklanmıştır. Bu hükme göre mal, alış veriş konu olan taşınır eşyayı²,

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı
Öğretim Üyesi.

¹ 4077 Sayılı Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun, 8.3.1995 Tarih, 22221 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanarak, 8.9.1995 tarihinde yürürlüğe girmiş; yasada 6.3.2003 tarih ve 4822 Sayılı kanunla değişiklik yapılarak, 14.3.2003 Tarih ve 25048 Sayılı Resmi Gazetede yayımlanmıştır.

² TKHK’da ve Ayıplı Malın Neden Olduğu Zararlardan Sorumluluk Hakkında Yönetmelik’de (m. 4-c), mal kavramı oldukça geniş tanımlanmıştır (kis. Yönetmelik). Bu tanımlara göre, tüketici sözleşmelerine konu olan, tüm maddi ve gayri maddi mallar, örneğin sanayi ürünleri, tarım, avcılık ürünleri, taşınmazlar, bilgisayar programları, ses, görüntü ve benzeri mallar, mal kavramı içinde düşünülür. Havutçu’ya göre, bir taşınır mal, başka bir taşınır veya taşınmazın bütünleyici parçası haline gelmişse, artık taşınır eşya vasfını

konut ve tatil amaçlı taşınmaz malları³ ve elektronik ortamda kullanılmak üzere hazırlanan yazılım, ses, görüntü ve benzeri gayri maddi malları ifade etmektedir (m. 3/c). Hizmet ise, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyeti ifade etmektedir (m. 3/d).

Tüketiciye mal ya da hizmet sunma amacı taşıyan bir sözleşmeye öncelikle, sonraki tarihli özel yasa olarak Tüketicinin Korunması Hakkında Kanun hükümleri uygulanacaktır. TKHK'un düzenlemediği hususlar bakımından ise, Borçlar Kanununun özel ve genel hükümlerinin veya Türk Ticaret Kanununun ilgili hükümlerinin de uygulanması söz konusudur. Nitekim, TKHK. m. 30 da bu husus, "Bu kanunda hüküm bulunmayan hallerde genel hükümler uygulanır" şeklinde ifade edilmiştir.

Tüketicinin etkin bir şekilde korunmasını amaçlayan TKHK hükümlerinin emredici nitelikte olduğunu belirtmek gerekmektedir. Dolayısıyla tüketici sözleşmesinde taraflar, satıcının ayıba karşı sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlayan bir anlaşma yapamayacaklardır⁴. Sorumluluğu kaldıran yada sınırlayan böyle bir anlaşma hükümsüz olacaktır.

kaybeder. Dolayısıyla bütünüyle parçanın, TKHK kapsamında alışverişe konu mal sayılmaması gerekir; Havutçu, Ayşe : Türk Hukukunda Örtülü Bir Boşluk : Üreticinin Sorumluluğu, Ankara 2005, s. 120; aksi görüşte Zevkliler, Aydın/Aydoğdu, Murat : Tüketicinin Korunması Hukuku, B.3., Ankara 2004, s. 92.

³ Zevkliler/Aydoğdu'ya göre, bu ifadeden konut ve tatil amaçlı kullanılan taşınmazların TKHK kapsamında olduğu anlaşılmalıdır. Taşınmazların kendisinin satımı doğrudan bu kanun kapsamında değildir. Maddenin açık ifadesi karşısında bu görüşe katılmak mümkün değildir. Nitekim, Yargıtay da yüklenici ile tüketici arasında yapılan konuta ilişkin satım sözleşmelerinin TKHK. kapsamında olduğunu vurgulamıştır, bkz. 13. HD. 9.6.2004-04/2400-9031; 13. HD. 7.3.2007 E. 2007/13-100, K. 2007/100; 31.1.2007 E. 2007/13-60, K. 2007/45 (www.kazanci.com.tr).

⁴ TKHK'un genel gerekçesinde, yasanın hazırlanmasında Arupa Birliğinin kabul ettiği program ve esasların benimsendiği belirtilmiştir. Avrupa Birliği Konseyi tarafından benimsenen 25 Temmuz 1985 tarihli direktif m. 8'de, ayıba karşı sorumluluğun kaldırılmayacağı ya da sınırlandırılmayacağı düzenlenmiştir.

1. Satıcının Ayıplı Maldan Sorumlu Tutulmasının Şartları :

Satıcının ayıplı mallardan sorumluluğu kavramı, satılan malın, hasarın geçtiği anda vaad edilen nitelikleri veya dürüstlük kuralı gereği ondan beklenen lüzumlu nitelikleri taşımamasından dolayı satıcının sorumlu olmasıdır. Satıcı, malın değerini veya faydasını azaltan eksikliklerin bulunmadığını ayrıca vaad etmese dahi, bu borç kanunen mevcuttur. Bir başka deyişle, satıcının vasıf vaadi bir bilgi açıklaması olup burada dürüstlük kuralından hareketle, kanuni bir sorumluluğun varlığından bahsetmek mümkündür.

a. Satılan Malın Ayıplı Olması

Ayıp, satılan malda bulunması gereken niteliklerin bulunmaması, malın değerini veya elverişliliğini kaldıran ya da azaltan her türlü kötü niteliklerdir. Nitekim TKHK da maldaki ayıbın, satıcı tarafından, tüketiciye mala ilişkin olarak belirtilen niteliklerin malda bulunmaması şeklinde veya niteliği gereği satılan malın değerini veya varsayılan kullanma amacına elverişliliğini kaldıran veya önemli ölçüde azaltan ayıp şeklinde ortaya çıkabileceği hükme bağlanmış ve ayıbın maddi, hukuki ya da ekonomik olabileceği düzenlenmiştir. Zira TKHK m. 4/I'e göre "Ambalajında, etiketinde, tanıtma ve kullanma kılavuzunda ya da reklam ve ilânlarında yer alan veya satıcı tarafından bildirilen veya standardında veya teknik düzenlemesinde tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da tahsis veya kullanım amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran maddi, hukuki veya ekonomik eksiklikler içeren mallar, ayıplı mal olarak kabul edilir".

Maddi ayıp, satılanın fiziki özelliklerini etkileyen her türlü kötü kimyasal, tekniksel ve fiziksel niteliklerdir (kullanılmış arabanın önemli bir kazaya uğraması, aracın kaza sırasında hava yastığının açılmaması⁵). Ekonomik ayıp, tüketicinin maldan beklediği geliri getirmemesi veya verimi sağlamamasıdır (saatte 160 km. hız yaptığı söylenen aracın 110 km. nin üzerine çıkamaması, koyun

⁵ 13. HD. 8.3.2005, E. 2004/17378, K. 2005/3692 (www.kazanci.com.tr).

sütü yerine inek sütü teslim edilmesi). Hukuki ayıp ise, alıcının maldan yararlanmasını veya onun üzerinde tasarruf etmesini engelleyen, sınırlandıran bazı yasaklama veya sınırlamaların bulunmasını ifade eder (arsa üzerinde inşaat izninin bulunmaması, kullanılması yasak olan kimyasal maddenin, kullanımının serbest olduğu belirtilerek satılması) .

Miktar (nicelik) eksiklikleri ayıp sayılmaz; çeşit satımında miktar itibarıyla eksik ifa BK. M. 68 anlamında kısmi ifa sayılır. Ancak, kararlaştırılan miktar ve sayı, satılanın niteliğini belirliyorsa ve tüketicinin kullanma amacı bakımından önem taşıyorsa TKHK. m. 4/I hükmü gereği, nicelik eksikliği niteliği etkilediği oranda ayıp sayılmaktadır (bir derin dondurucunun hacmi, bir aletin çapı).

b. Ayıbın Önemli Olması

TKHK kapsamındaki işlemler bakımından da, maldaki ayıp nedeniyle satıcının sorumluluğuna başvurulabilmesi için ayıbın önemli olması şartı dürüstlük kuralının (MK.2) bir gereğidir. Zira özellikle, tüketiciye tanınan seçimlik hakların sınırlandırılması bakımından tüketicinin, çok küçük ve önemsiz bir ayıp durumunda, örneğin, satın alınan otomobilin kaportasında bulunan çok küçük bir çizimin satıcı tarafından giderilebileceğinin beyan edilmesine karşın, tüketicinin sözleşmeden dönme ya da ayıpsız misliyle değiştirme talebinde ısrar etmesi dürüstlük kuralına aykırıdır.

Ayıbın önemli olması şartının gerçekleşmesi için, ayıp nedeniyle malın değerinin veya malın kullanılması ve yararlanılması bakımından elverişliliğinin önemli ölçüde azalması veya tamamen ortadan kalkması gerekir⁶. Kullanmaya elverişliliğinin tespitinde, tüketicinin tek taraflı düşündüğü tahsis yönü ve nitelikler değil, tarafların ortak niyetleri veya işlerdeki yaygın görüşlerden hareket edilebilir.

⁶ Ayıbın önemli olması gerektiğini dile getiren yargıtay kararı için bkz. 13. HD. 29.6.2004 T., E. 2004/8617, K. 2004/10329 (www.kazanci.com.tr).

c. Ayıbın Sözleşmede Yarar ve Hasarın Alıcıya Geçmesi Anında Satılarda Var Olması

Taşınır malların satımında, maldaki yarar ve zararın geçtiği an BK. m. 183 gereği, mal henüz alıcıya teslim edilmemiş olsa da, sözleşmenin kurulduğu andır. Zira, yarar ve hasar en erken sözleşmenin kurulduğu anda ortaya çıkar. Dolayısıyla, ayıbın sözleşmenin kurulduğu sırada varolması gerekir. Ancak, ayıbın yarar ve zararın geçmesinden önceki bir nedenden kaynaklanması durumunda, bu durumun ispatlanması halinde yine satıcının sorumluluğuna başvurulabilecektir.

d. Tüketicinin Ayıbı Bilmemesi

TKHK. m. 4/V'de ayıplı olduğu bilinerek satın alınan malların neden olduğu zararlardan sorumluluğa ilişkin hükümler dışında, satıcının sorumluluğuna gidilemeyeceği hükme bağlanmıştır. Ayıbın bilinmesi deyimini, ayıbın kapsam ve önemi hakkında bilgi sahibi olmayı ifade etmektedir. Alıcı, satılanı yeterli derecede muayene etmekle fark edeceği ayıplardan yani, açık ayıplardan bunların bulunmadığı satıcı tarafından vaad edilmedikçe satıcıyı sorumlu tutamayacaktır (TKHK. m. 30'un yollamasıyla BK. m. 197)⁷. Belirtmek gerekir ki, ayıplı olduğu bilinerek satın alınan mallar dolayısıyla tüketici, TKHK. m. 4/I'de kendisine tanınan seçimlik hakları kullanılamaz. Ancak, TKHK. m. 4/V hükmü gereği, ayıplı malın sebep olduğu zararlardan sorumluluğa ilişkin hükümler bunun dışındadır. Zira, ayıbı bilerek satım sözleşmesini akdeden tüketici, satılanı zımnen kabul⁸ etmiş sayılır; tüketicinin önceden

⁷ Ayıbın açık olması, alıcının ayıbı bilmesi anlamına gelmemektedir. Alıcı, ancak malı teslim aldıktan sonra malı muayene edebileceğinden, açık ayıplı bir malı, çekince ileri sürmeksizin teslim alan tüketici, sonradan muayene sonucu ayıbı tespit ettiğinde, satıcının sorumluluğu yoluna başvurabilecektir, Zevkliler/Aydoğdu, s. 116. Bkz. 13. HD. 24.6.1986, E. 2720, K. 3690 (YKD. 1988, C. X, S. 11, s. 1539 (Zevkliler/Aydoğdu, s. 116, dn. 69).

⁸ Malı muayene ve ihbar külfetlerinin yerine getirilmemesi veya tüketicinin muayene etmeden malı üçüncü bir kişiye satması halinde, zımni kabul beyanı gerçekleşmiş olur (Aral, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Ankara 2003, s. 62).

bildiği ayıplar için sonradan satıcının sorumluluğu yoluna başvurması çelişkili bir davranış olur.

e. Satıcının Ayıbın Varlığını Bilmesinin Gerekmemesi

TKHK. m. 4/III 'de, satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesinin, bu sorumluluğu ortadan kaldırmayacağı düzenlenmiştir. Dolayısıyla, burada tüketiciye karşı kusursuz sorumluluk hali öngörülmüştür.

f. Satıcının Sorumluluğunun Sözleşme İle Kaldırılması ya da Sınırlandırılmaması

TKHK kanun hükümleri emredici nitelikte olduğundan, satıcının sorumluluğunu kaldıran ya da sınırlandıran sözleşmeler geçersizdir. Ancak TKHK. m. 4/I c. 1'de ifade edildiği üzere, satışa sunulacak ayıplı mal üzerine ya da ambalajına, imalatçı veya satıcı tarafından tüketicinin kolaylıkla okuyabileceği şekilde "özürdür" ibaresini içeren bir etiket konulması halinde, tüketici maldaki ayıbı bilerek malı satın almış olacağından, satıcının sorumluluğuna gidilemeyecektir⁹. Sözü edilen hükümde belirtildiği üzere, yalnızca ayıplı mal satılan veya bir kat ya da reyon gibi bir bölümü sürekli olarak ayıplı mal satışına, tüketicinin bilebileceği şekilde tahsis edilmiş yerlerde bu etiketin konulma zorunluluğu yoktur. Malın ayıplı olduğu hususu, tüketiciye verilen fatura, fiş veya satış belgesi üzerinde gösterilir.

2. Satıcının Sorumluluğundan Doğan Taleplerin İleri Sürülmesinin Şekli Şartları

Tüketicinin ayıplı mal satımı nedeniyle ortaya çıkan haklarını kullanabilmesi, satılanı muayene ve tespit ettiği ayıpları satıcıya ihbar etmesi şartına bağlıdır. Muayene ve ihbar, hukuki niteliği itibarıyla tüketici için bir borç değil, bir külfettir. Bunun yerine getirilmemesi halinde, herhangi bir tazminat yükümlülüğü (BK. m.

⁹ TKHK'un eski halinde, özürdür etiketinin konulmaması halinde idari para cezasına hükmedileceği belirtilmişti. Bu düzenlemenin kanuna alınmaması yerinde olmamıştır. Yeni düzenlemede, idari para cezası, güvenli olmayan malın piyasaya sürülmesi haline teşmil edilmiştir (TKHK. m. 25/II, TKHK. m. 4/VII).

96) söz konusu olmaz ancak tüketici, kendi lehine doğan talepleri satıcıya karşı artık ileri süremez. TKHK, muayenenin hangi süre içinde yapılması gerektiğini düzenlememiş, açık ayıplarda ise ihbarın, malın tesliminden itibaren 30 gün içerisinde yapılması gerektiğini belirtmiştir (TKHK. m. 4/II). Bu hükümden hareketle, muayenenin malın tesliminden sonra gecikmeksizin yapılması gerektiğini, muayene süresinin, satılanın niteliğine, ayıbın cinsine göre değişeceğini ancak, muayenenin teslimden sonraki 30 günlük süreyi geçemeyeceğini söyleyebiliriz.

Tüketicinin malı muayene etmesi, satım konusu malın seçiminde ve gözden geçirilmesinde mutad özenin gösterilmesi anlamına gelmektedir. Bu özenin belirlenmesinde, somut olayın özellikleri, tüketicinin şahsı ve bilgisi göz önünde tutulur, bu safhada uzman bir kişiye inceleme söz konusu değildir¹⁰. Tüketici muayene amacının gerektirdiği ölçüde, satılanı kullanarak, tadına bakarak, işleyerek veya malın ambalajını açarak malı muayene eder ve bu gibi davranışlar satılan malı kabul anlamına gelmez. Muayene masrafları satılanın teslim alınmasıyla ilgili olduğundan (BK. m. 185) tüketiciye aittir.

Ayıbın gizli olması veya tüketiciden ağır kusur ya da hile ile gizlenmesi durumunda satıcı, 30 gün içinde kendisine başvurulmadığını ileri sürerek sorumluluktan kurtulamaz (TKHK. m. 4/III). Bu durumda genel hükümlere göre, dava zamanaşımı süresi içinde ve ayıp ortaya çıktıktan sonra dürüstlük kuralına uygun olan en kısa sürede ayıbın ihbar edilmesi gerekir (BK. m. 198/II-III)¹¹.

Ayıp ihbarı bir fikir açıklaması olup, ayıbın çeşidini somut olarak belirtmeli ve satılan malın kabul edilmediği açıklanmalıdır, genel bir ayıp iddiasında bulunmak yeterli değildir¹². İhbarın

¹⁰ 13. HD. 26.3.2001, E. 2001/1800, K. 2001/2939(Zevkliler/Aydoğdu, s. 1100)

¹¹ Bu yöndeki kararlar için bkz. 13. HD. 22.2.1999, E. 585, K. 1071 (Zevkliler/Aydoğdu, s. 1022-1023); 13. HD. 28.6.1999, E. 4862, K. 5270 (Zevkliler, s. 1032-1033); 13. HD. 21.2.2000, E. 1287, K. 1349 (Zevkliler, s. 1085-1086); 13.HD. 5.2.2002, E. 2001/11921, K. 2002/1159 (Zevkliler/Aydoğdu, s. 1102-1104). 13. HD. 20.6.2005, E. 2005/5982, K. 2005/10357 (www.kazanci.com.tr).

¹² Aral, s. 66.

geçerliliği herhangi bir şekil şartına bağlı değildir, ispat kolaylığı açısından yazılı şekilde yapılmasında fayda vardır. Kanunda öngörülen 30 günlük ihbar süresi, hukuki niteliği itibarıyla bir hak düşürücü süredir.

Ayıp ihbarı, satıcıya yapılır. Ancak, TKHK. m.4/III hükmü gereği, ayıplı maldan müteselsilen sorumlu olan imalatçı, üretici, bayi, acenta ya da ithalatçıdan herhangi birine yapılan ayıp ihbarı yeterlidir.

3. Ayıptan Sorumlu Satıcıya Karşı Tüketicie Tanınan Seçimlik Haklar

Tüketicinin seçim hakkı, yenilik doğuran bir hak olup, tüketici bu hakkını tek taraflı, yöneltmesi ve varması gerekli irade açıklamasıyla kullanır. Anlaşmazlık halinde mahkemenin vereceği karar bir tespit hükmündedir. Nitekim, TKHK. m. 4/II hükmünde, tüketicinin ayıp sebebiyle sahip olduğu seçimlik haklar belirtildikten sonra “satıcı, tüketicinin tercih ettiği bu talebi yerine getirmekle yükümlüdür” ifadesinden hareketle, seçimlik hakların yenilik doğuran hak niteliğinde olduğu sonucuna varılır¹³.

TKHK. m. 4/II hükmünde, tüketiciye dört seçimlik hak tanınmıştır. Bu seçimlik haklar, bedel iadesini de içeren sözleşmeden dönme, malın ayıpsız misliyle değiştirilmesi, ayıp oranında bedel indirimi, ücretsiz onarım isteme haklarıdır. Ayrıca TKHK. m. 4/II, c. son’da bu dört seçimlik haktan biri ile birlikte tüketicinin, ayıplı malın neden olduğu zararlardan dolayı imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Ancak, bu hükümden hareketle, tazminat talebinin TKHK. kapsamında ayrı bir seçimlik hak olarak düzenlendiği kabul edilemez.

Tüketici, yukarıda belirtilen seçimlik haklardan birisini kullanınca, daha sonra bundan cayarak diğer seçimlik hakları kulla-

¹³ 13. HD. 29.6.2004 T., E. 2004/8617, K. 2004/10329 sayılı kararında, tüketicinin onarıp orijinali ile aynı nitelikte çalıştığı tespit edilen televizyonu alma zorunluluğunun bulunmadığı, yenisi ile değişimi, olmadığı takdirde bedelinin talep edilmesi haklarının bozucu yenilik doğuran hak olduğu ve tüketicinin bundan rücu edemeyeceği belirtilmiştir (bkz. www.kazanci.com.tr).

namayacaktır. Ancak, bazen hakim şartların haklı göstermesi özellikle, taraf menfaatinin gerektirdiği durumlarda tüketicinin tercih ettiği seçenek yerine bir başka seçeneğe karar verebileceği gibi (BK. 202/II), kanun da tüketicinin seçimlik haklarına bazı sınırlamalar getirebilir (BK. 202/III, BK. 204/II) yine dürüstlük kuralı da seçim hakkını sınırlayabilir.

a. Sözleşmeden Dönme

Sözleşmeden dönme ile birlikte satım sözleşmesi geçmişe etkili olarak ortadan kalkar, yerine getirilen edimlerin iadesi gerekir. Dönmenin amacı sözleşmenin kurulmasından önceki durumun sağlanması olduğundan, elde edilen semerelerin ve ödenen bedelin faizinin de iadesi gerekir (BK. 205/I-II). Aynı şekilde satıcı, tüketicinin zararını tazmin ile de yükümlüdür (BK. m. 205/II-III)¹⁴.

TKHK. m. 4/II hükmü gereği satıcı, tüketicinin tercih ettiği talebi yerine getirmek zorundadır. Satıcının ayıbın önemli olmadığı, kolay tamir edilebilir bir nitelikte olduğu yönündeki iddialarının dikkate alınmaması gerekir. Ancak, maldaki ayıp çok minimal bir düzeyde ise, sorunun dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmesi gerekebilir. Zira, hakim, mevcut şartlar dönmeyi haklı göstermediği takdirde bedelden indirim yapılmasına karar verebilir (BK. m. 202/II), Aynı şekilde, BK. m. 204'de öngörülen sınırlamaların, tüketicinin sözleşmeden dönmeyi talep etmesi halinde de geçerli olduğu söylenebilir. Özellikle, satılan tüketicinin kusuruyla ortadan kalkması, veya şeklinin değiştirilmesi hallerinde bedelin indirilmesi söz konusu olabilir.

b. Satım Bedelinin İndirilmesi

Tüketici satılan malı alıkoyarak, değer eksikliği karşılığı semenin indirilmesini isteyebilir. Taraflar arasında ayıp nedeniyle

¹⁴ BK. m. 205/II hükmü gereği, alıcı, dönme halinde mahkeme masrafları ile satılana yaptığı zorunlu ve faydalı masraflar ile ayıplı mal teslim edilmesinden doğrudan doğruya kaynaklanan zararın tazmin edilmesini isteyebilir. Burada kusura dayanmayan bir sebep sorumluluğu söz konusudur. BK. m. 205/III'de sözü edilen "diğer her türlü zararlar" ibaresiyle ise, kusura dayanan bir sorumluluk öngörülerek, dolaylı zararların tazmin edilebileceği düzenlenmiştir.

bozulan denge, böylece giderilmiş olacaktır. İndirilecek miktarın nasıl hesaplanacağı konusunda doktrin ve yargı kararları nispi metodun uygulanmasını kabul etmektedir. Bu metoda göre, taraflar arasında kararlaştırılan bedel, satılanın ayıpsız değeri ile ayıplı değeri arasındaki oran dahilinde indirilir. Ayıp dolayısıyla ortaya çıkan değer azalması, ödenen satım parasına eşitse tüketici, sözleşmeden dönme yolunu seçebilir (BK. m. 202/III). Satım bedelinin indirilmesi halinde, tüketicinin ayıplı ifa dolayısıyla uğradığı zararların tam olarak karşılanması mümkün olmayabilir. Bu durumda BK. m. 205/II ve III hükümlerinin kıyas yoluyla uygulanması mümkündür.

c. Ayıplı Malın Ayıpsızıyla Değiştirilmesini İsteme

Satılan mal, misli bir eşya ise, tüketici, satılanın ayıpsız bir benzeri ile değiştirilmesini de talep edebilir¹⁵. Değiştirme hakkı, muhtevası itibarıyla BK. m. 106'da öngörülen aynen ifa talebine tekabül etmektedir¹⁶. Mahkemece ayıplı malın, ayıpsız misliyle değiştirilmesine karar verilirken, ayıplı malın satıcıya iadesine de karar verilmelidir. Ayıplı malın ayıpsızıyla değiştirilmesini isteme hakkı, garanti belgesiyle satılan veya garanti belgesi bulunmayan tüm mallar için geçerli olup, garanti belgeli mallar hakkında TKHK. m. 13 hükmü de uygulama alanı bulur.

¹⁵ 13. HD. 11.12.1997, E. 1997/9164, K. 1997/10305 kararında, "...Davacının seçimlik hak olarak talep ettiği aracın değiştirilmesini talep edebilmesi için ayıplı malın iade edilmesi şarttır. Bu şart davacı tarafından yerine getirilmediğine göre artık aracın ayıpsız ile değiştirilmesi talebinde bulunamaz. Bu durumda, davacı artık yalnızca ayıp oranında satış bedelinden indirim yapılmasını isteyebilir. Mahkemece bu yön gözetilmeden ayıplı malın kullanıldıktan sonra yenisi ile değiştirilmesine karar verilmiş olması yasaya aykırıdır." (www.kazanci.com.tr). HGK. 22.6.2005, E. 2005/4-309, K. 2005/391 sayılı kararında, 1997 model bir aracın yenisi ile değiştirilmesi talebine yönelik davada, aracın modelinin eski olmasının yasal seçimlik hakkını kullanan davacının talebinin yerine getirilmesine karar vererek, kanunun tüketicinin değiştirme hakkını sınırlayan bir hüküm getirmediğini belirterek, tüketici tercihinin ön planda tutulması gerektiğini ifade etmiştir (www.kazanci.com.tr).

