

ISSN: 1303-4650

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ

JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW

VIII/1

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi

This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.

Cilt: VIII, Sayı: 1

Vol. VIII, No. 1

Yıl / Year: 2011



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

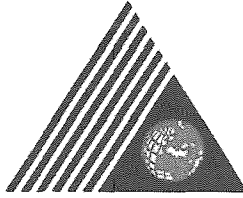
ISSN: 1303 - 4650

**YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ
DERGİSİ**

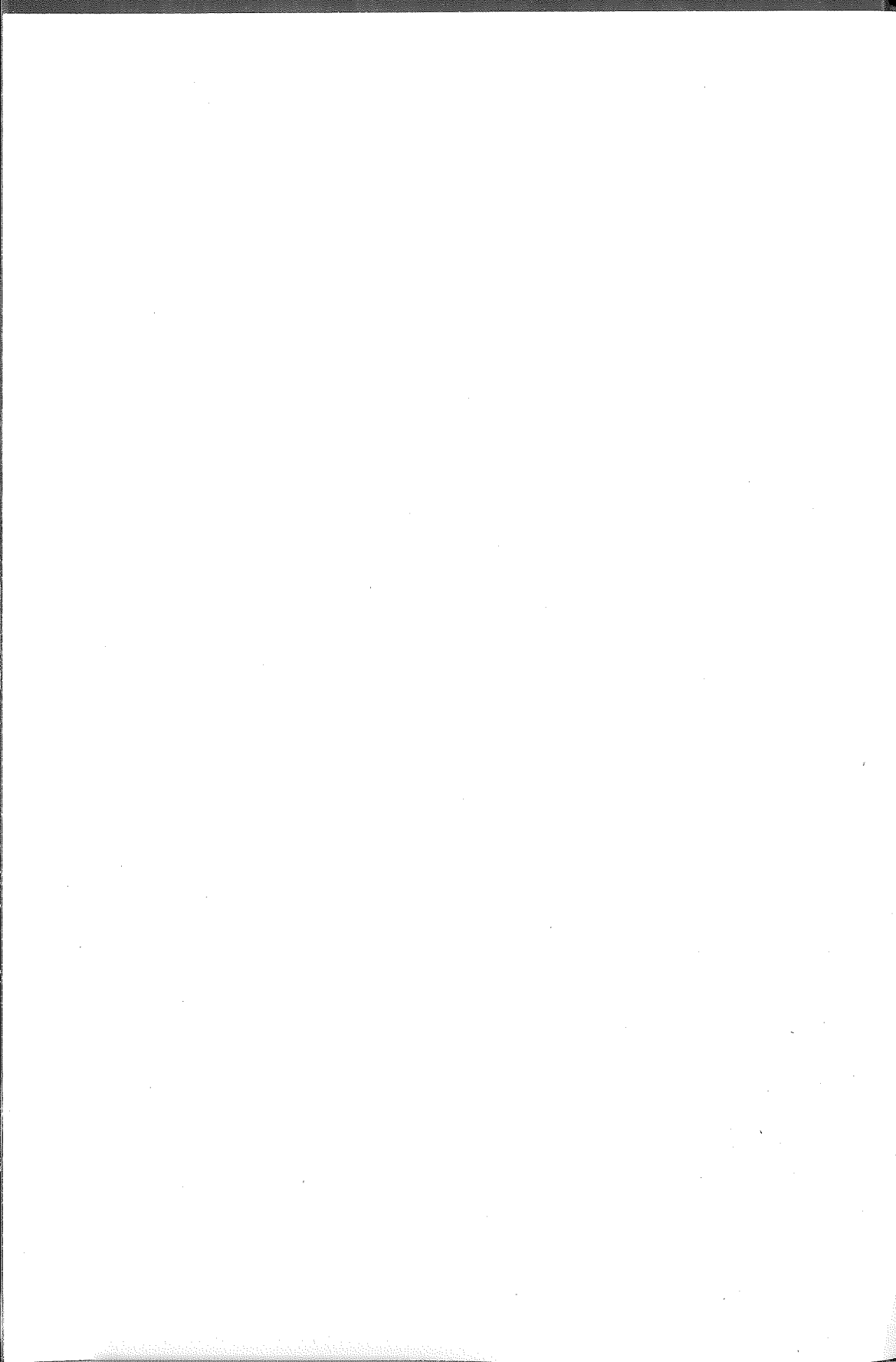
**JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW**

Yılda iki sayı yayımlanan hakemli dergi
This Journal is a peer reviewed journal published twice a year.

**Cilt: VIII, Sayı: 1
Vol. VIII, No. 1
Yıl / Year: 2011**



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

Yayın Sahibi / Publisher

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi adına Prof. Dr. Haluk Kabaalioğlu (Dekan)

On Behalf of Yeditepe University Faculty of Law Prof. Dr. Haluk Kabaalioğlu (Dean).

Sorumlu Yazı İşleri Müdürü / Responsible Manager

Prof. Dr. Ali Cem Budak (Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi)

Yönetim Yeri / Place of Management

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İnönü Mah. Kayışdağı Cad.
26 Ağustos Yerleşimi, 34755 Ataşehir - İstanbul / (0216) 578 07 05

Yayının Türü / Type of Publication

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi yılda iki sayı olarak yayımlanan, ULAKBİM (ULUSAL AKADEMİK AĞ VE BİLGİ MERKEZİ) ULUSAL HUKUK VERİ TABANINA KABUL EDİLMİŞ HAKEMLİ BİR DERGİDİR.

The Journal of Yeditepe University Faculty of Law is a peer reviewed journal published twice a year and it was RECOGNISED AS NATIONAL PEER REVIEWED JOURNAL IN THE NATIONAL LAW DATABASE OF ULAKBİM (TURKISH ACADEMIC NETWORK AND INFORMATION CENTER).

Basımcının Adı / Printed by

Üçer Ofset Matbaacılık Yayıncılık ve Ambalaj San. Ltd. Şti.
Yüzüncü Yıl Matbaacılar Sitesi 1. Cadde, No. 126,
Bağcılar / İstanbul - (0212) 629 63 15

Basım Yeri / Place of Publication

İstanbul / İstanbul

Basım Tarihi / Publication Date

2011

ISSN: 1303 - 4650

Editör / Editor

Prof. Dr. Ali Cem BUDAK, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
abudak@yeditepe.edu.tr

Editör Yardımcısı / Associate Editor

Araş. Gör. Efe DIRENİSA, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
efe.direnisa@yeditepe.edu.tr

Dergiye yapılan atıflarda “YÜHFD” kısaltması kullanılmalıdır.
For citations please use the abbreviation: “YUHF”

Tüm yazışmalar ve katkıda bulunmak isteyenler için iletişim bilgileri: / All correspondence concerning articles and other submissions should be addressed to:

E-posta / E-mail: abudak@yeditepe.edu.tr /

efe.direnisa@yeditepe.edu.tr

Telefon / Phone: (0216) 578 07 67

Faks / Fax: (0216) 578 07 56

Web Adresi / Web Address: <http://hukuk.yeditepe.edu.tr>

Posta Adresi / Postal Address:

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

İnönü Mah. Kayışdağı Cad.

26 Ağustos Yerleşimi

34755 Ataşehir - İstanbul

Bu dergide yayımlanan yazılarda ileri sürülen görüşler yazarlara aittir.

Articles published in this journal represent only the views of the contributors.

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 alınamaz.

All rights reserved. No part of this publication may be copied, reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted, in any form or by means, without the prior expressed permission in writing of the Yeditepe University Faculty of law.

Dergimiz Hakkında / *About Our Journal*

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), yılda iki sayı olarak yayımlanan, hakemin yazarı bilmemesi esasına dayalı hakemli bir hukuk dergisidir. 2004 yılından beri yayın hayatını sürdürmekte olan Dergi'de hakem denetiminden geçmiş makaleler, karar tahlilleri, içtihat ve mevzuat kronikleri ile eser incelemelerine yer verilmektedir. Her sayıda Türk ve yabancı akademisyenler ve hukuk uygulamacıları tarafından kaleme alınan, hukukun her alanı ile ilgili değerli eserler yayımlanmaktadır.

Dergi'mize göstermiş olduğunuz ilgiden dolayı memnuniyetimizi ifade eder, sizlerin de hukukun her alanına ilişkin olabilecek özgün makale ve diğer türdeki eserler olsun (karar tahlilleri, eser incelemeleri vb.), katkılarınızla Dergi'mizin daha da zenginleşeceği kanaatinde olduğumuzu belirtmek isteriz.

Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer reviewed academic journal published regularly twice a year, concentrating on issue of law and considers for publication articles, case notes and comments, discussions of legislative developments and book reviews. It has been in publication since 2004. Each issue contains scholarly works concerning all branches of law, authored by scholars and practitioners around the globe.

We appreciate your interest in our journal and welcome your contributions in the form of articles, notes, comments or reviews on topics reflecting a broad range of perspectives on law; with your contributions and support can and will our journal progress.

Danışmanlar Kurulu / *Advisory Board*

- Prof. Dr. Halûk Kabaalioglu, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
si
Prof. Dr. Bilge Umar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Sait Güran, Koç Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Belgin Erdoğmuş, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Selçuk Öztekin, Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yayın Komisyonu / *Editorial Board*

- Prof. Dr. Rayegan Kender, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Erhan Adal, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vecdi Aral, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Abdülkadir Arpacı, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
si
Prof. Dr. Köksal Bayraktar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Nami Barlas, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Rıza Okur, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Ali Cem Budak, 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. Halûk Ülman, Yeditepe Üniversitesi, İİBF
Prof. Dr. Helge Loytved, Universität Bielefeld, Fakultät für
Rechtswissenschaft; 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. Ruşen Ergeç, ULB Université Libre de Bruxelles
Prof. Dr. Erdoğın Moroğlu, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Vural Savaş, Yeditepe Üniversitesi İİBF İktisat Bölüm
Başkanı, Anayasa Mahkemesi Eski Üyesi
Prof. Dr. Yaşar Gürbüz, Yeditepe Üniversitesi Fransızca Kamu
Yönetimi Bölüm Başkanı
Prof. Dr. Stefan Talmon, Oxford Üniversitesi
Prof. Dr. Don Wallace, Jr., Georgetown Üniversitesi, International
Law Institute-Chairman

Prof. Dr. Nuray Ekşi, Kültür Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Prof. Dr. Hakan zeltrk, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Prof. Dr. Sibel İnceoğlu, Bilgi Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Sultan zeltrk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. M. Alper Gümüş, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Doç. Dr. Faruk Acar, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Necla Güney Akdağ, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Gül Doğan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yard. Doç. Dr. Cem Dinar, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi
Yrd. Doç. Dr. Melek Yüce Bilgin, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Ferna İpekeli, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Ali Ekrem Akartürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Carson W. Clements, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Semin Tner Ően, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Ozan Turhan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Margarite Helena Turhan, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Ali Ekrem Akartürk, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Yard. Doç. Dr. Mehmet Őua, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Kemal Erol, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Araş. Gör. Efe Direnisa, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Araş. Gör. Tülay zer, Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi

YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ YAYIN İLKELERİ

PUBLICATION AND SUBMISSION REQUIREMENTS OF JOURNAL OF YEDİTEPE UNIVERSITY FACULTY OF LAW

1. Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), altı ayda bir yayımlanan hakemli bir dergidir.

The Journal of Yeditepe University Faculty of Law (YUHFD) is a peer reviewed journal published twice a year.

2. Dergi'de yayımlanabilecek yazılar, hukuk içerikli her türlü makale, karar incelemesi ve kitap incelemesi ve çevirilerdir. Yazıların dili, Türkçe veya diğer Avrupa dilleridir.

This is a general journal of law and legal issues. Articles, case notes and comments, discussions of legislative developments, book reviews and other similar type of papers which are written in Turkish and in other European languages are welcome.

3. Dergi'de yayımlanmak üzere gönderilen yazılar başka bir yerde yayımlanmamış ya da yayımlanmak üzere gönderilmemiş olmalıdır.

Articles that will be sent to the editor should not be published elsewhere, nor be submitted to other journals simultaneously.

4. Yazılar Microsoft Word (Microsoft Office 98 ve üzeri versiyonlar) formatında (.doc veya .docx dosya uzantılı olarak) yazılmış olmalıdır. Ayrıca yazılar, aşağıdaki şekil şartlarına uygun olarak kaleme alınmış olmalıdır:

Kağıt boyutu: A4

Üst: 2,5 cm; Alt: 2,5 cm; Sol: 2 cm; Sağ: 2 cm

Metin: Times New Roman, 12 punto, 1.5 satır aralığı, iki yana yaslı

Dipnotlar: Sayfa altında, Times New Roman, 10 punto, 1 satır aralığı, iki yana yaslı

Articles should be submitted as Microsoft Word (either with .doc or .docx file extensions) documents (Microsoft Office 1998 or higher versions). Articles should be written according to the following style guidelines:

Paper size: A4

Top: 2.5 cm; Bottom: 2.5 cm; Left: 2 cm; Right: 2 cm

Text body: Times New Roman, 12 points, at 1.5 line spacing, justified

Footnotes: Times New Roman, 12 points, at 1 line spacing, justified

5. Her yazı, kaydedildiği bir CD ile ya da elektronik posta yolu ile Microsoft Word formatında editöre teslim edilmelidir. Yazının basılı olarak teslimi gerekmemektedir.

Softcopy of the article either on a CD or as an attached Microsoft Word Document via e-mail should be submitted to the editor. There is no need to submit any hardcopy of the article.

6. Yazıyla birlikte yazarın (veya yazarların) adına, unvanına, çalıştığı kuruma, açık adresine, kolay ulaşım sağlanabilecek telefon numaralarına ve elektronik posta adreslerine ilişkin bilgiler de editöre ulaştırılmalıdır.

The name(s), formal position(s), institutional affiliation(s) and contact details (especially e-mail(s)) of the author(s) must be clearly included with the submission to the editor.

7. Dergi'ye gönderilen makaleler Türkçe ve İngilizce başlık ile hem İngilizce hem de Türkçe özet kısmı içermelidir.

Each submission should contain a Turkish (only for Turkish authors) and an English Title, as well as a structured Abstract in Turkish (only for Turkish authors) and English.

8. Dergi'ye gönderilen makalelerde, ilgili makaledeki konuyu tanımlayan Türkçe ve İngilizce uygun **anahtar kelimeler** bulunmalıdır.

All articles should be accompanied by a sufficient number of keywords in Turkish (only for Turkish authors) and English that reflect the content of the article.

9. Dergi'ye gönderilen makalelerde kullanılan kaynaklar, makale sonunda **kaynakça** olarak alfabetik sırada verilmiş olmalı ve kullanılan kaynaklar dipnotunda veya metin içerisinde kısa olarak yer almalıdır.

*All references cited in the text should be numbered in the order of mention in the text and should be given in abbreviated form in footnotes. They should be listed in full form at the end of the article in an alphabetically arranged **bibliography** as well.*

10. Dergi'ye gönderilen makalelerin yazım bakımından son denetimlerinin yapılmış olduğu ve **basılmaya hazır** olarak verildiği kabul edilir.

*All submissions are regarded as **ready to publish** and already proofread by the author himself or herself.*

11. Yayın Kurulu'nda ilk değerlendirilmesi yapılan makaleler, anonim olarak hakeme gönderilecek, hakemden gelen rapor doğrultusunda makalenin yayımlanmasına, hakemden gelen rapor çerçevesinde düzeltme istenmesine ya da yayımlanmamasına karar verilecek ve yazar durumdan en kısa zamanda ve genellikle e-posta yolu ile haberdar edilecektir. Tamamlanmış veya düzeltilmiş yazı, Yayın Kurulu'nca, tekrar hakeme gönderilebilir.

Articles will initially be examined by the editorial board. After initial evaluation by the editorial board, the submissions will be sent to an anonymous peer reviewer, who is determined by the editorial board. In case of rejection or proposed amendments, the contributor(s) will be informed (generally via e-mail) in adequate detail and provided with a copy of the reviewer's report. Whenever

needed or necessary, a reviewed and amended submission may be sent to a second reviewer.

12. Dergi, hakemin yazarı bilmemesi esasına (**kör hakemlik**) dayanır. Hakeme gönderilecek makalelerde de yazarın kimliğine ilişkin bilgilerin gizliliği sağlanır.

*All articles submitted are subject to a **blind peer review**. The identity of the author(s) and reviewer(s) will not be revealed to the other party.*

13. Tüm Hakem Raporları, **ULAKBİM** (Ulusal Akademik Ağ ve Bilgi Merkezi) **Hukuk Veri Tabanı Komitesi** tarafından denetlenmesine olanak verecek şekilde 5 yıl saklanır.

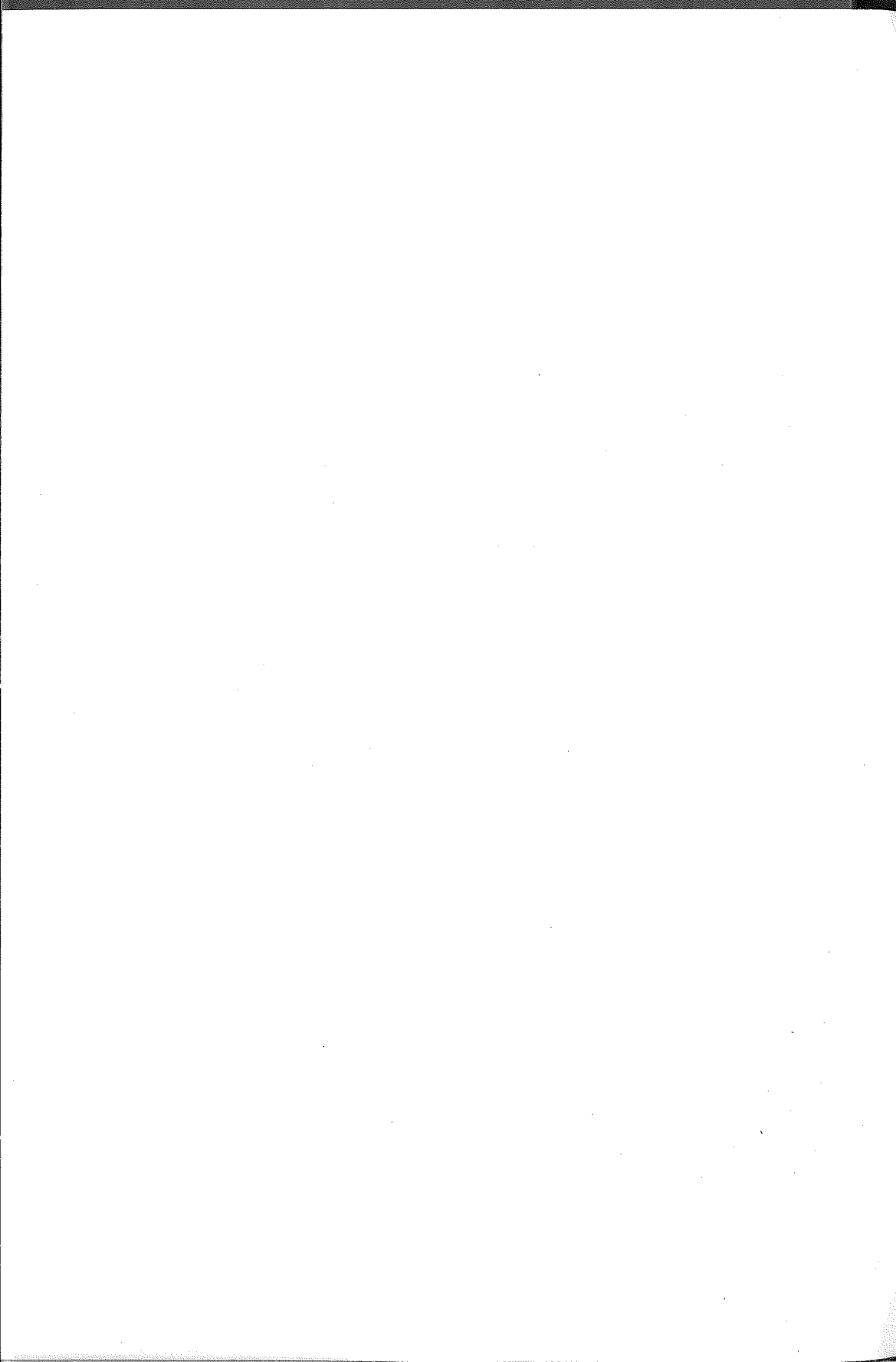
*All reviewers' evaluation reports will be kept for at least five years after publication and copies of these reports will be sent to the **ULAKBİM** (Turkish Academic Network and Information Center) **Law Database Committee** whenever required.*

14. Dergi'ye ait yeni sayı yayımlandıkça, bu sayı tek bir **PDF** dosyası şeklinde **ULAKBİM Online Dergi Takip Sistemine (ODİS)** yüklenir. Ayrıca Dergi'nin 2 adet basılı kopyası da **ULAKBİM'e** kargo ile ulaştırılır.

*Each published issue of the Journal will be uploaded as a PDF file to the **Online Journal Watch System of ULAKBİM (ODIS)**. Also two copies of the published issue will be delivered to **ULAKBİM** by cargo.*

15. Dergi basıldıktan sonra ilgili sayının yazarlarına ve bu sayı-da hakemlik yapmış olanlara ücretsiz olarak gönderilir.

Free copies of the of the published issue will be sent both to the author(s) and to the reviewer(s).



YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ
HUKUK FAKÜLTESİ DERGİSİ
Cilt: VIII, Sayı: 1, Yıl: 2011

İÇİNDEKİLER

**WHAT ROLE FOR SOFT LAW IN BUILDING AND DEVELOPING
THE CLIMATE CHANGE REGIME?**

**(İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ REJİMİNİN İNŞASI VE GELİŞİMİNDE SOFT
LAW'UN ROLÜ)**

Dr. Johanna ALKAN OLSSON1

İsveç Lund Üniversitesi, Hukuk Sosyolojisi Enstitüsü Öğretim Üyesi

e-posta: johanna.alkan_olsson@soclaw.lu.se

**ÇEVRENİN KORUNMASINA İLİŞKİN HUKUKİ SORUMLULUK
KURALLARININ YARGITAY KARARLARI KAPSAMINDA İNCE-
LENMESİ**

Dr. Süheyla Suzan ALICA.....37

Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Çevre Hukuku Bölümü Öğretim Görevlisi

e-posta: salica64@yahoo.com.tr

**AVOIDANCE UNDER THE CISG AND TERMINATION UNDER
ENGLISH LAW IN DOCUMENTARY SALES**

**(BELGEYE DAYALI SATIMLARDA CISG'A GÖRE SÖZLEŞMENİN
SONA ERDİRİLMESİ İLE İNGİLİZ HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN
FESHİ)**

Araş. Gör. Efe DİRENİSA.....91

Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve İcra – İflâs
Hukuku Anabilim Dalı

e-posta: efe.direnisa@yeditepe.edu.tr

**THE LEGITIMATE EXPECTATIONS IN FAIR AND EQUITABLE
TREATMENT**

**(ADİL VE HAKKANİYETE UYGUN DAVRANIŞ YÜKÜMLÜLÜ-
ĞÜNDE YATIRIMCININ MEŞRU BEKLENTİLERİ)**

Araş. Gör. Hüseyin Afşın İLHAN.....105
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Devletler Özel Hukuku Anabilim Da-
lı

e-posta: afsin.ilhan@yeditepe.edu.tr

**TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA KABUL EDİLEN YASAL MAL RE-
JİMİNİN YÜRÜRLÜĞÜ**

Araş. Gör. Tuğçe TEK BEN.....125
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı

e-posta: tugce.tekben@yeditepe.edu.tr

**İŞ KAZASINDAN DOĞAN MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT DAVA-
LARI**

Araş. Gör. İpek KOCAGİL.....171
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana-
bilim Dalı

e-posta: ipek.kocagil@yeditepe.edu.tr

**LIQUIDATED DAMAGES AND CONSTRUCTION CONTRACTS:
ENGLISH AND U.S. PERSPECTIVE**

**(AMERİKAN VE İNGİLİZ HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN İNŞAAT
SÖZLEŞMELERİNDE CEZAI ŞART)**

Av. Duygu YAVUZTÜRK.....225
İstanbul Barosu Avukatlarından

e-posta: dyavuzturk@gmail.com

TAKASIN HÜKÜM VE SONUÇLARI

Araş. Gör. Tuğçe TEK BEN.....283
Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı

e-posta: tugce.tekben@yeditepe.edu.tr

JOURNAL OF YEDITEPE UNIVERSITY
FACULTY OF LAW
Volume: VIII, No: 1, Year: 2011

CONTENTS

**WHAT ROLE FOR SOFT LAW IN BUILDING AND DEVELOPING
THE CLIMATE CHANGE REGIME?**

Dr. Johanna ALKAN ÖLSSON1

Lund University (Sweden), Dept. of Sociology of Law

e-mail: johanna.alkan_olsson@soclaw.lu.se

**AN ANALYSIS OF CIVIL LIABILITY REGARDING ENVIRON-
MENTAL PROTECTION IN THE FRAME OF TURKISH CASE LAW**

Dr. Süheyla Suzan ALICA.....37

Gazi University Faculty of Law, Dept. of Environmental Law

e-mail: salica64@yahoo.com.tr

**AVOIDANCE UNDER THE CISG AND TERMINATION UNDER
ENGLISH LAW IN DOCUMENTARY SALES**

Res. Asst. Efe DİRENİSA.....91

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

e-mail: efe.direnisa@yeditepe.edu.tr

**THE LEGITIMATE EXPECTATIONS IN FAIR AND EQUITABLE
TREATMENT**

Res. Asst. Hüseyin Afşın İLHAN.....105

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Private International Law

e-mail: afsin.ilhan@yeditepe.edu.tr

THE TIME OF ENTRY INTO FORCE OF MATRIMONIAL PROPERTY REGIME DETERMINED UNDER NEW TURKISH CIVIL CODE

Res. Asst. Tuğçe TEK BEN.....125

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

e-mail: tugce.tekben@yeditepe.edu.tr

PECUNIARY DAMAGES AND DAMAGES FOR PAIN AND SUFFERING RESULTING FROM AN INDUSTRIAL ACCIDENT

Res. Asst. İpek KOCAGİL.....171

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

e-mail: ipek.kocagil@yeditepe.edu.tr

LIQUIDATED DAMAGES AND CONSTRUCTION CONTRACTS: ENGLISH AND U.S. PERSPECTIVE

Aal. Duygu YAVUZTÜRK.....225

Attorney at Law, registered to Istanbul Bar Association

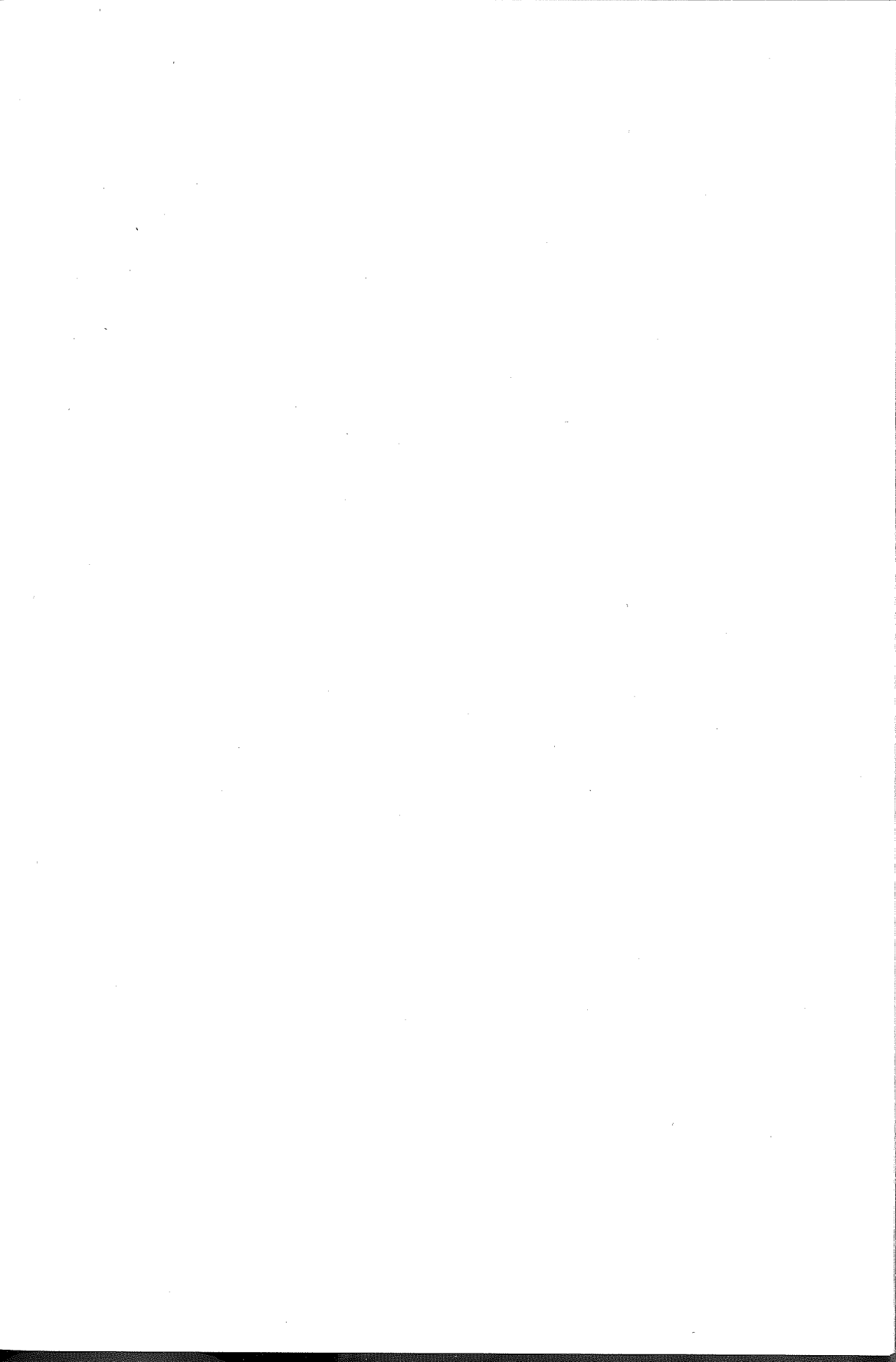
e-mail: dyavuzturk@gmail.com

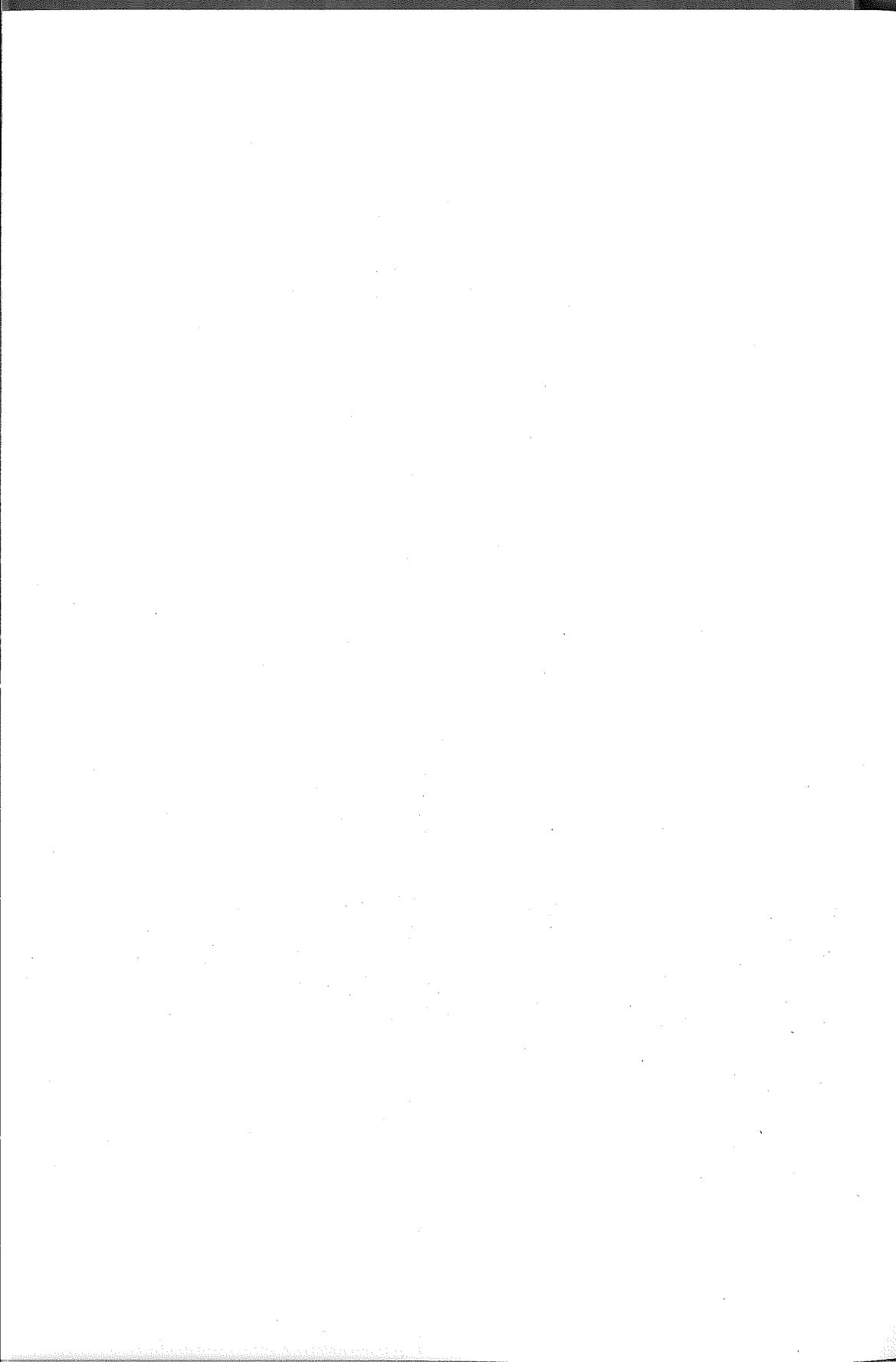
PROVISIONS AND CONSEQUENCES OF SET-OFF

Res. Asst. Tuğçe TEK BEN.....283

Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Law

e-mail: tugce.tekben@yeditepe.edu.tr





**WHAT ROLE FOR SOFT LAW IN BUILDING AND
DEVELOPING THE CLIMATE CHANGE REGIME?
(İKLİM DEĞİŞİKLİĞİ REJİMİNİN İNŞASI VE GELİŞİMİNDE SOFT LAW'UN
ROLÜ)**

Dr. Johanna ALKAN OLSSON¹

ÖZET

Bu makale, merkezinde 1992 BM İklim Değişikliği Çerçeve Sözleşmesi ve Kyoto Protokolü bulunan iklim değişikliği rejiminin giderek karmaşık hale gelen normatif yapısını değerlendirmeyi amaçlamaktadır. Üç bölümden oluşan makalenin birinci bölümü, çalışmada yaygın olarak kullanılan üç temel kavrama açıklık getirmeyi hedeflemektedir. İkinci bölüm, genel olarak uluslararası çevre hukukunda, özel olarak da iklim değişikliği rejiminde soft law'un artan kullanım nedenlerini ele alırken, küresel iklim değişikliğine ilişkin uluslararası hukuku da değerlendirmektedir. Son bölümde, kısaca küresel iklim değişikliğine ilişkin düzenlemelerin normatif yapısını gözden geçirilirken; bu bağlamda raporlama, denetleme, ihlal ve esneklik mekanizmaları da incelenmektedir. Çalışma, devletlerin pazarlık gücü, düzenlenen konudaki bilimsel bulguların ulaştığı nokta ve konun taşıdığı politik önem olarak tanımlanabilecek faktörlerin farklılık gösterebilecek bileşimleri temelinde, iklim değişikliği rejiminin gelişiminde hem soft law'un hem de hard law'un devletler tarafından kullanılabilirliğini savunmaktadır.

Anahtar kelimeler: Soft law, hard law, iklim değişikliği, çevre hukuku, uluslararası hukuk, uluslararası hukuki rejimler, Kyoto Protokolü

¹ Johanna Alkan Olsson (PhD) is a researcher at the Department of Sociology of Law, Lund University, Sweden, e-mail: johanna.alkan_olsson@soclaw.lu.se

ABSTRACT

This paper aims to portray the increasingly complex normative structure of international climate change regime, which consists of the 1992 UN Framework Convention on Climate Change, the 1997 Kyoto Protocol as well as other additional elements that playing a role, such as the practices of the Intergovernmental Panel on Climate Change and the Global Environmental Facility and procedures of these institutions. The paper is composed of three parts. The first part defines three key concepts, used extensively in this paper. Part two discusses factors promoting the increasing use of soft law in international environmental management in general and climate change regime in particular and overviews the international legal foundations on which the climate change regime is built. Part three briefly analysis of the norm structure of the CCR, including the reporting, review and non-compliance mechanisms as well as the flexibility mechanisms that this regime lays down. The paper concludes that both hard and soft law may have differential effects on both rule development and effective implementation of climate change rules depending mainly on three factors: 'political saliency', 'the perceived state of scientific knowledge' and 'the bargaining power of the states' that favour either hard or respectively soft law.

Keywords: *Soft law, hard law, climate change, environmental law, international law, international regime, Kyoto Protocol*

Introduction

An increasing use of soft law in many areas of international law, in particular international environmental law can be observed. This development has unsurprisingly attracted the attention of scholars from a wide range of disciplines. The issues related to the functions of soft law, its relation and interaction with hard law, the compliance and effectiveness of soft norms have particularly been dealt with. This paper aims to examine different types of rules

within the climate change regime (CCR), agreed as applicable to states, whether or not states consider them to be legally binding and/or enforceable. Special emphasis will be laying on the factors that promote the employment of soft law in the CCR. Besides, since the climate regime contains norms with different normative qualities, which interact with each other in various forms depending on political circumstances, economic interests and scientific knowledge, this paper, with the intention of portraying the normative structure of the international climate regime more accurately, also attempts to demonstrate how soft law is used in the CCR and assess its role in the rule development of this regime by using examples taken from the UN Framework Convention on Climate Change (FCCC) and the subsequent Kyoto Protocol (KP). In our view, an approach which focuses only on the legally binding rules would fail to convey the full picture of what states have agreed to adhere to in the climate context as well as of the factors that have been consequential and likely to remain influential on the future development of this regime. Such a broader approach will also provide a better understanding on the increasing use of soft law as well as its relative position vis-à-vis other flexibility mechanisms exist in international law.

The paper is composed of three parts. The first part defines three key concepts, used extensively in this paper. Part two discusses factors promoting the increasing use of soft law in international environmental management in general and climate change regime in particular and overviews the international legal foundations on which the climate change regime is built. Part three briefly analysis of the norm structure of the CCR, including the reporting, review and non-compliance mechanisms as well as the flexibility mechanisms that this regime lays down.

1. Three key concepts

This part clarifies the author's interpretation of three key concepts that the paper employs: "soft law", "hard law" and "international regime". Such clarification will not only provide a basic description of these three concepts for those who are less familiar with them, but also show the theoretical standpoints of the authors with regard to the interrelations between international law, politics and policy making.

Soft law

Gold discouragingly stated that "almost as many definitions of soft law can be found as there are writers about it".² Still, it is possible to categorise the diverse definitions of soft law in three broad groups:

(i) Some authors see the *form* of the international instrument as the most important criterion of 'softness'. Francioni, for example, describes international norms and instruments that fall outside Article 38 of the Statute of the International Court of Justice³ as "soft law".⁴ Similarly, Shelton uses the concept of soft law mainly to refer to any international instruments other than treaty, contain-

² Gold, Joseph, *Interpretation: The IMF and International Law*, Kluwer Law International: The Hague/London/Boston, 1996, p. 301

³ Article 38(1) of the Statute of the "Permanent Court of International Justice", the international court of the "League of Nations" established in 1922 is, as it was, preserved in the 1946 Statute of the "International Court of Justice", which is the principal judicial organ of the United Nations. Article 38 reads as follows: "The Court shall apply: 1. International conventions, whether general or particular, establishing rules expressly recognized by the contesting States. 2. International custom, as evidence of a general practice accepted as law; 3. The general principles of law recognized by civilized nations; 4. Subject to the provisions of Article 59, judicial decisions and the teachings of the most highly qualified publicists of the various nations, as subsidiary means for the determination of rules of law. This provision shall not prejudice the power of the Court to decide a case *ex aequo et bono*, if the parties agree thereto" (http://www.worldcourts.com/pcij/eng/documents/1920.12.16_statute.htm).

⁴ Francioni, Francesco, "International 'Soft Law'" in Lowe, A. Vaughan and Fitzmaurice, Malgosia (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice, Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press: NY, 1996, p. 167

ing principles, norms, standards, or other statements of expected behaviour.⁵ In this understanding, soft law instruments are legally non-binding, but they are still capable of creating certain legal effects. When soft law is understood as formally *non-binding*, it is contrasted with “hard law”, i.e., ‘treaty’, which is legally binding.⁶ Within this interpretation soft law instruments may take a number of different forms, including recommendations and resolutions of international organisations, declarations and ‘final acts’ of international conferences, like “the Rio Declaration on Environment and Development”; ‘guidelines’ that they explicitly state that compliance with the norm is voluntary, like “the OECD Guidelines”; resolutions of the UN General Assembly; or codes of conduct, guidelines and recommendations of international organisations, like “the United Nations Environment Programme” and “the Food and Agriculture Organization”.

(ii) Some other scholars understand soft law as describing the “soft” provisions/clauses of legally binding instruments made by states and international organisations. Softness” in this description concerns the *content* of the legal obligation and not the form. Baxter for instance defines soft law as follows: “norms of various degrees of cogency, persuasiveness, and consensus which are incorporated in agreements between states but do not create enforceable rights and duties may be described as soft law”.⁷ Hence, in this categorisation, soft law refers to treaty provisions/clauses with vague obligations or weak commands, which are formally binding but lack the required normative content to create *enforceable* rights and obligations.⁸ The soft characteristics of such instruments may

⁵ Shelton, Dinah, *Commitment and Compliance*, Oxford University Press: New York, 2003, p. 3. Nonetheless, Shelton recognises that treaties may have provisions with a hortatory character (*Ibid.* p. 10).

⁶ According to Article 26 of the Vienna Convention on the Law of Treaties states that treaties, as a legal form, are *binding* upon the parties.

⁷ Baxter, R. R., *International Law in "Her Infinite Variety"*, 29 *International and Comparative Law Quarterly* (1980), p. 549.

⁸ However, much controversy remains regarding the precise nature and scope of soft law obligations. See, Alkan, Olsson, Ilhami, *The changing nature and role YUHFD Vol. VIII No. 1 (2011)*

be evident from the employed (imprecise) language, or its flexible context, consequently lacking peremptory character, or the explicit indication that the nature and degree of adherence to the norm(s) is a matter of national discretion.

(iii) In parallel to the increasing role and importance of non-state actors in international policy and norm making, some scholars tend to define soft law as the norms that are created outside the inter-state/governmental realm. Kirton and Trebilcock, for instance, argue that soft law is essentially confined to those norms and regimes that rely on the participation and recourses of non-state actors in the construction, operation, and implementation. Accordingly, governmental authority is either completely absent or does not play a constitutive role in these soft law instruments. Furthermore, the participation in the creation, operation and continuation of these soft instruments are, in principle, voluntary.⁹

In this paper, soft law is used to refer both to soft provisions/clauses of international treaties and legally non-binding instruments. The reason for the preference of a 'broader' definition of soft law is, as will be discussed below, that softness in the climate change regime has two origins: It originates both from the *form* (non-binding instruments) and the *content* (soft provisions/clauses of treaties) of international instruments employed in that regime.

of soft law in international economic law, PhD dissertation at Kent Law School, Kent University, UK, 2007

⁹ Kirton, John, J. and Trebilcock, Michael, John. (eds.), *Hard Choices, Soft Law*, Ashgate: UK, 2004, p. 9

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

Hard law

As it can be deduced from the above-given description of soft law that “hard law” in this paper is used with reference to legally binding *and* enforceable international agreements of a multilateral nature between state parties.¹⁰

International regime

Keohane, one of the earliest theorists of international regimes, defines “international regimes”, such as international monetary regime and trade regime, as institutions with sets of formal and informal rules created to facilitate cooperation among states.¹¹ Krasner also holds that international regimes have arisen from the convergence of interests that makes states willing to forego a degree of sovereignty. According to the writer, regimes are perma-

¹⁰ Abbot and Snidal hold that norms (or legalised institutions) may have a particular set of characteristics, which are frequently defined along three dimensions: *obligation*, *precision*, and *delegation* (Abbott, Kenneth W. and Snidal, Duncan, *Hard and Soft Law in International Governance*, 54 *International Organization* [2000] 3, p. 421). Elsewhere, it is said that hard law refers to legally binding obligations that are precise and delegate authority for interpreting and implementing the law while soft law lacks one or more of these three dimensions to a varied degree (Abbot, Kenneth W.; Keohane, Robert O.; Moravcsik, Andrew; Slaughter, Anne-Marie, and Snidal, Duncan, *The Concept of Legalization*, 54 *International Organization* [2000] 3, p. 401). In this approach, *obligation* refers to a rule or commitment that is legally binding upon states or other actors while *precision* refers to rules that are clearly define the conduct they obligate, authorise, or prescribe. *Delegation* refers to the granted authority of third parties to implement, interpret, apply the rules and to resolve disputes (*Ibid.*). Hence, ‘hardness’ and ‘softness’, in this understanding, appears to be a question of degree and gradation rather than absolute categories.

¹¹ Keohane, Robert, O., “Hobbes’s dilemma and institutional change in world politics” in Keohane, Robert, O., *Power and Governance in a Partially Globalized World*, Routledge: London and New York, 2002, p. 71. In a similar manner, Krasner defines regimes as “sets of implicit or explicit principles, norms, rules and decision-making procedures around which actor’s expectations converge in a given area of international relations” (Krasner, Stephen, D., *Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables*, 36 “*International Organization*”, 1982, p. 186).

ment arrangements, which require a firm commitment to norms and rules by the actors involved.¹²

Yet, in parallel to the recent claims about the diminishing role of the nation-state and the growing influence of market forces in the globalisation process, the above given definitions of international regimes have been criticised of focusing on the state as the principal actor on the international arena and thereby neglecting the increasing role and importance of non-state actors within international regimes. According to most critics of the 'state-centric' regime theories, even though states remain the primary responsible for ratifying treaties, passing domestic regulations as well as adopting formal policy, the international arena, on which normative and policy activities occur, is now crowded with non-state actors. Scholars like Cutler, further argue that regime studies did not fulfil their initial promise to include non-state actors. Instead regime studies were gradually 'captured' by a neo-realist synthesis of realism, focussing excessively on states, state power and formal rule structuring.¹³

¹² Krasner (1982) p. 186. For a detailed description of the more recent international regime theories, see Hasenclever, Andreas; Mayer, Peter; and Rittberger, Volker (eds.), *Theories of International Regimes*, Cambridge University Press: New York, 1997.

¹³ Cutler, Claire, A., "Private international regimes and interfirm cooperation" in Hall, Rodney, Bruce and Biersteker, Thomas, J. (eds.), *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge University Press: Cambridge, 2002, p. 26. Koskenniemi, on the other hand, sees "regimes" as a step towards deformalisation and fragmentation of international law by re-descriptions of the world through novel languages, through which the law of international institutions, focused on formal competence, representation and accountability seems to be outdated. Still, according to Koskenniemi, "regime theory does not replace realism, but embrace it. The basic units remain power, interests and rational actors seeking to maximise both" (Koskenniemi, Martti, *Formalism, Fragmentation, Freedom*, paper presented in Frankfurt, 25.11.2005 at a conference titled "Kantian Themes in Today's International Law" available at [http://www.valt.helsinki.fi/blogs/eci/Frankfurt-Formalism-05h\[1\].pdf](http://www.valt.helsinki.fi/blogs/eci/Frankfurt-Formalism-05h[1].pdf)). See also Strange's early and prominent critique of regime analysis: Strange, Susan, *Cave! Hic Dragons: A Critique of Regime Analysis* 36 *International Organization* (1982) 2.

It is true that the participation of non-state entities in the relatively loose system of international climate change regime is *formally* limited to be observers in COP sessions without voting rights.¹⁴ However, in view of the significant role of the non-state entities, in particular large multinational enterprises (MNEs) operating as political actors with significant policy influence, this paper understands the climate change ‘regime’ as including (i) the negotiation process in which non-state entities have formally and informally exercised considerable influence; (ii) the institutional practices, procedures and informal understandings that help define how the international climate process actually works together with more “traditional” elements of international regimes, in this case (iii) the 1992 *UN Framework Convention on Climate Change* (FCCC) and the supplementary 1997 *Kyoto Protocol* (KP) as well as (iv) the institutional framework established by the above-named legal instruments, in particular COP, the FCCC’s governing body as well as institutions such as the *Intergovernmental Panel on Climate Change* (IPCC) and the *Global Environment Facility* (GEF).

¹⁴ Along with states and state groupings/political negotiating coalitions, such as “G-77” and the “African Group”, as well as intergovernmental organisations such as the OECD and International Energy Agency, UN bodies and specialised agencies, the negotiation within the climate change regime involves a broad range of non-state participants called ‘accredited observers’ (According to Article 7, paragraph 6 of the FCCC, to be accredited as observers, organisations must be legally constituted entities with ‘not for profit’ status and competent in the related areas -http://unfccc.int/parties_and_observers/items/2704.php). Since climate change issue intersects with many other policy areas, in particular economy and sustainable development, and affecting many sectors, these non-state participants represent a broad range of competing and conflicting interests. Accredited observers to the negotiations include a spectrum of more than 750 organised interests such as business groups, NGOs, advocacy organisations, think tanks, indigenous populations, faith groups, municipal authorities, and universities (Yet, as Orr notes, barely half of the accredited organisations have actually attended the COP sessions between 1997-2001 -Orr, 2006, p. 149). These accredited organisations participate in the regime both in formal and informal ways.¹⁴ When participating in the formal proceedings, accredited organisations may address (speak to) the COP and its subsidiary bodies in plenary meetings, by special invitation from the chair of these bodies, evidently without the right to vote (On the admission process, see <http://unfccc.int/resource/ngo/adm.proc.pdf>).

