

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW

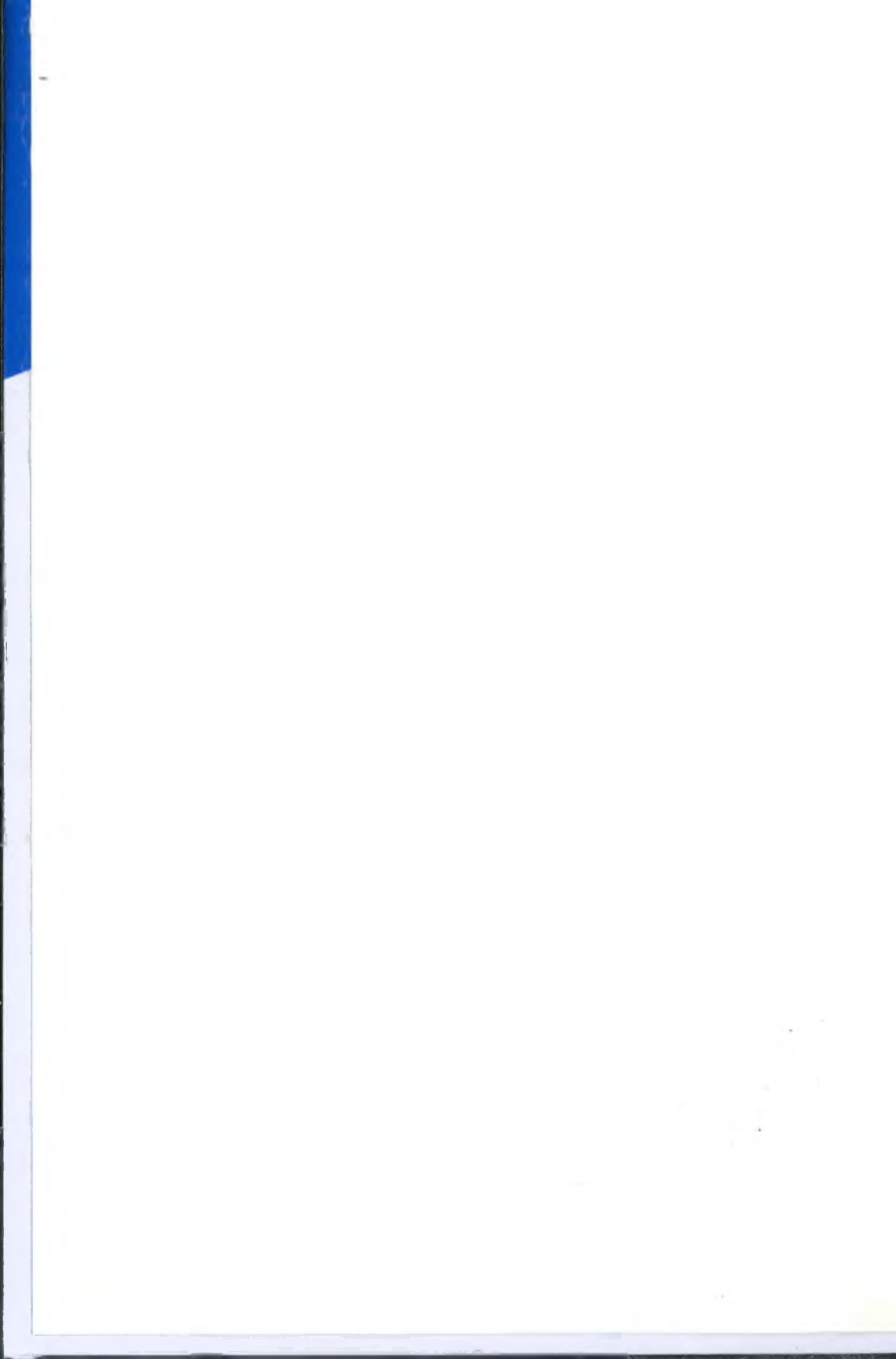
VI/1

Yılda iki sayı yayınlanan hakemli dergi

Cilt: VI
Sayı: 1
Yıl: 2009



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ



**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**

**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi

Cilt : VI

Sayı : 1

Yıl : 2009



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

Editör / Editor

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

Editör Yardımcısı / Editor Assistant

Araş. Gör. Ömer Bağcı

Danışmanlar Kurulu / Advisory Board

Prof. Dr. Halûk Kabaalioğlu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Belgin Erdoğan, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Selçuk Öztekin, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

Prof. Dr. Zehreddin Aslan, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Aydın Zevkliler, Yaşar 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 Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Stefan Talmon, Oxford Üniversitesi

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

Prof. Dr. Nuray Ekşi, Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Ralf Alleweldt, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Hakan Uzeltürk, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

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

Doç. Dr. Sibel İnceoğlu, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Sultan Uzeltürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Faruk Acar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. M. Alper Gümüş, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Salih Şahiniz, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Necla Güney Ağdağ, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi,
Heidelberg Max-Planck-Institute
Yard. Doç. Dr. Gül Doğan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Dr. Kemal Erol, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

**Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayınlan-
nan 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 : VI Sayı : 1 Yıl : 2009

İÇİNDEKİLER

ÖZEL HUKUK

- TÜRK MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNUN ANA KAYNAĞI
1925 TARİHLİ NEUCHÂTEL YASASI İLE ONUN YERİNİ ALAN
YASA ARASINDA KARŞILAŞTIRMA**
Prof. Dr. Bilge UMAR..... 3
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve
İcra - İflas Hukuku Anabilim Dalı
- KAT MÜLKİYETİNE TABİ YAPILARIN
GÜÇLENDİRİLMESİNE İLİŞKİN YENİ DÜZENLEMELERE
KISA BİR BAKIŞ**
Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI..... 85
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı
- EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNİN
TASFİYESİNDEN KAÇ TANE “KATILMA ALACAĞI” DOĞAR?**
Doç. Dr. M. Alper GÜMÜŞ 91
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı
- THE MINE FIELD IN THE NEW YORK CONVENTION**
Araş. Gör. H. Afşın İLHAN..... 117
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
- INVESTMENT ABRITRATION AND SOVREIGNITY
FROM A TURKISH LAW PERSPECTIVE**
Av. Değer Boden AKALIN 147
İstanbul Barosu Avukatlarından
- BORÇLAR KANUNU TASARISI İLE KEFALET HÜKÜMLERİNDE
ÖNGÖRÜLEN YENİLİKLER VE DEĞİŞİKLİKLER**
Araş. Gör. Pınar AĞCA TOPLANDI..... 179
Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi

KİRA BEDELİNİN TESPİTİ

Araş. Gör. Tuğçe TOKMAK 207
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı

TÜRK TİCARET KANUNUNDA VE TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA HAYAT SİGORTALARINDA PRİM ÖDEME BORCUNUN İNGİLİZ HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

Araş. Gör. Aksoy YAVAŞ 257
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

KAMU HUKUKU

**5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN 287. VE 5271 SAYILI
CEZA MUHAKEMESİ KANUNU'NUN 77. MADDELERİNİN
ADLİ TIP UYGULAMALARINA YANSIMASI** 317

Yrd. Doç. Dr. Tarık GÜNDÜZ
Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı
Araş. Gör. Dr. Kenan KARBEYAZ
Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Tıp Fakültesi Adli Tıp Anabilim Dalı
Doç. Dr. Ömür ELÇİOĞLU
Eskişehir Osmangazi Üniversitesi, Tıp Fakültesi Tıp Tarihi ve Etik Anabilim Dalı

AVRUPA BİRLİĞİ SÜRECİNDE TÜRKİYE'NİN İLTİCA POLİTİKASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Yeşer Yeşim ÖZER 337
İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü

ULUSLARARASI HUKUK VE MAYIN SORUNU

Yrd. Doç. Dr. Semin Töner ŞEN 361
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Genel Hukuku
Anabilim Dalı

VERFASSUNGSBEGRIFF, VERFASSUNGSTYPEN UND VERFASSUNGSWANDEL BEI ARISTOTELES

Araş. Gör. Tefik Sönmez KÜÇÜK 387
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

İÇTİHAH KRONİĞİ

**HUMK KAYNAK YASASI CPCN UYGULAMASI:
NEUCHÂTEL MAHKEMELERİNİN KARARLARI
(Dergimizin c. V/2 sayısından devam)**

Prof. Dr. Bilge UMAR 415
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve
İcra-İflas Hukuku Anabilim Dalı

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY

FACULTY OF LAW

Volume : VI No : 1 Year : 2009

CONTENTS

PRIVATE LAW

- A COMPARISON BETWEEN THE MAIN SOURCE OF TURKISH CIVIL LAW OF CIVIL PROCEDURE, 1925 NEUCHÂTEL CODE AND THE LAW WHICH REPLACED 1925 NEUCHÂTEL CODE**
Prof. Dr. Bilge UMAR..... 3
Yeditepe University Faculty of Law, Head of Department of Civil Procedure and Bankruptcy
- A SHORT DISCUSSION ON THE NEW REGULATION CONCERNING STRENGTHENING OF APARTMENT HOUSES**
Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI..... 85
Yeditepe University Faculty of Law, Head of Department of Civil Law
- HOW MANY “ADDED VALUE CLAIMS” ARISE FROM THE MATRIMONIAL RÉGIME OF JOINT OWNERSHIP IN THE AFTER-ACQUIRED PROPERTY?**
A Discussion on Civil Code Art. 236/1
Asst. Prof. Dr. M. Alper GÜMÜŞ 91
Yeditepe University Faculty of Law, Department of Civil Law
- THE MINE FIELD IN THE NEW YORK CONVENTION**
Research Assistant H. Afşın İLHAN 117
Yeditepe University Faculty of Law, Department of Private International Law
- INVESTMENT ABRITRATION AND SOVREIGNITY FROM A TURKISH LAW PERSPECTIVE**
Av. Değer Boden AKALIN 147
Attorney at Law, Istanbul Bar Association
- AMENDMENTS AND NEW PROVISIONS IN THE DRAFT CODE OF OBLIGATIONS RELATING TO SURETYSHIP**
Research Assistant Pınar AĞCA TOPLANDI..... 179
Çağ University Faculty of Law, Department of Civil Law

ADJUSTMENT OF RENT PAYMENTS

Research Assistant Tuğçe TOKMAK..... 207
Yeditepe University Faculty of Law, Department of Civil Law

A DISCUSSION OF THE OBLIGATION TO PAY PREMIUMS IN LIFE INSURANCE CONTRACTS ACCORDING TO TURKISH COMMERCIAL CODE AND THE DRAFT TURKISH COMMERCIAL CODE IN COMPARISON WITH ENGLISH LAW

Research Assistant Aksoy YAVAŞ..... 257
Yeditepe University Faculty of Law, Department of Maritime Law and Insurance Law

PUBLIC LAW

EFFECTS ON FORENSIC MEDICINE OF CRIMINAL CODE NO. 5237 ARTICLE 287 AND CODE OF PENAL COURT

PROCEDURE NO. 5271 ARTICLE 77 317

Asst. Prof. Dr. Tarık GÜNDÜZ

Eskişehir Osmangazi University Faculty of Medicine, Department of Forensic Medicine

Research Assistant Dr. Kenan KARBEYAZ

Eskişehir Osmangazi University Faculty of Medicine, Department of Forensic Medicine

Doç. Dr. Ömür ELÇİOĞLU

Eskişehir Osmangazi University Faculty of Medicine, Department of Medical History and Medical Ethics

DISCUSSION OF TURKEY'S ASYLUM POLICY IN THE FRAMEWORK OF EUROPEAN UNION MEMBERSHIP PROCESS

Dr. Yeşer Yeşim ÖZER..... 337

İstanbul University Faculty of Political Science, Department of Public Administration

INTERNATIONAL LAW AND THE LAND MINES PROBLEM

Asst. Prof. Dr. Semin Töner ŞEN..... 361

Yeditepe University Faculty of Law, Department International Law

THE UNDERSTANDING OF CONSTITUTION, TYPES OF CONSTITUTION AND CHANGES F CONSTITUTION IN THE THEORY OF ARISTOTELES

Research Assistant Tevfik Sönmez KÜÇÜK..... 387

Yeditepe University Faculty of Law, Department of Constitutional Law

CHRONICLE OF CASE REVIEWS

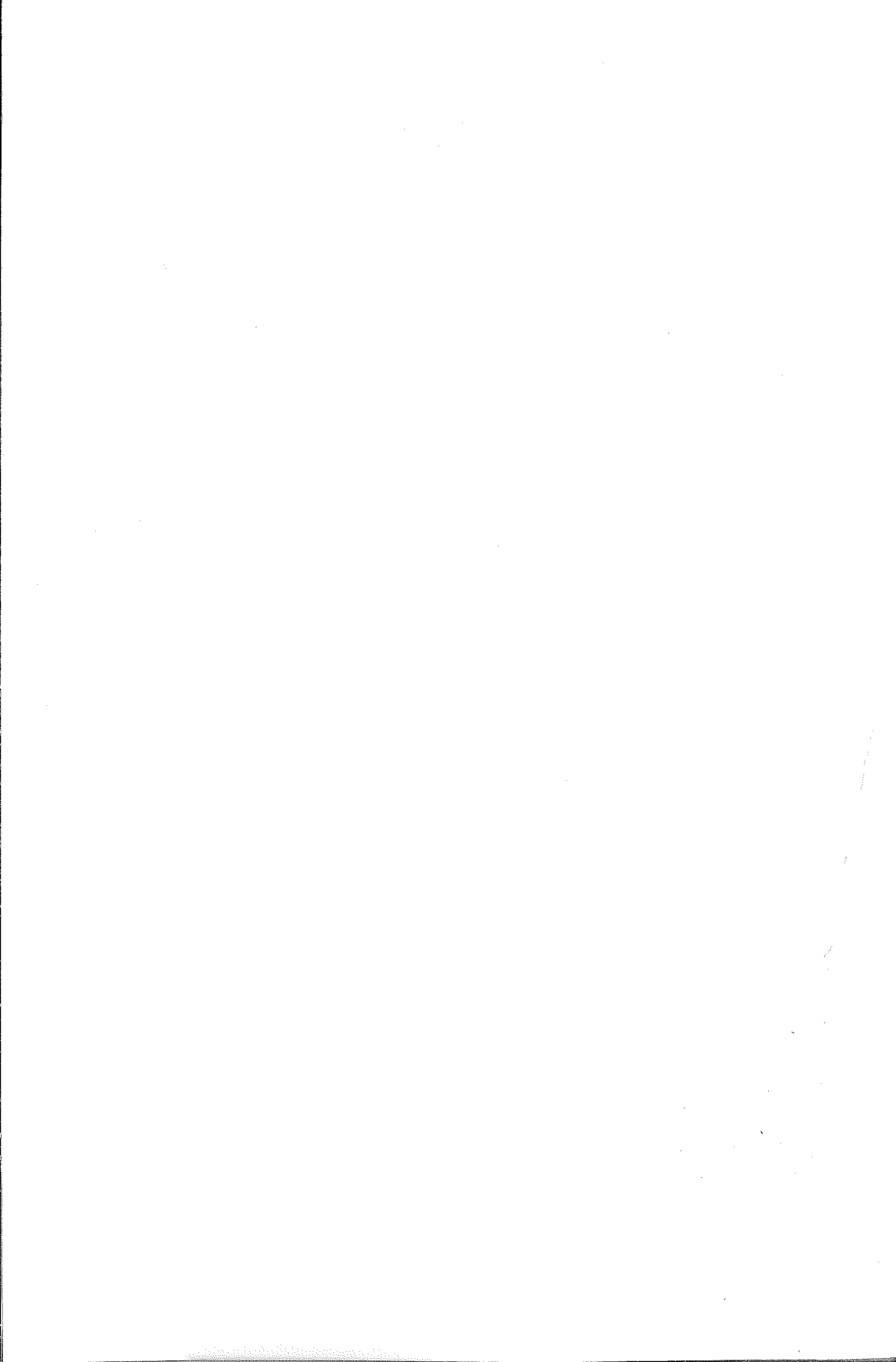
CASE LAW RELATING TO CPNC AS THE MODEL OF TURKISH CODE OF CIVIL PROCEDURE: NEUCHÂTEL CASE REPORTS

Prof. Dr. Bilge UMAR..... 415

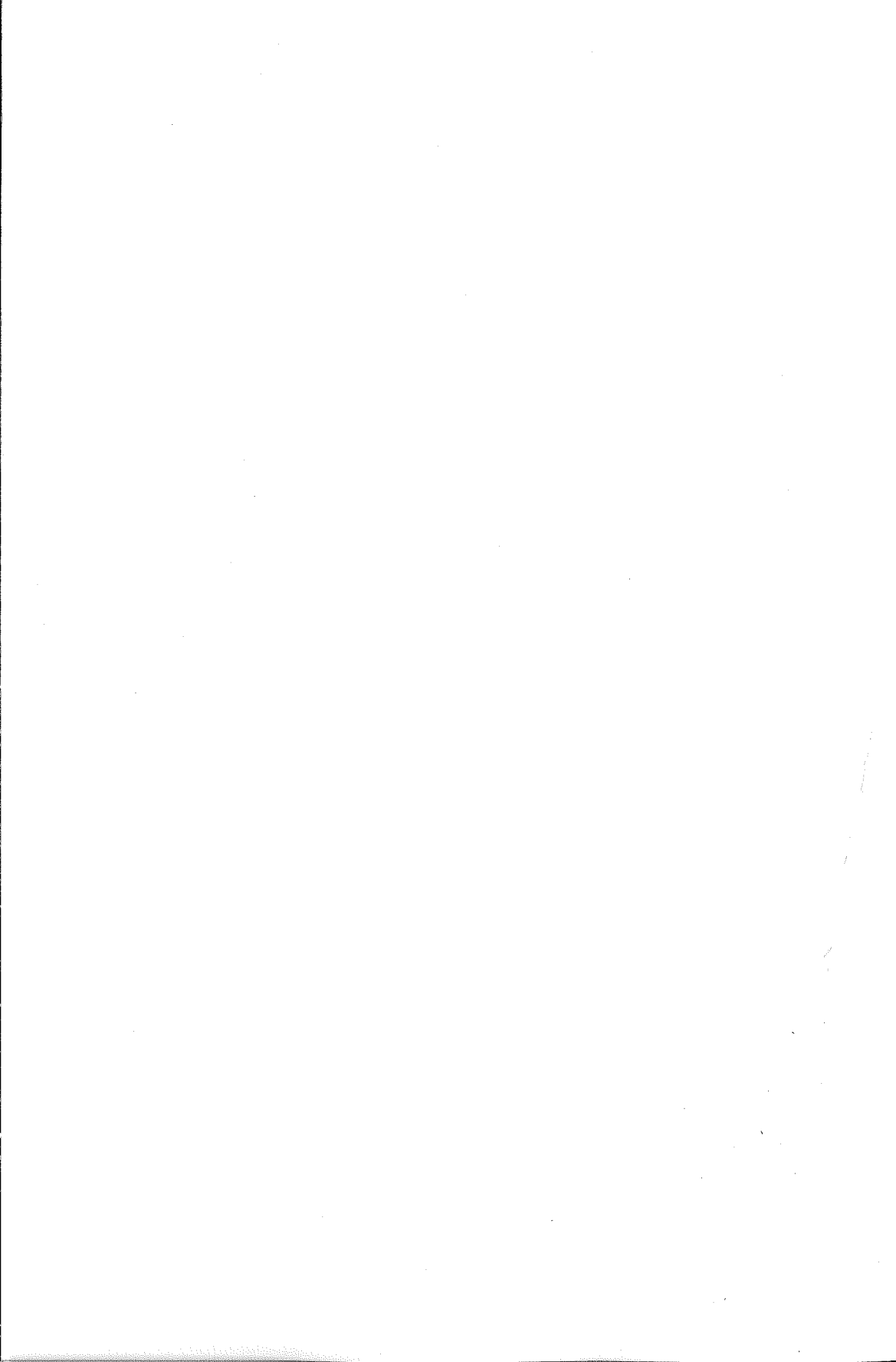
Yeditepe University Faculty of Law, Head of Department of Civil Procedure and Bankruptcy

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
YAYIN İLKELERİ

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



ÖZEL HUKUK



**TÜRK MEDENÎ YARGILAMA HUKUKUNUN
ANA KAYNAĞI 1925 TARİHLİ NEUCHÂTEL YASASI
İLE ONUN YERİNİ ALAN
YASA ARASINDA KARŞILAŞTIRMA**

Prof. Dr. Bilge UMAR*

Neuchâtel Kantonu'nun 1925'de yürürlüğe konmuş Hukuk Muhakemeleri Kanunu CPCN (Code de Procédure Civile Neuchâtelois) bizim 1927'de yürürlüğe konan 1086 sayılı yasamızın, Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'nun kaynağı idi. Böyle olunca, o yasayı uygulayan ve bunu yaparken zorunlu olarak onun kurallarını yorumlayıp açıklayan Neuchâtel Mahkemelerinin kararları, Medenî Usul Hukuku sorunlarına ilişkin Türk hukuk uygulaması için en değerli bir yol gösterici işlevinde olmalıydı. Özellikle şu yüzden ki, İsviçre yasalarından alınmış diğer yasalarımızın uygulanmasında, uygulanacak kural yorumlanırken bir duraksamaya düşülmüş yahut bir yorum anlaşmazlığı karşısında kalınmış ise, varılması gereken çözümlü bulmak için o konuya ilişkin olarak verilmiş İsviçre federal yahut kantonal mahkeme kararları yahut İsviçre hukuk öğretisi yapıtları, alabildiğine zengin bir bilgi kaynağı olarak elimizin altında bulunduğu halde, Medenî Usul Hukuku sorunları bakımından asla bu bilgi kaynağı zenginliğine sahip değildik ve değiliz. Çünkü diğer yasalarımıza (MK, BK, İİK) kaynak olmuş İsviçre yasaları, federal yasalardır. Onların uygulanmasını ve yorumlamasını, İsviçre'nin bütün kantonlarının mahkemeleri ve ayrıca İsviçre Federal Mahkemesi yapar. CPCN ise Neuchâtel Kantonuna özgü bir yasa olduğundan

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

onun uygulamasını ve yorumlamasını yapan mahkemeler sâdece Neuchâtel Mahkemeleridir.

Çok daha önemlisi; Neuchâtel az nüfuslu (1986'da 156 900 kişi), küçük (797 km²) bir kantondur. Böyle küçük bir kantonun yasası için yazılacak açıklama kitabının kaç alıcısı olur ve hangi yayıncı onu yayınlamaya, hangi yazar o kitabı yazmaya heves eder?

1965'de ben İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde Doktora yapmış asistan iken Federal Hükûmetin bir bursundan yararlanarak Neuchâtel'e gittiğimde gördüm ki Neuchâtel Üniversitesinin Hukuk Fakültesinde dahi Medenî Usul Hukuku dersi (doğal olarak, özellikle o kantonun Medenî Usul Hukukunu işlediği halde) öğretim üyesinin, Prof. Dr. Grossen'in hazırladığı, teksir makinesiyle çoğaltılmış 116 sayfalık bir metne dayanılarak yürütülüyordu. Yâni, Neuchâtel'in Medenî Usul Hukukunu ve bunun temel kaynağı olarak da CPCN kurallarını yeterli düzeyde işleyen bir tek kitap bile yazılmı, yayımlanmış değildi. İşte zaten bu yüzden, o konuda bilgi edinmek için Neuchâtel Mahkemeleri kararlarının biz Türk hukukçuları için taşıdığı büyük değer bilinciyle, İsviçre'de Lausanne, Genève gibi namlı şanlı bir yere değil de bu küçük kantonun küçük başkentine, o kararları incelemek için, gitmeyi yeğlemiştim ve orada kaldığım, on ay'ı biraz geçen süre içinde hazırladığım kitap, "Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu'muzun mehz Neuchâtel Kantonundaki Tatbikatı" adıyla, Fakültemin (İÜ Hukuk Fakültesi'nin) Mukayeseli Hukuk Enstitüsü tarafından 1 sayılı yayın olarak hemen, 1967 yılında, basılmıştı. Burada yayınlanan Neuchâtel içtihatlarına, sonradan, Medenî Usul Hukukuna ilişkin olarak hukukçularımızın yayınladığı öğretiyapıtlarının pek çoğunda, yollamalar yapılmıştı.

Yine de, Medenî Usul Hukukuna ilişkin sorunlara değinen mahkeme içtihatlarımızda ve hatta öğretiyapıtlarımızda, Neuchâtel içtihatlarının değerlendirilmesi pek kısıtlı ölçekte kalmıştır. Çünkü, benim hazırladığım kitapta Türk hukukçularının yararlanmasına sunulan Neuchâtel içtihatları, CPCN'nin yürürlüğe girdiği 1925 yılından, benim o kitabın hazırlanması çalışmalarını yürütmek üzere Neuchâtel'de bulunduğum 1965/1966 yıllarına yayılmış on ay'a kadar orada yayımlanmış içtihatları kapsıyordu. Daha sonra geçen ne-

redeyse yarım yüzyıllık süre içinde başka hiç kimse, onlardan sonraki Neuchâtel içtihatlarını araştırmak, dilimize çevirmek, yayınlamak zahmetine katlanmamıştı. Kitapta bırakmış olduğum yerden başlayarak daha sonraki içtihatların çevirilmesine, yayınlanmasına girişmek yine bana düştü ve yeni Fakültemin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nin çıkardığı bilimsel dergide, YÜHFD'de, c. III/1'den başlayarak, o içtihatlar yayınlanmaktadır. Çevirme ve yayınlama çalışması, c. V/2'de, 1974 yılına geldi. Dergimizin daha sonraki sayılarında yayınlanacak bölümlerden üçü de şimdiden hazırdır; bu sayıda s. 415-470'de yayınlanan bölümle 1975 yılına, daha sonra yayınlanacak bölümlerle de 1977 yılına gelinmiş olacaktır.

Konumuza dönelim. Türk Medenî Usul Hukuku öğretisinde ve uygulamasında Neuchâtel içtihatları yeterince değerlendirilmemiştir dedik ve bunun nedenini açıkladık. Şimdi, yeni bir çeviri atılımıyla, böyle bir değerlendirme için kullanılacak içtihat malzemesini Türk hukukçularının ve özellikle Medenî Usul Hukuku bilim dalı mensuplarının hizmetine sunarken, yapmamız gereken bir ön çalışma daha var. O da, CPCN metni 2.12.1991'de yayınlanıp 1 Nisan 1992'de yürürlüğe giren yeni bir CPCN metniyle değiştirildiğine göre, vaktiyle bizim HUMK metnine kaynak olmuş eski CPCN metninde bu sırada yapılmış olan değişiklikleri belirlemek ve böylece, 1 Nisan 1992 sonrasında kendilerinin yasasındaki yeni metni uygulamakla çıkarılmış Neuchâtel içtihatları içinde hangilerinin eski CPCN metnine ve ondan gelme HUMK metnine uygun düşmediğini, bu yüzden de bizim için yol gösterici olamayacağını belirlemek.

Bu “mutabakat tablosu-table de concordance” düzenleme işi için CPCN yeni metninin sistematüğünü esas alacağız.

Şimdi, işe başlayalım:

Yeni CPCN m. 1 (Görevli mahkemenin yasa ile belirlendiği). Eski metindeki m. 1'e, HUMK m. 1'e ve HMK Tasarısı m. 1 cümle 1'e uygundur.

Yeni CPCN m. 2 (Görev değere göre belli oluyorsa *dava günündeki* değere bakılacağı ilkesi). Eski m. 1 f. II'ye ve HUMK m. 1 f. II'ye, HMK Tasarısı m. 2 bent 1 ve 2'ye uygundur.

Yeni CPCN m. 3 f. I (Para alacaklarına ilişkin davalarda görevli mahkemenin belirlenmesi). Eski m. 2 f. I, HUMK m. 2 f. I'e ve HMK Tasarısı m. 2 bent 3'e uygundur.

f. II yeni metin. Eski metinde, HUMK'da ve HMK tasarısında yoktur: "İratlar ve dönemsel edimler, temsil ettikleri sermayenin değerindedirler. Bu değer belirlenemiyorsa, yıllık getirilerinin 20 katına eşit tutarla sermayeye çevrilirler."

f. III yeni metin. Eski metinde, HUMK'da ve HMK tasarısında yoktur: "Dâva bir rehin hakkına ilişkin bulunuyorsa, ihtilâfı değer [müddeabihin değeri], rehnedilmiş nesnenin değeridir yahut da, güvenceye bağlanan alacak o kadar yüksek değilse, alacağın tutarı kadardır".

f. IV yeni metin (Paraya ilişkin olmayan dâvalarda müddeabihin değerinin belirlenmesi). Eski metinde m. 2 f. II, HUMK m. 2 f. II, HMK Tasarısı m. 2 bent 4'e uygundur.

Yeni CPCN 4 f. I (Birden çok istemin varlığı hâlinde görevli mahkeme). Eski metinde m. 3 f. I'e, HUMK m. 3 f. I cümle 1'e, HMK tasarısı m. 3'e uygundur. Yalnız bu kurala şu eklenti yapılmıştır: "keza davacı bir tek davalıya karşı birden çok istem öne sürüyorsa [yâni sadece tek istem içinde birden çok nesne üzerinde hak iddia ediyor değilse] durum yine böyledir, ancak eğer istemleri birden çok dâvalıyı muhatap alıyorsa bu kural uygulanmaz, şu şartla ki bu sonuncular [dâvalılar] arasında bir dâva arkadaşlığı bağı bulunsun ve çeşitli istem dayanakları birbirini dinlenmez hâle getiriyor olmasın".

f. II yeni metin (Seçimlik alacağın dâva edilmesinde dâva değeri). Eski metinde m. 3 f. II'ye, HUMK m. 3 f. I cümle 2 ile f. II'ye ve HMK tasarısı m. 4 bent 2'ye uygundur.

Yeni CPCN m. 5 (Kısmî dâva açılması durumunda görevli mahkeme). Eski metinde m. 4'e, HUMK m. 4'e, HMK tasarısı m. 5'e uygundur.

Yeni CPCN m. 6 f. I (Karşı dâva açılması durumunda görevli mahkeme). Eski metinde m. 5'e, HUMK m. 5'e, HMK tasarısı m. 6 f. I'e uygundur.

f. II yeni metin. Eski metinde yoktu fakat eski metinde f. I' den ve HUMK m. 5'den çıkan zorunlu sonucu yansıtmaktadır, HMK tasarısı m. 6 bent 2'ye de bir yönden uygundur, şöyle demektedir: "Karşı dâvadaki ihtilâflı istemin değeri davanın açıldığı mahkemenin görevini aşırırsa, uygulanacak yargılama usulü aynı olduğu takdirde dosya görevli mahkemeye gönderilir". Dikkat etmeli ki uygunluk tam değildir çünkü gönderme re'sen yapılacaktır, mahkemenin görevsizlik kararı vermesi ve davacının dilekçe vererek dosyanın görevli mahkemeye gönderilmesini sağlaması söz konusu değildir. Bizde ise bu gereklilikler, gereksiz yere, vardır.

f. III yeni metin. Eski metinde yoktu, HUMK'ta ve HMK tasarısında da yoktur, fakat bizdeki uygulamaya benzer bir çözüm getirmektedir: "Görevli mahkemenin değişmesi uygulanacak yargılama usulünün de değişmesini gerektirecek ise, karşı davanın davacısı asıl davacı yerine geçip davasını on günlük süre içinde görevli mahkemede açmalıdır. Bu süreye uyulmaması hâlinde, karşı dâva dilekçesi verilmemiş sayılır ve asıl davanın tahkikat aşamasına geçilir". Bizdeki uygulama ve çözüm tam da böyle değildir; çünkü asıl davaya bakan mahkeme karşı davanın değeri yönünden görevsiz ise HUMK m. 5 uyarınca her iki davayı kapsayan dosya bakımından görevsizlik kararı veriyor ve karşı dava davacısının hareketsiz kalması ilk mahkemeyi yeniden görevli durumuna getirmiyor.

Yeni CPCN m. 7 f. I, istem'in değiştirilmesinin görev konusuna etkisine ilişkindir; HUMK'da ve HMK tasarısında yoktur. CPCN 6 eski metninde ise vardı ve o kural şöyle demektedir: "Delil listelerinin teati edilmesinden önce taraflardan biri istemini azaltır yahut karşı tarafın istemlerini kısmen kabul ederse, görev, çekişmeli kalan değere göre belirlenir; gerekiyorsa dosya görevli mahkemeye [Sulh Hukuk Mahkemesi işlevine] aktarılır. (f. II) Gerekiyorsa sözlü yargılama usulü kuralları uygulanabilirlik kazanır". CPCN m. 7 yeni metninde f. I, eski m. 6 f. I'in aynıdır.

f. II yeni metin. Şöyledir: "Bu değiştirme daha sonra vâki olursa, işe el koymuş mahkeme, görevli kalır". Aynı çözüm zaten f. I'in ve eski m. 6 f. I'in gereği idi.

f. III yeni metin: CPCN eski metninde, HUMK'da ve HMK tasarısında yoktur. Şöyle demektedir: “İşe el koymuş mahkeme [Sulh Hukuk Mahkemesi işlevinde olan], dava sırasında istemde yapılan [ve karşı tarafın râzı olduğu] bir arttırma sebebiyle görevsiz duruma düşerse, uygulanacak yargılama usulü aynı kalacak ise, dosya görevli mahkemeye aktarılır”. Bizde ise, yargılama usulü aynı kalacak olsun olmasın, Sulh Hukuk Mahkemesi görevsizlik kararı vermek zorundadır ve dâvacı HUMK m. 193'ü işletip süresi içinde dâvayı Asliye Hukuk Mahkemesi'ne taşınmalıdır, dosyayı oraya göndertmelidir.

f. IV yeni metin. CPCN eski metninde, HUMK'da veya HMK tasarısında yoktur. Şöyle demektedir: “Eğer görevli mahkemenin değişmesi, uygulanacak yargılama usulünün de değişmesini gerektirecekse, dâvacı on günlük süre içinde görevli mahkemeye yeni bir dâva dilekçesi vermek zorundadır. Bu süre içinde hareket etmemiş olması hâlinde istemin arttırılması yapılmamış sayılır ve eski hâliyle istem için tahkikata devam olunur”. Yâni, görevsizlik kararı verilmiş olmadığından, bu fıkranın öngördüğü faraziyede dosyanın re'sen gönderilmesi de yapılmayacağından, Sulh Hukuk Mahkemesi işlevindeki mahkemede kalacak dosya üzerinden davayı görmeye devam olunacaktır. Bizde böyle şey olmaz.

Yeni CPCN m. 8 f. I ve f. II (Görev kurallarının çiğnenmesinin sonucu). Eski metindeki m. 7'nin, HUMK m. 7 f. I ve f. II'nin aynıdır. HMK tasarısında da m. I cümle 2 “Göreve ilişkin kurallar, kamu düzenindedir” demektedir ve böylece görev kurallarının çiğnenmesinin davanın her aşamasında öne sürülebileceğini ve re'sen nazara alınması gerektiğini belirtmiş olmaktadır. O yüzden HMK tasarısında HUMK m. 7'ye benzer kural yoktur.

f. III. CPCN eski metninde, HUMK'da ve HMK tasarısında yoktur. Şöyle demektedir: “Davayı görevsizlikten dolayı reddeden mahkeme, hükmünde, görevli saydığı mahkeme yahut makamı belirtir”. Bu kurala aslında gerek yoktu, çünkü mahkeme görevsizlik kararı için gerekçe göstermek zorundadır ve o gerekçe “Bu çeşit davalarda görevli mahkemeyi belirten kural şudur ve o kurala göre de elimizdeki davada, aslında, şu çeşit mahkeme görevlidir” diyerek gösterilir.

Yeni CPCN m. 9, yer yönünden yetkili mahkeme konusunda Federal Anayasanın, Federal yasaların, andlaşmaların getirdiği kuralları saklı tutma maddesidir. Eski metinde m. 8 f. III'e uygundur ve onun eksiklerini, pek de gereklilik olmaksızın tamamlıyor. HMK tasarısı m. 11 de benzer içeriktedir. Kurala gerek yoktu; çünkü aslında o anılan metinlerdeki özel kurallar, özel kural olmak itibariyle, yargılama usulü yasasının yer yönünden yetkili mahkeme konusundaki genel kurallarına göre elbette ki öncelikli değer taşırlar.

Yeni CPCN m. 10 f. I (Yetkili mahkeme konusunda genel kural). Eski metinde m. 8 f. I, HUMK m. 9 f. I cümle 1, HMK tasarısı m. 12 f. I ve II'ye uygundur.

f. II yeni metin, davalının birden çok olması durumunda yetkili mahkeme. Eski metinde m. 8 f. II'ye, HUMK m. 9 f. II cümle 1'e ve HMK tasarısı m. 13 f. I cümle 1'e uygundur. Dikkat: HUMK m. 9 f. II cümle 2 ve 3 ile HMK tasarısı m. 13 f. I cümle 2 ve f. II'deki kurallar, CPCN eski veya yeni metninde yoktur.

Yeni CPCN m. 11, CPCN eski metninde, HUMK'da veya HMK tasarısında yoktur ve şöyle demektedir: "Bir sanayi yahut ticaret kuruluşunun yahut onun şubesinin işletilmesine ilişkin istemi içeren dâva, kuruluşu işletmekte olan kişiye karşı, kuruluşun yahut şubesinin bulunduğu yerde [de] açılabilir."

Yeni CPCN m. 12 (Mirasla ilgili dâvalarda yetkili mahkeme). Eski metindeki m. 9'a, HUMK m. 11'e ve HMK tasarısında m. 17'ye uymaktadır.

Yeni CPCN m. 13 (İhtiyatî hacze konu olmuş alacak için açılan dâvada yetkili mahkeme). Eski metindeki m. 10'a, HUMK m. 12'ye uymaktadır. Pratik değeri pek olmadığından HMK Tasarısına böyle bir kural konmamıştır.

Yeni CPCN m. 14 f. I (Taşınmaza ilişkin davalarda yetkili mahkeme konusunda temel kural). Eski metinde m. 11 f. I'e ve HUMK m. 13 f. I, HMK tasarısı m. 18 f. I'e uymaktadır.

f. II yeni metin (Taşınmaza ilişkin dâva kavramının tanımlanması). Eski metinde m. 11 f. II'ye, HUMK m. 13 f. II'ye uymaktadır.

HMK tasarısı m. 18'de ise, tanımlama, f. I içine gizlenmiştir.

f. III yeni metin (Taşınmazın birden çok ilçeye yayılması durumunda görevli mahkeme). Eski m. 11 f. III'e, HUMK m. 13 f. III'e ve HMK tasarısı m. 18 f. III'e uygundur.

f. IV yeni metin (İrtifaka ilişkin davalarda yetkili mahkeme). Eski metinde m. 11 f. IV'e, HUMK m. 13 f. II cümle 2'ye, HMK tasarısı m. 18 f. II'ye uygundur.

Yeni CPCN m. 15 (Şirket ortakları arasındaki dâvalarda yetkili mahkeme). Eski metinde yoktur. HUMK m. 17 cümle 2, ZPO'dan esinlenmiş kurala ve bundan gelme, HMK Tasarısı m. 20 f. II'deki kurala yakındır, şöyle demektedir: "Ticaret şirketlerinin ortakları arasında, şirket işlerine ilişkin dâvalar, şirketin tasfiyesi sona ermiş olmadıkça, şirketin merkezi olan yerde açılırlar".

Yeni CPCN m. 16 (Karşı dâvayı görmeye yetkili mahkeme). Eski metindeki m. 12'nin aynıdır, dolayısıyla HUMK m. 14 ve HMK Tasarısı m. 19'un aynıdır.

Yeni CPCN m. 17 (İsviçre'de yerleşim yeri bulunmayan kişilere karşı açılacak davalarda yetkili mahkeme konusunda genel kural). Tasarıda m. 14'deki ifade ile "dâvalının mutad meskeninin bulunduğu yer mahkemesi"ni yetkili saymaktadır. Eski metinde bu kural yoktu, dolayısıyla HUMK m. 9 f. I cümle 2'deki benzer kural ve HMK Tasarısı m. 15 cümle 1, ZPO'dan esinlenmiştir.

Yeni CPCN m. 18 (Dâvalının İsviçre'de yerleşim yeri olmadığı gibi mutad meskeninin de olmaması durumunda yetkili mahkeme:) a bendine göre, "Sırf parasal bir çıkarı temsil eden dâvalarda, dâvacının yerleşim yeri mahkemesi yetkilidir". Eski metinde de m. 13 böyle idi, yalnız şimdiki metin dâvalının İsviçre'de yerleşim yeri bulunmaması durumunda uygulanacak bir kural getirdiği halde, eski metin, dâvalının Neuchâtel Kantonunda yerleşim yeri bulunmamasını yeterli sayıyordu. HUMK'da ise benzer bir kurala yer verilmişti, sâdece m. 10 sözleşmeye dayanan davalarda sözleşmenin icra olunacağı yer mahkemesinde de dava açılabileceğini belirttiğinden, sözleşmenin ifa yeri yasa yahut anlaşma gereğince dâvacının ikametgâhının bulunduğu yer idiye orada dava açılması mümkün

oluyordu. Maddedeki b bendi, haksız fiilden doğan davalarla ilgilidir ve haksız fiilin işlendiği yerin mahkemesini de yetkili saymaktadır. Ancak bu kuralın, ZPO'dan alınma HUMK m. 21'e göre gösterdiği çok önemli fark şuradadır ki, yeni CPCN m. 18'de her iki bendin üstündeki ifade, "Dâvalının İsviçre'de yerleşim yeri olmadığı gibi mutad meskeni de yoksa:" demektir, demek ki b bendi ancak o faraziyede uygulanabilecektir; bizde ise dâvalının Türkiye'de yerleşim yeri veya meskeni bulunsun bulunmasın HUMK m. 21 uygulanabilir.

Yeni CPCN m. 19 (Yetki sözleşmeleri). Eski metinde m. 14'e, HUMK m. 22'ye ve HMK Tasarısı m. 23-24'e uymaktadır.

Yeni CPCN m. 20 (Yetki itirazı öne sürmemenin zımnî bir yetki sözleşmesine varlık kazandıracağı). Eski metinde m. 15'e, HUMK m. 23'e ve HMK Tasarısı m. 25 f. IV'e uymaktadır.

Yeni CPCN m. 21 (Yetki uyuşmazlığının çözümü). Eski metindeki m. 21'e uymaktadır ve şöyledir: "Adlî makamlar [mahkemeler] arasında yer yönünden yetki konusunda uyuşmazlık çıkarsa, Temyiz Mahkemesi Hukuk Bölümü, taraflardan birinin, temyiz başvurusu hakkında öngörölmüş usule göre başvurması üzerine, konuyu karara bağlar". Bizde ise, HUMK m. 25 ve 26, konuyu biraz daha ayrıntılı olarak düzenlemektedir, HMK Tasarısı m. 27-29 ise daha da ayrıntılıdır.

Yeni CPCN m. 22 (Taraf ehliyeti ve dâva ehliyetinin Medenî Hukuk kurallarına göre belirleneceği ilkesi). Eski metinde m. 32'ye, HUMK m. 38'e, HMK Tasarısı m. 56 ve 57'ye uymaktadır.

Yeni CPCN m. 23 (Kanunî temsilcileri bulunan gerçek kişilerin bu temsilcilerce ve tüzel kişilerin de yetkili organları tarafından temsil edilmeleri gereği ilkesi). Eski metinde m. 33 ve 34, HUMK m. 39 ve 40, HMK Tasarısı m. 58 ve 60'a uymaktadır.

Yeni CPCN m. 24 (Taraflardan birinin dâva sırasında ölümü hâlinde dâvanın nasıl yürütüleceği). Eski metinde m. 35, HUMK m. 41 (bizim şimdiki metin biraz eksiklidir), HMK Tasarısı m. 61'e uygundur.

Yeni CPCN m. 25 (Dava sırasında bir hukuksal işlemle müdeabihin temlikî hâlinde eski tarafın sorumluluğu). CPCN eski metninde, HUMK'da ve HMK Tasarısı'nda benzeri bulunmayan bu yeni kural şöyledir: *“Eğer dâva sırasında, yaşayanlar arası bir hukuksal işlemin sonucu olarak taraflardan birinin hakları ve yükümlülükleri bir üçüncü kişiye geçerse, eski taraf, hükmün icrasından gerek esasa ilişkin yönden gerek eklentiler yönünden [şimdi taraf durumuna geçen kişinin yanı sıra] müteselsil sorumlu olur.”*

Yeni CPCN m. 26 (Bir tarafın yerine ipso iure başkasının geçmesi). CPCN eski metninde, HUMK'da ve HMK Tasarısı'nda benzeri bulunmayan bu yeni kural şöyledir: *“Taraf yerine bir başkasının geçmesi eğer bir hükmün yahut hukuk kurallarının sonucu oluyorsa, özellikle iflâs durumunda [iflâs idaresinin müflis yerine kaim olması kastediliyor] ve hatta tarafların açık ifadeli bir anlaşması bu yolda ise, hukuk gereğince kendiliğinden gerçekleşmiş olur”.*

Yeni CPCN m. 27 (Dâvada taraf arkadaşlığının gerçekleşebildiği haller). Eski metinde m. 37'ye, HUMK m. 43'e ve HMK Tasarısı m. 63'e uymaktadır.

Yeni CPCN m. 28 (İhtiyarî dâva arkadaşlarının dâvadaki durumu). Eski metinde m. 38'e, HUMK m. 44'e ve HMK Tasarısı m. 64'e uymaktadır.

Yeni CPCN m. 29 (Dâvada tefrik/ayırma yoluna gidilmesi). Eski metinde m. 39 ve 40'a, HUMK m. 46'ya, HMK Tasarısı m. 173'e uymaktadır.

Yeni CPCN m. 30 (Dâvaların birleştirilmesi). Eski metinde m. 42'ye, HUMK m. 45 f. 1'e, HMK Tasarısı m. 172'ye uygundur.

Yeni CPCN m. 31 (Kimlerin dâvaya müdahil olabileceği). Eski metinde m. 47'ye, HUMK m. 53'e, HMK Tasarısı m. 72'ye uygundur.

Yeni CPCN m. 32 (Müdahale isteminin ne zaman yapılacağı). Eski metinde m. 48 f. 1'e, HUMK m. 54 cümle 1'e, HMK Tasarısı m. 73 f. 1'e uygundur.

Yeni CPCN m. 33 (Müdahale istemi süreci). Eski metinde m.

48 f. II, 49'a; HUMK m. 54'e, HMK Tasarısı m. 73 f. II'ye uygundur.

Yeni CPCN m. 34 (Fer'i müdahilin durumu) Eski metinde m. 50-51'e, HUMK m. 57'ye (bizim son cümle CPCN eski ya da yeni metninde yoktur), HMK Tasarısı m. 74 ve 75 f. I'e uygundur (m. 75 f. II yenidir).

Yeni CPCN m. 35 (Asli müdahale). Eski metinde, HUMK'da ve HMK Tasarısı'nda yoktur. Tasarıda m. 71'deki kural da bundan farklıdır. Bu kural şöyledir: *"Uyuşmazlığın esasına ilişkin olarak uygulanması gerekli hukuk kurallarına göre, bu dâvada çıkacak hüküm kendisinin [müdahilin] hasım tarafla ilişkilerine doğrudan doğruya bir etkide bulunacak ise; üçüncü kişi, dâvada destekleyeceği kişinin yanına eş-dâvacı ya da eş-davalı olarak katılabilir. (f. II:) Bu takdirde dâvanın tarafı olur"*.

Yeni CPCN m. 36 (Müdâhilin, kendine ait bazı istem yahut savunma temeli vakıalara dayanmak istemesi). CPCN eski metninde, HUMK'da ve HMK Tasarısı'nda yoktur; şöyle demektedir: *"Eğer müdahil kendine ait istem temeli yahut savunma temeli vakıalara dayanmak isterse, yargıç, dâvanın hâlen bulunduğu aşamanın olanak verdiği ölçüde, onun bir lâyiha sunabilmesi için veya delillerini sunabilmesi için bir süre belirler.-(f.II:) Bunun eşiti bir süre de karşı tarafa, kendi istem veya savunma temeli olacak vakıaları öne sürmesi için, verilir"*.

Yeni CPCN m. 37 (Hükmün, dâvadaki bütün taraflar adına verileceği). Eski metinde m. 51 ikinci yarım; HUMK m. 57 cümle 2; HMK Tasarısı m. 75 f. I'e uygundur.

Yeni CPCN m. 38 (Savcının dâvaya katılması). Eski metinde m. 52'ye, HUMK m. 58'e uymaktadır. *Bu kural Cumhuriyet Savcısından beklenene görev yürütme biçimiyle bağdaşmadığından tasarıda değiştirilmektedir (m. 76); getirilmek istenen kurala göre Cumhuriyet Savcısı ya dâva açacak yahut açılmış dâvada (fer'i müdahil değil) taraf olarak yer alacaktır.*

Yeni CPCN m. 39 (Dâvanın ihbarı). Eski metinde m. 43'e, HUMK m. 49'a, HMK Tasarısı m. 67'ye uymaktadır (tasarıda, "gel

benim yerime temsilcim olarak davayı sen tâkip et” seçeneğinin verilmesi kaldırılıyor). Ancak yeni metinde ihbara olanak veren durumlar genişletilmiştir. Eski metinde ve HUMK’da, taraf, davayı kaybederse üçüncü kişiye rücu hakkı bulunduğunu düşünüyorsa ona dâvayı ihbar edebilmektedir. Tasarı buna bir hal daha eklemiştir: taraf, davayı kaybederse, bir üçüncü kişinin kendisine rücu hakkı doğacağını düşündüğü takdirde de o üçüncü kişiye davayı ihbar edebilir. CPCN yeni metni, bu olanağa yer vermeden başka bazı olanakları kabul etmiştir ve şöyledir: “Eğer taraflardan biri, dâvayı kaybettiği takdirde üçüncü bir kişiye karşı rücu hakkının var olduğunu *yahut kendisine teminat gösterilmesini veya tazminat ödenmesini isteyerek dâva açmak hakkının bulunduğunu* düşünüyorsa, üçüncü kişiye ihbarda bulunarak onu ya kendisine müdahil sıfatıyla [şimdiki dâvada] katılmaya yahut da dâvayı kendisinin temsilcisi olarak yetkilendirmesine dayanarak bizzat tâkip etmeye dâvet edebilir”. Burada italik harflerle gösterdiğimiz bölüm, eski metinde ve HUMK’da (keza HMK Tasarısı’nda) yoktur.

Yeni CPCN m. 40 (İhbar’ın zamanı ve yapılacak işlemler). Eski metinde m. 43 f. II, HUMK m. 49 f. II, HMK Tasarısı m. 67 f. I ve m. 68 f. II’ye uygundur.

Yeni CPCN m. 41 (İhbar muhatabının dâvadaki durumu). Eski metinde m. 44, HUMK m. 50; bunların ve yeni CPCN m. 41’in sisteminde muhatap dilerse ihbar edenin yanında davayı müdahil sıfatıyla takip ediyor, dilerse onun tanıdığı seçenek ve verdiği yetki gereğince *onun temsilcisi olarak* davayı yürütüyor. HMK Tasarısı m. 69 sonuncu seçeneğin verilmesini, kullanılmasını tanımamıştır.

Yeni CPCN m. 42 (İhbarın umursanmaması hâlinde ihbarda bulunanın davadaki durumu). Eski metinde m. 45’e, HUMK m. 51’e ve HMK Tasarısı’nda da m. 70 yollamasıyla m. 75’e uygundur.

Yeni CPCN m. 43 (İhbarların birbiri ardınca yapılması/tevâlisi). Eski metinde m. 46, HUMK m. 52, HMK Tasarısı m. 67 f. II’ye uygundur.

Yeni CPCN m. 44 (Dâva ehliyeti olan kişinin kendi dâvasını vekile takip ettirme yahut bizzat tâkip edebilme seçeneği). Eski me-

tinde m. 53, HUMK m. 59, HMK Tasarısı m. 77'ye uygundur.

Yeni CPCN m. 45 (Vekille kendini temsil ettirme konusunu düzenleyen yasalara yollama). Eski metne göre önemli bir fark yoktur. Eski metin şöyleydi: “Dâvayı tâkip için vekâlet, aşağıdaki kurallarda getirilen değiştirmeler saklı kalmak kaydı ile, Medenî Hukukun [ve o arada Borçlar Hukukunda vekâlet sözleşmesine ilişkin kuralların] genel hükümlerine tâbidir”. HUMK m. 60 da bu doğrultudadır. Yeni CPCN m. 45 ise şöyle diyor: “Davayı yürütmek için verilen vekâlet federal hukukun [özellikle de bunun parçası olan MK ve BK kurallarının] ve Avukatlık Mesleği ile Avukatlar Hakkındaki 19 Haziran 2002 tarihli kanunun hükümlerine tâbidir; aşağıdaki hükümler saklıdır”.

Yeni CPCN m. 46 (Vekâletname ibrazı gerekliliği ilkesi). Eski metinde m. 59 ve 60'a, HUMK m. 66'ya, HMK Tasarısı m. 82'ye uygundur. Vekaletname suretinin noterce tasdikli olması Neuchâtel'de aranmıyor.

Yeni CPCN m. 47 (Avukatların tekeli). Eski metinde m. 55 f. 1'e, (Türk) Avukatlık Kanunu m. 35'e uygundur, ancak yeni kurala göre değeri 2 000 Frank'ı geçmeyen malvarlığı davalarında vekilin avukat olması gerekmez.

Yeni CPCN m. 48 (Vekâletin genel kapsamı). Eski metinde m. 56, HUMK m. 62'ye, HMK Tasarısı m. 79'a uygundur.

Yeni CPCN m. 49 (Özel yetki alınması gereken durumlar). Eski metinde m. 57, HUMK m. 63, HMK Tasarısı m. 80'e uygundur; HUMK m. 63 ve Tasarı m. 80 kuralları çok daha serttir ve özellikle tasarı, sistemi daha da sertleştirmektedir.

Yeni CPCN m. 50 (Birden çok avukatın vekâlet alması). Eski metinde m. 58, HUMK m. 64, HMK Tasarısı m. 81'e uygundur.

Yeni CPCN m. 51 (Vekaletten azil veya istifanın yargıca bildirilmesi ve hasma tebliğ edilmesi gereği). Eski metinde m. 62, HUMK m. 68. HMK Tasarısı m. 87-89 önemli yenilikler getiriyor.

Yeni CPCN m. 52 (Yargıcın, tarafa, dâvasını tâkipte yeteneksizliği yüzünden, vekil tutmak zorunluluğu yüklemesi). Eski metin-

de m. 65, HUMK m. 71, HMK Tasarısı m. 86'ya uygundur. (Not: HUMK m. 70, CPCN eski veya yeni metninde yoktur, ZPO'dan esinlenmiştir).

Yeni CPCN m. 53 (Dâva için talep gereği). Eski metinde m. 66; HUMK m. 72, HMK Tasarısı m. 30 f. I.

Yeni CPCN m. 54 (Tesbit dâvalarında dinlenme şartı olarak hukukî menfaat aranacağı ilkesi). Eski metinde yoktur; HUMK'da yoktur; HMK Tasarısı'nda "Yargılamaya hâkim olan ilkeler" başlıklı m. 30-39'da da yoktur. Hukukta ileri bir adım gibi görünen kural aslında yanlış ifade edilmiştir ve şöyledir: "Bir hakkın varlığını yahut yokluğunu tesbit ettirmek için dava açılması, davacının bu tesbiti hemen yaptırmakta bir hukuksal menfaati bulunması hâlinde mümkündür". Yanlışlık şuradadır ki davada ve hatta dâva içindeki her bir usulî işlemde dinlenme şartı olarak "korunmaya değer hukukî menfaat"ın aranması, sırf tesbit dâvalarına özgü değildir.

Yeni CPCN m. 55 (Dinlenme hakkı). Eski metinde m. 67; HUMK m. 73; HMK Tasarısı m. 33'e uygundur.

Yeni CPCN m. 56 (Ultra petita yasağı). Eski metinde m. 68, HUMK m. 74, HMK Tasarısı m. 32'ye uygundur.

Yeni CPCN m. 57 f. I (Vakıaların taraflarca getirilmesi ilkesi). Eski metinde m. 69, HUMK m. 75, HMK Tasarısı m. 31 f. I'e uygundur.

f. II (Tarafların her birinin kendi lehindeki delili sunma yükü). Eski metinde m. 69 f. II, HUMK m. 75 f. III, HMK Tasarısı m. 31 f. II'ye uygundur.

Yeni CPCN m. 58 (İstisna getiren kuralların saklı olduğu). Bu madde olmasaydı bile o istisna kuralları birer özel kural olarak öncelikle uygulanmak gerekecekti, yâni onların saklı olduğunu söylemeye hiç gerek yoktu. O nedenle benzer bir kural ne CPCN eski metninde, ne HUMK'da, ne de HMK tasarısında yer almıştır. Madde şöyledir: "Dinlenme hakkına ve yargıcın görev ifa ederken kullanacağı yetkilerin sınırlarına ilişkin olarak kanunun öngördüğü istisnalar saklıdır".

Yeni CPCN m. 59 (Hukukun re'sen uygulanması). Eski metinde m. 70, HUMK m. 76, HMK Tasarısı m. 39'a ve özellikle de MÖHUK m. 2'ye uygundur.

Yeni CPCN m. 60 (Yargılamanın düzeni). Eski metinde m. 71, HUMK m. 77, HMK Tasarısı m. 36'ya uygundur.

Yeni CPCN m. 61 (Duruşmada yakışsız hallerin önlenmesi). Eski metinde m. 72, HUMK m. 78, HMK Tasarısı m. 38 f. I'e uygundur.

Yeni CPCN m. 62 (Yargıcın para cezası vermek yetkisi). Eski metinde olmayan ve HUMK m. 150 f. III'e, HMK Tasarısındaki m. 157 f. II'ye yakınlık gösteren bu kural, şöyledir: "Duruşma âdâbı gereklerinin ağır biçimde çiğnenmesi hâlinde, yargıç ayrıca, kaba-hatlı kişiye en çok 500 Frank tutarında, yola getirici bir para cezası verebilir".

Yeni CPCN m. 63 (Formalite kurallarının esaslı olanlarının çiğnenmesi). Eski metinde m. 76 f. I ve II'ye, HUMK m. 82 f. I ve II'ye uymaktadır. Benzer bir kurala HMK tasarısında yer verilmemiştir; gerçekten, HUMK m. 82'deki yaptırımların o madde olmasa da yargıç tarafından uygulanması gerekir.

Yeni CPCN m. 64 (Formalite kurallarından esaslı olmayanların çiğnenmesi). Eski metinde m. 76 f. III'e, HUMK m. 82 f. III'e uymaktadır. HMK Tasarısında benzer bir kural konmasına gerek görülmemiştir.

Yeni CPCN m. 65 (Yazım ve hesap yanlışlarının düzeltilmesi). Eski metinde m. 74'e, HUMK m. 80'e, HMK Tasarısı m. 189'a uymaktadır.

Yeni CPCN m. 66 (Tatil günlerinde ilke olarak adli işlem yapılamayacağı). Eski metinde m. 75'e, HUMK m. 81'e, HMK Tasarısı m. 154'e uymaktadır.

Yeni CPCN m. 67 (Yargıcın dâvaya bakmaktan yasaklılığı nedenleri). Eski metinde m. 18'e, HUMK m. 28'e, HMK Tasarısı m. 40'a uymaktadır. Dikkat etmeli ki HUMK'da ve HMK Tasarısı'nda bulunan "üçüncü dereceye kadar (bu derece dâhil)" ifadesi CPCN

eski ve yeni metninde “bu derece dâhil olmak üzere *dördüncü* dereceye kadar” şeklindedir.

Yeni CPCN m. 68 (Tarafların rızası ile, yasaklı yargıcın yasaklılığının kalkabileceği). Eski metinde m. 20’ye, HUMK m. 30’a uymaktadır, *HMK Tasarısı’nda ise bu kurala yer verilmemiştir ve bunun kasden yapıldığı Adalet Komisyonu raporunda (1/574 sayılıdır) m. 40 ile ilgili yerde, s. 21’de açıkça belirtilmiştir.*

Yeni CPCN m. 69 (Yargıcın yasaklı olmasının sonucu). Eski metinde m. 20’ye, HUMK m. 30’a, HMK Tasarısı’nda m. 40 cümle 1’e uymaktadır.

Yeni CPCN m. 70 (Yargıcın reddedilebilmesi sebepleri). Eski metinde m. 19, HUMK m. 29, HMK Tasarısı m. 42’ye uygundur. Fakat onlara göre çok kısaltılmıştır ve şöyle demektedir: “Yargıç [şu hallerde] kendi kendini reddedebilir veya taraflarca reddedilebilir: a. Eğer taraflardan biriyle kendisi arasında yakın bir dostluk bağı yahut kişisel düşmanlık, borç ya da bağımlılık ilişkisi varsa; b. Veya, genel olarak, ciddî sebeplerin onun dâvadaki tarafsızlığını kuşkululu kıldığı bütün hâllerde”.

Yeni CPCN m. 71 (Yargıcın reddedilebilir olmasının sonucu). Eski metinde m. 21’e, HUMK m. 31’e, HMK Tasarısı m. 43’e uymaktadır.

Yeni CPCN m. 72 (Red talebinde bulunmanın zamanı). Eski metinde m. 22 f. I, HUMK m. 34 f. I ve HMK Tasarısı m. 44 f. I’deki kural ile aynı doğrultudadır.

Yeni CPCN m. 73 (Red talebinin haklı olup olmadığını inceleme mercii). Yargıcın red sebebi var diye kendiliğinden çekilmesinin dayandığı o sebebin gerçekten var olup olmadığını incelenmesi, CPCN eski metninde yoktur ve bu nedenle HUMK’ta da yoktu, bu gereklilik HUMK m. 32’ye sonradan kondu. Aynı kural, HMK Tasarısı m. 45’de de korunmaktadır. Bu konu bir yana, inceleme mercii (taraflarca öne sürülen red talebinin haklı olup olmadığını inceleme mercii) CPCN eski metninde m. 23’e göre Kanton Mahkemesi idi. Yeni metinde, m. 73’e göre, merci, Kanton Mahkemesi yargıçlarından birinin reddi hâlinde bu mahkeme; bütün diğer hallerde kanto-

nun Temyiz Mahkemesi Hukuk Bölümü'dür. Bizde HUMK m. 33 ayrıntılı ve hatta biraz karışık bir sistem kurmuştur, bu sistem HMK Tasarısı m. 46'ya da yansımıştır.

Yeni CPCN m. 74 (Red talebinin, inceleme merciine verilecek gerekçeli bir dilekçeyle yapılması gereği). Eski metinde m. 27 f. I, HUMK m. 33, HMK Tasarısı m. 44 f. II ve III, dilekçenin davayı gören mahkemeye verileceği yolundadır; yeni CPCN m. 74 ise, inceleme merciine verilmesini istiyor.

Yeni CPCN m. 75 (Ön inceleme ve dilekçenin reddedilen yargıçla karşı tarafa incelesinler diye aktarılması). Eski metinde m. 27 gereğince dilekçe davaya bakan mahkemeye veriliyordu ve reddedilen yargıç da orada görevde olduğundan ona aktarılması diye bir gereklilik bulunmuyordu, yalnız reddeden kişinin isteği üzerine mahkemece hasım tarafa da tebliğ edilmesi gerekiyordu. HUMK m. 34 f. IV ve HMK Tasarısı m. 44 f. V de aynı doğrultudadır. Yeni CPCN metninde ise inceleme merciinin dilekçe gelince yapacağı işleme ilişkin m. 75 şöyledir: "Eğer dilekçe daha ilk incelemede usule aykırı yahut dayanaksız görülüyor değilse, incelesinler diye, ilgili yargıca ve hasım tarafa aktarılır".

Yeni CPCN m. 76 (Yargıcın red sebebini kabul etmesi). Eski metne göre, red talebini içeren dilekçe mahkemeye verilince kalem dilekçeyi yargıca ve hasım tarafa aktarma işini yaparken yargıcı konu hakkında diyeceklerini mahkemeye bildirmeye dâvet ediyor ve konunun mahkemece görüşülmesi için kendiliğinden bir duruşma günü belirliyordu (m. 27). Duruşma sırasında eğer iki taraf ve yargıç talebin haklılığını kabul etmişlerse iş bitiyor, yargıç çekiliyordu (HUMK m. 34 f. III cümle 3 sistemi de eskiden böyle idi; sonra, konunun mutlaka mercide incelenmesi gereği kuralı getirildi). Yeni CPCN m. 76 kuralı eski sisteme sâdıktır; reddedilen yargıç red sebebinin varlığını kabul ederse çekilmekte, "süreç konusuz kalmakta" ve durum taraflara bildirilmektedir.

Yeni CPCN m. 77 (Yargıç red sebebini kabul etmezse konuyu merciin karara bağlayacağı). Neuchâtel'de sistem böyle idi ve incelemede talebin kabul edilmesi için tam bir isbat aranmıyor, emârelerle

yetinilebiliyordu (eski m. 29). Şimdiki m. 77 kuralı da merciin delil isteyebileceğini söylemektedir.

Yeni CPCN m. 78 (Delil aranmayabileceği). Bu kuralı yeni metinde m. 78 ifade ediyor.

Yeni CPCN m. 79 (Red talebiyle başlayan sürece ilişkin harç ve giderlerin çekilmemekte haksız yere direnen yargıca yüklenebileceği). Eski metinde, HUMK'da, HMK Tasarısı'nda böyle kural yoktur. Diğer yandan, red istemi merci tarafından reddedilen kişiye para cezası verilmesine ilişkin olarak HUMK m. 36 f. IV'de bulunan kurala benzer bir kural da Neuchâtel'de yoktur.

Yeni CPCN m. 80 (Tutanak kâtibinin reddi). Eski metinde m. 31, HUMK m. 37 ve HMK Tasarısı m. 51'e uygundur.

Yeni CPCN m. 81 (Neuchâtel'de mahkemelerde kullanılacak resmî dilin Fransızca olduğu). Böyle bir madde eski metinde yoktu fakat Neuchâtel içtihatları, Kanton Anayasası'na göre resmî dilin Fransızca olmasından hareketle, halkın %80 kadarı Almanca konuşan İsviçre Konfederasyonu'nun bu kantonunda, mahkemeye Almanca yazılmış dilekçe verilmesini bile kabul etmiyordu! (Örneğin Neuchâtel Temyiz Mahkemesi Hukuk Bölümü'nün 21 Aralık 1933 günlü kararı, Kanton Mahkemesi'nin 7 Mart 1975 günlü kararı böyledir).

Yeni CPCN m. 82 (Duruşma dışında verilen kararların ara kararı biçiminde yazıya geçirileceği). Eski metinde, HUMK'ta ve HMK Tasarısı'nda böyle bir madde yoktur.

Yeni CPCN m. 83 (Duruşma dâvetiyesi tebliğlerinin içeriği). Eski metinde m. 109'a, HUMK ilk metninde (tebliğlerle ilgili, Tebligat Kanunu yürürlüğe konunca kaldırılmış m. 114-148 arasında bulunan) m. 115'e uygundur.

Yeni CPCN m. 84 (Tarafların vereceği dilekçe ve lâyihaların şekli). Eski metinde m. 108'e uygundur. HUMK m. 179'da belirlenmiş dava dilekçesi içeriği genel bir model olabileceğinden eski CPCN m. 108'in bize alınmasına gerek görülmemiş olmalıdır.

Yeni CPCN m. 85 (Dilekçe ve layihaların kaç nüsha olarak verileceği: Biri mahkemede kalacak diğerleri tebliğ edilecek hasım

taraftaki kişiler için yeteri kadar nüsha). Eski metinde m. 107'ye ve HUMK ilk metnindeki m. 114 f. I'e uygundur.

Yeni CPCN m. 86 (Tarafların dilekçe ve layihalarının mahkemeye nasıl iletileceği: Posta aracılığıyla yahut kaleme tevdi ile). Eski metinde, HUMK'da ve HMK Tasarısı'nda yoktur.

Yeni CPCN m. 87 (Kanton içinde tebliğin nasıl yapılacağı: Posta ile). Eski metinde m. 111'e ve (bizdeki) Tebligat Kanunu, m. 1'e uygundur.

Yeni CPCN m. 88 (Tebliğin yapılmış sayıldığı an: Belgenin muhataba iletilmesi ânı; iletilememe veya almaktan imtina durumlarında çözüm). Eski metinde m. 115'e uygundur; bizde konuyu şimdi Tebligat Kanunu düzenliyor.

Yeni CPCN m. 89 (Tebliğin kimlere yapılabileceği). Eski metinde m. 116; bizde konuyu şimdi Tebligat Kanunu düzenliyor.

Yeni CPCN m. 90 (Tebliğin yapıldığını kabul ettim yazısı vermenin tebellüğ yerine geçeceği). Eski metinde, HUMK'da, bizim Tebligat Kanunu'muzda yoktur; fakat hukukun genel kurallarına dayanılarak, aynı ilkenin bizde de geçerliliği kabul edilebilir.

Yeni CPCN m. 91 (Diğer bir kantonda tebliğ yapılması: Geçerliliği oranın tebligat mevzuatına tâbidir). Eski metinde m. 117 de bu doğrultuda idi; bizde ayrı mevzuata sahip kanton olmadığından HUMK'da veya HMK Tasarısı'nda böyle kural yoktur.

Yeni CPCN m. 92 (Yabancı ülkede tebliğ yapılması: andlaşma varsa andlaşmaya göre; yok ise diplomatik yoldan olur). Hukukun genel kurallarının gerektirdiği bu çözümü bir maddede ifade etmeye CPCN eski metninde veya HUMK'da gerek görülmemiştir.

Yeni CPCN m. 93-95 (İlân yoluyla tebliğ). Eski metinde m. 119'a uygundur; ilân Neuchâtel Kantonu'nun Resmî Gazete işlevli yayınında yapılır. Bizde konuyu Tebligat Kanunu m. 28-31 düzenlemektedir.

Yeni CPCN m. 96 (Duruşmaların alenî yapılması ilkesi) Eski metinde m. 126'ya, HUMK m. 149'a, HMK Tasarısı m. 34'e uygundur.

Yeni CPCN m. 97 (Tutanak kâtibinin duruşmada bulunması gerekliliği). Eski metinde m. 128; HUMK m. 151, 152; HMK Tasarısı m. 163'e uygundur.

Yeni CPCN m. 98 (Duruşmayı yargıcın yöneteceği). Eski metinde m. 127; HUMK m. 150; HMK Tasarısı m. 38'e uygundur.

Yeni CPCN m. 99 (Tutanağın düzenlenmesi). Eski metinde m. 128; HUMK m. 151; HMK Tasarısı m. 160'a uygundur.

Yeni CPCN m. 100 (Tutanak suretlerinin taraflara verilmesi) Eski metinde m. 129; HUMK m. 155; HMK Tasarısı m. 164 (fer'i müdahile de suret verilmesini öngörüyor).

Yeni CPCN m. 101 (Dosyanın düzenli tutulması) Eski metinde m. 130; HUMK m. 156; HMK Tasarısı m. 165'e uygundur.

Yeni CPCN m. 102 (Yargıcın denetimi). Eski metinde m. 131; HUMK m. 157; HMK Tasarısı m. 166'ya uygundur.

Yeni CPCN m. 103 (Dosyanın yargıçlarca, taraflarca ve vekillerince incelenmesi). Eski metinde m. 132, HUMK m. 158; HMK Tasarısı m. 168'e uygundur.

Yeni CPCN m. 104 (Sürelerin yasa veya yargıç tarafından belirleneceği). Eski metinde m. 134 f. I, HUMK m. 159 cümle 1, HMK Tasarısı m. 96 f. I cümle 1'e uygundur.

Yeni CPCN m. 105 (Yasanın belirlediği süreler). Eski metinde m. 134 f. I, HUMK m. 159 cümle 2, HMK Tasarısı m. 96 f. I cümle 2'ye uygundur.

Yeni CPCN m. 106 f. I, II (*Yargıcın belirleyeceği sürelerin ilke olarak 10 ya da 20 günlük olacağı; üç ayı geçemeyeceği*). Eski metinde, HUMK'da ve HMK Tasarısı'nda yoktur.

f. III, IV yeni metin. Eski m. 138'e, HUMK m. 163 cümle 3, 4'e, HMK Tasarısı m. 100 f. II'ye uygundur.

Yeni CPCN m. 107 (Süre, ona ilişkin bildirim yapıldığı yahut da yasanın belirlediği anda başlar ilkesi). Bu kural eski metinde, HUMK'da ve HMK Tasarısı'nda ifade edilmemiştir ve yanılıcıdır; çünkü hemen şimdi göreceğimiz üzere sürenin hesaplanmasına

ilişkin eski m. 136 (HUMK m. 161) kuralı aynen CPCN yeni metninde, m. 108'de yer almaktadır.

Yeni CPCN m. 108 (Süreyi başlatan olay veya bildirim gerçekleştiği günün süre hesaplanırken hesaba katılmayacağı ilkesi ve BK'da belirtilmiş olan diğer hesaplama kuralları). Eski m. 136, HUMK m. 161, HMK m. 97-98 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 109 (Süre içindeki tâtîl günlerinin hesaba etkisi). Eski metinde m. 137, HUMK m. 162, HMK m. 99'a uygundur.

Yeni CPCN m. 110 (Bir dilekçe veya lâyihayı verme süresinin son gününde onu postaya vermekle süreye uyulmuş olacağı). Eski metinde m. 134 f. V'e uygundur; HUMK ve HMK Tasarısı ise böyle bir kural içermez. İçermemesi de doğrudur; çünkü bu kural kabul edilirse, dâva tarafları ve yargıç, acele iş görüp sonra karışıklığa yol açmış olmamak endişesiyle, "Acaba sürenin son gününde postaya verilmiş bir dilekçe postadan çıkagelir mi?" diye oyalanmak, beklemek gerekliliği duyacaklardır ve üstelik böyle yapıp hayli zaman bekleseler de, sürenin son gününden bir veya bir buçuk ay sonra postadan öyle bir dilekçenin sökün etmesi, yasa onu süresinde verilmiş saydığı için karışıklık çıkması ihtimâli vardır.

Yeni CPCN m. 111 (*Kesin olmayan sürelerin iki kez uzatılabileceği hatta koşullar haklı gösteriyorsa üçüncü kez uzatma yapılabileceği kuralı*). *Önemli değişiklik getiriyor; eski metindeki m. 138 f. II c. 2'ye, HUMK m. 163 cümle 4-6'ya ve HMK Tasarısı m. 100 f. II cümle 2-3'e göre kesin olmayan süre ancak bir tek kez uzatılabilir, ikinci kez verilen süre kendiliğinden kesindir.*

Yeni CPCN m. 112 (Yasadaki, "sürelerin suyunu çıkarma" kuralı: "Délai de grâce/lütuf ve ihsan olarak verilen süre. Yargıç bir sürenin uzatılmasını reddederse, ilgili taraf, yapması gerekli işlemi yapmak için, bu red kararından başlayarak hesaplanmak üzere beş günlük bir ek süreden yararlanabilir"!)) Eski metinde, HUMK'da, HMK Tasarısı'nda yoktur; böyle dördüncü kez uzatmaya yol açabilecek bir kuralın başka yerde bulunabileceğini de sanmıyorum.

Yeni CPCN m. 113 (Kesin bir süreyi kaçıranın eski hâle getirme isteyebileceği ilkesi. Eski hâle getirme kavramı için eski metin

m. 139-147 relief=rahatlatma, sıkıntıdan kurtarma terimini kullanmışken yeni metin restitution=eski hâle getirme demektir). Eski metinde m. 139, (Hal-i sâbika irca deyimini kullanan) HUMK m. 166, (Eski hâle getirme deyimini kullanan) HMK Tasarısı m. 101 f. I kuralına uygundur.

Yeni CPCN m. 114 (Eski hâle getirme isteyebilmenin şartları). Eski metinde m. 140, HUMK m. 167, HMK Tasarısı m. 101 kuralına uygundur.

Yeni CPCN m. 115 (Talep süresi ve süreç). Eski metinde m. 141, 142 (süre engelin kalkmasından başlayarak 14 gün idi, şimdi 10 güne indi), HUMK m.168-169 (süre on gündür), HMK Tasarısı m. 102 (süre iki haftaya çıkarılıyor) kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 116 (Karar mercii: Yapılamamış başvuru nereye yapılmalı idiyse orası). Eski metinde m. 142 (ifade farklı, içerik aynıdır: başvuru, esası karara bağlayacak mahkemeye yapılır fakat kanun yoluna başvurma süresi geçirilmiş ise kanun yolu başvurusunun yapılacağı mahkemeye gidilir), HUMK m. 169 (aynıdır), HMK Tasarısı m. 104 (aynıdır) kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 117 (Sürecin hadiseler hakkındaki süreç kurallarına göre yürütüleceği, sürecin harç ve giderlerinin talepçiye yükleneyeceği). Eski metinde m. 143, HUMK m. 170, HMK Tasarısı m. 106 f. I kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 118 (Adlî tâtilin üç taksitte ve a. Paskalya'nın 7 gün öncesi ile 7 gün sonrası arasında; b. 15 Temmuz-15 Ağustos arasında; c. 18 Aralık-1 Ocak arasında yapılacağı ve böylece 3 taksitte 61 gün süreceği kuralı). Eski metinde m. 148 ise, bizde HUMK eski metninde m. 175'de olduğu gibi, adlî tatili 20 Temmuz'da başlayıp 5 Eylül'e kadar sürer diye belirliyordu (şimdi m. 175, 1 Ağustos'dan 5 Eylül'e kadar" diyor yâni tatili 16 gün kısaltmış, 35 güne indirmiş bulunuyor. HMK Tasarısı, m. 108 kuralı da öyledir.

Yeni CPCN m. 119 (Adlî tatilde, belli istisnalar dışında, duruşma yapılmayacağı). Eski metinde m. 149, HUMK m. 176, HMK Tasarısı m.109 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 120 (Yasa ya da yargıç tarafından belirlenmiş bütün sürelerin yürümesinin adli tâtîl boyunca duracağı ilkesi). Önemli değişiklik getiriyor. Eski metinde m. 150, HUMK m. 177'de olduğu gibi, sürelerin durmayacağı, yalnız bitiş tâtîl içine düşenlerin tatilin bitiminden başlayarak yedinci güne kadar uzayacağı kuralını getiriyordu. HMK m. 110 da HUMK'daki kuralı benimsemiştir.

Yeni CPCN m. 121 (Dâvanın her aşamasında, hatta dâva açılmadan önce mahkemenin ihtiyatî tedbir kararı verebileceği ilkesi). Eski metinde m. 94 f. I, HUMK m. 101 f. I, HMK Tasarısı m. 395 kuralına uygundur.

Yeni CPCN m. 122 (İhtiyatî tedbir kararının içeriğine örnekler). Eski metin m. 94'ün bentleri, HUMK m. 101 bentleri ve m. 103, HMK Tasarısı m. 397 f. I kuralına uygundur.

Yeni CPCN m. 123 (İhtiyatî tedbir türü olan ihtiyatî haczin CPCN kurallarıyla değil federal İİK kurallarıyla düzenlendiği). Eski metinde m. 96, HUMK ilk içeriğinde m. 102 (sonra İİK m. 257 vd.) kuralına uygundur.

Yeni CPCN m. 124 (İhtiyatî haciz kararı vermeye yetkili mahkeme). Eski metinde m. 97, HUMK m. 104, HMK Tasarısı m. 396 f. I kuralına uygundur.

Yeni CPCN m. 125 (İhtiyatî haciz kararı verilmesinde basit yargılama usulünün uygulanacağı). Eski metinde m. 98 f. IV; HUMK m. 507 f. II bent 2, HMK m. 322 f. II bent c kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 126 (İvedi durumlarda ihtiyatî haciz isteminin taraflar duruşmaya çağrılmadan da karara bağlanabileceği ilkesi). Eski metinde m. 98 f. III, HUMK m. 105 f. II; HMK Tasarısı m. 396 f. II kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 127 (İhtiyatî tedbir kararının, o kararı veren yargıcın yönlendirmesiyle ve denetimiyle icra edileceği, yâni önceden icra emri veya davetiye gönderilmeyeceği, bu kuralların dışında ilâmların icrası kurallarının da kıyas yoluyla uygulanabileceği yolundadır). Eski metinde m. 99 (karar suretinin ancak icra sırasında ilgiliye verileceğini de vurguluyordu); HUMK m. 106 (keza karar

suretinin ancak icra sırasında ilgiliye verileceğini vurgular); HMK m. 399 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 128 (Duruşma dâvetiyesi gönderilmeden veya gönderilip de hasım taraf gelmemişken verilen ihtiyatî tedbir kararı-na itiraz edilebileceği kuralı). Eski metinde m. 100; HUMK m. 107; HMK Tasarısı m. 400 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 129 (İtiraz süresinin, karar bildirildikten sonra on gün olduğu ve bunun karar metnine yazılması gerektiği). Eski metinde itiraza ilişkin m. 100-101 herhangi bir süre öngörmüyordu. HUMK m. 107-108'de de durum böyledir. HMK Tasarısı m. 400 ise tedbirin uygulanmasından başlayarak bir haftalık itiraz süresi öngörüyor.

Yeni CPCN m. 130 (İtirazın yapılması ve karara bağlanması süreci). Eski metinde m. 101; HUMK m. 108; HMK Tasarısı m. 400 f. IV ve V kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 131 (Dâva açılmadan önce ihtiyatî tedbir kararı istenip alınmış ise, alanın, yargıç tarafından belirlenecek süre içinde dâva açması gereği ve açmazsa tedbir kararının kalkacağı). *Eski metinde m. 102; ancak o madde süre belirlenmesini yargıca bırakmayıp süreyi on gün olarak kendisi belirliyordu; HUMK m. 109'un kuralı da böyledir; HMK m. 403 ise süreyi iki haftaya çıkaracaktır.*

Yeni CPCN m. 132 (İhtiyatî tedbir isteyen ilke olarak teminat göstermesi gereği). Eski metinde m. 103; HUMK m. 110; HMK Tasarısı m. 398 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 133 (Verilmiş ihtiyatî tedbir kararının şartlar değişince değiştirilebileceği veya kaldırılabilirliği kuralı). Eski metinde m. 104 f. II, HUMK m. 111, HMK m. 402 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 134 (Aleyhine ihtiyatî tedbir kararı alınmış kişinin teminat göstererek kararın değiştirilmesini veya kaldırılmasını sağlayabileceği). Eski metinde m. 104 f. I, HUMK m. 111, HMK m. 401 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 135 (İhtiyatî tedbir istenip alınmasına yol açan

ihtilâfin hükme bağlandığı dâvada, hâkim tedbirin süregideceğini belirtmemişse, bu hükmün verilmesiyle ihtiyatî tedbirin kendiliğinden kalkacağı yolundaki çok sakıncalı kural). Eski metinde m. 105; HUMK m. 112; HMK Tasarısı bu sakıncalı kurala yer vermemiştir.

Yeni CPCN m. 136 (İhtiyatî tedbir kararı alan kişi sonradan asıl ihtilâf bakımından haksız çıkarsa, almış bulunduğu kararın uygulanması yüzünden karşı tarafın uğradığı zararı tazmin yükümlülüğündedir ilkesi). Eski metinde yoktu, çünkü teminat gösterme yükümlülüğü kuralı bu sorumluluğu da ifade eder sayılıyordu (BK m. 41 uygulanmaz çünkü şimdi sözü edilen sorumluluk BK m. 41'dekin tersine kusura ihtiyaç göstermez). HUMK'daki durum da böyledi. HMK m. 405 ise sorumluluğu açıkça ifade ediyor ama f. I'de pek tuhaf bir ifade kullanıyor ve haksız yere ihtiyatî tedbir kararının uygulanmasından doğan zarar için değil, "teminat gösterilmiş olmasından dolayı uğranılan zarar" için tazmin yükümlülüğünden söz ediyor. Neyse ki f. II'de "*haksız ihtiyatî tedbirden kaynaklanan tazminat dâvası*, esas hakkındaki davanın karara bağlandığı mahkeme açılır" kuralı ifade edilmektedir.

Yeni CPCN m. 137 (İhtiyatî tedbir dosyasının asıl dâva dosyası ile birleştirileceği kuralı). Eski metinde m. 106, HUMK m. 113, HMK Tasarısı m. 403 f. IV kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 138 (Yargılama giderlerinin harçlardan ve peşin ödenmiş masraflardan oluştuğu; bunları Kanton Danıştayının hazırladığı tarifenin belirlediği). Eski metinde m. 370; HUMK m. 423; HMK Tasarısı m. 329 çok daha ayrıntılıdır.

Yeni CPCN m. 139 (Peşin ödeme ilkesi). Eski metinde m. 359, 360; HUMK m. 414; HMK Tasarısı m. 330, 331 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 140 (Karar ve ilâm harcını dâvacının peşin ödeyeceği; karşı dâvada istemin değeri asıl davadaki istemin değerini aşarsa farkın gerektirdiği ek harç ödemesini dâvalının yapacağı). Eski metinde m. 358 f. I; HUMK m. 413 kurallarına uygundur. HMK Tasarısı m. 329-339'da böyle bir kuralın ifade edilmesine gerek görülmemiştir.

Yeni CPCN m. 141, 142 (Ödemenin zamanında yapılmaması hâlinde ek süre verileceği ve ek sürede de ödeme olmazsa, ödeme gerektiren talebin yapılmamış sayılacağı). Eski metinde m. 358 f. III, yaptırım olarak, dâvanın gıyapta görüleceğini ve yargıcın dava görülmesini ertelemek yetkisinin de bulunduğunu söylüyordu; HUMK m. 414 bu tuhafılıklara düşmeyerek, CPCN yeni metnindeki çözümü benimsemişti. HMK Tasarısı m. 330 f. II konuyu yalnız delil sunulmasının giderleri bakımından düzenlemekte ve aynı çözümü kabul etmektedir.

Yeni CPCN m. 143. Eski metinde, HUMK'da ve HMK Tasarısı'nda benzeri bulunmayan yeni bir kuraldır ve şöyle demektedir:

[Yapana geri ödenecek] Masraflar şunları da kapsar:

a) Tarafın, [yapılması sırasında] bizzat hazır bulunmak zorunda kaldığı yargılama işlemlerinin gerektirdiği masrafların yapana geri ödenmesi;

b) Onun vekiline ödenecek ücrete katkı olarak hasım tarafın yapacağı bir katılım; bunun miktarı, Kanton Danıştayının düzenlediği tarifeye uygun olarak, işin önem derecesine göre, [mahkemece] takdir edilecektir.

Durumun gereklerine göre ve özellikle tazminat dâvalarında, yargıç, tarafın vekilinin dava öncesindeki çalışmaları için ödenecek ücrete katılım niteliğiyle bir ek tazminatı da hükme bağlayabilir. Yargıç bu tazminatın miktarını [herhangi bir tarifeye bağlı olmadan] serbestçe takdir eder.

Yeni CPCN m. 144. (Şöyledir: “İnatçı direngenlik/temerrüt gösteren taraf ya da dâva sırasında kötü niyetli davranışlarda bulunmuş kişi, olağan dava giderlerini yüklenmek yerine [onun yanı sıra] hasım tarafın avukatının ücretini[n tümünü] de yüklenmek zorunda kalacaktır”). Eski metinde m. 368, HUMK m. 421, HMK Tasarısı m. 333, 335 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 145 (Yerleşim yeri yurt içinde olmayan dâvacının teminat göstermesi gereği). Eski metinde m. 90 f. I; HUMK m. 97; HMK Tasarısı m. 90 f. II bent a (yerleşim yeri Tür-

kiyede olmasa da mutad meskenin burada olması hâlinde teminat aramamaktadır) kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 146 (Bu teminatın gösterilmesi isteminin dâva başında, esasa girilmeden öne sürülmesi gereği). Eski metinde m. 91, HUMK m. 98'e uygundur. *HMK Tasarısı m. 122 ise teminat istemini ilk itirazlar arasından çıkarmıştır ve üstelik m. 120 f. II bent ğ, teminat gösterilmesini dâva şartları arasında saymaktadır; demek ki teminat isteme ve miktarını belirleme kararı re'sen verilecektir. Keza m. 91, bu doğrultudadır.*

Yeni CPCN m. 147 (Teminat gösterilmesi kararına uyulmamasının yaptırımı: ikinci kez süre verilmesi ve buna da uyulmazsa dâvanın açılmamış sayılması). Eski metinde m. 92 ve onu yansıtan HUMK m. 99, bu durumda dâvacının duruşmaya gelmemiş sayılacağı söyliyordu ve bu çözüm Türk öğretisinde eleştirilmiştir. *HMK Tasarısı m. 94 ise, yargıcın verdiği kesin süre içinde teminat gösterilmezse dâvanın usulden reddedileceğini söylemektedir.*

Yeni CPCN m. 148 (Teminatın ne suretle gösterileceği. Yeni madde şöyledir: "Teminat ilke olarak para tevdi edilmesiyle gösterilir. [f.II:] Ancak yargıç, başka türlü teminat gösterilmesini kabul edebilir". Eski metinde teminatın nasıl gösterileceğini belirten bir madde yoktu ve HUMK m. 96, ZPO § 108'den esinlenmişti. *HMK Tasarısı m. 92 f. I ise "Bir dâvada verilecek teminatın tutarını ve şeklini hâkim serbestçe takdir eder Ancak, tarafların teminatın şeklini sözleşmeyle kararlaştırmaları hâlinde, teminat ona göre belirlenir" kuralını getirmektedir.*

Yeni CPCN m. 149 (Eksiğin tamamlanması. Madde şöyledir: "Eğer dâvanın görülmesi sırasında teminatın yetersiz olduğu ortaya çıkarsa, hâkim onun tamamlanmasını emredebilir". Eski metinde m. 92, HUMK m. 100, HMK Tasarısı m. 89 f. II, bu çözümü de gerektirmektedir.

Yeni CPCN m. 150 (Dâva sırasında dâvacının yerleşim yerini yurt dışına aktarması durumunda dahi teminat gösterme zorunluluğuna ilişkin kuralların uygulanacağı). Eski yasada m. 90 f. II; HUMK m. 97 f. II; HMK Tasarısı m. 89 f. II kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 151 (Yerleşim yeri yurt dışında bulunan bir üçüncü kişinin dâvaya müdahale etmesi durumunda da bu kuralların uygulanacağı). Eski metinde m. 90 f.I ve II, HUMK m. 97 f. I ve II; HMK Tasarısı m. 90 f. II kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 152 (Dâva sonucunda haksız çıkan tarafın, haksız çıktığı oranda, yargılama harç ve giderlerini ödemeye mahkûm edileceği). Eski metinde m. 364; HUMK m. 417 f. I; HMK Tasarısı m. 332 f. I ve II kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 153 (Dâvayı kazanan tarafın yargılama harç ve giderlerini ödemeye mahkûm edileceği istisnaî haller). Eski metinde m. 365; HUMK m. 418; HMK Tasarısı m. 333 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 154 (Dâvayı kaybeden tarafta birden çok kişinin dâva arkadaşı olarak bulunması durumunda dâva harç ve giderlerini bunların arasında bölüştürmekte yargıcın seçenekleri). Eski metinde m. 366; HUMK m. 419; HMK Tasarısı m. 332 f. III kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 155 (*Davaya müdahale hâlinde lehte karar çıkınca müdahilin masraflarının hasım tarafa yükletilip yükletilemeyeceği ve aleyhte karar çıkınca kazanan tarafın ödediği dava giderlerinin tümünü veya bir kısmını ödemeye mahkûm edilip edilmeyeceği konusunu belirlemekte yargıcın takdir yetkisi bulunduğu*). Eski metinde m. 367 f. I kuralına göre dâvanın kaybı hâlinde müdahil sadece kendi müdahalesinin yol açtığı masrafları ödemeye mahkûm ediliyordu ve davanın kazanılması hâlinde bütün masraflar kaybeden tarafın üzerinde kalıyordu. Ancak, eğer müdahilin katıldığı taraf kendi tutumuyla müdahaleyi gerekli kılmış idiyse davanın kaybı hâlinde bütün dava giderleri ona yükleniyordu yâni müdahil, müdahalesinin yol açtığı masrafları dahi ödemeye mahkûm edilmiyor, bunlar da asıl tarafa yükleniyordu. HUMK m. 420'nin çözümü aynen böyledir. HMK Tasarısı m. 334 kuralı da böyledir.

Yeni CPCN m. 156 (Hükmün açıklanmasından önce, taraf vekili bu yolda talepte bulunursa, yargıç ona ödenecek gider payını kararda onun lehine hükme bağlayabilir). Eski metinde böyle kural yoktu. HUMK'da da böyle kural yoktur. Ancak sayın Avukatların

Avukatlık Kanunu'na koydurduğu m. 164 f. V, Avukatların bir koyundan iki post çıkarmasına olanak vermekte; davayı kazanan kişinin kendi Avukatına ödediği veya ödeyeceği paranın hiç değilse bir bölümünü (yargılama giderleri içinde bir kalem olarak) haksız çıkmış hasmından geri alabilmesini engellemekte ve hasmın ödeyeceği vekalet ücretini sayın avukatın hakkı edivermektedir. Öğretideki eleştirilere her nasılda kulak veren yasa koyucu, HMK Tasarısı m. 336 bu haksız uygulamaya son verecek surette şu kuralı getiriyor: "Vekil ile takip edilen dâvalarda mahkemece kanuna göre takdir olunacak vekâlet ücreti, *taraf lehine* hükmedilir".

Yeni CPCN m. 157 ("İnatçı direngenlik gösteren taraf ya da dâva sırasında kötü niyetli davranışlarda bulunmuş kişi, en çok 500 Frank'a kadar, disiplin cezası niteliğinde bir para cezasına mahkûm edilebilir. [f. II:] Eğer bu haller avukatın kabahati ise ceza avukata yüklenir". Eski metindeki m. 369, HUMK m. 422, HMK Tasarısı m. 335 f. II kuralına uygundur.

Yeni CPCN m. 158 ("Dâva, dâva dilekçesinin *yahut da yasa öyle yapılmasını öngörüorsa barışma girişimi için yargıç önüne dâvet yazısının* mahkeme kalemine tevdi edilmesiyle açılmış olur" demektedir). Eski metinde m. 151 ve ondan alınan HUMK m. 178, italik harflerle yazılmış bölümü içermez. HMK Tasarısı m. 124 f. I cümle 1 de aynı içeriktedir.

Yeni CPCN m. 159 (Şöyledir: "[f. I:] Dâvanın açılması, derdestlik durumunu yaratır. [f. II:] Bu durum, özellikle, işe el koymuş yargııcı dâvayı görmeye [görevsizlik veya yetkisizlik kararı verilmeye kadar] yetkili kılar. [f. III:] Derdestlik, dâvacı feragatte bulunmadıkça dâvacının tek yanlı olarak istemini geri çekmesini engeller ve tarafları, dâvayı başka bir yargıç önüne götürmekten yasaklar"). Eski metinde m. 160 ve ondan alınma HUMK m. 185 kısmen farklıdır; hasmın razı olmasıyla dâvanın geri çekilebileceğini kabul ettikten başka, hasım râzı olmadıkça istemlerin daha sonra genişletilmesini veya bunların niteliğinin değiştirilmesini yasaklama kuralı da içerir. HMK Tasarısı ise m. 129'da, bu son kurallardan birincisini ifade etmiştir, iddiayı veya savunmayı genişletme yasağını ayrı yere, m. 147'ye koymuştur.

Yeni CPCN m. 160 (Dâvanın sona ermesi. Şöyledir: “Dâva, kabulle, feragatle, sulh ile, dosyanın işlem den kaldırılmasına karar verilmesi sonrasında dâvanın terki [ve davanın, hatta bunu tesbit eden karar verilmeden önce, açılmamış sayılma durumuna düşmesi] ile ve hükümle, sona erer”. Eski metinde, HUMK’da ve HMK Tasarısında bu içerik tek bir kuralda toplu olarak ifade edilmiş değildi. Ancak yeni metindeki kural hukukta herhangi bir değişiklik yapmış değildir.

Yeni CPCN m. 161 (Usule yönelik ilk itirazları belirten maddedir ve a. yetkisizlik, b. yasanın aradığı hallerde, barışma girişimi için çağrının yapılmamış olması, c. usul işlemlerinin şekil kurallarına aykırılık yahut da tebliğin usulsüzlüğü nedeniyle geçersizliği, d. bir istemin karşı dâva konusu edilmiş olmasının veya yeni istemler öne sürülmesinin usulsüzlüğü, e. dâvalının yargısal dokunulmazlıktan yararlanması itirazlarını ilk itiraz konusu saymaktadır). Eski metinde m. 162 ise, a bendinde, davacının teminat göstermesi gerektiği itirazını; c bendinde, dava arkadaşlığı koşulları yokken birlikte davalı gösterilmiş kişi hakkında davanın ayrılması itirazını; d bendinde, derdestlik itirazını; e bendinde, şimdiki davanın daha önce açılmış bir dava ile bağlantılı olması itirazını [bizde bu halde ikinci dâva gönderme kararıyla birinci dâva ile birleştirildiği halde Neuchâtel’de, ikinci dâvayı gören mahkemenin birinci davayı bekletici sorun saymak yönünde ara kararı vermesine yol açar!] dahi ilk itiraz saymaktadır. HUMK m. 187, CPCN eski metnine uygundur, yalnız sonradan şu değişiklikler yapılmıştır: bent 3’deki, gereksiz yere davalılar arasında gösterilmiş kişinin yaptığı, kendisi hakkındaki davanın ayrılması itirazının ilk itiraz sayılması kuralı kaldırılmıştır (konuyu artık HUMK m. 46 düzenlemektedir); MK boşanma dâvasında zorunlu barışma girişimini kaldırdığından beri o konudaki ilk itirazı düzenleyen bent 6, kaldırılmıştır. İlk itirazlar konusunda yeni CPCN sistemi ile, HUMK’a yansımış eski CPCN sistemi arasında iki önemli fark kalıyor: 1. Yargı dokunulmazlığı varken bir kişinin dava edilmesini ilk itiraz konusu saymak yâni mahkemenin her dâva aşamasında bu durumu farketğinde re’sen dâvayı red kararı verebileceğini kabul etmemek çok münasebetsiz bir çözümdür

ve CPCN yeni kuralı bu yüzden münasebetsizdir. 2. CPCN yeni metinde şimdi m. 161'in c bendinde “*usul işlemlerinin* şekil kurallarına aykırılık yahut da tebliğin usulsüzlüğü nedeniyle geçersizliğine yapılan itiraz” diye ifade edilen ilk itiraz eski metinde m. 162 bent g’de ve HUMK m. 187 bent 7’de “Dâva arzuhalinin veya dâvetiye varakasının veyahut cevap lâyihasının tanziminde kanunî noksanlar bulunduğu veya tebliğin usulüne muvafık olmadığı iddiası” diye ifade edilmişti ki elbette doğru ifade budur; çünkü ilk itirazın yapılacağı zamanda henüz dâva açılması ve lâyihalar teatisi dışında usul işlemi yapılmamıştır. Daha sonra yapılan usul işlemlerindeki usulsüzlüklerle ilgili olarak özel madde (HUMK m. 82, CPCN eski metninde m. 76; yeni CPCN metninde m. 63, 64) vardır. CPCN yeni metninde m. 161 bent c’deki ifade açıkça “zuhûl” eseridir.

HMK Tasarısında m. 122’nin, bütün ilk itirazları üç taneye indiren kuralından biraz sonra söz edeceğiz.

Yeni CPCN m. 162 (Esasa ilişkin itirazlardan ilk itiraz usulüyle öne sürülmesi gerekenler). Yeni metin bu arada şunları sayıyor:

a bendinde, kesin hükmün varlığı itirazını;

b bendinde, derdestlik itirazını (bunun esasa ilişkin itiraz sayılmış olması tuhaftır);

c bendinde, taraf ehliyetinin veya dâva ehliyetinin yokluğu itirazını (bu konuda da aynı şey söylenmeli; bu ehliyetler için Medenî Hukukun hak ehliyeti ve hakları kullanma ehliyeti konusundaki kurallarının gerektirdiği çözümler geçerli olacak ve böyle olduğu HUMK m. 38’de belirtilmiş ise de, bir hukuk dalı kuralının başka hukuk dalı kuralına yollama yapması, yollama yapan hukuk dalının bu yollamasına vesile olan sorunun *gerçekte o dalın bir sorunu olduğu* gerçeğini değiştiremez; taraf ehliyeti ve dava ehliyeti sorunları hiç kuşkusuz, Medenî Hukukun değil, Yargılama Usulü Hukukunun sorunlarıdır. HMK tasarısı m. 120 bent d’de de bunlar dâva şartları arasında sayılmaktadır);

d bendinde, davacıdaki veya dâvalıdaki taraf sıfatının eksikliği itirazını (bunun maddî hukuk sorunu sayılması doğrudur, çünkü belli bir maddî hukuk ilişkisine dayanan dâvada kimin istemci, ki-

min istem muhatabı olabileceğini bizzat o maddî hukuk ilişkisine ait maddî hukuk kuralları belirler),

e bendinde, bir hakkın tesbit edilmesini gerektiren dâvada, o davayı açmakta hukukî yararın varlığına yapılan itirazı (hakkın var mı yok mu olduğu kuşkusuz maddî hukuk sorunu ise de, var olan hakkın bir tesbit dâvasına konu edilmesinde hukukî yarar var mı yok mu sorununun dahi maddî hukuk sorunu sayılmasının doğruluğu kuşku götürür. *Konu, kanunlar ihtilâfî yönünden çok önemlidir.* Çünkü usul hukuku sorunları için mahkeme kendi ülkesinin hukukuna göre, maddî hukuk sorunları için ise kendi ülkesi hukukundaki kanunlar ihtilâfî kurallarının belirlediği hukuka, örneğin akdin yapılmış bulunduğu yerin hukukuna göre çözüm vermek zorundadır. Yargıç, belli bir faraziyede hakkın tesbiti davası açılmasında meşru menfaat olmayacağını kendi ülkesinin hukuk öğretisi ve içtihatları kabul ederken, dava konusu hukuk ilişkisini düzenleyen hukukun ülkesinde başka çözüm kabul ediliyorsa, dava şartının yokluğuna dayanarak, davayı reddetmelidir. Diğer yandan ve çok daha önemlisi; Türk hukuk öğretilerinde ve içtihatlarında meşru menfaatin varlığı yalnız dava açılmasında değil bütün usul işlemlerinde dinlenme şartı olarak kabul edilir, dolayısıyla bunun yokluğunu -dâvanın hangi aşamasına gelmiş olursa olsun- yargıcın re'sen gözetmesi onun görevi sayılır. HMK Tasarısı m. 120 bent h kuralı da bu doğrultudadır. Şimdi sözünü ettiğimiz yeni CPCN kuralı, bu yönlerden, Türk hukukunun temel bir ilkesiyle çelişmektedir);

f bendinde, “Dava açmak için getirilmiş bir yasal süreye uyma konusunda yapılan itiraz (yâni, uyulmadığı itirazı). Böyle bir kuralın yeni CPCN’da yer alabilmiş olması inanılmaz bir gaptir; çünkü yasaların (maddî hukuk yasaları, usul hukuku yasaları) öngördüğü bir dava açma süresine uyulmuş olmasının dâva şartı olduğunda hiç mi hiç duraksama gösterilemez ve dolayısıyla yargıç, o süre geçirildikten sonra dâvanın açıldığı hangi aşamada farkedilmiş olursa olsun durumu öğrenir öğrenmez dâvayı re'sen reddetmek zorundadır.

CPCN m. 162 yeni metni, son olarak, f. II’de, bize ters gelecek bir kural daha içeriyor: “Ancak yargıç, usul ekonomisini sağlamak için, ileri sürülmüş ilk itirazın ön sorun olarak incelenmesinden [bu

aşamada] vazgeçebilir ve cevap lâyihasının verilmesini emredebilir”. Gerçekten, oradaki düzenlemede, ilke olarak, hemen şimdi göreceğimiz üzere, ilk itirazlar öncelikle ve “hâdiseler” hakkındaki usule göre incelenir. Bizde ise, cevap lâyihasının verilmesi için yarığtan “Haydi artık zaman geldi, ilk itirazlar çözüme bağlandı, esasa ilişkin cevap lâyihası verilsin” diye bir ara kararının çıkması asla gerekmez.

HMK Tasarısındaki düzenlemeye gelince. Oradaki m. 122, ilk itirazları üçe indirmektedir: yetki itirazı, tahkim anlaşmasının varlığı itirazı, işbölümü itirazı.

Yeni CPCN m. 163 (Şöyledir: “İlk itirazların incelenmesi ve hükme bağlanması hâdiseler hakkındaki usule göre olur”). Eski metinde m. 163 f. I ile m. 165 ve ondan alınma HUMK m. 188 cümle 1 ve m. 190 aynı doğrultudadır, ilk itirazların incelenip karara bağlanmasının, esasa girilmeden önce, hâdiseler hakkındaki usule göre yapılacağını söyler. HMK Tasarısı m. 123 de aynı içeriktedir, yalnız hâdiseler terimini kullanmayıp “ön sorunlar gibi incelenir ve karara bağlanır” demektedir.

Yeni CPCN m. 164 (İlk itirazların, aksine kural bulunmadıkça, dâvanın esasını hükme bağlayacak yargıç tarafından inceleneceği). Eski metinde m. 166; HUMK m. 191; HMK Tasarısı m. 123 f. III (“İlk itirazlar, ön sorunlar gibi incelenir ve karara bağlanır” demekle aynı çözümü benimsemiştir).

Yeni CPCN m. 165 (Dâva dilekçesinin şekil kusurundan dolayı iptal edilmesinin sonucu). Eski metinde m. 168 ve ondan alınma HUMK m. 193 ile aynı içeriktedir. HMK tasarısındaki çözüm ise değişik; çünkü *Tasarı, dâva dilekçesindeki şekil kusurunu ilk itiraz halleri arasında m. 122’de saymamış, m. 125 f. II’de belli şekil kusurlarının giderilmesi için re’sen emir vermek görevini yargıca yüklemiştir ve o süre içinde kusur giderilmezse dâva açılmamış sayılacaktır.*

Yeni CPCN m. 166 (Derdestlik ilk itirazının kabulü hâlinde dâvanın açılmamış sayılmasına karar çıkacağı). Eski metinde m. 169, HUMK m.194. *HMK Tasarısı ise m. 120 bent ı’da, “Aynı dâvanın,*

daha önce açılmış ve hâlen görülmekte olmaması”nı dâva şartlarından saymıştır yâni bu hâli yargıç dâvanın her aşamasında re’sen göz önüne alıp gereksiz yere açılmış dâvayı reddetmek zorunda olacaktır.

Yeni CPCN m. 167 (Dâvanın görülmesinin ertelenmesi. Madde şöyledir: “Dâva, hukukun öngördüğü durumlarda, kendiliğinden [de plein droit-ipso iure] ertelenir”). Eski metinde, HUMK’da ve HMK Tasarısında böyle madde yoktur, olmasına da gerek yoktur, çünkü besbelli ki bir hukuk kuralı “şu durum gerçekleştiğinde dâvanın görülmesi durur, ertelenir” diyorsa söz konusu durum gerçekleşince o sonuç kendiliğinden doğacaktır.

Yeni CPCN m. 168 Yargıcın kararıyla, dâva görülmesinin ertelenmesi. Madde, bunu gerektirecek nedenleri sayıyor:

a. Diğer bir dâvada çıkacak hüküm şimdiki dâvanın sonucunu etkileyebilecek ise;

b. Taraflardan biri, istem veya savunmasını bir ceza dâvasının veya bir idarî dâvanın konusu olan vakıalara dayandırmakta ise;

c. Eğer şimdiki dâvada yapılan delil sunuşları bir ceza kovuşturması tahkikatının başlamasına yol açmışsa.

[f. II:] Bu hallerde yargıç, hâdiseler hakkındaki usulle, konuyu karara bağlar).

CPCN eski metninde, HUMK’da ve HMK Tasarısı’nda bu içerikte ayrı bir madde yoktur.

Yeni CPCN m. 169 (Dâvanın görülmesine yeniden başlanması. Madde şöyledir: “Dâvanın ertelenmesini gerektiren sebepler son bulunca, yargıç yeniden başlamaya karar verir”). Eski metinde, HUMK’da ya da HMK Tasarısı’nda bu içerikte ayrı bir madde yoktur.

Yeni CPCN m. 170 (Tarafların anlaşmasıyla dâvanın ertelenmesi). Eski metinde, HUMK’da ya da HMK Tasarısı’nda bu içerikte ayrı bir madde yoktur.

Yeni CPCN m. 171 (Dâvanın görülmesine yeniden başlan-

ması. Bizim bir yazım yanlışımız yoktur; m. 169 ve 171 başlıkları aynıdır). Burada, tarafların veya onlardan birinin yenileme talebiyle yeniden başlama söz konusudur. Eski metinde, HUMK'da ya da HMK Tasarısı'nda bu içerikte ayrı bir madde yoktur.

Yeni CPCN m. 172 (Feragatin tanımlanması). Eski metinde m. 85, HUMK m. 91, HMK Tasarısı m. 313'e uygundur. Ancak, Tasarı, diğer metinler "Feragat, *iki taraftan birinin* isteminden vazgeçmesidir" diye tanımlama verdiği halde, daha doğru olarak, "Feragat, *dâvacının*, talep sonucundan kısmen veya tamamen vazgeçmesidir" diyor.

Yeni CPCN m. 173 (Kabul'ün tanımlanması). Eski metinde m. 86, HUMK m. 92, HMK Tasarısı m. 314 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 174 (Feragat ya da kabul'ün yapılış usulü). Eski metinde m. 87, HUMK m. 93, HMK Tasarısı m. 315 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 175 (Feragat veya kabulde bulunanın ilke olarak, dâvada haksız çıkmış gibi harç ve masrafları ödemesi gereği). Eski metinde m. 88, HUMK m. 94, HMK Tasarısı m. 318 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 176 (Feragat veya kabul işleminin sonucu). Eski metinde m. 89, HUMK m. 95, HMK Tasarısı m. 317 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 177 (Dâvanın geri alınması. Madde şöyledir: "dâvacı, bir ilk itirazın kabul edilmesini engellemek amacıyla, yahut da dâvalı taraf onun dâvasının vakitsiz açıldığını, isteminin muaccel olmadığını ya da bir erteleyici şarta bağlı bulunduğunu öne sürdüğü takdirde, daha sağlam surette yeniden dâva açmak veya ileride koşullar olanak verince dâva açmak yetkisini saklı tutarak şimdiki dâvayı geri alabilir"). Eski metinde, HUMK'da veya HMK Tasarısı'nda böyle bir madde yoktur; yeni kural, bir kez dâva açılınca hasım tarafın muvafakati olmadıkça davanın geri alınamayacağı kuralına (Yeni CPCN m. 183, Eski CPCN m. 160 f. II cümle 1, HUMK m. 185) önemli istisna getiriyor.

Yeni CPCN m. 178 (Sulh işlemi tanımlamaktadır: “Sulh, tarafların, dâvaya karşılıklı ödünlerde bulunarak son vermek konusunda anlaşmaları işlemidir”). Eski metinde, HUMK’da böyle bir kural ve tanımlama yoktur. HMK Tasarısı m. 319, Yeni CPCN m. 180 gibi, adlî sulh’u tanımlamaktadır (aşağıda Yeni CPCN m. 180’e bkz.).

Yeni CPCN m. 179 (Madde şöyledir: “Dâvanın her aşamasında, yargıç tarafları veya vekillerini, bir sulh yapılmasına yol açabilmek için, huzuruna çağırabilir”) Eski metinde, tahkikat aşamasını düzenleyen kurallardan m. 187 ve ondan alınma HUMK m. 213, dâvanın her hâlinde tahkikat hâkimi iki tarafı veya vekillerini çağırabilir, bunları sulha teşvik edebilir içeriğindedir. HMK Tasarısında ise sulha teşvik edebilir kuralı, o maddenin karşılığı olan m. 150 f. I’den alınmış, ön inceleme duruşmasıyla ilgili m. 146’da f. II’ye konmuştur. Ama böyle yapılıncı yargıcın tarafları sulha teşvik edici söz söylemesi, ilk inceleme duruşması dışında, yasaklanmış gibi bir görüntü doğmaktadır.

Yeni CPCN m. 180 (Adlî sulh. Madde şöyledir: “[f. I:] Adlî sulh, yargıç önünde yapılmış olan sulhtur. Bunun içerdiği koşullar, duruşma tutanağına yazılır. [f. II:] Duruşma dışında, yazılı olarak yapılmış olup bir nüshası dosyaya konmak üzere yargıca verilmiş olan sulh da adlî sulh değerindedir”). Eski CPCN ve bundan alınmış olan HUMK, adlî sulh konusunu düzenlemiyordu. HMK Tasarısı m. 319-321 ise konuyu düzenlemektedir. Burada m. 319 f. I şöyledir: “Sulh [adlî sulh denmeliydi], görülmekte olan bir dâvada, tarafların aralarındaki uyuşmazlığı kısmen veya tamamen sona erdirmek amacıyla, mahkeme huzurunda yapmış oldukları bir sözleşmedir”. Tanımlama eksiklidir, çünkü Yeni CPCN m. 180 f. II’nin yukarıda aktarılan kuralında belirtilen yolda yapılmış sulh da hiç kuşkusuz mahkeme önünde yapılmış sulh değerindedir, yeter ki o metni yargıca birlikte vermiş olsunlar veya biri verdikten sonra diğeri de tutanağa geçip imzalatılacak beyanı ile o metindeki sulhü yapmış olduklarını ikrar etsin.

Yeni CPCN m. 181 (Adlî sulh’un konusu) Madde şöyledir: “Adlî sulh, dâva ile ilgisi bulunmasa da, taraflar arasında veya onlardan biriyle bir üçüncü kişi arasında çekişme konusu olan husus-

ları da kapsayabilir.” Eski metinde ya da HUMK’da böyle bir madde yoktur. Buna karşılık, HMK Tasarısı m. 319 f. II, benzer bir kural getirmektedir.

Yeni CPCN m. 182 (“Adlî sulh, bir kesin hükmün bütün sonuçlarını doğurur” kuralı). Eski metinde ve HUMK’da adlî sulh düzenlenmediğinden dolayı bu madde bulunmamakla birlikte, feragat ve kabul için eski CPCN m. 89 f. I ve HUMK m. 95 f. I aynı sonucu ifade ettiğinden ve adlî sulh da kısmî kabul, kısmî feragat temeline dayandığından, onlara göre dahi söz konusu kuralın geçerli olduğu sonucu ortaya çıkar. HMK Tasarısı m. 321 cümle 1 aynı kuralı ifade ediyor: “Sulh, ilgili bulunduğu dâvayı sona erdirir ve kesin hüküm gibi hukukî sonuç doğurur”.

Yeni CPCN m. 183 (Dâvanın geri alınmasına ilişkin kural): “[f. I:] Dâva, tarafların mutabakatıyla geri alınabilir. [f. II:] Bu mutabakat, zımnî olabilir”. Eski metinde m. 160 f. II cümle 1 ve HUMK m. 185 f. II bent 1 kurallarına uygundur. Ancak, bizdeki uygulamanın tersine, Neuchâtel uygulamasında sırf dâvacının geri alma beyanına dâvalının itiraz etmemesi, (keza, iddia veya savunmanın genişletilmesine hasmın itiraz etmemesi) zımnî muvafakat sayılmamaktadır. Tasarı ise, ancak dâvalının *açık muvafakati* ile dâvanın geri alınabileceği kuralını getiriyor (m. 129). Neuchâtel’deki, genişletmeye itiraz etmemeyi zımnî muvafakat saymama yâni açık muvafakat yoksa genişletmeyle öne sürülmüş iddia veya savunma dayanağını hükme esas tutmama uygulamasına örnek olarak, Kanton Temyiz Mahkemesi Hukuk Bölümü’nün (RJN c. VI s. 138-139’da yayınlanmış) 15 Eylül 1971 günlü kararı anılabilir. Olayda dâvalı, zamanaşımını savunmasını, tahkikat sonundaki lâyhalar teatisi aşamasında öne sürmüştü. Bu lâyhalar teatisi yapıldıktan sonra HUMK m. 376’ya göre Sulh Hukuk Mahkemesinde, m. 377’ye göre de Asliye Hukuk Mahkemesinde, hüküm verme öncesinde son bir duruşma yapıp taraflara söz verildiği halde, olayda, dâvacı o duruşmada tevsi/genişletme itirazında bulunmamıştı. Böyle iken Kanton Temyiz Mahkemesinin Hukuk Bölümü, ilk derece mahkemesinin dâvalı lehine verdiği kararı, zamanaşımını savunmasının geç öne sürüldüğünün mahkemece re’sen gözetilmesi gerekirdi diyerek bozmuştur. Yâni, itiraz

yokluğunu, zımnî muvafakat değerinde tutmamıştır.

Yeni CPCN m. 184 (Dâvanın her iki tarafça terkedilmiş sayılması. Madde şöyledir: “Dâva konusuz kalırsa veya taraflar dâvaya ilgi göstermezlerse ya da dâvada bir hukukî yararlarının varlığı son bulursa, dâva terkedilmiş sayılır”). Eski metinde, HUMK’da veya HMK Tasarısı’nda böyle bir madde yoktur. Her iki tarafın dâvaya gelmemesinin veya gelip de her ikisinin bu davayı takip etmeyeceklerini söylemesinin yahut birinin gelmeyip gelenin dâvayı tâkip etmeyeceğini söylemesinin (CPCN eski metninde m. 354, HUMK m. 409, Tasarıda m. 156 f. I, II) sonucu, anılan maddelere göre, dâva dosyasının, belli süre içinde yenileme dilekçesi verilinceye kadar, işleminden kaldırılmasıdır.

Yeni CPCN m. 185 (Dâvanın terkinin dosyaya işlenmesi). Madde şöyledir: “Koşullar gerçekleşince, yargıç, etkilenebilecek tarafları dinledikten [dâvetiye ile çağırdıktan] sonra, dâvanın terkedildiğini [tutanağa geçirterek] tesbit eder ve dosyanın arşivde yerine konmasını buyurur”. Eski metinde, HUMK’da veya HMK Tasarısı’nda böyle bir madde yoktur.

Yeni CPCN m. 186 (Dâvanın terkedilmesinin, bir kesin hükmün çıkması anlamına gelmeyeceği). Kendiliğinden anlaşılan bu durumu belirtmek için madde koymağa CPCN eski metni, HUMK ya da HMK Tasarısı, gerek görmemiştir.

Yeni CPCN m. 187 (Hükmün, dâvayı görmüş mahkemece, yargıçların mevcudundan yasanın gerekli gördüğü kadarının tümünün katılmasıyla verileceği). Eski metinde m. 328, 329; HUMK m. 393, 384; HMK Tasarısı, m. 301 f. II (şöyledir: “Hükmü, yargılamanın sona erdiğinin bildirildiği duruşmada hazır bulunan hâkim veya hâkimler verir. Bu şekilde hüküm verebilecek hâkimlerin tamamı hazır bulunmadıkça hüküm hakkında görüşme yapılamaz”).

Yeni CPCN m. 188 (Hüküm metninde nelerin belirtileceği). Eski metinde m. 333, HUMK m. 388, HMK Tasarısı m. 303 (buna göre tarafların TC Kimlik numarası da hükümde belirtilecektir; hükmün verildiği tarihten başka gerekçeli karar metninin yazılış tarihi de gösterilecektir).

Yeni CPCN m. 189 (Hüküm fıkrasının duraksamaya yer bırakmayacak açıklıkta olması gereği). Eski metinde m. 334, HUMK m. 389, HMK Tasarısı m. 303 f. II kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 190 (Arşive kaldırma ve suretlerin taraflara verilmesi). Eski metinde m. 336, 337; HUMK m. 391, 392; HMK Tasarısı, m. 306, 307.

Yeni CPCN m. 191 (Hükmün, taraflar bakımından, tebliğ tarihinde varlık kazanacağı [kanun yoluna başvurma süresinin başlayacağı]). Eski metinde m. 338; HUMK m. 393; HMK Tasarısı m. 351 cümle 2 ve m. 367 f. I kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 192 (Hükmün verilmesinin, yargıcın işten el çekmesi sonucunu doğurduğu). Eski metinde, HUMK'da ve HMK Tasarısında bu kuralın ifade edilmesine gerek görülmemiştir, çünkü kural HMK Tasarısı m. 309 f. I'de sözü edilen "şeklî anlamda kesin hüküm"ün ortaya çıkmasının doğal sonucudur; böyle olduğu, HMK Tasarısı m. 311 f. II'den de anlaşılır.

Yeni CPCN m. 193 (Hükmün ancak dâvada taraf olmuş kişilerle ardılları bakımından maddî anlamda kesin hüküm etkisine sahip olacağı kuralı). Eski metinde m. 211 f. I cümle 2; HUMK m. 237 f. II ve HMK Tasarısı m. 309 f. I ve III, IV kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 194 (Dâva tarafının, kendi yaptığı usulî işlemi ıslah etme yetkisinin varlığı). Eski metinde m. 77 f. I, HUMK m. 83 cümle 1, HMK Tasarısı m. 182 f. I kurallarına uygundur. Bunlarda bulunan, dâvada ıslâh bir tek kez yapılabilir sınırlaması yeni CPCN'da m. 201'de yer almaktadır.

Yeni CPCN m. 195 (Islâh'ın yapılması usulü). Eski metinde m. 79, HUMK m. 85, HMK Tasarısı m. 183 f. II kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 196 (Islâh yapılmasının sonucu). Eski metinde m. 81, HUMK m. 87, HMK Tasarısı m. 185 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 197 (Islâh işlemi yapanın, bundan doğan [doğacak] giderlerin yaklaşık miktarını peşin olarak kaleme yatırmak yükümlülüğü). Eski metinde m. 80, HUMK 86 (ifade

Neuchâtel'dekinden farklıdır), HMK Tasarısı m. 184 f. I (ifade çok daha özenlidir, yeni CPCN'deki ifadeden dahi daha özenlidir).

Yeni CPCN m. 198 (İslâh yüzünden ortaya çıkmış giderlerin sonuçta kime yükleneceği esas hakkında verilen hükümde [diğer yargılama giderleriyle birlikte] belirlenir kuralı). Eski metinde ve HUMK'da bu kuralın ifade edilmesine gerek görülmemiştir, ancak Eski CPCN m. 80'deki provisoirement/geçici olarak sözcüğünden, ıslah edenin o giderleri üstlenmesinin nihaî olmadığı anlaşılmaktadır.

Yeni CPCN m. 199 (İslâhtan hasım tarafın yararlanması. Madde şöyledir: "Taraflardan birinin ıslah işlemi yapması diğer tarafı yararlandırır; o diğer taraf [ıslâh üzerine] yapılacak ek işlemlere de katılır ve öne sürülen yeni iddialar hakkında diyeceklerini söylemesine, gerekiyorsa karşı-deliller sunmasına olanak verilmek gerekir"). Kendiliğinden anlaşılan çözümü bir maddede ifade etmeğe eski CPCN metni, HUMK ya da HMK Tasarısı gerek görmemiştir.

Yeni CPCN m. 200 (Dâvanın tümünün ıslâh edilmesi). Eski metinde m. 82 (yeni metnin on güne çıkardığı süre eski metinde üç gün idi); HUMK m. 88 (süre burada da üç gündür); HMK Tasarısı m. 186 (süre bir haftadır).

Yeni CPCN m. 201 (Her bir tarafın bir dâvada ıslâh işlemini ancak bir tek kez yapabileceği). Eski metinde m. 77 f. II, HUMK m. 83 cümle 2, HMK Tasarısı m. 182 f. II kurallarına uygundur, ancak tasarıda "taraflardan her biri" denecek yerde "taraflar" denmesi ifade zaafıdır.

Yeni CPCN m. 202 (Taraflardan birinin, kendisi hakkında gıyap kararı verilebilecek duruma hangi halde düşebileceği). Eski metinde m. 343. Gıyap kararı verilmesini ve sonuçlarını düzenleyen eski CPCN m. 343-353, HUMK'a m. 398-408 olarak alınmış iken, o süreci kaldırmak amacıyla, bizde söz konusu maddeler yürürlükten kaldırılmıştır ve HMK Tasarısı da söz konusu süreci yeniden getirecek maddeler içermemektedir.

Yeni CPCN m. 203-211. Gıyap kararı verilmesi bizim hukukumuzda çoktan beri kaldırılmış bulunduğundan, o konuya ilişkin

ayrıntıları, kimi eskisine göre az çok değişik kurallarla düzenleyen yeni CPCN m. 203-212'nin içeriğini teker teker belirtmenin ve eski düzenlemeyi yapan 1925 tarihli CPCN m. 343-357 ile, oradan alınmış ve şimdi yürürlükten kalkmış HUMK m. 398-408 ile karşılaştırılmasını yapmanın da Türk hukukçuları için yararı yoktur.

Yeni CPCN m. 212 (“Yasada aksine hüküm bulunmadıkça, bir usulî işlemin yapılmamış kalmasının tek sonucu dâvanın o işlem yapılmamış bırakılarak süregitmesidir” kuralı). Eski metinde, HUMK'da, Tasarıda yoktur.

Yeni CPCN m. 213 (Hâdise/Ön sorun hakkında yargıçtan karar istemenin usulü). Eski metinde m. 196, HUMK m. 222, HMK Tasarısı m. 169'a uygundur.

Yeni CPCN m. 214 (Konunun duruşmada tartışılması). Eski metinde m. 198 f.I, HUMK m. 224 f. I, HMK Tasarısı m. 169 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 215 (Dilekçe verilmiş idiyse bunun karşı tarafa tebliği ve ona cevap süresi verilmesi). Eski metinde m. 197, HUMK m. 223, HMK Tasarısı m. 170 kurallarına uygundur. Karşı tarafın cevap süresini CPCN yeni metni on gün olarak belirlemiştir, diğer kurallar ise sürenin belirlenmesini yargıca bırakmıştır.

Yeni CPCN m. 216 (Hâdise/ön sorun hakkında kararın ilke olarak tek duruşmada verileceği). Eski metinde m. 198 f. I, HUMK m. 224 f. I. HMK Tasarısında böyle bir kural yoktur.

Yeni CPCN m. 217 (Kararın verilmesinin on günden fazla zamanda olmaması gerektiği). Eski metinde m. 199, kararın hemen verileceğini veya kısa sürede yazılıp kaleme bırakılacağını söylüyordu; HUMK m. 225 ise, süreyi belirlemekte ve “nihayet üç gün zarfında” demektedir. HMK Tasarısı m. 170 f. III, kararın verileceği süre konusuna değinmiyor.

Yeni CPCN m. 218 (Delil türleri; burada kesin hükmün sayılmaması eksiklikler, ikrarın sayılmaması ise doğrudur). Eski metinde, delil türlerinin tek tek adını sayan böyle bir madde yoktu; HUMK ve HMK Tasarısı'nda da yoktur.

Yeni CPCN m. 219 (Delil ikamesinin konusu: Dâvayı etkileyecek vakıalardan, çekişmeli olanların isbatı). Eski metinde m. 212; HUMK m. 238; HMK Tasarısı, m. 193 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 220 (Delillerin ilke olarak duruşmada sunulacağı). Eski metinde m. 215 f. I, HUMK m. 241 f. I, HMK Tasarısı m. 203 f. I kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 221 (Delillerin değerlendirilmesi sürecine tarafların katılma yetkisi). Eski metinde m. 215 f. I (“Delil ikamesi işlemleri yargıcın huzurunda duruşmada yapılır” demekte fakat karşı tarafa o duruşmaya gelmek fırsatı verilmesinin zorunlu olduğunu vurgulamamaktadır; bunun bizdeki karşılığı HUMK m. 241 f. I’de de durum böyledir), HUMK m. 243 (bunun aslı eski CPCN m. 218 sadece “tek bir celse” den söz ettiği halde delillerin *alenî* celsede tetkik olunacağını açıkça söyler, fakat bu celseye hasım tarafın çağrılmış bulunması gereğini vurgulamaz); HMK Tasarısı m.203 f. III ise her iki tarafa duruşmaya çağrı yazısı gönderilmesi gereğini açıkça söyler.

Yeni CPCN m. 222 (Taraflar, tanıklar veya bilirkişiler yabancı dilde açıklama yapacak iseler yargıcın duruşmaya tercüman çağırabileceği). Eski metinde m. 242; HUMK m. 270, HMK Tasarısı m. 269. Daha önce tercüman görevlendirilmiş, çağırılmış değil iken duruşmada tercümana ihtiyaç bulunacağı anlaşıldığında, mahkemenin kapısı önünden geçen bir kimsenin dahi kendi rızasıyla tercüman olarak hemen görevlendirilip duruşmaya alınmasına engel yoktur; beni bir kez bir Asliye Hukuk yargıcı bu yöntemle görevlendirmişti.

Yeni CPCN m. 223 (Tahkikatın tamamlanması için, istek üzerine ya da re’sen ek deliller sunulmasının istenebilmesi). Eski metinde m. 69 f. II ve 219; HUMK m. 75 f. III ve m. 244; HMK m. 190 f. II ve 191 f. II kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 224 (Yargıcın delilleri serbestçe takdir edeceği). Eski metinde m. 214, HUMK m. 240, HMK Tasarısı m. 204 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 225 (İstek üzerine veya re’sen yargıcın tarafı isticvap yöntemini uygulayabileceği). Eski metinde m. 204, HUMK

m. 230, HMK Tasarısı m. 175 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 226 (İsticvabın amacının ikrar elde etmek olduğu; tarafın kendi lehine olan bir vakıayı doğrulamasının kendi lehine delil işlevi göremeyeceği). Eski metin, HUMK ve HMK Tasarısı, haklı olarak, böylesine gereksiz bir maddeye yer vermemişlerdir.

Yeni CPCN m. 227 (İsticvap yönteminde kimlerden ifade alınabileceği). Eski metinde m. 205; HUMK m. 231; HMK Tasarısı m. 176 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 228 (İsticvap edilecek kişinin duruşmaya kendisinin gelmesi gereği). Eski metinde m. 206, HUMK m. 232, HMK Tasarısı m. 178 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 229 (İsticvabın, duruşmada tanıklar hazır değilken yapılacağı). Eski metinde m. 207, HUMK m. 233 (bizim metinde çeviri eksikliği vardır ve hasım tarafın isticvap sırasında hazır bulunamayacağı anlamı çıkmaktadır), HMK Tasarısı m. 179 f. III kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 230 (İsticvaba gelmeyen kişiye yeniden çağrı gönderileceği ve yine gelmezse, ona bildirilmiş sorularda yer alan vakıa iddialarını ikrar etmiş sayılabileceği). Eski metinde m. 208 (bu metinde de gelmeyeni ikrarda bulunmuş sayıp saymamak, yargıcın takdirine bırakılmıştır); HUMK m. 234 (bizde, ikinci ve ihtarlı çağrıya rağmen gelmeyen, ikrarda bulunmuş sayılır); HMK Tasarısı m. 177 (aynı doğrultudadır).

Yeni CPCN m. 231 (İsticvap işleminin tutanağa geçirileceği). Eski metinde m. 209, HUMK m. 235, HMK Tasarısı m. 180 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 232 (Mahkeme önündeki ikrar. Madde şöyledir: “[f. I:] Adlî ikrar, tarafın ya da vekilinin dâva süreci içinde yaptığı beyandır. [f. II, Fransız hukukunda Napoléon Yasası’ndan, 200 yıl öncesinden kalma ve hâlen de değiştirilmemiş yanlış çözümü benimseyen geleneksel Neuchâtel öğretisini ve Neuchâtel’de Kanton Temyiz Mahkemesi Hukuk Bölümü’nün 9 Haziran 1943 günlük kararından beri kabul edilen çözümü kanunlaştırıyor:] *İkrar bölü-*

nemez ve onu yapan kişiye karşı geçerli olur. [f. III:] İkrardan, onu yapan kişi bir vakıa hatası nedeniyle böyle ikrarda bulunduğu belirtilerini ortaya koymadıkça, dönülemez”). Eski metinde m. 210 (fakat orada bölünmezlik ilkesi ifade edilmiş değildi), HUMK m. 236 (keza bölünmezlik ilkesini tanımaz ve Yargıtayımızın yerleşik içtihadı da, Alman hukukundaki gibi, böyle bir ilke tanımaz), HMK Tasarısı m. 194 (tabii ki ikrarın bölünmezliği diye bir ilke tanımaz).

Yeni CPCN m. 233 (Mahkeme dışı ikrarın yargıç tarafından serbestçe takdir edileceği). Eski metinde, HUMK’da ve HMK Tasarısında böyle bir hüküm yoktur. Bizde, mahkeme dışı ikrar *usulen kanıtlanırsa*, elbette ki yargıç onun dâva için taşıyacağı değeri HUMK m. 240 çerçevesinde serbestçe takdir eder, fakat senetle isbat gerekliliğinin yürüdüğü konulara ilişkin bir mahkeme dışı ikrarın yapıldığı da senetle yahut hiç olmazsa yazılı delil başlangıcı ile kanıtlanmalıdır.

Yeni CPCN m. 234 (Tanıklık etme yükümlülüğü. Madde şöyledir: “[f. I:] Temyiz kudretine/ayırt etme gücüne sahip olup 16 yaşını doldurmuş olan herkes mahkemede tanıklık etmeğe çağrılabilir. [f. II:] Durumun gereklerine göre, yargıç, 16 yaşından küçük çocukların tanıklığına izin verebilir”). Eski metinde m. 220 ise şöyleydi: “[f. I:] Bunamışlık durumundaki kişilerle 12 yaşın altındaki çocukların tanıklık etmesine izin verilip verilmeyeceğine tahkikat yargıcı karar verir. [f. II:] Bunlar yemin etmeksizin dinlenirler”. Keza eski metinde m. 221 bent c gereğince, 18 yaşın altındaki küçükler dinlenirdi, ama yeminsiz olarak; tanıklık etmek için 16 yaş sınırı konmamıştı. HUMK m. 247 kuralı da buna benzemektedir, yalnız 18 yaşın altındakiler yerine “onbeş yaşını ikmal etmeyenler” denmiştir. HMK Tasarısı m. 263 ifadesi de böyledir. Dolayısıyla bu kuralların düzenlenmesinde, örneğin 5 yaşında bir çocuğun tanık olarak dinlenmesine (yeminsiz dinlenmek kaydı ile) engel yoktur.

Yeni CPCN m. 235 (Tanığın, çağrıya uyarak gelmek ve gerçeği söylemek yükümlülüğü). Eski metinde m. 234, yargıcın tanığa gerçeği söylemesi için uyarıda bulunacağını söylüyordu (HUMK m. 261). HMK Tasarısı m. 262 de bu tür uyarının yapılmasını buyurmaktadır.

Yeni CPCN m. 236 (Tanıklıktan kaçınmak hakkı bulunan kişiler). Eski metinde m. 221; HUMK m. 245; HMK Tasarısı m. 253-256. Bu kuralı sınırlayan HUMK m. 248 ve HMK Tasarısı m. 257, kaynak yasanın eski ya da yeni metninde yoktur, ZPO § 385'den alınmıştır.

Yeni CPCN m. 237 (Tanıkların dinlenmesinin ilke olarak mahkemede, duruşmada yapılacağı; bunun istisnaları). Eski metinde m. 225, HUMK m. 255, HMK Tasarısı m. 265.

Yeni CPCN m. 238 (Dinlenecek tanığın başka bir kantonda yaşıyor olması hâlinde istinabenin zorunlu olmadığı ve yargıcın tanığı kendi önüne çağırabileceği gibi istinabeden yararlanmak yoluna da gidebileceği; hatta o kantondaki yetkili yargıcın onayını alarak, gidip orada ifade alabileceği). Eski metinde m. 226 ve 227, yargıca, istinabeden yararlanmak, yahut da, diyeceklerini yazıyla belirtmesi için tanığa bir "sual varakası" göndermek seçeneğini vermişti (HUMK m. 256, 257). HMK Tasarısı m. 265 f. IV ise, tanık mahkemenin yargı çevresi dışında ise, "sual varakası" göndermek seçeneğini öngörmeksizin, yargıcın istinabeden yararlanabileceği ama dilerse yararlanmayabileceği yâni tanığı kendi önüne çağırabileceği içeriğindedir.

Yeni CPCN m. 239 (Başka kanton mahkemesinden istinabe yapılırsa başvuru makamın izleyeceği yöntem). Eski metinde m. 230; bizde ayrı egemenlik alanlarına sahip kantonlar bulunmadığından HUMK'a alınmamıştır ve HMK Tasarısı da böyle bir madde içermez.

Yeni CPCN m. 240 (Tarafların muvafakatıyla, istinabe eden mahkeme kaleminin başka kantonda dinlenecek tanıklara yazılı bir sorular metnini göndermesine hâkimin izin verebileceği). Eski metinde m. 226; HUMK m. 256; HMK Tasarısı m. 252.

Yeni CPCN m. 241 (Kantonda sâkin bulunan herkesin ve keza kendisinin sâkin bulunduğu kanton ile Neuchâtel Kantonu arasında bu içerikte adli yardımlaşma andlaşması bulunan kimselerin, kendilerine dâvetiye gönderildiğinde Neuchâtel mahkemesine tanık olarak ifade vermeye gelmek zorunluluğu; bunu yapmakta engeli bulu-

nan kişinin mâzeretini hemen yargıca bildirmesi gereği; m. 236 bent a kuralında öngörülen durum dışında, tanıklıktan kaçınmak hakkı bulunan kişinin dahi kendisine davetiye gelince mahkeme önüne gelmek yükümlülüğü). Eski metinde m. 223; HUMK m. 254; HMK Tasarısı m. 251.

Yeni CPCN m. 242 (Gelmemenin yaptırımları: 300 Frank'a kadar para cezası ve gelmemesi yüzünden yapılan yeni duruşmanın harç ve giderlerini ödemeye mahkûm edilme). Eski metinde m. 223 f. II; HUMK m. 253, HMK Tasarısı m. 251.

Yeni CPCN m. 243 (Gelmeyen tanığın zorla getirilmesi). Eski metinde m. 223 f. III; HUMK m. 253; HMK Tasarısı m.251.

Yeni CPCN m. 244 (Tanığa ilk sorular). Eski metinde m. 233, HUMK m. 260, HMK Tasarısı m.260.

Yeni CPCN m. 245 (Tanıkların, birbirinin gıyabında dinleneceği). Eski metinde m. 237; HUMK m. 265 (burada: "ayrı ayrı dinlenir"; gerçekten, bir tanık dinlendikten sonra dışarıda beklemekte olan ikinci tanığın içeri alınmasında sakınca yoktur, çünkü o bir öncekinin ne dediğini bilmemektedir ve onun ifadesinden etkilenmesi söz konusu değildir; kaldı ki ifade verenlerin içeride tutulması, dışarıda bekleyenler arasına bırakılmaması, çıkanların bekleyenleri yönlendirmesini önleyecektir); HMK Tasarısı m. 267 f. I cümle 1 de böyledir: "Tâniklar, hâkim tarafından ayrı ayrı dinlenir ve biri dinlenirken henüz dinlenmemiş olanlar salonda bulunamazlar".

Yeni CPCN m. 246 (Tanıkların yazılı metni okuyarak ifade vermesi yasağı). Eski metinde m. 241, HUMK m. 269, HMK Tasarısı m. 267 f. II.

Yeni CPCN m. 247 (İstinabe yoluna yahut da yazılı sorular gönderme yoluna başvurulduğunda, tanığın dinleneceği duruşmanın düzenlenmesinin tarafları dinledikten sonra yargıç tarafından yapılacağı; taraflardan her birinin bu duruşmada tanığa ek sorular soru- rabileceği). Eski metinde m. 239, HUMK m. 267, HMK Tasarısı m. 265 f. IV (ancak tanığa yeni sorular sorulmasını tasarıda m. 267 f. III ve IV, yargıcın yahut yargıçların takdirine bırakmıştır).

Yeni CPCN m. 248 (cümle 1: Tanığa şaşırtıcı/tuzaklı soru sorulamaz; cümle 2: Tanığın anlatımını tarafların kesmesi yahut ona doğrudan hitabederek soru sorması yasaktır). Eski metinde m. 240 f. I, HUMK m. 268 (Neuchâtel metni, taraflardan birinin tanığa hakaret etmesini de yasaklıyordu; HUMK ise daha ileri giderek tezyif etmesini yâni onu küçümser içerikli sözler söylemesini yahut alaya almasını de yasaklamıştır, ayrıca tanığa övgü düzmesini [tahsin etmesini] dahi yasaklamıştır. HMK Tasarısı m. 268 de bu doğrultudadır.

Yeni CPCN m. 249 (Tanığın notlar kullanmasının ilke olarak yasaklandığı). Eski metinde m. 241, HUMK m. 269, HMK Tasarısı m. 267 f. II kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 250 (Tanık ifadesi tutanağının aynen tarafların isticvabı tutanağı gibi düzenlenip imzalanacağı). Eski metinde m. 244, HUMK m. 272 (tutanağın düzenlenip tanığa imza ettirileceğini belirtmekle yetinmiştir, çünkü tutanaklar hakkındaki genel hüküm, m. 151-152, kuşkusuz tanık ifadesinin tutanağı için de geçerlidir), HMK Tasarısı m. 267 f. V (o da aynı içeriktedir).

Yeni CPCN m. 251 (Soruları yanıtlamamakta direnen tanığa uygulanacak yaptırım: Para cezası, ayrıca günü belirlenecek yeni duruşmanın harç ve giderlerinin ona yüklenmesi; yeni duruşmada da inadını sürdürürse İsviçre Federal Ceza Yasası m. 292'de öngörülen cezalara mahkûm edilmek). Eski metinde m. 243, HUMK m. 271, HMK Tasarısı m. 259 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 252 (Tanığın ifadesinin inanılabilirliğini azaltan nedenleri mahkemeye açıklamak ve bu konudaki iddialarının doğruluğunu duruşma sırasında kısaca isbatına girişmek hakkının taraflara tanındığı). Eski metinde m. 224, HUMK m. 254, HMK Tasarısı m. 261 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 253 (Yalancı tanıklık edildiğinin ciddî belirtilerinin görülmesi hâlinde yargıcın ilgili kişiler [yalancı tanık ve suç ortakları] hakkında geçici tutuklama kararı verebileceği; bu takdirde suçun işlendiğinin duruşma biter bitmez [gerekli makama yâni Cumhuriyet Savcılığına] duyurulacağı). Eski metinde m. 245, HUMK m. 273, HMK Tasarısı m. 270 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 254 (Delil olarak belge sunulmasında genel kural: Yazılar, çizimler, plânlar, fotoğraflar, filmler, görüntü ve ses kayıtları, hukuksal sunucu olan bir vakıayı isbat etmeğe yarayabilecek her türlü belge ve nesnenin kanıt olarak sunulabileceği). Eski metinde ve HUMK'da yoktur fakat o metindeki m. 309 ve HUMK m. 367'den, keza HMK Tasarısı m. 198'den aynı sonuca varılabilir. Dikkat etmeli ki, kaynak yasada bulunmayıp Fransız hukukundan (FrMK m. 1341, 1344, 1347, 1348'den) almış bulunduğumuz, yazılı delille isbat gerekliliğini öngören kuralların kapsamına giren işlerde her türlü kanıt kullanılmaz.

Yeni CPCN m. 255 (Bulunduğu yerden başka yere götürülemeyecek belgelerin [ve diğer kanıtların] incelenmesi: Bunları, buldukları yerde, yargıcın kendisinin bizzat inceleyeceği yahut istinabe yoluyla inceleyeceği; keşif hakkındaki kuralların kıyasen uygulanacağı). Eski metinde m. 260, HUMK m. 323, HMK Tasarısı m. 224 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 256 (Suretin sunulması hâlinde yargıcın, dâvanın her aşamasında, istek üzerine yahut re'sen, aslının sunulmasını isteyebileceği). Eski metinde m. 258, HUMK m. 321, HMK Tasarısı m. 222 f. I kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 257 (Yabancı dildeki belgenin çevirisinin sunulmasının istenebileceği; yargıcın bu isteğine rağmen çeviri verilmezse yahut sunulan çevirinin doğruluğunu hasım taraf kabul etmezse, yargıcın re'sen resmî çeviri yaptırabileceği). Eski metinde m. 262, HUMK m. 325, HMK Tasarısı m. 229 kurallarına uygundur. Ancak tasarıdaki kural, yargıç re'sen resmî çeviri yaptıramayacakmış gibi, "belgenin resmî tercümesini de *isteyebilir*" diyor.

Yeni CPCN m. 258 (Şöyledir: "[f. I:] Belgenin sahte olup olmadığında kuşku varsa yargıç, re'sen yahut istek üzerine, gerçeklik tesbiti için gerekli incelemelerin yapılmasını emredebilir. [f. II:] Ceza kovuşturmasının açılmış olması hâlinde, yargıç, işin gerçeği anlaşılıncaya kadar hukuk dâvasını erteleyebilir"). Eski metindeki düzenleme değişikti: Kendisine karşı kullanılmak istenen belgenin sahteliğini, taraf, hâdise sürecini başlatacak bir sahtelik iddiasıyla,

mahkemeye bildirmek zorundaydı (m. 273, 274; HUMK m. 308 de inkâr bekler, ancak sorunun çözülmesi süreci için hâdiseler hakkındaki kurallara yollama yapmakla yetinmeyip süreci oldukça ayrıntılı biçimde kendisi düzenler, m. 309 da onu tamamlar). HMK Tasarısı m. 217 dahi, mahkemece incelemeye girişilebilmesi için belgenin sahteliğinin iddia edilmiş olmasını arar (f. I) ve sonra süreci ayrıntılı biçimde düzenler. Ceza kovuşturması açılmış ise hukuk dâvasında bunun sonucunun beklenmesi gereğini yeni CPCN gibi eski CPCN m. 275 de kabul etmekteydi; oysa HUMK, ceza mahkemesi kararını bekletici sorun saymak şöyle dursun, oradan çıkacak kararın hukuk mahkemesince verilmiş olan, senedin sahteliğinin tesbiti kararını etkilemeyeceği yolundadır (m. 315) ve hukuk mahkemesinde senedin sahte olmadığına karar verilmişse artık ceza mahkemelerinde dahi senedin sahte olduğu iddiasının öne sürülemeyeceğini kabul etmiştir (HUMK m. 314 cümle 2).