¹⁶ Çeşit satımında alıcı, BK. m. 106'da öngörülen imkanlardan yararlanabilir. Ancak alıcının, değiştirme talep ettiği takdirde, BK. m. 205/II nin kıyasen uygulanması sonucu, doğrudan doğruya zararları için kusura dayanmayan sorumluluk esasına göre tazminat talep etmesi daha aantajlıdır (Aral, s. 82)

TKHK. m. 4/II hükmü gereği satıcı, tüketicinin tercih ettiği talebi yerine getirmek zorundadır. Satıcının ayıbın önemli olmadığı, kolay tamir edilebilir bir nitelikte olduğu yönündeki iddialarının dikkate alınmaması gerekir. Ancak, maldaki ayıp çok minimal bir düzeyde ise, sorunun dürüstlük kuralı çerçevesinde değerlendirilmesi gerekebilir. Aynı şekilde, BK. m. 204'de öngörülen sınırlamaların, tüketicinin malın değiştirilmesini talep etmesi halinde geçerli olduğu söylenebilir. Özellikle, satılanın tüketicinin kusuuruyla ortadan kalkması, veya şeklinin değiştirilmesi hallerinde semenin indirilmesi söz konusu olabilir.

d. Ücretsiz Onarım Talebi

Tüketicinin satılan maldaki ayıpların giderilmesi yani onarım talebinde bulunması da mümkündür. Kural olarak, tüketici, kendisine tanınan diğer seçimlik hakları kullanmış ise, artık onarım talebinde bulunamayacaktır. Ancak, onarım talebinde bulunan tüketicinin işin niteliği ve olayın özelliği gereği başka bir seçim hakkına yönelmesi örneğin, sözleşmeden dönme ya da malın ayıpsız bir benzeriyle değiştirilmesinin talep etmesi mümkün olabilir¹⁷. Nitekim, TKHK. m. 13/III'de, bu husus vurgulanmıştır¹⁸.

4. Tazminat Talebi

TKHK. m. 4/II c. 4'de, tüketicinin bu seçimlik haklarından biri ile birlikte ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden olan hallerde imalatçı-üreticiden tazminat isteme hakkına da sahip olduğu hükme bağlanmıştır. Böylece, tüketicinin ayrı olarak tazmi-

¹⁷ HGK. 31.10.2007, E. 2007/13-758, K. 2007/790; 13. HD. 19.12.2006, E. 2006/12119, K. 2006/16550; 13. HD. 7.10.2005, E. 2005/7787, K. 2005/14674 (www.kazanci.com.tr).

¹⁸ TKHK. m. 13/III : "Tüketici onarım hakkını kullanmışsa, garanti süresi içerisinde sık arızalanması nedeniyle maldan yararlanamamanın süreklilik arz etmesi veya tamiri için gereken azami sürenin aşılması veya tamirinin mümkün bulunmadığının anlaşılması hallerinde, 4 üncü maddede yer alan diğer seçimlik haklarını kullanabilir. Satıcı bu talebi reddedemez." TKHK. m. 13/I'de garanti süresinin, malın teslimi tarihinden itibaren başlayacağı ve asgari iki yıl olduğu düzenlenmiştir. Ayrıca bkz. Garanti Belgesi Uygulama Esaslarına Dair Yönetmelik, m. 14.

nat isteme hakkı düzenlenmemiş, sadece seçimlik haklardan biriyle birlikte tazminat isteme hakkından söz edilmiştir. ancak, tazminat hakkından sadece imalatçı-üreticinin sorumlu olduğu vurgulanmıştır¹⁹. TKHK bu düzenleme ile “imalatçının sorumluluğu” esasına yasal bir düzenleme getirmek istemiştir. Bu hükümden hareket ederek, TKHK. da tazminat borcunun ayrı bir seçimlik hak olarak düzenlendiği söylenemez.

Belirtmek gerekir ki, böyle bir düzenleme olmasa veya tüketicisi, süresi içinde malı muayene ve ihbar yükümlülüklerini yerine getirmemiş olsa ya da seçimlik hakları kullanmasa da, ayıplı mal nedeniyle sözleşmeye aykırı davranan satıcıyı, BK. m. 96 çerçevesinde sorumlu tutabilecektir. Buradaki sorumluluk bir kusur sorumluluğu olup, satıcı kusurlu olmadığını ispat etmedikçe tüketicinin zararını tazmin etmek zorundadır. Zira, ayıplı ifa, gereği gibi ifa etmeme sayıldığından, BK. m. 96 hükmü tazminat talebi açısından tüketiciler için ek bir güvence oluşturmaktadır. Satıcının ayıplı maldan sorumluluğunun şartlarıyla, hata, hile hatta bazen gabinin şartlarının bir arada gerçekleşmesi de mümkündür²⁰. Yine, satıcının ayıplı mal nedeniyle sorumluluğu, bir kötü ifadan sorumluluk hali olması nedeniyle, tüketicinin satıcıya karşı ifadan vazgeçmek suretiyle ifa menfaatinin (müspet zararın) tazminini isteme hakkı (BK. m. 106) da mevcuttur²¹.

TKHK. m. 4/III’de, “İmalatçı-üretici, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına göre kredi veren ayıplı maldan ve tüketicinin bu maddeden yer alan seçimlik haklarından dolayı müteselsilen sorumludur. Ayıplı malın neden olduğu zararlardan dolayı birden fazla kimse sorumlu olduğu takdirde bunlar müteselsilen sorumludur” düzenlemesi getirilmiştir.

TKHK da öngörülen yeni düzenlemeler (TKHK. 4/II, c. 4; TKHK 4/III c. 1-2), eski düzenlemeyi dahi aratacak düzenlemeler-

¹⁹ İthalatçının, ithal ettiği mallar için imalatçı-üretici gibi sorumlu olacağı düzenlenmemesi de yerinde olmamıştır.

²⁰ Nitekim, YİBK. 4.6.1968 E. 15 K. 6 sayılı kararında, bu hükümlerin yarışma halinde olduğu kabul edilmiştir.

²¹ Yavuz, Cevdet : Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, B. 7, s. 169.

dir. Zira eski düzenlemede, sadece satıcı, dört seçimlik hakkı yerine getirmek zorundaydı, tazminat hakkından da diğer sayılan kişiler sorumluydular. Doktrinde savunulan bir görüşe göre, TKHK'un tüketiciyi en etkin şekilde korumak amacıyla hazırlandığı göz önünde tutularak, eski ve yeni düzenlemeler bağdaştırmak ve yasanın yeni düzenlemesinin amacının, ayıplı malın neden olduğu zararlardan yani, tazminat talebinden ve tüketicie tanınan seçimlik haklardan satıcı, bayi, acenta, imalatçı, üretici, ithalatçı ve TKHK. m. 10 f. sona göre bağlı kredi veren kuruluşun²² müteselsilen sorumlu olacaklarını kabul etmek mümkündür²³. Kanaatimizce, malın ve hizmetin ayıplı olması nedeniyle tüketicie tanınan seçimlik haklar ile, ayıplı mal ve hizmetin tüketicinin mal ve şahıs varlığı değerlerine verdiği zararların tazmin edilmesinin hukuksal temelleri ve amaçları birbirlerinden tamamen farklıdır. Dolayısıyla, TKHK. da öngörülen düzenlemelerin ve Yönetmelikteki düzenlemelerin, *ayıplı mal ve hizmetin neden olduğu zararlardan* imalatçı-üretici yanında, ithalatçı, toptancı, satıcı, bayi, acente, ithalatçı ve 10 uncu maddenin beşinci fıkrasına göre kredi veren kuruluşu müteselsilen sorumlu tutmaya yönelik olduğu kabul edilmelidir. Zira satıcı dışında sayılan kişilerin, tüketicie tanınan seçimlik hakları yerine getirmeleri fiilen mümkün olamayabilir. Örneğin, tüketici sözleşmesine taraf olmayan bayi, acenta ve kredi kuruluşlarının ücretsiz değiştirme ve tamir hakkına muhatap olmaları anlamsızdır²⁴.

Yasada müteselsil sorumluluk esasının getirilmesi yerinde olmuş, tüketiciler etkin bir koruma imkanına kavuşmuşlardır. Ancak, yasada malın üretildiği andan itibaren son satıcıya kadar arada bulunan ara satıcıların da sorumlu olduklarının düzenlenmemesi önemli bir eksikliklerdir.

TKHK tazminat hakkının konusunu ve kapsamını, TKHK. m. 4/II, c. 4'de, "...ayıplı malın neden olduğu ölüm ve/veya yaralanmaya yol açan ve/veya kullanımdaki diğer mallarda zarara neden

²² 13. HD. 19.2.2004, E. 2003/13819, K. 2004/1888; 22.11.2006, E. 2006/11331, K. 2006/15280 (www.kazanci.com.tr).

²³ Zevkliler/Aydoğdu, s. 132.

²⁴ Zevkliler/Aydoğdu, s. 130 vd.

olan haller” ibaresi şeklinde pek de açık olmayan şekilde ifade etmiştir. TKHK’un öngördüğü düzenleme bakımından, Borçlar Kanununun tazminata ilişkin genel hükümlerinin, tüketicinin tazminat talebinde de uygulanması gerekecektir. Dolayısıyla tüketici ayıplı mal nedeniyle maddi ve manevi tazminat (BK. m. 47-49) talep edebilecektir²⁵. Adı geçen hükümden hareketle, maldaki ayıp nedeniyle oluşan doğrudan zararlar yanında, ayıbı izleyen dolaylı zararların da TKHK. kapsamında talep edileceği kabul edilmelidir. Nitekim TKHK. m. 4/IV, c. 3’de “ayıplı malın neden olduğu her türlü zarardan” bahsedilmesi bu sonucu doğrulamaktadır²⁶.

Sözleşmeden dönme dışındaki, diğer seçimlik haklarda da tüketici tazminat talep edebilecektir. Nitekim bu husus, TKHK. m. 4/III c. 4’de, “tüketici bu seçimlik haklardan biri ile...” demek suretiyle açıkça vurgulanmıştır.

TKHK. m. 4/III c.3’de ifade edildiği üzere, “Satılan malın ayıplı olduğunun bilinmemesi bu sorumluluğu ortadan kaldırmaz”. Bu ifadeden hareketle, öngörülen sorumluluğun bir kusursuz sorumluluk olduğu söylenebilir²⁷. Ancak, Borçlar Kanununda benzer bir hüküm olmasına rağmen (BK. m. 194/II), sözleşmeden dönme halinde ve dolaylı zararlarda satıcının kusursuzluğunu ispatlayarak sorumluluktan kurtulabileceği düzenlenmiştir (BK. m. 205/III).

Tüketicinin ayıplı mal ve hizmet nedeniyle uğradığı zarar için tazminat talep edebilmesinin koşullarını genel hükümlerden hareketle şu şekilde özetlemek mümkündür : Öncelikle, zararın hukuka aykırı olması gerekmektedir. Ayıplı mal veya hizmetin sunulması hukuka aykırı bir davranış olup, sonuç olarak tüketicinin uğradığı

²⁵ 13. HD. 18.12.2006, E. 2006/15280, K. 2006/16427(www.kazanci.com.tr). Nitekim, TKHK’un diğer maddelerinden de zarar kavramının, “maddi ve manevi” zararı ifade ettiği anlaşılmaktadır; bkz. TKHK. m. 24/IV, 24A/III).

²⁶ Zevkliler/Aydoğdu, maddenin kısıtlayıcı bir şekilde yorumlanması halinde dahi, ölüm ve yaralanmadan ve diğer mallara gelen zarardan sorumluluğun sadece imalatçı-üreticiler için öngörüldüğünü, diğer kişilerin her türlü zarardan sorumlu olmaları gerektiğini ifade etmektedir. Nitekim, ayıplı hizmetler bakımından bu husus TKHK. m. 4A/III’de açıkça vurgulanmıştır; bkz. Zevkliler/Aydoğdu, s. 134.

²⁷ Zevkliler/Aydoğdu, s. 134.

zararların tazmin edilmesi gerekmektedir. Daha sonra, zarar ile ayıplı mal ve hizmet arasında uygun bir illiyet bağı bulunmalıdır. Zarar gören tüketicinin kusuru, bazen illiyet bağıni kesebilir ve bu davranış, mal ve hizmetteki ayıbı arka plana atarak, zararlı sonucu doğurmaya tek başına etkili olabilir. Örneğin, tüketici, benzin deposu delik olan otomobilin yanında bilerek sigara içmiş ve bunun sonucunda da otomobil yanmış ise, tüketicinin kusurlu davranışı illiyet bağıni kesecek yoğunluktadır²⁸. Tüketicinin sorumlu olduğu kişilerin (Yönetmelik m. 6/II) ve bu kişiler dışındaki üçüncü kişilerin kusuru da illiyet bağıni kesebilir. Dolayısıyla, tüketicinin kusuru satıcının sorumluluğunu kaldırabileceği gibi sorumluluğun azaltılmasına da neden olabilir.

TKHK'da ayıplı mal ve hizmetin sebep olduğu zararlardan sorumlulukta ispat külfetinin kime ait olacağına ilişkin bir düzenleme yer almamaktadır. Ancak Yönetmelikte, imalatçı-üreticinin sorumluluğu bakımından, zarar görenin, malın ayıbını, uğradığı zararı ve ayıp ile mal arasındaki nedensellik bağıni ispat edilmesinin gerektiği belirtilmiştir (m. 6/II)²⁹. Bu düzenleme, esas itibarıyla MK. 6'daki genel ispat kuralı ile paralellik taşımaktadır.

II. SAĞLAYICININ AYIPLI HİZMETLERDEN SORUMLULUĞU

TKHK'un ayıplı mallara ilişkin düzenlemesi, ayıplı mallara ilişkin düzenleme ile pek çok paralellik taşıdığından, açıklamalarımızda ayıplı mallara ilişkin verilen bilgilere atıfta bulunulacak, yeri

²⁸ Arbek, Ömer : "Ayıplı Mal veya Hizmet sebebiyle Tüketicinin Uğradığı Zarardan Sorumluluk, e-akademi, Hukuk, Ekonomi ve Siyasal Bilimler Aylık İnternet Dergisi, Ekim 2005, S. 44 (www.e-akademi.org/makaleler) s. 10.

²⁹ Doktinde, Yönetmelikte yer alan bu düzenlemenin, TKHK. m.1'de yer alan amaçlarla ve genel olarak tüketicinin korunması amacıyla bağdaşmadığı ileri sürülerek, ispat külfetinin ters çevrilmesinin gerekli olduğu, zira mal veya hizmetin ayıplı olup olmadığının ispatının tüketiciye bırakılması halinde, öngörülen sorumluluğun kusur sorumluluğundan daha iyi olmayacağı ifade edilmektedir (bkz. Öztan, Bilge : İmalatçının Sorumluluğu, Ankara 1982, s. 3314, Arbek, s. 27).

geldikçe ayıplı hizmetin niteliği gereği öngörülen farklı düzenlemelere değinilecektir.

TKHK'un eski halinde tanımlar başlığı altında mal ve hizmet sunanlar arasında bir ayırım yapılmamaktaydı. Oysa, hizmet sunan kişi hizmeti satmamakta, sunmakta; tüketici de bu hizmet karşılığında bir bedel ödemektedir. Yasanın yeni düzenlemesinde, hizmet sunanlar için "sağlayıcı" kavramının getirilmesi yerinde olmuştur. TKHK. m. 3-g'ye göre, "Sağlayıcı, Kamu tüzel kişileri de dahil olmak üzere ticari veya mesleki faaliyetleri kapsamında tüketiciye hizmet sunan gerçek veya tüzel kişileri" ifade etmektedir. TKHK. m. 3-d'de hizmet kavramı tanımlanmakta ve hizmetin, bir ücret veya menfaat karşılığında yapılan mal sağlama dışındaki her türlü faaliyeti ifade ettiği belirtilmektedir. Hizmet bedeni veya fikri emeğe dayanabilir³⁰.

TKHK. m. 4/A'da ayıplı mallarda olduğu gibi zikredilen nitelikteki ayıplar ve lüzumlu nitelikteki ayıplar olarak ikili bir ayırımın göz önünde tutulduğu söylenebilir. Zikredilen nitelikteki ayıplar, "sağlayıcı tarafından bildirilen reklam ve ilanlarda" varolan ayıplardır. Lüzumlu niteliklerdeki ayıplar ise, "standardında veya teknik kuralında tespit edilen nitelik veya niteliği etkileyen niceliğine aykırı olan ya da yararlanma amacı bakımından değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltan veya ortadan kaldıran eksiklikler" dir.

Ayıplı hizmetlerdeki ayıp da, ayıplı mallarda olduğu gibi, maddi, hukuki veya ekonomik olabilir(TKHK. m. 4/A-I). Terziye ısmarlanan elbisenin yarısının dikilmiş olması, maddi ayıba, dikilen elbisede kullanılan ipliğin kötü kalite olması yüzünden çabuk sökülmesi hem maddi hem de ekonomik³¹ ayıba, hizmetin görülmesi-

³⁰ Yargıtay, çeşitli kararlarında kalorifer tesisatının yapılması, mobilya ve PVC pencere doğrama ve imalatı gibi hizmet edimlerini, istisna sözleşmelerinin kapsamında değerlendirilerek, bu sözleşmeler için TKHK'un uygulanamayacağını belirtmiştir. Oysa, bu türlü hizmet edimleri de iş görme edimi olduğundan, yasanın açık deyimiyle TKHK kapsamındadır. Yargıtay kararları ve kararlardaki görüşün eleştirisi için bkz. Zevkliler/Aydoğdu, s. 93, dn. 38-39; s. 138, dn. 130.

³¹ 13. HD. 8.3.2007, E. 2006/16784, K. 2007/3131(www.kazanci.com.tr).

nin belediye veya mahkeme tarafından yasaklanması hukuki ayıba örnek gösterilebilir³².

1. Sağlayıcının Ayıplı Hizmet Dolayısıyla Sorumluluğunun Maddi ve Şekli Şartları

Hizmetin zikredilen niteliklerindeki ayıptan dolayı sağlayıcının sorumluluğu zikretmeyle gerçekleştiğinden ayrıca başka bir maddi şartın gerçekleşmesi aranmaz. Dolayısıyla, maddi şartların lüzumlu niteliklerdeki ayıp için incelenmesi gerekmektedir. Şöyle ki³³ :

Ortada ayıp sayılan bir eksiklik bulunmalı ve bu ayıp önemli olmalıdır. Eksik hizmet sunulması yani, nicelik eksikliği kural olarak ayıp sayılmaz. Ancak, bu eksikliğin hizmetin niteliğini etkilemesi durumunda yani, hizmetin değerini veya tüketicinin ondan beklediği faydaları azaltması veya ortadan kaldırması durumunda ayıplı hizmet söz konusu olur (TKHK m. 4/A-I).

Hizmetteki ayıbın, yarar ve hasarın tüketicie geçtiği varolması gerekir. Bu konuda her hizmetin kendisine ait kuralları uygulama alanı bulacaktır. Örneğin, istisna sözleşmeleri açısından istisna sözleşmesinde hasar ile ilgili kural (BK. m. 368) uygulama alanı bulacaktır.

Tüketici, ayıbın varlığını bilmeden hizmetten yararlanmış olmalıdır. Ancak tüketici, ayıplı hizmetin varlığını bilmesine rağmen hizmetten yararlanmış ve bir zarara uğramış ise, seçimlik hakları kullanamaz fakat tazminat talebinde bulunabilir (TKHK. m. 4/A-V).

Sorumluluk için, sunulan hizmetin ayıplı olduğunun sağlayıcı tarafından bilinmesine gerek yoktur (TKHK 4/A-III c. 2).

Sözleşme ile ayıplı hizmetten sorumluluğun kaldırılması veya sınırlandırılması geçersizdir.

³² Zevkliler /Aydoğdu, s. 137.

³³ Zevkliler/Aydoğdu, s. 138.

Sayılan bu maddi koşullar gerçekleşmiş ise, tüketici ayıplı mallarda olduğu gibi, muayene ve ihbar yükümlülüğünü yerine getirerek sağlayıcıyı ayıplı hizmet dolayısıyla sorumlu tutabilir. TKHK. m. 4/A-II c. 1 hükmü gereği, muayene ve ihbarın, hizmetin ifa edildiği tarihten itibaren 30 gün içinde yerine getirilmesi gerekmektedir.

2. Ayıplı Hizmet Nedeniyle Tüketicie Tanınan Seçimlik Haklar

TKHK. m. 4/A-II'de tüketiciye üç seçimlik hak tanınmıştır. Bunlar, sözleşmeden dönme³⁴, hizmetin yeniden görülmesi ve ayıp oranında bedelden indirimdir. Ayrıca, ayıplı mallarda olduğu gibi tüketicinin sayılan bu seçimlik haklardan biri ile birlikte tazminat talebinde de bulunabileceği (TKHK. m. 4/A-II, c. 4) hükme bağlanmıştır.

TKHK'un, ayıplı hizmetlere ilişkin düzenlemesi, ayıplı mallara ilişkin düzenleme ile bir çok benzerlik taşısa da sözleşme konusu nedeniyle bazı farklılıklar içermektedir. TKHK. m. 4/A-II c. 3'de, "Tüketicinin sözleşmeyi sona erdirmesi, durumun gereği olarak haklı görülüyorsa, bedelden indirim ile yetinileceği" düzenlenmiştir. Örneğin, özel bir tören için terziye sipariş edilen gece elbisesinin, ayıplı olduğu tören günü ortaya çıkmışsa, hizmetin yeniden görülmesi durumun gereği haklı olamayacağından, bedelden bir indirim yapılması gerekir. Elbette bedelden indirim yapılırken genel hükümlere göre hakim (BK. 43-44), tüketicinin elde ettiği menfaati bedelden indirebilecektir³⁵.

³⁴ Sözleşmeden dönme hakkı kullanıldığında, ayıplı malın sağlayıcıya iadesine benzer şekilde hizmetin geri verilmesi söz konusu olamayacağından, dönme sadece bedelin iadesi sonucunu doğuracaktır.

³⁵ Nitekim, TKHK'un eski metninde bu yönde bir hüküm getirilmişti. Yeni düzenlemede bu hususa yer verilmemesi uygun olmamıştır. Hizmetten faydalanılma kadar bedelden indirim yapılacağına ilişkin kararlar için bkz. 13. HD. 12.5.2003, E. 200372749, K. 2003/5860; 5.1.2005 E. 2004/9939, K. 2005/37; 16.6.2005 E. 2005/4923, K. 2005/10212.

III. DAVA ZAMANAŞIMI SÜRELERİ VE HAK DÜ- ŞÜRÜCÜ SÜRE

Satılan malın veya sunulan hizmetin ayıplı olması nedeniyle açılacak davalar, sözleşme ile daha uzun bir süre öngörülmemiş ise, malın tüketiciye teslimi tarihinden itibaren 2 yıllık zamanaşımına tabidirler (TKHK. m. 4/IV, 4/A-IV)³⁶. Bu sürenin kaldırılması veya sınırlandırılması mümkün değildir. Bu süre konut ve tatil amaçlı taşınmaz mallarda 5 yıldır (TKHK. m. 4 c. 2). Beş yıllık süre, BK. m. 215/III'de taşınmaz satımındaki ayıplar için öngörülen süre ile paralellik taşımaktadır. Öngörülen 2 ve 5 yıllık süreler, ayıba karşı tekeffülden doğan sorumluluk için öngörülmüştür.

Ayıplı malın neden olduğu her türlü zarardan dolayı seçimlik haklardan biriyle birlikte açılacak tazminat davalarında zamanaşımı süresi 3 yıldır (TKHK. m. 4/IV c. 3, 4/A/IV c. 2). Böylece kanun koyucu, seçimlik hakların kullanılmasından farklı olarak, tazminat talebinin tabi olacağı zamanaşımı süresini daha uzun tutmak istemiştir. Bu sürenin ne zaman işlemeye başlayacağı belirtilmediğinden, zamanaşımı süresinin, zararın ve sorumlunun öğrenildiği tarihten itibaren başlayacağını kabul etmek gerekir³⁷.

TKHK'da zamanaşımı defii düzenlenmemiş olsa da, TKHK. m. 30'un yollaması nedeniyle BK. M. 207/II hükmünün tüketici işlemlerinde de uygulanması gerekir.

Ayıplı malın neden olduğu tazminat taleplerinde üst süre, malın piyasaya sürülmesinden itibaren 10 yıldır (TKHK. m. 4/IV c.

³⁶ 13. HD. 31.12.2004, E. 2004/8635, K. 2004/19327 (www.kazanci.com.tr). Yargıtay'ın eser sözleşmesindeki 5 yıllık zamanaşımı süresini uyguladığı karar için bkz. 13. HD. 16.12.2002, E. 5727, K. 5883.

³⁷ Havutçu, s. 133 vd. Yazarın haklı olarak ifade ettiği gibi, , tüketicinin bütünlük menfaatlerinin ihlali nedeniyle tazminat talebini, sözleşme ile ilişkilendirerek zamanaşımının başlangıcını malın tüketiciye teslim edildiği tarih olarak kabul etmek amaca uygun değildir. Yazara göre, ayıplı malın neden olduğu diğer zararlarda örneğin, değiştirme talebinde değiştirme masrafları, onarım talebinde bulunulması durumunda eşyanın sürüm değerindeki azalmalar gibi durumlarda ayıplı mal nedeniyle ifa menfaatinin ihlal edilmesi söz konusu olduğundan taşınırlarda 2 yıllık, taşınmazlarda 5 yıllık sürenin uygulanması gerekir. (Havutçu, s. 134).

4)³⁸. Bu süre, hak düşürücü süredir . Ancak, öğretide bazı yazarlar bu sürenin zamanaşımı süresi olduğu ileri sürmektedirler³⁹.