Presenting such a broad understanding of 'regime' the paper intends to illustrate the blurring distinction between law, politics and policy in the context of climate change. And more importantly, it intends to provide for a more accurate picture of social reality by not focusing exclusively on state authority. Only such a broader understanding of 'regime' explain more adequately for instance why the specific mechanisms, such as "the clean development mechanism" and "joint implementation" are there, why the FCCC contains market-based policies regarding technology transfer from developed to developing countries that may offer ecologically sustainable and socially equitable solutions for developing countries, or what role soft law plays in the formation of the main elements of the KP, which include mandatory but highly modest targets that are substantially weakened by broad and flexible mechanisms for implementation and weak enforcement.

2. Developing Environment Law and the Climate Change Regime: What Role for Soft Law?

It has become a truism to say that in the aftermath of the Second World War, the "interaction between states has become both more frequent and more penetrating".¹⁵ As a result, the interdependency between states has also increased. In the words of Friedmann, international law has therefore been transformed from being the international law of "coexistence" governing essentially diplomatic inter-state relations, to the international law of "cooperation", expressed in the growing number of international organisations and the pursuit of common human interest.¹⁶ The inclusion of new subject matters, such as the environment, international economy and human rights in international law constitutes one of the most noteworthy developments in the international domain. Associated with these developments, a new range of international legal commitments that either, lack the requisite normative content

¹⁵ Van Hoof, G. J. H., *Rethinking the Sources of International Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers: Deventer, 1983, p. 66

¹⁶ Friedmann, Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, Stevens: London, 1964, "Preface"

to create enforceable rights and obligations or do not fall into the "traditional" categories of "treaty", "custom" or "general principles of law", has gained unprecedented currency. During the same period, we have also witnessed the proliferation of new international legal rules that originate from entities other than states, particularly from international organisations and to a lesser extent from non-state entities.

The awareness of the interconnectedness between human interference and the deteriorating environment is hardly new. Already in the 1960s, there were international policy statements indicating serious global environmental problems the world faces and proposing the conditions necessary for sustainable development. All these efforts culminated in the UN Conference on the Human Environment held in Stockholm in 1972, which is generally seen as the starting point for the development of international environment law as a separate field of international law. Since then there has been a rapid proliferation of international legal instruments dealing with a broad variety of environmental issues even though this expansion has evolved as a multiple environmental regimes rather than a coherent system.

An overview of the international legal foundation of the climate change regime

The development of the climate change regime into international law started with an international scientific meeting held in 1979 (the First World Climate Conference), which resulted in the creation of the World Climate Programme (WCP), set up under the joint responsibility of the World Meteorological Organization (WMO), the UN Environment Programme (UNEP) and the International Council of Scientific Unions (ICSU).¹⁷ In 1988, the UN General Assembly adopted resolution 43/53 on "Protection of global climate for present and future generations of mankind". In the same year, the WMO and the UNEP established the *Intergov-*

¹⁷ For more details on the conference, see 5 "Environmental Policy and Law" (1979) and 6 "Environmental Policy and Law" (1980).

ernmental Panel on Climate Change (IPCC), which consists of government appointed experts, to provide the scientific guidance necessary to take further action.

In 1990, the UN General Assembly formally launched negotiations on a convention on climate change, which resulted in the *UN Framework Convention on Climate Change* (FCCC),¹⁸ the core of the international climate change regime together with the subsequent *Kyoto Protocol* (KP).¹⁹ The FCCC, being a treaty, is legally binding upon its state parties. However, as discussed below, the FCCC sets out the basic framework and the general commitments in respect of climate change issues. Its provisions do generally not specify the precise nature of the legal obligations that state parties are undertaking. On the other hand, the Kyoto Protocol, which is drafted on the FCCC, establishes a fairly distinct regime containing more precise legal obligations as well as non-compliance mechanisms and procedures.

The COP, the governing body of the FCCC, occupies the central place within the institutional core of the climate change regime. The COP, which is held approximately once a year and comprises all the countries that are parties to the FCCC, is responsible for reviewing the implementation of the Convention by assessing national communications and emissions inventories submitted by the parties.²⁰ Notably “rule development”, which mainly takes the forms of adoption of amendments and protocols, creation of compliance mechanisms and interpretation of rules, is one of the

¹⁸ The Convention was opened for signature at the Rio de Janeiro UN Conference on Environment and Development in June 1992 and entered into force on 21 March 1994. As of June 2007, it has been ratified by 191 parties.

¹⁹ Negotiations for a protocol commenced in 1995 during the first conference of parties, which determined that the commitments of the Convention were not adequate. The Kyoto Protocol was adopted by the third conference of the parties in 1997 and opened for signature in 1998. The KP entered into force on 16 February 2005. As of 6 June 2007, a total of 174 countries and 1 regional economic integration organisation (the EEC) have deposited instruments of ratifications, accessions, approvals or acceptances, representing over 61.6% of emissions from Annex I countries.

²⁰ Article 7 of the FCCC
YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

most critical tasks that the COP assumes in this regime. However, despite these seemingly broad powers involving 'law' and 'rule' creation, the legal status of the acts and decisions of COP cat at best be described as unclear. For instance, it is true that the Kyoto Protocol, which has brought additional legal obligations to the parties to the FCCC, is adopted by the third COP in 1997. Yet, it is hardly possible to consider that the power of the COP to adopt protocols or amendments amounts to a direct law making power for the reason that according to Article 15 and 17 of the FCCC, these protocols or amendments require ratification by state parties to become legally effective. Thus it would be more accurate to define the COP as a forum in which parties elaborate and adopt the protocol or amendment to the treaty, but do not alter the rights and obligations of the parties.²¹ In a similar way, as the COP is authorised to make 'rules', as in the case of the operation of the system for trading with emissions of greenhouse gases embodied in Article 16 bis of the KP. Despite the explicit use of the word of 'rule', which suggests by nature the existence of legally binding measurements, such a rule making, as it is described in this article, does not entail a substantive obligation, but rather 'guiding principle' even though there could be found a certain normative content within it.²² The same applies to Articles 6.2, 1.7 and 18 of the KP. In short, it can be argued that neither the FCCC nor the KP contains explicit provisions that entitle the COP to make binding decision upon state parties.²³

²¹ For a detailed discussion on the 'indirect' law making power of the COP, see Brunee, J., *COPing with Consent: Law Making Under Environmental Agreements*, 15 *Leiden Journal of International Law* (2002).

²² Article 16 bis of the KP reads as follow: "The Conference of the Parties shall define the relevant principles, modalities, rules and guidelines, in particular for verification, reporting and accountability for emissions trading. The Parties included in Annex B may participate in emissions trading for the purposes of fulfilling their commitments under Article 3 of this Protocol (...)"

²³ There are also some other additional legal instruments and institutions that play important roles in this regime. Two subsidiary bodies carry out preparatory work for the COP: the "Subsidiary Body for Scientific and Technological Advise" (SBSTA) and the "Subsidiary Body for Implementation" (SBI). "National Communications" is another important instrument, designed to

The role and use of soft law in environmental law making

As the 'newer' part of international law, the development of environmental law is essentially based on international treaties, such as the *Convention on Biological Diversity* and "non-binding" international instruments, such as *United Nations Conference on Environment and Development*", which took place in Rio de Janeiro in 1992 rather than customary law and general principles of international law.²⁴

provide the means by which the COP monitors the progress made by parties. The *Global Environment Facility* (GEF), established in 1991, which organises the financial mechanism of the FCCC, related to developing countries fund projects and programs, and the "Intergovernmental Panel on Climate Change" are not formally part of the FCCC though provide services to it.

²⁴ As Malanczuk puts it, customary international law dealing with the environment is rudimentary. Only a few cases, such as the *Trail Smelter* arbitration between Canada and the US –initiated in 196 and concluded in 1941 (Trail-Smelter Arbitration, 2 Encyclopaedia of Public International Law, 1980, commented by Madders, K., J.) that is referred to the principle that no state may knowingly allow its territory to be used in a manner that would cause serious physical injury to the environment of another state, and the International Court of Justice's famous *Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, dated 1996, which confirmed that there is a general obligation of states to ensure that activities within their jurisdiction and control respect the environment of other states or of areas beyond national control is now part of the corpus of international law relating to the environment (35 International Legal Material, 1996, p. 821) offer some relatively modest protection for the environment (Malanczuk, Peter, *Akehurst's Modern Introduction To International Law*, Routledge: UK, 1997, p. 245-246). Another case that establishes the limited role of customary law in protecting the environment is the *Corfu Channel* case, which reinforced the principle that every state has a duty not to knowingly allow its territory to be used for acts contrary to the rights of other states (*Corfu Channel* case–UK v. Albania, International Court of Justice 1949, Rep. 4). It is nonetheless important to note that even though the "some agreement better than no agreement" approach might at first sight appear realistic, this understanding, as Klabbers contends, can be deemed rather a simplistic assessment of international relations. The suggestion that 'norms are better than chaos' also reveals the apologetic tendency of the use of soft law, which gives "the politicians the possibility to be released from their responsibility to take necessary measures to achieve a given effect (Klabbers, Jan, *The Undesirability of Soft Law*, 67 Nordic Journal of International Law, 1998, p. 358).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

The environment is also one of the areas, where both types of soft law (i.e., “treaty” and “non-binding” soft law) are extensively used. A number of reasons and incentives to employ soft law solution in the domain of environment can be found. Firstly, even when states choose to use treaty form to regulate an area that has typically been seen to belong within the jurisdiction of sovereign states, they become often unenthusiastic to let their hands be tied in matters they consider essentially national. However, due to the trans-boundary nature of the environmental problems states are often obliged to address issue areas collectively even though they do not want to be subject to any constraints, which may arise from such ‘collective actions’. In order to bridge these apparently conflicting goals when states choose to create a legally binding form (i.e., treaty/convention), they mainly use two techniques: i) when signing a treaty, states retain discretion over the definition of the obligations they undertake, or to preserve an emergency exit when needed and to secure flexibility in implementation; ii) states simply avoid undertaking precise legal obligations. Or they use a combination of both methods.²⁵

Secondly, soft law provisions/clauses in international treaties may be preferred by states as a way to facilitate bargaining problems. In a world of sovereign states with divergent interests, as often pointed out, it may be difficult to agree on legal rules. The divergence between states in terms of legal/cultural tradition, economic development level, ideology, and readiness for a specific legal commitment make in many cases soft law more attractive than hard commitment.²⁶

²⁵ Gruchalla-Wesierski, Tadeusz, *A Framework for Understanding “Soft Law”*, 30 McGill Law Journal (1984) p. 39

²⁶ It is nonetheless important to note that even though the “some agreement better than no agreement” approach might at first sight appear realistic, this understanding, as Klabbers contends, can be deemed rather a simplistic assessment of international relations. The suggestion that ‘norms are better than chaos’ also reveals the apologetic tendency of the use of soft law, which gives “the politicians the possibility to be released from their responsibility to take necessary measures to achieve a given effect (Klabbers, 1998, p. 358).

Thirdly, states may adopt soft treaty provisions to open negotiations or to settle certain problems by subsequent agreement. Especially in the area of environmental law-making, states often use different forms of instruments in a combined manner: They first adopt a framework convention and a subsequent a more detailed protocol, as is the case in the climate change regime (First the FCCC and then the KP). As Chinkin points out, in such cases the framework convention establishes a structure for further cooperation between the state parties while protocols provide for greater specificity in complex regulation also permitting to response to changed scientific knowledge and political circumstances.²⁷

Alternatively, state may opt to choose formally “non-binding” instruments in the form of declarations, agendas, programs, and platforms for action emanated from global summit conferences. There are diverse reasons for such choice. For instance, in certain new policy areas, states may be in a “learning” phase, during which they may not yet be prepared to bind themselves legally nonetheless are willing to adopt and test certain rules and principles, as in the example of “The Forest Declaration” adopted in at the 1992 Rio Conference on Environment and Development, entitled “A Non-legally Binding Authoritative Statement of Principles for a Global Consensus on the Management, Conservation and Sustainable Development of All Types of Forest”.²⁸ Obviously, such areas require continual adjustment to respond to scientific knowledge and circumstances, a fact which makes it difficult to accommodate such flexibility within traditional forms of law-making. In such cases, “non-binding” instruments may be preferred as they provide flexibility and help ‘road test’ complex policy solutions to providing experience for negotiating firmer commitments.

²⁷ Chinkin, Christine, “Normative Development in the International Legal System” in Shelton, Dinah (ed.), *Commitment and Compliance*, Oxford University Press: New York, 2003, p. 27

²⁸ For the Rio documents in general, see *International Legal Material*, 31 (1992) p. 818 *et seq.*

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

Or, the subject-matter of such instruments, such as social justice, financial support or technology transfer, may be deemed by especially powerful states as inherently 'soft', or "too intrusive for domestic jurisdiction, to be the subject of binding obligation".²⁹ In these situations, soft law instruments can act as a 'half-way' stage in the environmental law-making processes, bridging law with policy to which states wish to adhere but which they are reluctant to enshrine in binding, highly prescriptive forms.

Factors promoting the use of soft law in the climate change regime

Two groups of factors that boast the use of soft law in the climate change regime can be identified:

(i) Factors, common to other type of international law instruments in particular state sovereignty and sovereign equality. "State sovereignty" basically means that *sovereign* states are not subject to any higher authority. This concept also includes policy autonomy that refers to the ability of a national government to implement and sustain domestic and international economic policies of its own choosing. "Sovereign equality", on the other hand, refers to the necessity of each state's 'consent' with respect to the formation of customary international law and international treaties (and not the *actual* equality of law creating power of states). The very existence of the concept of soft law can to a certain extent be seen as a side-product of the incompatibility between the legal sovereignty of the nation-states and the minimum needs for an international legal order. The conciliatory role of soft law between sovereignty and order becomes more apparent when states make international treaties, which contain legal obligations and are binding upon state parties. Since treaty obligations involve what Abbot and Snidal call "sovereignty cost", which occurs when states are obliged to accept international authority over important domestic decision areas. In these cases states' ability to govern important domestic policy issues, such as industrial policy, is considerably reduced,

²⁹ Chinkin (2003) p. 28

states attempt to overcome or at least to limit “sovereignty cost” by using either legally binding nonetheless enforceable or legally non-binding legal arrangements.³⁰ There is no doubt that both the FCCC and in particular KP have considerable impact on sovereignty which states are reluctant to concede, as evidenced by “protracted debates on the need for legally binding reductions targets, the legal personality of the COP, majority-voting decision-making and procedures for determining non-compliance”.³¹

(ii) Factors that are unique to the area of environment and climate change. These include “scientific uncertainties”, “far-reaching impacts of defining limits on greenhouse gases (GHS) emissions not only on many aspects of national and international economy, but also the entire modes of living”, “geographical discrepancies between those who pollute and those subject to climate impacts”, “variations among countries and regions in terms of level of economic development”, “the structure of economy as well as demography”, and finally “time lags between cause and effects”.

Scientific uncertainty has always been a challenge of international environmental policy and law making, but it has particularly been a major issue when negotiated the FCCC and KP. Considering multifaceted impacts of the actions taken in the field of environment from economy to human cost, international law-makers are essentially obliged to rely on scientists to identify, assess and manage environmental risks and uncertainties.³² This is why the IPCC stressed in its report that what constitutes dangerous interference must be determined through a socio-political process taking into

³⁰ Abbot and Snidal (2000) p. 436-441

³¹ Yamin, Farhana and Depledge, Joanna, *The International Climate Change Regime*, Cambridge University Press: UK, 2004, Introduction

³² In the negotiations for a climate change convention, the report of Intergovernmental Panel on Climate Change, which consists of government-appointed scientists, was instrumental to the opening of the agreement negotiation. As it is common knowledge, the conclusions of the Panel have been criticized by many of being “negotiated science” rather than pure scientific findings (Weiss, Edith, Brown (ed.), *Environmental change and international law: new challenges and dimensions*, UN University Press: Tokyo, 1992, Introduction).

account issues such as sustainable development, equity, risk and uncertainties.³³ This is why the COP exists in the first place. On the other hand, scientific uncertainty cannot be used as an excuse not to react especially in cases where the harm may be serious and irreversible. Indeed, although it is still an evolving principle (i.e., it is considered by states not legally binding yet), the “precautionary principle” set out in Article 3.3 of the FCCC, requires that states should not advance scientific uncertainty as a reason not to take action and wait for ‘conclusive proof’ to prevent environmental damage or disasters.³⁴ What is more is that climate change is a field, where there will always be some uncertainty and constant advances in our scientific understanding. In other words, international law-makers are obliged to create law under conditions of uncertainty and decide what degree of scientific certainty should be looked for before taking some sort of actions. Hence, one way of limiting the risks is to take precautionary approach and formulate a law with sufficient flexibility so that parties can adapt to changes in scientific understanding, and it is here soft law comes into the picture.

The wide-ranging and differentiated technological and economical consequences across countries, sectors and enterprises of the climate issue and particularly the design and implementation of the Kyoto mechanisms and its binding emissions requirements is another important and intersecting cause for the use of soft law in the climate change regime. Despite the fact that the KP was adopted unanimously by COP-3 meeting in 1997, the immediate post-Kyoto period, which was marked by economic recession in OECD countries and financial crises across South Asia and Argentina, made it clear that neither the “Rio partnership” of 1992 between developed and developing countries nor the “post-Cold War optimism” among developed countries was enduring and self-

³³ IPCC 2001, *Climate Change Synthesis Report* “Question 1”, edited by Watson, R. and the Core Writing Team, Cambridge University Press: Cambridge, 2001

³⁴ Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press: UK, 2003, p. 266-279

assured. Also, related to these developments, it can be argued that contrary to the hegemonic discourse on the globalised world economy within which, it is argued that the globalised footloose capital has become autonomous from national economies, and correspondingly, the notion of international competitiveness has become meaningless, neither the state nor inter-national competitiveness has withered away, but the rules of interstate competitive game has changed from control of territory to a quest for world market shares.³⁵ To put it differently, in the process of globalization, states are forced to act more and more like a market player that shapes its policies to promote, control, and maximise returns from market forces in an international setting.³⁶ Otherwise, it would be difficult to explain the rationality behind the US refuse to sign the Kyoto Protocol. Thus, it can be said that the re-problematisation of competitiveness within the context of neo-liberal rationality of government continues to make it difficult to adopt 'harder' norms and commitments and foster the need for soft law as a 'second best' solution.

It is interesting to note that some writers consider *soft* law rules and *flexible* rules as two different phenomena. Carlson, for instance, contends that flexibility and softness are not synonymous or analogous concepts. The writer argues that flexible rules that permit temporary and limited deviations from important norms may contribute to respect for those norms, by permitting gradual compliance with the norms. By doing so, the perceived harmful impact of the norms may be limited. Moreover, within clearly defined boundaries, flexible rules that cause non-uniform obligation can contribute to the application of the terms more fairly. In contrast, according to Carlson, soft law creates national freedom without possessing most of the virtues flexible norms have. The ambiguity and weakness that soft law often displays foster derogation from

³⁵ McGrew, Anthony, *The globalization debate: Putting the advanced capitalist state in its place*, 12 Global Society (1998) 3

³⁶ Cerny, Philip, G., *The changing architecture of politics*, Sage: London, 1990, p. 230

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

and disrespect for the goals that soft law norms seek to achieve.³⁷ However, even accepted soft law and flexible rules as two distinctive categories, such a distinction could be feasible only case by case basis and not as a general categorisation.

As mentioned earlier, soft law is often welcomed on the ground of providing flexibility. As may be expected however, soft law is not the only way of creating flexibility or compromise, to respond to scientific uncertainty or conflicting interests. There are other devices that enable states to respond to the demand for flexibility. One way of creating flexibility especially in the context of the changing scientific knowledge is to include appendices or lists attached to the agreement that can be easily updated. The agreement may also provide for regular technical assessments when parties to an agreement meet on a regular basis to respond to new scientific findings, as is the case with COP meetings. Moreover, 'joint implementation', 'clean development mechanism' and 'emissions trading' are the three special flexibility mechanisms designed in the KP.³⁸ The doctrine of "margin of appreciation" on the other hand, is a different device that provides flexibility. It is based on the idea that each country has the right to decide how to apply international treaties obligations to make them suitable for each State's own circumstances and societal constrains and expectations especially in areas of security, environment, human rights, and allocation and management of national resources.³⁹

³⁷ Carlson, Jonathan, *Hunger, Agricultural Trade Liberalization, and Soft International Law: Addressing the Legal Dimension of a Political Problem*, 70 Iowa Law Review (1984-1985) p. 1270

³⁸ On the various means used in international legislative process to provide flexibility other than soft law, see Szasz, Paul, C., "International norm-making" in Weiss, Edith, Brown (ed.), *Environmental change and international law: new challenges and dimensions*, UN University Press: Tokyo, 1992.

³⁹ Benvenitsi, Eva, *Margin of Appreciation, Consensus And Universal Standards*, 31 International Law and Politics, 1999, p. 845

3. The climate change regime: an arena for the interaction between hard law and soft law

As mentioned in the beginning of this paper, being an international treaty, the FCCC and the subsequent KP are legally binding upon the parties. However, as stressed earlier, this does not mean that all provisions that these two legally binding instruments contain are hard in the meaning that they allow third-party adjudication or are enforceable. This part of the paper aims to demonstrate the interactions between hard law and soft law by examining the substantive rules which are mostly related to the differentiated mitigation commitments. This part also explains the non-compliance mechanisms and procedures that display such interactions between norms with different normative quality. The reason for selecting these examples is that both mitigation commitments and non-compliance mechanisms lay in the heart of the climate change regime.

Objective and principles

Article 2 sets out the objective of the FCCC implicating both an “ultimate GHG concentration level (that “would prevent dangerous anthropogenic interference with the climate system”) and the time path of achieving that concentration (“within a time frame sufficient to allow ecosystems to adapt naturally to climate change”). However, Article 2 does not aim to establish concrete commitments for its parties but a declarative goal involving the basic values and scientific orientation of the regime. In a similar way, Article 3 of the FCCC, which together with the Preamble of the FCCC, sets out principles of the Convention, provides general guidance on implementation of the commitments and not concrete commitments.⁴⁰ These principles are “common but differentiated responsibilities” (Article 3.1),⁴¹ the “precautionary principle” (Arti-

⁴⁰ Article 3 reads as follows: “In their actions to achieve the objective of the Convention and to implement its provisions, the Parties shall be guided, *inter alia*, by the following (...)”

⁴¹ This principle refers to the fact that some problems affect and are affected by all countries in common. However, the responsibilities following these problems *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)*

cle 3.3),⁴² and “sustainable development” (Article 3.4).⁴³ It can be said that both Articles 2 and 3 should be seen as a general guidance for the parties that also display the policy rationale for collective action. Yet, it does not imply that these articles are legally altogether irrelevant. For example, Article 3 limits the scope and legal implications of the FCCC while the Preamble contains some concepts that many consider as the emerging new principles of international environmental law, like “common concern of human kind”, which implies that all states have a legal interest in the issue, including legal responsibility to prevent damage to it.⁴⁴

ought to be differentiated because of the different level of economic development. As stated in the Article: “the developed country Parties should take the lead in combating climate change and the adverse effects thereof”.

⁴² Article 3.3 further states that precautionary policies and measures “should be cost-effective” so as to ensure global benefits at the lowest possible cost and “different socio-economic contexts” should be taken into account. Obviously, such a wording, however might be deemed necessary for the flexibility, gives states parties the possibility to interpret what measures are “cost-effective” in their special socio-economic contexts.

⁴³ Although it is now widely used, it is still uncertain the normative content and use of the concept of “sustainable development”. Yet, no matter what, the wording of this paragraph makes sustainable development “a right to *promote*”. Besides, Article 3.4 provides again that “Policies and measures to protect the climate system against human-induced change should be appropriate for the specific conditions of each Party and should be integrated with national development programmes” (highlighted by the authors).

⁴⁴ A similar formulation can be found in the Preamble of the Convention on Biological Diversity. Of course, it is open to debate whether such a concept may provide a legal basis for a state, acting as a member of “international community” to enforce obligations to avoid damage to a “common concern” such as climate change (Sands, 2003, p. 287).