Yeni CPCN m. 259 (Taraflardan birine, kendi elinde bulunan ve davayı etkileyebilecek içeriği bulunan belgeyi mahkemeye sunma emri verilebileceği; duruma göre kendilerine suret yahut kısmî alıntı metni [extrait] sunma izni verilebileceği; muhasebe defterlerinin ibrazı konusundaki özel hukuk kurallarının saklı olduğu). Eski metinde m. 263, HUMK m. 326, HMK Tasarısı m. 225 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 260 (Suret veyahut kısmî alıntı metni [extrait] sunulması durumunda yargıç tarafından bunların asıllarıyla uygunluğunun denetlenmesi için gerekli ara kararlarının verileceği). Eski metinde m. 265, HUMK m. 328, HMK Tasarısı m. 222 f. I kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 261 (Belgeyi sunmak zorunluluğunun var olup olmadığında çekişme hâlinde, yargıcın hâdiseler/ön sorunlar hakkındaki usule göre sorunu çözeceği). Eski metinde m. 267 f. I; HUMK'da ve HMK Tasarısı'nda, kendiliğinden anlaşılan bu kuralı ayrı maddede ifade etmek gereği görülmemiştir.

Yeni CPCN m. 262 (Belge sunması emredilen taraf bu emre uymazsa, gereğini yargıç takdir eder). Eski metinde m. 268; bu du-

rumda diğer tarafın sunmuş olabileceği suretin aslına uygun olduğunun kabul edilebileceğini de söylüyordu; HUMK m. 331, 332 ve HMK Tasarısı m. 226 kısmen aynı doğrultudadır, ancak yargıcın inkârcıya yemin teklif etmesini zorunlu saymaktadırlar.

Yeni CPCN m. 263 (Üçüncü kişilerin de, ellerindeki, şimdiki dâvayı aydınlatmaya yararı olabilecek belgeleri sunmalarının emredilebileceği; o kişilerin ibrazdan ancak tanıklıktan kaçınabilme kuralları çerçevesinde kaçınabilecekleri). Eski metinde m. 269, 271; HUMK m. 333, 335; HMK Tasarısı m. 227.

Yeni CPCN m. 264 (Üçüncü kişinin, o belge bende yok demesi hâlinde konuya ilişkin olarak tanıklık etmek üzere mahkemeye çağrılabilmesi). Eski metinde m. 271, HUMK m. 335, HMK Tasarısı m. 227 f. II.

Yeni CPCN m. 265 (Üçüncü kişinin, elindeki belgeyi sunması istenmişken sunmaması hâlinde, tanıklık etmemekte direnen kişiye uygulanacak yaptırımların onun hakkında uygulanabileceği). Eski metinde m. 272; HUMK m. 336; HMK Tasarısı, m. 227 f. III kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 266 (Resmî arşivlerin muhafaza görevlilerinin, bizzat düzenledikleri yahut arşivlerinde tuttıkları belgeleri, müstenedatları ile birlikte, mahkemeye sunmalarının yargıç tarafından emredilebileceği; belgeleri koruma önlemlerini yargıcın alacağı). Eski metinde m. 259/HUMK m. 322, Eski CPCN m. 263/HUMK m. 326, Eski CPCN m. 269/HUMK m. 333, Eski CPCN m. 271/HUMK m. 335 kurallarından da aynı sonuca varılabilir. Keza, davacının dava dilekçesinde “başka yerlerden getirtilecek belge ve dosyalar” hakkında bilgi vermek zorunda olması (Tasarıda m. 127), mahkemenin, resmî dairelerde bulunan belgelerin getirtilmesini isteyebileceğini açıkça ortaya koyar.

Yeni CPCN m. 267 (Mahkemenin resmî makamlardan ve hatta gerekirse özel kişilerden belge değil de “yazılı bilgi” isteyebileceği). Eski metinde, HUMK’da, HMK Tasarısı’nda böyle ayrı bir madde getirilmemiş ise de, söz konusu kural, mahkemelerin yazışma yapmak yetkisinin doğal bir gereğidir. Kuşkusuz bu yetki tarafların iddi-

aları ve istemleri ile sınırlıdır; yargıç, tarafların öne sürmediği istem veya savunma temeli olacak bir vaktayı ortaya çıkarmak ve kanıtını sağlamak için kendiliğinden öteye beriye yazı gönderemez, bilgi isteğinde bulunamaz. Hatta, iddia edilmiş vakıalar için dahi istek yokken kendiliğinden delil arayamaz; istisnalar dışında, delil ikamesi ilke olarak taraflara düşer (bkz. yukarıda Yeni CPCN m. 57 f. II).

Yeni CPCN m. 268 (Çözümü özel ya da teknik bilgileri gerektiren sorunlarda bilgi edinmek için mahkemenin bilirkişiden yararlanabileceği). Eski metinde m. 246, HUMK m. 275, HMK Tasarısı m. 272 kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 269 (İlke olarak tek bilirkişinin görevlendirileceği; gerekli ise birden çok kişiye görev verileceği). Eski metinde m. 247 f. II, HUMK m. 276 f. III (her ikisi en çok üç kişinin görevlendirilmesine olanak tanıyor), HMK Tasarısı m. 273 (birden çok bilirkişi atanmasının gerekçesi gösterilecek ve sayı tek olacak, ancak sayı sınırlaması öngörülüyor).

Yeni CPCN m. 270 (Bilirkişinin yargıç tarafından atanacağı; tarafların öneride bulunabilecekleri). Eski metinde m. 247 f. I, HUMK m. 276 f. I (farklıdır: “Ehlivukuf, iki taraf ittifak edemedikleri halde tahkikat hâkimi tarafından intihap olunur”); HMK Tasarısı m. 274 (tarafların anlaşması önem taşıyor, mahkeme atıyor fakat adlî yargı adalet komisyonu tarafından her yıl düzenlenecek listede bulunan isimlerle bağlı).

Yeni CPCN m. 271 (Bilirkişilerin, yargıçlar için geçerli nedenlerle, reddedilebilmesi. Süre on gün). Eski metinde m. 248 (süre beş gün); HUMK m. 277 (süre üç gün), HMK Tasarısı m. 278 (süre bir hafta).

Yeni CPCN m. 272 (Bilirkişilik görevini kabul yükümlülüğü ve istisnaları). Eski metinde m. 249; HUMK m. 278; HMK Tasarısı m. 276.

Yeni CPCN m. 273 (Şöyledir: “Taraflarla danıştıktan sonra tahkikat yargıç bilirkişi incelemesinin çerçevesini belirler ve onlara yöneltilmiş soruları bilirkişilere iletir”). Eski hukukta m. 250 f. I, HUMK m. 279 cümle 1, HMK Tasarısı m. 279.

Yeni CPCN m. 274 (Şöyledir: “[f. I]: Bilirkişiler, yazı işleri müdürlüğü tarafından, taraflardan birinin sorgulanmasının diğer taraf hazır değilken yahut da o diğer tarafın çağrılmasından [çağrılıp dinlenmesinden ve gitmesinden] sonra yapılamayacağı ve eğer belli yerlerde keşif yahut da herhangi bir çeşit ön inceleme yapılması gerekiyorsa tarafların her ikisinin orada hazır bulunmak haklarının varlığı konusunda uyarılırlar. [f. II] Kendisiyle ilgili bilirkişi incelemesinin yapılacağı [örneğin kızlık zararının hasar görüp görmediği incelenecek] kişiden başkasının hazır bulunmaması işin doğası gereği olan hallerde yapılacak bilirkişi incelemeleri saklı kalır [yukarıdaki kuralın kapsamına girmez]. Eski metinde m. 250 f. II, m. 251, HUMK m. 279 cümle 2, m. 280; HUMK Tasarısı m. 284.

Yeni CPCN m. 275 (Bilirkişi incelemesinin yapılmasına [kendisinden kan alınmasına izin vermek gibi tutumla] yardımcı olmak yükümlülüğü. Tanıklıktan kaçınmaya izin veren bir durumda olmanın kişiyi yargıcın bu konudaki emrine uymak yükümlülüğünden bağışık kılmayacağı). Eski metinde ve HUMK’da yoktur. CPCN eski metnine 1957 yılında m. 251 bis olarak, babalık dâvalarında kan muayenesi için konmuştur. HMK Tasarısında benzer kural yoktur, ancak yargıç kan tahlili yaptırılması gibi bir konuda ihtiyatî tedbir süreci içinde karar verirse, bu kararı Tasarıda m. 399 kuralına göre icra dairesi uygulayacağından ve daire, maddedeki f. II gereğince zor da kullanabileceğinden, hem kararın icrası sağlanmış olacak hem de ihtiyatî tedbir kararına uymayan kişinin Tasarıdaki m. 404 kuralına göre cezalandırılması mümkün olacaktır.

Yeni CPCN m. 276 (Rapor: Gerekçeli bilirkişi raporunun, kendilerine bildirilmiş süre içinde verilmesi gereği; bilirkişi birden çok olup da aralarında görüş farkı çıkarsa, azınlıkta kalanın görüşlerini dilerse aynı rapor içinde, dilerse ayrı rapor hâlinde ifade edebileceği; rapor suretleri kaleme verilince taraflara iletileceği). Eski metinde m. 252, 253; HUMK m. 281, 282; HMK Tasarısı m. 285, 286.

Yeni CPCN m. 277 (Bilirkişiye, tamamlayıcı bilgi vermesi için, yargıcın yahut tarafların yeni sorular sorabilecekleri [ek rapor isteyebilecekleri]). Eski metinde m. 254, HUMK m. 283, HMK Tasarısı m. 287.

Yeni CPCN m. 278 (Gerekli olursa istek üzerine ya da re'sen, yargıcın yeniden bilirkişi incelemesi yaptırabileceği). Eski metinde m. 255, HUMK m. 284, HMK Tasarısı m. 287 f. III.

Yeni CPCN m. 279 (Bilirkişi ücretini yargıcın belirleyeceği). Eski metinde m. 256, HUMK m. 285, HMK Tasarısı m. 289 (tasarı, yargıcı, Adalet Bakanlığınca her yıl çıkarılacak târife ile bağlamaktadır).

Yeni CPCN m. 280 (Bilirkişinin görevi reddetmesi yahut yerine getirmemesi. Madde şöyledir: “[f. I:] Haklı sebep olmaksızın bilirkişi olarak işlev görmeyi reddeden kişi, tanıklık etmemekte direnen kişi için öngörölmüş yaptırımlara uğrar. [f. II:] Görevi kabul edince, bilirkişi, yargıç tarafından görevden uzaklaştırılmış değilse, görevi yerine getirmek yükümlülüğündedir. Eğer yeterli neden yokken raporunu belirlenmiş süre içinde sunmazsa ya da raporunu sözlü olarak vermek üzere çağrıldığı duruşmaya gelmezse, görevi ondan, tazminat [ücret] ödenmeksizin, geri alınabilir. [f. III:] Görevini yerine getirmesinde ağır ihmâl gösteren bilirkişi, 1 000 Frank'a kadar para cezasına mahkûm edilebilir”). Eski metinde ve HUMK'da böyle bir kural yoktur. Yalnız, 2004 yılında eklenen HUMK m. 286 f. II konuyla yakından ilgilidir. HMK Tasarısı ise, “Bilirkişinin ceza hukuku bakımından durumu” başlıklı m. 290'da, kısaca, “Bilirkişi, Türk Ceza Kanunu anlamında kamu görevlisidir” dedikten başka, “Bilirkişinin hukukî sorumluluğu” başlıklı m. 291'de de şu kuralları getirmektedir: “[f. I:] Bilirkişinin kasten veya ağır ihmâl suretiyle düzenlemiş olduğu gerçeğe aykırı raporun, mahkemece hükme esas alınması sebebiyle zarar görmüş olanlar, bu zararın tazmini için devlete karşı tazminat dâvası açabilirler. [f. II:] Devlet, ödediği tazminat için sorumlu bilirkişiye rücu eder”. Bu dâva, hukuk mahkemesinde açılacaktır (m. 292).

Yeni CPCN m. 281 (“Bilirkişilerin kanısı yargıcı bağlamaz” ilkesi). Eski metinde m. 257, HUMK m. 286 f. I, HMK Tasarısı m. 288 (Kural şöyle ifade edilmiştir: “Hâkim, bilirkişinin oy ve görüşünü diğer delillerle birlikte serbestçe değerlendirir”).

Yeni CPCN m. 282 (Keşif işleminin amacı: “Yerinde inceleme, yargıcın belli bir vakıayı kendi duyularının algılamasıyla saptamasına yarar”). Yeni CPCN’de başka örnekleriyle de karşılaştığımız, gereksiz ve çocukça maddelerden biri. Çok daha ciddiyetle hazırlanmış olan eski metinde, HUMK’da ve HMK Tasarısı’nda yoktur. Ancak, HUMK m. 363’de yargıcın “münazaalı mahallin” keşfine karar verebileceğini söylemesi de çok yanlıştır, kaynak yasada m. 305’de böyle bir ifade yoktur; dâvanın, şimdi keşfin yapılacağı yere ilişkin bir münazaa/anlaşmazlık’tan doğması asla gerekmez.

Yeni CPCN m. 283 (Başlık: Orada hazır bulunma yükümlülüğü. Madde: “[f. I:] Taraflar ve üçüncü kişiler [hangi üçüncü kişiler? Mahalle bakkalı? Bir diğer gülünçlük. Madde, “Kendilerine çağrı yazısı gönderilmiş olan” diye başlamalıydı] orada hazır bulunmakla yükümlüdür. [f. II:] Haklı sebep olmaksızın reddetme [gelmeme] hâlinde, üçüncü kişi, gelmeyen tanık hakkında öngörülmüş yaptırımlara uğrar. [f. III:] Gelmeyen, taraflardan biri idiye, [onun hakkında yapılacak işlemi] yargıç takdir eder”. Eski metinde, HUMK’da ve HMK Tasarısında böyle bir madde yoktur. Tasarıda m. 297, tarafların ve üçüncü kişilerin keşif yapılmasını engelleyici tutum ve davranışlardan kaçınmak zorunda olduğunu söyler ve f. III’de para cezası yaptırımını belirler. Sırf taraflardan birinin veya çağrılmış bir üçüncü kişinin gelmemesi yüzünden keşfin yapılmaması diye bir hâl ortaya çıkamaz (m. 296, 297).

Yeni CPCN m. 284 (Yargıcın keşif işlemini taraflara çağrı yazısı gönderdikten sonra yapacağı). Eski metinde m. 306 f. I, HUMK m. 364 cümle 1. HMK Tasarısı, *taraflardan biri* keşif kararının verildiği duruşmada hazır değil idiye keşif için ona çağrı yazısı yollanması gerektiğini belirtmeyi unutmuştur ve m. 296 f. I’de, “Keşif, taraflar hazır iseler huzurlarında, aksi takdirde yokluklarında yapılır” deyivermiştir. Oysa hazır bulunması istenecek *üçüncü kişiye* çağrı yazısı gönderilmesi gerektiği m. 297 f. III cümle 2’de belirtilmiştir.

Yeni CPCN m. 285 (Tanıkların ve bilirkişilerin ilgili yerde dinlenebileceği; yâni, keşif yapılmıyormuş gibi ilgili yere gidilerek bu kişilerin orada dinlenebileceği). Eski metinde m. 307, HUMK m. 365, HMK Tasarısı m. 296 f. II kurallarına uygundur.

Yeni CPCN m. 286 (Keşif tutanağının düzenlenmesi). Eski metinde m. 308, HUMK m. 366, HMK Tasarısı m. 296 f. II.

Yeni CPCN m. 287 (Açılmış veya açılacak bir dâvada ileride ibraz edilecek delillerin şimdiden tesbitinin istenebileceği). Eski metinde m. 310, HUMK m. 368, HMK Tasarısı m. 406 f. I.

Yeni CPCN m. 288 (Delil tesbiti istemenin şartları). Eski metinde m. 311, HUMK m. 369, HMK Tasarısı m. 406 f. II.

Yeni CPCN m. 289 (Yetkili yargıç: Dâva açılmış idiye ona bakan yargıç, henüz açılmamışsa tesbit edilecek delilin bulunduğu yerdeki Bölge Mahkemesi [genellikle Sulh Hukuk Mahkemesi işlevindedir] Başkanı). HUMK m. 370 (dâvanın açılmamış olması faraziyesi için kısmen farklıdır ve ihtiyatî tedbir kararı verilmesindeki yetki kuralına paraleldir), HMK Tasarısı m. 407 f. I ve IV (dâvanın açılmamış olması faraziyesi için, daha da farklıdır).

Yeni CPCN m. 290 (Talep süreci). Eski metinde m. 313, 314 f. I; HUMK m. 371, 372 f. I cümle 1; HMK Tasarısı m. 408.

Yeni CPCN m. 291 (İvedi durumlarda hasım taraf duruşmaya ve tesbit işlemine çağrılmadan karar verilerek tesbitin yapılabileceği). Eski metinde m. 314 f. II, HUMK m. 372 f. I cümle 2; HMK Tasarısı m. 409.

Yeni CPCN m. 292 (Yukarıdaki özel kurallar dışında, dava içinde delil sunulmasına ilişkin kuralların delil tesbiti sürecinde de uygulanacağı). Eski metinde m. 315 f. II, HUMK m. 373 cümle 2, HMK Tasarısı m. 410.

Yeni CPCN m. 293 (Delil tesbiti dosyasının asıl dâva dosyasına ekleneceği). Eski metinde m. 316, HUMK m. 374, HMK Tasarısı m. 411 cümle 1.

Yeni CPCN m. 294 (Delil tesbiti işlemlerinin giderini, talepte bulunanın peşin ödemesi gerektiği). Eski metinde ve HUMK'da böyle bir kural yoktur; HMK m. 408 f. II'de ise vardır. Aslında buna gerek yoktu, çünkü eski CPCN m. 359 ve HUMK m. 414, dava taraflarından hangisi bir işlemin yapılmasını istiyorsa onun gerektirdiği masrafı peşin ödemek zorundadır kuralını zaten getirmiş bulunmaktadır.

Yeni CPCN m. 295 (Yazılı yargılama usulünün uygulanmasının genel kural olduğu). Yeni metinde *procédure écrite*=yazılı yargılama usulü denen usulün adı eski metinde m. 151 (HUMK m. 178) vd. üzerindeki başlıkta “*procédure ordinaire*=olağan yargılama usulü” idi. Ad böyle olunca, olağan usul budur diye madde getirmeğe de gerek görülmemiştir; eski metinde, HUMK’da, HMK tasarısı’nda böyle bir madde yoktur. “Yazılı yargılama usulü” adını Tasarı da m. 124 vd.’ni kapsayan Üçüncü Kısım başlığında, benimsemiştir. Şimdiki HUMK metninde, m. 178 vd. üzerindeki İkinci Bâb başlığında yargılama usulünün adı konmaksızın “Sulh Mahkemeleriyle Mahkeme Asliyede mürafaa usulü” deniyor.

Yeni CPCN m. 296 (Dâva dilekçesinin içeriği). Eski metinde m. 152; HUMK m. 179; HMK Tasarısı m. 125 (Dâvacının TC Kimlik numarasının belirtilmesini ve iddia edilen her bir vakıanın hangi delillerle isbat edileceğinin açıklanmasını da istiyor). Yeni sistemde, eksiklerin ilk itiraz konusu edilmesi gerekmiyor; yargıç eksikleri tamamlaması için davacıya re’sen bir haftalık süre verecektir, süre içinde eksiklik giderilmezse dâva açılmamış sayılacaktır (m. 125 f. II).

Yeni CPCN m. 297 (Dâvacının elindeki belgelerin dizi listesiyle birlikte dâva dilekçesine ekleneceği). Eski metinde m. 153; HUMK ilk metnindeki m. 180 (şimdi farklı ve çok daha etkindir), HMK Tasarısı m. 127 (yeni HUMK m. 180 doğrultusundadır).

Yeni CPCN m. 298 (Dava dilekçesi bir yabancı ülkede yahut da ilân yoluyla tebliğ edilecekse; yerini, gününü ve saatini yargıcın belirleyeceği ilk duruşmaya çağırma da içermelidir kuralı). Eski metinde m. 156; HUMK bu kuralı almamıştır ve HMK Tasarısı da böyle bir kural içermemektedir.

Yeni CPCN m. 299 (Dâvalının cevap lâyihası verme süresi: Neuchâtel’de 20 gün. Dikkat: Orada, ilk itiraz öne süren dâvalı, o konuda karar çıkıncaya kadar, esasa cevap vermeyebilir. Bizde de HUMK ilk metninde m. 195 bu yoldaydı). Eski metinde m. 170 (ilke olarak 14 gün), ivedi durumlarda yargıç bunu kısaltabiliyordu (m. 155) ve dâvalının yerleşim yeri Neuchâtel Kantonu dışında ise cevap

süresini yargıç belirlemeli idi (m. 157); HUMK m. 195 (ilke olarak on gün), ivedilik durumunda tahkikat yargıçı süreyi azaltabiliyor (HUMK m. 182), yabancı ülkede ya da mahkemenin yargı çevresi dışında yerleşim yeri bulunan dâvalılar için süreyi tahkikat yargıçı belirliyor (HUMK m. 183); HMK Tasarısı m. 133, süre ilke olarak iki hafta.

Yeni CPCN m. 300 (Davalı ilk itiraz öne sürmüş idiyse esasa cevabının süresini yargıçın belirleyeceği). Eski metinde m. 171. HUMK şimdiki içeriğiyle, ilk itiraz öne süren davalının esasa daha sonra cevap vermek hakkını tanımaz. HMK sistemi de böyledir.

Yeni CPCN m. 301 (Cevap lâyihasının içeriği). Eski metinde m. 175, 176; HUMK m. 200, HMK Tasarısı m. 135.

Yeni CPCN m. 302 (Dâvalının, elindeki belgeleri, dizi listesiyle, cevap yazısına eklemesi gerektiği). Eski metinde ve HUMK ilk metninde böyle bir madde yoktu; bizde m. 180 değiştirilince, dâvacı ile dâvalının durumlarında paralellik sağlamak üzere, m. 200 sonuna, f. II olarak, “180 inci madde hükmü, cevap dilekçesi hakkında da uygulanır” kuralı eklenmiştir. HMK Tasarısında aynı içerikteki kural, m. 135 f. II’dedir.

Yeni CPCN m. 303 (Dâvalının ilk itirazlar dışındaki savunma temeli olacak bütün iddiaları, öne sürebileceği karşı dâva istemi dâhil, cevap yazısında topluca yer almalıdır kuralı). Eski metinde m. 177; HUMK m. 202 f. I (bizde artık dâvalı ilk itirazlarını esasa vereceği cevaplardan ayrı olarak öne süremiyor); HMK Tasarısı m. 123 f. I (ilk itirazların dahi esasa cevap ile birlikte cevap dilekçesinde toplu olarak öne sürülmesi gereğini belirtir).

Yeni CPCN m. 304 (Dâvalının ilk itirazlarını da dilerse esasa cevapla birlikte öne sürebileceği, ancak bunların incelenip karara bağlanmasının mutlaka öncelikle yapılacağı). Eski metinde m. 174, HUMK ilk metninde m. 199 (1981’de kaldırılmıştır). Şimdiki sistemimizde ve HMK Tasarısı sisteminde böyle bir kural yoktur.

Yeni CPCN m. 305 (Dâvalının cevap dilekçesinde esasa cevap verirken bir karşı dâva istemi de öne sürebileceği). Eski metinde m. 178, HUMK m. 203, HMK Tasarısı m. 139.

Yeni CPCN m. 306 (Bir istemin karşı dâvaya konu edilebilmesi için, onunla asıl davadaki istem arasında bir bağlantı bulunması ya da karşı dâva isteminin asıl dava istemine göre takas veya mahsup istemi niteliğinde olması gereği). Eski metinde m. 179, 180; HUMK m. 204, 205; HMK Tasarısı m. 138 f. I bent b.

Yeni CPCN m. 307 (Karşı dâva açabilmek için, karşı dâvadaki istemin ayrı bir yargı kolunun yargı yetkisine girmemesi gereği). Eski metinde m. 181, HUMK m. 206. HMK Tasarısı bu kuralı kendiliğinden anlaşılır sayarak, benzer bir maddeye yer vermemiştir. Zaten tasarıda m. 141, “Bu kanunun dâva ile ilgili hükümleri, aksine özel düzenleme bulunmayan hallerde, karşı dâva hakkında da uygulanır” demekle, yargı kolu ve görev konusundaki ilkelerin karşı dâva açılması konusunda da geçerli olduğunu belirtmiş bulunmaktadır.

Yeni CPCN m. 308 (Karşı dâvanın asıl dâvadan bağımsız varlığı. Madde şöyledir: “Takas definin [!] kullanılıyor olması durumu dışında, asıl dâvadan feragat edilmesi karşı dâvayı düşürmez”.

Karşı davada bir takas hakkı [defi değil yenilik doğuran hak] kullanılıyor idiyse asıl dâvadan feragat, bunun dâvacısının alacağını düşürdüğü için, karşı dâva dâvacısının yapmak istediği takas işlemi konusuz kalacak ve yapıldığı, sonuç doğurduğu içeriğinde hüküm verilemeyecektir yâni karşı dâva dahi konusuz kalacaktır. Ama karşı dâvaya dayanak edinilen alacak düşmeyip de, karşı dâva dâvacısının onun ödenmesi için yeni bir dâva açmak yetkisi saklı kalacak mıdır? Yeni CPCN metnini hazırlayanlar böyle düşünmüş olabilirlerse de bu düşüncenin doğruluğu kuşkuludur. Çünkü kendi karşı-alacağını karşı dâva dilekçesinde yâni asıl dâvaya verdiği cevap yazısında takas amacıyla değerlendiren kişinin daha (maddî hukuk işlemi ve gerçek anlamda bir hukukî işlem olan) bu irade açıklamasının hasım tarafa ulaşmasıyla hukukî işlem, takas, tamamlanır ve sonucunu doğurur. Demek ki asıl davada 20 000 TL alacağın tesbit ve tahsili istenmişken dâvalı kendisinin 30 000 TL’lık karşı alacağı için takas beyanında bulunup asıl dava isteminin, o alacak takasla düştüğü için reddini, kendi bakiye alacağı 10 000 TL’nin tahsiline hüküm verilmesini istemişse; alacağının 10 000 TL’na inmiş olarak varlığını sürdürmesi, mahkemenin hükmüyle doğacak bir sonuç değildir, daha

önce takas işlemiyle bu sonuç gerçekleşmiştir. İşte durum böyleyken asıl dava davacısı kendisinin 20 000 TL'lik alacak dâvasından feragat beyanında usulen bulunmuşsa, aslında artık var olmayan bir alacak için yürüyen dâvadan feragat etmektedir. Dâvalının karşı alacağı ise, onun yaptığı takas işlemi dolayısıyla, artık 10 000 TL'na inmiş durumdadır.

Yeni CPCN m. 309 (Dâvacının replik/cevaba cevap yazısı verebileceği). Eski metinde m. 184, HUMK m. 209, HMK Tasarısı m. 142 f. I.

Yeni CPCN m. 310 (Karşı dâva açılmış olması durumunda asıl dâva dâvacısının, karşı dâva dilekçesi işlevinde olan, asıl dâvadaki cevap yazısına cevap verebileceği ve bunun asıl dava bakımından replik işlevinde olacağı). Kendiliğinden anlaşılan bu kural eski metinde, HUMK'da veya HMK Tasarısı'nda yoktur.

Yeni CPCN m. 311 (Dâvalının düplik/cevaba cevabın cevabı yazısı verebileceği). Eski metinde m. 185; HUMK m. 210; HMK Tasarısı m. 142 f. I.

Yeni CPCN m. 312 (Dâva dilekçesi ile cevap dilekçesine ilişkin kuralların kıyas yoluyla replik ve düplik için de uygulanacağı). Eski metinde m. 186; HUMK m. 211; HMK Tasarısı m. 142 f. II.

Yeni CPCN m. 313 (*İstemde değişiklik yapılması. Madde şöyledir: “[f. I:] Lâyhalar teatisi sırasında ve tahkikat için duruşma yapılıncaya kadar, taraflar, istemlerini değiştirebilirler ve özellikle arttırabilirler; yeter ki yeni istemlerle başlangıçtaki istemler arasında bir bağlantı bulunsun. [f. II:] Yeni istemlerinin gerektirdiği ölçüde, taraflar, vakıalar hakkındaki iddialarını tamamlamaya ve yeni kanıtlar sunmaya yetkilidirler”*). Eski metinde böyle bir madde yoktu; HUMK'da ve HMK Tasarısı'nda da yoktur. Böylece Neuchâtel yargılama hukukuna çok önemli bir değişiklik getirilmektedir.

Yeni CPCN m. 314 (İstem veya savunma temeli olacak yeni dayanakların öne sürülmesi. İlke. Madde şöyledir: “Taraflar dâvanın her aşamasında, yargılamanın bitimine kadar, dâva sırasında ortaya çıkmış vakıalara [örneğin dava konusu borcun ödenmesine] dayanan yeni dayanaklar ileri sürebilirler”. Eski metinde, HUMK'da ve

HMK Tasarısı'nda böyle bir madde yoksa da aslında kural yeni değildir. Çünkü eskiden beri Neuchâtel'de ve bizde, *dâvanın açılması sonrasında* ortaya çıkmış bir vâkıanın ileri sürülmesine hasım tarafın "Genişletmeye rızamız yoktur" itirazında bulunmasının dinlenmeyeceği gerek öğretide gerek mahkeme içtihatlarında duraksamasız kabul edilmektedir.

Yeni CPCN m. 315 (Yeni vakıaların ileri sürülmesi süreci. Madde şöyledir: "[f. I:] Bu dayanaklar, süreye uyulmazsa onları ileri sürme hakkının düşeceği yaptırımını altında, ilgili tarafın bu dayanaklara varlık kazandıran vaktaları öğrenmesini izleyen otuz gün içinde ileri sürülmelidir. [f. II:] Bunlar, dâva dilekçesinin ya da cevap dilekçesinin tamamlayıcı eki biçiminde sunulurlar. [f. III:] Diğer taraf bunlar hakkındaki cevabını ve gerekli ise kendisinin öne süreceği dayanakları içeren yazısını, tebliği izleyen on gün içinde sunmak zorundadır".

Yeni CPCN m. 316 ("Eğer durum böyle gerektiriyorsa yargıç re'sen ya da istek üzerine, ek deliller sunulmasını emreder" kuralı). Eski metinde, HUMK'da ya da HMK Tasarısı'nda yoktur. Çünkü Neuchâtel'de ve bizde, ihtilâflı kalmış, gerçeği anlaşılmamış vakıalar için yargıç daima delil veya ek delil isteyebilir (CPCN eski m. 69 f. II, bizde HUMK m. 75 f. III, CPCN yeni metninde m. 57 f. II); genişletme yoluyla yeni ileri sürülmüş vakıalar bakımından yeni Neuchâtel Yasasının o kuralı burada tekrar etmesine hiç gerek yoktu.

Yeni CPCN m. 317 (Tahkikat yargıcının görevlendirilmesi) Madde şöyledir: "[f. I:] Dâva dilekçesi kaleme verilir verilmez Mahkeme Başkanı dâva için bir tahkikat yargıcı belirler. [f. II:] Kalem tarafları bundan bilgilendirir. [f. III:] Tahkikat yargıcı, kanunun açıkça esası hükme bağlayacak yargıcın tekeline vermediği yetkilere [o yetkilerin tümüne] sahiptir". Eski metinde m. 154; HUMK m. 181 f. I. Tasarıda, toplu mahkemelerde tahkikat yargıcı atanmasına ilişkin bir kurala yer verilmemiştir, ancak hiç kuşkusuz yargılama usulü kurallarının tahkikat yargıcı tarafından yapılacağını belirttiği işler için bir tahkikat yargıcının atanması zorunludur.

Yeni CPCN m. 318 (Yargıcın tarafları ya da vekillerini, dinlemek için, dâvanın her aşamasında re'sen duruşmaya çağırabileceği). Eski metinde m. 187, HUMK m. 213, HMK Tasarısı m. 150 f. I.

Yeni CPCN m. 319 (Tahkikat duruşması. Madde şöyledir: “[f. I:] Lâyihaların teati edilmesinden sonra, yargıç tarafların hazır bulunacağı bir tahkikat duruşması belirler. [f. II:] Ancak dâva ona [artık tahkikata gerek olmaksızın dosya üzerinden] hükme bağlanabilir görünüyorsa böyle yapmaktan vazgeçebilir. [f. III:] Gereklilik olduğu ölçüde, delillerin duruşmada sunulmasını ya da duruşma öncesinde sunulmasını emredebilir”). Eski metinde m. 188, HUMK m. 214, HMK Tasarısı m. 150, 153.

Yeni CPCN m. 320 (Duruşmada, delillerin sunulması ve incelenmesi dışında yapılacak işler). Eski metinde m. 190; HUMK m. 216; HMK Tasarısı m. 145, 146.

Yeni CPCN m. 321 (Hangi delillerin sunulacağı ve sunuşun nasıl yapılacağı konularında yargıcın duruşmada taraflarla birlikte inceleme yapması). Eski metinde m. 191 f. II, HUMK m. 217 f. II; Tasarıda bu içerikte madde yoktur.

Yeni CPCN m. 322 (Yargıcın, kısaca gerekçe göstererek, sunulmasını uygun gördüğü delilleri belirtmesi). Eski metinde m. 192; HUMK m. 218; HMK Tasarısında böyle bir madde yoktur.

Yeni CPCN m. 323 (Bu belirtmenin ya duruşmada sözlü olarak ya da duruşmadan sonraki on gün içinde taraflara yazılı bildirim yapmakla olacağı). Eski metinde, HUMK'da, HMK Tasarısı'nda bu içerikte madde yoktur. Bizim uygulamamızda yargıç, sunulmak istendiği halde sunulmasına gerek yahut cevaz görmediği delil varsa bunu bir ara kararında belirtmekle yetinir.

Yeni CPCN m. 324 (Tarafların bütün iddiaları hakkında tahkikatın topluca yapılacağı; yargıç gerek görürse birinin incelenmesine öncelik verilebileceği). Eski metinde m. 195, HUMK m. 221, HMK Tasarısı m. 149.

Yeni CPCN m. 325 (Delillerin sunulup incelenmesi bitince, tahkikatın kapandığı kararının açıklanması). Eski metinde m. 188, HUMK m. 214 f. I, HMK Tasarısı m. 152.

Yeni CPCN m. 326 (Taraflardan biri isterse yargıcin, tahkikat aşaması kapanınca, kendisinin belirleyeceği süre içinde tarafların dosyaya son diyeceklerini özetleyen birer yazı sunmalarına izin verebileceği). Eski metinde m. 317, HUMK m. 375 cümle 1, HMK Tasarısı m. 190.

Yeni CPCN m. 327 (Tahkikat kapanınca dosyanın yargıçların incelemesine sunulacağı). Eski metinde m. 317 f. I, HUMK m. 375 cümle 2; HMK Tasarısı m. 191 f. I.

Yeni CPCN m. 328 (Tarafların yargılama duruşmasına çağırılması). Eski metinde m. 318 f. I, HUMK m. 376, HMK Tasarısı m. 192 f. I.

Yeni CPCN m. 329 (Yargılama duruşmasında taraflara ikişer kez söz verileceği ve sonra yargılamanın bittiğinin açıklanacağı). Eski metinde m. 318 f. II, HUMK m. 376 f. II, HMK Tasarısı m. 192 f. II.

Yeni CPCN m. 330 (Yargılama duruşmasında taraflar dinlendikten sonra tahkikat aşamasının yeniden açılıp tahkikatın tamamlanmasına karar verilebileceği). Eski metinde m. 323, 324; HUMK m. 378, 379. HMK Tasarısı ise, tahkikatın kapandığı bildirilmekle kalmayıp sözlü yargılama dahi yapıldıktan sonra tahkikat aşamasına dönülmesine olanak veren bir kural içermiyor (bkz. m. 192, özellikle f. II: "Sözlü yargılamada mahkeme, taraflara son sözlerini sorar ve hükmünü verir").

Yeni CPCN m. 331 (Mahkeme tahkikat aşamasının yeniden açılmasına karar vermişse gerekli incelemeyi tam kadroyla veya nâip yargıç eliyle yapabileceği). Eski metinde m. 324; HUMK m. 379. HMK Tasarısı ise, gördüğümüz gibi, tahkikat aşamasına yeniden dönülmesine cevaz vermiyor.

Yeni CPCN m. 332 (Tahkikatın tamamlanması kararı çıkmamışsa mahkemenin tarafları dinledikten sonra hemen alenen karar müzakeresine geçeceği; gerekli görürse müzakereyi başka bir oturuma bırakabileceği). Eski metinde m. 326'ya göre yargılama duruşmasında taraflar dinlendikten sonra mahkeme kendi yapacağı karar müzakeresinin gününü belirliyordu ve müzakere alenî yapılacağın-

dan o gün, taraflara bildiriliyordu. Bizde HUMK m. 381 hemen karar müzakeresine geçilmesini gerektiriyorsa da bu müzakere m. 382 gereğince hafiyyen (gizli olarak) yapılır. HMK Tasarısı m. 300 f. II ve m. 301 f. I kuralları da bu doğrultudadır.

Yeni CPCN m. 333 (Yasanın başka türlü kural getirmediği işlerde mahkeme üyelerinin karar için yapacağı müzakere ve oylamanın alenî olacağı yolundadır). Eski metinde m. 327 (aynı içeriktedir). HUMK'daki ve tasarındaki durumu biraz önce belirttik.

Yeni CPCN m. 334 (*Hüküm metninin elden dolaştırılarak imzalatılması. Madde şöyledir: "[f. I:] Dâvanın giyap kararıyla sürüyor olması veya kabul edilmiş yahut da tarafların buna açıkça muvafakat etmiş bulunması durumlarında; Mahkeme Başkanı dâvanın [böyle haller için önceden hazırlanıp çoğaltılmış ilâm örneklerinden bir nüshanın] sözlü yargılama yahut alenî müzakere yapılmaksızın elden dolaştırılması [ve imzalanması] suretiyle hükme bağlanmasını önerebilir. [f. II:] Eğer yargıçlardan biri bu öneriyi kabul etmezse dâvanın sözlü yargılama duruşması yapıp hükme bağlanması için [taraflara] çağrı yazıları gönderilir"*). Eski metinde, HUMK'da, HMK Tasarısı'nda böyle bir madde yoktur.

Yeni CPCN m. 335 (Seri/Hızlandırılmış yargılama usulünün uygulanacağı hallerde, aşağıdaki özel kurallar saklı kalmak üzere, yazılı yargılama usulü kurallarının geçerli olacağı). Eski metinde m. 451, HUMK m. 502. Tasarıda bu yargılama usulüne yer verilmemiştir, çünkü birkaç sürenin biraz kısaltılmış olması dışında özelliği yoktur.

Yeni CPCN m. 336 (Cevap süresinin [orada eski m. 170'e göre kural olarak 14 gün iken] on gün olduğu). Eski metinde m. 454, süreyi yedi gün olarak veriyordu; HUMK m. 505 de bu doğrultudadır.

Yeni CPCN m. 337 (*İlk itirazların esasa cevapla birlikte bildirilmesi gerektiği; ancak bunların öncelikle incelenip karara bağlanacağı*). Eski metinde m. 452, HUMK m. 503. Bizde yazılı usulde de ilk itirazların esasa cevapla birlikte bildirilmesi zorunluluğu m. 195'in değiştirilmesiyle kabul edildikten sonra bu m. 503'ün işlevi

ve önemi kalmamıştır. HMK Tasarısında ise seri/hızlandırılmış yargılama usulü hiç yoktur.

Yeni CPCN m. 338 (Lâyihalar teatisinden sonra tahkikat duruşmasının en yakın tarihe konacağı). Eski metinde m. 454 ikinci yarım; HMK m. 505 ikinci yarım. HMK Tasarısında ise seri/hızlandırılmış yargılama usulü hiç yoktur.

Yeni CPCN m. 339 (İkinci layiha teatisinin yâni replik ve düplik verilmesinin yapılmayacağı). Eski metinde bu kural yoktu, HUMK'da da yoktur. HMK Tasarısında ise seri/hızlandırılmış yargılama usulü hiç yoktur.

Yeni CPCN m. 340 (Hükmün, dosya yargıçların incelemesi için onlara sunulduktan sonraki 30 gün içinde verilmesi gereği). Eski metinde m. 456, HUMK'a alınmamıştır; HUMK yalnız m. 506'da Sulh Hukuk Mahkemeleri için, seri usulde hüküm yargılama bitiminde hemen verilmezse en geç 5 gün içinde verilmesi gerektiği kuralını içerir.

Yeni CPCN m. 341 (Sözlü yargılama usulünün, ilke olarak bizdeki Sulh Hukuk Mahkemesi işlevinde bulunan Bölge Mahkemelerinde bütün dâvalarda uygulanacağı kuralı). Eski metinde m. 418; HUMK ilk metninde m. 473 (hâlâ "şifahî usulü muhakeme sulh mahkemelerinde câridir" dediği halde bunun böyle kalması unutkanlık eseridir, çünkü basit usule ilişkin HUMK m. 507'nin şimdiki metni, bent 1'de, m. 176 bent 10'daki davalarda da basit usulün uygulanacağını söyler ve o bentte, sulh hukuk mahkemesindeki dâva ve işler'den söz edilir); *HMK Tasarısı m. 322 f. I bent 1'e göre de sulh hukuk mahkemelerinde basit usul uygulanır.*

Yeni CPCN m. 342 (Sözlü usule ilişkin özel kuralların yanı sıra, bunlara aykırı düşmeyen yazılı usul genel kurallarının sözlü usulde de uygulanacağı). Eski metinde m. 418, HUMK m. 473 f. II. *HMK Tasarısı ise, sözlü yargılama usulü diye bir usule hiç yer vermemektedir.*

Yeni CPCN m. 343 (Sözlü usulde de dâvanın hiç değilse kısaca gerekçe veren bir dilekçeyle açılacağı ve dilekçeye gerekli belgelerin ekleneceği). Eski metinde m. 243 dâvanın, taraflar kendi rıza-

larıyla mahkemeye gelip (sözle) başvurduğunda yahut da dâvacının gelip dâvalıya çağrı gönderilmesini isteyen bir yazı sunmasıyla açılmış olacağını söylüyordu. HUMK m. 474 ise verilecek yazıyı dâva zaptı diye adlandırmıştır ve onun içeriğini dâva dilekçesi içeriğine yaklaştırmıştır. Buna karşılık *HMK Tasarısı, sözlü yargılama usulü diye bir usule hiç yer vermemektedir.*

Yeni CPCN m. 344 (Yargıcın dâvalıyı istemden bilgilendireceği ve tarafları tahkikat duruşmasına çağıracağı). Eski metinde m. 420 f. I; HUMK m. 476; *HMK Tasarısı ise, sözlü yargılama usulü diye bir usule hiç yer vermemektedir.*

Yeni CPCN m. 345 (Dâvalının isterse yazılı cevap gönderebileceği). Dâvalının bu yetkisi hukukun genel ilkelerinin sonucu olduğundan eski metinde ayrıca belirtilmesine gerek görülmemiştir. HUMK m. 477 f. III, dâvalı yazılı cevap göndermişse yargıcın, duruşmaya iki taraf da gelmemiş olsa bile, dosya üzerinden hüküm verebileceğini söylemektedir. *HMK Tasarısı ise, sözlü yargılama usulü diye bir usule hiç yer vermemektedir.*

Yeni CPCN m. 346 (Duruşmada tarafların iddia ve savunmalarını sözlü olarak açıklayacakları, davalının sözlü olarak karşı dâva dahi açabileceği). Eski metinde m. 426-429; HUMK m. 477 f. III, 478-481; *HMK Tasarısı ise, sözlü yargılama usulü diye bir usule hiç yer vermemektedir.*

Yeni CPCN m. 347 (Yargıcın önce, tarafları uzlaştırmaya çalışacağı; uzlaşma olmazsa istemleri tutanağa geçireceği; bundan sonra, çekişmeli vakıaları aydınlatmaya çabalayacağı). Bu madde eski metinde ve HUMK'da yoktur. *HMK Tasarısı ise, sözlü yargılama usulü diye bir usule hiç yer vermemektedir.*

Yeni CPCN m. 348 (İstemler tutanağa geçirildikten sonra, hasım tarafın muvafakati veya ıslah olmadan değiştirilemeyecekleri ve arttırılamayacakları; ancak istem ve savunma temeli vakıa iddialarının tahkikat bitinceye kadar öne sürülebileceği). Eski metinde m. 430 f. II; HUMK m. 482 (bizim metin netice-i iddiaların yâni istemlerin değiştirilip arttırılması konusunda Neuchâtel metnine uymakla birlikte, istem ve savunma temeli *vakıa iddialarının* genişletilip

değiştirilmesine değil *yeni delil ibraz ve ikamesine* izin vermektedir. *HMK Tasarısı ise, sözlü yargılama usulü diye bir usule hiç yer vermemektedir.*

Yeni CPCN m. 349 (Sunulmasına izin verilen delilleri yargıcın belirleyeceği). Eski metinde m. 434 f. I; HUMK m. 486 f. I, özellikle cümle 2. *HMK Tasarısı ise, sözlü yargılama usulü diye bir usule hiç yer vermemektedir.*

Yeni CPCN m. 350 (Delil ikamesi duruşmasında söylenenlerin ilke olarak tutanağa geçirilmeyeceği, ancak dâva değeri 4 000 Frank'ı buluyorsa tarafların tutanağa geçirilme isteyebilecekleri). Eski metinde m. 435 f. II, değer ne olursa olsun, taraflara tutanak düzenlenmesini istemek hakkı tanımadan ancak yargıç öyle karar verdiği takdirde tutanak düzenleneceğini söylüyordu. HUMK m. 487 farklıdır ve duruşmadaki ifadelerle yapılan işlemlerin özetlenmiş olarak tutanağa geçirileceği içeriğindedir. *HMK Tasarısı ise, sözlü yargılama usulü diye bir usule hiç yer vermemektedir.*

Yeni CPCN m. 351 (Delillerin sunulması bitince yargıcın tahkikat aşaması bitti açıklamasını yapacağı). Eski metinde m. 436, doğal saydığından, bu kuralı ifade etmemiştir, HUMK m. 488'de de durum böyledir. *HMK Tasarısı ise, sözlü yargılama usulü diye bir usule hiç yer vermemektedir.*

Yeni CPCN m. 352 (İlke olarak tarafların tahkikat sonunda son diyeceklerini ifade eden lâyiha veremeyecekleri). Eski metinde m. 436 f. I, HUMK m. 488 (yargıcın emretmesi veya izin vermesi gereği). *HMK Tasarısı ise, sözlü yargılama usulü diye bir usule hiç yer vermemektedir.*

Yeni CPCN m. 353 (Tahkikat aşaması kapanınca hemen yargılama duruşmasına geçileceği ve yargıcın taraflara ikişer kez söz verip sonra yargılama aşamasının da kapandığını açıklayacağı). Eski metinde m. 437, HUMK m. 489 f. I. *HMK Tasarısı ise, sözlü yargılama usulü diye bir usule hiç yer vermemektedir.*

Yeni CPCN m. 354 (Hükümün hemen sözlü olarak açıklanacağı, ancak açıklamanın en geç 30 gün içinde yapılmak üzere daha sonraki bir duruşmaya ertelenebileceği; hüküm fıkrasının taraflara

yazıyla tebliğ edileceği ve kanun yoluna başvurma hakkının varlığıyla süresinin de belirtileceği). Eski metinde bu kural yoktu, orada m. 438 farklı idi; bizde de HUMK m. 489 farklıdır. *HMK Tasarısı ise, sözlü yargılama usulü diye bir usule hiç yer vermemektedir.*

Yeni CPCN m. 355 (Kanun yoluna başvurma dilekçesinin hükmü veren mahkemeye süre içinde sunulacağı ve dilekçe haklı ise yargıcın kendi kararını 30 gün içinde düzeltip yeni karar suretlerini taraflara tebliğ ettireceği; bu yeni kararda, üst mahkemeye 20 gün içinde başvurulabileceğinin yazılacağı). Kural yenidir, eski metinde böyle bir madde yoktu, HUMK'da da yoktur. *HMK Tasarısı ise, sözlü yargılama usulü diye bir usule hiç yer vermemektedir.*

Yeni CPCN m. 356 (Durumun gereklerine göre yargıcın hükmü sözlü olarak açıklamadan, yargılama sona erdikten sonraki 30 gün içinde yazıya geçirerek verebileceği). Eski metinde ve HUMK'da böyle bir madde yoktur. *HMK Tasarısı ise, sözlü yargılama usulü diye bir usule hiç yer vermemektedir.*

Yeni CPCN m. 357-375, "İkinci Bölüm-Evlilik birliğini ilgilendiren işlerde yargılama usulü" başlığı altında yer alıyorlar. *Bu bölüm maddeleri yenidir; eski metinde ve dolayısıyla HUMK'da yoktur; HMK Tasarısı dahi böyle bir bölüm içermez.* Orada yeni kabul edilen bu yargılama usulünün, duruşmalarda aleniyeti kaldıran kural (m. 357), federal Medeni Hukuk'un öyle gerektirdiği hallerde vakıaları araştırmakta yargıcın aktifliği (m. 358 f. I), boşanma dâvalarında dâva temelinin gerçekleştiği konusunda ikrarla bağlı olmaması (m. 358 f. III), çocukların tanık olarak dinlenmesinin özel olarak düzenlenmesi (m. 359) gibi, çok önemli özellikleri vardır.

Yeni CPCN m. 376 (*Basit yargılama usulünün hangi hallerde uygulanacağı*). Eski metinde 457; gerek bu kural gerek HUMK ilk metnindeki, bundan alınma m. 507, çok kısıtlı bir uygulama alanı öngörmekte iken 1711 sayılı yasa ile 1973'de değiştirilmiş olan m. 507 metni, özellikle o metnin sulh mahkemelerinde sözlü yargılama usulünün değil basit yargılama usulünün uygulanmasını buyuran kuralı, söz konusu usulün uygulanma alanını çok genişletmiştir. *HMK Tasarısı m. 322, genişletmeyi daha da ileriye götürecektir.*

Yeni CPCN m. 377 (Basit yargılama usulünde de dâvanın bir dilekçe ile açılacağı ve gerekli belgelerin buna ekleneceği). Eski metinde m. 459, HUMK m. 508, HMK Tasarısı m. 323 f. I.

Yeni CPCN m. 378 (Yargıcın tarafları duruşmaya çağıracağı ve gelmeseler bile hüküm vereceği uyarısında bulunacağı). Eski metinde m. 460, HUMK m. 509. HMK Tasarısı böyle bir kural içermiyor çünkü HUMK m. 213 yazılı usulde de aynı uyarının dâvetiyeye yazılmasını buyurmaktadır ve Tasarıda m. 153 f. II aynı doğrultudadır. Oysa yazılı usulün kuralları, diğer yargılama usullerini düzenleyen maddelerde farklı kuralın getirilmemesi hâlinde diğer yargılama usullerinde de uygulanırlar.

Yeni CPCN m. 379 (Tahkikat duruşması yapılmadan karar verilmesi mümkün ise yargıcın davalıyı yalnızca yazılı cevap vermeye ve dayandığı belgeleri yazıyla birlikte sunmaya dâvet edebileceği). Bu kural eski metinde m. 460 ve HUMK m. 509'da açıkça ifade edilmiş değilse de zımnen anlaşılabilirdi, çünkü maddede "dâvanın mâhiyeti istisnâ bir muamele icrasını [yâni tahkikat duruşmasına yer bırakmadan hüküm verilmesini] mucip görülmezse tayin olunacak muhakeme gününde hazır bulunmak üzere dâvetnâme tebliğ ... olunur" diyor. HMK Tasarısı m. 326 f. I de aynı doğrultudadır.

Yeni CPCN m. 380 (Deliller duruşmada hemen sunulur kuralı). Eski metinde m. 461 f. I; HUMK m. 510 f. I; HMK Tasarısı m. 324 tüm delillerin daha dava dilekçesi ve cevap dilekçesi verilirken bunlarda belirtilmesini ve tarafların elinde bulunan yazılı delillerin de dilekçeye eklenmesi gereğini ifade ediyor. Delillerin incelenmesi de f. III gereğince ilke olarak en geç iki duruşmada tamamlanacaktır.

Yeni CPCN m. 381 (Taraflardan birinin duruşmaya gelmesinin tek sonucu, onun yokluğunda dâvanın görülmesine devam edilmesidir kuralı). Eski metinde m. 461 f. III; HUMK m. 510 f. II cümle 2 bu doğrultuda iken zaten artık hukukumuzda genel çözüm böyle olduğundan gereksiz kalan o cümle 3156 sayılı yasa ile yapılan değişiklikle kaldırıldı. Dolayısıyla, HMK Tasarısına da basit yargılama usulünü düzenleyen yerde öyle bir cümle konmasına gerek görülmedi.

Yeni CPCN m. 382 (Hüküm 30 gün içinde verilir kuralı). Eski metinde ve HUMK'da, HMK Tasarısı'nda yoktur

Yeni CPCN m. 383 (Yollama maddesi: "Daha önceki maddelere ve Federal İİK ile getirilmiş kurallara ters düşmedikçe, sözlü yargılama usulü kuralları ve [o kurallar arasında bulunan] yollama gereğince yazılı yargılama usulünün kuralları, [basit yargılama usulünde de] kıyas yoluyla uygulanırlar"). Eski metinde m. 462, HUMK m. 511, HMK Tasarısı m. 328 f. I.

Yeni CPCN m. 384 (Haczedilmiş mallara istihkak iddiasıyla, Federal İİK m. 107, 109, 155/Türk İİK m. 96, 99, 147 çerçevesinde açılacak dâvaların açılabileceği mahkeme, malların bulunduğu yerin ya da tâkibin yürütülmekte olduğu yerin mahkemesidir kuralı). Eski metinde m. 463; HUMK m. 512. *HMK Tasarısı, hacizli mallara istihkak dâvası konusunu düzenlemeyip İİK'daki özel kurallara ve HMK ile getirilecek genel kurallara bırakmıştır.*

Yeni CPCN m. 385 (Öncelikle bir uzlaşma girişimi için Bölge Mahkemesi Başkanı huzurunda bulunmaya çağrının yapılması gereği). Eski metinde m. 467 f. II, HUMK m. 513'de, ilk duruşma gününde yargıcın öncelikle tarafları uzlaşmaya teşvik edeceği kuralı içeriğiyle yer almıştır. HMK Tasarısı'nda yoktur.

Yeni CPCN m. 386 (Tarafların dayandıkları bütün belgeleri duruşmada ibraz etmelerinin gerektiği-Yargıcın onları uzlaştırmaya çalışacağı). Eski metinde m. 467; HUMK m. 513. HMK Tasarısı'nda yoktur.

Yeni CPCN m. 387 ("Uzlaşma durumunda tarafların anlaşması tutanağa geçirilir. İki taraftan hiç birine harç ve giderler yükletilmez [her birinin ödediği kendi üzerinde kalır]" kuralı). Eski metinde m. 468, HUMK m. 414'deki gibiydi, 1960 yılında yapılan değişiklikte dava açılmasına gerek kalmadan uzlaşma girişimi aşamasında sonuçlanmış süreç için taraflara hiç harç ve gider yüklenmemesi kabul edildi. Tasarıda bu madde yoktur.

Yeni CPCN m. 388 ("Uzlaşma olmazsa veya çağrılan kişi uzlaşma girişimi duruşmasına gelmezse, uzlaşmazlık konusu tutanağa yazılarak yargıç hak iddiasına dâvasını görevli ve yetkili mahke-

mede açması için bir süre verir” kuralı). Eski metinde m. 469; ancak eski metin süre verilmesini yargıca bırakmayıp süreyi on gün olarak kendisi belirliyordu; HUMK m. 515 (“İki taraf sulh olmazlarsa esas dâva rüyet ve hallolunur” demektedir). HMK Tasarısında bu madde yoktur.

Yeni CPCN m. 389 (Dâvacının gelmemesi. Madde şöyledir: “[f. I:] Dâvacı uzlaşma girişimi duruşmasına gelmezse, süreç ertelenir.-[f. II:] 204 üncü madde kıyas yoluyla uygulanır” [Yargıç yenileme dilekçesi sunması için dâvacıya on günlük süre verir; dilekçeyi vermezse veya verip de yine duruşmaya gelmezse dâva açılmamış sayılır]). Eski metinde m. 470, buna benzemektedir, 5 gün içinde yenileme dilekçesi verilmesi gereğini kalem yazı ile bildirmektedir. Bu madde HUMK’a alınmamıştır. HMK Tasarısında da böyle bir madde yoktur.

Yeni CPCN m. 390 -397. “Beşinci Bölüm: Geçim sağlama yükümlülüğü ve nafaka ödemek borcu işlerinde uygulanacak yargılama usulü” başlığı altında yer alan bu maddeler, 1925 tarihli kaynak yasaya, bizim onu alıntılamanızdan sonra 1952 yılında konan m. 470a-470f kurallarına dayanmaktadır yâni o maddeleri, kimi az veya çok değiştirilmiş olarak, yansıtmaktadır. Bunların karşılığı HUMK’da yoktur. HMK Tasarısı da böyle bir bölüm içermemektedir. O nedenle, yeni CPCN m. 390-397’nin uygulanmasına dayanan yeni Neuchâtel içtihatları, bizim yargılama usulü uygulamamız için yol gösterici olamazlar.

Yeni CPCN m. 398-413. “İstinaf” başlığı altında yer alan bu maddeler, keza 1925 tarihli CPCN metninde aynı başlık altında bulunan m. 375-392 kuralları, biz onları alıntılama sırasında kendi yasamızın, HUMK’nun kapsamına almayıp atladığımız için (ve sonra, “İstinaf” başlığı altındaki, istinaf mahkemesi işlevi görecektir Bölge Adliye Mahkemeleri bugün dahi kurulup çalışmaya başlamış olmadığından uygulanmasına hâlâ geçilemeyen m.426A-426U kurallarını 2005 yılında 5236 sayılı yasa ile HUMK içine eklerken başka kaynaklardan, özellikle ZPO’dan esinlendiğimiz için), *eski veya yeni CPCN’daki, istinaf konusuna ilişkin kuralları uygulayan yahut uygulayacak Neuchâtel içtihatları bizim aynı konuya ilişkin*

yargılama usulü uygulamamız için bize yol gösterici olamazlar. Zaten sistemin özü itibariyle de arada büyük fark vardır. Bizde, istinaf başvurusu, ilk derece mahkemelerinin bütün nihaî kararlarına karşı yapılabilecek (HUMK m. 426/A) ve istinaf mercii de, yetkili Bölge Adliye Mahkemesi olacak (HUMK m. 426/C f. IV) iken, CPCN sisteminde, eski metindeki m. 375'e göre, (ilke olarak Sulh Hukuk Mahkemesi işlevindeki) Tribunal de District/Bölge Mahkemesinin, Adliye Örgütü Yasası m. 15'de sayılmış kararlarına karşı istinaf yoluna başvurulabiliyordu ve inceleme mercii de (ilke olarak Asliye Hukuk Mahkemesi işlevindeki) Kanton Mahkemesi idi. Diğer yandan, bizde, uygulanmasına başlanacak yeni düzenlemede, temyiz başvurusu ilk derece mahkemesi kararlarına karşı değil, istinaf mahkemesi işlevindeki Bölge Adliye Mahkemesinin kararlarına karşı ve hakem kararlarına karşı yapılır (HUMK yeni m. 427). İnceleme mercii, Yargıtaydır. Onlarda ise, istinaf mahkemesi kararlarına karşı temyiz yoluna gitmek şöyle dursun, Bölge Mahkemesi kararlarının eski CPCN m. 393 kuralında tek tek sayılmış konulara ilişkin olanları (istinaf başvurusuna konu olamayıp) temyiz başvurusuna konu olabiliyordu ve temyiz mercii (kantonun) Temyiz Mahkemesi Hukuk Bölümü idi. Yeni CPCN kuralları da oradaki eski sisteme göre büyük değişiklik getirmiyor.

Bu yüzden, HUMK'da ve HMK Tasarısı'nda karşılığı bulunmayan bu yeni CPCN kuralları hakkında tek tek bilgi vermekte yarar görmedik.

Yeni CPCN m. 414-426. Bunlar, Neuchâtel'de temyiz konusunu düzenleyen yeni maddelerdir. Aynı yasada eski metinde var olan m. 393-402 kurallarına dayanırlar yâni o maddeleri, kimi az veya çok değiştirilmiş olarak, yansıtmaktadır. Oysa biz, HUMK için 1925 tarihli CPCN metninden alıntılama yaparken, "Temyiz" başlıklı m. 427-444 kurallarımızı, ilke olarak, o alıntılama kapsamı içinde tutmamıştık; Neuchâtel'deki maddelerin yalnız bir iki tanesinden esinlenmiş ama esinlendiğimiz maddeleri dahi kenti metnimizde önemli ölçüde değiştirmiştik (örneğin HUMK m. 443'de , CPCN m. 400'den alınmış kısım yalnız ve yalnız 5 kelimelik ilk cümle idi). Geri kalanların ise hemen hemen tümü bize özgü kurallar idi.

HUMK'nun o günden beri geçirdiği değişiklikler söz konusu kural-ları, daha da "bize özgü" hâle getirdi. Bu nedenlerle, Türk hukuk-çularının temyiz konusuyla ilgili usul hukuku sorunlarında düşebi-lecekleri duraksamaları gidermekte bize yol göstericilik edebilmek bakımından, çıkmış yahut çıkacak yâni eski yahut yeni CPCN met-nini uygulamış Neuchâtel kararlarının yararı, sıfır'e yakındır. Böyle olunca, Yeni CPCN m. 414-426 kurallarını tek tek aktarmakta da yarar görmedim. Burada yalnız yeni metnin içerdiği çok ilginç bir kuralı, bizde de benimsenmesi yerinde olur mu diye tartışılması için, meslekdaşlarımın dikkatine sunmak istiyorum:

Yeni metinde m. 426 f. II'ye göre, (Kantonun) Temyiz Mah-kemesi Hukuk Bölümü, temyiz edilen hükmün bozulmasına karar verince, bir seçeneğe sahiptir. Seçeneğin birinci şıkkında, dosyayı aynı mahkemeye yahut da kendisinin uygun göreceği bir diğer mah-kemeye gönderir. Seçeneğin ikinci şıkkında ise, işte burası özellikle önemli, uyuşmazlığın esasını kendisi, re'sen yahut istek üzerine, ka-rara bağlar! Görülüyor ki, bizde Yargıtaya, bozulacak kararın varmış olması gereken çözümü görmek için yeni tahkikat işlemleri yapıl-masının gerekli olmadığı durumlar için tanınan, o kararı "değiştire-rek ve düzelterek onama" yâni böyle yapıyorum diye hükmü kendisi verme yetkisi (şimdiki m. 438 f. VII), üstelik bizde aranan şart orada aranmayarak, adı da mâsumane "değiştirerek ve düzelterek onama" filân diye konmadan düpedüz gerçeği ifade etmekle "La cour peut ... statuer au fond" = "Mahkeme [yâni Cour de Cassation Civile, Temyiz Mahkemesi Hukuk Bölümü] işin esasını hükme bağlayabi-lir" denerek, kabul edilmiştir. Bu çözümün, sürecin uzamasını önle-mek bakımından yararı inkâr götürmez; ancak çok önemli sakıncası, yerel mahkemenin ısrar kararı vermek yetkisini yok etmesindedir. Oysa ısrar suretiyle verilen kararların içinde hiç de küçümsenmeye-cek oranda karar, HGK tarafından haklı bulunup onanmaktadır.

Yeni CPCN m. 427 (Yargılanmanın yenilenmesinin istenebi-leceği durumlar). Eski metinde m. 403, HUMK m. 445, HMK Tasa-rısı m. 381. CPCN yeni metnindeki kural, çok kapsamlı olan iki bent içinde ifade edilmiştir. Ayrıca, Neuchâtel'deki gerek eski gerek yeni maddenin öngördüğü hukuksal sonuçlarla bizim HUMK m. 445 ku-

ralının veya Tasarıdaki m. 381 kuralının öngördüğü sonuçlar arasında, kimi önemli, farklar vardır.

Yeni CPCN m. 428 (“[Hükmün kesinleşmesinden sonra] haktan feragat, dâvacının haklı olduğunun dâvalı tarafından kabul edilmesi veya sulh vâki olmuş ise, kesinleşmiş hüküm maddî hukuk nazarında etkisiz hâle düşmüş bulunduğu takdirde, yargılamanın yenilenmesi istenebilir” kuralı). Eski metinde, HUMK’da, HMK Tasarısında böyle bir madde yoktur.

Yeni CPCN m. 429 (Üçüncü kişinin hükme itirazı. “Hüküm taraflar arasında [üçüncü kişiye zarar vermek amacı güdülerek] hileli bir işbirliğiyle elde edilmişse, o hükmün kendilerine karşı kullanılabilceği bütün kişiler [zarar görebilecek üçüncü kişiler] yargılamanın yenilenmesini istemek hakkına sahiptir” kuralı). Eski metinde m. 404, HUMK m. 446, HMK Tasarısı m. 382.

Yeni CPCN m. 430 (Yargılamanın yenilenmesi istemi için öngörülen hak düşürücü süre: yargılamanın yenilenmesini istemeye hak veren sebebin gerçekleştiğinin öğrenilmesinden yahut da o sebebin varlığını tesbit eden ceza mahkemesi hükmünün açıklanmasından başlayarak üç ay). Eski metinde m. 405, HUMK m. 447, HMK Tasarısı m. 383.

Yeni CPCN m. 431 (Talepte bulunma mercii ve usulü). Eski metinde m. 406, 407; HUMK m. 448; HMK Tasarısı m. 384, 385.

Yeni CPCN m. 432 (Sırf talepte bulunmanın, eski hükmün icrasını ilke olarak ertelemeyeceği, ancak başvuru yargıcın erteleme kararı verebileceği). Eski metinde m. 409, HUMK m. 449, HMK Tasarısı m. 387.

Yeni CPCN m. 433 (Esas hakkında incelemenin sonucu: Duruma göre, eski hükmün tamamen yahut kısmen iptali, veya onun yerine yeni bir hüküm verilmesi). Eski metinde m. 410, HUMK m. 450, HMK Tasarısı m. 386.

Yeni CPCN m. 434 (Yargılamanın yenilenmesi süreci sonunda verilen hüküm, eski hükmün alt boşluğuna şerh verilir kuralı). Eski metinde m. 411, HUMK m. 451, HMK Tasarısı m. 386 f. II.

Yeni CPCN m. 435 (Çıkan hükme karşı kanun yolunun açık olduğu). Eski metinde m. 412, HUMK m. 452, HMK Tasarısında ise kanun yolunun açık olduğunu belirten bir madde konması gerekli görülmemiştir.

Yeni CPCN m. 436 (Hükmün icrasına kadar iki taraftan her birinin tavzih isteyebileceği). Eski metinde m. 413, HUMK m. 455, HMK Tasarısı m. 311.

Yeni CPCN m. 437 (Talebin şekli; Hükmü veren mahkemeye gerekçe içeren bir dilekçe vererek yapılacağı). Eski metinde m. 414 f. I, HUMK m. 456 cümle 1, HMK Tasarısı m. 312 f. I cümle 1.

Yeni CPCN m. 438 (İnceleme süreci: Talebin dinlenmezliğini hemen gösteren bir durum yoksa mahkemenin dilekçeyi diğer tarafa, cevap süresini belirleyerek, tebliğ ettireceği). Eski metinde m. 414 f. II, HUMK m. 456 cümle 2, HMK Tasarısı m. 312 f. I cümle 2.

Yeni CPCN m. 439 (Cevap gelmemiş olsa bile, cevap süresi geçince mahkemenin istemi evrak üzerinden karara bağlayacağı, uygun görürse tarafların sözlü açıklamalarını dinleyeceği). Eski metinde m. 415; HUMK m. 457, HMK Tasarısı m. 312 f. II.

Yeni CPCN m. 440 (Tavzih isteminin, hükmün icrasını ertelemeyeceği; ancak yargıcın uygun görürse erteleme kararını, teminat alarak veya almayarak, verebileceği). Eski metinde m. 416 (m. 409'a yollama yapmakla yetiniyordu), HUMK m. 458 f. II (m. 448'e yollama yapmaktadır; 449 olacaktı ve kaynak yasanın burada yollama yaptığı madde odur; HUMK m. 448'in konuyla ilgisi yoktur, dilekçenin hangi mahkemeye verileceği konusundadır, oysa tavzih dilekçesinin verileceği yeri yasa m. 437'de belirtmiştir). HMK Tasarısında ise sırf tavzih isteminin hükmün icrasını ertelemeye neden olmayacağı yolunda kural ifade edilmesine gerek görülmemiştir. Çünkü bu gereklilik, ancak "sırf tavzih istemi sebebine ertelenme" sonucunu ifade eden bir özel kural getirilmişse var olabilirdi, oysa öyle bir kural getirilmemiştir.

Yeni CPCN m. 441 (Mahkemenin, talebi kabul ederse, yapacağı iş). Eski metinde m. 416 f. I; HUMK m. 458 f. I, HMK Tasarısı m. 312 f. III yollamasıyla m. 310.

Yeni CPCN m. 442 (Tavzih istemi üzerine verilen kararın, tavzih edilen hükmün ilk metni aslına, alt tarafa yazılacağı). Eski metinde m. 416 f. II yollamasıyla m. 411; HUMK m. 458 f. II yollamasıyla m. 451; HMK Tasarısı m. 312 f. II yollamasıyla m. 310 f. II.

Yeni CPCN m. 443 (Tavzih istemi üzerine verilen karara karşı kanun yolunun açık olduğu). Eski metinde ve HUMK'da, HMK Tasarısında bu kural, kanun yoluna başvurma konusundaki genel kuralların gereği sayılarak onun ayrıca burada ifade edilmesine gereklilik görülmemiştir.

Yeni CPCN m. 444-457. Mahkeme hükümlerinin icra edilmesi usulü hakkındadır. Bu maddeler, geniş ölçüde, eski metindeki m. 492-500 kurallarına dayanmaktadır. Biz, hukuk devrimimiz sırasında, İsviçre'nin aslında *yalnız para borçlarını ödettirmek* amaçlı güden icra tâkiplerini (iflâs tâkibi de o arada olarak) düzenleyen "Borç İçin Tâkip ve İflâs Hakkında Federal Kanun"unu model yasa, kaynak yasa olarak benimseyip, onun içinde var olmayan, ilâmların icrası usulüne ilişkin kuralları (İİK m. 24-41'de) kendimiz tamamlamıştık ve bunu yaparken İsviçre'nin şu ya da bu kantonunun yargılama usulü yasasındaki kuralları model edinmiş değildik. Böyle olunca, bizim Türk hukukçuları olarak mahkeme ilâmlarının icrası süreçleri konusuyla ilgili hukuk sorunlarında duraksamaya düşmemiz hâlinde İsviçre'deki şu yahut bu kantonun medenî yargılama usulü yasasındaki kuralların kendileri yahut onların uygulanmasına ilişkin içtihatlar, açıklamalar, "hukuk birliği nedeniyle bizim için de yol gösterici" olamazlar (hukuk birliği yoktur). Bu nedenle, CPCN yeni metnindeki m. 444-457 kurallarının her birinin içeriğini belirtmeye girişmekte yarar görmedim.

Yeni CPCN m. 458 (Temhir/mühürleme ve tahrir/envanter yazımı yapılmasının, hukukun öngördüğü durumlarda, [ilke olarak Sulh Hukuk Mahkemesi durumundaki] Bölge Mahkemesinin Başkanı tarafından istek üzerine veya re'sen, mahkeme Yazışleri Müdürü'ne emredilebileceği). Eski metinde m. 506, 507, 515; HUMK m. 546, 554 f. I; HMK Tasarısı m. 412. HUMK'da temhir ve tahrir konularına birçok madde ayrılmış olmasına karşılık Tasarıda m. 412 f. I'de, bunların yapılmasına mahkemece karar verilebileceği belirtilmekle yetinilmiştir.

Yeni CPCN m. 459 (İşlemler sırasında ilgililerin ye da vekillerinin hazır bulunabileceği). Eski metinde ve HUMK'da, HMK Tasarısında bu kuralı ayrı maddede ifade etmeğe gerek görülmemiştir.

Yeni CPCN m. 460 (Direnişle karşılaşılsa bile mührün konacağı ve envanter yazımının yapılacağı; çalışılacak yer kapalı ise Yazışleri Müdürünün Mahkeme Başkanından çalışmasına olanak sağlayacak tedbirleri almasını [idare makamlarına hitaben gerekli isteklerde bulunmasını] isteyebileceği. Eski metinde ve HUMK'da, HMK Tasarısında bu kuralı ayrı maddede ifade etmeğe gerek görülmemiştir.

Yeni CPCN m. 461 (İşlemlerin tutanağa geçirileceği). Eski metinde ve HUMK'da, HMK Tasarısında bu kuralı ayrı maddede ifade etmeğe gerek görülmemiştir.

Yeni CPCN m. 462 (Yazı işleri müdürünün neleri mühürleyerek koruma altına alacağı; bunların konduğu yerin kilit yerini dahi mühürleyip anahtarını kendi yanına alacağı). Eski metinde m. 510, HUMK m. 549. HMK Tasarısında bu kuralı ayrı maddede ifade etmeğe gerek görülmemiştir.

Yeni CPCN m. 463 (Öne sürülen hak iddialarının tutanağa geçirileceği ve durumun gereğine bakılarak, üzerinde hak iddia edilen nesnenin, hak iddiacısına, gerekiyorsa teminat alınarak, verilebileceği). Eski metinde m. 509 f.II, HUMK m. 548. HMK Tasarısında bu kuralı ayrı maddede ifade etmeğe gerek görülmemiştir.

Yeni CPCN m. 464 (Vurulmuş mührün, imkân ortaya çıkar çıkmaz, hemen kaldırılacağı. Mühür ipinde koparılmışlık veya bir hile yapıldığı görüntüsü varsa, Yazışleri Müdürünün durumu tutanağa geçireceği ve hemen Mahkeme Başkanına bildireceği). Eski metinde m. 512, HUMK m. 551. HMK Tasarısında bu kuralı ayrı maddede ifade etmeğe gerek görülmemiştir.

Yeni CPCN m. 465 (Uygulama sırasında bir uyuşmazlık ortaya çıkarsa sorunu Mahkeme Başkanının basit yargılama usulünü uygulayarak karara bağlayacağı). Eski metinde m. 511, HUMK m. 550. HMK Tasarısında bu kuralı ayrı maddede ifade etmeğe gerek görülmemiştir.

Yeni CPCN m. 466 (Envanter kaydı yapılırken malların kaydı bakımından eksik bırakılmaması gerektiği). Bu çocukça maddeye de eski metinde, HUMK'da, HMK Tasarısında yer verilmemiştir.

Yeni CPCN m. 467 (Envanter kaydının içeriği). Eski metinde m. 516, HUMK m. 555. Böyle bir madde HMK Tasarısında yoktur.

Yeni CPCN m. 468 (Kaydedilen malların değerini gösterebilmek için Yazışleri Müdürünün bilirkişilerin görüşünü alabileceği). Eski m. 518 ve HUMK m. 557, kaydedilen eşyanın değerinin takdir edilip deftere yazılacağını belirtmekle yetinir. HMK Tasarısında bu konuda madde yoktur.

Yeni CPCN m. 469 (İstihkak iddia edilecek, üçüncü kişiler elinde bulunan malların dahi envanter defterine kaydedileceği. Keza üçüncü şahısların ileri sürdüğü istihkak iddialarının deftere yazılacağı). Eski metinde m. 517, 518; HUMK m. 556, 557. HMK Tasarısında bu madde yoktur.

Yeni CPCN m. 470 (Kanton dışında bulunan mallar hakkında Yazışleri Müdürünün edinebildiği bilginin deftere yazılacağı). Eski metinde m. 521; HUMK m. 560. HMK Tasarısında bu madde yoktur.

Yeni CPCN m. 471 (Taksim davasının, yetkili Bölge Mahkemesi Başkanına başvurmakla açılacağı, sözlü yargılamanın uygulanacağı). Eski metinde m. 522, HUMK m. 561. Taksim ve izale-i şüyu maddeleri HMK Tasarısında yoktur.

Yeni CPCN m. 472 (Sürecin başında kabulde bulunan dâvalıya sürecin harç ve masraflarının yüklenemeyeceği). Eski metinde, HUMK'da, HMK Tasarısında bu madde yoktur.

Yeni CPCN m. 473 ("Taksim yapılması doğrultusunda ön karar çıkınca taraflar, taksimin yapılaş tarzı konusunda kendi aralarında anlaşamazlarsa, bu konunun hükme bağlanması için Bölge Mahkemesi Başkanı huzuruna gönderilirler. Dosya önüne gelir gelmez Başkan tarafları duruşmaya çağırır" içeriğindedir). Eski metinde m. 523, HUMK bu maddeyi almamıştır; HMK Tasarısında da bu madde yoktur.

Yeni CPCN m. 474 (Mahkemenin yapacağı işlem). Eski metinde m. 524, HUMK m. 562. HMK Tasarısında bu madde yoktur.

Yeni CPCN m. 475 (Mahkeme Başkanının kur'aya konulacak parçaları belirlerken basit yargılama usulünü uygulayacağı; kur'a ile bölüştürme mümkün olmayıp malın satılması ve bedelin paylaşılması gerekecekse bu konuda da aynı suretle karar vereceği). Eski metinde m. 527, HUMK m. 565. HMK Tasarısında bu madde yoktur.

Yeni CPCN m. 476 (Diğer uyuşmazlıkların genel kurallar çerçevesinde yetkili makamca karara bağlanacağı; bir dâva açılacaksa onun Bölge Mahkemesi Başkanı tarafından belirlenecek sürede açılması gerektiği; bu yapılmazsa ilgili kişinin iddiasından vazgeçmiş sayılacağı [ve taksim sürecinin sonuçlandırılacağı]). Eski metinde m. 529, HUMK m. 567. HMK Tasarısında bu madde yoktur.

Yeni CPCN m. 477 ("Taksim yapılmakta iken ortaya çıkan uyuşmazlıklar sadece o uyuşmazlıkla bağlantılı işlemleri kesintiye uğratar" kuralı). Eski metinde m. 530, HUMK m. 568. HMK Tasarısında bu madde yoktur.

Yeni CPCN m. 478 (İzale-i şüyu denen) "Bölünmemiş malların satışı". İlke: "[f. I:] İlgililer arasında, satışın yapılıp yapılmayacağı konusunda olsun satış yapılacaksa nasıl yapılacağı konusunda olsun, anlaşma sağlanamazsa, satış talebi Bölge Mahkemesi Başkanına, sözlü yargılama usulü kurallarına göre, sunulur. [f. II:] Yasanın başka yolda işlem yapılmasını öngördüğü haller saklıdır". Eski metinde m. 531 (bazı ayrıntılar yönünden farklıdır), HUMK m. 569. HMK Tasarısında bu konu düzenlenmemektedir.

Yeni CPCN m. 479 (Satış yapılmasını buyuran hükümde onun yapılış biçiminin de müzayede ile satış kurallarına göre belirleneceği). Eski metinde m. 532, HUMK m. 570. HMK Tasarısında bu konu düzenlenmemektedir.

Yeni CPCN m. 480-489 Müzayede/Açık arttırma ile satış konusunu ayrıntılı biçimde düzenleyen maddelerdir (eski metinde m. 533-546). Bizde ise HUMK, m. 571'de, İİK'ndaki açık arttırma kurallarına yollama yapar; m. 572'de de, kaynak yasada bulunmayan, açık arttırma yolu ile satışta şuf'a hakkının kullanılmasına ilişkin bir

kural getirir, açık arttırma ile satış konusunda başka madde içermez. HMK Tasarısında ise bu konu da kapsam dışı bırakılmıştır. Bu durum dolayısıyla, Yeni CPCN m. 480-489 kurallarından her birinin içeriği hakkında kısaca da olsa bilgi vermenin Türk hukukçuları için önemi ve ilginçliği yoktur.

Yeni CPCN m. 490-494. Yasada m. 490'da visa/vize diye anılan, bir resmî görevlinin kendine sunulan belge üzerine yazdığı "Bana sunulmuştur" şerhlerine ve yasada m. 491'de légalisation denen, bir resmî görevlinin belge üzerine yazdığı "Bu belgedeki imza falan kişiye aittir" içeriğiyle, imzanın sahte olmadığını açıklayan şerh konusuna ilişkin, hangi görevliler bu şerhleri yazmağa yetkilidir gibi kuralları içeriyor. Bu tür kurallar CPCN eski metninde m. 547-552'de idi ve HUMK'a alınmamıştı. O nedenle, CPCN yeni metnindeki m. 490-494'den her birinin içeriği hakkında kısaca da olsa bilgi vermenin Türk hukukçuları için önemi ve ilginçliği yoktur.

Yeni CPCN m. 495-499. Federal hukuka göre bir para borçlusunun mahkemedен karar alıp o kararda belirtilen yere parayı yatırmakla borçtan kurtulabileceği durumlarda bu "tevdî" işleminin yapılmasıyla ilgili usulü düzenlemektedir. Aynı konu eski metinde m. 553-556'da düzenlenmiş idi; o maddeler HUMK'a alınmamışlardır. O nedenle, CPCN yeni metnindeki m. 495-499'dan her birinin içeriği hakkında kısaca da olsa bilgi vermenin Türk hukukçuları için önemi ve ilginçliği yoktur.

Yeni CPCN m. 500-508. CPCN'da yapılan değişiklik sebebiyle diğer bazı yasalarda da yapılması gereken değişikliklere ilişkin, yürürlükten kaldırılan kurallara ilişkin veya geçiş dönemi ilkelerine yahut da yasanın yürürlüğe giriş tarihine ilişkin maddelerdir.

SONUÇ

Bu toplu gözden geçirme üzerine vardığımız sonuç şudur:

1. Yeni CPCN metni bizim kaynak yasamız olmuş eski CPCN metnine göre pek cüz'i oranda değişiklik getirmektedir. Bu kadar önemsiz oranda değişiklik için kanunun sistematüğini gereksiz yere

altüst etmenin, hukukçuların alışıl gelmiş madde numaralarına ilişkin bilgilerini bir anda hiç işe yaramaz hâle getirmenin gereği yoktu. Yapılacak değişiklikler, yasada uygun yerlerde ifade edilebilirdi ve araya mükerrer numaralı maddeler de konabilirdi.

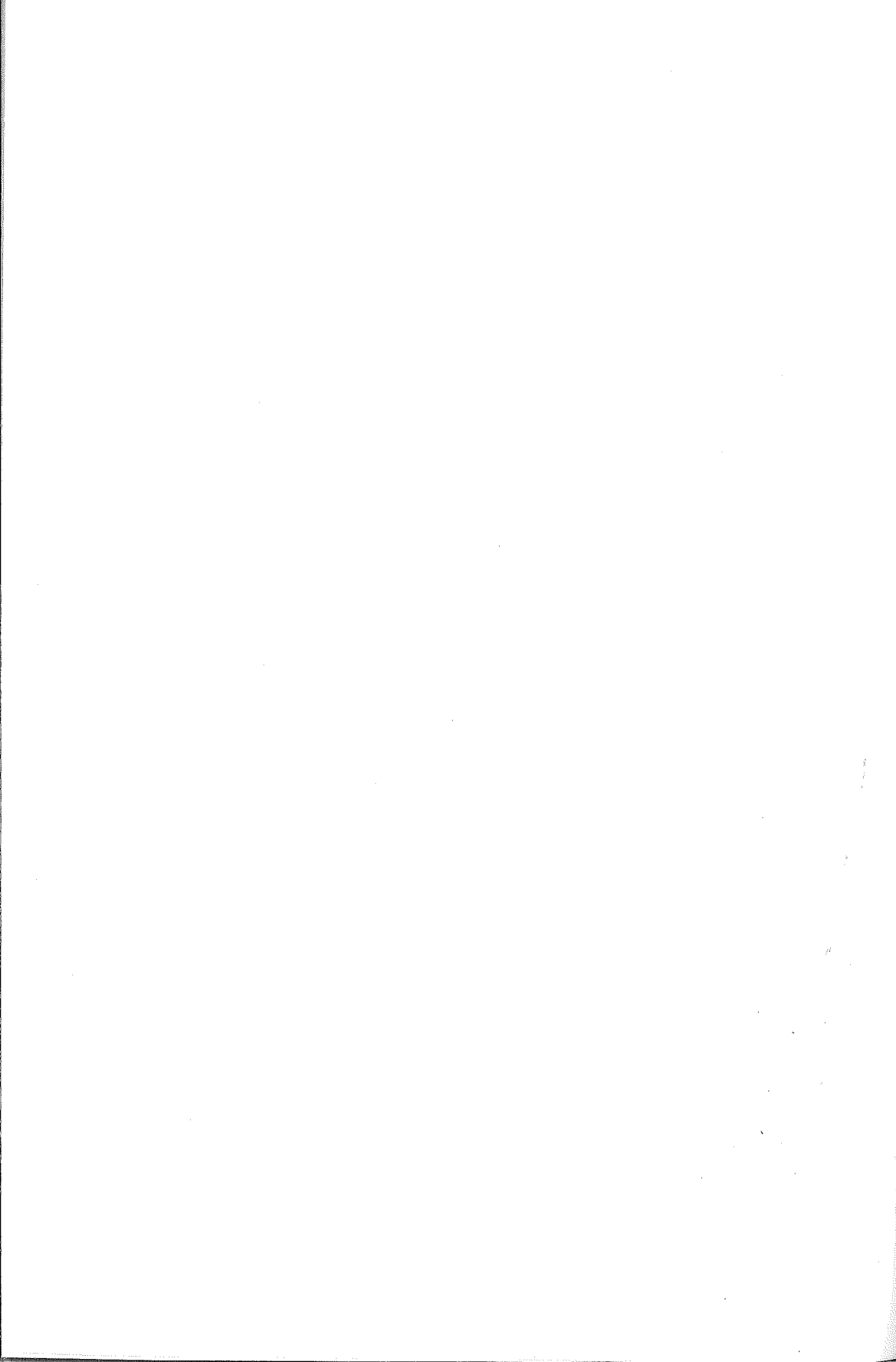
2. Yapılan değişiklikler sayı ve oran yönünden cüz’i olduktan başka, bunların, hükümde âdil ve doğru sonuca ulaşılması amacına yahut da dâvaların uzun sürmemesi amacına yapacağı katkı, o değişiklikleri teker teker incelediğimizde görüyoruz ki, keza cüz’i ölçüde kalacaktır.

3. 1925 tarihli CPCN metni çok sağlam yapılı iki Medenî Yargılama Usulü yasınının, Alman ZPO’u ile Bern Kantonu ZPO’unun yol göstericiliğiyle, derine işlemiş etkisiyle hazırlanmıştı. Hazırlayanların da yüksek düzeyde uzman kişiler olduğu, eserlerinden anlaşılıyor¹. Oysa yeni CPCN metninin yeni maddelerinde bu düzeyi görmiyoruz; çocuk işi denecek nice gereksiz ve tuhaf madde bile karşımıza çıkmıştır (örneğin, m. 58, 107, 110, 112; 162’de bent b, c, e, f; m. 167, 186, 199, 226, 282, 466 ile ilgili açıklamalarımıza bkz.).

Bizim HUMK metninin yerini alacak HMK Tasarısını ortaya koyan meslekdaşlarımızın, kendi yapıtlarında yâni HMK Tasarısı metninde ortaya koydukları düzeyin yeni CPCN metninde asla görülememesi, hele hele m. 308’de takastan “*l’exception de compensation=takas defî*” diye söz edilmesi gibi ilkçağdan kalma

1 Türk öğretî yapıtlarında, 1925 tarihli CPCN esas alınarak HUMK’nun kabulü döneminde yaşamış eski üstatlar (Ansay, Belgesay, Necip Bilge, Postacıoğlu) MUH kitaplarında, CPCN metninin değeri hakkında az çok yeterli tartışma yapıp sonuca varmaktan geri durmuşlardır. Yalnız Ansay, 1920’lerde Neuchâtel Üniversitesi Hukuk Fakültesi’nde MUH Kürsüsünde öğretim üyesi görevinde bulunmuş iki Profesörden yâni bizim HUMK metninin hazırlanması çalışmalarına da katılmış Sauser-Hall ile, o çalışmalara çağırılmamış Mentha’dan ikincisinin, kendisine “Beni Neuchâtel’de CPCN hazırlanması çalışmalarına da çağırılmamışlardı, o yasanın hazırlanmasında hiç rolüm olmamıştır, bilesin ve herkese söyleyesin” içeriğinde bir söz söylemiş olduğunu aktarıyor (Hukuk Yargılama Usulleri, 7. bsl., Ankara 1960, s. 14). Açığı ki bu sözler, o hazretin, “Beni işe karıştırmadan bir yasa hazırladılar, o da pek beğenilecek bir yasa olmadı” görüşünü imâ eder. Ansay’ın kendisi, “Mentha’nın dediği gibi, kanunumuz [CPCN metnine geniş ölçüde dayanan HUMK] *ideal bir kanun değildir*” diyor ama CPCN *kötü yasadır* demekten de geri duruyor.

cahillikler (bu konuda bkz. von Tuhr, § 3 IV 3, Türkçe çeviride c. I s. 31); ikrarın bölünmezliği denen ve Roma Hukuku metinlerinin yanlış yorumlanmasına dayanan kadim Fransız hukukçularının etkisiyle bundan 200 yılı aşkın zaman önce Fransız Medeni Kanunu içine çöreklenmiş çözümün hem de eski metinde yokken yeni metin içine m. 232'ye konması, üstelik o çözümün yanlışlığı benim Schweizerische Juristen-Zeitung'un 1966 yılı 10. sayısında Fransızca olarak yayınlanmış "La divisibilité de l'aveu" (=İkrarın bölünürlüğü) başlıklı yazımda hazretlerin gözü içine sokulmuş iken sırf böyle gelmiş böyle gider bağlılığı uğruna bu tutumun izlenmesi, hiç de Neuchâtel hukukçularının övgü kazanmasına yol açabilecek haller değildir.



KAT MÜLKİYETİNE TABİ YAPILARIN GÜÇLENDİRİLMESİNE İLİŞKİN YENİ DÜZENLEMELERE KISA BİR BAKIŞ

Prof. Dr. Abdülkadir ARPACI*

I. Konuya Giriş

Ülkemizin deprem bölgesinde olduğu bilinmektedir. Geçirdiğimiz son büyük depremlerden bir çok binanın zarar gördüğü, bunlardan bir kısmının güçlendirme ile ayakta tutulabileceği de bilinen gerçeklerdendir. Zarar gören binalar içinde yıkılmaya yüz tutmuş (mail-i inhidam) olanlarla ufak tefek onarıma muhtaç olanların bulunduğu da belirtilmelidir. Burada, son iki grup binayı inceleme konusu dışında tutmaktayız.

Öte yandan, anılan depremlerden sonra yapılmış olmakla birlikte, şu veya bu sebeple, gelecekteki bir sarsıntıya dayanamayacak olan ve dolayısıyla güçlendirme ihtiyacı içinde bulunan yapılar da yok değildir.

İşte, Kat Mülkiyeti Kanununun birçok hükmünü değiştiren ve yeni hükümler de getiren 14.11.2007 tarih ve 5711 sayılı Kanunla, KMK. 19/II hükmü de değiştirilmiş, güçlendirme bakımından bu fıkraya yeni bir düzenleme eklenmiştir. Bu yeni düzenleme, yapıların depreme dayanıklı hale getirilmesini hukuken kolaylaştırmayı amaçlamaktadır. Ne var ki ve ne yazık ki, kanunlar yapılırken ilgili konunun uzmanlarına fazla itibar edilmediğinden ve çok iyi araştırma ve hazırlık yapılmadığından, getirilen düzenlemeler maksada hizmette başarısız olmaktadır. Bu yüzden de, sürekli biçimde kanun

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

değiştirilmekte, giderek hukuk güvenliği zedelenmektedir. Şüphesiz, bu gidiş, hukukun izlenmesini ve hukuka nüfuzu da güçleştirmekte, hukukçuluğu içinden çıkılmaz, üstesinden gelinmez meslek haline getirmektedir.

Bu sözlerimizden anlaşılmalıdır ki, inceleme konumuzu oluşturan düzenleme de, hedefine varabilecek nitelikte değildir. Aşağıda, konuyu daha yakından ele alacağız.

II. Anayapının Güçlendirilmesinin Zorunlu Olması Halinde, Güçlendirme İşleri İçin Takip Edilecek Hukuki Yol

Kanunun konuya ilişkin ifadesi, "... ana yapının güçlendirilmesinin zorunlu olduğunu mahkemece tespit edilmiş olması halinde, (...) güçlendirmenin projesine ve tekniğine uygun biçimde yapılması konusunda kat maliklerinin rızası aranmaz" şeklindedir.

Şu halde, şayet güçlendirmenin zorunlu olduğuna dair bir mahkeme hükmü varsa, yani bu zorunluluk mahkemece "tespit" edilmiş ise, kat malikleri muhalefet etseler bile, güçlendirme yapılabilecektir. Kat malikleri, ancak, güçlendirmenin projesine ve tekniğine uygun olmaması veya güçlendirme zorunluluğunun mahkemece tespit edilmemiş olması halinde ilgili girişim ve ameliyelere karşı koyabileceklerdir.

Acaba, bir binanın güçlendirilmesi zorunluluğu mahkemece nasıl tespit edilecektir? Belirtelim ki, mahkemenin bu hususta re'sen hareket etmesi düşünülemez. Çünkü, kamu düzenini ne kadar yakından ilgilendirirse ilgilendirsin, mahkeme, ancak önüne getirilen ihtilaf ve talepler konusunda karar verebilir. Öyleyse, ana yapının güçlendirilmesi konusunda da, tespit talebi mahkemenin önüne bir şekilde getirilmelidir. Bu talebi mahkemeye götüreceği kişi de, herhalde Cumhuriyet Savcısı olmamalıdır. Zira, bu hususta kanunda açıklık bulunmadığı gibi, kat mülkiyeti ilişkisinin nitelik ve özelliği böyle bir çözüme yabancısıdır. Şu halde, geriye kalan tek çözüm, söz konusu tespit talebinin kat maliki veya kat malikleri tarafından yapılması şeklindedir. Ancak, hemen ifade edelim ki, güçlendirmenin can ve mal güvenliği ile çok yakın ilgisi

dolayısıyla bu hususta kamu makamlarından birini yetkili (ve görevli) kılmak daha doğru olacaktır. Bu çözüm tarzı, özel hukuk alanında kamunun söz sahibi olamayacağı gerekçesiyle yadırganmamalıdır. Zira, kamu düzenini yakından ilgilendiren hususlarda, söz konusu çözüm tarzının kabul edilebildiği görülmektedir ve bu yaklaşım şekli yadırganmamaktadır. Mesela, evliliğin mutlak butlanı davasının Cumhuriyet Savcısı tarafından da (re'sen) açılabilmesine şahit olmaktayız (MK.146/I). Hukukumuzda bu konuda başka örnekler de mevcuttur.

Şüphesiz, yapılan açıklamalar, incelemekte olduğumuz hükmünde geçen "tespit" sözünün "tespit hükmü" şeklinde anlaşılması hali için geçerlidir. Şayet, buradaki "tespit", "delil tespiti" biçiminde anlaşılırsa kamu makamlarının delil tespiti isteyebileceğini söylemek zorlaşacaktır. Belirtelim ki, KMK. 19/II'deki "tespit" teriminin "delil tespiti" olarak anlaşılması isabetli olmayacaktır. Gerçekten, HUMK. 368 vd. hükümleri bizi bu sonuca götürmelidir.

Acaba, anılan tespit bakımından görevli mahkeme hangisidir? Belirtmek gerekir ki, buradaki tespit hükmü bakımından KMK. 33 ve KMK. ek mad. 1 hükümleri birlikte değerlendirilmeli ve ana taşınmazın bulunduğu yerin Sulh Hukuk Mahkemesi yetkili ve görevli görülmelidir. Delil tespiti bakımından ise, HUMK. 370 hükmü uyarınca davranılmalıdır. Ancak, tekrar belirtelim ki, buradaki "tespit"ten "tespit hükmü" anlaşılmalıdır.

Yukarıda, konuya ilişkin düzenlemenin amaca götürmekten uzak olduğu söylenmiştir. Gerçekten, bu düzenleme ile, güdülen amaç doğrultusunda hiçbir yere varılamayacaktır. Düşünelim ki, kat maliklerinden birinin başvurması (dava açması) üzerine, mahkemece güçlendirmenin zorunlu olduğuna karar verilmiştir. Acaba, bu durumda güçlendirme için gerekli para nasıl temin edilecektir? Kanun, güçlendirmenin projesine ve tekniğine uygun yapılmasını aradığına göre (KMK. 19/II), söz konusu iş için önceden proje yapılacaktır, gerekli etütler, ön çalışmalar ve çok masraflı işler gerçekleştirilecektir. Diğer bir deyişle, bu işler ciddi ve çok masraflı işlerdir. O halde, bunların yapılabilmesi için ciddi miktarlar gerekir. Açık ki, ilgili binadaki kat maliklerinden bir kısmı ya maddi yetersizlikten

ya da başka sebeplerden dolayı anılan miktarların oluşumuna katkı sağlamaktan, yani kendilerine düşen payı ödemekten muhtemelen kaçınacaklardır. Öte yandan, güçlendirmenin zorunlu olduğuna dair mahkeme hükmü alınınca, diğer kat maliklerinin rızası aranmadığına göre, güçlendirmenin masrafları onlardan devlet zoruyla da alınamayacaktır. Söz konusu hüküm, tespit hükmü olduğuna göre (KMK.19/II), bu hükmü icra konusu yapmaktan da söz edemeyiz. Bundan başka, anılan hüküm, ilamsız icra için de, işe yaramaz. Diğer bir deyişle, buradaki hükmün İİK. 68'deki belgelerden sayılması da mümkün değildir. Zira, bu hüküm, diğer kat maliklerinin güçlendirme için ödeyecekleri miktarı (payları) da göstermek zorunda değildir.

Görülüyor ki, 5711 sayılı Kanunla getirilen ve konuya ilişkin olan yeni düzenleme, bu konunun sorunlarına çare olmaktan uzaktır. Çünkü, belirtildiği üzere, güçlendirme için güçlü cüzdanlar gerekirken, hakim kararının güçlendirmenin zorunlu olduğunu tespit etmesi kat maliklerine mali imkanlar sağlamaktadır. Devlet de, bu hususta kat maliklerine mesela uzun vadeli düşük faizli kredi vermek suretiyle destek sağlamış, yani buna ilişkin düzenleme getirmiş değildir. Siz, hangi hükmü getirirseniz getirin, masraf isteyen ilgili konuda mali destek ve imkan sağlamazsanız, getirdiğiniz hüküm işe yaramaz.

Şunu da söyleyelim ki, incelemekte olduğumuz yeni düzenleme getirilmezden önceki Yargıtay uygulamaları, işaret olunan problemi çözenin yolunu bulmuştu. Şöyle ki, Yüksek Mahkemeye göre, güçlendirmenin fenni zorunluluk teşkil etmesi halinde, kat maliklerinden biri güçlendirmenin yapılmasını diğer kat maliklerinden isteyebilecek ve gerektiğinde buna karşı çıkanlar aleyhine mahkeme aracılığı ile hazırlatılacak proje doğrultusunda binanın güçlendirilmesi ve bunun masraflarının kat maliklerinden tahsili için eda davası açılabilir (bkz., Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20.09.2006 tarih ve 18-528/559 sayılı kararı ile atıf yapılan Y18HD'sinin 12.07.2005 tarih ve 5037/7473 sayılı kararı, www.legalbank.net, çevrimiçi 20.12.2009). Yüksek Mahkeme, bu uygulamasına 5711 sayılı Kanundan sonra da devam etmiştir (bkz., Y18 HD'sinin 14.04.2008 tarih ve 611/4342 sayılı kararı, www.ka-

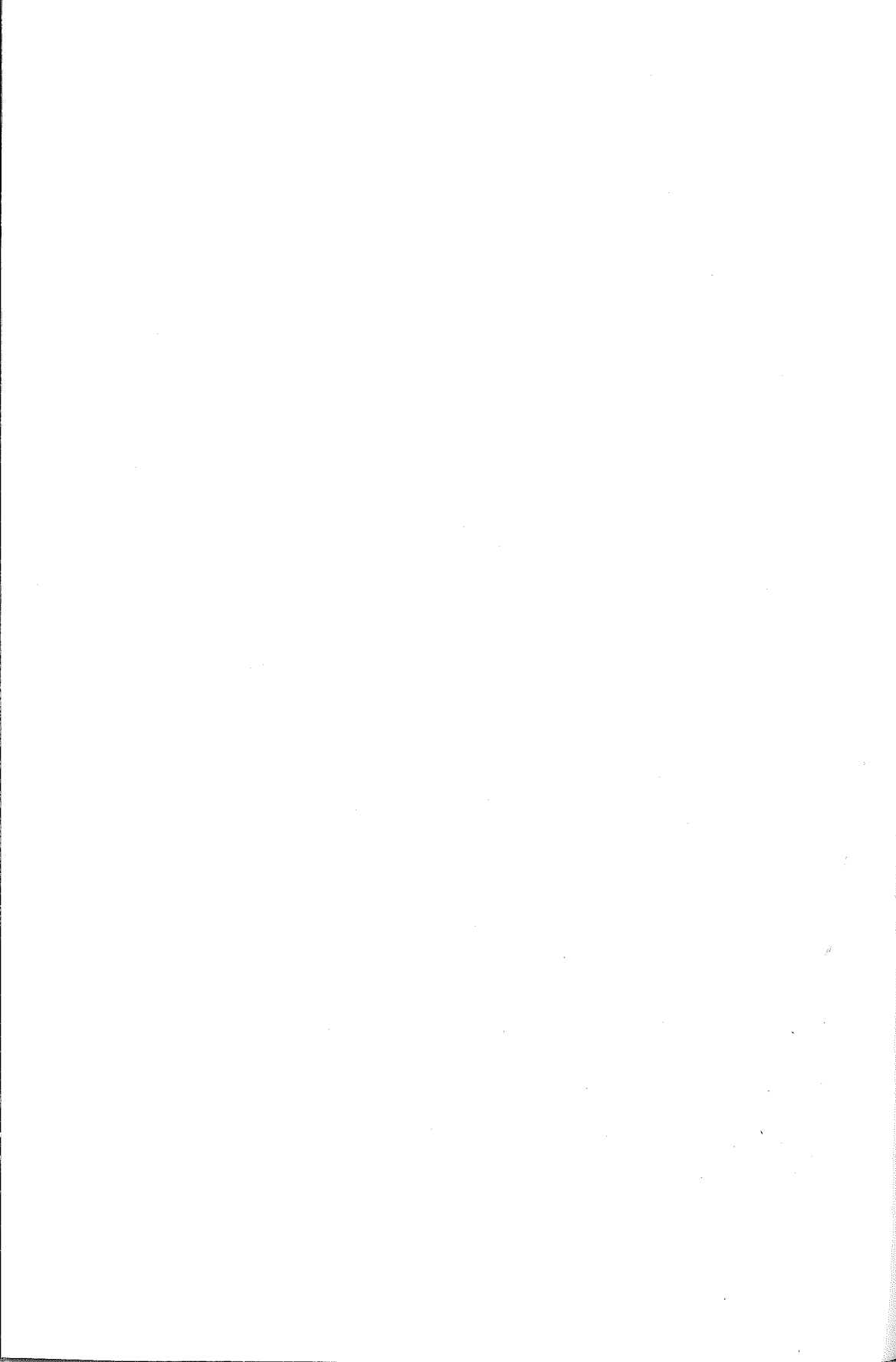
zanci.com.tr, çevrimiçi 20.12.2009).

Demek ki, getirilen yeni düzenleme konuya ilişkin hiçbir katkı sağlamamıştır. Tam aksine, önce tespit hükmü almak gibi usul ekonomisi düşüncesi ile de bağdaşmayan bir zorunluluk getirilerek işler yokuşa sürülmüştür. Bizce, söz konusu yeni düzenlemeye hiç gerek yoktu. Üzülerek söyleyelim ki, esasen Kat Mülkiyeti Kanununa 5711 sayılı Kanunla yapılan müdahaleyi, genel olarak, başarılı saymak mümkün değildir.

III. Görüşümüz

Yukarıdan beri yapılan açıklamalar göstermiştir ki, bilim ve uygulama, eğer bir meseleye tatminkâr çözüm getirebilmişse, kanunlara müdahale etmek faydadan çok zarar getirmektedir. Diğer taraftan, kanunların sık sık değiştirilmesi hukuk güvenliğini ve hukuki istikrarı zedeleyecek ve ayrıca hukukçunun işini gereksiz yere zorlaştıracaktır.

Güçlendirilmesi zorunlu olan kat mülkiyetli binalar bakımından kendini gösteren hukuki problem, açıklandığı üzere, tatbikat tarafından çözülmüş bulunmaktadır. Öyleyse, karışıklığa ve soru işaretlerinin oluşumuna sebep olan ve bu yazıda inceleme konumuzu teşkil eden düzen tarzına yer verilmemeliydi. Gerçi, Yargıtay'ın getirdiği ve KMK. 33 hükmüne dayandırdığı söz konusu çözüm tarzı da, güçlendirmenin masrafları noktasında ortaya çıkması kuvvetle muhtemel mali problemi halletmiş değildir. Ne var ki, bu problemin hal merciinin Yargıtay olmadığı da açıktır. Şayet devlet bu meseleyi önemsiyorsa, güçlendirmenin nasıl finanse edileceği sorusuna da cevap bulmalıdır. Aksi takdirde, maksada elverişli bir yol izlenmiş olmaz. Getirilen düzenleme de, yani güçlendirmeye ilişkin hüküm de, bu sebeplerdir ki, maksada ulaşırma yeteneğine sahip olmaksızın uzaktır. Kanaatimizce, anılan yeni düzenleme kaldırılmalı, eskiye dönülmelidir. Her yeniliğin iyi olduğunu söylemek, iyiliğe yapılan haksızlıktır.



EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİNİN TASFİYESİNDEN KAÇ TANE “KATILMA ALACAĞI” DOĞAR?

-TMK m.236/I Kapsamında Bir İnceleme-

Doç. Dr. M. Alper GÜMÜŞ*

I. GİRİŞ

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun (TMK) 1.1.2002 tarihinde yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde, yargı uygulaması bakımından en çok sorun ve tereddüt yaratan hükümler, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin TMK m.218-241 hükümleridir. Zira 743 sayılı Türk Kanunu Medenîsi (eMK), yasal mal rejimi olan “mal ayrılığı” çerçevesinde eşler arasında bir “tasfiye ilişkisi” öngörmezken; 4721 sayılı Türk Medeni Kanununun kabul ettiği yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi, rejiminin sona ermesi ile birlikte teknik bir tasfiyeyi de gerekli kılmaktadır. eMK'nın yürürlüğü döneminde mal ayrılığı rejimi bakımından ortaya çıkan talepler, eşlerin birbirlerinin malvarlığı değerlerine yaptıkları katkı sebebiyle doğan katkı alacağı talebi ve ziynet eşyalarının iadesi talebi ile sınırlıydı.

4721 sayılı Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde TMK m.218-241 hükümlerinin uygulaması, Yargıtay kararları ile yapılandırılmıştır. Ancak bu yapılandırmada sistemin İsviçre Hukukundaki orijinal işleyişinden yararlanılsa da,

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

önemli noktalarda sapılmıştır. 1.1.2002 tarihinden bugüne kadar gelen Yargıtay uygulaması takip edildiğinde edinilmiş mallara katılma rejiminin omurga kavramı olan “katılma alacağına”¹ ilişkin olarak cevaplanması gereken önemli bir sorunun ortaya çıktığı tespit edilebilir: “Edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinden kaç tane katılma alacağı doğar?”

Bu sorunun cevaplanabilmesi için de öncelikle Türk öğretisinde savunulan görüşlerin ve Yargıtay’ın görüşünün toplu olarak sunulması zorunludur:

- 1 Türk Medeni Kanununun yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından eşler arasında bir aynı paylaşımı öngörmediği, sadece eşlerden birine “katılma alacağı” adı altında bir alacak hakkı tanıdığı olgusu; TMK’nın yürürlüğünden bu yana beş yıldan fazla bir süre geçmiş olmasına rağmen, Kanun Koyucunun kendince de halen yeterince anlaşılmamıştır. Örneğin 4.12.2007 tarihinde resmi gazetede yayınlanarak yürürlüğe giren 5718 sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun’un (MÖHUK) 15.maddesi, “*Evlilik malları hakkında eşler evlenme anındaki mutad mesken veya milli hukuklarından birini açık olarak seçebilirler; böyle bir seçimin yapılmamış olması hâlinde evlilik malları hakkında eşlerin evlenme anındaki müşterek milli hukuku, bulunmaması hâlinde evlenme anındaki müşterek mutad mesken hukuku, bunun da bulunmaması hâlinde Türk hukuku uygulanır (f.1). Malların tasfiyesinde, taşınmazlar için buldukları ülke hukuku uygulanır (f.2). Evlenmeden sonra yeni bir müşterek hukuka sahip olan eşler, üçüncü kişilerin hakları saklı kalmak üzere, bu yeni hukuka tâbi olabilirler (f.3)*” hükmünü içermektedir. Maddenin II.fıkrası, orijinal tasarıda bulunmayıp sonradan Meclis çalışmaları sırasında eklenmiştir. Bugün için MÖHUK m.15 f.I ve f.II’nin nasıl bağdaştırılacağı öğreti için bir sorun oluşturmaktadır. Kanımızca Kanun Koyucu II.fıkraı Meclis çalışmaları sırasında 15.maddeye eklerken, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin eşler arasında bir aynı tasfiyeyi öngördüğü - yanlış- düşüncesine dayanıyordu. Oysa edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesinde edinilmiş mal niteliğindeki taşınmazların eşler arasında aynı olarak paylaşımı söz konusu değildir; bilakis edinilmiş mal niteliğindeki taşınmazlar sadece tasfiye tarihindeki “değerleri” ile eşlerden birisine ait olacak -ve kural olarak para ile ifa edilecek- katılma alacağını bulunup, tutarının tespitine esas alınmaktadır. Dolayısıyla MÖHUK m.15/II taşınmazlar bakımından sadece aynı paylaşımı öngören mal rejimi türleri için uygulama bulacaktır. Buna göre tasfiye kapsamında bir taşınmaz olduğunda MÖHUK m.15/II’ye tabi olacak mal rejimi türleri, paylaşmalı mal ayrılığı (TMK m.253) ve mal ortaklığı (m.273) rejimidir. Buna karşılık tasfiye kapsamında bir taşınmaz bulunsa bile, edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi bakımından, aynı bir paylaşım mevcut olmadığından, her zaman için MÖHUK m.15/I uygulama bulacaktır.

II. TÜRK ÖĞRETİSİNDEKİ GÖRÜŞLER

A. Tasfiye Sonucu Her Eşin Kendi Katılma Alacağına Sahip Olduğu Görüşü

Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği günden bu yana Türk Hukukunda savunulan hakim görüşe göre edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiyesi sonucu her bir eş kendi katılma alacağının sahibi olur. Hakim öğreti bu sonuca TMK m.236/I c.1'deki "Her eş veya mirasçıları, diğer eşe ait artık değerın yarısı üzerinde hak sahibi olurlar." cümlesini, TMK m.236/I c.2'deki "Alacaklar takas edilir." cümlesinden bağımsız olarak ve münhasıran eşlerin katılma alacaklarını düzenlediği şekilde okumak suretiyle bu sonuca varmaktadır. Bu görüşe göre her bir eşin katılma alacağı, yasal olarak, diğer eşin hesaplanan artık değerinin yarısından ibarettir.

-Öğretide KILIÇOĞLU'na göre²:

"Madde, eşlerin karşılıklı alacaklarının takas edilebilmesine olanak tanımıştır. Maddenin kaleme alınış biçiminden takasın talep edilme koşuluna bağlı olmadığı anlaşılmaktadır. Zira, madde "Alacaklar takas edilir" demekle, "edilebilir" ifadesini kullanmamaktadır. Bu niteliğiyle burada, takasla ilgili genel hükümlerden farklı bir düzenleme ortaya çıkmaktadır. BK'muz genel hükümlerde borcu sona erdiren bir sebep olarak takası, borçlunun bunu ileri sürmesi (takas def'i) dermeyan koşuluna bağlı tutmuştur. BK md.122/f.I'e göre "Takas, ancak borçlunun takası dermeyan etmek kasdını alacaklıya bildirmesiyle vaki olur".

TMK m.d.236/f.II'de ise, eşlerin bunu ileri sürmesi koşuluna yer verilmemiştir Bunun sonucu olarak, tasfiye sırasında yargıç bunu "re'sen de göz önünde tutabilecektir.

Takas, eşlerin birbirinden olan her türlü alacağı için gündeme gelebilir. Buna göre, bir eşin diğerinden katılma alacağına karşılık, borçlu eşin ondan bir ödünç nedeniyle alacaklı olması mümkündür. Karşılıklı alacaklar, eşlerin karşılıklı katılma ve değer artış payı alacağı şeklinde de olabilir".

2 KILIÇOĞLU, s.244. Ayrıca bkz. KILIÇOĞLU, Katılma Alacakları, s.406, 412-413.

Görüldüğü üzere Yazar, eşlerin karşılıklı olarak katılma alacağına sahip olduğunu kabul etmekte, takas hükmünü ise, eşlerin (tarafaların) talebine bağlı olmayan hakimın takdirinde olan bir yetki olarak değerlendirmektedir. Yine Yazara göre takasa eşlerin karşılıklı katılma alacakları ve değer artış payı alacakları kadar, eşler arasında başka bir hukuki sebepten doğan alacaklar da girebilir.

-Öğretide ÖZTAN'a göre:

"Türk Medeni Kanunu'nun 236/I'nci maddesine göre, alacaklar takas edildikten sonra, bir eş artık değerinin yarısı üzerinde bir alacak hakkına (katılma alacağı) sahip olur. Katılım alacağı = Artık değer/2 dir"³... "Türk Medeni Kanunu'nun 236/I'inci maddesi Borçlar Kanunu'ndan farklı olarak (BK 122/I) eşin takas iradesini açıklamasına ihtiyaç olmaksızın karşılıklı alacakların kendiliğinden takas edileceğini hükme bağlamıştır. Hakim tasfiye sırasında bu durumu kendiliğinden göz önüne alacaktır. Mal rejiminin tasfiyesi üzerine katılma alacakları muaccel hale gelir"⁴.

Yazar da tasfiye sonucu birden fazla katılma alacağının ortaya çıktığını ve hakimın TMK m.236/II'ye dayalı takası re'sen göz önünde bulunduracağını kabul etmektedir. Yazarın açıklamalarından hakimın re'sen yapacağı takası bir zorunluluk olarak gördüğü, yoksa hakimın bir takdir yetkisi kullanımının söz konusu olmadığı görüşünde olduğu kabul edilebilir.

-ÖZTAN'ın görüşüne ilişkin açıklamalarımız AKINTÜRK'ün görüşü için de geçerlidir:

"Kanun koyucu eşlerin artık değere katılmasını düzenlerken, onların karşılıklı alacaklarının takas edileceğini de hükme bağlamıştır (MK.m.236/I). Madde ifade olarak "alacaklar takas edilir" biçiminde kaleme alındığı için, bundan çıkarılacak sonuç, eşlerin birbirlerinden olan karşılıklı alacaklarının kendiliğinden takas edilmiş olacağıdır. Oysa Borçlar Kanununun takası düzenlediği 122 nci maddesinde takası, borçlunun bu konudaki iradesini alacaklıya bildirmesine bağlamıştır.

3 ÖZTAN, s.299.

4 ÖZTAN, s.301.

Bu durumda getirilen MK.m.236/I hükmü Borçlar Kanununun 122 inci maddesi karşısında daha özel bir hüküm niteliği kazanmaktadır. Bu itibarla da bir eşin takas iradesini açıklamasına ihtiyaç olmaksızın karşılıklı alacaklar kendiliğinden takas edilmiş olacak, hâkim tasfiye sırasında durumu kendiliğinden (resen) dikkate alacaktır”⁵.

-Bugünkü Yargıtay uygulamasının şekillenmesinde de etkin olan eski 2. Hukuk Dairesi Başkanı ÖZUĞUR da, açıkça eşlere ait bağımsız katılma alacaklarının varlığını kabul etmekte ve katılma alacağını talep eden eşe karşı diğer eş bir dava veya karşı dava ile kendi katılma alacağını talep etmedikçe, takas imkanını mümkün görmemektedir⁶:

“Kural olarak her eş veya mirasçıları kanuna göre artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibidirler. Ancak bunun aksine eşler sözleşme ile farklı bir oran kabul edebileceklerdir. Tasfiye sonunda eşler birbirlerinden alacaklı kalırlarsa bu alacaklar takas edilecektir. Takas incelemesi, Aile Mahkemesi Hakimince yapılacaktır. Tabii bu uygulama kanımızca; eşlerin karşılıklı olarak tasfiye ve katılma alacağı istemleri veya takas ve mahsup talep etmeleri hâlinde söz konusu olacaktır.

Eğer davalı eş, harcını vererek açtığı bağımsız bir dava veya karşı dava ile katılma alacağı talep etmemiş veya esasa cevap süresi içinde def’i olarak takas ve mahsup talebinde bulunmamış iseler takas ve mahsupu söz konusu olmayacaktır”.

-Öğretide ACAR’a göre⁷, “...takas olanağı her bir eşin malvarlığının tasfiyesi sonrası birbirlerine karşı oluşmuş katılma alacakları arasında cereyan eder. Yani oluşmuş “alacak”ların takası yapılmaktadır ve ancak böyle mümkün olabilir. Katılma alacağı da takas edilen alacaktır. Borcu sona erdiren hallerden (ifa yöntemlerinden) biri olarak kabul edilen takasın, oluşmuş bir alacaktan sonra gerçekleşmesi mantıken mümkün olabilir....Ancak mal rejiminin tasfiyesin-

5 AKINTÜRK, s.169.

6 ÖZUĞUR, s.71-72.

7 ACAR, s.148 dn.492.

de takas resen gerçekleşmektedir. Böylelikle takas, tasfiyenin ikincil önemde bir parçası haline gelmektedir. Takas öncesine bağlı katılma alacağı nitelemesi, katılma alacağını yalın ve basit bir alacak düzeyine indirmiş olmamaktadır. Sadece nitelemede takas dışlanmaktadır. O halde katılma alacağı, artık değer bulunması için gerekli tüm işlemlerin yapılması sonrası oluşan miktar üzerinde ½ yasal oranına bağlı olarak oluşan, mal rejimine özgü bir alacak türüdür. Öte yandan tasfiye sonrası bir eş diğer eşe karşı katılma alacağına sahip iken, diğer eşin katılma alacağına sahip olmaması da söz konusu olabilir. Bu durumda takas mümkün olmayacaktır. Buna rağmen katılma alacağı nitelemesini yapmak gerekmektedir... ”.

Yazar da eşlerin artık değerinin yarısını katılma alacağı olarak nitelemekte ve buna bağlı olarak her bir eşin ayrı ayrı katılma alacağına sahip olduğunu kabul etmektedir. Yazar’a göre de TMK m.236/I c.2’ye göre takas ancak her iki eş de katılma alacağına sahipse mümkündür.

-SARI’ya göre⁸, “...Her bir eşe ait artık değer miktarı hesaplandıktan sonra, bu artık değer esas alınarak her bir eşin diğerinden olan katılma alacağının miktarı belirlenecektir.

MK m.236/I’de, her bir eşin diğerine karşı olan katılma alacağının miktarının, diğer eşe ait artık değer yarısı tutarında olduğu belirtilmiştir. Her bir eşe ait artık değer, yukarıda belirtilen işlemler çerçevesinde belirlenen parasal bir büyüklük olduğundan, diğer eş bunun yarısı tutarında bir para alacağının sahibi olacaktır”.

Söz konusu Yazar da açıkça her bir eşin diğerine karşı olan katılma alacağından bahsederek, birden fazla (iki adet) katılma alacağının varlığını kabul etmektedir.

-ZEYTİN de, “artık değere katılma alacağı” kavramı üzerinden her bir eşe ait katılma alacağının varlığını kabul eder görülmektedir. Ancak Yazar’a göre, eşlerin katılma alacakları kendiliğinden takas edilir⁹: “Her eş veya mirasçıları, sözleşme ile farklı bir paylaş-

8 SARI, s.229.

9 ZEYTİN, N.576, s.218.

ma kararlaştırılmamış ise, hesaplama sonucunda ortaya çıkan diğer eşin artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi olurlar. Eşlerin artık değere katılma alacakları kanun gereği takas edilir.” Ancak Yazar’ın başka bir eserinde vurguladığı üzere, TMK m.236/I c.2’ye göre gerçekleşecek olan takas yasa gereği kendiliğinden gerçekleşecek ve sadece olumlu bakiye, katılma alacağı fazla olan eş tarafından talep edilebilecektir¹⁰: “..Eşler sözleşme ile farklı bir paylaşım esası kabul etmemişlerse (TMK 237), birbirlerinin artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi olurlar. Eşlerin talep ettikleri bu alacak hakları onların takas yönünde iradeleri olup olmadığında bakılmaksızın kanun gereği takas edilir (TMK 236). Sonuçta artık değere katılma alacağı fazla olan eş, diğerinden bu alacağını talep edebilecektir”.

-GENÇCAN’a göre¹¹, “.....Katılma rejiminde eşlerin katılma alacakları (=KA) ve değer artış payı alacakları (DAPA) yanı sıra mal rejimi kaynaklı olmayan alacakları da bulunabilir.

TMK. m.236 hükmü ile artık değere katılma düzenlenirken alacakların takas edilmesi de ayrıca düzenlenmiştir. Böylece tasfiye sonunda eşlerin birbirinden muaccel herhangi bir alacakları bulunuyorsa, artık değere ilişkin alacak ile bu alacakların takas edilebileceğini öngörmüştür....

TMK m.236 hükmüne göre karşılıklı alacaklar takas edilecektir. TMK m.236 fI hükmünde yer alan “Alacaklar takas edilir.” metninden de açıkça anlaşıldığı üzere aile mahkemesi hakimi eşlerin karşılıklı olan her türlü alacağını kendiliğinden takas edecektir.

Yeter ki tasfiye sonucunda artık değere ilişkin bir alacak oluşmuş olsun.”

Görüldüğü üzere her eşe bir katılma alacağı tanıyan Yazar, artık değere ilişkin bir alacak doğduğu takdirde eşlerin karşılıklı mal rejimi kaynaklı olsun olmasın her türlü alacağının TMK m.236/I c.2 uyarınca takasa girebileceğini kabul etmektedir”.

10 ZEYTİN, Zamanaşımı, s.947-948.

11 GENÇTAN, s.612-613. Ayrıca bkz. s.520.

B.Tasfiye Sonucu Sadece Eşlerden Birinin, Tek Bir Katılma Alacağına Sahip Olduğu Yönündeki Görüş

Buna karşılık Türk Hukukunda ilk olarak TARAFIMIZCA savunulan ve öğretide ACABEY ve ŞENOCAK tarafından da destek bulan diğer görüşe göre, edinilmiş mallara katılma rejiminde tasfiye sonucu eşlerden sadece birisi için tek bir katılma alacağı doğar. Bize göre TMK m.236/I c.1'deki "Her eş veya mirasçıları, diğer eşe ait artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi olurlar." cümlesi eşlerden her birine ait artık değer alacağını düzenlemektedir. TMK m.236/I c.2'deki, "Alacaklar takas edilir." hükmü gereği, yasa gereği kendiliğinden yapılacak takas, eşlerden sadece birine ait tek bir katılma alacağına varlık verecektir. Bu görüşümüzü yazdığımız eserimizde şu şekilde ifa etmiştik¹²:

"...TMK 236/I'e göre, "Her eş veya mirasçıları, diğer eşe ait artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi olurlar. Alacaklar takas edilir." Söz konusu düzenleme, kaleme alınışı itibariyle mehazı 215'den kavramsal düzeyde farklı değildir. İMK 215'e göre, "Her eş veya mirasçıları, diğer eşin artık değerinin yarısına sahiptir (f.1) Alacaklar takas edilir (f.2)."

Söz konusu hüküm, artık değere katılmada yasanın kabul ettiği çözümü sunmaktadır. Buna göre, ilk planda edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesinden sonra mal rejimin tasfiyesi sırasında karı ve koca için TMK 231'e göre hesaplanacak artık değer esas alınmak üzere karı, kocanın hesaplanan artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi olurken (karının artık değer alacağı); aynı şekilde koca da karısının artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi olmaktadır (kocanın artık değer alacağı). Yasanın eşlerin diğer eşin artık değerine olan katılım için kabul ettiği bu çözüm, TMK'nın evlilik birliğinde benimsediği "eşlerin eşitliği prensibinin" bir somutlaşmasından ibarettir. Sonuçta yasal olarak karının artık değerinin yarısı kocanın artık değer alacağı iken; kocanın artık değerinin yarısı ise karının artık değer alacağıdır.

TMK 236/I, c.1'e göre belirlenecek eşlerin "artık değer ala-

12 GÜMÜŞ, s.379-380. Ayrıca bkz. GÜMÜŞ (DURAL/ÖĞÜZ), s.222-223.

cakları”, I.fıkra, 2. cümleinin emredici düzenlemesi uyarınca, yasa gereği, kendiliğinden takasa girer. Söz konusu takas sonrasında ise ortaya sadece eşlerden birisi lehine “ mal rejimi hukuka ilişkin bir alacak hakkı niteliğindeki “bir tane”, katılma alacağı doğar. Diğer bir deyişle tasfiye sonrasında her zaman için tek bir katılma alacağı doğmakta tek bir eş alacaklı, tek bir eş borçlu sıfatını kazanmaktadır. Dolayısıyla öğretilde savunulan her bir eş için katılma alacağı doğacağı ve söz konusu katılma alacaklarının yasa gereği takasa sokulacağı yönündeki görüşler doğru değildir: Tasfiye sonrası her bir eş için “artık değer alacağı” doğar; ancak teknik anlamda alacak niteliğine sahip söz konusu artık değer alacakları, kanun gereği –her ne kadar kullanılan kavram takas olsa da- az olanın çoğundan indirilmesi yoluyla mutlak olarak “tek bir talebe” indirilir. Dolayısıyla burada hukuk tekniği bakımından ne -TMK 236/II’deki kavramsal kullanıma rağmen- bir takas ne de teknik anlamıyla bir mahsup işlemi vardır; bilakis burada söz konusu olan yasal bir “hesap (bakiye) artığı teorisi” uygulamasıdır”.

ACABEY’e göre de¹³, “...Eşlerden her birinin, diğerinin edinilmiş mallarının artık değeri üzerinde sahip olduğu alacak hakkı, “artık değer alacağı” olarak isimlendirilebilir (MK.m.236/f.1). Eşlerin(veya mirasçılarının)bu şekilde hesaplanan karşılıklı “artık değer alacakları” kanun gereğince takas edilir (MK.m.236/f.1/c.2). Kanuni takas sonunda karşılıklı alacaklar, daha küçük olan alacak oranında sona erer; daha fazla alacağı olan taraf, aradaki fark kadar alacaklı kalır. Bu alacağa “katılma alacağı” denmektedir (MK.m.239)”.

ŞENOCAK’a göre de¹⁴, “MK mad. 236’ya göre, “her eş veya mirasçuları, diğer eşe ait artık değer yarısı üzerinde hak sahibi olurlar. Alacaklar takas edilir”. Medeni Kanun bu hükümde, eşler arasında eşitliğin, her bir eşin diğer eşin artık değerine yasal katılım oranının ½ olmasıyla sağlanabileceği düşüncesinden hareket etmiştir. Bir eşin artık değerinin diğerininkinden fazla olması ya da bir

13 ACABEY, s.493.

14 ŞENOCAK, s.386.

eşin malvarlığında artık değer bulunmaması (bütün malların kişisel mallar teşkil etmesi) bu noktada önemli değildir. Eşlerden her birinin eline, yapılan hesaplama sonucunda, her iki eşe ait artık değerler toplamının yarısı geçmiş olacaktır. Nitekim Kanun da her bir eşe gerek kendisine gerek diğer eşe ait artık değer yarısını alabilmesi için, diğer eşin artık değerinin yarısında talep hakkı tanımaktadır. Medeni Kanun bu hükümde ayrıca her iki eşin artık değer alacaklarının takasını öngörmekte, takastan sonra daha küçük bir artık değere sahip olan eşin daha büyük artık değere (edinilmiş mallara) sahip olan eşe karşı artık değere katılma alacağı ortaya çıkmaktadır. Artık değer alacakları yasa gereği kendiliğinden takasa girer”.

C. Yargıtay’ın Görüşü

Yargıtay ise yukarıda sunulan hakim birinci görüş çerçevesinde hüküm tesis etmekte ve her bir eşin diğer eşin artık değerinin yarısı üzerinde katılma alacağının olduğunu kabul etmektedir. Yargıtay’a göre, hakimin TMK m.236/1 c.2 uyarınca “eşlerin katılma alacakları arasında” yasa gereği kendiliğinden takasta bulunabilmesi için her iki eşin de harcı ayrı ayrı ödenerek açılmış iki ayrı dava da katılma alacağını ileri sürmesi gerekir. Bu ileri sürme uygulamada eşlerden birinin açtığı tasfiye davasında diğer eşin karşı dava açması ile gerçekleşmektedir. Sonuçta eşlerden sadece birisi tasfiye davası açarak katılma alacağını ileri sürmüştü, diğer eş katılma alacağını ayrı veya karşı bir dava olarak ileri sürmemişse, hakim sadece dava açan eş için katılma alacağını hükmeder. Bu durumda diğer eşin zamanaşımı süresi içerisinde katılma alacağını başvuru harcını ödeyerek açacağı ikinci bir tasfiye davasıyla ileri sürebilmesi her zaman için mümkündür: Görüldüğü üzere Yargıtay, ÖZUĞUR ve GENÇCAN’ın görüşlerine paralel olarak eşlerin katılma alacaklarının hesaplanması için bir değil, iki ayrı tasfiye davasının açılabilmesini mümkün görmektedir.

YHGK, 18.6.2008, 2-432//444, www.kazanci.com: “...4721 sayılı Türk Medeni Kanunu, evi dışında çalışmayan ve herhangi bir geliri ve kazancı bulunmayan kadının, ev işlerinde sarfettiği eme-

ğini, yasal rejim olan "edinilmiş mallara katılma rejiminde" diğer eşin bu mal rejiminin devamı süresince edinilen malları üzerinde, "katılma alacağı" hakkı (TMK. m.236 ve 239) tanımak suretiyle yasal karşılığa bağlamıştır. Yasanın 236'ncı maddesinde yer alan hüküm gereği; "her eş veya mirasçuları, diğer eşe ait artık değerinin yarısı üzerinde hak sahibi olurlar." 231 inci madde "artık değer" ne olduğunu ve nasıl bulunacağını göstermiştir. "Artık değer, eklemeyen ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden, bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktardır. Değer eksilmesi göz önüne alınmaz." (m.231) Katılma alacağının hesabında "eklenecek değerler" yasanın 229'ncü maddesinde, denkleştirmeden elde edilen miktarlar da Yasanın 230'ncü maddesinde gösterilmiştir.

Somut olayda; taşınmaz ve araç, taraflar arasında mal ayrılığı rejiminin geçerli olduğu dönemde edinilmiştir. Bu mallar, yeni rejime (edinilmiş mallara katılma) kocanın "kişisel malı" olarak girmiştir. (TMK. m.220/2) Edinilmiş mal değildir. Çalışmayan, herhangi bir geliri ve kazancı bulunmayan davacı kadının bu malların edinilmesine herhangi bir katkısı kanıtlanamamıştır. Bu nedenle, davacı; katkı payı karşılığı veya değer artış payı nedeniyle davalıdan alacak talebinde bulunamaz. Taraflar arasındaki 1.1.2002 tarihinden itibaren başlamış olan edinilmiş mallara katılma rejimi, boşanma davasının açıldığı 18.4.2003 tarihinde sona ermiştir. (TMK. 225/2) Kocanın kişisel mallarının, yeni rejim döneminde geliri varsa (kişisel malların geliri edinilmiş maldır) kadın ancak, bu edinilmiş mal üzerindeki varsa "katılma alacağını" (TMK. m. 236 ve 239) isteyebilecektir. Davacının edinilmiş mallara katılma rejiminin tasfiye edilerek katılma alacağının tahsiline ilişkin bir davası ise bulunmamaktadır.

Bu itibarla, Hukuk Genel Kurulunca da benimsenen Özel Daire bozma kararına uyulması gerekirken yazılı şekilde karar verilmesi doğru bulunmamıştır. O halde usul ve yasaya uygun olmayan direnme kararı bozulmalıdır... ”.

Y.2.HD., 03.03.2008, 896/2616, www.legalbank.net: "...Olayları anlatmak taraflara hukuki niteleme hakime aittir. Davacı kadın davalı kocanın edinilmiş malları üzerinden katılma alacağı (TMK.

m. 231) isteminde bulunmuştur.

Mahkemece yapılacak iş; eklenecek değerlerden (TMK. m. 229) ve denkleştirmeden (TMK. m. 230) elde edilen miktarlarda dahil olmak üzere davalı kocanın edinilmiş malların (TMK. m. 219) toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan artık değer (TMK. m. 231) yarısı üzerinden (TMK. m. 236/1) tarafların kazanılmış hakları da dikkate alınarak hüküm kurmaktan ibarettir...".

Y.2.HD., 25.12.2007, 1097/17749, www.kazanci.com: "... Katılma alacağı isteğinde ise, edinilmiş mal her eşin mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir (TMK. m. 219/1) . Mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait malvarlığı değerleri o eşin kişisel malıdır (TMK. m. 220/2) . Bu ilkeler doğrultusunda tarafların varsa kişisel mallarının katılma alacağı hesabından düşülmesi, her eşin edinilmiş mallarından bu mallara ilişkin borçların çıkarılması suretiyle artık değer (TMK. m. 231) belirlenmesi ve artık değer yarısı üzerinde diğer eşin hak sahibi olduğu düşünülmelidir (TMK. m. 236)...".

Y.2.HD.,11.04.2007, 17661/6092, GENÇCAN, s.853-854: "...2-Davalı cevap dilekçesinde katılma alacağını istemiş, sonradan buna ilişkin nisbi harcı yatırmıştır. Başvuru harcı ise yatırılmamıştır. Katılma alacağı, boşanmanın fer'i niteliğinde değildir. Sonradan yatırılan nisbi harç bu talebi karşılık dava haline getirmez. Dolarısıyla usulüne uygun bir dava veya karşılık dava olmadan kesin hüküm oluşturacak şekilde katılma alacağına ilişkin ret kararı verilmesi doğru görülmemiştir."

Y.2.HD., 28.3.2007, 17694/5110, GENÇCAN, s.871: "... Mahkemece yapılacak iş eklemekten ce denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere davalı kocanın edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra (TMK. md. 231) varsa kalan miktarın yarısının (TMK.md.236) davacı kadına verilmesinden ibarettir...".

III. TÜRK ÖĞRETİSİNDEKİ GÖRÜŞLERİN ve YARGITAY UYGULAMASININ DEĞERLENDİRİLMESİ ve GÖRÜŞÜMÜZ

Yukarıda sunduğumuz Türk Öğretisindeki görüşler, TMK m.236/I, c.1'deki "hak sahipliği" kavramını katılma alacağı olarak okuyarak yukarıda sunulan görüşlere ulaşmakta ve her eşin diğerine karşı bir katılma alacağına sahip olduğunu ileri sürmektedir.

Oysa edinilmiş mallara katılma rejiminde mal rejiminin tasfiyesi sonucu "eşlerden biri", "tek bir katılma alacağına" sahip olur. Bizim savunduğumuz bu görüş istisnai-uç bir görüş değildir. Bilakis İsviçre öğretisi dahi, aşağıda bire bir çevirilerini verdiğimiz eserlerinde "tek eşe ait tek bir katılma alacağı" sonucunu vurgulamaktadır:

HAUSHEER'e göre, "...Madde 210 f.2'ye nazaran, m.215 f.1, **"iki artık değer alacağının"** hesaplanmasından hareket etmektedir"¹⁵...". "İMK m.215 fıkra 2, görünüşte İBK m.120'ye işaret etse de, m.215/f.2'ye göre takas –diğer karşı alacaklara ve alacaklı üçüncü kişilerin alacaklarına öncelikli olarak- yasa gereği kendiliğinden gerçekleşir. Özel bir türde takas mevcuttur. Takas, eşlerden birinin diğerine yönelik (parayla ifade edilen, yani borçlandırıcı) **katılma alacağına** götürür. Katılma alacağı –farklı yöndeki eşlerin mal rejimi sözleşmesine dayalı paylaşma anlaşmaları saklı kalmak üzere-, büyük ve küçük (olumlu) edinim bakiyesi arasındaki farkın yarısıdır. Örnek: kocanın artık değeri 45.000 Fr tutuyor –karının ki ise 55.000 Fr.-. Kocanın katılma alacağı karıya karşı 5000 Fr. olarak sonuca bağlanır."¹⁶

HAUSHEER/REUSSER/GEISER'e göre¹⁷, "14. Katılma Alacağı Kavramı: Takasın sonucu sadece eşlerden birisi diğerine karşı, artık değere karşılıklı katılmadan bir mal rejimsel alacak hakkına sahip olur; meğer ki bir artık değer mevcut olmasın veya her iki eş aynı tutarda artık değere sahip olsun, bu takdirde eşler diğerine karşı borçlu değildir. **Sonuçta Kanun Koyucu takasın sonucunu "katılma alacağı" olarak nitelemiştir**".

15 HAUSHEER, Art.215 N.6, s.1194.

16 HAUSHEER, Art.215 N.10-11, s.1194.

17 HAUSHER/REUSSER/GEISER, Art.215 N.14, s.858.

TUOR/SCHMID/SCHNYDER/RUMO-JUNGO'ya göre, "...Edinimlere katılama rejiminin merkezi konusu (doğru ifadeye: artık değere katılma) m.215 f.1 'de bulunur: "her eş ya da mirasçıları, diğerinin artık değerinin yarısına sahiptir". Bu temel ilke, (yakın ilişkili) f.2 ile tamamlanır, buna göre, (karşılıklı) alacaklar takas edilir. Daha az artık değere sahip eş, diğerine karşı, büyük ve küçük artık değer arasındaki farkın yarısı tutarında katılma alacağına sahiptir (örneğin karının, 100.000 Frank artık değeri, kocanın 50.000 Frank artık değeri: katılma alacağı= 100.000 Frank ve 50.000 Frank arasındaki farkın ikiye bölünmesi ile 25.000 Frank)¹⁸".

NÄF-HOFFMANN/ NÄF-HOFFMANN'a göre¹⁹, "Karşılıklı yarım artık değere katılma bir ön koşul veya şarta bağlanamaz. Eşlerden birine ait katılma alacağı, objektifleştirilmiştir ve uzun süre bir evliliğin iki kişi arasında devam edeceği olgusuna dayanır".

HEGNAUER/BREITSCHMID'e göre²⁰, "Artık değere katılma bir para alacağıdır, aynı bir talep değildir. Karşılıklı alacaklar takas edilir. Art.215 Fıkra 2. Bakiye temlik edilebilir ve haczedilebilir".

PIOTET'e göre²¹, "Her eş ya da mirasçıları diğerinin artık değerinin yarısında (m.215 İMK), eksik değere katılmaksızın (m.210 f.2 İMK) hak sahibidir. Örneğin koca 160.000 Fr.- artık değere, kari 20.000 Fr.- artık değere sahipse, karının kocaya karşı alacağı 80.000 Fr.-, kocanın kariya karşı 10.000 Fr.- tutar. Alacakların takas edilmesiyle (m.215 f.2 İMK) koca kariya 70.000 Fr. borçlanır".

İsviçre Hukuku öğretisinin yukarıda bire bir çevirilerle sunulan görüşlerinin ortaya koyduğu üzere, TMK m.236/I c.2'deki, "Alacaklar takas edilir." ifadesindeki "alacak" ifadesi, katılma alacağını ifade etmemektedir. Bilakis eşlerin diğer eşin TMK m.231. maddeye göre tespit edilen "artık değerinin", TMK m.236/I c.1 uyarınca (yasa gereği) yarısı üzerinde sahip olduğu hak, katılma alacağı (Be-

18 TUOR/SCHNYDER/RUMO-JUNGO, s.321.

19 NÄF-HOFFMANN/ NÄF-HOFFMANN, s.305-306.

20 HEGNAUER/BREITSCHMID, N.26.74, s.275.

21 PIOTET, s.165.

teiligungsforderung) değil, “artık değer alacağıdır (Vorschlagsforderung)”. Ancak Kanun Koyucu iki tane artık değer alacağının karı ve koca tarafından karşılıklı olarak talep edilmesini istememiş ve artık değer alacakları arasındaki fark üzerinden, “en az artık değere sahip olan eş”, diğer eşe karşı katılma alacağına sahip katılma alacaklısı saymıştır. Bu nedendir ki “artık değer/2 = katılma alacağı” şeklindeki formülasyonlar doğru değildir. Gerçekte “artık değer/2= artık değer alacağıdır”. Eşlerin artık değer alacakları eşit ise, katılma alacağı doğmaz. Eşlerden biri için artık değer ortaya çıktığı diğeri için çıkmadığı durumda ise, eşlerden birisi için doğacak artık değer alacağı, aynı zamanda katılma alacağı niteliği taşır.

Bu çerçevede İsviçre öğretisindeki hakim görüşe göre, TMK m.236/I c.2’de, “Alacaklar takas edilir.” şeklinde ifade edilen takas hakkı, takas beyanına gerek olmaksızın yasa gereği kendiliğinden gerçekleşen -özel türde- bir takas hakkıdır²². Dolayısıyla bir kısım Türk öğretisinin ve Yargıtay’ın iddia ettiğinin aksine burada ne hakim takas etme yönünde bir takdir yetkisi vardır, ne de takas için diğer eşin de bir dava ve karşılık dava ile artık değer alacağını talep etmesine gerek vardır. Hakim eşlerden birinin açtığı tasfiye davasından, eşlerin hesaplanan artık değer alacaklarını, kendiliğinden yasa gereği takasa sokmak zorundadır. Yasa gereği yapılacak artık değer alacaklarının takası, bize tek bir eş için, tek bir katılma alacağına götürecektir. Burada önemli olan nokta, eşlerin katılma alacağı dışındaki alacaklarının TMK m.236/I c.2’ye dayalı olarak kendiliğinden takasa girebilmesinin mümkün olmamasıdır. Dolayısıyla biz yukarıda belirttiğimiz bir kısım öğretinin TMK m.236/I c.2’deki “alacaklar” kavramını “her türlü alacaklar” olarak okumaya ve artık değer alacağı dışındaki alacakları da TMK m.236/I c.II’ye göre takasa sokmaya yönelik çabalarını benimseyemiyoruz. TMK m.236/I c.2’deki takasın eşlerin artık değer alacaklarına ilişkin olduğu ve bu nedenle bir eşin diğer eşe yönelik TMK m.236/I c.2’ye dayalı takas sonrası ortaya çıkan katılma borcunu, diğer eşten olan mal rejimi dışı alacağıyla takas etmeye yönelik takas beyanını ancak tasfiye dışında ba-

22 HAUSHEER, Art.215 N.9, s.1194; HAUSHER/REUSSER/GEISER, Art.215 N.14, s.858; NÄF-HOFFMANN/ NÄF-HOFFMANN, s.304-305.

ğimsız bir dava ile ileri sürebileceği, İsviçre Mahkeme kararlarında da açıkça vurgulanmaktadır²³.

TMK m.236/I c.2'deki takas, gerçekte yasa gereği kendiliğinden gerçekleşen özel bir türde takas niteliği de taşımaz. Kanımızca burada yasa kaynaklı bir "hesap (bakiye) artığı teorisi" uygulaması söz konusudur. Sebepsiz zenginleşme müessesesi kaynaklı hesap artığı teorisine göre, karşılıklı tasfiye ilişkilerinde her iki tarafın malvarlıklarındaki kaymalar aynı ilişkiden kaynaklandığı için iki bağımsız sebepsiz zenginleşme talebi yerine, bu karşılıklı zenginleşmelerin birbirine mahsup edilmesiyle belirlenecek tek bir sebepsiz zenginleşme alacağı söz konusu olmalıdır²⁴. Karşılıklı parasal veya aynı türden sebepsiz zenginleşme alacaklarında artık yenilik doğurucu takas beyanına gerek kalmaksızın, karşılıklı sebepsiz zenginleşme alacakları sanki "beyansız takasmış gibi" kendiliğinden (ipso iure) birbirinden mahsup edilir²⁵. İşte İsviçre Türk Kanun Koyucusu, edinilmiş mallara katılma rejiminde, temelde eşlerin evlilik süresince elde ettikleri edinimlerin tasfiyesi bakımından da, eşlerin karşılıklı olarak birbirlerine karşı ileri sürebilecekleri mal rejimsel alacakların varlığını kabul etmek istememiş ve artık değer alacakları arasındaki mahsup sonucu ortaya çıkan fazlayı (olumlu bakiyeyi), katılma alacağı olarak kabul etmiştir. Artık ortaya çıkan olumlu bakiyenin sahibi eş, diğer eşe karşı katılma alacaklısı konumundadır.