Satıcı veya sağlayıcı, mal veya hizmetteki ayıbı ağır kusuru ya da hile ile gizlemiş iseler, sözü edilen sürelerden yararlanamazlar (TKHK. m. 4, c. Son, 4/A-IV c. 3)⁴⁰. Bu ifadeyi, üç yıllık zamanaşımı süresinden yararlanılamayacağı, bu durumda tüketicinin üst sınırı 10 yıl olan hak düşürücü süre içinde talep hakkını kullanması gerektiği şeklinde yorumlamak gerektiği düşüncesindeyiz⁴¹.

Zamanaşımı ile ilgili diğer konularda (zamanaşımının durması veya kesilmesi) genel hükümler uygulanacaktır(TKHK. m. 30 hükmü gereği, BK. 132-133)⁴².

³⁸Zevkliler/Aydoğdu, bu durumda, BK. m. 125'de öngörülen sözleşmenin kurulmasından itibaren geçerli olan 10 yıllık sürenin tüketicinin daha menfaatine bir hüküm olduğunu belirtmektedirler (s. 148).

³⁹ Aslan, 231, Zevkliler/Aydoğdu, s. 148.

⁴⁰ 4. HD. 21.9.2006, E. 2005/10201, K. 2006/9437; HGK 5.1.2005, E. 2005/4-487, K. 2005/553.

⁴¹ 13. HD. 10.12.2002, E. 10673, K. 13269. Bu kararda, on yıllık sürenin aşılamayacağı, hilenin varlığı için, satıcının maldaki bozuklukları bildiği halde, gizlemeye çalışması veya suskun kalmasının yeterli olduğu belirtilmiştir (Zevkliler/Aydoğdu, s. 148).

⁴² Yargıtay da, hakem heyetine başvuru nedeniyle dava zamanaşımı süresinin kesildiğini (BK. m. 133 b. 2) kabul etmektedir. Bu kararlar için bkz. 13. HD. 6.5.2002, E. 2002/2803, K. 2002/5178 (Zevkliler/Aydoğdu, s. 1126-1127), 13. HD. 11.4.2002, E. 2002/2063, K. 2002/3990 (Zevkliler/Aydoğdu, s. 1129-1130). 13. HD. 15.4.2002, E. 2002/1534, K. 2002/4099 (Zevkliler/Aydoğdu, s. 1132-1133).

PROTECTION OF CELEBRITIES' IMAGE IN EUROPE AND IN UNITED STATES

Prof. Dr. Joanna Sienczylo-CHLABICZ*

1. Introduction

The necessity to provide more efficient protection of image appeared together with the use of photographs as modern means allowing to record them. Thus, compared to previous times when image creation meant arduous and tiring work of its creator, as well as portrayed model, it was indeed a revolutionary change.

First famous judgments in the matter of image protection were connected with their unlawful creation and involved the publication of documentary photos in France and Germany¹. In France the right of image was acknowledged in two court cases. The first one involved the photo showing the dead body of a famous actress *Rachel*. In *Rachel*² case the artist, who was commissioned to draw the corpse of the popular actress, sold it despite her relatives' objection. The photos of his drawings were also taken. The court adjudicating in this case ordered the confiscation of both the drawings and the negatives. It seems in this case that the right of the actress's relatives and her family to privacy, which was violated, is of greater significance than the right of the deceased actress to her image. When a close person dies, their relatives want to be let alone

* Białystok Üniversitesi Hukuk Fakültesi Öğretim Üyesi.

¹ See E. Wojnicka, *The Right to One's Own Image in Polish Legislation*, ZNUJ „Works on Inventions and Protection of Intellectual Property” of 1990, v. 56, p. 102.

² Trib. Civ. Seine, 16th June 1858 („*Rachel*”), D 1858.3.52.

and not haunted by third persons. They have an absolute right to bury the deceased and remember them (so-called reverence for the dead or cult of the dead)³.

In Germany another case involved unlawful taking and publication of photos showing the deceased Chancellor Bismarck⁴. Two ancestors of contemporary journalists burst into Germany's Chancellor - Otto Von Bismarck's castle and took photos of the deceased statesman. The politician's family immediately secured the seizure of the photos, as well as the abandonment of their distribution. The court stated that the seizure of the sued photos, which were acquired as a result of an illicit act (trespass to land), would contradict a sense of social justice⁵.

Nowadays, the advertising industry takes advantage of entertainment and sport celebrities to enhance the marketability of products and services. Actors, singers and athletes tell us which drink they prefer, which pasta they eat and which car they drive in order to influence a consumer's purchasing decisions. A lucrative market has also developed for merchandise bearing the names or likeness of celebrities. As a result, endorsement fees paid to celebrities continue to grow and now constitute a significant percentage of their income.

In order to protect the commercial interests of celebrities, United States courts developed the right of publicity, a concept originally rooted in the right of privacy. The right of privacy focuses on injuries to person's dignity and state of mind, measured by

³ Comp: S.C. decisions of 13th January 1965, OSN of 1965, item 171; of 12th July 1968, OSN of 1970, item 18, gloss of A. Kędzierska, PiP of 1970, no. 7-8, p. 417; of 10th February 1975, OSPiKA of 1977, item 4; of 23rd May 1975, OSPiKA of 1977, v. 5; of 13th February 1979, OSN of 1979, item 195; of 28th November 1980, OSN of 1982, item 170; A. Szpunar, Legal Protection of the Cult of the Deceased, „Palestra” of 1978, no. 8, p. 25; *ibid.*, On Protection of the Memory of the Deceased, „Palestra” of 1984, no. 7-8, p. 1.

⁴ 45 RGZ 70.

⁵ See B. Brömmekamp, The Human Rights Act 1998 in Comparison with the Protection of Privacy and Personality in Germany, „The Yearbook of Copyright and Media Law”, Oxford University Press 2000, p. 86.

mental distress damages. In contrast, the right of publicity protects the potential commercial value of a person's identity and grants the individual the right to control the commercial exploitation of their name, likeness or personality. The right of publicity is essentially a freely assignable property right and is the basis framework for endorsement transactions.

First part of this article concerns the right to one's own image and its protection. The author concentrates on the topic of the scope of this right, its concept and nature. Second part is an analysis of the right to control the economic exploitation of features identifying celebrities. This right is called "*right of publicity*" and it exists by statute and common law in the United States. From the nineties we can observe in Europe - especially in Germany, France and Italy - the process of commercialization of personal rights, including the right to one's own image.

2. Definition and the scope of image rights

Copyright Law, which regulates image distribution and protection, does not contain its normative definition. Therefore, doctrine and jurisdiction are obliged to create this definition. Representatives of doctrine present various definitions that contain many common elements. According to the attitude, which is the most frequently represented in doctrine⁶ - an image should be understood as "such facial features and features of the whole body which allow to identify a particular person as a specific physical individual. Image constitutes visible, physical features of an individual, which make up for their appearance and allow to identify them among other people⁷.

⁶ Comp: A. Kopff, Gloss to the verdict of 15th April 1965, OSPiKA of 1966, v. 6, item 130.

⁷ E. Wojnicka, *op. cit.*, p. 107.

In legal writings a postulate to protect voice, as a part of a physical picture or a confidential sphere, or even a separate personal interest⁸, has been put forward.

Under French law, both a physical picture (visual) of an individual, as well as their voice, are protected by the right to one's image. Judicature recognises personal right to human voice in the sense of sound or voiced image. According to the represented attitude, the court applied sanctions towards one of the radio broadcast stations after *Maria Callas's* death because of unlawful records of her voice during the rehearsal she took in her private estate⁹.

I think that characteristic features of one's voice are much less individual than facial features or body built, so it can't be treated as a separate personal interest. It seems that voice should not be treated as separate personal right. It should be protected by the right to one's image, not as a physical (visual) picture of a specific person but as their picture sensed by hearing. Personal right to human voice should be treated as a sound or voiced image. However, one basic condition must be fulfilled, namely a sound or voiced image, that is voice, must be recognisable to third persons, only than it shall be protected by law. It means that the voice of a specific person must be characteristic and distinctive enough to be associated with a specific individual it is made by.

It can be stated that the process of covering still new elements by the term image in order to provide them legal protection is successively proceeding. This phenomenon is noticeable not only in Polish doctrine and jurisdiction, but also in court jurisdiction and doctrine of numerous European countries, for instance in Germany, France, Italy etc.

The notion of image is most often associated with the set of external features characteristic for a specific person, particularly

⁸ More E. Adler, *Die Persönlichkeitsrechte im allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, Vienna 1911, v. II; K. Specker, *Die Persönlichkeitsrechte, mit besonderer Berücksichtigung des Rechts auf die Ehre im schweizerischen Privatrecht*, Arrau 1911.

⁹ TGI Paris, 19th May 1982, D 1983, 147.

with the most distinctive ones – that is a face. However, this notion should not be narrowed to anatomic features of a specific human being. It seems that reception and identification values of particular elements are essential. That is those which can distinguish a specific person; not only, for instance, a shape of their nose or facial features, but also characteristic haircut or dyed hair, their movement or use of specific accessories, a stick, for example¹⁰.

3. Nature of the right to one's image

The right to one's image belongs to personal rights, which determines its legal character. It is a non-proprietary right as it does not contain direct economic content, and it is not directly conditioned by economic business of the subject it refers to. It is strictly connected with the subject in such a way that it cannot be separated from it. It is created at the moment the subject it refers to is being created, and it proceeds as long as the specific subject lasts, that is to say, it expires together with the subject's death. It is a non-transferable right, consequently, it cannot be relinquished. Finally, it is an indisputable right, therefore, *erga omnes* efficient. Third persons are obliged to abstain from any action violating this right. It results that the right to one's image expires together with the death of the person presented in it. It is consistent with the character of this right as a personal right.

In German law, according to section 22 of the of *The Copyright in Works of Art and Photography* from 1907 called *Kunsturhebergesetz*, after death of the portrayed person, publication or public exhibition of their image requires consent of their relatives. German court practice indicated that the right to one's image does not expire with death of the portrayed person but extends beyond death of a person.

In the light of representatives of German doctrine, the nature to one's image is a part of the general personality rights. Therefore,

¹⁰ Comp: Barta J., Markiewicz R., On the Right to One's Image, ZNUJ „Works on Inventions and Protection of Intellectual Property” 2002, v. 80, p. 12.

the entitled person cannot dispose of this right treating it as property right. Nevertheless, the lawmaker determined that within the period of ten years after death of a portrayed person, the publication or public exhibition (distribution) of the image should require the consent of relatives. It can be ascertained, therefore, that regulation adopted in this provision is the statutory recognition of the post mortem extension of the protection of this right after death of the authorised person.

According to the German Act of 1907, the following persons are entitled to consent to publication or distribution of image:

- first of all, a spouse of the deceased or their children;
- if a spouse or children are dead – parents of the deceased.

Before the famous Marlene Dietrich's case in 1999 the German courts had not granted monetary compensation in post-mortem cases, concerning the unlawful exploitation of the deceased's image. Post-mortal protection was granted only for grave or distortions of the honour or memory of the deceased.

On December 1, 1999 the Federal Supreme Civil Court decided in two joined cases, subject matter of which were the claims of daughter and heiress of famous German actress *Marlene Dietrich* against various companies who had used *Marlene Dietrich's* name as well as a photo of an imitated scene from the movie titled "The Blue Angel", depicting a look-like – for advertising purposes. The court held that the mere use for advertising purposes, made without any disparaging or libellous statements, sufficed to constitute a violation of post-mortem personality rights and awarded monetary compensation.

The court recognized that *Marlene Dietrich's* characteristic features, such as her name, image and voice, had acquired a significant monetary value and that by way of an unauthorized use for advertising purposes this value had been illegitimately usurped. According to the court, a compensation was necessary to protect this value – as otherwise third parties, who had never had any per-

sonal relation with the actress, would profit from the fame and image of the deceased.

The most notable aspect of the judgment lies in the fact that the Federal Supreme Civil Court recognised for the first time, that patrimonial elements of the "General Right of Personality" – even though the "General Right of Personality" as such was a purely personal right, tied to its individual bearer without capacity to be inherited. The court expressly stated that personal features are contributing in a considerable way to the economic wealth of the marketing industry. On the other hand, it cannot be ignored that in today's marketing and celebrity-focused society, names and images represent an economic value which should not be left to those who show just enough disrespect to exploit the fame of others.

In *Marlene*, the Federal Supreme Civil Court recognized for the first time, that patrimonial elements of the "General Right of Personality" are in fact inheritable and that they lend sufficient basis for an award of monetary compensation.

4. The origin of *right of publicity*

The Right of publicity originated in the United States within the right to privacy.

The Right of publicity is the right preventing the use of name, image (likeness) or other features identifying famous persons (celebrities) in order to gain profit (economic benefits). It is an absolute or exclusive right of a proprietary character, celebrities are entitled to, and it involving the economic exploitation of the features which identify them for advertising (commercial) purposes without their consent.

This right was created by state, not federal law and is binding in many states as state law, but based on precedents (judge-made law). The right of publicity appeared for the first time in doctrine and was used by W.L. Prosser. In 1960 Prosser stated in the article entitled "Privacy" that the right to privacy in American civil law generally consists of four separate torts. One of them regards ap-

propriation, that is the use of another person's name or image for commercial purposes¹¹. The right to privacy and the right of publicity have many common features, but at the same time there are considerable differences.

Significant difference between the right to privacy and the right of publicity is the character of these rights. The first one is a personal right, whereas, the second one is a proprietary one. The right of publicity is a proprietary, transferable, hereditary right that well known persons or their heirs (legal successors) are entitled to¹². The right to privacy expires with a natural person's death, whereas the right of publicity, being a proprietary right, passes on heirs of the deceased. The duration of the right of publicity does sometimes vary widely depending on legal regulations adopted by state codes. Among the states that recognise this right, about half of them holds that it extends beyond death of the celebrity. Some of the terms may also be enforceable by the legal heirs or assignees of the celebrities and are, counting from the year of celebrity's death, 70 years in California¹³, 100 years and unlimited term in Indiana, and without any term in Tennessee.

5. The subject of the right of publicity

This right covers: 1) the right to one's image; 2) the right to name and pseudonym; 3) the right to a characteristics prop, costume as well as other attributes of one's identity, under the condition they clearly point a specific famous person¹⁴. The United States are a world leader in the sphere of the protection of the right

¹¹ See W. L. Prosser, Privacy, 48 "California Law Review" 1960, p. 383; American Law Institute, Restatement of Torts, Second, sec. 652A (1997).

¹² P. R. Barnett, The Right of Publicity Versus Free Speech in Advertising: Some Counter-Points to Professor McCarthy, "Hastings Communications & Entertainment Law Journal" 1996, No. 18, p. 560.

¹³ In 1999 in California this term was extended from 50 years to 70 years after death of a famous person.

¹⁴ See J. Barta, R. Markiewicz, On the Right to One's Image, ZN UJ „Works on Inventions and Protection of Intellectual Property" 2002, v. 80, p. 30.

of publicity. The doctrine concerning protection of famous persons, commonly known celebrities developed the most in the United States¹⁵.

For the first time the institution of the right of publicity appeared in the case *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum*¹⁶. The parties to the case were two companies manufacturing a chewing gum, and an argument regarded the right to use the photos of professional sportsmen on the cards included in the package with a chewing gum. One of the companies had the sportsmen's consent, whereas the other one did not. For well-known sportsmen, who were in the centre of public attention, it was difficult to prove that they were humiliated because of additional popularity. They claimed that the attributes of their identities were used to gain financial benefits, whereas they themselves did not receive any remuneration for this. Judge Frank stated that famous persons have the right to control the commercial exploitation of the features identifying them as specific individuals, in particular name and image as one of them.

Starting from the case *Haelan Laboratories, Inc. v. Topps Chewing Gum* of 1953¹⁷ the courts began to recognise the existence of the right of publicity. According to jurisdiction, public figures – independent of limitations in the sphere of the protection of private life – have the right to receive remuneration for the use of their names, images and other identifying features, for commercial purposes.

At the beginning the subject of the right of publicity was the use of surname and likeness of a famous person. Gradually, both jurisdiction and doctrine extended the scope of this right to anything that identifies a specific celebrity¹⁸. In the case *Carson v.*

¹⁵ R. Kwall, Fame, "Indiana Law Journal" 1997, No. 73, p. 1, 15, 16.

¹⁶ 202 F. 2d 866 (1953).

¹⁷ 202 F. 2d 866 (2d Cir. 1953), cert. denied, 346 U.P. 816 (1953).

¹⁸ See Restatement, Third of Unfair Competition, supra, sec. 46 – it involves the use of surname, likeness (image) or other attributes identifying a specific person; P. R. Barnett: The Right of Publicity Versus Free Speech in Advertising:

*Here's Johnny Portable Toilets*¹⁹ - a characteristic phrase associated with television talk-show hosted by Johnny Carson was held by the court to be part of his protectable "identity".

One of the best known cases regarding the appropriation of the identity attributes of well known persons was the case *White v. Samsung Electronics America, Inc.*²⁰. It was brought by *Vanna White* - famous for „turning letters" in the popular TV programme „Wheel of Fortune". She sued the firm - Samsung Electronics over a magazine advertisement for their products. *Vanna White* claimed that the ad appropriated her identity, which was then agreed by the court of appeals. Judge Alex Kozinski objected to this attitude claiming that such solution would lead to situations when every well known person, instead of having an exclusive right in her surname, image (likeness), signature or voice, would have an exclusive right to anything that reminds the viewer of them. Judge Kozinski argued that it is possible to say that any female figure standing in front of the "Wheel of Fortune" game board would remind people of Ms White. Similarly, a commercial showing an astronaut setting foot on the moon would evoke the image of Neil Armstrong. In consequence, one of the judges declared that the court's decision in the case "White" produced a speech restriction unparalleled in First Amendment to the U.S. Constitution²¹.

Many supporters of the right of publicity are for the broad interpretation of the subject of this right acknowledging that it contains all attributes indicating person's identity. J. Thomas McCarthy - the author of a well known publication on this right -

Some Counter-Points to Professor McCarthy, "Hastings Communications & Entertainment Law Journal" 1996, No. 18, p. 593; *ibid.* : First Amendment Limits on the Right of Publicity, "Tort & Insurance Law Journal" 1995, No. 30, p. 635.

¹⁹ 698 F. 2d 831 (6 th Cir. 1983).

²⁰ 971 F. 2d 1395 (9 th Cir. 1992), rehearing en banc denied, 989 F. 2d 1512, cert. denied, 113 P. Ct. 2443 (1993).

²¹ S.R. Barnett, The Right to One's Own Image: Publicity and Privacy Rights in the United States and Spain, The American Journal of Comparative Law 1999, vol. 47, p. 562.

stated that a test should be carried out to prove the violation of the right of publicity, notwithstanding the fact whether the plaintiff is recognisable in an advertisement²².

6. Legitimacy to introduce the right of publicity in Europe

Courts and scholars in Europe have cited some reasons for recognizing the right of publicity.

First, the right of publicity aims to secure the economic value of an individual's identity and prevent unjust enrichment to the infringer. These authorities contend that celebrities invest considerable money, time, and energy into developing the ability to attract attention and evoke a desired response in a particular consumer market. Therefore, they should obtain the reward of their endeavors.

Second, the right of publicity protects against deprivation of celebrities' commercial value through excessive unauthorized uses. Furthermore, protection of this right provides an economic incentive for performers to produce entertaining and intellectual works, which is analogous to the goals of patent and copyright law.

The right of publicity is now considered an independent doctrine, which is distinct from the right of privacy. It has been recognized in twenty-five states, either by statute or common law. Although the basic concept of the right of publicity is clear, each state has its own criteria for establishing a claim. For example, criteria concerning which aspects of a person's identity are protectable, whether the right is descendible or which remedies are available vary among states.

In some European countries we can observe the process of judicial creation of the right of publicity. For example, in 1984 an Italian court first recognized the right of publicity, expanding the traditional right of image available under the Italian Civil Code, a

²² More J. T. McCarthy, *The Rights of Publicity and Privacy*, (1997), 6.1[B], p. 6-6.

law which already granted celebrities a right to the commercial use of their photograph. On the case of *Dalla v. Autovox SpA*, an Italian District Court found that the misappropriation of a celebrity's persona wrongfully engendered an association between a celebrity and a product. This case represents Italy's first recognition of the right of publicity.

Although the right of publicity is a judicial creation, its legitimacy and viability are supported by the Italian Civil Code. Italian judges have the power - to reason by analogy - to other provisions of the code, a proceeding known as *analogia legis*, and apply those provisions as a foundation for resolving a controversy to which no law currently applies. Looking to the Civil Code provisions protecting photograph, the judge in the *Dalla* case reasoned that such protection should also apply to unauthorized uses of attributes of one's persona, hence creating a right similar to the American right of publicity.

According to this case, a popular Italian singer Lucio Dalla brought suit against an Italian company called Autovox - a producer of audio equipment such as radios, compact disc players and stereos. Dalla alleged that Autovox misappropriated his persona in an advertising poster by using two of the most distinctive elements of his appearance - a woollen cap and a pair of small, round glasses. Dallas argued that the use of the cap and glasses constituted a misappropriation of his persona because the created an immediate association between himself and Autovox. The judge granted Dalla's claim by relying on three main factors: 1) his constant use of the wool cap; 2) his degree of fame and notoriety as a musician; and 3) the graphic character of the advertisement.

Ad 1) In addressing the first issue, the court maintained that Dalla's right of image had been infringed not by the publication of his picture or portrait, but by the reproduction of some distinctive elements of his personality immediately associated with Dalla. Although Dalla did not invent the woollen cap and the small, round glasses, he wore those accessories constantly in order to distinguish himself and create an easily recognizable persona.

Ad 2) In addressing the second factor, the court found that there was a clear exploitation of Dalla's popularity in the advertising poster. The court recognized that the infringement of the right of publicity was derived from the appropriation of the singer's personal identity and had been used for purposes of trade, not for purposes of public interest in information.

Ad 3) The third issue analyzed by the court involved the size of the cap and glasses in relation to the size of the entire advertisement. In Autovox's advertising poster, the woollen cap and the small, round glasses occupied almost two-thirds of the whole space. Thus, Autovox could not argue that the objects were secondary or marginal elements of the advertisement, as the objects were clearly the centrepiece of Autovox's advertisement.

Finally, when assessing the amount of damages available to Dalla, the court mainly considered the following factors:

- 1) the court considered the amount Dalla could have received if he negotiated with Autovox to endorse their product.
- 2) the court considered the fact that Dalla never endorsed any products and refused to appear in commercials, as well as the fact that even if he did endorse some products, he may not have had any interest in endorsing and binding himself to Autovox's products.

In France there is general consensus among most courts that the right of image is characterized as a personality right rather than as a property right. But some legal scholars and commentators have emphasized the ambiguous nature of the right of image. On the one hand, the right to protect one's image from unwanted exposure embodies a privacy interest. This concept has been called the right to the image, meaning that an individual has an exclusive right to oppose its unauthorized use and dissemination. On the other hand, the right also embodies the desire to protect a marketable asset – the image of a popular person for which others are willing to offer compensation to use it. This recent recognition of this patrimonial nature has been characterized as the right on the image or the right

to profit on the image. The modern perception of the right of image recognizes its dual nature, encompassing both a negative, subjective right to prohibit the fixation and reproduction of one's image, as well as a positive, economic right to commercially exploit one's image.

In Germany the courts recognised that characteristic personal features may acquire significant monetary value and that the unauthorized use of a person's name and image for commercial purposes can violate the "General Right of Personality" as such use would generally only be permitted in exchange for the payment of a licence fee.

In *Caterina Valente*²³ the Supreme Court decided that famous singer and actress *Caterina Valente* had been violated in her "General Right of Personality" because a manufacturer of products for the fixing of dental prosthesis had mentioned her name, without depicting her image, in a printed advertising, thereby creating the impression that Ms *Valente* was also using denture.

In *Nena*²⁴ the Federal Supreme Civil Court ordered the defendant to pay a hypothetical licence fee for the use of name and image of German pop singer *Nena* on tooth brushes, necklaces and letter paper. The court based its ruling on the theory that the unauthorized use violated *Nena's* so-called right of image and that consequently the defendant was unjustly enriched because he had received a commercial value without corresponding legal cause. The judgment was latter criticised for not expressly addressing the issue of transferability of the right of image and for failing to recognise an "intangible property right" in characteristic features, comparable to the immaterial property right granted by a copyright or a patent.

These precedents indicate that, as a general rule, the unauthorized appropriation of a person's name, image of likeness for commercial purposes constitutes a violation of personality rights – even where no offensive or disparaging element is present – and

²³ (1959) N.J.W. 1269, BGH.

²⁴ (1987) G.R.U.R. 128, BGH.

that such violation leads to a claim for damages based on a hypothetical, adequate license fee.

7. Conclusions

Poland, Germany, France or Italy don't recognize the right of publicity and don't expressly provide such protection. As is common in civil law countries, however, a person may be able to protect his or her persona from unauthorized commercial exploitation by relying on a number of statutory enactments protecting individual privacy, one's image, one's name etc. For example, in Germany legal protection against the unauthorized appropriation of a person's name, image and likeness, especially in the case of famous people and celebrities, is secured through the so-called *Allgemeines Persönlichkeitsrecht* (the General Right of Personality), which was first developed by the Federal Supreme Civil Court in 1954. There are also several statutory provisions which complement the General Right of Personality such as section 22 *The Copyright in Works of Art and Photography* - called *Kunsturhebergesetz*, which grants protection against the unauthorized distribution or exhibition of a person's image and section 12 *Bürgerliches Gesetzbuch* (Civil Code) which serves to protect the 'Right of Name'.

It seems *de lege ferenda* that it would be possible to adopt one out of two solutions regarding the phenomenon of commercial (advertising) use of features identifying celebrities.