Substantive rules

Article 4.1 of the FCCC sets out the mitigation commitments⁴⁵ applicable to all parties regardless their stage of development in general terms without specifying which groups of states should undertake them.⁴⁶ Furthermore, Article 4.1 of the FCCC and the corresponding Article 10 of the KP state that there is no common standards that are being laid down, leaving each party to determine its own level of implementation, taking into account its own specific goals and circumstances. Moreover, Article 4.7 states that the level of the implementation of mitigation commitments of developing countries' depends on "the effective implementation by developed country parties of their commitments under the Convention related to financial resources and transfer of technology". It is therefore possible to interpret the legal implication of this wording as developing countries are not expected to fulfil their mitigation commitments unless developed countries first fulfil their financial and technological transfer commitments for developing countries. Such a conclusion becomes even more plausible considering that the same paragraph also states that economic and social development and poverty reduction are the first and overriding priorities of developing countries.⁴⁷ It is even so when considered the wording

⁴⁵ The word 'mitigation' refers to human intervention to reduce emissions of greenhouse gases from sources or to enhance their removal by sinks (Yamin and Depledge, 2004, p. 76).

⁴⁶ Article 4.1 of the FCCC reads as follow: "All Parties, taking into account their common but differentiated responsibilities and their specific national and regional development priorities, objectives and circumstances (...) And the Article 10 of the Kyoto Protocol reads as follows: "All Parties, taking into account their common but differentiated responsibilities and their specific national and regional development priorities, objectives and circumstances, without introducing any new commitments for Parties not included in Annex I, but reaffirming existing commitments in Article 4, paragraph 1, of the Convention, and continuing to advance the implementation of these commitments in order to achieve sustainable development, taking into account Article 4, paragraphs 3, 5 and 7, of the Convention (...)". Thus, as it can easily be deduced from this wording, the KP strengthens the differentiated structure and conditionalities of the FCCC.

⁴⁷ "(...) economic and social development and poverty eradication are the first and overriding priorities of the developing country Parties".
YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

of Article 10 of the KP, which states that the Kyoto Protocol “does not create any new commitment for Parties not included in Annex 1”⁴⁸.

Article 4.1 of the FCCC presents another example of the use of hard and soft law together. Paragraph (b) of this article requires all parties to formulate national programmes containing measures to mitigate climate change by addressing all GHG emissions and removals by sinks and also adequate adaptation to climate change. Despite the fact that this article does not contain a requirement regarding the achievement of *specific* levels of emissions limitations/reductions or mandates the pursuit of a *particular* mitigation policy of a country, it nonetheless demands for the establishment of national institutions that are charged with the roles to identify, implement and assess measures to mitigate and adapt to climate change. This applies even to the corresponding Article 10 (b) of the KP, which gives rather a more specific guidance as to how to formulate national programmes addressing mitigation and adaptation. The flexibility contained in this wording reflects the national context of the dependency to determine and implement which policy instruments are to be used to maximise mitigation opportunities. As the high level of detail in the “Guidelines for Second National Communications for non-Annex 1 Parties” adopted by COP-8 demonstrates, although this is only ‘guidelines’ and not phrased in mandatory terms and therefore legally non-binding, the existing commitments are being advanced largely due to the increasingly higher level of details these guidance contain.

A common feature in most environmental treaties is that the choice of policies and institutional arrangements to oversee the implementation and enforcement of such policies is left for each party to decide due to different national circumstances and sovereignty concerns given that states want to minimise external constraints on policy choices, especially in areas such as energy, industry, agriculture and transport. Neither the FCCC nor the KP ex-

⁴⁸ “Annex 1 Parties” consist of developed countries and the so-called EIT countries -countries that are undergoing the process of transition to a market economy.

empties from this 'national prescriptiveness' approach. For instance, Article 4.2 (a) of the FCCC displays a combination of both mandatory and permissive elements regarding policies and measurements issues. It *obliges* all Annex 1 countries to adopt national policies and take corresponding measures on the mitigation of climate change by limiting their anthropogenic emissions of greenhouse gases and protecting and enhancing their greenhouse gas sinks and reservoirs. On the other hand, this Article does not say to what degree parties are obliged to constrain their emissions. The wording "limiting" that is used in the Article does not imply an obligation to "reduce" emissions, or lies down a legally binding target. On the other hand, even though Article 2 of the KP states that Annex 1 countries may choose their own policies "in accordance with national circumstances", this Article nonetheless makes it clear that the purpose of such policies are to be achieved their quantified targets.

In a similar way, a mixture of the "margin of appreciation", "soft law" and the "choice of policies" techniques are used together in Article 4.1 (f) of the FCCC, which require state parties to employ "appropriate methods", for instance 'impact assessments', (or "given full consideration", as required in Article 10 (g) of the KP) when states adopt their social, economic, and environmental policies that are "formulated and determined nationally". These wordings make it clear that it is up to parties to determine the scope and application of this commitment at the national level "to the extent feasible".

Flexibility mechanisms

To adopt the legally binding collective and differentiated quantified emission limitation and reduction commitments for Annex B countries (i.e., developed countries) is the most important feature of the KP. The KP provides three mechanisms, namely (i) Joint Implementation (Article 6), (ii) the Clean Development Mechanism (Article 12), and (iii) Emission Trading (Article 17), to achieve the Article 3.1 mitigation commitments in view of the differential compliance costs of the differentiated mitigation meas-

ures. The “Joint Implementation” mechanism allows Annex B Parties to trade among themselves emission reduction units; the “Clean Development Mechanism” aims to assist non-Annex 1 Parties (i.e., developing countries) in contributing to the realisation of the objectives of the climate change regime by way of projects in which developed countries that are subject to emission caps under the Kyoto Protocol can invest to reduce emissions in developing countries, and offset some of their own emissions against the savings from these projects; and the “Emission Trading” mechanism allows developed countries to buy and sell emission credits to fulfil their commitments under the KP. In other words, if one country reduces its emissions by more than its Kyoto target requires, it can sell its surplus emissions reductions (carbon abatement) to another country, which in turn, can exceed its emissions target by this amount. This mechanism is based on the idea that the atmosphere is a global common, and it does not matter where the emissions reduction occur. The downside of these mechanisms has been the moral and environmental risks that these mechanisms might exacerbate the existing emissions inequalities by providing a cheap way for Annex B Parties to ‘buy’ themselves out of their legal obligations.⁴⁹

Non-compliance

The effective implementation is a common concern for all multilateral regimes. The discrepancy between the commitments and compliance has been seen one of the central problems in especially multilateral environmental agreements, which generally lack of established ‘internal’ specialised bodies and procedures to deal with non-compliance cases. Of course, it is always possible to use the ‘traditional dispute settlement mechanisms, in particular the

⁴⁹ This concern has been addressed in the Marrakesh Accords, which provide that “use of the mechanisms shall be supplemental to domestic actions and domestic action shall thus constitute a significant element of the effort by each Annex 1 Party in meeting its Article 3.1 commitments”. However, the preference of the word ‘significance’ over more precise wording with quantitative connotation can be interpreted in a way that such concerns have still some grounds.

International Court of Justice and international arbitration to correct non-compliance.⁵⁰ However, mainly because of the special nature of environmental commitments, these traditional mechanisms have generally been considered unpractical.⁵¹ In the Kyoto Protocol context, the Marrakesh Accords have established an 'internal' compliance system with a mixture of hard and soft elements.⁵² The institutions, procedures and consequences designed for the Kyoto compliance system will not be analysed here in detail. Instead, the paper confines itself to highlighting the hard and soft elements embodied within the compliance procedure as well as sanctions or enforcement consequences applied in cases of breaches of obligations. There can be found three types of obligation under the climate change regime: (i) procedural obligations, which refer to reporting (in particular those relating to 'national communications' and 'national inventories'), or undertaking an environmental impact assessment; (ii) institutional obligations, which refer to obligations implemented through the regime's institutions, such as the COP's obligation to review the adequacy of commitments – verification of information provided; and most importantly, (iii) substantive obligations, which basically refer to the mitigation commitments.

Non-compliance procedures under the FCCC display a nature of non-judicial and non-confrontational and have a 'soft' character. For instance, the outcomes of the Multilateral Consultative Com-

⁵⁰ Indeed, Article 14.2 (a) and (b) of the FCCC and Article 18 of the KP contain provisions allowing recourse to both judicial settlement and arbitration.

⁵¹ Yamin, and Depledge note that no state party to a multilateral environmental agreement has to date used traditional dispute settlement procedures (2004, p. 378). Considering the fact that breach of multilateral environmental commitments concerns not a single state but the all state parties, for the reason that such agreements address a 'global concern' and therefore should be addressed in a multilateral context rather than through bilateral disputes mechanisms. Also, such traditional mechanisms are designed to award remedies after a breach occurs. However, in case of environmental commitments, such legal remedies may be proven environmentally defective. Lastly, traditional mechanisms are designed to enforce compliance in adversarial/conferential rather than in a cooperative/managerial manner.

⁵² Decisions 2-24/CP.7, adopted at COP-7 in 2001, which consists of a package of twenty-three decisions.

mittee (MCC) established upon the requirement of Article 13 of the FCCC for the resolution of question regarding the implementation of the FCCC can only be 'conclusions' and 'recommendations' for the Parties "to consider". A similar 'soft' preference can be observed regarding the compliance assessment by the COP designed in Article 7.2 (e). This Article requires the COP to 'assess' (the use of a harder wording, such as 'monitor', was not preferred) the 'implementation' (the use of a harder wording, such as 'compliance', was not preferred) of the Convention by the Parties (...). Besides, the compliance of the Parties has in practice been to date scrutinised by the COP insufficiently, limited to only providing 'general consideration'. At any rate, according to Article 7.2, the COP can only make 'recommendation', which is not binding upon the parties.

On the other hand, non-compliance procedures and mechanisms under the Kyoto Protocol display a combination of hard and soft elements. Considering the legally binding nature of the commitments under the KP, such a harder and quasi-judicial modification does of course not come as a surprise.⁵³

The principal institution involved in the identification of non-compliance by Annex-1 parties that the KP sets out is the "Compli-

⁵³ For the same reason, the Kyoto Protocol includes more elaborated reporting and reviewing provisions. The existence of detailed, accurate and working reporting and reviewing procedures is not only essential for supplying information on the GHS emissions of parties and their sources, the actions being taken to combat climate change and their effectiveness as well as securing the transparency needed to reassure parties that burden of implementation is being shared as agreed, but also is the basis for assessing compliance with the legal obligations (The reporting obligation for the Annex 1 Parties under the KP is embodied in Article 7.1. Detailed guidelines for reporting supplementary information required by Article 7.1 were agreed as a part of the Marrakesh Accords and an additional COP-8 decision ""Decision 22/CP.7"). By the same token, the review process embodied in Article 8.1 holds particular significance under the KP given that the review reports provide the basis for the decision-making process under the compliance regime, and that compliance with reporting obligations constitutes an eligibility criterion for participating in the Kyoto mechanisms.

ance Committee”.⁵⁴ The “Enforcement Branch” (EB), which functions under the Compliance Committee, has the responsibility to determine whether each Annex 1 party is in compliance with quantified emission limitation or reduction commitments, reporting commitments and eligibility to participate in the flexibility mechanisms under the KP. The EB has the power to apply both soft and hard sanctions. The relatively ‘soft’ sanctions that the EB may exercise are (i) to issue a declaration regarding the existence of non-compliance aiming to shame non-compliance party, (ii) to require developing a compliance action plan, and (iii) to require submitting progress report. On the other hand, if the EB finds that an Annex 1 party does not meet one or more of the eligibility requirements of the flexibility requirements laid down in Article 6, 12 and 17 of the KP, it *shall* suspend the eligibility of the party. It may mean that all uses of the flexibility mechanisms are prevented. Similarly, if the EB determines that the emissions of a party has exceeded the amount assigned to it in Article 3.1 of the KP, the EB *shall* deduce from the party’s assigned amount for the second commitment period. Appeal against an EB decision to the COP/MOB is also envisaged. However, in order to hinder a political interference, even if the COP/MOP decides with a three-fourths majority of parties present and voting to override the decision of the EB, the COP/MOP has only the power to refer the decision back to the EB for reconsideration.

Yet, since the KP states that any procedures and mechanisms regarding non-compliance that entails binding consequences shall be adopted by means of an amendment to the KP (i.e., ratification requirement), there is still uncertainty surrounding the legal status

⁵⁴ It is interesting to note that the voting rule for the Compliance Committee incorporates the concept of a double majority to provide a safeguard for the Annex 1 Parties (i.e., developed countries). Accordingly, any two Annex 1 Party members could block a decision from being taken, a power, which may be critical in the context of eligibility mechanism (See, Yamin, and Depledge, 2004, p. 391).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

of the "Decision 24/CP.7" that set out the KP's enforcement mechanisms.⁵⁵

Conclusion

Climate change has many common features with other environmental concerns. It is global in nature (in this case, "atmosphere knows no boundaries") and consequently demand for collective actions of sovereign states and stakeholders. Besides, regulations must be dynamic and responsive to changing environmental conditions and in the state of knowledge on the best measures and methods to deal with the matter. However, climate change also indicates a complex new area of international co-operation, mainly for two reasons: First, the actions which are suggested to be necessary when addressing climate change require policy consideration related to the integration of the environment, economic development, energy, transport, consumer behaviour, life style, and environmental and social justice as well as inter-generational equity, hence it is highly politicised. Second, even though the human interference has been pointed out as being one of the major factors influencing the climate, there are still important uncertainties over the timing, rate and impacts of climate change, which require an unprecedented scientific approach, risk assessment and uncertainty analysis, and related to this, the assessment of the cost effectiveness of the actions that the climate change regime puts forward. All these factors identified in this paper urge the use of a variety of legal norms: some legally non-binding nonetheless detailed and capable of embodying precise standards, some legally binding nonetheless of a general nature, and others, legally binding and specific.

In the climate change regime soft law performs a triple function. First, soft provisions of the FCCC and the KP create the necessary flexibility and (national) discretion to adapt to the diverse

⁵⁵ For a more detailed discussion surrounding the uncertainty of the legal status of the "Decision 24/CP.7", see Ulfstein, Geir and Werksman, Jacob, "The Kyoto Compliance System: Towards Hard Enforcement" in Stokke, O., S.; Hovi, J.; and Ulfstein, G., *Implementing the Climate Change Regime: International Compliance*, Earthscan Publ.: UK, 2005

and diverging interests of states, MNCs, NGOs and it can hence act as a bridge between state sovereignty and the minimum needs for and international legal order as well as law with policy. Second, soft law is considered as a safeguard in a new and complex area such as climate change allowing 'road test' policies. And related to this, third, soft law also makes it possible to handle the specific characteristic of the climate change where the flexibility of soft provisions enables the continuous inclusion of new scientific findings or changed political priorities. Soft law instruments provide the detailed rules and technical standards required for implementation of the FCCC and the KP.

It is sometimes argued that soft law is trivial while hard law is essential. This argument includes the idea that increasing hardness should be the ultimate goal to ensure the implementation and enforcement of the norms in question. There is in many cases a continuum from 'soft' to 'hard' law. In other words, soft law may undergo a hardening process, in which soft law norms may transform into binding (and enforceable) norms. However, hard law and soft law categories do often not indicate two diametrically opposite and frozen polarities. Besides, it should be recalled that the non-binding character may sometimes be the very *raison d'être* of a soft law instrument. Otherwise, there would, in many cases, be no international agreement at all. Hence, a move towards hard law is neither always possible nor desirable.

Besides, soft law provisions may be substantially more ambitious than hard law. It can be observed that because of the various soft law standards and non-binding decisions taken within the institutional framework, such as those of the COP, the climate change regime has significantly strengthened. As a result of the needed flexibility, built into the institutional system of the regime, where hard law and soft law create an increasingly complex network of rules of climate change mitigation and adaptation, the legal force of the FCCC and KP standards create a more convincing legal framework. The increasingly detailed technical standards and guidelines, which are non-binding in essence, give hard content to the overly-general and open-textured terms of the FCCC. Paradoxically yet,

due to the increasing details such soft law instruments contain, the room for discretion left the parties over the matters is increasingly limited. This potential of soft law to influence the strength of binding norms and institutions by putting pressure on parties is demonstrated in the FCCC reporting guidelines for national communication, which have been revised by the COP three times, each time specifying in more detail the information that parties must include in their reports with the aim of improving the comprehensiveness, accuracy, transparency and comparability of the data provided.⁵⁶

What has been discussed above is also partly about rule development within the climate change regime. It can be argued that despite the fact that the COP has no power to take legally binding decisions over the parties, it has nonetheless become the most dynamic organ of the whole climate change regime as regard to rule development as the regime must be shaped by continuous interaction of member states to provide guidance on, and ensure consistency in the implementation of the FCCC and KP. This has been done through defining the relevant principles, modalities, rules and guidelines, in particular for verification, reporting and accountability for emissions as well as approving appropriate and effective procedures and mechanisms to determine and to address of non-compliance with the provisions of the KP. Moreover, COP is also authorised to adopt measures with a certain normative content that relate to the implementation of the parties' substantive obligations unless they are strictly legislative. For example, Article 17 of the KP enables the COP to adopt rules relating the operation of the system for trading in emissions of greenhouse gases. Furthermore, the climate change regime assigns a general supervisory role to the COP entailing the negotiation and elaboration of detailed rules, standards and practices, which intends to give effect to the more general provisions of the FCCC.

This paper explained the factors that have favoured soft law in the climate change regime. However, it should be noted that soft law has also some disadvantages. Thus while the flexibility and

⁵⁶ Yamin, and Depledge (2004) p. 331

fluidness of soft law in overall terms have helped the progressive development of international climate change regime not least by responding to the inherent uncertainty, soft law can also generate uncertainty due to the conceivable weaker engagement to live up to these soft commitments. Moreover, soft law may simply provide states with an opportunity to be seen to be doing something while avoiding any obligation to comply.

Yet, all things considered, as Chinkin suggests, hard and soft law should be seen as part of a continuum of international legal mechanisms. Both may contribute to the development of international law, to the creation of stability and expectation in international relations and both facilitate international co-operation.⁵⁷

BIBLIOGRAPHY

Abbott, Kenneth W. and Snidal, Duncan, *Hard and Soft Law in International Governance*, 54 *International Organization*, 2000

Abbot, Kenneth W.; Keohane, Robert O.; Moravscik, Andrew; Slaughter, Anne-Marie, and Snidal, Duncan, *The Concept of Legalization*, 54 *International Organization*, 2000

Alkan, Olsson, Ilhami, *The changing nature and role of soft law in international economic law*, PhD dissertation at Kent Law School, Kent University, UK, 2007

Baxter, R. R., *International Law in "Her Infinite Variety"*, 29 *International and Comparative Law Quarterly*, 1980

Benvenitsi, Eva, *Margin of Appreciation, Consensus And Universal Standards*, 31 *International Law and Politics*, 1999

Brunee, J., *COPing with Consent: Law Making Under Environmental Agreements*, 15 *Leiden Journal of International Law*, 2002

Carlson, Jonathan, *Hunger, Agricultural Trade Liberalization, and Soft International Law: Addressing the Legal Dimension of a Political Problem*, 70 *Iowa Law Review*, 1984-1985

⁵⁷ Chinkin (2003) p. 42

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

Cerny, Philip, G., *The changing architecture of politics*, Sage: London, 1990

Chinkin, Christine, "Normative Development in the International Legal System" in Shelton, Dinah (ed.), *Commitment and Compliance*, Oxford University Press: New York, 2003

Cutler, Claire, A., "Private international regimes and inter-firm cooperation" in Hall, Rodney, Bruce and Biersteker, Thomas, J. (eds.), *The Emergence of Private Authority in Global Governance*, Cambridge University Press: Cambridge, 2002

Francioni, Francesco, "International 'Soft Law'" in Lowe, A. Vaughan and Fitzmaurice, Malgosia (eds.), *Fifty Years of the International Court of Justice, Essays in Honour of Sir Robert Jennings*, Cambridge University Press: NY, 1996

Friedmann, Wolfgang, *The Changing Structure of International Law*, Stevens: London, 1964

Gold, Joseph, *Interpretation: The IMF and International Law*, Kluwer Law International: The Hague/London/Boston, 1996

Gruchalla-Wesierski, Tadeusz, *A Framework for Understanding "Soft Law"*, 30 McGill Law Journal, 1984

Hasenclever, Andreas; Mayer, Peter; and Rittberger, Volker (eds.), *Theories of International Regimes*, Cambridge University Press: New York, 1997

Keohane, Robert, O., *Power and Governance in a Partially Globalized World*, Routledge: London and New York, 2002

Kirton, John, J. and Trebilcock, Michael, John. (eds.), *Hard Choices, Soft Law*, Ashgate: UK, 2004

Koskenniemi, Martti, *Formalism, Fragmentation, Freedom*, paper presented in Frankfurt, 25.11.2005 at a conference titled "Kantian Themes in Today's International Law" available at [http://www.valt.Helsinki.fi/blogs/eci/Frankfurt-Formalism-05h\[1\].pdf](http://www.valt.Helsinki.fi/blogs/eci/Frankfurt-Formalism-05h[1].pdf)

Klabbers, Jan, *The Undesirability of Soft Law*, 67 Nordic Journal of International Law, 1998

Krasner, Stephen, D., *Structural Causes and Regime Consequences: Regimes as Intervening Variables*, 36 "International Organization", 1982

Malanczuk, P., *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, Routledge: UK, 1997

McGrew, Anthony, *The globalization debate: Putting the advanced capitalist state in its place*, 12 Global Society, 1998

Sands, Philippe, *Principles of International Environmental Law*, Cambridge University Press: UK, 2003

Shelton, Dinah, *Commitment and Compliance*, Oxford University Press: New York, 2003

Strange, Susan, *Cave! Hic Dragones: A Critique of Regime Analysis* 36 International Organization, 1982

Szasz, Paul, C., "International norm-making" in Weiss, Edith, Brown (ed.), *Environmental change and international law: new challenges and dimensions*, UN Univ. Press: Tokyo, 1992

Ulfstein, Geir and Werksman, Jacob, "The Kyoto Compliance System: Towards Hard Enforcement" in Stokke, O., S.; Hovi, J.; and Ulfstein, G., *Implementing the Climate Change Regime: International Compliance*, Earthscan Publ.: UK, 2005

Van Hoof, G. J. H., *Rethinking the Sources of International Law*, Kluwer Law and Taxation Publishers: Deventer, 1983

Weiss, Edith, Brown (ed.), *Environmental change and international law: new challenges and dimensions*, UN University Press: Tokyo, 1992

Yamin, Farhana and Depledge, Joanna, *The International Climate Change Regime*, Cambridge University Press: UK, 2004

**ÇEVRENİN KORUNMASINA İLİŞKİN HUKUKİ
SORUMLULUK KURALLARININ YARGITAY
KARARLARI KAPSAMINDA İNCELENMESİ**
*(AN ANALYSIS OF CIVIL LIABILITY REGARDING ENVIRONMENTAL
PROTECTION IN THE FRAME OF TURKISH CASE LAW)*

Dr. Süheyla Suzan ALICA *

ÖZET

Çevre sorunlarının çözümüne yönelik hukuki sorumluluk sistemi; çevreyi kirleten veya bozan faaliyetlerden zarar gören kişilerin uğradıkları zararın tazminini, eski hale getirilmesini, bu tür faaliyetlerin zarar verici etkilerinin önlenmesini öngörmektedir. Bu çerçevede geleneksel sorumluluk kurallarına ilave olarak, ortak doğal kaynakların korumasına ilişkin yeni sorumluluk ve yükümlülük kurallarının getirildiğini görmekteyiz. Bu kapsamda çalışmamızda, çevrede oluşan zararın giderilmesini öngören çevresel sorumluluk kavramı ile zarara sebep olanların yükümlülükleri ele alınmıştır. Bu konuda ulusal mevzuat incelenmiş ve Yargıtay'ın çevre ile ilgili kararları tartışılmıştır. Ayrıca Avrupa Birliği'nin Çevresel Sorumluluk Direktifi üzerinde durularak iç hukukumuza yansıtılması durumunda hangi sorunlarla karşılaşılacağı açıklanmıştır.

Anahtar Kelimeler: Çevre, çevresel sorumluluk, çevresel zarar, kirlilik, kirleten, komşuluk hukuku, ürün zararı, AB çevresel sorumluluk direktifi.

* Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Çevre Hukuku Bölümü Öğretim Görevlisi,
e-posta: salica64@yahoo.com.tr

ABSTRACT

Civil liability system regarding environmental problems aims at compensating losses of people, who suffer from activities polluting or destructing to environment, and prevent such activities. In this context, in addition to traditional liability principles, new liability principles protecting common natural resources have been developed. This article considers national legislation and case law of Turkey relating to environmental civil liability. In particular, Environmental Liability Directive (2004/35/EC) is analyzed. and the problems of harmonization of Turkish law with the Environmental Liability Directive are explained.