Sonuçta TMK m.236 uygulaması bakımından, Yargıtay'ın ve hakim Türk öğretisinin iki katılma alacağının varlığının kabulüne dayalı tasfiye sistemini doğru bulmamaktayız. Zira Yargıtay'ın ve Türk hakim öğretisinin görüşü kabul edilirse iki farklı katılma alacağı talebine dayalı olarak iki farklı tasfiyenin yapılması gerekecektir. Örneğin koca tasfiye davası açıp katılma alacağını talep etmişse, kural olarak edinilmiş malların tasfiye tarihindeki, yani hükme ey yakın tarihteki (veya hüküm tarihindeki) değerine göre kadının artık değeri bulunacak ve bu artık değerın yarısına kocanın katıl-

23 II.Kammer, 4.Juni 2007 (22 07 11), LGVE 2007 I N.15; Urteil des Kantongerichts Zivilkammer, 14./15. Oktober 2008 (GR).

24 Bkz. OĞUZMAN/ÖZ, s.791 dn.335; EREN, s.856; SEROZAN, s.375.

25 SEROZAN, s.376.

ma alacağı olarak hükmedilecektir. Yargıtay'ın söylemiyle kadının kendi katılma alacağını dokuz ay sonra açtığı ayrı bir tasfiye davası ile, zamanaşımı süresi içerisinde istediğini varsayalım. Bu durumda kocanın edinilmiş malları kocanın açtığı ilk tasfiye davasındaki tasfiye tarihinde değil, bizzat kadının açtığı sonraki tasfiye davasındaki hükme en yakın tarihte ikinci kez değerlendirilerek, kocanın artık değer tutarı bulunacak ve bulunan artık değer yarısına kadın lehine katılma alacağı olarak hükmedilecektir. Oysa bir tasfiye ilişkisinde tasfiyeye giren bütün malvarlığı unsurların aynı tarihte değerlendirilmesi temel kuraldır. Öte yandan mevcut Yargıtay uygulaması eşlere farklı zamanlarda tasfiye imkanı tanımak suretiyle eşlerin tasfiye konusu edinilmiş malların fiyatına ilişkin spekülasyonlarına ve fiyat dalgalanmalarından yararlanmalarına imkan tanımaktadır. Örneğin kadın, kocasının edinilmiş mallarının değerinin gelecekte artacağını düşünüyorsa, kendi katılma alacağını artırmak amacıyla kocanın davasına karşı açacağı bir karşı dava ile katılma alacağını istemekten kaçınabilecek, katılma alacağı talebini ileri bir tarihte açacağı tasfiye davasına erteleyebilecektir. Bu sonucun ise eşit şartlarda tasfiye gerekliliği ile bağdaşmadığı açıktır.

Bu noktada dikkat edilmesi gereken nokta, edinilmiş mallara katılma rejiminde tasfiye davasının, aynı paylı mülkiyette ortaklığın giderilmesi ve mirasın paylaşımı davalarında olduğu gibi çift taraflı dava (actio duplex) niteliği taşımasıdır. Dolayısıyla eşlerden birisi mal rejiminin tasfiesi davası açtığı zaman, açılan davada, davalı eş lehine de bir karar verilmiş olmaktadır. Buna bağlı olarak vekalet ücreti ve (harç dahil) yargılama giderlerini her iki eşin davacı ve davalı sıfatına bakılmaksızın artık değer alacakları ile orantılı olarak birlikte yüklenmeleri gerekir. Bu nedenle GENÇCAN'ın bizim görüşümüze yönelttiği, diğer davalı eşin tasfiyeye yönelik karşı dava açma gerekliliğinin kabul edilmemesi halinde söz konusu eşin davacı eşin açtığı tasfiye (katılma alacağı) davasının gölgesinde harç ödemedi ve hatta davacı sıfatı dahi taşımadan bir alacak hakkına sahip olacağı, bunun ise usul hukuku kurallarına uygun olmadığı yönündeki eleştirisi²⁶, tasfiye davasının çift taraflı dava yapısı içinde geçersiz kalmaktadır.

Öte yandan katılma alacağının bir veya iki tane olması, TMK m.240 uygulamasında da pek çok şeyin değişmesine yol açar. Zira hayatta kalan eşin TMK m.240'a göre özgüleme talebinde bulunabilmesi için, katılma alacağına sahip olması şarttır. Varsayalım ki koca öldü ve tasfiye sonrası kadının artık değer alacağı 30.000 TL, kocanın artık değer alacağı 40.000 TL olarak bulundu. Bizim görüşümüz kabul edilirse, bu durumda erkek, kadına karşı 10.000 TL katılma alacağına sahip olduğundan, kadın TMK m.240'a göre özgüleme talebinde bulunamaz; zira kendisi değil, kocası katılma alacağına sahiptir. Buna karşılık Yargıtay ve hakim öğretinin görüşü benimsenirse 30.000 TL kadının 40.000 TL erkeğin katılma alacağı olduğundan, kadın 30.000 TL'lık alacağına dayalı olarak TMK m.240 uyarınca özgüleme talebinde bulunabilecektir.

Öte yandan katılma alacağının bir veya iki tane olması, TMK m.236/II uygulamasında da farklılıklara yol açar: Örneğin kadının artık değerinin 20.000 TL kocanın artık değerinin 40.000 TL olduğu bir tasfiye ilişkisinde hakim, TMK m.236/II uyarınca kadının artık değere katılımının $\frac{1}{2}$ değil de $\frac{1}{10}$ oranında olacağına hükmetmişse; tek bir katılma alacağının varlığı kabul edilirse kadının artık değer alacağı $40.000/10=4.000$ TL, kocanın artık değer alacağı $20.000/2=10.000$ TL olup, koca $10.000 - 4.000 = 6.000$ TL katılma alacağına sahip olur. Oysa her eşin kendi katılma alacağına sahip olduğu kabul edilirse kadının katılma alacağı 4.000 TL, kocanın katılma alacağı 10.000 TL olacaktır. Bu nedenle öğretide ACAR'ın²⁷ katılma alacağı kavramının takas sonrası bakiyeye özgülenmesinin pratik bakımından bir fark oluşturmayacağı yönündeki tarafımıza yönelik eleştirileri de, bu iki paragrafta verilen örneklerle birlikte değerini kaybedecektir.

Sonuç olarak Yargıtay'ın her eşe birbirlerinden bağımsız olarak açacakları tasfiye davaları sonucunda birer katılma alacağı tanıyan yaklaşımı, Yargıtay'ın katılma alacağını TMK m.178 uyarınca bir yıllık zamanaşımına tabi tutan²⁸; mal rejimi tasfiye edilmeksizin

27 ACAR, s.148 dn.492.

28 Mal rejiminin tasfiyesine yönelik davalara ilişkin temyiz merciinin Yargıtay 2.Hukuk Dairesi olduğu dönemde söz konusu Dairenin verdiği kararlara göre, eşlerin katılma alacağına yönelik alacakları hakkı TBK m.125 uyarınca on yılda zamanaşımına uğradı. Ancak Daire, zamanaşımının alacak hakkının muacceliyeti ile işlemeye

eşlerin boşanmaya bağlı nafaka, maddi ve manevi tazminat taleple-

başlayacağı yönündeki kuraldan (BK m.128) saparak, söz konusu zamanaşımı süresini mal rejiminin sona erdiği tarihten itibaren başlatmaktaydı (Y.2.HD., 5.2.2007 T., 9383/1228, GENÇCAN, s.912-916; Y.2.HD., 21.04.2008, 6331/5733, www.legalbank.net). Ancak 2009 yılı içerisinde mal rejimi davalarında temyiz mercii olarak 8. Hukuk Dairesinin belirlenmesi sonrası ilgili Daire verdiği son bir kararında (Y.8.HD., 09.06.2009, 982/2991, www.legalbank.net) katılma alacağının TMK 178 uyarınca bir yılda zamanaşımına uğrayacağına hükmetmiştir. Kararın gerekçesi şu şekildedir: "...Taraflar 15.06.1995 tarihinde evlenmiş, 29.05.2006 tarihinde kesinleşen hükümle boşanmışlar, görülmekte olan dava bir yıllık süre geçtikten sonra 20.03.2008 tarihinde açılmıştır. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "Aile Hukuku" adlı ikinci kitabının "Evlilik Hukuku" başlıklı birinci kısım ikinci bölümünde bulunan 178. maddesinde; "Evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinin üzerinden bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar" hükmü yer almaktadır. Maddenin gerekçesinde, "... eşlerin yıllar sonra maddi ya da manevi tazminat ya da ilk kez istenilen yoksulluk nafakası dolayısıyla karşı karşıya gelmeleri önlenmek istenmiştir..." denilmiştir. TMK'nın aynı kısım aynı bölümünde, boşanma, tazminat, nafaka ile birlikte mal rejiminin tasfiyesine ilişkin düzenleme de yer almaktadır. Mal rejiminin tasfiyesine ilişkin davalar, boşanma davasının eki niteliğinde değil ise de, evlilik birliği sona ermeden açılmaz; diğer bir anlatımla, boşanmaya bağlı olup, boşanma hükmünün kesinleşmesinden sonra bu hakların ileri sürülmesi mümkün olabilir, aksi halde tasfiye yapılamaz (TMK m. 225/2, 227).

TMK'nın "Aile Hukuku" ile ilgili ikinci kitabındaki düzenlemeler, TMK'nın 178. maddesi metni ve bu maddenin gerekçesi birlikte değerlendirildiğinde; kanun koyucunun boşanan eşlerin karşılıklı olarak birbirlerine karşı maddi ve manevi her türlü dava haklarını 1 yıllık süre içerisinde kullanmalarını amaçladığı, bu süreyi sadece maddi-manevi tazminat ve yoksulluk nafakası ile sınırlı tutmadığı, boşanmanın sonucuna bağlı bulunan ve ancak boşanma kararının kesinleşmesi ile gündeme getirilebilecek olan mal rejimine ilişkin davaların da TMK'nın 178. maddesi hükmü kapsamında düşünülmesi gerektiğini ortaya koymaktadır. Aksini düşünmek kanun koyucunun amacı ve toplumsal gerçeklerle bağdaşmaz. Zira, eşlerin belki başkalarıyla yaptıkları ikinci ve daha sonraki evliliklerini takiben yıllar önce boşandıkları eşin mal rejiminden kaynaklanan istekleri ve dava tehdidi altında yaşamalarının hem kendileri, hem toplum düzeni bakımından olağan ve katlanılması gereken bir durum olduğunu söylemek doğru ve mümkün değildir. Eşlerin birbirlerine karşı manevi bağları boşanma ile tamamen kopmuş olup, eğer bir haksızlığa uğradıkları, karşı taraftan maddi ve manevi alacak ve istekleri bulunduğu düşüncesinde iseler, boşanma kararının kesinleşmesinin hemen akabinde dava açarak birbirlerinden alacaklarını istemelerine bir engel bulunmadığı gibi, dava açmak için uzun yıllar beklemelerini gerektirecek makul ve mantıklı bir neden olabileceği de söylenemez. Kaldı ki, eşler evlilik içinde edinilen ya da katkı yapılan varlıklarını, alacak ve borçlarından doğan dava haklarını boşanma gündeme geldiğinde duraksamadan bilebilecek durumdadırlar.

rinin dinlenebilmesini mümkün kılan²⁹; eMK'nın yürürlük dönemin-

Bundan ayrı, boşanan eşlerin uzun yıllar önce evlilikleri sırasında edinmiş oldukları mal varlıklarının, alacak ve borçlarının miktar ve değerleri ile katkı paylarının belirlenmesi ve kanıtlanmasındaki güçlük de dikkate alındığında, TMK'nın 178. maddesinde belirtilen evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden sonra doğan ve ancak boşanma kararının kesinleşmesi halinde açılacak olan mal rejiminden kaynaklanan davalarda, Borçlar Kanunu'nun başka suretle hüküm mevcut olmadığı takdirde her dava için 10 yıllık zamanaşımı süresini öngören 125. maddesinin uygulanması doğru olmaz. Kaldı ki, yukarıda açıklandığı gibi 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 178. maddesi ile bu konuda getirilen yeni ve ayrı bir hükümle zamanaşımı süresi 1 yıl olarak belirlenmiştir.

Mahkemece TMK'nın 178. maddesinde öngörülen 1 yıllık zamanaşımı süresinin geçtiği gerekçesiyle davanın reddine karar verilmiş olması açıklanan nedenlerle usul ve kanuna uygundur.

Oysa tasfiye talebi ve sonrasında ortaya çıkan katılma alacağı, evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan bir talep hakkı değil, bilakis eşler arasındaki mal rejiminin sona ermesinden doğan bir talep ve alacak hakkıdır (Aynı görüşte: KILIÇOĞLU, s.254; SARI, s.105). Sonuçta mal rejiminin tasfiyesi sonrası ortaya çıkacak olan katılma alacağı boşanmanın mali sonuçlarından olmadığı için TMK m.178'deki bir yıllık zamanaşımı süresine bağlı olabilmesi mümkün değildir. Yargıtay 8.Hukuk Dairesi'nin verdiği bu isabetsiz karar sonucu ortaya çıkan soru şu olacaktır. Evlilik birliğinin, daha doğrusu edinilmiş mallara katılma rejiminin ölümle sona erdiği durumda katılma alacağı hangi sürede zamanaşımına uğrayacaktır? Zira ölüme bağlı tasfiye ve katılma alacağı talebini boşanmanın mali sonuçlarına tabi kılmanın pek mümkün olmayacağı açıktır. Bu nedenle Yargıtay TMK m. 178'e dayalı bu görüşünde ısrar edeceksen, edinilmiş mallara katılma rejiminin ölümle sona erdiği durumda katılma alacağının hangi sürede zamanaşımına uğrayacağına da cevap vermelidir.

- 29 İsviçre Hukukunun boşanma kararı bakımından kabul ettiği görüş "boşanma kararının birliği" ilkesidir. Dolayısıyla İsviçre Hukukunda, hakim boşanma kararı verirken aynı zamanda "re'sen" boşanmanın çocuğa ilişkin sonuçlarını (velayet, iştirak nafakası ve kişisel ilişki) düzenlemekte ve mal rejiminin tasfiyesini yapmakta, son olarak da "talep üzerine" de eşlerin maddi tazminat, manevi tazminat veya yoksulluk nafakasına ilişkin taleplerine cevap vermektedir. Federal Mahkeme ve İsviçre hukuk öğretisi boşanmanın birliği ilkesine, mal rejiminin tasfiyesinin boşanma davası sonrası açılacak ayrı bir dava ile istenebilmesi noktasından tek bir istisna hâl öngörmektedir: Eğer ki boşanmanın yan sonuçları, mal rejiminin tasfiyesinin sonucuna bağlı değilse (örneğin davacının tazminat ve/veya nafaka talep edemeyeceği durumlarda), boşanma hakiminin re'sen vereceği karar ile mal rejiminin tasfiyesi ayrı bir yargılama ile yapılabilir (BGE 130 III 546; 113 II 99; 105 II 223; 98 II 345; 95 II 68). Oysa Türk Hukukunda boşanma davasının mali sonuçları (maddi tazminat, yoksulluk nafakası, manevi tazminat talepleri) bakımından yasa hükmüyle kısılmış olan birlik ilkesi (MK 178), mal rejiminin tasfiyesi için de aranmamaktadır. Diğer bir deyişle Türk Huku-

de yasal mal rejimi olan mal ayrılığı rejiminin devamı sırasında eşler arası birbirlerinin malvarlığı değerlerine yaptıkları katkılardan doğan katkı payı alacağı (katkı tazminatı) talebini, TMK m.227 anlamında "değer artış payı alacağı" olarak niteleyerek, eşler arasındaki edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesine bağlayan³⁰ yakla-

kunda mal rejiminin tasfiyesinin boşanma davası ile birlikte yapılması ve boşanma kararının mutlaka tasfiye sonrası katılma alacağına ilişkin hükmü de içermesi gerekli değildir. Ancak mal rejiminin tasfiyesi ile yasal mal rejiminde katılma alacaklısı olan eş tespit edilmedikçe hangi eşin katılma alacağına sahip olduğu ve alacağın miktarı belli olamayacağı için, eşlerin gerçek ekonomik durumları da "belirsiz" ve buna bağlı olarak maddi tazminat, manevi tazminat, iştirak nafakası veya yoksulluk nafakası borçlusu olduğu iddia edilen eşin ödemesi istenen tazminat veya nafaka tutarının (ve de yoksulluk nafakası talebi bakımından ayrıca yoksulluk şartının gerçekleşip gerçekleşmeyeceğinin) tespiti olanaksız olacaktır. Dolayısıyla boşanmanın mali sonuçları hakkında hakimin hukuka uygun bir karar verebilmesi için uyumsuzlukların çoğunda mal rejiminin öncelikli olarak tasfiye edilmiş olması şarttır. Yargıtay ise bu "büyük gerçeği" göz ardı etmekte ve mal rejiminin tasfiyesi yapılmaksızın eşlerin boşanmaya bağlı nafaka ve tazminat taleplerinin hükme bağlanmasına göz yummaktadır. Bu konudaki ayrıntılı incelememiz için bkz. GÜMÜŞ, İlişki, s.383 vd. Ayrıca bkz. GÜMÜŞ, s.293 vd.; GÜMÜŞ (DURAL/ÖGÜZ), s.207.

- 30 Y.2.HD., 7.3.2005, 2420/3335, www.kazanci.com.tr ve ÖZÜĞÜR, s.241-242; Y.2.HD., 14.3.2005, 1920/3866, www.kazanci.com.tr; Y.2.HD., 22.02.2005 670/2549, ÖZÜĞÜR, s.242; Y.2.HD., 7.3.2005, 252/3306, GENÇCAN, s.1102: "... Tarafklar 24.12.1987'de evlenmişlerdir. 27.08.2003'te boşanma davası açılmış, 30.03.2004'de boşanmışlardır. Davanın konusunu oluşturan taşınmaz 24.07.1998'de alınmış bu dava ise 30.09.2003'te açılmıştır. Davacı taşınmazın alınması sırasında katkıda bulunduğunu ileri sürerek bu katkının karşılığını istemiştir. Medeni Kanununun 227. maddesi eşlerden birinin diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa, tasfiye sırasında bu malda ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranında alacak hakkına sahip olacağını hükme bağlamıştır. Mahkemece bu isteğin Medeni Kanununun 202-241 maddeleri çerçevesinde değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde ret kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır."

Oysa eşlerin eMK'nın yürürlüğü döneminde (1.1.2002 tarihinden önce) eşler arasında mal ayrılığı rejimi geçerli iken diğer eşin malvarlığı değerlerine yaptıkları katkının iadesine yönelik tasfiyeyi gerektirmeyen bağımsız katkı tazminatı talepleri, mal rejiminin sona ermesinin bir sonucu olarak eşler arasındaki evlilik birliği devam ederken dahi talep edilebilmelidir (GÜMÜŞ, s.344-347). Yargıtay ise yukarıdaki zikrettiğimiz kararlarında, eşler arasında eMK'nın yürürlüğü sırasında mal ayrılığı rejimi geçerli iken yapılan katkılara ilişkin katkı alacağının (tazminatının), 1.1.2002 tarihinden sonra devam eden evliliklerde ancak değer artış payı alacağı olarak, edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesinden sonra istenebileceğini kabul etmektedir. Yargıtay'ın burada gözden kaçırdığı

sımları gibi, edinilmiş mallara katılma rejiminin sistemiyle uyuşmamaktadır ve derhal terk edilmesi gerekmektedir.

nokta, eşlerin eMK döneminde yaptığı katkıya dayalı katkı tazminatını, mal ayrılığı rejiminin sona ermesi ile doğan bir alacak hakkı olarak ileri sürdüğüdür. 1.1.2002 tarihinden önce kurulan evliliklerde eşler arasındaki yasal mal rejimi olan mal ayrılığı rejimi, 1.1.2002 tarihide TMK'nın yürürlüğe girmesiyle sona ermiştir ve sona eren mal rejimine ilişkin talepler, başka bir şart aranmaksızın her zaman için ileri sürülebilir. Mevcut Yargıtay uygulaması öte yandan 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanun m.10/III'deki "*Şu kadar ki eşler, yukarıdaki fıkralarda öngörülen bir yıllık süre içinde mal rejimi sözleşmesiyle yasal mal rejiminin evlenme tarihinden geçerli olacağını kabul edebilirler*" hükmüne de aykırıdır. Söz konusu Yargıtay uygulaması, f.III'ün mevcut evliliklerde 1.1.2002 tarihinde eşler arasında yasal mal rejimi olarak yürürlüğe giren edinilmiş mallara katılma rejiminin geçmişe etkili olarak uygulamasını, eşlerin bir yıl içinde akdedecekleri yasal mal rejimi sözleşmesi ile edinilmiş mallara katılma rejiminin evlenme tarihinden itibaren geçerli olacağını kararlaştırmalarına bağlayan kuralını ortadan kaldırmaktadır. Zira Yargıtay eMK'nın yürürlük döneminde eşler arasında mal ayrılığı rejimi geçerli iken yapılan katkıya, 1.1.2002 tarihinden sonra yürürlüğe giren edinilmiş mallara katılma rejimine ait değer artış payı alacağı kurallarını (TMK m.227) uygulamaktadır. Yine TMK'nın mal rejimine ilişkin hükümleri incelendiğinde görülecektir ki, Kanun Koyucu evlilikleri süresince eşler arasında birbiri ardına yürürlükte olan farklı mal rejimlerini birbirinden açıkça ayırmakta, sonraki mal rejimi kurallarının öncekine ilişkin döneme uygulanmasını tarafların bu yönde iradesi olmadıkça yasaklamaktadır. Örneğin TMK m.212, eşler arasında mal ayrılığı rejimine geçildiği takdirde, kanunda aksine bir düzenleme yoksa, eşler arasındaki önceki mal rejiminin tasfiyesinin, yine önceki mal rejimine ilişkin hükümler çerçevesinde yapılmasını emretmektedir. Yine TMK m.208'e göre eşler arasında TMK m.206'ya göre olağanüstü mal rejimi olan mal ayrılığına geçildikten sonra, mal ayrılığına geçişi gerektiren sebebin ortadan kalkması halinde hakim, eşlerden birinin istemi üzerine eski mal rejimine dönüşüne karar verebilecektir. İsviçre öğretisinde de vurgulandığı üzere TMK m.206'ya göre hakim vereceği karar ile eski mal rejimine dönüş ileriye etkili olarak gerçekleşmektedir (HAUSER/REUSSER/GEISER, Art.187 N.29, s.167). Dolayısıyla Kanun açıkça yasada aksine bir hüküm olmadıkça eşler arasındaki mal rejimi değişikliklerinde, sona eren mal rejiminin kendi kuralları çerçevesinde tasfiye edileceğini hükme bağlamıştır. Mevcut Yargıtay uygulaması, Kanunun bu konudaki genel yaklaşımına da aykırıdır. Ancak Yargıtay'ın tutumuna bakılırsa eşler arasında TMK m.206 uyarınca hakim tarafından olağanüstü mal rejimi olarak mal ayrılığı rejimine hükmedildiği hallerde, mal ayrılığı rejimi devam ederken diğer eşin malvarlığı değerine katkıda bulunan eş yaptığı katkıyı, olağanüstü mal rejimi olarak mal ayrılığı rejimi sona erip yeniden edinilmiş mallara katılma rejimine dönüştüğü hallerde bile, yine TMK m.227 uyarınca edinimli mallara katılma rejimi sona erince talep edilebilecektir.

KAYNAKÇA

ACABEY, M.Beşir: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Mal Grupları - İspat Kuralları Ve Eşlerin Paylı Mülkiyeti Altındaki Mallara İlişkin Düzenlemeler, Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.9, Özel Sayı 2007, s.491-534.

ACAR, Faruk: Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Ankara 2007 (Mal Rejimleri).

AKINTÜRK, Turgut: Türk Medenî Hukuku, Yeni Medenî Kanuna Uyarlanmış Aile Hukuku, C.II, 8.B., İstanbul 2003.

DURAL, Mustafa/ÖĞÜZ, Tufan/GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Türk Özel Hukuku, C.III, Aile Hukuku, 2.B., İstanbul 2008.

EREN, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 9.Bası, İstanbul 2006.

GENÇCAN, Ömer Uğur: Mal Rejimleri Hukuku, Ankara 2007.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Teoride ve Uygulamada Evliliğin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri (TMK m.185-281), İstanbul 2008.

GÜMÜŞ, Mustafa Alper: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Çerçevesinde Boşanma Davası; İştirak Nafakası; "Maddi Tazminat Ve/Veya Yoksulluk Nafakası" Ve/Veya Manevi Tazminat Talepleri İle Mal Rejiminin Tasfiyesi Talebi Arasındaki İlişki, Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi, C.IX, s.3-4, 2005, s.383-402 (İlişki)

HAUSHEER, Heinz: Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch I, Art.1-456 ZGB (Herausgeber Heinrich HONSELL/ Nedim Peter VOGT/ Thomas GEISER), 2. Auf., Basel -Genf- München 2002.

HAUSHEER, Heinz/ REUSSER, Ruth/ GEISER, Thomas: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band II, 1. Abteilung, Das Ehe-

recht, 3.Teilband, Das Güterrecht der Ehegatten, 1. Unterteilband, Allgemeine Vorschriften Artikel 181-195a ZGB, Der ordentliche Güterstand der Errungenschaftsbeteiligung Artikel 196-220 ZGB, Bern 1992.

HAUSHEER, Heinz/ REUSSER, Ruth/ GEISER, Thomas: Berner Kommentar, Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, Band II, 1. Abteilung Das Ehe-recht, 3.Teilband Das Güterrecht der Ehegatten, 2. Unterteilband Die Gütergemeinschaft Artikel 221-246 ZGB Die Gütertrennung Art.247-251 ZGB, Bern 1996 (II).

HAUSHEER, Heinz/GEISER, Thomas/ KOBEL, Ester: Das Ehe-recht des Schweizerischen Zivilgesetzbuch, 2.Aufl., Bern 2002.

HEGNAUER, Cyril/BREITSCHMID, Peter: Grundriss des Ehe-rechts, 4.Aufl., Bern 2000.

KILIÇOĞLU, Ahmet M. : Medenî Kanun'umuzun Aile-Miras ve Eşya Hukukunda Getirdiği Yenilikler, 2.B., Ankara 2004.

KILIÇOĞLU, Ahmet M.: Eşlerin Birbirinden Alacakları, Prof.Dr.Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s.394-414 (Eşlerin Alacakları).

NÄF-HOFMANN, Marlies/ NÄF-HOFMANN, Heinz: Schweizerisches Ehe- und Erbrecht,2. Aufl., Zürich 1998.

ODENDAHL, Hanswerner: Türk Medeni Kanunu'nun Yeni "Mal Rejimi" Hükümleri, Eksiklikleri ve Sorunları Üzerine Bir Karşılaştırma, Prof.Dr. A. Şeref GÖZÜBÜYÜK'e Armağan, Ankara 2005, s. 475-496.

OĞUZMAN, M. Kemal/ ÖZ, Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4.B., İstanbul 2005.

ÖZTAN, Bilge : Aile Hukuku, 5.B., Ankara 2004.

ÖZUĞUR, Ali İhsan: Mal Rejimleri, 4.B., Ankara 2007.

PIOTET, Paul: Die Errungenschaftsbeteiligung nach schweizerischen Ehegüterrecht, Bern 1987.

SARI, Suat: Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, İstanbul 2007.

ŞENOCAK, Zarife: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değere Katılma İle İlgili Mal Rejimi Sözleşmeleri ve Tenkisi, AÜHFD, Y.2009, C.58, S.2, s.377-411.

TUOR, Peter/SCHNYDER, Bernhard/ SCHMID, Jörg/ RUMO-JUNGO, Alexandra: Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 12. Aufl., Zürich-Basel- Genf 2002

ZEYTİN, Zafer: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi,2.B., Ankara 2008.

ZEYTİN, Zafer: Artık Değere Katılma ve Değer Artış Payı Alacağında Zamanaşımı, Prof.Dr.Ali Naim İnan'a Armağan, Ankara 2009, s.945-961 (Zamanaşımı).

THE MINE FIELD IN THE NEW YORK CONVENTION

Araş. Gör. H. Afşın İLHAN*

I) INTRODUCTION

What scholars have always emphasized regarding international commercial arbitration is the existence of a crucial need for a silent and efficient dispute resolution system for commercial disputes. As the most important invention to meet such need, the efficiency of arbitration can only be measured by evaluating the way it is practiced today.

Efficiency of arbitration should be defined in relation to the power of an arbitral award on settling the related dispute. Any arbitration process is deemed "efficient" when parties, at least the winning party, are satisfied with the result. If an enforcement of an arbitral award is rejected due to the uncertainty of laws or discretionary attitude of states against different nationals, there should be no reason for abandoning national courts and their procedural tradition and law expertise made up of years of experience.

Such danger becomes more apparent when one assesses internationally accepted ways of challenging arbitral awards. Setting aside motions and rejections of enforcement are seemed to give rise to endless discussions on the power of arbitral awards.

Actually, this fact brings us to the need of global certainty and uniformity in international commercial arbitration practices. Certainty and uniformity should cover not only related laws, but also the

* Yeditepe University Faculty of Law.

attitudes of states against arbitral awards. It should be the reason why the 1958 New York Convention on Enforcement of the Arbitral Awards ("the Convention") includes essential rules on enforcement issues in order to provide certainty and uniformity both in the laws and attitudes of the contracting states. On the other hand, it is still disputable whether the convention meets the need for certainty and uniformity or not.

II) WHAT THE CONVENTION SAYS IS WHAT WE HAVE

The New York Convention was a revolution in the dispute settlement system. First, it provides uniform rules on enforcement of arbitral awards and also the grounds for rejecting enforcement; second, it obliges contracting states to enforce arbitral awards rendered in any foreign state. The only condition to be met is whether an award complies with the minimum standards set out in the Convention.

On the other hand, the Convention does not provide an absolute guarantee for arbitral awards and includes below mentioned exceptions which may give rise to rejection of enforcement.

1) Reservations

Article I (3) of the Convention provides the following:

"When signing, ratifying or acceding to the Convention, or notifying extension under article 10 hereof, any State may on the basis of reciprocity declare that it will apply the Convention to the recognition and enforcement of awards made only in the territory of another contracting State. It may also declare that it will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, whether contractual or not, which are considered as commercial under the national law of the State making such declaration."

This paragraph includes two important reservations which the contracting states may declare on the time of their accession to the

Convention. Upon their declaration, the contracting states may reject enforcement of an award on the basis of a rationale to be relied on such reservations.

i) First Reservation

The first reservation governed by above mentioned paragraph is "Reciprocity". At the first glance, some may construe reciprocity expressed within the Convention as a broad term which indicates the reciprocity between any two contracting states. If such interpretation is accepted as true, this may lead some contracting states to limit the Convention to some of the other contracting states and automatically reject the enforcement of awards rendered in the remaining states which the contracting state has no reciprocity with. At this stage, some reciprocity agreements shall need to be signed between some contracting states in order to provide reciprocity. This idea has no accuracy due to the main purpose of the Convention which is to establish in common practice, some kind of reciprocity, on the enforcement of arbitral awards between the contracting states. There should be no further need for an action for providing reciprocity. The Convention is the "Reciprocity" itself.

First reservation has to have another meaning rather than the one explained above. It is more preferable that; States taking advantage of "first reservation", as it is called, limit the application of the Convention to foreign awards made in the territory of another Contracting State, on the basis of reciprocity¹. Actually, Article I (1) of the Convention refers to arbitral awards rendered in the territory of a State other than the State that enforcement is sought. Thus arbitral awards rendered in a non-contracting State can be subject to enforcement in the Contracting States. The first reservation enables the Contracting states to reject enforcement of arbitral awards rendered in a non-contracting state.

1 *Recognition and Enforcement of Arbitral Awards: The New York Convention*, United Nations, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.37, 2003, p.9

ii) Second Reservation

Second reservation is related to the subject matter of the dispute. According to the Article I (3) of the Convention, contracting states may declare that they shall only grant enforcement if an arbitral award deals with a commercial dispute. Commercial nature of a dispute shall be determined according to the national law of the contracting state where the decision to enforce is sought.

At this point, parties have to bear in mind this detail while they are planning their arbitration process. They have to check the possible jurisdictions which they may apply for enforcement decision in the case that they obtained an arbitral award in favor of them.

2) Article V Provisions

Article V is the main article in the Convention that provides grounds for refusing enforcement. According to Article V, the court where the decision of enforcement is sought, *may* refuse enforcement if the below mentioned grounds exist.

a) Article V (1) (a)

“The parties to the agreement referred to in article II were, under the law applicable to them, under some incapacity, or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of the country where the award was made.”

Arbitration is a dispute settlement system, which is only functional when parties have consent to it. Although the Convention does not include any provision directly imposing a requirement for this consent to be written, Article II provides us such meaning by saying: *“Each Contracting State shall recognize an agreement in writing under which...”*

Parties' consent to arbitrate may be included in the main contract establishing a legal relationship between the parties or separa-

tely concluded by a submission agreement after the rise of a dispute. If such agreement does not exist or exists but it is invalid, enforcing state court may deny enforcement.

According to the said article, if parties are under some incapacity under the law applicable to them, their consent to arbitration shall be void. The law applicable to parties is used to judge the capacity of the parties to the contract. The court remains free to apply its own conflict of laws principles in deciding on the law governing the capacity of parties.²

On the other hand, validity of a contract is determined according to the law which governs arbitration. Law governing arbitration can be selected by parties. In absence of such selection by parties, validity of an agreement shall be governed by *lex arbitri*.

b) Article V (1) (b)

"The party against whom the award is invoked was not given proper notice of the appointment of the arbitrator or of the arbitration proceedings or was otherwise unable to present his case."

What the Convention protects by this article is "due process". Due process is one of the vital aspects of equitable arbitration. On the other hand, it is the most commonly abused defense because we have no exact criteria to determine a violation of due process.

First, there is no doubt that a party against whom the award is invoked has to be aware of the arbitration process. If an award is rendered at the end of an arbitration process which one party could not attend due to the absence of a proper notice, such an award cannot be enforced at all.

Another situation that has to be notified to a party to arbitration is the appointment of the arbitrators. Usually, parties have the right to pick their own arbitrator or propose their list of arbitrators. The

2 Ramona Martinez, *Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards under the United Nations Convention of 1958: The "Refusal" Provisions*. *The International Lawyer*, vol. 24, p.498, 1990

appointment procedure can be determined by parties. If parties cannot agree on procedure or the arbitrators to be appointed, the issue can be submitted to the institution (if the parties agreed on institutional arbitration) or the court of arbitration situs. At this point, when the appointment procedure shall be determined outside the parties' control, any party to an arbitration proces has to be notified about their role on appointment. Otherwise, the court where the enforcement is sought may reject enforcement.

On the other hand, any party who believes that his rights on appointment are breached, has to make his objection immediately when he is informed about the situation. Otherwise, the objection should be rejected by the enforcing court due to bad faith if the objecting party becomes aware of the situation at the beginning but objects at end. This point is not mentioned in the Convention, as well as in UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration.

Since Article V (1) (b) focuses on equitable arbitration process, any other effect that obstructs other party to defend himself or argue his claims shall result with annulment of the arbitral award. On the other hand, the main controversy parties face with at court actions is whether the procedural mistakes are material. In other words, a court has to have strong belief that mistakes done by the tribunal has made a party unable to represent his case.

It is true that, if a party was not given a chance to submit his evidence or to submit his claims or defenses, due process is probably breached. However, it has also to be kept in mind that most of the courts are reluctant to give effect to due process defense since most of the losing parties try abuse this defense.

Often the party against whom the award is invoked claim that the time limits that was given by the tribunal to parties in order to plead their claims and defenses or submit their evidence is too short to proceed within. Such claims should be considered according to the merits of each case.³ Due to the fact that arbitration is a speci-

3 Cemal Şanlı, "*Uluslar arası Ticari akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları*" [Drafting International Commercial Contracts and Dispute Settlement Methods], 326, İstanbul, 2005.

alized dispute settlement system and ought to be solving the disputes much faster than courts, the time limits given to parties in order to perform their procedural duties should be normally shorter. Time limits for procedural duties can even be shorter than the time limits provided by the procedural rules of the place of arbitration.

Such an approach should be similarly applied to the situations when a party claims that he was unable to present his evidence. In order to give effect to such claims, a court should examine some points according to the merits of each case. First, a court has to make deep investigation whether the tribunal did not allow the party to submit his evidence indeed. Second, a court has to examine whether the mistake is essential, if it determines that such mistake exists. A party who claims this defense has to keep in mind that he has the burden of proof.

The Turkish Court of Appeals has decisions supporting the above mentioned reasoning. In one case⁴, one party claimed that the tribunal rejected to hear his witness and consequently breached his right to represent his case. According to the case, due to the far distance between the place of arbitration and the place where the witness lives, party against whom the award invoked requested additional time. The tribunal rejected the request and received the written statements of the witness. The court held that, since the claimant has found the chance to submit the written statements of the witness, he was able to represent his case and tribunal's refusal did not give rise to the breach of due process. .

c) Article V (1) (c)

“The award deals with a difference not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or it contains decisions on matters beyond the scope of the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to

4 Turkish Court of Appeals for 19th Civil Circuit, Decision Number: 2000/7602, Date: 09.11.2000

arbitration can be separated from those not so submitted, that part of the award which contains decisions on matters submitted to arbitration may be recognized and enforced."

Since arbitration relies on the consent of parties, the authority of arbitrators is limited to the given consent of parties. In other words, the scope of authority of arbitrators is determined by an arbitration agreement.

Parties can just submit arbitration to any arbitration institution, the rules of which governs the arbitral procedure as well as the scope of the authority of the arbitrators. On the other hand, there is no doubt that parties can agree on the scope of the authority of the arbitrators.

First, arbitrators may only decide on the issues submitted to arbitration. This point can be determined due the wording of the arbitration agreement or the arbitration clause. For example, we can figure out an arbitration clause in a hypothetical construction agreement concluded between a land owner and a construction company (contractor).

"Any dispute arising out of or in relation to this agreement shall be settled under the Rules of Arbitration of the ICC by three arbitrators in the city of London. The language to be used in the arbitral proceeding shall be English. The law to be applied to the substance of the dispute shall be Turkish Law regardless of its conflict of laws rules."

The disputes arising due to the breach of the contract are the main examples to the disputes arising out of that agreement. However, the magical phrase in this clause is "*in relation to*". Let us give an example to dispute that may arise *in relation to* that agreement:

During the construction, if a truck of the contractor carrying sand to the construction site crashes to office of land owner near the construction site, such liability of the contractor is a tort liability rather than a contractual liability and a tort liability does not give rise to a dispute arising out of the agreement. It gives rise to a dispute *in relation to* the agreement and if such disputes were not included in

the arbitral clause, the arbitrators can not render an award that settles such dispute. On the other hand, due to the reason that such disputes are included in the above mentioned example clause, the arbitrators have the authority to settle our hypothetical dispute.

The arbitrators also have to respect to the choice of law of the parties. Otherwise, the award they rendered would not be enforced. Within the example clause provided above, the procedure of the arbitration process shall be governed by the related rules of ICC where the Turkish Law shall be applied to the substance of the dispute. The arbitrators have to act in compliance with said determination in the clause. For example, if the tribunal decides the dispute *ex aequo et bono* even though there are rules to be applied to the substance, it may result with the refusal of enforcement.

d) Article V (1) (d):

“The composition of the arbitral authority or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, or, failing such agreement, was not in accordance with the law of the country where the arbitration took place.”

Determination of how a tribunal shall be composed or how arbitral procedure shall be governed is under the control of the parties, like any other issues related to arbitration. However, such control may only be performed by the parties by acting together, not separately. We call this joint action “arbitration agreement”.

The number, nationalities, appointment procedure or professions of arbitrators are the examples of the criteria that parties may agree on. They may determine these rules or they can just leave it to courts or institutions.

The way that a tribunal is composed may cause the refusal of an award if it is different than the way that is agreed on by parties. For instance, if one arbitrator formed the tribunal where the parties agreed on three, this would be a fatal error due to which the court of an enforcing state may feel discomfort.

In most of the ad hoc arbitration cases where parties determine the way that the tribunal is composed, the rules for the replacement of arbitrators are usually left blank. This situation may cause another dispute, and an instant solution to such dispute may lead an award to be refused by an enforcing court due to inconsistency to the Article V (1) (b) or Article VI (2) (b) which grants power to an enforcing court to refuse enforcement due to violation of public policy. Due to this reason, it is be useful to determine replacement rules at the beginning or leave it to the court at the time that the event which an arbitrator is needed to be replaced is occurred.

Same rule is valid for determining the arbitral procedure. The parties may determine themselves or decide to leave this issue to an institution. If they do not or can not decide on procedure, the procedural law of the place of arbitration should govern the procedure.

Parties have to be aware of the possible results of their choices. They would do better to draft their own procedural rules or refer to any rule or law that they are familiar with. Although this situation may cause forum shopping, the parties have no other alternative due to the Article (1) (d). Otherwise they may get frustrated at end.

Below, there is the precedent of the General Assembly of Turkish Court of Appeals,⁵ which is an example to the situation in which the party in favor of whom the award was rendered got frustrated because of the point mentioned in the preceding paragraph.

The arbitration clause was drafted as follows:

- a. Any disputes arising out of performance of this contract shall be settled by an arbitral tribunal consisting of three arbitrators.
- b. The tribunal shall be composed under the ICC Arbitration Rules.
- c. The tribunal shall apply the provisions of this contract and Law of Turkey to its decisions.

5 General Assembly of the Turkish Court of Appeals, Decision Number: 1999/273, Date: 05.05.1999

- d. In the case that the parties apply to arbitration, the place of arbitration shall be Zurich, Switzerland and the governing language shall be English unless otherwise agreed.⁶

Soon after the dispute arose, the tribunal composed. The tribunal applied the Swiss Procedural Law to the arbitration process due to the reason that the parties did not determine the procedural law to be applied. They regarded the choice of law rule at the third paragraph as the law to be applied to the substance of the dispute.

Following final decision, the party in favor of whom the award was rendered sought enforcement at the Turkish Court of First Instance. The defendant objected and alleged that they agreed to apply Turkish Law to their dispute and their choice of law had also to be applied to the procedure as well as the substance of the dispute. Court rejected the claim of the defendant, reasoned that Swiss Procedural Law should apply due to the absence of clear choice law to the procedure and granted enforcement to the award. The defendant appealed.

The Court of Appeals reversed the judgment and reasoned that the choice of law in the third paragraph includes both substantive and procedural law. The Court of Appeals assumed that the parties would indicate the procedural law "clearly" if they had agreed otherwise. The reason that made the Court of Appeals to assume in that way was that the parties agreed on some important procedural issues such as the composition of the tribunal and the governing language while they did not determine the law to be applied to the procedure "clearly".

However the Court of First Instance insisted on its previous decision and the decision appealed again and submitted to the General Civil Assembly of the Court of Appeals. General Assembly ruled in favor of the appellate decision, reasoning the same with the Civil Circuit. The long judicial process has ended with a frustration for the party who sought enforcement in Turkey. This precedent proves that

6 id

acting carefully while drafting the arbitration agreement is crucial in order to avoid from bad surprises.

e) Article V (1) (e)

The award has not yet become binding on the parties or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made.

The Convention rules that an award can be only enforced if it is binding on parties but it does not provide further information on the criterion that has to be met in order to regard an award as binding.

If parties apply to institutional arbitration or incorporate any document –such as UNCITRAL Model Law- which includes provisions dealing with the issue, there is no doubt that we shall make our decision according to these rules. If no such provision exists, first we need to agree on the fact that, no court should have authority to decide on the issue since it may give rise to “double enforcement”. Double enforcement corresponds to a kind of delay which is probably the last thing to be expected from arbitration. It also damages the authority of arbitrators. Second, parties may agree that an arbitral award will be binding when it is signed by the majority of arbitrators. It would not harm any interest of parties since the party against whom enforcement sought may request suspension of the award by the reasoning that the award is being challenged by a competent court in the place of arbitration according to Article VI of the Convention. This is the most common solution adopted by the courts.

In addition to the above, the award should not be nullified. As a main rule; an arbitral award cannot be appealed unless otherwise agreed by parties. The purpose of this rule is to assure the efficiency of an arbitral award and protect arbitration from the disadvantages of litigation. In other words, arbitration is wanted to be designed as a judicial system which impartial and independent third persons have an absolute power on settlement of a dispute. No other authority has

the right to inspect whether the decision of the tribunal on the substance of the dispute is right or wrong.

On the other hand, arbitration is not totally independent from authority of national courts. Today's arbitration system enables national courts of the arbitration forum to examine an arbitral award on limited grounds upon request of the parties. This mechanism is called "setting aside". These limited grounds for setting aside arbitral awards are included in the national laws of the states and these grounds are almost common for all states. UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985) provides these grounds and most of the states integrated these rules to their laws or inspired from these rules when they drafted their own.

Article 34 of UNCITRAL Model Law is as follows:

Article 34 - Application for setting aside as exclusive recourse against arbitral award

- 1. Recourse to a court against an arbitral award may be made only by an application for setting aside in accordance with paragraphs (2) and (3) of this article.*
- 2. An arbitral award may be set aside by the court specified in article 6 only if:*
 - (a) The party making the application furnishes proof that:*
 - (i) a party to the arbitration agreement referred to in article 7 was under some incapacity; or the said agreement is not valid under the law to which the parties have subjected it or, failing any indication thereon, under the law of this State; or*
 - (ii) the party making the application was not given proper notice of the appointment of an arbitrator or of the arbitral proceedings or was otherwise unable to present his case; or*
 - (iii) the award deals with a dispute not contemplated by or not falling within the terms of the submission to arbitration, or contains decisions on matters beyond the scope of*

the submission to arbitration, provided that, if the decisions on matters submitted to arbitration can be separated from those not so submitted, only that part of the award which contains decisions on matters not submitted to arbitration may be set aside; or

(iv) the composition of the arbitral tribunal or the arbitral procedure was not in accordance with the agreement of the parties, unless such agreement was in conflict with a provision of this Law from which the parties cannot derogate, or, failing such agreement, was not in accordance with this Law; or

(b) The court finds that:

(i) The subject-matter of the dispute is not capable of settlement by arbitration under the law of this State; or

(ii) The award is in conflict with the public policy of this State.

3. An application for setting aside may not be made after three months have elapsed from the date on which the party making that application had received that award or, if a request had been made under article 33, from the date on which that request had been disposed of by the arbitral tribunal.

4. The court, when asked to set aside an award, may, where appropriate and so requested by a party, suspend the setting aside proceedings for a period of time determined by it in order to give the arbitral tribunal an opportunity to resume the arbitral proceedings or to take such other action as in the arbitral tribunal's opinion will eliminate the grounds for setting aside.

As seen on the Article 34 of UNCITRAL Model Law, second paragraph provides the grounds for setting aside and these grounds are almost common with the grounds provided for refusal of enforcement within Article V of the Convention.

Following the final award, parties (always the one against whom the award is invoked) may apply to national courts in order to obtain a setting aside decision. The first problem arises at this point: How do we determine the competent court? Article V (1) (e) seems to authorize two different courts. They are the court of the country in which the award was made and the court of the country under the law of which the award was made. If the place where the arbitration is conducted is different from the country the law of which is applied are different, we would have two competent courts at hand and it may lead to conflict of jurisdiction and decision. This problem was discussed in *Yusuf Ahmed Alghanim v. Toys "R" Us*⁷. Second Circuit concluded as follows:

*"Although most courts and commentators assume that Article V(1)(e) is applicable to the state in which the award is rendered, we note that Article V(1)(e) specifically contemplates the possibility that an award could be rendered in one state, but under the arbitral law of another state. See Convention art. V(1)(e) ("or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, that award was made" (emphasis added)). In the rare instance where that is the case, Article V(1)(e) would apply to the state that supplied the arbitral law under which the award was made."*⁸

In *Karaha Bodas v. Pertamina*⁹, U.S. Court of Appeals made a distinction between the "physical place of arbitration" and the "place of arbitration in legal sense"¹⁰ and reached to the conclusion that the country, procedural law of which is applied to the arbitration, is the "place of arbitration in legal sense" and the courts of that country has the authority to set aside an arbitral award¹¹.

7 *Yusuf Ahmed Alghanim & Sons v. Toys "R" Us, Inc.* 126 F.3d 15

8 *id* at 21 n.3

9 *Karaha Bodas Co., L.L.C., v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara, et al.*, 364 F.3d 274 (2004)

10 *id* at 292

11 *See id* at 292, 309,302

After determining the competent court, parties may seek annulment of an arbitral award before that court. Competent courts have primary jurisdiction over an arbitral award, and unlike the authority of secondary jurisdiction courts, which are the courts of the countries where enforcement is sought, they have much broader discretion to set aside an award. Because the courts of a primary jurisdiction apply their domestic law, while the courts of secondary jurisdiction can only apply Article V grounds of the Convention and may refuse enforcement accordingly¹².

One of the most important problems in the world of arbitration begins precisely at the time that an arbitral award is annulled: Whether an annulled award can be subject to enforcement or not?

The entire dispute is seemed to begin right after the U.S Federal Court's Chromalloy Decision¹³. In Chromalloy, a dispute arose out of a contract between the Arab Republic of Egypt and Chromalloy Aeroservices ("CAS"), a U.S. company. On June 16, 1988, Egypt and CAS entered into a contract under which CAS agreed to provide parts, maintenance, and repair for helicopters belonging to the Egyptian Air Force. It had been more than two years when Egypt decided to cancel the contract. Following the cancellation, arbitration commenced and at the end, arbitral tribunal rendered the award in favor of CAS. When CAS applied to U.S. District Court for enforcement, Egypt appealed for nullification of the award at Egyptian Court of Appeals although any kind of appeal was prohibited by the arbitration clause. Egyptian court nullified the award reasoning that the tribunal did not apply Egyptian Administrative Law to the issue although they had to do so. As soon as Egypt obtained the nullification, it filed with the district court a motion to dismiss. District court dismissed Egypt's motion and enforced the award.

First, the court reasoned that the Article V (1) has permissive language. It is hidden in the wording of the article which starts with

12 *id* at 287,288

13 *Chromalloy Aeroservices v. Arab Republic of Egypt*, 939 F. Supp 907, 908, (1996)

the following sentence: "*Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is invoked, only if that party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought.*"

The "may" language used in the article was regarded by the Court as that refusal of enforcement under the grounds provided therein is under sole discretion of the enforcing court. Due to this reason, the court did not consider itself obliged under that article. However, no one is sure about the main intent of the drafters while they were drafting the Convention. The situation gets much more complicated when the official texts in other languages are compared with each other.

The wording "*may be refused*" suggests that judges may use their discretion when ruling on the request for recognition and enforcement. Similarly, the Spanish text uses the expression "*se podrá denegar*". However, the wording of the French text – "*seront refusées*" – implies that the court has no discretion but "shall refuse" the enforcement if any of the grounds invoked by a party is met. The differences in the wording of the various language versions could pose a threat to the uniform interpretation of the Convention on this matter.¹⁴

The second reasoning of the U.S Court, as mentioned above, had the main link with delocalization. The ground that the U.S Court based its opinion was Article VII (1) of the Convention.

Article VII (1) rules as follows:

"The provisions of the present Convention shall not affect the validity of multilateral or bilateral agreements concerning the recognition and enforcement of arbitral awards entered into by the Contracting States nor deprive any interested party of any right he may have to avail himself of an arbitral award in the manner and to the extent allowed by the law or the treaties of the country where such award is sought to be relied upon."

14 *supra* note 1 at 29

Article VII (1), also known as “the more favorable right provision”, provides a way of escape from Article V provisions. Relying on that article, an award which is annulled in its country of origin may be granted enforcement by the enforcing court if the party seeking enforcement bases its request on the law of the enforcing state or on bilateral or multilateral agreements to which the enforcing state is a party. For example; if the court of the host state annuls the award basing its reasoning on arbitrariness, (stating that the dispute is arbitrary), another state may grant enforcement if that dispute complies with arbitrariness rule of its national law. This was a real case known as *Hilmarton*, in which French Court granted enforcement to an award¹⁵ although it was set aside by Swiss Court. This ruling strengthens the idea that Article VII provision overcomes Article V (1) (e) due to the fact that French courts disregard Article V (1) (e) even though the Conventions French text has “must” language as mentioned above.

In CAS case, the Egyptian Court of Appeals ruled that, the law to be applied to the substance of the dispute was the Egyptian Administrative Law instead of Egyptian Civil Law and set aside the award. On the other hand, District Court granted enforcement to the award and based on its second reasoning to the more favorable right provision.

District Court, relying on Article VII, concluded that “CAS maintains all rights to the enforcement off this Arbitral Award that it would have in absence of the Convention”¹⁶. Under Chapter 1 of the Federal Arbitration Act, 9 U.S.C. § 10 provides the grounds for refusing arbitral awards, namely, fraud, corruption, bias, procedural misconduct, or exceeding of the arbitrator’s powers in any way and “manifest disregard of law.” The U.S Court did not regard the act of

15 *Societe Hilmarton v. Societe O.T.V.*, Judgement of March 24, 1994, Cass. civ. Ire. 1994 REVUE DE L'ARBITRAGE [REV.ARB] 327, translated in XX Y.B. COM. ARB. 663 (1995)

16 Pedro J. MARTINEZ-FRAGA, *International Commercial Arbitration. United States Doctrinal Developments and American Style Discovery*, 388 (Thomson/Aranzardi, 2008)

tribunal which is to apply civil law instead of administrative law as the manifest disregard of the law. Since the U.S. Law included the more favorable right for CAS, under the supervision of Article VII, the Court enforced the award.

The District Court also concluded that annulment of the award by the Egyptian Court constituted violation of U.S. public policy. The District Court Judge reasoned that U.S. public policy is in favor of final and binding arbitral awards¹⁷ and that's why the court did not respect the annulment decision of the Egyptian Court under comity¹⁸.

Soon after *Chromalloy*, Second Circuit of U.S. Court of Appeals decided *Baker Marine v. Chevron*¹⁹ which came out to be almost opposite to the *Chromalloy* Decision. It was not totally opposed to *Chromalloy* because *Baker Marine* court made a distinction between two cases and chose not to overrule *Chromalloy*.

Baker Marine entered into contracts with *Danos* and *Chevron* and undertook to provide barge services. Contract included an arbitration clause which designated Nigeria as the place of arbitration and Nigerian procedural law as the governing procedural law. When the dispute arose among the parties, *Baker Marine* submitted the dispute to arbitration and the arbitral tribunal held *Danos* and *Chevron* liable. Subsequently, *Danos* and *Chevron* applied to the Nigerian Court and the court annulled the award. When *Baker Marine* sought enforcement at U.S. District Court, the court refused enforcement and the appellate court affirmed the decision based on the below mentioned reasoning.

Baker Marine claimed that the ground on which Nigerian Court annulled the award was not recognized by U.S. Law and asked the court to enforce the award under Article VII. The court rejected this claim reasoning that the parties decided Nigerian law to be governing law and "the governing agreement made no reference wha-

17 *id* at 389

18 *id* at 390

19 *Baker Marine (Nig.) Ltd. v. Chevron (Nig.) Ltd.*, 191 F.3d 164 (2nd Cir. 1999)

tever to U.S. Law."²⁰ The court also observed that the contrary result may lead to forum shopping:

*"Furthermore, as a practical matter, mechanical application of domestic arbitral law to foreign awards under the Convention would seriously undermine finality and regularly produce conflicting judgments. If a party whose arbitration award has been vacated at the site of the award can automatically obtain enforcement of the awards under the domestic laws of other nations, a losing party will have every reason to pursue its adversary "with enforcement actions from country to country until a court is found, if any, which grants the enforcement."*²¹

On the other hand the court also underlined the difference between Chromalloy and Baker Marine which was that the arbitration clause in Baker Marine did not prohibit appeal or that kind of recourse unlike Chromalloy.²²

The third significant case covering this issue is Termorio v. Electranta²³. Termorio and Electranta, a state owned company, concluded a Power Purchase Agreement. Termorio agreed to produce energy and Electranta agreed to buy it. When the dispute aroused between the parties, arbitration panel issued an award in favor of Termorio. Electranta then filed a suit at the Colombia court seeking annulment. The Colombian court annulled the award reasoning that the arbitration clause violated the Colombian Law.²⁴

U.S. District Court rejected to enforce. The court reasoned that "[o]nly a court in a country with primary jurisdiction over an arbitral award may annul that award"²⁵ and "the Convention does not

20 *id* at 197

21 *Id.* citing to Albert JAN VAN DEN BERG, *The New York Arbitration Convention of 1958: Towards a Uniform Judicial Interpretation* 355 (1981).

22 *Id.* n.3

23 *Termorio S.A. v. Electranta S.P.*, 487 F.3d 928, 376 U.S.App.D.C. 242

24 *Id* at 928

25 *Id* at 935, citing *Karaha Bodas Co. v. Perusahaan Pertambangan Minyak Dan Gas Bumi Negara*, 364 F.3d 274, 287 (5th Cir.2004)

endorse a regime in which secondary States (in determining whether to enforce an award) routinely second-guess the judgment of a court in a primary State, when the court in the primary State has lawfully acted pursuant to "competent authority" to "set aside" an arbitration award made in its country."²⁶ Termorio Court also did not overrule Chromalloy stating that in Chromalloy Egyptian party breached the arbitration by appealing the arbitral award.²⁷

Contradiction with regard to the application Article V (1) (e) affected the doctrine. Those who support the Chromalloy decision think that the arbitration process has to be independent from national courts. The Convention is the guarantee to the enforcement of the awards which encourages parties to settle their disputes via arbitration. If arbitration is not efficient at all, why should we arbitrate? Adopting this approach, which is widely known as "*delocalization*" surely leads us to abandon Article V (1) (e) of the Convention.

Supporters of delocalization insist that giving the sole power to nullify an arbitral award to a national court and leaving no discretion to an enforcing court would bring us back to the times that the 1923²⁸ and 1927²⁹ Geneva Convention were in effect³⁰. Geneva Conventions imposed a system known as "double enforcement". According to the conventions, an award had to be "final" in order to be enforced in another state, thus parties had to enforce an award at local courts first, in order to prove that an award was final. Although this statement is not theoretically right for the New York Convention, in practice the cumulative effect of Article V (1) (e) and Article VI may lead to a situation similar to "double enforcement". Because it is true that almost all losing parties try to set aside the award at local courts

26 *Id* at 937

27 *id*

28 1923 Geneva Protocol on Arbitration Clauses The League of Nations

29 1927 Geneva Convention on the Execution of Foreign Arbitral Awards The League of Nations

30 See Jan Paulsson, *Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding A Local Standart Annulment*, p.18-19, in THE ICC INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION BULLETIN, VOL.9/No.1 – MAY 1998.

and if enforcing courts adjourn the decision on the enforcement, this will create a negative effect similar to double enforcement.

Gary SAMPLINER, who supports the decision of Chromalloy, provides us other potential benefits of the delocalization:

*"Yet this decision should not be seen simply as a victory for Western corporations against Third World governments. Egypt, like many other developing countries, has been attempting for many years to lure foreign investors to agree to arbitration in their country. While the Egyptian court decision did little to help this cause, the ultimate decision of the U.S. District Court may show foreign investors that arbitration in developing countries will not necessarily lead to unfair results in favor of the host country. Moreover, if courts around the world become aware that arbitrary nullification decisions will not be honored overseas, they may be more likely to make decisions consistent with the prevailing international norms adopted in the New York Convention and UNCITRAL Model Law. Such a development, if it occurs, can only help to encourage parties to agree to arbitration in the host country."*³¹

In the CAS case, first, the parties consented that the Egypt shall be the place of arbitration. The award was made in Egypt, under the laws of Egypt, and nullified by the court designated by Egypt to review arbitral awards³². Second, the reasoning of the Egyptian Court of Appeals was neither authentic nor unlawful. In addition, investors who are disturbed with the idea that the host state will act in bad faith, should submit arbitration to ICSID which provides better protection to investors. It seems that possible willful misconduct of the Third World government was not a problem for CAS at the time that the arbitration clause was being drafted.

On the other hand, if it is to end the "national prejudices aga-

31 Gary H. Sampliner, *Enforcement of Foreign Arbitral Awards After Annulment In Their Country of Origin*,

Mealey's Int'l Arb. Rep. P.28,29., (September 1996), cited in Hamid Gharavi., *Chromalloy: Another View*, Mealey's Int. Arb. Rep., p.21, January 1997

32 *Supra* note 12, at 909

inst arbitration”, then delocalization does worth considering but it is still far from satisfying due to the fact that almost all states have common grounds for setting aside. Most of the states implemented the UNCITRAL Model Law directly to their national law or drafted almost the same provisions. But if we need to consider the worst situation, PAULSSON’s example should be examined:

“Say that the parties been given as a seat of arbitration capital of country A, or that they have agreed on it as a neutral and convenient place. Neither party has any connection whatsoever with country A. Not one of the arbitrators is a national of country A. The litigious contract has no nexus with country A.

*A majority award is rendered. The losing party moves to set it aside on the grounds that the dissenting arbitrator who one might suppose was nominated by the said party – had not signed the award. The winning party retorts that the contractually stipulated ICC Rules of Arbitration accept majority awards, and do not require a signature by the dissenting arbitrator. The argument would appear to fail, however, since the law of country A not only requires that all arbitrators sign the award, but provides that any contractual stipulation to the contrary is invalid.”*³³

According to the above mentioned example, who is responsible from the disastrous result? Is it country A, which has such authentic ground for annulment, or the attorney of the winning party, who did not check the grounds for annulment before consenting to country A as the arbitration forum? Does it affect the answer if the country A is a Third World or a Western country?

No one can blame country A for its law since it was chosen by the consent of the parties. Yet the provisions for challenging an arbitral award consist of only few articles in most of the countries, it should not be too time consuming to check these rules before drafting the arbitration clause.

33 Jan Paulsson, *Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters*, 32 Int’l & Comp. L.Q. p. 53 1983

There is no certain answer to how delocalization would affect arbitration since there are not enough examples in the practice. But it is clear that, uniformity and certainty are much more important for the international commercial arbitration because most of the disputes which are waiting to be settled are billions of dollars disputes and nobody would risk such amount of money for the awards which may be refused or enforced surprisingly.

f) Article V (2) (a) ³⁴

“The subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of that country”

Some disputes, which are strictly connected with the sovereignty of the states, cannot be subject to arbitration. Such disputes do mostly appear as “acts of states”. With some exceptions, the disputes which cannot be subject to domestic arbitration, cannot be subject to international commercial arbitration as well. Penal law issues are the first and foremost non-arbitrable disputes. Tax law, antitrust law and nationalization issues are also non-arbitrable in most countries.

One should figure out the states where he may seek enforcement and consider this fact before applying to arbitration. An example to this situation is *Libyan American Oil Co. (LIAMCO) v. Socialist People’s Libyan Arab Jamahiryia*³⁵ case. Libyan Government nationalized LIAMCO’s rights under concession. LIAMCO was not satisfied with the compensation paid and the arbitration process began. Award was rendered in favor of LIAMCO and LIAMCO filed a motion to enforce in the U.S. The court refused to enforce the award due to reason that nationalization was an act of state and could not be arbitrated.

As it was mentioned above, almost every issue that cannot be subject to domestic arbitration cannot be subject to internatio-

34 Both the provisions (a) and (b) provided in the second paragraph of Article V are ex officio considered by the enforcing court.

35 *Libyan American Oil Co. (LIAMCO) v. Socialist People’s Libyan Arab Jamahiryia*, 482 F. Supp. 1175 (1980)

nal arbitration. In Turkish Law, there is an example to this principle as well. According to the Article 518 of the Turkish Code for Civil Procedure, the disputes that do not depend on the will of the parties cannot be arbitrated. Disputes related to employment law, leasehold appraisal, rights in rem , attorney fees cannot be also arbitrated according to precedents of Turkish Court of Appeals.

U.S Law has some exceptions to the above. Disputes arising out of anti-trust issues³⁶ , or matters controlled by Federal Securities Act of 1933³⁷ , can be subject to international arbitration when they arise from a contract with international commercial nature..

g) Article V (2) (b)

“The recognition or enforcement of the award would be contrary to the public policy of that country.”

Public policy is a critical term which is not easy to define. The Convention puts forward the rule but provides no clue for us to use the defense in the most appropriate way. Fortunately the United Nations Committee prepared the draft convention explained its viewpoint on the issue in its report to U.N Conference. It asserted that the public policy defense should be applied “to cases in which recognition or enforcement of a foreign arbitral award would be distinctly contrary to the basic principles of the legal system of the country where the award was invoked.”³⁸ However, the application of the defense is not usually limited to the basic principles of law of that state; the scope is broadened to the social-economic situation and moral principles of the enforcing state by the enforcing courts.

U.S Courts usually approach more properly to the issue and they stay reluctant to provide effectiveness to the defense. In Parsons

36 Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc., 473 U.S.614 (1985). See also supra note 3, p.347

37 Scherk v. Alberto Culver Co. , 417U.S. 506 (1934)

38 *id.* at 509, U.N. ESCOR, Report of the Committee on the Enforcement of Arbitral Awards §49, U.N Doc. E/2704 and Corr.1, E/AC, 42/4/rev.(1955).

& Whittemore Overseas Co. v. Société Generale de L'Industrie du Papier (RAKTA) case, U.S Court of Appeals for the Second Circuit properly ruled that:

"An expansive construction of this defense would violate the convention's basic effort to remove pre-existing obstacles to enforcement..."

We conclude therefore, that the Convention's public policy should be construed narrowly, Enforcement of foreign arbitral awards may be denied on the basis only where enforcement would violate the forums most basic notions of morality ad justice. ³⁹

Basic notions of morality are always protected by the basic principles of law and they also exist as an exception to the freedom of contract. Since any two cannot make a legally binding contract on the sale of the illegal drugs, any two can not also arbitrate on a dispute aroused out of such contract in judicial manner. They may arbitrate anyhow, but such award cannot be enforced by any court around the world.

The claims such as fraud have to be reflected on the award in order to be accepted by the Turkish Courts. If a party claims that the arbitrators were not impartial and independent, the court may reject enforcement only if the claimant can prove his claim on the material grounds. Abstract claims are not considered by the Turkish Courts⁴⁰.

III) CONCLUSION

The 1958 New York Convention is a result of well-intentioned efforts. It provides a mechanism that enabled arbitration to become a common dispute settlement system throughout the world's commercial society. On the other hand, the time has changed since 1958 and the elders of the arbitration rightly demand more liberty from the

39 *Parsons & Whittemore Overseas Co. v. Société Generale de L'Industrie du Papier (RAKTA)*, 508 F.2d, p.973-974.

40 See supra note 3, p.354. Turkish Court of Appeals for 4th Civil Circuit, Dated: 09/01/1964

national laws and protection from the attitudes of the states.

Nothing is perfect and so the Convention has some defects on the liberty and protection of arbitration. But it is also true that there is a thin line between freedom and degeneracy. Without supervision of national courts, arbitrations may result with unfair awards, which would probably cause arbitration to become inefficient.

First, arbitration practice has to be uniform and freed from the attitudes of the states. This fact becomes more apparent when the Article V (2) (a) and (b) are criticized. These two provisions may let the national courts to impose their own attitudes to disputes. For example a foreign party may not know that attorney fees (in some cases attorney fees reach to million dollars so it does worth arbitrating) cannot be arbitrated according to the Turkish Law and so an award on such dispute cannot be enforced in Turkey. This is an attitude of Turkey but should it mean anything to the foreign entities? Which interest of Turkey would be damaged if attorney fees are determined by an international tribunal with reference to the limitations in the Turkish Law?

Second, there is absence of details in the Convention so such details are determined by the courts according to their own points of view. Article (1) (e) and (2) (b) is the examples to this situation. In the Article (1) (e), it is recommended that an award has to be binding on the parties in order to be enforced. But the criterion that makes an award binding is not told in the Convention so the courts make their own construal, some of which may give rise to the "double enforcement". The same situation may arise due to the same defect in Article V (2) (b). Since the definition of the public policy is not included in the article, it may give rise to mala fide refusal of enforcement by the courts.

Another double enforcement danger becomes apparent when enforcing court applies Article VI and adjourns enforcement decision in order to let local court decide on setting aside the arbitral award. This creates another dilemma because advising enforcing courts to be extremely reluctant to adjourn enforcement decision would mini-

mize the function of setting aside and at the end a party may have an award annulled by a local court but enforced by enforcing court. It is needless to say that such complex situations are an enemy to arbitration. On the other hand double enforcement would surely arise if enforcing courts adjourn enforcement decision every time that setting aside procedure begins, due to the fact that almost every losing party would file at the local court to have the award set aside.

Furthermore, as mentioned in the preceding paragraphs, there is difference with regard to the language of Article V (1) (e) between English and French texts. If the drafters of the Convention intended to provide a permissive language, then the French text has to be amended accordingly. On the other hand, if the intended meaning was a "must" meaning, the English text has to be amended. But in this case, Article VII and Article V (1) (e) will surely conflict. Choosing this option may lead to a need for further modifications.

BIBLIOGRAPHY

BOOKS

Cemal Şanlı, *Uluslar arası Ticari akitlerin Hazırlanması ve Uyuşmazlıkların Çözüm Yolları* [Drafting International Commercial Contracts and Dispute Settlement Methods], 326, İstanbul, 2005.

Pedro J. MARTINEZ-FRAGA, *International Commercial Arbitration. United States Doctrinal Developments and American Style Discovery*, 388 (Thomson/Aranzardi, 2008)

ARTICLES

Hamid Gharavi., *Chromalloy: Another View*, Mealey's Int. Arb. Rep., p.21, January 1997

Jan Paulsson, *Enforcing Arbitral Awards Notwithstanding A Local Standart Annulment*, in THE ICC INTERNATIONAL COURT OF ARBITRATION BULLETIN, VOL.9/No.1 – MAY 1998

Jan Paulsson , *Delocalization of International Commercial Arbitration: When and Why It Matters*, 32 Int'l & Comp. L.Q. p. 53 1983

Ramona Martinez, *Recognition and Enforcement of International Arbitral Awards under the United Nations Convention of 1958: The "Refusal" Provisions*. The International Lawyer, vol. 24, p.498, 1990

GUIDELINES

Recognition and Enforcement of Arbitral Awards: The New York Convention, United Nations, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.37, 2003, p.9

INVESTMENT ARBITRATION AND SOVEREIGNTY FROM A TURKISH LAW PERSPECTIVE

Değer Boden AKALIN*

INTRODUCTION¹

Turkey is party to many Bilateral Investment Treaties² (“BITs”) and to the Energy Charter Treaty.³ Under these investment treaties, Turkey provides the investors with a wide range of rights such as fair and equitable treatment, full protection and security, non-discriminatory treatment, national treatment and most-favored nation treatment. In addition, under these treaties Turkey gives its consent to a number of investment arbitration mechanisms such as International Center for Settlement of Investment Disputes (“ICSID”) and the United Nations Commission on International Trade Law (“UNCITRAL”) for disputes arising out of alleged treaty violation claims of the investors. Investment arbitration is a relatively new concept for Turkey. In the first ICSID arbitration case against Turkey, PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Turkey, ICSID Case No. ARB/02/5, the

* Attorney at Law, Istanbul Bar Association.

1 This article was originally prepared as an LLM paper in the University of Minnesota, School of Law, Investment Treaty Arbitration class in May 2005. I would like to thank to my colleague Dr. Sedat Cal for encouraging me to publish this article.

2 Turkey’s BITs are available at <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779> (last visited August 12, 2009).

3 The Energy Charter Treaty is available at <http://www.encharter.org/upload/9/120520674515751158192049714743532131935190860213f2543v3.pdf> (last visited August 12, 2009).

tribunal accepted its jurisdiction on 4 June 2004 and resolved the case on merits on 19 January 2007.⁴ Second case filed against Turkey was *Motorola Credit Corporation, Inc v. Turkey*, ICSID Case No. ARB/04/ which was resolved by settlement on 21 November 2005. Ongoing cases against Turkey are *Libananco Holdings Co. Limited v. Turkey*, ICSID Case No. ARB/06/, *Cementownia "Nowa Huta" S.A. v. Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF), *Europe Cement Investment and Trade S.A. v. Turkey*, ICSID Case No. ARB(AF)/07/2 and *Saba Fakes v. Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20 and *Alapli Elektrik B.V. v. Turkey*, ICSID Case No. ARB/08/13⁵.

The investment treaties make no restriction as to what kind of public law transactions may generate an investment dispute subject to an investment arbitration mechanism stated in the treaties. Therefore, all kind of public law transactions (legislative, executive or judicial) are arbitrable under these investment treaties to the extent that they generate an alleged violation claim of the treaty rights of the investors.

This paper aims to analyze what kind of Turkish public law transactions might give rise to an investment arbitration claim. This paper argues the following two basic points: (i) that the principle of arbitrability provided under Turkish domestic law is not applicable to investment treaty disputes and (ii) that the arbitrability of all kind of public law transactions demonstrates a need to reconsider the concept of the state's sovereignty.

4 *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Turkey*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/5 available at <http://ita.law.uvic.ca/documents/psegdecision.pdf> (last visited August 12, 2009) and *PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ilgin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Turkey*, Award, ICSID Case No. ARB/02/5 available at <http://ita.law.uvic.ca/documents/PSEGGlobal-Turkey-Award.pdf> (last visited August 12, 2009).

5 There are also ongoing investment treaty arbitration cases filed by Turkish parties against other countries as follows: *Bayındır İnşaat Turizm Ticaret ve Sanayi A.Ş. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29; *Rumeli Telekom A.Ş. and Telsim Mobil Telekomunikasyon Hizmetleri A.Ş. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16; *Sistem Mühendislik İnşaat Sanayi ve Ticaret A.Ş. v. Kyrgyz Republic*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/1; *Barmek Holding A.Ş. v. Republic of Azerbaijan*, ICSID Case No. ARB/06/16.

This paper is organized as follows: Part I describes how Turkey gives its consent to investment arbitration mechanisms. Part II discusses what kind of disputes can be considered investment disputes subject to investment arbitration mechanisms under dispute resolution clauses of the investment treaties. Part III examines what kind of public law transactions can be subject to an investment arbitration mechanism. Part IV discusses the consequences of the arbitrability of all kind of public law transactions in the principle of arbitrability recognized in Turkish domestic law and Part V discusses its consequences in the concept of sovereignty and points out the end of this concept with regards to investment disputes.

I- CONSENT TO INVESTMENT ARBITRATION

Unlike arbitration between private parties, investment arbitration does not need a contractual relationship between parties. It is accepted that a sovereign state can give its consent to an investment arbitration mechanism in (i) an agreement (i.e. arbitration clause of an investment agreement between the state and the investor, or a compromise signed following the occurrence of a dispute) (ii) its domestic legislation (i.e. a provision in its investment laws) (iii) an investment treaty, bilateral or multilateral⁶. In the latter situations, the state unilaterally offers its consent to submit a dispute with an investor to arbitration and when an investor initiates an arbitration request

6 For more explanation about this procedure see Jan Paulson, *Arbitration Without Privity*, 10 ICSID Rev. -FILJ, 232 (1995). For consent procedure of ICSID see Georges R. Delaume, *Le Centre International Pour le Reglement des Differends Relatives aux Investissements, (CIRDI)*, 109 Journal du Droit International (Clunet) 779,780 (1982); Christoph H. Schreuer, *The ICSID Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, Cambridge University Press, 193 (2001); Aron Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 136 Recueil des Cours, 352; Ali Yesilirmak, *Jurisdiction of International Centre for Settlement of Investment Disputes over Turkish Concession Contracts*, ICSID Rev. -14 FILJ 2, 407 (Winter 1999); Andres R. Sureda, *Two Views on ICSID Arbitration (A) ICSID: An Overview*, World Arbitration and Mediation Report, 167 (June 2002); See also Report of the Executive Directors of ICSID 23 available at <http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/partB.htm> (last visited August 12, 2008).

with an arbitration mechanism he/she is deemed to have accepted this offer.⁷ Most of the investment treaties and national investment legislations refer to the ICSID. In addition, the ICSID Additional Facility, the UNCITRAL or other forms of arbitration are also offered in the alternative.

The first case where investor successfully initiated ICSID arbitration on the basis of an unilateral promise contained in a national legislation was SPP v. Republic of Egypt case.⁸ In this case, the consent was based on Egypt Foreign Investment Law of 1974. Now several states use this method of giving consent to arbitration mechanisms⁹. Turkish national legislation does not include any consent to investment arbitration mechanisms.

In addition to national legislations, a large number of BITs and multilateral investment agreements such as the Energy Charter Treaty¹⁰, the North American Free Trade Agreement ("NAFTA")¹¹, the Protocol of Colonia for the Promotion and Reciprocal Protection of Investments in Mercosur¹² include consents of states to international

7 Schreuer, *supra* note 4, at 207.

8 Paulson, *supra* note 4, at 232.

9 For other examples of consent based on a national law legislation, see Algeria Foreign Investment Law of 1999, article 1; Kazakhstan Foreign Investment Law of 1995, article 1, Madagascar Foreign Investment Law of 1989, article 3. See Schreuer, *supra* note 4, at 132; Ibrahim F.I. Shihata & Antonio R. Parra, *The Experience of the International Center for Settlement of Investment Disputes*, ICSID Review, 12 FILJ 303 (Winter 197).

10 Article 26, see *supra* note note 3. Arbitration requests based on the Energy Charter Treaty before ICSID began after 2000. See Tood Weiler & Thomas W. Waelde, *Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the Light of New NAFTA Precedents: Towards a Global Code of Conduct for Economic Regulation*, I 02 Oil, Gas & Energy Law Intelligence 4 (March 2003).

11 Article 1120, available at <http://www-tech.mit.edu/Bulletins/nafta.html> (last visited August 12, 2009); see also Charles H. Brower II, *Structure, Legitimacy and NAFTA's Investment Chapter*, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 42 (January 2003); Guillermo Aguilar Alvarez & William W. Park, *The New Face of Investment Arbitration: NAFTA CHAPTER 11*, Yale Journal of International Law 373,374 (Summer 2003).

12 Article 9, available at <http://www.cvm.gov.br/ingl/inter/mercosul/coloni-e.asp> (last visited August 12, 2009).

arbitration mechanisms.

Even though Turkey does not give its consent to investment arbitration mechanisms through its national legislation, it does so through several BITs and the Energy Charter Treaty. Most of the BITs that Turkey party to refer to ICSID¹³, however, the ICSID Additional Facility, UNCITRAL or other forms of arbitration are also offered in the alternative¹⁴.

II- INVESTMENT DISPUTE DEFINITION UNDER BITS OF TURKEY

In some BITs of Turkey under which Turkey gives its consent to investment arbitration mechanisms, an investment dispute which may be subject to an investment arbitration is defined as a dispute between a contracting state and a national or company of the other contracting state arising out of or related to (i) interpretation or enforcement of an investment agreement between the contracting party and such national or company¹⁵; (ii) interpretation or enforcement of an investment authorization granted by the contracting party's foreign investment authority to such national or company or (iii) an alleged breach of any right conferred or created by the treaty with respect to an investment¹⁶. In some treaties the first situation¹⁷, in some

13 Turkey signed ICSID Convention on 24 June 1987 and the Convention came to effect for Turkey on 2 April 1989 available at <http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-en.htm> (last visited August 12, 2009).

14 See *supra* note 2.

15 BIT between Turkey and United Kingdom, (Official Gazette 5.9.1996 – 22631), article 8 (1) (b) refers to an investment agreement signed with the foreign investment authority of the contracting party.

16 See *e.g.*, BIT between Turkey and U.S.A., (Official Gazette 8.13.1989 – 20251), article VI (1); BIT between Turkey and Georgia, (Official Gazette 6.4.1995 – 22303), article VII (1); BIT between Turkey and United Kingdom, *supra* note 13, article 8 (1).

17 See *e.g.*, BIT between Turkey and Netherlands, (Official Gazette 9.8.1989 – 20276), article 8 (1); BIT between Turkey and Bangladesh, article VI (1); BIT between Turkey and Belgium, (Official Gazette 10.8.1989 – 20306); BIT between Turkey and Austria, (Official Gazette 2.10.1991 – 20782), article 9 (1); BIT between Turkey and

others the first two situations¹⁸ are not included to the investment dispute definition. In another group of treaties, investment dispute is defined as “disputes between a contracting party and investor of the other contracting party arising out of and related to an investment of the investor in the contracting state”¹⁹ or only “an investment dispute between a contracting state and investors of the other contracting state”²⁰.

The Energy Charter Treaty defines an investment dispute as a “dispute between a contracting party and investor of another contracting party relating to an investment of the latter in the area of the former which concern an alleged breach of an obligation of the former under Part III of the Treaty”²¹.

Based on the above definitions, this paper categorizes the origin of the investment disputes which may subject to an investment arbitration mechanism in three ways: (1) contractual disputes, (2) disputes arising out of investment authorization and (3) treaty violation claims.

An investment dispute may first be contractual in nature as seen in the case of a “dispute arising out of an investment agreement”. In addition, even if an investment dispute definition of an investment treaty does not refer explicitly to a “dispute arising out of an investment agreement”, if it refers generally to “disputes arising out of an investment”, in this case also, an investment dispute may

Danmark (Official Gazette 5.27.1992 - 21240), article 8 (1); BIT between Turkey and Kore, (Official Gazette 7.16.1994 - 21992), article 10 (1); BIT between Turkey and Romania, (Official Gazette 7.16.1994 - 21992), article 6 (1).

18 See e.g., BIT between Turkey and Switzerland, (Official Gazette 10.6.1989 - 20304), article 8 (1).

19 See e.g., BIT between Turkey and Krygyzstan (Official Gazette 2.12.1995 - 22200), article VII (1); BIT between Turkey and Kazakhstan, (Official Gazette 2.11.1995 - 22199), article VII (1); BIT between Turkey and China (Official Gazette 5.1.1994 - 21921), article 7.

20 See e.g., BIT between Turkey and Kuwait (Official Gazette 7.5.1991 - 20920), article 8 (1); BIT between Turkey and Turkmenistan, article VII.

21 See *supra* note 3, the Energy Charter Treaty, Article 26 (1).

be a pure contractual dispute to the extent that the agreement between investor and contracting state can be deemed as an investment under the related investment treaty. Furthermore, if investment dispute definition only refers to “disputes between the contracting state and the investor” this case also may cover disputes arising out of a contract²². On the other hand, when an investment dispute definition only refers to a treaty violation claim, a pure contractual claim may be subject to an arbitration mechanism provided in the investment treaty to the extent that it gives rise to a treaty violation claim.

Second, an investment dispute may arise out of an investment authorization as seen from the above definitions. General investment dispute definitions such as “disputes arising out of an investment” or “disputes between an investor and the contracting state” may also cover disputes arising out of an investment authorization although investment dispute definition does not make an explicit reference to disputes arising out of an investment authorization.

Third, disputes may be based on treaty violation claims. General investment dispute definitions such as “disputes arising out of an investment” or “disputes between an investor and the contracting state” may also cover treaty violation claims, although the definition does not make it explicit. In addition, claims arising out of a contractual dispute or out of an investment authorization may also be based on treaty violation claims to the extent that the dispute refers to treaty violation grounds.

Pure contractual disputes and disputes regarding to an investment authorization shall mostly be between an agency or representative of the state and the investor²³. On the other hand, in disputes due to treaty violation, the claim is raised against the state and inter-

22 See *infra* note 39.

23 With respect to ICSID, in this kind of disputes two more conditions are to be present: (i) the said agency or representative must be appointed to the Center by the state; (ii) the state must approve or waive the consent given by such agency or representative under ICSID Convention, Article 25 (3).

national law principles apply²⁴. In order to refrain from raising their claims solely against an agency or representative which they signed the investment contract with or which provided an investment authorization so as to benefit from the protections of investment treaties, investors mostly base their claims on an allegation of breach of their rights in the investment treaties, even if the claim is purely contractual or purely arising out of an investment authorization. Therefore, investment arbitration disputes mostly concern claims of breach by the states of the rights provided to investors under investment treaties²⁵.

Below is the explanation as to how the above mentioned three categories may give rise to an investment arbitration case.

III- ARBITRABLE PUBLIC LAW DISPUTES

a- Contractual disputes

A contractual dispute can be subject to an investment arbitration in two forms: (i) as a pure contractual dispute or (i) under a treaty violation claim. Although investment arbitration mostly concerns claims regarding breach of treaty rights, the fact that some BITs define an investment dispute which can be subject to investment arbitration mechanisms as a “dispute arising out of investment agreements between the investors and the states”²⁶ demonstrates that

-
- 24 In this case, it is not important whether or not the agency or representative of a state is appointed to the ICSID. See *Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic* Case No. ARB/97/3 ICSID Decision on Annulment 75 (hereinafter “*Vivendi*”), available at http://ita.law.uvic.ca/documents/vivendi_annulEN.pdf (last visited August 12, 2009); *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Philippines* ARB/02/6 ICSID Decision on Jurisdiction note 6 (hereinafter “*SGS v. Philippines*”) available at http://ita.law.uvic.ca/documents/SGSvPhil-final_001.pdf (last visited August 12, 2009).
- 25 Judith Gill & Matthew Gearing & Gemma Birt, *Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: a Comparative Review of SGS Cases*, 21 (5) *Journal of International Arbitration* 397 (Oct. 2004).
- 26 See generally BITs of the U.S.; Rudolf Dolzer & Margrete Stevens “Bilateral Investment Treaties”, at 146. See e.g. BIT between U.S. and Argentine (1997), article VII (1).

a pure contractual dispute can be subject to investment arbitration. In addition, even though the investment dispute definition of an investment treaty does not explicitly refer to a contractual dispute if it generally refers to “any dispute” or “disputes arising out of an investment” these situations are also considered to include pure contractual disputes²⁷.

Under Turkish law an investment agreement signed between a public entity and investor may be in the form of either private law contracts or administrative contracts²⁸. Public law concession contracts, as a form of administrative contracts, are mostly used for foreign investments. Although private law contracts are arbitrable under Turkish law, public law concession contracts were not deemed to be arbitrable up until 1999. In 1999, the Constitutional amendment and subsequent amendments in related domestic laws allowed that the public law concession contracts be subject to either international or domestic arbitration²⁹. On the other hand, even before such legislative amendments, public law concession contracts were arbitrable, since Turkey gave its consent in several BITs to investment arbitration mechanisms. Some of the BITs of Turkey make explicit reference to “disputes arising out of investment agreements” as arbitrable investment disputes. In addition, some of them only refer to “disputes arising from an investment”. This case seems to contain a dispute arising out of a concession contract since the concession contracts or only contracts are generally defined as an investment under these treaties. Some of the BITs only refer disputes between an investor and the contracting state. This case also may cover disputes arising out of contracts³⁰.

27 See *infra* note 39.

28 Metin Gunday, *Idare Hukuku*, 140 (1997).

29 For Constitutional Amendment see Law No: 4446, Decision Date: 8.13.1999, Official Gazette: 8.14.1999 – 23786. For other related legislative amendments see Law No:4492, Decision Date: 12.18.1999, Official Gazette: 12.21.1999 – 23913, Law No. 4501, Decision Date:1.21.2000, Official Gazette: 22.1.2000 – 23941.

30 Yesilirmak discusses the arbitrability of public law concession contracts before IC-SID that have already been concluded before the recognition of the arbitrability of public law concession contracts in Turkish national law. The author argues that even

Regarding the jurisdiction of ICSID with respect to contractual disputes, under Article 25 of the ICSID Convention, ICSID has jurisdiction over “legal disputes arising directly out of an investment”.³¹ This provision does not make any distinction between purely contractual disputes and disputes arising out of claims of breach of treaty rights³². In addition, the fact that this provision refers to any constituent subdivision or agency of a Contracting state as party to a dispute in addition to a contracting state itself also demonstrates ICSID’s jurisdiction over pure contractual disputes since investors mostly enter into an investment contract with a subdivision or agency of a state and a treaty violation claim cannot be referred against a subdivision or agency of a state. If the contractual claims towards the subdivision or agency of a state were not subject to ICSID’s jurisdiction, the reference to subdivisions or agencies of a state would

if the concession contracts were not arbitrable under Turkish law, Turkey gave its consent to ICSID under several BITS for disputes arising out of “a breach of any right provided in the Treaty” which is enough to cover disputes arising out of Turkish concession contracts; see Yesilirmak, *supra* note 4, at 411. However, although general dispute resolution clauses such as “disputes between an investor and a contracting state” or “disputes arising out of an investment” may cover disputes arising out of concession contracts, in order that a treaty right violation claim cover a dispute arising out of a concession contract, this dispute must be more than a contractual dispute and must generate treaty violation claims.

31 Under ICSID Convention Article 25 three elements of ICSID’s jurisdiction exist: (i) *ratione materiae* (subject matter jurisdiction), (ii) *ratione personae* (personal jurisdiction) and (iii) consent to ICSID. The requirement that dispute be “a legal dispute arising directly out of an investment” constitutes *ratione materiae* element. The requirement that “one of the parties to dispute be a contracting state and the other party be national of another contracting state” constitutes *ratione personae* element. In addition there must be written consent of the parties which does not need to be in the same document. For more explanation about jurisdiction of ICDID see Chittharanjan F. Amerasinghe, *The Jurisdiction of the International Center for the Settlement of Investment Disputes*, 19 Indian Journal of International Law 166 (1979); Francisco Gonzalez de Cossio, *The International Center of Investment Disputes; The Mexican Experience*, Journal of International Arbitration, 19 Kluwer Law International 3, 229-231 (2002); William Rand & Robert N. Hornick & Paul Friedland, *ICSID’s Emerging Jurisprudence: The Scope of the ICSID’s Jurisdiction*, The New York University Journal of International Law and Politics, 33 (Winter 1986); see also *supra* note 4 for consent to ICSID.

32 See *SGS v. Philippines*, *supra* note 23, at 29.

be meaningless. The fact that the consent to ICSID arbitration can be given by an investment contract also demonstrates that purely contractual disputes can be subject to ICSID's jurisdiction³³. Further, ICSID publishes some model clauses to guide those wishing to submit their contractual disputes to ICSID arbitration.³⁴ As a result ICSID's jurisdiction extends to pure contractual disputes.

However, whether or not contractual claims may give rise to investment treaty violation claims became a question before ICSID tribunals. In previous ICSID cases, ICSID tribunals did not review the nature of investors' claims as to whether it is a "pure contractual" or "international law" claim. ICSID tribunals used to review their *ratione personae* jurisdiction, *ratione materiae* jurisdiction and the presence of the consent element (*i.e.* consent arising out of investment contract between the parties, investment treaty or domestic law) in order to accept their jurisdiction for the alleged breach of investment treaty right claims, without considering whether or not the claim is a contractual claim. In other words, previous ICSID tribunals, when deciding their jurisdiction for breach of treaty claims, accepted *de facto* international law claim character of contractual claims, without considering whether or not they are purely contractual. As an example, in *Fedax* case the dispute was a pure contractual dispute arising out of non-payment of a contractual obligation³⁵. However, the claim was based on an alleged treaty violation claim. The tribunal reviewed the presence of an investment, an investment dispute, personal jurisdiction and the consent element and concluded to its jurisdiction for the alleged breach of BIT claim, notwithstanding that the dispute was contractual in nature. Schreuer argues that this result of the tribunal in *Fedax* case was indirect use of umbrella clause of the Netherlands – Venezuela BIT (Article 3)³⁶.

33 See ICSID Executive Directors Report 23.

34 ICSID model clauses, available at <http://www.worldbank.org/icsid/model-clauses-en/7.htm#a> (last visited August 12, 2009).

35 See *Fedax N.V. v. Republic of Venezuela* (Case No. ARB/96/3), Decision on Jurisdiction of July 11, 1997 (hereinafter "*Fedax*"); 37 ILM 1378 (1998).

36 Christoph Schreuer, *Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella Clauses*

Whether or not ICSID tribunals have jurisdiction over contractual claims referred in the form of “treaty violation claims” started to be a question when investment agreements between an investor and a state provided a forum clause other than ICSID. The first ICSID case where jurisdiction of ICSID for treaty violation claims was questioned when the contract between the investor and the state included a forum other than ICSID was *Lanco*³⁷. The tribunal in *Lanco* only analyzed its jurisdiction based on the consent element to ICSID. The *Lanco* tribunal accepted its jurisdiction for a treaty violation claim in a dispute where the investment contract contains a forum other than ICSID without considering whether the dispute is a contractual dispute and whether or not a contractual dispute can give raise to an international law claim. According to the tribunal, once the parties give their consent to ICSID arbitration, they lose their right to seek to settle the dispute in any other forum, domestic or international³⁸. The tribunal decided that the consent to ICSID is

and Fork in the Road, 231, at 252. For explanation about umbrella clauses see *Id.*, at 250.

- 37 *Lanco International Inc. v. Argentina*, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/97/6 (December 8, 1998) (hereinafter “*Lanco*”) available at <http://ita.law.uvic.ca/documents/Lanco-Final.pdf> (last visited August 12, 2009).
- 38 In this case the investment contract was between an investor and an agency of the Argentine government. Pursuant to jurisdiction clause of the contract, the Federal Contentious-Administrative Tribunal of Buenos Aires had an exclusive jurisdiction on contractual disputes: See *Lanco*, *supra* note 36, at 6. The investor initiated a request for arbitration seeking compensation for damages due to alleged breach by the Argentine government of the obligations set forth in the BIT. The Tribunal decided that the exclusive jurisdiction clause of the contract does not prevent the submission of disputes to ICSID. The tribunal based its reasoning on Article 26 of the ICSID Convention. The tribunal very narrowly interprets “unless otherwise stated” wording of the first sentence of Article 26. According to the Tribunal only exception of the principle of exclusion of other remedy is set forth in the second sentence of Article 26 which provides a possibility where a Contracting state may require exhaustion of local remedies. The tribunal added that a state may require the exhaustion of domestic remedies as a prior condition to its consent to ICSID arbitration (i) in a bilateral investment treaty, (ii) in its domestic legislation or (iii) in a direct investment contract containing an ICSID clause. According to the tribunal the Argentina – U.S. BIT does not provide any point for the exhaustion of domestic remedies, neither the domestic legislation of Argentine does so. BIT provides a fork in the road provision giving an option to the investor to choose between having recourse to the ordinary jurisdiction,

given by BIT, therefore any other forum provision after the consent to ICSID arbitration is established is invalid. Therefore, the tribunal in this case accepted ICSID's jurisdiction for treaty violation claims, despite the fact that the dispute arose out of a contract and the contract provided a forum other than ICSID, based on the consent given to ICSID in the related BIT.

Another major ICSID decision on this issue was the decision on annulment in the *Vivendi* case³⁹. In this case the concession contract provided a forum provision referring contractual disputes to the Contentious Administrative Court in the relevant province in Argentina. The tribunal made a distinction based on the essential basis of the claim: if the essential basis was contractual the exclusive jurisdiction clause would be given effect, on the other hand, if the essential basis was a treaty standard, the dispute resolution clause of the BIT would apply notwithstanding the exclusive jurisdiction clause of the contract. Therefore, a contractual claim might give rise to an international law claim if the essential basis of a claim is a treaty standard. On the other hand, according to the tribunal a pure contractual claim still can be subject to ICSID's jurisdiction if the dispute resolution clause of the BIT refers to "any dispute" provided that no any other forum selection clause exist in the contract between the parties⁴⁰.

previously agreed dispute settlement procedures or having recourse to the international arbitration (A BIT clause which provides that the investor must choose between recourse before the domestic courts or international arbitration and that once made, the choice is final is often referred as a "fork in the road" provision. For more information see Schreuer, *supra* note 35, at 239-240). According to the tribunal the dispute settlement procedure of the parties' agreement cannot be considered a previously agreed dispute settlement provision since administrative jurisdiction cannot be selected by mutual agreement. The tribunal decided that once a valid consent to ICSID arbitration is established, any other forum should decline jurisdiction.

39 See *supra* note 23.

40 See *Vivendi*, *supra* note 23, at 98. The Committee contrasted this provision with Article 1116 of the NAFTA which requires a claim that a breach of one of the substantive NAFTA provisions has occurred; see Schreuer, *supra* note 35, at 243.

On the other hand, *SGS v. Philippines*⁴¹ and *SGS v. Pakistan*⁴² considered the umbrella clauses when addressing the same issue, but differently in each. Umbrella clauses are provisions in investment treaties which add requirement of compliance with investment contracts or other undertakings of a state to an investment treaty's substantive standards⁴³. In *SGS v. Philippines*, the investment contract⁴⁴ between a Swiss investor and the Philippines provided that actions concerning disputes in connection with the obligations of each party to this agreement shall be filed at the Regional Courts of Makati or Manila⁴⁵. A dispute arose regarding alleged failure to pay SGS's invoices for services in the period between 1998 and 2000. SGS argued that the umbrella clause of the BIT (Article X (2)) required the state to respect "commitments or obligations arising under contracts entered into by the parties". The court concluded that the contract at issue was an obligation of the Philippines with regard to specific investments in its territory. It added that the effect of the umbrella clause was to elevate a breach of contract claim to a treaty claim under international law⁴⁶. The tribunal found that the umbrella clause includes the obligation to pay what is due under the contract and therefore elevates a breach of contract claim to an international law claim. Accordingly, the tribunal recognized its jurisdiction regarding international law *i.e.* BIT claims of SGS. On the other hand, this tribunal also recognized the jurisdiction of ICSID for pure contractual claims under the "disputes with respect to investments" language of

41 See *supra* note 23.

42 *SGS Societe General de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan* Decision on Jurisdiction ICSID Case No. ARB/01/13 (hereinafter "*SGS v. Pakistan*") available at http://ita.law.uvic.ca/documents/SGSvPakistan-decision_000.pdf (last visited August 12, 2009)

43 Schreuer, *supra* note 35, at 250.

44 Investment contract in this case was a Comprehensive Import Supervision Service Agreement ("CISS Agreement") regarding provision by SGS of import supervising services to the Philippines.

45 See *SGS v. Philippines*, *supra* note 23, at 22

46 Judith Gill & Matthew Gearing & Gemma Birt, *Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: a Comparative Review of SGS Cases*, 21 (5) *Journal of International Arbitration* 397 (Oct. 2004).

dispute resolution provision of BIT⁴⁷. The Tribunal accordingly set forth that it was open to SGS to refer the present dispute as a contractual dispute under the dispute resolution provision of BIT and that BIT's general dispute resolution provision did not purport to override the exclusive jurisdiction clause of the investment contract in case at issue⁴⁸. In addition, the tribunal analyzed its jurisdiction under Article 26 of ICSID Convention. Different from *Lanco* case, this tribunal decided that the phrase "unless otherwise stated" in this Article include a contrary statement or agreement by the parties. Therefore, according to the tribunal when there is a contrary agreement between the parties regarding contractual disputes, the contractual disputes are not admissible before ICSID⁴⁹.

In *SGS v. Pakistan*, the dispute arose out of a contract between SGS and Pakistan for the provision by SGS of services similar to those provided by SGS to the Philippines. Dispute was again regarding alleged non-payment of invoices. Article 11 of the BIT provided that "either contracting part shall constantly guarantee the observance of commitments it has entered into with respect to the investments of the other Contracting Party". SGS again argued based on this umbrella clause that the breach of contract claims were elevated

47 As in the *Vivendi* case, this tribunal also compared NAFTA and BIT at issue and stated that when investor-state arbitration is intended to be limited to claims brought for breach of international standards, this is expressly stated such as Chapter 11 of NAFTA. See *SGS v. Philippines*, *supra* note 23, at 132.

48 Different from *Lanco* case, the tribunal in this case stated that "it should not matter whether the contractually-agreed forum is a municipal court or domestic arbitration". "[The] basic principle in each case is that a binding exclusive jurisdiction clause in a contract should be respected, unless overridden by another valid provision"; see *SGS v. Philippines*, *supra* note 23, at 138. The Tribunal resounded its decision on the basis of the *maxim generalia specialibus non derogat*. According to the Tribunal BITs were not concluded with any specific investment and accordingly BITs' dispute resolution provisions were more general than specific provisions of particular contracts, which are freely negotiated between the parties. See *Id.*, at 141.

49 The tribunal makes a distinction between admissibility and jurisdiction. According to the tribunal, unless otherwise provided, treaty jurisdiction is not abrogated by contract. On the other hand a party should be allowed to rely on a contract as the basis of its claim when the contract itself refers that claim exclusively to another forum; see *SGS v. Philippines*, *supra* note 23, at 154.

to the level of breach of international treaty claims, thereby the tribunal has jurisdiction over the contractual claims. However, the Tribunal in *SGS v. Pakistan* rejected this argument. The tribunal did not accept that the word “commitments” used in Article 11 should extend so as to elevate the contractual claims to the level of breach of international treaty law. In addition the tribunal stated that dispute settlement provision of the BIT would not supersede all otherwise valid non-ICSID forum selection clauses of the parties. As a result the tribunal decided that the alleged breaches of the investment contract do not constitute or amount to BIT breach and the tribunal has no jurisdiction over claims exclusively on contract⁵⁰.

As a result, pure contractual claims are generally considered to be arbitrable, in addition generally ICSID’s jurisdiction over pure contractual claims is recognized. However, according to ICSID tribunals, alleged breaches of contracts do not directly constitute a treaty violation claim, but they may do so, depending on the essential basis of the dispute or the presence and the wording of umbrella clauses of investment treaties.

b- Disputes arising out of Investment Authorization

As stated above in some BITs of Turkey, investment dispute is defined as a “dispute between an investor and the contracting state relating to interpretation or enforcement of an investment authorization granted by investment authority of the former”. Therefore, an investment authorization also can give raise to an investment dispute before an investment arbitration mechanism to which Turkey gave its consent by the related bilateral investment treaty.

These BITs mostly state that an investment authorization is granted by the investment authority of the contracting state. Narrow interpretation of the wording “investment authority” will result in accepting only the Undersecretary of Treasury, Foreign Investment

50 See *SGS v. Pakistan*, *supra* note 41, at 162.

General Directorate as the investment authority in Turkey⁵¹. This authority served as a sole authority to grant permits and authorizations regarding foreign direct investments in Turkey until June 2003 when the permission and authorization system is transformed to a notification system by the Law on Foreign Direct Investments⁵². Today, no permission exists regarding foreign direct investments, except liaison office formations.

However, the permissions granted to the foreign investors by the Undersecretary of Treasury regarding formation of a corporation, participation to a corporation, opening a branch or liaison office before the annulment of permission system seem to be in the form of investment authorization. Therefore, disputes arising out of previous investment authorizations can be subject to investment arbitrations in the meaning of investment treaties.

However, it can be argued that investment authority term must be interpreted broadly, to include authorities other than Undersecretary who grants any kind of permits, licenses or authorizations to the investors. Accordingly, the permits, licenses granted by other authorities can also be considered as an investment authorization in the meaning of investment treaties.

Under Turkish law, the permits, licenses or authorizations given all kinds of state bodies are in the form of unilateral administrative act. Therefore, other than contracts, unilateral administrative acts also can give rise to an investment dispute subject to an investment arbitration mechanism. A possible investment arbitration request arising out of a dispute due to an investment authorization can be based on the investment dispute definition of a bilateral investment treaty such as dispute arising out of an investment authorization. In addition an investment dispute definition such as dispute relating to an investment can also be basis of such claim provided that this permission can be deemed as an investment under the relat-

51 See Law No: 4875, Decision date: 6.5.2003, Official Gazette: 6.17.2003 – 25141, Article 2 (c) and Application Regulation of Law on Foreign Direct Investment Official Gazette: 8.20.2003 - 25205 article 3.

52 See Law No: 4875, Decision date: 6.5.2003, Official Gazette: 6.17.2003 – 25141.

ed investment treaty. Further, if investment dispute definition is only such as disputes arising out breach of treaty rights of investors by the state, also in this case an investment authorization can be origin of the dispute provided that an alleged treaty violation claim exists.

c- Treaty rights violation claims

Bilateral or multilateral investment treaties of Turkey include rights such as national treatment, most favored nation treatment, non discrimination, fair and equitable treatment and non confiscation or nationalization without a prompt, adequate and in public benefit compensation. Any alleged violation claim of these rights by Turkey may result in an investment dispute subject to investment arbitration mechanisms provided in investment treaties.

Investment treaties do not provide any restriction as to what kind of transactions can be origin of these disputes. On the other hand, it seems that an investor may request an arbitration against a state for every kind of public law transaction (executive, legislative or judicial activity) provided that this transaction generates a violation of any treaty right of an investor. Therefore, any treaty violation claim can find its origins in a number of public law transactions.

First how may a court decision be the origin of a treaty right violation claim?⁵³

53 One view under Turkish law is that the state can not be hold liable because of the activities of the judiciary power, unless otherwise provided in a law see Yildizhan Yayla, *Idare Hukuku*, 138 (1990). Pursuant to this view, a decision given at the end of a judicial process is final. Therefore, this decision can not be reviewed. In addition, it is argued that liability of the state for judicial functions would result in accepting non conformity of judicial decisions and this would cause distrust towards the courts; see Perteve Bilgen, *Idare Hukuku Dersleri, Idare Hukukuna Giriş*, 327 (1996). Bilgen disagrees with this view and argues that the state can be hold liable for the judicial functions. According to Bilgen, the independency of the courts does not change the fact that the judicial function is exercised by the courts on behalf of the state, it is a public law function of the state and the damage occurred due to judicial function has to be compensated under the principle of equality towards the public obligations. Further, the author states that a final award never reflects the absolute true, and almost all jurisdictions recognize extraordinary means of review for court decisions, accordingly, a state can be hold liable for the judicial function. Finally, he adds

In *Loewen*⁵⁴ case, the claim arose out of a trial court decision of the U.S. The claimant alleged that in a litigation arising out of a commercial dispute brought against the Claimant, the Mississippi State Court violated Chapter 11 of NAFTA by its discriminatory treatments and arbitrary applications.⁵⁵ U.S. objected to the jurisdiction of the ICSID tribunal, among others on the grounds that the claim is not arbitrable because the judgments of domestic courts in purely private disputes are not “measures adopted or maintained by a party” within the scope of NAFTA Chapter 11⁵⁶, and the Mississippi court judgment cannot give rise to a breach of Chapter 11 because it is not a final act of the U.S. judicial system. The tribunal interpreted the phrase “measures adopted or maintained by a party” broadly to include the acts of the judicial as well as legislative and administrative organs in accordance with the general principle of state responsibility by referring to draft Article 4 on State Responsibility adopted by the United Nations General Assembly Drafting Committee. The tribunal pointed out that the state’s responsibility for judicial acts came to be recognized and judiciary is not independent of the state as well as the legislative or executive activity. The tribunal concluded that NAFTA Chapter 11 may extend to disputes, whether public or private so long as the state is responsible for the judicial act which constitutes the measure complained of and that act constitutes a breach of NAFTA obligation as, for example, a discriminatory precedential judicial decision. In addition, regarding the ground of objection that the Mississippi Supreme Court decision is not a final decision and cannot give rise to a breach of NAFTA Chap-

that holding the state liable for the judicial function will not distrust towards the court, but in contrary, this will strengthen the trust on the same manner that the extraordinary means of review do. *Id.*, at 328-330.

54 *Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States*, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3. (NAFTA) (January 5, 2001) (hereinafter “*Loewen*”) available at <http://ita.law.uvic.ca/documents/Loewen-Jurisdiction-2.pdf> (last visited August 12, 2009).

55 *See Loewen*, *supra* note 53, at 30,31.

56 Article 1101 (1) of NAFTA provides: “This Chapter applies to measures adopted or maintained by a party relating to (a) investors of another Party; (b) investments of investors of another Party in the territory of the Party; ...”

ter 11, the tribunal also stated that the judicial action which violates a rule of international law is attributable to the state, whether or not final action. As a result the tribunal recognized the state responsibility theory under which any conduct of a state organ shall be considered as an act of the state under international law, whether the organ be legislative, executive or judicial and whatever position it holds in the organization of the state.

In *Mondev*⁵⁷ case, the claim arose out of a U.S. Supreme Court Decision. The claimant alleged that in a litigation arising out of a commercial contract dispute that the Claimant filed, the Massachusetts Supreme Court violated Chapter 11 of NAFTA including national treatment, minimum standard of treatment and expropriation and compensation provisions⁵⁸. In this case the U.S. did not object the jurisdiction of the tribunal regarding the decisions of the Supreme Court and the tribunal did not discuss the arbitrability of judicial decisions, however the question was whether the conduct given rise to the dispute occurred before NAFTA came into effect⁵⁹.

As a result, even if there is no arbitration case against Turkey arising out of a treaty right violation claim based on a court decision to the date, it seems that in the near future Turkish court decisions, whether trial court or appeal court decisions and even if related to a private law dispute, may give rise to an investment arbitration claim to the extent that they are violating treaty rights of investors. For example, the origin of an investment dispute might be a set aside decision of the Constitutional Court. Under Turkish law, the Constitutional Court reviews the conformity of laws with the Constitution and is entitled to cancel a provision of a law if it is not in conformity with the Constitution. Therefore, if the Constitutional Court sets aside a provision of a law which granted some rights to the investors, it is likely that an affected foreign investor refers to an arbitration

57 *Mondev International Ltd. v. United States of America*, ICSID Case No. ARB(AF)/99/2 (October 11, 2002) (hereinafter "*Mondev*") available at <http://ita.law.uvic.ca/documents/Mondev-Final.pdf> (last visited August 12, 2009).

58 For claims of the Claimant see *Mondev*, *supra* note 56, at 2.

59 See *Mondev*, *supra* note 56, *Mondev*, at 67-69.

by alleging that this cancellation constitutes a violation of its rights under an investment treaty such as most favored nation treatment, national treatment, fair and equitable treatment.

Second, how can a legislative activity may give raise a dispute subject to investment arbitration?

In *Ethyl*⁶⁰, the claim arose out of an act passed by Canadian Parliament, namely Manganese-based Fuel Additives Act. The claimant alleged that this act breaches the obligations of Canada under NAFTA Chapter 11. In this arbitration case the tribunal dealt with the question as to whether or not a legislative action can be considered a “measure adopted or maintained by a party” within the scope of NAFTA Chapter 11 and therefore be subject to arbitration. Canada argued that no legislative action constitutes a “measure” subject to arbitration under Chapter 11 of NAFTA. Given that the act at issue came into force and received Royal Assent, the tribunal concluded that it constitutes a “measure” within the meaning of NAFTA by referring to the definition of the “measure” in NAFTA which incorporates “any law, regulation, procedure, requirement or practice”.

In *PSEG v. Turkey*⁶¹, PSEG alleged breach of U.S. – Turkey BIT by legislative amendments in Turkish Energy Market eliminating the possibility of obtaining a Treasury guarantee, the long-term power purchase agreement and fund agreement⁶².

Finally, how can an executive activity can give rise an investment arbitration dispute?

60 *Ethyl Corporation v. Canada*, Decision on Jurisdiction, UNCITRAL (June 24, 1998) (NAFTA) (hereinafter “*Ethyl*”), available at <http://ita.law.uvic.ca/documents/Ethyl-Award.pdf> (last visited August 12, 2009).

61 *See supra* note 3.

62 *PSEG v. Turkey*, *supra* note 3, 45-54. Under Turkish law some commentators argue that the state can not be hold liable for legislative activity in referring to the principle of unliability of the sovereignty. Professor Bilgen argues that this view is not acceptable today. Sovereignty is not only exercised by the legislative power but also by the executive and administrative power, therefore the state should be hold liable due to laws, as well as the executive power does due to its acts and actions; *see* Bilgen, *supra* note 52, at 318, Yayla, *supra* note 52, at 135.

In *Occidental*⁶³ case before the London Court of International Arbitration based on UNCITRAL Arbitration Rules, the dispute arose out of Resolutions of a state entity of Ecuador, namely Servicio de Rentas Internas ("SRI"), revoking the granted Value Added Tax ("VAT") payments to Occidental and denying further reimbursements. When denying the reimbursement requests made by Occidental, SRI based upon the amendments in Tax legislation, arguing that oil industry is not entitled to tax refunds. Therefore, the dispute in this case was originating from the administrative acts of a state entity, as well as legislative amendments in tax law. Occidental alleged a breach of treaty obligations by Ecuador arising out of BIT between the U.S. and Ecuador, such as breach of fair and equitable treatment, treatment no less than that required by international law, national treatment, impairment by arbitrary and discriminatory measures. Regarding legislative amendments in tax law the tribunal concluded that the tax law was changed without providing any clarity about its meaning and extent and the practice and the regulations were also inconsistent with such changes. On the grounds of lack of stability and predictability of the legal and business framework of the investment, the tribunal concluded that Ecuador breached its obligations to accord fair and equitable treatment and in addition full protection and security. The tribunal also pointed out that an alteration in legal and business environment in which the investment has been made triggers a treatment that is not fair and equitable. Regarding the Resolutions of SRI the tribunal concluded that they were breaching no less favorable treatment provision of BIT because of erroneous and narrow interpretation by SRI of the tax legislation to exclude the oil sector from reimbursement. As a result on the grounds that both change in the legal environment by amendments to the tax law and revoking the Granting the Resolutions and denying further VAT funds the tribunal concluded to the breach of treaty rights of Occidental.

Investments of the foreign investors in Turkey might include a number of administrative acts in the form of unilateral administra-

63 *Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador*, LCIA Case No. UN 3467 (July 1, 2004), available at http://ita.law.uvic.ca/documents/Oxy-EcuadorFinalAward_001.pdf (last visited August 12, 2009).

tive act or administrative contracts⁶⁴. In addition, an investment itself may consist of an administrative act (i.e. license, permission). As seen above an administrative act of Turkish government may also give rise to an investment arbitration claim to the extent that it allegedly violates a treaty right of an investor.

As a result all kind of public transactions and acts are arbitrable before investment arbitration mechanisms provided in the investment treaties. Turkey will face with more arbitration cases in the near future on the alleged violations of treaty rights. Therefore, Turkey has to reconsider its public law acts and activities in compliance with the investment treaties.

V- PRINCIPLE OF ARBITRABILITY

According to the principle of arbitrability provided under Turkish law only transactions which are subject to the free will of the parties, mainly contractual disputes are arbitrable. On the other hand disputes arising out of issues such as propriety rights, private life rights, family law issues and marriage, bankruptcy, criminal law and administrative law are not arbitrable since they are not subject to the free will of the parties⁶⁵. This principle is based on the public interest element⁶⁶.

As explained above, the investment treaties make no distinction as to what kind of acts, actions or transactions of a state may

64 Under Turkish law, administrative acts are generally classified in two groups: (i) unilateral administrative acts, (ii) administrative contracts. Unilateral administrative acts are generally classed in two such as (i) personal acts and (ii) general regulatory acts. General regulatory acts create general, abstract legal effects. Decrees, regulations, ordinances, orders, plans, programs are grouped under the general regulatory acts. On the other hand, personal acts create direct effects merely for a specific person or situation. For example, license, permission, retrieval of permissions, bans, imposition of a tax; see Yayla, *supra* note 52, at 105-107.

65 Suha Tanriver, *Kamu Hizmeti İmtiyaz Sözleşmeleri ve Tahkim*, Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, 1071 (2000); see also Turkish Civil Procedure Code, Article 518.

66 Geoffrey M. Hartwell, *Arbitration and the Sovereign Power*, 17 (2) *Journal of International Arbitration*, at 13 (2000).

give rise to an alleged treaty violation claim. Therefore, all kind of public law acts and actions of public interest may generate an investment arbitration claim provided in investment treaties. In other words, public law disputes which are not subject to the free will of parties in national law level, are deemed to be subject to the free will of the parties under investment treaties.

Pursuant to the New York Convention of 6.10.1958 Article V (2) (a) the fact that the subject matter of the difference is not capable of settlement by arbitration under the law of the country where the enforcement is sought is a ground to deny an enforcement claim. Turkish Law on International Private Law and Procedural Law numbered 5718 Article 62 (c) refers to a similar provision. In accordance with these provisions may an enforcement court in Turkey refuse the enforcement of an investment arbitral award, if the award is regarding a dispute arising from a public law transaction which is not considered a matter subject to the free will of the parties under Turkish domestic law? The answer will likely be no. It seems that as stated above by giving its consent to investment arbitration mechanisms through investment treaties, Turkey accepted that all kind of investment disputes, even arising out of a subject which is not arbitrable under national law, are arbitrable before investment arbitration mechanisms. In addition, with respect to ICSID decisions, this is not a question at all since ICSID has its own enforcement rules and an arbitral award given by ICSID is not subject to any enforcement procedure but directly applicable against a state.

IV- SOVEREIGNTY

The question of whether international law threatens external legal sovereignty of states has been well discussed. The prominent view on this respect is that there is no danger. According to this view, international law as a form of agreement law is not a denial of states' legal sovereignty, but rather an exercise of that sovereignty⁶⁷. How-

67 Steven Lee, *A puzzle of Sovereignty*, at 4, available at <http://www.bu.edu/wcp/Pa->

ever, it is also agreed that the severity of enforcement mechanisms consist of outside pressure provided in investment treaties may result in that the external sovereignty is lost⁶⁸.

Today, one of the limitations of state sovereignty is investment treaties. Under these treaties, contracting states provide the investors of other contracting states with a wide variety of rights such as fair and equitable treatment, non-discriminatory treatment, national treatment, most-favored nation treatment. Under these investment treaties contracting states also give their consents to a number of investment arbitration mechanisms such as ICSID and UNCITRAL to which foreign investors can refer for their alleged investment treaty violation claims. As one of these enforcement mechanisms provided under investment treaties, ICSID's decisions are binding and directly applicable in a contracting state. Turkey is party to a number of investment treaties and also to the ICSID Convention.

In the investment treaties no limitation is provided as to what kind of acts, actions or transactions of a state may give rise to an arbitration claim. As explained above the claims before investment arbitration mechanisms may originate from different acts or actions of a state such as administrative contracts, administrative acts or actions, legislative acts or judicial decisions. Therefore, giving consent in investment treaties to investment arbitration mechanisms for violation of investment treaty rights' claims results in that the all kind of acts or actions of every kind of public authorities of a sovereign state (i.e. courts, regulatory bodies) can be subject to the jurisdiction of an investment arbitration mechanism since a state might violate these rights by actions of its different bodies⁶⁹. In other words, legislative, executive or judicial activities of a state may be subject to an investment arbitration mechanism to the extent that this activity gives rise

pers/Poli/PoliLee.htm (last visited August 12, 2009).

68 *Id.*, at 5.

69 Thomas W. Waelde, *Treaties and Regulatory Risk in Infrastructure Investment, The Effectiveness of International Law Disciplines versus Sanctions by Global Markets in Reducing the Political and Regulatory Risk for Private Infrastructure Investment* 34 (2) *Journal of World Trade*, Kluwer Law International, at 37 (2000).

to an alleged violation claim by investors of their investment treaty rights. Can this kind of enforcement mechanism provided in investment treaties with respect to violation by states of treaty rights, still be considered within the concept of sovereignty?

When he explained in the beginning of XVI age that “if you refer to an outside organization for resolving disputes within a state, you can no longer talk about the State or the sovereignty”, Suarez was merely referring to the outside organizations for private law disputes⁷⁰. He did not even presume that one day a state would be liable for all its legislative, judicial or executive activities before an outside arbitral tribunal.

This kind of liability of the state with all its bodies before an outside organization is also recognized under International Human Rights Conventions. For example, Turkey is party to the European Convention on Human Rights which provides the liability of states for non conforming acts or actions of their bodies with the Convention before the European Court of Human Rights⁷¹. However, when European Human Right Convention provides the liability of Turkey in general towards its citizens, investment treaties provide a liability of Turkey in favor of foreign investors. In consideration of the fact that a state’s sovereignty is originating from its nation, limitation of state’s sovereignty in favor of its citizens throughout an International Human Right Convention can still be considered within the concept of sovereignty. However, when a state’s sovereignty is limited in favor of an outside factor i.e. nationals of other states, we should reconsider the concept of the state’s sovereignty.

70 Cemal Bali Akal, Varolma Direnci ve Ozerklik, Bir Hak Kurami icin Spinoza’yla, *at* 281-288 (2004).

71 For liability of the states before the European Court of Human Rights *see* Seref Gozubuyuk & A. Feyyaz Golcuklu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi (2003); Seref Gozubuyuk, Yönetim Hukuku, *at* 462.

CONCLUSION

Investment arbitration is a new concept for Turkey. Turkey gives its consent to certain investment arbitration mechanisms through investment treaties. The number of investment arbitration cases against Turkey is in increase. Given that the investment arbitration mechanisms decide on the state's liability arising out of public law activities such as executive, legislative and judicial power investment arbitration concept requires reconsideration of the concept of the state's sovereignty.

BIBLIOGRAPHY

BOOKS

Cemal Bali Akal, Varolma Direnci ve Ozerklik, Bir Hak Kurami icin Spinoza'yla (2004).

Christoph H. Schreuer, The ICSID Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, Cambridge University Press, (2001)

Metin Gunday, Idare Hukuku (1997).

Pertev Bilgen, Idare Hukuku Dersleri, Idare Hukukuna Giriş, 327 (1996).

Rudolf Dolzer & Margrete Stevens, Bilateral Investment Treaties

Seref Gozubuyuk & A. Feyyaz Golcuklu, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi (2003).

Yildizhan Yayla, Idare Hukuku, (1990).

ARTICLES

Ali Yesilirmak, *Jurisdiction of International Centre for Settlement of Investment Disputes over Turkish Concession Contracts*, ICSID Rev. -14 (2) FILJ (Winter 1999)

Andres R. Sureda, *Two Views on ICSID Arbitration (A) ICSID: An Overview*, World Arbitration and Mediation Report (June 2002)

Antonio R. Parra, *The Experience of the International Center for Settlement of Investment Disputes*, ICSID Review 12 FILJ (Winter 197)

Aron Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*, 136 Recueil des Cours

Chittharanjan F. Amerasinghe, *The Jurisdiction of the International Center for the Settlement of Investment Disputes*, 19 Indian Journal of International Law (1979)

Charles H. Brower II, *Structure, Legitimacy and NAFTA's Investment Chapter*, Vanderbilt Journal of Transnational Law (January 2003)

Francisco Gonzalez de Cossio, *The International Center of Investment Disputes; The Mexican Experience*, Journal of International Arbitration, 19 (3) Kluwer Law International (2002)

Christoph Schreuer, *Travelling the BIT Route: of Waiting Periods, Umbrella Clauses and Fork in the Road*.

Geoffrey M. Hartwell, *Arbitration and the Sovereign Power*, 17 (2) Journal of International Arbitration (2000)

Georges R. Delaume, *Le Centre International Pour le Reglement des Differends Relatives aux Investissements, (CIRDI)*, 109 Journal du Droit International (Clunet) (1982)

Guillermo Aguilar Alvarez & William W. Park, *The New Face of Investment Arbitration: NAFTA CHAPTER 11*, Yale Journal of International Law (Summer 2003)

Ibrahim F.I. Shihata & Tood Weiler & Thomas W. Waelde, *Investment Arbitration under the Energy Charter Treaty in the Light of New NAFTA Precedents: Towards a Global Code of Conduct for Economic Regulation*, I 02 Oil, Gas & Energy Law Intelligence (March 2003)

Jan Paulson, *Arbitration Without Privity*, 10 ICSID Rev. -FILJ, (1995)

Judith Gill & Matthew Gearing & Gemma Birt, *Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: a Comparative Review of SGS Cases*, 21 (5) Journal of International Arbitration (Oct. 2004)

Steven Lee, *A puzzle of Sovereignty*, available at <http://www.bu.edu/wcp/Papers/Poli/PoliLee.htm>

Thomas W. Waelde, *Treaties and Regulatory Risk in Infrastructure Investment, The Effectiveness of International Law Disciplines versus Sanctions by Global Markets in Reducing the Political and Regulatory Risk for Private Infrastructure Investment* 34 (2) Journal of World Trade, Kluwer Law International (2000)

William Rand & Robert N. Hornick & Paul Friedland, *ICSID's Emerging Jurisprudence: The Scope of the ICSID's Jurisdiction*, The New York University Journal of International Law and Politics, 33 (Winter 1986)

WEB SITES

<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>

<http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>

<http://www.encharter.org/upload/9/120520674515751158192049714743532131935190860213f2543v3.pdf>

<http://ita.law.uvic.ca/documents/psegdecision.pdf>

<http://ita.law.uvic.ca/documents/PSEGGlobal-Turkey-Award.pdf>

<http://www.worldbank.org/icsid/basicdoc/partB.htm>

<http://www-tech.mit.edu/Bulletins/nafta.html>

<http://www.cvm.gov.br/ingl/inter/mercosul/coloni-e.asp>

<http://www.worldbank.org/icsid/constate/c-states-en.htm>

http://ita.law.uvic.ca/documents/vivendi_annulEN.pdf

http://ita.law.uvic.ca/documents/SGSvPakistan-decision_000.pdf

http://ita.law.uvic.ca/documents/SGSvPhil-final_001.pdf

<http://www.worldbank.org/icsid/model-clauses-en/7.htm#a>

<http://ita.law.uvic.ca/documents/Lanco-Final.pdf>

<http://ita.law.uvic.ca/documents/Loewen-Jurisdiction-2.pdf>

<http://ita.law.uvic.ca/documents/Mondev-Final.pdf>

<http://ita.law.uvic.ca/documents/Ethyl-Award.pdf>

http://ita.law.uvic.ca/documents/Oxy-EcuadorFinalAward_001.pdf

<http://www.bu.edu/wcp/Papers/Poli/PoliLee.htm>

INVESTMENT ARBITRATION CASES

Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic Case No. ARB/97/3 ICSID Decision on Annulment available at http://ita.law.uvic.ca/documents/vivendi_annulment.pdf.

Ethyl Corporation v. Canada, Decision on Jurisdiction, UNCITRAL (June 24, 1998) (NAFTA), available at <http://ita.law.uvic.ca/documents/Ethyl-Award.pdf>.

Fedax N.V. v. Republic of Venezuela (Case No. ARB/96/3), Decision on Jurisdiction of July 11, 1997 (hereinafter "*Fedax*"); 37 ILM 1378 (1998).

Lanco International Inc. v. Argentina, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No ARB/97/6 (December 8, 1998) available at <http://ita.law.uvic.ca/documents/Lanco-Final.pdf>

Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States, ICSID Case No. ARB(AF)/98/3. (NAFTA) (January 5, 2001) available at <http://ita.law.uvic.ca/documents/Loewen-Jurisdiction-2.pdf>

Mondev International Ltd. v. United States of America, ICSID

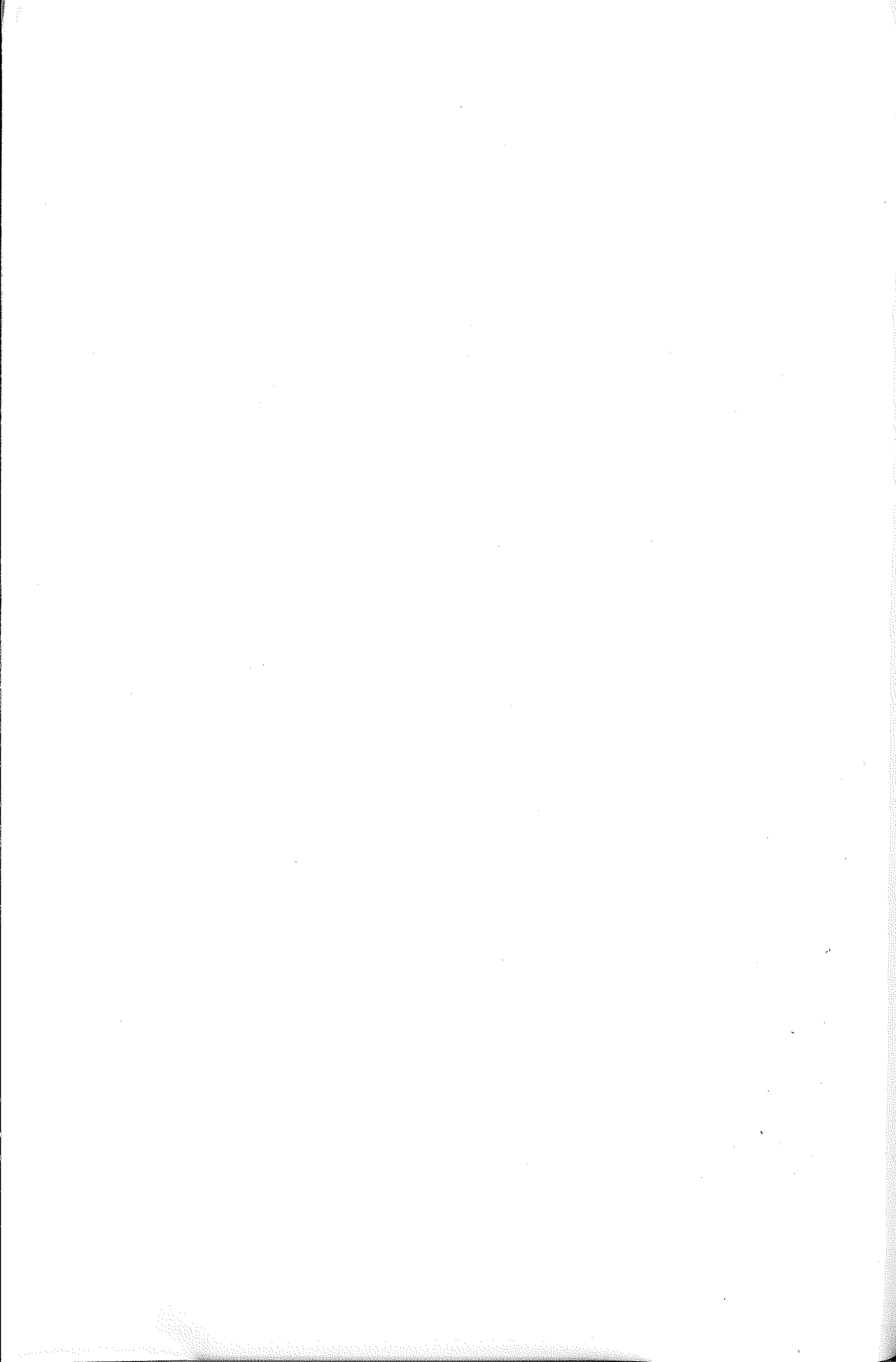
Case No. ARB(AF)/99/2 (October 11, 2002), available at <http://ita.law.uvic.ca/documents/Mondev-Final.pdf>

Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador, LCIA Case No. UN 3467 (July 1, 2004), available at http://ita.law.uvic.ca/documents/Oxy-EcuadorFinalAward_001.pdf

PSEG Global, Inc., The North American Coal Corporation, and Konya Ingin Elektrik Uretim ve Ticaret Limited Sirketi v. Turkey, Decision on Jurisdiction, ICSID Case No. ARB/02/5 available at <http://ita.law.uvic.ca/documents/psegdecision.pdf>

SGS Societe General de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan Decision on Jurisdiction ICSID Case No. ARB/01/13 available at http://ita.law.uvic.ca/documents/SGSvPakistan-decision_000.pdf

SGS Société Général de Surveillance S.A. v. Republic of Philippines ARB/02/6 ICSID Decision on Jurisdiction available at http://ita.law.uvic.ca/documents/SGSvPhil-final_001.pdf



BORÇLAR KANUNU TASARISI İLE KEFALET HÜKÜMLERİNDE ÖNGÖRÜLEN YENİLİKLER VE DEĞİŞİKLİKLER

Araş. Gör. Pınar AĞCA TOPLANDI*

GİRİŞ

Halen TBMM Genel Kurulu'nda görüşülmekte olan Borçlar Kanunu Tasarısı, Borçlar Kanunumuzun 483 vd. maddelerinde düzenlenmiş olan kefalet sözleşmesi hükümleri bakımından, kefalet sözleşmesinin tanımı da dâhil olmak üzere, önemli değişiklikler öngörmektedir. Kefalet sözleşmesine ilişkin değişiklik hükümleri, temelde kefil daha fazla himaye etmeyi amaçlamaktadır. Bu amaç, Tasarının kefalet sözleşmesi için daha sıkı şekil şartları öngören 583üncü maddesinde, evli kişilerin kefil olmasında eşin rızasını arayan 584üncü maddesinde, müteselsil kefaleti adi kefalete yakınlaştıran 586ıncı maddesinde ve kefile kefalet sözleşmesinden dönme imkânı tanıyan 599uncu maddesinde açıkça görülmektedir. Çalışmamızın amacı, Türk öğretisindeki görüşleri de dikkate alarak, Borçlar Kanunu Tasarısının kefalet hükümlerine ilişkin öngördüğü yenilik ve değişiklikleri Borçlar Kanunumuzda yer alan hükümlerle karşılaştırmaktan ibarettir.

1) BK m.483: Kefaletin Tarifi

Tasarı, ilk olarak kefaletin tanımına ilişkin bir değişiklik getir-

* Çağ Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Doktora Öğrencisi.

mektedir. Bu değişiklikle öğretideki eleştirilerin¹ de göz önüne alınmış olduğu anlaşılmaktadır. Şöyle ki; BK m. 483'teki "*Kefalet, bir akittir ki onunla bir kimse, borçlunun akdettiği borcun edasını temin etmeği alacaklıya karşı taahhüt eder*"² şeklindeki tanımında yer alan "borçlunun akdettiği" ifadesi, kefaletin sadece sözleşmeden doğan borçlar için söz konusu olabileceği anlamını akla getirmektedir ve bu yönüyle eleştirilmektedir. Fakat hukuki sebebi ne olursa olsun para ile belirtilebilen herhangi bir borç için kefil olunabilir; borcun kaynağının sözleşme olması şart değildir. Borcun kaynağı sözleşme olabileceği gibi haksız fiil ya da sebepsiz zenginleşme de olabilir. Gelecekteki bir borç için ya da şarta bağlı bir borç için de kefalet söz konusu olabilir (BK m.485/c.2). Konusu paradan başka bir şey olan borçlar için de kefil olunabilir.³ Kefaletin tanımına ilişkin ikinci haklı eleştiri de kefilin, borçlunun borcunu ödemeyi değil, borçlunun borcunu ödememesinin sonuçlarından, alacaklıya karşı, kişisel olarak sorumlu olmayı taahhüt ettiği şeklindedir.

Tasarı, öğretideki bu eleştirileri ve kaynak İsviçre Borçlar Kanunu da göz önüne alarak, kefalet sözleşmesinin yasal tanımındaki bu yanlışlıkları düzeltmiştir. Tasarının 581. maddesine göre: "*Kefalet sözleşmesi, kefilin alacaklıya karşı, borçlunun borcunu ifa etmemesinin sonuçlarından kişisel olarak sorumlu olmayı üstlendiği sözleşmedir.*"

- 1 Seza Reisoğlu, Türk Kefalet Hukuku (Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1964), s.2; Haluk Tandoğan, Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri (İstanbul: Evrim Basım-Yayım-Dağıtım, 1989), Dördüncü Tıpkıbasım, s.693; Cevdet Yavuz, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler (İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2007), Yenilenmiş VII. Baskı, s.824; Gülçin Elçin Grassinger, Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları (İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1996), s.13.
- 2 Yargıtay da kefalet sözleşmesini bu şekilde tanımlamaktadır. Bakınız Y.12. HD'nin 5.11.1992 tarih ve E.1992/6091, K.1992/13175 sayılı kararı. (www.kazanci.com); HGK'nin 2.11.1960 tarih ve E.28, K.43 sayılı kararı (Mutafa Reşit Karahasan, Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, İstanbul: Beta Yayım Dağıtım AŞ. 2004, V. Cilt, s.1199).
- 3 Hüseyin Hatemi/Rona Serozan/Abdülkadir Arpacı, Türk Borçlar Hukuku Özel Bölüm (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992), s.521.

2) BK m.484: Şekil

Kefalet sözleşmesine ilişkin öngörülmekte olan diğer önemli bir değişiklik de sözleşmenin geçerliliğinin daha sıkı şekil şartlarına bağlanmasıdır.

Kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için yazılı şekilde yapılmış olması ve kefilin sorumlu olacağı miktarın belirtilmiş olması şarttır (BK m.484).⁴ Kanunun kefalet sözleşmesi için yazılı şekli aramasındaki amaç kefilin korumak, onu alacağı risk hususunda düşünmeye sevk etmek ve uyarmaktır.⁵ Hükümde sözü edilen yazılı şekil bir geçerlilik şartı olduğu için, bu yazılı şekle uyulmadan yapılan kefalet sözleşmesi kesin olarak hükümsüzdür (batıldır).⁶ Kanun sadece yazılı şekilden bahsetmektedir. Bu nedenle kefalet sözleşmesinin resmi şekilde yapılması şart olmayıp, adi yazılı şekilde yapılmış olması yeterlidir.⁷ Adi yazılı şeklin yeterli olmasının sonucu olarak kefalet sözleşmesinin daktilo, bilgisayar gibi mekanik araçlarla yazılması mümkün olduğu gibi el yazısı ile yazılması da mümkündür. Ancak burada önemli olan husus kefilin imzasıdır. Zira BK m.13'e göre kanunen yazılı şekle tabi tutulmuş bir sözleşmede, yükümlülük altına giren bütün şahısların imzalarının bulunması mecburidir. Kefalet sözleşmesinde sadece kefil yükümlülük altına girdiğine göre yazılı şekil için kefilin imzasının bulunması yeterlidir. Hatta BK m.14'deki imkânlardan yararlanmak da mümkündür.

Borçlar Kanunu Tasarısı, kefilin daha fazla himaye edilmesi amacıyla kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin özel düzenlemeler getirmektedir. BKT m.583'e göre, kefalet sözleşmesinde kefil, sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini ve müteselsil kefil sıfatıyla veya bu anlama gelen herhangi bir ifadeyle yükümlülük altına girdiğini kendi el yazısıyla belirtmelidir. Görüldüğü üzere Tasarı kefalet sözleşmesinin yazılı olmasını yeterli görmeyerek, bazı hususların

4 Y 4.HD'nin 27.11.1970 tarih ve E.1970/8640, K.1970/8819 sayılı kararı da bu yöndedir.(www.kazanci.com).

5 Tandoğan, age s.740; Yavuz, age s.836.

6 Tandoğan, age s.740; Yavuz, age s.837.

7 Tandoğan, age s.743; Hatemi/Serozan/Arpacı, age s.524.

kefilin el yazısı ile yazılması şartını aramaktadır.⁸

BK m.484 kefilin sorumlu olacağı belirli miktarın yazılı metinde gösterilmesini bir geçerlilik şartı olarak kabul etmektedir. Ancak BK m.484, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın, kefalet sözleşmesinde sayı ile gösterilmesini açıkça aramamaktadır. Bu husus, kefilin sorumlu olacağı miktarın rakamla ifadesi sayesinde, kefilin kendisini bekleyen riziko hakkında daha sağlıklı bir şekilde uyarılacağı gerekçesi ile eleştirilmektedir.⁹ Tasarının 583'üncü maddesinde öngörülen, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefilin el yazısı ile belirtilmesi şartı ile bu eleştirilen dikkate alındığı anlaşılmaktadır.

Kefalet sözleşmesinin şeklini düzenleyen BK m.484'e göre kefalet tarihinin sözleşmede belirtilmiş olması bir geçerlilik şartı değildir. Kefalet tarihinden anlaşılması gereken şey, kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihtir. Kefalet sözleşmesinin yürürlüğe gireceği tarihin sözleşmede belirtilip belirtilmemesinin önemi yoktur. BK m.484'ten farklı olarak Tasarıda kefalet tarihinin de sözleşmede belirtilmiş olması geçerlilik şartı olarak kabul edilmiştir. Çünkü BKT m.589/III uyarınca, kefil, sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, borçlunun sadece kefalet sözleşmesi kurulduktan sonraki borçlarından sorumludur. BKT m.589'un uygulanabilmesi ve BKT m.600'de öngörülen süreli kefaletin sonunun belirlenebilmesi için kefalet sözleşmesinin kurulduğu tarihin sözleşmeden açıkça anlaşılabilir olması gerekir.¹⁰ Ayrıca BKT m.598'de düzenlenen on yıllık sürenin başlangıcının belirlenmesi bakımından da kefalet tarihinin sözleşmede yer alması önemlidir.

8 Bu durumda Tasarının 15'inci maddesinde öngörülen "güvenli elektronik imzanın da el yazısı ile imzanın bütün hukuki sonuçlarını doğuracağı" hükmü acaba kefalet sözleşmesi bakımından mümkün olabilecek midir? Kanaatimce, BKT/I,c.2'de öngörülen güvenli elektronik imzanın kefalet sözleşmeleri bakımından uygulanabilirliği yoktur. Zira, BKT m.583 uyarınca sorumlu olduğu azami miktarı, kefalet tarihini, müteselsil kefil ise bu hususu el yazısı ile yazması beklenen kefilin elektronik imza yoluna başvurması mümkün görünmemektedir.

9 Hatemi/Serozan/Arpacı, age s.524-525.

10 BKT m.583'ün gerekçesi.

Tasarının öngördüğü ağırlaştırılmış adi yazılı şekil şartları, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılacak olan ve kefilin sorumluluğunu artıran değişiklikler için de söz konusudur (BKT m.583/son). Borçlar Kanunumuzda açık bir hüküm olmamakla birlikte, kefilin sorumluluğunu artıran değişikliklerin de kefalet sözleşmesi gibi yazılı şekilde yapılması gerektiği benimsenmektedir.¹¹ Ancak Tasarının bu hususa açıkça yer vermesi isabetli olmuştur. Hükümde kefilin sorumluluğunu artıran değişikliklerden bahsedildiğine göre, bunun ters kavramından yola çıkarak, kefilin sorumluluğunu daraltan değişikliklerin kefalet sözleşmesi için öngörülen şekle tabi olmadığı sonucuna ulaşabiliriz.

Tasarının 583'üncü maddesinde, bir kimseye kendi adına kefil olması için vekâlet verilmesi halinde, bu vekâletnamenin de kefalet sözleşmesiyle aynı şekil kurallarına tabi olduğu kabul edilmektedir. Buna göre söz konusu vekâletnamenin yazılı olarak verilmesi, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın, kefalet sözleşmesinin tarihinin ve müteselsil kefalet söz konusu ise bu hususun vekâletname metninde belirtilmiş olması şarttır.

Acaba vekil aracılığıyla kefil olacak kişinin evli olması halinde ne olur? BKT m.584 kefalet sözleşmesinin geçerli olabilmesi için eşin rızasını şart koşmaktadır.¹² Kanaatimce, eşin yazılı rızasını vekilin kefalet sözleşmesini akdettiği esnada vermiş olması yeterlidir. Rızanın, mutlaka kefil olacak eşin, vekâletnameyi düzenlediği esnada verilmiş olması şart değildir.

Kanaatimce, vekil aracılığıyla yapılan kefalet sözleşmesinde de, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın, kefalet tarihinin ve müteselsil kefalet söz konusu ise bu hususun, kefil adına hareket eden vekili tarafından el yazısı ile belirtilmesi şarttır.

Borçlar Kanunumuzda kefalet vaadinden söz edilmemektedir. Ancak Tasarının 583'üncü maddesinin ikinci fıkrasında bu hususa yer verilmiştir. Bu hükme göre, kefalet vaadinde bulunmak için de kefalet sözleşmesinin tabi olduğu şekil kurallarına uymak şarttır.

11 Hatemi/Serozan/Arpacı, age s.525

12 Bu konuya aşağıda değinilecektir.

Kefalet vaadi aslında bir önsözleşmedir. Önsözleşme BK m.22’de ve BKT m.29’da düzenlenmiştir. Bu hükümler zaten önsözleşmenin, ileride yapılacak olan asıl sözleşmenin şekline tabi olduğunu ifade etmektedirler. O halde BKT m.583/II’de öngörülen “*kefil olma vadinin de kefalet sözleşmesinin şekline tabi olacağı*” hükmü, BKT m.29’un tekrarından ibaret olup, gereksiz bir düzenlemedir.

3) Eşin Rızası

Borçlar Kanunu Tasarısının öngörmekte olduğu en önemli değişikliklerden biri de kefil olmak isteyen kişinin evli olması halinde, söz konusu kefaletle ilişkin eşin rızasının alınması zorunluluğudur.

MK m.193’e göre “*Kanunda aksine hüküm bulunmadıkça, eşlerden her biri diğeri ve üçüncü kişilerle her türlü hukuki işlemi yapabilir*”. Kefaletle ilişkin hükümler arasında da eş rızasının gerekli olduğuna dair bir hüküm bulunmadığına göre, her bir eş diğerinin rızasına ihtiyaç duymadan kefil olabilmektedir. Ancak Borçlar Kanunu Tasarısının 584. maddesi yeni bir düzenleme ile kefalet için eşin rızasını aramaktadır. Böylece kefalet bakımından eşlerin fiil ehliyeti kısıtlanmış olmaktadır. Maddenin birinci fıkrasına göre, kefalet sözleşmesinde eşin yazılı rızasının sözleşmenin kurulmasından önce veya en geç kurulması anında verilmiş olması gerekmektedir. Acaba eş sözleşme kurulmadan önce ya da en geç sözleşmenin kurulması anında yazılı rızasını vermemiş olsa ne olacak? Kanaatimce bu durumda kefalet sözleşmesi askıda hükümsüz olacaktır. Eşin sonradan vereceği yazılı rıza ile kefalet sözleşmesi geçerlilik kazanabilirken, eşin hiç bir şekilde bu işleme rıza vermemesi halinde de kefalet sözleşmesi geçersiz hale gelecektir. Yani kefalet sözleşmesindeki eşin rızasını, sınırlı ehliyetsizlik halinde kanuni temsilcinin rızasına benzetebiliriz.

Tasarı eşin rızasının yazılı olmasını aramaktadır. BKT m.584 hükmü sadece yazılı şekilden söz ettiğine göre adi yazılı şekilde verilen rıza yeterlidir. Rızanın mutlaka kefalet sözleşmesinin şekline tabi olması beklenmez. Eşin sadece kefalet sözleşmesi yapılmasına değil, kefaletin içeriğine de rıza göstermesi gerekmektedir. Bu nedenle kanaatimce eşlerden birinin diğeri lehine vereceği “*Eşimin*

yapacağı her türlü kefalet sözleşmesine rıza veriyorum” şeklindeki genel bir yazı geçerli kabul edilmemelidir. Kişi, eşinin adi kefil mi müteselsil kefil mi olduğu, borçlunun borcunu ödememesi halinde eşinin sorumlu olacağı azami tutarın ne kadar olduğu gibi hususları bilerek rıza göstermelidir.