The first solution involves the use of present binding legal regulations and their application in the cases of commercial use of features identifying celebrities. We would deal here with a considerable extension of the term "image", which would include some features, for instance: a characteristic prop, saying, and even artistic mask when an actor, not just the character he/she created, would be recognisable. Moreover, assuming that the attributes of celebrities' identities hold measurable financial benefit, the use of these interests without permission of the authorised persons, deprives them of expected profits, therefore, they can be considered as financial

damage (*lucrum cessans*)²⁵. In this situation, a proper basis for the financial claim for the victims would be regulation in Civil Code, which envisages compensation claim under general principles.

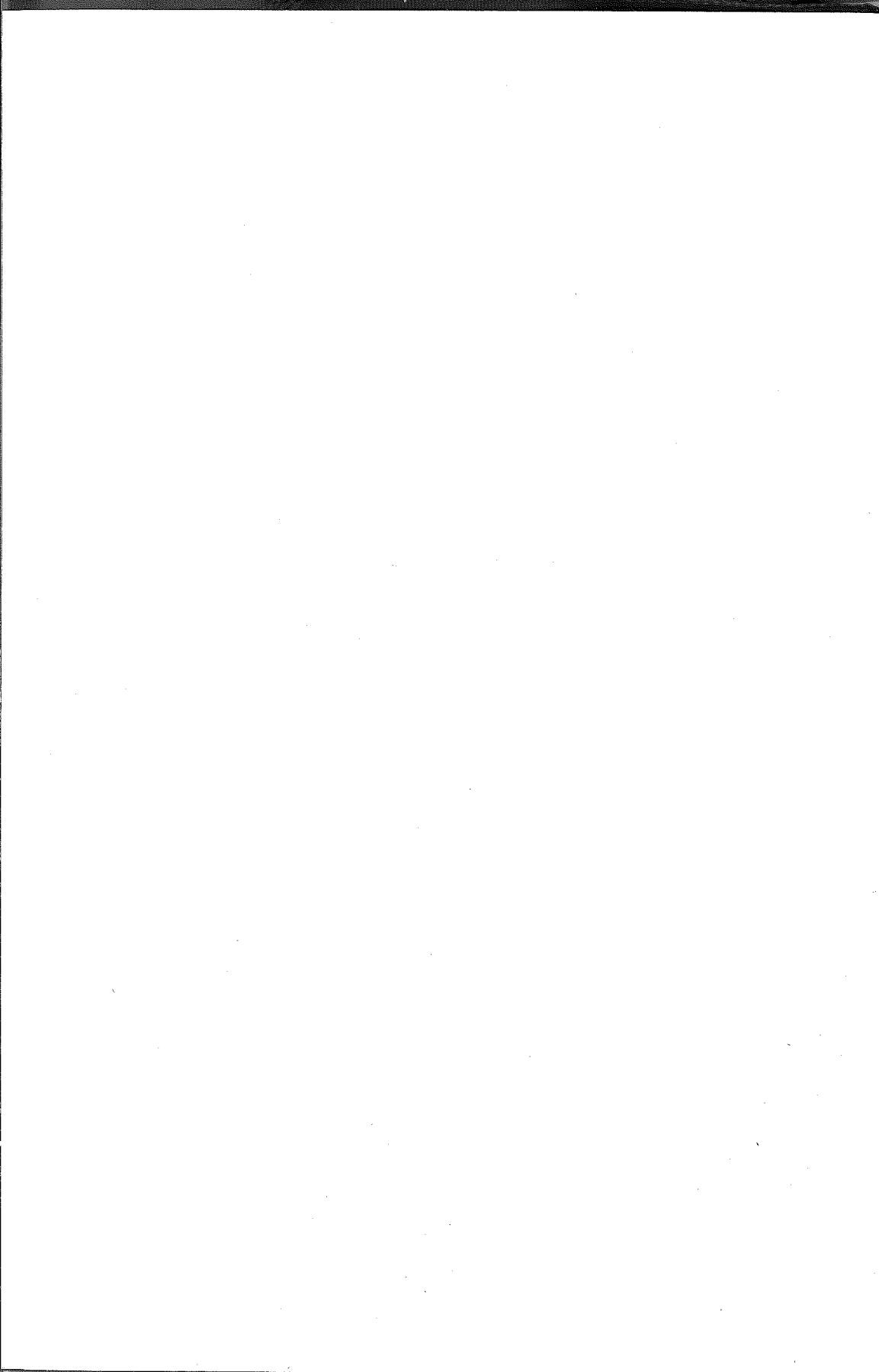
In the second solution, it seems reasonable to consider the legitimacy of establishment – within the right to intellectual property – a separate property right similar to the American right of publicity. It would be an exclusive right, of property law character, transferable and hereditary, celebrities would be entitled to. This right would involve economic use of the features identifying celebrities for advertising (commercial) purposes. The subject of this right would be *persona*²⁶, that is non-financial interest of market value being the financial equivalent of human individuality.

The content of this right could be established on the model of property copyright law. Therefore, the authorised subject, that is a well-known person, would be entitled to: 1) exclusive right to use the attributes of their own identity; 2) exclusive right to dispose of them; 3) right to remuneration for the use of identity attributes of other subjects.

²⁵ Comp: M. Czajkowska-Dąbrowska, Gloss on the Warsaw Appeal Court's verdict of 13th January 1999, I ACa 1089/98, OSP 2000, v. 9, item 142, p. 472.

²⁶ This proposal was presented in legal literature by J.P.C. Pinckaers, From Privacy Toward a New Intellectual Property Right in Persona, Haga 1996, p. 425 and the next.

KAMU HUKUKU



TÜRKISCHE FAMILIENANGEHÖRIGE TÜRKISCHER ARBEITNEHMER UND DER STATUS VON DRITTSTAATSANGEHÖRIGEN

von Dr. Rolf GUTMANN*

Zu besprechen ist hier ein Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts,¹ durch den der Europäische Gerichtshof zur Entscheidung der folgenden zwei Fragen aufgefordert wurde:

1. Bleibt das gemäß Art. 7 Satz 1 Spiegelstrich 2 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei (ARB 1/80²) als Familienangehöriger erworbene Beschäftigungs- und Aufenthaltsrecht des Ehegatten eines dem regulären Arbeitsmarkt eines Mitgliedstaates angehörenden türkischen Arbeitnehmers auch nach Scheidung der Ehe erhalten?

Im Fall der Bejahung der Frage 1:

2. Liegt eine missbräuchliche Berufung auf das aus Art. 7 Satz 1 Spiegelstrich 2 des Beschlusses Nr. 1/80 des Assoziationsrates EWG-Türkei (ARB 1/80) von der früheren Ehefrau abgeleitete Aufenthaltsrecht vor, wenn der türkische Staatsangehörige diese nach Erwerb der Rechtsstellung vergewaltigt und verletzt hat und die Tat mit einer zweijährigen Freiheitsstrafe geahndet worden ist?

* Rechtsanwalt.

¹ Beschluss vom 2.7.2008 – BVerwG 1 C 20.07.

² diese Abkürzung wird auch im folgenden Text verwendet.

1. Sachverhalt

Im Mittelpunkt des Rechtsstreits steht die Anwendung von Vorschriften, die seit über einem Jahr nicht mehr anwendbar sind. Ein baden-württembergisches Regierungspräsidium hatte eine Ausweisung erlassen und die sofortige Vollziehung angeordnet, ohne zuvor dass sich der betroffene türkische Staatsangehörige zuvor vor einer unabhängigen Stelle hätte verteidigen können. Nachdem das einzige Rechtsmittel gegen die Ausweisung die Klage war und das Gericht wiederum bei Überprüfung der Entscheidung keine Ermessenserwägungen anstellen durfte, war dadurch Art. 9 der Richtlinie³ 64/221/EWG verletzt.⁴ Liegt eine Verletzung dieser Vorschrift vor, ist eine verfahrenswidrig erlassene Ausweisungsverfügung unabhängig davon rechtswidrig, welche Gründe der Entscheidung zu Grunde lagen.

Das eigentliche Geschehen begann in Istanbul. Nach sieben Jahren war die 1993 in Deutschland geschlossene Ehe eines türkischen Staatsangehörigen gescheitert und lebte er in Deutschland von seiner damals ebenfalls türkischen, später eingebürgerten Ehefrau getrennt. Seit Anfang 2000 war er für 1 ½ Jahre krankgeschrieben und musste wegen eines Gehirntumors operiert werden. Kopfschmerzen und Ohnmachtsanfälle blieben. Im Juli 2002 reisten die Eheleute noch einmal gemeinsam nach Istanbul, um ein gemeinsames Bankkonto aufzulösen. Vor dem Termin bei der Bank erzwang der Ehemann gewaltsam den Geschlechtsverkehr und wurde deshalb durch ein deutsches Strafgericht zu einer zweijährigen Freiheitsstrafe verurteilt, die zur Bewährung ausgesetzt wurde. Seine Liebe war wohl abgekühlt. Allerdings war diese Verurteilung nicht die einzige. Er war schon zuvor mehrfach verurteilt worden, unter anderem wegen Körperverletzung.

³ Im folgenden wird Richtlinie mit „RL“ abgekürzt.

⁴ Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 2.6.2005 – C-136/03 – (Dörr und Ünal), Slg. 2005, I-4759 = Informationsbrief Ausländerrecht 2005, 289.

2. Anwendung alten Rechts auf neue Tatsachen?

Die Anwendung von Art. 9 RL 64/221/EWG stößt allerdings auf zwei Schwierigkeiten: erstens ist die Vorschrift nicht mehr in Kraft. Sie war aber bei Erlass der Ausweisung geltendes Recht. Die Rechtmäßigkeit eines Verwaltungsverfahrens beurteilt sich nach den im Zeitpunkt seiner Durchführung geltenden Vorschriften; spätere Rechtsänderungen können eine rechtswidrige Verwaltungsentscheidung nicht zu einer rechtmäßigen umgestalten und umgekehrt eine rechtmäßige Verwaltungsentscheidung nicht zu einer rechtswidrig erlassenen Verfügung machen.⁵ Weitere Voraussetzung ist, dass der nun vor Gericht stehende frühere Ehemann ein Aufenthaltsrecht nach ARB 1/80 erworben hat.⁶

Der rechtliche Status ist auch für den Umfang des Ausweisungsschutzes wichtig. Wer ein Aufenthaltsrecht nach dem ARB 1/80 erworben hat, darf nicht nach den formalisierten Regelungen des deutschen Ausländerrechts ausgewiesen werden, sondern hat Anspruch auf eine Einzelfallprüfung, bei der im vorliegenden Fall die im Strafurteil erfolgte Strafaussetzung zur Bewährung als günstige Sozialprognose gegen die Zulässigkeit der Ausweisung sprechen würde.⁷

Darüber hinaus ist an die Anwendung der Vorschriften über die Ausweisung von Unionsbürgern in Art. 28 RL 2004/38/EG zu denken. Das Bundesverwaltungsgericht schließt diese Anwendung aus, weil die Vorschrift im Zeitpunkt des Erlasses der Ausweisungsverfügung noch nicht unmittelbar anwendbar war. Die entsprechende Behauptung wurde in der Tat vom Europäischen Gerichtshof im Verfahren Polat aufgestellt.⁸ Sie widerspricht indes

⁵ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 9.8.2007 – 1 C 47.06 –, Informationsbrief Ausländerrecht 207, 431-

⁶ siehe Fußnote 4.

⁷ Bundesverwaltungsgericht, Urteil vom 3.8.2004 – 1 C 29.02 –, Informationsbrief Ausländerrecht 2004, 26; vgl. Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 29.4.2008 – C-482/01 –, C-482/01 u. C-493/01 – Slg. 2004, I-5257 = Informationsbrief Ausländerrecht 2004, 268.

⁸ Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 4.10.2007 – C-340/06 – (Polat), Slg. 2007, I-8167 = InfAuslR 2007, 425.

einer anderen Entscheidung des Gerichtshofs und kann darüber hinaus zu widersprüchlichen Ergebnissen führen. Der Gerichtshof hat darauf hingewiesen, dass ein Freizügigkeitsrecht nicht entzogen werden darf, wenn die vom Gericht festgestellten Tatsachen, ggfls. abweichend von den Verhältnissen im Zeitpunkt der behördlichen Entscheidung eine Ausweisung nicht rechtfertigen. Abzustellen ist stets auf die tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der letzten gerichtlichen Entscheidung.⁹

Wenn danach das nationale Gericht auf die Sachlage im Zeitpunkt seiner Entscheidung abzustellen hat, aber außer Kraft getretenes Recht anwenden soll, kann die eigenartige Situation entstehen, dass das nationale Gericht in zwei parallelen Verfahren, in denen zu unterschiedlichen Zeitpunkten Klage erhoben wurde, die aber zeitgleich entschieden werden, im jüngeren Fall in Kraft befindliches und im älteren Fall außer Kraft getretenes Recht anzuwenden hätte. Zugleich aber hat es jeweils den aktuellen Sachverhalt zu ermitteln und auf dieser Grundlage zu entscheiden. Es soll also altes Recht auf neue Tatsachen anwenden. Überzeugend ist das nicht.

3. Aufenthaltsrecht Geschiedener und ARB 1/80

Das Bundesverwaltungsgericht legt im folgenden die Gründe dar, die es veranlassten, den Europäischen Gerichtshof gemäß Art. 239 EG um eine Vorabentscheidung zu bitten. Zunächst stellt es fest, dass der – arbeitslose – betroffene türkische Staatsangehörige (da er zu seinen Beschäftigungszeiten keine Angaben gemacht hatte) die Voraussetzungen gemäß Art. 6 Abs. 1 ARB 1/80 nicht erfüllte. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs müsste er, um die höchste Stufe des assoziationsrechtlichen Aufenthaltsstatus zu erlangen, bei dem Arbeitslosigkeit für den Erhalt der Rechte unschädlich ist, vier Jahre beim selben

⁹ Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 29.4.2004 – C-482/01 u. a. – (Orfanopoulos), Slg. 2004, I-5257 = InfAuslR 2004, 268.

Arbeitgeber ununterbrochen beschäftigt gewesen sein müssen.¹⁰ Der Gerichtshof begründet dieses Ergebnis mit der Systematik der drei Spiegelstriche des ARB 1/80. Gegen das EuGH-Urteil Sedef spricht allerdings das Verhältnis der Absätze 1 a) und 1 b) der Vorgängervorschrift des Art. 2 ARB 2/76. Absatz 1 a) erlaubte nach dreijähriger Beschäftigung den Wechsel in derselben Branche und Abs. 1 b) gab nach fünfjähriger Beschäftigung den Zugang zum gesamten Arbeitsmarkt frei. Abs. 1 b) beinhaltete damit eine Absage an das Rotationsprinzip, bei dem die ausländischen Arbeitskräfte in regelmäßigem Abstand ausgetauscht werden. Aus dem Zusammenhang beider Absätze des ARB 2/76 lässt sich nicht herleiten, dass die Aufenthaltsverfestigung erst nach einer längeren Gesamtbeschäftigungsdauer eintreten soll, wenn der Mitgliedstaat den Wechsel des Arbeitgebers zu einem früheren Zeitpunkt erlaubte.¹¹

Das Aufenthaltsrecht nach Art. 7 Satz 1 zweiter Spiegelstrich ARB 1/80 hatte der Kläger durch sein über fünfjähriges Zusammenleben nach Genehmigung des Familiennachzugs erworben.¹² Kinder behalten ein nach Art. 7 Satz 1 ARB 1/80 erlangtes Aufenthaltsrecht auch nach dem Ausscheiden ihrer Eltern aus dem Arbeitsmarkt, sei es durch Berentung, Rückkehr in die Türkei oder Tod.¹³ Ob dies auch nach Scheidung der Ehe gilt, muss der Europäische Gerichtshof nunmehr erstmals entscheiden.¹⁴

¹⁰ Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 10.1.2006 – C-230/03 – (Sedef), Slg. 2006, I-157 = Informationsbrief Ausländerrecht 2006, 106.

¹¹ GK-AufenthG-Gutmann, IX-1 Art. 6 ARB 1/80 Rdnr. 172.

¹² Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 17.4.1997 – C-351/95 – (Kadiman), Slg. 1997, I-2133 = Informationsbrief Ausländerrecht 1997, 281.

¹³ Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 4.10.2007 – C-349/06 – (Polat), Slg. 2007, I-8167 = Informationsbrief Ausländerrecht 2007, 425.

¹⁴ Der Sonderfall der Rechtssache Eyüp: Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 22.6.2000 – C-68/98 –, Slg. 2000, I-4747 = Informationsbrief Ausländerrecht 2000, 329 ist hier außer acht zu lassen. Die Eheleute Eyüp hatten nach Scheidung und jahrelangem Zusammenleben wieder geheiratet. Der Gerichtshof leitete in der Gesamtschau mit Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention daraus einen assoziationsrechtlich ununterbrochenen Aufenthalt her.

Das Bundesverwaltungsgericht listet die Argumente auf, die für und gegen ein Fortbestehen des Aufenthaltsrechts sprechen. Immerhin hat der Gerichtshof zum Aufenthaltsrecht nach Art. 7 ARB 1/80 ausgeführt:

„Folglich kann der Umstand, dass die Voraussetzung für die Gewährung des fraglichen Rechts, im vorliegenden Fall die während einer gewissen Dauer bestehende Lebensgemeinschaft mit dem türkischen Arbeitnehmer, nicht mehr vorliegt, nachdem der Familienangehörige dieses Arbeitnehmers das in Rede stehende Recht erworben hat, dieses Recht nicht in Frage stellen.“¹⁵

Doch während Kinder auch nach einer Trennung durch Wegzug oder Tod mit ihren Eltern verwandt bleiben, endet die Verwandtschaft von Ehegatten mit der Scheidung. Dafür spricht insbesondere der Hinweis in einer frühen Entscheidung:

„Hinzuzufügen ist, dass das eheliche Band nicht als aufgelöst angesehen werden kann, solange dies nicht durch die zuständige Stelle ausgesprochen worden ist. Das ist bei Ehegatten nicht der Fall, die lediglich voneinander getrennt leben, selbst wenn sie die Absicht haben, sich später scheiden zu lassen.“¹⁶

Aus diesem Grund bezog der Europäische Gerichtshof das Recht aus Art. 10 Verordnung 1612/68/EWG auf Familiennachzug auf eine Ehe und schloss die nichteheliche Lebensgemeinschaft davon aus.¹⁷ Das Bundesverwaltungsgericht schließt daraus, dass ein „eigenständiges Aufenthaltsrecht des Ehepartners nach

¹⁵ Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 7.7.2005 – C-373/03 –, Slg. 2005, I-6199 = Informationsbrief Ausländerrecht 2005, 352.

¹⁶ Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 13.2.1985 – 267/83 – (Diatta), Slg. 1985, 567.

¹⁷ Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 17.4.1986 – C-59/85 – (Reed), Slg. 1986, 1283. Da die nichtehelichen Lebensgefährten von Niederländern damals ein Aufenthaltsrecht hatten, leitete der Gerichtshof in der Sache Reed jedoch aus dem gemeinschaftsrechtlichen Verbot der Benachteiligung von EG-Wanderarbeitnehmern ein Aufenthaltsrecht für das nichteheliche Zusammenleben her.

Auflösung der Ehe, wie es inzwischen in Art. 13 RL 2004/38/EG¹⁸ enthalten ist, den Vertragsparteien bei Abschluss des Assoziierungsabkommens ebenso fremd (war) wie ein unbefristetes eigenständiges Aufenthaltsrecht, wie es inzwischen in Art. 16 RL 2004/38/EG enthalten ist“.

Das Bundesverwaltungsgericht unterbreitet daraufhin dem Gerichtshof die Frage, ob ihm Rahmen des Art. 7 Satz 2 ARB 1/80 für geschiedene Ehegatten etwas anderes gelten würde, weil sich der Aufenthaltzweck der Familienzusammenführung in ein eigenständiges Beschäftigungs- und Aufenthaltsinteresse des Ehegatten verwandeln könne.

4. Türkische Ehegatten als Drittstaatsangehörige?

An dieser Stelle bedürfen die Erwägungen der Ergänzung. Die Verneinung eines eigenständigen Aufenthaltsrechts geschiedener Ehegatten im früheren europäischen Aufenthaltsrecht¹⁹ bezog sich auf Ehegatten, die aus Drittstaaten stammen. Für aus den Mitgliedstaaten stammende Ehegatten kam demgegenüber eine andere Vorschrift zum Zuge, nämlich die Richtlinie 68/360/EWG. Nach deren Art. 4 Abs. 4 hatten die Familienangehörigen von Unionsbürgern, wenn sie aus Drittstaaten stammten, einen Anspruch auf eine Aufenthaltserlaubnis mit der gleichen Gültigkeitsdauer wie der Stammberechtigte. Familienangehörige, die Unionsbürger waren, hatten demgegenüber gemäß Art. 6 Abs. 1 b) RL 68/360/EWG den Anspruch auf Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis mit fünfjähriger Gültigkeit. Diese Aufenthaltserlaubnis war nach deren Ablauf ohne

¹⁸ Unionsbürger-Richtlinie.

¹⁹ Heute gibt Art. 15 der Richtlinie 2003/86/EG den Ehegatten von Drittstaatsangehörigen spätestens nach einem fünfjährigen Aufenthalt ein eigenständiges Aufenthaltsrecht, das vom Fortbestand der Ehe unabhängig ist. Die Richtlinie ist seit 3.10.2005 innerstaatlich unmittelbar anzuwenden.

weiteres zu verlängern.²⁰ Nur bei der ersten Verlängerung und über 12-monatiger Arbeitslosigkeit durfte die Verlängerung der Aufenthaltserlaubnis gemäß Art. 7 Abs. 2 RL 68/360/EWG auf 12 Monate begrenzt werden. Ehegatten aus der Europäischen Gemeinschaft verloren deshalb mit Scheidung ihr im Familiennachzug erlangtes Aufenthaltsrecht nicht.

Der Europäische Gerichtshof hat in ständiger Rechtsprechung die für Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen geltenden Grundsätze so weit wie möglich auf die türkischen Arbeitnehmer und ihre Familienangehörigen übertragen, die ein durch den ARB 1/80 eingeräumtes Rechte besitzen.²¹ Es wäre auf diesem Hintergrund verfehlt, die früheren türkischen Ehegatten türkischer Arbeitnehmer wie nicht privilegierte Drittstaatsangehörige einzuordnen. Das gilt jedenfalls für diejenigen, die freien Zugang zum Arbeitsmarkt erlangt haben und dann, wenn sie ihrerseits den Arbeitsmarkt nicht verlassen haben. Stattdessen bleibt ihnen das Aufenthaltsrecht nach Art. 7 Satz 1 ARB 1/80 erhalten.

5. Rechtsmissbrauch

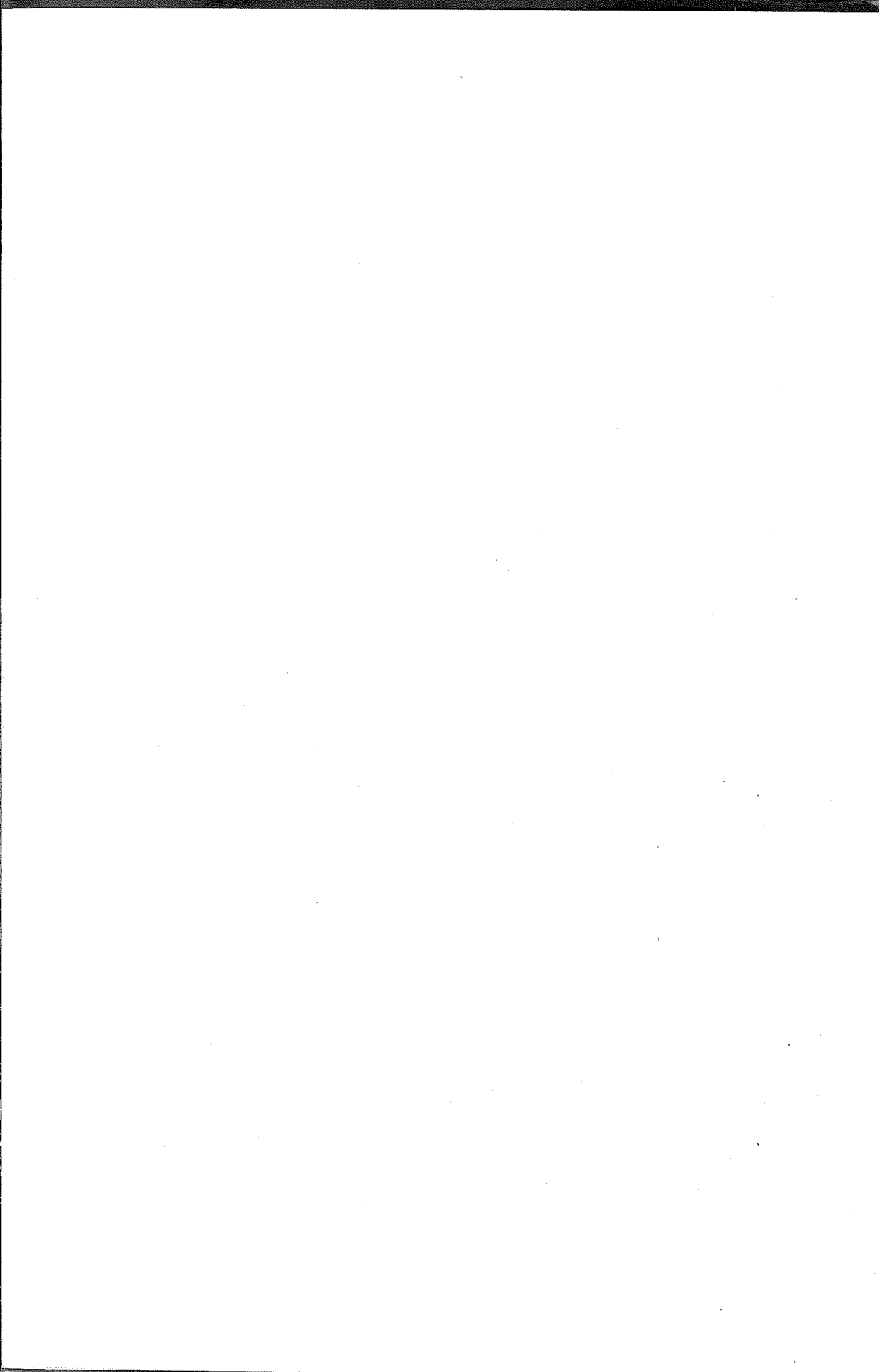
Mit seiner weiteren Vorlagefrage geht das Bundesverwaltungsgericht auf den scheinbaren Widerspruch ein, dass der Kläger sein Aufenthaltsrecht und damit auch den besonderen europarechtlichen Ausweisungsschutz von seinem Opfer herleiten will. Das Gericht weist aber selbst schon darauf hin, dass Rechtsmissbrauch nur vorliegen kann, wenn eine Rechtsposition durch unrichtige Angaben erschlichen wird, wie das

²⁰ Die anderen Vertragssprachen verwenden hier Begriffe wie „automatically renewable“, „automatiquement renouvelable“, „essere automaticamente rinnovabile“.