Keywords: *Environment, environmental liability, polluter, pollution, law of neighbours, EU Environmental Liability Directive.*

Giriş

Hızla gelişen ve değişen bir hukuk dalı olarak çevre hukukunda, geleneksel sorumluluk kavramına, ortak doğal kaynakların korumasına ilişkin yeni sorumluluk ve yükümlülük kurallarının getirildiği gözlenmektedir. Çevre sorunlarının çözümüne yönelik olarak hukuki sorumluluk kurallarının işletilmesi, çevreyi kirleten veya bozan faaliyetlerden zarar gören kişilerin uğradıkları zararın tazminini, eski hale getirilmesini, bu tür faaliyetlerin zarar verici etkilerinin önlenmesini sağlamaktadır. Bu kapsamda, çevrede oluşan zararın giderilmesini öngören çevresel sorumluluk kavramı, zarara sebep olanların üstlenmesi gereken sorumluluğu anlatmaktadır. Ortak kaynakların aşırı kullanımı veya kirliliğin neden olduğu çevresel zararın önlenmesi ve iyileştirilmesine yönelik sorumluluğun kabulü önemli bir gelişme olarak kabul görmektedir¹. Bu çerçevede, çevresel hukuki sorumluluk kavramı, çevresel zararın taz-

¹ Basse, E. M.: Environmental Liability – Modern Developments, s. 31-32. http://www.estig.ipbeja.pt/-ac_direto/41-2.pdf Windows Internet Explorer Erişim tarihi (01.06.2011)

minine ilişkin hususları kapsamakta ve sorumluluğun zarara sebep olanlara devrini öngörmektedir. Çevresel sorumluluğun kabulünün ardında ise “kirleten öder ilkesi” yatmaktadır. Kirliliğin önlenmesi açısından kirletenin hukuki sorumluluğunun belirlenmesi, çevresel zararın tazminini hedeflemektedir. Hukuki sorumluluk kurallarının işletilmesiyle kirleten öder ilkesinin kirliliği giderme işlevi, çevreyi bozucu davranışlardan caydırmak yoluyla da önleme işlevi gerçekleştirilebilecektir².

Çevrenin korunması ve çevre sorunlarının çözüme kavuşturulmasında, hukukun hangi alanındaki sorumluluk kurallarından öncelikle yararlanılması gerektiği önem arz eden bir konudur. Genel olarak uluslararası alanda çevre sözleşmelerinin, ulusal hukukta özel hukuk hükümlerini ya da devletin sorumluluğunu gerektiren idare hukuku hükümlerini harekete geçirdiğini görmekteyiz. Çevrenin korunmasında ceza hukuku hükümlerine başvurulduğu çok karşılaşılan bir durum değildir. Çevreye zarar veren ihlallerin önlenmesi bakımından hangi kapsamda, nasıl ve hangi araçlarla mücadele edilmesi gerektiği tartışma konusudur. Bu çerçevede “ihlallerle mücadelede” ceza hukuku normlarının kullanılmasının kural olarak düşünülmesi gereken “son araç” olduğu düşüncesinin³ yanı sıra medeni hukukun toplumdaki tüm bireyleri ilgilendiren böyle kolektif bir zararı gidermekte yetersiz kaldığı görüşü de kanaatimizce doğrudur. Geleneksel hukuk kuralları ile idari ve yargısal kararlar, etkin bir sorumluluk sistemi getirmede yetersiz kalmıştır. Bu çerçevede yeni sorumluluk kavramları ile geleneksel sorumluluk kavramları arasında oluşturulması gereken uyum ve birlikteliğin nasıl gerçekleştirileceği de bir sorun olarak karşımıza çıkmaktadır. Zira Türk mevzuatını incelediğimizde, yeni çevresel sorumluluk kavram ve kurallarına yer verilmediğini görmekteyiz. Bu sistemin getirdiği “çevresel sorumluluk” kuralları, çevresel zararın öncelikle giderilmesini, tazminini ve önlenmesini öngörmektedir.

² Turgut, Y.T.: Çevre Politikası ve Hukuku, s. 277.

³ Ünver, Y. – Nuhoglu, A.: Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku, Genel Bilgiler- Atık Madde Ceza Hukuku, Atık Su Ceza Hukuku- Ekler, Beta Yayınları, İstanbul, 1999, s. 5.

Önleme ilkesi⁴, bu gibi zarara neden olmaktan kaçınmayı teşvik eden, giderim masraflarından sorumlu olacak potansiyel kirleticileri öngörmesi açısından yol göstericidir.

Bu kapsamda çevresel sorumluluk sisteminin doğru işletilmesi, Sürdürülebilir Kalkınma ilkesinin gerçek anlamda uygulamaya geçirilmesinde çok etkilidir. Bu açıdan uluslar arası çevre hukuku veya Avrupa Birliği Hukuku gibi bölgesel çevre hukuku sistemlerinde “çevresel sorumluluk” kurallarında, ortak kaynakların kullanımını ile bu kaynakları kirletici faaliyetlerin kesinlikle yasaklanmasına ilişkin çerçeve ilke ve kurallara dayanıldığı görülmektedir. Bu çerçevede ulusal mevzuatın yeniden ele alınmasında ve yeni ilke ve kuralların getirilmesinde yarar ve zorunluluk olduğu açıktır.

I- AVRUPA BİRLİĞİ ÇEVRESEL SORUMLULUK DİREKTİFİ (2004/35/EC)

Temel amacı çevresel zararı önlemek ve gidermek olan Avrupa Birliği Çevresel Sorumluluk Direktifi⁵ (*Environmental Liability Directive*), korunan türler ve doğal yaşam ortamı zararlarını “çevresel zarar” olarak öngörmektedir. Direktifte belli tehlikeli faaliyetler liste olarak sunulmuş olup, bu faaliyetlerle uğraşan gerçek ve tüzel kişiler işletmeci sıfatıyla tehlikeli faaliyetlerin neden olduğu çevresel zarardan kusursuz olarak sorumludur⁶.

⁴ Önleme ilkesi çevre sorunlarının ortaya çıkmadan önlenmesini öngören bir ilkedir. Avrupa Birliği'nin Birinci Çevre Eylem Programından başlamak üzere, hazırlanan bütün eylem programlarında önleme ilkesine yer verilmiştir.

⁵ Konuyla ilgili geniş bilgi için bkz. Alica, S.: “Avrupa Birliği'nde Çevresel Sorumluluk Alanında Yaşanan Gelişmeler”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, (28-29- Mayıs 2009), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s.347-375.

⁶Environmental Liability, <http://ec.europa.eu/environment/images/border-singelcal-bottom2.gif>, Erişim tarihi (01.05.2011)

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

Direktif'e göre çevresel zarar;

-AB "su yönetim mevzuatı"⁷ tarafından korunan su çevresindeki doğrudan veya dolaylı zararı,

-AB'nin 1979 tarihli "Kuş Direktifi"⁸ ile 1992 tarihli "Habitat Direktifince"⁹ korunan türler ve doğal yaşam ortamlarındaki doğrudan veya dolaylı zararı,

-İnsan sağlığı açısından önemli risk yaratan doğrudan veya dolaylı toprak kirliliğini, ifade etmektedir.

Direktif çevresel zararı öngörmekle birlikte, insan sağlığı için risk taşıyan "toprak kirliliği" ve 2000 tarihli Su Çerçeve Direktifi tarafından kapsanan "su kirliliği zararı" da çevresel zarar olarak tanımlanmıştır.

Ancak Direktifin 4 üncü maddesinde çevresel sorumluluk için aşağıdaki istisnalar getirilmiştir;

a) Ulusal güvenlik ve savunma amacıyla yapılan faaliyetler (askeri çatışma, çarpışma, iç savaş veya ayaklanma)

b) Kaçınılmaz, karşı konulmaz veya istisnai nitelikte olan doğal olağanüstü durumlar (insan faaliyetlerinden kaynaklanan olağanüstü durumlar hariç)

c) Üye devletlerin sorumluluk almasının önlendiği uluslararası anlaşmalar (Direktifin ek 4'ünde listelenmiştir)

⁷ *The EU Water Framework Directive,*

http://ec.europa.eu/environment/water/water-framework/index_en.html, Erişim tarihi (02.06.2011) 2000 tarihinde AB ülkelerinde yürürlüğe giren Su Çerçeve Direktifi (*Water Framework Directive, WFD*) su kaynaklarının yönetimine ilişkin bir düzenlemedir.

⁸ *Council Directive 79/409/EEC of 2 April 1979, 1979 yılında yürürlüğe giren Kuş Direktifi, Avrupa'da doğal yaşam ortamında yaşayan tüm kuş türlerinin korunması ve yönetilmesine ilişkin bir düzenlemedir.*

http://europa.eu/legislation_summaries/environment/nature_and_biodiversity/128046_en.htm, Erişim tarihi (31.05.2011)

⁹ *Council Directive 92/43/EEC of 21 May 1992, 1992 yılında yürürlüğe giren Habitat Direktifi bitki ve hayvan toplulukları (flora ve fauna) ile onların doğal yaşam ortamlarının korunmasına ilişkin bir düzenlemedir.* http://ec.europa.eu/environment/nature/legislation/habitatsdirective/index_en.htm, Erişim tarihi (31.05.2011)

d) Avrupa Atom Enerjisi Topluluğunu kuran Anlaşmanın içerdiği faaliyetler (nükleer riskler)

e) Herhangi bir işletenin faaliyeti ile zarar arasında ilişkinin kurulamadığı yaygın kirlilik.

Genetik Olarak Değiştirilmiş Organizmaların ulaşımı dahil olmak üzere kullanımının sınırlandırılması sırasında veya piyasaya arzı dahil olmak üzere çevreye salıverilmesi sırasında korunan türler, doğal yaşam ortamları ve su ve toprak zararları da Direktif kapsamındadır.

Belirtilmesi gereken en önemli husus, Direktif ile getirilen hükümler ile Avrupa Birliği ülkelerinde yürürlükte olan hukuki sorumluluk rejiminin çakışmasının önlenmesinin hedeflendiğidir. Çevresel Sorumluluk Direktifinin içerdiği faaliyetler mevcut veya muhtemel risklerden kaynaklansa bile, kişisel veya malvarlığı zararlarının tazminine yönelik geleneksel tazmin yöntemi, ulusal hukuki sorumluluk kuralları tarafından düzenlenecektir. Çevresel Sorumluluk Direktifi sadece geniş anlamda “çevresel zarar”ı düzenlemektedir¹⁰. Bu nedenle iç hukukumuzda aktarılması aşamasında çevre mevzuatımızda çok önemli değişikliklerin yapılması gerekebilecektir. Zira ülkemiz sorumluluk hukuku sisteminde sadece malvarlığı veya kişisel zararların telafisine ilişkin hükümler yürürlükte olup, yargı kararları da bu yöndedir.

II-TÜRK HUKUKUNDA HUKUKİ SORUMLULUK KURALLARI ÇERÇEVESİNDE ÇEVRESEL SORUMLULUK

Türk hukukunda kirletenin sorumluluğuna ilişkin kurallar, Çevre Kanunu, Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu ve Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun hükümlerinde düzenlenmiştir.

¹⁰ *Rapid- Pres releases EUROPA*, <http://europa.eu/rapid/images/nav/rapid-register.png>, Erişim tarihi (20.05.2009)

1. Çevre Kanunu'nda Hukuki Sorumluluk İle İlgili Hü- kümler

A- Çevresel Zarar Kavramı

Çevresel sorumluluğun kapsamını belirlemek açısından “çevresel zarar” veya “çevre zararı” kavramının çerçevesini belirlemek kanımızca önem arz etmektedir. Geniş anlamda çevre zararı kavramı, doğrudan çevrede meydana gelen zararları ifade etmekte ve bu zararı tanımlamak üzere “birincil (asli) çevre zararı”, “gerçek çevre zararı”, “doğrudan çevre mallarında meydana gelen zarar veya çevre mallarının ekolojik boyutunun olumsuz etkilenmesi”, “genel çevre zararı”, “doğrudan çevre zararı”, “çevrenin olumsuz etkilenmesi”, “doğal kaynak zararları” ve çoğunlukla da “ekolojik zarar” kavramları kullanılmaktadır¹¹.

“Ekolojik zarar” kavramının, ilk kez Fransız hukukçusu Despax tarafından ortaya atıldığı ve çevreye yapılan ihlallerden doğan, dolayısıyla zararların özellikleri üzerinde durmak için kullanıldığı¹² ve ekolojik zararın ekolojik sistemin bütün unsurlarının ihlaline yol açan, dolaylı ve yaygın karakteriyle tazminat hakkı doğurmasına izin verilmeyen zarar olarak nitelenebileceği¹³ belirtilmiştir. Çevrenin unsurlarından birinin ihlali durumunda, bu ihlalin çevrenin diğer bileşenleri üzerinde bir etki yapmadığı sürece çevresel olayların kendi arasındaki bağımlılık ilişkisinin bozulmasının, sorumluluk hukukunda göz önünde tutulmaması¹⁴ çevresel sorumluluğun kapsamının sınırlandırıldığını göstermektedir. Görüldüğü üzere çevresel zarar kavramı ile hukukumuzda kabul edilen klasik zarar kavramı arasında farklar bulunmaktadır. Çevresel zarar herkesin hatta gelecek kuşakların ortak malı olarak kabul edilen

¹¹ *Yongalık, A.:* Çevre Sorumluluk Sigortası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998. s. 25-26.

¹² *Despax, M.:* Droit de l'environnement, 1980, Paris, s.790. Aktaran *Çörtoğlu, S.:* “Çevre Kanunu'na Göre Çevreyi Kirletenlerin Hukuki Sorumluluğunun Şartları”, 1995, Ankara, Yayınlanmamış Tez, s.211.

¹³ *Prieur, M.:* Droit de l'environnement, 1984, Paris, s.790. Aktaran *Çörtoğlu, S.:* “Çevre Kanunu'na Göre Çevreyi Kirletenlerin Hukuki Sorumluluğunun Şartları”, 1995, Ankara, Yayınlanmamış Tez, s. 211.

¹⁴ *Çörtoğlu, S.:* a.g.e., s. 211.

çevresel varlıklar ve değerler üzerinde, geniş ölçekte ve yaygın nitelikte kendini göstermektedir¹⁵. Bu açıdan yukarıda belirtildiği üzere, Avrupa Birliği Çevresel Sorumluluk Direktifinin (2004/35/EC) önemli bir işlevi vardır.

Çevre zararı veya çevresel zarar kavramının çevre kirliliği sonucunda ortaya çıkan kişi, mal veya malvarlığı zararları ile sınırlı kullanımı, “dar anlamda çevre zararı” veya “sorumluluk hukuku anlamında çevre zararı”¹⁶ olarak adlandırılmaktadır. Bu anlamda çevre zararı “kişisel zarar” olarak kabul edilebilecektir. Çevre zararı olarak adlandırılan zararları, çevre kirliliği nedeniyle doğrudan çevrede ortaya çıkan zararlar ile üçüncü kişilerin uğrayacakları kişi, mal veya malvarlığı zararları¹⁷ olarak tanımlanmaktadır.

Çevre Kanunu’nun hukuki sorumluluk ile ilgili hükümlerini incelemeye geçmeksizin öncelikle, “kirliten”, “çevre kirliliği” ve “çevresel zarar” kavramlarının belirlenmesi hukuki sorumluluğun tespiti açısından önemlidir. Çevre Kanunu’nda, “çevresel zarar” kavramı kullanılmış ancak, büyük bir eksiklik olarak bu kavramın tanımına yer verilmemiştir. Ancak bu kavramın içeriğini doldurmaya ve çerçevesini çizmeye yarayan birçok kavramın tanımı yer almaktadır. Örneğin, “çevre” kavramını ele aldığımızda, “canlıların yaşamları boyunca ilişkilerini sürdürdükleri ve karşılıklı olarak etkileşim içinde buldukları biyolojik, fiziksel, sosyal, ekonomik ve kültürel ortam” karşımıza çıkmaktadır. O halde bu ortamların bozulmasına ve tahribine neden olan zarar, “çevresel zarar” olarak kabul edilmelidir. Zararın en önemli etkeni olan “çevre kirliliği” kavramı, “çevrede meydana gelen ve canlıların sağlığını, çevresel değerleri ve ekolojik dengeyi bozabilecek her türlü olumsuz etkiyi” tanımlamaktadır. Kanunda kirlilik faaliyetini yapan kişi yani “kirliten” terimi ise, “faaliyetleri sırasında veya sonrasında doğrudan veya dolaylı olarak çevre kirliliğine, ekolojik dengenin ve çevrenin bozulmasına neden olan gerçek ve tüzel kişileri” ifade etmektedir.

¹⁵ Turgut, N.: “Kirliten Öder İlkesi ve Çevre Hukuku”, s. 616, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/298/2776.pdf>-Windows Internet Explorer Erişim tarihi (01.06.2011).

¹⁶ Yongalık, A.: s.24-25.

¹⁷ Yongalık, A.: s.24.

Söz konusu tanımdan yola çıkarak “çevresel zarar”, “çevrenin kirletilmesine ve bozulmasına yol açan faaliyet ve işlemlerdir” demek yanlış olmayacaktır.

Kanun’un kirletenin sorumluluğunu düzenleyen 28 inci maddesinin 1 inci fıkrasında düzenlenen “Çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar.” hükmü uyarınca çevresel zarar, “kirlenme ve bozulmadan doğan zarar” olarak¹⁸ tanımlanabilir. Çevre kirliliği ya da bozulması ise; “Doğal kaynakların aşırı ve yanlış kullanılması, tahrip edilmesi sonucunda çevrede dengenin olumsuz yönde bozulması ve birtakım sorunların ortaya çıkması”¹⁹ olarak tanımlanabilir. Hukuki sorumluluğa ilişkin Yargıtay kararlarında “çevresel zarar”²⁰ kavramının kullanımına pek sık rastlanmasa da, “zarar”²¹ kavramı açıklanmış ve “çevre kirliliği nedeniyle uğranılan zarar” ifadesi kullanılmıştır.

B- Kirletenin Sorumluluğu ve Kusursuz Sorumluluk

Çevreyi kirletenin sorumluluğu Çevre Kanunu’nun 3 üncü ve 28 inci maddelerinde düzenlenmiştir. Kanunun 3 üncü maddesinin (g) bendine göre;

“Kirlenme ve bozulmanın önlenmesi, sınırlandırılması, giderilmesi ve çevrenin iyileştirilmesi için yapılan harcamalar kirleten veya bozulmaya neden olan tarafından karşılanır. Kirletenin kirlenmeyi

¹⁸ Yongalık, s.27.

¹⁹ Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlüğü

²⁰ Bu konuda geniş bilgi için bkz. Çörtoğlu, S.: “Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumlulukla Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılmasından Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması”, Yargıtay Dergisi 1986, C.XII, sa.1-2, s.77-100. ve “Kirleten Öder İlkesi ve Ekolojik Zarar Kavramı” Yeni Türkiye Der. 1995, sa.5, s.347-356. Sirmen, L.:“Çevre Kanunu’na Göre Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumluluk”, Ankara Barosu Dergisi 1990, sa. I, s.22-30. -Tümbaş, Y.:“Çevreye Zarar Verici ve Kirlenmeye Yol Açan Rizikoların Sigortası”, Sigorta Dünyası Dergisi, 1983, c.XXIV, sa.281, s.7-37. Yongalık, A.:Çevre Sorumluluk Sigortası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998.

²¹ Çevre sorunlarına ilişkin yargı kararlarında dahi “zarar”; zarara konu eylemden önceki malvarlığı ile eylemden sonraki malvarlığı arasındaki fark olarak tanımlanmaktadır. Bkz. 4. HD. 11.07.2002 E.12708, K.8915.

veya bozulmayı durdurmak, gidermek veya azaltmak için gerekli önlemleri almaması veya bu önlemlerin yetkili makamlarca doğrudan alınması nedeniyle kamu kurum ve kuruluşlarında yapılan gerekli harcamalar 6183 sayılı *Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre kirletenden tahsil edilir.*”

Söz konusu madde, “kirlenmenin önlenmesi, sınırlandırılması, giderilmesi ve çevrenin iyileştirilmesi” için yapılan masrafları kirletenin veya bozulmaya sebep olanın kamu borcu²² olarak öngörmüştür. Kanunda kirlenme; çevrede meydana gelen ve canlıların sağlığını, çevresel değerleri ve ekolojik dengeyi bozabilecek her türlü olumsuz etki olarak tanımlandığına göre, bu hüküm ile gerçek çevre zararının kastedildiği açıktır. Gerçek çevre zararını da malvarlığı zararı olarak saymak mümkün değildir. Zira çevresel varlık ve değerler üzerinde kişilerin hukuken korunan menfaatleri yoktur ve gerçek çevre zararlarının ortaya çıktığı çevrenin bireysel varlık olarak kabul edilmesi de olanaklı değildir²³.

Anılan maddede yer alan düzenleme ile “kirleten öder” (*polluter pays*) ilkesi öngörülmüştür. Kirleten öder ilkesi; potansiyel kirleticilerin, faaliyetlerini gerçekleştirirken almaları gereken önlemleri ve bu önlemlerin alınmasının maliyetine kirletenlerin katlanmasını ifade eden²⁴ bir ilkedir. Kısaca meydana gelen kirliliğin sonuçlarının kirletene yüklenmesini öngören bu ilke ilk kez OECD tarafından ortaya atılmıştır. OECD tarafından “kirletenin, çevrenin kabul edilebilir bir durumda olmasını sağlamak için kamu otoritelerince benimsenen kirliliği önleme ve kontrol önlemlerinin

²² Söz konusu madde 2006 yılında Kanunda yapılan değişiklikten önce 3/e maddesinde düzenlenmiş ve “kirlenmenin önlenmesi, sınırlandırılması ve mücadele için yapılan harcamaların kirleten tarafından karşılanması esastır” hükmünden sonra “Ancak kirletenler, kirlenmenin önlenmesi ve sınırlandırılması için yapılan giderleri ödeme yükümlülüğünden söz konusu kirlenmeyi önlemek için gerekli her türlü tedbiri aldıklarını ispat etmek kaydıyla kurtulabilirler” düzenlemesi ile “kurtuluş kanıtına” yer vermişti. Ancak 2006 yılında yapılan değişiklikle kurtuluş kanıtına ilişkin hüküm yok edilmiştir.

²³ Erişgin, N.: Çevre Kirletenin Hukuksal Sorumluluğunda İlliyet Bağı, Ankara 2005, s.56.

²⁴ Turgut, N.: “Çevre Hukukunun Temel Kavram ve İlkeleri”, Çevre Hukuku Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2006, s. 32. *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)*

maksızın sorumludurlar. Kirletenin, meydana gelen zarardan ötürü genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğu saklıdır. Çevreye verilen zararların tazminine ilişkin talepler zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren beş yıl sonra zamanaşımına uğrar.”

Söz konusu hükme göre sorumluluğun doğması için “kirlenme ve bozulmadan doğan” bir zararın bulunması yeterli olacaktır²⁸. Maddeye göre “çevrenin kirlenmesi veya çevreye zarar verilmesi” hükme bağlanmış olmasına rağmen, genel sorumluluk sistemi içerisinde değerlendirilerek, “bir kimsenin zarara uğramış olması”²⁹ ifade edilmektedir. Zarar görenin gerçek kişinin yanı sıra, özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişisi olabileceği³⁰ açıktır. Çevreyi kirlenme durumunda kirletmenin Çevre Kanunu’na aykırılığı sebebiyle hukuka aykırılık unsuru gerçekleştiğinden dolayı ayrıca eylemin hukuka aykırı olup olmadığını tespitiye gerek olmayıp, çevre kirlenmesi sonucunda mağdurun rızasını dahi geçerli saymamak gerekir³¹. Bunun yanı sıra zarar, kişinin (kirleten) çevre kirlenmesine veya bozulmasına sebep olması sonucu doğmalı, çevre kirlenmesi ile zarar arasında uygun illiyet bağı³² olmalıdır. Kirletme eylemi aktif veya pasif şekilde (gerekli tedbirlerin alınmamasında olduğu gibi) meydana gelebilir.

28 inci maddede yer alan sorumluluğun, tehlike ilkesine dayanan kusursuz sorumluluğun az sayıdaki örneklerinden biri olduğu görüşünün³³ yanı sıra, yaygın görüş “ağırlaştırılmış objektif so-

²⁸ Çörtoğlu, S.: Ulusal Çevre Eylem Planı, Hukuksal Düzenlemeler ve Kurumsal Yapı Çalışma Grubu Raporu, “Sorumluluk” Bölümü, s.133.

²⁹ Oğuzman K./Öz, T.: Borçlar hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, Vedat Yayıncılık, s. 658

³⁰ Tandoğan, H.: s.41; Sirmen, L.: s. 25, 26.

³¹ Oğuzman K./Öz, T.: s. 659.

³² Oğuzman K./Öz, T.: s. 658

³³ Kılıçoğlu, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 305; Tehlike sorumluluğu olduğu görüşü konusunda bkz. Kantar, E.: “Çevre Hukukunda Sorumluluk Kavramı”, İstanbul Barosu Dergisi, C.58, sa. 1-2-3, 1984, s. 33, 34. Üçışık, G.: “Tehlike Sorumluluğu’nun Genel Kural İle Düzenlenmesi”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s. 132.

masraflarına katlanması” şeklinde tanımlanan ilkenin, aslında somut bir durum hakkında emir ya da bilgi vermeyen, soyut, çerçeve (içeriği boş) bir hesap formülü olarak kabul edilmesi anlamına geldiğine ilişkin görüş²⁵ olmakla beraber, esasen kirleten öder ilkesi önleyiciliğin ön plana çıktığı ve zararın karşılanması da kapsayan bir içerik kazanmıştır²⁶.