Kefalet için eşin rızasını düzenleyen BKT m.584, bu konudaki istisnalara da yer vermiştir. İlk istisnaya ilk fıkrada yer verilmiştir. Şöyle ki, mahkemece verilmiş bir ayrılık kararı varsa ya da yasal olarak ayrı yaşama hakkı doğmuşsa, kefil olmak isteyen eşin diğer eşin rızasına ihtiyacı yoktur. Diğer bir istisna da kefalet sözleşmesinde sonradan yapılacak değişiklikler içindir. BKT m.584/II’ye göre kefalet sözleşmesinde sonradan yapılacak olan değişiklikler için eşin rızası aranmaz. Ancak bunun için bazı şartlar aranmaktadır. Şöyle ki, kefalet sözleşmesinde sonradan yapılan bu değişiklikler ile kefilin sorumlu olduğu miktar artmamalı veya adi kefalet müteselsil kefaletle dönüştürülmemeli ya da kefil yararına olan güvenceler önemli ölçüde azalmamalıdır. Bu hususlar haricinde yapılacak olan değişiklikler için eşin rızasına gerek yoktur.

Adi işler bakımından kefalette eşin rızasının aranması yerinde bir düzenleme olmakla birlikte, ticari işler bakımından bu düzenlemenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. Kefalette eşin rızasını düzenleyen Tasarının 584üncü maddesinin daha önceki metninde yer alan *“Kefalet, ticaret siciline kayıtlı bir işletmenin sahibi; bir kolektif ortaklığın sınırsız sorumlu ortağı; bir komandit ortaklığın müdürü veya bir limited ortaklığın yönetici ortağı tarafından işletmeyle ilgili olarak verilmişse, eşin rızası aranmaz”* şeklindeki düzenlemenin madde metninden çıkarılmasının yerinde olmadığı fikrindeyiz. Ticaret hayatının gerekleri göz önüne alındığında, ticari işletmesiyle ilgili olarak kefil olmak isteyen tacirin, eşinin rızasına ihtiyaç duyacak olmasının birtakım aksaklıkları da beraberinde getireceğini düşünüyoruz.

4) BK m.485: Asıl Borç

Kefaletin geçerliliğinin asıl borcun geçerliliğine bağlı olduğu hükmünü düzenleyen BK m.485’i karşılayan Tasarının 582nci mad-

desine; “*Kanundan aksi anlaşılmadıkça kefil, bu bölümde kendisine tanınan haklardan önceden feragat edemez.*” şeklinde yeni bir fıkra eklenmiştir. Ayrıca hata veya ehliyetsizlik nedeniyle borçlunun sorumluluğunu gerektirmeyen bir sözleşmeden kaynaklanan borca kefalet halinde, kefilin söz konusu eksikliği, yükümlülük altına girdiği sırada bilmesi halinde kefaletin geçerli olacağını düzenleyen BK m.485/II hükmüne de yeni bir cümle eklenmiş ve aynı kuralın borçlu yönünden zamanaşımına uğramış bir borca kefalet ettiğini açıklayan kişi için de uygulanacağı kabul edilmiştir.

5) BK m. 486: Adi Kefalet

Adi kefalette, kefilin söz konusu borçtan şahsen sorumlu olması, kefalet sözleşmesinden sonra borçlunun iflas etmesi veya borçlu aleyhinde yapılan icra takibinin alacaklının kusuru olmaksızın semeresiz kalması ya da borçlu aleyhine Türkiye’de icra takibinin imkânsız hale gelmesi şartına bağlıdır (BK m.486/I).¹³ Borçlar Kanunu Tasarısı, 585’inci maddesi ile, borçlunun iflasına karar verilmesinin yanında, borçluya konkordato mehli verilmiş olması halinde de alacaklının doğrudan kefile başvurabileceğini hüküm altına almıştır. Ayrıca alacağın rehinle güvence altına alınmış olması halinde de borçluya konkordato mehli verilmesine karar verilmiş ise, alacaklı doğrudan kefile başvurabilir. Kefil, alacaklının önce rehne başvurmasını talep edemez. Uygulamada konkordatonun pek rastlanılmadığı gerçeğinden hareketle, Tasarı metnindeki, konkordato için söz konusu olan hükümlerin aynı zamanda iflasın ertelenmesi ve uzlaşma yoluyla yeniden yapılandırma gibi konkordatoya benzer nitelikteki ve konkordatodan daha sık karşılaşılan kurumlar için de uygulanması gerektiği kanaatindeyiz.

BK m.486/II, c.2 hükmü, rehnin paraya çevrilmesi def’ine istisna getirmektedir. Buna göre borçlu iflas etmiş ise, (adi) kefil rehnin paraya çevrilmesi def’ini ileri süremeyecektir. Bu durumda alacaklı, iflas idaresinin rehni paraya çevirmesini beklemeden, adi kefil

13 Y.4.HD’nin 8.10.1968 tarih ve E.548, K.7447 sayılı kararı. (Karahasan, age s.1223 vd).

takip edebilir. Buradaki amaç, alacaklının iflas masasının rehni paraya çevirmesini beklemeden, alacağına daha kısa bir sürede kavuşmasını sağlamaktır.¹⁴ Asıl borçlunun iflas etmiş olması halinde, adi kefile karşı yapılan haciz veya iflas yolu ile takiplerde İİK m.45'teki¹⁵ önce rehne başvurma kuralının da uygulanmaması gerekir. Borçlunun iflası halinde adi kefil aleyhine yapılacak olan takiplerin, önce rehne başvurma kuralının istisnaları arasında yer almasının doğru olacağı düşünülmektedir. Aksi halde, BK m.486/II,c.2 hükmünün bir anlamı kalmayacaktır.¹⁶BK m.486/II,c.2'de yer alan "*borçlunun iflası ilan olunmadıkça, rehnin nakde tahvili kabil olmazsa*" şeklindeki ifade ile ne kastedildiği anlaşılamamaktadır. Anlamı açık olmayan bu ifadenin Tasarıdan çıkarılmış olması isabetlidir.

Borçlar Kanunu Tasarısı, "adi kefalet" başlıklı 585'inci maddesinin üçüncü fıkrasında, sadece açığa kefil olma halinde, alacaklının doğrudan kefile başvurabileceği haller düzenlenmiştir. Bu hükme göre: "*Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuşsa, borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın imkânsız hale gelmesi ya da konkordatonun kesinleşmesi durumlarında, doğrudan doğruya kefile başvurulabilir. Sözleşmede, bu durumlarda alacaklının, önce asıl borçluya başvurmak zorunda olduğu kararlaştırılabilir.*" BKT m.585'e eklenen bu üçüncü fıkra ile kefaletin bir türü olan "açığa kefalet"e de kanunda yer verilmiştir.¹⁷

Hükümde geçen "*konkordatonun kesinleşmesi*" ifadesinden ne anlıyoruz? Diğer bir deyişle konkordato ne zaman kesinleşmiş olur? Kanatimizce, konkordato; ticaret mahkemesinin konkordatonun tasdikine ilişkin vermiş olduğu karara karşı on gün içinde tem-

14 Ali Cem Budak, İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, (İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2008), s.27, 28

15 İİK m.45'e göre rehinle teminat altına alınmış bir alacağın borçlusu iflas etmiş olsa dahi, alacaklı, sadece rehni paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabilir. Ancak, rehin tutarı borcu ödemeye yetmez ise iflas veya haciz yoluyla takip yapılabilir.

16 Budak, İpotek, s.29

17 Açığa kefaleti düzenleyen BKT m.585 hükmünün gerekçesinin yeterince açık olmadığı fikrindeyiz.

yiz yoluna gidilmemişse bu sürenin sonunda; ticaret mahkemesinin verdiği tasdik kararına karşı süresi içinde temyiz yoluna gidilmişse Yargıtay'ın onama kararı ile; Yargıtay bozma kararı vermişse karar düzeltme talebinin kabulü ile kesinleşir.

Açığa kefalette, borcun tamamı için değil, sadece alacaklının asıl borçludan tahsil edemediği kısım için kefil olunmaktadır. Bu nedenle mesela, adi kefaletten farklı olarak, borçlunun iflas etmiş olması yetmez; iflasın tasfiyesi sonunda alacağın tahsil edilememiş olması gerekir. Açığa kefil olan kimseye, sadece iflasın tasfiyesi sonunda, tahsil edilemeyen kısım için başvurulabilir.¹⁸

Sadece açığın kapatılması için kefil olunmuş olması halinde, borçlu aleyhine yapılan takibin kesin aciz belgesi alınmasıyla sonuçlanması veya borçlu aleyhine Türkiye'de takibatın imkânsız hale gelmesinin yanında konkordatonun kesinleşmiş olması da alacaklının doğrudan kefile başvurması için yeterli kabul edilmiştir. Ancak ikinci cümle ile kefilin korunması amaçlanarak, alacaklının önce asıl borçluya başvurabileceğinin sözleşmede karar"laştırılabileceği düzenlenmiştir. Böylece, sadece açığa kefaletle özgü ayrı bir düzenleme yapılarak, kefile, alacaklıya karşı ileri sürebileceği "peşin dava def'i (tartışma def'i)" hakkı tanınmıştır.

BKT m.585'in ilk iki fıkrasında borçluya konkordato mehli verilmiş olması, alacaklının doğrudan kefile başvurabilmesi için yeterli kabul edilirken, son fıkrada, yani açığa kefalet halinde, alacaklının doğrudan kefile başvurması konkordatonun kesinleşmiş olması şartına bağlanmıştır.

6) BK m.487: Müteselsil Kefalet

Müteselsil kefalette alacaklı, alacağının tahsili için borçluya gitmeden doğrudan kefile başvurabilmektedir.¹⁹ Aynı şekilde alacaklının, önce rehnin paraya çevrilmesi yoluna gitmesine de gerek

18 Tandoğan, age s.769; Yavuz, age s.850.

19 Y.4.HD'nin 20.3.1967 tarih ve E.886, K.656 sayılı kararı. (Karahasan, age s.1239-1240).

yoktur. Başka bir ifadeyle, müteselsil kefalette kefilin, “peşin dava def’i” ya da “tartışma def’i” yanında “önce rehnin paraya çevrilmesi def’i”nden de yararlanması mümkün değildir (BK m.487/I).²⁰ Fakat Tasarı, kefilin daha fazla himaye etme amacından hareketle, müteselsil kefaletle ilişkin önemli değişiklikler öngörmekte; müteselsil kefaleti adi kefaletle yaklaştırmaktadır. Şöyle ki, müteselsil kefalette alacaklının borçluya başvurmadan önce ya da rehin konusu taşınmazı paraya çevirmeden önce kefile başvurması bazı şartlara bağlanmıştır. Bu hükme göre alacaklının doğrudan kefile başvurabilmesi için, borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması ya da ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması gerekmektedir. Hükümde vadesi belli olan ya da olmayan borçlar yönünden herhangi bir ayırım yapılmamaktadır. Bu nedenle vadesi belli olan borçlar için de borçluya ihtar yapılması zorunluluğu kabul edilmelidir. Bu ihtar zorunluluğu borçluya başvurmak için değil kefile başvurmak için gereklidir.

Tasarıda müteselsil kefalette doğrudan kefile başvurabilmek için borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunması gerektiğini ifade ettik. Acaba bu ödeme güçsüzlüğünden ne anlamak gerekir? Kanaatimce, ödeme güçsüzlüğünü, borçlunun acze düştüğü ve bu hususun da bir aciz vesikası ile tespit edilmesi gerektiği şeklinde anlamamak gerekir. BKT m.586, “*borçlunun açıkça ödeme güçsüzlüğü içinde olması veya borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarın sonuçsuz kalması*” şeklindedir. Hükümden de anlaşılacağı üzere, alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için borçlunun ifada gecikmesi ve borçluya yapılan ihtarın sonuçsuz kalması dahi yeterlidir. O halde, alacaklının müteselsil kefile başvurabilmesi için, adi kefalette olduğu gibi, borçlunun acze düşmesi ve bu durumun aciz vesikası ile tespit edilmesi şartı aranmamalıdır. Borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde olduğunu gösteren her türlü işaret yeterli kabul edilmelidir. Örneğin, borçlu hakkında protesto edilmiş birçok senedin bulunması onun ödeme güçsüzlüğü içinde olduğuna dair bir delil sayılabilir. Aynı şekilde İİK m.177’de bahsi geçen ödemelerini tatil etmek keyfiyetinin ortaya çıkmış olması da borçlunun ödeme güçsüzlüğü içinde bulunduğunu göstermektedir.

20 Tandoğan, age s.769; Hatemi/Serozan/Arpacı, age s.526.

BKT m.586'nın ikinci fıkrası ile de alacaklının doğrudan kefile başvurması zorlaştırılmıştır. Bu hükme göre, alacak, teslimine bağlı taşınır rehni veya alacak rehni ile güvence altına alınmışsa, alacaklı rehlin paraya çevrilmesinden önce kefile başvuramaz. BKT m586/II,c.2 ile bu hükme istisna getirilmiştir. Şöyle ki, alacağın rehlin paraya çevrilmesi yolu ile tamamen karşılanamayacağını önceden hakim tarafından belirlenmesi veya borçlunun iflas etmesi veya konkordato mehli verilmiş olması halinde alacaklı rehlin paraya çevrilmesinden önce de kefile başvurabilecektir. Hukukumuzda rehin konusu malın değerinin, önceden hâkim tarafından belirlenmesine ilişkin bir düzenleme mevcut değildir. İİK m.150/f'ye göre rehin konusu malın değeri ancak alacaklının satış talebinden sonra belirlenir. Ayrıca, satışı hâkim değil icra müdürü yaptığına göre, BKT m.586'daki "önceden hâkim tarafından belirlenmesi" şeklindeki ifadenin yerinde olmadığı kanaatindeyiz. "Rehlinli malın değerinin önceden hakim tarafından belirlenmesi" ifadesini ya alacaklının İİK m.150/f uyarınca geçici rehin açığı belgesi alması şeklinde ya da alacaklının ayrı bir tespit davası açarak rehlinli malın değerini tespit ettirmesi gerektiği şeklinde anlamak gerekecektir. Aslında bu iki çözüm de eleştirilebilir. İlk çözümde eleştirilecek husus şudur: Geçici rehin açığı belgesi alabilmek için de alacaklının satışı talep etmesi gerektiğinden, alacaklının doğrudan kefile başvurması söz konusu olamayacaktır. İkinci durumda ise alacaklının açmış olduğu tespit davası sonuçlanıncaya kadar zaman kaybedeceği ve bu arada kötü niyetli kefillerin borcu ödememek için alacaklıdan mal kaçırma yoluna gidebilecekleri hususu eleştirilebilir.

BKT m.586/II hükmü ile getirilen düzenlemeyi gereksiz bulduğumuzu ifade etmek isteriz. Alacaklı, borçlunun iflas etmesi ya da borçluya konkordato mehli verilmiş olması halinde, kefalet adı kefalet dahi olsa doğrudan doğruya kefile başvurabilmektedir (BKT m.585). Müteselsil kefalette zaten asıl olan doğrudan kefile başvurabilmek olduğuna göre, bu düzenleme gereksizdir.

Müteselsil kefalet için, kefalet sözleşmesinde açık hüküm bulunmalıdır. Yani kefilin, kefalet sözleşmesinde, müteselsil kefil veya buna benzer bir sıfatla yükümlülük altına girdiğine dair bir beyanda

bulunması gerekir (BK m.487/I).

BK m.487/I'deki "müşterek müteselsil borçlu sıfatı ile" ifadesi eleştirilmektedir. Bu ibare kavram karmaşasına neden olmaktadır. Çünkü müteselsil kefalet ile müşterek müteselsil borçluluk birbirlerinden farklı kavramlardır. Müteselsil kefalette alacaklının önce kefile de başvurabilmesi, bu ilişkiyi müteselsil borçluluğa yaklaştırılmaktadır. Ancak, her iki ilişki arasında önemli farklar vardır. Örneğin, kefaletin müteselsil olması, onun fer'i bir borç olma niteliğini değiştirmez. Asıl borcun geçersiz olması halinde müteselsil kefalet de geçersiz olur. Oysa müteselsil borçlulukta durum farklıdır.²¹ Tasarı bu eleştirileri dikkate alarak, müteselsil kefalet başlığını taşıyan ve BK m.487'i karşılayan 586'ncı maddesinden "müşterek müteselsil borçlu" ibaresini çıkarmıştır.²²

Birden fazla müteselsil kefil varsa, sadece asıl borçlu ile kefiller arasındaki ilişkide değil, aynı zamanda kefillerin kendi aralarındaki ilişki bakımından da teselsül söz konusudur.

7) BK m.488: Birlikte Kefalet

a) Gerçek Birlikte Kefalet

Birlikte kefaleti düzenleyen BK m.488'in birinci cümlesinde yer alan "mütecezzi bir borca" şeklindeki ibare, Tasarının 586ncı maddesinin birinci fıkrasında "aynı borca" şeklinde değiştirilmiştir. Öğretide ve uygulamada kefilin borcunun bir tazminat borcu niteliğinde olduğu kabul edildiğinden²³, borcun bölünebilir ya da bölünemez nitelikte olması önem taşımamaktadır. Bu nedenle Tasarıda böyle bir değişikliğin yapılmasının yerinde olduğu düşünülmektedir.²⁴

Sözleşmede aksi kararlaştırılmamışsa, gerçek birlikte kefalette, kefillerden her biri toplam kefalet miktarından eşit oranda sorum-

21 Hatemi/Serozan/Arpacı, age s.527

22 BKT m.586'nın gerekçesi.

23 Tandoğan, age s.698; Yavuz, age s.847

24 BKT m.587'nin gerekçesi.

lu olurlar. (BK m.496/c.1, BK m.146/I)²⁵ Ancak Tasarının 583'üncü maddesinde öngörülen, kefilin sorumlu olacağı azami miktarın kefilin el yazısı ile yazılması şartı karşısında ne olacak? Kefalet miktarının kefilin el yazısı ile yazılmamış olması halinde kefalet sözleşmesi geçersiz olacak. Kefalet miktarının kefillerden birinin el yazısı ile yazılmış olması halinde kefalet sözleşmesi sadece o kefil bakımından geçerli olacak, diğer kefiller bakımından şekil şartı yerine getirilmemiş olacaktır. Ancak gerçek birlikte kefalet halinde, kefil aynı borç için başka kefil ya da kefillerin de sorumlu olacağı varsayımıyla kefil olmaktadır. Herhangi bir sebeple bu varsayımı gerçekleşmemesi halinde kefalet borcundan kurtulmaktadır. O halde, şekil eksikliği nedeniyle diğer kefillerin kefillikleri geçersiz olacağı için, kefalet miktarını el yazısı ile yazmış olan kefilin de kefalet borcu sona erecektir. Bu durumda Tasarı hükümleri gereğince, gerçek birlikte kefaletin söz konusu olabilmesi için tüm kefillerin toplam kefalet miktarını kendi el yazıları ile ayrı ayrı yazmaları şarttır.

Tasarının getirdiği yeniliklerden biri de müteselsil birlikte kefaletle ilişkindir. Şöyle ki, hem kefiller arasındaki ilişki bakımından hem de kefillerle borçlu arasındaki ilişki bakımından teselsülün söz konusu olduğu müteselsil birlikte kefalet halinde kefiller hem *peşin dava def'*inden hem de *bölme def'*inden feragat ederler.²⁶ Ancak BKT m.587/II bazı şartlarla kefile, alacaklıya karşı "bölme def'i"ni ileri sürebilme imkânı getirmektedir. Söz konusu hükme göre, borçluyla birlikte veya kendi aralarında müteselsil kefil olarak yükümlülük altına giren kefillerden her biri, kural olarak borcun tamamından sorumludur. Ancak, birlikte kefillerden biri, kendisiyle birlikte daha önce veya aynı zamanda müteselsilen yükümlülük altında bulunan ve Türkiye'de takip edilebilen tüm kefillere karşı takibe girişilmemişse, kendi payından fazlasını ödemekten kaçınabilir.

b) Gerçek Olmayan Birlikte Kefalet

Borçlar Kanunumuzda gerçek olmayan birlikte kefaletle ilişkin

25 Hatemi/Serozan/Arpacı, age s.528

26 Hatemi/Serozan/Arpacı, age s.528

bir düzenleme mevcut olmadığından, gerçek olmayan birlikte kefalet halinde, kefillerden birinin borcun tamamını ödemesi halinde diğer kefillere rücu edebilip edemeyeceği hususu tartışmalıdır.²⁷ Tasarı bu tartışmalara son verecek bir düzenleme getirmekte ve 587nci maddesinde gerçek olmayan birlikte kefaletle yer vermektedir. Söz konusu hükmün dördüncü fıkrası uyarınca, birbirlerinden bağımsız olarak aynı borç için kefil olanlardan her biri, kefalet borcunun tamamından sorumludur. Kefillerden birinin borcun tamamını ödemesi halinde, diğer kefillere, bu kefillerin toplam kefalet miktarındaki payı oranında rücu edebileceği de hükümde düzenlenmiştir. Mesela, kefil olunan asıl borç 150 TL ise ve bu borca da birbirinden bağımsız olarak, K1 200 TL için, K2 50 TL için ve K3 de 50 TL için kefil olmuşsa, toplam kefalet miktarı 300 TL olmaktadır. K1 150 TL'nin tamamını ödediğinde, diğer kefillere olan rücu hakkının hesaplanmasında, önce kefil olduğu miktarın toplam kefalet miktarına oranı 2/3 olarak bulunacak ve K1'in asıl borçtan sorumluluğu, bu orana denk düşen 100 TL olacaktır. Bu durumda, K1 fazladan ödediği 50 TL için, yine aynı hesaplamayla bulunacak 1/6 oranında, yani 25'er TL için diğer kefillerin her birine (K2 ve K3) rücu edebilecektir.²⁸

8) BK m.489: Kefile Kefil ve Rücua Kefil

Tasarıdaki düzenleme Borçlar Kanunumuzdaki düzenlemeye paralel niteliktedir. Madde metninde yapılan arılaştırma dışında herhangi bir değişiklik söz konusu değildir.

9) BK m.490: (Kefilin Mes'uliyeti) Şümülü

Kefilin sorumluluğunun kapsamını düzenleyen BK m.490ı karşılayan BKT m.589 da birçok yenilik öngörmektedir. Bunlardan ilki BKT m.589un ilk fıkrasında yer almaktadır. Bu hüküm Borçlar Kanunumuzda olmayan yeni bir hükümdür. Söz konusu hükme göre: *"Kefil, her durumda kefalet sözleşmesinde belirtilen azami miktara*

27 Bu konudaki tartışmalar için bakınız Tandoğan, age s.771

28 BKT m.587'nin gerekçesi.

kadar sorumludur.” Hükümden de anlaşılacağı üzere, dava ve takip masrafları ve faizler de dâhil olmak üzere kefilin sorumlu olacağı miktar kefalet sözleşmesinde yer alan azami miktarı aşamaz. Bu hususa Kanun metninde açıkça yer verilecek olmasının faydalı olacağı fikrindeyiz.

Diğer bir yenilik de BKT m.589/II, b.2’de yer alan, kefilin takip masraflarından ve rehinlerin kendisine tesliminin ve rehin haklarının devrinin sebep olduğu giderlerden de sorumlu olacağına ilişkin düzenlemedir. Kefilin, asıl borçluya karşı açılan davanın masraflarından sorumlu olacağı BK m.490’da yer almakta, takip masraflarından sorumlu olup olmayacağı hususunda açık bir düzenleme bulunmamaktadır. Öğretide kefilin takip masraflarından da sorumlu olacağı kabul edilmekle birlikte, söz konusu düzenlemenin Kanunda açıkça ifade edilmesinin yerinde olacağını düşünmekteyiz.

BK m.490/III hükmü ile BKT m.589/II, b.3 hükmü benzer nitelikte olmakla birlikte Tasarı metnine “...işlemekte olan yıla ait akdi faizler ile gerektiğinde tahvil karşılığında ödünç verilen anaparanın işlemiş bir yıllık ve işlemekte olan yıla ait faizleri” şeklinde bir ibare eklenmiştir. Hükümde akdi faizden söz edilmekte ise de, kanaatimizce kefilin, temerrüt faizi bakımından da söz konusu süre sınırlamasına tabi olması gerekir. Zira kefilin, akdi faizde olduğu gibi, temerrüt faizinde de faiz tutarının birikerek çok yükselmesi halinde, önceden hesap edemeyebileceği aşırı bir yükü karşı karşıya kalması mümkün olabilir.²⁹

Söz konusu hükümlerde bahsi geçen bir yıllık sürenin ne zaman başlayacağı hususunda asıl borcun vadesinin başlangıç olarak kabul edilmesi gerektiği kanaatindeyiz.³⁰ Ancak sözleşmede faizin dönemsel olarak ödeneceği kararlaştırılmış ise, bu durumda artık bir yıllık sürenin başlangıcını son faizin tahakkuk tarihi olarak kabul etmek daha doğru olacaktır. Bu durumda geriye ve ileriye doğru yü-

29 Ali Cem Budak, Kesin İpotekte ve Kefaletle Güvence Kapsamına Temerrüt Faizi Alacaklarının Zaman İtibarıyla Sınırlanması, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: V, Sayı: 2, Yıl: 2008, s. 14 Hatemi/Serozan/Arpacı, age s.533.

30 Hatemi/Serozan/Arpacı, age s.533.

rüyüşlerde son faiz tahakkuk tarihi dikkate alınmalıdır. Şöyle ki vadesi gelmiş faizlerin, son tahakkuk tarihinden geriye doğru bir yıllık tutarı ve son tahakkuk tarihinden talep tarihine kadar olan faizlerin en fazla bir yıllık tutarı, yani en fazla iki yıllık faiz miktarı talep edilebilecektir. Ancak BK m.490/III ve BKT m.589/II,b.3 emredici hükmü olmadığı için, sözleşme ile kefilin herhangi bir süre sınırlaması olmadan sorumlu tutulacağı kararlaştırılabilir.³¹

Bir diğer değişiklik de BKT m.589'un üçüncü fıkrasında yer almaktadır. Bu hüküm Borçlar Kanunumuzda yer almayan yeni bir hükümdür. Buna göre; sözleşmede açıkça kararlaştırılmamışsa kefil, borçlunun sadece kefalet sözleşmesinin kurulmasından sonraki borçlarından sorumludur.

Kefilin sorumluluğun kapsamına ilişkin yapılan son değişiklik de BKT m.589'un son fıkrasında yer almaktadır. Kural olarak kefilin menfi zararın tazmininden ve cezai şarttan sorumlu olmayacağı, ancak bunun aksine anlaşma yapılmasına bir engel de bulunmadığı kabul edilmektedir.³² Tasarıda öngörülen değişikliklerle, kefilin menfi tazminattan ve cezai şarttan sorumlu olmayacağı hususu yasalaştırılmakla kalmamış, bu hususta yapılacak olan anlaşmaların da batıl olacağı hükme bağlanmıştır. O halde Tasarının yasalaşması halinde, kefilin menfi tazminattan ve cezai şarttan sorumlu olabileceğine ilişkin yapılan anlaşmalar kesin hükümsüz olacaklardır.

10) BK m.491: Muacceliyet

BK m.491'i karşılayan BKT m.590'ın ikinci ve dördüncü fıkraları Borçlar Kanunumuzda yer almayan yeni hükümlerdir. İkinci fıkrada bütün kefalet türlerinde kefilin, aynı güvence karşılığında hakimden, mevcut rehinler paraya çevrilmeye ve borçlu aleyhinde yapılan takip sonucunda kesin aciz belgesi alınmaya veya konkordato kararına kadar kendisine karşı yöneltilen takibin durdurulmasına karar verilmesini isteyebileceği düzenlenmiştir. Söz konusu hükümde

31 Hatemi/Serozan/Arpacı, age s.533

32 Hatemi/Serozan/Arpacı, age s.532

de kanun koyucunun kefilî himaye etme amacı açıkça görülmektedir. Özellikle müteselsil kefalet bakımından önemli bir yeniliktir.

Hükümde bahsi geçen “*konkordato kararı*” ibaresi, kanaatimizce, ticaret mahkemesinin konkordatonun tasdikine ilişkin vermiş olduğu karar olarak anlaşılmalıdır.

Maddenin dördüncü fıkrasında, yerleşim yeri yabancı ülkede olan borçlunun borcunu ödemesi, döviz işlemleri veya havale ile ilgili yasaklar gibi sebeplerle, o yabancı ülkenin yasal düzenlemeleri gereği imkânsız hale gelmiş veya sınırlandırılmışsa, yerleşim yeri Türkiye’de olan kefilin, takibe bu sebeple itiraz edebileceği kabul edilmiştir. Bu hüküm de kefil lehine olan yeni bir düzenlemedir.

11) BK m.492: (Kefaletî Hitamı) Asıl Borcun Sukutu

BK m.116/I uyarınca alacaklılık ve borçluluk sıfatlarının birleşmesi halinde borç sona erer. Bu durumda asıl borca bağlı olarak kefalet borcunun da sona ereceğini kabul etmek gerekmektedir. Ancak asıl borçlu ile kefil sıfatının birleşmesi halinde borç sona ermeyecek, dolayısıyla kefalet de devam edecektir. 818 sayılı Borçlar Kanunumuzda yer almayan bu hususa Tasarı, BK m.492’i karşılayan 598 inci maddesinin ikinci fıkrasında yer vermiştir.

Kefaletî süreli olup olmadığı, kefalet sözleşmesinde belli bir tarih gösterilmesinden, borcun niteliğinden veya diğer olayların yorumlanmasından anlaşılabilir. Şüphe halinde kefaletî süresiz olduğu kabul edilmektedir.³³ Ancak Tasarının 598 inci maddesinin üçüncü fıkrası yeni bir düzenleme öngörmektedir. Hükümde, bir gerçek kişi tarafından verilmiş olan her türlü kefaletî, buna ilişkin sözleşmenin kurulmasından başlayarak on yılın geçmesiyle kendiliğinden ortadan kalkacağı belirtilmiştir. Maddenin dördüncü fıkrasında da, kefalet, on yıldan fazla bir süre için verilmiş olsa dahi, uzatılmış veya yeni bir kefalet verilmiş olmadıkça kefilin ancak on yıllık süre doluncaya kadar takip edilebileceği kabul edilmiştir. Maddenin son fıkrasında ise, kefalet süresinin, en erken kefaletî sona ermesinden

33 Tandoğan, age s.800.

bir yıl önce yapılmak kaydıyla, kefilin kefalet sözleşmesinin şekline uygun yazılı açıklamasıyla azami on yıllık yeni bir dönem için uzatılabileceği öngörülmüştür.

12) BK m.493: Mahdut zaman İçin Kefalet

Tasarının BK m.493'ü karşılayan 600 üncü maddesi, bir aylık süreye yer vermemiştir. Tasarının yasalaşması halinde, süreli kefalette kefil, sürenin dolmasıyla borcundan kurtulacaktır.

13) BK m.494: Mahdut Olmayan Zaman İçin Kefalet

Tasarının 601'inci maddesi BK m.494'ü karşılamaktadır. BKT m.601/I, BK m.494/I'den farklı olarak, süreli olmayan kefaletin, kefalet türlerine göre sona ermesi düzenlenmiştir. Buna göre, asıl borcun muaccel olması koşuluyla, adi kefalette her zaman, müteselsil kefalette ise kanunun öngördüğü hallerde, kefil, alacaklıdan bir ay içinde dava ve takip haklarını kullanması, varsa rehnin paraya çevrilmesi yoluyla takibe geçmesi ve ara vermeden takibe devam etmesi konusunda istemde bulunabilecektir. Kanunun öngördüğü haller ile kastedilmek istenen şey müteselsil kefaletle ilişkin BKT m.586'da sözü geçen hallerdir. Bu haller, borçlunun açıkça ödeme güzsüzlüğü içinde olması veya borçlunun ifada gecikmesi ve ihtarin sonuçsuz kalmasıdır. Böylece, diğer süreli olmayan sözleşmelere benzer biçimde, kefilin, açıklanan yolu izleyerek kefalet sözleşmesini sona erdirebileceği kabul edilmiştir.³⁴

Asıl borcun muaccel olması asıl borçluya yapılacak olan bir ihbara bağlanmış ise, kefil, kefalet tarihinden bir yıl sonra alacaklıdan bu ihbarın³⁵ yapılmasını ve borç muaccel olunca da BK m.494/I'de açıklandığı üzere dava veya icra takibine geçmesini isteyebilir (BK m.494/II). Alacaklının, kefilin bu isteğine uymaması halin-

34 BKT m.601'in gerekçesi.

35 BK m.494/II, yapılacak ihbar için herhangi bir şekil şartı öngörmemektedir.

de kefil, kefalet borcundan kurtulur (BK m.494/son).³⁶ Tasarının bu hükmü karşılayan 601 inci maddesinin ikinci ve üçüncü fıkraları, bu hükme paraleldir.

14) BK m.495: Memur ve Müstahdem Hakkında Kefalet

BK m.495'i karşılayan BKT m.602, 495inci maddede yer alan iki fıkrayı tek bir fıkrada birleştirmiştir. İki hüküm birbirine paralel niteliktedir.

15) BK m.496: Alacaklının Haklarına Halefiyet

“Alacaklının haklarına halefiyet” kenar başlığını taşıyan BK m.496 hükmünü, Tasarının “Kefilin rücu hakkı” kenar başlıklı 596inci maddesi karşılamaktadır. Borçlar Kanunumuzda tek fıkra-
dan oluşan bu düzenleme, Tasarıda daha ayrıntılı olarak düzenlenmiş, madde metnine birçok yeni hüküm eklenmiştir.

Maddenin birinci fıkrasında, kefilin, alacaklıya ifada bulunduğu ölçüde, onun haklarına halef olacağı düzenlenmiş; ancak, bu haklarını kullanması asıl borcun muaccel olması şartına bağlanmıştır.

İkinci fıkrada, kefilin, aksi kararlaştırılmamışsa, rehin hakları ile aynı alacak için sağlanmış diğer güvencelerden sadece kefalet anında var olan veya bizzat asıl borçlu tarafından, sonradan özellikle bu alacak için verilmiş bulunanlara halef olacağı hükme bağlanmıştır.

Üçüncü fıkra, “*Kefil ile asıl borçlu arasındaki hukuki ilişkiden doğan istem ve def’iler saklıdır*” diyerek, kefilin alacaklıya halef olmasının, kefil ile asıl borçlu arasındaki iç ilişkiyi etkilemeyeceğini düzenlemiştir.³⁷

Dördüncü fıkrada, kefil olunan bir alacağa ilişkin rehnin paraya çevrilmesi veya borcun rehin veren malik tarafından ödenmesi

36 Yavuz, age s.867-868.

37 BKT m.596'nın gerekçesi.

durumunda, malikin, kefile karşı rücu hakkını ancak kefil ile kendisi arasında böyle bir anlaşma varsa ya da rehin sonradan bir üçüncü kişi tarafından verilmişse kullanabileceği öngörülmüştür. **Bu hususu bir örnekle açıklayalım:**

Örnek: B, A'ya 100 TL borçlanmıştır. Söz konusu borç için C arabasını rehin vermiş, K da B'ye kefil olmuştur. A, bu alacağını C'nin arabası üzerindeki rehlin paraya çevrilmesi ya da borcun C tarafından ödenmesi sonucu elde etmiştir. C'nin, K'ya rücu edebilmesi için ya C ile K arasında bu yönde bir anlaşma olmalıdır ya da C'nin arabası üzerindeki rehin, K'nın kefil olduğu tarihten daha sonraki bir tarihte kurulmuş olmalıdır. Şöyle ki K, söz konusu borç için 1.1.2009 tarihinde kefil olmuşsa, C'nin K'ya rücu edebilmesi için, C'nin arabası üzerindeki rehlin en erken 2.1.2009 tarihinde kurulmuş olması şarttır.

Beşinci fıkra, kefilin rücu hakkına ilişkin zamanaşımını düzenlemektedir. Buna göre, kefilin rücu hakkına ilişkin zamanaşımı, kefilin alacaklıya ifada bulunduğu anda işlemeye başlar.

Maddenin son fıkrasında ise, kefilin, dava hakkı vermeyen veya yanılma ya da ehliyetsizlik sebebiyle asıl borçluyu bağlamayan bir borç için ödemede bulunduğu takdirde, asıl borçluya karşı rücu hakkına sahip olmadığı düzenlenmektedir. Ancak, kefil zamanaşımına uğramış bir asıl borçtan sorumlu olmayı borçlunun vekili sıfatıyla üstlenmişse, asıl borçlu ona karşı vekâlet sözleşmesi hükümleri uyarınca sorumlu olur.

16) BK m.497: Kefilin Def'ileri

Kefil borçluya ait olan tüm def'ileri ileri sürme hakkına sahiptir. Bu kefaletin ferî bir borç olma niteliğinin doğal bir sonucudur.³⁸ BKT m.591/I kefile, asıl borçluya ait olan def'iler yanında onun mirasçılara ait olan def'ileri de ileri sürme hakkı vermiştir. Buna karşılık BKT m.591/I, yanılma veya ehliyetsizlik nedeniyle geçersiz olan veya zamanaşımına uğramış bir borca bu durumları bilerek ke-

38 Ayrıntılı bilgi için bakınız:Gassinger, age s.17 vd.

fil olunması halinde, kefilin alacaklıya karşı bu hususları def'i olarak ileri sürmeye hakkı olmadığını hükme bağlamıştır.³⁹

BKT m.591/2, Borçlar Kanunumuzda yer almayan yeni bir düzenlemedir. Bu hükme göre, asıl borçlu kendisine ait olan def'iden vazgeçmiş olsa bile kefil, yine de bu def'i alacaklıya karşı ileri sürme hakkına sahiptir. Söz konusu hüküm olmadan da zaten öğretilerde bu husus savunulmaktadır. Bunun gerekçesi ise, asıl borçlunun kendi hareketiyle, kefilin durumunu kötüleştiremeyeceğidir.⁴⁰ Bu hususun yasa metninde yer alacak olmasının yerinde olduğu kanaatindeyiz.

BK m.497/I ve BKT m.591/I uyarınca kefil borçluya ait def'ileri alacaklılara karşı ileri sürmekle yükümlüdür. Ancak ispat külfeti bakımından 818 sayılı Borçlar Kanunu ile Tasarı arasında fark bulunmaktadır. BK m.497/II uyarınca, kefil, kendi kusuru olmaksızın bu def'ileri bilmediğini ispat etmediği müddetçe, borçluya ait def'ileri ileri sürmemesinin sonucu olarak borçluya rücu hakkını kaybetmektedir. Şöyle ki, BKT m.591/III bu durumda ispat yükünü değiştirmektedir. BKT m.591/III, BK m.497/II'den farklı olarak kefilin, asıl borçluya ait def'ilerin varlığını bilmeksizin ödemede bulunursa, kural olarak rücu hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Buna karşılık, asıl borçlunun, kefilin bu def'ileri bildiğini veya bilmesi gerektiğini ispat etmesi halinde kefil, bu def'iler ileri sürülmüş olsa idi borcun ödenmesinden kurtulacağı ölçüde rücu hakkını kaybedecektir.

17) BK m.498: Kefilin Tediye İhbar Borcu

BK m.498'i karşılayan BKT m.597, tek fıkradan oluşan 498inci maddenin iki cümlesinin farklı konulara ilişkin olduğunu göz önünde tutarak bu iki cümleyi ayrı iki fıkra olarak düzenlemiştir. Hükümler birbirlerine benzer niteliktedir.

39 BKT m.591'in gerekçesi.

40 Hatemi/Serozan/Arpacı, age s.535.

18) BK m.499: Esbabı Subutiyeinin Teslimi; BK m.500: Borçlarını İfa Etmeyen Alacaklının Mes'uliyeti

BK m.499 ve BK m.500ü kısmen karşılayan BKT m.592 şu anki düzenlemeyle benzer nitelikte olmakla birlikte maddenin dördüncü fıkrası Borçlar kanunumuzda yer almayan yeni bir hükümdür. Söz konusu hükümde, alacaklının, teminatı veya delilleri kusurlu olarak elden çıkarması halinde kefilin, uğradığı zararı isteyebileceği öngörülmektedir. Bu husus, Borçlar Kanunumuzda yer almamakla birlikte öğretide kabul edilmektedir. Ancak Tasarının bu hususu yasalastırmasının yerinde bir düzenleme olduğu fikrindeyiz.

19) BK m.501: Tediyeği Kabule veya Kefaletten Tahsile Mütedair Haklar

Alacaklının, kefilin ifasını kabul zorunluluğu Tasarının 593üncü maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin birinci fıkrasına göre, borçlunun iflası sebebiyle olsa bile, borç muaccel olduğu takdirde kefil, alacaklıya yapacağı ödemenin kabul edilmesini her zaman isteyebilecektir. Borç için birden fazla kefilin bulunması halinde alacaklı, kefillerden biri tarafından yapılacak olan kısmi ödemeyi kabul etmek zorundadır. Ancak bu zorunluluğun söz konusu olması için, kefilin yapacağı ödeme miktarının, kendi payına düşen miktardan daha az olmaması şarttır. BKT m.593/II'de alacaklının haklı bir sebep olmaksızın ödemeyi kabulden kaçınması halinde, kefilin borcundan kurtulacağı; kefalet müteselsil ise kefillerin sorumluluğunun kendi payları oranında azalacağı öngörülmektedir. BKT m.593/son, 818 sayılı Borçlar Kanununda olmayan yeni bir hüküm getirmektedir. Buna göre, borç muaccel değilse, kefil ancak alacaklının rızası ile ödemede bulunabilir. Kefilin asıl borç muaccel olmadan ödemede bulunması halinde, asıl borçluya rücu edebilmesi için borcun muaccel hale gelmesini beklemesi şarttır.

20) BK m.502: Borçlunun İflas Masasına Alacaklının Müraعاتı

BK m.502 uyarınca alacaklı, borçlunun iflas etmesi halinde, alacağını iflas masasına yazdırmak ve borçlunun iflasını kefile bildirmek zorundadır. Aksi halde kefilin bu yüzden uğrayacağı zarar oranında kefile rücu hakkını kaybeder. Fakat alacaklı bu hususta bir kusuru olmadığını ispat ederse, alacaklının rücu hakkına hallet gelmez.⁴¹ Alacaklının bu yükümlülüğünü düzenleyen BKT m.594 genel olarak BK m.502 ile benzer niteliktedir. Ancak, BKT m.594/I,c.2'de alacaklıya kefilin isteği üzerine, her zaman asıl borcun durumu hakkında kefile bilgi verme yükümlülüğü yüklenmiştir.

21) BK m.503: Teminat İtasına Dair Kefilin Hakkı

BK m.503'te sayılan hallerden birinin bile oluşması halinde kefil, kendine bir teminat verilmesini ya da borçtan kurtarılmayı talep edebilir. Bu husus Tasarımın 595 inci maddesinde düzenlenmiştir. BKT m.595'te, BK m.503'ten farklı bir düzenleme söz konusu değildir.

22) Kefaletten Dönme (BKT m.599)

Borçlar Kanunu Tasarısına, Borçlar Kanunumuzda olmayan yeni bir hüküm eklenerek kefile, kefaletten dönme hakkı tanınması öngörülmüştür. BKT m.599/I'de yer alan bu düzenlemeye göre, gelecekte doğacak olan bir borca kefalette, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumunun, kefalet sözleşmesinin yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulması veya mali durumunun kefalet sırasında kefilin iyi niyetle varsaydığından çok daha kötü olduğunun ortaya çıkması halinde, kefil, alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak, borç doğmadığı sürece her zaman kefalet sözleşmesinden dönebilir. Kefile, kefalet sözleşmesinden dönme hakkı veren BKT 599, ikinci fıkrası ile kefile bir yükümlülük getirmektedir. Söz konusu hükme göre, kefil, kefalet sözleşmesinden dönmesi sonucunda, ala-

41 Yavuz, age s.859.

caklının kefalete güvenmesi sebebiyle uğradığı zararları gidermekle yükümlüdür.

23) BKT m.603: Uygulanma Alanı

BKT m.603'e göre: "*Kefaletin şekline, kefil olma ehliyetine ve eşin rızasına ilişkin hükümler, gerçek kişilerce, kişisel güvence verilmesine ilişkin olarak başka ad altında yapılan diğer sözleşmelere de uygulanır.*" Bu hüküm 818 sayılı Borçlar Kanunumuzda yer almayan yeni bir hükümdür. Tek fıkradan oluşan 603üncü madde, kefalet hükümlerinin uygulanma alanını genişletmektedir. Madde, kefil koruyucu hükümlerden kurtulmak amacıyla, başka adlar altında yapılan sözleşmelere de kefalet hükümlerinin uygulanacağını belirtmektedir. Böylece, mesela kefalet sözleşmesi yerine, üçüncü kişinin fiilini üstlenme sözleşmesi yapılmasında olduğu gibi, alacaklıların kefil koruyucu hükümlerden kurtulmalarının ve bunları dolanmalarının önlenmesi amaçlanmıştır.⁴²

SONUÇ

Borçlar Kanunu Tasarısı kefalet sözleşmesi ile ilgili önemli değişiklikler ve yenilikler öngörmektedir. Çalışmamızda da anlattığımız bu köklü değişiklikleri kısaca şöyle sıralayabiliriz:

Öncelikle kefalet sözleşmesinin öğretide eleştirilmekte olan tanımı Tasarıda daha doğru bir şekilde ifade edilerek, kefalet sözleşmesinin yasal tanımına ilişkin yanlışlık düzeltilmiştir.⁴³

İkinci önemli değişiklik de kefalet sözleşmesinin şekline ilişkin BK m.484'ü karşılayan BKT m.583'te öngörülmektedir. Bu değişiklik kefalet sözleşmesinin tarihinin sözleşme metninde yer alması bir geçerlilik şartı olarak kabul edilmiştir. Bunun yanında, kefilin sorumlu olacağı azami miktarı, kefalet sözleşmesinin tarihini ve müteselsil kefalet söz konusu ise bu hususu kendi el yazı ile

42 BKT m.603'ün gerekçesi.

43 Bakınız BK m.483 ve BKT m.581

yazması şartı getirilmektedir. Söz konusu hususların kefilin el yazısı ile yazılması şartı elektronik imzanın (BK m.14, BKT m.15) kefalet sözleşmeleri bakımından uygulanabilirliğini kısıtlamaktadır.

Yürürlükteki Borçlar Kanununda mevcut olmayıp da Tasarının öngördüğü diğer bir yenilik de kefalet sözleşmesi için eşin rızasının aranması hususudur. BKT m.584'te öngörülen eş rızası ile kefalet sözleşmesi bakımından evli kişilerin fiil ehliyetleri kısıtlanmaktadır. Kanaatimce, kefalet, insanların önemli sorumluluklar altına girmesine neden olan riskli bir işlemdir. Bu nedenle eşlerden birinin kefil olması evlilik birliğini etkileyen bir işlemdir. O halde, evlilik birliğini etkileyen böyle önemli bir işlem için her iki eşin de rızasının aranması isabetli bir düzenleme olmuştur.

Tasarıyla, adi kefalette alacaklının kefile doğrudan doğruya başvurması için, borçlunun iflasının yanında borçluya konkordato mehli verilmiş olması da yeterli kabul edilmiştir (BKT m.585). Ayrıca BKT m.585'te "açığa kefalet"ten bahsedilmekte, böylece öğretilde kabul edilen bu kefalet türüne yasada yer verilmektedir. Açığa kefalette borcun tamamı için değil, sadece alacaklının asıl borçludan tahsil edemediği kısım için kefil olunmaktadır. Örneğin açığa kefalette adi kefaletten farklı olarak, borçlunun iflas etmiş olması yetmez; iflasın tasfiyesi sonunda alacağın tamamının tahsil edilememiş olması gerekmektedir. Alacaklı, açığa kefil olan kimseye, sadece iflasın tasfiyesi sonunda tahsil edilemeyen kısım için başvurabilir.

Tasarıda öngörülen diğer önemli bir değişiklik de 586 ıncı maddede yer almaktadır. Söz konusu hüküm ile müteselsil kefalete, istisnai bazı haller dışında tali nitelik kazandırılmakta, müteselsil kefilin durumu, adi kefile yaklaştırılmaktadır.

Kefilin, menfi tazminattan ve cezai şarttan sorumlu olabileceğine ilişkin anlaşma yapılamayacağını öngören BKT m.589 da önemli bir yeniliktir.

Borçlar Kanunumuzda düzenlenmemiş olan kefaletten dönme imkânına Tasarıda yer verilmesi de dikkate değer bir yeniliktir. Buna göre, gelecekte doğacak olan bir borca kefil olan kimse, borçlunun borcun doğumundan önceki mali durumunun, kefalet sözleşmesinin

yapılmasından sonra önemli ölçüde bozulmuş olması halinde veya borçlunun mali durumunun kefalet sırasında kefilin iyi niyetle varsaydığından çok daha kötü olduğunun ortaya çıkması halinde, alacaklıya yazılı bir bildirimde bulunarak kefalet sözleşmesinden dönebilir.

Tasarının 603 üncü maddesi ile de gerçek kişilerce, şahsi güvence verilmesine ilişkin tüm işlemler, kefalet sözleşmesinin şekline tabi kılınmaktadır.

Görüldüğü gibi Borçlar Kanunu Tasarısı kefalet sözleşmesine ilişkin köklü değişiklikler ve yenilikler öngörmektedir. Bütün bu yenilik ve değişikliklerle, genel olarak kefilin korunmasının amaçlandığı göze çarpmaktadır. Kanaatimce, kefilin çoğu zaman hiçbir karşılık almadan tek taraflı olarak risk altına girdiği düşünülecek olursa, Tasarı ile öngörülmekte olan değişiklik ve yeniliklerin yerinde olduğu sonucuna ulaşılabilir. Ancak ticari işler bakımından aynı korumanın gerekliliği tartışılabilir. Örneğin ticari işletmesiyle ilgili bir borca kefil olmak isteyen tacirin, geçerli bir kefalet sözleşmesi yapabilmesinin eşinin rızasına bağlı olacak olması, ticari hayatın gerekleri göz önüne alındığında, yerinde bir uygulama değildir. Bu hususu dikkate alan bir düzenleme yapılmasının yerinde olacağı kanaatindeyiz.

KAYNAKLAR

Budak, Ali Cem: İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takip, İstanbul: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, 2008.

Budak, Ali Cem: Kesin İpotekte ve Kefalette Güvence Kapsamına Temerrüt Faizi Alacaklarının Zaman İtibarıyla Sınırlanması, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt: V, Sayı: 2, Yıl: 2008.

Grassinger, Gülçin Elçin: Kefilin Alacaklıya Karşı Sahip Olduğu Savunma İmkanları, İstanbul: Alfa Basım Yayım Dağıtım, 1996.

Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Abdülkadir, Arpacı: Borçlar Hukuku Özel Bölüm, İstanbul: Filiz Kitabevi, 1992.

Karahasan, Mutafa Reşit: Türk Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, V. Cilt, İstanbul: Beta Yayım Dağıtım AŞ., 2004.

Reisoğlu, Seza: Türk Kefalet Hukuku, Ankara: Ajans Türk Matbaası, 1964.

Tandoğan, Haluk: Borçlar Hukuku Özel Borç İlişkileri, Dördüncü Tıpkıbasım, İstanbul: Evrim Basım Yayım Dağıtım, 1989.

Yavuz, Cevdet: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, Yenilenmiş VII. Baskı, İstanbul: Beta Basım Yayım Dağıtım A.Ş., 2007.

www.kazanci.com

KİRA BEDELİNİN TESPİTİ

Araş. Gör. Tuğçe TOKMAK*

D) GİRİŞ

Kira sözleşmesini¹, diğer kullandırma sözleşmelerinden² ayıran ve belirleyici kılan temel unsur, “**bedel**”³ dir. Âdi kira ve hasılat kirasında⁴ kiracıya “yararlanma hakkı” tanınır ve bu “yararlanma hakkı” bir “**bedel**” karşılığında kendini gösterir. Bir başka deyişle, âdi kira ve hasılat kirası ivazlı, karşılıklı borç yükleyen akitlerdir ve söz konusu “ivaz” unsuru kira sözleşmesini âriyet ve karz sözleşmelerinden ayırmaktadır. Eğer, bir şeyi karşılıksız olarak kullanma-

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı.

- 1 Kira sözleşmesi, “Kullandırma Sözleşmeleri” arasında yer almaktadır. Bununla kastedilen, bir “şey” veya “hakkın” kullanılmasının bir ivaz karşılığında geçici olarak bir başka kişiye bırakılmasıdır. Kullanma, doğal olarak yararlanmayı da bünyesinde barındırmaktadır. Dolayısıyla, mevcut kanunda bulunmayan ancak Tasarıda 298. madde ile getirilen “yararlanma” kavramı, “Ürün Kirası” da zaten ayrı bir başlık altında inceleneceğinden, fikrimizce lüzümsüzdür.
- 2 **Ariyet Sözleşmesi**, mehz kanunda “Kullandırma ödöncü” (**Gebrauchsleihe; prêt a usage**) olarak nitelendirilmiştir. FEYZİOĞLU, Borçlar Hukuku, ikinci kısım Akdin Muhtelif Nevileri, C.I, İstanbul, 1980, 723/724.
- 3 “Gerek adi kirada gerekse hasılat kirasında, kiracıya tanınan yararlanma hakkı, bir “**bedel**” karşılığıdır. Gerçi, hasılat kirasında, kira bedelinin devşirilecek semere veya hasılatın bir payı şeklinde kendini göstermesi mümkündür. (BK. 270/II) Ancak bu durumda dahi nakit şeklinde olmasa da, bir “**kira bedeli**” vardır. Eğer bir şeyi karşılıksız olarak kullanmayı sağlayan bir hak verilmek istenirse, bunun için başvurulacak yol kira sözleşmesi değildir; söz konusu amaca, ariyet sözleşmesi ile varılacaktır”. (ARPAÇI, Kira Hukuku ve Uygulaması, Kiracılık ve Kira Davaları Rehberi, s.15, 2002, İstanbul).
- 4 BK. 270/II uyarınca; hasılat kirasında kira bedeli, semere veya hasılatın bir payı şeklinde olabilir. Ancak bu durumda bile, nakit şeklinde olmasa da bir kira bedeli mevcuttur.

yı sağlayan bir hak verilmek istenirse, bunun için başvurulacak yol, kira sözleşmesi değil; âriyet sözleşmesidir^{5, 6}.

“Bedel” (a. i. c.: bedel t): Kelime anlamı olarak; **1) Karşılık**, karşı. **2) Bir şeyin yerine verilen ve yerini tutan şey. (ivaz) 3) Başkasının adına ve masrafiyla hacca giden anlamındadır⁸.**

Ayrıca; “Semen; ivaz, karşılık, bir malın, hizmetin veya hakkın karşılığı olarak verilen para, verilen mal, yapılan hizmet veya bırakılan hak, fiyat, eder⁹” anlamına da gelmektedir.

Türk Hukuk Lûgatında ise; “(Semen) Bir malın, hizmetin veya hakkın karşılığı olarak verilen mal, yapılan hizmet, ödenen para veya terk edilen hak¹⁰” olarak tanımlanmıştır.

Kira Sözleşmesini diğer kullandırma sözleşmelerinden farklı kılan **“bedel”**, genellikle para¹¹ şeklinde kendisini gösterse de, baş-

5 **ARPACI**, Kira Hukuku ve Uygulaması, Kiracılık ve Kira Davaları Rehberi, s.15, 2002, İstanbul.

6 **“Ariyet sözleşmesi** de, kira sözleşmesi gibi, “kullandırma ve yararlandırma sözleşmeleri” ne dahil edilmektedir. Ariyette, bir şeye ilişkin **kullanma (yararlanma) hakkı**, karşı tarafa devredilmektedir. Nitekim BK. m. 299; Ariyet Sözleşmesini ve unsurlarını *“Ariyet bir akittir ki onunla ariyet veren, bir şeyin bedava kullanılmasını ariyet alana bırakmak ve alan dahi o şeyi kullandıktan sonra geri vermekle mükellef olur”* olarak belirtmiştir. Dolayısıyla, ariyet sözleşmesini kira sözleşmesinden ayıran en önemli hususun **“bedelsiz”lik** olduğu hükümden de, net bir şekilde, anlaşılmaktadır. Bir “şey” ya da “hak”ın kullandırılması kararlaştırılmışsa, ortada bir kullanma ödücü (ariyet) değil, bir kira vardır. (**ZEVKLİLER**, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2007, s.254.) (**FEYZİ-OĞLU**, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 1978, s. 733/734) (**TANDOĞAN**, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2, İstanbul, 2008, s. 289).

7 Latince: Pretium, Almanca: Preis/Gegenwert, Fransızca: Prix, contre valeur, loyer, İngilizce: Price.

8 **DEVELLİOĞLU**, Osmanlıca/Türkçe Ansiklopedik Lûgat, 20. Bası, Aydın Kitabevi, s.76, 2003, Ankara.

9 **YILMAZ**, Hukuk Sözlüğü, 8. Bası, Yetkin Yayınları, s.141, 2004, Ankara.

10 Türk Hukuk Kurumu, Türk Hukuk Lûgatı, 3. Bası, Başbakanlık Basımevi, s.32, 1991, Ankara.

11 **“Para”** kavramı, mevcut ekonomik ve sosyal şartlara göre günlük yaşamda kendisini gösteren, genel mübadele aracı niteliğine sahip olup, mal ve hizmet edimleri bakımından bir değer ölçüsü arz eden, para borçlarının ifasında kabulü zorunlu yasal ödeme aracıdır. Çoğu halde zarar miktarı, para ile belirlenir ve za-

rar kural olarak para ile tazmin edilir. Ancak, “para” kavramının hukuken taşıdığı anlamın belirlenmesi daima güçlük yaratmıştır ve bu kavram kamu hukukunda olduğu gibi özel hukuk alanında da birden fazla anlam içermekte ve ekonomik gelişmelere paralel olarak değişim göstermektedir. Borçlar Kanunu; mehzar kanun ve Alman Medeni Kanunu gibi “Para” kavramına ilişkin herhangi bir tanım içermemektedir. Buna karşılık, 20.02.1930 tarih ve 1567 sayılı Türk Parasının Kıymetini Koruma Hakkında Kanun (RG. 25.02.1930, s. 1433)’a dayanılarak çıkarılmış olan 32 sayılı Karar (RG. 11.08.1989, s. 20249)’ın ikinci maddesinin (e) fıkrasında Türk parasına ilişkin tanıma göre, Türk parası; “*Türkiye Cumhuriyeti kanunlarına göre Türkiye’de tedavülde bulunan veya tedavülden kaldırılmış olsa bile değiştirme süresi dolmamış olan paraları*” ifade eder. İlgili tanım, “para” kavramını kamu hukuku açısından ele almakta ve ne niteliğini ne de fonksiyonlarını belirtmemektedir.

Doktrinde de “para” kavramının açıklanmasında farklı görüşler belirmiştir. Buna göre, “para”; bir yandan “devlet veya onun tarafından yetkilendirilmiş bir organ eliyle tedavüle çıkarılan, alışveriş hayatında kabulü zorunlu genel mübadele aracı olarak kullanılan ve belirli nitelikteki kağıt ve madenlerden oluşturulmuş bulunan somut semboller (**konkrete Geldzeichen**)” olarak nitelendirilirken diğer yandan “sembol anlamında parada yerleşik bulunan, para birimiyle ifade edilmiş olan ve her türlü mal ve hizmet edimleri için değer ölçüsü teşkil eden soyut mali güç (**abstrakte Vermögensmacht**)” anlamını taşır. Yargıtay’ın, E.5115, K.3238, 12.03.1965 tarihli İBK ve bunu aynen onaylayan E.715, K.139, 11.05.1966 tarihli HGK kararları isabetli sayılamaz. Burada tek bir para kavramının aynı anda ve birbirinden ayrılmaz biçimde mevcut bulunan iki anlamı söz konusudur. Madde den ibaret sembol olmaksızın soyut mali gücün paranın tüm fonksiyonlarını yerine getirmesi mümkün bulunmadığı gibi (“para” kavramı bakımından maddenin hiçbir önem taşımadığı, “para”nın sadece fonksiyon olarak mevcut bulunduğu görüşünü savunan yazarlar da bulunmaktadır), bu anlamda mali gücü içermeyen bir sembol (örneğin, bir anma günü vesilesiyle çıkarılmış hatıra paralar veya artık tedavülden kaldırılmış paralar) de “para” değildir. Buna karşılık, “**kaydı para**” (Alman Hukuku’nda; Buchgeld, Giralgeld, Bankgeld, Kreditgeld, Computergeld, Elektronishes Geld, Bytegeld olarak tanımlanabilir) olarak anılan ve bankalar ve diğer kredi kuruluşları nezdinde bulunan, bir kıymetli evrakta vücut bulmuş olmayan, üzerinde çekle veya havale suretiyle her zaman ödeme amacıyla da tasarruf edilebilen hesap aktifi tarzındaki değerlerin, hukuki anlamda “para” kavramı içinde yer alıp almayacağı tartışmalı olup, doktrinin çoğunluğunu teşkil eden yazarlar, “**kaydı para**”nın “para” niteliğinde olmadığını kabul etmekte, bunu hesap aktiflerini bankaya veya kredi kuruluşuna yönelik bir “alacak hakkı” olarak nitelendirmektedirler. Diğer görüş ise, “**kaydı para**”nın “para”dan beklenen bütün fonksiyonları yerine getirdiğini, ödeme amacıyla her zaman kullanılabilirliğini, paranın madde ile ilgisi olmadığını ve sadece soyut malî güç olarak değerlendirilmesi gerektiğini söyleyerek, onu her bakımdan “para” olarak kabul etmektedir. “Para” soyut bir malî güç içerir ve bunun kabulü zorunlu yasal ödeme aracı sıfatını taşıyan bir sembolde yer alması gerekir. Şayet sözleşmede kararlaştırılmışsa, bir para borcu hesaba yatırma suretiyle de ödenebilir; bu halde alacak-

kaca misli eşyalar da¹² kira bedeli olarak tayin edilebilir. Ancak bu halde, sözleşmenin, hâla kira sözleşmesi niteliğini koruyup korumadığı konusunda, doktrinde görüş birliği bulunmamaktadır¹³. Fikrimizce, kira bedelinin para biçiminde ödenmemesi durumunda, özellikle parasal olarak efektif bir karşılığı olmayan, nominal değeri bu-

lı “**kaydî para**”yı ifa olarak kabul etmek zorundadır. Ancak, bu konuda herhangi bir düzenleme bulunmayan hallerde alacaklı, hesaba yatırma suretiyle ödeme-yi kabul mecburiyetinde değildir ve bu durumda “para” kavramının temel özelliklerinden biri eksik kalmış olur. Dolayısıyla, alacaklı için kabul zorunluluğu yasal olarak öngörülmediği sürece “**kaydî para**”nın hukuki anlamda “para” olarak nitelendirilmesi doğru gözükmemektedir.

ŞBir “para borcu”, borcun konusu belirli veya belirlenebilir bir para meblağı ile ifade olunan soyut malî gücün alacaklıya sağlanması yükümlülüğü teşkil ediyorsa, söz konusu olur. “Para borcu” sembol olarak alacaklıya nakil edilmesiyle değil, kendisinde mevcut bulunan malî gücün alacaklıya kazandırılmasıyla, nitelik kazanır ve bu kazandırma, aksine bir düzenleme bulunmadıkça ancak yasal ödeme aracı sıfatı taşıyan sembollerle (para ile) yapılabilir. Sembol olarak “para”, çok sayıda mevcut ve piyasadan her zaman temin ve tedariki mümkün bir nesne niteliğindedir ve para borçlusu, borcunu, dürüstlük kuralı çerçevesinde serbestçe belirleyeceği, nominal değerlerinin toplamı kendisinin borç miktarına eşit olan paralarla, ifa edebilir. Dolayısıyla, bu anlamda para borcunun niteliği tartışma arz etmekte olup, özel bir “nevî (cins) borcu” olduğunun kabulü daha isabetli gözükmemektedir. (BARLAS, Para Boçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, 1992, İstanbul, s. 4 vd).

- 12 Yargıtay 6. HD'nin 24.12.1981 tarih, E. 12590, K. 17570 sayılı kararı “Davacının davalının karısı ile kardeş olduğu, mirastan kalan taşınmazlar nedeniyle kardeşler aralarında anlaşıp davacının kendisinin oturduğu yere karşılık davalının kira vermeksizin dava konusu yerde oturmasına rıza gösterdiği dosya kapsamından anlaşılmıştır. Zira kira bedelinin para olması zorunlu değildir. Taraflar arasında olduğu gibi yararlanma karşılığı da kira bedeli olarak kabul edilir” demektedir. Ayrıca Yargıtay, kira parası yerine tarafların taşınmazlarından yararlanma haklarını karşılıklı olarak birbirlerine bırakmaları halinde de kira sözleşmesinin varlığını kabul etmektedir.
- 13 Bu konuda ARPACI, kira bedelinin para şeklinde ödenmediği bazı durumlarda bu sözleşmeyi “**karma sözleşme**” olarak nitelendirmektedir. Ancak doktrinde farklı görüşte olan yazarlar; kira bedeli, para ile ödenmese dahi, söz konusu bu sözleşmeyi “kira sözleşmesi” olarak kabul etmektedirler. (ARPACI, Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, Lisans Dersleri notu)

lanmayan nesnelere¹⁴ karşılık olarak verildiği hallerde¹⁵, sözleşmeyi “**karma sözleşme**” olarak değerlendirmek gerekir. Mesela, bir kira sözleşmesinde, karşılık olarak bir hizmet edimi vaad edilmişse, görülen hukuki manzara budur¹⁶. **Tedavülde olmayan bir para** söz konusu ise, somut olayın şartları nazara alınarak, kiraya verenin tedavülde olmayan bu paraları kira bedeli olarak istediği ve sözleşmenin asıl amacının da bu yönde olduğu¹⁷ durumlarda (“Gerçek para türü borcu” (echte Geldsortenschuld)) sözleşmeyi karma sözleşme olarak nitelendirebilecekken, kiraya verenin tedavüldeki bu paraları istemediği hallerde, bir görüş kurucu unsurlardan biri olan “kira bedeli” nin sözleşmede bulunmayışı nedeniyle, sözleşmeyi “*yok*” hükmünde değerlendirirken diğer görüş, ödemenin BK. m. 83 hükmüne uygun olarak, tedavüldeki ülke parası ile yapılması gerektiğini savunmaktadır. İsviçre Medeni Kanunu m. 245 ise “*Bir para borcunun ödeme zamanında artık tedavülde bulunmayan belirli bir para türü ile ödenmesi gerektiğinde, ödeme, para türü belirlenmiş olmasaydı nasıl hareket edilecek idiyse ona göre yapılır*” hükmünü haizdir.

Kira sözleşmesinin, geçerli olarak kurulabilmesi için, kira bedelinin **belirlenebilir** nitelikte olması, bu konuda gerekli kriterlerin verilmesi yeterlidir, yoksa kira bedelinin kesin bir biçimde belirlenmesi gerekmez.

Bir şeyin kullanılması karşılığında kira bedeli ödenmesi ilke olarak taraflarca kabul edilmiş, ancak bu bedelin tutarı belirtilme-

14 Para borçlarına hâkim olan “*nominal değer ilkesi*” (**Nennwertprinzip, Nominalprinzip**) uyarınca, bu tarz borçlarda borcun doğumu ile ifası arasında geçen süre zarfında para değerinde meydana gelen değişiklikler borcun miktarını etkilemez; borçlu belirlenen miktarda soyut malî gücü alacaklıya sağlamakla, borcundan kurtulur.

15 Altın ve çek, bono, poliçe gibi kıymetli evraklar bu kategoride görülmemekte ve nominal değerleri bulunduğu için, kira sözleşmesinde, kira bedeli olarak kararlaştırıldıklarında, sözleşme “kara sözleşme” niteliğine bürünmemektedirler.

16 **ARPACI**, Kira Hukuku ve Uygulaması, Kiracılık ve Kira Davaları Rehberi, s.18, 2002, İstanbul.

17 Burada, örneğin, (B)’nin (A)’ya tedavülde bulunmayan banknotlardan oluşan bir koleksiyon teslim etme taahhüdünde bulunduğu farzedildiğinde, (B)’nin borcu “para borcu” değil, “alalade bir nevi” borcudur.

mişse, Federal Mahkemeye göre, hâkim, sözleşmeyi iyiniyet kuralına göre tamamlayarak bedeli tayin edebilir. Hasılat kirasında ise, kira bedelini semere veya hasılatın bir miktarı, bir payı teskil edebilir. Bu durumda iştirakli kira söz konusu olur (BK. m. 270/II) ve iştirakli kirada hasılat, örfe göre bölüşülmektedir.

Kira bedeli; artık, altın hatta dövizle¹⁸ dahi ödenebilmektedir¹⁹. Bu konuda “sözleşme özgürlüğü ilkesi” (BK. m. 19) geçerliliğini korur²⁰. Ancak, 01.11.1983 tarihinde yürürlüğe giren ve 6570 sayılı Kanun’a ek 3. madde ile dahil edilen 2912 sayılı Kanun, kiraya veren konumunda olan bazı kamu kuruluşlarına vb. yerlere, kira parasını rayiç veya emsal bedele göre tek yanlı belirleme yetkisi vermiştir. Bu yasayla belirtilen taşınmazlara ilişkin olarak kira parasını belirleme yönünden sözleşme özgürlüğü ilkesi kısıtlanmıştır. Kamu kuruluşlarının kendi aralarında yaptıkları kira sözleşmelerindeki kira parasının belirlenmesi için kira tespit davası veya kiralananın boşaltılması için boşaltma davası açılmaz. Kira parasına ilişkin uyuşmazlığın 3533 sayılı Mecburi Hakem Kanunu gereğince, hakem aracılığı ile çözülmesi gerekmektedir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu’nun, E.38, K.214 ve 18.03.1987 tarihli, Vakıflar Genel Müdürlüğü’ne ait yer ile PTT Genel Müdürlüğü arasındaki uyuşmazlığın hakem kararıyla çözüleceğini söylediği kararı da bu doğrultudadır.

Borç yabancı bir para birimi²¹ ile ifade edilmiş ve fakat öde-

- 18 Yargıtay 3. HD.’nin, E.716, K. 3055, 11.03.1996 tarihli kararında; kiracının, yabancı para üzerinden kira parasını, aynen veya fiili ödeme günündeki rayiçe göre Türk parası ile ödemek suretiyle borcundan kurtulabileceği (BK. m. 83) belirtilmiştir.
- 19 Para borçları yabancı bir ülkenin para sistemine ait bir para birimi ile de ifade edilebilmektedir. Bu halde bir “yabancı para borcu” (Fremdwährungsschuld) söz konusu olur. BK. m. 83/II’nin, borcun konusunu ödeme yerinde kanunî rayiçi olmayan bir paranın teşkil etmesi hali için getirdiği temel düzenleme, yabancı paraları da kapsar. Zira ülkemizde yabancı paraların rayiçi bulunmamaktadır. T.C. Merkez Bankası tarafından ilân edilen kurlar kanunî değil, resmî rayiç niteliğindedir. (OĞUZMAN, Borçlar Hukuku, 1995, İstanbul, s.192 ve aksi görüş için bkz. HASAN NERAD, Yabancı Para ile İfa, Batıder, c. VI,s.3, 1972, s.593.)
- 20 YAVUZ, Türk Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul, 2002, s. 241.
- 21 Yargıtay’a göre, kira bedelinin yabancı para üzerinden belirlendiği durumlarda,

menin yabancı parayla yapılacağı taraflarca açıkça öngörülmemişse, borçlu borcunu isterse yabancı para ile isterse duruma göre vâdenin dolduğu veya ödemenin fiilen gerçekleştirildiği gündeki kur üzerinden Türk parası ile ödeyebilir. Bu durum **BGB §244**'de doğrudan doğruya yabancı para borçları için benzer yönde düzenlenmiş ancak (ve daha isabetli olarak) ödemenin yapıldığı anda geçerli bulunan raiyî esas alınmıştır. Bu tür borç “yalın yabancı para borcu” (**einfahe Fremdwährungsschuld**) olarak adlandırılmaktadır. Buna karşılık, tarafların ödemenin ancak anılan yabancı para ile yapılabileceğini açıkça kararlaştırmaları halinde “efektif yabancı para borcu” (**efektive Fremdwährungsschuld**) söz konusu olur ve bu durumda artık borçlu, borcunu ülke parası ile ödemedede bulunarak borcundan kurtulamaz. Hangi türden olursa olsun, yabancı para borçları da, borçlunun alacaklıya sağlamayı taahhüt ettiği soyut malî gücün yabancı para birimiyle ifade edildiği, bir para borcu niteliğindedir²².

6570 sayılı Kanun'a 4531 sayılı Kanun ile eklenen geçici 7. maddenin 3. fıkrası, “kira parasının artış sınırlarının aşılması amacıyla yeniden kira sözleşmesi yapılamayacağını” söylerken 4. fıkra, “kira tespit davalarında da bu sınırlamalara uyulacağını” belirtir. Yargıtay ise ilgili maddenin 2. fıkrasının yürürlükte olmadığını ancak (gerekçe göstermeksizin) maddenin 3. fıkrasını isabetli bulunduğu belirtmektedir.

Yargıtay, kira sözleşmesinin her yıl düzenlenmesi, taraflar ara-

kira bedelinin tespiti kira sözleşmesinde belirlenen esaslara göre olur. Bu durumda, taraflar arasında bu konuda her hangi bir anlaşma yoksa ve kira bedelinin yabancı para ile belirlendiği bir kira sözleşmesine dayalı yeni dönem kira bedelinin tespiti için dava açılırsa (taraflar yabancı para üzerinden belirlenmesi hususunda anlaşmazlarsa), kira bedeli hakim tarafından Türk Lirası üzerinden belirlenir ve bu durum zorunludur.

Ayrıca 4531 sayılı Kanun ile getirilen GKHK'nın geçici 7. maddesinin 2. fıkrası uyarınca; “Kira parasının yabancı para veya kıymetli madene endeksli olarak belirlendiği sözleşmelerde, ayrıca yıllık artış uygulanmaz ve kira tespit davalarında da bu sınırlamaya uyulur. Dolayısıyla, kira bedelinin yabancı para üzerinden veya yabancı para veya kıymetli madene endeksli olarak belirlendiği hallerde, kira tespit davası açılması mümkün değildir.

22 **BARLAS**, Para Boçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, 1992, İstanbul, s. 13.

sındaki kira ilişkisinin sona erdirilip yeniden başladığını göstermez. Bir başka deyişle, taraflar arasında son yapılan sözleşme, yeni bir sözleşme niteliğinde değildir. Ancak, kiralanan yerin kullanım şeklinin yeni kira sözleşmesinde farklı olarak belirlendiği durumlarda, sonraki sözleşme, önceki sözleşmenin devamı niteliğinde değil bağımsız bir sözleşme niteliğinde olur. (Örneğin ilk kira sözleşmesinde büfe, sonraki kira sözleşmesinde kahvehane olarak kiraya verilen kiralanan hakkında yapılan sözleşmeler bu niteliktedir). Sonuçta Yargıtay, kiraya verenin kiracısıyla her kira döneminin başında yeni bir kira sözleşmesi akdettiği durumda, en son tarihli kira sözleşmesi ilk kira sözleşmesi ile kullanım şekli bakımından aynı içerikte ise, zincirleme iş sözleşmesine benzer biçimde bir anlamda zincirleme kira sözleşmesinin varlığını kabul etmekte; en son tarihli kira sözleşmesini önceki kira sözleşmesi ile özdeş görmektedir. *GÜMÜŞ* de; bugün için GKHK geçici madde 7'nin birinci fıkrası haricinde halen yürürlükte olduğunu ve kira bedelinin sınırlarının aşılması amacıyla yeniden kira sözleşmesi yapılamayacağını, bu amaçla yapılan kira sözleşmelerinin batıl olduğunu, önceki kira sözleşmesinin varlığını sürdürdüğünü (daha doğrusu önceki kira sözleşmesinin sürenin sona ermesiyle GKHK. M. 11'deki yenileme hükmünün yeniden uygulama alanı bulacağını ve kira tespit davasının önceki ve yenilenen kira sözleşmesi esas alınarak hükme bağlanacağını) kabul eder.

Öğretide kira tespit davasının hukuki niteliği tartışmalıdır. Yargıtay'ın 1965 tarih, 5/5 sayılı İBK. uyarınca kira tespit davası, teknik anlamda bir tespit davasıdır. Buna karşılık öğretideki diğer görüş, kira tespit davasını bir yenilik doğuran dava olarak niteler. Zira burda söz konusu olan, bir hukuki ilişkinin, kira bedeli yönünden tamamlanmasıdır yoksa varlığı ve yokluğu iddia edilen bir hukuki ilişkinin tespiti değil. Ancak bu durum kira bedelinin asli edim yükümü oluşunun bir istisnasını oluşturmaktadır.

Yeni kira döneminde, "ihtirazi kayıt" koydurmadan, önceki kira dönemindeki aynı tutar üzerinden veya kendisinin kabul etmediği artış tutarı üzerinden kira bedelini elden teslim alan kiraya veren, kira tespit davası açma hakkını kaybeder. Ancak banka hesabına yatırılan bu yeni dönem kira bedeli, kiraya verenin bu bedeli "ih-

tirazi kayıt” koydurmadan çekmesi durumunda dahi tespit davasına konu olabilecektir. Bir başka deyişle, kiraya veren “ihtirazi kayıt” olmadan çektiği kira bedeli için kira tespiti davası açabilecektir.

Yargıtay, kira alacağının kesinleşen mahkeme kararına dayanması ve niteliği itibariyle, ayrıca temerrüt ihtarına gerek olmaksızın mahkeme kararının kesinleştiği tarihten itibaren kira farkı alacağına faiz yürütüleceğini, kira farkı alacağının ancak bu kesinleşme tarihinden itibaren BK. m. 260 ve GKHK. m. 7/e’ye dayalı iki haklı ihtarla tahliye uygulamasına konu olacağını ve kira tespit davalarında, kira farkı alacağının tespit kararının kesinleşmesi ile muaccel olacağını söylemiştir.

Sanayileşme ile birlikte, büyük kentlere göç başlamış, bu durum, kira hukukunun sorun haline gelmesine ve bunun sonucu olarak da hukuken gelişmesine yol açmıştır. Çalışmamızda, daha çok 6570 sayılı kanun üzerinde yoğunlaşacak ve gelişmeleri onun üzerinden vermeye çalışacak, daha sonra mevcut Borçlar Kanununun kira ile ilgili hükümlerine ve Borçlar Kanunu Tasarısı’na değineceğiz.

II) 6570 SAYILI KANUNDAN ÖNCEKİ DÖNEM

Ülke kaynaklarının sınırlı olması ve bundan dolayı sıkıntı oluşturması ve daha bir çok faklı nedenler yüzünden, uygarlığın nimetlerinin daha fazla olduğu büyük yerleşim birimlerine göç olayı, ülkemizde sıklıkla görülür hale gelmiştir. Bu durum, konut sıkıntısını da beraberinde getirmiştir. İktisaden güçlü durumda bulunmayan ve konut sıkıntısı çeken bu geniş kitlelerin sorunları zamanla çoğunluğun sorunları olmuştur. Baş gösteren bu sorunlar, belli zaman aralığında farklı şekillerde²³, özellikle Borçlar Kanunumuzun, hüküm-

23 Ülkemizde, Özel Hukuk Hükümleri dışında kiralari sınırlayan ve kiracı/kiraya veren ilişkilerini düzenleyen ilk kanun I. Dünya Savaşı içinde kabul edilen “Sükkenâ için icar ve isticar olunan mahallerin icar bedelâtı hakkında kanun”udur. Bu kanundan sonra, BK.’nın yürürlüğe girmesinden II. Dünya Savaşına dek taraflar, kira bedelini, BK.’na göre, gabin ve irade bozukluklarına ilişkin esaslar saklı olmak üzere, serbestçe tesbit edebiliyorlardı. II. Dünya Savaşı sırasında, Ülke ekonomisini düzenleyici önlemler alınırken, konut bunalımı karşısında ekonomik bakımdan zayıf olan kiracıları taşınmaz maliklerine karşı korumak üzere,

leri ile çözümlenmeye çalışılmış ancak bu hükümlerin yeterli olmadığına farkına varılmış ve meseleye özel hükümler aracılığı ile çözümler getirmek ihtiyacı baş göstermiştir. 1955 yılında yürürlüğe giren 6570 sayılı Kanun, tam da bu nedenden dolayı getirilmiştir. Burada 6570 sayılı Kanundan önceki ayrıntılı düzenlemelere, maksadımız dışında kaldığı için değinmeyeceğiz.

III) 6570 SAYILI KANUNDAN SONRAKİ DÖNEM

Anayasa Mahkemesi'nin 2. ve 3. maddelerini 26.03.1963 tarihli kararı ile iptal etmesine kadar geçen sürede kira bedelinin tespiti (6570 s. Kanundan sonraki ama AYM iptal kararından önceki dönem)

1940 yılında kabul edilen 3780 sayılı "Milli Koruma Kanunu" m.30 ile kiralar 1939 rayiçleri üzerinden dondurulmuştu. Ancak zamanla 30. maddenin ihtiyacı karşılayamadığı görüldü. 3954, 4180, 4648 ve 5020 sayılı Kanunlarla bazı zamlar ve istisnaî tahliye sebepleri kabul edildi, kaloriferli binalarda yakıt fiyatlarındaki değişiklikleri kiraya yansıtma olanağını sağlayacak hükümler konuldu. 1947'de çıkarılan 5020 sayılı Kanun bu tarihten sonra yapılan veya tadil edilerek kiraya verilen taşınmazların kiralalarını serbest hale getirdi. Serbestliğe doğru atılan bu ilk adım, artık savaş etkilerinin ortadan kalkacağı, hükümetin alacağı önlemler ile bina yapımının artacağı ve kiraların serbest bırakılmasının da bu yapıyı teşvik edeceği düşüncelerinin ürünüdür. 1953'de yürürlüğe giren 6084 sayılı Kanun ise, hem 1939 yılı kiralarına meskenlerde %100, **meskenlerden başka yerlerde %200 zam** yapılmasını, hem de 1955 yılında tam serbestliğe gidilmesini öngörüyordu. Fakat nüfusun çoğalması, köylerden şehirlere akın, sosyal görüşlerdeki değişiklik dolayısıyla yeni aile bölümlerinin ortaya çıkması ve oturma koşullarının düzeltilmesi zorunluluğu duyulması, ticaret ve sanayinin gelişmesi yüzünden işyeri ihtiyacının artması gibi haller karşısında, yeni bina yapımı hızlanmasına rağmen, ihtiyaca yeterli düzeyde erişememekteydi. Diğer taraftan, fiyat kararlılığına en önemli etki yapan unsurlardan biri taşınmaz sektörü olduğundan taşınmaz kiralalarının serbest bırakılması yüzünden ortaya çıkan artış diğer fiyatların da yükselmesi sonucunu doğuracaktı. Bu durumda tam serbestliğe gidişin ülkede sosyal ve ekonomik olarak önemli bunalımlar yaratacağı tesbit olundu (Bkz. 6570 sayılı Kanunla ilgili 28.04.1955 tarihli Muvakkat Encümen Mazbatası). Bundan başka 5020 sayılı Kanunla bir kısım kiraların dondurulmuş, bir kısmının ise serbest bırakılmış olmasının da sakıncaları da kaldırılmak istenildi. Bu düşüncelerin ışığı altında, yeni zamlar getirilmekle beraber, esas itibarıyla kiraları 1953 rayiçleri üzerinden donduran ve tahliye sebeplerini de sınırlayan 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun, Haziran 1955'de yürürlüğe konuldu. (TANDOĞAN, Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt I/2, İstanbul, 1989, s. 18 vd.).

Ülkedeki konut ve iş yeri sıkıntısı ve kiracıların iktisaden güçsüz durumda bulunmaları gibi sebepler ile 18.05.1955 tarihinde çıkartılan ve 01.06.1955 tarihinde yürürlüğe giren; 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'un²⁴ 2. ve 3. maddeleri, 26.03.1963 tarihli Anayasa Mahkemesi kararına dek yürürlükteydi ve kira bedelleri, bu ilgili maddelere göre saptanmaktaydı. Bu düzenlemeler uyarınca, kira bedelleri belirli tarihler itibariyle dondurulmuştu. Buna göre;

1. 1939 yılından önce inşa edilmiş olan taşınmazlar;
 - 1939 yılından evvel kiraya verilmiş iseler, 1939 kira bedellerine konutlarda %200, başka yerlerde %400;
 - Bu taşınmazlar 1939 yılından sonra kiraya verilmiş iseler ya da bu yıldan önce kiraya verilmişler ancak kullanım tarzları değiştirilmiş ise, belediye encümeninin 1939 rayicini saptamasıyla ve bu rayice %200 veya %400 zam yapılması suretiyle kira bedelleri tespit ediliyordu.
2. 1940/1947 yılları arasında inşa edilen veya tadilat gören binalar bakımından kira bedelleri, Bina Vergisi Kanunu'na göre tahakkuk eden gayri safi iratlarına konutlarda %100, başka yerlerde %200 zam yapılması suretiyle saptanmaktaydı.

24 6570 sayılı Kanuna tâbi olan yerler ilgili Kanun'un 1. maddesinde belirtilmiştir. Buna göre; Belediye teşkilatı olan yerlerle, iskele, liman ve istasyonlardaki taşınmazlar eğer musakkaf (üstü örtülü) iseler, 6570 sayılı Kanun hükümlerine tâbi olacaklardır. Ayrıca, bu yerlerin kiralanmalarında, sadece 6570 sayılı Kanun'un değil, onun yanında Borçlar Kanunu'nun bu Kanuna aykırı olmayan hükümlerinin de uygulanacağı vurgulanmıştır. Ayrıca, Yargıtay'a göre; baraka, büfe gibi yerler de, 6570 sayılı Kanuna tâbi değildir. Bundan başka, kira ilişkisi başlarken musakkaf olmayan bir yerin kira ilişkisinden sonra kiracı tarafından kısmen veya tamamen musakkaf hale getirilmesi durumunda ise kiralananın, sözleşmenin yapıldığı tarihteki durumu göz önüne alınmalıdır. Prefabrike yapıların ve "Menkul inşaat" niteliğinde olmamak kaydıyla gecekonduların da 6570 sayılı kanuna tâbi oldukları kabul edilmelidir. **Tasarı ise;** kira hükümlerinin "uygulama alanını" 6570 sayılı kanuna nazaran daha da genişletmiş ve "konut ve işyerinden" ve bunlarla birlikte bırakılan eşyadan söz ederek, "mekana ilişkin" sınırlamayı kaldırmıştır. Dolayısıyla artık köy yerinde dahi mevcut bulunan üstü örtülü yer, tasarının uygulama alanına dahil edilmiş olmuştur (aynı görüş için bkz. ACAR, Legal Hukuk Dergisi, ist, 2005, s. 3686).

3. 24.02.1947'den sonra inşa edilen ve ilk kez 12.05.1953'ten sonra kiraya verilen veya kullanım tarzları değişen binalar bakımından kira bedelleri, 12.05.1953 tarihinde mevcut olan kira sözleşmesindeki bedelin veya belediye encümenlerinde emsallerine göre belirlenen Mayıs 1953 kira bedelinin dondurulması suretiyle belirleniyordu.
4. Emsali olmayan taşınmazlar bakımından kira bedelleri, onların mevcut durumu ve konumu dikkate alınarak belediye encümenince saptanmaktaydı.

Sonuç olarak 6570 sayılı Kanun'un yürürlüğe girmesiyle birlikte, kira bedelini tespit yükü belediye encümenlerine yüklenmiş bulunmaktaydı.

B. Anayasa Mahkemesi İptal Kararı ve Doğurduğu Hukuki Sonuçlar

1. Anayasa Mahkemesi'nin 6570 sayılı Kanun'un kira bedellerini belli tarihler itibariyle donduran 2. ve 3. maddelerinin iptaline ilişkin 26.03.1963 t. ve E.3, K.67 sayılı kararının²⁵ incelenmesi:

İlgili kararın kaynağı, Mersin Sulh Hukuk Mahkemesi'nde görülen ve Anayasa'ya aykırılık iddiasında bulunulan bir davadır. Anayasa Mahkemesi, bu davanın sonucunda, 6570 sayılı Kanun'un 2. ve 3. maddelerini iptal etmiştir. Kararda özetle;

Ülkemizde taşınmaz darlığı devam ettiği sürece, kanun koyucunun kira konusunu düzenlemesinin ve bu alanda sınırlama yapmasının, mülkiyet hakkının özüne dokunmamak koşuluyla yerinde ve kamu yararına olduğu belirtilmiş, ancak ekonomide ortaya çıkan önemli değişikliklere karşın, kira bedelinin 1953 rayici üzerinden dondurulmuş olmasının, **haklardaki ve yüklerdeki eşitlik ilkesine aykırı** olduğunun altı çizilmiş ve yasanın kira paralarının tespiti bakımından Belediye encümenlerine verdiği takdir yetkisinin kesin

25 Bkz. RG. 31.05.1963, s.11416.

ölçülerle sınırlanmamış olmasının adalete ve eşitliğe aykırı olduğu vurgulanmıştır. Bütün bunların sonucunda; ilgili karar, bu durumun mülkiyet hakkının özünü zedelediğini ve 6570 sayılı Kanun'un 2. ve 3. maddelerinin Anayasa'ya aykırı olduğunu söylemektedir.

Karardan da kolayca anlaşılabilceği üzere; 6570 sayılı Kanun'un 2. ve 3. maddeleri, eşitliğe aykırı bulunmuş, ayrıca, kanunun çıkarılış amaçlarından biri olan, kiracıyı koruma ilkesine ulaşmamıştır. Zira, zaman içinde paranın değeri düşmüş, vergiler artırılmış, maliyet ve bakım giderleri kabarmış ve böylece, dondurulan kira bedelleri taşınmaz malikleri açısından son derece yetersiz, sembolik bir durum içerisine girmişti. Öte yandan kira bedelinin yetersizliği yüzünden, kanunca yasaklanan (6570 sayılı Kanun m.16) hava parası alınması yolları bulunmuş, sunî tahliye sebepleri yaratılmaya başlanmıştı²⁶.

Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararından, akılda tutulması ve hiç bir zaman unutulmaması gereken kısım, mülkiyet hakkının özüne dokunulamayacağı kadar, taşınmaz (kiralanan) darlığı devam ettiği sürece kanun koyucunun kamu yararı düşüncesiyle kira konusunda sınırlamalara gidebileceğinin kabul edilmesidir. Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe girişi için altı aylık bir süre tanınmıştır. Ancak, kanun koyucu (vakıflar, belediyeler ve benzeri bazı kuruluşların kiralayan oldukları haller dışında) 4531 sayılı Kanun'a kadar, geçici de olsa, genel geçer bir kira bedeli belirlenmesi düzenlemesine gitmemiştir²⁷.

2. Anayasa Mahkemesi İptal Kararının Doğurduğu Hukuki Sonuçlar:

Anayasa Mahkemesi söz konusu iptal kararından sonra, kararın yürürlüğe girmesi için altı aylık bir süre öngörülmüştür. Öngörülen bu süre aslında, kanun koyucunun 6570 sayılı Kanun'un 2. ve 3.

26 **ARPACI**, Kira Hukuku ve Uygulaması, Kiracılık ve Kira Davaları Rehberi, s.40, 2002, İstanbul.

27 **BURCUOĞLU**, Kira Tesbit Davaları Uygulamasında Belli Başlı Kilometre Taşları, Filiz Kitabevi, s.8/9, 2001, İstanbul.

maddelerinin iptali ile meydana gelen boşluğu doldurması için verilmiştir, ancak 2. ve 3. maddelerin yerine yeni hükümler getirilememiş ve kanundaki bu boşluk Yargıtay İçtihatları ile doldurulmaya çalışılmıştır. Sonuçta **Yargıtay tarafından içtihadî bir kira tespit hukuğu** oluşturulmuştur. Bir başka deyişle; yenilenen kira bedeli ister konut isterse işyeri kirası olsun kira sözleşmesindeki kira bedelinin miktarının ne olacağına (kira bedelinin tespitine) ilişkin boşluk, Yargıtay içtihatlarına göre doldurulmaktadır.

C. Anayasa Mahkemesi'nin İptal Kararından Sonraki Dönem (6570 s. Kanundan ve AYM. İptal Kararından Sonraki Dönem)

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra, Yargıtay 2. ve 3. maddelerin yol açtığı boşluğu içtihatlar ile kapatmaya çalışmıştır. Sosyal ve ekonomik gelişmelerle yakından ilgili olan bu konu, yıllar içinde değişik uygulamalara tâbi olmuştur. Yargıtay ise konu ile ilgili ilk içtihadını 1964 yılında oluşturmuş, daha sonra değişen sosyo/ekonomik koşullar neticesinde 1966 ve 1969 tarihli içtihatlarına ulaşmıştır.

1. KONUyla İLGİLİ İÇTİHATLAR VE DEĞERLENDİRİLMESİ

a) 18.11.1964 tarih ve 2/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı:

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararından sonra 6570 sayılı Kanun'un 2. ve 3. maddeleri hariç, diğer maddeleri yürürlükte kalmıştır. Uygulamada ortaya çıkan boşluk ile ilgili olarak çeşitli sorunlar belirmiş ve Yargıtay; iptal hükümleri yürürlüğe girmeden yapılmış kira sözleşmelerinin kira bedellerinin, yürürlük tarihinden sonraki dönem için mahkeme tarafından tespit edileceğini belirtmiştir. Bir başka deyişle; ilgili İçtihadı Birleştirme Kararı, sadece, iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış kira sözleşmeleri için geçerlidir ve söz konusu sözleşmelerin, ilgili kararın yürürlüğe girmesinden sonra (6570 sayılı Kanun m.11 uyarınca) yeni baş-

layan kira bedellerinin tespiti için oluşturulmuştur. Böyle bir durumda, MK. m.1 anlamında, hâkimin dolduracağı bir boşluk mevcuttur. Bu boşluğu nasıl doldurulacağı konusunda doktrinde farklı görüşler meydana gelmiştir. Hâkimin, söz konusu boşluğun doldurulması, yeni dönem kira bedeli tayini ve tespiti için bilirkişiden faydalanacağını söyleyen görüşe göre; bilirkişi, ilgili kiranın bedelini tespit için bazı kıstasları göz önüne alacaktır. Bu görüş, uygulamada Yargıtay'ın; "Hakimin; uzmanlık gerektiren konularda, karar vermeden önce kesinlikle bilirkişiye başvurması gerektiğine" dair kararlarını dayanak almaktadır. Buna göre bilirkişi;

- Kiralananın bulunduğu mevki,
- Kira konusu yerin yüz ölçümü,
- Kullanma durumu,
- Ticari değeri,
- Evsafi emsal kiralari,
- Hak ve nısfet kurallarını,
- Ekonomik esasları,

Dikkate alarak, günün olağan rayicini bulmaya çalışacaktır. Aksi görüşte olan yazarlara göre ise; hakim öncelikle, kendisi olağan rayici bulmaya çalışacak ve kira bedelini bu değer üzerinden yapacak, eğer bulamıyorsa bilirkişiden faydalanacaktır. Bilirkişi de rayiç (emsal) bedeli "ekonomik esaslar ve hak ve nasafet (hakkaniyet)" uyarınca kira bedelini tespit edeceklerdir. Kanaatimizce; ilk görüşü savunmak hem uygulama hem de hakkaniyet gereğidir. Aksi çözüm yolu, haksız sonuçlara varabilir.

Burada rayiç bedelin ne olduğunu belirtmek gerekmektedir. Rayiç kira bedeli²⁸, olağan şartlar altında yapılagelen sözleşmeler ile

28 Rayiç kiranın nasıl tesbit edileceği hususunda İçtihadı Birleştirme Kararı şu esasları öngörmektedir: "Rayiç, olağan şartlar altında yapılmış akitler ile kabul edilegelen bir karşılık olduğundan olağanüstü ve özel şartlar altında yapılmış akitlere bakılarak rayiç belli edilemez. Ekonomi kurallarının taşınmaz mal sermayesine tanıdığı nominal geliri aşan kira parasına ilişkin akitler özel şartlar altında yapılmış sayılır ve sınırlamaya esas tutulamaz. Yine belirli bir yerde otur-

kabul edilmiş olan parasal karşılıktır. Kira Sözleşmesinde kira parası belli değilse, bu karşılıklar rayice göre belirlenmektedir. Kira sözleşmesi, olağanüstü şartlar altında yapılmışsa, kararlaştırılan kira bedeli, rayiç tespit edilirken göz önüne alınmaz. Yukarıda da kıstaslarını tek tek belirttiğimiz gibi, bilirkişiler rayiç kira bedelini belirlerken, kiralananın bulunduğu bölgedeki benzer nitelikteki taşınmazlara ilişkin kira sözleşmelerini esas almalıdırlar. Ancak bu kira sözleşmelerini esas alırken, rayiç bedel; kiralanın yerin boş olarak kiraya verilmesi halinde getireceği kira bedeli veya buna çok yakın miktarda bir bedel değil, “hak ve nasafete” dayalı olarak değiştirilecek bir bedel olarak belirlenmelidir. Örneğin, aynı binada kiraların serbest bırakılmasından sonra benzer oda veya daireler için yapılmış olan kira sözleşmelerinde kararlaştırılan kira parası her zaman emsal bir değer teşkil etmeyebilir. Taraflar bu kira parasını emsal olan kira paralarının miktarının altındaki veya üstündeki miktarda tesbit edebilirler. Burada, kiracının ödeme kabiliyeti, şahsî durumu veya kiraya veren ile olan dostluğu gibi sebepler, kira bedelini etkileyebilmektedir. Ayrıca, geçen yıllara ait kira paralarını her zaman için bir emsal değer olarak göstermek de mümkün olmaz. Kira bedelinin belirlenmesinde, kiraya verene yüklenen vergi ve resim mükellefiyetleri, paranın alım gücü, o mahalın sosyal ve ekonomik ve ticarî durumu yönünden değerlendirilmesi, yeni yapılmış binalarda binanın yapımı için sarf edilen paralar ve bu yeni binanın getirdiği kolaylıklar gibi sebepler etkilidir. Hangi tarihteki emsal rayicin esas tutulacağı mahkemece re’sen tayin edilir ve davacının emsal rayiç için yanlış tarih göstermesi davanın reddini gerektirmemektedir. Bununla beraber 6570 sayılı kanunun 2. ve 3. maddelerinin yürürlükte bulunduğu tarihlerde sözleşilen veya belediye encümenince takdir edilen kiralar da, adalet ve eşitlik esaslarına aykırı buldukları gerekçesi ile emsal rayiç sayılmamaktadırlar. Ancak açık arttırma yoluyla kira-

mak ve yahut işyeri açmak için her fedakarlığı göze alan kimselerin yapmış oldukları akitler ve benzeri özel durumlarda yapılan akitler dahi özel şartlar altında yapılmış sayılır ve sınırlama için temel olamaz”. Ayrıca Yargıtay 3. HD; “Belirli bir çevrede muntazaman ve devamlı sürelerde yapılan kira akitlerinde kira paralarının ulaştığı belirli fiyata, olağan rayiç denilir. O halde olağan rayiçten söz edebilmek için, bu konudaki kira paralarının uzun süreden beri oturmuş ve yerleşmiş, kiralanın ile kiracılar tarafından kabul edilmiş olması şarttır” demiştir.

ya verilen yerlere ait kira paraları emsal olarak göz önünde tutulabilir. Zira, o yerlerdeki rayicin doğumu ve uygulanmasına arz ve talep kaideleri de müessir olmuştur. Bir çok kişinin katılacağı açık arttırmada (açık arttırmanın hileli veya zaruri olmasının dışındaki hallerde) verilecek değer, o gün için emsal rayiçlerin azamisini teşkil edecektir.

Kira bedelinin tespiti konusunda kararlarında tutarsız olan Yargıtay'ın, konu ile ilgili olarak saptadığı genel esaslar bunlardır.

b) 21.11.1966 tarih ve 19/10 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı:

1964 tarihli İçtihadı Birleştirme Kararı'nın ardından, 1966 tarihli bir İBK çıkaran Yargıtay, uygulamaya yeni çözümler getirmiştir. 1966 tarihli Yargıtay İBK uyarınca; Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe girmesinden sonra yapılmış kira sözleşmeleri için dahi, kira süresi bittikten sonra, başlayan yeni dönem için, kira bedelinin tespiti davası açılabilir. Ayrıca, ilgili kararda, tarafların sözleşmeyi kurarken ilk kira bedelini serbestçe tayin edebileceklerinin altı çizilmişken, yeni dönem kira bedelinde çıkan uyuşmazlıkların, rayiç kira esasına göre mahkeme tarafından çözüleceği belirtilmiştir.

21.11.1966 tarihli bu kararın en önemli noktalarından biri ise; kira bedelinin tespiti davasında kiraya verenin, kiracıya daha önceden evvelden bir ihtarda bulunmak zorunda olmayışıdır. Bir başka deyişle, kiraya verenin kiracı aleyhine bir ihtarda bulunması, kirala-yan tarafından kiracıya karşı açılan tespit davasının görülebilmesi için bir ön şart niteliği taşımaz. Ancak, eğer kiraya veren önceden bir ihtarda bulunmuşsa, yeni tespit edilecek olan kira bedeli ihtarın tebliğini takip eden yeni kira dönemi için hüküm ifade edecektir. Herhangi bir ihtar çekmeyen kiraya veren için ise, yeni dönem kira bedeli, dava dilekçesinin davalıya tebliğini izleyen kira dönemi için hüküm ifade edecektir.

İlgili İçtihadı Birleştirme Kararı'nda, uygulama için bir şart daha ön görülmüştür. Buna göre, Yargıtay; bu sonucun gerçekleşme-

si için ihtar veya dava dilekçesinin davalıya tebliği ile yeni kira döneminin başlangıcı arasında 15 günden fazla bir süre bulunmasını istemiştir. Bu süre, davalı kiracının düşünüp taşınmasına ve gerekirse 6570 sayılı Kanun'un 11. maddesi gereğince; kira süresinin bitiminden en az 15 gün önce kiralananı tahliye edeceğini, yazı ile bildirmesine imkân tanımak için getirilmiştir. Yargıtay'ın istediği "15 günden fazla süre" deki "fazla" lığın yorumu; kiracının düşünmesine olanak tanıyacak süre olarak değerlendirilmelidir. Aksi bir durum söz konusu olursa, mahkeme tarafından tespit edilecek yeni kira bedeli, bir sonraki dönemin başından itibaren yürürlük kazanacaktır. Ancak Yargıtay'ın kararına göre; zamanında yapılmış bir ihtar mevcut ise, tespit davası, yeni dönemin sonuna kadar açılabilir. Böyle bir durumda, yeni kira bedeli ihtar izleyen yeni dönemin başından itibaren hüküm taşır.

1966 tarihli İBK uyarınca; kiraya veren, dava dilekçesinde, yeni kira bedelinin hangi tarihten itibaren hüküm ifade edeceğinin kararda belirtilmesini isteyebilir. Kiraya veren dilekçede böyle bir istekte bulunmamışsa, durum hâkimin takdirine bağlanmıştır.

c) 10.03.1969 tarih ve 1/3 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı:

Anayasa Mahkemesi'nin iptal kararının yürürlüğe girmesinden önce yapılmış bir kira sözleşmesinin, yine bu tarihten önceki kira dönemlerine ait kira bedellerinin iptal kararından sonra hangi esasa göre tespit edileceğini söyleyen Yargıtay'ın bu İçtihadı Birleştirme Kararı 1969 tarihlidir.

Bu İçtihadı Birleştirme Kararı uyarınca; Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilen hükümler, iptal kararının yürürlüğe girdiği tarihten önceki zamanlara ait kira bedellerinin tespitinde uygulanmayacak, bu tespit (kazanılmış haklar saklı kalmak kaydıyla) 18.11.1964 tarih ve 2/4 sayılı İçtihadı Birleştirme Kararı'nda belirtilen esaslara göre yapılacaktır.

2. KONUYLA İLGİLİ İÇTİHATLAR SONRASINDA YARGITAY UYGULAMALARI

- a) **1970’li yılların sonlarında;** kira bedelinin tespiti için uygulama tarafından benimsenen ölçüt “toptan eşya fiyatları endeksindeki artış” olmuştur. Böylece kira bedelinin tespiti için istendiği yeni kira dönemindeki kira bedelinin, bir önceki dönem kira bedelinin, toptan eşya fiyatları endeksindeki artış oranı kadar artırılması suretiyle saptanması yöntemi uygulamaya girmiştir. (Bu konuda ki kararlara örnek olarak Yargıtay 3. Hukuk Dairesi’nin 16.09.1978 t. ve E. 4928, K. 5142 sayılı kararı için bkz. YKD 1979, s.1, s.23)²⁹.
- b) **1979 yılından itibaren;** Yargıtay, ülkedeki ekonomik koşulları da göz önüne alarak, “toptan eşya fiyatları endeksindeki artış” uygulamasında yumuşama yoluna gitmiş ve artış oranını aynen değil, belli bir kısmı itibariyle uygulama yolunu denemiştir. Bu durum, ülkedeki dar gelirli kiracıları biraz olsun rahatlatmıştır. Uygulamaya göre; endeksteki artış %20’ye kadar aynen, %20 ve %40 arasında ise %20 olarak, %40’ı aştığında ise yarısı oranında, kira bedelini tespit etmekte, uygulama alanı bulacaktır³⁰.
- c) **1981’den itibaren;** ekonomik koşullar daha da kötüye gitmiş, bunun doğal sonucu olarak “toptan eşya fiyatları endeksindeki artış”ın %100’leri aştığı görülmüştür. Yargıtay, zor durumda kalan kiracıları korumak için yeni bir uygulama yoluna başvurmuş ve endeksteki artış ne olursa olsun, yeni dönem kira parasının belirlenmesi için, önceki dönem kira bedeline yansıtılacak oranın %30’u geçemeyeceğini kabul etmiştir³¹.
- d) **1983 yılından itibaren;** Yargıtay, kira bedelinin tespiti da-

29 BURCUOĞLU, Kira Tesbit Davaları Uygulamasında Belli Başlı Kilometre Taşları, Filiz Kitabevi, s.12/13, 2001, İstanbul.

30 Yargıtay 3. HD., 23.01.1979 t. E.278, K. 340, YKD, 1979, sayı:3, s. 334 vd.

31 Yargıtay 3. HD., 22.06.1981 t. E.3214, K. 3168, YKD, 1981, sayı:10, s. 1257/1258.

valarında kiracıdan yana süregelmiş tavrını yumuşatmaya başlamış ve ekonominin de etkisiyle, dengeleyici kararlar çıkarma yolunda adımlar atmıştır. Ancak, bu değişikliğin en büyük nedeni, aradaki dengesizlik nedeniyle, kiracılar-
dan aldıkları kira bedelleri ile emlak vergilerini dahi ödeye-
meyecek duruma gelmiş kiraya verenlerdir. Buna göre Yar-
gıtay, kira bedeline bir alt sınır getirmiş ve “emlak vergi-
si asgari beyan değeri”nin belli bir yüzdesinin (Bu yüzde
1983/1986 yıllarında yıllık kira bedeli için %7’dir) altında
olamayacağını belirtmiştir³².

- e) **1986 yılında ise;** emlak vergisinde yapılan indirim kar-
sında kira bedellerinin alt sınırı arsa dahil asgari beyan de-
ğerinin %5’i olarak kabul edilmiştir. Ancak burada, “emlak
vergisi asgari beyan değeri” ile bulunan kira bedeli, tavan
artış olan %30 oranının uygulanması ile bulunan kira bede-
linin altında kalır ise, %5’lik oran uygulama alanı bulama-
yacaktır.
- f) **1988 yılından itibaren;** kira bedelindeki artış oranının be-
lirlenmesinde “hak ve nesafet ilkesi” önemini göstermiştir.
Bu yeni görüş, kiraya verenler lehine sonuçlar doğurmuş ve
kira bedellerinin bir anda artmasına yol açmıştır³³.
- g) **1988 yılında getirilen uygulama;** daha sonra belirli sınır-
lamalara tabi tutulmuştur. Bu sınırlamalardan ilki, yeni dö-
nem için bu esaslara uygun olarak saptanacak kira bedeli-

32 Yargıtay 3. HD., 13.02.1984 t. E.547, K. 595, YKD, 1984, sayı:4, s. 558/559.

33 “Kira ilişkisinin kurulduğu tarihten itibaren kira parasının tesbiti istenilen kira dönemine kadar, o yörede kira parasını etkileyen değişiklik olmuş ve bunlar ora-
da yeniden kiralanan yerlerin kira paralarının artırılmasına neden olmuşsa, bu
değişikliklere uygun olarak kira parası ayrıca artırılmalıdır. Bundan ayrı, kira
parasının hak ve nesafete uygun olması da gerekir. Mahkemece, ekonomik esas-
lar uygulanmak suretiyle saptanacak kira parasının hak ve nesafete uygun olma-
dığı kanaatine varılan hallerde bu kurallar da dikkate alınarak bu yönde toptan
eşya fiyat endekslerine ve diğer ekonomik esaslara göre hesap edilen kira parası
aşırı olmayan bir oranda hakim tarafından nedenleri ve dayanakları gösterilmek
koşuluyla ayrıca artırılmalıdır”. Yargıtay 3. HD., 04.10.1988 t. E.7213, K. 8269.
(DOĞRUSÖZ/YAVUZ, Kira Tesbit Davaları, Ankara, 1992, s. 499/500).

nin, kiralananın bulunduğu yörede oluşan kira paraları ile aşırı oransızlık içinde olmaması zorunluluğudur³⁴. Getirilen ikinci sınırlama ise; kiracının kiralanda belirli bir süredir oturmasından kaynaklanmaktadır. Buna göre kira bedeli, kiralanan boş olarak kiraya verildiğinde getireceği kira bedelinden daha düşük olarak saptanmalıdır³⁵. Ancak, yeni döneme ilişkin bu uygulama, hemen kötüye kullanılmış ve sonraki dönemlerde de hep bu uygulamaya başvurulmaya başlanmıştır. Kira bedelinin tespiti için yeni dönemde bu yöntem ile belirlenen miktar, bir sonraki dönemde de aynı yöntemle belirlenmiştir. Yargıtay ise; kötü kullanım karşısında, kira bedelinin, bir sonraki dönem için ilke olarak “toptan eşya fiyat artış endeksi”nin aynen yansıtılması suretiyle tespiti yoluna başvurmuştur³⁶.

h) 1994 yılında ise; yaşanan ekonomik krizin de etkisi ile kira bedelinin tespiti için, %65’lik yeni bir üst sınır getirilmiştir. Böylelikle, Nisan 1994’ten sonraki kira dönemleri için kira bedelinin %65 oranında artırılması suretiyle yeni kira bedeli belirlenmiştir.

i) Daha sonra ise; Yargıtay’ın getirdiği üst sınır uygulaması, belli ölçülerde yumuşatılmıştır. Üç yıl süre ile üst sınır olan %65 oranında (veya daha altında) artırılarak belirlenen kira bedelinin, sonraki dönem için belirlenmesi istendiğinde, olağan rayiç ve hak ve nesafet kavramlarına başvuru-

34 Yargıtay 3. HD., 14.03.1989 t. E.1503, K. 2725. (DOĞRUSÖZ/YAVUZ,, Kira Tesbit Davaları, Ankara, 1992, s. 505).

35 Yargıtay 3. HD., 28.10.1991 t. E.12590, K. 11309. (DOĞRUSÖZ/YAVUZ, Kira Tesbit Davaları, Ankara, 1992, s. 498/499).

36 Yargıtay’ın, somut olaya ilişkin farklı değerlendirmelerine rastlamak mümkündür. Nitekim, Yargıtay, “mısır çarşısı kararı” ile, belirlediği bu kıstaslar ve daha sonra getirdiği sınırlamalara rağmen “kiralananın konumunun özelliği”ni dikkate alarak farklı sonuca varmıştır. İlgili karara göre; Mısır Çarşısı’nda bulunan bir kiralanan için, bu çarşının Türkiye’nin belli başlı turizm ve ticaret merkezlerinden olması nedeniyle, her yeni dönem için, “toptan eşya fiyat endeksi”nin üzerinde bir kira takdiri mümkündür. (Yargıtay 3. HD., 20.01.1994 t, E. 15431, K.515) (BURCUOĞLU, Kira Tesbit Davaları Uygulamasında Belli Başlı Kilotre Taşları, Filiz Kitabevi, s.18, 2001, İstanbul.

lacağı kabul edilmiştir³⁷. Bu üç yıllık sürenin geçmesinden sonra başvuru olan olağan rayiç ve hak ve nesafet kavramlarından hareketle belirlenen kira bedelinin, sonraki dönemde artışı için, yeniden toptan eşya fiyat endeksindeki artış oranının uygulamasına geçilmiş olsa gerekir³⁸.

3) BUGÜNKÜ YARGITAY UYGULAMASI

Yargıtay; kira bedellerinin tespitinde, bugün için genellikle Devlet İstatistik Enstitüsü toptan eşya fiyat endeksindeki enflasyon oranını dikkate almaktadır. Ancak, kira bedelinin tespiti açısından son derece değişken kararlar veren Yargıtay, bugün de kira bedelini tespitinde, ekonomik esaslara dayalı olarak, (“hakkaniyet” doğrultusunda) bu oranda sabit kalmamakta, görüşlerinde farklı değerlendirmeler yapabilmektedir.

Yargıtay, 1964 tarihli İBK’nın öngördüğü ve bugün için hala geçerliliğini koruyan ölçütleri, işyeri ve konut kiralaları için aynı kıstaslarla uygulanmaktadır. Burada tartışılması gereken husus, işyeri kiralaları ile konut kiralalarının aynı hükme tabi kılınması durumunda kendisini göstermektedir. Zira, zikri geçen 6570 sayılı kanun 1955 tarihli olup, o tarihteki menfaatler dengesini (ne kiracı ne de kiralayan için) bozmamakta ve sosyal devlet ilkesinin gereği olarak işyeri ve konut kiralalarını aynı hükme tabi kılmaktaydı. Ancak, günümüzde kavram olarak bile farklılık arz eden bu iki kira türünde, işyeri kiracılarının da konut kiracıları ile aynı hükme tabi kılınması adalete hizmet etmemektedir. Bu konuda *ARPACI*; “Belediye sınırları içindeki üstü kapalı yapılar bakımından Borçlar Kanunu yerine özel bir Kanun’un uygulanması, başını sokacak yer bulmakta zorlanan, iktisaden güçsüz olan ve bu şiddetli ihtiyacı sebebiyle istismara elverişli durumda bulunan kiracıları korumak amacı-

37 Yargıtay 3. HD., 02.04.1996 t. E.3377, K. 4339. (YKD 1996, sayı:7, s.1051/1052 ve Yargıtay 3. HD., 18.05.1999 t. E.4746, K. 5254 (TUNABOYLU, Açıklamalı/İçtihatlı Kira Hukuku, Tahliye, Uyarlama, Tesbit, Alacak Davaları, 2. Cilt, s. 186, 2000, Ankara).

38 BURCUOĞLU, Kira Tesbit Davaları Uygulamasında Belli Başlı Kilometre Taşları, Filiz Kitabevi, s.22, 2001, İstanbul.

nı götüğüne göre, söz konusu istismar olgusunun tam tersine döndüğü hallerde özel koruyucu hükümlerin varlık sebebi de (hikmet i vücudu da) ortadan kalkmış olacaktır. Özellikle günümüzde, büyük ticaret erbabının önemli bir kısmı, ticari faaliyetlerini kiracı olarak buldukları işyerlerinde sürdürmekte, o işyerleri sayesinde önemli gelirler elde etmelerine rağmen 6570 sayılı Kanundan yararlanarak cüz'î kiralarla işlerini yürütebilmektedirler³⁹” diyerek konut kiralari ile işyeri kiralari aynı hükümlere tabi olmasını, yaşam yeri ile bu yerden para kazanan kimsenin eşit tutulmasını eleştirmiştir. Kanaatimizce de bu yaklaşım tarzı yerinde olup, hukuk düzenine ve adalete hizmet etmektedir. Ancak, mevcudiyette, konut kiralari ile işyeri kiralari kiracıyı koruyucu hükümler bakımından ayırmayan, kira tespitinde kiracı eski kiracı olduğu için ödenen kira miktarını ve gerçek enflasyonla aşırı farklılık arz eden resmi endeksleri göz önüne alan 6570 sayılı kanun gibi, Tasarı da yeni dönem kira bedelini tespit bakımından bir takım yeni düzenlemeler getirmişse de bu ayrıma girmemiş ve yeni dönem kirasının belirlenmesi bakımından konut kirası ile işyeri kirasını aynı hükümlere tabi kılmıştır⁴⁰. Ayrıca Yargı-

39 **ARPACI**, Konut ve İşyeri Kiralari Aynı Hükümlere Tabi Kılınması Doğru mudur, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, sayı.V/II, s.4, 2008, İstanbul.

40 Oysa **ARPACI**; işyeri kiralari için Borçlar Kanununun 263. maddesinin uygulanması gerektiğini savunmakta ve işyeri kirasının süresi dolduğunda tarafların sözleşme ilişkisinden çıktığını ve fakat süre dolmasına rağmen edimlerini yerine getirmekte olan tarafların kira sözleşmesini belirsiz süreli hale getirdiklerini belirtmekte, ancak bu durumun gelir düzeyi düşük esnaf için sakıncalar doğuracağını ve kira süresi sonunda, kiraya veren ile, kira bedelinde anlaşamayan kiracının, tahliye edilmesinin mümkün olacağını ve söz konusu durumun, gelir düzeyi düşük kiracı bakımından, adalete aykırı olduğunu dile getirmiştir. Sonuç olarak, ya yıllık gelir durumuna göre bir düzenleme getirerek yada işyeri kiralari için çok uzun olmayan, sözleşme ilişkisinin bitiminden itibaren başlayan bir süre zarfında taraflara kira bedeli tayini için yeniden masaya oturma imkanı vererek çözüm yolu arayan **ARPACI**, ikinci durumda tarafların anlaşamaması halinde, taraflar açısından sözleşme ilişkisinin sona erdiğini kabul etmektedir. (Ayrıca bu süre içinde tarafların, her yıl için kira tespitini mahkemeden isteme hakkının verilmesi gerekliliğini de vurgulamıştır). Özetle, **ARPACI**; işyerlerinin yıllık gelirlerine bakılarak Borçlar Kanunu hükümlerine tabi kılınmasını (Tasarı da adi kira için 326. madde, hasılat kirası için 366. madde hükümlerine) veya bütün işyeri kiralari sözleşme süresi dolduktan sonra sözleşmenin birer yıl uzamasına kısa bir zaman dilimi sonunda set çekilmesini önermekte ve Tasarı'nın ilgili

tay da, mevcut kanun ve Tasarı ile aynı görüşü savunmakta ve kiracı ile kiraya veren arasındaki sözleşmede kira bedelinin, söz konusu yerin işyeri olduğu varsayımında, zaten baştan yüksek tutulduğunu ve bu niteliğin her kira dönemi başında tekrarlanmasının gereksiz ve sakıncalı olacağını savunmaktadır. Yukarıda da belirttiğimiz nedenlerden dolayı Yargıtay'ın bu görüşüne katılmamaktayız. *FEYZİOĞLU* da Yargıtay 3. HD'nin "konut kiralari" ile "işyeri kiralari"ndaki artış oranını eşit bir yüzde ile donduran kararını, yerinde olmadığını söyleyerek eleştirmiştir.

Kira bedelinin tespitinde fon ve vergi stopajı düşülerek bedel tayin edilemez, zira vergi, kira bedelinin tespitinde dikkate alınmaz. Yargıtay'ın konu ile ilgili kararları bu doğrultudadır.

Yargıtay, son kararlarında ise rayiç bedel üzerinden hak ve neşafere dayalı indirim sonucu belirlenecek kira bedeli tutarının, endeks uygulamasına göre tespit edilecek miktardan az olamayacağına hükmetmiştir. Ayrıca, yeni dönem kira bedelini tespit ederken hükmedilen kira bedelinin davalı tarafından yeni dönemde artırılarak ödenen miktardan az olamayacağını belirtmiştir.

Yargıtay'ın bugünkü uygulaması "enflasyon temelli" dir. Ayrıca Yargıtay, bu uygulamayı, tarafların kira sözleşmesinde, sonraki kira dönemleri için belirlenmiş bir artış oranı yada miktarı olmasına ya da olmamasına göre değerlendirmektedir. Buna göre, iki durum ayrı ayrı incelenmelidir:

a) Taraflar kira sözleşmelerinde, sonraki kira dönemleri için uygulanacak bir artış oranı veya miktarı belirlememişlerse:

Yargıtay, kira bedeli tespitinin, ilk yenileme dönemindeki rayiç bedele dayalı olarak yapılmasını değil, ilk yenileme döneminden itibaren üç yenileme dönemi boyunca endeks uygulamasıyla ekonomik veriler üzerinden yapılmasını uygun görmektedir⁴¹. Bir başka

süreyi uzun tuttuğunu belirtmektedir.

41 Kira bedelinin tespiti konusunda tutarlı olmayan Yargıtay, bu son uygulamasından daha evvel, kira sözleşmesinin sona ermesinden sonraki ilk yenileme dönemi

deyişle Yargıtay, burada kira bedelinin, Toptan Eşya Fiyat Endeksi (TEFE) artış oranı üzerinden belirlenmesini uygun görmektedir. Ancak TEFE %65'i aşarsa, üst sınırı %65 olarak kabul etmektedir⁴². Bu uygulama çerçevesinde, rayiç bedele (Yargıtay'a göre "nasafete") dayalı kira bedeli tespiti, ancak kira sözleşmesindeki sürenin sona ermesinden itibaren dördüncü yenileme dönemi için mümkün olmaktadır. Ancak, Yargıtay burada dahi bir istisna getirerek uzun süreli kira sözleşmelerinde, ilk bir yıllık yenileme döneminde kira bedelinin tespitini, endeks üzerinden değil, rayiç bedel üzerinden öngörmüştür. Kira sözleşmesinin beşinci döneminde ise; artık rayiç bedel esas alınmaktadır.

b) Taraflar kira sözleşmelerinde, sonraki kira dönemleri için uygulanacak bir artış oranı veya miktarı belirlemişlerse:

Bu durumda; sadece ilk yenileme dönemi için geçerli olacak kira bedeli artış oranı, kararlaştırılan şartlara göre tespit edilmektedir⁴³. İlk yenileme döneminden sonraki üç dönemde ise, ekonomik veriler göz önüne alınacaktır. Bu üç dönemden sonraki ilk dönemde ise (kira sözleşmesinin başından itibaren beşinci dönemde) kira bedelinin artış oranını tespitite, rayiç etkili olacaktır.

Ayrıca 6570 sayılı Kanun'un 4. maddesi uyarınca, "Mobilyalı olarak kiraya verilen gayrimenkullerin bu kanuna göre taayyün eden yıllık kira bedellerine mobilya için belediye encümenlerince takdir edilen kıymetin yüzde yirmisinden fazla zam yapılamaz. Şu kadar ki; bu suretle zam olunacak miktar kira bedelinin yıllık tutarını geçemez. Ayrıca, kira müddetinin hitamından bir ay evvel yazı ile ha-

mi için rayiç bedeli uygun görünürken, bu yenileme döneminden sonraki üç yenileme dönemi için TEFE artış oranını benimsemiş idi.

42 Ancak, Yargıtay'a göre; objektif ve özel şartlarda meydana gelen bir değişiklik, kira bedelinin, TEFE üzerinden üç dönem belirlenmesini etkiler. Bu durumda, kira bedeli endeksin altında da belirlenebilir. (YHGK, 3.3.2004, 2004/3 143/137, www.kazanci.com; Y. 3. HD., 8.4.2004, 3227/3413, YKD, C.30, S.6, s. 848.

43 Y.3.HD., 9.10.2003, 10444/11998, www.kazanci.com; "Taraflar sözleşmede TÜFE'deki artış oranının uygulanmasını kararlaştırmışlarsa, TEFE'deki artış oranı uygulanmaz".

ber verilmek şartıyla kiralayan mobilyalarını kısmen veya tamamen geri alabilir. Bu takdirde mobilyalar için yapılan zaman nispetinde kiradan indirme yapılır.

6570 sayılı Kanun'a göre (m. 5), kaloriferli gayrimenkullerde mahrukat fiyatlarındaki değişikliklerin kira bedellerine inikâsı miktarı hükümetçe tesbit ve ilân olunur.

Hava parası olarak veya her nam ve suretle 6570 sayılı Kanun'a göre taayyün eden kira bedelinden fazla para alanlar, bunlar namına hareket edenler veya bunlara tavassut edenler hakkında altı aydan bir seneye kadar hapis ve üç yıllık kira bedeli tutarınca ağır para cezası hükmolunur ve mükerrirler hakkında bu cezalar bir misli artırılır.

IV) BORÇLAR KANUNU BAKIMINDAN KİRA BEDELİNİN İNCELENMESİ:

6570 sayılı kanuna tâbi olmayan kira ilişkileri açısından kira bedelinin miktarı; taşınırlar ve 6570 sayılı kanuna tâbi bulunmayan taşınmazlar için geçerli olacak ve bunlar ile ilgili sorunlara Borçlar kanunumuzda çözüm aranacaktır. Bir başka deyişle; 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun'a tâbi olmayan taşınmaz ve taşınır kiraları bakımından kira tespit davası açılmaz. Kira tespit davası, sadece GKHK'ya tâbi taşınmazlar için söz konusudur.

Borçlar Kanununun kira sözleşmesi ile ilgili hükümleri arasında, 6570 sayılı Kanunun iptal edilen 2. ve 3. maddelerine benzer bir hüküm bulunmamaktadır. Bunun sonucu olarak Yargıtay'ın kira tespitine ilişkin içtihatlarının bu ilişkilere uygulanması mümkün değildir⁴⁴.

Borçlar Kanunumuza göre, genel sınırlar dahilinde (BK. m. 19/20) kira bedeli miktarı, taraflarca serbestçe kararlaştırılabilir. 6570 sayılı Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanunda ise konu ile ilgili olarak farklı yıllarda, farklı çözümler getirilmiştir. Konuya ilişkin in-

44 **ARPACI**, Kira Hukuku ve Uygulaması, Kiracılık ve Kira Davaları Rehberi, s.58, 2002, İstanbul.

celemeye, yukarıda özel olarak değinilmiş, özellikle Anayasa Mahkemesi iptal kararı ve neden olduğu sonuçlar üzerinde durulmuştur. Ancak burada Borçlar Kanunu ile 6570 sayılı Kanun arasındaki farka değinmek gerekmektedir. Bu fark, kira süresinin bitiminden sonraki döneme ilişkin kira bedelinin miktarı ile ilgilidir. 6570 sayılı kanunun 11. maddesi uyarınca, bu kanuna tâbi kira ilişkilerinde, kendiliğinden (kanun icabı) uzayan kira ilişkisi dolayısıyla ortaya çıkan yeni dönemin kira bedeli, uyuşmazlık halinde hakim tarafından tespit edilir. Borçlar Kanununa tabi kira ilişkilerinde ise Borçlar Kanununun 263. maddesi uyarınca, kira sözleşmelerinin yenilenmesi halinde yeni dönem kira bedelinin tespiti mahkemeden istenemez. Kira sözleşmesi eski kira bedeli üzerinden (daha genel olarak eski şartlarla) yenilenmiş sayılır.

GKHK'ya tâbi olmayan taşınmaz ve taşınırlara ilişkin kira sözleşmesi süreli bir kira sözleşmesi ise, kiraya veren BK. m.263 uyarınca kira sözleşmesinin yenilenmesini önleyecek durumda olduğundan, önceki belirli süreli kira sözleşmesindeki kira bedeli aynen geçerlidir. (Süresiz kira sözleşmesi olarak yenilenmesi halinde yeni sözleşme bakımından, taraflar arasında bir tadil sözleşmesi ile yeni bir kira bedeli belirlenmediği hallerde). Baştan süresiz olarak akdedilen kira sözleşmesi bakımından da kira sözleşmesinin devamı süresince kira tespit davası açılması mümkün değildir. Süresiz kira sözleşmesinde kira bedelinden memnun olmayan taraf, BK. M. 262'ye göre kira sözleşmesini fesih bildirimini ile her zaman sona erdirebilir.

GKHK'ya tâbi taşınmazlar bakımından, kiraya verenin kira sözleşmesini sona erdirmeye olanağı sınırlandırıldığı için (GKHK m.7), GKHK. m. 11 uyarınca aynı şartlarda bir yıllığına yenilenen kira sözleşmesi bakımından her yeni bir yıllık dönem için kira bedelinin belirli sınırlamalar içerisinde yeniden tespiti bir gerekliliktir. Zira Borçlar Kanunu'na tâbi taşınmazlara ilişkin BK. m. 263 uygulamasından farklı olarak, GKHK'ya tâbi taşınmazlar bakımından "kiracı kira müddetinin bitmesinden en az on beş gün evvel mecuru tahliye edeceğini yazı ile bildirmediği takdirde sözleşme aynı şartlarla bir yıl uzatılmış sayılır"

V) BORÇLAR KANUNU TASARISI BAKIMINDAN KİRA BEDELİNİN MİKTARI:

Kira hukukuna ilişkin düzenlemeler, geniş kitleleri ilgilendirmiş, özellikle devletimizin temel esaslarından olan “sosyal devlet ilkesi” ile yakından alakalı olmuştur. Konut sorunu, ülkemizdeki çoğunluğu ilgilendirmektedir. Dolayısıyla gelişen hukuk politikası, bütün bunları göz önüne almadan hareket edemez. Tasarı da, gelişmeleri, çelişkileri ve çelişkilerin yol açtığı tartışmaları dikkate alarak, kira hukukundaki ikililiği gidermeye yönelik adım atmış, Yargıtay’ın çeşitli içtihatlarını kendi bünyesine (bazı hallerde isabet-siz olarak) dahil etmiştir.

Borçlar Kanunu Tasarısı, Kira sözleşmesini dördüncü bölümünde, üç ayırım ile düzenlemiş ve 6570 sayılı kanun ile Borçlar Kanunu arasında çıkan ikilikleri bu yolla gidermeye çalışmıştır. Tasarı; birinci ayırımı, mevcut kanunda “Adi Kira” iken “Genel Hükümler” olarak, mevcut kanunda bulunmayan ikinci ayırımı “Konut ve İşyeri Kira Sözleşmeleri” olarak ve mevcut kanunda ikinci fasılda yer alan “Ürün Kirası”nı ise üçüncü ayırım olarak belirlemiştir. Bu bölümde yapılan değişiklikler çerçevesinde 6570 sayılı “Gayrimenkul Kiraları Hakkında Kanun” hükümleri Tasarı metnine dahil edilmiştir⁴⁵.

a) GENEL HÜKÜMLER:

Konumuz dahilinde incelenmekte olan “kira bedeli⁴⁶” Tasarının ilk bölümünü oluşturan “Genel Hükümler” de, “*kiracının kira bedelini ödeme borcu*” başlığı altında, 312. maddede düzenlenmiştir. Maddenin gerekçesinde, bu düzenlemenin kısmen, yürürlükteki BK. m. 257/I’i karşıladığı belirtilmiştir. Tasarının 312. madde-

45 İlgili Kanun, Tasarı metnine dahil edilmesine rağmen, Tasarı’nın bünyesinde yer alan “Yürürlükten kaldırılan kanunlar” başlıklı 647’inci maddesinde kendisinden bahsedilmemiştir. (Galatasaray Üniversitesi, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul, 2005, s. 157).

46 312. maddede, kiracının asli edimi için mevcut düzenlemede kullanılan “ücret” ifadesinin değiştirilerek, yerine “kira bedeli” denilmesi, Tasarıda yer alan olumlu değişikliklerdendir.

sinde, sadece, kiracının kira bedeli ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Ayrıca “kira bedelini ifa zamanı”, mevcut düzenlemeden farklı olarak, Tasarı’da 313. maddede ayrıca düzenlenmiştir. Tasarı’nın 298. maddesi, aslında 312. maddede yer alan ve kiracının asli edimi olan kira bedelinin ödenmesi borcunu bünyesinde bulundurmaktadır. Dolayısıyla, böyle bir düzenlemeye ayrıca yer verilmesi gerekliliği, tartışılabilir niteliktedir⁴⁷.

Yürürlükteki BK. m. 257/I’i karşılayan ve İsviçre Borçlar Kanunu m. 257c hükmünün bire bir tercümesi olan Tasarı’nın “*ifa zamanı*” başlıklı, kiracının kira bedelini ifa zamanını düzenleyen 313. maddesi, mevcut düzenlemeyi⁴⁸ değiştirmiş ve aksine yerel adet veya sözleşme olmadıkça, kiracının kira (ve kendisine düşen yan giderler) bedelini her ayın sonunda ve en geç kira süresinin bitiminde ödemekle yükümlü olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Tasarı, BK. m. 257/II’yi bünyesine dahil etmemiştir. Böylece kira bedelini ödeme zamanının sözleşme ile kararlaştırılmamış olduğu ihtimallerde, kira süresi ifa zamanı bakımından artık etkili olmayacaktır. Kira sözleşmesi 6 ay veya daha uzun bir süre için akdedilmiş olsa dahi ifa zamanını Tasarı m. 313 uyarınca belirlemek gerekecektir.

47 İsviçre Borçlar Kanunu’nun bu maddeye denk düşen 257. maddesinde, kira bedelinin kiracının, kiralananın kullanımının devri karşılığı olarak kiraya verene ödemekle yükümlü olduğu hükme bağlanmıştır. Mevaz kanunda bu maddenin yer almasının kanunun sistematığı bakımından bir anlamı vardır. Zira bu maddeden hemen sonra gelen m. 257a’da “**yan giderler**”e kimin katlanması gerektiği düzenlenmiştir. Yan giderlere katlanma borcunu düzenleyen Tasarı m. 302’ye ilişkin olarak, önceden de belirttiğimiz üzere, İsviçre doktrininde kira bedelinin sadece kiralananın kullanılmasının, onun sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda bulundurulmasının değil ama aynı zamanda kiralananın kullanılmasıyla ilgili olan ve kiraya verene düşen yan edimlerin karşılığım da teşkil ettiği kabul edilmektedir. Taraflar sözleşme ile aksini kararlaştırmadıkça yan giderlerin m. 257a uyarınca kiraya veren tarafından karşılanması gerekecektir. Her ne kadar madde gerekçesinde dilde yapılan sadeleştirme dışında yürürlükteki BK. m. 257/I’e göre bir hüküm değişikliği olmadığı ifade edilmiş ise de, m. 257/I kira bedelinin ifa zamanına ilişkin bir düzenlemedir ve olsa olsa Tasarı m. 313, ’ün bu düzenlemeyi karşıladığı söylenebilir. Gerekçenin, tüm bu söylenenler ışığında düzeltilmesi gerekmektedir. Galatasaray Üniversitesi, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul, 2005, s. 169.

48 Mevcut düzenlemede, kiracının kira bedelini sözleşme veya yerel adet uyarınca belirlenen zamanda ödemek zorunda olduğu hükme bağlanmıştır.

Tasarının önceki halinde isabetsiz olarak “*Kiracının direnimi*” olarak nitelendirilen, “*Kiracının temerrüdü*”, m. 314’de düzenlenmiş ve kiracının kira bedelini (veya yan giderleri) ifa etmediği durumdaki yaptırımları öngörmüştür. İlgili madde, yürürlükteki BK. m. 260/I ve II’yi karşılamakta olup, İsviçre Borçlar Kanunu’nun bire bir tercümesidir. Bu düzenleme, mevcut sistemden farklı bir düzen tarzı öngörmüş ve muaccel kira bedelini (ve kendisine düşen yan giderleri) ödemede temerrüde düşen kiracıya yapılacak bildirim yazılı olması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca sözleşmeyi fesih imkânının kullanılabilmesi için söz konusu bildirim ile temerrüde düşen kiracıya verilmesi gereken süre, konut ve çatışı işyeri kiralalarında en az otuz, bunun dışında kalan kira sözleşmelerinde ise en az on gün olmalıdır. BK. m. 260/III hükmü ise, Tasarı’ya alınmamıştır.

Tasarının 331. maddesi uyarınca; kiracı, kiralananın tesliminden sonra iflas ederse, kiraya veren, işleyecek kira bedelleri için güvence verilmesini isteyebilir. Bu hüküm, mevcut BK’nın 261. maddesini⁴⁹ karşılamaktadır. Maddenin ikinci fıkrasında ise güvence için, hem kiracıya hem de iflas idaresine, yazılı bildirim arandığı belirtilmiştir. Kiraya verenin, kiralananı kiracıya teslim etmiş olması gerekliliği, maddenin ilk fıkrasından anlaşılmaktadır.

Tasarının önceki halinde (m.306), (yaptırımları da düzenlendiğinde) olumlu bir hüküm olarak nitelendirilebilen, ancak mevcut kanunda bulunmayıp, yeni bir düzenleme olan “kiraya verenin, eski kira bedeli hakkında bilgi verme zorunluluğu” tasarının son halinde de bulunmamaktadır⁵⁰. Oysa ki, kiracı, bu yol sayesinde kiraladığı

49 Esas itibarıyla BK. m. 261, aciz halini düzenleyen Bk. m. 82’yi tamamlayan bir madde olup, kiraya veren henüz kiralananı teslim etmeden kiracı iflas ederse kiraya veren BK. m. 82 uyarınca bir teminat alıncaya kadar kiralananı teslimden kaçınabilecektir. Buna karşılık teslim gerçekleşmiş ve kiracı sonradan iflas etmişse BK. m. 261 uygulama alanı bulacaktır. Aynı esas Tasarıda da açıkça ifade edilmiştir. Bununla birlikte Tasarıda kiraya verenin sadece “işleyecek” kira bedelleri için güvence isteyebileceği belirtilmiştir. Madde gerekçesinde işlemler kira bedelleri genel hükümlere tabi olduğundan bunların kapsam dışı bırakıldığı ifade edilmektedir. (Galatasaray Üniversitesi, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul, 2005, s. 179).

50 Bü hüküm, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 256a maddesinin tercümesi idi.

taşınmazın özelliklerini ve kira parasını iyice anlayabilecek ve ona göre davranacaktı.

Maddenin birinci fıkrası uyarınca, bir önceki kira sözleşmesinin bitiminde kiralananın geri verilmesi esnasında taraflar aralarında bir tutanak düzenlemişlerse, yeni kiracının istemi üzerine kiraya veren bu tutanağın bir örneğini kiralananın teslimi anında kiracıya vermekle yükümlüdür, denilmekteydi. Bu imkân sayesinde kiracının, ara dönemde kiraya veren tarafından kiralanda (örneğin bir kira artışı gerçekleşmişse, bu artışı haklı gösterecek) bir tadilat yapıp yapılmadığını tespit etmesi mümkün olacak idi. Ayrıca bu tutanak yardımıyla kiracı, kiralanda sözleşmenin kurulması esnasında mevcut ayıpları, ihtiyaç duyulması durumunda, kolayca ispatlayabilecek idi. Ancak kiraya verenin bu fıkra ile düzenlenen yükümlülüğünün doğması için yeni kiracının talebine ihtiyaç vardı. Kiracı bu talebi sözlü olarak yapabilecekti ancak bu ispat bakımından sorunları da beraberinde getirmekteydi. İkinci fıkrada ise, kiracının, kiraya verenden önceki kira döneminde ödenen kira bedelinin kendisine bildirilmesini talep etme imkânı düzenlenmişti ve kiracının talebi üzerine kiraya veren bir önceki dönem kira bedelini kiracıya bildirmekle yükümlü olacaktı⁵¹.

Bu hükümde eleştirilmesi gereken noktalar bulunmaktadır. Nitekim, uygulamada iktisadi olarak zayıf konumda bulunan kiracı, bu "bilgi verme zorunluluğu"nu, henüz kira sözleşmesinin başında, kiraya verenden isteyememektedir. Dolayısıyla, kiracının ilgili durumu sözleşme kurulduktan sonra da isteyebilmesi, bizce daha çok amaca yönelik olacaktır⁵². *ARPACT*'ya göre, bu hüküm, ilk defa

51 Galatasaray Üniversitesi, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul, 2005, s. 161.

52 Konu hakkında, "kira sözleşmesi kurulduktan sonra, eski kira bedeli hakkında bilgi istenebilmesi gerektiğini" düşünen **ACAR**'a katılmıyoruz. Zira, bu ihtimalde kira sözleşmesi zaten belirli bir bedel üzerinden kurulmuş olacak ve kiracı, aslında önceden edinmesi gerekli olan bir bilgiyi kendi yararına kullanamamış olacaktır. Bir başka deyişle, kiracının, "eski kira bedeli"ni önceden bilerek hareket etmesi ile, bilmeden kira sözleşmesinin tarafı olması arasında büyük farklar mevcut olacaktır. Bilgi istenebilme durumunun kiracı tarafından sonradan talep edilmesi, "bildirim yükümlülüğü"nüün amacına aykırı olacaktır.

kira sözleşmesinde (gabin dışında) istenilen yükseklikte kira bedelini saptamakta anlamlı olabilirdi. Liberal ekonomik düzende, “gabin” veya “ahlaka aykırılık” dışında, bu durum söz konusu olabilmektedir. Söz konusu belge, kira süresi dolmadan bedelin tayin edildiği ve hemen sonrasında, kiracı tarafından hakime başvurulduğu durumlarda kanıt niteliği taşır ve kiralananın çok fahiş bir bedelle kiraya verildiği iddiası için bir gerekçe olabilirdi⁵³. Ayrıca doktrin, bu maddenin nasıl uygulanacağı, bu hükümlere aykırılık halinde yaptırımının ne olacağı, sözleşme ile bu hükmü bertaraf etmenin mümkün olup olmadığı gibi hususlarda belirsizlikleri dile getirmiş ve maddenin gerekçesinin de bu hususlara hiç bir açıklama getirmediği belirtilmiştir. Konu ile ilgili önemli bir sorun ikinci fıkrada kendisini göstermektedir. Buna göre, kiraya veren bir önceki kira sözleşmesinde yer alan kira bedelinden çok daha yüksek bir kira bedelini kiracıya teklif etmiş ise, kiracının ne yapacağı, elinde hangi hukuki imkanların olacağı, kira bedelinin indirilmesini talep edebilip edemeyeceği, talep edebilir ise, bunun için uyarılma davası mı açacağı yoksa haklı sebep ile sözleşmeyi fesh mi edeceği belli değildir. Mehaz kanun (m. 270) ise, ilgili konuyu düzenlemiştir⁵⁴. Ancak bu hükme benzer bir düzenleme, Tasarının “bilgi verme borcu”nu içeren halinde yer almamakta ve maddenin gerekçesinde, kira bedelinin kendisine bildirilmesi imkânı tanınmak suretiyle, kiracının, kira bedeli yönünden aydınlatılmasının sağlandığı söylenmekte ve bununla yetinilmekteydi. Bu hali ile kiraya verenin bilgi vermektan kaçınması ihtimalinde, kiracı akde aykırılığa dayanarak tazminat talep edebilecekti. Ancak, bilgi verme borcuna uygun davranan kiraya veren, yeni dönemde kira bedelini aşırı biçimde arttırsa da akde aykırı davranmış olmayacaktı. İsviçre Borçlar Kanunu’na benzer bir yaptırıma bağlanamayan ve içinden çıkılamamış bu hüküm, Tasarının son halinde yer almamaktadır.

53 İlgili görüş için bkz. **ARPACI**, Legal Hukuk Dergisi, İstanbul, 2005, s. 3678.

54 Mehaz kanuna göre; kiraya veren kira bedelini bir önceki dönem kira bedeline oranla önemli surette arttırır ise, kiracı, yeni kira bedelini İsviçre Borçlar Kanunu m.269 ve 269a çerçevesinde aşırı (abusif) olduğu iddiasıyla, kiralananı teslim almasından itibaren 30 gün içinde uzlaştırma makamına başvurarak, kira bedelinin indirilmesini talep edebilmektedir.

“Genel Hükümler” başlığı altında yer alan ve kiracının ödeyeceği “kira bedeli” ni etkileyecek olan (yürürlükteki Borçlar Kanunu’nun m. 258/I hükmünü karşılayan ve İsviçre Borçlar Kanunu’nda yer alan 256b hükmüne benzer bir düzenleme olup emredici olmadığı kanunda açıkça belirtilmiş olan) kiraya verenin “vergi ve benzeri yükümlülükler katlanma borcu” ile “yan giderlere katlanma borcu”⁵⁵, Tasarının 301 ve 302. maddelerinde düzenlenmiştir.

Tasarı’nın 306. maddesi ise “kira bedeli”nin indirilmesini hükme bağlamaktadır. Maddenin gerekçesinde, bu maddenin yürürlükteki BK. m. 249/II ve kısmen m. 250/I’i karşıladığı belirtilmiştir.