²¹ Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 30.9.2004 – C-275/02 – (Ayaz), Slg. 2004, I-8765 = Informationsbrief Ausländerrecht 2004, 416; Urteil vom 11.11.2004 – C-467/02 – (Cetinkaya), Slg. 2004, I-10895 = Informationsbrief Ausländerrecht 2005, 13.

die Situation der sog. Scheinehe kennzeichnet.²² Ein Rechtsmissbrauch liegt jedoch nicht vor, wenn sich der Ausländer auf eine schicksalhaft eingetretene Rechtslage beruft. Das gilt auch nach einer Beziehungstat wie vorliegend und gilt für Unionsbürger und Assoziationstürken gleichermaßen.

²² Europäischer Gerichtshof, Urteil vom 5.6.1997 – C-285/95 – (Kol), Slg. 1997, I-3069 = InfAuslR 1997, 338; Urteil vom 23.9.2003 – C-109/01 – (Akrich), Slg. 2003, I-9607 = InfAuslR 2003, 409.



**AVRUPA TOPLULUĞU'NDAKİ TÜRK İŞÇİLERİN VE
AİLE FERTLERİNİN SERBEST DOLAŞIMI VE DR. ROLF
GUTMANN'IN "TÜRKISCHE FAMILIENANGEHÖRIGE
TÜRKISCHER ARBEITNEHMER UND DER STATUS VON
DRITTSTAATSANGEHÖRIGEN" BAŞLIKLİ MAKALESİ
HAKKINDA**

Yard. Doç. Dr. Burak ODER*

1. GİRİŞ

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi'nin bu sayısında, Dr. Rolf Gutmann'ın "Türkische Familienangehörige türkischer Arbeitnehmer und der Status von Drittstaatsangehörigen" (*Türk işçilerin Türk aile fertleri ve üçüncü devlet vatandaşlarının statüsü*) başlıklı makalesi yayınlanmaktadır.

Dr. Gutmann'ın makalesi, Türk işçilerin ve aile fertlerinin serbest dolaşım ve bu kapsamda ikamet hakkını, Alman Federal İdare Mahkemesi nezdinde görülmekte olan bir dava ve bu davada Avrupa Topluluğu Mahkemesi'ne başvurulmuş Avrupa Topluluğu Hukuku'na ilişkin sorular çerçevesinde inceleyen ve Avrupa Topluluğu'nun ve Alman Hukuku'nun teknik, ancak Türk işçilerin ve aile fertlerinin serbest dolaşımı bakımından ilkesel nitelik taşıyan sorunlarını ortaya koymaktadır.

Bu çalışma ise, Dr. Gutmann'ın makalesinde ele aldığı sorunların ve hukuksal geri planının açıklanması amacıyla kaleme alınmıştır.

* İstanbul Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Öğretim Üyesi.

2. AVRUPA TOPLULUĞUNDA SERBEST DOLAŞI-MIN TEMEL HUKUKSAL DÜZENİ

Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu (“AET”) arasında 12.09.1963 tarihinde, Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu Arasında Bir Ortaklık Yaratan Anlaşma imzalanmıştır.¹ Ankara’da imzalandığı için genelde “Ankara Anlaşması” olarak adlandırılan bu anlaşma, onaylanması 04.02.1964 tarih ve 397 sayılı kanunla uygun bulunarak,² 22.10.1964 tarih ve 6/3820 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla onaylanmış³ ve 20.11.1964 tarih ve 6/3930 sayılı Bakanlar Kurulu Kararıyla da 01.12.1964 tarihinde yürürlüğe girmesi uygun bulunmuştur.⁴

Ekinde, Anlaşma’nın Türkiye’nin ekonomisinin güçlendirilmesine ilişkin 3. maddesinde öngörülen Geçici Protokol (1 sayılı Protokol), Mali Protokol (2 sayılı Protokol), AET’nin Geçici Protokol’ün 2. maddesiyle ilgili olarak Kuru Üzüme İlişkin Niyet Bildirisi,⁵ Mali Protokol’ün 2. maddesinde söz geçen hesap biriminin değerine ilişkin yorum bildirisi,⁶ “Âkid Taraflar” deyiminin yorumuna ilişkin bildiri,⁷ Federal Almanya’nın Alman uyrukluların tanımına ve Anlaşma’nın Berlin’e uygulanmasına ilişkin bildirisi

¹ Metin için bkz. Resmi Gazete: 17.11.1964 – 11858; Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi: 217 – 29.12.1964. Anlaşmanın 33. maddesinde “*İşbu Anlaşma, her metin eşitlikle geçerli olmak üzere, Türk Alman, Fransız, İtalyan ve Holânda dilleri ile ikişer nüsha olarak yazılmıştır.*” hükmü bulunmakla birlikte, kabulüne ilişkin 22.10.1964 tarih ve 6/3820 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ekinde sadece Türkçe ve Fransızca metin yayımlanmıştır.

² Resmi Gazete: 12.02.1964 – 11631.

³ Resmi Gazete: 17.11.1964 – 11858.

⁴ Resmi Gazete: 20.11.1964 – 11867.

⁵ Kuru üzüm, Geçici Protokol’ün 2. maddesiyle üye devletlerin yıllık tarife kontenjanlarını kaldıracakları Türkiye çıkışlı mallardan biridir. Ötekileri ise tütün, fındık ve kuru incirdir.

⁶ Mali Protokol’ün 2. maddesiyle Türk kalkınma planı çerçevesinde yatırı projeleri için Avrupa Yatırım Bankası’ndan istenecek ödünçler için 175 milyon hesap birimi sınırı getirilmiştir ve yorum bildirisi uyarınca bir hesap birimi 0,88867088 gram saf altındır.

⁷ Akit taraflar, Türkiye, AET ve AET’ye üye devletlerdir, hangisinin kastedildiği Anlaşma’nın ilgili hükümlerden çıkarılacaktır.

ve bu sayılanların kabulüne veya not edilmesine ilişkin Son Senet bulunan Ankara Anlaşması'nda işçilerin serbest dolaşımına ilişkin olarak dikkat çeken bir husus Türkiye'deki işgücüne ilişkin sorunların hazırlık döneminden itibaren AET tarafından incelenmesine ilişkin olarak AET Heyeti ile Türk Heyeti Başkanlarının Anlaşma'nın imzası sırasında teati ettikleri mektuplardır.⁸

Ankara Anlaşması'nın 12. maddesi uyarınca, “*Âkit Taraflar, aralarında serbest işçi akımını kademeli olarak gerçekleştirmek için, Topluluğu kuran Andlaşmanın 48, 49 ve 50'nci maddelerinden esinmekte uyuşmuşlardır.*”. Bugün için, Avrupa Ekonomik Topluluğunu Kuran Andlaşma'nın (“AET Andlaşması”) anılan maddelerinin yerini Avrupa Topluluğu Andlaşması'nın (“AT Andlaşması”) 39, 40 ve 41. maddeleri almıştır.

AT Andlaşması'nın yürürlükteki metni esas alınırca, 39. maddeyle işçilerin serbest dolaşımı tanınmıştır. İşçilerin serbest dolaşımının üç temel unsuru vardır: (1) Serbest dolaşım (*Md. 39/1*), (2) Vatandaşlıktan dolayı ayrımcılık yasağı (*Md. 39/2*) ve (3) Sosyal güvenlik (*Md. 42*). Serbest dolaşım şunları kapsamaktadır: (1) Fiilen teklif edilen bir pozisyon için başvurmayı, (2) Bu amaçla üye devlet ülkelerinde serbest dolaşımı, (3) Bir üye devlette, o devletteki işçilerin tâbi olduğu hukuksal kurallar çerçevesinde bir işi yapmak üzere ikamet etmeyi, (4) Komisyon'un uygulama tüzüğüyle belirleyeceği kurallar çerçevesinde, iş ilişkisi sona erdikten sonra o üye devlette kalmayı (*Md. 39/3*). Vatandaşlıktan dolayı ayrımcılık yasağı; istihdam (işe alma, çalıştırma ve işten çıkarma), ücret ve diğer iş koşulları bakımından ayrımcılık yasağı anlamına gelmektedir (*Md. 39/2*). İşçilerin serbest dolaşımına kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı nedenlerine dayanan haklı nitelikli kısıtlamalar getirilebilir (*Md. 39/2*).

AT Andlaşması'nın 40. maddesi, Konsey'in tüzük ve yönerge (direktif) çıkarma yetkisine ve serbest dolaşımın sağlanması usulüne ilişkindir. Bu madde uyarınca, serbest dolaşım devletlerin

⁸ Bu mektuplar, Son Senet'te sayılmamakla birlikte, her iki tarafça da resmi gazetelerinde yayımlanmıştır; Resmi Gazete: 17.11.1964 – 11858, s. 11-12; Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi: 217 – 29.12.1964, s. 3701-3702.

çalışma makamları arasında sıkı işbirliğinin sağlanması; ulusal mevzuatta veya üye devletler arasında önceden akdedilen anlaşmalara bulunan ve işçilerin serbest dolaşımını engelleyen idari usul ve uygulamalar ile işe alınmaya ilişkin bekleme sürelerinin, iş yerinin serbestçe seçilmesinde diğer üye devlet işçilerinin yerli işçilerden farklı olarak tâbi oldukları sürelerin ve diğer kısıtlamaların kaldırılması; iş piyasasında, münferit bölge ve endüstrilerde yaşam ve standardını ve istihdam düzeyini ciddi tehlikeleri de engelleyecek, arz ve talep buluşmasını ve dengesini sağlayacak uygun usullerin oluşturulması yoluyla sağlanacaktır.

AT Andlaşması'nın 41. maddesinde ise, üye devletlerin genç işçi değişimini ortak bir program kapsamında teşvik etmeleri öngörülmüştür.

23 Kasım 1970'de Türkiye ile AET arasında Katma Protokol imzalanmıştır.⁹ Katma Protokol'ün 36. maddesiyle işçilerin serbest dolaşımının Ankara Anlaşması'nın yürürlüğe girdiği 12. yılın sonu (1976) ile 22. yılın sonu (1986) arasında kademeli olarak gerçekleştirilmesi öngörülmüş ve bu konuda gerekli usulleri kararlaştırma yetkisi Ortaklık Konseyi'ne verilmiştir.¹⁰

Ankara Anlaşması'nın 12. maddesi ile Katma Protokol'ün 36. maddesine ilişkin ilk kademe kurallar Ortaklık Konseyi'nin 20.12.1976 tarih ve 2/76 sayılı kararıyla belirlenmiştir. Daha sonra Ortaklık Konseyi'nin 19.09.1980 tarih ve 1/80 sayılı kararıyla daha kapsamlı düzenlemeler yapılmıştır.¹¹

⁹ Resmi Gazete: 29.08.1972 – 14406.

¹⁰ Ankara Anlaşması'nın 6 ile 22 vd. maddeleriyle kurulan Ortaklık Konseyi, 23. madde uyarınca Türkiye Hükümetinden, AET (AT) üyesi devlet hükümetlerinden, AET (AT) Konseyinden ve AET (AT) Komisyonundan üyelere oluşturur ve kararlarını oybirliğiyle alır.

¹¹ 1/80 sayılı karar resmi olarak yayımlanmamıştır. Erişilebilir en güvenli metin, Assoziierungsabkommen und Protokolle EWG-Türkei sowie andere Basis-Dokumente, Rat der Europäischen Gemeinschaften, Brüssel 1992, S. 327 vd.'de bulunmaktadır; karşı Kanunsözcüsü Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer'in Avrupa Toplulukları Mahkemesi'nin C-230/30 sayılı Mehmet Sedef ./ Freie und Hansestadt Hamburg yorum davasında verdiği son mütalaa, dipnot 2 (son mütalaya www.curia.europa.eu web adresinden erişmek olanaklıdır). Burada,

1/80 sayılı Ortaklık Konseyi kararı uyarınca;

a) Aile fertlerinin istihdamına ilişkin hükümler saklı kalmak kaydıyla, üye devletlerden birinin düzenli iş piyasasında bulunan Türk işçiler, o üye devlette olmak üzere, bir yıl düzenli istihdamdan sonra, iş yeri bulunması koşuluyla aynı işverenin yanında çalışmak üzere çalışma izninin yenilenmesini isteme; üç yıl düzenli istihdamdan sonra, üye devlet işçilerine tanınmış öncelik saklı kalmak kaydıyla, olağan koşullarla duyurulmuş ve üye devletin iş makamlarına bildirilmiş aynı meslekteki bir başka iş ilanına başvurma; dört yıl düzenli istihdamdan sonra kendi seçtiği herhangi bir işe girme hakkını kazanmaktadır (*Md. 6/1*). Yıllık izin analık izni, iş kazası ve kısa süreli hastalıklar düzenli istihdam süresinden sayılır; kusursuz olarak işsiz kalma ile uzun süreli hastalıklar düzenli istihdam süresinden sayılmamakla birlikte, düzenli istihdamla kazanılmış hakları etkilemez (*Md. 6/2*). Uygulamaya ilişkin ayrıntılar ise her üye devlet tarafından düzenlenecektir (*Md. 6/3*).

b) Üye devletlerden birinin düzenli iş piyasasında bulunan Türk işçilerin yanında ikamet izni alan aile fertleri, üç yıllık düzenli ikametten sonra, üye devlet işçilerine tanınmış öncelik saklı kalmak kaydıyla, herhangi bir işe başvurma; beş yıllık düzenli ikametten sonra kendi seçtiği herhangi bir işe girme hakkını kazanmaktadır (*Md. 7/1*). Türk işçilerin, bu şekilde yerleştikleri üye devlette bir mesleki eğitimi tamamlayan çocukları, ebeveynlerinin o üye devlette üç yıldan beri düzenli olarak çalışıyor olmaları koşuluyla, ikamet süresine bakılmaksızın herhangi bir işe başvurabilir (*Md. 7/2*).

c) Topluluktaki bir iş yerinin üye devletlerdeki işgücü tarafından doldurulamaması ve üye devletlerin bu iş yerinde üye devletlerden birinin vatandaşı olmayan işçilerin istihdam edilmesine karar vermeleri halinde, üye devletler Türk işçilerine öncelik tanımayacağı çalışacaklardır (*Md. 8/1*). Üye devletlerin iş makamları da, kendilerine bildirilen boş iş yerlerini, o üye devletteki işgücü tara-

findan doldurulamamaları halinde, düzenli ikametgahı o üye devlette bulunan ve düzenli işsiz olarak bildirimde bulunmuş Türk işçilerle dolduracaklardır (*Mad. 8/2*).

d) Üye devletler, kendi düzenli iş piyasasında bulunan Türk işçiler için, Topluluk işçileri karşısında ücret ve diğer iş koşulları bakımından vatandaşlıktan dolayı ayrımcılığı yasaklayan düzenlemeler çıkaracaktır (*Mad. 10/1*). 6. madde ile 7. maddenin 1. fıkrası hükümleri saklı kalmak kaydıyla, Türk işçileri ile onların aile fertleri, Topluluk işçileri gibi, iş yeri sağlanmasında üye devletlerin iş makamlarının desteğini isteme hakkına sahiptir (*Mad. 10/2*).

e) Üye devletlerin veya Türkiye'nin iş piyasasında yaşam standardını ve bir bölge, sektör veya meslekteki istihdam düzeyini tehdit eden ciddi aksamaların veya bu yönde tehlikenin olduğu hallerde, ilgili devlet 6 ve 7. maddeleri uygulamaktan imtina edebilir. Ancak ilgili devlet bu geçici kısıtlamayı Ortaklık Konseyi'ne bildirecektir. (*Mad. 12*)

f) Üye devletler ve Türkiye, kendi ülkelerinde düzenli şekilde ikamet eden ve çalışan işçilerin ve onların aile fertlerinin iş piyasasına girişine yeni kısıtlamalar getirmeyeceklerdir (*Mad. 13*).

g) Bu düzenlemelerin uygulanmasında, kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığının haklı kıldığı kısıtlamalar saklıdır (*Mad. 14/1*). Öte yandan, ilgili devletlerin ulusal düzenlemelerinden veya Türkiye ile üye devletler arasındaki ikili anlaşmalardan doğan hak ve yükümlülükler, ilgili vatandaşlar için daha elverişsiz kurallar içermedikçe, Ortaklık Konseyi kararından etkilenmeyecektir (*Mad. 14/2*).

Yabancıların kamu düzeni, kamu güvenliği ve kamu sağlığı bakımından sakınca taşımayan seyahat ve ikametlerine ilişkin düzenleme ise, 25.02.1964 tarih ve 64/221/EEC sayılı¹² Konsey

¹² Topluluk işlemlerine sayı verilirken kullanılan harfle kısaltmalar, işlemin hangi Topluluğun işlemi olduğunu göstermek üzere ilgili Topluluk dilinde Topluluğun adının kısaltmasıdır. Örn. "EEC", "European Economic Community" (İng.), "EWG" "Europäische Wirtschaftsgemeinschaft" (Alm.).

yönergesiyle (direktif) yapılmıştır.¹³ İşçilerin serbest dolaşımı için de geçerli olan bu yönerge, Birlik vatandaşlarının ve onların aile fertlerinin üye devletlerin ülkelerinde serbest dolaşımına ve ikametine ilişkin 29.04.2004 tarih ve 2004/38/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Konsey yönergesiyle yürürlükten kaldırılmıştır.¹⁴

64/221/EEC sayılı yönerge uyarınca;

a) Kamu düzeni, güvenliği ve sağlığı nedenleri ekonomik amaçlı olarak kullanılamaz (*Md. 2/2*).

b) Kamu düzeni ve güvenliğine ilişkin önlemler bakımından sadece ilgili kişinin kişisel davranışı belirleyicidir (*Md. 3/1*); mahkumiyet hali kendi başına bu tür bir önlemin gerekçesi olamaz (*Md. 3/2*); ülkeye girişi ve ikamet iznini sağlayan kimliğin veya seyahat belgesinin geçerliliğini yitirmesi ülkeden çıkarılmayı (sınırdışı edilmeyi) gerektirmez (*Md. 3/3*).

c) Ülkeye girişin ve ilk ikamet izninin reddedilmesini haklı kılacak hastalık ve arazlar (örn. Dünya Sağlık Örgütü tarafından karantina gerektiren hastalık olarak belirlenmiş hastalıklar, tüberküloz, frengi, ağır ruhsal ve zihinsel hastalıklar) sadece yönerge ekinde belirlenen hastalıklardır (*Md. 4/1*) ve bu hastalık ve arazların ilk ikamet izninin verilmesinden sonra ortaya çıkması ikamet izninin uzatılmamasını veya ülkeden çıkarmayı haklı kılmaz (*Md. 4/2*). Ayrıca üye devletler yönergenin yayımlandığı tarihte mevcut olanlardan daha kısıtlayıcı düzenleme yapamaz ve önlem alamazlar (*Md. 4/3*).

d) Devlet güvenliğine ilişkin nedenler engel olmadıkça, ilgiliye kendisi hakkında alınan kararların kamu düzeni, güvenliği ve sağlığına ilişkin nedenlerinin bildirilmesi gereklidir (*Md. 6*).

e) Hakkında ülkeye girişinin, ikamet izninin verilmesinin veya uzatılmasının reddine ve ülkeden çıkarılmaya ilişkin karar alınan kişiye, bu kararlara karşı, o üye devlet vatandaşlarının idari işlemlere karşı sahip oldukları hukuksal yollara başvurma olanağı-

¹³ Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi: 56/850, 4.4.1964.

¹⁴ Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi: L 158/77, 30.04.2004.

nın tanınması gereklidir (*Md. 8*). Eğer bu tür bir hukuksal yol bulunmuyorsa veya sadece kararın hukuka uygunluk denetimine ilişkinse (bir başka deyişle idarenin takdir yetkisinin denetlenmesi olanaklı değilse) ve hukuksal yola başvurulması kararın yürütülmesini durdurmuyorsa, acil durumlar dışında, kararı alacak makamın ilgilinin ulusal düzenlemeler uyarınca kendini savunabileceği veya kendini temsil ettirebileceği yetkili bir başka makamın görüşünü alması gereklidir (*Md. 9/1*). İlk ikamet izninin reddine ve ülkeden çıkarmaya ilişkin kararlar, ilgilinin başvurusu üzerine, daha önce görüşü alınmış olan makamın denetimine sunulur ve devlet güvenliğine ilişik nedenler engel oluşturmadıkça ilgili kendini kişisel olarak savunabilir (*Md. 9/2*).

3. DR. ROLF GUTMANN'IN MAKALESİNDE İNCELENEN SORUNSAK

Anılan makaledeki hukuksal sorunsalı oluşturan olaylar dizgesi şöyledir: Türk vatandaşı olan erkek, Almanya'da, evlenme tarihinde Türk vatandaşı olan, ancak daha sonra 1999 yılında Alman vatandaşlığı kazanan bir kadınla 1993 yılında evlenmiştir. Ancak ayrı yaşamaktadırlar. Erkek, 2000 yılından itibaren 1,5 yıl süreyle hastalık izni kullanmıştır, beyin tümörü nedeniyle operasyon geçirmiştir, ancak başağrısı ve baygınlık nöbetleri devam etmektedir. 2002 Türkiye'ye ortak hesaplarını kapatmak üzere yaptıkları seyahat sırasında erkek kadına cinsel ilişkiye zorlamış ve bu nedenle de Alman ceza mahkemesi tarafından gözetim tedbirine çevrilen iki yıllık hapis cezasına çarptırılmıştır. Erkek daha önce de bazıları da darp suçundan olmak üzere bir çok defa mahkum olmuştur. Baden-Württemberg eyaletinin ilgili idari makamı, erkek hakkında ülkeden çıkarılması (sınırdışı edilmesi) ve kararın -ilgiliye bağımsız bir başka makam önünde savunma olanağı tanımayacak şekilde- hemen uygulanması yönünde karar almıştır. Ülkeden çıkarma kararına karşı tek başvuru yolu iptal davası açılmasıdır ve mahkeme sadece hukuka uygunluk denetimi yapabilmekte, takdir yetkisini denetleyememektedir. Davayı nihai karar mercii olarak

inceleyen Federal İdare Mahkemesi, şu iki soruyla Avrupa Toplu-
luğu Mahkemesi'ne başvurmuştur¹⁵:

(1) Bir üye devletin düzenli iş piyasasında bulunan Türk işçi-
nin Ortaklık Konseyi'nin 1/80 sayılı kararının 7. maddesinin 1.
fıkrası uyarınca çalışma ve ikamet hakkı kazanan eşi boşanmadan
sonra da bu hakkını korur mu?

(2) İlk soru olumlu yanıtlanırsa: Eşinden ötürü ikamet hakkı
kazanan Türk vatandaşının, ikamet hakkını kazandıktan sonra eşine
tecavüz etmesi ve yaralaması ve bu fiilleri nedeniyle iki yıllık hapis
cezasına mahkum olması karşısında, Ortaklık Konseyi'nin 1/80
sayılı kararının 7. maddesinin 1. fıkrasına dayanılması hakkın kö-
tüye kullanımı oluşturur mu?

Dr. Gutmann'ın makalesinde değindiği ilk önemli sorun, Av-
rupa Topluluğu Mahkemesi'nin C-136/03 sayılı kararı karşısında,¹⁶
ülkeden çıkarma kararına karşı tek başvuru yolu olarak iptal davası
açılmasının bırakılması ve mahkemenin sadece hukuka uygunluk
denetimi yapabilip takdir yetkisini denetleyememesinin,
64/221/EEC sayılı yönergenin 9. maddesine aykırılık oluşturması-
dır. Ancak buna bağlı olarak, 64/221/EEC sayılı yönergenin uygu-
lanması iki önemli sorunu da oluşturmaktadır: İlki, ülkeden çı-
karma kararının alındığı tarihte yürürlükte olmasına rağmen,
64/221/EEC sayılı yönerge artık yürürlükte değildir, ancak Federal
İdare Mahkemesi içtihadı uyarınca idari işlemlerin hukuka uygun-
luğu yapıldıkları tarihte yürürlükte olan düzenlemeler esas alınarak
değerlendirilmelidir. İkincisi ise, 64/221/EEC sayılı yönergenin
uygulanabilmesinin, davacı kocanın Ortaklık Konseyi'nin 1/80
sayılı kararı uyarınca ikamet hakkı kazanmış olmasına bağlı olma-
sıdır. Eğer Ortaklık Konseyi'nin 1/80 sayılı kararı uyarınca ikamet
hakkı kazanılmışsa, 64/221/EEC sayılı yönerge uygulanabilecek ve

¹⁵ BVerwG 1 C 20.07; 16.11.2008 tarihi itibarıyla kararın Almanca metnine
<http://www.juradmin.eu/docs/DE01/DE01000217.pdf>; İngilizce özetine ise
<http://www.juradmin.eu/docs/DE01/DE01000218.pdf> adresinden erişmek
olanaklıdır.