Çevre Kanunu’nun “Kirletenin Sorumluluğu” başlıklı 28 inci maddesinde²⁷ ise kirletenin hukuka aykırı olması şartına yer verilmemiştir. Söz konusu 28 inci maddeye göre;

“Çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aran-

²⁵ Erişgin, N.: s. 22.

²⁶ Kirleten Öder ilkesinin anlamı zamanla değişmeye başlamıştır. Kirletenin yol açtığı kirliliğin sosyal maliyetinin tümüne katlanmasının esas alınması durumunda, ilkenin geniş anlamı söz konusu olmaktadır. Geniş bilgi için bkz. Turgut, N.: “Kirleten Öder İlkesi ve Çevre Hukuku”,

<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/298/2776.pdf>-Windows Internet Explorer (01.06.2011)

²⁷ 03.03.1988 tarihli 3416 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce, Çevre Kanunu’nun şimdiki 28. maddede yer alan hükmü 3 (f) maddesinde düzenlenmiştir. 3/f maddesine göre; “Çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar. Ancak bunlar, kirlenmenin önlenmesi ve sınırlandırılması için yapılan giderleri ödeme sorumluluğundan, söz konusu kirlenmeyi önlemek için gerekli her türlü tedbiri aldıklarını ispat etmek kaydıyla kurtulabilirler.” Kanunun değişmeden önceki 28. Maddesi ise; “Kirletenin kirlenmeyi durdurmak, gidermek veya azaltmak için gerekli önlemleri almaması veya bu önlemlerin yetkili makamlarca doğrudan alınması nedeniyle kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan gerekli harcamalar 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre kirletenden tahsil edilir. Kirletenin, meydana gelen zarardan ötürü genel hükümlere göre tazminat sorumluluğu saklıdır.” şeklinde düzenlenmiştir. Eski hükümler öğretide eleştiriye maruz kalmış ve 3416 sayılı Kanun ile söz konusu hükümlerde değişikliğe gidilmiştir. En önemli değişikliklerden biri, eski metinde 3/f hükmünde yer alan “yapılan giderleri ödeme sorumluluğu” “yapılan giderleri ödeme yükümlülüğü” olarak yeni metinde 3/e maddesi olarak yer almıştır. Öğretide kirletenin sorumluluğuna ilişkin getirilen “kurtuluş beyyinesi”, tartışmaları ortadan kaldırılmıştır. Konu ile ilgili olarak bkz. Tandoğan, H.: “Medeni Hukuk Açısından Çevre Kanunu”, Çevre Kanunu’nu Uygulanması, 1987, s.17-69, Tartışmalar, s. 177-232.

masraflarına katlanması” şeklinde tanımlanan ilkenin, aslında somut bir durum hakkında emir ya da bilgi vermeyen, soyut, çerçeve (içeriği boş) bir hesap formülü olarak kabul edilmesi anlamına geldiğine ilişkin görüş²⁵ olmakla beraber, esasen kirleten öder ilkesi önleyiciliğin ön plana çıktığı ve zararın karşılanması da kapsayan bir içerik kazanmıştır²⁶.

Çevre Kanunu’nun “Kirletenin Sorumluluğu” başlıklı 28 inci maddesinde²⁷ ise kirletenin hukuka aykırı olması şartına yer verilmemiştir. Söz konusu 28 inci maddeye göre;

“Çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aran-

²⁵ Erişgin, N.: s. 22.

²⁶ Kirleten Öder ilkesinin anlamı zamanla değişmeye başlamıştır. Kirletenin yol açtığı kirliliğin sosyal maliyetinin tümüne katlanmasının esas alınması durumunda, ilkenin geniş anlamı söz konusu olmaktadır. Geniş bilgi için bkz. Turgut, N.: “Kirleten Öder İlkesi ve Çevre Hukuku”, <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/298/2776.pdf>-Windows Internet Explorer (01.06.2011)

²⁷ 03.03.1988 tarihli 3416 sayılı Kanunla değiştirilmeden önce, Çevre Kanunu’nun şimdiki 28. maddede yer alan hükmü 3 (f) maddesinde düzenlenmiştir. 3/f maddesine göre; “Çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenler sebep oldukları kirlenme ve bozulmadan doğan zararlardan dolayı kusur şartı aranmaksızın sorumludurlar. Ancak bunlar, kirlenmenin önlenmesi ve sınırlandırılması için yapılan giderleri ödeme sorumluluğundan, söz konusu kirlenmeyi önlemek için gerekli her türlü tedbiri aldıklarını ispat etmek kaydıyla kurtulabilirler.” Kanunun değişmeden önceki 28. Maddesi ise; “Kirletenin kirlenmeyi durdurmak, gidermek veya azaltmak için gerekli önlemleri almaması veya bu önlemlerin yetkili makamlarca doğrudan alınması nedeniyle kamu kurum ve kuruluşlarınca yapılan gerekli harcamalar 6183 sayılı Amme Alacaklarının Tahsil Usulü Hakkında Kanun hükümlerine göre kirletenden tahsil edilir. Kirletenin, meydana gelen zarardan ötürü genel hükümlere göre tazminat sorumluluğu saklıdır.” şeklinde düzenlenmiştir. Eski hükümler öğretide eleştiriye maruz kalmış ve 3416 sayılı Kanun ile söz konusu hükümlerde değişikliğe gidilmiştir. En önemli değişikliklerden biri, eski metinde 3/f hükmünde yer alan “yapılan giderleri ödeme sorumluluğu” “yapılan giderleri ödeme yükümlülüğü” olarak yeni metinde 3/e maddesi olarak yer almıştır. Öğretide kirletenin sorumluluğuna ilişkin getirilen “kurtuluş beyyinesi”, tartışmaları ortadan kaldırılmıştır. Konu ile ilgili olarak bkz. Tandoğan, H.: “Medeni Hukuk Açısından Çevre Kanunu”, Çevre Kanunu’nu Uygulanması, 1987, s.17-69, Tartışmalar, s. 177-232.

maksızın sorumludurlar. Kirletenin, meydana gelen zarardan ötürü genel hükümlere göre de tazminat sorumluluğu saklıdır. Çevreye verilen zararların tazminine ilişkin talepler zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren beş yıl sonra zamanaşımına uğrar.”

Söz konusu hükme göre sorumluluğun doğması için “kirlenme ve bozulmadan doğan” bir zararın bulunması yeterli olacaktır²⁸. Maddeye göre “çevrenin kirlenmesi veya çevreye zarar verilmesi” hükme bağlanmış olmasına rağmen, genel sorumluluk sistemi içerisinde değerlendirilerek, “bir kimsenin zarara uğramış olması”²⁹ ifade edilmektedir. Zarar görenin gerçek kişinin yanı sıra, özel hukuk veya kamu hukuku tüzel kişisi olabileceği³⁰ açıktır. Çevreyi kirlenme durumunda kirletmenin Çevre Kanunu’na aykırılığı sebebiyle hukuka aykırılık unsuru gerçekleştiğinden dolayı ayrıca eylemin hukuka aykırı olup olmadığını tespitiye gerek olmayıp, çevre kirlenmesi sonucunda mağdurun rızasını dahi geçerli saymamak gerekir³¹. Bunun yanı sıra zarar, kişinin (kirleten) çevre kirlenmesi veya bozulmasına sebep olması sonucu doğmalı, çevre kirlenmesi ile zarar arasında uygun illiyet bağı³² olmalıdır. Kirletme eylemi aktif veya pasif şekilde (gerekli tedbirlerin alınmamasında olduğu gibi) meydana gelebilir.

28 inci maddede yer alan sorumluluğun, tehlike ilkesine dayanan kusursuz sorumluluğun az sayıdaki örneklerinden biri olduğu görüşünün³³ yanı sıra, yaygın görüş “ağırlaştırılmış objektif so-

²⁸ Çörtoğlu, S.: Ulusal Çevre Eylem Planı, Hukuksal Düzenlemeler ve Kurumsal Yapı Çalışma Grubu Raporu, “Sorumluluk” Bölümü, s.133.

²⁹ Oğuzman K./Öz, T.: Borçlar hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, Vedat Yayıncılık, s. 658

³⁰ Tandoğan, H.: s.41; Sirmen, L.: s. 25, 26.

³¹ Oğuzman K./Öz, T.: s. 659.

³² Oğuzman K./Öz, T.: s. 658

³³ Kılıçoğlu, A.: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011, s. 305; Tehlike sorumluluğu olduğu görüşü konusunda bkz. Kantar, E.: “Çevre Hukukunda Sorumluluk Kavramı”, İstanbul Barosu Dergisi, C.58, sa. 1-2-3, 1984, s. 33, 34. Üçışık, G.: “Tehlike Sorumluluğu’nun Genel Kural İle Düzenlenmesi”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s. 132.

rumluluk” olarak nitelendirilen özel bir kusursuz sorumluluk oldu-
ğu³⁴ yönündedir. Maddede kusur şartı aranmayarak “kusursuz so-
rumluluk” ilkesi benimsenmiştir. Kusursuz sorumluluk; sorumlu
kişinin kusurunu gerektirmeyen bir sorumluluk olarak tanımlan-
makta ve sorumluluğun doğması için failin kusurlu olması aranma-
yarak, belirli bir olayın veya durumun varlığı sorumluluğun doğ-
ması için yeterli³⁵ sayılmaktadır. Zarardan sorumlulukta kusur ara-
nılmayan ve sadece zararın meydana gelmiş olması yeterli sayılan
hallere objektif sorumluluk veya sebep sorumluluğu kavramları
kullanılmaktadır. Anılan düzenleme ile kirleten için “ağırlaştırılmış
objektif sorumluluk” getirildiği Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten
itibaren genel olarak kabul edilmektedir³⁶. Kanunda düzenlenen bu
sorumluluk “kurtuluş kanıtsız kusursuz sorumluluk”³⁷ olarak yer
almıştır. Kurtuluş kanıtı getirilerek sorumluluktan kurtuluş imkanı
olmayan bu sorumluluğa, ‘Ağırlaştırılmış Objektif Sorumluluk’ da
denilmektedir. Kirleten, objektif özen yükümlülüğünü yerine ge-
tirmekle sorumluluktan kurtulamaz.

Çevre Kanunu’nda, sorumluluğun kusur aranmayan bir so-
rumluluk olduğu net bir şekilde açıklanmıştır. Kanunda yer alan bu
sorumluluk çevrenin öneminden ve toplum açısından taşıdığı zo-
runluluktan kaynaklanmaktadır³⁸. Enerji, ulaşım ve üretim araçla-
rında gelişmelerle birlikte, yeni kimyasal ve biyolojik buluşlar so-
nucunda yapılan üretim ve bunlara ilişkin tesislerin oluşturduğu
sistemde “kusuru” sorumluluğun kurucu unsuru olarak görmek
yetersiz kalmış ve çevre için büyük tehlike arzeden enerji kaynak-
ları, ulaşım araçları ve diğer tehlikeli araçlar arasında zararlı sonu-
cun sebebi olarak insan davranışının rol ve katkısını belirlemek

³⁴ Tandoğan, H.: Medeni Hukuk Açısından Çevre Kanunu, s.25; Sirmen, L.:
“Çevre Kanunu’na Göre Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumluluk”, Ankara
Barosu Dergisi 1990, sa. I, s.2, 23; Çörtoğlu, S.: “Çevrenin Kirletilmesinden
Doğan Sorumlulukla Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılmasından Doğan
Sorumluluğun Karşılaştırılması”, Yargıtay Dergisi 1986, c. XII, sa. 1-2, s. 81.

³⁵ Tandoğan, H.: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku,
Ankara, 1981, s.7.

³⁶ Tandoğan, H.: Medeni Hukuk Açısından Çevre Kanunu, s. 22 vd.

³⁷ Hatemi/Gökayla, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul, 2011, s.150.

³⁸ Oğuzman K./Öz, T.: s. 656.

olanağı fiilen ve teknik olarak ortadan kalkmıştır³⁹. Bu araçların zarara neden olması adeta kaçınılmaz olmasına rağmen, “tehlikeli” diye bunlardan vazgeçilmesi de mümkün görünmemektedir. Örneğin cep telefonlarının ve baz istasyonlarının canlılar ve çevre için zararlı olduğu bilimsel olarak kanıtlandığı halde hiç kimse cep telefonu kullanmaktan vazgeçmemektedir. Bundan dolayı, bu tür faaliyette bulunanlar, bunlardan yarar sağladıkları için sebep oldukları zararı giderme yükümlülüğü altındadırlar⁴⁰.

Kanunda düzenlenen ağırlaştırılmış objektif sorumluluk için azami bir sınır konulmamış olmasının ve ayrıca Kanunda zorunlu bir sorumluluk sigortası⁴¹ öngörülmemiş olmasının, kalkınma çabalarını olumsuz yönde etkileyebileceği, sanayi ve enerji sektörüne katlanılması güç tazminat yükümlülüğü getireceği eleştirileri bulunmaktadır. Bu eleştirilere karşı, tazminat tutarının çok ağır boyutlara ulaşması durumunda, yargıcın Borçlar Kanununda düzenlenen “hal ve mevkiin icabına göre” (yeni Türk Borçlar Kanununa göre durumun gereğini ve özellikle kusurun ağırlığını göz önüne alarak) takdir yetkisini kullanarak bu tazminat miktarını indirmesinin mümkün olduğu⁴², bu madde uyarınca “hal ve mevkiin icabı” göz

³⁹ Eren, F. : Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Eylül 2010, İstanbul, Beta Yayınları, s. 450.

⁴⁰ Eren, F.: s. 450.

⁴¹ Çevre Kanunu'nun 13 üncü maddesinde sadece “Tehlikeli Kimyasallar ve Atıklar” için mali sorumluluk sigortası yaptırma zorunluluğu getirilmiştir. Maddeye göre; “Tehlikeli kimyasalların üretimi, satışı, depolanması, kullanılması ve taşınması faaliyetleri ile tehlikeli atıkların toplanması, taşınması, geçici ve ara depolanması, geri kazanımı, yeniden kullanılması ve bertarafı faaliyetlerinde bulunanlar, bu Kanun ile getirilen yükümlülükler açısından müteselsilen sorumludurlar. Sorumlular bu Kanunda belirtilen meslekî faaliyetleri nedeniyle oluşacak bir kaza dolayısıyla üçüncü şahıslara verebilecekleri zararlara karşı tehlikeli kimyasal ve tehlikeli atık malî sorumluluk sigortası yaptırmak zorunda olup, faaliyetlerine başlamadan önce Bakanlıktan gerekli izni alırlar. Sigorta yaptırma zorunluluğuna uymayan kurum, kuruluş ve işletmelere bu faaliyetler için izin verilmez.”

⁴² Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun 52 nci maddesine göre; Zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş veya zararın doğmasında ya da artmasında etkili olmuş yahut tazminat yükümlüsünün durumunu ağırlaştırmış ise hâkim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir. Zarara hafif kusuruyla sebep olan tazminat YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

önüne alınırken, Çevre Kanunu'nun 3 üncü maddesinin (d) bendinde yer verilen, "yapılacak ekonomik faaliyetlerin faydası ile doğal kaynaklar üzerindeki etkisi sürdürülebilir kalkınma ilkesi çerçevesinde uzun dönemli olarak değerlendirilir" hükmünün göz önüne alınması gerekmektedir. Ancak Kanunun eski metninde düzenlenmiş benzer bir hüküm olan "kalkınma çabalarını olumsuz yönde etkilememe" ilkesinin hesaba katılmasında zarar görenin korunmasını aşırı derecede azaltacak bir düzeye de inilmemesi gerektiği düşüncesi⁴³ de haklı olarak ileri sürülmüştür.

Çevre Kanunu'nda düzenlenen sorumluluğun, ağırlaştırılmış objektif sorumluluk olduğu sadece öğretilerde benimsenmemiş, Yargıtay⁴⁴ tarafından da kabul edilmiştir. Çevrenin herkesin ortak varlığı olduğu ilkesi göz önüne alındığında, çevresel sorumluluğun kusursuz sorumluluk olarak düzenlenmesi uygun bir düzenlemedir. Çünkü kusura dayalı sorumluluk kuralları, çevre kirliliği ile baş etmede yetersiz ve eksik kalacaktır. Kirlitenin ve sorumluluğunun derecesinin belirlenmesi aşamasında sorun yaşanabilecek, bu sorun birden fazla kirliten olduğunda daha fazla ortaya çıkacaktır⁴⁵. Yargıtay'ın aşağıda incelenen Kararı, kusursuz sorumluluk ilkesi ile kamu kurum ve kuruluşlarının sorumluluğunun tartışıldığı çevre sorunlarına ilişkin ender kararlarından biridir.

Kararda "kusursuz sorumluluk" ilkesi vurgulanarak, kamu kurum ve kuruluşlarının bu açıdan sorumlu olup olamayacakları üzerinde durulmuştur. Dava, bir şahıs ile birlikte diğer davalı Karayolları Genel Müdürlüğü'nün izni ile kurulup işletilen asfalt şantiyesinden çıkan toz ve dumanın, davacının taşınmazına zarar verdiği ileri sürülerek zararın her iki davalıdan müteselsilen tazmini istemi ile açılmıştır.

Yargıtay, davaya konu olayın ülkemizde ve dünyada giderek

yükümlüsü, tazminatı ödediğinde yoksulluğa düşecek olur ve hakkaniyet de gerektirirse hâkim, tazminatı indirebilir.

⁴³ Tandoğan, H.: Medeni Hukuk Açısından Çevre Kanunu, s. 24.

⁴⁴ 4. HD. 09.02.1989 E.7660, K.1046.

⁴⁵ Korkusuz, R.: "Hukukumuzda Tehlikeli Sorumluluğu Uygulanması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi", Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 2009, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s.175.

yaygınlaşan ve güncelliğini koruyan “çevre kirliliği” ile ilgili olduğunu, bu nedenle hukuki nitelendirmenin Çevre Kanunu’nun olay tarihinde yürürlükte bulunan 3/f maddesine göre yapılması gerektiğini, buradaki sorumluluğun “ağırlaştırılmış objektif sorumluluk” olduğunu, 03.03.1988 gün ve 3416 sayılı Kanunla yapılan değişiklikte Yasanın 3 ve 28 inci maddelerine açıklık getirilmek suretiyle duraksamaların giderildiğini ve yeni düzenlenen 28 inci madde ile eski 3/f maddesindeki kurtuluş kanıtının kaldırıldığı ve çevreyi kirletenler ve çevreye zarar verenlerin “kusur şartı aranmaksızın” sorumlu olacaklarının kabul edildiği belirtilmiştir. Yüksek Mahkeme kararında; Çevre Kanunu’nun çevreyi kirleteni özel hukuk kurallarıyla sorumlu tutarken kirletenler arasında bir ayırım yapmadığını, bu nedenle kamu tüzel kişilerinin de çevreyi kirleten olarak kişilere verdiği zarardan dolayı, md. 3/f ‘ye (daha sonra yapılan değişiklikle Kanun’un 28. maddesi) göre sorumlu tutulması gerekeceğini vurgulamıştır. Karara göre;

“Özellikle kirlenmenin kamu yararı gibi kavramlardan tamamen bağımsız nitelikte olduğu da göz ardı edilmemelidir. Çevre Kanunu’nun, çevrenin kirlenmemesi hususunda uyulması gereken kuralları, özel ve tüzel kişileri bağlayıcı niteliktedir; kamu tüzel kişilerinin, çevreyi kirlenme açısından eylemlerinde idari emir ve kurallara göre hareket edeceklerini söylemek yasanın amacı ve açık hükümleriyle bağdaşmaz. 6085 sayılı Karayolları Trafik Kanunu’nun yürürlükte bulunduğu sırada açık hüküm bulunmaması nedeniyle; işleten kavramının belirlenmesinde, kamu tüzel kişilerine ait motorlu araçların verdiği zararda bir ayırım yapılmadığı hatırlanmalıdır. (Yargıtay 4.HD., 28.2.1978-12589/14978, Uyuşmazlık Mahkemesi, 18.10.1978-16/19, Resmi Gazete, 25.12.1978, Sayı:16500).

Davaya konu olayda, davalı Karayolları, Gaziantep Kömürler Yolu’nun kaplama işinin yapılmasını eser sözleşmesiyle diğer davalıya vermiştir; davalı ...’nin ise, davalı idarenin gösterdiği saha üzerinde ve önceden tespit edilmiş projelere göre şantiye kurularak çalıştırmaya başlamış ve taş kırma, elek tesislerinde eleme sırasında çıkan tozlar ve bütümlü sıcak karışım sırasında meydana gelen is ve dumanlarla tarım arazisi üzerinde çevreyi kirleterek

davacıya zarar vermiştir. Görülüyor ki, davalı Karayolları, 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 2/d maddesindeki tanıma göre çevreyi "dolaylı olarak kirleten tüzel kişi" durumundadır. Çünkü davalı idare çevreyi kirleten ve davacılarla zarar veren çalışmanın nereye ve nasıl yapılacağını belirlemekle çevrenin kirletilmesine dolaylı olarak katılmıştır."

gerekçesi ile davalıların sorumluluğa ilişkin temyiz itirazlarını reddetmiştir. Bu karar⁴⁶, kirleten konumunda bulunan kamu kurum ve kuruluşlarının da verdikleri zarardan dolayı Çevre Kanunu uyarınca sorumlu olacaklarını hükme bağlaması açısından önemlidir.

Konuya ilişkin bir başka Yargıtay kararı da; deprem dolayısıyla oluşan çevre tahribatı nedeniyle kişisel zararın tazminine ilişkindir. Kararda çevresel zarar ile davalının eylemi arasındaki illiyet bağı da tartışma konusu olmuştur. Davacı, davalı şirketin fabrikasından kaynaklanan kimyasal madde sızıntısı nedeniyle 17 Ağustos 1999 depreminde enkaz altında kalanlara yardım etmeye çalışırken, vücudunda farklı biyolojik belirtiler oluştuğunu, çevrede evcil hayvanların öldüğünü, nedenini araştırdığında davalı şirket tarafından işletilen tesisten, deprem sonucu akrilonitril gazının tanklarında oluşan tahribat neticesinde çevreye öldürücü boyutta zehirli gaz yayıldığını, tüm canlılar için çok tehlikeli olan bu maddenin etkisinden kurtulmak için bu yerden uzaklaşmaya çalıştığını belirtmiştir. Davacı ayrıca bu zaman süreci içerisinde ve günlerce hiçbir koruma olanağı olmadan yüksek dozdaki bu zehirli gaza maruz kaldığını, bunun sonucunda vücudunda direnç düşüklüğü oluştuğunu, bunun ne gibi olumsuzluklar getireceğinin endişe ve korkusu içinde bulunduğunu açıklamış ve açıklanan bu sonuçların davalı şirketin hiçbir önlem almadan bu denli tehlikeli ve zararlı bir maddedi depolamasının yarattığı sonucun maddi ve manevi zararlarının oluşumuna neden olduğunu belirterek; öncelikle bu depoların tedbir yoluyla kapatılmasına, uğradığı maddi ve manevi zararların

⁴⁶ 4. HD, 09.02.1989 E.7660, K.1046. Yargıtay Kararları Dergisi, C.XV. sa.5 Mayıs 1989, s.646-648.

giderilmesine ve kararın yayınlanmasına karar verilmesini istemiştir.

İlk derece Mahkemesince verilen kararda⁴⁷; davacı ile davalı şirket arasında herhangi bir sözleşme bulunmadığı, konunun Türk Medeni Kanunu'nun komşuluk hukuku ile çevre hukuku kapsamında değerlendirilmesi gerektiği, bu durumda da davacının uğradığı zararın, davalının kusurundan kaynaklandığını kanıtlanması gerektiği, yapılan incelemede akrilonitril tanklarında yapısal bir bozukluğun bulunmadığı, fabrikanın kalite belgesine sahip olduğu, alınan raporlarda akrilonitril etkisinin sınırlı olduğu ve çabuk giderildiği, davacının uğradığı zarar, ihtimal dahilinde olsa da zararın kanıtlanamadığı, davacının yerden uzaklaşmak suretiyle harcama yaptığına dair belge sunamadığı, böylece maddi zararını kanıtlamadığı, bilirkişilerin davacının manevi zararı bulunduğu biçimindeki değerlendirilmesine katılamadığı, dinlenen tanık beyanlarına da mevcut belgeler karşısında itibar edilmediği belirtilerek, dava reddedilmiştir.