- 55 “Yan giderlere katlanma borcu” Tasarı’nın 302. maddesinde, genel olarak düzenlenmekte olup, yürürlükteki Borçlar Kanunu’nun m. 258/II hükmünü karşılamaktadır. Yürürlükteki düzenleme; “kiralananın alalade kullanılması için mukatazi tathir ve ıslah masrafi kiracıya ve tamir kiralayana aittir” hükmünü haizdir. Tasarıda ise; kiraya verenin aksi öngörülmedikçe, kiralananın kullanımıyla ilgili olmak üzere kendisi veya üçüncü kişi tarafından yapılması gereken yan giderlere katlanmakla yükümlü olduğu, hükme bağlanmıştır. Bu maddede yer alan yan giderler, Tasarı m.302’de verilen tanım uyarınca “kiralananın kullanımıyla ilgili olmak üzere kendisi (kiraya veren) veya üçüncü kişi tarafından yapılması gereken” giderlerdir. Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, bu giderlerin kiraya veren tarafından karşılanması gerekecektir. Benzer düzenleme İsviçre Borçlar Kanunu’nun 257a maddesinde de yer almaktadır. İsviçre doktrini, bu maddede ilişkin yapılan açıklamalarda, **kira bedelinin** sadece kiralananın kullanılmasının, onun sözleşmede amaçlanan kullanıma elverişli bir durumda bulunulmasının değil aynı zamanda kiraya verene düşen yan edimlerin (bu kapsamda gözetim ve koruma yükümlülükleri sayılmaktadır) karşılığını da teşkil ettiği ifade edilmektedir. Buna göre, sözleşme ile aksi kararlaştırılmadıkça yan giderlerin kira bedeline dâhil olduğu ve bu itibarla kiraya veren tarafından karşılanması gerektiği kabul edilecektir. Kiralananın olağan kullanımı için gerekli temizlik ve bakım giderlerini ödeme yükümlülüğü ise, zaten Tasarı m. 316 ile kiracıya yüklenmiştir. Konut ve çatılı işyeri kiralaları bakımından yan giderlere katlanma borcu, Tasarı’nın 340. maddesinde, kiracının borcu olarak, ayrıca düzenlenmiş olup, “kullanma giderleri” başlığı altında ele alınmıştır. (Galatasaray Üniversitesi, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul, 2005, s. 162). Tasarının 340. maddesinin anlaşılabilmesi için, ilgili maddenin 302. madde ile birlikte değerlendirilmesi gerekmektedir. Mevzuatın aksine, Tasarının 340. maddesi uyarınca; kiracı, kural olarak çeşitli yan giderlere katlanmak durumundadır. Ancak bu hüküm, kiracının aleyhine olup, maddenin aksi yönde düzenlenmesi gerekmektedir. Bu durumda, ilgili maddedeki giderlere kira veren katlanacak ve ancak sözleşmede aksi öngörülmüşse yükümlülük yer değiştirecektir. Dolayısıyla, kiracının talebi halinde; kiraya veren, faturaları, belgeleri kiracının bilgisine sunmalıdır.

Oysa BK. m. 249/II, kiralananın teslim anındaki ayıpları ile ilgili bir düzenlemedir. Tasarının 306. madde hükmü ise, kiralananın sonradan ayıplı hale gelmesi durumunda, kiracıya tanınan, ayıp nedeniyle kira bedelinin indirilmesini isteme imkânını düzenlemektedir. İsviçre Borçlar Kanunu m. 259b, bu maddenin kaleme alınmasında faydalı olmuştur. Buna göre, “kiralananın kullanımını etkileyen ayıpların” varlığı halinde, kiracı kira bedelinden ayıpla orantılı bir indirim yapılmasını talep edebilecektir. Bu ihtimalde kiracı, söz konusu ayıpların kiraya veren tarafından öğrenilmesi ile giderilmesi arasında geçen süre için indirim isteyebilecektir. İsviçre doktrininde, “kiralananın kullanımını etkileyen ayıplar” ile kastedilen orta önemdeki ayıplar olduğu ve kira bedelinde yapılacak indirim miktarının hesaplanmasında nisbî metodun uygulanacağı belirtilmektedir⁵⁶.

b) KONUT VE İŞYERİ KİRA SÖZLEŞMELERİ:

Kira bedelinin belirlenmesi, Tasarı'nın 342. maddesinde düzenlenmekte olup, 6570 sayılı Kanununun 9. maddesinin dilinin sadeleştirilmesi dışında değişikliğe sahip olmamaktadır. Tasarı'nın 343. maddesi ise, mevcut düzenlemede bulunmayan bir hüküm niteliğindedir. İlgili madde uyarınca taraflar bir önceki yılın toptan eşya fiyat artış oranını geçmemek koşuluyla, yeni dönem kira bedellerine ilişkin anlaşma yapabilirler. Söz konusu madde, ekonominin değişkenliği nedeniyle pek isabetli gözükmemektedir. Zira, Tasarıda yer alan bu kavram, bazı durumlarda kiracıyı bile mağdur duruma getirebilir. Ayrıca maddenin üçüncü fıkrasında da, beş yıldan uzun süreli veya beş yıldan sonra yenilenen kira sözleşmelerinde ve bundan sonraki her beş yılın sonunda, yeni kira yılında uygulanacak kira bedelinin, hakim tarafından toptan eşya fiyat artışı oranı, tarafların ve kiralananın durumu göz önüne alınarak hakkaniyete uygun biçimde belirleneceği öngörülmüştür. Bu hallerde toptan eşya fiyat artışı oranı üst sınır olarak kabul edilmeyecektir. Bu kıstasların Tasarı'ya koyulması yerine, Yargıtay'ın günün koşullarına göre, içtihatlar aracılığı

56 Galatasaray Üniversitesi, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul, 2005, s. 166.

ile, kira bedellerinin düzenlenmesinde belirleyici olması gerekmektedir. Maddenin son fıkarasında yabancı para olarak ödenen kira bedellerinin durumundan bahsedilmiş ve kira sözleşmesinde kira bedelinin yabancı para olarak ödenmesinin kararlaştırılması durumunda beş yıl geçmedikçe kira bedelinde değişiklik yapılamayacağı öngörülmüştür. Ancak, beş yıl olarak öngörülen bu sürenin fazla uzun olduğu aşıkardır. Zira ekonomik koşulların belirgin şekilde değişken olduğu ülkemizde yabancı paranın akıbetinin belirsizliği, kiracıyı ve kiraya vereni ne hale sokacağı muğlak olup, menfaatler dengesini sağlamaktan da uzaktır.

345. madde; mevcut Borçlar Kanunu'nda yer almayan ve Tasarı'da "Kiracı aleyhine düzenleme yasağı" başlığı altında düzenlenen bir madde olup, genel olarak, kiracıya kira bedeli dışında başka bir ödeme yükümlülüğü getirilemeyeceğini öngörmektedir. Maddenin ikinci cümlesi, kira bedelinin dışında ödeme yükümlülüğü getiren anlaşmalara örnekler vermiştir. Buna göre, Tasarı'da, kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde sözleşme cezası ödeneceğine ve sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmaların getirilemeyeceğine değinilmiştir. Bu madde, borca aykırı davranan kiracının aşırı korunmasını sağlamaktadır. Kiraya veren, kira sözleşmesi ile asıl amacına, kira bedeline, kavuşmak istemekte ancak ilgili madde ile bir getiri elde edememektedir. Kiracı, borcunu zamanında ifa etmeli ve borcuna aykırı davrandığında sonuçlarına da katlanabilmelidir. Yargıtay ise, ilgili düzenleme ile ilgili, bir aylık kiranın ödenmemesi halinde diğer aylar kirasının muacceliyet kazanacağı yolundaki sözleşme hükmünün geçerli olacağı görüşündedir. Aynı şekilde, kira bedelinin ödenmemesi durumunda sözleşme cezası ödeneceğine dair anlaşmaların kendiliğinden geçersiz kılması da doğru değildir. Sözleşme cezası miktarı çok fazla ise, kiracının hâkime başvurması durumunda hâkim, aşırı gördüğü ceza koşulunu indirmekle yükümlü olacaktır. Dolayısıyla bu düzenlemenin Tasarı'da yer almaması daha isabetli olacaktır. 345. maddenin gerekçesi ile lafzını karşılaştırmak ve tartışmak gerekmektedir. Maddenin gerekçesinden, kira bedelinin zamanında ödenmemesi durumunda, sözleşme cezası ödenmesi ve/veya sonraki kira bedellerinin muaccel

olması şeklindeki anlaşmaların geçersiz olduğu anlaşılmaktadır. Ancak madde lafzı; kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde sözleşme cezası ödeneceğini ve sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin anlaşmaların geçersizliğini kabul etmektedir. Madde, gerekçesi ile birlikte incelendiğinde, madde metninden, anlaşmanın her iki ihtimali de düzenlemesi durumunda geçersiz olduğu anlaşılmalıdır. Gerekçede ise, taraflar arasındaki iki ihtimalden birini bile öngören anlaşmanın geçersiz olacağı belirtilmiştir. Türkçe bakımından da yanlışlıklar içeren gerekçenin ifadeleri de, bu anlamda isabetli olamamıştır. Öyle ki; “ve/veya” ifadesi kullanılarak verilen anlam, aslında sadece “veya” kullanılarak da verilebilirdi. Dolayısıyla bu durumda, eğer anlaşma, sadece kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde sözleşme cezası ödeneceğine, ya da sonraki kira bedellerinin muaccel olacağına ilişkin ise, geçersiz olmaktadır. Hem kira bedelinin zamanında ödenmemesi halinde sözleşme cezası ödeneceğini hem de sonraki kira bedellerinin muaccel olacağını öngören anlaşma, geçersiz olacaktır. Dolayısıyla bu yasaklayıcı hükmün de Tasarı’dan kaldırılması yerinde olacaktır.

Tasarının 341. maddesi⁵⁷ “kiracının güvence vermesi” (depozito) başlığı altında önemli bir yenilik getirmiştir. İlgili hüküm uyarınca “depozito” kararlaştırmak zorunlu değildir, ancak sözleşme ile kararlaştırılmış depozitonun varlığı halinde, bunu en fazla üç aylık kira bedeli ile sınırlamak gerekmektedir. Getirilen bu sınırlama ile kiracı aleyhine getirilmiş 341. madde (zira, uygulamada kiraya verenin bu tür güvenceleri sudan sebeplerle iade etmediği görülmek-

57 341. maddenin gerekçesinde, bu maddenin 6570 s. K’un 16. maddesini kısmen karşıladığı dile getirilmiştir. Ancak, 6570 s. K’un 16. maddesinde, hava parası olarak veyahut her ne nam ve suretle olursa olsun kira bedelinden fazla para alanlar hakkında hapis veya para cezası hükmolunacağı öngörülmektedir. Doktrin ve Yargıtay tarafından da kabul edildiği üzere, güvence parasına ilişkin anlaşmalar (MK. m.2 çerçevesinde) geçerlidir. Bu sebeple, madde gerekçesinde 6570 s. K’un 16. maddesine atıf yapılması yersizdir. Ayrıca Tasarının 341. maddesinin gerekçesi kısmında, mehz kanununun 257. maddesinin göz önünde tutulduğu açıklanmıştır. Fakat, İsviçre Borçlar Kanunu’nun 257. maddesinde sadece “kira bedeli”nin tanımı yer almakta, kiracının güvence vermesine yönelik bir düzenleme bulunmamaktadır. Tasarı’nın kastettiği madde, aslında mehz kanununun 257e maddesidir. (bkz. Galatasaray Üniversitesi, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı’na İlişkin Değerlendirmeler, İstanbul, 2005, s. 185).

tedir), az da olsa kiracıyı da korumaya çalışmış ve yüksek miktarda haksız paranın kiraya verene geçmesini engellemiştir. İlgili hükmü eleştiren ACAR, buradaki üç aylık kira parasının iki veya bir aya indirgenmesinin daha isabetli olacağını, zira ülkemizde mefruşatsız kiranın daha yaygın olduğunu ve kuru bir konutun üç kira bedeli ile güvenceye alınmasının gereksiz olduğunu savunmaktadır⁵⁸.

341. maddenin ikinci fıkrasında, depozitonun bir bankaya tevdi edilmesi zorunluluğu getirilmiştir. Madde uyarınca güvence, ancak iki tarafın rızasıyla veya icra takibinin kesinleşmesiyle veya kesinleşmiş mahkeme kararıyla geri verilebilir. Kanun koyucu iki tarafın rızasını, bir başka deyişle “el birliği halinde tasarrufu”⁵⁹ aramıştır. Böylelikle, hem kiracının hem de kiraya verenin katılımı ile yatırılmış para üzerinde tasarruf edilebileceğini belirtmiştir. Bu durum kiracılar lehinedir. Zira, uygulamada kiraya verenlerin sudan sebepler ile geri ödemedikleri depozitoya el konulması, onu bir daha geri alamamaktan daha güvenceli bir yoldur. Kiraya veren kira bitiminden itibaren üç ay içinde kiracıya karşı kira sözleşmesi ile ilgili dava açtığını veya icra takibi/iflas yolu ile takibe giriştiğini bankaya bildirmemiş ise, kiracı bu parayı tek başına çekebilecektir. Dolayısıyla üç ayın bitiminde “birlikte hesap ilişkisi” artık “bireysel hesap ilişkisi” ne dönüşmüş olacaktır. Kiracının, kira süresi sona ermeden kiralanı terk etmesi durumunda, Tasarının bu hükmü büyük bir problemi de beraberinde getirmektedir. Nitekim ilgili hükümde, böyle bir durumda kiraya veren, kira süresinin bitimini bekleyip, bu tarihten itibaren 3 ay sonra mı dava veya takip yoluna başvurmalıdır, yoksa kiracının terk etmesinden itibaren dava veya takip yoluna başvurup depozitonun geri verilmesini önleyebilir mi, belli değildir.

Kira sözleşmesinde, kiracı, ayıbın giderilmesi için bedelden indirim, fesih veya tazminat talep edebilmektedir.

Tasarının 313. maddesi uyarınca, kira parasının ödenmesi “her ayın sonu veya en geç kira bitimi” zamanında olacaktır. Mevcut düzenlemeden ayrılmaktadır.

58 İlgili görüş için bkz. ACAR, Kira sözleşmesi, Legal kitapevi, İstanbul, 2005, s. 3686.

59 Alman Hukukunda; “und konto” (ve hesap) olarak nitelendirilmektedir.

Ayrıca, tasarrının emredici nitelikli 314. maddesi uyarınca, temerrüde ilişkin mehil için 10 günlük alt sınır getirilmiş ancak konut ve çatılı işyeri kiralarında ilgili sınır genişletilerek 30 güne çıkarılmıştır. Mevcut düzenlemede yer alan başka bir çelişki ise tasarıda isabetli bir biçimde açıklığa kavuşmuştur. İlgili hükme göre, kira parasının dışında, yan giderlerin ödenmemesi de temerrüt sebebi sayılmıştır. Bu tür giderler, bazı hallerde kira parasına yaklaşan değerlere varabilir, kiraya vereni ve kat mülkiyetli yerlerde apartman yönetimini zor durumda bırakabilmektedir. Uygulamada bir başka sıkıntı, temerrütte mehilin verilmesine ilişkin beyanın tasarı ile birlikte (BKT. m. 314) “yazılı olması” gerekliliği ile çözüme kavuşmuştur. Ancak bu durumun “sağlık şekli” olduğunu belirtmek gerekir.

Mevcut kanun, yeni dönem kira bedelinin tespitini taraflara bırakmakta, fakat tarafların anlaşamadığı hallerde farklı ekonomik kriterleri, dürüstlük kuralını dikkate alarak hakim tarafından tespitine yol açacak hüküm boşluğunu ortaya koymaktadır. Yine Borçlar Kanunu Tasarısının 343. maddesi uyarınca, taraflar yeni dönem kira bedelini belirlemede serbest bırakılmıştır. Anlaşamadıkları durumda ise pratiğe hakim olan Yargıtay uygulamaları hüküm haline getirilmiştir. Buna göre, yeni dönem kira bedelini (tarafların anlaşamadığı durumda) tayin edecek olan hakim, kendisini toptan eşya fiyatları ile sınırlayacaktır. Bir başka deyişle, Borçlar Kanunu Tasarısında yeni dönem kira bedeli için tayin edilen üst sınır TEFE olmuştur. Kira bedelinin üst sınırı aştığı durumlarda, kira bedeli normal had üzerinden geçerli kabul edilecek, aşan kısım için ise kısmi butlan yaptırımını söz konusu olacaktır. Hakim, yeni dönem kira bedelinin belirlenmesi için TEFE üst sınırına uyacak⁶⁰, MK. m. 2’den hareket ederek tarafların ve taşınmazın durumunu dikkate alacaktır. Bu şekilde belirlenmiş kira bedeli her yeni kira dönemi için, TEFE sınırına uymak koşulu ile hakim tarafından (uyuşmazlık çıkması durumunda) belirlenecektir. Ancak Borçlar Kanunu Tasarısı, TEFE uygulamasının üst sınırını 5 yıl olarak öngörmüştür. Şayet kira sözleşmesi beşinci dönemden sonra da devam eder ve kira parası konusunda anlaş-

60 TEFE üst sınırı tarafların anlaşamadığı durumlarda hakimin belirleyeceği bedel için geçerli olup, tarafların anlaşmadıkları durumlarda uygulama alanı bulmayacaktır.

ma sağlanamaz ise, tekrar mahkemeden tespit istenecektir. Mahkeme bu durumda, kendisini TEFE üst sınırı ile bağlı tutmayacak, ancak MK. m. 2 ve tarafların ve taşınmazın durumunu dikkate almadan da karar veremeyecektir⁶¹.

TEFE kriterinin kanuna alınmasının yerinde olmadığını belirtmek gerekmektedir. Zira, TEFE, oldukça değişken olup, ekonomik şartlara göre şekillenmektedir. Dolayısıyla, kira hukuku hususunda uygulamada yeknesaklık getirmeyi amaçlayan tasarının, bu kadar değişken bir kriter ile kendisi ile çelişkiye düştüğü görülmektedir. Dahası, ilgili hükmün Yargıtay'ın iş yükünü de azaltamayacağı açıktır.

Kira tespit davaları bakımından, mevcut düzende olduğu gibi, tasarı da "ihtar şartı"nı getirmemiştir. Fakat tespit edilen kira parasının uygulanacağı dönemin belirlenmesi bakımından ihtarın yapılması isteniyorsa, en geç kira süresinin bitiminden 30 gün önce, yapılmalıdır. Böylelikle 15 günlük kiracıya tanınmış sözleşmeyi fesih olanağına bir 15 gün daha ilave edilmiş, yani 15 gün düşünme fırsatı sunulmuştur. Burada, doktrinin yorum tarzının Borçlar Kanunu Tasarısına yansıdığı görülmektedir.

Borçlar Kanunu Tasarısının 361. maddesi ürün kirası ile ilgili olup, kiracının "kira bedelini ve yan giderleri ödeme borcu"ndan bahsetmektedir. İlgili maddenin ikinci fıkrası;

"Kiracı, kiralananın tesliminden sonra vadesi gelmiş kira bedelini veya yan giderleri ödemezse kiraya veren, kiracıya yazılı olarak en az altmış günlük bir önel verip, bu önel içinde ödememesi durumunda sözleşmeyi fashedeceğini bildirebilir"

61 Burada amaçlanan, bazen önemli ölçüde değer kazanan taşınmazların sahiplerini mağdur duruma sokmamaktır. Mesela, o bölge ve cadde üzerinde kiralarn aşırı artmasına rağmen TEFE sınırı ile 5 yıl süre ile az gelir elde etmek zorunda kalan kiraya veren, kiralananını 5 yılın sonunda rayiç miktarda kiraya verebilme olanağına sahip olabilir. Bu haliyle tespit edilen yeni kira bedeli rayici yansıtacaktır. Artık 5 yıl süreyle bu kira bedeline itibar edilecektir. Bir başka deyişle, ikinci 5 yıllık süre içinde her yeni kira dönemi için kira bedelinin tespiti bu kira miktarı esas alınarak belirlenecek, fakat TEFE üst sınırına yine riayet edilecektir. (Borçlar Kanunu Tasarısına göre kira bedeli, her beş yılda bir rayice uydurarak, ve fakat beşer yıllık dönemlerin içinde de TEFE üst sınırına uyarak tespit edilmelidir.)

hükümünü haizdir. Bu hüküm eski 288. maddeyi ve 260. maddeyi karşılamaktadır. Mevcut kanunda “teslimden sonra” ibaresi bulunmamaktadır. Oysa tasarı hükmü, “teslimden sonra” temerrüt halinde, kiraya verenin fesh edebileceğinden bahsetmektedir. Bu durumda kiracı “teslimden önce” temerrüt ederse, kiraya verenin fesih hakkının olmayacağı gibi bir durum belirmekte ve tereddüte neden olmaktadır. Söz konusu hükümde yer alan “teslim” ibaresini, öncesini ve sonrasını, önemli kılan şeyin varlığı tasarinin gerekçesinde ne yazık ki belirtilmemiştir. Borçlar Kanunu Tasarısına göre, bu durumda; kiraya veren (A), kiracı (B) ile kira sözleşmesi yapsa ancak teslim etmese, ve fakat kira işlemeye başlasa; kiracı (B)’nin kira parasını ödemeyip, temerrüt ettiği durumda kiraya veren (A), sözleşmeyi fesh edemeyecektir⁶².

Borçlar Kanunu Tasarısının 362. hükmü uyarınca, olağanüstü durumlarda kira bedelinden “*orantılı*” bir miktar indirim istenebilmektedir. İlgili hükümde yer alan “orantılı” terimi, mevcut Borçlar Kanunu’nda yer alan “mütenasip” kavramının dahi isabetsiz olduğunu düşünen doktrin tarafından eleştirilmektedir. Zira her “orantılı” olan şey “adil” olmayabilir. Dolayısıyla, burada “orantılı” yerine “uygun” terimi bizce de daha doğru sonuçlara yol açacaktır^{63, 64}.

c) ÜRÜN KİRASI

Ürün kirasında kiracının borçlarını düzenleyen 361. madde, Tasarı’nın ilk halinde “*kira bedelini ödeme borcu*” başlığı ile yer almış, fakat daha sonra “*kira bedelini ve yan giderleri ödeme borcu*” olarak değiştirilmiştir. Tasarı’nın ilk halinde yer alan “gerekliyse yan giderleri” kelimeleri, isabetli olarak Tasarı’dan çıkarılmıştır. İlgili hüküm, BK. m. 281/I ve II ve 288/I’in birleştirilmesi ile oluşmuştur.

362. madde ise, olağanüstü durumlarda kira bedelinden oran-

62 İlgili görüş için bkz. ARPACI, Legal Hukuk Dergisi, İstanbul, 2005, s. 3681.

63 ARPACI, Legal Hukuk Dergisi, İstanbul, 2005, s. 3681.

64 Doktrinde “mütenasip” yerine “münasip” teriminin kullanılması gerektiğini düşünen yazarlar da bulunmaktadır. Karş. Görş. İçin bkz. ARPACI, Legal Hukuk Dergisi, İstanbul, s. 3681.

tılı olarak indirim istenebileceğini hükme bağlamaktadır. Tasarı'nın bu hükmüne herhangi bir düzenleme yada doğrulama yapmamak gerekmektedir.

Tasarı'nın 363. maddesi uyarınca, kiracı, kiralananı özgülendiği amaca uygun ve iyi bir biçimde işletmekle, özellikle ürün vermeye elverişli bir durumda bulundurmakla yükümlüdür ve kiracı, kiraya verenin izni olmadıkça, kiralananın işletme usulünü, kira süresinin bitiminden sonra etkisi görülebilecek biçimde değiştiremez.

Tasarı'nın 364. maddesi uyarınca, kiracının kiralananın bakımını gereği gibi sağlaması gerekmektedir ve kiracı, yerel adete uygun olarak küçük onarımları yapmak, bozulan veya kullanımına yok olan düşük değerli araç ve gereçlerin yerine yenilerini koymak zorundadır. İlgili hüküm, mevcut düzenlemeden (BK. m. 279/II'de tarımsal taşınmazlara ilişkin ürün kirasında yerel adete göre kiracıya ait bakım borcunun konularına gösterilen örneklerden) farklı olarak Tasarı'da, "küçük onarımlar yapma borcu"ndan söz edilmiştir. Son hali ile amaca daha uygun olduğu aşıkardır.

VI) KİRA BEDELİNİN UYARLANMASI DAVASI

Taraflar kira sözleşmesi ile, sözleşme özgürlüğü çerçevesinde, sözleşmenin süresini ve kira bedelini tayin ederler. Bu bağlamda "ahde vefa"⁶⁵ (pacta sunt servanda) ilkesi doğrultusunda; kira sözleşmesinin süresinin uzunluğu önem arz etmez ve taraflar kural olarak kira tesbit davası açamazlar. Tarafların arasındaki uzun süre-

65 Sözleşme, yapıldığı andaki gibi aynen uygulanmalıdır. Sözleşme koşullarının borçlu için sonradan ağırlaşmış, hatta kararlaştırılmış edimler dengesinin sonradan çıkan olaylar nedeniyle değişmiş olduğu durumlarda, borçlu, sözleşmedeki edimini aynen ifa etmelidir. Ancak bu ilke, özel hukukun diğer ilkeleriyle sınırlandırılmıştır. Sözleşme yapılırken, tarafların edimleri arasındaki denge, şartlardaki olağanüstü değişiklikler nedeniyle bozulabilir. Bu durumda sözleşmeye bağlılık ile sözleşme adaleti ilkeleri çelişir. Bu zıtlık, **clausula rebus sic stantibus** (sözleşmenin değişen şartlara uydurulması) ilkesi ile giderilmeye çalışılmıştır. Tarafların iradelerini etkileyip sözleşmeyi yapmalarına neden olan şartlar daha sonradan önemli surette değişmişse artık taraflar o akitle bağlı tutulamazlar, değişen koşullar karşısında Medeni Kanun'un ikinci maddesi uyarınca sözleşmenin yeniden düzenlenmesi imkanı hasıl olur.

li kira sözleşmesi için işlem temelini oluşturan tarafların tasavvuru, gelecekteki olağanüstü (önceden öngörülemeyen) ve objektif (sosyal hayatı çok geniş boyutta engelleyen) olaylar nedeniyle çökerse, yeni hal ve şartlar nedeniyle kira bedelinin gerçek değerindeki değişim tarafların edimleri arasındaki dengeyi aşırı ölçüde ve açık biçimde bozar, edimlerin ifasını ciddi biçimde güçleştirirse, taraflar kira bedelinin kira sözleşmesinin sonuna kadar ileriye etkili olarak değişen şartlara uyarlanmasını (işlem temelini değişen şartlara göre yeniden yapılandırılmasını) hakimden talep edebilirler. *YAVUZ*'a göre, değişen durumların, sözleşmede kendiliğinden bulunan sözleşme adaletini bozması halinde taraflar bu haller için tedbir almadıklarından, sözleşmede bir boşluk vardır ve bu boşluk sözleşmenin anlamına ve taraf iradelerine önem verilerek yorum yolu ile ve dürüstlük kuralına uygun olarak doldurulur ve bu yöntem, sözleşmenin yorum yoluyla düzeltilmesi veya değişen hal ve şartlara uyarlanması olarak adlandırılmaktadır.

Bu dava, uygulamada "kira bedelinin uyarlanması davası" olarak nitelendirilmektedir. Bu dava pratikte, aşırı enflasyon olduğu durumlarda kiraya veren lehine, kira bedelinin yabancı para ile belirlendiği durumlarda yüksek oranlı devalüasyonlara bağlı olarak kiracı lehine kendisini gösterir.

Kira sözleşmesinin uyarlanması davasının sadece kira bedeli ile sınırlı olup olmadığı konusu tartışmalıdır. Bu konuda Yargıtay; sadece kira sözleşmesinde öngörülen kira bedelinin uyarlamaya konularına konu olabileceğinin belirtirken, *GÜMÜŞ*'e göre, belli şartların varlığı halinde hakimin talep üzerine kira sözleşmesinin diğer şartlarında da uyarlamaya başvurabilmesi gerekmektedir. Örneğin kira sözleşmesinde öngörülen kira bedelinin yıllık artış oranı da uyarlanabilir⁶⁶.

Yargıtay, gerek Borçlar Kanunu'na tabi taşınır ve taşınmaz kiralalarında gerekse de GKHK'ya tabi taşınmaz kiralalarında uygulanabilecek olan kira bedelinin uyarlanması davası için çeşitli şartların varlığını aramıştır. Buna göre;

66 İlgili görüş için bkz. *GÜMÜŞ*, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul, 2008, s. 335.

- Kira bedelinin uyarlanması davası açabilmek için öncelikle kira sözleşmesinin temelini çökmüş olması gerekmektedir. Bunun için;
 - i) Kira sözleşmesi kurulduktan sonra geleceğe ilişkin bir olay meydana gelmelidir. Geçmişe ilişkin (işlemin yapıldığı anda gerçekleşmiş bulunan) olaylar sosyal felaket niteliği taşıyan taşınmazın, sadece şartları varsa BK. m. 24/1/b.4' de öngörülen şartlar altında temel hatası nedeniyle kira sözleşmesinin iptaline olanak tanır. Geleceğe ilişkin sosyal boyut taşımayan ve önceden öngörülemez nitelikteki olaylar ile geleceğe ilişkin önceden görülmüş kesin gözle bakılabilir, tahmin edilebilir veya beklenilebilir olaylar, sadece kira sözleşmesinin temel hatası nedeniyle iptaline olanak tanır. Tacir olan sözleşme tarafı için öngörülebilirliğin ölçüsü daha ağırdır⁶⁷.
 - ii) Meydana gelen olay, objektif, bir başka deyişle, sosyal hayatı çok geniş boyutta etkileyen, örneğin savaş, ekonomik kriz, aşırı enflasyon ve deprem gibi bir olay olmalıdır.
 - iii) Kira sözleşmesi kurulduktan sonra meydana gelen olay, olağanüstü, önceden öngörülemez (objektif) nitelikte olmalıdır. Zira ancak bu tür öngörülemez olaylar işlem temelini sarsmaktadır. Periyodik olarak ekonomik kriz yaşanan bir ülkede, bu krizler öngörülemez nitelikte değildir. Buna karşılık *GÜMÜŞ*, döviz fiyatlarında uzun süredir artış olmamasını, bir öngörülemez hal olarak değerlendirmez ve bu durumda uyarılma davasının açılmasına olanak tanınmayacağı doğru bulmaz. Değişen hal ve şartlar taraflar bakımından önceden tahmin edilemez ve beklenemez nitelikte oldukları kadar, bunların sözleşmeye olan etkileri, kapsam ve biçim bakımından da öngörülemezdir. 6570 sayılı Kanun'un 11. maddesi gereğince bir yıl için yenilenen kira sözleşmesinde

67 *GÜMÜŞ*, Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul, 2008, s. 336.

işlem temelinin çökmesi nedeniyle kira bedelinin uyarlanması istenemez. 6570 sayılı Kanun'un kiracıyı koruma amacıyla tahliye nedenlerini sınırlamış olması dik-kate alınır, kiraya verenin kira parasının uyarlanması isteyebilmesi karşısında, beklenmeyen önemli olaylara dayanarak, BK. m.264 dışında, sözleşmenin feshini istemeye yetkisi yoktur.

iv) Meydana gelen söz konusu objektif ve olağanüstü olay, kiracı ve kiraya verenin edimleri arasındaki dengeyi aşırı ve açık olarak bozmuş olmalıdır. Aksi durumlar, uyarlama davasının açılmasına olanak tanımazlar. Ancak sözleşmede veya kanunda, değişen hal ve şartlara dair bir kayıt veya hüküm bulunuyorsa, veya uyarlama isteyen davacının, değişen hal ve şartların ortaya çıkmasında kendi kusuru varsa bu durumlar uyarlamaya engel teşkil eder.

- Sadece uzun süreli kira sözleşmelerinde uyarlama davası açılabilir. Bir başka deyişle, uyarlama daha çok uzun ve sürekli borç ilişkilerinde söz konusu olur. Her talepte sözleşmeyi, değişen hal ve şartlara uydurmak mümkün değildir. Aksi durumlar, "irade özgürlüğü", "sözleşme serbestisi", "sözleşmeye bağlılık" ilkelerine aykırılık oluşturmaktadır. Süresiz kira sözleşmelerinde tarafların sahip oldukları fesih bildirimini olanağı, uyarlama davasına yer bırakmaz. GKHK. m. 11 uyarınca bir yıllığına veya BK. m. 263 uyarınca süresiz olarak yenilenen kira sözleşmelerinde uyarlama davası açılmaz. Ayrıca Yargıtay; süreli kira sözleşmelerinde kalan kira süresi bir yıldan az ise uyarlama davası açılmayacağı görüşündedir.
- Yargıtay'ın uyarlama davası için aradığı diğer bir kıstas, bu davanın sadece "kira bedeli" bakımından mümkün olmasıdır. "Hakimin, kira sözleşmesinin uyarlanmasına karar verirken, ödenmekte olan kiranın günün şartlarına göre uyarlanmasına karar verip, bunun dışında sözleşmede taraflarca belirlenen ödeme, artış vs. gibi diğer şartlara dokunma-

ması ve kira bedeli dışındaki şartların aynen devam etmesi esastır". Ayrıca hakim, her şeyden önce sözleşmeye bağlılık prensibini göz önünde bulundurmalı ve uyarlamayı daima yardımcı bir çözüm olarak değerlendirmelidir. Hakim, somut sözleşmenin özelliği, koşulları, süresi, beklenilmeyen ekonomik değişiklikler, kiralananın nitelikleri, sözleşmenin anlamına aykırı olmayacak şekilde her iki tarafın menfaatleri gibi tüm objektif ve subjektif hal ve şartlar tartışılıp kıymetlendirilmeli ve uyarlama olabileceği kanaatine varan hakim, sözleşmedeki intibak boşluğunu hak ve nesafet, doğruluk, dürüstlük kuralları (MK. m. 4 ve 2) ışığında kanun boşluğunda olduğu gibi MK. m.1'deki yetkiye dayanarak yine bizzat kendisinin yaratıp takdir ettiği bir kuralla doldurulmaya çalışılmalıdır⁶⁸.

- Kira sözleşmesinin süresi bitmeden açılacak olan uyarlama davasında hakimin vereceği karar ileriye yönelik olup, hakim tarafından uyarlanmış kira bedeline, sadece uyarlamanın talep edildiği tarihten kira sözleşmesinin süresinin bitimine kadar olan dönem için hükmedilebilir. Uyarlamanın talep edildiği tarihten önceki dönem için tarafların kararlaştırdığı kira bedeli geçerlidir. Sözleşmenin başlangıç tarihi esas alınarak, dava tarihinden geriye doğru kira parasında uyarlama yapılamaz.
- Sadece ifa edilmemiş kira bedelleri için istenebilecek olan uyarlama, aşırı oransızlığa rağmen kira bedelinin kiracı tarafından ödenmesi ve fakat "ihtirazi kayıt" koymaması durumunda, ödenmiş kira bedelleri bakımından talep edilemez.
- Uyarlama, dürüstlük kuralı ve hakkaniyet esaslarına göre, hakim tarafından belirlenir. Kira tespit davalarında uygulanan kira bedellerinin tespiti yöntemi, uyarlama davalarında kira bedelinin belirlenmesi bakımından uygulama alanı bulmaz. Uyarlama yoluyla kiranın tespitinde, hiç bir zaman

boş olarak yeniden kiraya verilmesinde kiralananın getireceği kira bedeline ulaşamaz. Hakimin sözleşmeye müdahalesi, sözleşmenin bitmesinden öncesi için söz konusudur

- Uyarılama davası, kira tespit davası niteliği taşımaz. Dolayısıyla görevli mahkeme, HUMK. M. 8 dışında, kira süresi için kabul edilen toplam kira bedeli üzerinden sulh veya asliye mahkemesi olarak belirlenir.

VII) SONUÇ

Bütün bu belirttiklerimiz doğrultusunda, kira bedelinin belirlenmesi miktarının yıllara göre, sosyal ve ekonomik şartlar da göz önünde tutularak, farklılık arz ettiği, Yargıtay'ın uygulamasının da bu değişkenliğe bağlı olarak dalgalandığı ve bazı zamanlarda, uygulamada yanlış çözümlere başvurulduğu görülmektedir. Fikrimizce, Yargıtay'ın belirli zamanlarda uygulamada tuttuğu bazı kriterlerin, Kanunda yer alması da pek isabetli gözükmemektedir. Zira, farklı tarihlerde farklı ihtiyaçlar baş gösterip, sosyal ekonomik şartlar zamana göre değişmiş olabilir. Dolayısıyla, kira bedelinin tespitini belirli kanun hükümlerine bağlamak, yukarıda belirttiğimiz nedenlerden ötürü pek sağlıklı sonuçlar vermemektedir. Burada Yargıtay'ın; zamana, kiraya veren ile kiracının sosyal ekonomik durumlarına ve kiralananın bulunduğu mevkii, kiralananın durumu ve benzeri kıstaslara bağlı olarak vereceği kararlar esas alınmalı ve kira bedelinin tespiti ile ilgili uyumsuzluk (kanunların ve hukukun genel hükümlerinin çerçevesi alında) her somut olaya göre, Yargıtay'ın vereceği kararlarla ayrı ayrı çözüme kavuşturulmalıdır.

KAYNAKÇA

ACAR: Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Kira Sözleşmesi ve Ke-falet, İstanbul, 2005.

ARAL: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara 2003.

ARPACI: Özel Borç İlişkileri, Ders Notları, İstanbul, 2009.

ARPACI: Kira Hukuku ve Uygulaması, İstanbul 2002.

ARPACI: Kat Mülkiyeti Kanunu ve Açıklaması, İstanbul 2002.

ARPACI: Konut ve İşyeri Kiralarının Aynı Hükümlere Tabi kılınması Doğru Mudur, İstanbul, 2008.

ARPACI: Borçlar Kanunu Tasarısı'nda Kira Sözleşmesi ve Kefalet, İstanbul, 2005.

ARPACI /HATEMİ/SEROZAN: Borçlar Hukuku, Özel Bölüm, İstanbul, 1992.

ARPACI/HATEMİ/SEROZAN: Eşya Hukuku, İstanbul, 1991.

ARPACI: Gerekçeli ve En Son Değişiklikleri ile Yeni Türk Medeni Kanunu, İstanbul, 2008.

AYBAY: İngiliz Hukukunda Taşınmaz Kirası ve Kiracıların Korunması Sorunu, İstanbul 1975.

BARLAS: Para Borçlarının İfasında Borçlunun Temerrüdü ve Bu Temerrüt Açısından Düzenlenen Genel Sonuçlar, İstanbul, 1992.

BAŞÖZ/ÇAKMAKÇI: Yeni Türk Medeni Kanunu, İstanbul 2002.

BURCUOĞLU: Kira Tesbit Davaları Uygulamasında Belli Başlı Kilometre Taşları, İstanbul, 2001.

BURCUOĞLU: Yargıtay Kararları Işığında 6570 Sayılı Yasaya Göre Kiracının Tahliye Edilmesi, İstanbul 1993.

ÇETİNGİL ve KENDER'e 50. BİRLİKTE ÇALIŞMA YILI ARMAĞANI: İstanbul, 2007.

DEVELLİOĞLU: Osmanlıca/Türkçe Ansiklopedik Lûgat, Ankara, 2003.

DOĞRUSÖZ/ER: Uygulamada Kira Tesbiti Davaları ve Sular Hukuku, Ankara, 1987.

DOĞRUSÖZ/YAVUZ: Kira Tesbit Davaları, Ankara, 1992.

DURAL/SARI: Türk Özel Hukuku, Temel Kavramlar ve Medeni Kanununun Başlangıç Hükümleri, C: I, İstanbul 2006.

DURAL/KURT: Açıklamalı Türk Medeni Kanunu ve Borçlar Kanunu, İstanbul 2008.

ER: Tahliye Davaları, Ankara, 1994.

EREN: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 2008.

ERDOĞAN: Tahliye Davaları, Ankara, 2002.

ERDOĞAN: Tahliye, Kira Tespiti ve Kira Alacağı Davaları, Ankara, 1985.

FEYZİOĞLU: Borçlar Hukuku, Akdin Muhtelif Nevileri, C:I, İstanbul, 1978.

GÜMÜŞ: Borçlar Hukuku, Özel Hükümler, İstanbul, 2008.

KARAHASAN: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, İstanbul, 2002.

KILIÇOĞLU: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na Eleştiriler, Rapor, Ankara, 2008.

KILIÇOĞLU: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, Ankara, 2004.

KUNTALP/BARLAS: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Düzenlemeler, İstanbul, 2005.

MUKAYESELİ İÇTİHATLAR: Haklarımız ve Borçlarımız, İstanbul, 1955.

NERAD: Yabancı Para ile İfa, İstanbul, 1972.

OĞUZMAN: Borçlar Hukuku, İstanbul, 1995.

OĞUZMAN/BARLAS: Medeni Hukuk, Giriş, Kaynaklar, Temel Kavramlar, İstanbul, 2006.

OLGAÇ: Kira Parasını Tespit ve Tahliye Davaları, İstanbul, 1968.

ÖZKAN: Boşaltma Davaları ve Tatbikatı, İstanbul, 1979.

T.C. ADALET BAKANLIĞI: Türk Borçlar Kanunu Tasarısı, Ankara, 2008.

TANDOĞAN: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Cilt: I/2, İstanbul, 2008.

TEKİNAY: Borçlar Hukuku, Genel Hükümler, İstanbul, 1993.

TUNABOYLU: Açıklamalı-İçtihatlı Kira Hukuku, C:II, Ankara, 2005.

TUNABOYLU: Kira Kanununa Göre Tahliye Davaları, Ankara, 2007.

TUNÇOMAĞ: Türk Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, C:II, İstanbul, 1977.

TÜRK BORÇLAR KANUNU TASARISI'NA İLİŞKİN DEĞERLENDİRMELER: GS Üniversitesi, İstanbul, 2005.

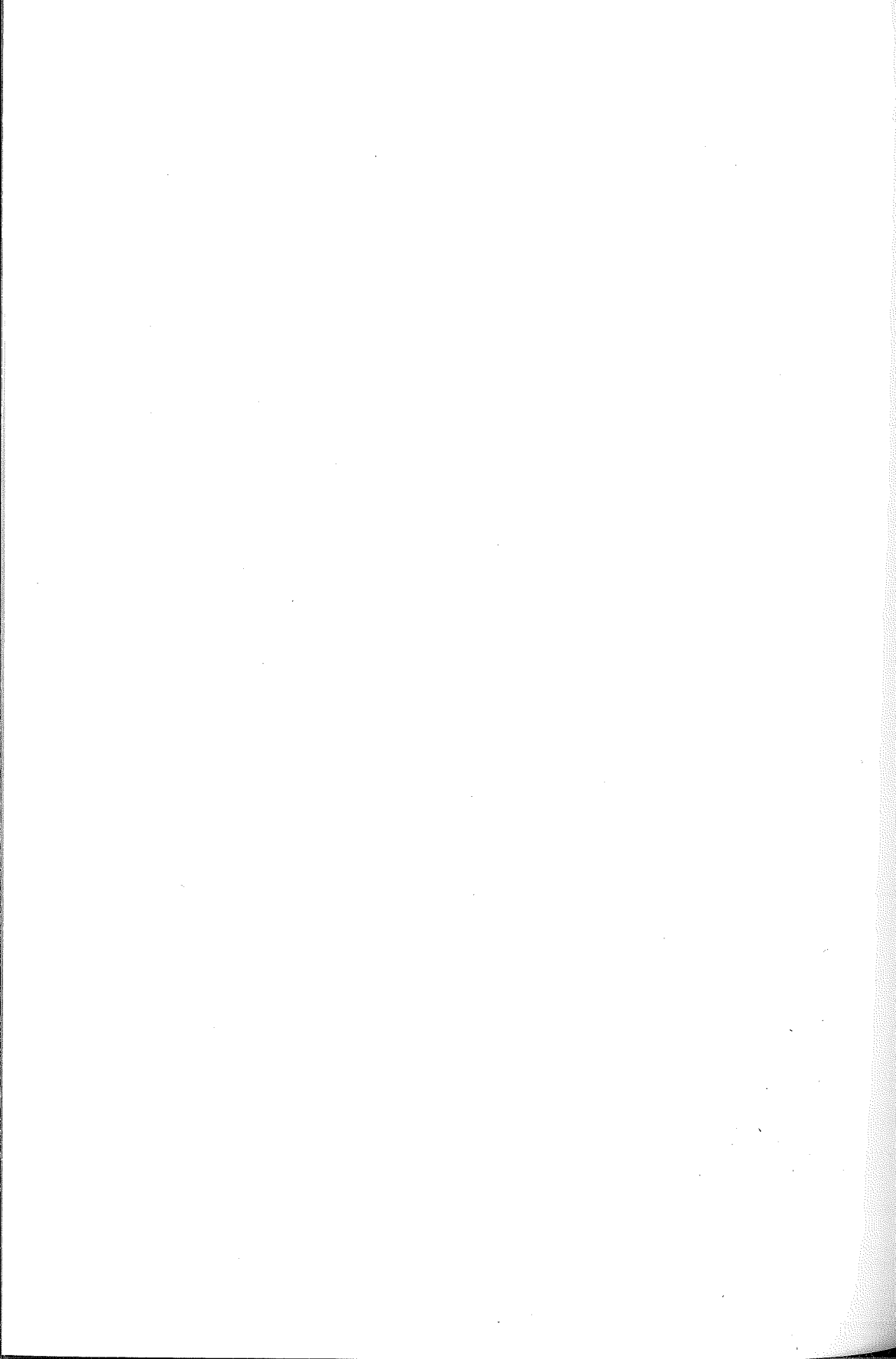
TÜRK HUKUK KURUMU, TÜRK HUKUK LÛGATI: Ankara, 1991.

YAVUZ, NİHAT: Türk Kira Hukuku, Ankara, 2003.

YAVUZ, CEVDET: Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, İstanbul, 2007.

YILMAZ: Hukuk Sözlüğü, Ankara, 2004.

ZEVKLİLER: Borçlar Hukuku, Özel Borç İlişkileri, Ankara, 2007.



TÜRK TİCARET KANUNUNDA VE TÜRK TİCARET KANUNU TASARISINDA HAYAT SİGORTALARINDA PRİM ÖDEME BORCUNUN İNGİLİZ HUKUKU İLE KARŞILAŞTIRMALI OLARAK DEĞERLENDİRİLMESİ

Araş. Gör. Aksoy YAVAŞ*

1. GİRİŞ

1.1. SİGORTA KAVRAMI

Sigortanın niteliğinin belirlenmesi, hem hayat sigorta sözleşmesinin yorumu hem de sigorta kitabında hüküm bulunmayan halde, Türk Ticaret Kanunu'nun 1264/1. maddesi gereğince Borçlar Kanunu'nun hangi hükümlerine tabi olacağını tespiti açısından önemlidir¹. Bu bakımdan konuyu kısaca ele almak zaruri olmuştur.

17-18 yüzyıla gelinceye kadar sigorta sözleşmeleri ile kumar ve bahis arasında herhangi bir ayırım yapılmamış, hatta sigorta sözleşmesi kumar ve bahis sözleşmelerinden sayılıp yasaklanmak istenmiştir². Sigorta sözleşmesi, kumar ve bahis gibi şansa bağlı sözleşmelerden değildir. Kumar ve bahiste taraflar kararlaştırmış oldukları parayı kaybetmeyi baştan göze almışlarken, sigorta sözleşmesinde ise hak sahibinin tesadüfe bağlı bir olaydan zenginleşmesi söz ko-

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

1 Özer, D. s.20

2 Clark, G. Betting on Lives: The Culture of Life Insurance in England, 1695-1775, 1999 Manchester; Özer, D. s.20

nusu değildir.³

Sigortada prim ve rizikonun hesaplanması teknik esaslara dayanmaktadır⁴. Özellikle "büyük adetler yasası" bu hususta önemli yer teşkil etmektedir. Kumar ve bahiste bir kimse, tamamen şansına bağlı olarak, birçok şahıs tarafından aynı kazancı elde etme arzu ve ümidiyle verilmiş olan paraların toplamını almakta ve o kimse- nin malvarlığında bir artma olmaktadır⁵. Piyangoda da durum aynıdır. Hâlbuki sigortanın gayesi sigortalı şahısların mameleklerinde muhtemel azalmaların karşılanmasıdır. Şu halde bir artış söz konusu değildir. Ayrıca her türlü sigorta bir ihtiyacın karşılanması amacıyla hizmet eder⁶.

Sigortacılık ile Bankacılık da mahiyeti itibariyle farklı ekonomik faaliyetlerdir. Sigorta, büyük adetler kanunu ve bunun sağladığı rizikodan etkilenen ve etkilenmeyenler arasındaki dayanışmaya dayanırken, bankacılıkta böyle bir durum söz konusu olmayıp, faiz nispetleri yapılan hizmetin karşılığı vardır; buradaki risk dayanışma sağlamaya değil ferdi kayıpların sonuçlarını telafi etmeye yarar⁷.

1.2. HAYAT SİGORTASI⁸ KAVRAMI ve HUKUKİ NİTELİĞİ

İnsan ile onun sosyal ve ekonomik sahası, sürekli şekilde tehlikelerle karşı karşıyadır. Günümüzde ulaşılan medeniyet seviyesine

3 Özer, D. s.21

4 Hukuki olarak incelenmesi için ise, Kender, R. s.1-5,HSH; Özer, D. s.20-21; Teknik hesapların incelenmesi için bkz. Akmut, B. s.21 vd. Gerber, H Life Insurance Mathematics, 3rd.Edition,1997, Switzerland. s.23 vd.

5 Kender, R. s.3,HSH

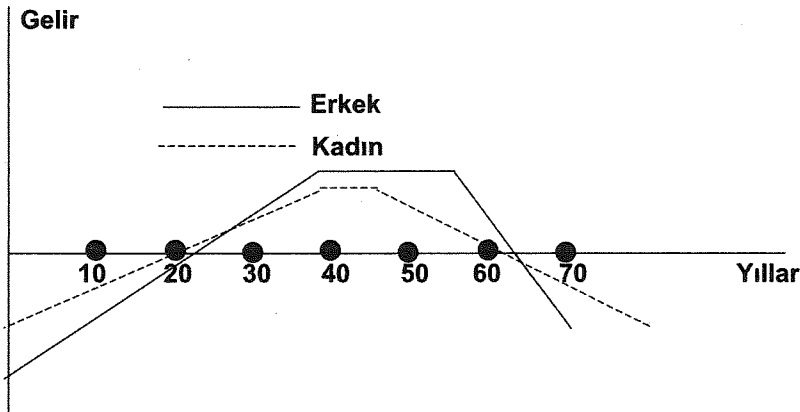
6 Kender, R. s.4-5,HSH

7 Kender, R. s.3-4,HSH

8 Hayat sigortası ile Kredi hayat sigortası arasında terminoloji sorunu yaşanılmaması için bkz. Yongalık, A. s.10,Hukuki Açından Kredi Hayat Sigortası,1. Bası,1998 Ankara. Kredi hayat sigortasını:"kredi alanın ölümü üzerine, bakiye kredi borcunun ödenmesine güvence sunan özel bir hayat sigortası" olarak tanımlamıştır.

rağmen modern yaşamda hâlâ birçok tehlike mevcuttur; kişiler kendilerini bu tehlikelere karşı korumak ister, bu koruma ya tehlikelerin doğumunu engellemek veya bunların meydana getirdiği zararları taşınabilir hale getirmekle mümkün olabilir⁹. Diğer bir ifade ile belirsizliğin egemen olduğu bir evrende yaşıyoruz. Öyle bir evren ki, insanın geleceğin en küçük bir bölümünü, bir saniye sonrasını kestirmesi olanaksızdır. Bu konuda Benjamin Franklin “Ölüm ve vergiler dışında hiç bir şey belli değildir” diyor.¹⁰

Bu belirsizlik durumuna karşı belirgin olan hususlar vardır ki bunlar da hayat sigortasını doğuran sebepler arasında ele alınır. Öncelikle insan hayatının ölümlü olması ve insan hayatının yıllara göre kazanç potansiyelinin değişmesi gerçeği gibi. Sigorta dilinde insanın yaşına göre kazanç potansiyeli bir eğriyle göstermek mümkündür ve bu eğriye “hayat yokuşu(Hill of Life)” denmektedir ve aşağıdaki grafik açıkça belirtmektedir ki, yaşanılan süre ile çalışılabilen, gelir sağlanabilen süre aynı değildir.¹¹ Aşağıdaki grafikte¹² bu hususu ayrıntılı şekilde inceleyebilmekteyiz.



9 Çeker M. s.1 Yargıtay Kararları Işığında Sigorta Hukuku, 2.Bası,2004,Adana; Özer, D.s.1 Mukayeseli Hukukta ve Uygulamada Hayat Sigortası,2005,Ankara; Ünan, S.s.1 Hayat Sigortası Sözleşmesi, 1.Bası, 1998, İstanbul.;

10 Akmut, Ö. s.1, Hayat Sigortası Teori ve Türkiye’deki Uygulamaları, 1980, Ankara

11 Akmut, Ö. s.10

12 Akmut, Ö. s.10

Bu gerçekler ele alındığında hayat sigortaları gelir sağlayan kişilerce hem kendilerinin ve ailelerinin yaşantılarını güvence altına almak, hem de çocuklarının yetişmelerini ve ekonomik bağımsızlığa kavuşmalarını sağlamak niyetiyle yapılmaktadır¹³. Çünkü kişiler tehlikeleri en az yıkıcı hale getirmek istemişler ve bunun için aynı tehlikelere maruz kalanlar arasında tehlikenin paylaşılması halinde tehlikenin çekilebilir hale geleceğini öngörmüşlerdir¹⁴. Kender bu hususu “rizikonun dağıtılması” olarak ele almıştır¹⁵.

Netice olarak denebilir ki, hayat sigortaları; hayatı üzerine sigorta yaptırılan kişinin yaşlanmasına karşı tedbirli olmak ve/veya bu kişinin ölümü üzerine geride kalanların ekonomik açıdan elverişsiz bir duruma düşmelerini önlemektir.¹⁶

Yabancı hukukta ve Türk doktrininde hayat sigortası sözleşmesi tanımlanmaya çalışılmış ya da sadece unsurları ele alınarak belirtilmiştir. Hayat sigortası, rızai ve tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmelerdendir¹⁷. Tam iki tarafa borç yükleyen sözleşmede, her iki taraf karşılıklı olarak birbirlerine bir edim vaat ederek, bir şeyi yapma-yapmama ya da bir şeyden kaçınma, suretiyle borç yüklenir ve taraflardan birinin edimi diğer tarafın ediminin sebep ve karşılığını oluşturur¹⁸. Diğer bir ifade ile taraflardan her biri diğer tarafın hem alacaklısı hem borçlusudur. Sigorta sözleşmesinde de, sigorta ettiren ödediği belli prim karşılığında sigortacı, sigorta sözleşmesi boyunca rizikoyu taşıma ve riziko gerçekleştiğinde de sigorta bedelini ödeme borcu altına girer¹⁹.

Belirtildiği üzere hayat sigorta sözleşmeleri şarta bağlı değil-

13 Akmut, Ö. s.11; Özer, D. s.4; Ünan, S. s.1; Ulaş, I. s.4, Uygulamalı Can Sigorta Hukuku, 2.Bası, 2002, Ankara; Çeker, M. s.147

14 Akmut, Ö. s.7; Özer, D. s.1

15 Kender, R. s.2, Türkiye’de Hususi Sigorta Hukuku, 9. Bası,2008,İstanbul.

16 Ünan, S. s.1

17 Çeker, M. s.31; Kender, R. s.145; Özer, D. s.22; Ulaş, I. s.15

18 Oğuzman, K./Öz, T. Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4.Bası, 2005,İstanbul. s.41-42,264-265; Öztan, B. s.22 Medeni Hukuk’un Temel Kavramları, 10.Bası,2002, Ankara.

19 Kender, R. s.146, HSH; Özer, D. s.22

dir. Şarta bağlı değerlendirilecek olsaydı, ölme ve yaşama ihtimalinin de bozucu veya geciktirici şart olarak kabul edilmesi gerekirdi. Hayat sigortası riziko erteleyici şart olarak kabul edilecek olursa, riziko gerçekleşinceye kadar taraflar için sözleşmeden doğan bir yükümlülük söz konusu olmayacakken, hayat sigortası sözleşmesinde sigorta ettiren prim ödeyerek, sigortacı da riski üzerinde taşıyarak kendilerine düşen yükümlülükleri yerine getirirler, ayrıca erteleyici şartta, şart gerçekleştikten sonra sözleşme hüküm doğurmaya başlarken, sigorta sözleşmesinde risk gerçekleşince artık sözleşme ortadan kalkar²⁰. Buna karşın hayat sigortası açısından ölme veya yaşama ihtimali bozucu bir şart olarak kabul edilirse, risk gerçekleştiğinde tarafların sözleşmeden doğan hiç bir borç ve yükümlülüğü kalmayacak iken, sigorta sözleşmesinde riskin gerçekleşmesi ile sigortacının en önemli borcu olan sigorta bedeli²¹ ödeme borcu doğacaktır²².

1.3 HAYAT SİGORTALARININ SİGORTA SÖZLEŞMELERİ TASNİFİNDEKİ YERİ

Türk Ticaret Kanunu'nda sigorta sözleşmeleri; mal sigortası, can sigortası ve denizcilik rizikolarına karşı sigortalar olmak üzere üçe ayrılmıştır. Ancak bu tasnif yetersiz ve doğru değildir.²³

Doktrinde yapılan tazminat sigortası-can sigortası tasnifi de ihtiyaca cevap vermemektedir. TTK. m.1337'ye göre aksine şart olmadıkça sigortacı poliçede yazılı sigorta bedelini başka sigortalının sarf ettiği tedavi masraflarını da ödemekle mükelleftir. Şu halde can sigortaları içinde zarar sigortası yapmak mümkündür²⁴.

Modern sigorta hukukunda sigorta sözleşmelerinin iki ayrı

20 Özer, D. s.23

21 Özer'in orijinal metninde tazminat olarak belirtilmiştir ancak hayat sigortalarında sigorta bedeli ifadesini daha isabetli bulmaktayız.

22 Özer, D. s.23

23 Kender, R. s.169, HSH; Ünan, S. s.13, HSS

24 Kender, R. s.170-171, HSH

kıstasa göre, “İhtiyacın karşılanması” ve “rizikonun konusu”, taksimi uygun görülmektedir²⁵.

1.3.1 İhtiyacın Karşılanması Kıstasına Göre Yapılan Tasnifte Hayat Sigortasının Yeri

Bu sınıflandırma sigorta ile karşılanacak olan ihtiyacın mahiyetine göredir ve iki gruba ayrılmaktadır. Birincisinde, bireylerin maruz kaldıkları rizikoların gerçekleşmesi ile uğrayacakları zararlar somut olarak karşılanır; meydana gelen zararlar ödenir (Zarar Sigortası). İkincisinde ise, sigortacı sigorta ettiren veya onun tayin edeceği bir şahsın hayatında gerçekleşen bazı rizikolar sebebiyle miktarı sigorta sözleşmesinde tespit edilen bir meblağı sigorta ettiren şahsa veya onun gösterdiği bir üçüncü şahsa (lehdar) öder (Meblağ Sigortası). Sadece hayat sigortalarında olabilir²⁶.

Özetle denebilir ki, sigorta sözleşmeleri bu ayrıma göre, riziko sebebiyle meydana gelen zararın somut olarak karşılandığı sözleşmeler ve bir zararla bağlantı olmaksızın sigortacının sözleşmede kararlaştırılan toplu bir parayı hak sahibine ödediği sözleşmeler olarak nitelendirilmiştir²⁷.

Her iki sigortada da, sigortacı ancak bir riziko gerçekleştiği takdirde ödeme yapacak iken, hayat sigortalarında iştirak olarak adlandırılan poliçenin geri satın alınması halinde sigortacı tarafından riziko gerçekleşmeksizin yapılan bir ödeme söz konusu olmaktadır²⁸.

Zarar sigortası ile meblağ sigortası ayrı hukuki esaslara tabidir: Zarar sigortalarında amaç sadece sigorta edilen rizikonun sebep olduğu zararların tazmini olduğu halde meblağ sigortasında belirli bir paranın elde edilmesidir²⁹.

25 Kender, R. s.170, HSH; Özer, D. s.24; Ünan, S. s.13, HSS ise gereksinimin karşılanması ifadesini tercih etmiştir.

26 Kender, R. s. 170, HSH

27 Ünan, S. s.13, HSS

28 Ünan, S. s.14; HSS

29 Kender, R. s.170, HSH

Hayat sigortası, ihtiyacın karşılanması kıstasına göre yapılan ayrımda “meblağ sigortaları” kapsamındadır: Bu sigortada zararın sigortacıya aktarılması değil, riziko gerçekleştiğinde önceden kararlaştırılan toplu paranın sigortacıdan tahsili amaçlanır³⁰. Toplu para sigorta ettiren tarafından serbestçe ve ekonomik imkânları öncelikle olmak üzere önem belirlenir çünkü yüksek sigorta bedeli karşılığında yüksek prim ödeme borcu karşımıza çıkacaktır³¹.

1.3.2 Rizikonun Konusuna Göre Yapılan Tasnifte Hayat Sigortasının Yeri

Bu ayrımda da sigorta sözleşmeleri ikiye ayrılmaktadır, Malvarlığı Sigortası-Şahıs Sigortası³².

Malvarlığı sigortasında riziko malvarlığı üzerine sonuç doğuran bir olay olarak tanımlanmakta iken, şahıs sigortalarında riziko belirli bir şahıs üzerinde meydana gelmektedir: Bu ayrımda hayat sigortaları şahıs sigortası grubuna girmektedir³³.

Şahıs sigortaları içinde yer alan hayat sigortaları meblağ sigortaları şeklinde yapılmaktadır. Meblağ sigortası sadece hayat sigortalarında mümkündür. Hayat sigortasında ölüm masrafları için ayrı sigorta yapılmışsa, hastalık sigortası tedavi masraflarını karşılıyorsa bunlar zarar sigortalarıdır. Dolayısıyla şahıs sigortasının sadece meblağ sigortası şeklinde yapılabileceği görüşü isabetsizdir³⁴.

30 Ünan, S. s.16,HSS

31 Ünan, S. s.16,HSS

32 Kender, R. s.173,HSH; Özer, D. s.24;Ünan, S. s.16,HSS

33 Ünan, S. s.16,HSS

34 Kender, R. s.173 ve oradaki dipnot(58a),HSH

1.4. HAYAT SİGORTASININ ÇEŞİTLERİ³⁵

1.4.1. GENEL OLARAK

Hayat sigortası; süresi, yatırım unsuru içerip içermemesi, grup veya ferdi olması, sigorta bedelinin ödeniş şekli gibi değişik kriterlere göre tasnif edilebilir. Burada sözleşmeye konu olan risk çeşidine göre bir ayırım yapılmıştır. Türk Ticaret Kanunu'nun 1322. maddesindeki tarif, Bireysel Emeklilik Tasarım ve Yatırım Sistemi Kanunu, Hayat Sigortaları Yönetmeliği ve *Türk Ticaret Kanunu tasarısıyla*³⁶ birlikte kanuni düzenlemede yer alacak olan irat sigortası da ele alınmıştır.

Bu bilgiler ışığında; "ölme ihtimaline karşı hayat sigortası (kapital sigortası)", "yaşama ihtimaline karşı hayat sigortası (ertelenmiş hayat sigortası)", ve "ölme ve yaşama ihtimalini birlikte içeren karma hayat sigortası olmak üzere üçe ayırıyoruz. Ancak sigorta portföyünün büyük bir kısmını oluşturan birikimli ve özellikle yatırıma bağlı hayat sigortasını, hukuki niteliğinden itibaren dolayı ayrı başlık olarak ele alacağız³⁷.

1.4.2 ÖLME İHTİMALİNE KARŞI HAYAT SİGORTASI (KAPİTAL SİGORTASI)

Ölüm ihtimaline karşı yapılan hayat sigortasıdır. Her insan er geç ölecektir, dolayısıyla burada sigortalının ölümü değil, vakitsiz ölümü rizikoyu teşkil eder. Ölme ihtimaline karşı yapılan sigorta, sigortalının kaydı hayat şartıyla veya belli süre içinde ölme ihtimaline

35 Uygulamada ve doktrinde birçok vasıflandırma yönüne gidilmiştir ancak çalışmamız *İngiliz Hukukuyla* mukayeseli olduğu için, hayat sigortasını daha önce *İngiliz Hukukuyla* mukayeseli çalışma yapan Özer'in izlediği başlıkları ve içeriği takip etmeyi, bu bölüme mahsus olmak üzere daha uygun bulmaktayız. Başka vasıflandırmalar için bkz. Akmut, Ö. s.13-17; Çeker, M. s.146; Ulaş, I. s.19-25; Ünan, S. s.1-12, HSS

36 09.11.2005 tarihli *tasarıda* 1487. maddede ki hayat sigortası sözleşmesinin tanımı, irat sigortasının da kanuni ifadesini bulabilmesi için yürürlükteki yasadaki tanımın değiştirildiği gerekçede açıkça belirtilmiştir.

37 Özer, D. s.27-28

karşı yapılır³⁸.

1.4.2.1. Belli Süre İçinde Ölme İhtimaline Karşı Hayat Sigortası (Dönemlik Sigorta-Term Insurance)

En eski hayat sigortası çeşidi olan dönemlik sigortada, sözleşme süresi içinde sigortalının ölümüyle lehdara sözleşmede belirlenen sigorta bedeli ödenir: Sabit teminatlı dönemlik sigorta-azalan teminatlı sabit sigorta-artan teminatlı dönemlik sigorta ve değiştirilebilir dönemlik sigorta şeklinde alt çeşitleri bulunmaktadır³⁹.

1.4.2.1.1 Sabit Teminatlı Dönemlik Hayat Sigortası (Level Term Insurance)

Kişinin yaşı ilerledikçe riziko ihtimali artmaktadır ve buna karşılık prim oranının da artırılması gerekirken, sigortada her yıl prim artışı yapmak yerine, sigorta ettirenden ortalama sabit bir prim alınır⁴⁰.

1.4.2.1.2 Azalan Teminatlı Dönemlik Hayat Sigortası (Decreasing Term Insurance)

Genellikle bir borcun garantisi için başvurulur: Sözleşme yapılırken belirlenen sigorta bedeli, sigortalının ödemesini garantiye almak istediği borç miktarına eşittir, ancak sigorta bedeli borcun ödenmesine bağlı olarak her yıl azalır⁴¹.

1.4.2.1.3. Artan Teminatlı Dönemlik Hayat Sigortası (Increasing or Increasable Term Insurance)

Sigorta teminatı sözleşmede kararlaştırılan şartlarla, sözleşme süresi içinde sigorta ettirenin talebine bağlı olarak ya da otomatik olarak artar ve sigorta primine bağlı olarak sigorta bedeli de artar⁴².

1.4.2.1.4. Yenilenebilir Dönemlik Hayat Sigortası (Renewable Term Insurance)

38 Özer, D. s.28; Ulaş, I. s.19; Ünan, S. s.5,HSS

39 Özer, D.s.29; Ulaş, I. s.20

40 Özer, D.s.30;

41 Özer, D. s.30

42 Özer, D.s.31

Kısa süreli, üç ya da beş yıllık yapılır, ancak sigorta ettirene dönem sonunda sözleşmesini, sözleşme süresi ile aynı veya daha uzun ya da kısa süreyle yenileyebilme imkânı verilir⁴³.

1.4.2.1.5. Karma Dönemlik Hayat Sigortası (Renewable, Convertible and Inceasable Term Insurance)

Değiştirilebilir, yenilebilir veya arttırılabilir olma özelliklerinin hepsini bünyesinde taşır ve genellikle, üç ya da beş yıllık yapılır⁴⁴.

1.4.2.1.6. Değiştirilebilir Dönemlik Hayat Sigortası (Convertible Term Insurance)

Sigortalanabilirlik ihtimali ele alınmadan, sigorta ettiren sabit teminatlı dönemlik hayat sigortasını, karma sigortaya veya kaydıhayat şartlı ölüm sigortasına dönüştürebilir: Kural olarak teminat miktarında bir değişiklik yapılmaz ve prim, değişiklik anındaki sigortalının yaşı dikkate alınarak yapılır⁴⁵.

1.4.2.1.7. Aileye Gelir Sağlayan Dönemlik Hayat Sigortası (Family Income Benefits Insurance)

Riziko gerçekleştiği zaman, lehdara sözleşmede kalan süresi boyunca aylık gelir verilmesi söz konusudur⁴⁶.

1.4.2.2. Kaydı Hayat Şartıyla Ölüm Sigortası (Whole Of Life Insurance)

Yaygın şekilde uygulanan bu sözleşme, en eski hayat sigortası sözleşmelerindendir ve sözleşmenin vadesi sigortalının ölüm tarihidir; ölüm ihtimalinin gerçekleşeceği mutlak olmakla birlikte ne zaman gerçekleşeceği riski teşkil etmektedir⁴⁷.

Kâr paysız kaydıhayat şartıyla ölüm sigortası-kâr paylı kaydıhayat şartıyla hayat sigortası- düşük değerli kaydıhayat şartıyla ha-

43 Özer, D. s.31

44 Özer, D. s.31

45 Özer, D. s.31

46 Özer, D. s.32

47 Özer, D. s.32;

yat sigortası şeklinde çeşitlere tabi tutulabilir⁴⁸.

1.4.2.2.1. Kâr Paylı ve Kâr Paysız Kaydıhayat Şartıyla Ölüm Sigortası (With Profits and Non-Profits Whole Of Life Insurance)

Kâr paysız yapılan kaydı hayat şartıyla ölüm sigortasında ödenecek sigorta bedeli, taraflarca sabit olarak belirlenir ve değişmesi mümkün değil iken, kâr paylı kaydıhayat sigortasında sigortacı, sigortanın ölümü halinde sözleşmede kararlaştırılan sigorta bedeli ile birlikte yıllık veya dönem sonu kar paylarını da lehdara öder⁴⁹.

1.4.2.2.2. Düşük Değerli Kaydıhayat Şartı ile Ölüm Sigortası (Low Cost Whole of Insurance)

Sigortacı kâr paylı kaydıhayat şartı ile yapılan ölüm sigortası ile azalan dönemlik sigorta sözleşmesini birlikte yürütür ve sözleşme süresi sonunda ödenecek olan sigorta bedeli belli olmakla birlikte, sözleşmenin yapılması sırasında sigortacı tarafından yüklenen bedel, ölüm halinde ödenecek olan sigorta bedelinin altındadır⁵⁰.

1.4.3. YAŞAMA İHTİMALİNE KARŞI HAYAT SİGORTASI (PURE ENDOWMENT INSURANCE)

Riziko sigortalının hayatta kalmasıdır⁵¹. Sigortacılık açısından ölme gibi yaşama da bir olasılıktır.

Yaşama hali belli bir süre sonunda hayatta kalma şeklinde olabileceği gibi sözleşmede öngörülen süre boyunca sigortalının yaşıyor olması veya sigortalının hayat süresi boyunca şeklinde de olabilir⁵². İlkinde riziko olarak tanımlanan olay, süre sonunda sigortalının hayatta olması iken, irat sigortası (annuity insurance) adı verilen ikinci türdeki yaşama ihtimaline karşı yapılan hayat sigortası uygu-

48 Ulaş, I.s.21; Ünan, S. s.2, HSS

49 Özer, D. s.33

50 Özer, D. s.34

51 Ulaş, I. s.21

52 Özer, D. s.34

lamasına, yurt dışında sıklıkla rastlanmaktadır⁵³. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısında* bu tür sigorta çeşidine de imkân sağlanmıştır⁵⁴.

1.4.3.1. Sözleşmede Öngörülen Süre Sonunda Hayatta Kalma İhtimaline Karşı Hayat Sigortası

Sigortalının sözleşmede kararlaştırılan süre sonunda hayatta kalması halinde, lehdara sözleşmede kararlaştırılan sigorta bedeli ödenir⁵⁵.

1.4.3.2. İRAT SİGORTASI (ANNUITY INSURANCE)

Sigortacı sigortalının hayatı boyunca veya sözleşmede kararlaştırılan süre içinde lehdara sabit veya artan oranlı belli bir gelir sağlamayı üstlenir; risk sigortalının ne kadar süre ile yaşayacağıdır⁵⁶. Sigortalının yaşam süresine bağlı olarak veya dönemlik yapılan irat sigortası (temporary of life time annuity insurance) ve garanti süresi içeren irat sigortası (with- guarantee period annuity insurance) çeşitleri vardır⁵⁷.

1.4.3.2.1. Sigortalının Yaşam Süresine Bağlı Olarak veya Dönemlik Yapılan İrat Sigortası (Temporary of Life Time Annuity Insurance)

Bu tür irat sigortasında sigortacı, sigortalı ölünceye veya sigortalı hayatta kaldığı sürece sözleşmede belirlenen sürenin sonuna kadar lehdara irat ödemeyi yüklenir, ancak sigortalının sözleşme süresi dolmadan ölmesi halinde, sigortacının da irat ödemesi hali ortadan kalkar⁵⁸.

1.4.3.2.2. Garanti Süresi İçeren İrat Sigortası (With-Guarantee Period Annuity Insurance)

Sözleşmenin yapılmasında kısa bir süre sonra meydana gele-

53 Özer, D. s.34

54 Özer, D. s.34; Ulaş, I. s.21; Ünan, S.s.2, HSS

55 Özer, D. s.35; Ulaş, I. s.21

56 Ulaş, I. s.21-22

57 Özer, D. s.36; Ulaş, I. s.21-22; Ünan, S. s.7, HSS

58 Özer, D. s.36; Ulaş, I. s.21-22; Ünan, S. s.7-8, HSS

bilecek ölüm halinde lehdara ölüm tarihine kadar yapılan ödeme, sigortalı uzun süre yaşamış olsaydı yapılacak ödemenin çok altında kalabilir, bu sebepten sigortacı sözleşmedeki garanti süresi ve sözleşmenin yapılmasından sonra kararlaştırılan süre boyunca sigortalının hayatta olup olmadığını dikkate almadan, lehdara ödeme yapar⁵⁹.

1.4.3.3. İRAT SİGORTASININ MEVZUATIMIZDAKİ YERİ

Konunun Türk Ticaret Kanunu ile Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu açısından ayrı incelenmesi ve bunun sonucunda bir değerlendirme yapılması uygun olur⁶⁰.

1.4.3.3.1. Türk Ticaret Kanunu Çerçevesinde İrat Sigortası

TTK.nın 1322. maddesinde sadece sigortalının muayyen bir müddetten fazla yaşaması hali düzenlenmiş, sigortacının sözleşmenin yapılması ile birlikte veya sözleşmenin yapılmasından belli bir süre sonra lehdara, sözleşme süresince ya da sigortalının ölümüne kadar belli irat ödemeyi taahhüt etmesi şeklindeki irat sigortasına değinilmemiştir.

1.4.3.3.2. Bireysel Emeklilik⁶¹ Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu Yönünden İrat Sigortası

İrat sigortası, Bireysel Emeklilik Tasarruf ve Yatırım Sistemi Kanunu ile Türk sigorta mevzuatına girmiştir. Söz konusu Kanununun 6. maddesine göre emekliliğe hak kazanan katılımcı, birikimlerinin kısmen veya tamamen defaten ödenmesini ya da yapacağı yıllık gelir sigorta sözleşmesi çerçevesinde kendisine maaş bağlanmasını talep edebilir. Söz konusu madde ile yıllık gelir sigortası, toplu veya belirli süreler içinde yapılan katkılara göre, sigortalının yaşaması halinde hemen veya belirli bir süre sonra başlayan, sigortalı veya lehdarlarına ömür boyu veya belirli süreler için yapılan düzen-

59 Özer, D. s.36; Ulaş, I. s.21-22; Ünan, S. s.7-8, HSS

60 Özer, D. s.37

61 Ayrıntılı bilgi için bkz. Sosyal Güvenlikte Yeni Yaklaşım: Bireysel Emeklilik İTO, 2006-21

li ödeme şeklinde tanımlanmıştır⁶².

1.4.3.3. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısındaki Düzenleme*

Türk Ticaret Kanunu Tasarısı'nın 1487. maddesindeki tanım-
da, yaşama ihtimali “belli bir süre sonunda hayatta kalma” şeklin-
de ifade edilmemiş sadece hayatta kalması şeklinde ifade edilmiştir.
Belli bir süre ifadesi kullanılmayarak irat ödemeli hayat sigortaları-
na imkân tanınmak istendiği belirtilmiştir⁶³. Ancak tanımda hâlâ ha-
yatta kalma şartı arandığı için garanti süresi içeren irat sigortalarının
düzenlenmesine imkân verilmemektedir.

1.4.4. KARMA HAYAT SİGORTASI (ENDOWMENT IN- SURANCE)

Karma hayat sigortasında belirlenen belli bir süre içinde si-
gortalının ölümü halinde ölüm sigorta bedeli⁶⁴, süre sonunda hayatta
kalması halinde ise yaşam sigorta bedeli⁶⁵ lehdara ödenir⁶⁶ Karma
hayat sigortası ile ölüm ile yaşama ihtimali tek bir sözleşme ile temi-
nat altına alınır ve iki farklı türü bulunmaktadır⁶⁷.

1.4.4.1. *Kâr Paylı veya Kâr Paysız Karma Hayat Sigortası* (With-Profits and Non-Profits Whole Life Insurance)

Kâr paysız yapılan karma hayat sigortasında, ölüm veya yaşa-
ma halinde ödenecek miktar sözleşme yapılırken belirlenir ve rizi-
ko gerçekleşince lehdara sözleşmede belirlenen miktardan daha faz-
la veya daha az ödeme yapılmaz iken, kâr paylı yapılan sigortada
ise, garanti edilen miktar yanında yıllık kar payları ile birlikte dönem
sonu karı da lehdara ödenir⁶⁸.

62 Özer, D. s.38

63 Bkz. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı* ve gerekçeleri m.1487

64 Özer, D. s.40' da “Ölüm Tazminatı” olarak ifade edilmiştir.

65 Özer, D.s.40' da “Yaşam Sigorta Tazminatı” olarak ifade edilmiştir.

66 Özer, D. s.40

67 Özer, D. s.40; Ulaş, I. s.22; Ünán, S.s.2, HSS

68 Özer, D. s.41

Ülkemizde yaşama ihtimaline karşı yapılan hayat sigortasında kâr payı verilmesi zorunlu tutulduğundan yaşama ihtimalini de içeren karma hayat sigortasının kâr paysız yapılması mümkün değildir⁶⁹.

1.4.4.2. Düşük Değerli Karma Hayat Sigortası (Low Cost Endowment Life Insurance)

Aşağı giden değerli karma hayat sigortasında karşılaşılan olumsuzluğu giderebilmek için düşük değerli karma hayat sigortası geliştirilmiştir; bu sigortada garanti edilen miktar borç miktarının altında olmakla birlikte, dönem sonunda borç miktarını karşılayabilecek duruma gelir, fakat düşük değerli karma hayat sigortasındaki risk, rehin dönemi içinde borçlunun ölmesidir⁷⁰.

1.4.5. YATIRIMLI HAYAT SİGORTASI

Ekonomik gelişmeler ve talepler doğrultusunda yatırım unsuru içeren hayat sigortası sektöre girmiş, giderek ağırlık kazanmaya başlamış ve üniteye bağlı hayat sigortası (unit-link) ve birikimli hayat sigortası şeklinde iki türü karşımıza çıkmıştır⁷¹.

1.4.5.1. Üniteye Bağlı Hayat Sigortası

Sigorta ettirene hesabındaki değerlere, değişik varlık sınıflarında yatırıma yönlendirebilme imkânı sağlar(sigorta ettiren yatırımının hisse senetlerine tahvil ya da nakit fonda yapılmasını tercih edebilir) ve pirimin bir kısmı sigortacının masraflarını karşılamak ve hayat sigortası ile verilen teminatı ödemek için kullanırken, kalan da ya ayrı bir yatırım fonunda veya çoklukla görüldüğü sigortacının işlettiği yatırım fonlarından ünite satın almak için kullanılır, bu yüzden üniteye bağlı sigorta olarak anılır⁷².

1.4.5.2. Birikimli Hayat Sigortası

69 Özer, D. s.41; Ulaş, I. s.23; Ünan, S.s.3, HSS

70 Özer, D. s.41; Ünan, S.s.3, HSS

71 Özer, D. s.42

72 Özer, D. s.42

Ülkemizde lehdara risk teminatı yanında belli bir birikim de sağlamak amacıyla yapılan sigortadır ve üniteye bağlı hayat sigortasından farkı yatırım riski ile karşı karşıya olmamasıdır⁷³. Hayat Sigortaları Yönetmeliği'nin 12. maddesi uyarınca birikimli hayat sigortası on yıldan az olamaz. Tarifede ki azami yaş sınırının sigortalının yaşı nedeniyle bu sürenin altında olması durumunda sigorta süresi daha kısa olabilir

2. HAYAT SİGORTA SÖZLEŞMESİNİN KURULMASI

Sigorta sözleşmelerinde olduğu gibi tarafların ehliyetleri bakımından borçlar hukuku esaslarına tabidir. Özel bazı hallerde ise ehliyet⁷⁴ için Medeni Kanununda özel hükümler vardır.

Tarafların karşılıklı ve birbirine uygun, sözleşmenin esas unsurlarını ihtiva eden irade beyanları neticesinde sözleşme tamam olur(B.K m.1-2).

Sözleşmenin kurulması için herhangi bir şekil şartı aranmamaktadır ancak uygulamada kabul için çoğunlukla bir poliçe düzenlenip sigorta ettirene verilmektedir. Bu poliçe sözleşmenin kurulması için değildir, ancak ispatına yardımcı olur ve tek ispat vasıtası da değildir⁷⁵.

Kural olarak sigorta ettirenin veya sigortacının icabı ile bağlı oldukları süre, genel hükümlere tabidir. Ancak Hayat Sigortaları Yönetmeliğinin 16/1. maddesinde yer aldığı gibi Hayat Sigortaları Genel Şartları C.1/2. maddesinde de teklifnamenin sigorta şirketine ulaştığı tarihten itibaren 30 gün içinde sigorta şirketi tarafından reddedilmemesi halinde sigorta sözleşmesinin yapılmış olacağı kabul edilmiştir⁷⁶. *Tasarı* ile ise icabın bağlayıcılığı hükmü bütün si-

73 Özer, D. s.44; Ünan, S. s.2, HSS

74 Ayrıntılı bilgi için bkz. Dural, M./Öğüz, T. s. 37 vd. Kişiler Hukuku,2002 İstanbul

75 HGK'nun 26.9.1979 tarih ve 78-11-320/1265 sayılı kararında da bu hususu ele almıştır.(YKD, s.905,C.6,S.7)

76 Kender, R s.148-149, HSH

gorta sözleşmelerine teşmil edilmiştir⁷⁷. Ancak mevcut düzenlemeden farklı olarak, 30 günlük süre teklifnamenin verildiği andan itibaren başlayacaktır, şirkete ulaştığı an kavramından vazgeçilmiştir⁷⁸.

İngiliz Hukukunda da kural icap ve kabul beyanlarının esaslı unsurları ihtiva etmesi ile sözleşmenin kurulduğunu ve poliçenin sözleşmenin kurulmasında bir rol oynamadığı kabul edilmiş ve icapın bağlayıcılığı gibi bir husus ise düzenlenmemiştir⁷⁹. *İngiliz Hukukunda* sigorta sözleşmesinin kurulmasından itibaren 14 gün içinde sigorta ettiren hayat sigortasından cayabilme hakkı tanınmıştır, hatta bu süre sigortacı tarafından 30 güne kadar çıkarılabilmektedir⁸⁰. *Tasarının* 1489. maddesi ile, bu konuda çok isabetli bir düzenlemeye gidilmiştir. Sigorta ettiren, sözleşmenin kurulmasından sonra kendisine sözleşmeden cayma hakkı olduğunun bildirilmesinden itibaren on beş gün içinde, sözleşmeden cayabilir. Bilgilendirme yapılmadığı takdirde ise, cayma hakkı ilk primin ödenmesinden bir ay içinde kullanılabilir. Bu bilgilendirmenin yapıp yapılmadığı sigortacı tarafından ispatlanacaktır. Ayrıca özel durumlara müsteniden söz-

77 Bkz. *Türk Ticaret Kanunu Tasarısı* 1405/1. maddesi. Bu hükmün hayat sigortaları için geçerliliği dahi eleştiri konusu olmuştur. Kender bu hususta, hükmün muhtevasını sigorta ettirenin aleyhine bulmaktadır, sigortacının teklifi alınca, isterse 30 gün bekletebileceğini belirtmektedir. (Kender, R. s.149) Ayli ise bu hükmü isabetli bulmaktadır; çünkü "Teklifnamenin verilmesi sırasında yapılmış ödemeler, ..., sözleşmenin kurulmadığı takdirde, kesinti yapılmadan, faiziyle birlikte iade olunur" (*tasarı* 1405/2) hükmü sigorta şirketlerini teklifnameleri kısa sürede içinde inceleyerek, yapıp yapmama hususunda bir an önce karar vermeye sevk edecek mahiyette bulmaktadır. *Tasarıyla* birlikte teklifnamenin şirkete ulaşma anının esas alınması düzenlemesinin, teklifnamenin verildiği anın 30 günlük sürenin hesaplanmasında rol oynaması da fikrine temel oluşturmuştur (SHD, s.216-217, Özel Sayı 1, 2005). Esas olan, sigorta himayesinin bir an önce başlamasıdır ancak bu 30 günlük bekleme süresi, sigorta ettirenin aleyhine bir düzenleme teşkil etmektedir. Ayrıca kısa süreli sigortalarda ise bunun büyük bir sorun teşkil edeceği de aşikârdır. Teklifnamenin kimin tarafından düzenleneceği belirtilmemiştir ve teklifnamede yazılı olan tarihinde ne kadar gerçeği yansıtıp yansıtmayacağı tartışmaya açıktır. Kaldı ki, borçlar hukukunun temel prensibi olan, sözleşmenin icap-kabul ile kurulması ilkesinden ayrılmanın pek isabetli olmadığı görüşündeyiz.

78 Bkz. *Tasarı* 1405. maddesi

79 Birds, J./Hird, N. s.75-76, 81, 338; Hodgkin, R. s.121-122

80 Financial Services and Markets Act 2000, 139/4

leşmeden fesih ve cayma hükümleri düzenlenmiştir⁸¹. Ayrıca sigortacının himaye sorumluluğu başlamadan primin yarısını ödeyerek cayma hakkı kısmi caymalar içinde belirtilmiştir⁸².

3. HAYAT SİGORTASINDA TARAFLAR, İLGİLİ ÜÇÜNCÜ ŞAHISLAR ve ARACI KURUMLAR⁸³

3.1. TARAFLAR

Sigorta sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen akit olduğundan daha önce bahsettik. Bu niteliğin sonucu olarak, bu sözleşmede sigortacı ve sigorta ettiren olmak üzere iki taraf vardır.

3.1.1. Sigortacı

5684 Sayılı Sigortacılık Kanunu'ndaki düzenleme Türkiye'de faaliyet gösterecek sigorta şirketleri ile reasürans şirketlerinin anonim veya kooperatif şirket şeklinde kurulmasını arar.(m.3)Bu şirketlerin sigortacılık yapabilmelerinin şartları Sigortacılık Kanunu'nda düzenlenmiştir.⁸⁴.

Sigortacılık Kanunu'nun 15. maddesinde yabancı şirketlere de sigortacı olabilme imkânı tanınmıştır⁸⁵.

81 Bkz. *Tasarı* 1413-1415. maddeler

82 *Tasarı* m.1430/3

83 Sadece genel olarak değinilecek ve fakat *tasarıda* düzenlenen, isabetsiz bulunan ya da Türk Sigorta Hukukuna kazandırılan hususlar ayrıca inceleme konusu yapılacaktır.

84 Konumuzun kapsamı şirketlerin murakabesi olmadığı için burada ayrıntıya girmek zaruri olmamıştır. Hangi hallerde, kimlerin sigortacı sıfatını haiz olabileceği bkz. *Çeker, M.* s.14.vd. ; *Kender, R* s. 27 vd. ; *Özer, D.* s.49.vd; *Ünan, S.* s. 18 vd.

85 Kanuni düzenleme aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır.

Yurt dışında yaptırılacak sigortalar

MADDE 15 – (1) Türkiye'de yerleşik kişiler, Türkiye'deki sigortalanabilir menfaatlerini, Türkiye'de faaliyette bulunan sigorta şirketlerine ve Türkiye'de yaptırmak zorundadır.

(2) Ancak;

Yürürlükteki Kanun’umuzdaki “ruhsatname almamış ifadesi *tasarıda* “ruhsatsız” olarak düzeltilmiş, dolayısıyla ruhsatname almamış olmakla birlikte daha sonra Sigortacılık Kanunu’nun ilgili hükümleri gereğince ruhsatı iptal edilmiş sigorta şirketleri de bu kapsamda değerlendirilmesinin önü açılmış bulunmaktadır⁸⁶.

Tasarıda yürürlükteki Kanundan farklı olarak ruhsatı olmayan şirket ile yapılan sözleşmelere ilişkin düzenleme“ ruhsatname almamış şahıs” ifadesi yerine “ruhsatsız bir şirket ile” şeklinde değiştirilmiştir⁸⁷. Ancak yürürlükteki yasa döneminde de bu hükmün isabet-siz olduğu doktrinde vurgulanmıştır⁸⁸.

Sigortacılık Kanunu’nun 5. maddesinde ifade edildiği üzere hayat veya hayat dışı faaliyette bulunabilmek için Hazine Müsteşarlığı’ndan ruhsat almak zorunluluğu vardır⁸⁹. Alınan ruhsatlar, ticaret siciline⁹⁰ tescil ve Ticaret Sicil Gazetesi ile Türkiye çapın-

a) İhracat ve ithalat konusu mallar için nakliyat sigortası,

b) Uçak, gemi, helikopter için dış kredi ile satın alındıklarında, münhasıran dış kredi miktarı ile sınırlı olarak ve dış borç ödeninceye kadar; yurt dışından finansal kiralama yolu ile getirilmelerinde ise finansal kiralama sözleşmesi süresi ile sınırlı olarak yaptırılacak tekne sigortaları,

c) Gemilerin işletilmesinden doğan sorumluluk sigortası,

ç) Hayat sigortaları,

d) Kişilerin Türkiye haricinde bulunacakları süre için bu süre ile sınırlı olmak kaydıyla veya geçici olarak yurt dışında kaldıkları sırada yaptırabilecekleri ferdi kaza, hastalık, sağlık ve motorlu taşıt sigortaları,

yurt dışında da yaptırılabilir.

(3) Bakanlar Kurulu yurt dışında yaptırılacak sigortaların kapsamını genişletmeye yetkilidir.

86 Bkz. Türk Ticaret Kanunu *Tasarısı* madde 1401 ve gerekçesi.

87 Türk Ticaret Kanunu *Tasarısı* madde 1402/f.2

88 Özer, D s.62; Ünan, S s.19, HSS

89 İngiltere’de 1982 tarihinde sigorta şirketlerinin hayat ve hayat dışı sigorta branşında birlikte faaliyet göstermesi yasaklanmıştır. Bu düzenlemeden sonra hayat ve hayat dışı sigorta gruplarının her ikisinde birlikte faaliyet gösteren şirketlerinden bir kısmı hayat ve hayat dışı sigorta faaliyetini iki ayrı şirket şeklinde ancak, aynı holdingin kontrolü altında yürütmeye başlamıştır. Bkz. Özer, D. s. 57

90 Ayrıntılı bilgi için bkz. Arkan, S s.235 vd. Ticari İşletme Hukuku,9. Bası,Ankara

da dağıtımı yapılan ve tiraj bakımından ilk on sırada yer alan günlük gazetelerden ikisinde ilân ettirilir. Ayrıca aynı kanunun 7. maddesinde de, ruhsat iptali, ticaret siciline tescil ve Ticaret Sicil Gazetesi ile Türkiye çapında dağıtımı yapılan ve tiraj bakımından ilk on sırada yer alan günlük gazetelerden ikisinde ilan ettirilir, düzenlemesi yer almaktadır. Dolayısıyla, bir hususun Ticaret Siciline tescili ya da Ticaret Sicili Gazetesinde ilân mecburiyeti olduğu durumlarda, üçüncü kişilerin ilan ya da tescil edilen hususu bilmediklerini iddia etme imkânları kalmamaktadır. Çünkü Türk Ticaret Kanunu 38. maddesi Ticaret Sicili kayıtlarının nerede bulunurlarsa bulunsunlar, üçüncü şahıslar hakkında, ilân veya son kısmının gazete yayınlanmasını izleyen günden itibaren hüküm ifade edeceğini, Türk Ticaret Kanunu 39. madde ise, üçüncü şahısların kendilerine karşı hüküm ifade etmeye başlayan kayıtları bilmediklerini ileri süremeyeceklerini düzenlemiştir⁹¹. Bu bakımdan TTK'nın m.1263/f.2 uyarınca ruhsatsız şirket ile onun ruhsatı olmadığını bilerek yapılan sözleşmelere Borçlar Kanununun kumar ve bahis hükümlerinin uygulanacaktır. Burada akla şu soru gelebilir, eğer sigorta şirketi, acentaya yetki vermiş ancak bunu sınırlamışsa durum ne olacaktır? Özellikle acentaya belli bir miktara kadar sözleşme yapma yetkisi tanındığı hallerde bu sorun karşımıza çıkacaktır. Bu hususun ticaret siciline kaydedilen bir husus⁹² olup olmamasına ve ticaret siciline kaydedilebilen bir konu ise ticaret siciline kayıtlı olup, bu kaydın ilan edilip edilmemiş olmamasına göre, cevap değişmektedir (TTK. m.121/f.2). Eğer bu sınırlama ticaret siciline kaydedilmiş ve ilan edilmişse, üçüncü kişiler bunu bilmediğini iddia edemezler⁹³. Aksi durumda ise, TTK. nın 122. maddesi uyarınca yetkisini aşan acentanın işlemini öğrenen şirket icazet vermediğini üçüncü kişiye derhal bildirmezse bu sözleşme kendisini bağlamayacak, bildirmez ise bağlayacaktır.

2005; **Bahtiyar, M.** s.129vd. Ticari İşletme Hukuku, 4. Bası, 2006 İstanbul

91 **Özer, D** s.62; **Ünan, S** s.19, HSS

92 Kanunlarda ve Ticaret Sicili Tüzüğünde belirtilen konular dışında kalan hususlar tescil edilemeyecektir. **Arkan, S** s.238; **Bahtiyar, M.** s.130, TİH., Ticaret Sicili Tüzüğü m.27/f.1

93 **Arkan, S.** s.205

3.1.2. SİGORTA ETTİREN

Sigorta sözleşmesinin karşı tarafı sigorta ettiren adını taşımaktadır. Sözleşmeden doğan borçlar sadece ona aittir. Haklar özellikle sigortacının risk taşımasını isteme hakkı prensip itibariyle ona aittir, fakat bazı hallerde başka bir şahsa devredebilir.⁹⁴

3.2. İLGİLİ ÜÇÜNCÜ ŞAHISLAR

3.2.1. Sigortalı (Riziko Şahsı)

Hayat sigortası ya sigorta ettiren veya üçüncü bir şahsın hayatı üzerinde yapılabilir. Bu şahsa da tatbikatta sigortalı denmektedir. Bu terim teknik açıdan incelendiğinde aslında pek isabetli değildir, bu şahsa daha doğru bir nitelendirme ile riziko şahsı denmesi daha uygun düşmektedir⁹⁵. Onun ölümü ya da belli tarihte hayatta bulunması riziko teşkil eder⁹⁶.

TTK'nın 1321. maddesinde sigorta ettirenin, riziko şahsın muvafakati aranmadan hayat sigortası yaptırabilmesi doktrinde eleştirilmekteydi⁹⁷. *Tasarı* ise bu düzeni biraz daha yumuşatma eğilimine girmiş ama her halükârda muvafakat aranması düzenlenmemiştir. *Tasarının* 1490/f.2-3 de ki hüküm aynen şöyledir:

“(2) Başkasının hayatı üzerine sigorta yapılabilmesi için, o kişinin hayatının devamında lehdarın menfaatinin bulunması şarttır. Ayrıca, ölüm olasılığına karşı yapılan sigortalarda, sigorta bedelinin mütad cenaze giderlerini aşması hâlinde sigortalının, sigortalının kanunî temsilci ile temsil edildiği hâllerde ise kanunî temsilcisinin, yazılı izni gerekir. Sigortalı on beş yaşından büyükse kanunî temsilcinin dışında ayrıca onun da izni alınır. İzin olmadan yapılan sözleşme, sonradan onaylanmadığı takdirde geçersizdir.

(3) Yasal temsilcinin lehdar olarak atadığı veya kendisinin si-

94 Kender, R. s. 174, HSH

95 Kender, R. s. 184, HSH; Ünan, S. s. 25, HSS

96 Kender, R. s. 184, HSH; Özer, D. s.78; Ulaş, I. s.38; Ünan, S. s. 25, HSS

97 Ünan, S. s. 25, HSS

gorta ettiren olduğu durumlarda, yasal temsilcinin iznin verilmesinde sigortalıyı temsil yetkisi yoktur.”

TTK.da küçüklerin, mahcurların veya mümeyyiz olmayanların ölümü şart koşularak yapılan sözleşmeler hükümsüz sayılmakta, hayatta kalma ihtimallerine karşı yapılan sözleşmelerde ise geçerli ancak her iki halde de ölüm halinde riyazî ihtiyatin⁹⁸ ödenmesi öngörülmektedir(m.1321/f.2)⁹⁹. *Tasarı* ile birlikte ise bu ayırım kaldırılmakta ve menfaat varlığı halinde herkesi riziko şahsı gösterme imkânı doğmaktadır. *Tasarının* 1490. maddesinin ilk fıkrası aynen şöyledir:” Sigorta ettiren, kendisinin veya başkasının hayatını, ölüm veya hayatta kalma ihtimallerine karşı sigorta ettirebilir¹⁰⁰”.

98 Sigortacılık tekniği yönünden çeşitli sigorta türlerine ve sürelerine göre değişik formülleri içeren matematik kavramdır. Hayat sigortalarında sigorta ettirenden tahsil edilen primin bir bölümünü oluşturan tasarruf primi miktarının, sigorta şirketi tarafından bileşik faize tabi tutularak sigorta poliçesinin, sigortadan ayrılma veya rizikonun gerçekleşmesi halinde ödenmesi gereken nominal değerdir. Bkz. Ulaş, I. s. 59

99 Bu hükmün eleştirisi için bkz. Özer, D. s. 79

100 Gerekçede eski düzenleme eleştirilmiş ve bu düzenlemenin sebepleri ortaya konmuştur:” küçük, kısıtlı veya mümeyyiz olmayan ayrımı kaldırılarak herkesin hayatı üzerine sigorta yapılabileceği ilkesi benimsenmiştir. Zira, yürürlükteki madde kendi içinde çelişkiler içermekteydi. Maddede bahsedilen kişilerin ölümü üzerine yapılan sigorta batıl sayılmış, ancak ölüm gerçekleşirse de matematik karşılıkların ödenmesi öngörülmüştü. Halbuki, batıl bir sözleşmeye dayanarak ödeme yapılması hukuken mümkün değildir. Ayrıca, bu kişilerin hayatları üzerine sigorta sözleşmesi yapılması halinde de ölüm gerçekleştiğinde matematik karşılığın ödeneceği düzenlenmişti. Ancak, sigorta sözleşmesinde, sigortacının sorumluluğu üstlenmiş olduğu rizikolarla sınırlı olduğundan, yaşama ihtimaline karşı yapılmış sigortada sigortacının yüklenmediği bir rizikodan dolayı ödeme yapmasını düşünmek sigorta hukukuna ters düşer. Bununla birlikte, *tasarının* bu maddesi ile küçükler, kısıtlılar ve özellikle ayırt etme gücünden yoksun olanlar hakkında yapılan sigorta ile bu kişilere bakmakla yükümlü olanların fayda temin etmelerinin önüne geçebilmek için ve de bir kimsenin bilgisi dışında kendi hayatı üzerinden başkasının para kazanıyor olmasını engelleyebilmek için ölüm ihtimaline karşı yapılan sigortada, sigorta bedeli mutad cenaze masraflarını aşarsa, sigortalının; sigortalı kanuni temsilci ile temsil ediliyorsa kanuni temsilcinin yazılı iznini aranacağı, kanuni temsilcinin izninin gerektiği hallerde de ayrıca sigortalı on beş yaşından büyükse ayrıca onunda izninin aranacağı düzenlenmiştir.”

3.2.2. Lehdar (Sigortadan Faydalanan Kimse)

Hayat sigortası üçüncü şahıs lehine de yapılabilir ve bu şahsa da “lehdar” denir¹⁰¹.

Lehdarın gerçek kişi ya da tüzel kişi olabileceği hususu doktrinde tartışma konusu olmuştur¹⁰². *Tasarı* ile birlikte ise bu sorun açıklığa kavuşturulmuş ve tüzel kişilerin de lehdar olabilecekleri hüküm altına alınmıştır. *Tasarıda* şu şekilde ifade edilmiştir: “*Tasarının* bu maddesi ile öncelikle gerçek kişi yanında tüzel kişinin de lehdar olarak gösterebileceği açıklığa kavuşturulmuştur. 6762 sayılı Kanununun 1329 uncu maddesinin birinci fıkrasında “kimse” ifadesi kullanılmış olması doktrinde tüzel kişilerin lehdarlığı konusunda tartışma yaratmışsa da, uygulamada, banka kredilerinde olduğu gibi, bunun örneklerine sıkça rastlanılmaktadır. Ayrıca, getirilen bu düzenleme ile yurt dışı uygulamalarında sıklıkla rastlanılan “key-man (anahtar adam)” sigortasının da ülkemizde önü açılacaktır.”¹⁰³

Sigorta ettiren, lehdarı sözleşme yapılırken veya sonradan tayin edebileceği gibi, tayin ettikten sonra da, bu hakkından feragat ettiği ni yazdırdığı poliçeyi lehdara teslim etmedikçe, lehdarı değiştirebilir. (m.1330). Lehdarın değiştirilemeyeceği durumu ise doktrinde eleştirilmektedir¹⁰⁴. *Tasarı* ile lehdarı değiştirme hakkından feragat edildiği durumda dahi, daha önce doktrinde savunulduğu şekilde, lehdarın değiştirme imkânı, mirastan yoksunluk nedenleri ve hibeden rücu hallerinde, açıkça ifade edilmiştir. *Tasarının* 1493/f.4 şu şekildedir: ” Sigorta ettiren, değiştirme hakkından vazgeçtiğini sigorta poliçesine yazdırmakla beraber sigorta poliçesini lehdara teslim etmişse, o kişiyi değiştiremez. Duraksama hâlinde, sigorta ettirenin lehdarı değiştir-

101 **Kender, R.** s. 185, HSH; **Kubilay, H.** s.125, Uygulamalı Özel Sigorta Hukuku, 2. Bası, 2003, İzmir; **Özer, D.** s. 88, **Ünan, S.** s.29

102 **Kender,** yalnızca gerçek kişi olabileceğini savunurken; **Özer**(s.96), **Ünan,**(s.29) tüzel kişinin de olabileceğini söylemişlerdir.

103 *Tasarının* 1493. madde gerekçesidir ve bu görüşü biz de paylaşmakta ve şu an için de tüzel kişilerin lehdar olabileceğini düşünmekteyiz.

104 Borçlar Kanunu’nun hibeden rücuyu düzenleyen 244. maddesi ve Medeni Kanunu’nun mirastan yoksunluğu hüküm altına alan 578. maddesinde sayılan hallerde lehdarın değiştirilebilmesini kabul edenler vardır. Bkz. **Özer, D.** s. 90; **Ulaş, I.** s. 46

me hakkını saklı tuttuğu kabul edilir. Sigorta ettirenin lehdarı değiştirme hakkından açıkça vazgeçtiği ve sigorta poliçesinin lehdara verildiği hâllerde bile, mirasçılıktan çıkarma veya hibeden rücu hâlleri gerçekleşmiş yahut ilgililer arasında o kişinin lehdar olarak atanmasına ilişkin sebep ortadan kalkmış ise, lehdar değiştirilebilir.”

Tasarımın getirdiği yeniliklerden konumuzu ilgilendiren diğer bir değişiklik ise, başka bir kimsenin sigorta ettiren konumuna gelmesidir¹⁰⁵.*Tasarıdaki* ifade karşımıza şu şekilde çıkmaktadır:”

XVI - Lehdarın Sigorta Ettirenin Yerine Geçmesi

Madde 1505 - (1) Sigorta ettiren lehine sigorta sözleşmesinden doğan alacaklar ihtiyaten veya icraen haczedilirse ya da sigorta ettiren hakkında iflâsın açılmasına karar verilirse, adı belirtilerek gösterilmiş olan lehdar, sigorta sözleşmesine sigorta ettirenin onayı ile onun yerine taraf olabilir.

(2) Lehdar sözleşmeye taraf olursa, sözleşmenin sigortacı tarafından feshi hâlinde haczi uygulatan alacaklının veya iflâs masasının alacaklarını, sigorta ettirenin sigortacıdan isteyebileceği miktara kadar karşılamakla yükümlüdür.

(3) Sözleşmede lehdar hiç veya adı belirtilerek gösterilmemişse, birinci fıkrada açıklanan hak, sigorta ettirenin eşine ve çocuklarına geçer.

(4) Lehdarın veya eş ve çocuklarının, sigorta ettirenin yerine sözleşmeye taraf olabilmeleri için, sigortacıya bildirimde bulunmaları şarttır. Lehdarın veya eş ve çocuklarının haczi öğrendikleri veya iflâsın açıldığı tarihten başlayarak, bir ay içinde bildirim yapmama-ları hâlinde, birinci fıkrada açıklanan hak düşer.

Alman hukukunda VVG¹⁰⁶ m.117,bazı koşulların gerçekleşmesi halinde, sigorta ettirenin rızası ile bir başkasının sigorta ettiren

105 Bu hususu Ünân eserinde inceleme konusu yapmış ve kanunumuzda ki bu eksikliğe parmak basmıştır. Bkz. age, s.63

106 Versicherungsvertragsgesetz(Alman Sigorta Sözleşmesi Kanunu) <http://dejure.org/gesetze/VVG>

konumuna gelmesini öngörmüştür. “Sigorta ettirenin yerini alacak olan kişiler; ismen tayin edilmiş olan lehdar, eğer bu tayin söz konusu değilse sigorta ettirenin eşi veya çocuklarıdır. İsmen tayin edilmiş olan lehdar, eş ve çocuklarının sigorta ettirenin yerine geçebilmeleri için, sigorta ettiren hakkında iflasın açılması ya da sigorta alacağıının haczedilmiş olması gerekmektedir¹⁰⁷”.

Bu hakkın kullanılması, yenilik doğurucu bir haktır¹⁰⁸. Bu hakkın sigortacıya karşı, haciz durumunun öğrenilmesinden veya iflasın açılmasından itibaren bir ay içinde kullanılması gerekmektedir, ancak yeni sigorta ettiren de bu konuma gelmesi karşılığında, eski sigorta ettirenin alacaklılarına veya iflas masasına karşı, sigorta sözleşmesi feshedildiği takdirde sigortacı tarafından ödenmesi icap eden tutarı ödeme yükümlülüğü altına girmektedir¹⁰⁹.

Hayat sigorta poliçesinde lehdar olarak sigorta ettirenin mirasçısı bu sıfatı belirtilmek suretiyle gösterilmiş olan hayat sigortalarında ise, rizikonun gerçekleşmesi halinde lehdar bu sıfatı dışında yani miras hükümleri dışında sigorta bedeli üzerinde doğrudan doğruya hak sahibi olur (TTK. m.1329/2). Diğer bir deyişle, lehdarın sigorta alacağı terekeye dâhil olmaz. Ancak, TTK.nın 1329/2nci maddesinin son hükmü uyarınca M.K. nun 509. maddesi saklı tutulmuştur. Bu madde hükmüne göre, ölen tarafından, ölümü halinde ödenmek üzere kendi adına ve başkası yararına yapılan veya kendi adına yapılarak da sağlığında ya da ölüme bağlı tasarrufla başkasına devir olunan veya ölenin sağlığında ivazsız olarak başkasına temlik edilen sigortalar, iştirah yani satın alma değeri oranında tenkise tabi tutulurlar. Ancak, yine doktrinde denildiği üzere M.K. nun 509. maddesinin uygulanabilmesi ancak miras bırakanın ölüm hali hayat sigorta-

107 Ünan, S. s. 63, HSS

108 Oğuzman, K./Barlas, N s.108, Medeni Hukuk, 10. Bası, İstanbul 2003; Öztan, B. s. 66, Yenilik doğuran hakkın tanımı: Yeni bir hukuki ilişkinin kurulması, mevcut bir hukuki durumun değiştirilmesi veya sona erdirilmesi şeklinde ifade edilmiştir. Tek taraflı irade beyanı ile sonuç doğurur. Dolayısıyla sigortacının rızası aranmaksızın, lehdar yenilik doğurucu hakkını kullanarak sözleşmenin tarafı haline gelmektedir.

109 Ünan, S s. 64

sı yaptırması halinde mümkün olabilecektir, yoksa yaşama hali hayat sigortası türünde ne bu maddenin ne de M.K.nun456.maddesinin uygulanması söz konusu olmaz¹¹⁰.

3.3 ARACI KURUMLAR

3.3.1. SİGORTA ARACILARI

3.3.1.1. Acentalar

Türk Ticaret Kanunu'nda, acenta şöyle tarif edilmektedir. (m.116): “ Ticari mümessil, ticari vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tabi bir sıfatı olmaksızın bir mukaveleye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde daimi bir surette ticari bir işletmeyi ilgilendiren akitlerde aracılık etmeyi veya bunları o işletme adına yapmayı meslek edinen kimseye acenta denir.”

TTK.nın117. maddesinin 2.fıkrasında, sigorta mukavelelerinin akdi hususunda aracılık eden acentaların da bu hükümlere tabi olduğu ifade olunmaktadır.

Kanundaki tarife uygun olarak sigorta acentaları da akdi yapan veya sadece aracı acenta olarak ikiye ayrılmaktadır. Sigortacılık Kanunu'nda M.2 (1)' de yer alan tanımlarda “1” bendinde ise şu şekilde tarif edilmiştir.

“Sigorta acentesi: Ticarî mümessil, ticarî vekil, satış memuru veya müstahdem gibi tâbi bir sıfatı olmaksızın bir sözleşmeye dayanarak muayyen bir yer veya bölge içinde daimî bir surette sigorta şirketlerinin nam ve hesabına sigorta sözleşmelerine aracılık etmeyi veya bunları sigorta şirketleri adına yapmayı meslek edinen, sözleşmenin akdinden önce hazırlık çalışmalarını yürüten ve sözleşmenin uygulanması ile tazminatın ödenmesinde yardımcı olan kişiyi ”

Gerçek veya tüzel kişi olabilen acentalar uygulamada A acentaları grubu, B acentaları grubu şeklinde ikiye ayrılmıştır. A acentaları sigorta şirketlerini temsilen sözleşme yapmaya yetkili olanlar, B

110 Ulaş, I. s. 43; Dural, M. / Öz, T. s. 261-262, Miras Hukuku 2.Baskı, 2003-İstanbul

acentaları ise sigorta sözleşmesine sadece aracılık edenlerdir¹¹¹.

3.3.1.2. Brokerler¹¹²

Sigortacılık Kanunu'nun 2 (1) maddesindeki "Tanımlar" İçinde d) bendinde brokerin tanımı aşağıdaki şekilde yapılmıştır.

"Sigorta veya reasürans sözleşmesi yaptırmak isteyenleri temsil ederek, bu sözleşmelerin yaptırılacağı şirketlerin seçiminde tamamen tarafsız ve bağımsız davranarak ve teminat almak isteyen kişilerin hak ve menfaatlerini gözeterek sözleşmelerin akdinden önceki hazırlık çalışmalarını yürütmeyi ve gerektiğinde sözleşmelerin uygulanmasında veya tazminatın tahsilinde yardımcı olmayı meslek edinen kişiyi,"

Tanımdan da anlaşılacağı üzere acenta ile broker mahiyeti itibari ile farklıdır. Broker daha çok sigortalının tarafında bulunan bir aracıdır, ancak özel hallerde sigorta şirketi buna bazı yetkiler verebilir ve bu durum brokerin bu mahiyetini değiştirmez¹¹³.

4. HAYAT SİGORTASI SÖZLEŞMESİNİN HÜKÜMLERİ

4.1. SİGORTA ETTİRENİN YÜKÜMLÜLÜKLERİ

Sigorta ettiren, sigorta himayesine ancak bazı mükellefiyetleri yerine getirmek suretiyle sahip olabilir. Esas itibariyle kanunda ve kısmen de sigorta genel şartlarında yer alan bu mükellefiyetlerin müeyyideleri, birbirinden farklıdır; bunlar sigorta ettirenin borç mahiyetindeki¹¹⁴ yükümlülükleri ve görev mahiyetindeki¹¹⁵ yükümlülükleridir¹¹⁶.

111 Kender, R. s.106,HSH

112 Sigorta Prodüktörü kavramının Broker kavramı ile örtüştüğü ve mahiyet itibariyle farkı olmadığı yönünde bkz. R.Kender s. 121,HSH

113 Kender, R. s.112, HSH

114 Borcu yerine getirmediği takdirde, kural olarak sigortacı ifasını dava ve talep edebilir.(Prim Ödeme Borcu)

115 Sigortacıya kanun veya sözleşme ile yüklenmiş bir takım ihbar ve davranış mükellefiyetleridir.(Sigorta ettirenin görevleri)

116 Kender, R. s.189, HSH

4.1.1. SİGORTA ETTİRENİN PRİM ÖDEME BORCU

4.1.1.1. Prim(Sigorta Ücreti)

Prim, sigortacının riziko taşıma ediminin karşılığıdır. Prim ödeme borcu çok önemli işlemlere sahiptir.

Öncelikle, hayat sigortalarında ilk prim ödenmedikçe sigorta himayesi başlamaz (TTK. 1321/f.3) ve bunun aksi kararlaştırılmaz (TTK. m. 1264/f.2).

İkinci olarak, ilk veya sonraki primlerin ödeme borcu yerine getirilmediği takdirde, sigortacı sözleşmeyi feshedebilir. TTK. sigortacının fesih hakkını bir yıldan uzun süreli can sigortaları ile diğer sigortalar arasında ayırım yaparak farklı şekilde düzenlemiştir(TTK. 1297)¹¹⁷.

Üçüncü olarak ise, prim alacağı bir para alacağı olmasına rağmen, ödenmemesi halinde sigortacı bunun tahsilini isteyemez¹¹⁸.

4.1.1.1.1 Prim Miktarının Tespiti¹¹⁹

Hayat Sigortalarında prim miktarının kim tarafından belirleneceği Sigortacılık Kanunu m.12¹²⁰ ve Hayat Sigortaları Yönetmeliği

117 Bu husus ayrıntılı olarak 537 sayılı KHK ile birlikte ele alınacaktır.

118 Kender, R. s. 206, HSH; Ünán, S s.109, HSS; Bu husus da ilerleyen bölümlerde daha detaylı olarak incelenecektir.

119 Matematiksel hesaplanmasında ayrıntılı bilgi için bkz. Akmut, Ö. s.83 vd. Gerber, H. s.49 vd.

120 Hüküm şu şekildedir:

Tarifeler

MADDE 12 – (1) Sigorta tarifeleri, sigortacılık esasına ve genel kabul görmüş aktüeryal tekniklere uygun olarak sigorta şirketleri tarafından serbestçe belirlenir. Ancak, bu Kanuna ve diğer kanunlara göre ihdas edilen zorunlu sigortaların teminat tutarları ile tarife ve talimatları Bakan tarafından tespit olunur ve Resmî Gazetede yayımlanır.

(2) Bakan, gerek görülen hallerde hayat, bir yıldan uzun süreli ferdi kaza, sağlık, hastalık ve ihtiyarî deprem sigortaları tarifeleri ile prim, formül ve cetvellerinin uygulamaya konulabilmesini Müsteşarlığın onayına tâbi kılabılır veya özel kanunlardaki hükümler saklı kalmak kaydıyla gerekli görülen hallerde, tespit ve ilan ettiği aracılık komisyonlarını, tasdike tâbi kıldığı veya tespit ettiği her türlü

m.14 ile düzenlenmiştir¹²¹. Bu düzenlemelere göre irat ödemeli hayat sigortalarına ilişkin tarife ve kâr payı teknik esasları ile bu esaslara ilişkin değişiklikler Müsteşarlığın onayına tabi tutulmuş, diğerlerinin tespiti için ise sigortacılık esasına ve genel kabul görmüş aktüeryal tekniklere uygun olarak sigorta şirketleri tarafından serbestçe belirleneceği kabul edilmiştir.

Sigorta sözleşmesi yapılırken prim miktarının gösterilmesi gerekir, ancak gösterilmemiş olması sözleşmeyi geçersiz kılmaz¹²². Sigorta bedeli sözleşmede tespit edildiğine göre prim miktarı belirlenebilir, ancak prim, sigorta sözleşmesinin önemli bir unsurudur, sigortalının kabulü ile ancak sonradan tespit edilebilir¹²³.

tarifeyi serbest bırakabilir.

121 Tarifelerin onaylanması ve uygulanması

MADDE 14 – (Bu madde 13.1.2009 tarihli ve 27109 sayılı Resmi Gazete’de yayınlanan Yönetmelikle değiştirilmiştir) (1) İrat ödemeli hayat sigortalarına ilişkin tarife ve kâr payı teknik esasları ile bu esaslara ilişkin değişiklikler Müsteşarlığın onayına tabidir.

(2) İrat ödemeliler dışındaki hayat sigortası tarife ve kâr payı teknik esasları genel kabul görmüş aktüeryal tekniklere ve bu Yönetmelikte belirlenen ilkelere uygun şekilde hazırlanarak şirketler tarafından uygulanır.

(3) Teknik esaslar ve diğer şartlar sigortacılık mevzuatına aykırı olamaz. İrat ödemeliler hariç olmak üzere, ilk defa uygulamaya konulacak hayat sigortası tarife ve kâr payı teknik esasları ile bu esaslara ilişkin değişiklikler, şirketlerce uygulamaya konmadan on iş günü öncesinde Müsteşarlığın belirleyeceği esaslar çerçevesinde elektronik ortamda Müsteşarlığa gönderilir.

(4) Müsteşarlık, tarife ve kâr payı teknik esaslarına ilişkin muhtelif hesap tabloları ile gerekli görülen diğer bilgi ve belgeleri yazılı veya elektronik kopya olarak şirketlerden isteyebilir. Müsteşarlık, yapılacak inceleme neticesinde, teknik esasları ve diğer şartları mevzuata ve sigortacılık esaslarına aykırı bulunan veya sigorta ettirenler, sigortalılar ve lehdarlarının hak ve menfaatlerinin korunması açısından uygulanmalarında sakınca görülen hususların değiştirilmesini talep edebilir.

(5) Tarife ve kâr payı teknik esasları ile risk primi hesabında kullanılan ölüm düzeyi, iskonto edilmiş ölüm düzeyi ve hastalık düzeyi tabloları ile teknik esaslara eklenecek diğer bilgi ve belgeler aktüer tarafından imzalanarak şirketçe muhafaza edilir.

122 Kender, R s.193, HSH

123 Kender, R s.193, HSH

İngiliz Hukukunda da prim sözleşmenin esaslı unsurunu teşkil etmektedir ve sigorta sözleşmelerinde primler, bizdeki gibi ayırma tabi tutulmaksızın sigorta şirketleri tarafından belirlenir¹²⁴. *İngiliz Hukuku* sabit tarife sistemine yabancıdır¹²⁵.

4.1.1.1.2. Prim Ödeme Zamanı

TTK.nın ödeme zamanı başlıklı mal sigortaları için düzenlenen ve hayat sigortalarına da uygulanan m.1295'te düzenlenmiştir¹²⁶: Sigorta priminin tamamının, taksitle ödenmesi kararlaştırılmışsa ilk taksidin, akit yapılır yapılmaz ve poliçenin teslimi karşılığında ödenmesi gerekir. Bu hüküm sigorta ettiren aksine kararlaştırılamaz, ancak lehine aksi kararlaştırılabilir(TTK. m.1264/4).Dolayısıyla taraflar primin daha sonraki tarihte ödenmesini kararlaştırabilirler.

Buna karşılık aksine sözleşme yapılamayan TTK. m. 1321 uyarınca hayat sigortasında sigortacının sorumluluğunun başlaması için, ilk primin ödendiği anda sigortalının hayatta olması gerektiğinden ve ilk prim ödenmeden himaye başlamayacağından, primin erken ödeniyor olması sigortalının yararınadır¹²⁷.

Sigorta ettiren ancak poliçenin kendisine teslim karşılığında primi sigortacıya ödemek zorundadır, poliçe kendisine teslim edilmedikçe prim ödeme borcu muaccel olmayacaktır¹²⁸. Bu durumun istisnası ise aynı maddenin 3. fıkrasında düzenlenmiştir ve bu hükme göre deniz ve karada mal taşıma işlerine ait sigortalarda prim ödeme borcu sözleşmenin kurulması ile başlar ve poliçenin verilmesi aranmaz(TTK. 1295/f.3).*Tasarıda* bu düzenleme korunmuştur.

Bu düzenleme ise sadece ilk prim içindir,537 sayılı KHK ile zarar sigortalarında yapılan değişikliğin Anayasa Mahkemesi tara-

124 Birds, J./Norma, H. s.167,

125 Hodgin, R. s. 122

126 Hayat sigortalarında ayrı bir düzenleme yoktur ve bu hükmün genel nitelik taşıdığı doktrinde oybirliği ile kabul edilmektedir.

127 Özer, D. s.147

128 Aynı görüşte: Kender, R. s. 194, Kubilay, H. s.67;Özer, D. 146; Ulaş, I. s.105-109;Ünan, S. s. 110, Yargıtay 11. Hukuk Dairesi Kararları

findan şekil yönünden iptali sonrasında¹²⁹, primin taksitlere bağlanması halinde sonraki primler için Ticaret Kanununda bir düzenleme yer almamaktadır. Bu hususlar taraflar arasında bir anlaşma yoksa her bir taksidin ait olduğu sigorta devresinin ilk günü ödenmesi gerekir¹³⁰(Borçlar Kanunu m.74). *Tasarıyla* ise sonraki taksitlerin ödeme zamanı, miktarı ve primin vadesinde ödenmemesinin sonuçlarının poliçe ile birlikte yazılı olarak sigorta ettirene bildirileceği ya da bu şartların poliçenim üzerine yazılması zorunluluğu getirilmiştir(m.1431/f.2).

Primin taksitle ödenmesinin kararlaştırıldığı durumlarda riziko gerçekleştiği zaman müeccel primlerin muaccel hale gelmesi gerekir. Nitekim bazı sigorta genel şartlarında açıkça bu husus düzenlenmiştir. “Bununla birlikte konu karma hayat sigortasında, diğer sigortalara göre farklılık gösterir. Hem ölüm hem de yaşama ihtimaline karşı yapılan hayat sigortasında, sözleşme süresi içinde sigortalının ölümü halinde, sigortacı vefat teminatına ilişkin primin tamamına ve ölüm anına kadar yaşama riskini de üzerinde taşımış olduğundan varsa bu döneme kadar ki ödenmemiş yaşama ihtimaline ilişkin prime hak kazanır. Bununla birlikte, yaşama ihtimali ölümle sona ermiş olduğundan, ölümden sonraki süre için yaşama ihtimaline ilişkin primin tamamının sigorta ettirenden talep edilmesi söz konusu olamaz. Zira bu şekildeki bir uygulama sigortacının risk taşımadığı bir döneme ait primi alması sonucunu doğurur¹³¹”. *Tasarının* 1431/3. maddesi ile primin taksitle ödenmesinin kararlaştırıldığı durumlarda riziko gerçekleştiği zaman, müeccel primlerin de muaccel hale geleceği madde ile hüküm altına alınmıştır¹³².

129 TTK. m. 1297/2 de her taksit için 15 günlük ödeme süresi öngörülmüştü, 1295/2 de “mütekip taksitlerin kesin ödeme zamanı, miktarı... nın poliçe ile birlikte yazılı olarak sigorta ettirene bildirir ve... poliçe üzerine yazılır” düzenlemesi vardı ancak Anayasa Mahkemesi 11.3.1996 tarihli kararıyla iptal etmiştir. (RG:16.10.1997-23142)

130 Kender, R. s.194,HSH; Oğuzman, K./Öz, T. s.249 vd.

131 Özer, D. s.148

132 Hüküm aynen şu şekildedir: “ Sigorta priminin taksitle ödenmesinin kararlaştırıldığı hâllerde, riziko gerçekleşince, ödenecek tazminata veya bedele ilişkin primlerin tümü muaccel olur.”

4.1.1.1.3. Primin Ödenme Yeri

Gereği gibi ifadan bahsedebilmek için primin ifa yerinde ödenmesi gerekir. Dolayısıyla, sigorta ettiren açısından prim ödeme borcunu gereği gibi yerine getirmiş olması, primin ifa yerinde ödenmiş olmasına bağlıdır. Bu nedenle de prim ödeme yerinin tayini önemli bir husus teşkil eder. Para borçlarındaki ifa yeri, B.K.nın 73. maddesinde götürülecek borç¹³³ olarak düzenlenmiş olmakla birlikte TTK.nın 1296. maddesinde özel olarak düzenlenmiştir¹³⁴. Bu hükme göre: sigorta primi sigorta ettirenin ikametgâhında ödenir. Sigorta priminin sigortacının veya acentasının ikametgâhında ödeneceğine dair poliçede bir şart varsa bu şarta riayet olunur; şu kadar ki; şarta rağmen sigorta primi fiilen sigorta ettirenin ikametgâhında ödeneğelmekte ise şart yok sayılır¹³⁵.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu, 12.11.1997 tarih ve E. 1997/11-705 K.1997/910 kararında, sigortacının poliçeyi sigorta ettirenin davacının işyerine kadar götürüp primi orada tahsil etme yükümlülüğü bulunmadığını belirtmiş, tacir olan davacının en azından prim ödeme yükümlülüğünü yerine getirmesi gerektiğini bilmesi ve davacı için külfet teşkil etmeyecek bir işlem olan ve hatta verilecek bir talimatla dahi yapılabilecek olan prim ödeme işleminin yerine getirmediği için, ilk prim ödenmeden himayenin başlamayacağına karar vermiştir.

133 Oğuzman, K./Öz, T. s. 258

134 Özer, D. s.155

135 Doktrinde bu hüküm Özer tarafından eleştirilmiştir ve uygulamalar da dikkate alınarak, sigorta priminin sigorta ettirenin ikametgâhında değil, poliçede gösterilen veya poliçede düzenlenmemişse sigorta ettirenin bildirmiş olduğu adresinde ödenmesi esas olmasını daha isabetli bulmaktadır. Öncelikle ikametgâh(yerleşme niyeti ile oturduğu yer) ile meskenin(fiilen oturlan yer) farklı kavramlar olduğunu vurgulamış ve sigorta ettirenin meskeninin ikametgâhi olmadığı durumda sigorta priminin ikametgâhta tahsil etmenin maddenin amacına ters düşeceğini vurgulamıştır. Ünan da bu düzenlemeyi eleştirmektedir: "Sigorta ettirenin adresinde ödeme yapılması kuralı sorunlar yaratmaktadır. Uygulama, bunun tersinedir. Yürürlükteki kanunda da benzer bir hüküm mevcut olmasına rağmen, yargı, prim borcunun ödenmesinde temerrüt için sigortacının prim alacağını aramış olması zorunluluğu üzerinde hiç durmamakta ve kanuna rağmen götürülecek borç gibi hüküm tesis etmektedir."SHD s.133,Özel Sayı:1,2005

Bu hüküm emredici değildir ve uygulamada da prim borcu banka hesabına yatırma suretiyle veya PTT aracılığıyla ödenmektedir¹³⁶.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 28.9.1983 gün, E.982/11-929,K. 983/853 kararına göre: Sigortacı sigorta poliçesini sigortalıya götürdüğünü, imzalamasını istediği halde imzalamadığını ve primi veya ilk taksidi sigortalının ödemediğini tanıkla değil ancak TTK'nın 20/3 ve 1297. maddelerince öngörülen şekilde kanıtlayabilir¹³⁷.

Tasarıda ise değişikliğe gidilmiş ve sigorta primi, sigorta ettirenin sözleşmede gösterilen adresinde ödenir şeklinde düzenlenmiştir. Sözleşmede başka bir ödeme yeri gösterilmiş olmasına rağmen, sigorta primi fiilen sigorta ettirenin gösterdiği adreste ödenegelmekte ise, bu ödeme yerine ilişkin söz konusu şart yok sayılır şeklinde düzenleme getirilmiştir. Gerekçede ise daha önce Özer'in yapmış olduğu eleştirilerin gerekçeleri yer almış ve getirdiği çözüm önerisi kabul edilmiştir¹³⁸.

Primin Ödenme Şekli

Primin ödenmesi genel olarak para borçlarının ödenme şekline dair hükümlere tabidir, dolayısıyla başka türlü bir ödeme şekli kararlaştırılmamışsa nakden ödenmesi gerekir¹³⁹. Çekle ödeme, sigortacının muamelede bulunduğu bankada hesabına para yatırılması, ancak sigortacı buna rıza gösterirse ifa yerine geçer¹⁴⁰.

TTK. m. 1294/f.2 uyarınca "sigorta primi para olarak ödenir." Senet veya çekle ödeme hakkında kanunda özel bir düzenleme mevcuttur. TTK. m. 1294/f.2 cümle 2 uyarınca "ödeme için senet verilmesi halinde senet bedelinin tahsil edildiği tarihte ödeme yapılmış sayılır".

B.K m. 114/f.2, mevcut bir borç için kambiyo taahhüdünde

136 Ünan, S. s.111,HSS

137 Kender, R s.196,HSH

138 Bkz dñn. 134

139 Kender, R. s. 196,HSH

140 Kender, R. s. 196,HSH

bulunmanın veya yeni bir alacak senedi veya yeni bir kefaletname imza etmenin tecdit anlamına gelmeyeceğini hükme bağlamış, ancak aksine anlaşma yapılabileceğini de belirtmiştir.

TTK. m. 1294/f.2c.2 emredici değildir. Şu halde, taraflar TTK. m. 1294/f.2c.2 hükmünün aksini kararlaştırabilirler ve BK m.114fk.2 düzenlemesine uygun olarak, kambiyo taahhüdünün prim borcu yerine geçeceğini veya prim borcu yerine geçmese dahi sigortacının sorumluluğunun ilk prim ödenmeden evvel başlayacağını öngörebilirler.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 20.12.1995 tarih ve 11-935/1137 sayılı kararı primin tahsil anının belirlenebilmesinde önem arz etmektedir. Hukuki sorunun çözümü 537 sayılı KHK öncesi düzenlemeye göre yapılırsa da içeriği açısından incelenmelidir. Bu karar ile HGK, çekin ibrazının ve tahsilâtının sonradan yapılmasının sigorta himayesinin başlangıcı açısından sonucu değiştirmeyeceğini belirtilmiş ve gerekçesini çekin keşide edilmesiyle tahsili için ibrazı mümkün olmasına dayandırmıştır. Bu kararıyla bir nevi, prim ödeme borcunda çek bedelinin tahsil edilmesini, çekin keşide edildiği an olarak kabul etmiştir.

Çek görüldüğünde ödeme yapılan(TTK. m.707) ve tedavül kuvveti yüksek bir kambiyo senedir, çünkü çekte vade olmaz¹⁴¹. Ancak 3167 sayılı Çek Kanununa¹⁴² eklenen geçici ikinci madde¹⁴³ ile bu düzenlemeden 31.12.2009 tarihine kadar vazgeçildiği ve fiili durumun hukuki duruma dönüştürüldüğü görülmektedir. Düzenleme ile birlikte 31.12.2009'e kadar çekler, üzerinde yazan keşide tarihinden evvel ödenmeleri için ibraz edildikleri takdirde, bu ibraz geçersiz sayılacaktır. Demek ki çekin ibrazı halinde ödeme yapılabilir

141 TTK. m.707,Çek Kanunu m.4,16 ayrıca ayrıntılı bilgi için bkz. Bahtiyar, M.s.120, Kıymetli Evrak Hukuku,3.bası,2005 İstanbul; Öztan, F. s.228.244.279.280,Kıymetli Evrak Hukuku,12.Bası,2006 Ankara

142 Çekle Ödemelerin Düzenlenmesi Ve Çek Hamillerinin Korunması Hakkında Kanun

143 **Geçici Madde 2 – (Ek: 18/2/2009-5838/18 md.)** 31/12/2009 tarihine kadar, üzerinde yazılı keşide tarihinden önce çekin ödenmek için muhatap bankaya ibrazı geçersizdir.

olup olmadığı incelenmeden ibraz geçersiz sayılacaktır.

Bu durumda karşımıza iki durum çıkmaktadır. İlki, 31.12.2009'a kadar artık çeklerin tahsili için keşide tarihlerinin esas alınmasıdır. Bu durumda çeklerin üzerindeki keşide tarihinden önce tahsil edilememesinin sağlanmıştır. Dolayısıyla çek görüldüğünde ödenir niteliğini 31.12.2009'a kadar kaybetmekte ve bunun neticesi olarak artık tahsil anı keşide tarihinden önce olamamaktadır. Bu husus ise özellikle sigorta himayesinin başlaması için ilk primin ödemesi hususunda sigorta ettiren için tehlikeli bir durum teşkil etmektedir. Çünkü ilk prim tahsil edilmeden himaye başlamayacağı hayat sigortalarında aksi kararlaştırılmaz bir hükümdür (TTK. m.1264/f.2 uyarınca TTK. 1321/f.3). 31.12.2009'a kadar ilk primin tahsili için artık keşide tarihi çok önem teşkil etmektedir. Dolayısıyla sigorta ettiren keşide tarihini düzenlerken çok dikkatli olmalıdır. HGK kararı dikkate alındığında, keşide tarihinin önemi olmaksızın, çekin görüldüğünde ödenen bir kambiyo senedi niteliğinden ötürü, prim ödeme borcu çekin keşide edilmesi ile ifa edilmiş oluyordu. Ancak 18.2.2009–31.12.2009 tarihleri arasında artık keşide tarihinden önce tahsil imkânı bulunmadığı için, prim ödeme borcu keşide tarihine kadar ifa edilmemiş sayılma tehlikesi vardır. Kaldı ki TTK.da ki düzenleme de senedin tahsil edilmesini aradığından, tahsil edilemeyecek çek ile prim borcu ifa edilmemiş olacaktır.

İkinci durum ise, geçici maddenin yürürlüğünün uzatılmaması halinde 1.1.2010'dan itibaren, çek yine görüldüğünde ödenen bir kambiyo senedi olma niteliğini kazanacak ve HGK kararındaki esas korunacaktır.

Bu nitelikte uyuşmazlıkla karşılaşmamak için en uygun çözümlü şu şekilde bulmaktayız: Çekin tahsil edilebilir olup olmadığına göre, primin tahsil edilip edilmediği ele alınmalıdır. Çek tahsil edilebilir nitelikte¹⁴⁴ ve sigortacı tahsil etmiyor ise, dürüstlük kura-

144 Senedin üzerinde yazan bedelin tamamen tahsil edilebilmesini ifade ediyoruz. Banka hesabında çekin üzerindeki miktarı ödemeye yeterli miktarın, paranın bulunması yeterlidir. B.K m.68 alacağın tamamı belli ve muaccel olduğu takdirde, kısmi ifanın kabulü ancak alacaklının rızasına tabi olacak kuralını düzenlemiştir. Ancak aynı düzenleme kambiyo senetler için geçerli değildir, kambi-

lı çerçevesinde, sigorta himayesinin devam ettiği ve sigorta ettirenin prim ödeme borcundan dolayı temerrüde düşmediği kabul edilmelidir¹⁴⁵. Yargıtay 11. HD. E.1997/7768, K. 1995/1137 sayılı kararında ise, prim ödemesi için bono verildiği durumlarda sigortacının riziko gününe kadar bu bonoları tahsil etmemekle birlikte nezdinde tutmak suretiyle sigorta ettirende primlerin tahsil edildiği inancını yaratması haklı görülmemiştir ve MK. m.2'ye aykırı bir durum teşkil ettiği vurgulanmıştır. Bu karar da görüşümüzü destekler nitelik taşımaktadır. Ayrıca, İngiltere'de sigorta ettirenin hesabında yeterli para bulunduğu takdirde, sigortacı nakit ödeme dışındaki metotlardan birini kabul ettiği için, artık bankadan kaynaklanan bir kusur halinde dahi sigortacının sigorta himayesini sağlama görevi vardır¹⁴⁶.

İlgili Yargıtay kararı ışığı altında, *tasarıda* prim ödeme borcunun ilk taksidi için bir sorun ortaya çıkmayacaktır. Çünkü *tasarı* ile nakden ödeme koşulu getirilmektedir¹⁴⁷. Diğer taksitler için ise kambyo senedi verilebilmesini kabul etmiş olduğundan yukarıdaki açıklamalarımız burada da geçerli olacaktır.

Sigortacının sorumluluğunun ilk primin ödenmesinden itibaren başlayacağına ilişkin TTK. m. 1295/f.3, sigorta ettiren lehine değiştirilebilen hükümlerdendir (TTK. m. 1264/f.4). Kaldı ki TTK. 1282 hükmü de, sigortacının sorumluluğunun ilk primin ödenmesi ile başlayacağı kuralının aksinin kararlaştırılabileceğini açıkça öngörmektedir. Ancak, mal sigortalarına ilişkin bu düzenleme, hayat sigortaları açısından geçerli bulunmamaktadır. Çünkü TTK. m.1321/f.3 mutlak surette emredici olan bir hükümdür. Bu hükmün aksine anlaşma yapılması, o anlaşmanın içinde yer aldığı sigorta sözleşmesinin tü-

yo senetlerinde kısmi ifayı kabul zorunluluğu getirilmiştir (TTK m.621/f.2, 690, 730/f.1-b.8). Ancak biz ise bu kısmi ifa halindeki ödemenin, tahsil edilebilirlik için yeterli görmüyoruz. Aksi takdirde prim ödeme borcunun muhtevası ortadan kalkar ve sigortacı aleyhine bir uygulama teşkil eder.

- 145 Kısmi ifa ayrımı yapmadan aynı görüşün savunması için bkz. **Özer, D.** s.150
- 146 **Birds, J/Hird**, N. s.168, *Weldon v. GRE Linked Life Assurance Ltd*, QBD., April 14, 2000, bu davada sigorta ettiren tahsil zamanında hesabında yeterli miktarda para bulundurmadığı için, sözleşmeyi ihlal ettiğine hükümlenmiştir.
- 147 *Tasarı* m.1430 Bu hüküm *tasarının* getirdiği düzenleme ele alınırken daha ayrıntılı olarak incelenecektir.

müyle geçersizliğine yol açar (TTK. m.1264/f.2). Dolayısıyla, hayat sigortalarında ilk prim borcu varlığını sürdürdüğü (mesela itfa edilmediği veya tecdide de konu olmadığı) müddetçe sigortacının rizi-koyu taşıması mümkün değildir¹⁴⁸.

TTK. nın 1294/III. maddesi uyarınca prim, peşin veya aylık ya da yıllık olmak üzere taksitler halinde ödenebilir. Peşin (maktu) ödemelere kapital sigortasında ender rastlanılırken, taksitli ödemeler (devresel-periyodik); sözleşme süresi boyunca veya sözleşme süresi içinde sınırlı süreyle olmak üzere iki türlü olabilir: İlk durumda, sigorta ettiren sözleşmenin yapıldığı tarihten başlayarak sözleşme süresi boyunca ödemede bulunmakta, sınırlı ödemede ise sigorta ettiren, sözleşme süresi boyunca değil, belli bir döneme kadar pirim ödemektedir ve bu dönem daima sözleşme süresinden daha kısadır¹⁴⁹.

Sigorta ettiren primi, şirkete veya yetkili temsilciye(acent) ödemekle borcundan kurtulur. Sigorta aracısının primi tahsil yetkisini haiz olup olmadığının tespiti gerekir, çünkü aracının akit yapmaya yetkili bulunması mutlaka prim tahsili yetkisine de sahip olduğu anlamına gelmez¹⁵⁰.

Tasarıya göz atacak olursak çok ilginç düzenlemelerin olduğunu göreceğiz. Öncelikle, sigorta priminin taksitler ile ödenmesi kararlaştırılmış ise, ilk taksidinin nakden ödenmek koşuluyla sonraki primler için kambyo senedi verilebileceğini ve bu durumda ödemenin tahsil anında gerçekleşeceğini söylemektedir. İlk primin nakden ödenme zorunluluğunun getirilmesi ise gerekçede şu şekilde açıklanmaktadır:” Sigortacının sorumluluğunun başlangıcı, ilk prim ödemesine bağlandığından ileride ortaya çıkabilecek sorunların önüne geçilebilmesini teminen, özellikle primin taksitle ödeniyor olması durumunda ilk taksitin nakden ödenecek olması üzerinde maddede özellikle durulmuştur.”Ancak *tasarının* 1421. maddesinde ise himayenin primin ya da ilk taksidin ödenmesinden önce başlatılabileceği-

148 Ünán, S. s. 113, HSS

149 Özer, D. s.148-149

150 Kender, R. s.197, HSH

ni kabul etmiştir. Bu durumda madde gerekçelerini de ele alarak değerlendirdiğimizde *tasarının* istediği amaca hizmet etmediğini görmekteyiz. Ayrıca gerekçe ile madde hükümlerinin neticesi çelişkili olmaktadır. Taraflar *tasarının* 1421. maddesine göre ilk taksidi ödemedi dahi himayenin başlayabilmesini kararlaştırabilmekteler ve fakat ilk taksidin peşin ödeme dışında bir ödeme ile yapılamayacağı ise kararlaştıramamaktadırlar(1452/f.2). Ödeme yapılmadan dahi taraflar himayenin başlayabileceğini kararlaştırabileceklerken, ilk taksidin peşin ödeme zorunluluğuna tabi tutulması tatminkâr değildir ve gerekçede ki izah açıklamalarımız çerçevesinde bir çelişki oluşturmaktadır¹⁵¹. Hayat sigortaları için ise, hayatı sigortalanan kimse ilk primin ödenmesinden önce ölmüşse sigorta sözleşmesi geçersiz olacağı hükmünün mutlak emrediciliği korunduğundan, bu çelişki hayat sigortaları için sorun teşkil etmeyecektir(m.1487/f.2).

TTK.da ise primin ödenebilmesi için senet verilebilmesi kabul edilmekte, dolayısıyla sadece kambiyo senetleri değil adi senet ile ödeme imkânı da tanınmaktadır. *Tasarı* ile sadece kambiyo senedi verilebilmesi kabul edilmiş ve bunun aksinin kararlaştırılamaz olduğu, aksi halde bunun geçersiz olduğunu belirtmiştir(*Tasarı* m. 1452/f.2).

Tasarıya getirilen en yoğun eleştirilerden biri de, kredi kartlarıyla ilgili bir düzenleme getirilmemiş olmasıdır. Bir görüş, kredi kartı makinesinden geçirilerek prim çekildiği an, ödemenin yapıldığının kabul edilmesi gerektiğini savunurken¹⁵² diğer bir görüş ise ödeme sağlayan kuruluşun parayı sigortacının hesabına geçirdiği tarihte yapılmış sayılacağını ileri sürmektedir¹⁵³. Bu hususun *tasarıda* çözüme kavuşturulması gerekmektedir.

İngiliz Hukukundaki düzenlemeye bakacak olursak: Yasal düzenleme ile getirilmiş bir ödeme çeşidi zorunluluğu yoktur, ancak uygulamada yaşanan sorunlardan ötürü sigortacı peşin ödemeyi ter-

151 Benzer görüşler: **Ayli**, A.s.226-227; **Ünan**, S. s.130-131; SHD, Özel Sayı:1,2005

152 **Memiş**, T. s.98,SHD, Özel Sayı:1,2005

153 **Ayli**, A. s. 227, SHD, Özel Sayı:1,2005

cih etmektedir¹⁵⁴. Sigortacının çek ya da başka bir ödeme vasıtasını kabul etme zorunluluğu olmasa da, çek ile ödemeyi kabul edip de tahsil edilmeden riziko gerçekleşmesi halinde doktrinde tartışma vardır; kural çekin tahsil edildiği anda (honoured) ödeme yapıldığının kabulü olsa da, mahkemeler çekin karşılığının bulunduğu durumlarda sigortacının sigorta bedelini ödemesi gerektiğine hükmetmişlerdir¹⁵⁵. Sigorta himayesinin başlangıcı için bir yasal düzenleme getirilmemiş ancak uygulamada sözleşmeye ilk prim ödenmeden himayenin başlamayacağı hükmü konmaktadır¹⁵⁶.

154 Bird s,J. /Hird, N s.167

155 Bird s,J. /Hird, N s.168; Hodgin, R. s.122,125;Özer, D. s. 150-151

156 Canning v. Farquhar(1886) 16QBD 727 davasında sigorta ettiren Canning, teklifnameyi vermiş ve teklifnamesi kabul edilmiş. Ancak sözleşmede ilk prim ödenmeden himaye başlamayacağı belirtilmiştir. Canning ilerleyen günlerde uçurumdan düşüp ciddi şekilde yaralanır. Bunun üzerine sigortacıya ilk prim gönderilir ancak sigortacı bunu kabul etmez. Daha sonra Canning'in ölümü gerçekleşir ve sigortacıda sigorta bedelini ödemez. Bunun üzerine olay Lortlar Kamarasının önüne kadar gelir. Lortlar farklı görüşlerle ancak aynı sonuca ulaşırlar ve sigorta ettirenin talebini reddederler. Lord Esher Mr. , sigorta hukukunda, prim ödeme talebinin kabul zorunluluğu olmadığını belirtmiş buna karşın Lindley LJ ise olayın sözleşmede esaslı değişikliğe sebep olduğunu ve bu bakımdan sigortacının primi kabul zorunluluğu olmadığını belirtmiştir. Eğer bu husus Türk mahkemelerinin karşısına gelseydi, hâkim nasıl bir karar verebilirdi? Clausula rebus sic stantibus(akitlerin ifasını, şartların değişmemesine bağlayan fikir)a göre karar verecek olursa, pacta sunt servanda (ahde vefa) prensibine sıkı sıkıya bağlı kalacak ve prim ödeme borcunun ifasının kabulü gerektiğine hükmedecektir. Türk ve İsviçre Hukuklarında bu durumlarda çoğunlukla dayanılan dürüstlük kuralınca çözüm bulunması yoluna(işlem temelinin çökmesi) gidecek olursa, işlem temelinin çökmesi için aranan şartlara bakacaktır.1)Edimler henüz ifa edilmemiş olmalıdır.2)Zaman içinde devam eden akdi ilişkide tarafların edimleri arasındaki denge, borçludan sonuçları yüklenmesi istenemeyecek kadar büyük ölçüde bozulmuş olmalıdır. Buna işlem temelinin çökmesi de denir.3)Edimlerin dengesindeki bu değişiklik akit yapılırken öngörülemeyen(savaş, ekonomik kriz, yüksek devalüasyon, tabi afetler, Hükümet kararlarında önemli değişiklikler gibi) olağanüstü sebeplerden ileri gelmelidir. Ancak olayımızda böyle önceden öngörülemeyecek bir olağanüstü durum söz konusu değildir. Ölümüne bağlı hayat sigortasında, sözleşme kurulduktan sonra, sigortalının ölümüne yazıyor olması durumu öngörülemeyen bir durum değildir. Riziko zaten ölümün gerçekleşmesidir. Ölüm gerçekleşince sigortacının da sigorta bedelini ödeme borcu karşımıza çıkacaktır. Ölüm gerçekleştikten sonra prim borcu ifa edilmek istenseydi, aksi kararlaştırılmayan TTK. m.1321/f.3 uyarınca, sigorta sözleşmesi hükümsüz olacak ve himayede başlamayacaktır. Ölüm şartıyla yapılan bir sözleşmede

Borcun, yabancı para ile ifasını engelleyen yasal bir düzenleme yoktur¹⁵⁷. Esas olan Türk parası ile ifadır(BK. m.83).