¹⁶ Avrupa Toplulukları Mahkemesi, C-136/03 (Dörr ve Ünal), 02.06.2005; karara
www.curia.europa.eu web adresinden erişmek olanaklıdır.

bu yönergenin 9. maddesinde öngörülen hukuksal başvuru olanağı tanınmadığından ülkeden çıkarma kararı yönergeye aykırı olacaktır; yok eğer, ikamet hakkı kazanılmamışsa 64/221/EEC sayılı yönergenin uygulanmayacak ve ülkeden çıkarma kararı yönergeye aykırı olmayacaktır.

Alman Hukukunu da dikkate alarak, bu sorunlara ilişkin kanaatimiz; 64/221/EEC sayılı yönergenin 9. maddesinin davacı bakımından kazanılmış usuli hak oluşturduğu ve davacı hakkında uygulanması gerektiği; eşin vatandaşlığı kazandığı tarihin değil, evlilik birliğinin kurulduğu tarihin esas alınarak Ortaklık Konseyi'nin 1/80 sayılı uygulanması gerektiği şeklindedir. Aksine bir yorum ve uygulama, evlilik tarihinde vatandaşlığı kazanmış olanlar ile evlilik tarihinde vatandaşlık için gereken süreleri kısmen doldurmuş olanlar arasında ciddi bir fark yaratacaktır ki, bu durum İnsan Hakları ve Temel Haklar Avrupa Sözleşmesi'nin 12. maddesinde öngörülen (sadece Topluluk vatandaşları için değil, İnsan Hakları ve Temel Haklar Avrupa Sözleşmesi'nin tarafı devlet vatandaşlarının) "evlenme hakkı"nın¹⁷ özgürce kullanılmasını engelleyecektir.¹⁸

İkinci önemli sorun, Federal İdare Mahkemesi'nin davacı kocanın Ortaklık Konseyi'nin 1/80 sayılı kararının 6. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen dört yıllık düzenli istihdam koşulunu taşımadığını tespit etmiş olması, ancak davacı kocanın anılan kararın 7. maddesinin 1. fıkrası uyarınca beş yıllık düzenli ikamet koşulunu taşımasıdır. Avrupa Topluluğu Mahkemesi'nin C-349/06 sayılı kararı uyarınca;¹⁹ çocuklar, ebeveynlerinin emekli olmak, Tür-

¹⁷ "Evlenme çağına gelen erkek ve kadın, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalar uyarınca evlenmek ve aile kurmak hakkına sahiptir."

¹⁸ Şöyle ki; hukuksal menfaatler dikkate alınarak evlilik tarihi ertelenebilecektir. Bu husus, ikamet ettiği ülkeyi değiştiren eşin, evliliğin yürümemesi riski karşısında haklı bir değerlendirmesidir ve yaşamın olağan akışı karşısında doğal kabul edilmelidir. İkamet ettiği ülkeyi değiştirecek olan fert bakımından, bu değerlendirmeye yol açansa hukuksal düzenlemelerdir. Eklemek gerekir ki, "fedakarlık" etik olarak arzu edilebilirse de, somut durumun niteliği gereği fertlerden hukuken beklenebilir veya beklenmesi gereken bir davranış değildir.

¹⁹ Avrupa Toplulukları Mahkemesi, C-349/06 (Polat), 04.10.2007, karara www.curia.europa.eu web adresinden erişmek olanaklıdır.

kiye'ye dönmek veya ölüm gibi nedenlerle iş piyasasından çıkmaları halinde dahi, anılan hüküm uyarınca kazandıkları haklarını korumaktadırlar. Ancak, boşanma halinde aynısının söz konusu olup olmayacağı Avrupa Topluluğu Mahkemesi tarafından ilk defa karara bağlanacaktır. Boşanma halinde, Ortaklık Konseyi'nin 1/80 sayılı kararının 7. maddesi uyarınca kazanılan çalışma ve ikamet hakkının korunup korunmayacağı önemli sorudur, çünkü olumlu bir yanıt halinde aile birleşimi nedeniyle alınan ikamet izni, ikamet izni alan eşin bağımsız bir çalışma ve ikamet menfaatine dönüşebileceklerdir.

Alman Hukukunu da dikkate alarak, bu sorunlara ilişkin kanaatimiz; boşanma halinde, Ortaklık Konseyi'nin 1/80 sayılı kararının 7. maddesi uyarınca kazanılan çalışma ve ikamet hakkının korunacağıdır. Bunun aile birleşimi nedeniyle alınan ikamet iznini, ikamet izni alan eşin bağımsız bir çalışma ve ikamet menfaatine dönüştürmesi, uygulanan hukukun doğal sonucudur.

Üçüncü önemli sorun, boşanan eşin bağımsız ikamet hakkının Türk vatandaşları bakımından ne şekilde kategorize edileceğidir. 68/360/EEC sayılı yönergenin²⁰ 4. maddesinin 4. fıkrası uyarınca, vatandaşı olduğu üye devletten başka bir devlette ikamet eden Birlik vatandaşlarının üçüncü devletlerden gelen aile fertleri, Birlik vatandaşı eşlerinin ikamet izni süresi boyunca ikamet hakkına sahiptir. Aynı yönergenin 6. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, bir üye devlet vatandaşı olan aile fertlerinin beş yıllık ikamet izni alma hakları vardır. 03.10.2005 tarihinden bu yana iç hukukta doğrudan uygulanabilirliği olan 2003/86/EEC sayılı yönergenin 15. maddesi uyarınca da,²¹ üçüncü devlet vatandaşlarının eşlerinin en geç beş yıllık ikametten sonra, evliliğin devamından bağımsız olarak ikamet hakları vardır. Anılan düzenlemeler, sonradan üye devlet vatandaşlığın kazanılması halinde eşin hukuksal statüsünün ne olacağını açık şekilde düzenlenmemiştir; ayrıca, Türkiye Cumhuriyeti de, ne üye devletlerden biridir, ne de, mevcut hukuksal durum, özellikle Ankara Anlaşması, Katma Protokol ve 1/80 sayılı Ortak-

²⁰ Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi: L 257/13, 19.10.1968.

²¹ Avrupa Toplulukları Resmi Gazetesi: L 251/12, 03.10.2003.

lık Konseyi kararı dikkate alındığında, üçüncü devlet olarak kabul edilmesi doğru olacaktır.

Bu soruna ilişkin kanaatimiz; üçüncü devlet vatandaşlarına tanınan hak ve korumanın Türk vatandaşlarına tanınmasının asgari gerek olduğudur. Ankara Anlaşması'nın ilgili hükümleri ile Ortaklık Konseyi'nin 1/80 sayılı kararı karşısında, somut olayda Birlik vatandaşları ile sonradan Birlik vatandaşlığı kazananlar arasında ayırım yapılmasına olanak tanıyan hukuksal bir düzenleme olmadığından, somut olayda boşanan davacı eşin Birlik vatandaşı olanların eşlerinin sahip olduğu haklardan yararlandırılmaları da gereklidir.

Sonuncu önemli husus ise, davacı kocanın ikamet hakkını ve ülkeden çıkarılmaya karşı korunmayı kurbanı üzerinden elde etmesindeki çelişkidir. Avrupa Topluluğu Mahkemesi'nin C-285/95 ve C-109/01 sayılı kararları uyarınca,²² hakkın kötüye kullanılması, hukuksal statünün gerçeğe aykırı beyanlarla (örn. muvazaalı evlilik) elde edilmesi halinde söz konusudur. Ancak yabancıнын kadere bağlı bir hukuksal duruma dayanmasında hakkın kötüye kullanılması söz konusu değildir ve bu husus, Birlik vatandaşları kadar Türk vatandaşları için de geçerlidir.

Bu soruna ilişkin kanaatimiz; söz konusu hukuksal statünün kurban üzerinden elde edilmesindeki etik ve insani rahatsızlık saklı kalmak üzere, evlilik birliğinin kurulduğu tarihte evlilik birliğinin muvazaalı olarak kurulduğu hususunda veri olmaması ve diğer eşe çalışma ve ikamet iznini sağlayan eşin İnsan Hakları ve Temel Haklar Avrupa Sözleşmesi'nin 12. maddesinde öngörülen evlilik hakkını kullanmış olması karşısında, somut olayda davacı eşin ikamet hakkını kazanması gerektiği yönündedir. Eklemek gerekir ki; somut olayda aksine bir yorum, davacı eşin fiillerinin Alman ceza mahkemesinin hükmettiği ceza dışında, hukuken de öngörülme-yen bir yaptırıma bağlanması sonucu da doğuracaktır.

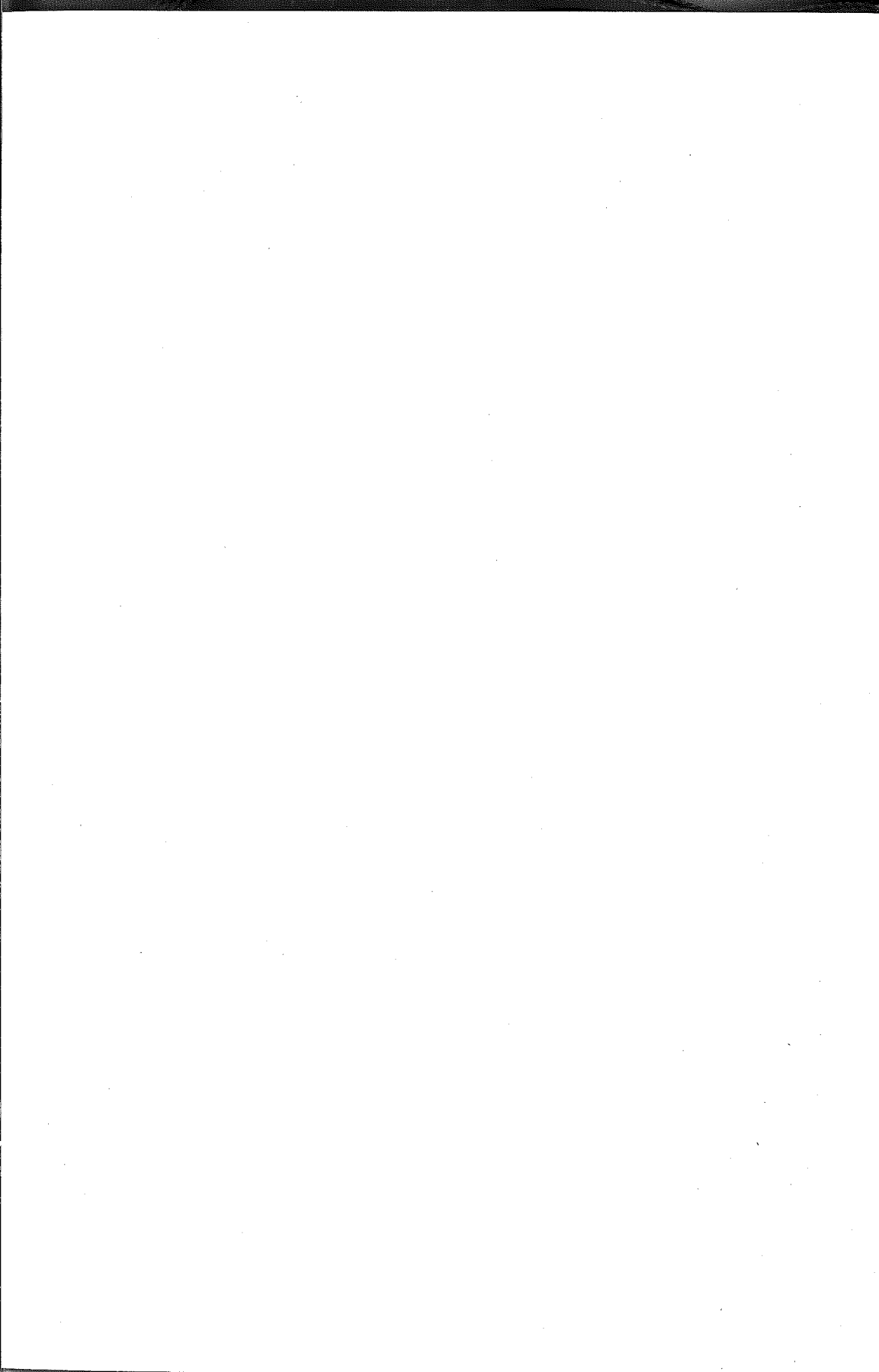
²² Avrupa Toplulukları Mahkemesi, C-285/95 (Kol), 05.06.1997 ve C-109/01 (Akrich), 23.09.2003; kararlara www.curia.europa.eu web adresinden erişmek olanaklıdır.

4. SONUÇ

Etik ve insani kanımız saklı olmak üzere; mevcut hukuksal düzenlemeler karşısında, Alman Federal İdare Mahkemesi, Avrupa Topluluğu Mahkemesi'ne ilettiği;

–“Bir üye devletin düzenli iş piyasasında bulunan Türk işçinin Ortaklık Konseyi'nin 1/80 sayılı kararının 7. maddesinin 1. fıkrası uyarınca çalışma ve ikamet hakkı kazanan eşi boşanmadan sonra da bu hakkını korur mu?” sorusunun olumlu olarak yanıtlanması gerektiği,

–“Eşinden ötürü ikamet hakkı kazanan Türk vatandaşının, ikamet hakkını kazandıktan sonra eşine tecavüz etmesi ve yaralaması ve bu fiilleri nedeniyle iki yıllık hapis cezasına mahkum olması karşısında, Ortaklık Konseyi'nin 1/80 sayılı kararının 7. maddesinin 1. fıkrasına dayanılması hakkın kötüye kullanımı oluşturur mu?” sorusunun ise olumsuz yanıtlanması gerektiği kanısındayız.



TÜRKİYE'NİN AVRUPA BİRLİĞİ'NE ÜYELİĞİ SÜRECİNDE YÜKSEK DENETİM ALANINDA YAPILAN DÜZENLEMELER

Ahmet EROL

Mehmet KARAKAŞ*

I. TÜRKİYE'NİN AVRUPA BİRLİĞİ'NE ADAYLIĞI SÜRECİ

Türkiye'nin Avrupa Birliği (AB) ile ilişkisi 31 Temmuz 1959 tarihinde Avrupa Ekonomik Topluluğu'na (AET) yapılan ortaklık başvurusu ile başlamaktadır. Ortaklık antlaşmasının yapılmasının arka planındaki nedenler arasında Türkiye'nin batılı ülkeler arasında yer alması arzusu, Yunanistan'ın ortaklık başvurusunda bulunması sayılabilir¹.

Türkiye dört yıl süren müzakerelerin ardından 12 Eylül 1963 tarihinde Ankara Antlaşması'nı imzalamıştır. 1 Aralık 1964 tarihinde yürürlüğe giren Ankara Antlaşması'nın amacı Türkiye ile Avrupa Ekonomik Topluluğu arasında, Gümrük Birliği'nin kurulması ve daha sonra da tam üyeliğin sağlanmasıdır².

* Doç. Dr. Ahmet EROL, Yeditepe Ü. Hukuk Fakültesi ve T.C. Kadir Has Ü. İ.İ.B.F.; Yrd.Doç.Dr.Mehmet KARAKAŞ, Harran Üniversitesi, İ.İ.B.F. Maliye Bölümü Öğretim Üyesi.

¹ Faruk Sönmezoğlu, *Uluslararası İlişkiler Sözlüğü*, Der Yayınları, Genişletilmiş 3. Basım, İstanbul, 2000, s. 74.

² Rıdvan Karluk, *Avrupa Birliği ve Türkiye*, Beta Basım Yayım Dağıtım, Genişletilmiş 6.Bası, İstanbul, 2002, s.762.

Ankara Antlaşması, Türkiye'nin tam üyeliği için Hazırlık Dönemi, Geçiş Dönemi ve Son Dönem olmak üzere 3 (üç) dönem öngörmüştür³.

1. Hazırlık Dönemi: Hazırlık dönemi 1 Aralık 1964 tarihinde başlamıştır. Hazırlık dönemi boyunca Türkiye, Avrupa Ekonomik Topluluğu'nun yardımıyla ekonomisini güçlendirmeye çalışmıştır. Tütün, fındık, kuru incir gibi ürünler üzerindeki kotalar AET tarafından kaldırılmıştır.

2. Geçiş Dönemi: Geçiş dönemi müzakereleri 23 Kasım 1970 tarihinde tamamlanmıştır. Bu dönem Türkiye ile AET arasında, ekonomik politikaların topluluğun ekonomik politikalarına uyumlaştırılması için çaba harcandığı dönemdir.

3. Son Dönem: Ankara Antlaşması'nın bu döneminin amacı, ekonomi politikaları arasındaki eşgüdümün güçlendirilmesidir.

1970'li yıllarda AET ile ilişkiler; yaşanan petrol şokları ve siyasal istikrarsızlıklar nedeniyle aksamıştır. Türkiye, yukarıda belirttiğimiz geçiş döneminde AET kökenli sanayi ürünlerinin gümrüklerini aşamalı olarak kaldırmayı ve tarım politikalarını AET tarım politikalarına uyumlu hale getirmeyi kabul etmiştir. Ancak, 1970'li yıllarda ekonomik istikrar bozulduğundan, Türkiye sanayi ürünlerinin gümrüklerini aşamalı olarak kaldırmayı ertelemiştir. Daha sonra, 12 Eylül 1980 tarihinde gerçekleşen askeri müdahale nedeniyle ilişkiler bir süre aksamıştır. 1980'lerin ikinci yarısından sonra Avrupa Topluluğu (AT) ile ilişkiler yeniden başlamıştır. 14 Nisan 1987 tarihinde Türkiye tam üyelik başvurusunda bulunmuştur.

21-22 Haziran 1993 tarihlerinde Danimarka'nın Kopenhag kentinde yapılan zirve AB'ye aday ülkeler açısından büyük önem ifade etmektedir. Ülkemiz açısından bakıldığında ise, Türkiye'nin tam üyelik müzakerelerine başlaması için öncelikli olarak Kopenhag Kriterleri'ne uyum sağlaması kararlaştırılmıştır. Bu arada 19

³ <http://www.infa.gov.tr/turkce/grupa/ab/abab/sondurum.update.htm> (çevrimiçi) 12.09.2002; İstanbul Ticaret Odası, Avrupa Topluluğu ile İlişkiler, Yayın no: 1990-16, İstanbul, s. 49-52.

Aralık 1994 tarihinde Türkiye ile AB arasında Ortaklık Konseyi* toplantısı yapılmıştır. Toplantıda Gümrük Birliği'nin yürürlüğe konulmasıyla ilgili bir ilke kararı alınabilirdi. Ancak, Yunanistan'ın ve Avrupa Parlamentosu'nun girişimleri Ortaklık Konseyi'nden böyle bir sonucun çıkmasına engel olmuştur⁴. Daha sonra yapılan görüşmeler sonunda 6 Mart 1995 tarihli 1/95 sayılı Ortaklık Konseyi kararıyla birliğe tam üye olmadan, tam üyelik avantajlarından ve ayrıcalıklarından yararlanılmadan AB ile Gümrük Birliği sürecine girilmiştir⁵. Türkiye 1 Ocak 1996 tarihinden bu yana, AB'ye tam üye olmadan Gümrük Birliği'ne giren bir ülke konumundadır. Türkiye Gümrük Birliği'ne girmekle tam üyeliğin gerektireceği yükümlülükleri de üstlenebileceğine ilişkin iyi niyetli bir atmosfer veya iklimleme oluşturmuştur⁶.

12-13 Aralık 1997 tarihlerinde Lüksemburg'da gerçekleştirilen AB zirvesinde en önemli gündem maddesi genişleme olmuştur. Lüksemburg zirvesinde aday ülkeler arasında ilk kez bir sınıflandırma yapılmıştır. Çek Cumhuriyeti, Estonya, Macaristan, Polonya, Slovenya ve Güney Kıbrıs ile tam üyelik müzakerelerinin başlatılması kararı alınmıştır. Müzakerelere hazır olmayan Bulgaristan, Letonya, Litvanya, Romanya, Slovakya ile mevzuatlarının ne kadarının müktesebata uyum sağladığını belirlemek için incelemeler başlatılmıştır⁷. Müzakerelere başlanılan ülkelere "*ilk dalga*",

*Ortaklık Konseyi; Antlaşma ile belirlenen amaçların gerçekleşmesinden sorumludur.

⁴ Haluk Günöğür, "Avrupa Birliği Bütünleşmesinin Tarihsel Gelişimi (Dünü, Bugünü, Yarını), Avrupa Birliği El Kitabı, T.C.Merkez Bankası, Ankara, 1995, s. 17.

⁵ Abdülkadir Mercül, "Ekonomik-Parasal Birlik Süreci ve Türkiye", İ.Ü.İktisat Fakültesi, Maliye Araştırma Merkezi Konferansları, 40.seri, 2001, s. 169.

⁶ <http://www.mfa.gov.tr/turkce/grupa/ab/abab/iliski/htm> (çevrimiçi) 12.09.2002.

⁷ Kısa Vadeli önceliklerin süresi bir yılı aşmamaktadır. Ekonomide yeniden yapılanma, idari yapının güçlendirilmesi, tarım, istihdam, sosyal güvenlik, çevre, adalet ve örgütlü suçlarla mücadele gibi konular bu kapsamdadır. Orta vadeli öncelikler, genellikle dört yıllık süreyi kapsamaktadır. Parasal birliğe geçiş, balıkçılık, ulaştırma, enerji gibi alanlar ise orta vadeli öncelikler kapsamında yer almaktadır. Geniş bilgi için bkz. Vural, "AB ve Türkiye", s. 255; Gündüz Aktan, "Katılım Ortaklığı Belgesi Hazırlıkları", Yeni Türkiye(AB Özel Sayısı), Sayı: 35, 2000, s. 271.

diğerlerine ise “*ikinci dalga*” ülkeler denilmiştir. AB komisyonu ilk dalga ülkeleriyle müzakerelerin 1998 yılında başlatılmasını kararlaştırmıştır. Adaylık bekleyen Türkiye'ye ise, bu statü verilmemiştir⁸. Zirve sonucunda Türkiye ile AB arasındaki ilişkilerin güçlendirilmesinin, siyasi ve ekonomik reformların sürmesine, Yunanistan ile istikrarlı ilişkilerin kurulmasına, Kıbrıs sorununa çözüm bulunması için Birleşmiş Milletler gözetimindeki müzakerelerin desteklenmesine bağlı olduğu belirtilmiştir. Hükümet, Lüksemburg Zirvesi'nin ardından 14 Aralık 1997 tarihinde yaptığı açıklamada, AB'nin Türkiye ile taraflı ve ayrımcı tutumunu kınamıştır. Ancak, Türkiye'nin tam üyelik hedefini sürdürdüğü ve AB ile varolan ortaklık ilişkilerinin geliştirilmesinin AB'nin yükümlülüklerini yerine getirmesine bağlı olduğu belirtilmiştir⁹. AB'nin, NATO üyesi olan ve tam üye olmadığı halde gümrük birliğine giren Türkiye'ye adaylık statüsü vermemesi, Türkiye'nin bu yoldaki çabalarına engel olmamıştır. AB, Türkiye'ye yaptığı haksızlığı kısa zamanda anlamıştır. Nitekim Türkiye, 10-11 Aralık 1999 tarihinde Helsinki'de yapılan AB devlet ve hükümet başkanları zirvesinde oybirliğiyle AB'ye aday ülke olarak kabul ve ilan edilmiştir. Helsinki Zirvesi'nde alınan kararlara göre; Türkiye, diğer aday ülkeler gibi katılım öncesi stratejisinden yararlanacaktır. Türkiye topluluk programlarına, aday ülkeler ve birlik arasında yapılan toplantılara katılma olanağına sahip olacaktır¹⁰.

Katılım Ortaklığı Belgesi AB'ye üyelik sürecinde katılım öncesi stratejisinin en önemli unsurudur. Katılım Ortaklığı Belgesi, AB komisyonu tarafından hazırlanmakta ve aday ülkelerin AB'ye üyelik sürecinde ilerleme kaydetmesi gereken alanları belirlemek-

⁸ Erhan Erçin, “Avrupa Birliği'nin Genişleme Sürecinde Aday Ülkeler”, *İktisadi Kalkınma Vakfı Dergisi*, Sayı:148, 2001, s. 30.

⁹ <http://www.mfa.gov.tr/turkce/grupa/ab/abab/iliski.htm> (çevrimiçi) 12.09.2002.

¹⁰ Volkan Vural, “Avrupa Birliği ve Türkiye”, *Yeni Türkiye*(AB Özel sayısı), sayı: 35, 2000, s. 254; Meral Gezgin Eriş, “Tam üyelik sürecinde Türkiye'nin Avrupa Birliği'ne Entegrasyonu”, *Yeni Türkiye*(AB Özel Sayısı), sayı:35, 2000, s. 283.

tedir. Katılım Ortaklığı Belgesi aşağıda sayacağımız unsurları kapsamaktadır¹¹:

- Kopenhag kriterlerine uyum için yapılması gerekenler,
- AB müktesebatına uyum ile ilgili yükümlülükler,
- AB tarafından sağlanacak mali yardım,
- Üyelik için gerekli kısa ve orta vadeli öncelikler.