Yargıtay kararında ise; olay sırasında davalı fabrikanın 8 adet depolama tankından üçünün deprem nedeniyle hasar gördüğü ve bunun sonucunda boru ve vanalarının kırılması nedeniyle 6500 ton sıvı akrilonitril sızıntısı olduğu; iş müfettişleri tarafından düzenlenen 7.12.1999 tarihli tutanakta; üç depolama tankının tavan saçından yarılma ve dip tahliye hattından kopma şeklinde hasar gördüğü, denize (yerdeki dere vasıtasıyla) ve toprağa sızma olduğunun açıklandığı, yine 27.8.1999 tarihli İl Çevre Müdürü ve Kimyager tarafından düzenlenen Çevre Durum Tespit tutanağında, ilgililerin beyanına göre 4000 ton akrilonitrilin havaya ve deniz suyuna karıştığı, 2000 tonun ise diğer depolama tanklarına alındığı, edinilen bilgilere göre fay hattı üzerinde ve bataklık kurutulmuş elde edilen alanda bu tankların yer almasının tehlike arzettiği belirtilmiş ve bunun gibi konuyla ilgili bilimsel kurum ve kuruluşlara ait bilgi, belge ve görüşlere yer verilmiştir. Bütün bu açıklanan kanıt ve olgulara göre, meydana gelen deprem sonucu, davalı şirkete ait tesiste akrilonitrilin sızıntı yaptığı, bunun sonucunda da insan üzerinde

⁴⁷ Yalova Asliye Hukuk Mahkemesi Kararı, 18.07.2003, E.1676, K.815.
YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

sağlığı bozucu belirtiler yarattığı, kişinin yaşamını olumsuz etkilediği, doğada yaşayan canlıların ölümüne neden olduğu ve böylece davacıların iddiasında belirttiği olguların var olduğunun görüldüğü ifade edilmiştir. Tehlike sorumluluğunun kabul edildiği bu Karara göre; deprem, bir doğa olayı olup beklenmeyen bir sonucu oluşturmaktadır. Zarara neden olan olay, doğrudan doğruya depremden değil, yöntemine uygun yapılmayan bir tesiste depolama tanklarında deprem sonucu kimyasal madde sızıntısı oluşması ile meydana gelmiştir. Bundan dolayı da, tehlike arzeden bir tesisin depreme dayanıksız bir zeminde yapılması ve tankların yapım malzemesi ile boru ve vanalarının depremden etkilenmeyecek düzeyde sağlam yapılmamış olması sonunda oluşan kimyasal madde sızıntısı, davalının sorumluluğunu gerektirmektedir. Nitekim, çiftçilerin bitkisel zararlarının sigorta şirketi tarafından karşılanması da bu sorumluluğun varlığını doğrulamaktadır. Kararda davacının iddia ettiği zararlar, davalı şirketin tesisinde oluşan sızıntı arasında uygun illiyet bağının bulunup- bulunmadığı ve zararlar, davalının eylemi arasındaki illiyet bağının tartışılması gerektiği vurgulanmıştır. Bu davada istenen zarar, depremden kaynaklanan ve onun doğal sonucu olan zararı içermemektedir. Hiç kuşkusuz deprem, zararın doğmasına etken olmuş, ancak davalının sahibi olduğu tesis, tekniğin gerekli kıldığı koşullara ve böyle bir deprem nedeniyle doğabilecek zararların önlenmesi gözetilerek yapılsa idi, davaya konu zarar doğmayacak, bu bağlamda gaz sızıntısı oluşmayacaktı. Kısaca tesisin, deprem ve benzeri olaylar gözetilerek yapılmadığı anlaşılmaktadır. Karara göre bundan dolayı da sorumluluk için uygun illiyet bağının bulunduğu kabul edilmek gerekir. Söz konusu gerekçelerle Yüksek Mahkeme davalı şirketin maddi ve manevi sorumluluğuna karar verilmesine hükmetmiş⁴⁸ ve yerel mahkeme kararını bozmuştur.

Söz konusu Karar, çevrede oluşan zarar dolayısıyla uğranılan kişisel zararın tazmin edilmesi gerektiğine ve çevre hakkı ile kişinin uğradığı zararının bağdaştırılmasına ilişkin, son zamanlarda verilmiş en önemli kararlardan birisidir. Kararda; “çevre hakkı”nın ne olduğu incelenmiş, Stockholm Konferansında kabul edilen, “in-

⁴⁸ 4. HD. 01.06.2004 E.14552, K.7020.

san, onurlu ve iyi bir yaşam sürmeye olanak veren nitelikli bir çevrede, özgürlük, eşitlik ve yeterli yaşam koşulları temel hakkına sahiptir.” ilkesine yer verilmiştir. Kararda, bu bildirinin, bağlayıcı olmasa da, önemli bir belge olarak göz önünde tutulması gerektiği; bütün insanların sahip oldukları çevre hakkı nedeniyle, özellikle doğanın sağladığı olanaklardan yararlanma hakkına sahip olduğu; bu hakkın varlığı için, mutlaka bir yasal düzenlemenin bir koşul olarak düşünülmemesi gerektiği; insanın varoluşu ile doğada var olan çevre hakkının da varlık kazandığı; çevre hakkının varlığının insan haklarının temelini oluşturduğu; insanın değerine, onuruna ve gelişmesine engel teşkil etmeyecek bir çevrede yaşamasının, yaşamın vazgeçilmez bir unsuru olduğu; çevreye yapılan saldırıların, bizzat ve yine çevre tarafından karşılık verildiği ve bunun sonucunda yine çevre ile birlikte insanın zarar gördüğü; çevrenin ve çevre hakkının ne denli önemli ve vazgeçilmez bir hak olduğunun giderek daha iyi anlaşıldığı ve korunması için son derece etkin çabalar harcanmakta olduğu vurgulanmıştır.

Diğer taraftan kararda Çevre Kanunu'nun 28 inci maddesine yollamada bulunulmuş ve bu maddeden kirlüten öder ve önleyicilik ilkelerinin çıkarılabileceği belirtilmiştir.

Yukarıda belirtildiği üzere Yargıtay kararlarında “çevre zararı” kavramı yerine özellikle alıcı ortamların kirliliği (hava, su ve toprak kirliliği) dolayısıyla kişinin malvarlığında meydana gelen eksilme nedeniyle doğan zarar göz önüne alınarak içtihat oluşturulmuştur. Bu yönde oluşan ve toprak kirliliği dolayısıyla meyve ağaçlarının kuruması nedeni ile maddi tazminat istemine ilişkin bir uyuşmazlıkta ilk derece Mahkemesince⁴⁹ meyve ağaçlarının bakımsızlık nedeni ile zarar gördüğü ve toprağın zarar gördüğüne ilişkin bir belirleme bulunmadığı gerekçesi ile davanın reddine karar vermiştir. Ancak Yargıtay⁵⁰;

“... davacı tarafından meyve ağaçlarının, araziye taşan atık suların toprağı kirletmesi sonucu zaman içerisinde kurudukları iddiası, bu konuda herhangi bir araştırma yapmamış olan bilirkişi görüş-

⁴⁹ Bursa 3. Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 31.07.2007 tarih ve E.599, K.324 sayılı kararı.

⁵⁰ 4. HD. 16.10.2008 E.1361, K.12135.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

leri ve mahkeme gözlemi ile denetlenemeyeceğinden mevzuata uygun yöntemlerle ve yetkin birimler tarafından gerekli analizlerin yapılması için kurduğu iddia edilen ağaçların bulunduğu alanlardan konunun uzmanı bilirkişiler aracılığı ile numuneler alınmalı ve toprak analizlerinin yapılarak kirlenmenin etkisinin devam edip etmediği ile topraktaki kirlilik derecesinin ağaçlardaki kurumaya etkisinin hangi düzeyde olduğu belirlenmesi gerekmektedir.” gerekçesine dayanarak, eksik inceleme nedeniyle kararı bozmuştur.

C-Çevre Kirliliğinin Yol Açtığı Kişisel Zararlar ve Manevi Tazminat

Çevre kirliliği nedeniyle, haksız eyleme dayanılarak uğranıldığı iddia edilen kişisel zarar dolayısıyla manevi tazminat istenebilir mi? Çevresel zarar sonucu hukukumuzda malvarlığı zararı ve ürün zararı talep edilmekle birlikte böyle bir zarar sonucu manevi tazminat⁵¹ istenebileceği düşünülmektedir. Manevi tazminata ilişkin koşullar mevzuatımızda ve yargı kararlarımızda açıklığa kavuşturulmuştur. Konuya ilişkin bir davada, davacı çevrenin zarara uğraması nedeniyle bir maddi tazminat isteminde bulunmamakta, çevrenin kirletilmesi sonucu uğradığı manevi zararını istemektedir. Dava, TEAŞ Genel Müdürlüğünün sorumluluğunda faaliyet gösteren Yatağan Termik Santralinin çevreye zarar verdiği, bu durumun 17-18 senedir devam ettiği, Aydın İdare Mahkemesinin kararının uygulanmadığı, davacının doktor olup bu konuda geniş bir arşive sahip olması nedeniyle endişe ve eleminin daha da yoğunlaştığı, davalının eyleminin Anayasa'nın 17. ve 56. maddelerine aykırı olduğu iddialarına dayanmaktadır. Anılan santralin çevre ve insan sağlığına zararlı inversion etkisi ve mahkeme kararına rağmen tam kapasite çalışmaya devam ederek yarattığı zararlarla davacıda, kendisi, ailesi, hemşerileri ve kenti açısından derin üzüntü, endişe ve eleme yol açtığı, ayrıca bu zararlı faaliyetle Anayasal temel hakları ihlal edilerek kişilik haklarına ağır saldırıda bulunduğu ileri sürülerek manevi tazminat istemi ile dava açılmıştır. Bu uyuşmaz-

⁵¹ Oğuzman K./Öz, T.: s.658.

lığa ilişkin kararda⁵²;

“...Mahkemece⁵³ de kabul edildiği gibi dava, haksız eylem nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkin olduğundan öncelikle haksız fiilin tanımı ve unsurları üzerinde durulmalıdır.

Dava konusu olay yönünden öncelikle “zarar” unsurunun gerçekleşip gerçekleşmediği hususunun incelenmesi uygun görülmüştür. Zira, diğer bütün unsurlar gerçekleşmiş olsa bile “zarar” yok ise tazminat isteminin reddi gerekecektir. Bu açıdan zarar, haksız fiil sorumluluğunun en önemli unsurunu oluşturmaktadır. Tazminat borcunun doğabilmesi için belli bir zararın gerçekleşmesi gerekir. Zarar olmayan yerde hukuki sorumluluk yoktur. Ceza hukukunda suçta teşebbüs, tazminat borcu doğurmaz. Zira, sorumluluk hukukunun başlıca amacı cezalandırmak değil, gerçekleşen zararı karşılamaktır. (Bkz. Prof. Dr. Fikret Eren, Borçlar Hukuku Genel Hükümler 7. Bası, ekim 2001 İstanbul sahife 487)

Görüldüğü gibi davacı sağlığındaki somut bir eksilmeye dayanmamaktadır. Hukuk sistemimiz bu tür bir üzüntünün karşılanmasına imkan vermemektedir. Davalının sebep olduğu ileri sürülen kirli hava davacının sağlığı yönünden bir tehlike yani bir ihtimal oluşturmuştur. Ancak az yukarıda değinildiği gibi “ihtimal” tazmin borcunun doğabilmesi için yeterli olmayıp “zarar”ın doğmuş olmasını gerektirmektedir.”

Davacı iddiasında doktor olduğunu, kirli hava nedeniyle çıkan haberler yüzünden panik yaşadığını, ancak Yatağan’ı bırakıp gitmek yerine kirli hava ile ilgili önlemler alınması yolunda kamuoyu oluşturmaya çalıştığını, davacıya gelen hastaların ne olacak, biz böyle ölecek miyiz, demeleri karşısında panik yaşadığını, Belediye ve Kaymakamlık tarafından yapılan anonslar neticesinde hep

⁵² 4. HD. 11.07.2002 E.12708, K.8915.

⁵³ Yatağan Asliye Hukuk Hakimliği E.2000/379, K.2001/433 sayılı Kararı ile, Santralin Aydın 1. İdare Mahkemesinin kararına rağmen çevre kirliliği ile ilgili önlemler alınmadan, faaliyetini sürdürdüğü, bunun haksız eylem teşkil ettiği, ayrıca Anayasa’nın 17 ve 56. maddelerine aykırılık oluşturduğu, Medeni Kanun’un 24. ve Borçlar Kanunu’nun 49. maddelerine göre manevi tazminat istenebileceği, ancak BK.’nın 43. maddesinde göz önüne alınması gerektiğine işaret edilmek suretiyle manevi tazminat isteminin kısmen kabulüne karar vermiştir.

beraber ruhsal bunalım geçirdiklerini söylemiştir. Ancak Yargıtay, bu ifadelerin zarar unsurunun gerçekleştiğinin kanıtı olamayacağını belirtmiş ve diğer yönlerin araştırılmasına gerek olmadığına karar vermiştir.

Kararda Çevre Kanunu'nun 28 nci maddesine değinilmemiş ve öncelikle “zarar” kavramı üzerinde durularak, zararın doğmadığına karar verilmiştir. Ancak söz konusu davada “Karşı Oy Açıklaması”nda da ifade edildiği üzere;

“...Her somut olayda her iki tür, özellikle manevi zararın miktarını tam olarak belirlemek çoğu zaman olanaksızdır. İşte bunun içindir ki, maddi zararın miktarının tam olarak belirlenememesi durumunda yargıca BK. 42 nci maddesi uyarınca zarar miktarını belirleme yetkisi verilmiştir. Yine manevi tazminatın da aynı yasanın 49 uncu maddesine göre yargıç tarafından takdir edileceği hükme bağlanmıştır. Bunun içindir ki, her somut olayda, zararın olup-olmadığı ve miktarının o olaya özgü yöntemlerle belirlenmesinde zorunluluk ve gereklilik vardır.”

Söz konusu karşı oy yazısında ayrıca, davacının doğal dengesi bozulan bir ortamda yaşadığı, bu hususun Türk Tabipler Birliği tarafından hazırlanan rapor ile sabit olduğu, çok geniş kapsamlı olan bu raporda Yatağan şehir merkezinde kirlilik oranının normalin çok üzerinde bulunduğu, solunum sistemi hastalıklarının, Muğla iline göre iki kat fazla olduğunun, bunun baca gazından kaynaklandığının geniş bir şekilde açıklandığı ve yine dosya içinde hava kirliliğini ve bunun sağlık üzerindeki olumsuz etkileri ile ilgili olarak pek çok yayının yer aldığı ve bu nedenle idari yargı tarafından verilmiş kararlar bulunduğu belirtilmiştir. Yani kararda belirtildiği gibi “zarar” unsurunun bulunmadığı görüşünün karşısında bir görüş ifade edilmiştir. Karşı görüşe göre; bir doktor ve yörede yaşayan bir vatandaş olarak davacının, teoride “yığın davaları” olarak isimlendirilen ve çevrenin kirletilmesi sonucunun, somut olayda olduğu gibi, bir şehri ilgilendirmesi durumunda, bir kişinin açtığı davanın, diğerlerini de kapsar biçimde bir anlam taşıyacaktır. Anılan görüşte; zaman ve para kaybını önlemek için, salt bu konularla ilgili olarak bir veya bir kaç kişinin açtığı davalar sonucu alınan kararların, aynı eylemden zarar görenleri kapsar biçimde dü-

zenlenmesinde zorunluluk bulunduğu belirtilmiştir. Sonuç olarak karşı görüşte Çevre Kanunu'nun 28 inci maddesine atıfta bulunularak, bu düzenleme ile kusursuz sorumluluk ilkesi getirildiği ve doğan zarardan dolayı kusurunun bulunmadığını zarar verenin yani davalının kanıtlaması gerektiği, Yatağan Termik Santralinin çevreye önemli ölçüde zarar verdiği, bu bağlamda davacının da aynı çevrede ve ortamda yaşadığı, termik santralin çevreyi kirlettiği ve kirliliğin ürüne zarar verdiği, bu hususların mahkeme kararları ile sabit olduğu, bütün bu kanıtlar gözetildiğinde davacının zarar görmediğinden söz edilemeyeceği, mevcut ortam ve olgular itibariyle zarar görmediğinin davalı tarafından kanıtlanamadığının kabul edilmesi ve tazminata hükmedilmesi gerektiği haklı olarak ifade edilmiştir.

Yatağan'da yaşanan kirlilik ile ilgili bir başka davada ise ilk derece mahkemesi⁵⁴ aynı şekilde davacının "sağlıklı bir çevrede yaşama hakkına ve kişisel varlığına haksız ve hukuka aykırı bir saldırının var olduğu ve manevi tazminat hakkının doğduğu gerekçesiyle istemin kısmen kabulüne karar vermiş, ancak Borçlar Kanunu'nun 43. maddesi gereğince tazminat miktarından indirim yapılması uygun görülmüştür. Yargıtay⁵⁵ ise davayı haksız fiil nedeniyle manevi tazminat istemine ilişkin bulmuş ve haksız fiilin tanımını ve unsurları üzerinde durmuştur. Yargıtay'a göre; somut olayda davacı, davalı tarafından meydana getirildiğini iddia ettiği, kirli hava nedeniyle bir rahatsızlığa uğradığını, vücut bütünlüğünde bir eksilme meydana geldiğini kanıtlayamamıştır. Yargıtay'a göre davalının sebep olduğu ileri sürülen kirli hava davacının sağlığı yönünden bir tehlike yani bir ihtimal oluşturmuştur ancak "ihtimal" tazmin borcunun doğabilmesi için yeterli olmayıp "zarar"ın doğmuş olması gerekmektedir. Davacının ara sıra hangi nedenle olduğu belirsiz bir biçimde öksürmüş olması zarar unsurunun gerçekleştiğinin kanıtı olamaz. Yargıtay'ın söz konusu kararlarında belirtilen

⁵⁴ Yatağan Asliye Hukuk Hakimliği'nin 20.06.2001 tarih ve E.40, K.399 sayılı kararı.

⁵⁵ 4. HD. 11.07.2002 E.12492, K.8914.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

“ihtimal” risk unsuruna ilişkindir. Çevre hukukunun ilkeleri⁵⁶ içerisinde yer alan “İhtiyat İlkesi”⁵⁷ hukukun istediği kesin verilerin bilim tarafından ortaya koyulmadığı hallerde dahi çevrenin korunmasını amaçlamaktadır. İhtiyat ilkesi uyarınca çevre korumaya ilişkin önleyici tedbirler sadece bilimin gerekli bulguları sağladığı durumlarda değil, sağlamadığı durumlarda da alınmak zorundadır.

2. Türk Medeni Kanunu'nun İlgili Hükümleri

A-Komşu Hakkı İlkesi

Türk Medeni Kanunu'nun 737 nci maddesinde yer alan “komşu hakkı” hükmüne göre; herkes, mülkünü kullanırken ve özellikle işletme faaliyetini yaparken, komşularını olumsuz şekilde etkileyecek taşkınlıktan kaçınmakla yükümlüdür. Maddede özellikle, taşınmazın durumuna, niteliğine ve yerel adete göre komşular arasında hoş görülebilecek dereceyi aşan duman, buğu, kurum, toz, koku çıkartarak, gürültü veya sarsıntı yaparak rahatsızlık vermek yasaklanmıştır. Maddeye eklenen yeni 3 üncü fıkra ile taşınmaz malikinin sorumluluğuna ilişkin 730 uncu maddeye eklenen yeni fıkrada olduğu gibi, yerel adete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan istemlerin ileri sürülebileceği kabul edilmiştir. Komşuluk kuralları, kişilerin olumsuz yani komşularını rahatsız edecek taşkınlıklarını önlemeyi amaçlamaktadır. Söz konusu taşkınlıklar yerel adetin öngördüğü sınırlar içinde kalmasına rağmen kaçınılmaz olması halinde, bundan doğan zararların denkleştirilmesi istemlerinde, fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi uygulanacaktır.

⁵⁶ Çevre hukukunun ilkeleri şunlardır: 1- Önleme İlkesi, 2- İşbirliği ve Eşgüdüm İlkesi, 3- Entegrasyon İlkesi, 4-Katılım İlkesi, 5- Kirleten Öder İlkesi, 6- İhtiyat İlkesi. Geniş bilgi için bkz. *Turgut, N.: Çevre Hukuku, Savaş Yayınevi, 2001*

⁵⁷ İhtiyat ilkesi çevre için önemli tehdit ya da risklerin mevcut olması durumunda önlem alınması demektir. Bu nedenle öncelikle bu önlemleri alabilmek için, nasıl bir tehlike veya riskin olduğunun saptanması gerekir. İkinci olarak alınacak önlemlerin neler olduğunun tespiti gereklidir. İhtiyat ilkesi öngörülemez kötü sonuçlara karşı bir önlem ve sigorta olarak görülmekte ve gelecek kuşaklar adına var olan kaynakların korunmasını amaçlamaktadır. İhtiyat İlkesinin temelinde yatan felsefe belirsizliktir, ancak hemen hemen bütün çevre sorunlarında az ya da çok belirsizlik bulunmaktadır. Bu nedenle bu ilkenin uygulama alanı çok geniştir.

Hükümün amacı, komşuluk ilişkilerinden doğan çıkar çatışmalarını düzenlemektir. Beraber yaşamak zorunda olan komşu taşınmaz maliklerinin, ekonomik ve sosyal çıkarlarını dengede tutabilmek için onlara katlanma ve kaçınma ödevlerini yüklemektedir⁵⁸. Konu ile ilgili yargı kararlarında ise; öncelikle Medeni Kanun'un "mülkiyet hakkını" düzenleyen (md. 683); "*Bir şeye malik olan kimse, hukuk düzeninin sınırları içerisinde o şey üzerinde dilediği gibi kullanma, yararlanma ve tasarrufta bulunma yetkisine sahiptir.*" hükmüne atıfta bulunulmakta ve malikin mülkiyet hakkını hukuksal sınırlar içerisinde kullanabileceği vurgulanmaktadır. Medeni Kanun'un "Komşu Hakkı" nın düzenlendiği 737 nci maddesinde, malike, mülkün kullanılmasında komşuya zarar verecek taşkınlıklardan sakınma ödevinin yüklendiği ve yasal kısıtlamalardan birinin düzenlendiği belirtilmektedir⁵⁹. Kanun'un 737 nci maddesi içerisine giren müdahale kavramı; sadece taşınmazın işletilmesi ile ilgili olmayıp, bir taşınmazın kullanılması nedeniyle, komşu taşınmazın hava, ışık, rüzgar, su gibi enerji kaynaklarından yararlanmasını önleyen ya da manzarasını kapayan olumsuz müdahaleler de, uygulamada bahsi geçen madde kapsamında değerlendirilmektedir. Anılan maddede yer alan taşkınlıklar, bir taşınmazın kullanılmasına bağlı olarak beliren çirkin bir görünüş ya da tiksindirici davranışlarla çevrede bulunan kişilerin ruhsal yapılarının etkilenmesi, iç huzurlarının bozulması gibi manevi nitelikte de olabilir⁶⁰. Yargı kararlarına göre; Türk Medeni Kanunu'nun 737 nci maddesinde ifade edilen, "*Yerel adete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan denkleştirmeye ilişkin haklar saklıdır.*" hükmünde belirtilen "taşkınlık"tan, komşuluğun olağan hoşgörü sınırlarını aşan ve komşusunun kendisi ve ailesi ile taşınmazı zararına aşırı derecede etkili olabilecek iş ve eylemlerinin amaçlandığı; bu eylemlerin saptanmasında, taşınmazın bulunduğu yerin kullanım amacının, niteliğinin, konuya ilişkin düzenlemelerin ve yasal boşluk bulunması halinde mahalli örf ve adetlerin göz önünde tutulması gerektiği, bu tür

⁵⁸ Çörtoğlu, S.: Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları, Ankara 1982.

⁵⁹ 14. HD, 15.04.2004 E.1185, K.3043.

⁶⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu Kararı, 27.09.2006 E.1551, K.597. YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

uyuşmazlığın çözümünde yargıcın, gerek zararı saptama, gerekse zararı giderici önlemleri bulma yönünden her somut olayın özelliğini gözetmek, tarafların yarar zarar dengelerini değerlendirmek durumunda olduğu ifade edilerek “fedakarlığın denkleştirilmesi” ilkesi vurgulanmıştır. Komşuluk hukukunun tartışıldığı bir uyuşmazlıkta Yargıtay; “davalının avlusunda davacının evini 8.50 metre uzaklıkta hayvan gübrelerini biriktirmesi, tarım ve hayvancılıkla iştigal eden köy şartlarında yukarıda belirtilen “komşuluğun olağan hoşgörü sınırlarını aşan ve komşunun kendisi ve ailesi ile taşınmazı zararına aşırı derecede etkili olabilecek türden bir iş ve eylem olarak kabulü mümkün değildir” gerekçesiyle komşuluk hukukunun öngördüğü sınırları aşan bir kullanım hali saptanmadığından davanın reddine karar verilmesini öngörmüştür⁶¹. Bu itibarla tarafların yarar ve zarar dengeleri değerlendirilmiş ve fedakarlık denkleştirilmiştir.