Yabancı para üzerinden kararlaştırılan borcun memleket parasına çevrilmesi veya yabancı paraya endeksli olarak düzenlenmiş sözleşmede borcun ifası sırasında hangi tarihteki kurun esas alınacağı konuları da önemlidir. Tarafların irade serbestisi içinde çevirmeye esas alınacak kuru belirlediklerinde bir sorun çıkmayacaktır, ancak sözleşmede bu yönde bir tespit yoksa konunun ne şekilde çözümleneceği BK' nın 83. maddesinin ikinci ve üçüncü fıkralarında hüküm altına alınmıştır. BK' nın 83/II. maddesi uyarınca yabancı para borcunun memleket parası ile ödenmesinde vade günündeki rayiç esas alınır. Buna karşın BK' nın 83/III. maddesine göre, yabancı para borcunun vadesinde ödenmemesi halinde alacaklı, bu borcu vade veya fiili ödeme günündeki rayice göre Türk parası ile ödenmesini isteyebilir. Vade, tarihinde ifada bulunmaması üzerine BK' nın 83/III maddesi ile alacaklıya tanınan dilerse vade tarihindeki dilerse fiili ödeme tarihindeki kura göre ödemeyi Türk parası ile isteme hakkının borçlunun tercih hakkını sınırlandırıp sınırlandırmadığı hususu tartışmalıdır¹⁵⁸. Ayrıca; yabancı para borcunun memleket parasına çevrilmesinde veya yabancı paraya endeksli olarak düzenlenen sözleşme de borcun ifası sırasında hangi tarihteki kurun esas alınacağından sonra, hangi kurun esas alınacağına da tespiti gerekir: Taraflar bu konuyu sözleşmede düzenlemişlerse bu düzenlemeye uyulur, ancak sözleşmede konuya ilişkin herhangi bir hüküm yer almamışsa sorunun ne şekilde çözüleceğinin tespiti önem kazanır. Bu konu da doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre efektif kurun, bir görüşe göre döviz kurunun, bir diğer görüşe göre de nakit ödemelerde efektif kurun, nakit dışı ödemelerde döviz kurunun esas alınması gerekir¹⁵⁹.

ölümün öngörülemez olağanüstü durum olmadığı aşikar olduğundan, sigortacının sigorta bedeli ödemesi gerekir, ancak durum M.K m.2 kapsamında dürüstlük kuralına aykırı düşsün.

157 Ayrıntılı bilgi için bkz. **Özer, D.** s. 151-153

158 **Oğuzman, K./Öz, T.** s.236

159 **Oğuzman, K./Öz, T.** s.235-236; **Özer, D.** s. 153-154

Hayat Sigortasında Prim Ödememenin Hukuki Sonuçları

İfası mümkün ve muaccel bir borcu zamanında ifa etmeyen borçlu, ifada gecikmiş addolunur ve kanundaki bazı şartların varlığı halinde borçlunun temerrüdüne düşer¹⁶⁰. B.K.nun 101 maddesi genel olarak borçlu temerrüdünü düzenlemiştir. Bu hükme göre: Borcun muaccel olması ve ihtar koşulları aranmaktadır. Doktrin bu şartların yanına borcun ifasının mümkün ve alacaklının ifayı kabule hazır olması gerektiği koşulları eklemiştir¹⁶¹. Netice olarak diyebiliriz ki, karşılaştırılan vadede ödemedede bulunmayan sigorta ettiren, mütemerrit olur.

Prim ödeme borcu, sözleşmenin tarafı olan sigorta ettirene aittir. Sigorta ettirenin değişmesi¹⁶² durumunda ise, yeni sözleşmeye ilişkin prim borcunu yeni sigorta ettiren üstlenir.

Hayat sigortalarında prim ödenmemesinin sonuçları ise, çoğunlukla uzun vadeli olması, bir meblağ sigortası şeklinde olması ve tasarruf niteliği taşımasından ötürü bizim hukukumuzda ve yabancı hukukta da ayrı olarak düzenlenme ihtiyacı duyulmuştur¹⁶³.

Hayat sigortasında sigorta ettirenin prim ödeme borcunda temerrüde düşmesi TTK.nın 1325. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddede ise TTK.nm 1297. maddesine atıfta bulunmaktadır. TTK.nın 1297. maddesi ise 537 sayılı KHK ile değişikliğe uğramış ve fakat bu KHK 11.3.1996 tarihinde Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilmiştir. Bu yüzden kanuni düzenlemelerin baştan itibaren incelenmesi gerekmektedir. Belirtmek isteriz ki, en az üç yıllık primi ödenmiş hayat sigortalarında, işira ve ikraz hakları ve tenzile yönelik hususlarda bir değişikliğe gidilmemiştir. TTK. ilk primin ödenmemesi ile sonraki primlerin ödenmemesinin neticelerini ayrı düzenlemiştir. Bu bakımdan kanuni sistem takip edilecek ve değişiklikler ele alınacaktır.

160 Oğuzman, K./Öz, T. s.295

161 Ayrıntılı bilgi için bkz. Oğuzman, K./Öz, T. s.296 vd.

162 Hayat Sigortaları Genel Şartlarında açıkça hakların ve borçların devri düzenlenmiştir. m. C.8/f.8.1 " Bu sözleşmeden doğan hakların veya borçların devri mümkündür"

163 Kender, R. s.205, HSH

Özellikle belirtilmesi gereken esas ise şudur: Sigorta ettiren primi zamanında ödemediği takdirde, sigortacının akdin ifasını talep etme hakkı yoktur, primin ifası için dava açamaz(TTK. m.1325/f.1).

İlk Primin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları

Sigorta himayesi ilk primin ödenmesi ile başlar(TTK. m.1321/f.3) ve taraflar bunun aksini kararlaştıramazlar(TTK. m.1264/f.2).Bu tam emredici bir düzenleme olarak kaleme alınmıştır.

İlk prim ödenmeden önce hayatı sigortalanan kimse ölecek olursa, sigorta himayesi gerçekleşmez.

Sigortacı ilk primin ifası için dava açamaz ancak sözleşmenin feshini isteyebilir. İlk prim ödenmediğinde himaye başlamayacağından, sigortacının sigorta ettirenin peşini bırakması makul karşılanmalıdır. İhtar çekip masraf yapmaktan kaçınabilir.

Sigortacının alacağını, sigorta ettirenin karşı alacağı ile takası mümkündür; Özellikle, sigortacı ödenmesi gereken sigorta bedelinden, muaccel prim alacaklarını indirebilir¹⁶⁴. *Tasarıyla* birlikte sigortacı prim alacağını sigorta bedelinden düşebilecektir(m.1431/f.4).Gereçede sigortacının menfaati göz önünde bulundurularak, lehdardan dahi tahsil edebilmesinin imkânı sağlanmak istendiği belirtilmektedir.

Diğer taraftan, prim borcu için kambiyo senedi düzenlenir, bu senet sigortacı tarafından tedavüle çıkarılır ve senedin yeni hamili kötü niyetli¹⁶⁵ olmaz ise, icra takibi ve dava yoluna gidilebilir¹⁶⁶.

Yargıtay, ilk prim için acentaya pey makbuzları karşılığı kısmen nakit para kısmen de bono verilmesi durumunda, acentanın

164 Ünan, S. s. 115,HSS. İlk prim için takas beyanında bulunulabilmek güçtür, çünkü takas ile borcu sonlandırabilmek için, borcun ifasının istenebilir olması gerekir(Bkz. Oğuzman, K./Öz, T. s.456).Ancak ifası dava edilemeyen borcun ifası talep edilebilir olduğunun kabulü ise zor görünmektedir.

165 Senedi sırf sigorta ettirenin hayat sigortasında prim borcunun dava yoluyla talep edilemeyeceği savunmasını ileri sürmesine engel olmak için devralmış bulunması hali.

166 Ünan, S s.117,HSS

bono tutarlarını sigorta şirketine intikal ettirme kaydıyla, bonoların tahsili için dava hakkının olduğunu kabul etmiştir¹⁶⁷.

Tasarı m.1434/f.2 ile yeni bir düzenleme getirilmiştir. Bu hükme göre, İlk taksidi veya tamamı bir defada ödenmesi gereken prim, zamanında ödenmediği takdirde, sigortacı, ödeme yapılmadığı sürece, sözleşmeden üç ay içinde cayabilir. Burada kastedilen sözleşmeden dönmedir. Üç aylık süre ise vadeden başlayacaktır. Prim alacağının, muacceliyet gününden itibaren üç ay içinde dava veya takip yoluyla istenmemiş olması hâlinde, sigortacı sözleşmeden caymış sayılır.

Üç aydan kısa süreli sözleşmeler için özellikle kısa süreli olan mal sigortaları için, cayma hakkının uygulanması söz konusu olmayacaktır.

4.1.1.1.5.2. Sonraki Primlerin Ödenmemesinin Hukuki Sonuçları

4.1.1.1.5.2.1. 537 Sayılı KHK Öncesi

TTK'nın 1325. maddesinin atfı uyarınca 1297/f.1 madde uygulanmaktaydı.1297/f.1 ilk hali ise şu şekildeydi: "Sigorta ettiren kimse, sigorta primini 1295. madde gereğince vermemiş veya prim tecil edilmiş yahut taksitlere bağlanmış olduğu halde işbu primi veya herhangi bir taksidi vadenin bitiminde ödememiş ise, sigortacı, kendisinin veya akid sıfatıyla hareket eden vekilinin yazı ile sigortacıya bildirilmiş son ikametgâh veya meskenine resmi bir ihtarname veya taahhütlü mektup göndererek bir ay içinde mezkûr ücret veya taksidi ödemez ise sigortanın feshedilmiş olacağını ihtar eder. Bu sürenin bitiminde borç ödenmemiş ise sözleşme feshedilmiş olur."

Kanuni düzenleme uyarınca mal sigortalarına uygulanan hüküm, hayat sigortalarına da uygulanıyordu. Bu fesih hakkını kullanabilmesi için izlemesi gereken bir prosedür vardır. Öncelikle sigorta primini 1295. madde gereğince vermemiş veya prim tecil edilmiş yahut taksitlere bağlanmış olduğu halde işbu primi veya herhangi bir taksidi vadenin bitiminde ödememiş ise, sigortacı, kendisinin veya

167 Ulaş, I s. 106;kararın eleştirisi için ise bkz. Ünan, S. s. 116-17,HSS

akid sıfatıyla hareket eden vekilinin yazı ile sigortacıya bildirilmiş son ikametgâh veya meskenine resmi bir ihtarname veya taahhütlü mektup gönderecektir. Bu ihtarname ya da taahhütlü mektupta ise sigorta ettirene borcu ifa etmediği takdirde sözleşmenin feshedileceğini bildirecek ve en az bir aylık süre verecektir. (Sigorta ettiren aleyhine değiştirilemeyen amir hükümleridir TTK. m.1264/f.4). Bildirimde açıkça bu hukuki neticeyi bildirmelidir ve borcun ifasını istemelidir, aksi halde beyanı ihtar niteliği taşımayacaktır¹⁶⁸.

Temerrüde düşülmesi ise ihtarname ya da taahhütlü mektup gönderilmesine bağlı değildir¹⁶⁹.

İkametgâh ya da meskenle ilgili olarak belirtilmesi gereken bir hususta şudur: Adliye Encümeni Mazbatasında, sigortacının, sigorta ettirenin ikametgâhını öğrenmeye mecbur tutulmasının ikametgâh ve mesken değişikliklerini sigortacıya bildirmekle yükümlü bulunan diğer tarafın bu yükümlülüğü yerine getirmemiş olması karşısında sigortacıya ağır bir külfet yüklemek demek olduğundan, ikametgâh ve mesken değiştirme halinde adresin yazılı olarak sigortacıya bildirilmesinin, aksi takdirde bunun sonuçlarına sigorta ettirenin katlanıyor olmasının menfaatler dengesine daha uygun düşeceği belirtilmiş ve sigorta sözleşmesi temsilci ile yapıldığı hallerde, tebligatın sigorta ettiren yerine temsilciye de yapılabilmesi uygun görülmüştür¹⁷⁰.

Bir aylık sürenin başlangıcında beyanın varma anı esas alınacaktır.¹⁷¹

Sigorta himayesi verilen sürenin(en az 30 gün) sonuna kadar devam eder ve sürenin bitiminde sigorta sözleşmesi feshedilmiş olur ve himaye ortadan kalkar(TTK. m. 1297/f.1).

168 **Oğuzman, K./Öz, T** s. 298.Yargıtay 11.HD,13.11.1975 tarih,1975/6502 sayılı kararında, sadece otuz günlük mehil süresinin verilmesini yeterli saymamış, ayrıca, otuz gün içinde primin ödenmemiş olması halinde sözleşmenin feshedileceğinin bildirilmesi gerektiğine karar vermiştir.

169 **Kender, R.** s.200, HSH ancak bu hususun tartışma götürür nitelikte olduğu yönünde açıklama için age. Bkz dpn.107

170 **Özer, D** s.159-160

171 **Kender, R.** s.201,HSH

537 Sayılı KHK İle Değişiklik Neticesinde TTK. nın 1297. Maddesindeki Düzenleme

537 sayılı KHK ile TTK.mn 1295. maddesine prim taksitlerinin kesin ödeme zamanının ve ödenmemesinin hukuki sonuçlarının poliçe üzerine yazılacağı hükmü eklenmiş ve TTK.nın 1297 maddesi tamamen değiştirilmiştir(RG:15.7.1994-21991).TTK.mn 1297. maddesi, bir yıl ve bir yıldan kısa süreli can sigortaları için farklı düzenlemeler getirmiş ve daha önceki kanunun uygulamasını bir yıldan uzun süreli can sigortaları için kabul etmiştir: İptal edilen hüküm şu şekilde idi:” *Diğer sigortalarda ise, sigorta ettiren kimse sigorta primini, 1295inci maddé gereği vermemiş veya prim tahsil edilmiş yahut taksitlere bağlanmış olduğu halde poliçede vadeleri tayin ve tesbit edilen herhangi bir taksidini, vade gününü takip eden on beş gün içerisinde dahi sigorta ettiren prim borcunu ödemediği takdirde bu müddetin bitiminden itibaren on beş gün süre ile sigorta teminatı durur, bu sürenin sonuna kadar prim ödenmediği takdirde sigorta sözleşmesi bitiminde ödememiş ise temerrüde düşer. Temerrüd gününü takip eden on beş gün içerisinde dahi sigorta ettiren prim borcunu ödemediği takdirde bu müddetin bitiminden itibaren on beş gün süre ile sigorta sözleşmesi herhangi bir ihtara gerek kalmadan feshedilmiş olur ”*

İptal edilen hüküm uyarınca, temerrüde düşülmesi halinde, temerrüt gününü takip eden on beş gün sigorta himayesi devam edecek, riziko gerçekleştiği takdirde sigorta bedeli ödenecektir.

Bu müddetin bitimine kadar prim borcu ödenmediği takdirde, bu on beş günü takip eden on beş gün içinde sigorta himayesi duracaktır. Bu himayenin durduğu sürede riziko gerçekleşirse, sigorta bedeli ödenmeyecektir.

Yukarıdaki açıklamalarımız da göstermektedir ki, Borçlar Hukukunun temel prensibinden burada ayrılınmış ve ihtara gerek kalmadan fesih imkânı getirilmiştir. Bu bakımdan ve sonuçları itibariyle doktrinde haklı olarak eleştirilmiştir¹⁷².

172 Bu düzenleme, sigorta hukuku ve sigortacılık esasları açısından sakıncalı bulunmuş, sigortacılığın gelişmesi için bir engel teşkil edeceği ve sigorta şirketi-

Bu durumda hayat sigortaları için uygulanacak üç farklı durum ortaya çıkmaktadır.

a) Bir yıl ve daha kısa süreli hayat sigortaları için TTK. m.1297/f.2 uygulanacak

b) Bir yıldan uzun ve üç yıla kadar ki hayat sigortalarında TTK. m.1297/f.1 uygulanacak

c) En az üç yıllık prim borcu ödenen hayat sigortaları için ise TTK. m.1327 deki satın alma ya da ödünç hakları kullanılabilir, kullanılmaz ise sözleşme, prim ödemedi muaf sigorta durumuna gelecektir.

4.1.1.1.5.2.3. 537 Sayılı KHK İptali Üzerine Ortaya Çıkan Hukuki Durum

537 sayılı KHK. nın 2. ve 3. maddeleri ile değiştirilen TTK. m.1295¹⁷³ ve 1297 Anayasa Mahkemesi tarafından 11.3.1997 tarihli kararıyla iptal edilmiş ve karar Resmi Gazete'de yayınlanmasından (16.10.1997-23142) 6 ay sonra (16.4.1998) yürürlüğe girmiştir¹⁷⁴.

İptal sonucunda ise bir yıl ve daha kısa süreli hayat sigortalarında ne tür bir uygulamanın olacağı tartışma konusu olmuştur ve ortaya iki görüş çıkmıştır¹⁷⁵: İlki, Borçlar Kanunu'ndaki borçlu temerrüdüne ilişkin hükümlerin uygulanmasıdır¹⁷⁶. İki tarafa borç yükleyen

nin önemli müşterilerin karşı zor durumda kalabileceği, hatta bazen sigortacının ayırım yapıp, önemli müşterilere ödemedi bulunulabileceği belirtilmiştir. Bkz. **Kender, R.** s. 202, **Özer, D.** s 160- 161

173 Prim taksitlerinin kesin ödeme zamanının ve ödenmemesinin hukuki sonuçlarının poliş üzerine yazılacağı hükmü getirilmiştir.

174 537 sayılı KHK'ye dayanak teşkil eden 1.6.1994 tarih ve 3991 sayılı Yetki Yasası, Anayasa Mahkemesinin 29.11.1994 gün, E.1994/68 ve K.1994/80 sayılı kararıyla iptal edilmiştir. Yargıtay 11. HD. , kasko olayında olayın çözümüne uygulanan m. 1297/f.2 iptali için Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi ise yetki yasası iptal edilen bir kanun hükmünde kararname ile yetki yasasına dayanılmadan çıkartılan KHK ile yetki yasası arasında bir fark bulunmadığı gerekçesi ile iptal etmiştir.

175 **Kender, R** s.202, HSH; **Özer, D.** s.161; **Özer,** 537 sayılı KHK değişikliği ile 1325/f.1 geçerliliğini yitirdiği ve iptal sonrasında ise tekrar canlanıp canlanmadığının tartışma konusu götürdüğünü belirtmiştir., age, s. 161-162

176 **Kender, R** s.202, HSH

akit olduğunu daha önce belirttiğimiz sigorta sözleşmesine Borçlar Kanunu'nun uygulanması isabetlidir. Kaldı ki TTK. m.1264 de TTK. da hüküm olmadığı zaman B.K.nun uygulanacağını belirtmiştir. B.K.nda ise ilgili hüküm m.106'dır.İkinci görüş ise, yine B.K.nuna giderek çözüm bulmuş ancak gerekçeleri ve sonuçları farklı olmuştur: İptal edilen hüküm poliçelerde yazılmış olduğundan artık sözleşme şartı olarak ele alınacağını ve kanuni boşluk dolduruluncaya kadar uygulanabileceğini kabul etmektedirler ve kendilerine destek olarakta uygulamanın ihtiyacını belirtilmektedir¹⁷⁷.

Yargıtay ise verdiği kararlarda(11.HD. 20.09.1999 tarihli ve E.1999/49223,K. 199/7901¹⁷⁸ ve 11.HD. 05.03.2002 tarih ve E.2001/9953 K.2002/1943¹⁷⁹),537 sayılı KHK. nın tekrarı niteliğindeki düzenlemeleri geçersiz saymıştır. TTK. da bir boşluk oluşmadığını, çünkü TTK. m.1264/f.1 uyarınca B.K.nun uygulanacağı, B.K.da ise aynı konuyu düzenleyen B.K m.101 ve onu izleyen temerrüt maddelerinin tatbik edileceğini kabul etmiştir. TTK. m.1264/f.4 uyarınca tarafların, bu fıkırdaki belirtilen düzenlemelere aykırı anlaşma yapamayacakları, aksi halde bunun geçersiz olacağı ve kanun hükümlerinin uygulanacağını vurgulamışlardır.

Yukarıdaki bilgilerin ışığında karşımıza çıkan durum şudur:

1) Bir yıl ve daha kısa süreli hayat sigortalarında, isabetli bulunmadığımız görüş sözleşme özel şartı haline gelen 537 sayılı KHK düzeninin uygulanacağını, ihtarsız fesih imkânı olduğunu kabul ederken, Yargıtay ve diğer görüş ise B.K.nun temerrüt hükümlerine göre fesih yolunu mümkün görmekte dirler.

2) Bir yıldan daha uzun hayat sigortalarında prim ödeme borcundan dolayı temerrüt halinde,1297/f.1 uygulanacak ve bir ay içinde söz konusu ücret veya taksidi ödemez ise sigortanın feshedilmiş olacağını ihtar edecek. Bu sürenin bitiminde borç ödenmemiş ise

177 Kender, R. s. 203

178 YKD. ,s. 55-58, C.26 Ocak 2000,S.1

179 Çeker, M s.51

sözleşme feshedilmiş olacak¹⁸⁰

3) TTK. nın 1325/f.2-3 de düzenlendiği üzere, sigorta ettiren, en az üç yıllık primi ödmeden önce taahhüdünden cayar ya da taahhüdüne riayet etmezse, verdiği primi veya bedeli sigortacıdan talep edemez¹⁸¹. Buna karşılık, sigorta ettiren, en az üç yıllık primi ödedikten sonra sigortadan cayar ya da taahhüdüne uymazsa 1327. maddedeki sigortanın satın alınmasını isteme (iştirah hakkı) ve ödünç para alma (İkraz hakkı) haklarını kullanabilir. Bu hususların poliçede açıkça gösterilmesi gerekir. Bu haklarından faydalanmaz ise akit, prim ödmeden muaf sigorta (tenzil) haline gelir.

Sigorta ettiren en az üç yıllık primi ödedikten sonra 1327. maddedeki haklarını kullanabilmesi için talepte bulunmalı ve sigorta poliçesini iade etmelidir. Sigortacı ise bu talep ile bağlıdır. Şayet bu haklarını kullanmazsa sigorta ödmeden muaf sigorta karşımıza çıkar. Bu durumda karşımıza üç hal çıkmaktadır:

a) Sigortanın Satın Alınmasını İsteme Hakkı (İştirah): En az üç yıllık primi ödemiş olan sigorta ettiren, poliçenin¹⁸² iadesi karşılığında, sözleşmeyi feshederek o andaki iştirah bedelinin¹⁸³ kendisine

180 TTK. mız 1297/f.2 ile BK' nun sistematüğinden 3 noktada ayrılmaktadır. 1) BK. uygun süreden bahsetmekte ve bunun hâkim tarafından da belirlenebileceğinden belirtmektedir. TTK ise en az otuz günlük süreyi uygun bulmaktadır. Bir nevi uygun süre en az otuz gün olarak ele alınmıştır. 2) BK' nda ihtarda belirtilen uygun süre sonrasında borcun ifa edilmediği takdirde hangi hakkın seçildiğinin belirtilmesi gerekir, fesih hakkını kullanıyorsa bunu belirtmelidir. Ancak TTK. da ise ihtara rağmen borç ifa edilmediği takdirde, sözleşme otomatikman fesholmaktadır. 3) TTK. nın sadece fesih yolu mümkünken, BK' nda cayma (dönme) da mümkündür.

181 Sigorta himayesi fesih tarihine kadar devam ettiği için bu makul karşılanmalıdır. Yargıtay 11. HD. E. 1979/3582, K:1979/3825 kararında, hayat sigortalarında sigorta ettirenin 3 yıl geçmeden sözleşmeden cayması halinde ödediği primleri isteyemeyeceği kabul edilmiştir. (R, Kender s. 206, HSH)

182 Poliçe sadece ispata yönelik bir belgedir. Poliçe iade edilmeksizin de, sözleşmenin iştirah ile sona erdiğinin ispatı mümkündür. Ünân, S. s.135, HSS

183 İştirah bedelinin poliçede yazılı bedele göre yazılacağı belirtilmiştir. (TTK m.1327). İştirah tutarı primin matematik tutarına tekabül ettiğinden, poliçedeki cetvel herhangi bir sebeple farklı bir tutar içerdiği takdirde cetvele kesin bağımlık söz konusu olmamalıdır. Ünân, S. s. 136

verilmesini talep edebilir¹⁸⁴.

Bunun neticesinde, sigorta ettirenin¹⁸⁵ o zamana kadar ödemiş olduğu primlerin oluşturduğu riyazî ihtiyatları¹⁸⁶ poliçe karşılığında kendisine ödenir. Artık sözleşme sona erer, karşılığında riyazî ihtiyat sigorta ettirene ödenir.

TTK. satın alınmasını isteme hakkını bütün hayat sigortalarına tanımıştır¹⁸⁷.

Tasarıda bu kurum fikir olarak korunmuş, bazı değişikliklere gidilmiş ve sigortadan ayrılma olarak düzenlenmiştir(m.1500).

Tasarıyla birlikte üç yıllık süre bir yıla inmektedir. Gerekçede uygulamalar dikkate alınarak bu yola gidildiği söylenmektedir.

TTK. da bazı maddelerde sadece üç yıllık primden bahsedilirken bazı maddelerinde üç yılın geçmesinden bahsedilmiştir. Bu ise uygulamada sürenin primle mi yoksa sözleşme süresiyle mi ilişkilendirileceği tartışmasını beraberinde getirmiştir. *Tasarıyla* birlikte bu konuya da açıklık getirilmiş ve hem sözleşme süresinin hem de o döneme ilişkin primin ödeniyor olması ilkesi benimsenmiştir.

İsabetli olarak, *tasarıda* poliçenin iadesi kavramı kanundan çıkarılmıştır. Ayrılma değeri için ayrılmanın istendiği andaki genel kabul görmüş aktüerya kurallarına göre hesaplanacağı belirtilmiştir.

Tasarıda, suiistimallerin önüne geçebilmek için yaşama olası-

184 Kender, R s.206,HSH Özer, D. s.212, Ulaş, I s.119; Ünan, S s.134,HSS

185 Kanun iştirah hakkının sigorta ettiren tarafından kullanılacağı belirtilmiştir. Ünan ise, sigorta alacağının temlik edilmiş olması halinde bu hak yeni sahibine ait olacağını ve dönülemez şekilde lehdar tayini halinde, lehdar sigortacıdan sigortanın satın alınmasını isteme hakkına sahip olmadığını belirtmiştir. Ancak sigorta ettirenin sigortacıdan sigortayı satın alması istemesi halinde, ödenecek bedelin talep hakkını sadece lehdarda bulmaktadır. age,s.135

186 Kender ise riyazî ihtiyatı şu şekilde açıklamıştır: Hayat sigortalarına has, bir nevi ihtiyat akçesi olup, "tasarruf primi" kısmının bileşik faize tabi tutularak elde edilen miktardır. HSH, s.207

187 Bu husus Bozer ve Ünan tarafından eleştirilmekte ve sadece sigortacının toplu para olarak kararlaştırıldığı ve yerine getirilmesinin de kesin olduğu sigortalarda söz konusu olması gerektiğini ileri sürmüşler ve Alman ve Fransız hukukunda da durumun böyle olduğunu belirtmişlerdir.

lığına karşı yapılan sigortalarda, sigortalının sağlıklı olduğunun ispatı istenmektedir. Gerekçede bu husus şöyle açıklanmaktadır: “süre sonuna doğru rizikonun gerçekleşme ihtimaline karşı sigortacının ayıracağı karşılık artacağından, öleceğini anlayan sigorta ettiren sözleşmeyi iştirah edebilir. Bu nedenle, yaşama ihtimalne karşı yapılan sigortalarda sigorta ettirenin iştirah hakkını kullanabilmesi sigortalının sağlıklı olduğunun ispatına bağlanmıştır. Böylelikle, sigorta ettirenin kötü niyetli olarak iştirah hakkının kullanmasının önüne geçilmek istenmiştir.”

b) Ödünç Para¹⁸⁸ Alma Hakkı (İkraz): Hayat sigortaları genellikle (en az 10 yıl) uzun süreli yapırlar ve bu süreç içinde sigorta ettirenin mali durumu değişebilir ve primi ödeyemeyecek duruma gelebilir. Buna rağmen sigorta ettiren sözleşmenin devamını ister ve poliçenin karşılığında, vadesi gelmiş olan prim borçlarını ödeyebilmek için sigortacıdan ödünç para ister¹⁸⁹. Bu talep ile sigortacı kabul mecburdur¹⁹⁰(Hayat Sigortaları Genel Şartları m. C.6) Bu durum sigortacının da lehinedir, çünkü faiz karşılığında ödünç para verir ve sözleşmenin devamını da sağlamış olur¹⁹¹.

Hayat Sigortaları Genel Şartlarının m. C.7/f.1 ile sözleşmelerde üç yıllık sürenin daha kısa düzenlenebileceği kaleme alınmıştır¹⁹².

Hayat Sigortaları Genel Şartları m. C.7/f.2'deki düzenleme ise şu şekildedir: Borcun faizleri, taraflarca kararlaştırılan vadelerde ödendiği sürece sözleşme yürürlükte kalır. Faizler vadelerinde ödenmeyecek olursa, sigortacı, sigorta ettirene bir ihbar mektubu göndererek borcunu işlemiş faiz ve masraflarıyla üç ay içinde ödemeye da-

188 Doktrinde ödenen paranın sigorta ettirenin parası mı olduğu yoksa sigortacının mı parası olduğu tartışmalıdır. Bir görüşe göre, ikraz halinde verilen ödünç para, meblağ olarak sigortanın iştirah değeri ile ilişkili olmasına rağmen, sigorta ettirenin parası değildir. Diğer görüş ise, bu para sigorta ettirenin parasıdır. Bu husus Banka ve Sigorta Muameleleri Vergisine tabiiyet açısından fark yaratmaktadır. Bkz. Özer, D. s. 215

189 Kender, R s. 207

190 Kender, R s. 207, HSH, Önder, D. s.213, Ulaş, I s.124; Ünan, S s. 136, HSS

191 Kender, R s. 207, HSH

192 Uygulamada çoğunlukla 2 yıla indirilmiştir. Bkz. Özer, D. s.116

vet eder. Borç bu süre içinde ödenmez ise sigortacı re'sen iştirah eder ve alacağını işlemiş faiz ve masraflarıyla birlikte mahsup yoluyla¹⁹³ tahsil eder ve şayet kalan miktar olursa sigorta ettirene iade olunur. Bu hak TTK. da bütün hayat sigortaları için tanınmıştır¹⁹⁴.

Tasarıyla birlikte üç yıllık süre hem sözleşmenin yürürlüğü için hem de primlerin ödendiği süre için bir yıla indirilmiştir ve genel kabul görmüş aktüerya hesaplarına göre meblağın belirleneceğini kabul edilmiştir(m.1501).

c) Prim Ödemeden Muaf Sigorta(Tenzil):Sigorta ettiren yukarıda açıklanan haklarını(a-b) kullanmaması halinde sigorta prim ödemesinden muaf sigorta haline gelir (TTK. m.1326).

Burada sözleşme devam eder, o zamana kadar ödemiş olanlar primin bütünü olarak kabul edilir, bundan sonra prim ödenmez. Ancak, bu suretle prim miktarının azalmasına karşılık cetvellere göre, sigortacının riziko gerçekleştiğinde ödeyeceği sigorta bedeli de indirilir ve sigortacılıkta buna "tenzil" denir¹⁹⁵.

Prim ödemedenden muaf sigorta kanundan kaynaklanmaktadır, şartların varlığı halinde kendiliğinden hüküm doğurur. Eski Hayat Sigortası Genel Şartlarının m 8/f.son ile sözleşmenin tenzil edilebilmesi için otuz günlük süreyi içeren ihtar gönderilmesi şart kılınmışken yürürlükteki Hayat Sigortası Genel Şartları m. C.5 ile ihtar şartı kaldırılmıştır¹⁹⁶.

TTK. m.1326 ile sigortacının ne zaman, ne kadar ödeme yapacağı düzenlenmiştir. Prim ödemedenden muaf sigortanın ifade edeceği değer, başlangıçta kararlaştırılan sigorta bedelinin ödenmiş safi primlerle, tenzil olmasaydı ödenmesi gereken safi primler arasındaki orana göre indirilerek bulunur. Bunun bir cetvel halinde poliçede

193 Ulaş, I. s.124

194 Sadece birikim primine konu sigortalar için bu imkân tanınmalıdır görüşü için bkz. Özer, D. s. 212, Ünan, S s. 136,HSS

195 Kender, R. s. 207,HSH, Özer, D. s. 208;Ulaş, I s.114; Ünan, S s. 130,HSS

196 Yargıtay'ın eski Hayat Genel Şartlarındaki düzenleme zamanında, ihtar riayet edilmeden tenzil olamayacağı yönünde kararları vardı. Bkz. Ulaş, I s. 115'teki kararlar

gösterilmesi de şarttır.

Üç seneden uzun bütün hayat sigortalarında tenzil geçerlidir¹⁹⁷.

HSGŞ m. C.4 uyarınca tenzil edilmiş olan sözleşme, ödenmeyen ilk primin vadesini izleyen altı ay içinde ve birikmiş primler, her primin vadesinden itibaren hesap edilecek kanuni gecikme faiziyle birlikte sigorta ettiren tarafından bir defada ödenmek şartıyla eski haline dönüştürülür¹⁹⁸. Bu altı aylık süre geçtiği takdirde, sigortacı isterse, masrafı sigorta ettirene ait olmak üzere sigortalıdan yeni bir muayene isteyebilir. Muayene sonucu, sigortanın devamı bakımından uygun görüldüğü ve birikmiş primler yukarıda yazılı esaslar dâhilinde ödendiği takdirde sigortacı sözleşmeyi tekrar yürürlüğe koyar. Tekrar yürürlüğe girme anında sigortalının hayatta bulunması zorunludur.

Tasarıda bu düzenleme en az bir yıldır yürürlükte olan ve bir yıllık primi ödenmiş olan hayat sigortaları için öngörülmüştür. Sadece üç yıllık süre, bir yıla indirilmiştir(m.1502)ve prim ödenmesinden bağımsız sigorta adını almıştır.

Sonraki primlerin ödenmemesi hali ise *tasarıyla* artık genel hükümlerde düzenlenmiş(m. 1434/f.3-5), bir yıldan daha uzun- bir yıl ve daha kısa hayat sigortaları ayrımı kaldırılmıştır.

Tasarının m.1434/f.3 uyarınca, sonraki primlerden herhangi biri zamanında ödenmez ise, sigortacı sigorta ettirene, noter aracılığı veya iadeli taahhütlü mektupla on günlük süre vererek borcunu yerine getirmesini, aksi hâlde, süre sonunda, sözleşmenin feshedilmiş sayılacağını ihtar eder. Bu sürenin bitiminde borç ödenmemiş ise sigorta sözleşmesi feshedilmiş olur. Sigortacının, sigorta ettirenin temerrüdü nedeniyle Borçlar Kanunundan doğan diğer hakları saklıdır.

197 Sadece riziko priminin alındığı sigortalılarla, birikime imkân veren primin tahsil edildiği sigortalar arasında fark yoktur. Bkz. Ünán, S. s. 131,HSS

198 İlk üç yıldan önce prim ödememe sebebiyle feshedilen sözleşmelerde yeniden yürürlüğe konacağını belirtmiştir.

On günlük süre kısadır¹⁹⁹,daha uzun bir süre kabul edilmesi gerekir.

Sigorta sözleşmesinin iki tarafa borç yükleyen akit olmasının sonucu olarak, sigortacıya BK.daki diğer haklarının da kullanma imkânı sağlanması isabetlidir. Böylelikle sigortacı primin ödenmesi için talepte bulunabilecek ve dava edebilecektir.

Tasarının m.1434/f.4 hükmü yeni bir düzenlemeyi TTK.ya kazandırmak istemektedir. Bir sigorta dönemi içinde sigorta ettirene iki defa ihtar gönderilmişse sigortacı, sigorta döneminin sonunda hüküm doğurmak üzere sözleşmeyi feshedebilir. Sigorta sözleşmeleri de kira sözleşmelerinde olduğu gibi iki ihtar halinde, sözleşme dönemin sonunda hüküm ifade etmek üzere sözleşme feshedilecektir. Kira sözleşmelerinde ihtarın haklı olması aranır ve her ihtarda haklı kabul edilmemektedir²⁰⁰.Prim ödenmesi aranılacak borç olması niteliğiyle, bu niteliğe uymadan doğrudan ihtar çekilmesi yeterli olacak mıdır? İhtarın haklı olup olmadığı aranacak mıdır? Gerekçede bu soruların cevabı da yoktur. Uygulama tek ihtarını bile göndermeğe yanaşmazken iki ihtar uygulaması işleyecek midir?

Sigorta dönemi kural olarak bir yıllıktır(*Tasarı* m. 1411) ve çoğu sigorta sözleşmesinde bir yıllık düzenlenmektedir, bu yüzden bu düzenlemenin çok az sözleşmeye uygulanabileceği gözden kaçmamalıdır. Ayrıca hayat sigortalarında *tasarı* ile bir yıllık prim borcu ödenmiş ve bir yıldır yürürlükte olan sözleşmeler için iştirah ve ikraz hakları tanınmış ve tenzil imkânı da kabul edilmiştir. Bu bakımdan hayat sigortalarında bu hükmün uygulanabilmesi çok güçtür. Hayat sigortaları için ikinci cümlede, sadece indirimle ilişkin kısım saklıdır denmiştir. Ancak primin indirilmesi hususu genel hükümler kısmında ele alınmış, hayat sigortalarında ise indirimle ilişkin bir düzenleme getirilmemiştir. Gerekçede de herhangi bir açıklayıcı ya da tatmin edici bir ifade yoktur. Bu kısım *tasarıdan* kaldırılma-

199 Aynı fikirde; Kender, R. s.17, Memiş, T. s.100, Ünân, S s. 134, Ayli, A. s. 229, SHD, Özel Sayı:1,2005

200 Kira akdi için nelerin haklı ihtar sayılacağı yönünde bkz. Arpacı, A. s.126 vd. , Kira Hukuku ve Uygulaması,2002 İstanbul

lı ya da açıklığa kavuşturulmalıdır. Ayrıca sigortacı prim alabilmek için sözleşmenin devamını ister, bu yüzden sözleşmeyi feshetme yolunu tercih etmeyecektir. Feshi ihbardaki süre içinde prim ödenmiştir ki, üçüncü fıkra uyarınca sözleşme devam etmektedir. Dolayısıyla sigortacının sözleşmeyi feshetmede hiçbir menfaati yoktur²⁰¹.

Yürürlükteki düzenlemelerde dahi tartışma konusu olan BK.nun 107. maddesinin (mehil tayinine lüzum olmayan haller, derhal fesih)sigorta sözleşmelerinde uygulanıp uygulanmayacağı hususu *tasarı* ile şartların gerçekleşmesi halinde uygulanacağı kabul edilmiştir(m.1434/f.5).Gerekçede de bu açıkça ifade edilmiştir. *Tasarının* son halinden önceki düzenlemede,1434. madde emredici olarak düzenlenmekteydi ve ortada bir çelişki olmaktaydı. Çünkü üçüncü fıkra temerrüt üzerine ihtar gönderilip süre verilmesini zorunlu kılarken, beşinci fıkra ise ihtarla süre verme zorunluluğunu kaldırmaktaydı. Artık bu madde emredici olmaktan çıkarılmıştır. Bu değişiklik ile kanun koyucunun BK. nun 107. maddesinin uygulanmasını ısrarla istemekte olduğunu düşünüyoruz. Ancak, bu düzenleme hem sigorta ettirenlerin hem de sigortacıların aleyhinedir. Sigortacı prim alabilmek için sigorta sözleşmesinin devamını ister ve gecikmeli de olsa prim borcunun ödenmesine imkân verebilir. BK. m. 107'deki vade gününde ödeme yapılmamakla, sözleşmenin son bulacağı hususu tartışmalıdır²⁰².Sigorta sözleşmesinin feshi ihbarsız kabulü yukarıdaki açıklamalarımız dikkate alındığında sigorta hukukunun mahiyeti ile bağdaşmaz.

İngiliz Hukukundaki düzenlemeye bakacak olursak: Daha

201 **Kender, R.** s.17, SHD, Özel Sayı:1,2005

202 **Oktay** s.19 vd. prim borcunun kesin vadeli işlem olduğunu, temerrüt ve fesih için süre vermenin gerekmediğini belirtmektedir. Sigorta Hukuku Dergisi, sayı: 1,1999 Bu kararı inceleyen **Kender** ise, fesih hakkının yenilik doğuran bir hak olduğunu ve bu hakkın doğmadan kullanılamayacağı için, temerrütten sonra fesih hakkını kullanabilmek için feshi ihbarda bulunması gerektiğini, isabetli şekilde belirtmiştir. age, s.203.*Tasarıyla* birlikte sigortacının BK.nundan doğan hakları da kullanabilmesinin imkânı sağlandığına göre sigortacı bu haklardan hangisini kullanmak istediğini belirtmek için ihtarda bulunması gerektiğini düşünmekteyiz. Doktrinde mehil tayinine lüzum bulunmayan hallerde alacaklının hangi hakkı seçtiğini bildirip bildirmemesi hususu tartışmalıdır. Bkz. **Oğuzman, K/Öz, T.** s.423

önce belirtildiği üzere sadece dört maddelik bir kanundan oluşan düzenlemede bizim hukukumuzdan farklı olarak birçok husus tarafların iradesine bırakılmaktadır. Sigorta ettirenin prim ödeme borcunda temerrüde düştüğünde, sigortacının sözleşmeyi fesih hakkı bulunmaktadır. Bizdeki gibi temerrüde düşmede kusur aranmamaktadır. Uygulamada prim ödemeye imkân tanımak için vadeye ek süre niteliğinde, süre verilir. Bu süre sözleşmeden sözleşmeye değişiklik arz etse de, genellikle otuz gün verilir ve himaye bu otuz günde de devam eder. Uygulamada, sözleşmede belirtilmiş ise, sözleşmeyi feshetmeden önce sigorta ettirene ihtar gönderilmektedir. Sözleşmede ihtar şart kılınmamış ise, ihtar gönderme zorunluluğu yoktur. Ancak, daha önceki temerrüdü için ihtar gönderilmişse daha sonrakiler içinde göndermesi şart kılınır. Ayrıca sözleşme ile tarafların belirleyeceği sürelerle göre iştirah(surrender value,lump sum) ve tenzil(paid-up insurance) hakları tanınmıştır. Genellikle temerrüt nedeniyle sözleşmenin feshinden sonra üç ay içinde sigorta ettiren primini ödeyecek olursa sözleşme otomatik olarak yürürlüğe girmektedir²⁰³.

4.1.1.1.6. Prim Borcunun Üçüncü Kişi Tarafından İfası

Kural, borçlunun borcunu bizzat ifa etmesidir. Buna karşın bir borcun borçlu dışında üçüncü bir kişi tarafından da ifa edilebilmesi mümkündür. (BK m. 67)

Borçlunun bu ödemeye rıza göstermiş olması ödemenin geçerliliği bakımından zorunlu değildir. Kanunumuzda hayat sigortasında primin bir başkası tarafından ödenmesi konusunda herhangi bir düzenleme yer almamıştır. Genel şartlarda da buna ilişkin bir hüküm mevcut değildir. Dolayısıyla borçlar hukukun genel kuralları burada da geçerli olacaktır.

Alacaklı üçüncü şahıs tarafından yapılan ifayı kabul zorundadır aksi halde alacaklı temerrüde düşer, dolayısıyla sigorta sözleşmesinin devamında menfaati olan üçüncü şahıs(lehdar) borçlu ile alacaklının karşı çıkmalarına karşı ödemede bulunabilecektir ve böylelikle sigorta sözleşmesinin sona ermesinin önüne geçebilecektir²⁰⁴.

203 Birds,J./Hird,N. s.89-90; Hodgins,R. s.123-124;Özer,D. s.168,170

204 Oğuzman, K./Öz, T. s.202-204

Tasarı ise başkası lehine yapılan sigortalarda bu konuyu açılığa kavuşturmuştur(m. 1505). Lehdar, prim borcu için sigorta ettirenin aleyhine yapılan takip semeresiz kaldığında, bu durumun kendisine bildirildiği takdirde, prim ödemeyi üstlenebilir ve sözleşme lehdar ile devam eder. Aksi halde sigortacı, sigorta ettirene karşı sahip olduğu hakları kullanır (sözleşmeyi feshetme gibi).

4.1.1.1.7. Primin İndirilmesi

TTK. m. 1298 ile birden fazla yıllar için yapılan sigorta sözleşmelerinde, sigorta priminin hesaplanmasında rizikoyu ağırlaştırılmış olan özel sebepler göz önünde tutulduğu takdirde, bu sebepler sonradan ortadan kalkarsa, sigorta ettiren kimse gelecek yıllara ait primlerin indirilmesini isteyebilir.

Örneğin daha önce inşaat alanında çalışan kişinin daha sonra masa başı bir işe geçmesinde bu durum söz konusu olabilir. Daha önceki mesleği rizikoyu ağırlaştırıcı özel sebep olarak ele alınmış ise, artık primin azalmasını talep edebilecektir.

Bu düzenleme *tasarının* 1433 maddesinde düzenlenmiş ve artık birden fazla seneler ayrımı ortadan kaldırılmış ve fazla alınmış ise iade edileceği düzenlenmiş. Ayrıca rizikoyu ağırlaştıran sebeplere ilişkin hususlardaki yanılmalarda da bu hüküm uygulanacağı kabul edilmiştir²⁰⁵.

4.1.1.1.8 Prim Borcunun Sona Ermesi

4.1.1.1.8.1 Borcun İfası Sonucu

Borç zamanında ve gereği gibi ifa edilmekle son bulur. Sigorta ettirenin, BK m.87 uyarınca ifaya istinaden makbuz²⁰⁶ alma hakkı

205 Madde metni aynen şöyledir: “dd) Primin İndirilmesi

Madde 1433 - (1) Primi etkileyen sebeplerde, rizikonun hafiflemesini gerektiren değişiklikler meydana gelmişse, prim indirilir ve gereğinde geri verilir.

(2) Sözleşmede öngörülen yüksek primin, sigorta ettirenin, rizikoyu ağırlaştıran sebeplere ilişkin olarak bildirdiği hususlardaki yanılmalardan kaynaklanması hâlinde birinci fıkra hükmü geçerlidir.”

206 Makbuz, alacaklılığın veya yetkili temsilcisinin, borçlanılan edimi almış olduğunu gösteren ve ödemenin yapıldığına delil teşkil eden yazılı bir beyandır. **Bkz.**

vardır. Makbuzun ifanın yapıldığına dair ispat gücü vardır ancak bu olağan karinedir, dolayısıyla alacaklı makbuzdaki imzanın kendisine ait olmadığını veya makbuzun sahte olduğunu iddia ve ispat edebilir²⁰⁷. Prim alacaklısı olan sigortacının makbuz vermeyi kabul etmemesi halinde sigorta ettiren ödeme yapmaktan kaçınabilir ve bu durum kendisini temerrüde düşürmez²⁰⁸. Sigortacı borç ödendikten sonra makbuz vermekten kaçınırsa sigorta ettiren açacağı dava ile durumu tespit ettirebilir²⁰⁹. Diğer taraftan, sigortacı primi almadan önce makbuz vermiş ancak daha sonra prim sigorta ettiren tarafından ödenmemiş olduğunda sigortacı, ödeme yapılmadan ileride ödeme yapılacağı düşüncesi ile makbuz verdiğini, fakat ödemenin yapılmadığını ispat etmek suretiyle makbuzu hükümsüz kılabilir²¹⁰.

4.1.1.1.8.2 Kanuni Sebeplerle Sona Ermesi

Kural olarak sigorta sözleşmesinin kanuni sebeplerle sona ermesi halinde kanunda başkaca bir hüküm bulunmadıkça bundan sonraki zamana ait prim borcu ortadan kalkar, sigorta ettiren ödemişse, fazlaya dair kısım kendisine geri verilir. (TTK. m.1298/II)

Bu madde sigorta ettirenin aleyhine olarak değiştirilemeyen emredici hükümlerindedir. Sigorta mukavelesinin kanuni sebeplerle sona ermesi, kanunda gösterilen sebeplerle gerek sigortacı, gerek sigorta ettiren tarafından sigorta akdinin feshi hallerini kapsar.

Bazı hallerde sözleşmenin feshine rağmen prim borcunun devam edeceğine dair kanun hükmü vardır ki, madde işte bunları saklı tutmuştur. Buna bir misal olarak 1290. maddeyi gösterebiliriz. Burada, sözleşme yapılırken sigorta ettiren sigortacıya kötü niyetle yanlış beyanda bulunmuşsa, sigortacının durumu öğrenmesi halinde kanundaki süre içinde sigorta sözleşmesinden rücu edebileceği, fakat

Oğuzman, K./Öz, T. s.260

207 von Tuhr, A. s.493, Borçlar Hukukunun Umumi Kısımı, 2.Bası, Yargıtay Yayınları No:15,Ankara,1983

208 von Tuhr, A. s.494

209 von Tuhr, A. s.495

210 Oğuzman, K./Öz, T. s.260

primin tamamına hak kazanacağı kabul edilmiştir²¹¹.

Tasarıda ise bu hüküm korunmuş ancak kanuni sebepler ile son bulma ifadesi çıkarılmış ve sözleşmenin sona erme sebebinin önemli olmadığı gerekçede belirtilmiştir²¹².

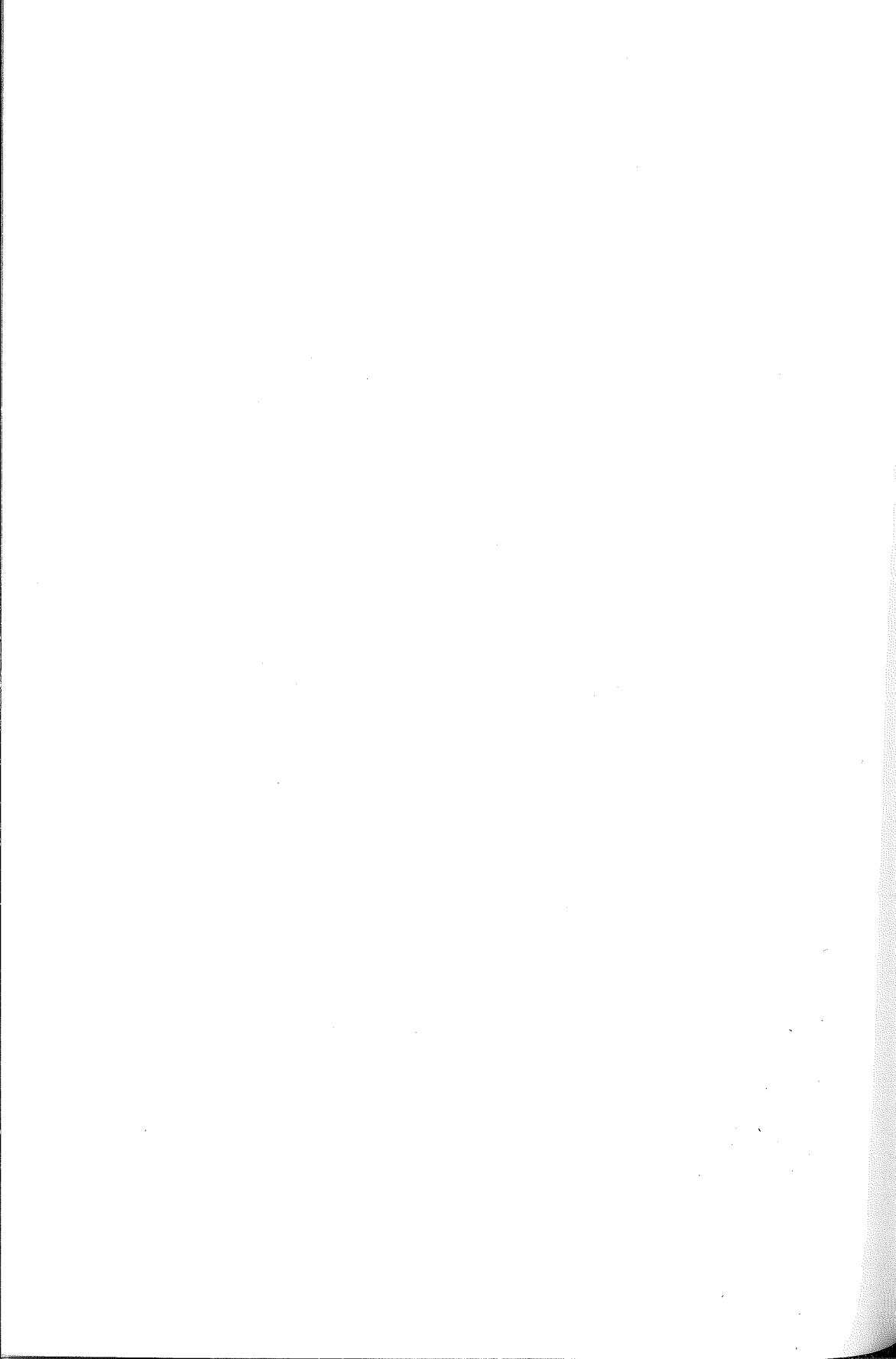
5. SONUÇ

Tasarıyla birlikte hukukumuzda yeni düzenlemelerin kazandırılacağı aşikârdır. Her yeni düzenlemenin kendine has olumlu ve olumsuz yönleri bulunacaktır. Olumlu bulduğumuz kavramları(cayma hakkı tanınması...), isabetli bulduğumuzu belirttik. Aksaklıklar çıkabilecek noktalarda(ilk primin peşin olması zorunluluğu karşısında; kredi kartı ile ilgili düzenleme olmaması...),çelişkiler bulunan hususlarda(sigorta himayesinin başlaması, prim ödemededen dahi yapılabilecek ancak ilk prim peşim ödemededen yapılamayacağı...), ya da tatminkâr bulmadığımız noktalarda (kira akdindeki düzenlemeye benzer iki ihtar düzenlemesi...) düşüncemizi belirttik. Umarız ki kanun koyucu yasallaşma sürecinde eksiklikleri giderir ve olumlu gelişmelerini ise korur.

211 Kender, R. s. 208,HSH

212 *Tasarıda* açıklama şu şekildedir :“söz konusu ifade gerek uygulamada gerekse doktrinde bir çok tartışmalara yol açmıştır. Bir görüşe göre, sadece kanunda belirtilen sona ermelerde işlemeyen günlere ait primler iade edilecekken, bir diğer görüşe göre, kanuna dayalı olarak sözleşmenin taraflarca sona erdirilmesi halinde de işlemeyen günlere ait primler iade edilir. *Tasarıda* madde düzenlenirken, sözleşmenin sona erme şeklinin önemli olmadığı kanaatine varılmıştır. Bu nedenle de, kanunda düzenlenen özel haller hariç olmak üzere sözleşmenin sona ermesi halinde sigortacının sadece rizikoyu üzerinde taşıdığı döneme ait prime hak kazanmasının, dolayısıyla da önceden almış olduğu işlemeyen döneme ait primleri iade etmesinin menfaatler dengesi açısından daha uygun olacağı düşünülmüştür. Ayrıca, madde emredici nitelikte bir madde niteliğinde değildir.”*Tasarıda* maddenin TTK. m.1288’in tekrarı niteliğinde olduğunu belirtmiştir ancak doğrusu m.1298’dir.

KAMU HUKUKU



**5237 SAYILI TÜRK CEZA KANUNU'NUN
287. VE 5271 SAYILI CEZA MUHALEMESİ
KANUNU'NUN 77. MADDELERİNİN
ADLİ TIP UYGULAMALARINA YANSIMASI**

Yard. Doç. Dr. Tarık GÜNDÜZ*

Araş. Gör. Dr. Kenan KARBEYAZ**

Doç. Dr. Ömür ELÇİOĞLU***

Cinsel suçlar, insanlık var olduğundan beri kültür, dini inanç, sosyoekonomik düzey, rejim farkı olmaksızın, bütün toplumlarda bireyin mahremiyetine, kişiliğine, fiziksel ve ruhsal sağlığına ve çevresine karşı işlenen, cinayetten sonra en ağır suç olarak süregelen bir şiddet biçimidir¹.

765 sayılı eski Türk Ceza Kanunu emniyet kuvvetleri tarafından adli tabiplik görevini yürüten hekimlerden görüş isteme yetki-

* Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Tıp Fakültesi, Adli Tıp Anabilim Dalı Eskişehir.

** Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Tıp Fakültesi, Adli Tıp Anabilim Dalı Eskişehir.

*** Eskişehir Osmangazi Üniversitesi Tıp Fakültesi, Tıp Tarihi ve Etik Anabilim Dalı Eskişehir.

Katkılarından dolayı Hocamız Prof. Dr.Yener Ünver'e teşekkür ederiz.

1 O.Polat Cinsel Suçlar. *Adli Tıp Ders Kitabı*. İstanbul 1997,s.35-39. Cinsel suçların bir şiddet biçimi olduğu hakkında bkz.T.Gündüz,Ö.Ş..Elçioğlu,T.Türe. Bekaret Muayenelerinin değerlendirilmesi. *Sendrom*1993,5(3)s.26-30.Bu konuda Bkz R.Gündüz,V.Gültaş *Açıklamalı İctihathı 5237 sayılı Türk Ceza Kanununda Cinsel Suçlar* Ankara 2008, s.9.

sini, ya sakıncalı ya da gereksiz görmüş olacak ki, bu yetkiyi hâkim ve savcılara vermiştir. “Hekim sadece mahkeme ve savcılığa cevap verme zorunluluğunda olup, polise cevap verme zorunluluğu bulunmamaktaydı. Ancak adli tahkikatın hızlandırılması için iyi niyetle polisten gelen yazılara cevap verebilir ya da bu evrakın savcılıktan sevki istenebilir” denilmekteydi². Ancak, Yargıtay 4. Ceza Dairesinin 02.06.1994 gün 1676 E-4621 K sayılı kararında; Zabıta kuvvetleri tarafından gönderilen yazıya cevap vermeyen ve göreve gitmeyen hekimin Türk Ceza Kanunu ‘nun 230/1. maddesine göre görevi savsama (vazifeyi ihmal) suçunu işlediğini kabul etmişti. Açılan davaya dayanak olarak Polis Vazife ve Salahiyet Kanunu 2. maddesi ile Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü’nün 1986 yılında yaptığı 26483 sayılı mütalaa gösterilmekte, polisin savcı adına hareket ettiği öne sürülmekteydi³. Pratikte savcılık veya polis suç kendilerine bildirildikten hemen sonra veya sonraki dönemlerde, saldırıya uğradığı iddia edilen kişinin adli muayenesini, yazı ile adli tabiplikten istemektedir⁴.

Kişinin kendi talebi ile adli muayenesi ve rapor yazılması mümkün değildir. Ancak kamuda görevli doktor, reşit olan mağdurun kişisel, özel başvurusunu kendisi lehine delil tespiti amacıyla muayeneye zorunludur. Bu nedenle doktor 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nun 281. maddesinin 1 ve 2. fıkrası gereği sorumludur. Cinsel saldırıdan sonra doğrudan bir sağlık kurumuna başvurulması durumunda, bulguların en sonunda rapora geçeceği düşünülerek muayene titizlikle gerçekleştirilmeli, bulgular kayıt edilmeli, görevli savcılığa veya hastane polisine haber verilerek soruşturmanın baş-

- 2 İ.Hamit Hancı. Hekimin Bilirkişilik Görevi. *Hekimin Yasal Sorumlulukları (Tıbbi Hukuk)* İzmir 1995, s.1-15. Bu konuda 765 ve 5237 sayılı TCK’nda hekimin ihbar yükümlülüğü ile ilgili ortaya çıkan farklılıklar için bkz. T.Gündüz, Ö.Elçioğlu. İnsan Yaşamını Korumakla Yükümlü olan Hekim; Hastasını İhbar ile yükümlü kılınabilir mi?. *Türkiye Klinikleri Tıp Etiği Hukuku Dergisi* 2005, 13(3) s.187-190.
- 3 E.Aksoy. Cinsel Saldırıların Adli Tıp Açısından Muayenesi I *Sendrom* 1999, 11(5) s.55-66.
- 4 E.Aksoy. Cinsel Saldırıları. *Birinci Basamak İçin Adli Tıp El Kitabı*. İstanbul 1999, s.119-131.

laması sağlanmalıdır⁵.

Ancak mevcut durumda halen kolluk kuvvetlerinin hakim kararı veya savcılık yazısı olmaksızın, cinsel suç olaylarında, genital muayene ve adli rapor istemleri olabilmektedir. Hatta kişiler ailelerinin zoruyla müracaat ederek/ettirilerek, genital muayene yapılması ve rapor düzenlenmesini istemektedirler. Bu durumda hekimler zor durumda kalabilmekte, gereksiz tartışmalar yaşanabilmektedir. Kolluk güçleri için de bu durum boşuna emek ve zaman kaybına neden olmaktadır. 5237 sayılı yeni Türk Ceza Kanunu'nun (TCK) 287. maddesini bilmeyen bazı hekimlerin, yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın kişisel başvurularda ve kolluk kuvvetlerinin üst yazıları ile birlikte gelen kişilerin, genital muayenelerini yaparak rapor düzenledikleri müşahede edilmektedir.

AMAÇ

Bu çalışmada 5237 sayılı TCK'nin 287.ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanun (CMK)'unun 77. maddelerine kolluk güçlerinin ve hekimlerin halen uyum sağlayamadığı ve bu maddelerin yeterince anlaşılamadığı vurgulanmak istenmiş, hekimlerin kusurlu duruma düşmeden genital muayene yapabilmelerinin koşulları belirlenmeye çalışılmıştır. Ayrıca TCK 287 ile CMK 76/2 maddeleri arasındaki ilişkiye değinilmek amaçlanmıştır.

GİRİŞ

5237 sayılı TCK' da 287. maddenin düzenlenmesinde; geçmişte "bekâret" veya "kızlık muayenesi" adı altında himen muayenesinin ana babalar; nişanlı, eş ya da kişinin yakını konumundaki erkekler; okul ve yurt müdürleri; genç kızlara iş verecek yönetici-

5 A.C. Yorulmaz,Ö.Şenyüz,H.Ç.Ketenci.Cinsel Saldırıları.Yeni Yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu,Tıbbi Malpraktis ve Adli raporların Düzenlenmesi.İstanbul 2006,s.127-141.

G.Cantürk ,N.Cantürk.Cinsel saldırı mağdurlarının Muayene Prosedürü.Türkiye Klinikleri J Surg Sci 2006 2(50)s.49-55..

ler (ör. bir askeri kurumda işe girişte), onları yatılı okul ve yurtlara alacak olanlar; kadın tutuklu ve mahkûmların bulunduğu kurumların sorumluları; kolluk güçleri v.b. konumdaki kişiler, giderek neredeyse tüm toplumun böyle bir incelemeyi hekimden isteme hakkına, hatta yetkisine sahip görünmesi kabul edilebilir bir hekimlik uygulaması olmadığından; ciddi bir insan hakları ihlali olarak değerlendirilmiş, bu tür muayenelerin yapılmamasının önerilmesinde etkili olmuştur⁶.

765 sayılı Eski Türk Ceza Kanunu'nda bulunmayan ve ilk kez genital muayene başlığıyla düzenlenmiş yeni TCK'nın 287. maddesinde: 1. Yetkili hakim ve savcı kararı olmaksızın, kişiyi genital muayeneye gönderen veya bu muayeneyi yapan fail hakkında üç aydan bir yıla kadar hapis cezasına hükmolunur. Rıza olsa dahi muayene için Hakim veya Cumhuriyet Savcısının yazılı kararı zorunludur⁷. 2. Bulaşıcı hastalıklar dolayısıyla kamu sağlığını korumak amacıyla kanun ve tüzüklerde öngörülen hükümlere uygun olarak yapılan muayeneler açısından yukarıdaki fıkra uygulanmaz⁸. İkinci fıkradaki esneklik istismar edilmeye açık görülmektedir. Madde metninde hukuka aykırı bir biçimde genital muayene yapılması, bağımsız bir suç olarak tanımlanmıştır. Tasarıda kişilerin beden bütünlüğü ve bireyin ruhsal sağlığı üzerinde olumsuz etkileri olan genital muayenenin ancak, yetkili Hakim ve Savcı kararıyla yapılabileceği hükme bağlanmış ve böyle bir karar olmaksızın genital muayeneye gönderme suç olarak düzenlenmiştir. Ancak madde metninde muayeneyi yapan bakımından bir açıklık olmadığı ve bu husus tereddüt yaratacağından, metne “ muayeneyi yapan” sözcükleri eklenmiştir. Kişinin kendisinin ya da ailesinin talebi üzerine genital muayene ya-

6 Gündüz / Elçioğlus.1993 s.26-30

7 M.Aşirdizer.Acil Servislere Başvuran Çocuk ve Kadın İstismarı Olgularına Hekimlerin Yaklaşımı.*Türkiye Klinikleri j Surg Sci 2006 . 2(50)s.39-48.*

B.Aydın ,B.Çolak.Samsun'da Ağır Ceza Mahkemesi'ne Yansıyan Cinsel Suçlar. *Adli Tıp Bülteni*.2004,9(1).s.11-18.

8 N.Meran.Genital Muayene.*Gerekçeli Karşılaştırmalı5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu*.Ankara 2004 s.1252.

Y.Balcı.Cinsel Suçlar .*Herkes İçin Adli Tıp Cep Kitabı*..Eskişehir 2008.s.32-43.

pılması da TCK'nun 287. maddesi gereğince suç teşkil etmektedir.

BEDEN MUAYENESİ

Yeni CMK ve Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti hakkında Yönetmelikte muayene için "beden muayenesi", örnek alma için "vücuttan örnek alma" terimleri kullanılmıştır. Vücut ile beden kelimeleri aynı anlamda kullanılmasına rağmen kanun koyucunun muayene ile örnek almayı birbirinden ayırmak için bu şekilde bir ayırım yaptığı görülmektedir.

Yönetmelik beden muayenesini, tabip tarafından tıbbi yöntemler kullanılarak yapılan değerlendirmeler olarak tanımlamıştır. (m.3).Diğer taraftan yönetmelik, muayene yanında tıbbi müdahale kavramına da yer vermiştir. Tıbbi müdahale; tabip veya diğer sağlık personeli tarafından tanı, tedavi, rehabilitasyon veya önlem amacıyla yapılan muayene veya diğer tıbbi işlemlerdir(m.3).Tanımlardan hareketle müdahalenin muayeneden daha kapsamlı olduğunu söylemek mümkündür.Yönetmeliğin 3.maddesine göre iç beden muayenesi "kafa, göğüs ve karın boşlukları ile cilt altı dokularının incelenmesidir. Cinsel organlar ve anüs bölgesinde yapılan muayene de iç beden muayenesi olarak kabul edilmiştir." (CMK m.75/4,Yön m.4/4)⁹.

İÇ VE DIŞ BEDEN MUAYENESİ

Türk Tabipler Birliği Hekimlik Meslek Etiği kuralları Madde 39'da "hekim, savcılıklar ve mahkemeler dışında kalan kişi ve kurumlardan gelen cinsel ilişki muayene istemlerini dikkate alamaz" ibaresi yer almaktadır.

CMK'nın 75. maddesinin 1. ve 4. fıkraları birlikte değerlendirildiğinde bir suça ilişkin delil elde etmek için şüpheli veya sanığın

9 F.Turhan.Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ve Tıp Hukuku.(Özellikle AİHM Kararları Işığında Şüpheli ve Sanığın Zorla Muayenesi Konusunun Değerlendirilmesi) *V.Türk Alman Tıp Hukuku Sempozyumu.Tıp Ceza Hukukunda Güncel Sorunlar*.İstanbul 2008.s.1025-1074.

cinsel organlarında ve anüs bölgesinde yapılan muayeneler iç beden muayenesi sayıldığından, vajinal ve anal sürüntü yöntemiyle vücuttan alınacak örneklerin hakim, mahkeme veya gecikmesinde sakınca olan hallerde Cumhuriyet Savcısının kararı (24 saat içinde hakime onaylatmak kaydıyla) olmaksızın yapılabilmesi mümkün değildir. CMK'nın 75. maddesindeki bu hal şüpheli veya sanık için söz konusu olup, CMK'nın 76. maddesinin 1. fıkrası mağdur için hem dış, hem de iç beden muayenesi için karar zorunluluğu getirmiştir.¹⁰

Ceza Muhakemesi'nde Beden Muayenesi Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkındaki Yönetmeliğin 3. maddesi "İç Beden Muayenesi" tanımında cinsel organlar ve anüs bölgesine yer vermezken; yönetmeliğin 4. maddesinin 4. fıkrası şüpheli veya sanık üzerinde iç beden muayenesi yapılabilmesi için kanunla paralel olarak karar zorunluluğu getirmiştir¹¹.

CMK 76/2'de ise "Mağdurun rızasının varlığı halinde cinsel organlarda ve anüs bölgesinde yapılan muayeneler (iç beden muayenesi) için 1. fıkra hükmüne göre karar alınmasına gerek yoktur" demektedir (13,15,18). Uygulamada kötüye kullanılabileceği ve hakim kararı zorunluluğunu ortadan kaldırmak için bu yola başvuruyla endişesiyle, rıza olsa bile kolluğa iç beden muayene ve vücuttan örnek alınmasına karar verme yetkisi tanınmamıştır¹².

10 Y.Zeyfeoğlu.Acil Hekiminin Hukuki Yükümlülükleri.*Türkiye Klinikleri j Surg Sci* 2006,2(50).s.10-19.

Ö.Y.Çakmut Tıp Ceza hukunda Bilirkişilik.V.*Türk Alman Hukuku Sempozyumu. Tıp Hukukunda Güncel Sorunlar.*İstanbul.2008.s.1133-1184.

Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi , Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğin Tespiti Hakkında Yönetmelik için Bkz.01.06.2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazete.

Adli Tabiplik Hizmetlerinin Yürütülmesinde Uyulacak Esaslar için BkzSağhk Bakanlığı Temel Sağlık Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 22.09.2005 tarih ve 13292 sayılı Genelgeleri.

11 H.Kızılarşlan.İnsan Hakları Yönüyle Vücutun Muayenesi ve Örnek alma .*Ceza Muhakemesi Adli Tıp ,Adli Bilimlerde Vücutun Muayenesi Örnek Alma Doktrin ve Uygulama.*Ankara 2007,s.81-317.

12 Turhan /1025-1074..Ayrıca Bkz.G.Sert.*Hasta Hakları Uluslar arası Bildirgeler Çerçevesinde.* İstanbul 2004,s.151-153.

CİNSEL SALDIRI MUAYENESİ

Özellikle cinsel saldırı gibi suçlarda her geçen dakika canlı bir organizma olan vücutta ve canlı organizmalar olan biyolojik materyallerde başkalaşım ve yok olmalar başlamaktadır. Asıl olan, olayın hemen ertesinde ve süre geçirilmeksizin muayene ve örnek alma işleminin yapılması ise de; uygulamada bunun böyle olmadığı ve bir takım aksaklıklar nedeniyle, muayene ve örnek alımlarının çok sonraki bir sürede yapılabildiği bilinmektedir ¹³.

Cinsel saldırı durumunda yapılacak adli tıbbi muayenenin temel amaçları; cinsel saldırı eyleminin gerçekleşip, gerçekleşmediği, gerçekleşmiş ise ne zaman gerçekleştiği, derecesi ve sonuçları, olayda fiziksel şiddet kullanılıp kullanılmadığı, saldırganın kim olduğunun tespitidir ¹⁴. Cinsel saldırıda ilk muayenenin geç yapılması, konunun uzmanı olmayan kişiler tarafından yapılması, aydınlatıcı tetkikler yapılmaması ya da hatalı değerlendirme delillerin kaybına neden olur .

Aile içi şiddet TCK'nın 232., cinsel davranışlarla bir kimşenin vücut dokunulmazlığını ihlal TCK'nın 102., Cinsel istismar TCK'nın 103. maddesinde suç olarak tanımlanmış ve cezalandırılmıştır. Bu bağlamda, gerek fiziksel, gerekse cinsel şiddet, suç kavramı içerisinde yer bulmuş olup; TCK'nın 280. maddesi kapsamında bu tür suçları öğrendikten sonra bildirmeyen veya bildirimde gecikme gösteren tabip, diş tabibi, eczacı, ebe, hemşire, sağlık hizmeti veren diğer kişilerin bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılacakları vurgulanmıştır. Adli olgu bildirimi, yalnızca bir yasal sorumluluk olmayıp, aynı zamanda insani bir görev olup; unutulmamalıdır ki, iyi bir değerlendirme yapılmadan evlerine geri gönderilen istismara uğramış çocukların, ilerleyen dönemde % 5-10'u öldürülmekte, % 35-50'si ise ciddi travmalara maruz kalmaktadır ¹⁵.

13 Kızıllarslan / s.81-317.

14 Ö. Ş. Elçioğlu, B. Eşiyok, N. Kırımlioğlu, İ. Ünlüoğlu. Kadına Yönelik Aile İçi Şiddet Olgularında Hekim Hasta İletişimine Etik Açından Yaklaşım Sendrom, 2001.12.s.48-52.

15 Aşiedizer /s.39-48.

Tıbbi Deontolojide muayene: anamnez, sistematik klinik muayene ile fizik bulguların değerlendirilmesi ve laboratuvar bulgularından yararlanılması şeklindeki tetkik safhası ve sonuç çıkarma (sentez) aşamalarından oluşmaktadır. Ceza Muhakemesinde bu son aşama Adli Rapor yazımı olup (tedavi amaçlı muayenelerden farklı olarak) tıbbi ve hukuki açıdan muayene veya müdahalenin asıl amacını oluşturmaktadır¹⁶. Adli hekim-hasta ilişkisi, klinik hekimlikteki ilişkiden oldukça değişiktir. Klinik hekimlikte hastalığın tanı ve tedavisi çabaları, hastanın iyileştirilmesine yöneliktir; burada kişinin sağlık sorunu hekim için kendi başına bir amaç olmaktadır. Adli hekim ise kişinin muayenesini bir sağlık sorunun çözümü amacıyla değil, bir olayın adli açıdan aydınlatılması amacıyla yapmaktadır. Adli hekim tedavi edicilik işlevini üstlenmiş değildir ve bir bilirkişi konumundadır¹⁷.

Adli nitelikli muayenede, tedavi amaçlı tıp uygulamasının dışında bir hasta hekim ilişkisi bulunduğundan adli tıp uzmanının daha geniş ve şüpheli bir bakış açısıyla yaklaşımı gerekir. Adli nitelikli muayenelerin, çoğu zaman olayın hemen sonrasında yapılması ve tekrarı olmayan bir yapısı olması, sistematik muayenenin uygulanmasının ayrı birer zorunluluklarını oluşturmaktadır. Ceza muhakemesi hukuku kapsamındaki muayenede, hasta hekim ilişkisi, tedavi amacından çok "adli olgu" niteliği kazandığından ve adli hekimin bilirkişilik niteliği ön plana çıktığından dolayı, raporların adli organın soruları doğrultusunda düzenlenmesi gerekir.

Adli olgular için genital muayenenin hakim kararı ile yapılabilmesi koşulu, genel değerlendirmelerde tüm olguların genel muayenesi gibi algılanarak, hekimlerin hastalarını muayene edebilmelerinin önünde engel gibi tanımlanmaktadır. Ancak bu yönetmelikte yer alan; Madde 18. "Sağlık mevzuatı ve taraf olunan uluslararası sözleşmeler uyarınca hekim tarafından yapılması gereken tedavi amaçlı tıbbi muayene ve müdahaleler için Cumhuriyet savcısı ya da hakim kararı alınmaz" ifadesi; hekimlik uygulamaları içinde kabul

16 Kızıllarlan /s.81-317.

17 Gündüz /Elçioğlu/Türe/s.26-30.

edilebilecek her türden muayenenin bu kısıtlayıcı hükmün dışında bırakıldığını açıkça göstermektedir¹⁸.

Cinsel organların ve anüs bölgesinin muayenesinin kişinin özel hayatına daha fazla müdahale teşkil etmesi ve kişinin utanma duygusuna zarar vermesi nedeniyle şüpheli ve sanık açısından iç beden muayenesi kapsamında kabul edilerek dış beden muayenesine göre daha ağır koşullara tabi tutulması kabul edilmiştir. Kişilerin beden bütünlüğü ve bireyin ruhsal sağlığı üzerinde olumsuz etkileri olan genital muayenenin ancak yetkili hakim ve savcı kararıyla yapılacağı hükme bağlanmış ve böyle bir karar olmaksızın genital muayeneye gönderme ve yapma suç olarak düzenlenmiştir¹⁹.

Bu suçun korumayı amaçladığı hukuksal değerler bireyin vücut dokunulmazlığı, kişi özgürlüğü ve cinsel özgürlüğüdür²⁰.

Kızlık zarı muayenesine getirilen bireylerin çoğunluğunu adölesanların oluşturduğu düşünüldüğünde; cinsel olgunluğun ve cinsel ilişkinin başladığı bir dönemde, adölesanların böyle bir şiddete (psiko-sosyal, fiziksel) veya travmaya maruz kalmaları, bu bireylerin yaşamlarını (özellikle cinsel yaşamlarını) olumsuz yönde etkileyerek daha olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Aslında kızlık zarı muayenesi/bekaret deneyimi cinsiyet ayrımcılığına dayalı bir uygulamadır. Bu sorun başka ilgili disiplinlerin sorunuymuş gibi gözükmekle birlikte tüm toplumun sorunudur. Ancak çözümü zaman ister. Dolayısıyla bekaret denetiminin çözümünde toplum yapısının değişmesini ve eğitimin önemini vurgulamak gerekir²¹.

Kızlık zarı incelemesi konusu çağımızda bir demokrasi sorunu ve çok ciddi bir insan hakları ihlalidir. Bireyin onamı olmadan devlet kurumlarında çalışan görevlilerin, konumları ne olursa olsun hekimlerin, toplumun başka üyelerinin, onun kişiliği ve ruh beden bütün-

18 Ş.K.Fincancı , A.c.Yorulmaz .Beden Muayenesi. *Yeni yasalar Çerçevesinde Hekimlerin Hukuki ve Cezai Sorumluluğu. Tıbbi Malpraktis ve Adli raporların Düzenlenmesi*. İstanbul 2006.s.142-146.

19 H.Hakeri. *Tıp Hukuku*. Ankara 2007.s.529.

20 Y.Ünver. *Adliyeye Karşı Suçlar*. İstanbul 2008.s.447-477.

21 Bkz.Kızılarslan /s.81-317.

lügen üzerinde, görünüşteki ya da sözde ahlaki gerekçelerle “tasarruf” hakkını kendilerinde bulmaları, çağımızın etik ve temel hukuk anlayışı ile hiç de bağdaşmamaktadır. Tıbbi etik ile ilgili olanların yanında genel olarak insan hakları ile ilgili bildiregelere ve benzeri metinlere göz atmak, bu saptamanın çok yerinde olduğunu gösterecektir.

AİHM,2003 tarihli yeni bir kararı ile rıza almadan bir kimsenin eşini muayene etme eyleminde mahkumiyet kararı vermiştir. Nitekim Y.F/Türkiye Davası'nda AİHM (Türk Hükümeti'nin ilgili kimsenin rızası alındığını ispatlayamadığı davada) rızası olmaksızın bir kimsenin jinekolojik muayeneden geçirilmesini hukuka aykırı bularak AİHM'nin 8.maddesinde düzenlenen özel yaşamın ihlal edildiğine karar vermiştir²².

Özellikle genç yaştaki kadınların kendilerini toplumda aşağı görmelerinden, yaşamlarına kıymalarına dek uzanan çok ciddi sonuçlar doğuran bu incelemedeki “bilirkişi görevlerini” de hekimler dikkatle gözden geçirmek durumundadırlar²³.

Batı ve Uzakdoğu ülkelerinde belirgin bir değer ifade etmeyen kızlık konusu henüz toplumumuzun hoşgörü içermeyen bir geleneği halinde, ciddiyetini korumaktadır.

“İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nde” (m. 5) ve “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde” de hiç kimseye onur kırıcı ve insanlık dışı ceza verilemeyeceği ve muamele edilemeyeceği belirtilmiştir²⁴.

GENEL OLARAK KADININ MUAYENESİ

Cinsel organların muayene işlemleri, salt bir tıp ve Ceza Muhakemesi Hukukunun sahasındaki bir sorun olmanın ötesinde, aynı zamanda sosyolojik, ahlaki, dini ve sosyo psikolojik bir konudur. Bu konudaki kuralları toplumun sosyolojik, ahlaksal ve dini yapısı be-

22 Ünver /s.447-477.

23 Çakmut/s.1133-1148.

24 Gündüz,Elçioğlu,Türe /s.26-30.

lirlemekte ve bu nedenle her ülke uygulamasında farklı düzenlemeler görülebilmektedir²⁵.

Hakeri'ye göre genital muayeneye gönderme fiili bakımından fail örneğin yurt müdürü, okul müdürü, kolluk görevlisi vb olabilir. Ebeveyn fail olamaz. Reşit olmayan çocukları üzerinde rıza gösterme yetkisine sahip olan ebeveyn, çocuklarını genital muayeneye gönderme yetkisine sahiptir. Ancak belirli bir yaştan sonra çocuğa da rıza gösterme yetkisinin tanındığı hallerde genital muayeneye de itiraz etme hakkının tanınması gerekecek ve bu durumda ebeveynin tek başına talebi ile genital muayene yapılamayacaktır. Ancak bu durumda çocuklarını hekime genital muayene için götüren ebeveynin fail olması söz konusu olamayacaktır. Genital muayeneye gönderen veya muayene eden kişinin mesleği veya muayeneye gönderilen veya muayene edilen kimseyle yakınlığı önemli değildir. Doktrinde rıza gösterme yetkisine sahip olmayan kişiler açısından bu müdahalelere rıza yetkisi ebeveyn kullanacağı gerekçesiyle, ebeveynin bu suçun faili olamayacağı ve keza yetişkin ve rıza ehliyeti bulunan kimseler açısından ise zaten çocuğun muayeneye rıza göstermemesi nedeniyle muayenenin yapılamayacağı gerekçesiyle yine ebeveynin fail olamayacağı görüşü ileri sürülmektedir. Ünver, yukarıdaki görüşe iki açıdan katılmamaktadır. Tamamen merak veya bizatihi ebeveynin suç şüphesi altında olması, veya büyük bir çocuğu da ebeveynin muayeneye gönderebileceği veya aynı zamanda çocuğun ebeveyni olan sağlık personelinin zorla muayene edebileceği, ya da başkalarının gönderme veya muayene eylemine ebeveynin iştirak edebileceği nedeniyle pekala ebeveyn de suçun faili olabilir.

Ülkemizde ebeveynin bekaret kontrolü amacıyla çocuklarını zorla muayene ettirmesi yasanın kabul gerekçesinin en önemli parametrelerinden biridir. Ünver, bu suçların hiçbir cebir, şiddet veya tehdit olmaksızın işlenmesi gerektiği gibi bir kayıt olmadığını ifade etmekte, ayrıca hukuka aykırı zorlamalar olduğunda, veyahut erişkin dahi olsa gencin veya erişkin olmayanın ebeveyninin bu muayenenin hukuka uygun yapılaş koşulları ile TCK'nin 287. maddesinden

haberdar olmayarak, örneğin kolluğun isteğiyle veya yasaya aykırı olan talebine olumlu cevap vererek muayene ettirilmesinin mümkün olduğunu söylemektedir. Burada sade muayene edilmek istenenin hekimin müdahalesini reddedebileceği ve hekimin bu talebe uyacağına götürmek yerinde değildir. Bu, kimselerin suç işlemlerini önlemez ve hekimlerin de bu suçun faili olabilecekleri, özellikle seçimlik hareket modellerinden birisinin, özellikle ve öncelikle sağlık personeline hitap ettiğini göz ardı etmemek gerekir. Ünver, tipik bir davranış olan göndermek ile götürmek eylemlerini birbirinden ayırmak ve ciddi bir kanuni düzenleme hatası örneği olarak bunlardan sadece göndermek davranışının tipik eylem olarak düzenlendiğini, fakat götürmenin düzenlenmediğine dikkat çekmektedir²⁶.

Son yıllarda kadın mağdurların talep etmesi halinde muayene işleminin kadın hekimler tarafından yapılması şeklinde bir yaklaşım ortaya çıkmıştır. Son derece travmatik bir deneyim sonunda, mahrem bir muayene sırasında bu yönde bir istek oldukça anlaşılabilir bulunmuştur. Konunun tartışıldığı dönemde bu şekilde bir ayrımcılık şüphe ile karşılanmış ise de daha sonra meslek odalarının bu pozitif ayrımcılığı desteklemesi ile bir uzlaşma sağlanmıştır. Usul kanununa bu yönde bir madde konulmuştur²⁷.

Kadının muayenesi, istemesi halinde ve olanaklar elverdiğince bir kadın hekim tarafından yapılır (CMK Madde 77)²⁸.

Muayene edilecek kadının talebine rağmen bir kadın hekimin bulunmasına olanakların elvermediği durumlarda; muayene sırasında hekim ile birlikte bir başka kadın sağlık mesleği personelinin bulundurulmasına özen gösterilir²⁹.

26 Hakeri /s.529.

27 Yorulmaz ,Şanyüz ,Ketenci / s.127-141.

28 Yorulmaz ,Şanyüz ve Ketenci /s.127-141.

Ayrıca Bkz.Sağlık Bakanlığı Tedavi Hizmetleri Genel Müdürlüğü'nün 22/09/2005 tarih ve 13292 Adli Tabiplik Hizmetlerinin Yürütülmesinde Uygulacak Esaslar hakkındaki Genelge.

Fincancı,Yorulmaz /s.142-146.

29 Çakmut /s.1133-1184, ayrıca Bkz.Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ,Ge-

Bu madde pozitif ayrımcılık ilkesine dayanmaktadır. Travma sonrası ruhsal durum ile ilgili koşullar gözetilerek düzenlenmiş olan bu madde, uluslar arası uygulamada da özellikle bir erkeğin şiddetine maruz kalmış olan kadınlarda muayeneyi zorlaştıran, hastanın hekimle iletişim kurmasını olanaksızlaştıran bir durumu ortadan kaldırmak, hasta hekim ilişkisinde muayene ve örnek alma sürecine hastanın katılabileceği bir ortam yaratmayı amaçlayan bir önlem olarak yönetmelikte yer bulmuştur³⁰.

Düzenleme adli tıbbi anlamda olumlu bir düzenleme olmuştur. Maalesef ülkemiz tarihinde bu yeni düzenlemeye uymayan genital muayene uygulamaları sebebiyle hiç de azımsanmayacak sayıda kişi intihar etmiş ya da cinayete kurban gitmiştir. Mevcut düzenleme keyfiyete bağlı gelişen olumsuz durumları önleyecek olumlu ve önemli bir gelişmedir.

CMK'nın 77. maddesi ile ilgili olarak "Beden muayenesi yönetmeliğinin" 11. maddesinde düzenleme yapılmıştır. Yönetmelik, ilk fıkrada CMK madde 77 metnini tekrar ederek (kanun metninde olmadığı) ikinci fıkrasında, " muayene edilecek kadının talebine rağmen bir kadın tabibin bulunmasına olanakların elvermediği durumlarda, muayene sırasında tabip ile birlikte bir başka kadın sağlık mesleği personelinin bulundurulmasına özen gösterilir", şeklinde fazladan bir düzenleme yapılmıştır. Yönetmelik çalışması sırasında, kadının iç muayenesinin her şartta kadın hekimce yapılması, olanaksızlığın arkasına saklanılmaması, kadının yanında bir yakınının olmasının kadını ikinci kez mağdur edeceği belirtilmiştir³¹.

Kadının muayenesi erkeğin muayenesine göre daha çok özel hayatın gizliliği ve utanma duygusunu ihlal eder niteliktedir. Özellikle cinsel organların muayenesi, her yaşta kadın için toplumsal kurallar ve dinin etkisiyle daha çok utanma duygusu yaratmaktadır.

netik İncelemeler ve fizik Kimliğin Tespiti hakkında Yönetmelik (01/06/2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazete).

30 Fincancı /s142-146.

31 Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi ,Genetik İncelemeler ve fizik Kimliğin Tespiti hakkında Yönetmelik (01/06/2005 tarih ve 25832 sayılı Resmi Gazete).

Bu tür muayenede, karşı cinsin muayenesini yaparken muayeneye katılan diğer bir kişinin olmasının faydalı olabileceği hekimlerce ve kolluk mensuplarınca da kabul edilmektedir. Bu konu CMK madde 77 sonrasında, yasal boyut kazanmıştır.

Saldırıya uğramış kadınların, kadın hekimler tarafından muayene edilmesi önerilmektedir. Bu şekildeki bir istek yerinde olabilir. Ancak bunun rutin hale getirilmesi hem herkesin bu şekilde bir talepte bulunmaması, hem de her zaman hekimlerin kadın olmaması nedeniyle henüz pratik değildir. Özellikle tek bir hekimin adli tabiplik yaptığı bölgelerde bu şekilde istekleri karşılamak daha da zor olmaktadır. Sadece bu nedenle adli konularda deneyimsiz bir hekimin muayenesinin daha kötü sonuçlara yol açabileceğine de dikkat edilmelidir³².

Ancak, birçok kadın bu tercihini dile getirememekte ve deneyimli kadın doktorların temini de sıklıkla imkansız olmaktadır. Bu konu ile yeterli eğitimin alınmadığı durumlarda, kadın doktorların yetersiz deneyimi nedeniyle mevcut delillerin mahkemeye sunulmasında oluşacak sorunlar davayı kaybettirebilecektir³³.

Kadının muayenesi, istemi halinde ve olanaklar elverdiğinde bir kadın hekim tarafından yapılmalıdır. Ancak kadın bizzat istemede bulunmuş ise ve muayene yapılacak yerde bir kadın hekim bulunmuyorsa erkek hekim tarafından da muayene yapılabilir. Bu durumda hekim ile bir başka sağlık personelinin bulundurulmasına özen gösterilmelidir. Ancak polisin kadını muayene için götürdüğü yere yakın aynı işlemi yapabilecek yakın bir yetkili kurumda bir kadın hekim varsa kadın muayene için bu yere götürülmeli, muayene için zorlanmamalıdır. Bu durum hekimin sorunu değil polis ve cumhuriyet Savcısının ilgilenmesi gereken bir konudur.

İslam Hukukunda kadının muayenesinde esas alınan kıstas "zaruret" tir. Kadınların erkek doktora muayene olması için bir zaruret olması gerekir. İslam'da zaruretlere haram olan şeyleri mübah

32 Aksoy /s.55-56, Polat /s.340-360.

33 F.Yavuz.Cinsel Suçlar.Simpson Adli Tıp .Bernard Knigh.İstanbul 1995,s.235-249.

kılar (mecelle madde 21). Kadın doktorun olmaması veya olup da erkek doktor kadar uzman olmayışı bir zarurettir. İslam hukukuna göre, bakılması haram olan yeri tutmakta haramdır. Yabancı bir erkeğin Müslüman bir kadının avret sayılan yerlerine bakması haramdır. Ancak hasta olan kadına zaruret miktarı bakmak haram değildir. İslam hukukunda sağlığın gerektirdiği zaruret hallerinde kadının erkeğe muayene olmasında tolerans gösterilmektedir.

Alman hukukunda 2004 değişikliği sonrasında “bedenin muayenesinin utanma duygusunu rencide edebilecek şekilde olması hali sadece kadınlara ilişkin olmayıp, erkekler içinde kabul edilmiş ve nötr cinsli bir düzenleme halini almıştır. Madde, muayene öncesinde muayene edilecek kişiye bu maddedeki haklarının hatırlatılması zorunluluğunu getirmiş ve muayenenin utanma duygularını rencide edebileceği hallerde, aynı cinsiyetten doktora muayene edilmesini ana kural ve muayene makamlarının zorunluluğu olarak öngörmüştür. Madde metni esnek bir uygulamaya gitmeyerek aynı cinsiyetten hekim bulunmaması hallerini düzenlememiştir. Utanma duygusunun rencide edilmesini ve kişinin mahremiyetine saldırı şeklindeki bir muayene işleminde hiç olmazsa aynı cinsiyetten birisine muayene olma talebini sadece kadının muayenesine özgüllemek yanlış olmuştur. Gençlik dönemindeki bir erkek çocuğunun veya kırsal kesimde yetişmiş, dinsel düşünceleri ağırlıklı olan yetişkin bir erkeğin bayan bir hekim tarafından muayenede, kadının erkek hekimce muayenesindeki benzer şekilde sıkıntılar yaşanabilir. Kadın değil kişi bazında konu düzenlenip, utanma duygularının ve mahremiyetin rencide edilmesi kıstasının esas alınarak alman uygulamasına yaklaşılabacaktır³⁴

Anglo-sakson hukukta kadının muayenesi veya muayene edenle edilenin cinsiyet farklılıklarına dayalı farklı bir düzenleme yapılması yolu benimsenmemiştir.

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu StPo 81 d Untersuchende Person (beden muayenesi yapan kişi) (6) Bir kişinin bedeninin muayenesi utanma duygusunu rencide edebilecek nitelikte ise, muayene

34 Kızılarşlan /s.81-317.

işlemi aynı cinsiyetten bir kişi veya bir erkek veya kadın hekim tarafından yapılır. Muayene edilecek olan kişinin haklı menfaati bulunduğu muayene belirli cinsiyetteki bir kişiye veya doktora yapılır. Muayene edilecek olanın isteği üzerine, güvendiği herhangi bir kişinin muayene sırasında hazır bulunmasına izin verilir. Muayene edilecek olan kişiye bu fıkranın ikinci ve üçüncü cümledeki haklar hakkında bilgi verilir.

Avusturya Hukuku'nda stVO Art 133'de stPO 81/d ve CMK 77. maddelerine benzer şekilde "eğer bir kadının muayenesi gerekiyorsa, bu amaçla mümkün olduğu takdirde bir kadın doktorun görevlendirilmesi" hükmü yer almaktadır.

Adli olaylarda, tıbbi zorunluluk hallerinde hekimin herhangi bir karar alınmasına gerek olmaksızın tedavi amaçlı muayene veya müdahaleler yapılabileceği de Sağlık Bakanlığı genelgesinde yer almaktadır³⁵.

YABANCI ÜLKELERDE DURUM

Alman Ceza Muhakemesi Kanunu, 5271 sayılı CMK'mın da kaynak yasası niteliğindedir. Alman Ceza Muhakemesi Kanunu (stPO) 81 a. 2'ye göre emir verme yetkisi hakime, gecikme dolayısıyla delil araştırmadan olumlu sonuç elde edememe tehlikesi ortaya çıkarsa savcılığa ve savcılığın soruşturma memurlarına aittir. StPO 81 c.'ye göre sanık dışındaki kişilerin muayene edilmesi, beden muayenesi ve kan örneği alınması daima bir hekim tarafından gerçekleştirilmelidir. Alman Ceza Muhakemesi Hukuku, hazırlık soruşturmasında savcılığı ön plana çıkarmakta ve polisin savcının kontrol ve yönetiminde faaliyet göstermesini esas almaktadır. Kovuşturma tedbirlerinde ise asıl kural; " bu tedbirlerin hakim kararı ile uygulanması, istisnai hallerde ve bazı istisnai şekillerde savcı ve gerektiğinde polisin bu tedbirlerin uygulanabilmesinde takdir hakkını kullanabilmesidir. Avusturya Hukukundaki uygulamalarda Alman hukuku-

35 Kızıllarlan /s.81-317.

na benzer niteliktedir³⁶

Fransa'da muayene kararını sadece sorgu hakimi vermektedir. Savcı ve polisin kovuşturma tedbirlerine karar verebilme yetkisi yoktur³⁷.

İsviçre Hukuku'nda, Ceza Muhakemesi sırasında gerekli olduğu hallerde, şüpheli veya diğer şahısların, hakim kararıyla bir hekim tarafından vücutlarının muayene edilebileceği ve örnek alınabileceği kabul edilmiştir. İsviçre, federasyon olduğundan; kantonlara göre farklılık gösteren uygulamalar da bulunmaktadır³⁸.

İngiliz Ceza Muhakemesi Hukuku'nda, kara Avrupa'sı Hukuku'ndan farklı olarak, hazırlık soruşturmasında en önemli unsur polistir. Savcılık polisin yanındadır. Polis yüzyıllardır gelenekselleşmiş çalışma şekliyle hazırlık soruşturmalarını savcıdan tamamen bağımsız olarak tek başına yürütmektedir. Cinsel suçlarla ilgili olarak yürürlüğe giren yeni bir yasa vardır ve burada sanığın genital muayene isteme hakkı yoktur. Savcı bunu mahkemeden talep ettiği gibi mahkeme kararına da mağdurun itiraz hakkı yoktur. Savcı muayene talebini olayın boyutuna ve mevcut delil durumuna göre yapmaktadır. Polis soruşturma evresinde elde ettiği tüm delilleri savcıya sunmak zorunda olup, aynı doğrultuda savcının da sanığın lehine olan tüm delilleri mahkemeye sunma gibi bir görevi vardır³⁹.

Amerikan Hukukunda; polis İngiltere'deki gibi hazırlık soruşturması sırasında tam yetkili durumdadır ve savcıdan tamamen bağımsız faaliyet göstermektedir. Federal bir devlet olması nedeniyle, uygulama eyaletler arasında farklılık göstermektedir. Ortak anlayış, polisin muayeneye sevk ve örnek alma konularında kendi takdirleriyle davranması, hayati tehlike oluşturacak durumlarda hakim izni almasıdır⁴⁰.

36 Kızıllarslan/s.41-42.

37 Kızıllarslan /s.42.

38 Kızıllarslan /s43.

39 Kızıllarslan / s.44-47.

40 Kızıllarslan /s.48-50.

Hindistan Hukuku'nda polisin, hakimin tutuklama kararı olmadan da tutuklama yetkisinin olduğu ağır ceza suçlarında sanığın muayene edilmek ve görüşü alınmak üzere hekime gönderilebileceği kabul edilmektedir. Hindistan polisi hemen hemen her türlü suç sırasında ve kontrollerde serbestçe vücut üzerinden biyolojik örnek alabilmekte ve hakim kararı olmaksızın tarafları muayeneye sevk etmektedir ⁴¹.

İspanya Ceza Muhakemesi Hukuku'nda soruşturma amaçlı vücut muayenesi ve örnek alma şeklindeki müdahaleler Ceza Muhakemesi Kanunu'nda değil Polis Yasası'nda düzenlenmiştir ⁴².

Yeni Zelanda Hukuku'nda yapılan yeni düzenleme ile; suçun araştırılmasıyla bağlantılı ve delil toplanan diğer yerlerde görev alan hiçbir polis memuru, vücuttan örnek alma sırasında bulunamaz ve görev alamaz ⁴³.

İnsan haklarının tasnifine göre, özel hayata saygı hakkı negatif statü haklarından. Vücudun muayenesi ve örnek alma negatif statü haklarından olan "özel hayatın gizliliği" hakkına müdahale niteliğindedir.

SONUÇLAR

Eski TCK'da zabıta kuvvetlerince de istenebilen genital muayene, yeni TCK ile yetkili hakim ve savcı kararına bağlanmıştır. Yetkili hakim ve savcı kararı olmadan genital muayene yapılması hem gönderen kişiye hem de muayeneyi yapana 3 aydan 1 yıla kadar hapis cezası hükmetmektedir.

Adli amaçlı genital muayene, tedavi amaçlı genital muayeneden farklılıklar içermektedir. Adli amaçlı genital muayene bilirkişilik kurumundan kaynaklanan bir görevdir ve amacı delil elde etmek veya tespit etmeye yöneliktir. Tüm muayene ve müdahalelerin asıl

41 Kızılarşlan /s.50-51.

42 Kızılarşlan / s.52.

43 Kızılarşlan /s.52-54.

amacı adli yetkilinin soruları doğrultusunda adli rapor düzenlemeye yöneliktir.

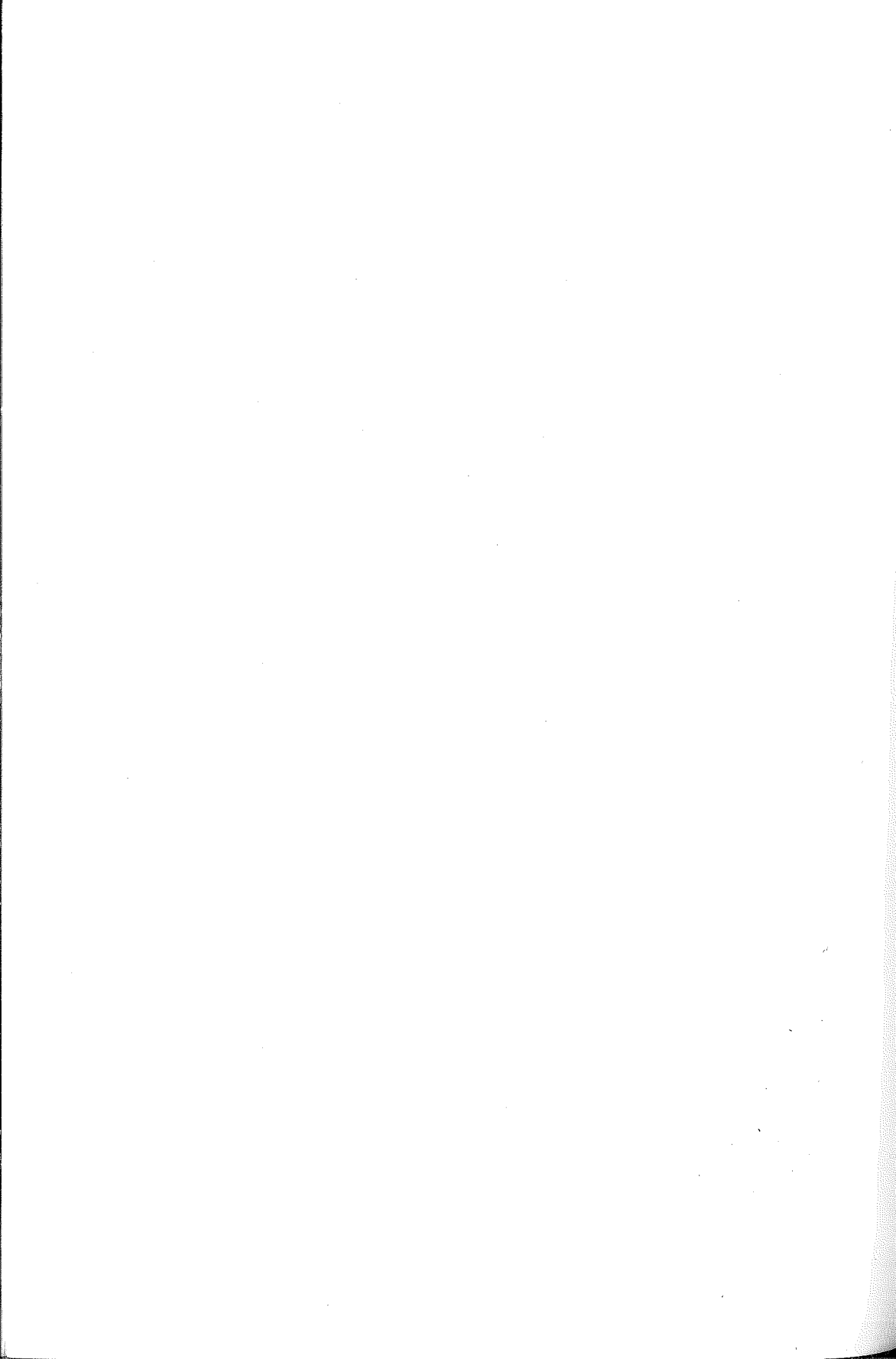
Cinsel suçlarda kolluğun sanığı zorlaması veya sanığın rızasıyla kolluğun genital muayene yaptırması TCK'nun 287.maddesi gereğince suç oluşturmaktadır. Bu nedenle hekimler yetkili hakim ve savcı kararı olmadan kendilerine kolluk kuvvetlerince getirilen mağdur ve sanıkların genital muayene taleplerini yerine getirmemelidirler.

Yetkili hakim ve savcı kararı olmadan kimden gelirse gelsin (polis, jandarma, okul müdürü, yurt müdürü v.b) genital muayene istemleri dikkate alınmamalı, ayrıca bu girişimler suça teşebbüs olduğu için hekimce adli makamlara ihbar edilmelidir.

CMK madde 77; kadının muayenesinin, istemi halinde ve olanaklar elverdiğince bir kadın hekim tarafından yapılması hükmüne amirdir. Buradaki sorun; kadının, yasanın tanıdığı hakka ilişkin bilgisi yoksa, öncelikle adli işlemi yöneten adli merci gerekli aydınlatma görevini yerine getirmelidir. Aydınlatma görevi o süreçte bilirkişi olan ve kamu görevlisi sayılan hekim tarafından da yerine getirilmelidir. Etik ilkeleri göz ardı etmeksizin hukuk ve özellikle kanun normunu sınırlayıp işlemez hale getirmemeye özen gösterilmelidir.

CMK madde 77'deki halin eşitlik ilkesi gözetilerek sadece kadınlar için değil, erkekler için de uygulanması yönünde gereken yasal düzenlemeler yapılmalıdır

Hukuken bir suçtan sorumlu olmamaları için hekimlerin meslekleri ile ilgili yasal düzenleme ve yaptırımları öğrenmeleri gerekmektedir. TCK md. 4'te " Ceza Kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz" hükmü asla unutulmamalıdır.



AVRUPA BİRLİĞİ SÜRECİNDE TÜRKİYE'NİN İLTİCA POLİTİKASININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Dr. Yeşer Yeşim ÖZER*

GİRİŞ

Göç çalışmalarında son yıllarda vurgulanmaya başlanan göç olgusunun küresel boyutu, artan düzensiz göç, mültecilik ve sığınmacılıkla ilgili sorunlar, bugün, Türkiye’de, çok yönlü olarak tartışmaya açılmış konular değillerdir. Göç konusu, merkezi idarenin güvenlik algılamasının ötesinde, farklı boyut ve etkileriyle çok fazla ele alınmamaktadır. Bu tutumda, Türkiye’nin bugüne kadarki ulusal göç politikası ve göçmen algısı etkili olabildiği gibi, uluslararası aktörlerle olan ilişkileri ve göç sorununun uluslararası alandaki boyutu da belirleyici olmuştur. Yakın zaman kadar, Türkiye’nin yaşadığı göç deneyimi, gelen “muhacirler” ve giden “gurbetçiler” olarak iki şekilde, düzenli göç kavramı çerçevesinde değerlendirilecek deneyimlerdir.¹ Aslında Türkiye, ancak son yıllarda uluslararası göç hareketleri ve bundan kaynaklanan küresel sorunlar ve tehditlerle yüzleşmek zorunda kalmıştır. Özellikle 1990’lar sonrasında, Türkiye’ye yönelen uluslararası nüfus hareketlerinin sayısal ölçeği büyüdüğü gibi, kültürel köken olarak da çeşitlendiği gözlemlenmektedir. Erder, Türkiye’nin artık “göç alan” bir ülke olduğu şeklinde bir kavramsallaştırma yapılmasını, gelen kişilerin geliş amaçları ve eğilimleri incelendiğin-

* İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, Kamu Yönetimi Bölümü.

1 Erder, Sema. “Uluslararası Göçte Yeni Eğilimler: Türkiye Göç Alan Ülke Mi?”. **Mübeccel Kıray İçin Yazılar**, İstanbul: Bağlam Yayınları, 2000, s.236

de, yeterince açıklayıcı bulmasa da, bugün Türkiye’de yaşayan ya da yaşamak isteyen, çok farklı kültürel kökene sahip kozmopolit bir yabancı grubunun varlığını vurgular.¹ Erder’den başka, bu alanda çalışan birçok akademisyen de, bugün Türkiye’nin sadece göç veren değil, aynı zamanda yasal veya yasadışı yollardan göç alan bir ülke olduğunu vurgulamışlardır.² Bu durumda, Türkiye için “gelen ve tehdit olarak algılanan göçmen” kavramının göreceli olarak yeni olduğu söylenebilir. Özellikle, son yıllarda etkili olan Avrupa Birliği (AB) üyeliği süreci ve bu süreçteki uyum çabaları, göç sorununun farklı boyutlarının görünür hale gelmesine neden olarak, farklı ihtiyaç ve yaklaşımları ortaya çıkarmıştır.

TÜRKİYE VE GÖÇ SORUNU

Türkiye’nin göç politikasına baktığımızda, gelen göçmenlerin kabaca iki ayrı grup halinde sınıflandığını söylemek mümkündür. Birinci grup, “Türk soylu veya Türk kültürüne bağlı” olarak nitelendirilerek, 1934 tarihli ve 2510 sayılı İskan Kanunu çerçevesinde Türkiye’de yerleşmelerine izin verilen göçmenlerden oluşmaktadır.³ 1980’lerin sonuna kadar bu çerçevede yürütülen göç politikası gereğince, göç konusu bir problem ya da tehdit olarak algılanmamıştır.

Göç konusunun bir sorun olarak algılanması, 1988 İran-İrak savaşı ile başlayıp, daha sonra Yugoslavya İç Savaşı, Körfez Savaşı, Kosova Olayları ile devam eden süreçte yaklaşık 1.000.000 kişiye Türkiye’de çalışma hakkını da içeren ikamet izni verilmesi ile

1 ibid, s.256-257

2 Bkz. Nermin Abadan Unat “Küreselleşme Göç ve Toplumsal Değişme”. Mübeccel Kıray İçin Yazılar, İstanbul: Bağlam Yayınları, 2000, ss.41-56; Ahmet İçduygu, “Transit Migration and Turkey”. *Boğaziçi Journal* 10, Nos.1-2 (1996); Kemal Kirişçi, *Justice and Home Affairs Issues in Turkish-EU Relations*. TESEV Publications, 2002; Kemal Kirişçi, “The Legal Status of Asylum Seekers in Turkey: Problems and Prospects”, *International Journal of Refugee Law* 3, No.3 (1991)

3 İskan Kanunu, <http://www.hukuki.net/kanun/2510.13.text.asp> (23.02.2009).

başlamıştır.⁴ Bu süreç aynı zamanda, Türkiye için, daha önceki yıllarda İskan Kanunu çerçevesinde yaptığı yerleştirmelerle düzenlenemeyecek yeni bir dönemin de başlangıcıdır. Türkiye bu süreçte ve takip eden dönemde, ikinci grubu oluşturan göçmenlerle, yani sınırlarına gelen ve mülteci olarak kabul edileceği ülkelere ulaşmayı hedefleyen sığınmacılar, mülteciler, kaçak olarak sınırlarını geçenler, vize kolaylıkları nedeniyle yasal olarak Türkiye'ye girmekle birlikte, vize süresi geçince de ülkelerine dönmeyip kaçak olarak Türkiye'de kalmaya devam eden göçmenler ve Sovyetler Birliği'nin dağılmasından sonra daha da artan göç hareketleri ile şekillenen düzensiz göç olayıyla tanışmıştır. Dolayısıyla mevcut kanunlarının içine serpiştirdiği birtakım düzenlemelerle ve yabancılar için çıkarılmış sınırlı sayıdaki kanunlarla⁵ yönetmeye çalıştığı göçmenlik konusu, artık iltica olayının ağırlık kazandığı ve her geçen gün yasal boşlukların, bu boşluklardan kaynaklanan uygulama sorunlarının ortaya çıktığı bir duruma gelmiştir.

Mülteci ve sığınmacı statüsü çerçevesinde değerlendirilmesi gereken kişileri içeren iltica prosedürü ve bu süreçteki siyasal ve toplumsal dinamikler, Türkiye'nin, özellikle AB aday üyeliği bağlamında ciddi değişimler yaşamasına neden olmaktadır. Bu değişimler, hem yeni yasal düzenlemeler şeklindeki birtakım somut adımlardan, hem de AB tarafından hazırlanan Katılım Ortaklığı Belgelerindeki istekler doğrultusundaki bazı taahhütlerden oluşmaktadır. Bu iki kategori arasında, ileriki bölümlerde yapılacak değerlendirme, Türkiye'nin iltica politikasında AB'nin etkisini ortaya çıkarmakta kullanılacak ve bu bağlamda, ileriki yıllarda doğabilecek idari ve teknik aksaklıklara da dikkat çekilecektir.

4 İltica ve Göç Alanındaki Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Eylem Planı, <http://www.hyd.org.tr/?pid=297> (23.03.2009)

5 2510 sayılı İskan Kanunu, 4104 sayılı Muharip Yabancı Ordu Mensuplarından Türkiye'ye İltica Edenler Hakkında Kanun, 1475 sayılı İş Kanunu, 5682 sayılı Pasaport Kanunu, 5683 sayılı Yabancıların Türkiye'de İkamet ve Seyahatleri Hakkında Kanun, 4817 sayılı Yabancıların Çalışma İzinleri Hakkında Kanun v.d.

TÜRKİYE’DE İLTİCA PROSEDÜRÜNÜN TEMELLERİ

Türkiye’nin sınırlarına gelen ve sığınma talep eden kişilere karşı uyguladığı özel bir iltica yasası bulunmamaktadır. Türkiye’de iltica prosedürü uluslararası ve ulusal alanda hazırlanmış bazı belgeler çerçevesinde yürütülmektedir.

Uluslararası Çerçeve

Türkiye’nin taraf olduğu uluslararası belgelerden 1948 tarihli, Birleşmiş Milletler Evrensel İnsan Hakları Beyannamesi’nin 14(1) maddesi, herkesin zulüm altında başka ülkelere sığınma ve sığınma olanaklarından yararlanma hakkı olduğunu dile getirir.⁶ Bu belgede sığınma kavramı tanımlanmamıştır. Ancak belgede yer alan hakların çoğu⁷ mülteciler ve sığınmacılar için de geçerlidir.

1951 tarihinde Birleşmiş Milletler tarafından hazırlanan Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme de, özel olarak sığınma talebiyle gelen kişilerin hukuki statülerinin belirlenmesi ve gerekli yasal hakların tanınması için hazırlanmış bir sözleşme olmakla birlikte, “sığınma” kavramına ait bir tanım içermez. Ancak, bu Sözleşme, iltica konusundaki en temel belgedir. Sözleşme taraf devletlerin mültecilere yönelik yükümlülüklerini belirlemektedir. Anlaşmayı imzalayan devletler, Sözleşme hükümleri çerçevesinde, gelen kişilere mülteci statüsü vererek, bu kişileri gerekli haklardan yararlandırmakla yükümlüdürler. Sözleşme’nin 1.maddesi mülteci kavramının çerçevesini de çizmiştir.⁸

6 Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/pdf01/203-208.pdf> (23.02.2009).

7 Yaşama, özgürlük ve kişi güvenliği hakkı; işkence yada zalimane, insani olmayan, onur kırıcı ceza yada muameleye maruz bırakılmama hakkı; kölelik yada kulluk altında bulundurulmama hakkı; yasa önünde bir kişi olarak tanınma hakkı; düşünce, vicdan ve din özgürlüğü; keyfi tutuklanmaya, gözetim altına alınmaya maruz bırakılmama hakkı; özel yaşam, aile ve ev konusunda keyfi müdahaleye maruz bırakılmama hakkı, düşünce ve ifade özgürlüğü hakkı; eğitim hakkı; toplumun kültürel yaşamına katılma hakkı gibi.

8 Bkz. Ek. 1, Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme <http://www.unhcr.org.tr/MEP/FTPRoot/HTML/Editor/File/anasayfa/sozlesme.pdf> (23.02.2009).

Türkiye sözleşmeyi 1961 tarihinde kabul etmekle birlikte, mülteciliğin belirlenmesi yönünden öngörülen seçme hakkını kullanarak “coğrafi kısıtlama” ile yalnızca Avrupa’ dan Türkiye’ye gelerek iltica etmek isteyen yabancıları mülteci olarak kabul edeceğini belirtmiştir. Üye devletler, ayrıca Sözleşmenin 33. maddesinde tanımlanan non-refoulement (geri gönderilemezlik) ilkesi gereği, geldiği yerde zulüm görmesi söz konusu olan mültecileri geri göndermemekle de yükümlüdürler. 1951 Sözleşmesi’ni imzalayan devletler, mülteci statüsü verdikleri kişilere, Sözleşme’nin öngördüğü şekilde belirli bir hukuki statü tanıyarak, bu kişilerin çalışma (Madde 17,18,19), eğitim (Madde 22), sosyal güvenlik (Madde 24) haklarını garanti altına almak ve hukuk mahkemelerine serbestçe ve kolayca başvurmalarını (Madde 16) sağlamak zorundadırlar.

1950’lerin sonları ve 1960’ların başlarında yeni mülteci krizleri patlak verdikçe Sözleşmenin hem zaman hem de coğrafi kapsamını genişletmek gerekli olmuş ve 1967 yılında Ek Protokol hazırlanmıştır. Ek Protokol’ün 1.maddesinin 2.fıkrası ile zaman kısıtlaması kaldırılmıştır.⁹ Ancak, 1951 Sözleşmesini coğrafi çekince ile imzalayan devletlerin, bu çekinceyi devam ettirmelerine olanak sağlanmıştır.¹⁰ Ayrıca, 1951 Sözleşmesi gibi, Ek Protokol de, sığınma kavramını tanımlamamıştır.

Sığınma hakkı açıkça 14 Aralık 1967 yılında BM Genel Kurulu tarafından oybirliği ile onaylanan, “BM Ülkesel Sığınma Bildirisi” ile tanımlanmıştır. Burada, sığınma hakkı barışçıl ve insani bir eylem olarak tanımlanarak, bir Devlet tarafından düşmanca bir eylem olarak kabul edilemeyeceği vurgulanmıştır.¹¹ Bildiride sığınma talebiyle gelen kişilerin zulme uğrayacağı herhangi bir ülkeye geri gönderilemeyeceği dile getirilmiş olsa da, devletlere, ulusal güvenlik ve kitlesel nüfus akışı gibi istisnai durumlarda, kısıtlamalar yap-

9 Bkz. Ek 2, Mültecilerin Statüsüne İlişkin New York Protokolü, <http://www.hyd.org.tr/?pid=295> (23.02.2009).

10 ibid, m.1/3

11 Mehmet, Özcan, **Avrupa Birliği Sığınma Hukuku : Ortak Bir Sığınma Hukukunun Ortaya Çıkışı**, Ankara: Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu, 2005, s.17.

ma hakkı da tanınmıştır.¹²

Günümüzde, sığınma konusu ile ilgili sorunların kaynağı, büyük ölçüde, güvenlik boyutu ve insan hakları boyutu arasındaki çatışma olmaktadır. Sığınma kavramının şekillendiği ilk belgeler de dahil olmak üzere, bugüne kadar devletlerin güvenlik kaygısı, sığınma hakkının kısıtlanması için gerekçe olarak kullanılmıştır. Türkiye'deki durum da, bu eğilimi yansıtacak şekilde gelişmiş ve devletin sınırlarından içeriye girecek kişileri belirleme yetkisi ile ilgili üstünlüğü, iltica politikası üzerinde etkili olmuştur.

Bugün Türkiye'de iltica ile ilgili sorunların kaynağı, 1951 Cenevre Sözleşmesi'ne konulan "coğrafi çekince" olmaktadır. Şöyle ki, bu yaklaşım temelinde, Türkiye, en yoğun şekilde göçmen aldığı Afrika, Asya ve Ortadoğu'dan gelen kişilere mülteci statüsü tanımamaktadır. Bu durum, aynı zamanda, sorunun bir kısır döngü haline gelmesinin de nedenidir. Mülteci statüsü tanınarak uydu kentlere yerleştirilen veya serbest ikamete tabii tutulan mülteciler ile ilgili sorunlar yanında, Avrupa dışından geldikleri için, mülteci olmalarına olanak olmayan kişiler, kendilerini mülteci olarak tanıyacak 3. bir ülke tarafından kabul edilene kadar ya da sınır dışı edilene kadar, "geçici sığınmacı" olarak Türkiye'de kalmaktadırlar. Çoğu zaman oldukça uzayan bu kalış süreleri, bugün artan göç hareketleri de göz önüne alındığında, iltica olayının sadece bir sınır koruma sorunu değil de, farklı siyasal ve sosyal sorunlara kaynaklık edecek potansiyelini ortaya çıkarmaktadır. Bu çalışma göç olayının sosyal boyutuna dikkat çekerek, özellikle sığınmacılarla ilgili aksaklıklara odaklanmayı hedeflemektedir. Mülteci statüsü tanınmayan bu kişilerle ilgili yasal prosedür nasıl şekillenmiştir? Sığınmacılarla ilgili temel sorunlar nelerdir? Avrupa Birliği uyum sürecindeki düzenlemelerin etkisi ne olabilir? Cevap aranacak bu ve benzeri sorularla, Türkiye'de, iltica konusunun güvenlik boyutunun ötesinde, farklı boyutlarıyla tartışılmasına olanak sağlanması amaçlanmaktadır.

12 BMMYK Türkiye Temsilciliği, **Sığınma ve Mülteci konularındaki Uluslararası Belgeler ve Hukuki Metinler**, Ankara: BMMYK Türkiye Temsilciliği Yayınları, 1998, s.93.

Ulusal Çerçeve

Türkiye 1990'lara kadar gündelik uygulamalarla üstesinden gelmeye çalıştığı iltica konusunu, 94/6169 sayılı Bakanlar Kurulu kararının onaylanarak, 30.11.1994 tarihli ve 22127 sayılı Resmi Gazete'de yayınlanmasıyla yürürlüğe giren, "*Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik*" ile düzenlemiştir. Bu Yönetmelik, aynı zamanda, iltica konusunu ulusal düzeyde yasal bir çerçeveye oturtmanın da ilk adımıdır. Böylece sığınma amacıyla sınırlarımıza gelen kişilere uygulanacak usul ve bu alandaki yetkili kuruluşlar belirlenmiştir. Yönetmelikte, uluslararası belgelerde mevcut olmayan, "sığınmacı" tanımı da yapılmıştır. Buna göre, Türkiye sığınmacıyı:

"İrki, dini, milliyeti, belirli bir toplumsal gruba üyeliği veya siyasi düşünceleri nedeniyle takibata uğrayacağından haklı olarak korktuğu için vatandaşı olduğu ülke dışında bulunan ve vatandaşı olduğu ülkenin himayesinden istifade edemeyen veya korkudan dolayı istifade etmek istemeyen yada uyrugu yoksa ve önceden ikamet ettiği ülke dışında bulunuyorsa oraya dönmeyen veya korkusundan dolayı dönmek istemeyen yabancı"

şeklinde tanımlanmıştır.¹³

Yönetmelik, sığınma işlemlerinde müracaat makamını valilik, karar makamını ise İç İşleri Bakanlığı olarak belirlemiştir. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği ve Uluslararası Göç Örgütü de işbirliği yapılacak kuruluşlar olarak sıralanmışlardır. Mülteci ve sığınmacıların yerleştirilmeleri, sağlık, eğitim ve çalışmalarına yönelik düzenlemeler de yine bu yönetmeliğin kapsamı içinde yer almıştır. Böylelikle sığınmacıların İç İşleri Bakanlığı'nın izniyle valiliklerce kurulan kamplara yerleştirilmeleri, kendilerine sağlık fişi tan-

13 Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik , Resmi Gazete no 22127, 30.11.1994.

zim edilmesi ve öğrenim görme, çalışma gibi haklardan yararlanmaları sağlanmıştır. Bunun yanında sığınmacıların sınır dışı edilmeleri ile ilgili prosedür de yönetmelik çerçevesi içine alınmış ve bu konuda nihai karar verici makam İç İşleri Bakanlığı olarak belirlenmiştir.

Görüldüğü gibi, mülteci tanımındaki “*coğrafi şart*” sığınmacılarla ilgili olarak söz konusu değildir. Dolayısıyla da çok geniş bir coğrafyadan alınan göç akınları karşısında Türkiye'nin uluslararası yükümlülüklerinden kaynaklanan belirli bir idari yük altına girmesi söz konusudur ve bu durum beraberinde ekonomik ve sosyal alanda çeşitli problemleri de ortaya çıkarabilmektedir.

İltica işlemleri konusunda belirleyici metin olarak 1994 yılında çıkarılan bu yönetmelik, uygulama aşamasındaki sorunlar nedeniyle çokça eleştirilmektedir. Bu eleştirilerin büyük çoğunluğu uluslararası ve ulusal sivil toplum kuruluşları veya kurumlar tarafından dile getirilmektedir. Bu eleştiriler çerçevesinde ve bir sonraki bölümde daha ayrıntılı olarak ortaya konacağı şekilde Avrupa Birliği uyum sürecinin etkisiyle, 2006 yılında 1994 Yönetmeliğinde değişiklikler yapılmıştır.¹⁴

Öncelikle, sığınmacıların en çok mağdur olduğu konu olarak dile getirilen, 1994 yönetmeliğinde 5 gün olarak belirlenen başvuru süresi ile ilgili zaman kısıtlaması, 1998'de 10 güne uzatıldıktan sonra, 2006 yılında “*gecikmeden makul süre içinde başvurusunu yapması*” şeklinde değiştirilmiştir.

1994 yönetmeliğinde (madde 5), başvuru aşamasında süreç tamamlanana kadar geçen süre içinde yabancıların denetim ve gözetim altında bulundurulması şeklinde yer alan ifade “*İçişleri Bakanlığı'ndan bir talimat gelinceye kadar yabancı, İçişleri Bakanlığı'nca uygun görülecek bir merkez veya misafirhanede barındırılır veya İçişleri Bakanlığı'nca gösterilecek bir yerde serbest ikamete tabi tutulur*” şeklinde değiştirilmiştir. Kişinin, iltica talebi

14 Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, Resmi Gazete No. 26062, 27.01.2006.

kabul edildikten sonra değil de, değerlendirilirken de serbest ikamete tabi olabilmesi, toplumsal uyum açısından olumlu yansımaları olacak bir düzenlemedir.

Sığınma talepleri, 1994 yönetmeliğinde (madde 6) Dışişleri Bakanlığı ile ilgili diğer bakanlık ve kuruluşların görüşü alınarak İçişleri Bakanlığınca karara bağlanırken, 2006 yılında yapılan değişiklik, bu kararın sadece İçişleri Bakanlığı tarafından alınmasına ve İçişleri Bakanlığı’nın uygun gördüğü hallerde yetkinin valiliklere devredilmesine olanak sağlamıştır. Bu düzenleme, prosedürün hızlanması ve basitleşmesi açısından kullanılırsa sığınmacıların lehine bir adımdır.

1994 yönetmeliğinde, yabancılarla ilgili işbirliği konusunda *“Dışişleri Bakanlığı aracılığı ile Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği ve ilgili diğer uluslararası kuruluşlarla işbirliği yapılır. Bu yabancıların özellikle nakillerine ilişkin konularda Uluslararası Göç Örgütü ile de işbirliğinde bulunulur”* şeklindeki madde *“diğer bakanlık, kurum ve kuruluşlar ile Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği, Uluslararası Göç Örgütü gibi uluslararası kuruluşlar ve sivil toplum örgütleri ile işbirliğinde bulunabilir”* şeklinde genişletilmiştir.

Bu değişiklikler, sığınma talebiyle gelen yabancıların temel insan haklarının korunması, yetkili kılınan birimin daha etkili çalışması ve kurumlar arasında geliştirilen geniş kapsamlı işbirliği sayesinde, sorunun birçok boyutunun farkına varılması gibi açılımlar sağlama olanağı sunmuştur. Bu değişiklikleri, tam anlamıyla değerlendirebilmek için, Türkiye’nin Avrupa Birliği sürecinde üstlenmiş olduğu yükümlülükleri de incelemek gerekir.

AVRUPA BİRLİĞİ SÜRECİNİN TÜRKİYE’NİN İLTİCA YAKLAŞIMI ÜZERİNDEKİ ETKİSİ: YENİ DÜZENLEMELER GEREKLİ Mİ?

Avrupa Birliği aday üyeliği sürecinin, Katılım Ortaklığı Belgeleri ve karşılığında hazırlanan Ulusal Programlar incelendiğinde, etkisi belirgin bir şekilde gözlemlenebilen bir dinamik olarak ortaya

çıktığı söylenebilir. Şöyle ki, Avrupa Birliği'nin, aday ülkeler için bir rehber olarak nitelediği, ilki 2000 yılında hazırlanmış olan Katılım Ortaklığı Belgelerini incelediğimizde sürekli olarak bazı konuları vurguladığımız görürüz. Bunlar ana hatlarıyla şu şekilde sıralanabilir:

- “Yasadışı göçü önlemek amacıyla göçe ilişkin Avrupa Birliği müktesebatının ve uygulamalarının kabul edilmesi ve kamu idaresinin güncelleştirilmesine yönelik reformların yapılması
- Sınır idaresinin güçlendirilmesi ve profesyonel sınır koruma birimleri oluşturulması
- Sığınma alanında 1951 Cenevre Konvansiyonu'na getirilen coğrafi çekincenin kaldırılması.
- Avrupa Birliği ile geri kabul anlaşmasının müzakere edilmesi *(2007 yılında hazırlanan Katılım Ortaklığı Belgesinde, Avrupa Birliği, bunu acil olarak nitelendirmiştir. 18-19 Haziran 2009 tarihindeki Brüksel Zirvesi'nin Sonuç Belgesi de 38.paragrafında Libya ve Türkiye gibi kaynak veya transit göçmen ülkeleriyle geri kabul anlaşmaları imzalamayı öncelik olarak dile getirmiştir.¹⁵ Bu anlaşma imzalanırsa Türkiye'den geldiği tespit edilen göçmenler Türkiye'ye geri gönderilebilecektir, y.n)*
- Göçmenler için konaklama birimleri ve sosyal destek sağlanması
- Göç ve İltica Eylem Planı hazırlanarak, özel bir İltica Birimi'nin kurulmasını da içeren kapsamlı bir İltica Yasası'nın çıkarılması.”¹⁶

AB'nin Katılım Ortaklığı Belgelerinde dile getirilen bu istekle-

15 Council of the European Union, Presidency Conclusion, Brussels, 18-19 June 2009, paragraph 38, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/108622.pdf (25.06.09)

16 Accession Partnerships, http://ec.europa.eu/enlargement/candidate-countries/turkey/key_documents_en.htm (23.02.2009).

rine karşılık Türkiye, 2001 yılında ilkin hazırladığı ve 2003 de gözden geçirdiği Ulusal Programında bazı taahhütlerde bulunmuştur.¹⁷ Bunlar arasında, iltica konusunda özel olarak 2004 yılı sonunda hazırlanmış olan “İltica ve Göç Ulusal Eylem Planı” belirleyici bir öneme sahiptir. Bu plan yasadışı göç ve iltica alanında yasal, kurumsal ve sosyal hak boyutlu düzenlemeleri ele alan kapsamlı bir çerçeve niteliğindedir. Planın amacı, “Türk İltica, Göçmenler ve Yabancılar Mevzuatının ve sisteminin Avrupa Birliği müktesebatı ve sistemleri ile uyumlu hale getirilmesi” şeklinde belirtilerek, bu süreçte belirleyici olarak fiziki altyapı ve mali boyut özellikle vurgulanmıştır.

Türkiye'nin iltica yaklaşımının temel noktası olan “coğrafi çekince” konusu da, planda, buna paralel biçimde, fiziki ve mali durum temelinde şekillendirilmiş koşullara bağlanmıştır. Buna göre, Türkiye, Avrupa Birliği'ne katılımın tamamlanmasına paralellik arz edecek şekilde ve aşağıdaki koşullar doğrultusunda coğrafi çekinceyi kaldırmayı öngörmektedir:

- “Katılım aşamasında Türkiye'ye doğudan bir mülteci akımını teşvik etmeyecek şekilde gerekli mevzuat ve altyapı değişikliklerinin gerçekleştirilmesi (örneğin, Türkiye'nin göç aldığı ülkelerle geri kabul anlaşmaları imzalaması, y.n)
- Avrupa Birliği ülkelerinin külfet paylaşımı konusunda gerekli hassasiyeti göstermeleri”¹⁸

Türkiye, İltica ve Göç Ulusal Eylem Planında, bir diğer önemli konu olarak, kapsamlı bir İltica Yasası hazırlanmasına da yer vermektedir. Bu çerçevede yapılacak çeşitli düzenlemeler şu şekilde özetlenebilir:

17 Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı 2001-2003, <http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/ulusalpr/> (23.02.2009) ve Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı 2003, <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=196&l=1> (23.02.2009).

18 İltica ve Göç Alanındaki Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Eylem Planı, http://www.multeci.org.tr/BlogEngine.Web/file.axd?file=Iltica_ve_Goc_Eylem_Plani.pdf (23.02.2009).

- “İçişleri Bakanlığı bünyesinde Avrupa Birliği müktesebatına uyumlu bir şekilde mülteci ve sığınmacı statüsünün tespitine, statünün geri alınmasına veya uzatılmasına ilişkin karar vermede merkezi ve tek yetkili bağımsız bir “İltica İhtisas Birimi” oluşturulması, bu birimin içinde bir “İtirazları Değerlendirme Kurulu” kurulması ve sığınma başvurusunda bulunan kişinin hem iltica prosedürünün daha ilk aşamasında hem de olumsuz karar alındıktan sonra bu karara karşı iltica ihtisas birimine itiraz etme hakkı olduğu konusunda bilgilendirilmesi
- Özel personel eğitilmesi amacıyla İçişleri Bakanlığı bünyesinde bir eğitim akademisi kurulması,
- Sığınmacı kabul, barınma merkezlerinin ve mülteci misafirhanelerinin tesisi, geri gönderme merkezlerinin tesisi, (2010 yılına kadar 7 şehirde açılmalarının sağlanması ve ilerleyen yıllarda bu kişilerin sağlık, sosyal yardım, çalışma, sosyal ve kültürel olaylara erişimlerinin sağlanması gibi olayın entegrasyon boyutuna yönelik çalışmaların da yapılmaya başlanması)
- İltica konularında temyiz başvurularını inceleyen, iltica hukuku alanında eğitim almış bir hakimler grubu oluşturulması ve karar vermeye ilişkin zaman sınırlanması getirilmesi
- Barolar tarafından başvuran kişiler için ücretsiz hukuki danışmanlık hizmeti sağlanması”¹⁹

Katılım Ortaklığı Belgelerinde dile getirilen Avrupa Birliği istekleri karşısında hazırlanan Ulusal Eylem Planlarındaki bu taahhütler yanında, yukarıdaki bölümde bahsedilen, 1994 yönetmeliğinde 2006 yılında yapılmış değişiklikler, Avrupa Birliği'nin Türkiye'nin göç ve iltica politikasındaki etkisini somut olarak göstermektedir. Buna ek olarak, diğer bir somut belge de, taahhüt edilen bu İltica Kanunu yayınlanmadan önce, taslak yasa ve yürürlükte olan iltica yönetmeliği arasında köprü kurmak amacıyla İçişleri Bakanlığı tarafın-

dan hazırlanan genelgedir.²⁰ Bu genelge ile, İltica Kanunu'nun doğru ve etkili uygulanması, Avrupa Birliği asgari standartlarının dikkate alınarak mevcut iltica uygulamasının Avrupa Birliği ile uyumlaştırılması, uygulamada görülecek aksaklıklar ve hukuki boşlukların tespit edilerek İltica Yasa tasarısına yansıtılması amaçlanmaktadır. Genelgeye göre, sığınma-iltica talebinde bulunmak isteyen her yabancı-
nın hiçbir kısıtlama getirilmeksizin başvurusu kabul edilecektir. Genelge, özellikle iltica konusunun insan hakları bağlamında ele alındığından bahsederek, iltica başvurularına ilişkin iş ve işlemlerin ulusal ve uluslar arası hukuk çerçevesinde adli ve idari makamların denetimini yanı sıra, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetimine de açık olduğunu belirtmektedir. Bu durumda, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde ciddi zarar görme riski bulunan kişilere ikincil koruma statüsü verilmesi ve ülkelerine geri gönderilmelerinin engellenmesi söz konusu olmaktadır.

Bununla birlikte, geri gönderilme konusu ile ilgili olarak, hem 1994 Yönetmeliği, hem de bu yönetmelikte 2006 yılında yapılan değişiklikler, sığınmacıların haklarında verilen olumsuz iltica kararına itiraz hakları olduğunu dile getirmektedir.²¹ 1994 Yönetmeliğine göre, bu itiraz İçişleri Bakanlığı tarafından karara bağlanır. 2006 yılında yapılan değişikliklerle, İçişleri Bakanlığı'nın karar verme yetkisini uygun göreceği hallerde valiliklere devredebileceği öngörülmüştür. Bu süreç sonunda, hakkında olumsuz karar verilen kişi sınır dışı edilmektedir. Yönetmelik, mevcut haliyle, daha ileri bir mekanizmayı açıkça dile getirmez. Ancak idari boyutu itibariyle sınır dışı işlemi, Anayasa'nın 125.maddesine göre "*İdarenin her türlü eylem ve işlemlerine karşı yargı yolu açıktır*" hükmüne tabi olduğundan ve T.C Anayasası'nın 40. maddesi²² hak arama özgürlüğüne yö-

20 Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Genelge, http://www.amnesty.org.tr/yeni/index.php?option=com_content&view=article&id=682:haziran-2006-genelgesi (23.02.2009).

21 Bkz. Ek 3.

22 T.C Anayasası Madde 40: Anayasa ile tanınmış hak ve hürriyetleri ihlal edilen

nelik olarak vatandaş olan ile vatandaş olmayan açısından bir fark gözetmediğinden, pratikte, sınır dışı kararına itiraz amacıyla idare mahkemelerine başvurulduğu görülmektedir. Bu itirazların bir kısmı mahkemece halkı görüldüğünden, kişilerin sınır dışı edilmeleri mümkün olmamış ve bu kişiler kendilerine tanınan “geçici” statüyle Türkiye’de kalmaya devam etmişlerdir.²³ Bu idari yargı kararlarının da etkisiyle, bugün yürürlükteki yönetmelikte açıkça belirtilmeyen sınır dışı kararına itiraz hakkı, Avrupa Birliği sürecinde taahhüt edilen İltica Yasasında ve hatta bu yasaya uyum sağlanması amacıyla hazırlanmış olan 2006 yılındaki İç İşleri Bakanlığı genelgesinde açıkça düzenlenmiştir.

Ancak bu durum, mevcut idari yapılanmada ciddi değişiklikler yapılmasını gerektirmektedir. İltica İhtisas Birimi, eğitim akademisi, barınma merkezlerinin tesisi ve iltica hukuku alanında eğitim almış hakimler tarafından yürütülmesi öngörülen temyiz aşaması gibi düzenlemeler, kamu idaresinin, bugüne kadar fazlaca dikkate almadığı göç sorunu karşısında yeniden yapılandırılmasına neden olacaktır. Bu çerçevede yapılacak kamusal reformlar ise, sadece idari alanda değil, sosyal ve ekonomik alanda da, çok daha derin ve kapsamlı başka düzenlemelerin yapılmasını gerekli kılacaktır. Çünkü bu durumda, bugün, uygulama aşamasındaki teknik eksiklikler ve altyapı yetersizlikleri nedeniyle veya hukuki ve idari boşluklar sonucu aksayan birçok süreç yeni kamusal reformlarla tam anlamıyla uygulanabilecek ve takip eden süreçte destekleyici yapılanmalara olan ihtiyaç fazlaca hissedilmeye başlanacaktır. Sözgelimi, bugün özellikle İstanbul gibi metropollerde gittikçe artan sığınmacı nüfusun ihtiyaçlarının dikkate alınması, kent yönetimi açısından göz ardı edilemeyecektir. Dolayısıyla, sığınmacıların sınır dışı edilmelerinin gittikçe zorlaştığı bu yapılanmada, kişilerin hayatlarını “geçici bir süre” için de olsa, sürdürecekleri sosyal koşulların sağlanması gereği ortaya

herkes, yetkili makama geciktirilmeden başvurma imkanının sağlanmasını isteme hakkına sahiptir.

23 Örnek Kararlar: Ankara 4. İdare Mahkemesi 17.07.1997, E:1997/286, K:1997/824, Ankara 8.İdare Mahkemesi 09.10.1997, E:1997/276, K:1997/967, Ankara 9.İdare Mahkemesi 03.11.1997, E: 1996/1356, K:1997/1321.

çıkmaktadır. Bu gerçek, Türk kamu idaresinin yeni görev paylaşımlarını ve tanımlarını da içeren, geniş kapsamlı bir dizi politika oluşturması gereğini de beraberinde getirmektedir.

SONUÇ VE ÖNERİLER

Sonuç olarak, bugün, Türkiye’de, göçle ilgili düzenlemelerin “güvenlik” ekseninde şekillendiği ve göçmenlerin gelmelerinin engellenmesine yönelik kaygıların ağır bastığı söylenebilir. Bununla birlikte uluslararası tabloya, özellikle AB’nin Katılım Ortaklığı Belgelerindeki isteklerine ve Türkiye’nin taahhütlerine baktığımızda, bugün gelinen noktada, artık sosyal ve insani boyutun göz ardı edilemediğini ve insan hakları temelinde şekillenen kapsayıcı ve bütüncül bir hak yaklaşımının mülteci ve sığınmacılar açısından, normatif olarak yerleştirilmeye çalışıldığını görüyoruz. Bu durum, küresel bir boyut kazanan göç sorununun, bugün kişilerin gelmelerinin engellenmesinin ötesinde, sosyal, ekonomik ve idari alanlarda da düzenlemeleri gerektirdiğinin farkına varıldığını göstermektedir.

Türkiye’deki duruma baktığımızda, yapılan ve taahhüt edilen düzenlemelerde Avrupa Birliği üyeliği perspektifinin etkisi açıkça görülmektedir. Türkiye’nin hazırlamış olduğu Göç ve İltica Ulusal Eylem Planında, uygulama ile ilgili aksaklıkları ortadan kaldıracak düzenlemeler büyük oranda mevcuttur. Ancak planın uygulama tarihinin 2012 yılı olarak varsayılması, Türk yetkililerin, göç ve iltica konusunu, ülkenin öncelikli olarak çözülmesi gereken sorunlarından biri olarak değil de, Avrupa Birliği uyum kriterleri çerçevesinde planlanmış kağıt üzerinde bir düzenleme olarak gördükleri şeklinde yorumlanabilir. Burada, Avrupa Birliği’nin de henüz ortak bir Göç ve İltica Politikası olmadığını ve bu alandaki çabaların oldukça yavaş bir şekilde ilerlemekte olduğunu da belirtmek gerekir. Bu durumda planın sadece Avrupa Birliği etkisi/baskısı ile hazırlandığını ve uygulanmasının da yine Avrupa Birliği ile ilişkiler çerçevesinde değerlendirileceğini söylemek mümkündür. Türkiye’nin tutumunda ekonomik kaygılar, altyapı eksiklikleri ve iltica konusunda toplumun bilgisizlikle beslenen olumsuz algısı da etkili olmaktadır. Mülteciler

ve sığınmacılarla ilgili düzenlemelerin ekonomik boyutunu görmezden gelmek mümkün değildir. Küresel düzeydeki göç sorunu konusunda, tüm devletlerin her türlü külfet paylaşımı açısından sorumlu olmaları gerekmektedir. Ancak, diğer yandan, teknik ve mali yetersizlikler neden gösterilerek düzenlemelerin yerine getirilmemesi de öncelikle insan hakları hukuku üzere birçok alanda gedikler açmaktadır. Dünyada olduğu gibi Türkiye’de de göç konusu, temelde güvenlik açısından ele alınarak, mümkün olduğunca “engellenmesi gereken” bir konu olarak algılanmakta ve gündelik hayattaki ekonomik, sosyal ve insani boyutu göz ardı edilmektedir.

Günümüzdeki ekonomik, çevresel veya siyasal koşullarda, her geçen gün daha da görünür olan göç konusunun, kamu yönetimi açısından ele alınması, merkezi idarenin güvenlik odaklı düzenlemelerinin ötesinde, insan odaklı sosyal düzenlemelerin de gereğinin kabul edilmesini gerektirmektedir. Dolayısıyla bu çerçevede, göçle ilgili idari düzenlemeler yanında, toplumsal duyarlılık ve bilincin artırılması ve bu alanda sadece vatandaşların değil, vatandaş olmayanların da bir takım sosyal haklara sahip olduklarına dayalı bir bakış açısının, hem idari hem de toplumsal alanda yerleştirilmesi, bundan sonraki gelişmeler açısından belirleyici olacaktır. Türkiye’de merkezi idarenin bakış açısında bu şekilde kökten bir değişiklik sağlanması yakın gelecekte mümkün görünmese de, küresel ölçekteki göç baskısı, farklı seviyelerde, kamu düzeni ile ilgili yeni sorunları görünür kılarak, çözüm yollarını aramayı da yetkililer açısından kaçınılmaz kılacaktır.