Katılım Ortaklığı Belgesine paralel olarak, tüm aday ülkelerin yapmış oldukları gibi ülkemiz tarafından da Ulusal Program hazırlanmıştır. Bu program, 24 Mart 2001 tarih ve 24352 (Mükerrer) sayılı Resmi Gazete'de yayımlanmıştır. Ulusal Program, katılım ortaklığı belgesindeki hususları, Kopenhag kriterlerini nasıl ve ne zaman yerine getireceğini ve AB ile entegrasyon için ne tür hazırlıkların yapılacağını belirtmektedir. Ulusal Program 6 (altı) bölümden oluşmaktadır¹²:

1- Giriş, 2- Siyasi kriterler, 3- Ekonomik kriterler, 4- AB müktesebatına uyum¹³, 5- Müktesebatın uygulanmasına ilişkin idari kapasite: Mevzuatımızın, AB mevzuatına uyumu için gerekli değişikliklerin hayata geçirilmesiyle ilgili genel bir değerlendirme yapılmaktadır, 6- Reformların hayata geçirilmesi için gerekli olan kaynağın tespiti ve AB tarafından sağlanması gereken mali yardımın miktarının ortaya konulmasıdır.

AB müktesebatının, mevzuatımıza aktarılması tek başına yeterli değildir. Uyumlaştırılmış mevzuatın, uygulamaya konulması daha büyük önem taşımaktadır¹⁴. 14-15 Aralık 2001 tarihlerinde İspanya'nın Laeken kentinde gerçekleşen zirvenin sonuç bildirge-

¹¹ Volkan Vural, "AB Sürecinde Türkiye'nin Yol Haritası", *Mercek*, MESS Özel Sayı, sayı: 21, 2001, s. 70.

¹² Vural, "AB Sürecinde...", s. 71-72.

¹³ AB müktesebatı otuzbir başlık altında toplanmıştır. Bunlardan bazıları şu şekildedir: 1- Malların serbest dolaşımı, 2- Kişilerin serbest dolaşımı, 3- Hizmet serbestisi, 4- Sermayenin serbest dolaşımı gibi. Geniş bilgi için bkz. Gündüz Aktan, a.g.e., s. 23.

¹⁴ Meral Gezgin Eriş, "Avrupa Birliği Vizyonu", *Mercek*, MESS Özel Sayı, Sayı: 25, 2002, s. 100.

sinde Türkiye'nin özellikle siyasi kriterlere uyum konusunda olumlu anlamda çok yol aldığından bahsedilmiştir. Bunun üyelik müzakerelerinin gerçekleşmesine katkı yapacağı, ancak uygulamanın da önemli olduğu üzerinde durulmuştur. Türkiye özellikle insan hakları konusunda olmak üzere, siyasi ve ekonomik kriterlere uyum konusunda çalışmalarına devam etmeye teşvik edilmektedir¹⁵. AB devlet ve hükümet başkanlarının katılımıyla 21-22 Haziran 2002 tarihlerinde İspanya'nın Sevilla kentinde gerçekleşen zirvenin sonuç bildirgesinde, Türkiye ile ilgili kısımda siyasi ve ekonomik reformların memnunlukla karşılandığı ve devam etmesi gerektiği üzerinde durulmuştur. Ekim 2002'de AB komisyonu tarafından yayınlanan ilerleme raporunda, 11-12 Aralık 2002 tarihlerinde Danimarka'nın Kopenhag kentinde gerçekleştirilecek olan zirvede Türkiye ile ilgili alınacak kararda yapılan reformların müzakere tarihi verilmesinde etkili olabileceğinden bahsedilmiştir¹⁶. 11-12 Aralık 2002 tarihlerinde Danimarka'nın Kopenhag kentinde yapılan zirvede AB 10 (on) ülkeyi¹⁷ daha üyeliğe kabul ederek tarihindeki en büyük genişleme projesini gerçekleştirmiştir. Bu ülkelerin katılımı Mayıs 2004'de gerçekleşecektir. Romanya ile Bulgaristan'ın ise 2007'de katılımı kararlaştırılmıştır. Daha sonra, 1 Ocak 2007'de Bulgaristan ve Romanya resmen Avrupa Birliği'ne tam üye olarak kabul edilmişlerdir.

Avrupa Birliği devlet ve hükümet başkanlarının 17 Aralık 2004 tarihli zirvesinde aldığı karar doğrultusunda 3 Ekim 2005 tarihinde Lüksemburg'ta yapılan Hükümetler Arası Konferans ile Türkiye resmen AB'ye katılım müzakerelerine başlamıştır. Ardından Türkiye için Müzakere Çerçeve Belgesi yayımlanmıştır. Böylece, Türkiye ile AB arasında yeni bir sürece girilmiştir. Türkiye ile AB arasında müzakerelerin başlaması, Kopenhag siyasi kriterlerinin yerine getirilmesi ile mümkün olmuştur.

¹⁵ <http://www.mfa.gov.tr/turkce/grupa/ab/abab/sondurum.update.htm> (çevrimiçi) 12.09.2002.

¹⁶ A.e.

¹⁷ Estonya, Letonya, Litvanya, Polonya, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, Slovenya, Güney Kıbrıs, Malta, Macaristan.

AB Müktesebatı yaklaşık olarak 120 bin sayfadan oluşmaktadır. Kapsamında AB'nin kurucu antlaşmaları, aday ülkelerin AB'ye katılırken imzaladıkları katılım antlaşmaları, örgüt yapısı içinde bulunan birimlerin(Konsej, Komisyon, Parlamento, Sayıştay, Adalet Divanı) çıkardıkları mevzuat bulunmaktadır. Katılım Müzakere Fasılları 35 başlıktan oluşmaktadır. Katılım Müzakere-leri, AB Müktesebatının içselleştirilmesine ilişkin bir süreçtir. Bu süreçte aday ülkelerin hareket alanları oldukça daraltılmıştır¹⁸.

II. MERKEZİ VE DOĞU AVRUPA ÜLKELERİNDE AVRUPA BİRLİĞİ İLE BÜTÜNLEŞME SÜRECİNDE YÜK- SEK DENETİM SİSTEMİNDE YAPILMASI GEREKENLER KONUSUNDA HAZIRLANAN RAPOR

1998 yılında Varşova-Çekoslavakya'da Merkezi ve Doğu Avrupa Ülkeleri Yüksek Denetim Kurumları ile Avrupa Birliği Sayıştay tarafından alınan karara göre, Avrupa'daki Merkezi ve Doğu Avrupa Ülkeleri Yüksek Denetim Kurumlarının entegrasyonu için gereken ortak temel kriterleri belirlemek üzere bir çalışma grubu oluşturulmuştur. Bu çalışma grubu, "Avrupa Birliğiyle Entegrasyon Bağlamında Yüksek Denetim Kurumlarının İşleyişiyle İlgili Tavsiyeler" başlıklı bir rapor hazırlamıştır. Çalışma grubu hazırladığı raporda, bir yüksek denetim kurumunun kurulması, görevlerini yerine getirmesi, kamu kaynaklarının kullanılması konularında önerilerde (tavsiyelerde) bulunmuştur¹⁹. Bu rapor, Avrupa Birliği Sayıştay ile Arnavutluk, Bulgaristan, Çek Cumhuriyeti, Estonya, Hırvatistan, Letonya, Macaristan, Romanya, Slovenya, Slovakya ve Polonya Yüksek Denetim Kurumlarının temsilcileri tarafından hazırlanmıştır. Çalışma grubu, Yüksek Denetim Kurumu'nun etkin bir şekilde çalışması için tavsiyelerde bulunmuştur. Dört bölümden oluşan bu tavsiyelerle ilgili olarak aşağıda açıklamalar yapılacaktır:

¹⁸ www.abgs.gov.tr (çevrimiçi 30.11.2007)

¹⁹ Baran Özeren, Cem Suat Aral, *Avrupa Birliği'yle Entegrasyon Bağlamında Yüksek Denetim Kurumlarının İşleyişiyle İlgili Tavsiyeler*, T.C. Sayıştay Başkanlığı, Araştırma/İnceleme/Çeviri Dizisi:10, Ankara, 2000, s. 3.

1. Bölüm: Yasal Çerçeve²⁰

Yüksek denetim kurumu, Anayasa ve yasalarda belirtilen bir güvenceye sahip olmalıdır.

Yüksek denetim kurumunun kuruluşu, organizasyon yapısı, türü (ofis şeklinde veya kurul şeklinde), başkanının aday gösterilmesi, atanması ve görevden alınması, denetim yetkileri ve görevleri, parlamento ve hükümet ile ilişkileri, uygulanacak denetim türleri, yüksek denetim kurumunun işlevsel ve kurumsal bağımsızlığı, yüksek denetim kurumunun ve denetçilerinin mali bağımsızlığı yasalarla güvenceye alınmalıdır. Yukarıda belirtilen genel hususların dışında, daha esnek ve değiştirilmesi daha kolay olacak şekilde kurum içi organizasyonun oluşturulması, mesleki ahlak kuralları, çağdaş denetim uygulamalarına adapte olabilme gibi hususlar da düzenlenmelidir.

Yüksek denetim kurumunun görevini tarafsız ve etkin olarak yapması için fonksiyonel, kurumsal ve mali açıdan bağımsız olması gerekir.

Yüksek denetim kurumu, kendisine verilen kaynaklarla ilgili olarak hesap vermeli, yıllık hesapları ve faaliyetleri bağımsız bir dış denetim organı veya bağımsız bir denetçi tarafından denetlenmelidir.

Yüksek denetim kurumu; bütçede yer alıp-almadığına, hangi kurumlar tarafından toplandığına ve yönetildiğine bakılmadan, bütün kamu fonlarını denetlemek üzere anayasa ve yasalarda ifade edilen açık yetkilere sahip olmalıdır.

Yüksek denetim kurumunun yapacağı düzenlilik ve performans denetimleri kamu kesiminin bütününe kapsmalıdır.

Yüksek denetim kurumları yaptıkları, denetimler sonucunda elde ettikleri bulguları hiçbir sınırlamaya ve engellemeye tabi olmadan raporlayabilmeli ve kamuoyunun dikkatine sunulabilmelidir.

²⁰ A.e, s. 5-12.

2. Bölüm: Denetim Standartlarının Uyumlaştırılması ve Uygulanması²¹

Yüksek denetim kurumları, kendi ülkelerinin deneyimlerine ek olarak INTOSAI Denetim standartlarını, Uluslararası Muhasebeciler Federasyonunun yayınladığı kamu kesimi denetim standartlarını uygulamalıdır. Yüksek denetim kurumları bu standartların uygulanmasında kolaylık sağlamak amacıyla denetim el kitapları yayınlamalıdır.

3. Bölüm: Yüksek Denetim Kurumunun Yönetimi²²

Yüksek denetim kurumları, kaynaklarını (insan kaynağı ve mali kaynak) görevlerini etkin bir şekilde yerine getirmek amacıyla kullanmalıdırlar. Bunu sağlamak amacıyla yüksek denetim kurumları etkin işleyen bir örgüt yapısı kurmalı, politikalar üretmeli ve uygulamalıdır.

Yüksek denetim kurumları, Avrupa Birliği'ne entegrasyon sürecinde kurum içi organizasyon yapılarını güçlendirmelidirler.

Yüksek denetim kurumları, Topluluk Müktesebatı'na uyum sürecini izlemeli (özellikle mali denetim sistemlerinin kurulması ile ilgili) ve AB fonlarının denetimini sağlayacak düzenlemeleri yapmalıdır.

Yüksek denetim kurumu, etkin bir şekilde denetimlerini sürdürebilmek için personelinin yetiştirilmesine önem vermelidir.

Yüksek denetim kurumu, meslek içi eğitimler düzenleyerek personelinin geliştirilmesini sağlamalıdır.

4. Bölüm: İç Denetimin Değerlendirilmesine ve Geliştirilmesine Yüksek Denetim Kurumunun Katkıda Bulunması²³

Yüksek denetim kurumları, denetlenen kurum/kuruluşlarda etkin bir şekilde işleyen iç denetim sistemlerinin kurulması konusunda çaba harcamalıdır.

²¹ A.e, s. 16.

²² A.e, s. 19-25.

²³ A.e, s. 28.

III. AVRUPA BİRLİĞİ'NE ÜYELİK SÜRECİNDE SAYIŞTAY VE YAPILMASI GEREKEN DÜZENLEMELER

1. Avrupa Birliği'nin kamu denetimi için belirlemiş olduğu asgari standartlar bulunmamaktadır. Ancak, INTOSAI(International Organization for Supreme Audit Institutions -Uluslararası Yüksek Denetim Kurumları Örgütü) Denetim Standartları²⁴, INTOSAI Denetim Standartlarına İlişkin Avrupa Uygulama Rehberleri²⁵, OECD-Avrupa Birliği Ortak Girişimi olan SIGMA tarafından yayınlanan yüksek denetim kurumları kıyaslama listesinde yer alan koşullar²⁶ ve AB'ye aday olan Merkezi ve Doğu Avrupa ülke Sayıştaylarının entegrasyonu için gereken

²⁴ INTOSAI Denetim Standartları Temel Önergeler, Genel Standartlar, Çalışma Standartları ve Raporlama Standartları olmak üzere 4 tanedir. Bu standartlar denetimin güvenilirliğini, etkileyen asgari koşulları, denetimde uygulanacak yöntemlerin ve aşamaların sınırlarının belirlenmesini sağlamaktadır. Yapılan denetim işleminin kalitesi bu standartlara uygunluk derecesiyle ölçülmektedir. Geniş bilgi için bkz. T.C. Sayıştay Başkanlığı, **INTOSAI Denetim Standartları**, Dış ilişkiler Grubu, Ankara, 1994.

²⁵ INTOSAI Denetim Standartlarına ilişkin Avrupa Uygulama Rehberleri şu alanları kapsamaktadır. Denetim Planlaması, iç denetimin değerlendirilmesi, bilişim sistemlerinin denetimi, denetimde örnekleme, performans denetimi, kalite güvencesi, mevzuata aykırılık gibi alanlardır. Geniş bilgi için bkz. T.C. Sayıştay Başkanlığı, **INTOSAI Denetim Standartlarına İlişkin Avrupa Uygulama Rehberleri**, Araştırma/İnceleme/Çeviri Dizisi:14, Ankara, Kasım 2000.

²⁶ OECD-Avrupa Birliği Ortak girişimi olan SIGMA (Support of Improvement in Governance and Management in Central and Eastern Countries-Orta ve Doğu Avrupa ülkelerinde İdarenin ve Yöne-tişimin İyileştirilmesine Yönelik Destekleme Girişimi) tarafından belirlenen 7 koşul vardır. 1. koşul: Sayıştay'ın Avrupa Birliği kaynakları da dahil olmak üzere, tüm kamu fonlarını, yasal fonları ve kamu kaynaklarını, kamu kurum ve kuruluşlarını tatminkar bir şekilde denetlemeye imkan veren açık yetkisi var mı? 2. koşul: Yürütülen denetim şekli INTOSAI Denetim Standartlarında (madde 38-40) belirtildiği gibi tüm aşamalarıyla düzenlilik ve performans denetimlerini kapsıyor mu? diğer koşullar için bkz. Baran ÖZEREN, Safiye KAYA,"Kamu Harcamalarının Denetimi Bağlamında Sayıştay'ın Avrupa Birliğine Uyumlaştırılması", 17.Türkiye Maliye Sempozyumuna Sunulan Tebliğ, 22-25 Mayıs , Fethiye/Muğla, 2002, s. 293.

tavsiyelere²⁷ uygun olarak kamu denetiminin yapılması konusunda Avrupa Birliği'nde fikir birliği vardır. Dolayısıyla yukarıda sayılan standartların ülkemiz tarafından AB'ne üyelik sürecinde yerine getirilmesi gerekmektedir.

2. Avrupa Birliği müktesebatının üstlenilmesine ilişkin olarak, Türkiye Ulusal Programı kapsamında hazırlanan Politika Belgesi taslağında, kamu kaynağı kullanan ancak Sayıştay denetimi kapsamında bulunmayan kuruluşların Sayıştay denetimi kapsamına alınması ve özel yasaların Sayıştay denetiminden çıkmaya olanak tanıyan maddelerinin kaldırılması, böylece kamu kaynağı kullanımının parlamento tarafından tarafsız, eksiksiz denetlenmesine olanak sağlanması gerektiği belirtilmektedir. Bu durum bir anlamda Sayıştayın denetim kapsamının genişlemesine neden olacaktır. 5018 sayılı Kamu Maliye Yönetimi ve Kontrol Yasası dış denetim yetkisini Sayıştay'a bırakmıştır. 2006 ve 2007 İlerleme Raporunda AB müktesebatına uyum sağlayabilmek için Meclis'in gündeminde bulunan INTOSAI denetim standartlarına uygun olarak hazırlanmış Sayıştay Kanun Tasarısı'nın halen kabul edilmediğine değinilmektedir²⁸. Bu yasa, çıkması halinde kamu mali yönetiminde saydamlığı artırıp, yolsuzlukla mücadeleye önemli katkı sağlayacaktır²⁹. Buna ek olarak TBMM bünyesinde Kamu Harcamaları Komisyonu

²⁷ AB'ye aday olan Merkezi ve Doğu Avrupa Ülke Sayıştaylarının Entegrasyonu için gereken tavsiyeler çalışmanın ikinci bölümde verildiğinden burada tekrar edilmeyecektir.

²⁸ http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_2006.pdf (çevrimiçi 30.11.2007) ; http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2007_ilerlemeraporu_tr.pdf (çevrimiçi 30.11.2007)

²⁹ AB değerlendirmeleri böyle olmasına karşın, TBMM'de bulunan Sayıştay Yasa Tasarısı, büyük ölçüde denetimi uluslararası özel büyük denetim kuruluşlarına yaptırmak üzere Sayıştay'a yetki vermektedir. Bu da, gelecekte harcama denetimini Sayıştay'ın değil, uluslararası büyük denetim kuruluşlarının yapacağı anlamına gelmektedir. Bu durum, ulus devlet ilkeleri bakımından son derece tartışmalıdır. Bu konuda daha geniş bilgi için BKZ; Ahmet EROL, "Sayıştay'ın Yeni Denetim Yapısı", *Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi*, Ocak 2007, ss. 154-158.

bulunmadığı için harcamalara ilişkin etkin bir denetim gerçekleştirilemediği belirtilmektedir³⁰.

3. Katılım Ortaklığı Belgesi'nin kısa vadeli öncelikleri arasında idari ve adli kapasitelerin güçlendirilmesi yer almaktadır. Burada, mali denetim yöntemlerinin güçlendirilmesi önerilmektedir. Orta vadeli öncelikler arasında da idari ve adli kapasitelerin güçlendirilmesi kısmı bulunmaktadır. Bu başlık altında mali denetimin güçlendirilmesi daha ayrıntılı olarak ele alınmaktadır. Şöyle ki; iç ve dış mali denetim için yasal çerçevenin tamamlanması, iç denetim birimlerinin uyumlaştırılması için merkezi bir örgüt kurulması, harcama yapan yerlerde iç denetim birimlerinin kurulmasının tamamlanması, AB fonlarının kontrolüne ilişkin olarak el kitabının yayınlanması şeklindedir³¹. Kamu idarelerine iç denetçi atanması, iç denetçilerin görevleri, nitelikleri, iç denetim koordinasyon kuruluna ilişkin düzenlemeler 5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu'nun 63-67. maddeleriyle yapılmıştır. Nitekim, İç Denetim Koordinasyon Kurulu, 24.12.2003 tarih ve 25326 sayılı Resmi Gazete'de yayımlanan 5018 sayılı "Kamu Mali Yönetimi Kontrol Kanunu"nun 66.maddesi gereğince Maliye Bakanlığı bünyesinde kurulmuştur. Kurul, kamu idarelerinin iç denetim sistemlerini izlemek, bağımsız ve tarafsız bir organ olarak hizmet vermek üzere oluşturulmuştur. 2006 ve 2007 Katılım Ortaklığı Belgesi'nde Sayıştay Mali Kontrol başlığı altında düzenlenmiştir. İlerleme raporunda olduğu gibi Katılım Ortaklığı Belgesi'nde de Sayıştay'ın bağımsızlığının sağlanması için INTOSAI denetim standartlarına uygun olarak düzenlenmiş olan kanun tasarısının kabul edilmesi gerektiğine değinilmektedir³².

³⁰http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2007ilerlemeRaporu_tr.pdf (çevrimiçi 30.11.2007)

³¹ İktisadi Kalkınma Vakfı Bülteni, **Katılım Ortaklığı Belgesi**, 1-15 Kısım 2000, s. 5-7.

³²http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/Kob/Turkiye_Kat_Ort_Belg_2006.pdf(çevrimiçi 30.11.2007) ;
http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/Kob/Turkiye_Kat_Ort_Belg_2007.pdf(çevrimiçi 30.11.2007)

4. Sayıştay'da 5018 Sayılı Yasa ile bazı düzenlemeler yapılmıştır. Bu kapsamda Sayıştay'ın harcama öncesi *Vize* ve *Tescil* işlemleri kaldırılmakta ve harcama sonrası denetime yoğunlaşması sağlanmaktadır. 5018 sayılı Yasa ile Türkiye'nin AB'ye üyeliği sürecine de katkı sağlayacak uluslararası denetim standartları getirilmektedir. Bu Yasa ile aynı zamanda, genel idare kapsamındaki tüm kamu idarelerinin harcama sonrası dış denetiminin Sayıştay veya yetkilendireceği kuruluşlar tarafından gerçekleştirilmesi sağlanmaktadır. Böylece, TBMM. adına denetim yapan Sayıştay'ın denetim kapsamı genişlemiş olmaktadır.

5018 sayılı Yasa ile Sayıştay'ın denetimlerinin uygunluk denetimi ile birlikte performans denetimini de kapsayacağı belirtilmiştir. Gerçi Sayıştay Kanunu'na 1996 yılında eklenen madde ile (Ek: 04.07.1996 - 4149/8md.) Performans Denetimi yapılacağı belirtilmiştir. Ancak yeterli uzman personelin bulunmaması, kurumlararası anlaşmazlıklar vb nedenler performans denetiminin yapılmasını engellemiştir.

5018 sayılı Yasanın getirdiği bir diğer yenilik ise Sayıştay'ın denetlenmesinin artık mümkün olmasıdır. Bu denetim, TBMM başkanlık divanı tarafından denetim konusunda gerekli mesleki niteliklere sahip kimseler arasından oluşturulan bir komisyon tarafından yapılacaktır. Ülkemiz açısından Sayıştay'ın denetiminin yapılmaması büyük bir eksiklikti. Avustralya, Kanada gibi Yüksek Denetim alanında model alınan ülkeler ise kendi yüksek denetim kurumlarının denetimini uzun yıllardır yaptırılmaktadırlar. Burada doğal olarak Sayıştay gibi kamu harcamalarının denetiminde tam yetkili kıldığınız organın kim veya kimler tarafından denetleneceği çok büyük önem arz etmektedir. Eğer bu denetim, siyasal baskı ve karışım ya da siyasal etkiye açık denetim elemanları ya da denetim organları tarafından yapılacak ise, bu denetimin etkin ve verimli olmasını beklemek boşuna olur. Türkiye'de Kamu Yönetimi Reformu Kanun Tasarısı ile Maliye Teftiş Kurulu³³, Mülkiye Teftiş

³³ Resmi tarihi 128 yıllık (1879), gayri resmi tarihi Fatih Sultan Mehmet döneminde oluşturulan "Bakı Kulu" mesleği ile başladığı için yaklaşık 550 yıllık bir kurum.

Kurulu gibi köklü teftiş kurumlarının kapatılması tasarlanmıştır. Böylesine köklü ve olabildiği kadar gelenekleri nedeniyle siyasal karışımlardan uzak kurumların sistemden yok edilmesi veya çeşitli yollarla güçlerinin ve yetkilerinin zayıflatılması durumunda Sayıştay gibi devletin ve devlet kurumlarının tüm harcamalarının denetim yetkisini verdiğiniz bir kurumun üstel denetimini kim gerçekleştirecektir? Devletin tüm kurum ve kuruluşları tarafından yapılan harcamaların denetimi ile görevlendirilmek istenen Sayıştay'ın icrai (denetim) yetkileri ile yargısal (üst hesap mahkemesi) yetkilerinin aynı elde toplanmış olması neden AB'yi veya başka uluslararası kurum ve kuruluşları hiç rahatsız etmemektedir? İşte bu soruların yanıtlarının nesnel olarak araştırılması ve analizi ulusal devlet açısından yaşamsal önemdedir.

5. Mali kontrol sistemimizde AB'ye üyelik sürecinde Türkiye tarafından yapılması gereken diğer düzenlemeler³⁴;

- Denetim birimlerinin ve elemanlarının bağımsızlıklarını geliştirecek düzenlemelerin yapılması³⁵,
 - Denetim metodolojisinin oluşturulması ve diğer ülkelerde olduğu gibi denetim kılavuzlarının ve el kitaplarının hazırlanması,
 - Denetim sisteminde etkin bir raporlama yapılması ve raporların kamuoyu ile paylaşımının sağlanması,
 - Performans denetimi yapılması konusunda kapasitenin artırılması,
 - Denetim birimleri arasında eşgüdüm (koordinasyon) sağlanması,
- olarak sıralanabilir.

³⁴ Avrupa Birliği Genel Sekreterliği; *Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı*, Ankara, 2001, s. 431.

³⁵ Kamu Yönetimi Reformu Yasa Tasarısı, köklü teftiş ve denetim birimlerinin kapatılmasını sağlamayı hedeflerken, bu nasıl tesis edilecektir?