EKLER

EK 1

1951 CENEVRE SÖZLEŞMESİNDEKİ MÜLTECİ TANIMI

“1.Madde:

A. İşbu Sözleşme'nin amaçları bakımından “mülteci” kavramı:

(1) 12 Mayıs 1926 ve 30 Haziran 1928 Düzenlemeleri veya 28 Ekim 1933 ve 10 Şubat 1938 Sözleşmeleri, 14 Eylül 1939 Protokolü ya da Uluslararası Mülteci Örgütü Tüzüğü'ne göre mülteci sayılan;

Uluslararası Mülteci Örgütü tarafından, faaliyette bulunduğu dönem içinde alınmış mülteci sıfatını vermeme kararları, bu bölümün 2. fıkrasındaki koşullara sahip olan kimselere mülteci sıfatının verilmesine engel değildir;

(2) 1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve ırkı, dini, tabiiyeti, belli bir toplumsal gruba mensubiyeti veya siyasi düşünceleri yüzünden, zulme uğrayacağından haklı sebeplerle korktuğu için vatandaşı olduğu ülkenin dışında bulunan ve bu ülkenin korumasından yararlanamayan, ya da söz konusu korku nedeniyle, yararlanmak istemeyen; yahut tabiiyeti yoksa ve bu tür olaylar sonucu önceden yaşadığı ikamet ülkesinin dışında bulunan, oraya dönemeyen veya söz konusu korku nedeniyle dönmek istemeyen her şahsa uygulanacaktır.

Birden fazla tabiiyeti olan bir kişi hakkındaki “vatandaşı olduğu ülke” ifadesi, tabiiyetini haiz olduğu ülkelerden her birini kasteder ve bir kişi, haklı bir sebebe dayalı bir korku olmaksızın, vatandaşı olduğu ülkelerden birinin korumasından yararlanmıyorsa, vatandaşı olduğu ülkenin korumasından mahrum sayılmayacaktır.

B.(1) İşbu Sözleşme'nin amaçları bakımından kısım A, Madde 1'deki “1 Ocak 1951'den önce meydana gelen olaylar” ifadesi, ya, (a) “1 Ocak 1951'den önce Avrupa'da meydana gelen olaylar”; veya, (b) “1 Ocak 1951'den önce Avrupa'da veya başka bir yerde

meydana gelen olaylar” anlamında anlaşılacak ve her Taraf Devlet bu Sözleşme’yi imzaladığı, tasdik ettiği veya ona katıldığı sırada bu Sözleşme’ye göre taahhüt ettiği yükümlülükler bakımından bu ifadenin kapsamını belirten bir beyanda bulunacaktır.

(2) (a) şikkını kabul eden her Taraf Devlet, herhangi bir zamanda Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri’ne göndereceği bir notla, (b) şikkını kabul ettiğini duyurarak yükümlülüklerini genişletebilir.”

EK 2

1967 MÜLTECİLERİN STATÜSÜNE İLİŞKİN NEW YORK PROTOKOLÜ

Madde 1(2)

İşbu Protokol bakımından, bu maddenin 3. fıkrasının uygulanması hali dışında, “mülteci” terimi, Sözleşme’nin 1. maddesinin A 2 kısmında mevcut “1 Ocak 1951’den önce meydana gelen olaylar sonucunda ve” ve “söz konusu olaylar sonucunda” ifadeleri metinden çıkarılmış addedilerek, Sözleşme’nin 1. maddesinde yer alan tanıma giren her şahıs anlamına gelecektir.

Madde 1(3)

İşbu Protokol, Sözleşme’ye Taraf Devletlerce, Sözleşme’nin madde 1 B (1) (a) hükmüne göre yapılanı mevcut duyuruların, madde 1 B (2) çerçevesinde genişletilmedikçe, bu Protokol bakımından da geçerli olması koşuluyla, Taraf Devletler, işbu Protokolü, hiç bir coğrafi sınırlama yapılmaksızın uygulayacaklardır.

EK 3

TÜRKİYE’DEKİ İLTİCA MEVZUATINDA SINIRDIŞI İLE İLGİLİ MADDELER

1994 YÖNETMELİĞİNDEKİ DURUM

MADDE 29 Sınırdışı

Türkiye’de muntazam surette bulunan bir mülteci ve sığın-

macı ancak milli emniyet veya kamu düzeni sebebi ile 1950 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde İçişleri Bakanlığı'na sınır dışı edilebilir.

Sınırdışı kararına karşı 15 gün içinde İçişleri Bakanlığı'na müracaat edilerek itiraz edilebilir.

İtiraz daha önce sınırdışı kararını veren yetkilinin bir üstü tarafından incelenerek sonuçlandırılır ve valiliklerce ilgiliye tebliğ edilir.

2006 DEĞİŞİKLİĞİNDEKİ DURUM

MADDE 6

Madde 6 - Türkiye'ye iltica eden veya başka bir ülkeye iltica etmek üzere Türkiye'den ikamet izni talep eden münferit yabancıların talepleri, 1951 tarihli Mültecilerin Hukuki Durumuna Dair Cenevre Sözleşmesi ile Mültecilerin Hukuki Statüsüne ilişkin 31 Ocak 1967 tarihli Protokol ve bu Yönetmelik gereğince İçişleri Bakanlığı'na karara bağlanır.

İçişleri Bakanlığı, karar verme yetkisini uygun göreceği halde valiliklere devredebilir.

Valilikçe veya İçişleri Bakanlığı'na alman karar valilikler aracılığıyla yabancıya tebliğ edilir.

Talebi kabul edilen yabancı, İçişleri Bakanlığı'na uygun görülecek bir misafirhanede barındırılır veya İçişleri Bakanlığı'na gösterilecek bir yerde serbest ikamet edebilir.

Talebi kabul edilmeyen yabancı bu karara karşı 15 gün içerisinde isterse ilgili valiliğe itiraz edebilir.

İtiraz süresi kararın daha hızlı verilebilmesi için gerekli görülen durumlarda İçişleri Bakanlığı'na daha kısa olarak belirlenebilir.

Karara itiraz eden yabancıların bu konudaki ifadesi ve ifadesini destekleyen diğer bilgi ve belgeler valilikçe İçişleri Bakanlığı'na

gönderilir. İtiraz, İçişleri Bakanlığınca sonuçlandırılır ve nihai karar yabancıya tebliğ edilir.

2006 GENELGESİNDEKİ DURUM:

Nihai Karar

İlk olumsuz karara karşı itiraz eden başvuru sahibinin bu konudaki itiraz dilekçesi veya ek mülakatını destekleyen diğer bilgi ve belgeler Bakanlığa gönderilecek, Bakanlıktan alınacak talimata göre işlem yapılacaktır.

İtiraz hakkında Bakanlıkça yapılan değerlendirme sonucu, nihai karar olarak mülteci veya sığınmacı statüsü verilmesi halinde, Bakanlık talimatları doğrultusunda ikametlerine izin verilecektir.

İtirazları Bakanlıkça nihai olarak reddedilenlere ilişkin karar, itiraz sahibine tebliğ edilecek, Türkiye'yi terk etmesi istenmeyecek, aksi bir talimat alınmadığı sürece Bakanlıktan alınacak talimat doğrultusunda işlem yapılacaktır.

Ancak hakkında nihai olumsuz karar verilen başvuru sahibi kendi isteği ile ülkeyi terk edebilecektir.

İkincil Koruma ve İnsani Mülahazalara Dayalı İkamet İzinleri

İtirazları nihai olarak reddedilen iltica/sığınma başvuru sahiplerinin durumu, 1994 iltica/sığınma yönetmeliğinin 6.maddesi uyarınca, yabancılarla ilgili genel hükümler çerçevesinde Bakanlıkça değerlendirilmektedir.

Buna göre, başvuru sahibinin geldiği ülkeye geri gönderilmesi halinde, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi çerçevesinde ciddi zarar görme riski bulunup bulunmadığı, kendisine ikincil koruma statüsü verilmesine gerek olup olmadığı değerlendirilmektedir.

Bunun yanı sıra, itiraz sahibinin sağlık, eğitim, aile bütünlüğü, aile birleşimi vb. insani mülahazalarla veya idari yargıya başvuru yaptığı için Türkiye'de ikametine izin verilmesine gerek olup olmadığı da değerlendirilmektedir.

Yabancılarla ilgili genel hükümler çerçevesinde de ikincil koruma veya insani mülahazalara dayalı ikamet izni verilmesi Bakanlıkça uygun görülmeyenlere ilişkin karar yabancılara tebliğ edilerek, Bakanlıkça herhangi bir süre belirlenmemişse, 15 gün içerisinde ülkemizi terk etmesi gerektiği bildirilecektir.

Bu süre içerisinde ya da Bakanlıkça belirtilen süre içerisinde ülkeyi terk etmeyen ve idari yargıya başvurmayan yabancılar hakkında, artık yabancılarla ilgili genel hükümler çerçevesinde işlem yapılarak, yakalayan il tarafından ülke dışına çıkışı sağlanacaktır.

Yabancıların ülkeden çıkış yapmayı idari yargıya başvurusu halinde, derhal Bakanlığa bilgi verilecek, Bakanlıktan alınacak talimata göre işlem yapılacaktır.

KAYNAKÇA

Abadan-Unat, Nermin. “Küreselleşme Göç ve Toplumsal Değişme”. **Mübeccel Kıray İçin Yazılar**, İstanbul: Bağlam Yayınları, 2000, ss.41-56.

Accession Partnerships, http://ec.europa.eu/enlargement/candidate-countries/turkey/key_documents_en.htm (23.02.2009).

Ankara 4. İdare Mahkemesi 17.07.1997, E:1997/286, K:1997/824.

Ankara 8.İdare Mahkemesi 09.10.1997, E:1997/276, K:1997/967.

Ankara 9.İdare Mahkemesi 03.11.1997, E: 1996/1356, K:1997/1321.

Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı 2001-2003, <http://ekutup.dpt.gov.tr/ab/ulusalpr/> (23.02.2009).

Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Programı 2003, <http://www.abgs.gov.tr/index.php?p=196&l=1> (23.02.2009).

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi, <http://www.tbmm.gov.tr/komisyon/insanhak/pdf01/203-208.pdf> (23.02.2009).

Birleşmiş Milletler Mültecilerin Hukuki Statüsüne İlişkin Sözleşme <http://www.unhcr.org.tr/MEP/FTPRoot/HTMLEditor/File/anasayfa/sozlesme.pdf> (23.02.2009).

BMMYK Türkiye Temsilciliği. **Sığınma ve Mülteci konularındaki Uluslar arası Belgeler ve Hukuki Metinler.** Ankara: BMMYK Türkiye Temsilciliği Yayınları, 1998.

Council of the European Union, Presidency Conclusion, Brussels, 18-19 June 2009, paragraph 38, http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/108622.pdf (25.06.09)

Erder, Sema. "Uluslar arası Göçte Yeni Eğilimler: Türkiye Göç Alan Ülke Mi?". **Mübeccel Kıray İçin Yazılar**, İstanbul: Bağlam Yayınları, 2000, ss.235-259.

<http://www.egm.gov.tr/hizmet.iltica.asp> (23.02.2009).

<http://www.hukuki.net/kanun/2510.13.text.asp> (23.02.2009).

İçduygu, Ahmet. "Transit Migration and Turkey". **Boğaziçi Journal 10**, Nos.1-2 (1996)

İltica ve Göç Alanındaki Avrupa Birliği Müktesebatının Üstlenilmesine İlişkin Türkiye Ulusal Eylem Planı, http://www.multeci.org.tr/BlogEngine.Web/file.axd?file=Iltica_ve_Goc_Eylem_Plani.pdf (23.02.2009).

Kirişçi, Kemal. "The Legal Status of Asylum Seekers in Turkey: Problems and Prospects". **International Journal of Refugee Law 3**, No.3 (1991)

Kirişçi, Kemal. **Justice and Home Affairs Issues in Turkish-EU Relations.** TESEV Publications, 2002.

Mültecilerin Statüsüne İlişkin New York Protokolü, <http://www.hyd.org.tr/?pid=295> (23.02.2009).

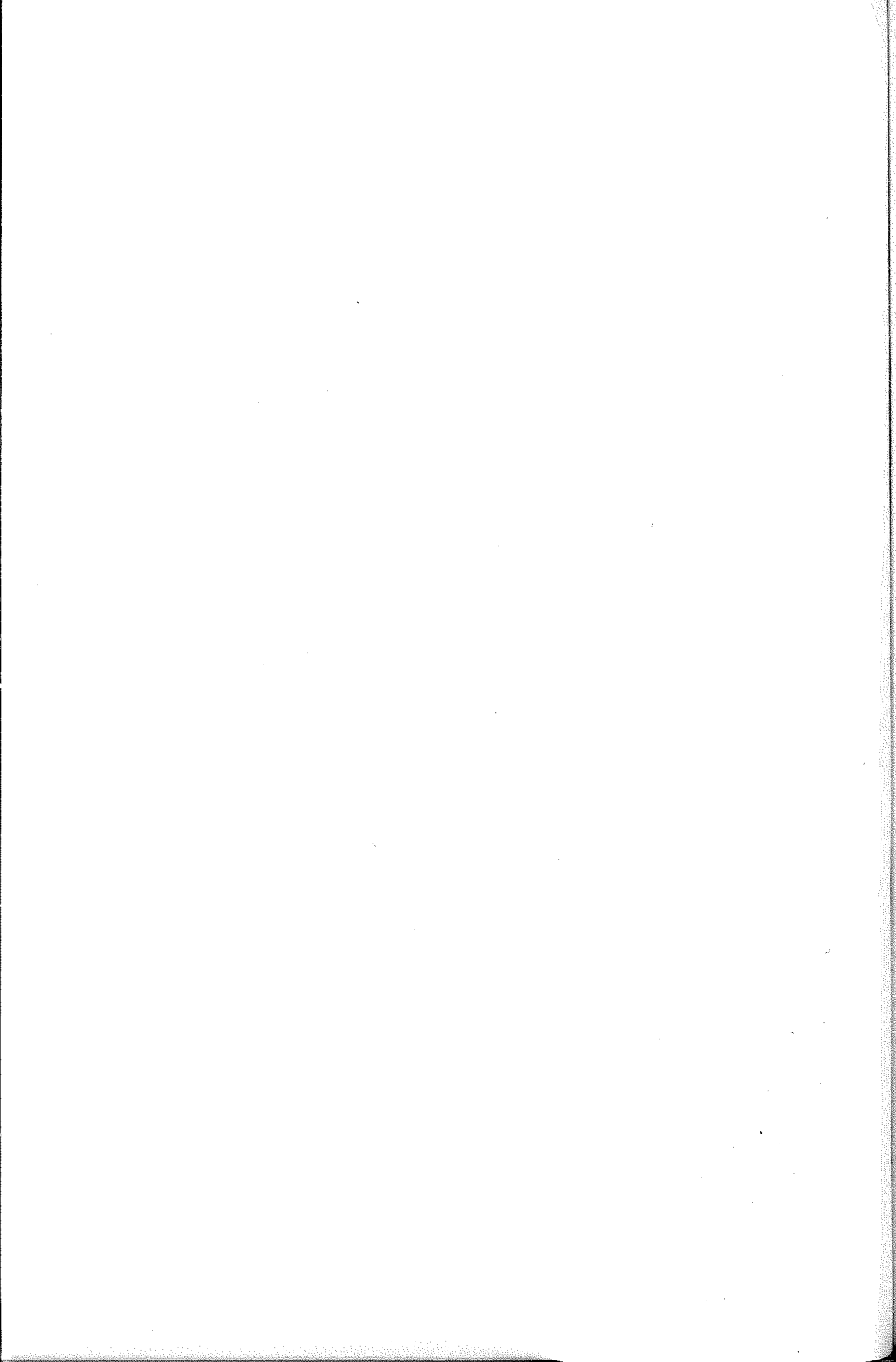
Özcan, Mehmet. **Avrupa Birliği Sığınma Hukuku : Ortak**

Bir Sığınma Hukukunun Ortaya Çıkışı. Ankara: Uluslararası Stratejik Araştırmalar Kurumu, 2005.

Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik, Resmi Gazete no 22127, 30.11.1994.

Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Yönetmelik'te Değişiklik Yapılmasına Dair Yönetmelik, Resmi Gazete No. 26062, 27.01.2006.

Türkiye'ye İltica Eden veya Başka Bir Ülkeye İltica Etmek Üzere Türkiye'den İkamet İzni Talep Eden Münferit Yabancılar ile Topluca Sığınma Amacıyla Sınırlarımıza Gelen Yabancılar ve Olabilecek Nüfus Hareketlerine Uygulanacak Usul ve Esaslar Hakkında Genelge, http://www.amnesty.org.tr/yeni/index.php?option=com_content&view=article&id=682:haziran-2006-gengelgesi (23.02.2009).



ULUSLARARASI HUKUK VE MAYIN SORUNU

Yrd. Doç. Dr. Semin Töner ŞEN*

Mayın Sorunu ve Tarihsel Sürec

Mayın sorunu, askeri amaçla kullanılan mayınların, askeri birliklere verdiği zararın yanısıra, aslen, sivil insanlara karşı gerçekleşen olumsuz etkileri nedeniyle gündeme gelmiş bir konudur. Mayınlar, ülke sınırlarının komşu ya da düşman ülkelere karşı korunması, kaçakçılığın önlenmesi, yasadışı sınır geçişlerinin önlenmesi, engellenmesi gibi gerekçelerle üretilmiş, daha sonra kullanımı yaygınlaşmıştır.

Tarihsel sürece baktığımızda, mayınlar Çin'de 13. yüzyıl ortalarından beri kullanılmakta ve hatta Moğolistan'da 1277 yılı kayıtlarında dahi mayınlara rastlanılmaktadır. Avrupa'da ise mayını, ilk olarak 1500 yılında Leonardo da Vinci'nin tasarladığı bilinmektedir. Dünyada mayınların yaygın olarak ilk kez kullanımı ise 1862 yılında Amerika'da gerçekleşen Kuzey-Güney İç Savaşı'nda söz konusu olmuştur.¹

Mayınlar, İkinci Dünya Savaşı sırasında daha yoğun olarak kullanılmaya başlamıştır. Mayınların kullanımı, can kayıplarına, ağır sakatlıklara ya da tarlalar gibi insanların geçim kaynaklarının tahribine neden olmuş ve en temel ihtiyaçlara ulaşılmasına engel olmuştur.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Genel Hukuku Anabilim Dalı.

1 "Mayın sorunu", (Çevrimiçi) <http://altinhaber.com/index.php?>, 13.07.2009.

Bilim ve teknik gelişmelere paralel olarak her gün yeni ve daha acımasız savaş aletlerinin icat edildiği dünyamızda, bu savaş aletlerinin bazılarının, üzerinden on yıllar geçse de tehlikesini ve ölümcüllüğünü yitirmediği gözlemlenmektedir. Savaş ve çatışmalarda savunma ve saldırı amacıyla üretilen mayınlar da aynı bu şekilde, yaklaşık olarak 80 yıl boyunca sivil ve asker ayırımı gözetmeden yerleştirildikleri bölgelerde, savaş ve çatışmalar sona ermiş olsa da ölüm tehlikesi saçmaya devam etmektedir.²

Kara mayınları, düşman ordularının belirli bölgelerden geçişini engellemek, yavaşlatmak üzere geliştirilmiş silahlar olarak tanımlanmaktadır. Geniş arazilerde, toprağın üzerine ya da hemen altına elle ya da özel mekanik araçlarla kolayca yerleştirilebilmekte ve ağaç kovuklarına veya kaya oyuklarına gizlenebilmektedirler. Hatta, teknoloji geliştikçe, uçak, helikopter ya da ağır toplarla uzaktan fırlatılarak yerleştirilen mayınlar da bulunmaktadır.³

Çok düşük maliyetlerle, 2-3 dolar civarı gibi çok ucuza, üretilen, plastikten de yapılabilen, yapımı kolay fakat etkisi yüksek olan mayınların, çeşitli kaynaklara göre 400'ü aşkın çeşidi bulunmaktadır. Mayınların etki alanları ise kullanılan patlayıcıların türüne ve miktarına bağlı olarak değişmektedir.⁴

Kara mayınları esas olarak iki sınıfa ayrılmaktadır. Birinci grup, tanklar başta olmak üzere askeri araçların geçişlerini engelleyen "anti-tank" (AT) mayınlarıdır. İkinci grupta ise insana zarar verme odaklı "anti-personel"(AP) mayınları bulunmaktadır. Bu mayınların amacı ise, hem AT'lerin sökülmelerini engellemek hem güzergahlarına yerleştirildikleri birliklerin geçişlerini engellemek, yavaşlatmaktır. Bunun yanında da insani kayıplar verdimen üzere kullanılmaktadır.⁵ Anti-personel mayınları olarak adlandırılan bu

2 Halim Yılmaz, 'Uluslararası Hukuk ve Mayınlar Sorunu', (Çevrimiçi) <http://www.dusuncegundem.com/content/view/642/196/>, 14.07.2009

3 Kevin Bonsor, 'How Landmines Work', pp. 1-2(Çevrimiçi) <http://www.howstuffworks.com/landmine.htm>, 13.07.2009.

4 Serpil Yıldız, Ntv Bilim, Sayı :5, Temmuz 2009, Bölüm 'Silahsızlanma', p. 114.

5 Kevin Bonsor, op.cit., p.3

grup en çok zarar veren ve dünya devletlerinin öncelikli olarak kurtulmaya çalıştığı mayınlardır.

Mayınlar, genellikle gruplar olarak belli bölgelere yerleştirilirler. Mayınların bulunduğu bölgeler ise mayınlı arazi olarak adlandırılmaktadır. Daha çok sınır boylarında, düşmanı veya izinsiz geçiş yapacak olanları belli bir bölgeden geçişini engelleme veya bu kişileri belli bir bölgeye doğru uzaklaştırmak, başka bir bölgeye yönelmeye zorlamak amacıyla yerleştirilmektedir. Aynı zamanda savaşta, bir ordu veya birlik, kendisine yardım veya destek kuvvetleri ulaşın-caya kadar, düşmanı yavaşlatmak amacıyla da kullanılmaktadır.

İki kategori içindeki mayınlardan AT'ler teknik olarak, diğerlerinden daha büyüktür ve AP'lerden birkaç kat daha fazla patlayıcı madde içermektedirler. Bir AT'de, bir tankı ya da kamyoneti ve araç içindekileri içindekileri ve çevresindekileri parçalayacak ve yok edecek kadar patlayıcı madde bulunmaktadır. Ayrıca, AT'lerin harekete geçebilmesi için daha fazla basınca ihtiyaç duyulmaktadır. Bu mayınların çoğu yollarda, köprülerde, tünellerde ve tank, kamyon ve askeri teçhizatı taşıyan araçların muhtemel geçiş güzergahları üzerine yerleştirilmektedir. Tankların gelişmesine ve yaygınlaşmasına koşut bir karşı arayışın ürünleri olan AT mayınları, tankların büyüklüğü, hareket yetenekleri, zırh kalınlığı gibi bütün özellikleri gözetilerek tasarlanmaktadır. Bu mayınların kullanımı, mayınların patlamaları sırasında açığa çıkan yüksek basınç ve ısı ile, tankın zırhını yırtmak, koparmak, delmek ve bu yollarla tank ve diğer araçları işlevsiz hale getirmek amacını taşımaktadır.⁶

AP mayınları, insan yaratıcılığının sınırsızlığına iyi bir örnek oluşturmakla birlikte, coğrafi bir alanda, askerlerin güzergahını değiştirmek ya da piyadeleri geri püskürtmek üzere tasarlanmışlardır. Basınç ile hareket geçen mayınların kullanımındaki önceliğin, piyadeleri yaralayarak, çarpışma dışında bırakmak olduğu söylene de gerçekte öldürücü bir etki yaratmaktadırlar.⁷ Bu mayınlar, farklı patlayıcı maddeler, ateşleme düzeneğini harekete geçirebile-

6 Ibid.,p.4.

7 Ibid., p.5

cek farklı tuzaklama yöntemleri, hammadde olarak metal veya plastik kaplama, farklı etki alanlara yaratacak şekilde ve farklı güçlerde tasarlanabilmektedir.⁸ Bu mayınlar birçok çeşit ve miktarda üretilmektedir. Tasarımlarında, insan ağırlığı başta olmak üzere tüm fiziksel özellikleri ve insanların yapabileceği bütün hareket biçimleri de gözlenenerek üretilmektedirler. AP'lerin en tehlikeli mayınları oluşturma sebebi ise, bunların çok çeşitli olması, mayınların, üzerine basılarak, bir tuzak teli ya da ipiyle, kablolu ya da kablosuz uzaktan kumandayla ya da hayal bile edilemeyecek çok sayıda tetikleme yöntemlerinin, ateşleme mekanizmalarının bulunmasıdır.

Üzerine basılarak, 'basınç tesirli' mayına uygulanan, 5-6 kilogramlık bir basınç bile ateşleme mekanizmasını harekete geçirmekte ve böyle bir mayının verebileceği en az hasar ise kurbanın bacağına kopması ya da parçalanması olmaktadır. 'Parça tesirli' bir mayında ise, mayın patladığında içindeki şarapnel parçaları birer mermi gibi her yöne saçılmakta ve yüksek hız kazanan şarapnel parçaları mayının etki alanını genişletmektedir. Bu şarapnel parçalarının belirlenmiş tek bir yöne hareket etmesini sağlayan 'yönlendirilmiş' mayınlar da bulunmaktadır. Bunların etki alanları da 200 metreye kadar erişebilmektedir. Hatta bu yönlendirilmiş mayınlardan çıkan çelik bilyeler arka arkaya aynı hizada yürüyen birkaç kişiyi sırayla öldürebilecek güçte olabilmektedir.⁹

8 Serpil Yıldız, op.cit., p.115.

9 Kevin Bonsor, op.cit., pp.5-8. Bu mayınların pek çok çeşidi bulunmaktadır. 'Sıçramalı' mayınlar da basınçla ya da tuzak teliyle tetiklenen ve parça tesirli mayınlardan yalnızca iki aşamada patlamaları ile ayrılan mayınlardır. İlk aşama etkinleştiğinde, ateşleme mekanizmasındaki fırlatma barutu mayını 1 metre kadar havaya fırlatmakta ve daha sonra mayının ana fünyesi ateşlenmektedir. Patlayan mayın, çember biçiminde dönen ve kesiciliği en yüksek düzeyde olacak biçimde tasarlanmış şarapnel parçalarıyla çelik bilyeleri saçmaktadır. Hedef ise, öldürücülüğün daha yüksek olduğu baş ve göğüs bölgesidir. Bu tür patlayıcıların etki alanları dairesel olur. Dairenin merkezini çevreleyen belirli bir alan dahilinde patlamanın öldürücülüğü kesindir. Bu alandan uzaklaştıkça, hafifleyen yaralanmalara yol açmaktadır.

Mayın Sorununa İlişkin İstatistikî Veriler

Yukarıda da kısaca değinildiği gibi teknik olarak pek çok çeşidi bulunan ve 20.yüzyılın en ölümcül mirası olarak adlandırılan mayınlar, 1975'ten beri bir milyonu aşkın insanın ölümüne ya da yaralanıp sakatlanmasına yol açmışlardır. Uluslararası Tek-Dünya Vakfı'na(One World International Foundation) göre yaklaşık 78 ülkede toprağa yerleştirilmiş 200-215 milyonu aşkın patlamamış kara mayını bulunduğu tahmin edilmektedir.¹⁰

Dünyada, istatistikî olarak her 22 dakikada bir mayın patladığı tahmin edilmekte, her gün ortalama 70 kişi mayın yüzünden ölmekte veya yaralanmaktadır. Her ay ortalama 2000 kişi mayın yüzünden yaşamını yitirmektedir. Savaş ve çatışmalardan kalan veya güvenlik gerekçesi ile ülke sınırlarına yerleştirilen mayınlar ve patlamamış bombalar ise her yıl yaklaşık 26.000 kişinin yaşamını yitirmesine neden olmaktadır.¹¹ Bunların %80'inin sivil, üçte birinin ise, bulunduğu mayını ilginç bir oyuncak sanan çocuklar olduğu bilinmektedir.¹² Mayınların sosyal, ekonomik, sağlık vb. alanlardaki hasarları da göz önünde bulundurulduğunda, etkilerinin çok yüksek boyutlarda olduğu görülmektedir.

Mayınların en çok etkisinin görüldüğü ülkeler arasında Afganistan, Kamboçya, Hırvatistan, Bosna-Hersek, Angola, Kuveyt, Mozambik, B. Sahra, Güney-Kuzey Kore, Hindistan ve Pakistan başta gelmektedir. İç çatışmaların yaşandığı ülkelerde ortaya çıkan en önemli sorunu ise mayınlı bölgelerin tespitinin giderek imkansızlaşması oluşturmaktadır.¹³ Savaş veya iç karışıklık yaşayan birçok ülke

10 Kara mayınları, (Çevrimiçi) <http://www.ttb.org.tr>, 13.07.2009.

11 Halim Yılmaz, Ibid.

12 Kara Mayınları, op.cit. "Kamboçya'da her 236 kişiden birinde kara mayınlarına bağlı organ kopmaları gerçekleşmiştir. Afganistan'da ise her 50 kişiden biri kara mayını mağduru durumundadır. Ayrıca Afganistan'da Birleşmiş Milletler'in kurduğu 112 mayın temizleme ekibinin bu ülke topraklarının % 20'sini temizlemesi için öngörülen süre 4285 yıl olarak hesaplanmıştır."

13 İHD Kara Mayınları, (Çevrimiçi) <http://www.ihd.org.tr>, 13.07.2009. "Mayın izleme komitesinin raporlarına göre Mayıs 2000 tarihinden bu yana Arnavutluk'ta hükümet ve isyancı güçlerin, Eritre'de hükümet güçlerinin, Afganistan'da karşıt grupların, Nepal'de hükümet ve isyancıların, Gürcistan'da devlet dışı aktör-

aynı zamanda mayın üreticisi konumundadır. Irak, Myanmar, Nepal, Kuzey Kore, Pakistan, Hindistan, İran, Rusya, Singapur ve Vietnam bu ülkelerden bazılarıdır. ABD, Çin ve AB ülkelerinin çoğunun eskiden mayın üreten ülkeler arasında yer aldığı bilinmektedir. Daha önce de belirtildiği gibi mayınlar artık 2-3 dolar gibi çok ucuz maliyetlere üretilmekte, fakat buna karşılık bir mayının imha edilmesi ve etkisiz hale getirilmesi ise 1000 dolara kadar çıkabilen maliyetleri bulmaktadır. Mayın üretimi ve imhası arasındaki maliyet bakımından bu orantısızlığın büyüklüğü de bu sorunun çözülmesinin ne kadar zor olduğunun bir göstergesidir.

Gelişen teknoloji nedeniyle üretim maliyetlerinin düşmesinden dolayı, üretiminde büyük artış olan mayınların 1960'lı yıllara kadar kontrollü biçimde yürütülen kara mayınlarının yerleştirilmesi işlemi iç çatışmalar, terör olayları vb. nedenlerle, haritaları çıkarılmadan ve kayıtları tutulmadan yapılmaya başlanmıştır. Özellikle kayıt dışı üretim ve yasal olmayan örgütlerin mayın elde ederek, terörist ve gerilla tipi etkinliklerde bunları kullanmaya başlaması ile kullanımın denetim altına alınması olanaksızlaşmıştır. Ayrıca savaş ve çatışmalar esnasında yerleştirilen mayınların daha sonra unutulması ve mayınların toprak altındaki ömürlerinin yüzyılları bulması, hatta döşenen mayınların döşenmenin ardından 75-80 yıl aktif olarak bekleyebildiği, su, toprak kayması vb. dış etkenlerle zarar görmediği ve yer değiştirdiği ve yerlerinin tespitinin kolay olmaması da göz önünde bulundurulduğunda, bu nedenlerle, barış zamanında kara mayınlarının öldürdüğü ya da sakatladığı sivil insan sayısının savaşlarda ölen ya da yaralanan asker sayısından daha çok olduğu da istatistiki bir bilgi olarak karşımıza çıkmaktadır.¹⁴

lerin, Kırgızistan'da hükümet güçlerinin, Makedonya'da isyancı güçlerin, Özbekistan Hükümeti'nin, İsrail Devlet Güçlerinin Filistin'de, Rusya'da devlet ve Çeçen Güçlerin, Sri Lanka'da hükümet ve karşıt grupların, Hindistan'da Kaşmir Güçleri'nin, Sudan'da hükümet ve karşıt güçlerin, Kolombiya'da bütün silahlı aktörlerin, Filipinler'de karşıt güçlerin, Sudan'da hükümet ve karşıt güçlerin, Kolombiya'da bütün silahlı aktörlerin, Filipinler'de karşıt güçlerin, Somali'de silahlı grupların ve Brundi hükümet kuvvetlerinin mayın kullandıkları tespit edilmiştir. Bunlar dışında da dünyanın değişik bölgelerinde kanıtlanamayan mayın kullanım iddiaları bulunmaktadır.”

14 'Landmines and Cluster bombs-picking up the pieces', The Lancet, Volume 359,

Kara mayınlarından kurtulmak için dünya çapında, giderek büyüyen bir çaba bulunmaktadır. Mayınlar bir araziye genellikle belirli bir düzende yerleştirilmektedir. Fakat, yağmur, sel, şiddetli rüzgar, erozyon gibi doğa olaylarıyla zaman içinde yer değiştirebilmektedir. Bu nedenle yerlerinin tespiti de zorlaşmaktadır. Yıllardır, mayınları bulmak için kullanılan ‘en özel teknoloji’, bir şiş kasatura ya da süngüyle toprağı yoklamak olarak karşımıza çıkmaktadır. Ayrıca mayınları bulmada çeşitli hayvanlar da kullanılmaktadır. Bunlardan köpekler patlayıcıdan gelen kokuyu algılayarak mayını bulmada yardımcı olmaktadır. Kokuya karşı duyarlılıkları son derece gelişkin olan Tanzania’ya özgü fareler de, 5 haftalık bir eğitimin sonunda, bir dakika içerisinde ister plastik ister metal olsun, kara mayınının yerini tespit edebilmektedirler. Ayrıca, farelerin kullanılmasındaki bir diğer avantaj da farelerin hafif olmaları, böylelikle mayınların patlamadan ele geçirilmesinin kolaylaştırmalarıdır. Mayın aramada kullanılan metal dedektörler ise mayın plastikten yapılmış ise işlevlerini kaybetmektedirler.¹⁵

Mayının imhası ile temizlenmesi birbirinden ayrı işlemlerdir. Mayının imhası dendiğinde, mayının kendi kendine ya da başka bir patlayıcı ile patlatılması sözkonusu olmakta, temizleme işleminde ise çeşitli diğer yöntemlerle bir arazinin mayınlardan arındırılması sözkonusu olmaktadır.

Mayınların temizliği özel eğitim gerektiren bir uzmanlık alanı oluşturmaktadır. Mayın temizleme işleminin en önemli aşaması, canlı bir mayını bulmak ve patlamayacak hale getirmektir. Bu, aynı zamanda bir mayının üretiminden patlamasına ya da imhasına kadar geçen süreçteki en ciddi, en zahmetli, en tehlikeli ve en pahalı aşamadır.¹⁶

Issue 9303, January 2002, p.273. (Çevrimiçi) [www.lancet.com/journals/lancet/article/PIISO140-6736\(02\)07546-3/FULLTEXT](http://www.lancet.com/journals/lancet/article/PIISO140-6736(02)07546-3/FULLTEXT), 13.07.2009.

15 Kevin Bonsor, op.cit.

16 Serpil Yıldız, op.cit., pp. 116-117. “Ohio Eyalet Üniversitesi’nden biliminsanlarının geliştirdiği “derinlemesine yer radarı” (ground-pnetrating radar) kara mayınlarının bulunması ve etkisiz hale getirilmesi deneylerinde TNT patlayıcılı iki yaygın mayın tipini araştırıp bulmada başarılı olmuştur. GPR kullanıcısının bir-

Mayın Sorunu ile İlgili Yasal Düzenlemeler ve Ottawa Antlaşması

Yüz binlerce mayın ve savaştan kalma patlayıcı nedeniyle milyonlarca insan bu silahların yarattığı tehlikeden ötürü tarlalarını sürmemekte, okula gidememekte ya da temel gündelik etkinliklerini yerine getirememektedir. Mayınların yarattığı bu kötü etkiden ötürü mayınların satışını ve üretimini yasaklayan ilk ülke Belçika olmuştur. Mart 1995 tarihinde Belçika bir yasa ile mayını yasaklamış ve bu ülkeyi Avusturya ve İrlanda izlemiştir.¹⁷

Soğuk savaşın bittiği yıllardan itibaren güvenlik kavramı gerek ulus devlet düzeyinde gerekse NATO konseptinde değişikliğe uğramış ve buna bağlı olarak da konvansiyonel silahlarda azaltılmaya gidilmiştir. Aynı şekilde, antipersonel kara mayınları ve anti-tank mayınları konusunda azaltmaya yönelik uluslar düzeyinde ve NGO'lar düzeyinde teşebbüsler olmuştur. Uluslar düzeyinde bu faaliyetin başını çekenler ülkeler, Kanada, Avustralya ve Almanya olmuştur. 1996 yıllarında özellikle antipersonel mayınlarının tümüyle yok edilmesi konusunda ciddi bir teşebbüs başlatmışlar ve bu teşebbüs, faaliyet uluslararası camiada önemli destek bulmuş ve çok kısa bir süre içerisinde Ottawa Sözleşmesi olarak sonuçlanmıştır.

Çoğu masum ve korumasız olan siviller ve özellikle çocuklar olmak üzere yüzlerce kişiyi öldüren ya da sakat bırakan, ekonomik gelişmeyi ve yeniden yapılanmayı engelleyen, mülteci ve iç göçe maruz kalmış kişilerin yurtlarına geri dönmelerini kısıtlayan ve yerleştirildikten yıllarca sonra başka ciddi sonuçları olan anti-personel

iki adım ötesine toprağın altına girebilen radar sinyalleri göndermekte ve aygıtın üzerinde bulunan özel bir yazılım, yüzeyden geri yansıyan sinyalleri yoksayıp, gömülmüş nesnelere yani mayınları radarda parıltılı bir bölge olarak göstermektedir. Yeri radarda belirlenen mayının etkisizleştirilmek üzere, aygıt toprağın içine iki kimyasal madde zerketmektedir. Bu maddelerden biri mayının ateşleme mekanizmasını, çevresindeki toprakla beraber katılaştırıp aygıt taşıyan kişinin o topraktan geçmesini sağlamaktadır. İkinci kimyasal ise mayın ve toprağı kalıcı olarak katılaştırmaktadır. Katılaştıran madde bir kepeç ile temizlenebilir hale gelmektedir.”

17 Hakan Tahmaz, 'Dosya: Savaşların Sinsi Silahı Mayınlar', p.3.(Çevrimiçi) www.dusuncegundem.com/index2.php?option=com, 21.07.2009.

mayınlarının neden olduğu bu acı ve kayıplara son vermek üzere 1996 yılında Birleşmiş Milletler Kararı ile başlatılan ve 1997 yılında Oslo'da hazırlanıp Ottawa'da imzaya açılması nedeniyle 1997 Ottawa Antlaşması olarak anılan girişimle dünyada mayınlara karşı ciddi bir hareket başlamıştır. Özellikle mayından etkilenen ülkelerin ve sivil toplum kuruluşlarının çalışmaları sayesinde mayınlara karşı mücadele sürdürülmektedir. Mayınların üretim ve kullanılmasını yasaklayan, stoklarda bulunan mayınların imhasını öngören ve 1997 yılında imzaya açılan Ottawa Antlaşması ile kısmi başarı sağlanmıştır. Ottawa Antlaşması 1 Mart 1999 tarihinde yürüğe girmiş ve dünyada büyüyen mayın sorununa karşı, anti-personel mayınlarının kullanılması, stoklanması, üretilmesi ve transferinin yasaklanması ve imhasını amaçlamıştır.¹⁸ Bu antlaşmayı, bugüne kadar 156 ülke imzalamıştır. Çin, Hindistan, Rusya, ABD ve Irak'm da içinde bulunduğu 37 ülke henüz Antlaşmaya taraf değildir.¹⁹

Bu sözleşme altı önemli ana konuda, sözleşmeyi imzalayan ülkelere uluslararası mükellefiyetler getirmektedir. Bunlar:

- Antipersonel kara mayınlarının kullanılmasını, stoklanmasını, üretimini ve transferlerini yasaklamaktadır,
- İstisnai olarak, bu yasaklamayla getirilen bir istisna ile, sadece mayın tespit, temizleme ve imha tekniklerinin geliştirilmesi ve eğitim maksatları için belirli bir miktar mayın bulundurulmasına ve transferlerine müsaade getirilmektedir,
- Depolardaki mayınların temizlenmesi konusunda taraf ülkelere dört yılı geçmeyecek bir mühlet verilmektedir. Ayrıca, muhtelif yerlere döşenmiş bulunan bu mayınların imhası konusunda an yıllık bir süre verilmiştir,
- Taraf ülkelere, mayın döşeli veya döşeli olmasından tered-

18 Ottawa Antlaşması, (Çevrimiçi) www.belgenet.com/arsiv/sozlesme/ottowa.html, www.icrc.org/IHL.nsf/FULL/580?OpenDocument, www.armscontrol.org/act/1997_09/apltreat, 13.07.2009.

19 "Dünyada Mayın Sorunu", (Çevrimiçi) <http://altinhaber.com/index.php?>, 13.07.2009. Taraf olan ve olmayan ülkelere burada sayılmıştır.

düt edilen bölgelerin işaretlenmesi, gözetlenmesi ve bu bölgelerin tel örgüsüyle veya diğer metotlarla mayın döşenmemiş bölgelerden tecrit edilmesi öngörülmüştür,

- Taraf ülkeler arasında mali yardım ve teknolojik iş birliği yapılmasına imkan sağlanması düzenlenmiştir.

Antlaşma kapsamında, 40 milyon mayının imha edildiği, yaklaşık bin mayın tarlasının temizlendiği, 21 ülkenin depolarının tamamen ortadan kaldırıldığı belirtilmektedir. Ayrıca, mayınların üretilmesi, satışı ve transferinde de önemli derecede azalmalar olduğu gözlemlenmektedir. Türkiye bu antlaşmaya Mart 2003'te kabul etmiştir. Türkiye Antlaşma'yı 2003 yılında imzalamış ve 2004 yılında Taraf Devlet olmuştur.²⁰

Antlaşma'ya taraf olan devletler hangi koşul altında olursa olsun, hiçbir zaman anti-personel mayın kullanmamayı, anti-personel mayın geliştirmemeyi, üretmemeyi, bir başka şekilde edinmemeyi, depolamamayı, elde tutmamayı, doğrudan ya da dolaylı bir başkasına devretmemeyi, antlaşma çerçevesinde taraf ülkeye yasaklanmış herhangi bir işle uğraşan kişi, kuruluş, örgüt ya da ülkeye hiçbir şekilde yardımcı olmamayı, cesaret vermemeyi ya da teşvik etmemeyi, ayrıca Antlaşma'ya uygun olarak bütün anti-personel mayınları imha etmeyi ya da bunların imha edilmesini sağlamayı taahhüt etmektedir.²¹ Ottawa Antlaşması'na göre, 2009-2010 yılına kadar tüm mayınların temizlenmesi konusunda taahhüt altına giren ülkelerden dokuzunun bu hedeflerine ulaşamayacağını da kesin olduğu ifade edilmektedir. Bu ülkeler, Bosna-Hersek, Hırvatistan, Kamboçya, Çad, Mozambik, Nijerya, Peru, Senegal, Tacikistan, Tayland, İngiltere, Venezüella, Yemen ve Zimbabve'dir. Ayrıca, uluslararası düzeyde birçok ülke mayın yerleştirme yasağına uymasına rağmen, Rusya Federasyonu ve Myanmar gibi bazı devletler ile farklı ülkelerdeki devlet dışı silahlı örgütlerin mayın yerleştirmeye devam etti-

20 Ottawa Antlaşması'na ilişkin yasa metni, (Çevrimiçi) www.belgenet.com/yasa/k4824.html, 13.07.2009.

21 Kenneth R. Rutherford, 'Landmine Victim Assistance and Government Legal Obligation', National Mine Action Centers, Issue 6.1, April 2002. (Çevrimiçi) <http://maic.jmu.edu/journal/6.1/features/rutherford/rutherford.htm>, 13.07.2009.

ği bilinmektedir.²²

Antlaşmaya taraf olan Türkiye, 2008 yılı 1 Mart'ına kadar stoklarındaki mayınları imha etme ve 2014 yılına kadar da toprağa döşeli mayınları temizleme, kurbanlara yardım konusunda gerekli adımları atma yükümlülüğü altına girmiştir. Sözleşme'den kaynaklanan stoklarındaki mayınları imha etme yükümlülüğünü yerine getiren Türkiye, henüz topraklarındaki mayınların temizlenmesi işlemlerine başlamamıştır. Türkiye, şu anda stoklarındaki mayınlarının imhasını tamamlayan üç ülkeden biridir. 2007 yılı sonu itibarıyla Türkiye'nin stoklarında 2 milyon 616 bin 770 mayın bulunmakta, 2008 Haziran ayında ise, Türkiye taraf devletlere, elinde kalan mayınların hepsinin füyelerinin çıkarıldığını bildirmektedir. Bu mayınların, imha süreci bakımından atılmış ve geri dönüşü olmayan önemli bir adımdır, ancak, imha süreci henüz tamamlanmamış ve buna ilişkin bir tarih de henüz açıklanmamıştır.²³

Antlaşma'ya taraf olmayan 39 ülkenin stoklarında 160 milyondan fazla mayın olduğu tahmin edilmektedir. Bu antlaşmaya, ABD, Çin, İsrail gibi ülkeler katılmamıştır. Sayılar ile mayın sorununa baktığımızda dünyada her yıl 100 bin mayın temizlendiği hesaplanırsa bütün dünya mayınlarının temizlenmesi bin yıl gibi bir süreçte yayılmaktadır. Afganistan'da²⁴ 700 kişilik bir ekiple her ay ancak yaklaşık 10 mayın bulunup imha edilebilmektedir. Dünyada yaklaşık 350.000 ila 400.000 mayın kazazedesinin olduğu tahmin edilmektedir. Yaklaşık 64 ülkede döşenmiş 110 milyon adet patlamamış mayın bulunduğu tahmin edilmektedir. Sadece Kamboçya'da patlamamış 10 milyon mayın bulunduğu tahmin edilmektedir ve ayrıca, ülkeler yılda ortalama 7.5 milyon mayın üretmektedirler.

Anti personel mayınlarının kullanılmasının yasaklanması ve imhasına ilişkin Ottawa Sözleşmesi, uluslararası hukukta, daha çok

22 Halim Yılmaz, op.cit.

23 Kara mayınları, op.cit., p.2. "Türkiye, eğitim ve geliştirme amaçlı olarak 15 bin 150 anti-personel mayın bulunduğunu belirtmektedir."

24 Yine, Afganistan'da mayınlar yüzünden 20.000 sivil ölmüş ve 400.000 kişi sakat kalmıştır.

'alttan gelen sivil bir hareketin' sonucu olarak ortaya çıkması nedeniyle, kişilere, bu yönden daha demokratik niteliklere sahip olduğunu düşündürmektedir. Sözleşmenin, genel olarak uluslararası sivil toplum olarak adlandırılan NGO'ların hareketi ve çabaları ile oluşturulması bu yapıyı desteklemektedir.²⁵ Bu durum uluslararası hukuk bakımından demokratikleşmeyi göstermekle birlikte, ayrıca, uluslararası hukuk kuralı yaratma konusunda yeni bir kaynağın oluştuğuna da dikkati çekmektedir.²⁶ Burada görülen hareket, tabandan yani sivil toplumdan gelmiş ve uluslararası hukuk kuralı tavandan değil, bu tabandan gelen talep üzerine oluşturulmuştur. Bu da Ottawa Sözleşmesinin, temsilciler ve liderlerden değil, sivil toplumdan gelen bir hareketle yapılmasının, uluslararası hukukta gerçek demokrasinin gerçekleştirilmesinin bir tezahürü olarak ortaya konmakta ve hatta bu konuda tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Bu sayede de, karşıt görüşlerin de olmasına karşın, 'uluslararası sivil bir toplumun' oluştuğu, global seviyede uluslararası hukukun da demokratikleşme sürecine girdiği ve bu yolda ilerlediği vurgulanmaktadır. Bu bağlamda, Ottawa Sözleşmesi ve sözleşmeye giden süreç, uluslararası hukukun, sadece global, milletlerüstü elitlerin tasarruflarından çıkarak daha demokratikleştiği ve bundan sonra da bölgesel bağlamda ve sivilin de dahil oldukları bir düzende ele alınması bakımından, yenilikçi bir adım olarak değerlendirilmelidir.²⁷

Ottawa Sözleşmesi çalışma ve kontrol sistemi, devletlerin kendi kendilerini raporlama sistemine dayanmaktadır. Sözleşmeye taraf olan devletler, sözleşmede belirtilen, 'Şeffaflık ölçüleri'²⁸ ola-

25 John Borrie, Maya Brehm, Silvia Cattaneo, David Atwood, "Learn, adapt, succeed: Potential lessons from the Ottawa and Oslo processes for other disarmament and arms control challenges", Ideas for Peace and Security, 2009, p.1.

26 K Anderson, 'The Ottawa Convention Banning Landmines, The Role of International Non-Governmental Organizations and The Idea of International Civil Society', EJIL, 2000, Vol.11, Number 1, pp. 91-120.

27 Ibid., p.92.

28 Angela Woodward, 'Verifying the Ottawa Convention', p.100, Çevrimiçi, www.vertic.org/assets/VY01-woodward.pdf, 02.11.2009. Bu konular; idari ve hukuki ulusal uygulama ölçütleri, mayın stokları hakkında, tipi ve sayısı hakkında veriler, mayınlı arazilerin bölgesel dağılımı ve lokasyonları, eğitim amaçlı ayrı-

rak adlandırılan 9 konu hakkındaki yükümlülüklerinin ne kadarını yerine getirdiklerine dair, Sözleşmeye taraf olmalarından itibaren 180 gün içinde ilk durumlarını analiz eden bir raporlama yaptıktan sonra, her sene bir rapor hazırlamakta ve Birleşmiş Milletler Genel Sekreterliği'ne iletmektedirler.²⁹ Bu konuda çalışan, BM genel Sekreterliği'ne ek olarak birçok komite bulunmakla beraber resmi olmayan, fakat yine raporları denetleyen, kontrol eden, toplayan ve yayınlayan 'Landmine Monitor' (Mayın monitörü) isimli sivil toplumu temsil eden izleme kurumları da bulunmaktadır.³⁰ Bu konudaki, ikincil komiteler, Mağdurlara yardım ve sosyo ekonomik entegrasyonlarına ilişkin, Mayın Temizleme ve ilgili teknolojiler ve Mayın farkındalığına ilişkin, Stokların yok edilmesi ve Konvansiyonun icra edilmesi ve Genel Statüsüne ilişkin komitelerden oluşmaktadır. Bu konuda sivil toplumun sesini temsil eden ve gayri resmi denetim mekanizması olarak çalışan Landmine Monitor raporları da hafife alınmamakta, taraf devletler tarafından ve genel olarak dünyadaki mayın hareketi toplulukları tarafından önemle takip edilmekte ve dikkate alınmaktadır. Landmine Monitor'un bir web sitesi bulunmakta ve yayınladığı raporlar, ulaştığı sayısal veriler bu sayfalardan takip edilebilmekte, aynı zamanda CD-ROM şeklinde de ilgililere sunulmakta ve bu site aynı zamanda mayın ile ilgili bir araştırma veritabanını, kaynağını (research database) da oluşturmaktadır. Taraf devletler, diğer taraf devletlerin Sözleşmeye uyumu konusunu monitör aracılığı ile takip edebilmekte ve bu konuda kendi davranış biçimlerini

lan mayınların sayısı ve tipleri hakkında veriler, mayınların yok edilmesine ilişkin metotlar ve programlar hakkında bilgiler, yok edilen mayınların tipi ve sayısı hakkında veriler, daha önce üretilen mayınların teknik karakterleri hakkında bilgiler, kamunun mayınlı araziler hakkında bilgilendirilmesine ilişkin ölçütler, üretimin sona erdirilmesi konusunda bilgilerdir.

29 Ibid., pp. 99-100.

30 Ibid., pp.103-109. Denetim konusunda, Ottawa Sözleşmesi iddiasız bir sistem benimsemiştir. Diğer silah kontrolüne ilişkin sözleşmeler gibi, bu konuda bir organ, kurum, kuruluş ya da bir sekreterlik oluşturmamıştır. Bu konuda sistem, devletlerin kendilerini raporlamaları sistemi üzerine oturtulmuş ve devletlerin Sözleşmeye uymasının sağlanması, kendi sorumluluklarına bırakılmış, kendilerini ve diğer devletleri, raporlar ve aynı zamanda BM Genel Sekreterliği aracılığı ile kontrol etmeleri üzerine inşaa edilmiştir.

oluşturmakta ve m nitor n yetkisini ve yararlılığını kabul etmektedirler. Monitör, hem taraf devletlerin hem de taraf olmayan devletlerin mayın kullanımı ve mayın konusunda sayısal verilerini rapor etmesi bakımından, hem tarafsız bir saha yaratmakta, hem de dünya genelinde tüm devletlerin bu konuda denetlenmesi ve kontrol edilmesi ve hatta bilin ç oluşturulması, farkındalığın yaratılması ile baskı altına alınarak antipersonel mayın kullanımının ortadan kaldırılması bakımından oldukça önemli bir görev üstlenmektedir.³¹

Taraf ülkelerce hazırlanan raporlar bir önceki yıl çalışmalarını da özetleyen biçimde yıllık olarak her senenin 30 Nisan'ına kadar sunulmakta ve BM Genel Sekreterliği sunulan raporları, Sözleşmeye taraf olan tüm ülkelere iletmektedir. BM Genel Sekreterliği ve taraf ülkeler raporları incelemekte ve Sözleşmeye aykırı davrandığı tespit edilen ülkeden, bu konuda bir 28 gün içinde cevap niteliğinde bir açıklama talep edilmektedir. Eğer bu cevap gelmez veya gecikir ya da ülkeleri tatmin etmez ise bu konu tartışılmak üzere Taraf Devletler Toplantısında gündeme getirilmektedir. Taraf Devletler Toplantısı ise, Sözleşmeye taraf devletlerin 1/3'n n talebi üzerine, toplantının gerçekleştirilmesine dair onaylarını 14 günlük bir süreç içinde BM Genel Sekreterliği'ne iletmeleri sonucu, 14 gün içinde gerçekleştirilmektedir. Ayrıca, bu konuda, taraf devletler, toplantıda ele alınacak konular hususunda BM Genel Sekreterliği'nin hizmetlerini, aracılığını talep etmektedirler.³²

Ottawa Sözleşmesi'nin çalışma sürecinin devletlerin kendi inisiyatifinde olması tabii ki sürecin hızlı ilerlemesini engellemekte, devletler iç hukuklarında bu konuda yasal düzenlemeler yapmakta gecikmekte ve bu konudaki işlemleri ağırdan almakta, bu nedenle de sistem yavaş çalışmaktadır.³³ Bu süreçte iş, yalnızca taraf devletlerin h k metlerine düşmemekte, aynı zamanda sivil toplum örgütlerine de bu konuda önemli görevler düşmektedir. Sivil toplum örgütleri de h k metlerin bu konudaki çalışmalarını, hukuki düzenlemelerin

31 Ibid.

32 Ibid.

33 Ibid.

oluşturulmasını hızlandırmak amacıyla farkındalığın sağlanması ve bilinçlendirme çalışmaları yapılmalıdır. İç hukukta raporlama için gerekli bilgileri toplamada güçlükler yaşanmakta, mağdurlara ulaşma, yardım ve bu konudaki eğitim ve bilinçlendirme çalışmaları eksik kalmaktadır. Bu konuda eğer ciddi anlamda bir ilerleme kaydedilmek isteniyorsa, hükümete bazda oluşturulacak komisyonlar dışında, sivil toplum örgütleri ile ortak hareket edilmeli ve hatta gerekirse gönüllülük dışında, ödenekli komite veya örgütler oluşturularak çalışmalar yapılması gerekmektedir.

Mayın Sorununa İlişkin Türkiye'deki Durum

Daha önce de bahsedildiği üzere, dünyada bu gelişmeler sonucunda, Uluslararası Mayın Yasaklatma Girişimi'nin bir sonucu olarak LM-Landmine Monitor (Uluslararası Mayın İzleme Komitesi) oluşturulmuştur. Türkiye'de de Türk Tabipleri Birliği (TTB), Türkiye Sakatlar Derneği (TSD), İnsan Hakları Derneği (İHD), İnsan Hakları ve Mazlumlar İçin Dayanışma Derneği (Mazlum-Der), Sosyal Demokrasi Vakfı (SODEV) ve Göç Edenler Sosyal Yardımlaşma ve Kültür Derneği (GÖÇ-Der) tarafından 'Mayınsız Bir Türkiye Girişimi' adı altında oluşturulan STK, çeşitli etkinliklerle mayın sorununa dikkat çekmektedir. 4 Nisan tarihi 'Mayın Bilincini Geliştirme Günü' olarak belirlenmiştir. Ayrıca mayın sorununun bir parçası olarak görülen msket bombaları da kampanyaların kapsamı içinde tutulmuş ve 19 Nisan 'Msket Bombalarına Karşı Uluslararası Eylem Günü' ilan edilmiştir. Fakat, ABD, Afganistan, İsrail ve Lübnan'ın kullandığı msket bombaları da mayınlara benzer nitelikte olmalarına rağmen, bunların yasaklanması konusunda henüz bir çözüm getirilememiş olması da insancıl hukuk bakımından önemli bir sorun teşkil etmektedir.³⁴

Türkiye'de, kara mayınlarının ilk olarak kullanılması, güneydoğu sınırlarından kaçak geçişleri engellemek amacıyla 1956-59 yılları arasında gerçekleştirilmiştir. 1950 yılından itibaren, Güneydoğu bölgesinin sınırları boyunca komşu ülkeler ile yapılan kaçakçılık

34 (Çevrimiçi) <http://altinhaber.com/index.php?>, 13.07.2009.

nedeniyle mayın döşenmiş, 1989- 1992 yılları arasında da terörizmle mücadele çerçevesinde ve sadece güvenlik nedenleriyle Doğu ve Güneydoğu'daki güvenlik tesislerinin etrafına 40 bin adet mayın döşenmiştir. Türkiye'nin komşu ülkelerle olan tüm sınırlarında mayın tarlaları bulunmaktadır.³⁵

Uluslararası Mayın İzleme Örgütü'nün raporuna göre, 2007 yılı sonu itibariyle Türkiye topraklarında patlamamış mayınların sayısı 982.777'dir. Bunların yaklaşık 600.000'i ise Suriye sınırında bulunmaktadır.³⁶ Ülkemizde toplam mayın kurbanı sayısı ise veri toplama mekanizmalarının yetersizliğinden dolayı tam olarak bilinmemektedir.

Mayın patlamasından sağ kurtulanların yaşadığı en önemli sorun, fiziksel ve psikolojik sağlık sorunları olmaktadır. Olaylar sırasında uzuvlarını kaybeden mağdurlar, uygun çalışma koşulları olmaması nedeniyle hem üretimden hem de sosyal hayattan kopmaktadır. Bu konuda alabilecekleri hizmetler devlet tarafından karşılanmamakta ve bu konudaki rehabilitasyon merkezleri oldukça yetersiz kalmaktadır. Ayrıca, Türkiye'deki risk gruplarına verilen bir mayın risk eğitimi bulunmamaktadır. Mayın patlamasından kurtulanların, mağduriyetlerinin giderilmesi için başvurmaları gereken hukuki yollar hakkında da yeterli bilgi verilmemektedir. Sivil yerleşim birimle-

35 Kara Mayınları, op.cit. " 1996'da yayınlanan Hudut Güvenliğinin Sağlanması ve Gerekli Tedbirlerin Alınması Amacıyla Kurulan Meclis Araştırması Komisyonu Raporu'nda Ardahan-Ermenisten sınırında 9.5 kilometrelik alanın, Hatay ve Suriye sınırında 34 kilometrelik alanın mayınlı olduğu belirtilmektedir. Ayrıca, Kars-Ermenisten sınırında 13 adet mayın tarlası bulunmaktadır. Şanlıurfa'da tarıma elverişli 140 bin dönüm alanın mayınlı olduğu bilinmektedir. Türkiye'nin BM'ye sunmuş olduğu rapora göre en çok mayın Şanlıurfa, Gaziantep ve Ardahan gibi sınır kentlerinde bulunmaktadır, sayı olarak yaklaşık 587 bin mayın döşelidir. Hakkari ve Şırnak'ta 1991-1994 arasında 152 bin mayın döşenmiştir. Hakkari'de 34 köy ve 148 mezra boşaltıldıktan sonra çevresine mayın döşenmiştir. Tunceli sınır kenti olmamasına karşın burada 10 bin 557 döşeli mayın bulunmaktadır. Mayın ve patlayıcı madde olayları yoğun olarak Mardin, Şırnak, Hakkari, Siirt, Bitlis, Batman, Van ve Bingöl gibi Doğu ve Güneydoğu kentlerinde yaşanmaktadır.

36 Kara mayınları, op.cit., p.2. " 2007 yılı sonu itibariyle Türkiye topraklarında toplam 982 bin 777 mayın bulunduğunu, bunun 818 bin 220'sinin anti-personel mayın 164 bin 497'sinin araç patlatan mayın olduğunu bildirmiştir."

rinin hemen yakınında bulunan mayın ve patlamamış askeri malzemeler burada yaşayan insanları göçe zorlarken, güvenlik gerekçesiyle boşaltılan köylerin etrafına döşenen mayın ve patlayıcı maddelerin temizlenmemesi de köye dönüş projelerinin önünde ciddi engeller oluşturmakta ve toplumsal olarak sorun oluşturmaktadır. Bu durum göstermektedir ki Türkiye’de kara mayınları, sosyal ve ekonomik, toplumsal, hukuki ve eğitim açısından bir çok sorun teşkil etmektedir. Bu nedenle, bu kadar kapsamlı ve karmaşık sorun yaratan bu konu için tüm boyutları ile çözmeye ilişkin girişimlerde biran önce bulunulması ve bulunulan girişimlerin de hızlandırılması gerekmektedir. Şimdiki duruma göre, Türkiye, 2014 yılına kadar temizlemeyi taahhüt ettiği mayınları temizleyebilecek gibi görünmektedir. Bu nedenle uluslararası sözleşmesel yükümlülüğünü yerine getiremeyerek Antlaşma’yı ihlal eder konuma düşecektir.³⁷

Uluslararası hukuk açısından, bu konu, silahlı çatışmalar ve savaş hukukunu kapsayan insancıl hukuk kapsamında ele alınmakta ve yine bununla yakın ilişkisi olan insan hakları hukuku ile de ilişkilendirilmektedir. İnsancıl hukuk, savaş ve silahlı çatışmaların mümkün olduğunca insani ve asgari davranışları içeren kurallara bağlanmasını öngörmektedir. Bu durumu en somut ortaya koyan belgeler de Kızılhaç’ın öncülüğünde geliştirilen 1949 tarihli dört ayrı Cenevre Sözleşmesi ve 1977 ek protokolleridir.³⁸ Türkiye 1949 Cenevre Sözleşmeleri’ne taraftır fakat 1977 tarihli iki ek protokolü ise henüz imzalamamıştır.³⁹ Bu antlaşmalar ve Ottawa Antlaşması’nda yera-

37 Feyzi Çelik, ‘Mayın Yasası Hukuka ve Anayasa Uygun mu?’, (Çevrimiçi) www.gundem-online.com, 13.07.2009.

38 Zeki Mesud Alsan, ‘1949 Cenevre Sözleşmeleri, (Çevrimiçi) <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/248/2251.pdf>, 21.07.2009. Bunlar, savaş halinde hasta ve yaralıların durumunun iyileştirilmesi, savaş esirleri için uygulanacak işlemler ve savaş zamanında sivil kişilerin korunmasına, denizdeki silahlı kuvvetlerin yaralı, hasta ve kaza geçirmiş mensuplarının iyileştirilmesi, uluslararası silahlı çatışmaların mağdurlarının korunması, uluslararası nitelik taşımayan çatışmaların mağdurlarının korunmasına ilişkindir.

39 Türkiye aynı zamanda, insancıl hukuku destekleyen, nükleer silahlar, uzay ve çatışma halinde kültür varlıklarının korunması konulu uluslararası sözleşmelere de taraftır. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu’nda da soykırım, insanlığa karşı suçlar gibi insancıl hukuk kapsamına giren suçlar düzenlenmiştir. Ayşe Nur Tütü-

lan hükümler anayasanın 90. maddesine göre de kanun hükmündedir, ayrıca, uygun bulma kanunu ile usulüne uygun olarak yürürlüğe konulan uluslararası sözleşmeler bakımından anayasaya aykırılığı nedeniyle de Anayasa Mahkemesi'nde dava açılmaz. Uluslararası antlaşmalar normlar hiyerarşisi bakımından da iç hukuk hükümlerinden daha farklı bir statü ve kademededir. Anayasa, temel hak ve özgürlükler konusundaki antlaşmalar ile milli hukuk kurallarının çatışması halinde uluslararası antlaşmalara üstünlük tanıyan hükümler ihtiva etmektedir. Anayasa hukukuna göre bir uluslararası sözleşme, temel hak ve özgürlüklere, insan haklarına ilişkin hükümler içermekteyse kanunlar üstü niteliğe, eğer bunlara ilişkin bir hüküm içermiyorsa da kanunlarla eşdeğer niteliğe sahip kabul edilmektedir. Bu husus, aynı zamanda, sözleşmenin iç hukukta doğrudan uygulanıp uygulanamayacağını da etkileyen bir konu olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu bakımdan, Ottawa Sözleşmesi, içerdiği konular açısından her ne kadar, yaşama hakkı, kişi güvenliği ve özgürlüğü gibi temel hak ve özgürlüklere, eğitim, sağlık ve yine yaşam hakkı gibi insan haklarına ilişkin konularla bağlantılı ve iç içe olsa da sözleşmenin asıl amacının, mayınların bir savaş aracı olarak kullanılmasının yasaklanması ve mayının üretiminin durdurulması ve eldeki stokların yok edilmesi olması nedeniyle, temel olarak, uluslararası hukuk bakımından savaş hukuku ve insancıl hukuk kapsamında değerlendirilebileceğinden, sözleşme hükümlerinin kanun hükmünde olması kanımızca daha kabul edilebilir görülmektedir.

Uluslararası ilişkiler ve hukuk sözkonusu olduğunda akdedilen sözleşmeye bağlı kalmak, bu sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerini yerine getirmek sözleşmeye taraf olan her devlet için bir zorunluluktur. Devletin uluslararası alanda saygınlığı, ciddiye alınması, diplomasisinin sağlıklı bir şekilde işleyebilmesi, uluslararası arenada ağırlığını koruyabilmesi ve bu alandan soyutlanmaması için uluslararası sözleşmelerde uyulması zorunlu olmazsa olmaz ahde vefa ilkesine uygun davranmalıdır.

cü, 'Nükleer silahların Kullanımı ve Yasaklanması Sorunu', (Çevrimiçi) http://www.anadolu.edu.tr/arastirma/hakemli_dergiler/sosyal_bilimler/pdf/2004-2/sos_bil.2.pdf, 22.07.2009.

Ottawa Antlaşması antlaşmaya taraf olan ülkeler bakımından anti-personel mayınlarının kullanılmasını, stoklanmasını, üretilmesini ve transfer edilmesini yasaklayan hükümler içermektedir. Türkiye de bu antlaşmaya taraf bir ülke konumunda olduğuna göre antlaşmanın yükümlülüklerini yerine getirmek zorundadır. Bu amaçla gündemdeki Suriye ile olan sınır bölgesinde yer alan kara mayınlarının temizlenmesine ilişkin kanun tasarısı Türkiye-Suriye sınırı arasında yeralan kara mayınlarının temizlenmesine ilişkin yapılacak ihalenin genel şartlarını çizmekte ve bu kanun tasarısının temelinde uluslararası hukukun doğurduğu bir edimin ifasının olduğu açıkça görülmektedir. Türkiye-Suriye sınırı üzerinde bulunan kara mayınlarının temizlenmesine yönelik hukuki alt yapının hazırlanması da bu antlaşmanın yüklediği bir mükellefiyetin gerçekleştirilmesi yönündeki adımdır. Ancak, kanun tasarısı ile mayınların temizlenmesi karşılığı ülke topraklarının ve hatta GAP projesi ile belki de dünyanın en verimli tarım toprakları olabilecek bir coğrafyanın, hatta bu topraklarda bulunduğu belirtilen yeraltı zenginliklerinin, ihale şartı ile 44 yıllığına yabancı bir kuruma devredilmesi ve ihalenin şekli tartışılması gereken çok önemli, fakat antlaşmasal yükümlülüklerin dışında kalan iç hukuku ve milli menfaatleri ilgilendiren farklı bir konudur.

Türkiye Büyük Millet Meclisi 23. Dönem 3. Yasama yılı Mayıs ayında gerçekleşen, 5903 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti Arasındaki Kara Sınırı Boyunca Yapılacak Mayın Temizleme Faaliyetleri ile İhale İşlemleri Hakkındaki Kanun⁴⁰'nun görüşülmesi esnasında karşılaşılan en önemli sorun ve üzerinde en çok durulan tartışma konusu, Kanun'un, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu⁴¹'na aykırılık teşkil edip etmediği, bu ka-

40 5903 Sayılı Kanun, RG.17.06.2009/27261, www.5903sayili-kanun.html, 02.10.2009. TBMM Genel Kurulu'nda hayli tartışmalı oturumlardan sonra yasa tasarısı 91'e karşı 255 oyla kabul edilmiş ve onay için Cumhurbaşkanı'na gönderilmiştir. Cumhurbaşkanı kanunu, Anayasa'nın 89.maddesinin birinci fıkrası ile 104. maddesinin ikinci fıkrasının (a) bendi uyarınca yayımlanmak üzere Başbakanlığa göndermiştir. Kanunun kabul tarihi 04.06.2009'dur.

41 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu (Çevrimiçi) <http://www.muhasabat.gov.tr/mevzuat/kanun/docs/4734.doc>, 20.11.2009.

nunla düzenlenen mayın temizleme hizmetinin ihale ediliş biçiminde, İhale Kanununda belirtilen yöntemlere uyulup uyulmadığı yönünde olmuştur. Burada 3996 sayılı Yasa, yani “Yap-İşlet-Devret” olarak kamuoyunda bilinen faaliyete uygun bir faaliyet ve model önerilmektedir ki, burada yapılması istenen mayın temizleme işinin, yap-işlet-devret’in konusuna uygun, bu kapsamda değerlendirilebilecek bir faaliyet olmaması nedeniyle bu Yasaya uygun bir uygulama yapılmasının mümkün olmadığı da tartışma konularından birini oluşturmaktadır. Ayrıca, mayın temizleme hizmeti karşılığı, 44 yıllığına kullanılmasına ihale edilen arazilerin sınır boyunda olması nedeniyle, 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Yasası⁴² gereğince birinci kara askeri yasak bölge olması ve bu bölgelere yabancı girişinin yasak olması ve hatta bölgedeki Türk vatandaşlarının bile ilgili hudut makamlarının izniyle girmesinin mümkün olduğu bu arazilerin hizmet karşılığı belli bir süreliğine kullanılmasına izin verilmesi de tartışmalarda önemli sorunlardan birini teşkil etmektedir. Bu hususun, ulusal sınırların özelleştirilmesi anlamına gelip gelmediği de önem arzeden tartışma konularından biridir. Ayrıca, sınırları Ottawa Antlaşması ile zaten çizilmiş olan bir faaliyetin ya da yerine getirilmesi zorunlu olan bir uluslararası sorumluluğun çerçevesinin tekrar bir kanunla çizilmesine neden gerek duyulduğu konusu da ortaya koyulan sorunlardan bir diğeridir.

Öncelikle, ilk sorun bakımından, 4734 sayılı Kamu İhale Kanunu’na ilişkin olarak, 5903 sayılı Kanun’da, bir hizmet alımı için iki yöntem öngörülerek İhale Kanunu’na istisna getirilmeye çalışıldığı ve bu yetkinin de hükümete verildiği belirtilerek, bu durumun mevcut İhale Kanunu’ndaki yöntemlere aykırı olduğu ve bu nedenle bir kanun ihlali oluşturduğu muhalefet tarafından ileri sürülmektedir. 5903 sayılı Kanuna ilişkin olarak yapılacak ihalenin 4734 sayılı Kanuna göre mayın temizleme ihalesi mi, yoksa arazi kullanım karşılığı hizmet alım ihalesi mi olduğu tartışılmaktadır. Bu konuda Plan Bütçe Komisyon Başkanı bu ihalenin her ikisinin de kapsamına girdiği, Kanun kapsamında iki yöntem öngörüldüğü bu yön-

42 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu (Çevrimiçi) <http://www.tbmm.gov.tr/kanunlar/k5366.html>, 20.11.2009.

temlerden ilkinin öncelikli olduğu fakat bu yöntemle ihale edilememesi durumunda arazi kullanımına ilişkin olarak ikinci ihale yönteminin deneneceğini belirtmektedir. Fakat Muhalefet ise, bu konuda, Kanun içeriğinden herhangi bir önceliğin anlaşamadığı, bu konuda bir tür birleştirme yapılmaya çalışıldığı, sadece hizmet alımı ihalesi olmadığı hususunda endişeler taşıdıklarını belirtmiştir. Mayın temizleme işi, teknik bir çalışmayı belli bir disiplin altında sürdürmeyi gerektiren bir faaliyet oluşturmaktadır. İhale şartlarına göre ise hizmet alınan firma, hem mayın temizleme hem de tarım işinde uzman konumunda olmalıdır. Fakat, bu konunun aksini belirten bir Danıştay kararı⁴³ olduğunu belirterek; Danıştayın bu kararında, “ Maliye Bakanlığı’nca mayının temizlenmesi hizmetinin satın alınması ile temizlenen arazinin tarımsal amaçlı kullanılması işinin aynı ihalede birleştirilmesi durumunda söz konusu ihtiyaçların en iyi şekilde uygun şartlarla karşılandığından söz edilemeyeceğinden, anılan iki ihtiyacın bir ihalede karşılanması hukuken ve işin niteliği icabı mümkün bulunmadığından...” bahisle, işin niteliği icabı aynı firmanın hem mayın temizleme hem de tarım işini yapmasının mümkün olmayacağı, bu konunun hukuka aykırı olduğunu belirterek yürütmeyi durdurma kararı verdiğini⁴⁴, bu suretle de yapılmakta olan işlemin İhale Kanunundan istisna ederek, Kamu İhale Kanunu dışında yapılmak üzere hükümete yetki verildiğini vurgulayarak, bu konuda verilmiş bir mahkeme kararının uygulanmadığı gerekçesiyle hukuka aykırılık teşkil ettiğini belirtmektedir. Bu konudaki Danıştay kararı, mayın temizlenmesi ve tarımsal işletmeye açılma konularının aynı ihaleye konu edilemeyeceğini ifade ederek, aksi takdirde, fazla iştirak ve rekabet ortamının ve kamu yararının korunmasının mümkün olmayacağını ortaya koymaktadır. 2886 sayılı Kanun’un 2. maddesinde ihtiyaçların en iyi şekilde, uygun şartlarla ve zamanında karşılanması ve ihalede açıklık ve rakabetin sağlanmasının esas olduğu ve başka istekliler tarafından karşılanması mutlak olan muhtelif

43 Danışta, 13. Daire, Esas No: 2007/3295, Karar no: 2009/2843, Danıştay Dergisi, Yıl 39, Sayı 121, 2009, pp.444-4457. “... Muhtelif istekliler tarafından yapılması mutlak olan muhtelif işler tek bir eksiltmede toplanamaz...”

44 (Çevrimiçi) http://www.ayhankara.org/doc/Suriye_Sinirindaki_Mayinlarin_Temizlenmesi.doc, 20.11.2009

işlerin bir eksiltmede toplanamayacağı öngörülmüştür.⁴⁵

Mayın temizleme işinin bedeli karşılığı yapılması ve ve daha önce kamulaştırılarak bu bölgede yaşayan kişilerden alınan toprakların yine bölge insanının kullanımına açılarak tarıma geri kazandırılması ile hem bölge hem de bölge insanının kalkındırılması en uygun çözüm gibi görünürken, öte yandan bölgenin organik tarıma çok elverişli olması ve petrol rezervlerinin bulunması bu nitelikli toprakların değerini ekonomik anlamda da Türkiye Devleti açısından büyük önem arz ettiği anlaşılmaktadır. Ayrıca, 2020 yılından itibaren Ortadoğu'da yaşanması öngörülen su sorununun da dikkatlerden kaçırılmaması gerektiği, dolayısıyla bu bölgenin ilerleyen zamanla değerinin daha da artacağı ve paha biçilmez olacağını da gözardı edilmemesi gerektiği açıkça ortadadır. Hükümet, ihale şartlarında yer alan 44 yıllık kullanım şartının yeraltında bulunan zenginlikleri kapsamadığını bu konuya ilişkin olarak Kanun'un 3213 sayılı Maden Kanunu'na⁴⁶, 6326 sayılı Petrol Kanunu'na⁴⁷ ve 6200 sayılı Devlet Su İşleri Umum Müdürlüğü Teşkilat ve Vazifeleri Hakkındaki Kanun ile ilgili diğer mevzuat hükümlerinin saklı olduğu atfını yaparak, kullanımın bu konulara ilişkin olamayacağını ya da şartlarının bu hükümler çerçevesinde çizeleceği görüşü ile buradaki uyuşmazlıkların aşılabileceği görüşünü ifade etmektedir. Ayrıca, hükümet, ihale şartı olarak karşımıza çıkan, temizlenen mayınlı arazinin hizmet karşılığı kullanımına ilişkin süre konusunda ortaya çıkan tartışmalara ilişkin olarak, tarımsal amaçlı kullanımın, İhale Kanunu'nda yer alan muhammen bedele karşılık gelmesi nedeniyle, burada bir bedel olmaması gerekçesiyle kullanım süresi olarak belirlenen 44 yılın muhammen bir süre olarak ifade edilebileceğini belirtmekte, ihaleye iştirak edecek olanların bu konuda yarışacaklarını bu nedenle illaki 44 yıllığına tarımsal amaçlı faaliyet için kullanılmak üzere

45 2886 sayılı Devlet (Kamu) İhale Kanunu, (Çevrimiçi) <http://www.muhasabat.gov.tr/mevzuat/kanun/docs/2886.doc>, 20.11.2009.

46 3213 sayılı Maden Kanunu, (Çevrimiçi) http://www.enerji.gov.tr/mevzuat/3213/3213_Sayili_Maden_Kanunu_5177_Degisiklikler_Islenmis_.pdf, 09.01.2010

47 6326 sayılı Petrol Kanunu, <http://www.mevzuat.adalet.gov.tr/html/980.html>, 09.01.2010.

verilmeyeceğini sürenin kısalabileceğini belirtmektedir. Yine, 44 yıl olarak belirlenen bu sürenin uzunluğu veya kısalığı da tartışılabilir gibi, kullanım süresinin iddia edildiği gibi geçici bir süreye takbül edip etmediği de tartışılabilir bir konu teşkil etmektedir.

TBMM görüşmelerinde, mayın temizleme işinin bedeli karşılığı ihale edilmesi ve arazinin nasıl kullanılacağı konusunun kanundan çıkarılması konusu dışında ortaya çıkan bir diğer sorun da ihale bedeline ve bu işi kimin yapacağına ilişkindir. Önceki dönemde, Türk Silahlı Kuvvetleri, mayın temizleme işini iki yılda tamamlayabileceğini, bunu yapabilecek bilgi, eğitim ve yetişmiş elemanı olduğunu; ancak bazı yeni tesisat ve makineye ihtiyaç duyulduğu ve buna karşılık olarak 35 milyon dolar gereksinimi olduğunu belirtmiş, yine aynı mayın temizleme işini bu konuda uzmanlaşmış NATO'nun bir kurumu olan NAMS 50 milyon dolara yapabileceğini belirtirken, kanun metninde mayın temizleme işinin 1.6 milyar dolara çıkabileceğinin ortaya konulması ve mayın temizleme işinin metrekaşe başına temizleme fiyatının 50 centten 15 dolara kadar çıkan geniş bir yelpazede yer alması ve arada 30 misli kadar bir fark bulunması⁴⁸ ve bu işi kendi imkanları ile yerine getirebilecek bir gücü olmasına rağmen neden farklı bir kuruluş arama amacıyla bir ihaleye başvurduğu hususları, bu konudaki tartışmaların temelini oluşturmaktadır. Söz konusu Kanun tasarısı hazırlanırken, mayın temizleme işinin maddi olarak karşılığının ne kadar olduğu, yani maliyet hesapları net olarak yapıp yapılmadığı sorunu da açıklığa kavuşturulamamış bir konudur. Burada maliyete ilişkin çok geniş bir aralık bulunmaktadır, bunun neye göre belirlendiği hususuna da bir açıklık getirilememiştir. Böyle bir belirsizlikte, sözü edilen arazinin 1 yıllık ve hatta 44 yıllık tarımsal faaliyette kullanılmasından elde edilecek gelirin ne olacağı ise yine bir muamma olarak karşımıza çıkmakta ve bu kullanım süresinin mayın temizleme hizmetinin bedeli ile denk düşüp düşmeyeceği ise, bu kadar bilinmezli bir denklemde soru işareti oluşturmaktadır. Eğer burada maliyet hesapları yapılmamışsa, Kanun'da belirtilen 44 yıllık sürenin dayandığı somut gerekçe nedir açıklanmalıdır. Bu konuda, hükümet tarafından getirilen

tek açıklama, mevcut yasalara göre hazine taşınmazlarının kiralama süresinin maksimum 49 yıl olmasıdır. Burada, 49 yıllık sürenin 5 yılı mayın temizleme faaliyetine ayrılmakta, geri kalan 44 yıllık kısım ise tarımsal amaçlı kullanım faaliyetine ayrılmaktadır. Kanunda hizmet karşılığı kullanım ihalesi ile yapılması öngörülen iş bakımından kar zarar dengelerinin hesaplanmadığı açıktır ve bu nedenle uluslararası bir sorumluluk yerine getirilmeye çalışılırken, devletin kendi iç işleyişi açısından doğan hukuki sorumluluklarının ve kamu yararının gözardı edilmesi, hem idari hem de hukuki bakımdan kabul edilemeyecek bir davranıştır. Yalnızca mevcut mevzuatta bulunan azami kullandırım veya kiralama sürelerine sadık kalınarak bir işlemin yapılması, bu işlemin amaç, kapsam ve kamu yararı dengeleri bakımından da doğru olduğu anlamına gelmemektedir. Burada temizlenecek alanın niteliği de önem kazanmaktadır. Bu bölgede temizlenmesi gereken mayın sayısının 615.419 olduğu tahmin edilmekte fakat buna karşın bunların bir çoğunun da yıllardır bölgede yaşanan deprem, sel gibi doğal afetler sonucu artık yerlerinin değişmiş olması ve hatta sel sonucu birçoğunun Türkiye’den Suriye’ye aktığı muhtemel kabul edilmektedir. Dolayısıyla bölgede temizlenmesi gereken alan daha sınırlıdır ve maliyetlerin bu oranda daha düşük olması gerekmektedir.

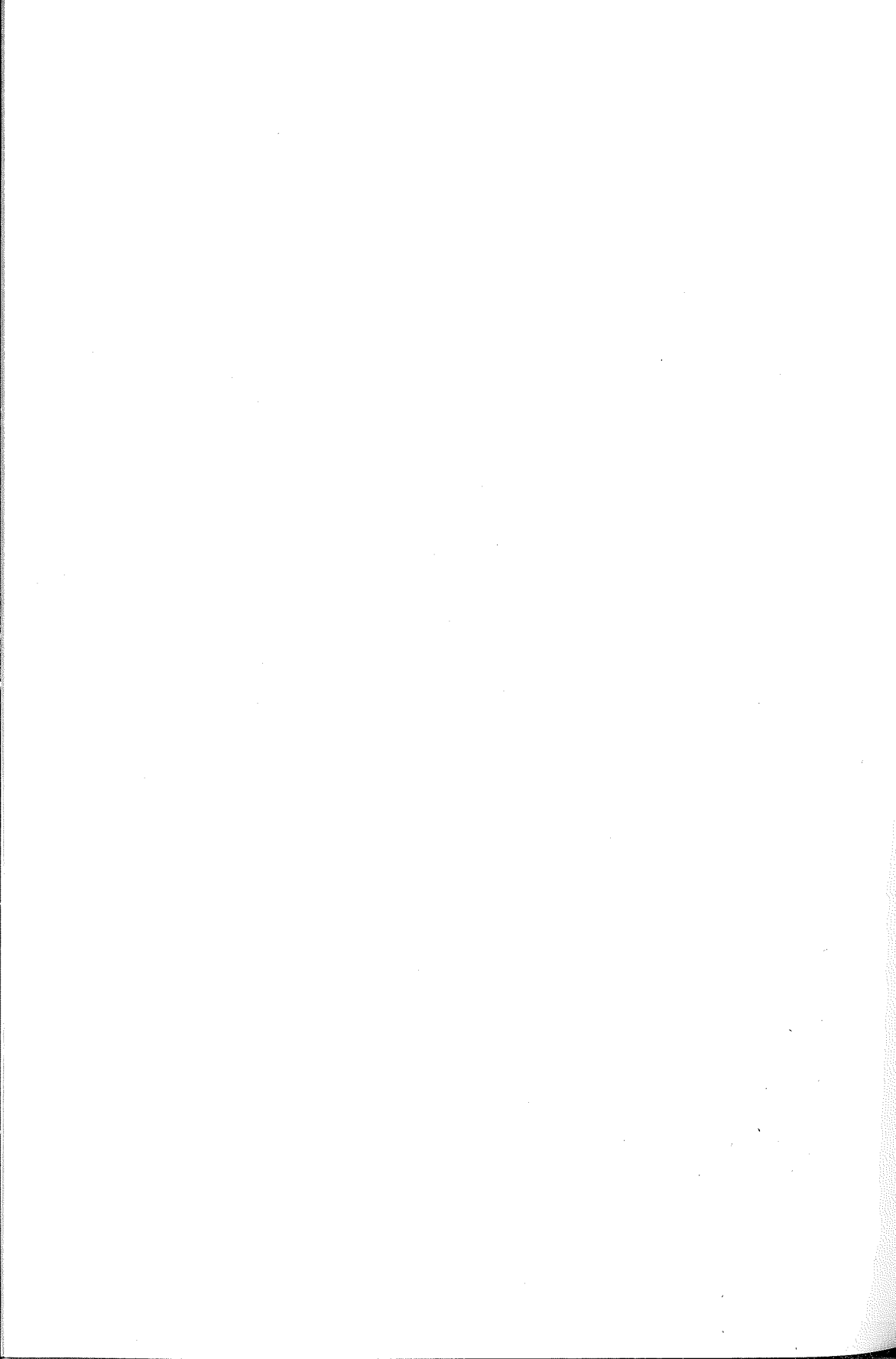
Mayın temizleme hizmeti karşılığı, 44 yıllığına kullanılmasına ihale edilen arazilerin sınır boyunda olması nedeniyle, 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Yasası⁴⁹ gereğince birinci kara askeri yasak bölge olması nedeniyle bu arazinin kullanımı sırasında güvenliğin nasıl sağlanacağı hususu konusundaki tartışmalar ise, Kanunun 2. maddesinde yeralan, “ Bakanlar Kurulu Kararı gereğince belirlenen askeri yasak bölge ile sınır hattı boyunca tesis edilecek sınır fiziki güvenlik sistemi için ihtiyaç duyulacak alanlar temizletilmekle birlikte, yüklenicinin kullanımına bırakılamaz” hükmü ile aşılma istenmiştir. Bu konuda, hükümet tarafından, sınır güvenliğine ilişkin diğer bütün düzenlemelerin geçerli olduğu, bu nedenle yeni bir düzenleme veya önleme gerek duyulmadığı belirtilmektedir.

49 2565 sayılı Askeri Yasak Bölgeler ve Güvenlik Bölgeleri Kanunu , Op.cit.

Tüm bunların dışında, Ottawa Antlaşmasını imzalayan devletlerin, elde bulunan mayınların imhası ve temizlenmesi dışında, mayın sorunu konusunda bölgede yaşayanların korunma amaçlı bilgilendirilmesi, eğitilmesi, mayından zarar görenlerin, sakatlananların rehabilite edilmesi ve topluma kazandırılması, sakatlananlara ve ölenlerin ailelerine yardımların yapılması, yasal haklarının güvence altına alınması için gerekli düzenlemelerin yapılması ve bu konuda bir veri tabanı oluşturulması gibi sorumlulukları da bulunmaktadır. Bu konuda da henüz somut bir adım atılmamıştır. Bu konuda tıbbi, sosyal, psikolojik ve ekonomik projeler de en kısa sürede hayata geçirilmelidir.

Bu konuda, ‘5903 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Devleti ve Suriye Arap Cumhuriyeti Devleti Arasındaki Kara Sınırı Boyunca Yapılacak Mayın Temizleme Faaliyetleri ile İhale İşlemleri Hakkındaki Kanun’un Anayasa’nın 2,3,7,8,9,44,87 ve 138. maddelerine aykırılığı savıyla iptalleri ve yürürlüklerinin durdurulmasına karar verilmesi istemiyle 2009/45 esas no ile Anayasa Mahkemesi’nde dava açılmıştır. 23.07.2009 tarihinde 2009/14 karar no ile ancak 5903 sayılı kararın “...taşınmazların temizleme karşılığı tarımsal faaliyetlerde kullandırılması süresi ise...” ibaresinin, Anayasa’ya aykırılığı konusunda güçlü belirtiler bulunduğu ve uygulamaları halinde sonradan giderilmesi güç veya olanaksız durum ve zararların doğabileceği gözetilerek esas hakkında karar verinceye kadar yürürlüklerinin durdurulmasına oybirliği ile karar verilmiş, fakat diğer yürürlük durdurma istemleri reddedilmiştir.⁵⁰ İç hukuk meselesi olarak karşımıza çıkan bu durum, esas hakkında karar verilmek üzere Anayasa Mahkemesi yetkisi dahilindedir. Buradan çıkacak karar doğrultusunda, temizlenmiş mayınlı arazi topraklarının ihale şartı olarak 44 yıllığına yabancı bir kuruma kullandırılıp kullandırılmayacağı konusu, bu meselenin bir Anayasa ihlali oluşturup oluşturmayacağı konusu da karara bağlanmış, çözüme ulaştırılmış olacaktır.

50 29 Temmuz 2009 tarihli Resmi Gazete/Sayı No: 27303, Anayasa Mahkemesi Esas No: 2009/45, Karar No: 2009/14, 23.07.2009.



VERFASSUNGSBEGRIFF, VERFASSUNGSTYPEN UND VERFASSUNGSWANDEL BEI ARISTOTELES

Araş. Gör. Tevfik Sönmez KÜÇÜK*

A. Einleitung

Es ist nicht zu leugnen, dass die Gegenwart in engem Zusammenhang mit der historischen Entwicklung steht. Die Geschichte ist ein unverzichtbarer Teil des heutigen Lebens. „In der Geschichte gibt es keine *Stunde Null*.“¹ Insbesondere für das Verfassungsrecht und seine Entwicklungsgeschichte ist diese Tatsache von ausschlaggebender Bedeutung. Betrachtet man die verfassungsrechtliche Geschichte der Welt, ist festzustellen, dass die grundgesetzliche Ordnung ihre rechtliche Berufung erst im antiken Griechenland findet. Aristoteles und sein berühmtes Buch „Politik“ sind von großer Bedeutung für die gegenwärtige Verfassungslehre. Die aristotelische Verfassungstheorie hat somit vor allem erhebliche Auswirkung auf die Entstehung der westlich-politischen Mentalität der Staatslehre gehabt. Nun stellt sich jedoch die Frage, ob der von Aristoteles in seinem Buch ausgeführte Verfassungsbegriff mit der heutigen Verfassungslehre identisch ist. Im ersten Teil dieser Arbeit wird vor allem ein Überblick über den aristotelischen Verfassungsbegriff im Hinblick auf die heutige Verfassungslehre angegeben. Dann werden das aristotelische Verständnis über die verschiedenen Verfas-

* T.C. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi.

Bu çalışma, Ruprecht-Karls- Heidelberg Üniversitesi'nde 2008 Yaz Döneminde LL.M programı çerçevesinde Prof. Dr. Martin Hochhuth danışmanlığında seminer çalışması olarak sunulmuştur.

1 Maurer, Hartmut: **Staatsrecht I**, 4. Auflage, München, 2005, Rnd Nr. 1., s.33.

sungstypen und seine Meinungsänderung über die Klassifikation der Verfassungsformen im zweiten Teil ausgeführt. Im letzten Teil der vorliegenden Arbeit werden der Hintergrund vom Verfassungswandel vorgestellt und ein Ausblick auf mögliche Maßnahmen für die Erhaltung der Verfassungen gegeben.

B. Verfassungsbegriff bei Aristoteles bezüglich der heutigen Verfassungslehre

Im ersten Kapitel des vierten Buches der „Politik“ erklärt Aristoteles, was er unter dem Begriff „Verfassung“ versteht. Aristoteles definiert die Verfassung als „die Ordnung (taxis) der Poleis in Bezug auf die Regierungsämter, wie sie zu verteilen sind, und die Bestimmung der obersten Gewalt (to kyrion) im Staat wie auch des Endziel der jeweiligen Gemeinschaft“.² Die oberste Gewalt ist dabei mit der Regierung identisch; deswegen stellt das Volk die oberste Gewalt in einem demokratischen Staat dar, während die Wenigen in einer Oligarchie die oberste Gewalt (to kyrion) sind.³ Der aristotelischen Verfassungsdefinition kann man zwei unterschiedliche Aspekte entnehmen: einen institutionellen und einen ethischen Aspekt.⁴ Während der ethische Aspekt in direktem Zusammenhang mit der Anstrengung für das gute Leben steht, hat der institutionelle Aspekt nichts mit der Bemühung um das gute Leben zu tun, sondern er beschäftigt sich mit der Verteilung der Staatsgewalt.⁵ Aristoteles teilt im vierten Buch der Politik den institutionellen Aspekt in drei Hauptteile ein:⁶ die beratende Staatsgewalt, die Regierungsämter und die richterliche Staatsgewalt. Es stellt sich die Frage, ob diese Dreiteilung der Staatsgewalt mit der heutigen Gewaltenteilung

2 Spahn, Peter: **Aristoteles**, in: Fetscher, Iring / Münkler, Herfried (Hrsg), Frühe Hochkulturen und europäische Antike (Pipers Handbuch der politischen Ideen), Band 1, München, 1988, s.419.

3 Aristoteles: **Politik**, übersetzt von Rolfs Eugen, 4. Auflage, Hamburg, 1981, 1278b10.

4 Spahn, **Aristoteles**, s.419.

5 **Ebd.**, s.419.

6 **Ebd.**, s.419.

gleichgesetzt werden kann. Wenn man die Funktionen der jeweiligen Staatsgewalt bei Aristoteles genau analysiert, sollte man diese Frage verneinen. Denn die beratende Staatsgewalt bei Aristoteles war befugt, viele richterliche Bereiche zu regulieren, die heutzutage außerhalb der legislativen Kompetenz stehen. Die beratende Staatsgewalt war beispielsweise in der Lage, richterliche Entscheidungen bei Kapitaldelikten zu treffen. Im Vergleich zu anderen Staatsgewalten stellt Aristoteles also die beratende Staatsgewalt im Staat an oberste Stelle.⁷

Nach der aristotelischen Verfassungsdefinition ist auch zu sagen, dass der aristotelische Verfassungsbegriff sich hauptsächlich im verfassungsrechtlichen Sinne nur auf die Regierungsform und Gewaltenteilung bezieht. Dagegen entspricht der heutige Verfassungsbegriff nicht nur der Regierungsform des Staates und der Verteilung der staatlichen Funktionen, sondern auch den von den jeweiligen Staaten als untastbar bezeichneten Grundrechten der Bürger.⁸ Anders ausgedrückt; die aristotelische Verfassung ist kein Grundgesetz im heutigen Sinne, die den Schutz von Grund- und Menschenrechten gewährleistet.⁹ Außerdem war Aristoteles der Meinung, dass Gesetze mit der Verfassung vereinbar sein müssten,¹⁰ d. h. Gesetze dürfen also keineswegs gegen die Verfassung verstoßen. In der gegenwärtigen Verfassungslehre steht die Verfassung an oberster Stelle. Dieses bezeichnet man als der Vorrang der Verfassung. Verfassungswidrige Gesetze können vom Bundesverfassungsgericht auf zulässigen Antrag im Rahmen der abstrakten und konkreten Normenkontrolle für nichtig erklärt werden. Selbst wenn das aristotelische Verfassungsverständnis also nicht ganz identisch mit der heutigen Verfassungslehre ist, ist es wichtig, dass Aristoteles damals in seinem Buch die sog. *Normhierarchie* ansprach.

7 Ebd., s.419.

8 Frede, Dorothea: **Staatsverfassung und Staatsbürger**, in: Höffe, Otfried (Hrsg), *Aristoteles-Politik*, Band 23, Berlin, 2001, s.77.

9 Höffe, Otfried: **Aristoteles-Lexikon**, Stuttgart, 2005, s.478.

10 Eugen, *Aristoteles-Politik*, 1289a13.

Aristoteles betont ebenfalls die rechtliche Bedeutung der Gesetze in der Verbindung mit dem Verfassungsbegriff. Er erklärt, dass Verfassung nicht mehr vorliege, wenn Gesetze nicht herrschen.¹¹ In seinem Werk „Politik“ hebt Aristoteles ebenfalls die Herrschaft der Gesetze hinsichtlich der Abhängigkeit der Regierungsämter an das geltende Gesetz hervor. Beispielsweise stellt er fest, dass es keine Verfassung bzw. keine Demokratie geben kann, wenn die Demagogen keine Rücksicht auf Gesetze nehmen.¹² Dies hat zur Folge, dass Regierungsämter auch Gesetze bei staatlicher Dienstleistung in einer verfassungsmäßigen Ordnung einhalten müssen. Heutzutage ist diese Auffassung teilweise mit dem Rechtsstaatsprinzip vergleichbar. Auch wenn eine ganze Reihe von Regelungen zur Existenz des Rechtsstaatsprinzips vorliegen muss, stellt die Rechtsbindung der staatlichen Organe den Angelpunkt des Rechtsstaatsprinzips dar.¹³ In seinem Buch „Politik“ konstruiert Aristoteles erst rechtsstaatsähnliche Mentalität, dadurch dass er die Regierungsämter vom geltenden Gesetz abhängig macht.

C. Verfassungstypen bei Aristoteles

Da Aristoteles damals an der platonischen Akademie studiert hatte, hat die platonische Verfassungspraxis einen erheblichen Einfluss auf seine Verfassungstheorie gehabt. Dies zeigt sich vorwiegend in der ersten Klassifikation der Verfassungsformen.¹⁴ Aristoteles orientierte sich jedoch im Gegensatz zu Platon insbesondere bezüglich der zweiten Klassifikation der Verfassungsformen nicht an den Idealen, sondern an möglichen Verfassungsformen.

11 Ebd., 1292a30.

12 Höffe, *Aristoteles-Lexikon*, s.112; Eugen, *Aristoteles-Politik*, 1292a30.

13 Maurer, *Staatsrecht*, Rnd. Nr. 13, s.218; In der Literatur wird vertreten, dass das Rechtsstaatsprinzip im engen Zusammenhang aus historischer Perspektive mit der Herrschaft der Gesetzen, also nicht aber der Menschen; Zippelius, Reinhold / Würtenberger, Thomas: *Deutsches Staatsrecht (Juristische Kurz-Lehrbücher)*, 32. Auflage, München, 2008, Rnd. Nr. 1., s.105.

14 Fenske, Hans / Wolfgang, Dieter Mertens / Rosen Klaus: *Geschichte der politischen Ideen, von der Antike bis zur Gegenwart*, Frankfurt am Main, 1996, s.53.

I. Die erste Klassifikation der Verfassungsformen

Aristoteles unterscheidet die Verfassungen zunächst in zwei Gruppen, nämlich *gute und schlechte Verfassungen*.¹⁵ Dabei spielt der Zweck der Verfassung eine Schlüsselrolle. Während gute Verfassungen das allgemeine Wohl der Gemeinschaft abzielen, kommen schlechte Verfassungen in Betracht, wenn sie nur auf den Interessen der Herrschenden berücksichtigen.¹⁶ Das von Aristoteles für die Klassifikation herausgezogene andere Merkmal ist die Anzahl der Regierenden (*einer, einige bzw. alle*).¹⁷ Mithilfe dieser Kriterien stellt er sechs hauptsächliche Verfassungstypen fest:¹⁸ *Königtum, Aristokratie, Politie* (gute Verfassungen) und deren Entartungen: *Tyrannis, Oligarchie, Demokratie* (schlechte Verfassungen).

Aus diesen Informationen ergibt sich das folgende Schema:¹⁹

Königtum	Aristokratie	Politie (Timokratie)	} richtige Verfassungen, nach dem Naturrecht
<hr/>			
Tyrannis	Oligarchie	Demokratie	} verfehlte Verfassungen, wider das Naturrecht

Auf diesem Verfassungsschema sind die aristotelischen Staatsformen unter den guten Verfassungen vom Besten (Königtum) zur Schlechtesten (Politie) angeordnet, während die übrigen Staatstypen unter Berücksichtigung der verfehlten Verfassungen vom Schlechtesten (Tyrannis) zur Besten (Demokratie) festgestellt sind.

Nach Aristoteles ist es mehrere Verfassungen zu geben, weil

15 Eugen, *Aristoteles-Politik*, 1279a20.

16 *Ebd.*, 1279a20.

17 Spahn, *Aristoteles*, s.421.

18 Siegfried, Walter: *Untersuchungen zur Staatslehre des Aristoteles*, in: Steinmetz, Peter (Hrsg), *Schriften zu den Politika des Aristoteles*, Hildesheim - New York, 1973; s.288, Spahn, *Aristoteles*, s.421.

19 Siegfried, *Untersuchungen zur Staatslehre des Aristoteles*, s.293.

jeder Staat aus mehreren Gesellschaftsschichten besteht.²⁰ In jedem Staat existieren also voneinander getrennte vielfältige Gruppen (z. B. die Reichen, die Armen usw.). Es sei demnach selbstverständlich, dass es mehrere unterschiedliche Verfassungen geben müsse, weil die oben genannten Gesellschaftsschichten auch voneinander getrennt seien.²¹

Um die Unterschiede zwischen guten und schlechten Verfassungen völlig zu verstehen, werden die bestimmten Merkmale jeder einzelnen Verfassungsform dargestellt:

1. Gute Verfassungen

a) Königtum: Man könnte Königtum als kontinuierliche staatliche Macht des Einzelnen oder einer Familie darstellen.²² Das Wichtigste für den wahren König ist das Wohl seiner Bürger.²³ Er orientiert sich beim Herrschen immer am allgemeinen Nutzen.

b) Aristokratie: Für die Aristokratie spielt immer die Tugend eine wichtige Rolle.²⁴ Die staatlichen Funktionen verteilen sich unter einem kleinen Teil der Besten und die Regierenden bemühen sich kontinuierlich um den allgemeinen Wohlbestand.²⁵ Im Vergleich zu den anderen Verfassungsformen kann man nur Bürger sein, wenn man die notwendigen Merkmale für einen guten Menschen besitzt.²⁶ Gelegentlich wird die Bildung als ein wichtiges Element und der Zweck der Aristokratie bezeichnet.²⁷

c) Politie: Politie kann man als „die Mehrheitsherrschaft zum

20 Eugen, *Aristoteles-Politik*, 1289b27f; *Aristoteles*: Hauptwerke, übersetzt von Wilhelm Nestle, 8. Auflage, Stuttgart, 1977 (zitiert: Nestle, Hauptwerke).

21 Eugen, *Aristoteles-Politik*, 1290a5f.

22 Siegfried, *Untersuchungen zur Staatslehre des Aristoteles*, s.294.

23 *Ebd.*, s.294.

24 *Ebd.*, s.294.

25 Höffe, *Aristoteles-Lexikon*, s.80.

26 *Ebd.*, s.81.

27 *Ebd.*, s.81.

Wohle des ganzen Staates“ bezeichnen.²⁸ Selbst wenn die Politie eine der guten Verfassungen ist, steht sie in der Reihenfolge von guten Verfassungsformen an der letzten Stelle. Sie ist die Schlechteste von allen guten Verfassungen. In dieser Verfassungsform bestimmt das Vermögen der Bürger ihren politischen Einfluss.²⁹

2. Schlechte Verfassungen

a) **Tyrannis:** Tyrannis ist als die entartete Form des Königtums zu definieren. Diese Herrschaftsform zielt nicht das allgemeine Wohl ab, sondern der Regent hat nur seinen eigenen Vorteil im Auge.³⁰ Er regiert die politische Gemeinschaft ohne Rücksicht auf die gesellschaftlichen Bedürfnisse.

b) **Oligarchie:** Nach Aristoteles ist die Oligarchie eine der entarteten Verfassungsformen. Ein kleiner Teil der Bevölkerung regiert dabei nur zum eigenen Nutzen ohne Berücksichtigung der allgemeinen Interessen der Gemeinschaft.³¹

c) **Demokratie:** Die letzte abweichende und im Vergleich zu den anderen entarteten Verfassungen, die am wenigsten schlechte Verfassungsform ist die Demokratie. Die große Masse der Gemeinschaft bildet hier die oberste Gewalt. Sie strebt nicht nach den Interessen von allen Menschen, sondern nur nach den Vorteilen der Mehrheit³² (*sog. Tyrannei der Mehrheit*).

II. Die zweite Klassifikation der Verfassungsformen

Infolge verschiedener Gründe klassifizierte Aristoteles die Verfassungen nochmal. Es ist vor allem hervorzuheben, dass Aristoteles nicht im Widerspruch zu seinen früheren Ideen über seine Verfas-

28 Siegfried, *Untersuchungen zur Staatslehre des Aristoteles*, s.294.

29 Höffe, *Aristoteles-Lexikon*, s.601.

30 *Ebd.*, s.613.

31 Siegfried, *Untersuchungen zur Staatslehre des Aristoteles*, s.296.

32 Höffe, *Aristoteles-Lexikon*, s.111.

sungstheorie gerät, sondern er bezweckt eine bessere Angleichung seiner Meinungen über die Verfassungslehre an die in der Praxis unterschiedlich aufgefassten Staatsformen.³³ Der Aristoteles zur neuen Klassifikation der Verfassungstypen führende erste Hintergrund ist die Unklarheit der in der ersten Klassifikation gebrachten Begriffe.³⁴ Auch wenn die Anzahl der Herrschenden in einer Staatsform als Unterscheidungsmerkmal verwendet wurde, blieb unklar, wie man den Unterschied zwischen den *Wenigen* und den *Vielen* bestimmen könnte.³⁵ Diese Begriffe waren zur Unterscheidung zwischen mehreren Verfassungsformen sehr relativ. Entsprechendes gilt auch für die Feststellung der Zwecke der verschiedenen Verfassungsformen. Wie bereits festgestellt wurde, unterscheidet Aristoteles Verfassungen ebenfalls danach, ob sie auf das Wohl der Regierten oder der Herrschenden abzielen. Die Bestimmung des allgemeinen Wohls könnte problematisch sein, wenn man vor allem die Frage beantworten möchte, wie man die Regierten von den Bürgern abgrenzen kann. Die Festlegung dieser Begriffe ist umstritten, da Kriterien für das Bürgersein in der aristotelischen Verfassungslehre von Staat zu Staat ganz unterschiedlich sind.³⁶

Zur Aufklärung der oben genannten Unklarheit bearbeitete Aristoteles noch mal die Klassifikation der Verfassungstypen. Daraus leitete sich ab, dass die Oligarchie und Demokratie Haupttypen waren und die Politie als Mischform in der Mitte zwischen diesen Verfassungstypen stand.³⁷ Hinsichtlich der neuen Erteilung der Verfassungsformen vertrat Aristoteles bereits nicht mehr die Auffassung, dass das Mengenverhältnis der Herrschenden, wie in der Oligarchie und der Demokratie beschrieben, entscheidend sei, sondern das wichtige Unterscheidungsmerkmal die bürgerlichen ökonomischen Verhältnisse sein soll. Der Reichtum sei demnach wichtig für Regierungsbeteiligung in einer Oligarchie, während die Demo-

33 Siegfried, *Untersuchungen zur Staatslehre des Aristoteles*, s.297.

34 Spahn, *Aristoteles*, s.421.

35 *Ebd.*, s.421.

36 Frede, *Staatsverfassung und Staatsbürger*, s.75.

37 Spahn, *Aristoteles*, s.421.

kratie von Aristoteles als Herrschaft der Armen beschrieben wird.³⁸ Ein Kernelement der demokratischen Staatsform ist nach Aristoteles die Freiheit, die sowohl politisch als auch individuell garantiert werden sollte.³⁹ Während die politische Freiheit die Möglichkeit für jeden Bürger zur Teilnahme an den staatlichen Tätigkeiten darstellt, gleichzeitig wiederkehrende Regierungsbeteiligung, bildete persönliche Freiheit einen bestimmten Lebensraum, in dem die Bürger ohne Begrenzung irgendeiner Gewalt ihr Leben führen können.⁴⁰

Gleich zu Beginn des zweiten Kapitels des vierten Buches wirft Aristoteles Fragen insbesondere über die unterschiedlichen Verfassungsformen auf, die ihn zur zweiten Klassifikation der Verfassungsformen führen. Hiernach sind die Verfassungen in vier Typen einzuteilen:⁴¹

- (i) *Die absolut beste Verfassung*
- (ii) *Die relativ beste Verfassung*
- (iii) *Die bestehenden Verfassungen*
- (iv) *Die durchschnittlich beste Verfassung*

1. Die absolut beste Verfassung

Im Vergleich zu den anderen Büchern der Politik enthalten Bücher VII und VIII die aristotelischen Theorien zur absoluten Verfassung im Zusammenhang mit seinen Auffassungen über die Erreichung zur vollkommenen Lebensform in einem Staat. Aristoteles versucht also in diesem Zusammenhang, zunächst die Frage nach der Glückseligkeit zu beantworten, die ebenfalls das Endziel des Staates bildet.⁴² Die von Aristoteles gestellte Frage, ob die vollkommene Lebensform des Einzelnen und des Staates identisch sind, wird

38 Ebd., s.421.

39 Höffe, *Aristoteles-Lexikon*, s.113.

40 Ebd., s.113.

41 Spahn, *Aristoteles*, s.422.

42 Ebd., s.431.

im zweiten Kapitel des siebten Buches bejaht. Selbst wenn dieser Verfassungstyp mit der Aristokratie verglichen werden kann, da Tugend für die beiden Verfassungstypen das Hauptmerkmal darstellt, unterscheidet sich dieser Verfassungsform doch von der Aristokratie dadurch, dass sich eine Menge tugendhafte Menschen in diesem Verfassungsform an den staatlichen Funktionen beteiligen kann.⁴³ Im Übrigen entspricht dieser Verfassungstyp aber am meisten der Aristokratie.

Nach der Betonung des Zusammenhangs zwischen dem guten Leben des Einzelnen und dem guten Leben der Gemeinschaft beschäftigt sich Aristoteles ausführlich mit den äußeren Konditionen des absolut besten Staates. Dies zeigt, dass die aristotelische Verfassungslehre im Gegensatz zu früheren Denkern nicht auf utopischen Ideen, sondern auf der Realität, konkreten Lebenssituationen beruht.⁴⁴ Im Hinblick auf die äußeren Bedingungen des Staates werden zwei Kriterien gebracht: Die Anzahl der Staatsbürger und die Größe des Territoriums. Sie müssen sich nach dem Reichtum des Staates und dessen wirtschaftliche Ressourcen richten. Gleichzeitig muss die Polis in der Lage sein, sich gegen Feinde zu verteidigen.⁴⁵ Die Übersichtlichkeit der Bevölkerungszahl und des Landes sind auch von großer Bedeutung für den Idealstaat. Auf diese Weise ist gewährleistet, dass die Bürger einander kennen und man dem betreffenden Land bei Gefahren schneller Hilfe leisten könnte.⁴⁶ Selbst wenn der Seehandel die administrativen Funktionen des Staates beschädigt, weil reisende Kaufleute meistens keine Ahnung von der gesetzlichen Ordnung in der betreffenden Polis haben, kann eine Verbindung zum Meer insbes. bei der Entstehung eines Kriegs zur Verteidigung des Staates Vorteile mit sich bringen.⁴⁷

43 Ebd., s.432.

44 Reisenkampf, Isabella Caroline (2005): **Ethik und Politik: Aristoteles und Martha C. Nussbaum**. Unveröffentlichte Dissertation, Justus Liebig Universität Gießen, s.106.

45 Spahn, **Aristoteles**, s.432.

46 Eugen, **Aristoteles-Politik**, 1327a; Spahn, **Aristoteles**, s.432.

47 Reisenkampf, **Ehtik und Politik**, S.107.

Nach der Erläuterung äußerer Bedingungen des Idealstaates weist Aristoteles auf die Eigenschaften hin, die den inneren Staatsaufbau darstellen sollen. Aus den Untersuchungen über die Eigenarten unterschiedlicher Nationen zieht Aristoteles den Schluss, dass die Griechen infolge der geographischen Lage von Griechenland die nötigen Voraussetzungen (*sog. Mut und Intelligenz*) für Idealstaatsbürger erfüllen.⁴⁸ Nach Aristoteles hätten die Griechen sogar alle Nationen dominieren können, wenn sie sich in derselben Verfassung versammelt hätten.⁴⁹ Im Hinblick auf die Bürgerschaft in der absolut besten Verfassung vertritt Aristoteles die Meinung, dass Sklaven, Bauern, Handwerker und Händler zwar einen wichtigen Platz im Staat einnehmen, da sie zur Beschaffung notwendiger gesellschaftlicher Bedürfnisse intensiv beitragen; aber sie seien keine Angehörigen des Staates, da sie sich aus Zeitmangel nicht genügend mit der Tugend beschäftigen könnten.⁵⁰

Im achten Buch der Politik betont Aristoteles die Bedeutung der Erziehung von Bürgern in der absolut besten Verfassung. Aristoteles ist der Meinung, dass jeder Staat sich um die Erziehung der Bürger kümmern müsse, weil Gepflogenheit und Verstand auch wichtig für den Erwerb der für die absolut beste Verfassung nötige Tugend seien.⁵¹

2. Die relativ beste Verfassung

Unter der relativ besten Verfassungsform versteht Aristoteles zwei verschiedene Verfassungstypen, nämlich *die sog. Politie* und *die sog. Aristokratie*. Im neunten Kapitel des vierten Buches erklärt Aristoteles zunächst, dass die sog. Politie sich aus Oligarchie und Demokratie zusammensetzt. Außerdem besteht die sog. Aristokratie aus demokratischen und oligarchischen Elementen, sodass dieser

48 Eugen, *Aristoteles-Politik*, 1327b20ff.

49 *Ebd.*, 1327b30.

50 Reisenkampf, *Ehtik und Politik*, s.109.

51 *Ebd.*, s.110.

Verfassungstyp sich als eine weitere Mischform der Verfassungsformen von der Aristokratie dadurch unterscheidet, dass sich die sog. Aristokratie nicht nur auf die Tugend bezieht, sondern auch auf Freiheit und Reichtum.⁵² Aristoteles beschäftigt jedoch nicht so viel mit dieser Verfassungsform, weil er der Auffassung ist, dass die dafür nötige Tugend von den meisten Staatsbürgern nicht erwartet werden könne.⁵³

In Bezug auf die Mischformen im Sinne der Politie schlägt Aristoteles in seinem Buch drei unterschiedliche Typen vor: Die erste Mischform ist die Verbindung der charakteristischen Merkmale beider Verfassungen.⁵⁴ In Bezug auf das Richteramt werden beispielsweise die Reichen in den Oligarchien mit Geldstrafen belegt, wenn sie ihre richterliche Aufgabe vernachlässigen, während die armen Bürger in den demokratischen Staatsformen einen besonderen Lohn für die Teilnahme am Richteramt bekommen. Nach Aristoteles dürfte die Politie als Mischform weder die Bestrafung der Reichen bei Abwesenheit noch die Belohnung der Armen für die Teilnahme an den staatlichen Funktionen bezwecken.⁵⁵ Als zweite Mischform der Verfassungen wird eine Art Mittelweg von zwei Verfassungsformen hinsichtlich der Volksversammlung genannt⁵⁶. Während die Bürger zur Regierungsbeteiligung in Oligarchien ein hohes Vermögen haben müssen, liegt in einer Demokratie keine finanzielle Voraussetzung für die politische Partizipation vor. Für die Politie ist zur Regierungsbeteiligung jedoch ein gewisser Grad an Vermögen entscheidend. Als dritte Mischform der Politie bietet Aristoteles die Bildung einer zusammengesetzten Verfahrensweise in Bezug auf die Ämterbesetzung an. In dieser Form sollen sowohl demokratische als auch oligarchische Elemente eingebracht werden.⁵⁷ Während für die Amtvergabe in einer Oligarchie die Wahl der Ämter und das Reich-

52 Spahn, *Aristoteles*, s.428.

53 *Ebd.*, S.428.

54 Eugen, *Aristoteles-Politik*, 1294a35.

55 Reisenkampf, *Ehtik und Politik*, s.103.

56 Eugen, *Aristoteles-Politik*, 1294b2f.

57 Spahn, *Aristoteles*, s.428.

tum an Vermögen als die notwendigen Voraussetzungen angesehen werden können, erfolgt die Ämterbesetzung in einer Demokratie durch Losverfahren, ohne den Reichtum der Bürger zu berücksichtigen. Zur Bildung einer gemischten Verfahrensweise für die Politie wird ein Teil von den jeweiligen Verfassungsformen erhalten, sodass die Ämter ohne Rücksichtnahme auf ihr Reichtum (als demokratisches Element) gewählt werden (als oligarchisches Element).⁵⁸

Nachdem Aristoteles sich mit den Arten der Mischformen beschäftigt hat, geht er im elften Kapitel des elften Buches insbesondere auf die Frage ein, was für eine Bevölkerungsschicht in der relativ besten Verfassung überlegen sein muss. Nach Aristoteles bildet die in der gesellschaftlichen Ordnung dominierende Mittelschicht die geeignetste Bevölkerungsschicht für die Politie, sodass jeder Staat eigentlich eine derartige mittlere Schicht der Armen und Reichen bezweckt.⁵⁹ Aristoteles bezweckt auf diese Weise ein soziales Gleichgewicht zu schaffen, da bei einem solchen Mittelstand keine Gier nach fremden Vermögen oder Verteidigungstendenz des Vermögensinhabers nach fremden Angriffen existieren und eine dauerhafte politische Standfestigkeit im Staat herrsche.⁶⁰ Zur Begründung seiner Idee erklärt Aristoteles, dass die Fähigkeit zur Gesetzgebung ebenfalls in engem Zusammenhang mit der Zugehörigkeit zur Mittelschicht steht.⁶¹

Um die Verbindung der Bevölkerungsschichten bzw. der Mittelschicht mit den Staatsformen gut zu verstehen, kann die folgende Tabelle hilfreich sein:⁶²

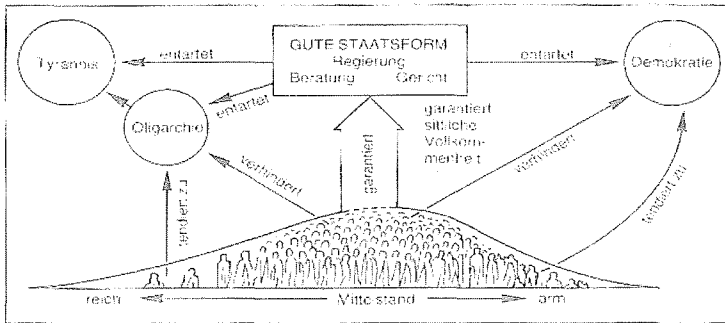
58 Reisenkamp, **Ethik und Politik**, s.103.

59 Eugen, **Aristoteles-Politik**, 1295b25.

60 Spahn, **Aristoteles**, s.429.

61 Eugen, **Aristoteles-Politik**, 1296a20.

62 Kunzmann, Peter / Burkard, Franz-Peter / Wiedmann, Franz: **dtv-Atlas zur Philosophie**, München, 1991, s.52.



3. Die bestehenden Verfassungen

Bei näherer Betrachtung der griechischen Staatsformen im vierten Jahrhundert v. Christus ist festzustellen, dass die vorherrschenden Verfassungstypen zwischen den griechischen Staaten grundsätzlich entweder Oligarchien oder Demokratien waren. Die Tendenz in der Staatspraxis zu diesen Verfassungstypen führte Aristoteles zur Beschreibung verschiedener Formen der genannten Verfassungen. Als Unterscheidungsmerkmale stellt Aristoteles drei Kriterien fest:⁶³ Als Erstens die gesellschaftlichen Eigenschaften der Bürgerschichten, Zweitens die notwendigen Merkmale zur Regierungsbeteiligung und schließlich wirft Aristoteles die Frage auf, ob die Regierenden bei staatlichen Tätigkeiten Gesetze in Betracht ziehen. Nachdem Aristoteles die oben ausgeführten Merkmale herausgestellt hat, beschäftigt er sich intensive mit den verschiedenen Formen dieser Verfassungstypen.

Im vierten Kapitel des vierten Buches teilt Aristoteles die Demokratie in vier Subtypen ein: In der ersten Form der Demokratie (die beste Art der Demokratie) ist das wichtigste Merkmal für die Ämterbesetzung die Vermögenslage der Bürger.⁶⁴ In einer derartigen Demokratie besteht das Volk vornehmlich aus Ackerbauern und Viehhirten, die sich mit ihrer eigenen Arbeit beschäftigen müssen und somit keine Zeit haben, in das politische Geschehen aktiv einzu-

63 Spahn, *Aristoteles*, s.423.

64 *Ebd.*, s.424.

greifen.⁶⁵ Eine derartige landwirtschaftlich geprägte Gesellschaftsstruktur gewährleistet also die staatliche Autorität der wohlhabenden Bürger, die sich meistens in der Stadt aufhalten und neben ihrem Beruf die Muße für die politischen Aktivitäten haben. Nach dieser Staatsform wählt das Volk die Beamten. Sie stehen dem Volk für ihre politischen Tätigkeiten zur Verantwortung, sodass das Volk ebenfalls mit einer derartigen Ordnung einverstanden ist.⁶⁶ Eine solch Demokratie enthält einerseits Berührungspunkte insbesondere mit der Oligarchie, weil sie die Isolation einer Menge der Bürger (insbesondere Ackerbauer) von politischen Angelegenheiten bezweckt,⁶⁷ andererseits zeigt aber die Befürchtung von Aristoteles, dass das ungebildete, arme Volk (Ackerbauer und Viehhirten) die demokratische Staatsform beherrschen kann.

In der zweiten Form der Demokratie spielt die Vermögenslage keine Rolle. Das wichtigste Kriterium für die Teilnahme an den staatlichen Funktionen ist die untadelige Geburt.⁶⁸ In diesem Typ der Demokratie wird aber den Ämtern kein besonderer Lohn gegeben. Die Bürger können wegen ihrer eigenen persönlichen Beschäftigungen nicht an der Regierung partizipieren.⁶⁹ Zudem herrschen immer Gesetze in dieser demokratischen Form. In der weiteren Art der Demokratie steht das Ämterbesetzungsrecht zwar jedem Bürger zu, jedoch ist die einzige notwendige Voraussetzung das Bürgersein.⁷⁰ Die letzte Art der Demokratie entsteht überwiegend in wirtschaftlich starken Staaten.⁷¹ In dieser Form bestimmen insbes. Volksbeschlüsse das öffentliche Leben.⁷² In besonders reichen Staaten orientieren sich die armen Bürger stärker an dem politischen Leben, weil sie gegen ihre amtlichen Leistungen einen bestimmten Lohn vom Staat erhalten

65 Eugen, *Aristoteles-Politik*, 1318b15f.

66 Spahn, *Aristoteles*, s.424.

67 Höffe, *Aristoteles-Lexikon*, S.112.

68 Eugen, *Aristoteles-Politik*, 1292a.

69 Spahn, *Aristoteles*, s.424.

70 Eugen, *Aristoteles-Politik*, 1292a.

71 Spahn, *Aristoteles*, s.424.

72 Eugen, *Aristoteles-Politik*, 1292a5.

können. Mittlerweile entziehen sich die wohlhabenden Bürger den politischen Tätigkeiten, weil sie sich mit ihren wirtschaftlichen Angelegenheiten beschäftigen müssen.⁷³ Die wichtigsten Kennzeichen der sog. extremen Demokratie sind die Volksführer (Demagogen), die die Volksbeschlüsse beeinflussen und als Grund für die Auflösung der Autorität von Gesetzen angesehen werden können.⁷⁴ Wie im ersten Teil der vorliegenden Arbeit erwähnt wurde, muss es zum Bestehen einer Verfassung Gesetze geben. Aufgrund des Mangels an der Herrschaft der (durch) Gesetze bezeichnet man diese extreme Demokratie nicht als Verfassung. Hinsichtlich dieser Form der Demokratie stellt sich jedoch die Frage, ob sie mit der athenischen Demokratie identisch ist. Diese Frage ist bei näherer Betrachtung der damaligen demokratischen athenischen Staaten zu verneinen, weil das wichtigste Merkmal der extremen Demokratie, das Abhalten der Reichen von politischen Ämtern aufgrund ihrer eigenen wirtschaftlichen Beschäftigungen, für Athen nicht zutreffend war.⁷⁵

Nach der Einteilung der unterschiedlichen Formen der Demokratie gliedert Aristoteles die Oligarchie in vier verschiedene Formen. Die beste Form bezieht sich auf den Reichtum. Während die über das notwendige Vermögen verfügenden Bürger das Recht auf den Teilnahme an den staatlichen Funktionen haben, verfügen die Mehrheit der Gesellschaft bildenden Armen kein Recht über die Ämterbesetzung.⁷⁶ Diese Form der Oligarchie kommt vor allem an die sog. Politie heran.⁷⁷ In der zweiten Form ist die Vermögensschätzung so hoch, dass nicht jedes Amt besetzt werden kann; deswegen wird jedes freie Amt von den früheren Amtsinhabern ernannt.⁷⁸ In der dritten erhält der Sohn das Amt seines Vaters,⁷⁹ d. h.

73 Spahn, *Aristoteles*, s.424.

74 *Ebd.*, s.424.

75 *Ebd.*, s.424 f.

76 Reisenkamp, *Ehtik und Politik*, s.100.

77 Höffe, *Aristoteles-Lexikon*, s.392.

78 Spahn, *Aristoteles*, s.425.

79 *Ebd.*, s.425; Eugen, *Aristoteles-Politik*, 1292b5.

das entscheidende Merkmal für die Ämterbesetzung ist die erbliche Lage. In der letzten Form der Oligarchie beherrschen jedoch nicht die Gesetze, sondern alle wesentlichen Entscheidungen werden von einigen bestimmten Beamten getroffen.⁸⁰ Diese Form zeigt Ähnlichkeiten mit der extremen Demokratie und sie stellt wegen der Willkürlichkeit der Herrschenden beim Regieren keine Verfassung dar.

Aristoteles erklärt ferner drei verschiedene Formen der Tyranis zur Vervollständigung der schlechten Verfassungen im Rahmen der bestehenden Verfassungen wieder. Während zwei Formen fast identisch mit dem Königtum sind, weil Gesetze und Einverständnis der Regierten in beiden Formen das Kernelement bilden, stellt die dritte Art den Gegensatz zum Königtum dar, weil der Tyrann die Besseren bzw. zumindest Seinesgleiche zum eigenen Nutzen beherrscht, ohne verantwortlich zu sein.⁸¹

4. Die durchschnittlich beste Verfassung

Betrachtet man das gesamte Buch „Aristoteles Politik“ genau, kann man auf die Idee zukommen, dass die relativ beste und die durchschnittlich beste Verfassung auf das gleiche hinauslaufen (*die sog. Politie*) und sie ist ferner die meist geeignetste Verfassungsform für alle Staaten.⁸²

D. Verfassungswandel und Maßnahmen für die Erhaltung der Verfassungen

Im fünften Buch der Politik wurde angegeben, welche Gründe die Entstehung der Verfassungsänderungen verursacht haben und welche Maßnahmen ergriffen werden können, um die Verfassungsänderungen zu verhindern. Aristoteles verwendete in seinem Buch tendenziell zur Erklärung der Verfassungsänderungen den Begriff

80 Höffe, *Aristoteles-Lexikon*, s.392.

81 Spahn, *Aristoteles*, s.425.

82 *Ebd.*, s.422.

„statis“, der Aufruhr bedeutet und heutzutage etwa mit dem Begriff „Revolution“ identisch ist.⁸³ Aber die oben genannten Themen sind zunächst nicht erläutert. Stattdessen wird betont, dass es die Verfassungsänderungen in zwei folgenden Arten geben kann:⁸⁴

- (i) Eine Verfassung kann sich vollständig in eine ganz andere Verfassung verwandeln.
- (ii) In einer Verfassung können einige Veränderungen gemacht werden.

I. Die Gründe der Verfassungsänderungen

1. Allgemeine Gründe

Der vielleicht wichtigste Effekt, der eine Verfassungsänderung verursacht, sind die Schaffung bzw. die Beseitigung der Ungleichheit zwischen den bestimmten Gesellschaftsschichten.⁸⁵ Das ist damit zu erklären, dass manche Individuen der Auffassung sein können, dass die anderen Personen im oberen Rang eigentlich mit ihnen gleich sind, oder aber diejenigen, die nach der Ungleichheit und dem Vorrang in der Gemeinschaft streben, können nachdenken, dass sie gleichen oder einen geringeren Anteil bekommen. Beide Fälle können eine Verfassungsänderung (also eine Revolution) zur Folge führen.⁸⁶ Es ist ferner festzustellen, dass es ebenfalls andere Gründe für Verfassungsänderungen wie z.B. das Streben nach Gewinn und Ansehen gibt.⁸⁷ Das ist so zu verstehen, dass die Menschen ihren Staat in eine Revolution stürzen, um eigenem Geldverlust oder dem ihrer Freunde zu entgehen, oder um sich von einer unehrenhaften Lage zu retten.⁸⁸ Hier ist vorwiegend einen Punkt zu betonen: Die Menschen bekämpfen einander, eigentlich nicht um Ansehen und

83 Fenske, *Geschichte der politischen Ideen*, s.91.

84 Höffe, *Aristoteles-Lexikon*, s.348.

85 Fenske, *Geschichte der politischen Ideen*, s.91.

86 Nestle, *Hauptwerke*, s.324.

87 Eugen, *Aristoteles-Politik*, 1302a30.

88 *Ebd.*, 1302a30.

Gewinn zu erlangen, sondern weil sie bemerken, dass die Anderen einen größeren Anteil an beiden Werten haben oder haben könnten.⁸⁹ Die folgenden Gründe in Bezug auf alle Verfassungsformen sind ferner im Folgenden zu sagen: Die Grausamkeit, Angst, erniedrigende Haltungen und unproportionales Bevölkerungswachstum etc.⁹⁰

Manche Gründe sind folgendermaßen im Einzelnen zu konkretisieren: Die Personen, die in einer Oligarchie nicht in einem Regierungsbereich tätig sind, fühlen sich mächtig und verachten die Anderen, die im Dienst der Regierung arbeiten, sobald sie eine zahlreiche Klasse in der Gesellschaft werden.⁹¹ Wie das unproportionale Bevölkerungswachstum einen Verfassungswandel in einem Staat verursachen kann, ist mit folgendem Vergleich zu erläutern: Unser Körper besteht wie der Staat aus verschiedenen Teilen und genau wie die Organe unseres Körpers, muss auch der Staat in proportionaler Weise wachsen, anderenfalls könnte ein unproportionales Wachstum zu einem Verfassungswandel führen. In Tarent (eine griechische Stadt) waren viele Wohlhabende aufgrund eines Kriegs ums Leben gekommen und die Staatsform wandelte sich nach den Perserkriegen von einer Politie zu einer Demokratie.⁹²

Der Verfassungswandel braucht nach Aristoteles nicht unbedingt durch Aufruhr zu entstehen. Durch Betrug seitens der Beamten und eine Apathie gegenüber dem Staat bestehen die Möglichkeit, eine kaum wahrzunehmende Veränderung einzutreten.⁹³ Ein Verfassungswandel kann ebenfalls durch kleine Streitigkeiten bei wichtigen Persönlichkeiten wie in Syrakus (griechische Stadt) entstehen,⁹⁴ und somit können kleine Gründe zu großen Ereignissen führen können. Als letzter Grund für eine Verfassungsänderung im Hinblick auf

89 Nestle, **Hauptwerke**, s.324.

90 **Ebd.**, s.324.

91 Eugen, **Aristoteles-Politik**, 1302b25.

92 **Ebd.**, 1302b35ff.

93 **Ebd.**, 1303a10f.

94 **Ebd.**, 1303b20.

alle Verfassungsformen ist Mangel der Mittelschicht zu nennen.⁹⁵

2. Private Gründe

Die aufgezeigten Gründe für einen Wandel sind für alle Verfassungen gültig. In diesem Teil der vorliegenden Arbeit werden die Gründen für einen Wandel bzw. Umsturz der einzelnen Verfassung erläutert. Der wichtigste Grund für eine Revolution in einer Demokratie sind als die Demagogen anzusehen, die entweder die Wohlhabenden im Gerichtsverlauf böswillig beschuldigen oder die Gemeinschaft gegen die Vermögensinhaber aufbringen, somit deren Ruf schädigen. Die wohlhabenden Bürger schließen sich in Reaktion darauf zusammen und versuchen gleichzeitig, mit einer Verfassungsänderung entgegenzuwirken.⁹⁶

In der Oligarchie ist der Grund des Sturzes grundsätzlich zweiseitig: Entweder unterdrückt die reiche Klasse in der Regierung das einfache Volk und verursacht dadurch eine Revolution oder Auseinandersetzung in dieser Klasse führt zur Revolution.⁹⁷ Ein anderer wichtiger Grund des Zerfalles der Oligarchie ist die Tendenz der Regierenden in Luxus zu leben.⁹⁸ Diese Personen sind im Bereich der politischen Erneuerungen träge und versuchen, sich selbst oder jemand anderen als Tyrann zu zeigen. Es ist nicht so einfach, eine Oligarchie, die überwiegend in sich übereinstimmt, zu zerstören.⁹⁹

Der Grund des Zerfalles von Aristokratien liegt ebenfalls darin, dass nur manche bestimmte Personen das Recht auf die Ämterbesetzung haben.¹⁰⁰ Solch einem exklusiven Besitz der Bürgerrechte wird dann Widerstand geleistet, wenn ein Teil des Volkes daran glaubt, dass es keinen Unterschied zwischen ihnen und den Regie-

95 **Ebd.**, 1304b.

96 Nestle, **Hauptwerke**, s.324f.

97 Eugen, **Aristoteles-Politik**, 1305a37ff.

98 **Ebd.**, 1305b40.

99 **Ebd.**, 1306a10.

100 Nestle, **Hauptwerke**, s.326.

renden gibt, oder wenn die Personen bei Staatsdiensten die anderen Personen erniedrigen.¹⁰¹ Der Hauptgrund des Zerfalles sowohl in der Aristokratie als auch in der Politie ist die Abweichung von Verfassungen von ihren eigenen Grundsätzen: Wenn die Begriffe *Oligarchie* und *Demokratie* nicht in richtiger Weise gemischt werden, dann kann dies zu einer Veränderung des politischen Systems führen.¹⁰² Die sogenannte Aristokratie bezweckt zwar die Mischung von demokratischen und oligarchischen Elementen in Bezug auf die Tugend, aber sie unterscheidet sich von der sog. Politie durch ihre Mischungsmethode; daher ist nicht zu vergessen, dass wenn die Rede von Aristokratie ist, eine Neigung zur Oligarchie immer vorhanden ist. Gleichzeitig heißt das, dass wenn man von einer Politie anspricht, gibt es auch eine Tendenz zur Demokratie; deswegen ist das Gleichgewicht gut zu halten, sonst können Verfassungsänderungen in Betracht kommen.¹⁰³

Obwohl Aristoteles die Tyrannen- und Königtumsformen voneinander getrennt untersuchte, so beobachtete er die Gründe der Verfassungsänderungen beider Form zusammen. Die Gründe der Verfassungsänderungen zeigt eine Parallele zu den anderen Arten von Verfassungen auf. In diesem Zusammenhang sind das Gefühl der Benachteiligung und das Erniedrigungsgefühl der Regierten zu den Gründen für Verfassungsänderung zu zählen.¹⁰⁴

II. Maßnahmen für die Erhaltung der Verfassungen

Laut Aristoteles stehen Gründe für den Zerfall der Verfassungen im engen Zusammenhang mit den möglichen Maßnahmen für die Erhaltung der Verfassungen.¹⁰⁵ Zuerst sollte man auf gesetzwidrige Aufständen in gut gemischten Verfassungen stets vorbereitet

101 Eugen, *Aristoteles-Politik*, 1306b28ff.

102 *Ebd.*, 1307a5.

103 *Ebd.*, 1307a10ff.

104 *Ebd.*, 1311a25.

105 Höffe, *Aristoteles-Lexikon*, s.350.

sein und darüber hinaus sollte man sich dabei insbes. vor kleinen Abweichungen von Gesetzen hüten.¹⁰⁶ Die Verfassungen ist nicht nur zu aufrechterhalten, wenn sie mögliche Zerstörungsgründe von sich fernhalten, sondern auch besonders dann, wenn sie diese Zerstörungsgründe nahe zu sich halten, denn im Angst um sie klammern sich die Menschen meistens an ihre Verfassungen fest, und somit ist dann jeder vor einer möglichen Gefahr einer Veränderung auf der Hut.¹⁰⁷ Nach Aristoteles ist bei jeder Verfassungsform zu verhindern, dass der Staatsdienst als Einkommen angesehen wird. Um dem zuvorzukommen, müssten die finanziellen und gesetzlichen Regelungen getroffen werden.¹⁰⁸ Viele der Staatsbürger sind dann zufrieden, wenn sie nicht mit dem Staatsdienst in Berührung kommen, weil sie sich auf diese Weise mehr mit ihren eigenen persönlichen Angelegenheiten beschäftigen können; aber man darf nicht vergessen, dass es den Bürgern nicht gefällt, weil sie sich sowohl den Ämtern als auch dem Einkommen entziehen, wenn Staatsbeamten für Korruption anfällig sind.¹⁰⁹ Zudem sollte denjenigen, die in einer Demokratie Kapital besitzen, keine Ungerechtigkeiten angetan werden, weil die Verfassung vor Instabilität geschützt werden muss. In einer Oligarchie sollte man aber auch denjenigen, die finanzielle Schwierigkeiten haben, besonders Achtung schenken und im Falle, dass diesen Personen Ungerechtigkeit angetan wird, müsse man, so Aristoteles, diejenigen, die diese Ungerechtigkeit ausüben, schwerer bestrafen, als diejenigen, die das Gleiche zwischen Vermögens-inhabern begehen.¹¹⁰ Dies ist als ein Beweis dafür anzusehen, dass Aristoteles für die Erhaltung der Verfassungsformen eine privilegierte Politik zugunsten der Minderheit bildenden Gruppe in der Gemeinschaft (z.B. die Reichen in einer Demokratie oder die Armen in einer Oligarchie) verfolgt. Laut Aristoteles spielt die Erziehung der Staatsbürger auch eine wichtige Rolle für den Fortgang der Verfassungen, selbst wenn

106 Eugen, *Aristoteles-Politik*, 1307b30.

107 Nestle, *Hauptwerke*, s.327.

108 *Ebd.*, s.328.

109 *Ebd.*, s.328.

110 Eugen, *Aristoteles-Politik*, 1309a15f.

diese überall von Staaten ignoriert werde.¹¹¹

Im Lichte dieser Hinweise ist hervorzuheben, dass die Zahl der Personen, die Beständigkeit der Verfassungen fordern, hoch sein muss, damit die Einhaltung der Verfassungen garantiert ist.¹¹² Nach dem aristotelischen Verständnis stellt dieses Prinzip eine Grundregel, also eine sog. *conditio sine qua non* für die Erhaltung von allen Verfassungsformen dar.

E. Fazit

Im Hinblick auf die oben ausgeführten Informationen ist festzustellen, dass sich die aristotelische Verfassungstheorie ausdrücklich von der heutigen Verfassungslehre unterscheidet. Die gegenwärtigen Verfassungen beruhen ferner im Vergleich zu den aristotelischen Verfassungen auf einer staatlichen Gewährleistung der Bürgerrechte. Die staatliche Macht ist nicht unbegrenzt, sondern verzichtet auf ihre umfassende Autorität in bestimmten Bereichen unter Berücksichtigung des Rechtsstaatsprinzips zugunsten seiner Bürger. Die von Aristoteles für Regierungsbeteiligung gebrachten Begriffe, wie „die Tugenden“, „die Armen“ und „die Reichen“ sind heutzutage auch im Sinne des Demokratieprinzips nicht anwendbar. Jeder Staatsbürger hat im heutigen politischen Leben die gleichen Rechte. Eine Einteilung politischer Rechte nach sozialen Klassen ist nach dem heutigen Rechtsverständnis undenkbar. Des Weiteren gilt in Deutschland die mittelbare Demokratie grundsätzlich im Gegensatz zur athenischen Demokratie. Die Teilnahme am politischen Leben erfolgt eben nicht direkt durch das Volk, sondern durch seine Repräsentanten. Auch wenn es noch strittig ist, ob die im Art. 20 Abs.2 GG indirekt geregelten Plebisziten bzw. Volksabstimmungen auf der Bundesebene anwendbar sind, geht die herrschende Lehre davon aus, dass sie nach dem heutigen Verfassungsrecht unzulässig sein sollen.¹¹³ Der mögliche Hintergrund dieser herrschenden Mei-

111 Ebd., 1310a10.

112 Spahn, *Aristoteles*, s.427.

113 Maurer, *Staatsrecht I*, Rnd Nr: 32, s.199.

nung könnte im Hinblick auf die aristotelische Verfassungslehre bedeutsam sein. Wie im zweiten Teil der Arbeit im Rahmen der Darstellung der besten Demokratie ausführlich dargestellt sind, versucht Aristoteles, einen Großteil der Bürger vom politischen Leben zu isolieren. Er vertraut nämlich nicht den politischen Entscheidungen des Volkes. Hinsichtlich Deutschlands ist auch zu sagen, dass die Ablehnung der Plebiszite in der Praxis auf der Ebene des Gesamtstaates bezüglich der Entwicklungsgeschichte insbesondere auf den schlechten Erfahrungen bei Weimarer-Republik und dem Misstrauen gegen das Volk beruht.¹¹⁴

KAYNAKÇA

Aristoteles: Politik, übersetzt von Rolfs Eugen, 4. Auflage, Hamburg, 1981 (zitiert: Eugen, Aristoteles-Politik).

Aristoteles: Hauptwerke, übersetzt von Wilhelm Nestle, 8. Auflage, Stuttgart, 1977 (zitiert: Nestle, Hauptwerke).

Christoph Degenhart, Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht, 23. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, 2007 (zitiert: Degenhart, Staatsrecht I).

Fenske, Hans / Wolfgang, Dieter Mertens / Rosen Klaus: Geschichte der politischen Ideen, von der Antike bis zur Gegenwart, Frankfurt am Main, 1996 (zitiert: Fenske, Geschichte der politischen Ideen).

114 Ebd., Rnd. Nr. 34, s.200; Siehe dazu Zippelius / Wüttenberger, **Deutsches Staatsrecht**, Rnd. Nr. 40 f., s.89. Nach dem Art. 79 Abs. 3 GG dürfen die Änderung, die in den Artikeln 1 und 20 niedergelegten Grundsätze berühren, nicht vorgenommen werden. Nach dem Art. 20 Abs. 2 GG ist jedoch nicht davon auszugehen, dass dieser Artikel die Mitteln der direkten Demokratie verbietet. Aus diesem Grund könnten Formen direkter Demokratie durch Verfassungsänderung vorgenommen werden. Man soll die direkte Demokratie als Element der demokratischen Staatswillensbildung ansehen. Auf diese Weise verstößt eine derartige Änderung nicht gegen den Art. 79 Abs. 3 GG, **Christoph Degenhart**, Staatsrecht I Staatsorganisationsrecht, 23. neu bearbeitete Auflage, Heidelberg, 2007, Rnd Nr: 111, s.44.

Frede, Dorothea: Staatsverfassung und Staatsbürger, in: Höffe, Otfried (Hrsg), Aristoteles-Politik, Band 23, Berlin, 2001 (zitiert: Frede, Staatsverfassung und Staatsbürger).

Höffe, Otfried: Aristoteles-Lexikon, Stuttgart, 2005 (zitiert: Höffe, Aristoteles-Lexikon).

Kunzmann, Peter / Burkard, Franz-Peter / Wiedmann, Franz: dtv-Atlas zur Philosophie, München, 1991 (zitiert: Kunzmann / Burkard / Wiedmann, dtv-Atlas zur Philosophie).