IV. SONUÇ

3 Ekim 2005 tarihinde Lüksemburg' da yapılan Hükümetler Arası Konferans ile Türkiye resmen AB'ye katılım müzakerelerine başlamıştır. Tarama süreci tamamlanmıştır. Türkiye 35 Fasıldan oluşan müktesebata ilişkin müzakereleri başlık başlık görüşmeye başlamıştır. Bu sürecin ne kadar devam edeceğini bugünden kestirmek olanaklı değildir. Avrupa Birliği Genel Sekreterliği'nin yayımladığı Ulusal Programda düzenlenen alanlardan birisi de Mali Kontrol başlığı altında yeralan Sayıştay denetimi (yüksek denetim)'dir. Yüksek denetim kamu mali yönetiminin önemli bir parçasıdır. Nitekim, 5018 sayılı Yasa ile yüksek denetim sistemimizde önemli sayılabilecek değişiklikler yapılmıştır. Bu değişiklikler; sayıştayda harcama öncesi vize ve tescil işlemlerinin kaldırılması, denetim kapsamının genişletilmesi, kamu kesiminde iç denetim sisteminin kurulması, tahakkuk bazlı harcama, gelir ve muhasebe sisteminin ve Sayıştay'ın denetiminin yapılmasıdır. Ancak 2006 ve 2007 İlerleme Raporları'nda da belirtildiği üzere INTOSAI denetim standartlarına uygun olarak hazırlanmış olan Sayıştay Yasa Tasarısı halen TBMM'nin gündemindedir. Bu konuda yeni Sayıştay kanununun çıkartılması büyük önem arz etmektedir. Tasarının kanunlaşması kamu mali yönetiminde saydamlığın artmasına ve yolsuzlukla mücadeleye önemli katkı sağlayacaktır. Ancak, TBMM'de bulunan Sayıştay Yasa Tasarısı'nın TBMM ana komisyonlarında ve Genel Kurulda çok yoğun tartışmalara tabi tutulması; bu konuda Üniversitelerden, sivil toplum örgütlerinde, devletin köklü teftiş ve denetim birimlerinden ve uzmanlardan ayrıntılı biçimde görüş alınması; bunların anılan yasa tasarısının yasalaşma sürecine dahil edilmelerinde büyük yarar bulunmaktadır. TBMM'deki Sayıştay Yasa Tasarısı, bu haliyle olduğu gibi yasalaştığı takdirde ciddi sıkıntıların yaşanması kaçınılmazdır. Bu tartışma ve olgunlaştırma sürecinde Sayıştay'ın denetim (icrai yan) birimleri ile yüksek hesap mahkemesi birimlerinin güçler ayrılığı ilkesine uygun olarak ayrılmasının tartışılması ve mutlaka denetim ve yargının birbirinden ayrılması yerinde olacaktır.

“Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurumu’nun, kamu iktisadi teşebbüslerinin tam olarak özelleştirilmesiyle herhangi bir işlevi ve görevi kalmayacaktır. Ancak bu durum anılan kurumdan başka alanlarda yararlanılmasına engel değildir. Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu, TBMM adına tüm kamu kurum ve kuruluşları nezdinde harcama denetimi yapmakla görevlendirilebilir. Böylelikle, TBMM’nin bütçenin kesin hesap tasarılarını daha sağlıklı denetlemesi ve izlemesi olanağı yaratılmış olur. Bu kapsamda, Sayıştay’ın harcama denetimi gerçekleştiren bölümleri de Sayıştay Başkanlığı bünyesinden ayrılarak Yüksek Denetleme Kurulu Başkanlığı yapısı içine katılmalıdır. Sayıştay, Devlet hesaplarının yargılamasını yapan yüksek yargı organı olmalıdır. Sayıştay, yüksek yargı organı olarak uygulamanın içinde yer almamalıdır. Denetim, yönetimin işlevlerinden biridir ve yönetimin ayrılmaz parçasıdır. Bir başka deyişle denetim, uygulama sürecinin içinde yer alır. Dolayısıyla, Sayıştay hem denetleyen, hem hesap soran ve hem de yargılayan yer olmaktan çıkarılmalıdır. Sayıştay, Devletin hesaplarıyla ve harcamalarıyla ilgili yüksek yargı organı olarak görev ifa etmelidir. Sayıştay’ın bugünkü yapısı, aslında yargı bağımsızlığı ve kuvvetler ayrılığı ilkesine aykırıdır. Sayıştay’ın bu aykırılıktan kurtarılması için, Sayıştay’ın harcama ve gelir denetimi yapan denetim birimleri ayrılmalıdır. Sayıştay’dan ayrılan bu birimler, TBMM adına harcama denetimi yapacak olan Yüksek Denetleme Kurulu Başkanlığı’na bağlanmalıdır. Yüksek Denetleme Kurulu Başkanlığı, Başbakanlığa bağlı olmamalı, doğrudan TBMM Başkanlığı’na bağlı olarak görev yapmalıdır. Bu söz konusu kurulun özerkliği ve gücü açısından oldukça önemlidir.”³⁶

5018 sayılı Kamu Mali Yönetimi ve Kontrol Kanunu, tüm hükümleriyle 01.01.2007 tarihinden itibaren işlemeye başlayacaktır. Anılan Yasa’dan sonra denetim anlamında yeni bir sürece girilmiş olacaktır. İşte bu kapsamda, belki de Sayıştay’ın denetim birimlerinin ve Başbakanlık Yüksek Denetleme Kurulu’nun Fatih

³⁶ Ahmet EROL, “Türkiye’de Devletin Mali ve Ekonomik Birimlerinin Yeniden Yapılandırılması” (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, İstanbul, 2002, ss.172-173.

Sultan Mehmet döneminde oluşturulmuş “Bakı Kulu” kurumunun geleneğini devam ettiren Maliye Teftiş Kurulu çatısı altında, TBMM adına etkin denetim ve soruşturma işlevlerini yerine getirmek üzere toplanmasında büyük yarar olabilir. Bu düşüncelerin Sayıştay Yasa Tasarısı TBMM gündeminde olgunlaştırılırken düşünülmesinde Türkiye ve T.C. Devleti'nin denetim süreçlerinin etkinleştirilmesi; yasama, yürütme ve yargı süreçlerinin evrensel ölçütlere ve anayasaya uygun hale getirilmesi bakımından ciddi yararlar olacağı düşünülmektedir³⁷.

KAYNAKÇA

AKTAN, Gündüz: “Katılım Ortaklığı Belgesi Hazırlıkları”, **Yeni Türkiye**(AB Özel Sayısı), Sayı: 35, 2000.

Avrupa Birliği Genel Sekreterliği: **Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı**, Ankara, 2001.

Avrupa Birliği Genel Sekreterliği: **Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı**, Ankara, 2001.

ERHAN, Erçin: “Avrupa Birliği'nin Genişleme Sürecinde Aday Ülkeler”, **İktisadi Kalkınma Vakfı Dergisi**, Sayı:148, 2001.

ERİŞ, Gezin Meral: “Avrupa Birliği Vizyonu”, **Mercek**, MESS Özel Sayı, Sayı: 25, 2002.

EROL, Ahmet: “Türkiye’de Devletin Mali ve Ekonomik Birimlerinin Yeniden Yapılandırılması” (Yayımlanmamış Doktora Tezi), İ.Ü. Sosyal Bilimler Enstitüsü Maliye Anabilim Dalı, İstanbul, 2002.

EROL, Ahmet: “Sayıştay’ın Yeni Denetim Yapısı”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Ocak 2007.

³⁷ Ahmet EROL, “Sayıştay’ın Yeni Denetim Yapısı”, **Lebib Yalkın Mevzuat Dergisi**, Ocak 2007, s. 158.

GÜNUĞUR, Haluk: “Avrupa Birliği Bütünleşmesinin Tarihsel Gelişimi (Dünü, Bugünü, Yarını)”, **Avrupa Birliği El Kitabı**, T.C. Merkez Bankası, Ankara, 1995, ss.13-20.

İktisadi Kalkınma Vakfı Bülteni: **Katılım Ortaklığı Belgesi**, 1-15 Kasım, 2000.

İstanbul Ticaret Odası: **Avrupa Topluluğu ile İlişkiler**, Yayın no: 16, İstanbul, 1990.

KARLUK, Rıdvan: **Avrupa Birliği ve Türkiye**, Beta Basım Yayım Dağıtım, Genişletilmiş 6. Bası, İstanbul, 2002.

MERCÜL, Abdülkadir: “Ekonomik-Parasal Birlik Süreci ve Türkiye”, İ.Ü. İktisat Fakültesi, **Maliye Araştırma Merkezi Konferansları**, 40. seri, 2001.

ÖZEREN Baran, ARAL, Cem Suat: **Avrupa Birliğiyle Entegrasyon Bağlamında Yüksek Denetim Kurumlarının İşleyişiyle İlgili Tavsiyeler**, T.C. Sayıştay Başkanlığı, Araştırma/İnceleme/Çeviri Dizisi:10, Ankara, 2000.

ÖZEREN Baran, KAYA, Safiye: “Kamu Harcamalarının Denetimi Bağlamında Sayıştay’ın Avrupa Birliğine Uyumlaştırılması”, **17.Türkiye Maliye Sempozyumu’na Sunulan Tebliğ**, 22-25 Mayıs, Fethiye/Muğla, 2002 .

T.C. Sayıştay Başkanlığı: **INTOSAI Denetim Standartları**, Dış İlişkiler Grubu, Ankara, 1994.

T.C. Sayıştay Başkanlığı: **INTOSAI Denetim Standartlarına İlişkin Avrupa Uygulama Rehberleri**, Araştırma/İnceleme/Çeviri Dizisi:14, Ankara Kasım 2000.

VURAL, Volkan: “Avrupa Birliği ve Türkiye”, **Yeni Türkiye AB Özel Sayısı**, sayı: 35, 2000.

VURAL, Volkan: “AB Sürecinde Türkiye’nin Yol Haritası”, **Mercek, MESS Özel Sayı**, sayı: 21, 2001, ss. 69-72.

SÖNMEZOĞLU, Faruk: **Uluslararası İlişkiler Sözlüğü**, Der Yayınları, Genişletilmiş 3.Bası, İstanbul, 2000.

<http://www.mfa.gov.tr/turkce/grupa/ab/abab/iliski/htm>
(çevrimiçi) 12.09.2002.

<http://www.mfa.gov.tr/turkce/grupa/ab/abab/sondurum.updat>
e.htm (çevrimiçi) 12.09.2002.

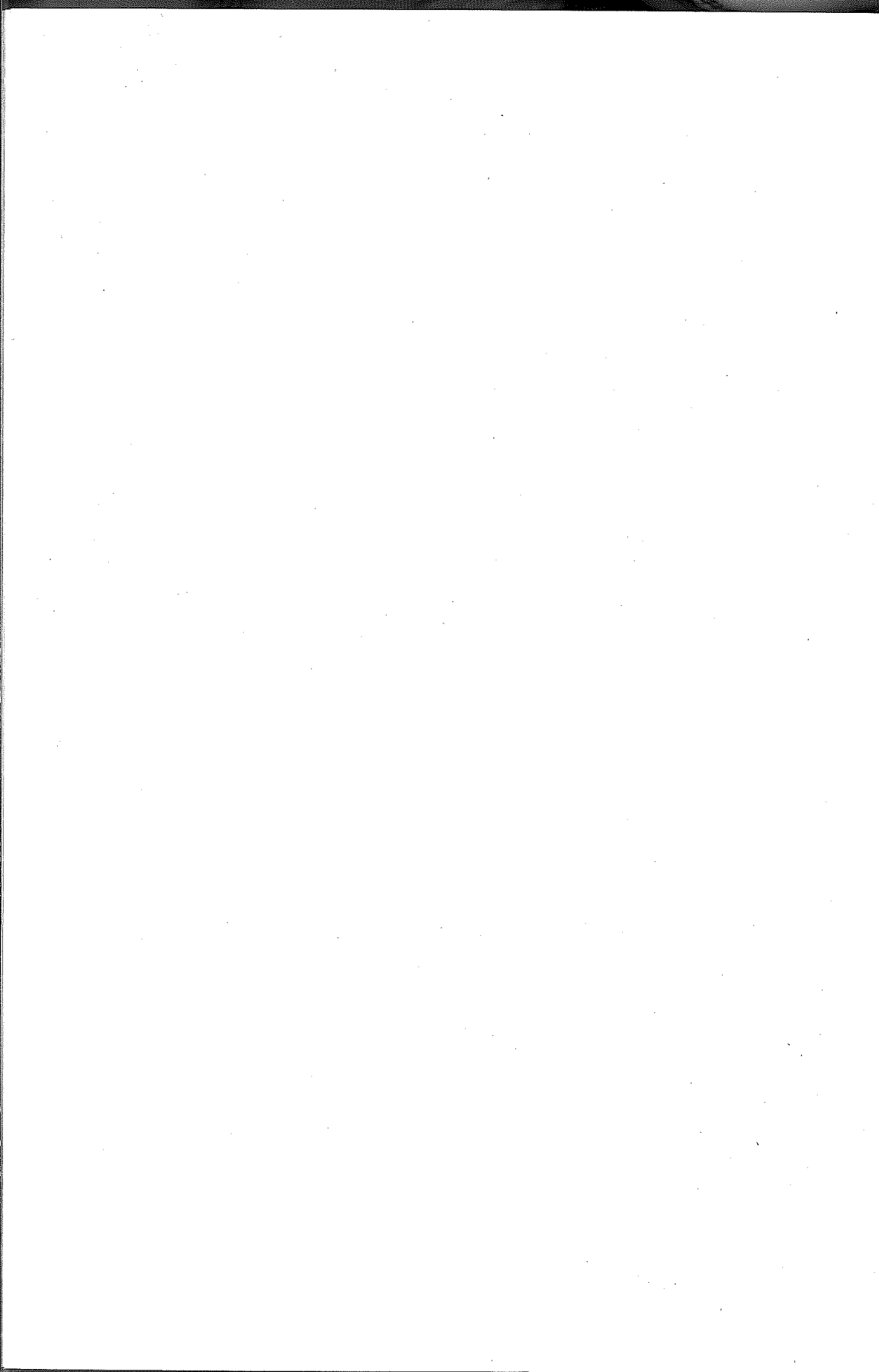
<http://www.abgs.gov.tr> (çevrimiçi 30.11.2007).

http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/Turkiye_Ilerleme_Rap_2006.pdf (çevrimiçi 30.11.2007).

http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/IlerlemeRaporlari/2007ilerlemeraporu_tr.pdf (çevrimiçi 30.11.2007).

http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/Kob/Turkiye_Kat_Ort_Belg_2006.pdf(çevrimiçi 30.11.2007).

http://www.abgs.gov.tr/files/AB_Iliskileri/AdaylikSureci/Kob/Turkiye_Kat_Ort_Belg_2007.pdf(çevrimiçi 30.11.2007).



KARAR ÇEVİRİSİ

geçersizliğine ve mirasın başvuranlara yasal mirasçılığa ilişkin hükümler uyarınca intikaline hükmetmiştir (Özet).

GEREKÇELER

3. a) Kantonal Mahkeme, Federal Mahkeme'nin 116 II 117 sayılı kararına (JdT 1991 I 342) dayanmaktadır. Doğru olmayan (yanlış) bir tarih vasiyetnamenin iptaline yol açmıyorsa eksik bir tarih için de aynı şey söylenebilecektir. Davacılar kantonal mahkemeye, son derece açık olan ("tarih şartı yer, yıl, ay ve gün ibarelerini içerir...") yasal bir düzenlemenin (MK md.505/f.I) göz ardı edildiği gerekçesiyle itiraz etmektedirler. (özet)

3. b) Düzenleme tarihinin yanlış gösterildiği bir vasiyetnameye ilişkin anılan kararda (c.7c) İsviçre Federal Mahkemesi, düzenleme tarihinin eksik gösterildiği bir vasiyetnamenin şekil şartına uyulmadığı gerekçesiyle iptal edilebileceği yönündeki yerleşmiş içtihatından ayrılmamıştır. Mahkeme bu içtihatını bugün de hala korumaktadır. Düzenleme yerinin gösterilmediği bir vasiyetnameyi şekle aykırılık sebebiyle iptal etmiştir (İFM 117 II 239). Anılan içtihat öğretideki baskın görüşle aynı yöndedir (Piotet in SPR IV/1, pp. 236 s; Escher, n. 16 ss et spéc. n. 26 ad art. 505 CC; Tuor, n. 15 ss et spéc. n. 22 ad art. 505 CC; Burckhardt in RJB 1936, pp. 381 ss; Piconi, Die Auslegung von Testament und Erbvertrag, 1955, pp. 36 ss; Breitscheid, Formvorschriften im Testamentsrecht, thèse Zurich 1982, nos 439 ss, spéc. nos 451 et 452; Rey in "recht" 1984, pp. 86 s.). Bununla birlikte, Breitscheid (Testament und Erbvertrag, in: St. Galler Studien zum Privat-, Handels- und Wirtschaftsrecht, vol. 26, 1991, pp. 48 s; cf., du même auteur, la thèse citée supra, nos 453 ss), baskın görüşü son derece dar bulmaktadır. Ona göre, mevcut olmakla birlikte eksik olan bir düzenleme tarihi mutlak surette vasiyetnamenin iptali sonucunu doğurmaz. Yeter ki, dikkatsizlik ve unutmadan kaynaklanan eksiklik vasiyetname dışı unsurlardan yararlanmak suretiyle düzeltilebilsin veya düzenleme tarihinin eksikliği hiçbir önem arzemesin. (mangels Pertinanz). Kantonal mahkeme bu görüşü benimsemiştir. Mahkemeye göre, içtihat hakkaniyete uygun değildir ve haklı sebepten yoksundur.

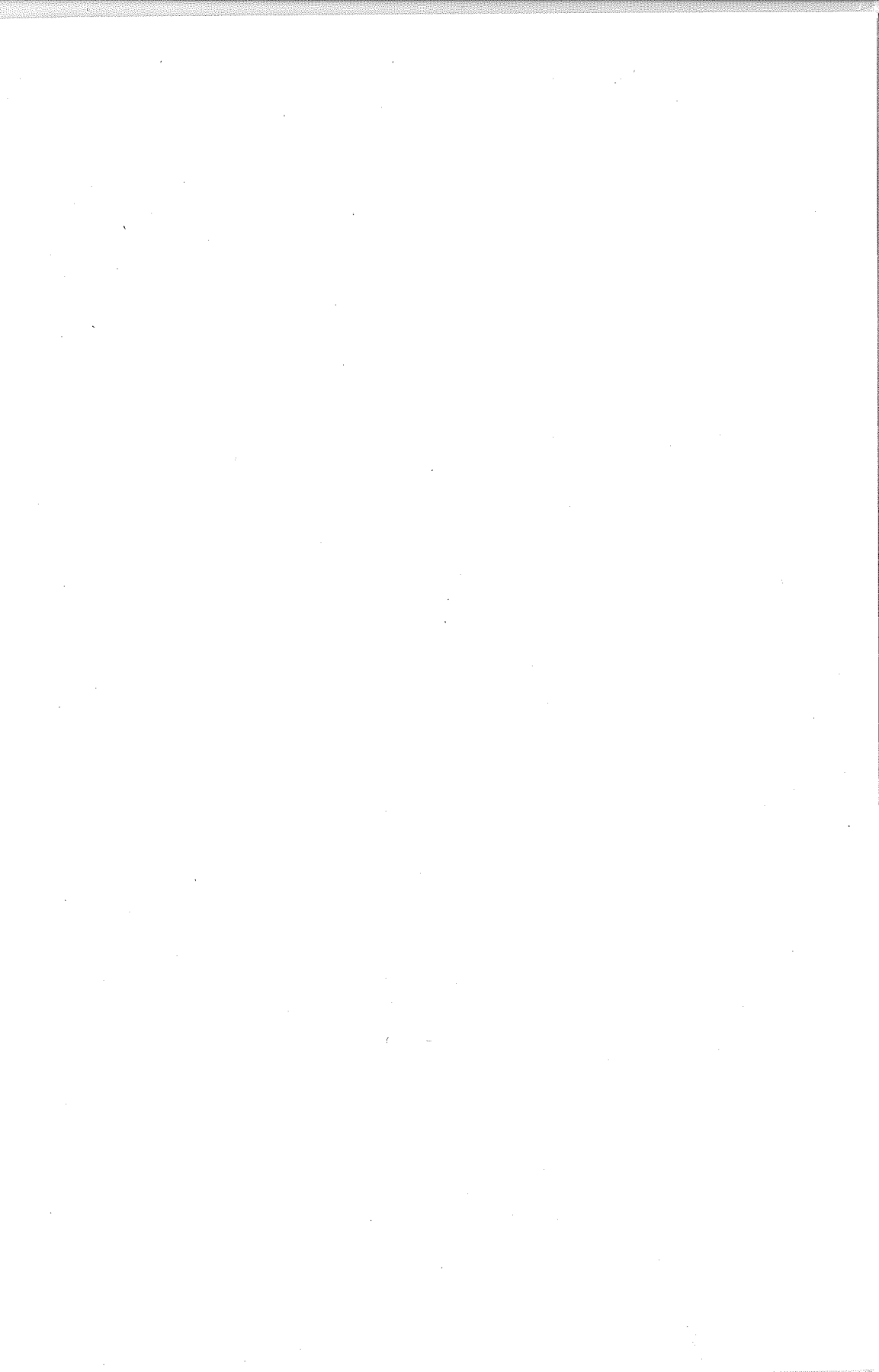
Tam olmakla birlikte ancak yanlış olan bir düzenleme tarihi vasiyetnamenin iptaline yol açmıyorsa, aynı düşünce tarzının eksik düzenleme tarihi için de geçerli olması gerekir.

3. c) Bu gerekçelendirme, eksik düzenleme tarihi ile yanlış düzenleme tarihi arasındaki çok önemli bir farkı göz ardı etmektedir (Burckhardt tarafından ele alındığı gibi). Medeni Kanunun 505. maddesinin ilk fıkrası yer, gün, ay ve yıl ibarelerini zorunlu kılmaktadır. Tarihin doğru olması gerekliliği bir şekil meselesi olmayıp esasa ilişkin bir tartışmadır. Buna karşılık, kanun, eğer eksiksiz bir tarihi zorunlu kılıyorsa bunun şekle ilişkin bir kural olduğu açıktır (Burckhardt, op. cit., pp. 386 ss, spéc. p. 389). Federal Mahkeme, tarihin yanlış olmasına ilişkin içtihatını değiştirmiştir. Mantıken, bundan, tarihin eksik de olabileceği sonucu çıkarılamaz.

d) Doğru bir düzenleme tarihinin aranmadığı durumlar da mevcuttur. Buna rağmen, vasiyetnamenin geçerliliği için eksiksiz bir düzenleme tarihinin bulunması gerekliliğinde ısrar etmek yerinde ve haklıdır. El yazısı ile vasiyetnamenin bütünüyle vasiyetçinin el yazısıyla yazılması ve vasiyetnamede kanuna uygun olarak bir tarih gösterilmesi gerekliliğinin amacı; vasiyetçinin, son isteğini ifade ettiği düzenlemelerin önemini bilincine varmasını sağlamaktır. Genel olarak, bir vasiyetnamenin bu şekil şartlarını taşıyıp taşımadığını söylemek nipten kolaydır. Eksik olan bir tarih, vasiyetname dışı unsurlardan yola çıkarak tamamlanabilir mi? Böyle bir kabul, şekil şartlarına dayanan hukuk güvenliğini zedeleyecek ve tarih gösterme konusundaki yasal kuralların anlamının göz ardı edilmesi sonucunu doğuracaktır. Breitscheid ve kantonal içtihat, bir vasiyetnamenin tarihinin tamamlanmasından önce vasiyetname metninde, tarihin ya da en azından tarihi belirlemeye elverişli unsurlarının bulunması gerektiğini belirtmektedirler (ein genügender Ansatz einer Datierung). Bu yargıya varabilmek için içtihadî kurallar geliştirilmesi gerekirdi, zira kanun açıkça yer, gün, ay ve yılın gösterilmesini emretmektedir. Kanunun açık ifadesi karşısında bu kurallar, hakim yorum yapma yetkisinin dışına çıkmakta ve kanunkoyucuya münhasır olan karar verme yetkisine tecavüz etmektedir.

4. Yukarıda açıklanan gerekçeler uyarınca, içtihat, eksik bir düzenleme tarihinin vasiyetnamenin geçerliliğini etkilememesine olanak tanıyacak nitelikte değildir (yanlıı düzenleme tarihi için bazı durumlarda kabul edilebileceğinin aksine). Bu sebeple, başvuranların davası haklı bulunarak alınan karar iptal edilecektir. Diğer şekil şartı eksikliklerinde olduğu gibi, mirasbırakanın son isteği sonuç doğurmayacaktır. Ortaya çıkan durum üzücü olmakla birlikte şekil şartının kaçınılmaz sonucudur. Kanunkoyucu tarafından değiştirilmediği ya da kaldırılmadığı sürece hakim kuralı olduğu gibi uygulamak zorundadır. Davalı, başvuruların parasal menfaatlerini ileri sürdüklerini belirtse de şekil şartı eksikliğine dayanan bir dava, bu halde de, haksız olmayacaktır. Sadece ekonomik sebeplerle girişilmiş olsa da kanun, iptal davasını kabul etmektedir. Bu bir bakıma davanın niteliğinden kaynaklanmaktadır.

5. (özet) Temyiz başvurusunda bulunmayan davacılar için kantonal mahkeme kararı uygulanacaktır ([eski] Federal Yargı Teşkilatı Kanunu md. 54/ f.II). Federal Mahkeme kararı sadece başvuranlar lehine sonuç doğurur ve mirasın kanun gereği intikalinden yalnızca başvuranlar yararlanırlar. II. Hukuk Dairesi.





**YEDİTEPE
ÜNİVERSİTESİ**

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ 26 AĞUSTOS YERLEŞİMİ

Kayışdağı Caddesi, 34755 Kayışdağı / İstanbul

Santral: (0216) 578 00 00 Faks: (0216) 578 07 56

e-posta: law@yeditepe.edu.tr

www.yeditepe.edu.tr