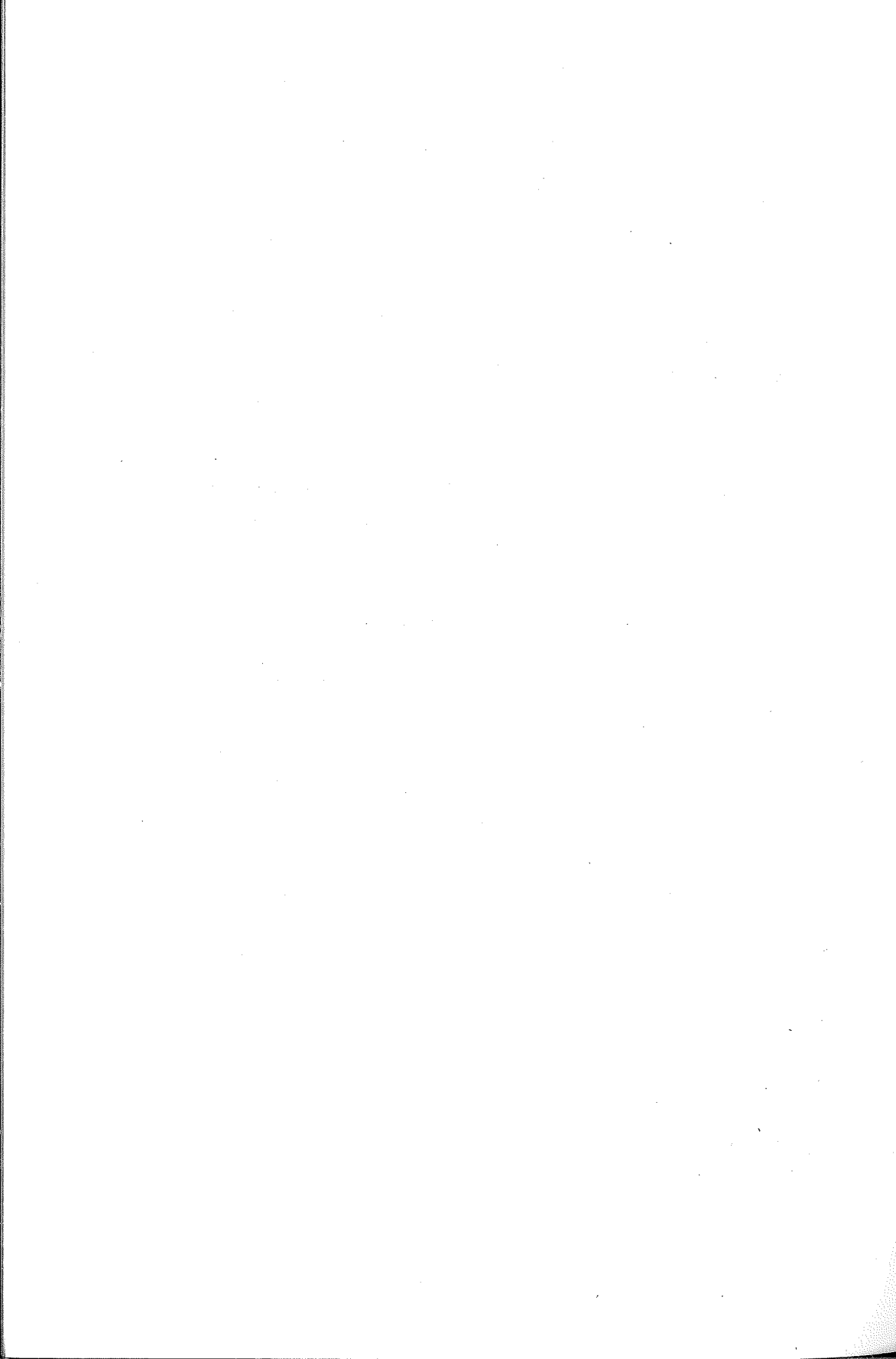
Maurer, Hartmut: Staatsrecht I, 4. Auflage, München, 2005 (zitiert: Maurer, Staatsrecht).

Reisenkamp, Isabella Caroline (2005): Ethik und Politik: Aristoteles und Martha C. Nussbaum. Unveröffentlichte Dissertation, Justus Liebig Universität Gießen (zitiert: Reisenkamp, Ethik und Politik).

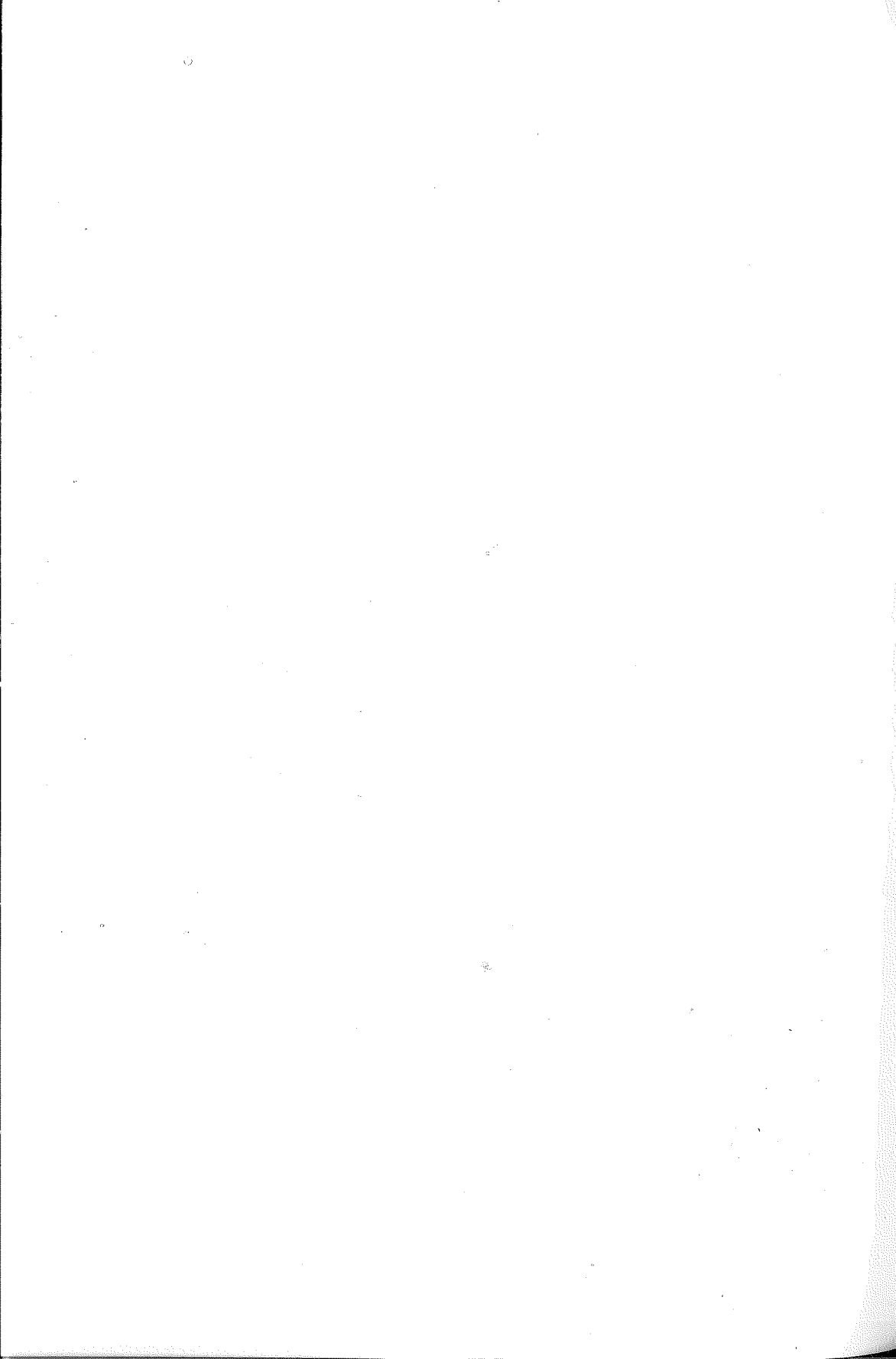
Siegfried, Walter: Untersuchungen zur Staatslehre des Aristoteles, in: Steinmetz, Peter (Hrsg), Schriften zu den Politika des Aristoteles, Hildesheim - New York, 1973, (zitiert: Siegfried, Untersuchungen zur Staatslehre des Aristoteles).

Spahn, Peter: Aristoteles, in: Fetscher, Iring / Münkler, Herfried (Hrsg), Frühe Hochkulturen und europäische Antike (Pipers Handbuch der politischen Ideen), Band 1, München, 1988 (zitiert: Spahn, Aristoteles).

Zippelius, Reinhold / Württenberger, Thomas: Deutsches Staatsrecht (Juristische Kurz-Lehrbücher), 32. Auflage, München, 2008 (zitiert: Zippelius / Württenberger, **Deutsches Staatsrecht**).



İÇTİHAT KRONİĞİ



**HUMK KAYNAK YASASI CPCN UYGULAMASI:
NEUCHÂTEL MAHKEMELERİNİN KARARLARI
(Dergimizin c. V/2 sayısından devam)**

Prof. Dr. Bilge UMAR*

**BİRİNCİ BÖLÜM
KANTON MAHKEMESİNİN İÇTİHATLARI**

No. 293 - 6 Mayıs 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 66-73)

İsvMK m. 738/TMK m. 787 - İrtifak hakkının içeriğinin yorumlanması

Çevirenin özetlemesi: Olayda, “zemindeki katın üzerinde bulunan bir katın yüksekliğini geçecek yükseklikte yapılar dikmek yasağı” getiren bir irtifak hakkının yorumlanmasında anlaşmazlık vardı; özellikle, inşa edilen yapının çatısı, bu kuralda belirtilen yüksekliği geçebilir mi konusu tartışılmaktaydı. Mahkemeye göre, bir *yükseklik irtifakı* tesis edildiği açıkça anlaşılıyor olsaydı yapı, çatısıyla birlikte, o yüksekliği geçemezdi; olaydaki kayıt böyle bir açıklık içermediğinden ve yapının çatısız inşa edileceği de söylenmediğinden, çatının getirdiği yükseklik farkı yasak kapsamında hesaba katılmayacaktır.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medenî Usul Hukuku ve İcra-İflâs Hukuku Anabilim Dalı.

No. 294 - 6 Mayıs 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 73-104)

İsvMK m. 27/TMK m. 23, fil ehliyetinden vazgeçme

HUMK m. 238, Maruf vakıa - HUMK m. 203, Terditli olarak karşı dava açılması

Çevirenin sunuşuyla olayın ve kararın özeti. CV Anonim Şirketiyle VAC Anonim Şirketi, konfeksiyon üretiminde onyıllardan beri işbirliği halinde çalışmakta ve her birinin kurucuları, hâkim ortakları, diğer şirkette dahi pay sahibi bulunmaktadır; aralarındaki işbirliğini 30 Aralık 1942 tarihli bir sözleşmeyle düzenlemişlerdir ve özellikle, rekabetten kaçınma yükümlülüğünü birbirine karşı kabul etmişlerdir. CV Şirketi 11 Nisan 1969 tarihli bir mektupla bu sözleşmeyi feshetmiştir; şimdi açtığı davada öncelikle bu feshin geçerliliğinin tesbitini istemektedir. Şimdiki dava sonunda istediği hükmün “yürürlüğe girmesinden” (böyle ifade edilmiş) başlayarak 6 ay sonra, o sözleşmede öngörülen rekabet etme yasağının da kalkmış olacağına hükme bağlanmasını ayrıca istemektedir¹. Nihayet, yargılama giderlerinin davalıya yüklenmesi talebi vardır. Davalı VAC Anonim Şirketi ise, cevap lâyihasında, terditli olarak karşı dava açmıştır; yâni, öncelikle davacının istemlerinin reddine karar verilmesini istemiş; bu yola gidilmeyecek olursa anlamında “très subsidiairement et reconventionnellement” diyerek, şu karşı dava istemini öne sürmüştür: Rekabet yasağının sona erdirildiği tarihten başlamak üzere % 5 faizi de işleyecek yolda, davacının kendisine (davalıya) 6 000 000 Frank tazminat ödemeye mahkûm edilmesi; yargılama giderlerinin davacıya yüklenmesi.

Bu davada önce, davacı şirketin yönetim kurulu başkanı ve tek imzayla şirketi temsile yetkili murahhas azası CV'nin ölüp yeri-

1 Bu açıklamaları yorumlayacak olursak, sözleşmenin tümüyle feshedilmediğine ve feshin rekabet yasağı kuralı bakımından daha ileri bir tarih için yapıldığına hükmetmemiz gerekir. Ayrıca, mahkemeden fesih hükmü istiyor gibi ifade kullanılmış olmasına rağmen; (eğer sözleşmenin geri kalan içeriğini tek yanlı fesih beyanıyla ortadan kaldırıp şimdi bunun geçerli surette yapıldığının tesbitini istemek haklı idiyse) rekabet yasağı kuralının feshinin de gerçekte mahkeme kararına muhtaç olmadığı ve davacı tarafın beyanıyla yapılmış olduğu, mahkemeye sadece bunun dahi geçerli surette yapıldığını tesbit etmenin düşeceği sonucuna varmalıyız.

ne JCV'nin geçtiği ve bunun Ticaret Sicili Gazetesinde ilân edildiği davacı taraf adına mahkemeye bildirilmiş ise de davalı taraf böyle bir halin gerçekleşip gerçekleşmediğinin delili sunulmadı diye itirazda bulunmuştur ve mahkemenin önüne, resmî Ticaret Sicili Gazetesinde ilân edilmiş bir vakıa, CPCN m. 212/HUMK m. 238 gereğince “maruf” ve bu sebeple isbatı gerekmeyen, kanıtlanmış hükmünde tutulan bir vakıa mıdır sorunu çıkmıştır. Mahkeme, daha önceki kararlara da yollama yaparak, eğer vakıanın ilan edildiği söylenen Ticaret Sicili Gazetesi nüshasının ilgili sayfası ibraz edilirse, vakıanın maruf sayılacağını belirtmiştir.

Bekleneceği üzere, davada, davacı tarafın yaptığı fesih beyanının geçerli olduğuna davalı taraf itiraz etmiştir ve davacı taraf, bu feshi haklı kılan yeni koşulların oluşmuş bulunmasını fesih beyanının geçerliliğine dayanak edinmiştir. Mahkeme bu konuda öne sürülen iddiaları yeterli bulmamıştır. Ancak, rekabet yasağı kuralının 30 yıldan fazla zaman geçerli kalma sonrasında hâlâ bağlayıcı ve dönülmez sayılabiliyor sayılmıyacağına dair dürüstlük ilkesine göre çözüme bağlanması ve bu vesileyle İsvMK m. 27/TMK m. 23 kuralının da göz önünde tutulması gerektiğine işaret etmiştir. Yine de, bu ölçütler bakımından dahi, davacının, rekabet yasağının feshi beyanını yahut istemini haklı saymayarak o istemi de reddetmiştir. Böyle olunca, davalının şarta bağlı (terditli) istemleri üzerinde hüküm verilmesine gerek kalmamıştır ve “Mahkeme bu nedenle terditli olarak açılmış karşı davanın konusu bulunmadığını tesbit eder” diyerek, yine, karşı dava için, “karar verilmesine mahal olmadığına” içeriğinde kararlar işi sonuçlandırmıştır.

No. 295 -1 Temmuz 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 105-107)

CPCN m. 76/HUMK m. 82

Özet: Dâva içinde yapılan usul hataları hasım tarafın bir çekince [itiraz] öne sürmeksizin sonradan izlediği tutumla “örtülmüş” sayılabilir.

Çevirenin notu. Olayda, CPCN m. 343-357'deki, bizdeki karşılıkları (HUMK m. 398-412'nin m. 409 dışında kalan kuralları)

kaldırılmakla artık bizde uygulanmayan gıyap müessesesinin açılış kararı diyebileceğimiz ara kararının yâni gıyap kararının verilmesinde bir usulsüzlük yapılmış bulunduğu halde sürecin sonrasında, hakkında gıyap kararı verilen kimse sanki o karar verilmemiş gibi duruşmalara alınmıştı.

No. 296 - 1 Temmuz 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 107-117)

Kamu alacağının (Kantonun bir gerçek kişiye yaptığı gereksiz ödemenin geri alınması, yâni bir sebepsiz zenginleşme alacağının tazmin niteliğiyle ödetilmesi) konusuna ilişkindir. İsviçredeki İdare Hukuku öğretisinin ve uygulamasının inanılmaz geriliği nedeniyle orada bu alacağın tahsili için dahi Kanton, özel hukuk kişileri için uygulanacak kurallar çerçevesinde hareket eder. Bizde ise Âmme Alacaklarının Tahsili Usulü Hakkında Kanun çerçevesinde işlem yapılır. O nedenle şimdiki kararın biz Türk hukukçuları için ilginçliği, yol göstericiliği yoktur.

No. 297 - 1 Temmuz 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 118)

CPCN m. 76/HUMK m. 82, CPCN m. 162 bent g/HUMK m. 187 bent 7

İddia etme yükü-Paraya ilişkin istem söz konusu oldukça miktar belirtilmesi gereği

Çevirenin özetlemesi: Olayda davacının istemleri arasında, “belli bir taşınmazın ve bu taşınmaz üzerinde bulunan otele ait mobilyalarla donanım malzemesinin, boşanmış eski karı-koca Dick’lerin evlilik rejimi malvarlığının tasfiyesi yapılırken bu malvarlığı içinde bulunması gerektiğinin tesbiti ve bunların tümünün değerinin belirlenmesi” istemi de vardı. Bizde değeri parayla ölçülebilecek bir istem öne sürüldükte nisbî harcın hesaplanabilmesi için davacının kendisinin, takdir ettiği değeri açıklaması gerekir ve bunu yapmamışsa yapması gereğini mahkemenin yazı işleri ona bildirir (çünkü kalemin kendiliğinden değer takdirine gitmek görevi hatta yetkisi yoktur); aksi takdirde dilekçe işleme konamaz. Neuchâtel’de böy-

le uygulama yapılmadığını görmüştük; dilekçe o haliyle işleme konmakta, dava açılabilir. Olayda böyle yapılmış, davalı taraf HUMK m. 187 bent 7'deki ilk itirazı, gerekçe vermeden, "dava dilekçesinin geçersizliğine hükmedilmesini dilerim" diyerek öne sürmüştü. Mahkeme de, bu konuya ilişkin birkaç emsal kararında gördüğümüz üzere ve o kararlara yollama yaparak, "mahkemenin istemi kabul hükmüne bağlayabilmesi için istem dayanağı vakıaların iddia edilmiş olması ve sonra da sâbit olması gerekir, iddia yoksa hâkimin sırf bu sebeple ve usul yönünden istemi reddetmesi kaçınılmazdır, ilk itiraz öne sürülmüşse o zaman (CPCN m. 168 f. I/HUMK m. 193 f. I gereğince) dava dilekçesinin iptaline karar verilip eksiği giderilmiş dilekçenin belli süre içinde verilmesi beklenir" içeriğinde olarak şimdiki kararı çıkarmıştır.

No. 298 - 4 Temmuz 1974 (RJV c. VI, 1. Kısım, s. 122-124)

İcra Tetkik Mercii Sıfatıyla

İsv İİK m. 17/Türk İİK m. 16 - Şikâyet

Çevirenin özetlemesi: Aslında herhangi bir icra tâkibinde yapılan icra işlemleri hakkında takip tarafı olmayan üçüncü kişinin dahi, yapılan işlemde dolayı kendisinin hukuken korunan çıkarları zarar görüyorsa, şikâyette bulunabileceği kabul edilmektedir. Ancak, şimdiki karara yol açan olayda, bir anonim şirket aleyhine yürütülen iflâs kovuşturmasında yürütülen işlemler dolayısıyla şirket ortağı (pay sahibi) olan kişinin, sırf bu sıfatla, şikâyette bulunmak yetkisi (şikâyet sürecinde gerekli sıfatı) yoktur. Anonim şirketin her ortağına sırf ortak oldukları için şikâyetçi olabilme sıfatını tanımak iflâs sürecinin sâdelik içinde yürütülmesine zarar verebilir.

No. 299 - 11 Eylül 1974 (RJV c. VI, 1. Kısım, s. 140-141)

Vesayet işlerinde denetim makamı sıfatıyla

İsv MK m. 393/TMK m. 426, İsvMK m. 421/TMK m. 463 ve İsvMK m. 422/TMK m. 464

Kayımlık

(Özet:) İsvMK m. 421 ve 422 (TMK m. 463 ve 464), eğer kayyımın işlevi, bir vasî tarafından yapılacak idi ise ve o maddelerde sözü edilen onayın alınmasını gerektirecek bir işlemin yapılmasına yol açacaksa, kayımlık konusunda da uygulanır

Bir yönetim kayımlığı söz konusu ise, o kurallar, bir miras sözleşmesinin yapılmasına (İsvMK m. 422 bent 5/TMK m. 463 bent 5) uygulanmaz.

[Karar metni]

Boudry ilçesi vesayette denetim makamının (bizde Asliye Hukuk Mahkemesi) 8 Ağustos 1974 günlü, karı-koca Otz'lar tarafından bir miras sözleşmesi yapılmasını uygun göreyerek buna ön-izin veren kararı incelendi.

Kayımlık dosyası [kayıyımın atanmasına ve o işle ilgili belgelere ait, mahkemede duran dosya] incelendi.

Kocanın kendisi için yönetimde yardımcı olacak bir kayyım atanmasını istemiş (İsvMK m. 393 bent 2/TMK 427 bent 2) ve o kararı almış bulunmasına göre,

- Bir kayyımın atanması kendisine kayyım atanmış kişinin hakları kullanma ehliyetine etkide bulunmadığından [yâni fiil ehliyetini sınırlamadığından] (İsv MK m. 417/TMK m. 458; ayrıca bkz. ATF 71 II 20; 80 II 17, 199; 85 II 234),

- Böyle olunca, kendisine kayyım atanmış kişinin o kayyımdan onay alması, [kayıyımı atayan] vesayet makamı tarafından kayyımına özel bir temsil yetkisi verilmiş değilse, [kayıyımın görevi olan] malların yönetimi konusuyla hiç ilgisi bulunmayan bir işleme ilişkin bulunmak itibariyle, aranmaksızın bir miras sözleşmesi yapabileceğini kabul etmek gerektiğinden,

-Vesayet makamlarının işe karışmasına ilişkin İsv MK 421/TMK 462 ve İsvMK 422/TMK 463, [ancak] kayyımın yapacağı iş eğer vasî tarafından yapılacak olsa idi o maddelerde öngörülen iznin alınmasını gerektirecek içerikte olursa uygulanacağına [yâni kendisine kayyım atanmış kişinin onay almasına ihtiyaç gösterecek bulun-

duğuna] göre (bkz. örneğin ATF 58 II 396, 79 I 187),

Bu gerekçelerle,

Vesayette denetim makamı [olan mahkememiz],

Amaçlanan miras sözleşmesinin yapılabilmesi için onay verilmesine gerek bulunmadığını açıklar.

No. 300 - 7 Ekim 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 147-156)

İsvBK 47/TBK 47, İsvBK 58/TBK 58, İsvBK 339/TBK 332

1. *Güvenlik önlemlerinin yetersizliği nedeniyle işverenin sözleşmeye ve haksız fiile dayanan sorumluluğu.*

2. *Kazalara karşı zorunlu sigortanın yaptırılmış olması durumunda işverenin sorumluluğunun sınırlanması (gerekçede 5 ve 6).*

3. *İnsan ölmesi hâlinde yakınlarından hangilerinin manevî tazminat istemeye hakkı vardır ? (gerekçede 6)*

4. *Yargılama gideri olarak, avukatın dâva öncesindeki çalışmaları için vekâlet ücreti (gerekçede 7).*

Vakıaların Özeti:

İtalyan vatandaşı, 21 Ağustos 1946 doğumlu Giuseppe Pasquale, S. Facchinetti Anonim Şirketi'nin temsil ettiği [taşocağının işletme hakkı sahibi olduğu anlaşılan], Cornaux Taşocakları Birliği adlı konsorsiyum tarafından [onun üyesi olan ve onun hesabına işlem yapan Anonim Şirket tarafından], mevsimlik el-emeği işçisi olarak işe alınmıştı. Taşocağında çalıştırılan Pasquale, bir köprücüğün bulunduğu yerden başlayarak bir kırıp parçalama ve ayıklama istasyonunun, özellikle taşıyıcı şeritleri de kapsayan düzeninin işlemlerini gözetim altında tutmakla görevlendirilmişti. 1 Ağustos 1968'de, saat 16 sıralarında Pasquale'nin parça parça olmuş bedeni bulundu; taşıyıcı şeridi çeken silindir ile bu şerit arasına sıkışmış idi. CNA (işçilerin sosyal güvenlik kurumu) olaya el koydu ve yaşayanlara [mirasçılar kastediliyor] yasanın gereği olan ödemeleri yaptı, aylık bağladı.

Şimdiki dâvada ölenin, kendisiyle birlikte yaşamayan ana tarafından dedesi ve ninesi, babası, küçük yaşta bir erkek ve bir kız kardeşi, bir de onunla birlikte yaşayan bir erkek kardeşi destekten yoksun kalma tazminatı ve manevî tazminat istemini öne sürmektedirler.

Hukuksal yönden inceleme:

1. Olaydaki iş sözleşmesi İsvBK m. 319 vd.'nda düzenlenmiştir. Dâvalı şirket bir adı şirket oluşturarak, Taşocakları Birliği adı altında işletmeciliği yürüten konsorsiyum'un üyesidir; kaza o işletmecilik faaliyeti sırasında ve konsorsiyum'un işlettiği taşocağında gerçekleşmiştir; dâvalı şirket iş akdini adı şirket hesabına yapmakla [adı şirketin tüzel kişiliği olmadığından] bizzat kendisini bağlayan bir yükümlülük altına girmiştir (İsvBK m. 543 f. II/TBK m. 533 f. II; ATF 95 II 59). İlke olarak, sorumluluğu, yüklenilmiş durumdadır. Dâvalı sıfatı vardır.

2. Dâvacılar istemlerini İsvBK eski metnindeki m. 58 ve 339'a [TBK m. 58 ve 332] dayandırmaktadırlar. Olayda söz konusu olan iş akdinin gerek doğumu [yapılması] gerek [işçinin ölümüyle] son bulması, 30 Mart 1911, 18 Aralık 1936 ve 20 Eylül 1963 tarihli [son iki tarih esaslı değişikliklerin tarihidir] İsvBK'nun Kısım II ve Kısım II bis kurallarını yürürlükten kaldırıp onların yerine yeni kurallar getiren 25 Haziran 1971 günlü yasanın 1 Ocak 1982'de yürürlüğe girmesinden önce gerçekleştiği için, taraflar arasındaki maddî hukuk ilişkileri eski hukuka tâbidir.

3. İşveren, işletmecilikte kullanılan yapıtın mâliki idiyse, sebebe bağlı [kusurun yahut kusursuzluğun önem taşımadığı] sorumluluk ile [BK m. 96'daki kural gereğince kusursuzluğun isbatının sorumluluğu engelleyeceği] akdî sorumluluğun telâhuku [yanyana varlığı] vardır (ATF 90 II 229 gerekçe 2a). Dâvalı şirket kendisinin parçalama ve ayıklama düzeninin mâliki sayılmasına karşı çıkmakta ve hatta onun [ATF'deki Federal Mahkeme kararının ve BK m. 58'in kastedtiği anlamda] yapıt² niteliğinde olduğunu da inkâr etmektedir.

2 İsvBK m. 58 metninde, incelediğimiz karardaki gibi, ouvrage (eser, yapıt) sözcüğü bulunmaktayken bu sözcük TBK m. 58 metninde "imâl olunan herhangi birşey" diye ifade edilmiştir.

Bu düzenin İsvBK m. 58 anlamında bir yapıt sayılması gerekip gerekmediğini araştırmaktan kendimizi [mahkeme olarak] bağışık tutabiliriz, çünkü ayıklama düzeninin malikinin dâvalı taraf olduğunu isbat yükü dâvacılarda bulunduğu halde bunun delilini sunmamışlardır. [Aslında] Dâvalı taraf, kendisinin mâlik olmadığını açıkça doğrulamış değildir. Onun kendisine ait olduğu iddiasına itiraz etmekle yetinmiştir. Dâvacılar dahi dâvalı şirketin malik olduğunu iddia etmekle yetinmişler ama onların itiraz edilen bu iddialarını isbat edici delil sunmamışlardır. Sunulan deliller listesine bakılarak da, düzenin adı şirkete mi, onu oluşturan ortaklardan birine mi yoksa özel olarak dâvalı şirkete mi ait olduğu anlaşılammaktadır. Keza, düzenin konsorsiyuma yahut onun üyelerinden birine İsvBK m. 253 vd./TBK m. 248 vd. yahut İsvBK m. 275 vd./TBK m. 270 vd. uyarınca kiralanmış olup olmadığı da anlaşılammaktadır. Dâvalı şirketin, düzenin maliki olduğu hakkında direkt veya dolaylı delil, sunulmamıştır. [Bu durumda] İsv BK m. 58/TBK m. 58'in uygulanabilirliği yoktur.

4. İsvBK eski metninde m. 339/TBK m. 332 kuralı, işvereni, sözleşmenin özel kuralları bunu gerektirdiği takdirde veya çalışmanın [işçinin yaptığı işin] niteliği bunun istenmesine hakkaniyet gereği olarak izin veriyorsa, işletmeciliğin risklerini bertaraf edecek uygun güvenlik önlemlerini almak zorunda tutuyordu.

Dâvalı şirketçe, G. Pasquale'ye, kullanılması, koruma önlemlerinin yetersizliği nedeniyle, riskler içeren bir düzeneğin işlemlerini denetim-gözetim altında tutmak görevi verilmişti. Şirket, isbat etmiş olmaksızın, kurbanı açık seçik talimat verilerek "gözetim yeri köprücüğünü, düzeneğin çalışmasını durdurmuş olmaksızın sakın terketme" denmiş olduğunu iddia ediyordu. Kurbanın babası ve [ayrıca] ustabaşı Clivaz bu iddiayı doğrular açıklamada bulunmamışlardır. Kaza, düzenekteki dönen silindirin kısmının temas yerinde bağlantılandırılmış koruma yatay çubuklarının ya da köşebentlerin yokluğundan dolayı gerçekleşmiştir. Öğütlenen bütün bu güvenlik önlemlerine uyulmuş olsa idi, kaza gerçekleşmeyecekti. Yukarıda anılan güvenlik önlemlerinin yokluğu, dâvalı şirket yönünden, bir kusur oluşturur ve bu kusur kazanın gerçekleşmesi ile yeterli illiyet bağı gösterir. Dâvalı şirket, düzeneği, alınması [mevzuatça] emre-

dilen güvenlik önlemleriyle donatmak bakımından bir ihmalde bulunmadığının kanıtını sunmuş değildir. İşin niteliği, bu önlemlerin alınmasını gerektiriyor iken, işçisine, kaza risklerine karşı yeterince korunmamış bir tesisi emanet etmekle, İsvBK eski metnindeki m. 339'un [TBK m. 332] açıkladığı buyrukları çiğnemiştir.

Kuşkusuz kurbanın kendisi de kusurlu bir davranışta bulunmuştur. Evet; bunu, şimdi açıklanamayan bir nedenle yapmış bulunuyor. Besbelli ki, düzeneği durdurmadan, aşağıdaki köprücüğü terketmiştir yahut taşıyıcı şeridin yanbaşında dışarıya doğru sarkmıştır yahut da köprücüğü terketmeden, aşağıya düşmüş bir nesneyi ayağının altından atmak isterken, şöyle yahut böyle, taşıyıcı şerit ona dokunmuştur ve onu kendisiyle birlikte sürükleyip götürmüştür; oysa kendisi böyle birşeyin olmaması için dikkat etmesi yolunda özellikle uyarılmış olmasa idi bile şeridi dikkatinden kaçırmamalıydı. Kendi iradesi dışında ortaya çıkan bir nedenin varlığı delil listelerinde belirtilmiş delillere nazaran gözlemlenemiyor; bu durumda, G. Pasquale kendisi bakımından kusur eseri bir dikkatsizlik yokken düzeneğe kendini kaptırmış ve sürüklenmiş olamaz. Yine de, koşullar tümüyle aydınlatılmış olmadığına göre, kişinin birtakım varsayımlar benimsemek zorunda kalması yüzünden, kazanın gerçekte nasıl olup bittiğini tesbit etmek imkânsızlaşıyor ve kurbanın kendisinin, [dâvalının kusuru ile zararlı sonuç arasındaki] illiyet bağıını koparan [dolayısıyla dâvalıyı sorumlu saymayı engelleyen] bir kusurunun var olduğu ortaya konabilmekte değildir. Kusur [dâvalının kusuru] kuşkusuz önemli ölçüde ise de, ağır kusur niteliğinde sayılamaz. Bunu aşağı yukarı % 50 oranında takdir etmek câizdir.

5, 6 [İsviçre'ye özgü, işçi lehine zorunlu kaza sigortası yaptırılması konusuna ilişkin bazı kuralların uygulanmasıyla ilgilidir].

7. [İsviçre Hukukuna ve mahkeme içtihatlarına göre, vekillerin *dâva açılması öncesinde* harcadıkları emek dolayısıyla, yargılama gideri olan vekalet ücretine hangi ölçüde ekleme yapılabileceği sorununa ilişkindir].

No. 301 - 14 Kasım 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 157-158)

**SİGORTA İŞLERİNDE GÖREVLİ ÖZEL MAHKEME
SIFATIYLA**

Bu mahkemelerin kuruluşu ve göreviyle ilgili kanton mevzuatını uygulamaktadır ve söz konusu mahkemelerde görülecek dâvalarda tarafların mahkemeye sunacağı dilekçelerin, lâyihaların kantonda resmi dil olan Fransızca ile yazılması gerektiğini belirtmektedir.

No. 302 - 9 Aralık 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 162-163)

VESAYETTE DENETİM MAKAMI SIFATIYLA

CPCN m. 470a³

Yargılama usulünde Neuchâtel'e özgü CPCN m. 470a vd. kurallarının uygulanması gereğini belirtmektedir.

No. 303 - 16 Aralık 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 167)

CPCN m. 372

[Çevirenin Notu] Bu madde, Avukatın dâva öncesinde yaptığı çalışmalar için dahi ücret talep etmesine ve bu ücretin sonradan dâvayı kaybeden hasma yüklenmesine olanak vermektedir. Bize alınmamıştır. Karar, onun uygulanması ile ilgilidir.

No. 304 - 16 Aralık 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 168-172)

İsvBK m. 197/TBK m. 194; İsvBK m. 205/TBK m. 202

1. Satış bedelinin indirilmesi dâvasında, taşınmazın değeri konusunda iddia ve delil yok ise bu değerın satım sözleşmesinde belirlenmiş bedele eşit olduğunu kabul etmek gerekir.

3 CPCN m. 470a-470f kurallarını içeren "Nafaka işlerinde yargılama süreci" başlıklı VI. Bâb, yasaya 5 Şubat 1952 günlü değişiklikle konmuştur; bunların karşılığı HUMK'da yoktur.

2. *Bedelin indirilmesi dâvası, çıkabilecek kusurlar dolayısıyla sorumluluk [ayıba karşı tekeffül, İsvBK m. 197/TBK m. 195] temelinde dayanan bir tazminat dâvası ile birlikte açılabilir [aynı dâvada iki istem bir arada öne sürülebilir; objektif dâva birleşmesi].*

3. *Bir nesneyi kullanma olanağından yoksun kalmakla oluşan zarar.*

Vakıaların Özeti:

Dâvalı, dâvacıya, konut olacak bir yapı satmıştır. Yakın zamanda yapılmış bu evde kusurlar çıkmıştır. Satılan malın ayıpları dolayısıyla var olan sorumluluğu öne sürerek, alıcı, ıslah çalışmalarının maliyetinin kendisine ödenmesini ve ayrıca evin belli bölümlerini kullanmak olanağından geçici olarak yoksun kalması nedeniyle bir tazminat istemektedir.

Hukuksal durumun incelenmesi:

1. Dâvacı dâvasını İsvBK m. 197 vd./TBK m. 194 vd., İsvBK m. 97 vd./TBK m. 96 vd. kurallarına dayandırmaktadır.

Taşınır mal satışı kurallarının kıyas yoluyla uygulanacağı bir taşınmaz mallar satışına (İsvBK m. 221/TBK m. 217) ilişkin olmak itibariyle⁴, dâvacı, en önde gelen istem temeli olarak [satılan] nesnenin ayıbına karşı tekeffül yükümlülüğünü (İsvBK m. 197 vd./TBK m. 194 vd.) öne sürmektedir. Gerçekten o, [mermer vb. ile kaplı taban döşemesini yıkarken, suyla temizlerken, pis suyun süzülerek dışarıya gideceği] süzme düzeneğini, yeni bir daire için alıcının beklemeye hakkı olduğu üzere olağan derecede kullanamamıştır. [Düzende] Dışarıdan anlaşılamayan, suyu geçirmezlik kusurunun varlığı tesbit edilmiştir. Dâvalı bundan sorumludur ve böyle olduğuna kendisinin de zaten itirazı yoktur.

Sözleşme, "Satış şartları" başlığı altında, satılan taşınmazların, kanun ve tapu sicili gereğince kapsadıkları her şeyle, şimdiki durum-

4 Özgün metinde bir yazım yanlışı vardır; "S'agissant d'une vente d'immeubles pour laquelle les règles de la vente mobilière..." (İsvBK m. 221 Fransızca metnine bkz.) denecek yerde mobilière sözcüğü immobilière diye yazılmıştır.

larıyla ve “yasal mülkiyet hakkının devri dışında garanti olmaksızın” temlik edildikleri yolunda bir kural da içermektedir. Pek de anlamı açık olmayan bu kuralın kapsamını ve geçerlilik değerini araştırmaktan kendimizi bağışık tutabiliriz. Kendi sorumluluğunu kabul etmiş bulunan satıcı bu kurala [onun savunma dayanağı olabilmek, sorumluluğum yok diyebilmek için şu veya bu ölçüde bir değeri, geçerliliği bulunuyor olsa bile] dayanmaktan zımnen feragat etmiştir. Hatta bu vakıayı [o kuralın varlığını] öne sürmüş bile değildir.

2. İsvBK m. 197/TBK m. 194'deki durumda, alıcının, ayıptan dolayı akdin feshi dâvasını [aslında: akdin, gerçekten ayıp var olduğu için haklı surette dâvacı alıcı tarafından *geçerli olarak feshedildiğinin tesbiti* dâvasını] ya da bedelin indirilmesi dâvasını açmak seçeneği vardır (İsvBK m. 205/TBK m. 202). Dâvacı, sözleşmeyi feshetmemiştir. Dâvası, değer eksikliği yüzünden bir tazminat almak amacı güdüyor diye görülmelidir. Değer eksikliği, İsvBK m. 205/TBK m. 202 f. I'e göre, -nesnenin objektif olarak değeri ile sözleşmede kararlaştırılmış değeri arasındaki farka eşit olarak değil- kusuru olmayan nesnenin objektif değeri ile kusurlu nesnenin objektif değeri arasındaki oranın, kararlaştırılmış satış bedeline uygulanmasıyla bulunacak tutara eşittir⁵ (ATF 88 II 410, 81 II 209). Olayda, sözleşmede hangi bedelin kararlaştırıldığı bilinmiyor [dosyada görülmüyor]. Nesnenin ayıpsız haldeki değeri veya ayıplı hâliyle değeri bilinmiyor [dosyada görülmüyor]. Taşınmazın değeri konusunda bir iddianın öne sürülmemiş, delilin sunulmamış olması karşısında, bu değer, satım sözleşmesinde kararlaştırılmış bedele eşit olduğu ve kusurun varlığının, kusuru giderme maliyetine eşit tutarda yâni 15 432.65 Franklık değer eksilmesine yol açtığı kabul edilebilir; bu tutar, dâvalının dâvacıya ödemeye mahkûm edilmesi gereken tutardır.

3. Dâvacı, akdin ifa edilmemesi nedeniyle tazminat istemektedir (Sonuç ve İstem bölümünde 2).

Yakın zamanda çıkmış bir karara göre (ATF 100 II 30), mad-

5 Satılan malın kusursuz olsaydı taşıyacağı objektif değer 1 000 TL, kusurlu hâliyle taşıdığı değer 800 TL olsun; aradaki fark % 20'dir. Bu kusurlu mal alıcıya 900 TL bedelle satılmış idiyse alıcı o bedelin % 20 indirilmesini ve kendisine, ödediği paradan 180 TL'nin geri verilmesini isteyebilecektir.

de 97 (TBK 96) vd. gereğince açılan, sözleşmenin ifa edilmemesine dayanan genel dâva ile ayıba karşı tekeffüle dayanan dâva arasında telâhuk⁶ olmaz. Eser/İstisna sözleşmesi konusunda konmuş olan bu ilke, satım için de geçerlidir, çünkü ayıba karşı tekeffüle dayanan istem ana çizgileriyle her iki sözleşme için aynıdır. Ancak, karar, alıcının tazminat istemeye hakkı olmayacağını belirtmiyor. Belirttiği sadece, alıcının, kendine özgü özellikleriyle (ayıp var mı diye malı inceleme; kusurların [satıcıya] bildirilmesi, kısa süreli zamanaşımı, belli durumlarda kusursuz sorumluluk vb.) ayıba karşı tekeffül hukununun öngördüğü tazminat isteme hakkına dayanan istem dışında bir istem öne süremeyeceğidir.

Böyle olunca, ayıba karşı tekeffülden doğan hak, alıcıya [ayrıca akdin tam olarak yerine getirilmemesinden dolayı da] tazminat istemek yetkisini de sağlar mı sorununu incelemek gerekir. Bu olanak, akdin feshi dâvasında (İsvBK m. 208/TBK m. 205 f. II ve III) açıkça öngörülmüştür. Bedelin indirilmesi dâvası için öngörülmemiştir -ama var olmadığı da söylenmemiştir-. Oysa, en son dönemin öğretisinde İsvBK m. 208/TBK m. 205 f. II ve III'ün kıyas yoluyla, bedelin indirilmesi dâvasında da uygulanması gerektiği öğretilmektedir [kabul edilmektedir] (Guhl/Merz/ Kummer, s. 338; von Büren, Akdin Muhtelif Nevileri, s. 41; Cavin, Sem. Jud. 1969, s. 329, özellikle s. 336-337; Gautschi, İsvBK m. 369 açıklamalarında No.11, b).

Olayda, dâvacı alıcı, demek ki, doğrudan doğruya verilmiş zararın, *damnum emergens*'in tazminini istemek hakkına sahip bulunacaktır (İsvBK m. 208/TBK m. 205 f. II); hatta, dâvalının [satıcının] kusuru hâlinde, ki bu kusurun bulunduğu varsayılmıştır (İsvBK m. 208/TBK m. 205 f. III), dolaylı olarak sebebiyet verilmiş zararın, *lucrum cessans*'ın [yoksun kalınan kazanç] da [istenmesi câizdir] (karş. ATF 79 II 376). Dâvacının iddiasına göre kendisi bir yılı aşkın zaman boyunca, salonundan "yararlanabilmiş" değildir. Sâbit ol-

6 Aynı istemin, örneğin şimdiki zilyedin çekişmeli malı dâvacıya vermeye mahkûm edilmesi isteminin, her biri kendi başına istem temeli olabilecek birden çok vakıya, diyelim dâvacının mülkiyet hakkına yahut onun eski zilyedliğinin haksız yere gasbına yahut emanet sözleşmesine dayandırılabilirliği (aynı istem için ayrı hukuksal temellere dayanarak birden çok dâvayı açma olanağının varlığı).

muştur ki nice kez bu salona sular sızmış ve sızıntı, malsahibini, tavandan akan suyu toplamak için, kitaplığının ve mobilyalarının üzerine plâstik örtüler sermek, tabana kovalar yerleştirmek zorunda bırakmıştır (D. 22, 23)⁷. Demek ki ortada sadece sıradan bir rahatsızlık verici durum değil, dâvacının sözleşme [dairenin satışı sözleşmesi] gereğince yeni bir taşınmazda [apartman dairesinde] normal olarak kullanmak hakkına sahip bulunduğu bir yararlanmanın engellenip yitirilmesinden ibaret, tekerrür eden bir zarar söz konusudur. Zarar [karşılığının para olarak belirlenmesi] takdir sorunudur. Bunu [İsvBK m. 4/TMK m. 4 kuralı doğrultusunda] hukuk ve hakkaniyet çerçevesinde 1 000 Frank olarak değerlendirmek mümkündür.

4. [Dâvalının öne sürdüğü] İstem 3, dâva açılması öncesinde delil tesbiti yaptırılmasının harçlarının ve giderlerinin (749 Frank) [ödeyene, şimdiki istem sahibi dâvalıya] ödenmesine yönelmiştir. Bu harç gideri ayrı bir mahkûmiyet hükmü isteminin konusu olmaz. O giderler [e yönelik istem] esasa ilişkin dâvanın kaderini izler [tesbit sonrasında açılan dâva kazanılırsa o dâvada, dâvanın esasının yanı sıra, hükme bağlanır] (RJN 5 I 24) ve bunun sonucu olarak, gider taraflar arasında bir bölüştürmeye konu olabilir (CPCN m. 364 f. II/HUMK m. 417 f. I cümle 2). İstem, esas itibariyle, dayanaksızdır. Gerçekten, dâvanın öncesindeki delil tesbitinin harçları, asıl dâvadaki harçlar ve giderlerle birlikte hükme bağlanır ve bunlar dâvayı kaybedene, yâni olayda, dâvalıya yüklenir.

[Yayıncının notu] Dikkat. Aynı gün Kanton Mahkemesi Schlatter'in Schafeitel'e karşı [yâni yine aynı dâvalıya, yap-satçı kişiye karşı] açtığı dâvayı da aynı doğrultuda hükme bağlamıştır.

No. 305 - 23 Aralık 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 175)

SİGORTA İŞLERİNDE GÖREVLİ ÖZEL MAHKEME SIFATIYLA

(İsviçre'nin, kendine özgü sosyal güvenlik yasasının uygulanmasına ve gebe kalmayı önleyici ilaçlara karşı duyarlılığı olan bir

7 Dosyadaki iki tutanağa yollama yapılıyor olsa gerek.

kadının bu sebepten kendini kısırlaştırma operasyonu yaptırması giderini sosyal sigorta kurumundan alabilip alamayacağına ilişkindir; “doğurganlık, bir hastalık olmadığından, onun giderilmesine ilişkin harcamalar tedavi masrafı sayılmaz” gerekçesine dayanmaktadır.

No. 306 - 22 Ocak 1975 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 187)

[Mahkemede gizlice ses kaydı yapıp bunu sonra delil olarak kullanma]

Bir mahkemede aleni konuşmaları gizlice kayda almak yasa dışıdır.

Bir Avukatın [başkası tarafından kaydedilmiş olsa da] böyle bir kaydı bir mahkemeye sunup ona dayanması yanlıştır.

Vakıaların özeti:

Kendisini temsil eden Avukatın haberi olmaksızın, bir dâvacı, duruşma sırasında gizlice ses kaydı yapmıştır. Sonra başka bir Avukata gidip danışmış ve ondan, duruşmayı yapmış Bölge Mahkemesinin kararını bozdurmak için temyiz başvurusu yapmasını istemiştir.

Bu avukat, duruşmada nelerin söylendiğini kanıtlamak için, temyiz başvurusunda ses kaydına dayanmış ve müvekkilinin kaydettiği bandı başvurusuna eklemiştir.

Hukuksal gerekçe:

Elimizdeki olay iki sorunu ortaya koyuyor: Kaydın yapılması konusu ve gizlice yapılmış kaydın adliyeye [Temyiz Mahkemesine yahut başka mahkemeye] sunulması konusu.

A. Kaydın gerçekleştirilmesi:

1. Neuchâtel Anayasasının m. 60 [TC Anayasasında madde 141] kuralına ve CPCN m. 126/HUMK m. 149'a göre duruşmalar ilke olarak herkese açıktır.

2. Duruşmalar Mahkeme Başkanının yönetiminde yapılır ve

duruşmalarda disiplini o sağlar [CPCN 127/HUMK 150].

3. Duruşmanın herkese açık olması demek, [dâvada taraf olmayan] bir üçüncü kişinin dahi duruşmada bulunmak hakkına sahip olması demektir. Bu hak, kendiliğinden, fotoğraf çekebilmek hakkını vermediği gibi (bkz. ZR 62 No. 3; Guldener, RDS 1961 II 53), radyoyla yayınlamak, televizyonda yayınlamak yahut kayıt yapmak [ses veya görüntü kaydı yapmak] yetkisini de vermez (bkz. Egli, "Le droit de la radiodiffusion en Suisse", RDS 1968 II s. 294, 378, 382, 387/8 ve yapılan yollamalar, özellikle ATF 95 I 306 vd.). Gerçekten, eğer kişilere, duruşmada söylenenleri isbat etme aracı olarak ileride kullanılabilir üzere gizlice kayıt yapmak yetkisi tanınmış olsaydı, bu durum yasanın kurduğu yargılama usulü düzenini tehlikeye koyardı [o düzenin işlemesi bakımından sakıncalı sonuçlara yol açabilirdi] ve üstelik, adalet hizmetinin yürütülmesinde egemen olması gereken [gerçeğe] sadakat ve [mahkemeye, adalet sistemine] güven bağlantılarını ciddi ölçüde çarpıtabilirdi.

4. Ayrıca, yapılan müzakerelerin taraflardan birince kayda geçirilmesi, eğer buna yargıç tarafından açıkça izin verilmiş değil idiyse, yasaklanmış bir eylemin yapılması olur.

5. Olayda, Avukat X'in müvekkili bu durumun bilincinde idi, çünkü o yaptığı kaydı hiç kimse yapılanın farkında değilken iyice gizlediği bir gereçle gerçekleştirmiştir.

6. Bu durumda, kaydı içeren bant, yasaya aykırı yoldan elde edilmiş bir kanıt oluşturur (yine de ona bir isbat edicilik değeri tanımlanabilir mi, bu sorunu şimdiki süreçte çözmeden bırakabiliriz).

B. Yasaya aykırı olarak kaydedilmiş bandın [delil diye] mahkemeye sunulması:

1. Duruşmada söylenen belli sözleri önemli sayan taraf, bunların tutanağa geçirilmesini [yargıçtan] isteyebilir. Demek ki onları isbat etmek için yasal bir çaresi vardır.

2. Kuşkusuz o, yargıçtan söylenenleri kendisi kayda geçirmek

için izin dileğinde de bulunabilir (bkz. CPCN m. 309/HUMK 367)⁸; hatta kişi böyle bir dilek daha başlangıçta başarısızlığa mahkûmdur [kabul edilmemesi mukadderdir] diye düşünebilecek olsa da bu böyledir. Bir mahkeme başkanının ileride yapılabilecek bir temyiz başvurusunda kullanmak amacıyla [yâni, “Tutanaklar eksiklidir/yanlıştır, gerçekte şunlar söylenmişti” diye kanıtlanma yapmak için!] müzakerelerin kişiye özel kaydına izin vermesi zor görüldü.

3. Keza kuşkusuz 11 Nisan 1974 duruşmasında söylenenlerin kaydı, mutlaka, yeni Avukata gizlice yapılmış iş olarak görünmek gerekirdi [bunu anlayamamış olması olanaksızdır] ve bu farketmek durumu Avukatı kesinlikle o kaydı kullanmaktan geri durmak tutumuna yöneltmeliydi.

4. Gerçekten de, duruşmadaki konuşmaların, gizlice yapılmış ve kaydeden kişiye ait olacak kayıtlarının delil olarak kullanılması, gerek yazılı gerek sözlü yargılama usullerini düzenleyen ilkelere ters düşer. Bu öyle bir haldir ki sanki yazılı [olağan, adı] yargılama usulünde, duruşmada yapılan açıklamalar, tutanağa geçirilmiş ifadeler mahkemenin sonradan onları inceleyebilmesine olanak verecek yolda dosyaya girmemiş gibidir. Yargıç, *quod non est in actis, non est in mundo* [=dosyada olmayan şey dünyada yoktur] vecizesi uyarınca, tutanağa geçmemiş ifadeyi [hükmüne dayanak olarak] göz önünde tutamaz. ...[önemsiz]

5. [Neuchâtel’in kendine özgü Avukatlık mevzuatı ile ilgilidir]

Bu gerekçelerle varılan sonuç:

Kanton Mahkemesi, Avukat ...’a kınama cezası vermeyi uygun görmüştür.

8 Maddenin bizdeki başlığı çok yanlış ve yanıltıcıdır; “Hususi Esbab-ı Hüküm” diye konmuştur. Oysa maddenin düzenlediği şu veya bu tür hüküm *sebebi* değil, yasada her biri ayrı ayrı düzenlenmiş delil türlerinin dışında kalan türlerde delillerdir; kaynak yasa bunları “des moyens de preuve spéciaux” (özel kanıtlanma araçları) diye ifade etmiştir; aslında en doğrusu, “Diğer deliller” demek olacaktır. Maddenin şimdiki konumuzla ilgisi şuradadır ki, yargıcın izniyle mahkemede yapılmış bir ses kaydı, delil olarak yasada düzenlenen türlerin hiçbirine girmediği halde onun ibraz edileceği dâvanın yargıcı işte bu maddeye dayanarak onu delil değerinde sayabilir. Yukarıdaki karar, maddeye yaptığı yollama ile, bunu belirtmek istiyor.

No. 307 - 3 Şubat 1975 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 191-195)

[Bizde kaldırılmış olan HUMK m. 494'deki, boşanma dâvalarında mutlaka öncelikle barışma girişimi için yargıç önünde buluşmak üzere dâvalıya çağrı yazısı gönderilmesi zorunluluğuna ilişkin CPCN m. 443'ün uygulanmasıyla ilgilidir].

No. 308 - 3 Şubat 1975 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 195-209)

Bazı ilk itirazlar [ve ön sorunlar] üzerine

CPCN 7/HUMK 7; CPCN 68, 69/HUMK 74, 75; CPCN 152 bent a ve c/HUMK 179 bent 3 ve 5; CPCN 162 bent b, e ve g/HUMK 187 bent 2, 5, 7; CPCN 168 f. I/HUMK 193 f.I; İsvMK 679/TMK 730; İsvMK 684/TMK 737; İsvBK 43/TBK 43

1. *Hakem-bilirkişi görevlendirileceğine ilişkin sözleşme görevli mahkemeyi görevsiz hâle getirmez.*

Bu mahkeme, hakem-bilirkişilerin tesbit etmiş olmadığı bir zararın tazminine hüküm verebilir mi ?

2. *Komşu olan bir kamusal topluluk kuruluşunun [olayda: bu-cak durumundaki komün] zarara uğrattığı bir mâlik, özel hukukun komşuluk hukukuna ilişkin bir dâvayı açabilir mi [yoksa idarî yargıya gitmesi mi gerekir] ya da kamulaştırma yapmak yetkisine dayanan, kamu hukukunun düzenlediği bir dâvayı açabilir mi? Bu, esasa ilişkin bir sorundur (Gerekçede 2).*

3. *[Borcun ödenmesindeki gecikme sebebiyle değil, uğranılan bir zararı telâfi etme çaresi olarak uygulanan] Onarıcı fâiz/intérêt réparatoire talep edilmesi hâlinde [istem dayanağı olarak öne sürülmesi gereken] iddiaların yeterli olması gereği (Gerekçede 4).*

4. *Zararın [tazminat ödenmesi yoluyla değil], aynen [zarar verici hâlin ortadan kaldırılması] yoluyla giderilmesi yolunda bir istemin öne sürülmesi câizdir (Gerekçede 5a).*

5. *Bir miktar paranın ödenmesine hüküm verilmesi istenir ancak rakam belirtilmezse istemin dinlenilirliği yoktur (Gerekçede 5b).*

6. *Bir istemin kısmen geçersizliğinin sonuçları (Gerekçede 7).*

Gerekçenin vakıalar bölümü:

A. Monsilva Kooperatifi, 450 hektarlık, hem orman ürünleri hem de tarım ürünleri elde edilmesinde kullanılan ve Bern Kantonundaki Bois, Bern Kantonundaki La Ferrière, [Neuchâtel Kantonundaki] La Chaux-de-Fonds komünlerinin [bucak durumundaki yönetim birimlerinin] alanları içinde bulunan bir arazinin sahibidir. İddiasına göre, arazi, 1963 yılından beri, La Chaux-de-Fonds [kasabasının] kamusal kanalizasyon atıklarından gelen kirletilmiş sular ve çer çöp yüzünden vahim derecede kirletilmektedir.

B. 14 Kasım 1968’de, Bayındırlık Müdürünün temsil ettiği La Chaux-de-Fonds Komünü ile Monsilva [Kooperatifi], “La Chaux-de-Fonds kentinin [kasabasının] kirli atık suları sebebine Monsilva’nın arazisinin uğradığı zararların tazminine ilişkin” bir sözleşme yapmışlardır. Sözleşmede şu kural vardır:

“1. 1963’den 31 Aralık 1968’a kadarki süre için, La Chaux-de-Fonds kenti Monsilva’ya yıllık 670 Frank tutarında tazminat ödeyecektir; bu tazminat, Le Fief [tımara/timar arazisi] kirası gelirinin kaybı karşılığıdır.

1963/1968’i kapsayan altı yıl için	
ödenecek toplam tazminatın ulaştığı tutar:	4 020.- Frank.
La Chaux-de-Fonds kentinin Monsilva’ya ayrıca ödeyeceği	390.- Frank
Monsilva’nın kendi hâsılat kiracısına, uğradığı hâsılat kaybını tazmin için 1965’de ödediği tutar	[rakam yok]

Toplam tutar 4 410.- Frank

La Chaux-de-Fonds kenti tarafından,
bu sözleşmenin imzasından sonra ödenecektir.

2. 1969’dan başlayarak La Chaux-de-Fonds kenti, atık suların arındırılması için bir tesisin kurulup işlemeye başlamasına kadar, Monsilva’ya yıllık 670 Frank tazminat ödemeyi üstlenmiştir.

3. Bu yıllık tutarın üstüne, La Chaux-de-Fonds kenti özel durumlar dolayısıyla sebebiyet verilmiş olabilecek, 670 Frankı aşan zararların tümünü de tesviye edecektir [giderecektir].

Taraflar, yılda 670 Frankı aşacak bu istisnaî zararın varlığını ve ulaştığı tutarı belirlemek için kendi başına konuyu karara bağlayacak bir komisyon oluşturulmasında uzlaşmışlardır; komisyon, taraflardan her birinin göstereceği birer uzmandan ve eğer gerekirse bu uzmanların oybirliğiyle göstereceği bir üstat uzmandan oluşacaktır. Eğer uzmanlar, üstat uzman'm kimliğinde anlaşamazlarsa onu Neuchâtel Kanton Mahkemesi Başkanı belirleyecektir; bu kişi [Başkan] keza, taraflardan biri kendine düşen uzman gösterilmesi işini yapıp diğerini aynı şeyi yapmaya [ihtarla] davet etmiş iken o diğeri 15 günlük süre içinde bu işi yapmazsa, onun yerine uzman gösterme işini de yapacaktır.

Uzmanlar komisyonunun vereceği hüküm kesin olacaktır. Masrafların bölüştürülmesini de uzmanlar karara bağlayacaktır”.

C. 1968 tarihli sözleşmenin 3. maddesine uygun olarak, taraflar bir uzmanlar komisyonu oluşturmuşlardır. Bu komisyona, 1970 baharında, karların erimesi döneminde arazide hasıl olan zararı hesaplamak görevini vermişlerdir.

Komisyonun raporu, 28 Temmuz 1970 tarihlidir. Uzmanlar arazi üzerinde önemli bir balçık ve pislik birikintisi gözlemlemişlerdir. İnkâr götürmez biçimde, La Chaux-de-Fonds Bayındırlık Yönetimi bundan sorumludur. Hasılat kiracısının (1970 ve 1971 için) uğradığı zarar 10 000 Franktır, mâlikin uğradığı zarar 4 000 Franktır [mâlikin kira bedeli olarak hâsılat değerinin % 40'ını aldığı anlaşılıyor]. Üstelik, komün'ün derhal bir yolu yine kullanılabilir hâle getirmesi, bir dere yatağını ıslah etmesi, [araziye sürüklenmiş] çeşitli nesnelere toplaması gerekliliği vardı.

D. Monsilva [Kooperatif], 9 Ağustos 1974 günü sunduğu dilekçeyle, La Chaux-de-Fonds komününe karşı şimdiki dâvayı açmıştır. İstemleri şunlardır:

1) Dâvalının dâvacıya 17 070 Frankı [tazminat ana parası], ya da mahkemenin kendisinin haklı göreceği miktarı, 1 Ocak 1974'den başlayarak % 5 faiziyle birlikte ödemeye mahkûm edilmesi.

2) Dâvalının dâvacıya 19 Ağustos 1970'den 31 Aralık 1971'e kadar geçen dönem için [hâlâ ödenmemiş tazminat] 14 000 Frank'ın % 5 üzerinden [keza ödenmemiş] faizini temsil eden 954.70 Frankı ödemeye mahkûm edilmesi.

3) Dâvalının dâvacıya 1 Ocak 1972'den 31 Aralık 1972'ye kadar geçen dönem için [hâlâ ödenmemiş tazminat] 14 670 Frank'ın [keza ödenmemiş] % 5 faizini temsil eden 733.50 Frankı ödemeye mahkûm edilmesi.

4) Dâvalının dâvacıya, 1 Ocak 1973'den 31 Aralık 1973'e kadar geçen dönem için [hâlâ ödenmemiş tazminat] 15 870 Frank'ın [keza ödenmemiş] % 5 faizini temsil eden 793.50 Frankı ödemeye mahkûm edilmesi.

5) Dâvalının, pisliklerle bulaşmış, dâvacıya ait arazinin bütünü ıslah etmeye mahkûm edilmesi ve Kanton Mahkemesinin şimdiki dâvada tesbit edeceği, dâvacının uğradığı her türlü zararı tazmin etmeye mahkûm edilmesi.

6) Dâvalının, şimdiki dâvanın harç ve giderlerini ödemeye mahkûm edilmesi.

Dâvacı tarafından istenen ana tazminat (istem 1) şöyle oluşuyor:

1) Uzmanlar "tarafından (raporlarında mütalâa C) hasılat kiracısı için tesbit edilmiş bulunan tazminat (o, bu alacağını dâvacıya temlik etmiştir) ve dâvacı için tesbit edilmiş bulunan tazminat	14 000 Frank.
2) 1968 Sözleşmesinde m. 2'nin, 1971 yılı için öngördüğü yıllık tazminat	670 Frank
3) 1972 ve 1973 yılları için hâsılat kaybını karşılayacak bir tazminat	2 400 Frank

Toplam 17 070 Frank.

İstem No. 5'de talep edilen arazi ıslahı çalışmaları, uzmanların (Raporda mütalâa C sonu) öngörmüş buldukları ve komün'ün halen yapmış bulunduğu çalışmalar değildir.

E. Verdiği 10 Eylül 1974 tarihli dilekçe [cevap lâyihası] ile, dâvalı ilk itiraz olarak yetkisizliğe ilişkin üç itiraz, dâva dilekçesinin usulüne göre yazılmamış olmasına yönelen iki itiraz ve bir de irtibat/bağlantı itirazı [bağlantılı bir diğer dâvanın daha önce açılmış bulunduğu itirazı] öne sürmüştür. İstemleri şunlardır:

İlk itiraz olarak:

Öncelikle:

1) Dâvanın açıldığı mahkemenin yetkisizliği dolayısıyla dâvacının öne sürdüğü bütün istemlerin dinlenemez olduğuna karar verilmesi.

İkinci kademede olarak:

2) Dâva dilekçesinde 2 ve 5 sayılı istem açıklamalarının şekil kusuru nedeniyle dinlenemez olduğuna karar verilmesi.

Bunun yanında ve [No. 1'deki] ilk istemimizin kabul edilme-
mesi veya [diğer söyleyişle] yalnız ikinci istemimizin kabul görmesi
durumunda:

3) İki dâva arasında bağlantı bulunması sebebiyle, dâvacı ta-
rafından 11 Eylül 1971 günü Bern Kantonu İstinaf Mahkemesi'nde
açılmış bulunan dâva hükme bağlanıncaya kadar şimdiki dâvanın
görülmesinin ertelenmesine karar verilmesi⁹.

9 Görüldüğü üzere bizde ve Neuchâtel'de, daha önce açılmış bir bağlantılı dâvanın varlığına dayanan ilk itirazın sonucu farklıdır. Orada, yukarıdaki metinden anlaşılacağı gibi, ikinci dâvanın açıldığı mahkeme, ilk itirazın öne sürülmesi üzerine, birinci dâvanın sonuçlanmasını bekletici sorun yapıyor, verdiği ara kararı ile kendi önündeki dâvayı durduruyor ve birinci dâva sonuçlanınca, o dâva için verilmiş hüküm doğrultusunda kendi önündeki dâvayı sonuçlandırıyor (bağlantılı sorun konusunda birinci mahkemenin hükmündeki tesbit ve sonucu kesin delil sayıyor). Bizde ise, onlarda bulunmayan kendimize özgü kural (HUMK m. 45 f. II cümle 2 kuralı) gereğince, ikinci dâvaya bakan mahkeme ilk itirazın haklı olduğunu tesbit ederse *birleştirme* kararı verip dosyayı birinci dâvanın açıldığı mahkemeye yolluyor ve o mahkeme bu birleştirme kararı ile bağlı oluyor, iki dâvayı birleştirilmiş olarak sonuca bağlıyor.

Her hâl ü kârda [Yâni, diğerk konular nasıl çözümlenirse çözümlensin]:

4) Dâvalının bütün yargılama harç ve giderlerini ödemeye mahkûm edilmesi.

Dâvalı, ilk itirazların reddi gerektiğini savunmuş ve dolayısıyla [dâvanın görülmesine devam edilip harçlar, giderler sonuçta haksız çıkana yükletileceğinden] harçlar ve giderler konusundaki istemin de reddi talebinde bulunmuştur.

F. Dâvalı tarafından öne sürülen, bağlantılı bir dâvanın varlığı ilk itirazına konu dâva, Monsilva [Kooperatifi] tarafından, komün'e karşı, Bern Kantonu İstinaf Mahkemesi'ne 14 Eylül 1972'de sunulmuş bir dilekçeyle açılmıştır.

O dâvada dâvacı (25.1.1973 günlü duruşmada değıştirmelere tâbi tutulan) şu istemleri öne sürmüştü:

1) Dâvalının dâvacıya ait arazi üzerine, Combe du Valanvron ile Cul de Prés arası bölgede dâvalıya ait olup La Chaux-de-Fonds yakınında Anciens Moulins bölgesindeki kamusal atıkları toplama düzeneğinden gelen kirli suları boşaltmaktan men'ine karar verilmesi.

2) Dâvalının Combe du Valanvron ile Cul de Prés arası bölgede doğal durumdaki su dışında herşeyi boşaltmaktan men'ine karar verilmesi.

3) Bu nedenle, dâvalının, eğer gerekirse, uzman sözüne göre, kirli suların, çer çöpün ve dâvalının arıtma düzeninden gelen kamu kullanımını atıklarının No. 1'deki istem uyarınca dâvacının Combe du Valanvron ile Cul de Prés arasındaki arazisine boşaltılmaması için gerekli bütün önlemleri almaya mahkûm edilmesi.

5) Dâvalıya -[dâvacının] her çeşit tazminat isteme hakkı saklı kalmak kaydıyla- mahkeme emirlerini uygulamak konusunda âdil denecek bir süre verilmesi.

6) Açıklanacak hükmün ihlâli ve dâvalı yahut onun görevlileri tarafından hükümde belli edilmiş süre içinde hükmün gereğinin ye-

rine getirilmemesi durumunda, her türlü tazminat isteme hakkı saklı kalmak kaydıyla, CPC m. 403 vd. ile CPS m. 282 vd.'da öngörülmüş yaptırımların [ceza yaptırımlarının] uygulanabileceğinin, hükümde belirtilip açıklanması.

7) Bunların üstüne, dâvalının bütün ilk itirazları ile esasa ilişkin isteminin reddine karar verilmesi.

8) Bütün istemlerin kabulünden sonra dâva harç ve giderlerinin [dâvalıya yüklenmekle] hükme bağlanması.

Bern'deki dâva, yetkili federal makamın belirlediği bir araştırma grubu raporunu vermemiş olduğu için ertelenmiş durumdadır.

Gerekçenin hukuka ilişkin bölümü

Yetkisizlik [tahkime tâbi olma] itirazları konusunda:

1. Dâvalıya göre mahkememiz bu dâvayı görmeye yetkili değildir, çünkü 1968 tarihli sözleşmede öngörülen komisyon dâvadaki istemlerden en az bir bölümü için karar vermeye yetkili imiş (vakıalar bölümünde B). Bu kanaat hatalıdır. 1968 sözleşmesinde m. 3 bir tahkim şartı değildir. O, maddî hukuka ilişkin bir hakem-bilirkişi uzlaşmasıdır (Schiedsmännervertrag, Schiedsgutachtenvertrag) (ATF 25 I 25, 26 II 758, 57 II 437, 67 II 146, 71 II 294). Uzmanlar kurulu bir yargı mercii değildir. Hükümü kesin hüküm etkisine sahip olmaz. O kurul dâvalıyı bir para miktarını ödemeye ya da istenen işleri yapmaya mahkûm edemez. Dâvacı şirket mahkememize başvurmalı idi [ve öyle yapmıştır].

Uzmanların karara bağlamış olmadığı bir zararı ödemeye mahkemenin dâvalıyı mahkûm edebilip edemeyeceği ayrı konudur (vakıalar bölümünde D; 1971/1972'de hâsılât kaybı [için tazminat istemi]: 2 400 Frank)¹⁰. Bu konudaki istemi zamanından önce [hakem-bilirkişi olarak görevlendirilmiş uzmanlar tarafından o zararın var-

10 Yollama yapılan yere yâni vakıalar bölümünde D'ye baktığımızda, orada aktarılmış istemler arasında 2 400 Franklık istem olarak gördüğümüz, en sonda bulunan, 1972 ve 1973 yıllarındaki hasılât kaybından dolayı 2 400 Franklık tazminat istemidir (1971/1972'deki kayıp için değil). Burada bir yazım yanlış yapılmış.

lığı tesbit edilmeden önce] ileri sürülmüş mü saymalı ? (karş. RBA XI No. 57'de yayınlanmış Federal Mahkeme kararında mütalâa b). Yoksa dâvacının görüşünü kabullenerek mahkemenin bu zararı belirlemek için yetkili olduğunu, çünkü dâvalının 1968 sözleşmesine uymaktan imtina ettiğini (ilk itirazlara verilen cevapta bölüm B, vaka 2; yukarıda anılan Federal Mahkeme kararında mütalâa c'ye de bkz.) kabul mü etmeli? İlk itirazlar konusunda sınırlayıcı bir düzenleme yapan CPCN [ve ondan alınmış HUMK] bakımından bu konu bir ilk itiraz konusu değildir (ATC [Kanton Mahkemesi kararlarının eski resmî derlemesi ciltleri] VII 433; RJN 5 I 193). Bu sorun, esasa ilişkin hükümde çözülecektir¹¹.

2. Yerleşmiş içtihadı göre (ATF 91 II 474, 96 II 337) bir kamusal topluluk birimine karşı açılmış olan, İsvMK m. 679 ve 684/TMK m. 730 ve 737'deki kurallara dayanan dâva, eğer ortaya çıkan zarar kaçınılmaz idiye yahut aşırı harcamalar yapılmadıkça önlenemeyecek idiye, mağdurun zararına olarak, reddedilir. Bu durumda, özel hukuka dayanan dâvanın yerine, kamulaştırma hukukundaki ilkelere dayanan bir idarî tam yargı dâvası geçer.

Dâvalı bu içtihatları dayanarak, dâvacının şimdi açtığı dâva kamulaştırma işlerinde görevli yargı makamının [idarî yargının] görevine girerdi görüşünü savunuyor.

Mahkeme, dâvacının fiilen açmış bulunduğu dâva bakımından kendisinin görevli olup olmadığına re'sen karar verir. Mahkeme, dâvacının belki de açması gereken ama açmadığı bir dâva bakımından dâva doğru yerde mi açılmış diye karar verecek değildir. Olayda dâvacı bir özel hukuk dâvası açmıştır ve bu dâva da şimdiki

11 Mahkemenin niçin sözü dolandırdığı anlaşılıyor. Sorunun yanıtı açıktır. Hakem-bilirkişi sözleşmesi, bir delil sözleşmesidir; zararın var olup olmadığını ve varsa miktarını belirlemek için hakem-bilirkişi görevlendirilmişse, o konuda başka delile bakılamaz (hakem-bilirkişi raporuna bakılır). Fakat dikkat edilsin, bu, mahkemede tazminat dâvası açılmaz demek değildir; dâva açılır, mahkeme zararın var olup olmadığını ve varsa miktarını belirlesin diye o hakem-bilirkişiyi görevlendirir. Zaten şimdiki kararın başına konmuş özette de ilk söz olarak, "Hakem-bilirkişi görevlendirileceğine ilişkin sözleşme görevli mahkemeyi görevsiz hâle getirmez" denmişti.

mahkemenin görevine girer¹².

3. Dâvalı mahkememizi görevsiz göstermek için, hiç değilse dâva dilekçesinde No. 5'deki istem için, üçüncü bir dayanak ileri sürmektedir ki ... bu kural idare hukukuna ilişkin olarak kantonlar arasında çıkan uyuşmazlıklarla ilgilidir [yollamalar]. Oysa elimizdeki olayda bir özel hukuk uyuşmazlığı söz konusudur ve dâva tarafları kantonlar değildir. Öne sürülen dayanak, yerinde dayanak değildir.

Dâva dilekçesinde eksikler konusu:

4. Dâvalıya göre dâvacı, faiz ödenmesine ilişkin No. 2 ilâ 4'deki istemlerinde istem temeli olarak hiçbir iddiada bulunmamış imiş.

[Oysa] Dâvalının kendisi, hem de haklı olarak, açıklamaktadır ki, istenen faizler, uğranılan zararın bir bölümünü oluşturmaktadır. Bu faizler gecikme faizi değil, uğranılan zararı telâfi edici faizlerdir (Schadenszins/Zarar faizi); bunlar zarar verici olayın gerçekleşmesi üzerine yasa gereği varlık kazanırlar (ATF 33 II 124 mütalâa 7, 34 II 606 mütalâa 2 d, 81 II 512 mütalâa 6). Oysa dâva dilekçesi, tazmini istenen zararın ortaya çıkışı hakkında yeterli iddiaları içermektedir (vakıa No. 12, 13, 15 ve dâva dilekçesine eklenmiş uzman incelemesi raporu).

5. Dâvacı Kooperatifin, dâva dilekçesindeki 5 sayılı istemi şudur:

- a) Arazinin ıslahla eski hâline getirilmesi, ve
- b) Mahkeme tarafından belirlenecek zararın tazmini.

12 Bizim hukukumuzda da idarî birimlerin özel hukukça düzenlenen komşuluk hukukunu yahut mülkiyet hakkını çiğneyici eylemleri dolayısıyla mağdurun hukuk mahkemesine gitmek (men-i müdahale dâvası açmak, tazminat dâvası açmak, kanunsuz inşaatın yıkımı dâvası açmak vb.) ile idarî yargıya gidip orada iptal veya tam yargı dâvası açmak yetkileri "telâhuk eder" yâni birbirine eklenir, birbirinin yanı sıra var olur. Ancak bizde, İsviçre'dekinin tersine, idarenin *kusursuz sorumluluğu* kabul edildiği ve hatta tam yargı dâvasında idareye, kendisinin yahut görevlisinin kusursuzluğunu isbat edebilme içeriğinde, BK m. 96'daki türden bir savunma olanağı (buna pek doğru olmayarak "kurtuluş beyyinesi" deniyor) *tanınmadığı* için, idarî yargıya başvurmak mağdurun yararınadır.

İstemlerden a'daki, zarar gidermenin aynen ifa ile gerçekleştirilmesi hükmü verilmesine yönelmiştir. Bu tür zarar giderimi, nâdiren uygulanabilir niteliktedir, nâdiren uygulanmaktadır, ama ilke olarak istenmesi câizdir (İsvBK/TBK m. 43 f. I). Bu istemin câiz olduğu ne itiraza uğramıştır ne de itiraz edilmesi mümkündür.

[Oysa] b'deki istem, bir para tutarının ödenmesine yönelmiştir. Bu, a'daki istemin karşıt kavramından [mefhum-i muhalifinden] çıkar [aynen ifa ile zarar giderimi istenmediğine göre demek ki para ödenmesiyle zarar giderilmesi istenmektedir]; keza dâvacı kooperatifin ilk itirazlara verdiği cevapta yaptığı bir ayrıntı açıklamasından anlaşılır (sayfa 8, D/2'de: "komün'ün ödemek borcu altında bulunduğu para tutarı..."). Dâvalı, haklı olarak gözlemlemiştir ki bu istem rakama bağlanmak [istenen paranın tutarı açıklanmak] gerekirdi (RJN 1 I 184 [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 209'daki karar] ve RJN 5 I 168; karşı. ATF 99 II 176 mütalâa 2 başı).

Bu ikinci bölümü itibariyle, 5 sayılı istemin dinlenebilirliği yoktur.

Bağlantı ilk itirazı konusu:

6. Dâvalı [komün] istem'e karşı, şimdiki dâva ile 1971'de Bern Kantonu İstinaf Mahkemesi'nde açılmış bulunan dâva arasındaki bağlantıya dayanarak, bir geciktirici savunma (CPCN m. 162 bent e/HUMK 187 bent 5; ATC [Kanton Mahkemesi içtihatlarının eski derlemesi ciltleri] VIII 321, 325, 547)¹³ öne sürmektedir.

Dâvalının [ifade ettiği] gözlemine göre, eğer her iki dâva mahkememizde açılmış olsalardı, bunlar ara kararı ile birleştirilecekti. Burası doğrudur; ama birleştirme (CPCN 42/HUMK 48) için mahkeme içtihatları bağlantı kavramını geniş yorumlamaktadır¹⁴ ...

13 Bağlantılı bir dâvanın varlığına dayanan ilk itirazın orada niçin dâvanın görülmesini geciktirici, bizde ise ikinci dâvanın birleştirme kararı ile ilk dâvaya bakan mahkemeye gönderilmesini gerektirici olduğunu biraz önce açıklamıştık.

14 Bizde ise konunun tartışma götürür yanı yoktur; HUMK m. 45'e göre, iki dâva *aynı mahkemede* açılmış ise, birleştirilebilir (birleştirilmesi zorunlu değildir); *ayrı mahkemelerde* açılmış ise, bağlantı durumu ancak, ikinci dâvanın dâvalısı bu durumu bir ilk itiraza konu ederse ikinci mahkemenin *birleştirme kararı ve-rerek dâva dosyasını birinci mahkemeye göndermesi* sonucuna yol açar.

[CPCN'nin tersine HUMK m. 45 f. III'de bağlantı kavramının tanımlanması da yapılmış olduğundan burada mahkemenin yapmaya başladığı tartışma bizim için gereksizdir].

Dâva dilekçesindeki eksikliğin sonuçları:

7. Mahkeme, dâva dilekçesindeki 5 sayılı istemi, [yukarıda açıklandığı üzere,] bir şekil kusuru [eksiklik] gösteriyor saymaktadır (karş. RJN 1 I 188). CPCN 168/HUMK 193'e göre, ilk itirazın kabul edilmesi dilekçenin geçersizliğine [bizde: iptaline] yol açar; dâvacının yeni bir dilekçeyi 10 gün içinde vermesi câizdir. Olayda, CPCN 168/HUMK 193 harfiyen uygulanamaz. Yaptırım orantısız olurdu. Eksiklik sadece dâvacının istemlerinden birine ilişkindir ve diğer istemleri etkilememektedir. Böyle olunca, dâvacının talep ettiği para tutarını, 5 sayılı istemin ikinci bölümünde talep ettiği tazminat makamına kaim faizi, rakam belirterek, dâvalıya tebliğ ettirmesi, keza bu tadil edilmiş istem kalemi için gerekçe olabilecek iddialarına da tebliğde yer vermesi, yeterli olacaktır.

No. 309 - 5 Şubat 1975 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 209-210)

Tahkikat Yargıcının Kararı

Seri (Hızlandırılmış) Yargılama Usulü

CPCN 317, 450/HUMK 375, 501

Her iki taraf sürecin [tahkikat aşamasının] kapatılmasını istediklerinden ve bu yolda karar verilmesi câiz olduğundan,

Daha önce CPCN 317/HUMK 375'e uygun olarak dâvacı kendisinin dâvada son diyeceklerini lâyiha vererek belirtmesi için ona bir süre verilmesi isteğini ifade etmiş olduğundan,

CPCN 450/HUMK 501'in Temyiz Mahkemesi Hukuk Bölümüne yapılan yorumuna göre (CCC V 300) tahkikat aşaması sonunda layihalar verilmesi [teatisi], seri/hızlandırılmış yargılama usulünde, eğer bu layihalar, üyelerinin eksiksiz katılımıyla toplanan Kanton Mahkemesi'nin dosyayı [tahkikat yargıcının vermesi üze-

rine] almasından başlayarak 30 gün içinde hüküm vermesini buyuran CPCN 456'nın istisnâî kuralına [bize alınmamıştır] uyulmasına imkân veriyorsa [uyulmasını imkânsızlaştırmıyorsa], hukukun gereği olduğundan,

Kuralın böyle ifade edilmesi [aynı zamanda] Bölge Mahkemesinin [Sulh Hukuk Mahkemesi işlevindedir] Başkanı olan [Kanton Mahkemesi] Tahkikat Yargıcının dosyayı Kanton Mahkemesine sunmasını benimseyen eski [1925 tarihli CPCN'dan önceki] hukuktan (29.11.1906 tarihli CPCN m. 318 vd.; Bull. GC cilt 70 s. 327) miras edinilmiş bulunduğu aşikâr olduğundan,

Bu 30 günlük süre içinde hüküm verme kuralını (ki aslında [uyulmaması geçersizlik yaratacak bir süre kuralı değil, uyulmaması mahkeme yargıçları için disiplin sorumluluğuna yol açacak] düzenleyici bir kuraldır; CPCN 455/HUMK 506'daki 5 günlük süre kuralı için de böyle karar verilmiştir; karşı CCC Langmeier No. 2767, 11.12.1951 tarihli) süre dosyanın -tahkikat aşaması sonunda verilen lâyhalar dahil- tam olarak oluşturulması sonrasında yargıçlar arasında dolaşıma [birbiri ardınca her birinin dosyayı incelemesine] sunulması ile (CPCN 319)¹⁵ başlar diye yorumlamak gerektiğinden,

Böylece, seri yargılama usulünün uygulanması tahkikat aşaması sonunda layihalar sunulmasını tanımıyor olmadığından, onların [layiha sunmalarına izin verilmesini isteyen tarafların, lâyiha] sunumları, olayda, câizdir.

No. 310 - 5 Şubat 1975 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 211)

Vesayette Denetim Makamı Sıfatıyla

[Kadının malvarlığına ilişkin olarak eşler arasında yapılan hukuksal işlemlerin veya kadın tarafından kocası lehine kefalet gibi bir

15 Bize alınmasına gerek görülmeyen bu madde, dâva dosyasının (tahkikat aşaması kapanıp yargılama ve hüküm için duruşma günü belirlendikten sonra) her birinin sırayla incelemesi için yargıçlar arasında dolaşıma konmak üzere mahkeme kalemi tarafından yargıçlara verileceğini (her bir hâkime dosyayı vermek, sonra ondan alıp sıradaki diğerine vermek işini kalemin yapacağını) belirtmektedir.

yükümlülüğün üstlenilmesi içeriğindeki hukuksal işlemlerin vesayet makamı tarafından onanmadıkça geçerli olmayacağı yolunda, kadını koça istismarına karşı koruyucu İsvMK m. 177 f. II ve III kuralları 1926 tarihli TMK'nda var iken yeni yasada m. 193'e konmadığından, şimdiki karar bizim hukuk uygulamamız için yol gösterici değildir]

No. 311 - 6 Şubat 1975 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 213)

Tahkikat Yargıcı Kararı

CPCN 248/HUMK 277

Bilirkişinin, red için konmuş yasal süre geçtikten sonra reddedilmesi, hatta red sebebinin daha sonra ortaya çıkmış bulunması durumunda bile, mümkün değildir (RJN I 1 147'deki içtihadın doğrulanması/tekrarı). [Diğer yandan] Red iradesi açıkça ifade edilmiş olmalıdır.

[Olay ve karar]

Bayan Cassin'in Neuchâtel ve Yöresi Toplu Taşımalar Şirketi'ne karşı açtığı dâvanın tahkikat yargıcı,

Bilirkişi Profesör Louis Nicod dâvacı tarafından reddedilmiş olduğundan,

Dâvalı şirket redde karşı çıktığına göre,

Diğer yandan bu konuda bilirkişinin kendisinin kanaatini de sormak gerekmediğinden,

Red talebinin öne sürülmesi açık biçimde gecikmeli [süre geçtikten sonra yapılmış] ve dinlenemez olduğundan,

Bu talebin süre geçtikten sonra ileri sürülmesi, hatta ortaya yeni çıkmış sebeplere dayanılarak bile, mümkün olmadığından (Kanton Mahkemesinin Guillaume işinde verdiği karar, RJN I I 147 vd. [Umar, Neuchâtel Tatbikatı, s. 65]),

Olayda, dâva açılmadan önce tarafların birlikte hareketle bilirkişiyi belirlemiş ve ona 23 Eylül 1972 tarihli mektupla [bildirerek]

mahkemede iş görecek bilirkişi sıfatını sözleşmeyle vermiş olduklarından,

Nicod, dâva öncesinde verilmiş olan, [bilirkişilik hizmeti vermesine yönelik] vekâletin te'yidi ve süregitmesi niteliğiyle, mahkeme tarafından [ibrazına izin verilen] delilleri gösteren 2 Nisan 1974 günlü ara kararında (D. 18) resmen bilirkişi olarak görevlendirilmiş ve bu ara kararı dâvacının vekiline ertesi gün tebliğ edilmiştir, çünkü kendisinin yargıca gönderdiği ve ara kararı tebliğinin kendisine yapıldığını bildiren mektubu 3 Nisan 1974 tarihlidir ve bu mektupta kendi müvekkilinin istediği üzere yeni bilirkişi atanması önerisinin reddine itiraz edilmektedir, tam kadrolu mahkeme kurulundan yeni bilirkişi atanmasını istemek hakkının (CPCN 323/HUMK 378)¹⁶ ve hatta bu red tutumundan dolayı Federal Mahkeme'ye başvurmak [ve temyiz başvurusuyla Kanton Mahkemesi kararının bozulmasını istemek] hakkının saklı tutulduğu söylenmekte olduğundan,

2 Nisan 1974 gününden sonraki 5 gün içinde [CPCN m. 248 f. II; bizde, HUMK m. 277 f. II gereğince süre 3 gündür] dâvacı hanım bilirkişiyi reddetmiş olmadığından,

Ertesi gün gönderilen mektup [Avukatın mektubu] ise red hakkını kullanmak iradesini açıkça ifade etmediğinden¹⁷,

Ancak vekilinin 30 Haziran 1974 günlü mektubunda dâvacı taraf ilk kez olarak reddetme söz etmektedir ve kendisi tarafından ortaya konmuş olan, bilirkişilik görevine ilişkin yan sorunların [şimdilik] yargıç tarafından bir yanda bırakılmasını istedikten sonra şöyle demekle bunu yapmaktadır:

Bu koşullarda, bir kez daha, Dr. Nicod'yu bir bilirkişi olarak

16 Bu maddede, tahkikat yargıç tarafından yürütülen tahkikat aşaması sona erdikten sonra yargıçlar kurulu tarafından muhakeme/yargılama aşamasına geçildiğinde kurulun "iki tarafın tahkikat hâkimi huzurunda dermeyer ve ispat ettikleri hususatin yeni deliller ile ispat olunmasına" karar verebileceği söylenmektedir. Demek ki kurul, yeni bilirkişi incelemesi yapılmasını isteyebileceği gibi bu yeni inceleme için yeni bir bilirkişi de görevlendirebilecektir.

17 O zamana kadar dâvacı taraf yeni bilirkişi ataması yapılmasını istemekle beraber Prof. Nicod hakkında *bir red dayanağı öne sürmüştü ve red iradesini açıkça ifade etmiş* değildi.

reddediyorum ve işte bu nedenle [ona] soru yöneltmeyeceğim. Üstelik, bir kez daha gözlemliyorum ki bu işte gerçek bir bilirkişinin yokluğu dolayısıyla, böylesine bir bilirkişi raporu ile Kanton Mahkemesinin nasıl bağlanmış olabileceği anlaşılammaktadır (Dilekçede D 26)¹⁸.

Dâvacının vekili 20 Aralık 1974'de bilirkişi raporunun kendisine tebliğ edildiğini bildirmiş ve o bildirimine şunu da eklemiş olduğuna göre:

Yansız bir bilirkişi saymadığım bu hekime soru sormaktan imtina etmiş bulunmam dolayısıyla, ona her türlü ek soru sormak hakkından da vazgeçiyorum ve red beyanında ısrar ediyorum (D. 30).

Yargıcın 13 Aralık 1974 günlü mektubu [çağrı yazısı] ile, "Bilirkişinin reddi ifadesinin tekrar tekrar kullanılması sadece deyimim bir yanlış kullanılması mı olmuştur yoksa Nicod'ya karşı red beyanında bulunmak iradesinin Sibylla'vâri bir anlatımı mıdır¹⁹?" konusunu açıklığa kavuşturmak üzere çağrılması üzerine dâvacının vekili mahkemeye şöyle diyerek 15 Ocak 1975 günlü cevap yazısını göndermiş olduğuna göre:

CPCN 248/HUMK 277'ye göre, bir bilirkişi, yargıçlar hakkındaki red istemine dayanak olacak nedenlerle, reddedilebilir. Ortaya çıkan sorun hâdiseler hakkındaki usulle çözüdür.

Böylece, kanım odur ki, bu bilirkişinin yansızlığından kuşkuya düşülmesine yol açan ciddi sebepler vardır. İşte bu yüzden, bir kez daha, bilirkişi Nicod'nun reddi talebini öne sürmekten geri duramıyorum".

Kendisi -hem de bu dâva[daki durum] itibariyle- üstelik böyle yapmaya tebliğle dâvet edilmiş iken, kendisinin eski lâyhalarından hangisinde bir red talebi öne sürmüş sayılması gerektiğini açıklığa

18 Bu ifade Avukatın bilgi düzeyi hakkında hiç de olumlu bir kanıt değildir; çünkü gerek Neuchâtel'de gerek bizde bilirkişi raporu mahkemeyi bağlamaz (CPCN 257/HUMK 286 f. I).

19 Sibylla, ilkçağ Hellen dinsel inancındaki gelecek bildirici kadın kam'dır (Platön, Phaidros, 244b; Ploutarkhos, Fabius'un Yaşamı, 4); gelecek bildirimini yaparken, o için "raconu" gereğince, pek çok anlama gelebilecek ifadeler kullanırdı.

kavuşturmuş olmadığından,

Kendisinin 3 Nisan 1974 günlü layihasının böyle bir talep içermediğinin tesbit edilmesi ve daha sonraki lâyihalarının da hatta öyle bir talep içeriyor sayılısalar bile, süre geçtikten sonra sunulmuş olmaları itibariyle dinlenemeyeceklerine ara kararı verilmiş bulunması nedeniyle bu konunun [onun çağrıldığı halde açıklama yapmamış olmasının] önem taşımadığı kesin olduğundan,

Üstelik [tarafarca] seçilmiş ve sözleşme ile görevlendirilmiş bir bilirkişinin, taraflardan birince, hem de o taraf bilirkişinin görevi kabul etmesi için ısrarda bulunmuş (Dosyada D 13/64) iken sonradan o kişi tarafından -kendisine tam olarak hak vermeyen bilirkişi raporunun tebliğle alınması üzerine- geçerli biçimde reddedilebileceği kuşkulu olduğundan,

Nihayet, bilirkişi -hem de daha önceki rapora göre red talebinde bulunanın biraz daha lehine olan- ek raporunu 25 Kasım 1974'de sunmuş ve bu ek rapor taraflara, dâvacının vekilinin bir red talebini içeriyor sayılabilecek tek lâyihasından yâni 15 Ocak 1975 günlü layihasından daha önce tebliğ edilmiş olduğundan,

Bir bilirkişinin raporunu vermesinden sonra reddedilmesinin artık anlamı bulunmadığından ve bu durum bağbozumu yapıldıktan sonra dolu âfeti gerçekleşmesine benzediğinden,

Böyle bir halde, bir red dayanağının gerçekleşmiş bulunması durumunda [dahi], raporun dosyadan çıkarılması gibi bir işlem aşikâr surette gereksiz yere hır çıkarıcılık ve usul ekonomisine aykırı olacağından (çünkü artık tarafların tek yetkisi [raporu verdiği anda sıfatından yoksun edilmiş bulunmayan, o sırada hâlâ görevli bulunan bilirkişinin verdiği] rapora karşı eleştiri öne sürmek, [bilirkişi raporuyla bağlı olmayıp onun değerini belirlemek konusunda geniş takdir yetkisine sahip olan mahkemeyi etkilemek üzere] bilirkişinin yansız davradığını kuşkulu gösterebilecek haller var ise onları bildirmek ve nihayet yeni bir bilirkişi incelemesi yaptırılmasını talep etmektir; daha önce anılan Guillaume kararı);

Red talebi dinlenemez olduğundan, reddedilmelidir.

No. 312 - 17 Şubat 1975 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 217)

Vesayette denetim makamı sıfatıyla

İsvMK 422/TMK m. 463 bent 5

Vesayette denetim makamının bir miras kabulüne onay vermesi gereği yalnız açık irade beyanıyla kabul söz konusu ise vardır (ATC [Kanton Mahkemesi kararlarının eski resmî derlemesi ciltleri] VIII s. 526'daki içtihadın doğrulanması).

[Kararın yayınlanmış metni bu özetten ibarettir].

İKİNCİ BÖLÜM

TEMYİZ MAHKEMESİ HUKUK KISMI İÇTİHATLARI

No. 432 - 11 Nisan 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 60-63)

[Çevirenin özetlemesi.] İsvBK'na, bizim bu yasayı alıntılamaımızdan sonra yapılan değişiklikle bazı bölümlere konan yeni maddelerden, iş sözleşmesine ilişkin m. 329d'nin uygulanmasına ilişkindir. Olayda işveren iş sözleşmesini, yasanın istediği (özellikle yeni iş aranmasına hizmet edecek) belli bir sürenin (bizim uygulamamızdaki alışılmış deyimle, ihbar önelinin) sonunda geçerli olmak üzere feshetmişti; işçi (Dr. G.) yıllık ücretli izin hakkını bu sürenin geçmesinden sonra kullanacağını bildirmiş, işveren buna karşı çıkmıştı. İş Mahkemesi (le Tribunal des Prud'hommes) işvereni haksız bulunca işveren hükmü temyiz etmiş; Temyiz Mahkemesi ise olayın özelliklerine göre işçinin yıllık ücretli izin hakkını o önel içinde değil de daha sonra kullanmak istemesini hakkı kötüye kullanmak niteliğinde görerek hükmü bozmuştur.

No. 433 - 29 Nisan 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 63-66)

İsv MK m. 2 ve 172/TMK m. 2 ve 200 - Dürüstlük kuralı- Evlilik birliğini koruma önlemleri - Değişiklik dâvası - Hakkın kötüye kullanıldığını isbat yükü

Gerekçeden seçmeler

1. ...

D. İlk derece mahkemesinin yargıcı, 26 Mart 1974 günlü kararında şu gerekçelere dayanmıştır:

31 Temmuz 1962'de [verilen, evlilik birliğini koruyucu önlemler alma kararında] mahkeme kocanın müşterek konutu terkettiğini ve oraya dönmeyi reddettiğini saptamıştır.

Oysa artık müşterek hayata yeniden başlamayı reddetmemektedir.

Böyle olunca, 31 Temmuz 1962 günlü kararı haklı gösteren nedenler bugün artık mevcut değildir.

Bu kararın yeniden ele alınması gerekmektedir.

Ancak mahkeme, koca tarafından [ortak yaşama dönme konusunda] alınmış bulunan karar içtenlikli ve ciddî ise, herhangi bir konuda karar almak mevkiinde değildir [eski kararı kaldırmakla yetinecektir].

Üstelik, 1965 yılından bu yana, yargıç birçok kez kocayı ortak konuta dönmeye çağırmış, o ise eşinin ortak yaşama yeniden başlamaya âmâde olduğunu bildirmesine rağmen bundan imtina etmiştir.

Öyleyse şimdi kocayı ortak konuta katılmaktan [dönmekten] engellemek gerekmektedir.

Ona bu konuda, evlilik birliğini koruma önlemleri almış kararı ilga ederek, izin verilince, ayrı yaşama kararının bütün yan etkilerini de sona erdirmek gerekir.

Bu nedenlerle yargıç, 31 Temmuz 1962 tarihli olan, evlilik birliğini koruma önlemleri alma kararını şimdiki içeriği yönünden ilga etmiş ve yargılama giderlerini diğer tarafa bir katkı payı öngörmeden kocaya yüklemiştir.

E. 31 Temmuz 1962 günlü olan, evlilik birliğini koruyucu önlemler alma kararı, kocanın ortak yaşamı sürdürmekten imtina etme-

si sonucu olarak -bu geçerli bir nedendir-, mahkeme başkanı tarafından verilmiş idi (bkz. ATF 83 II 497).

Koca, 28 Ocak 1974 günlü dilekçesiyle, evlilik birliği konutuna yeniden dönebilme[sine olanak sağlanması] isteğinde bulunmakla, koruma önlemleri alınmasının ana nedenini ortadan kaldırmıştır.

3. Elbette ki, bir neden yerine başkası geçmiş olabileceğini kabul etmek gerekir; hele yargıcın daha önce alınmış koruyucu önlemleri kaldırması için dilekçe verildiği sırada böyle [yeni] bir neden var ise ve [onun varlığı] uygun zamanda iddia edilip kanıtlanmış ise. Zina etmiş olmak ayrı yaşama kararı için her hâl ü kârda gerekçe değildir²⁰.

4. Eldeki olayda, kocanın müşterek yaşama dönme hakkını kullanmasına karşı duran tek sınırlama [engel], koruma önlemleri alma kararı gereğince ona yüklenmiş olan yasaklamadır. O önlemlerin bir diğer neden dolayısıyla yerinde olmayı sürdürecekleri ne iddia ne de isbat edilmiştir.

5. Elbette ki, koca eğer sadece hukuk tarafından korunmayan birtakım amaçlarla ortak yaşama dönmeye karar vermiş idiyse, bir "hakkını kötüye kullanma" davranışında bulunmuş olabilir. Hatta ilk derece mahkemesi yargıcının, kocanın iradesi içtenlikli ve ciddi midir hususunun pek az önem taşıdığını söylemesi fazla mutlak bir ifade olmuş ise de, hakkın kötüye kullanılmış bulunduğu asıl değildir [onu asıl saymayı gerektiren bir karine yoktur] ve eğer gerekirse onun varlığının [gerçekleşmiş olduğunun] kanıtlanması, temyiz dilekçecisine düşer.

6. Keza başka herhangi bir yola gitmeksizin, [boşanma hükmü yerine verilen] ayrılık hükmünün geçerliliğinin son bulmasını düzenleyen kuralları burada uygulamayı vermek de mümkün değildir; çünkü koruyucu önlemler cümlesinden olarak ayrı konutlar edinilmesine karar verilebilmesinin hukuksal koşulları ile, [boşanma yerine] ayrı

20 Burada kocanın, yargıç kararı ile eşinden ayrı yaşadığı süre içinde başka bir veya birkaç kadınla cinsel ilişki kurması mutlaka (yâni adamın eşinin müşterek hayata dönülmesini istiyor olmasına rağmen bile) ayrı yaşama kararından dönülebilmesi için neden olamaz demek isteniyor sanırım.

konutlar edinilmesine dair verilen hüküm sonrasında ortaya çıkan hukuksal koşullar birbirinden farklıdır. Bu son durumda, müşterek hayata yeniden dönmekle barışılması, gerçekte verilmiş olan bir hükmün sonuçlarını ortadan kaldırır; oysa birinci durumda, o [ortak yaşama dönerek barışma] geçici bir durumu düzenleyen bir kararın hükmünü felce uğratar.

No. 434 - 20 Mayıs 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 104)

Yazılı fesih beyanının sonuç doğuracağı an

[Çevirenin özetlemesi] Posta ile taahhütlü gönderilmiş, fesih beyanı içeren bir mektubun muhatabı, bu mektubun getirildiği [ve kendisi evde olmadığı için şimdi gidip postahaneden alması gerektiği] hakkında bildirim yazısının kendi mektup kutusuna bırakıldığı anda o mektubu almış sayılır, yeter ki kendisinin o mektubu almak üzere o gün postahane gişesine gitmesi ondan beklenebilir.

Not. Bizde, resmî tebliğler için, bu konuyu düzenleyen 7201 sayılı Tebligat Kanunu'nun m. 20, 21, 31, 32 kurallarının uygulanacağı açıktır.

No. 435 - 15 Temmuz 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 124-127)

CPCN m. 67/HUMK m. 72

Daha önceki bir duruşmada taraflar, şimdikiyle bağlantılı ve hâlen derdest olan bir diğer dâvanın sonucu beklenerek ona göre şimdiki dâvanın karara bağlanmasında mutabık kalmışlar ve bu mutabakat tutanağa geçirilmiş idiyse yargıcın bu mutabakata aykırı olarak ve üstelik tarafları yeni bir duruşmaya çağırmadan işi karara bağlamış olması usule aykırıdır, bozmayı gerektirir.

Çevirenin notu. Olayda, tarafların çocuğunun, evlilik birliğini koruyucu geçici önlemler cümlesinden olarak, bir tarafa verilmesi hakkında başka kantonda karar çıkmış; karar lehdarı Neuchâtel'de bunun icra dairesince yerine getirilmesi için oradaki usule göre ayrı-

ca Neuchâtel mahkemesinden (bir yabancı devlet mahkemesi kararının infazı söz konusu imiş gibi) tenfiz kararı alması gerektiğinden bu başvuruyu yapmış; ancak arada diğer Kantondaki mahkemeye kendi kararında değişiklik yapması için başvurulduğundan bunun sonucunun beklenmesinde taraflar Neuchâtel'deki duruşma sırasında mutabık kalmışlar; hal böyleyken Neuchâtel'deki yargıç diğer Kantondaki mahkemenin kararını beklemeden ve üstelik yeni bir duruşma için tarafları çağırmadan, kendisine başvuran tarafın istediği tenfiz kararını vermişti.

No. 436 - 27 Ağustos 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 128-131)

Çevirenin özetlemesi. Boşanma dâvasında kadın lehine kocaya yüklenen geçici nafaka ödeme yükümlülüğünde miktar belirlenirken, bu ödemelerden devletin alacağı vergiye ilişkin Neuchâtel özel mevzuatının kurallarını yargıcın göz önünde tutmayarak ve bunlara göre hesap yapmayarak karar vermiş olmasının bozmayı gerektireceği içerindedir. Daha önce de bazı kararlar dolayısıyla gördüğümüz üzere Neuchâtel'de nihaî nitelikte olmayan bu gibi kararlar da temyiz edilebilmektedir.

No. 437 - 27 Ağustos 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 132-133)

CPCN m. 69/HUMK m. 75 f. III

Çevirenin özetlemesi. Yargıç, bir delilin ibrazı gerekliliğine re'sen karar verebilir; ancak, böyle bir emri vermek mecburiyetinde değildir. Yargıç, taraflara yol göstermez. Kaldı ki eldeki dâva, yargıcın re'sen delil araştırıp getirtebileceği, mahkemenin aktifliği ilkesinin yürüdüğü istisnaî dâvalardan da değildir. Dolayısıyla yargıcın eldeki dâvada böyle bir ara kararı vermemiş olması keyfi ve hukuka aykırı değildir.

No. 438 - 6 Eylül 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 133-136)

İsvBK m. 184/TMK m. 182, İsvBK 363/TBK 355; İsvBK 368/

TBK 360

Henüz var olmayıp bir taslağa, bir krokiye veya iş sahibinin vereceği talimata uyularak imal edilecek mal için yapılan sipariş, bir istisna akdi için icap oluşturur.

Böyle bir ilişkide tazminat dâvası

Dayanaklar [maddî vakıalar ve olayın gelişmesi]

A. Önceden bir taslak sunmasının sonrasında, Lausanne'dan J. P. Augsburg, 1971 Mayıs'da, Neuchâtel'de yerleşik bulunan ancak Cheseaux'da bir mobilya mağazası işleten W. Loup'a, çizilen resme göre imal edilmek üzere, bir bölme möblesi [bölme duvarı işlevi de görececek bir möble] ismarlamıştır; bu möblenin uzunluğu 4 m., yüksekliği 2.40 m., derinliği 0.40 m. ve bedeli de 2 800 Frank olacaktır. Bu temelde, istenen möble Loup tarafından İspanya'daki bir müesseseye özel olarak sipariş edilmiştir.

Söz konusu möble, iki kapısı eksik halde, 1 Şubat 1972'de teslim edilmiştir. Augsburg, üç taksitte [toplam] 2 600 Franklık bir tutar ödemiştir. Ardından, nesnenin kusurlarını gündeme getirmiştir. Lausanne hâkimi tarafından, dâva öncesi delil tesbiti istemi üzerine görevlendirilen bir bilirkişi, möblenin ıslah edilmesi [kusurlarının giderilmesi] giderlerinin [beklenecek] maliyetini 1304 Frank olarak belirlemiştir. Augsburg tarafından ya möbleyi ıslah etmeye ya da bir tazminat ödemeye dâvet edilen Loup bu davranışlardan ne birini ne de diğerini kabul etmiştir [her ikisini reddetmiştir].

22 Mayıs 1973 günlü dâva dilekçesiyle, Augsburg Loup'nun kendisine [dâvacıya] faizler, dâva giderleri de eklenmek üzere, (1304 Franklık) ıslah giderlerini, böylece toplam 1688.60 Frank'ı, ayrıca da dâva öncesi delil tesbiti sürecinin harç ve giderlerini (234.60 Frank, dâva harçları için ve 150 Frank, bir iş takipçisinin işe karışması [bu işte hizmetini sunması] için) ödemeye mahkûm edilmesini istemiştir.

Dâvalı, cevap yazısının istem bölümünde istemin reddi, harçların ve dâva giderlerinin hasma yüklenmesi doğrultusunda hüküm verilmesi gerektiğini öne sürmüştür.

B. Neuchâtel Bölge Mahkemesi, 8 Temmuz 1974'de tebliğ edilmiş olan 5 Temmuz 1974 günlü kararı ile, Loup'yu Augsburger'e 800 Frank'ı, 19 Şubat 1973'ten başlayarak hesaplanacak % 5 faiz ile birlikte ödemeye mahkûm etmiş ve [dâvalıya ayrıca yüklenen] harç ve masraf arasında, dâva açılması öncesinde yürüyen delil tesbiti sürecinin giderlerinin dilekçeci tarafından peşin olarak ödenmiş harç ve giderini de göz önünde tutmuştur.

Özü itibariyle [esas hakkındaki] hüküm şöyledir: Sipariş bedeli ile yapılan ödeme tutarı arasındaki 200 Franklık fark, teslim edilmemiş kapıların değerinin karşılığıdır. [Diğer yandan] Kusurlar, vardır ve süresi içinde karşı tarafa bildirilmiştir. Her iki taraf satış sözleşmesine ilişkin hukuk kurallarına dayanmaktadır ve dâvacı (İsvBK m. 205/TBK m. 202'deki) *actio quanti minoris*'i [satılan ayıplı nesneyi alıyoyup değerinin eksikliği karşılığında bedelde indirim yapılmasını dâva etmek yetkisi; olayda, kendisi bedelin tümünü ödemiş olduğundan, indirilmesini isteyebileceği tutarın kendisine sebepsiz zenginleşme tazminatı olarak geri ödenmesi dâvasını açma yetkisi] kullandığını bildirmektedir. Değer eksikliği, nisbet gözetme yöntemine göre (bkz. ATF 81 II 207) hesaplandığında, *ex aequo et bono* [hukuka ve hakkaniyete göre; İsvBK m. 4/TMK m. 4] 800 Frank olarak belirlenebilir; bu belirlemede, bilirkişinin hesapladığı ıslah gideri tutarının yanı sıra, ticaretteki, kendini gösteren değer eksilmesinin genellikle [satın alınan ayıplı mal için harcanması gereken] ıslahat giderinden daha az olduğu telâkkisi de göz önünde tutulur²¹. [Bu yola gidilince, ayrıca] Tazminat alacağı doğmaz.

C. Loup, 18 Temmuz 1974 günlü temyiz dilekçesiyle, hükmün bozulması ve ilk kademe mahkemesi hükmünün istemin reddi doğrultusunda olması gerektiğinin böylece belirtilmesi için başvuruda

21 O telâkkinin gerekçesi şudur sanırım: kapıları eksik hâliyle piyasada 2 600 Frank değeri olan bir mal, diğer kusurlarını gidermek için de 1 304 Frank masraf edilmesi gerektiği açıkça belirtilerek satışa çıkarıldığında, o diğer kusurlar olmasaydı getireceği 2 600 Frank bedelin (yapılması gereken masraf mâliyeti olan) 1 304 TL kısmını aynen eksiltmeksizin, örneğin yalnız 800 Frank eksiltmeyle 1 800 Frank bedel istenerek satışa çıkarılmışsa, çoğu kez, onun kusurlarını tümüyle veya bir kısmı ile kabullenmeyi göze alan, ödeme gücü kısıtlı nice müşteri mala tâlip olabilir.

bulunmuştur. Gerekçe olarak, İsvMK m. 8/TMK m. 6, İsvBK m. 42/TBK m. 42, İsvBK m. 205/TBK m. 202, Neuchâtel Anayasası m. 61 ve CPCN m. 333/HUMK m. 338 kurallarının yanlış uygulanmış bulunduğu iddiasına dayanmaktadır. Ona göre, hâkim zararın tutarını *ex aequo et bono* [hukuka ve hakkaniyete göre; İsvBK m. 4/TMK m. 4] hükme bağlayamaz, çünkü onun bu hesaplamayı yapmasını mümkün kılacak vakıa malzemesi isbat edilmiş değildir, halbuki isbat edilebilirlerdi; [satılan] nesnenin kusursuz olarak taşıyacağı objektif değeri ve kusurlu hâliyle taşıdığı değeri isbat etmek dâvacıya düşerdi; bir zararın varlığının kabul edilmesi yeterince gerekçeye dayandırılmamış imiş ve hâkim, delilden yoksun vakıaları sâbit saymakla hukuku çiğnemiş imiş.

Gerekçe

İstemin hukukî nitelemesini hâkim re'sen inceler [yapar] (CPCN m. 70/HUMK m. 76).

Olayda, taraflar arasında yapılmış sözleşme, satış sözleşmesinden çok, eser/istisna sözleşmesinin tanımlamasına uymaktadır; şu yüzden ki, çekişme konusu nesne sözleşmenin yapılması sırasında yoktu, o nesne iş sahibinin onayladığı bir taslak ve bir çizimle belirlenmiştir ve nihayet, bu sonuncu kişinin ısmarlaması üzerine ve onun verdiği tâlimâtın yerine getirilmesi suretiyle imal edilmişti (şimdiki mahkemenin Précimax Anonim Şirketi'nin Romaine Anonim Şirketi'ne karşı açtığı dâvada verdiği 6 Eylül 1955 günlü karar; Federal Mahkemenin SJ 1973 s. 1 vd.'daki kararı ve orada yapılan yollamalar).

Oysa ki, bir satış sözleşmesi yapılmış bulunması hâlinde hukukun öngördüğü durumun tersine, İsvBK m. 368/TBK m. 360 f. II, iş sahibine, eğer müteahhit kusurun ıslah edilmesini reddediyorsa -ki olayda, 6 Kasım 1972 günlü ihtardan sonra, şimdi temyiz dilekçesi verenin [dâvalı müteahhidin] yaptığı bu olmuştur-, *actio quanti minoris* [satılan ayıplı nesneyi alıkoyup değerinin eksikliği karşılığında bedelde indirim yapılmasını dâva etmek yetkisi] yanında, iş sahibinin bu hâlden dolayı kendisi için ortaya çıkmış zararın tazminini is-

temek yahut da ıslah işinin bir üçüncü şahıs tarafından yapılmasının mâliyet masrafını istemek yetkisini tanır (ATF 96 II 351).

Böyle olunca, dâvacıya, resmî bir bilirkişi tarafından belirlenmiş olan ıslah mâliyeti miktarından daha azı için hüküm vermekle, hâkim hukuku dâvalı aleyhine olarak çığnemiş değildir [tersine onu koruyucu hüküm vermiştir]. Hüküm temyiz dilekçecisine zarar vermediğine göre hâkimin kararının başka [hukukun öngördüklerinden başka] gerekçelere dayanması önem taşımaz [ve bozma nedeni olmaz, çünkü bozma isteminin dinlenme şartı olan, bozma isteyenin hukuksal çıkarı olayda yoktur].

No. 439 6 Eylül 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 137-139)

İsvBK m. 340 vd./TBK m. 333 vd.

Bir kadın kuaförüne, rekabet yasağı şartı yüklenebilir mi ?

Gerekçeden seçme:

B. 2) Temyiz dilekçecisi, kendisinin eski bir çalışanıyla [şimdiki dâvalı ile] yapılmış sözleşmede bulunan rekabet yasağı kuralının çığnemesi yüzünden uğradığı zararın tazminine hüküm versin isteğiyle başvuru mahkeme onun istemini reddetti ve gerekçe olarak da sözleşmedeki o şartın geçersizliğine dayandı diye yakınmaktadır [geçersizliğin kabul edilmiş olmasına bozma sebebi olarak dayanmaktadır]. Dilekçeci bu hüküm verme tutumunda hukukun yanlış uygulanmasını ve bir hukuk hatası görmektedir (CPCN m. 393 bent a/HUMK m. 428 bent 1; İsvBK m. 20/TBK m. 20, İsvBK m. 340 vd./TBK m. 333 vd.) ve mahkememizin hükmü bozarak dâva dosyasını uygun göreceği bir başka mahkemeye göndermesi istemini öne sürmektedir.

C. 4) Bozulması istenen hükümden belli olmaktadır ki ilk derece mahkemesinin yargıçları, bir kadın kuaförüne yüklenmiş rekabet yasağı şartının hukukun beklentilerine uymadığı ve hukuka aykırı, geçersiz sayılması gerektiği görüşündedirler. Onların anlayışına göre, eğer birtakım müşteriler dâvacıdan ayrılıp rekabet yasağı yüklenmiş [Vincenzi adlı] kişinin şimdiki işverenin işyerinde saçlarını

yaptırmağa gitmişlerse bu hiç kuşkusuz Vincenzi'nin niteliklerini ve kişisel yeteneklerini takdir ettikleri içindir. Böyle olunca, onların böyle yapmasından dolayı temyiz dilekçecisi zarara uğramış olsa da o hâlin otaya çıkması, söz konusu kişinin bir rakip kuaför tarafından kendi çalışını edinilmiş olması vakiasından çok daha fazla, o kişinin [dâvacının işyerinden] ayrılıp gitmiş olması vakiasının sonucudur.

D. 5) İşte bu noktada, temyiz dilekçecisi [ilk derece mahkemesinin düşüncesine] itiraz ederek, kendisinin, bizzat çalışıyor olmanın bir işveren durumunu ileri sürmekte ve sözü geçen kişiyi hem işletmede ikinci patron durumuna getirdiğini hem de kuaför salonunun baş kuaförü yaptığını vurgulamaktadır. İşte bu sayede o kişi devamlı müşterileri tanımak, onların huyunu suyunu öğrenmek imkânını bulmuştur ve bu hal de sonuç olarak onun ayrılıp gitmesi üzerine, temyiz dilekçecisinin iyi müşterilerinden birçoğunun, onun için önemli zarara yol açacak surette, ayrılmasına yol açmıştır. Böyle bir durumda, sâdece Locle kentine hasredilmiş olarak getirilen “bir yıl geçinceye kadar rekabette bulunma yasağı”nın taraflar arasında yapılan iş sözleşmesine konması²², bir gereksinmeyi karşılamakta idi. Hukuka uygun ve geçerli idi; İş Mahkemesinde de böyle olduğu kabul görebilir idi.

E. 6) Rekabet yasağı şartının geçerli mi geçersiz mi olduğu, şimdiki mahkemenin çözmesi gereken tek sorundur. İlk derece mahkemesi yargıçlarının belirttiği görüşün tersine olarak, kuaförlük mesleğinde bir rekabet yasağı şartı getirmenin hiçbir zaman mümkün olmadığı söylenemez. Her olay kendi başına incelenmek gerekir. Ayrıca, [onu sınırlayacak yolda rekabet yasağı şartı konan] işçinin müşteriler çevresiyle ilişkisinin belirlenmesi gerektiği de [şimdi] belirtilmelidir. Öyle anlaşılıyor ki, mesleğin fiilen icrasını Vincenzi yaklaşık bir on yıl boyunca onun yerine işletmedeki tek kadın kuaförü olarak ve önemli sorumluluklar yüklenip müşteriler toplumu işe doğrudan doğruya kendisi temasta bulunarak kendi üstlendiğinden beri, temyiz dilekçecisi, bizzat meslek icra etmiyordu. Böyle olun-

22 Bu kuralın sözleşmeye konması, işçinin işe girişi sırasında değil, yakın zamanda, onun ayrılışından önceki bir yıl içinde yapılmış olmalı; çünkü biraz aşağıda göreceğiz ki işçi o işyerinde 10 yıldan beri çalışmakta imiş.

ca, böyle bir halde işçinin, eğer müşteri toplumu doğrudan doğruya işverenin şahsına bağlı idiye, müşteri toplumu hakkındaki bilgisini [işverene] zarar verecek yolda kullanmış sayılması gerekir gerekmediği konusunda federal yargının içtihatlarını mutlak olarak eldeki olaya uygulamanın doğruluğu tartışma götürür. Bunun gibi, bir asliye hukuk mahkemesinin eski bir kararına (RSJ 32 s. 32'de No. 8) yollama yapılması, sorunu çözümleyici görünmüyor, çünkü oradaki olayda işverenin kendisi bir kadın kuaförü idi.

Keza, işçinin, müşteri toplumu ve onun kendine özgü alışkanlıkları hakkında bilgi sahibi olması durumunda [iş sözleşmesine] bir rekabet yasağı şartı konmasına engel bulunmadığı görüşü (Oser/Schönenberger, m. 356 açıklamalarında No. 13), müşteri toplumu bizzat işçi tarafından işletmeye kazandırılmış olması durumunda da geçerli midir konusu (ATF 91 II 379=JdT 1966 s. 322 vd.) üzerinde de düşünölmek gerekir.

Olayda, işçi [Vincenzi], müşteriler toplumu hakkında edinmiş bulunduğu bilgiyi eski işvereni zararına olarak kullanmak imkânına belki de sahipti, çünkü müşteriler, eğer o [işletmede] tek kuaför idiyse -hiç değılse bir kısmı bakımından- onun şahsına bağlanmış olabilirler ve o, eski müşterilerinden bir kısmını, yeni işverenin pek uzakta olmayan yeni işyerine çekebilir idi. Bütün bu sorunların [ilk derece mahkemesi tarafından] ön sorun olarak ve hatta sözleşmede öngörölmüş rekabet yasağı şartının geçerli mi geçersiz mi olduğu konusunda karar verilmeden önce, çözüme bağlanması gerekirdi.

No. 440 13 Eylül 1974 (RJV c. VI, 1. Kısım, s. 141-142)

CPCN 87/HUMK 93

Feragat, CPCN 87/HUMK 93'deki şekil şartlarının dışında, örneğin dâva sonundaki lâyihada (CPCN 317/HUMK 375) yapılmış da olsa, Medenî Hukuk bakımından etki doğurur ve feragat edeni bağlar.

Gerekçeden seçme:

Tahkikatın bitimindeki lâyihada, lâyihayı veren, temerrüt faizi-

nin “dâva dilekçesinde yanlışlıkla söylendiği gibi 1 Kasım 1968’den başlayarak değil de”, 10 Ekim 1970’den başlayarak hesaplanması gerektiğini kabul etmiştir. Bu beyan, bir feragatin yapılmış sayılması için gerekli şekilde uyularak yapılmış bulunmasa da, Medenî Hukuk bakımından, beyanda bulunan kişiyi bir o kadar bağlar (İsvBK m. 115)²³. Bu yüzden, faizin başlangıç tarihi olarak, şimdi temyiz dilekçesi veren tarafın istediği üzere, 10 Ekim 1970 tarihine itibar olacaktır.

No. 441 17 Eylül 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 142-144)

CPCN 67/HUMK 73, CPCN 462/HUMK 511

Yargıç, yapılmış bir usul yanlışlığını düzeltmek üzere tahkikat aşamasını yeniden açarsa, sürecin hasımlı niteliğini korumalıdır (hasımlı olarak yürütülmesine özen göstermelidir).

[Olayın özeti, çeviren tarafından.] İtirazın kaldırılması duruşması için her iki tarafa tebliğ yapılmıştı; ancak borçlu duruşma salonunun kapısında değil bekleme odasında beklemekteydi. Yargıç, tarafları çağırmasını mübaşirden istediğinde, bu kişi salonun yakınındaki bekleme odasına gitmeden, koridorda seslenmekle yetindi. Tâkip alacaklısının avukatı duruşmaya girdi; hâkim onu dinledikten sonra tahkikat aşamasının bittiğini bildirdi ve kararını evrak üzerinde vereceğini söyledi. Duruşma bittikten ve alacaklı vekili gittikten

23 İbra ile borcun düşeceğini söyler ve pek doğal, ayrıca kanunda belirtilmesine gerek olmayan bir hukuk kuralını ifade eder sayıldığından, bize alınmamıştır (Velidedeoğlu, Türk Medenî Hukuku, Umumî Esaslar, 1959 basımı, s. 152 sonu ise “maddenin alınmamasının zühulden başka bir sebebi olmasa gerektir” diyor). Ancak önemle vurgulamak gerekir ki, ibra tek yanlı olmaz, açık veya zımnî kabule (BK m. 6) bağlıdır. Kuşkusuz, alacaklının ibra beyanını öğrenen borçlunun bunu reddetmemesi, BK m. 6 karşısında, zımnî kabul yerine geçer. Ancak, kararın ele aldığı olaydaki gibi bir durumda, ibra beyanı anlamında yorumlanabilecek ifade içeren layihanın muhatabı taraf, buna hiç değilse HUMK 375’e göre yargıcın belirlediği süre içinde verdiği cevapta, ibrayı kabul etmediğini bildirirse ibra yapılmış olmaz. Bu yüzden, Medenî Hukuktaki ibra ile Yargılama Usulü Hukukundaki “istemden feragat” birbirinden çok önemli fark gösterir çünkü feragatin Usul Hukukundaki sonuçlarını doğurması hasmın kabulüne bağlı değildir.

sonra borçlunun kendisi geldi, bekleme odasında olduğu halde çağrılmadığını, halbuki belge ibraz edeceğini söyledi. Yargıç, alacaklı taraf yokken duruşmayı yeniden açtı, onu dinledi ve sunduğu belgeleri alıp dosyaya koydurttu. İtirazın kaldırılması isteminin reddi kararını vermiş olmalı ki, bu kararı alacaklı temyiz etti ve kendisinin dinlenme hakkının çiğnendiğini belirterek hükmün bozulmasını istedi. Görüldüğü üzere Temyiz Mahkemesi Hukuk Kısmı kararı onun istemini kabul etmektedir.

No. 442 27 Eylül 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 144-146)

[İsvBK'na, bizim ondan alıntılama yaparak kendi BK metnimizi kabul etmemizden sonra satım sözleşmesi ile ilgili bölüme konmuş bazı maddelerin (227 b ile 227 f) uygulanmasına ilişkindir].

No. 443 14 Kasım 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 158-162)

CPCN 212 ve 214/HUMK 238 ve 240

İkrar zimnî olamaz ve ancak açıkça doğruluğu kabullenilmiş bir iddia [HUMK m. 238 anlamında ihtilâfsız vakıa durumuna gelmiş olur; böylesi için delil ibrazı gerekmediğinden] sübut bulmuş hükmünde olur

Yargıç, hâsıl ettiği kanaati birçok belirtinin varlığına dayandırabilir; bunların ulaşacağı sayı bakımından tarafların dâva içindeki tutumu bir rol oynayabilir.

Gerekçelerden seçme:

C. 3) İlk kademe mahkemesinin yargıcı aşağıda belirtilen kanaate varmıştır:

a) 8 Mart 1973 akşamı, Emile Baechler, Bevaix'deki Willy Prêtre yolunda direksiyon başında otomobiliyle giderken, birdenbire, yolu sağdan sola doğru geçmekte olan bir tavşan, karşısına çıktı. Ona çarpmamak için direksiyonu sola doğru sertçe kırdı. Aracı yol yanındaki yükseltiye çıktı ve devrilerek tepe takla oldu. Otomobilin onarımı 1 706.30 Frank'a mâl oldu.

b) Söz konusu aracı “Kısmî kasko” sigortasıyla güvenceye alan “L’Assurance la Zurich” [Şirketi], zarar tutarını kabul etti [ona itiraz etmedi], ancak hayvanla otomobilin çarpışması diye bir olay gerçekleşmediğini ileri sürerek, ödeme yapmayı reddetti.

c) Aracı 10 Mart 1973 günü inceleyen sigorta eksperleri Grossen, ne herhangi bir hayvandan gelme kan izleri ne de tüy buldu.

d) Açılan dâvanın tahkikat aşamasında, tavşan ile Baechler’in otomobili arasında bir temas [değme, çarpma] gerçekleştiğini kabul etmeye elverişli bulgu ortaya konmadı.

e) Kısmî kasko sigortalarının [tip sözleşme türündeki metninde] genel şartlara göre, sözleşme, av hayvanlarının araçta yol açacağı zararı karşılar; böylece anlaşılması gereken, “kamu için trafik kullanımına açık bir yolda sigortalı araçla av hayvanının çarpışması sonucu olarak ortaya çıkan zarar” dır (bkz. orada m. 15).

f) Olayda, [hüküm mahkemesinin kabulüne göre] gerçekleşen olay hiç kuşkusuz sigorta sözleşmesinin, gerçekleşmesi hâlinde ortaya atacağı sonuçların riskini karşılamak amacı güttüğü olayların niteliğindedir; böyle olunca elbette sigorta şirketi talep edilen zarar ödemesini üstlenmelidir.

g) Bu nedenle şirket dâvacıya 1706.30 Frankı, 7 Nisan 1973 gününden başlayarak hesaplanacak % 5 faizi ile ödemeye mahkûm edilmelidir; yargılama harçları 219.50 Frank ile yargılama giderleri olarak 250 Frank da ona yüklenmelidir.

D. 4) Temyiz dilekçecisi [dâvalı sigorta şirketi , bozma isterken] özetle şunlara dayanmaktadır:

- Vekili hiçbir zaman sigortalının bir tavşanla karşılaştığını kabul [ikrar] etmemiş idi [dolayısıyla mahkemece olayın tavşan yüzünden gerçekleştiğinin kabul edilmesi ne bir delile ne de ikrara dayanmaktadır];

- Sigorta sözleşmesinde genel şartlar’ın 15. maddesi açıktır; onun yorumlanmaya ihtiyaç gösterir yanı yoktur;

- Sigorta sadece av hayvanı ile *çarpışma* sebebine ortaya çıkmış zararı karşılamaktadır;

- Çarpışma gerçekleşmediği takdirde sigorta sözleşmesinin uygulanması söz konusu olmaz;

- Üstelik, sigorta sözleşmesinin uygulanması için, av hayvanıyla çarpışma, kamu için trafik kullanımına açık bir yolda gerçekleşmiş olmalıdır, bu gerekliliğin yerine gelmiş bulunduğunu hükme bakarak anlamak olanağı yoktur [hüküm bu istem temelinin gerçekleşip gerçekleşmediğinin tesbitini ihmal etmiştir].

E. 5) Bunlara, tebliğle çağrılan hasım taraf şu cevapları vermektedir:

- Vekili, sigortalı kişinin [dâvacının] bir tavşanla karşılaştığını ne kabul etmiş ne de reddetmiştir iddiasını öne sürmekle, temyiz dilekçecisi, yalan beyanda bulunmuştur.

- Esasa gelince; verilen hüküm, sigorta sözleşmesinin amacını göz önünde tutmuştur [ve böylece doğru yorum yapmıştır];

- Hüküm, sigorta sözleşmesinin genel şartlarını [o başlık altındaki maddelerini] güven ilkesi'ne göre yorumlamıştır;

- Polisin gelip olayla ilgilenmesi vakıası, kullanılmış yolun kamu kullanımında yol niteliğinde olduğunu yeterince açık biçimde kanıtlamaktadır;

ve bunlara dayanarak temyiz başvurusunun reddini, harçların ve giderlerin hasma yüklenmesini talep etmektedir.

F. 6) Tavşanla karşılaşıldığının kabul [ikrar] edilmiş olmamasından çıkarılan dayanakla ilgili olarak, şunu belirtmek gerekir ki Neuchâtel Medenî Usul Hukukunda (gıyapta yapılmış olması durumu hâriç) adlî ikrar [HUMK m. 238 f. II'deki ikrar] zımnî olamaz ve sadece açıkça gerçekliği tanınmış bir iddia sâbit [HUMK 238 gereğince, çekişmesiz olmak itibarıyla, hakkında delil sunulması gerekmeyen, delille isbatlanmış hükmünde] sayılabilir. Bu durum yoksa, o iddia edilmiş vakıa isbata muhtaçtır (CPCN m. 212/HUMK m. 238; RJN 3 I 95, 5 I 104).

Ne var ki, delillerin serbestçe takdir edileceği ilkesi [HUMK m. 240] gereğince, yargıç, [oluşturduğu] kanaatini bir belirtiler bütününe varlığına dayandırabilir; bunların ulaşacağı sayı [hangi belirtilerin o kanaate dayanak olabilecek nitelikte olduğunun belirlenmesi] bakımından tarafların dâva içindeki tutumu bir rol oynayabilir. Olayda, ortaya konan belirtiler, yargıcın, keyfi davranmak durumuna düşmeden, sigortalının anlattığı vakıaların varlığını kabul etmesine olanak vermiştir²⁴.

7) Kanunun yanlış uygulanmış bulunduğu söylenmekle çıkarılmak istenen istem [bozma istemi] dayanağına gelince; sigorta sözleşmesinin genel şartları [o başlık altındaki kuralları] açıktır. Daha özellikle, bunlar içindeki m. 15, ilk derece mahkemesi yargıcının ona yakıştırmak istediği yorumu kaldıramaz. Hukuk uygulamasıyla hiç ilgisi olmayan bir kişinin bile gözüne zıplar[casına çarpar] ki, sadece “bir çarpışma sonucu oluşan zararlar” sigortaca karşılanmaktadır. Oysa, hatta sigortalının [dâvacının] kendisi de ikrar etmektedir ki, bir çarpışma olmamıştır: “Bir tavşan otomobilimin önünde sıçradı”; zarara yol açan olayı anlatırken kendisi böyle yazmıştır. Bu koşullar altında, sigorta [şirketi], sigortalının uğradığı zararı yüklenmeye zorlanamazdı. Tersine karar vermekle, ilk derece mahkemesi yargıcı hukuku [aradaki sözleşmenin kuralını] yanlış uygulamıştır ki bu da hükmün bozulmasına yol açmak gerekir; temyiz dilekçecisinin öne sürdüğü sonuncu dayanağın [kazanın gerçekleştiği yol, kamusal kullanım yolu mu idi, bunun tesbiti yapılmamıştır dayanağının] incelenmesine artık gereksinme yoktur.

G. 8) Şimdiki mahkemenin dosyayı bir başka yargıca göndermeden kendisinin [değiştirip düzelterek onama denen yolla, HUMK m. 438 f. VII; Neuchâtel’de de CPCN m. 410 buna olanak veriyor]

24 Türkiye’deki uygulama da, Yargıtayın, yargıç tarafından yapılmış delil takdirine ilke olarak karışmaması yani her mantık sahibi kişiye ters gelecek münasebetsiz bir delil takdiri yapılmış olmadıkça, delil takdiri hatalıdır diye hükmü bozmaması doğrultusundadır. Gerçekten HUMK m. 240, yargıcın delilleri serbestçe takdir edeceğini söylerken, belli ki “taraflar buna karışamaz” demek istemiş değildir, “delillerle doğrudan teması yargıç kadar yakından olmayan Yargıtay bu konuda kendi değerlendirmesini yargıcın değerlendirmesinden daha üstün tutmalıdır” demek istemiş olmalıdır.

hükme bağlaması için [yasada] aranan durum, vardır; çünkü dosya [daki bilgiler] buna olanak vermektedir. Sigortaların [sigorta şirketlerinin yaptığı tip sözleşmelerin] genel hükümleri [o başlık altındaki kuralları], av hayvanıyla çarpışma durumu dışında temyiz dilekçesinin zararı yüklenmesi borcunu mutlak surette dışta bıraktığından [kabul etmediğinden], E. Baechler'in [dâvadaki] istemi red edilmelidir.

No. 444 - 9 Aralık 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 163-166)

CPCN m. 522 vd./HUMK 561 vd.

Bu kurallar, müşterek mülkiyet altındaki bir malın bölüştürülmesi dâvasını düzenler.

Taraflar arasında bir müşterek mülkiyet ilişkisi dâvacı tarafından iddia edilmekle birlikte, çekişmeli ise yargıç [bekletici sorun yapma ara kararı vererek] dâvacıyı bu sorunu olağan yargılama usulü ile çözdürmeye [müşterek mülkiyetin varlığını tesbit edici hüküm almaya] gönderir ve taksim dâvasının görülmesine ara verir.

[Olayın özeti-Çeviren] M, Van Gogh'a ait olduğu iddia edilen bir tablonun V ile müşterek maliki olduğunu iddia ederek bu tablo için müşterek mülkiyetin giderilmesi dâvası açmış; V ise tablonun tek başına mâliki olduğunu öne sürmüştü, mahkeme görevsizlik kararı vermişti [bizde de taksim dâvası m. 8'de II/2 gereğince Sulh Hukuk Mahkemesinde açılır, oysa tek başına mülkiyet var mı yok mu, bunun tesbiti dâvası görev konusundaki genel hükümlere tâbidir yâni görev malın değerine göre belirlenir ve bir Van Gogh tablosu için görev hiç kuşkusuz Asliye Hukuk Mahkemesinde olacaktır]. Mahkemenin görevsizlikten dolayı red kararı temyiz edilince, Neuchâtel Temyiz Mahkemesi Hukuk Kısmı yukarıdaki kararı vermiştir. Bizde de aynı çözüm uygulanmalıdır. Aksi takdirde, yâni Sulh Hukuk Mahkemesi hemen görevsizlikten dolayı red kararı verirse, Asliye Hukuk Mahkemesi müşterek mülkiyetin varlığını tesbit eden kararı verince, Sulh Hukuk Mahkemesi'nde yeniden taksim dâvası açılması gerekecektir.

No. 445 - 17 Aralık 1974 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 172-174)

CPCN m. 395 [Temyiz başvurusunun yapılma yeri ve süresi; HUMK m. 421, 432'den farklıdır; ancak aşağıdaki çözüm bizim hukukumuz bakımından da geçerlidir]

Yanlış mercie verilmiş bir temyiz dilekçesi o merci tarafından re'sen Temyiz Mahkemesine gönderilmez; eğer temyiz süresi bittikten sonra Temyiz Mahkemesine ulaşırsa geç verilmiş hükmündedir [ve temyiz hakkı düşmüştür].

[Olayın özeti, çeviren] Neuchâtel Kantonu içinde La Chaux-de-Fonds kasabasının, İcra Mahkemesi (İcra Tetkik Mercii) işlevini de gören ve daha çok bizdeki Sulh Hukuk Mahkemesi işlevinde olan Bölge Mahkemesinde (Tribunal de District) 8 Kasım 1974 günü bir "İtirazın kaldırılması isteminin reddi" kararı verilmiştir. Hüküm 11 Kasım'da tebliğe gönderilmiş, tâkip alacaklısı Minerva AŞ tebliği 12 Kasım'da almıştır. Şirket adına (herhalde hukuktan anlıyorum sanan bir muhasebeci tarafından) yazılmış bir dilekçe 15 Kasım günü hükmü veren mahkemeye sunulmuştur (Neuchâtel'de CPCN 395 gereğince temyiz dilekçesi Temyiz Mahkemesi Hukuk Bölümüne, hak düşürücü 10 günlük süre içinde sunulmak gerekir; süre hüküm yüze karşı açıklanmışsa o açıklama gününden, tebliğ edilmiş ise tebliğ gününden başlar); bu dilekçede şirketin hükmü temyiz ettiği bildiriyor ve ondan dönülüp yeni hüküm verilmesi isteniyordu. Şirketin Avukatı sonradan durumu öğrenip 28 Kasım günü Temyiz Mahkemesine dilekçe gönderdi ve ilk derece mahkemesine verilen dilekçeyi temyiz başvurusu hükmünde saymasını istedi. Temyiz Mahkemesi istemi, süre geçirildiği için, yâni kendisine dilekçe verilmesi 12 Kasım'daki tebliğden sonra 10 günlük süre, tebliğ günü sayılmayarak, 22 Kasım günü çalışma saati sonunda olduğu halde, 28 Kasım'da verildiği için, reddetmiştir.

No. 446 - 10 Ocak 1975 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 176-177)

CPCN 107/Tebliğat Kanunu m. 8 f. I cümle 1 ve CPCN 459/
HUMK 508

[Dilekçenin imzalı ikinci nüshası yerine fotokopisinin tebliğ edilmiş olmasının sonucu]

[Özet-Çeviren] İtirazın kaldırılması yargılamasında da basit yargılama usulü uygulanır ve HUMK 508'e göre bu yargılamayı başlatmak için iki nüsha olarak dilekçe verilmesi gerekir. Dilekçe tek nüsha verilmişse mahkeme yargıcı başvurucuya eksiği gidermesi için kısa bir süre vermeli, o ikinci nüshayı alınca onu dâvalıya [takip borçlusuna] duruşma çağrısı ile birlikte göndermelidir. Olayda ise dilekçenin verildiği (İcra Tetkik Mercii/İcra Mahkemesi işlevi de gören, daha çok Sulh Hukuk Mahkemesi durumundaki) Tribunal de District/Bölge Mahkemesi'nin kalemi tek nüshanın bir fotokopisini çıkarıvermiş ve tâkip borçlusuna onu göndermiştir. Verilen "itirazın kaldırılması" kararını temyiz eden borçlu yapılan tebliğ işleminin geçersiz olduğunu öne sürerek kararın bozulmasını istemektedir. Temyiz Mahkemesi Hukuk Bölümü, dilekçenin imzalı bir ikinci nüshasının değil de fotokopisinin tâkip borçlusuna gönderilmesi yüzünden onun savunma olanaklarının hiçbir biçimde kısıtlanmadığına işaret ederek yapılan bozma başvurusunu menfaat yokluğu [doğrusu: hukuk gözünde korunmaya değer yararın yokluğu] gerekçesiyle reddetmiştir.

No. 447 - 17 Ocak 1975 (RJN c. VI, 1. Kısım, s. 178-186)

CPCN 70/HUMK 76, İsvBK 18/TBK 18, İsvBK 226/TBK
222

Dâvanın gıyapta [taraplardan birinin gıyabında] yürütülüyor olması durumunda bile, hâkim hukuku re'sen uygular.

Sıradan kiralama gibi gösterilmiş, kiralayıp [kiralananı başkasına] satma sözleşmesi. Taksitle satış sözleşmesine benzetme.

Vakıalar:

A. 21 Mart 1972'de, Boudry, Vermondins No. 22 adresindeki René Nydegger, Jeanneret ve Ortakları Anonim Şirketi'nin işyerinde, aşağıdaki kayıtları içeren bir teslim/tesellüm pusulası imzalamıştır:

1 Philips 723 TV	1 390.00 Frank
1 PTT pulu	10.00 Frank
1 Çevirici	15.00 Frank
2 Ekleme bileziği	2.80 Frank
Sözleşme	30.00 Frank
A.B.	360.00 Frank

	1 807.80 Frank

Sözleşmeyi yapmak için Cumartesi uğrayacak.

59.30

Kısa süre sonra, René Nydegger (tarihsiz olarak) bir kiralama sözleşmesi imzalamıştır; sözleşme metni basılı olarak tip sözleşme biçiminde Jeanneret ve Ortakları AŞ tarafından hazırlanmış olup boş bırakılmış yerleri daktilo makinesi yazısıyla doldurulmuştur ve bu belgeye “Kiralama Sözleşmesi” başlığı konmuştur; Jeanneret ve Ortakları AŞ kiralayan olarak ve Nydegger de [dikkat: kiralayan değil] teslim alan diye nitelenmiştir. Belgede şu yazılar da vardır: “Sığorta değeri: 1 807 Frank” ve “Aksesuarlar [ek olarak sağlananlar anlamında]: PTT pulu ve bakım hizmeti”. Sözleşmeye göre, aylık kira bedeli 59.30 Frank, 1 Nisan 1972’den başlayarak [her ay] peşin ödenecektir; sözleşmenin süresi 6 ay olarak öngörülmüştür; sözleşme üç ay öncesinden yazılı ihbarda bulunmakla feshedilebilecektir ve bu fesih yapılmadığı takdirde zımnen her üç aydan üç aya yenilenmiş olacaktır [her bir yenilemede yeni süre üç aydır]; PTT’nin alacağı verginin ödenmesi malı teslim alana düşmektedir ve bu kişi borcunun güvencesi olmak üzere aylığını temlik etmekte idi [ifade aynen böyle: *cédait son salaire en garantie de sa dette*]²⁵. Boş yerleri doldurulacak biçimde hazırlanmış basılı belge, [doldurulup taraflarca imzalanınca] ilk taksitin ödenmiş bulunduğu makbuzu ye-

25 Bu ifadeyi, “aylığın her ay 59.30 Franklık bölümün alacaklı tarafından peşin ödeme yerine alınması için o aylık kısımlarını şimdiden alacaklıya temlik etme” anlamında yorumlamak doğru olur.

rine de geçecekti; ayrıca, Neuchâtel'deki Banque Courvoisier AŞ lehine bir temlik bölümü de içermekteydi: "Aşağıda imzası bulunan kiralaayan, şimdiki belgeyle, nesne üzerindeki mülkiyet hakkını ve keza bu kiralama sözleşmesinden doğan bütün haklarını ...[o bankaya] temlik eder ve bu alacağın varlığına ve ödenmesine kefilliği üstlenir"; bu bölüm [dahi] Jeanneret ve Ortakları AŞ temsilcisi tarafından imzalanmıştı.

Bu sonuncusu [Jeanneret ve Ortakları AŞ] sözleşmeden doğan haklarını Banque Courvoisier AŞ'ne temlik etti, o da TV cihazının bedeline eşit tutarda parayı kredi olarak berikine ödedi.

B. Nydegger kararlaştırılmış kira bedelini ödemekte gecikti; başlangıçta gecikmesi yaklaşık iki ayı buldu, bu da Courvoisier AŞ Bankasının olağan ihtarlarına yol açtı. Ekim 1973 kirası için düşünülen gecikme üç ay ve Şubat 1974 kirası için düşünülen dört ay oldu.

6 Mayıs 1974'de Courvoisier AŞ Bankası, Nydegger'in borç ödemezliği karşısında, sözleşmeyle edindiği hakları Jeanneret ve Ortakları AŞ'ne iade etti [onunla yaptığı sözleşmeyi feshetti] ve ona 1 088.75 Frank borç çıkardı (yâni, sigorta değeri 1807 Franktan, kendisine ödenmiş 1087 Frankı düştü ama bakiye 720 Frank'a henüz ödenmemiş kira bedeli 368.75 Frankı ekledi, böylece talep ettiği alacak 1 088 75 Frank oldu).

[Olayın gelişmesinde daha sonraki aşamalar-Çevirenin özetlemesi]

Jeanneret ve Ortakları AŞ, Nydegger'i dâva etti, şunları istedi:

1. Ödenmemiş kira bedelleri tutarı 770.90 Frank'ın ve % 5 gecikme faizinin dâvalıya ödetilmesine hüküm verilmesi.

2. Dâvalıya 180 Frank tazminat ödetilmesi (bu istem sözleşmedeki özel bir cezaî şart koşuluna dayanıyordu).

3. Kiralanmış TV cihazının derhal iadesine dâvalının mahkûm edilmesi.

4. Dâvalının dâva harç ve giderlerini ödemeye mahkûm edilmesi.

Dâvalı dâva dilekçesine cevap vermediği gibi, çağrıldığı halde duruşmaya gelmedi ve bizde de vaktiyle uygulanan, onlardaki yasal düzenleme gereğince gıyap kararı kesinleşti, artık duruşmalara katılmak hakkını yitirdi.

Boudry Bölge Mahkemesi dâvayı karara bağladı ve dâvalıyı ödenmemiş kira bedeli tutarları toplamı 720 Frankı faiziyle ödemeye mahkûm etti, diğer istemleri reddetti, dâva harç ve giderlerini taraflar arasında bölüştürdü. Mahkemenin kararına göre “kira sözleşmesi”nde muvazaa vardı, asıl irade TV cihazının mülkiyetini, kira bedeli denen ödemelerle 1087 Frank kararlaştırılan vadelerde ödenince dâvalıya kazandırmak idi. Hem bu satış bedeli bakiyesinin kendisine ödenmesini hem de malın iadesini dâva etmekle, üstelik bir de fâhiş tazminat istemekle dâvacı hakkın kötüye kullanılmasında bulunuyordu.

Dâvacı şirket hükmün bozulması için temyiz başvurusu yaptı. Temyiz Mahkemesi, başvuruyu reddetti. İlk kademe mahkemesinin, işin esası ve muvazaa konusundaki görüşlerini, İsvBK’na bizim alıntılama yapmamızdan sonra getirilen değişik yeni hükümler dolayısıyla ve onlara yollamalar yaparak haklı buldu. Bir de, dâvacı temyiz başvurusunda, özetle, “Yargıç dâvalının iddia etmediği bazı hukuksal dayanakları verdiği hükme esas almıştır ki bu hukuka aykırıdır” diyordu. Temyiz mahkemesi bu konuda şöyle dedi (özet): Hâkimin, varlığı dosyada görülen vakıaları re’sen göz önüne alması ve bunlarla ilgili hukuk kurallarını re’sen uygulaması doğrudur ve hukuka uygundur.



**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