Komşuluk hukukunun uygulanması kapsamında Yüksek Mahkeme; fabrikadan çıkan pis sular, kanalizasyon suları, çimento fabrikasından çıkan zararlı tozlar ve suların sızması nedeniyle çevrede oluşan zararların tazminine; işkembeci dükkanından çıkan koku ve gürültünün, fabrikadan çıkan gürültülerin giderilmesine yönelik çeşitli kararlar vermiştir. Anılan kararlarda, “komşuluk” kavramı belli bir uzaklık veya yakınlıkla bağlantılı olarak değerlendirilmemiş, bir taşınmazın veya üzerindeki tesisin kullanılması nedeniyle oluşan olumsuz etkilerin ulaşabileceği her yer komşuluk kavramı içinde değerlendirilmiştir. Son yıllarda komşuluk hukukunun uygulanmasını gerektiren ve pek çok uyuşmazlığa konu olan hususlardan biri ise evde hayvan beslemeye ve gürültüye ilişkindir. Yargıtay bu tür uyuşmazlıkları çevre kirliliği yönünden de incelemektedir. Yargıtay “hayvan sahiplerinin sorumluluğunu” tartıştığı

⁶¹ Bu karardan açık ve net bir biçimde anlaşıldığı üzere, “taşkınlık” sayılabilecek eylemlerin saptanmasında “taşınmazın bulunduğu yerin kullanma amacı, niteliği, konuya ilişkin düzenlemeler ve mahalli örf ve adetler” göz önünde tutularak, Yüksek Mahkemece somut olayın özelliğine göre, tarafların yarar zarar dengeleri gözetilmiştir.

bir kararında evde hayvan beslenmesi “mülkiyet hakkı” kapsamında değerlendirilmiştir. Kararda⁶²;

“Davalının, mülkiyet hakkı kapsamında hayvan beslemesi en doğal hakkıdır. Gerek evcil, gerekse sokak hayvanlarının beslenilmesi, insanın insan olmasından kaynaklanan bir görevi ve aynı zamanda hakkıdır. Ancak, bunun yapılması sırasında başkalarının haklarına zarar vermemek gerekir. Hayvanları sahiplenen veya ona bakan kişi, onları barındırmak, türüne uygun olan ekolojik gereksinmelerini sağlamak, sağlığına dikkat etmek, insan, hayvan ve çevre sağlığı açısından gerekli tüm önlemleri almakla yükümlüdür. Bunun yanında hayvan sahipleri, sahip oldukları hayvanlardan kaynaklanan çevre kirliliğini ve insanlara verilebilecek zarar ve rahatsızlıkları önleyici önlemleri almakla da yükümlü olup zamanında ve yeterli seviyede önlem alınmamasından kaynaklanan zararları ödemeleri de yasal zorunluluktur. Ev ve süs hayvanlarının kontrolü, hayvanların çevreye verecekleri zarar ve rahatsızlıkları önleyici önlemleri almak da hayvan sahiplerinin sorumluluğundadır. Hayvan sahiplerinin bu önlemleri almaları mahkemelerden istenebilirse de mahkemelerce belirlenecek önlemlerin uygulanabilir olması da gereklidir... davalının beslediği evcil hayvanlar ve evcil hayvanları beslemesinden faydalanan sokak hayvanlarının davacıya zarar vermemesi yönünde alınabilecek önlemlerin belirlenmesi gerekir.”

gerekçesine dayanılarak, davalıya ait hayvanların davacının evine, bahçesine ve tüm eklentilerine girmesini önleyebilecek biçimde çekilecek tel örgü belirlenerek karar verilmesi, bu istemler dışındaki istemlerin reddedilmesi hükme bağlamıştır.

B- Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu

Türk Medeni Kanunu’nda, komşuluk ile ilgili sınırlamaların ihlalinin yaptırımını 730 uncu maddesinde düzenlenmiş olup, yürürlükten kaldırılan eski Kanunun 656 ncı maddesini karşılamaktadır⁶³. “*Taşınmaz malikinin sorumluluğu*” başlığını taşıyan söz

⁶² 4. HD, 09.06.2009 E.13339, K.7728.

⁶³ Söz konusu hüküm değişmeden önce Medeni Kanun’un 656. maddesinde; “Bir malikin hakkını tecavüz etmesinden dolayı bir zarara uğrayan veya uğramak YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

konusu hükme göre; “Bir taşınmaz malikinin mülkiyet hakkını bu hakkın yasal kısıtlamalarına aykırı kullanması sonucunda zarar gören veya zarar tehlikesi ile karşılaşan kimse, durumun eski haline getirilmesini, tehlikenin ve uğradığı zararın giderilmesini dava edebilir.”

Madde ile mülkiyetten doğan hakların aşırı kullanılmasından dolayı zarara uğrayan ve uğramak tehlikesinde bulunan kimsenin; eski halin iadesini veya tehlikenin giderilmesi için gerekli önlemlerin alınmasını talep edebileceği ve ayrıca uğradığı zararın tazminini de isteyebileceği belirlenmiştir. Mülkiyet hakkını Kanununun 737 nci ve 2 nci maddelerinin belirlediği sınırları aşarak kullanan bir taşınmaz maliki, komşularının bu yüzden uğradığı zararlardan, Kanununun 730 uncu maddesi gereğince sorumludur⁶⁴. Taşkın kullanımdan bahsedebilmek için taşınmazın niteliği göz önüne alınmalı ve taşınmazın bulunduğu yerdeki diğer taşınmaz maliklerinin olağan kullanım biçimlerine göre hoşgörü sınırlarını aşan bir müdahalenin olup olmadığı belirlenmelidir⁶⁵. Bu çerçevede, komşuların mülkiyet hakkından doğan yetkilerini kullanmasını güçleştirecek veya ortadan kaldıracak ya da onların zarar görmesine neden olacak her kullanım şekli “taşkın” olarak belirlenmektedir⁶⁶. Yargıtay’a göre⁶⁷; “Taşkınlıktan amaç, komşuluğun olağan hoşgörü sınırlarını aşan ve komşunun kendisi ve ailesi ile taşınmazı zararına

tehlikesinde bulunan kimse eski halin iadesini veya tehlikenin izalesi için lazım gelen tedbirlerin yapılmasını talep edebilir ve uğradığı zarar ve ziyanı ayrıca tazmin ettirebilir.” şeklinde düzenlenmiş idi.

⁶⁴ Bu konu hakkında bk. Çörtoğlu, S.:Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması, (Kavram- Unsurlar- Uygulama Alanı) Dayındarlı Yayını Ankara, 1988. Ve “Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumlulukla Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılmasından Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması”, Yargıtay Dergisi, C. 12, 1986, sa.1-2, s.77-98. Kuntalp, E.:“Medeni Hukuk Açısından Çevre Kanunu’na Bakış”, Çevre Kanunu’nun Uygulanması, TÇSV Yayını, Ankara, 1999, s.12-31.

⁶⁵ Oğuz, C.: “Fedakarlığın Denkleştirmesi İlkesi Uyarınca Taşınmaz Malikinin Sorumluluğu”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s.212.

⁶⁶ Rey, H.: Die Grundlagen des Schweizerisches und das Eigentum, Band 1 Bern 1001, s.244. Nakleden: Oğuz, C.: s.212.

⁶⁷14. HD. 04.03.2008 E.2268, K.2723. 14. HD. 31.03.2008 E.3150, K.4333.

aşırı derecede etkili olabilecek iş ve eylemlerdir. Kuşkusuz bir fiilin taşkınlık teşkil edip etmediğini Hakim gerek duyarsa bilirkişi incelemesi de yaptırarak taşınmazlığın bulunduğu yere, kullanma amacına, niteliğine özellikle de örf ve adetlere göre karar verecektir.”

Konuya ilişkin yargı kararlarının incelenmesi sonucunda, bu tür uyuşmazlığın çözümünde yargıcın, gerek zararı saptama, gerekse zararı giderici önlemleri bulma yönünden her somut olayın özelliğini gözetmek, tarafların yarar zarar dengelerini değerlendirmek durumunda olduğu, anlaşılmaktadır. Konuya ilişkin bir diğer Yargıtay kararına⁶⁸ göre;”.... davalının 3198 sayılı taşınmazının çapı içinde kalan garaj ile binanın dışına yapılan merdivenin komşuluğun olağan hoşgörü sınırlarını aşan bir taşkınlık yarattığı kanıtlanmamıştır. Garaj ve merdivenin inşaat projesine ve imar mevzuatına aykırı yapılması başlı başına bir müdahale sayılmaz. İnşaat projesine ve imar mevzuatına aykırı yapılan garaj ve merdivenin yıkılması belediye veya yetkili idari kuruluşların görev alanına girer.” Bu gerekçelerle dava Yüksek Mahkemece reddedilmiştir.

Komşuluk hukukunun öngördüğü sınırları aşan kullanım halinin saptanması durumunda ise, mahkemece kurulacak hükümde, zararlı davranışın giderim şeklinin ve taraf yükümlülüklerinin açıkça gösterilmesinin zorunlu olduğu belirlenmesine gidilmektedir.

C- Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi

Türk Medeni Kanunu'nun 730 uncu maddesi kenar başlığıyla birlikte arılaştırılmak suretiyle yeniden kaleme alınmış ve maddeye “Hakim, yerel adete uygun ve kaçınılmaz taşkınlıklardan doğan zararların uygun bir bedelle denkleştirilmesine karar verebilir.” hükmü ile yeni bir fıkra eklenmiştir. Eklenen yeni fıkrayla, iki koşulun bir arada bulunması halinde, taşınmaz malikinin taşkınlıklardan doğan sorumluluğunda çatışan yararların denkleştirilmesine olanak sağlanmıştır. Aranılan koşullardan birincisi, taşınmaz malikinin sorumluluğuna yol açan taşkınlığın “yerel adete uygun olması”, ikincisi ise bu taşkınlığın “kaçınılmaz” olmasıdır. Böylece bu maddede mevcut olan bir boşluk “fedakarlığın denkleştirilmesi

⁶⁸ 14. HD. 29.06.2004 E.3106, K.4545.
YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

ilkesi” doğrultusunda doldurulmuştur. Kanunda böyle bir boşluğun bulunduğu hususu, İsviçre ve Almanya’da hissedilmiştir. İsviçre Federal Mahkemesinin bu konuda aldığı boşluk doldurucu kararına karşın, İsviçre Medeni Kanunu’nun 679 uncu maddesinde de bu güne kadar henüz bir değişiklik yapılmamıştır. Alman Federal Mahkemesi bu konuda maddede yer alan ifadelerden daha da ileri giderek, yerel adete uygun olmasa bile ülke ekonomisine hizmet ediyorsa, taşınmaz malikinin taşkınlıklara katlanma zorunluluğunu öngörmekte, buna karşılık bu taşkınlığın doğurduğu zararın uygun bir bedel ile denkleştirilmesini kabul etmektedir⁶⁹.

Fedakarlığın denkleştirilmesi ilkesi⁷⁰; “toplu yaşantının bir özelliği olarak ortaya çıkan ve birbiriyle çatışan çıkarların dengelemesine yarar sağlamaktadır. Böyle bir dengenin, hukuk düzeyince korunması çoğu kez bir zorunluluk olarak kendini belli etmektedir. Bu dengelendirme ve dolayısıyla çıkar çatışmalarının en az düzeye indirgenmesi, hukuk düzeninin bazı çıkarları diğerlerine göre üstün tutması ve hukuken korunan bir varlık olmakla birlikte daha düşük saydığı çıkarın bu uğurda zarar verici müdahalelere karşı koymayıp katlanmak zorunda bırakılmasıyla, gerçekleştirilmektedir.”

Burada kanun koyucu, hukuki değerler arasındaki çatışmada üstün hukuki değere, daha düşük hukuki değer karşısında bir ayrıcalık tanımakta, üstün değer uğruna düşük değer fedasına göz yummaktadır⁷¹. Bu şekilde, hukuk düzeni üstün değer sahibine, düşük değer sahibinin hukuk alanına karışma, ona zarar verme yetkisini tanımaktadır. Bu nedenle bozulan çıkar dengesinin yeniden kurulması için, hukuki alanına karışılarak fedakarlıkta bulunan

⁶⁹ Türk Medeni Kanunu’nun 730. maddesinin gerekçesi. Türk Medeni Kanunu, Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, Adalet Bakanlığı, Ankara, 2002, s.542-543.

⁷⁰ *Uluslararası*, İ:“Çevre Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, Yargıtay Dergisi, C.12, Ocak-Nisan 1986, sa:1-2, s.59.

⁷¹ *Çörtoğlu*, Çevre Kanunu’na Göre s.34.

ve zarara uğrayan kimsenin zararı karşılanmakta ve katlandığı fedakarlık para ödenerek denkleştirilmektedir⁷².

3. Borçlar Kanunu ve Tehlike Sorumluluğu

Günümüzde teknolojinin gelişimi sonucunda endüstri tesislerinde kullanılan araç, gereç ve malzemelerin artması, daha fazla kimyasal, yanıcı, patlayıcı ve ateşli maddelerin kullanılması sonucunda kişilerin ve doğal kaynakların varlıklarının riske düşme olasılığı gittikçe artmaktadır. Bu tür tesislerin çoğalması ve tehlikeli maddelerinin kullanımının artması çevre ve insanlar için risk oluştursa da kalkınmanın temeli olarak görülen bu faaliyetlerden vazgeçmek mümkün görünmemektedir. Ancak tehlikeli faaliyetlerin çevreye ve kişilere verdiği zararlar katlanılması mümkün olmayacak düzeyde olabilir. Böylece modern hukuk sistemleri tehlike sorumluluğuna ilişkin kurallara kanunlarında yer vererek, toplumu büyük sermayeye ve teknolojiye dayalı faaliyet ve işletmelere karşı koruma güdüsü ile tehlikeli faaliyetlerden kaynaklanabilecek zararların tazminini de tehlikeli işletmeye yüklemek zorunda kalmıştır⁷³. Tehlike sorumluluğunun getirildiği durumlarda, bu sorumluluğu düzenleyen hukuk normunun bir koruma alanı bulunmakta ve bu alana dahil olan her zararın tazmin edilmesi gerekmektedir⁷⁴.

11.01.2011 tarihinde kabul edilen 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu da çevresel sorumluluk konusunda uygulanabilecek yeni bir hüküm öngörmektedir. Yeni Türk Borçlar Kanunu'nun "Tehlike sorumluluğu ve denkleştirme" başlığı altında düzenlenen 71 inci maddesinde, çevreye zarar verebilecek faaliyetlere (tehlikeli atık üreten tesisler, termik ve nükleer santraller, maden arama ve işletme tesisleri vb.) uygulanabilecek hükümler yer almıştır. Maddeye göre:

"Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin faaliyetinden zarar doğduğu takdirde, bu zarardan işletme sahibi ve varsa işleten müteselsilen sorumludur. Bir işletmenin, mahiyeti veya faaliyette

⁷² *Ulusan, İ.:* Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, İstanbul 1977, s.8.

⁷³ *Korkusuz, R.:* Hukukumuzda Tehlikeli Sorumluluğu Uygulanması, s.155.

⁷⁴ *Üçışık, G.:* s.128.

kullanılan malzeme, araçlar ya da güçler göz önünde tutulduğunda, bu işlerde uzman bir kişiden beklenen tüm özenin gösterilmesi durumunda bile sıkça veya ağır zararlar doğurmaya elverişli olduğu sonucuna varılırsa, bunun önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletme olduğu kabul edilir. Özellikle, herhangi bir kanunda benzeri tehlikeler arz eden işletmeler için özel bir tehlike sorumluluğu öngörülmüşse, bu işletme de önemli ölçüde tehlike arz eden işletme sayılır. Belirli bir tehlike hâli için öngörülen özel sorumluluk hükümleri saklıdır. Önemli ölçüde tehlike arz eden bir işletmenin bu tür faaliyetine hukuk düzenince izin verilmiş olsa bile, zarar görenler, bu işletmenin faaliyetinin sebep olduğu zararlarının uygun bir bedelle denkleştirilmesini isteyebilirler.”

Yeni Borçlar Kanunu'nun söz konusu maddesinde, tehlike sorumluluğunun sınırları ve koşulları çok belirli olmayan bir biçimde “izinsiz tehlikeli işletmeler” ve “izne tabi tehlikeli işletmeler” olarak yapay bir ayrıma gidildiği ve izinsiz tehlikeli işletmenin sorumluluğunda denkleştirme ilkesine tabi tutulduğu yani, zarar görenlerin bir kısım zararları sineye çekmek zorunda bırakıldıkları⁷⁵ anlaşılmaktadır. Bu tür işletmelerin mevzuat uyarınca izin almış olmaları, zarar görenlerin bu izin nedeniyle zararın bir kısmına katlanmaları sonucunu doğurmasını gerektirmemelidir⁷⁶. Yeni Türk Borçlar Kanunu ile getirilen bu madde özellikle çevre zararı oluşturma ihtimali olan tehlikeli işletmelerin faaliyetlerini düzenlemektedir. Kanaatimizce bazı durumlarda Çevre Kanunu'nun 28 inci maddesi ile getirilen hükümden daha kapsamlı ve etkili bir düzenleme olarak uygulanabilecektir. Çevre Kanunu'nun 28 inci maddesi “Çevreye verilen zararların tazminine ilişkin talepler zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten itibaren beş yıl sonra zamanaşımına uğrar” hükmü ile yeni bir fıkra eklenmiştir. Ancak yeni Türk Borçlar Kanunu ile düzenlenen zamanaşımı hükmü (md. 72) Çevre Kanunu ile getirilen tazminat sorumluluğuna ilişkin zamanaşımı süresinden farklı bir zamanaşımı öngörmektedir. Türk Borçlar Kanunu'nun 72 nci maddesine göre; “Tazminat istemi,

⁷⁵ Kılıçoğlu, A.: s. 352.

⁷⁶ Kılıçoğlu, A.: s.352.

zarar görenin zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrendiği tarihten başlayarak iki yılın ve her hâlde fiilin işlendiği tarihten başlayarak on yılın geçmesiyle zamanaşımına uğrar. Ancak, tazminat ceza kanunlarının daha uzun bir zamanaşımı öngördüğü cezayı gerektiren bir fiilden doğmuşsa, bu zamanaşımı uygulanır.”

Kanaatimizce Çevre Kanunu'nun 28 inci maddesinde yer alan zamanaşımı, zararı ve tazminat yükümlüsünü öğrenme zamanaşımıdır. Bu sürenin 5 yıla çıkarılması olumlu bir değişikliktir. Çevresel zararların çok uzun bir süreçte ortaya çıkabildiği düşünüldüğünde, belirlenen süreden çok daha uzun bir zamanaşımı süresinin bile öngörülebileceği açıktır. Uzun zamanaşımı yani fiilin gerçekleşmesinden itibaren her halde uygulanacak zamanaşımı süresi hususunda ise, genel hükümlere gidilecek yani Türk Borçlar Kanunu'nun 72 nci maddesi uygulanacaktır.

Tehlike sorumluluğunda, kişiler için ağır tehlike arz eden faaliyetlerden doğabilecek zararın telafi edilmesine ilişkin bir yükümlülük söz konusudur. Tehlikenin yüklenilmesi yoluyla zararın tazmin edilmesi amaçlanmaktadır. Zarara uğrayan, tehlikeli faaliyette bulunan kişinin davranışının kusurlu olduğunu ispatlamaksızın tehlikeli faaliyetin sonuçlarından olumsuz etkilendiği ölçüde tazminata hak kazanır ve tehlike sorumluluğuna göre sorumlu tutulacak durumlar özel kanunlarda belirtilmiştir⁷⁷.

Yargıtay'ın GSM baz istasyonunun insan sağlığı açısından tehlike yarattığı ve komşuluk hukukuna aykırı olduğu iddiasının tartışıldığı bir davada⁷⁸, tehlike sorumluluğu değerlendirilmiştir. Uyuşmazlık son yıllarda kullanılan cep telefonlarındaki haberleşmeyi sağlayan ve baz istasyonları olarak isimlendirilen tesisin kullanılması sonucu bir zararın bulunup bulunmadığı, varsa bu zararın hangi durumlarda söz konusu olabileceği ve yine giderilmesi konusunda ne gibi önlemlerin alınması gerektiği noktasında toplanmaktadır. Yüksek Mahkemeye göre, dava konusu olan tesisin cep telefonlarının kullanımı için zorunlu olduğu ve bu tesisin geniş bir kitleyi ilgilendirmesi itibariyle de kamuya hizmet vermeyi amaçladığı

⁷⁷ Korkusuz, R.: Hukukumuzda Tehlikeli Sorumluluğu Uygulanması s.157.

⁷⁸ 4. HD. 13.02.2007, 2602 K. 1532 E.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

da tartışmasızdır. Ne var ki bu hizmetin verilmesinde ve tesisin kullanılması sonucu hukuk kurallarının bir gereği olarak doğan zararlardan da tesis sahibi sorumludur. Yargıtay'a göre, bu sorumluluğun kusura dayanmayan tehlike sorumluluğu olarak da kabul edilmek gerekir ve bu özelliği itibariyle tesisi kullanan ve onu işletenin yüksek özen yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi halde, en küçük bir özensizliğin maddi değerlerle ölçülemeyecek kadar ağır sonuçlar doğurması kaçınılmazdır. Bunun için zarar görenin zararını değil, tesis ve işletme sahibinin tesisin işletilmesinden dolayı kişilere, bu bağlamda çevreye bir zarar vermediği ve herhangi bir olumsuz sonuç yaratmadığının kanıtlanması gerekir. Bu sonuç genel sorumluluk kurallarının aksine olarak, davalıların işletmesinin ağır tehlike doğuracak özelliğinden kaynaklanmaktadır. Yargıtay tesisin tehlike arz edip etmediğinin ayrıntılı biçimde araştırılmasını istemektedir.

Yargıtay'ın baz istasyonlarına ilişkin kararları yukarıda da açıklandığı üzere "tehlike sorumluluğuna" ilişkindir. Baz istasyonunun insan sağlığı üzerinde yaratabileceği zararın kaldırılması ve tehlikenin giderilmesi isteminin tartışıldığı bir dava konumuz açısından önemlidir. Davacılar Yargıtay'a tahsis edilen bir binada memur olarak çalıştıklarını, binaya yakın yerde bulunan Türk Telekom A.Ş.'nin binasında kurulan GSM baz istasyonları ve mini link antenlerinin kanser tehlikesi yarattığını; bu yüzden isimlerini belirttiği Yargıtay'da çalışanların öldüğünü, davalıların bu haliyle yasal düzenlemelere bu bağlamda Türk Medeni Kanun'un 661 ve devamı maddelerinde (komşuluk hukuku) yer alan hususlara aykırı davrandıklarını ayrıntılı biçimde dilekçelerinde belirtmişler ve mevcut bilimsel verilere uygun olmayan bu istasyonun sökülerek kaldırılmasını, böylece tehlikenin giderilmesini talep etmişlerdir⁷⁹.

⁷⁹ İlk derece Mahkemesince, davacının iddiası, davalıların savunmaları ve davaya neden olan olayın da özelliği gözetilerek alanlarında uzman olan bilirkişilerden birden fazla rapor alınmış, alınan bu raporlar üzerine, uyumsuzluğun komşuluk hukukundan kaynaklandığını ve dava konusunun bir sonuca bağlanabilmesi için davacının iddiası yönünde, kurulan istasyonların insan sağlığı üzerinde olumsuz etki yaratıp yaratmadığı hususunun incelenmesi gerektiğini, bunun için de bilirkişi incelemesine başvurulduğunu, uzman bilirkişilerce hazırlanan raporlarda davacının iddiasını doğrular yönde görüş

YUHFD Vol. VIII No. 1 (2011)

Söz konusu uyuşmazlık son yıllarda kullanılan cep telefonlarındaki haberleşmeyi sağlayan ve baz istasyonlarının kullanılması sonucu bir zararın bulunup bulunmadığı, varsa bu zararın hangi durumlarda söz konusu olabileceği ve yine giderilmesi konusunda ne gibi önlemlerin alınması gerektiğine ilişkindir. Yargıtay, dava konusu olan tesisin cep telefonlarının kullanımı için zorunlu olduğunu ve bu tesisin geniş bir kitleyi ilgilendirmesi itibarıyla da kamuya hizmet vermeyi amaçladığını, bu hizmetin verilmesinde ve tesisin kullanılması sonucu hukuk kurallarının bir gereği olarak doğan zararlardan da tesis sahibinin sorumlu olduğunu, bu sorumluluğun kusura dayanmayan, tehlike sorumluluğu olarak kabul edilmek gerektiğini, bu özelliği nedeniyle tesisi kullanan ve onu işletenin yüksek özen yükümlülüğü bulunduğunu, aksi halde en küçük bir özensizliğin maddi değerlerle ölçülemeyecek kadar ağır sonuçlar doğurmasının kaçınılmaz olduğunu öngörmüştür. Bunun için zarar görenin zararını değil, tesis ve işletme sahibinin tesisinin işletilmesinden dolayı kişilere, bu bağlamda çevreye bir zarar vermediği ve herhangi bir olumsuz sonuç yaratmadığının kanıtlanması gerekeceği belirtilmiştir. Kararda da belirtildiği üzere, bu sonucun genel sorumluluk kurallarının aksine, davalıların işletmesinin ağır tehlike doğuracak özelliğinden kaynaklandığı açıktır.

Davanın idari yargı yerinde açılması gerektiğine ilişkin iddia ise; davalıların özel hukuk hükümlerine tabi şirket olması hususu göz önünde tutularak reddedilmiştir. Ayrıca, davalıların kamu yararına hizmet verdikleri iddiası ise yerinde bulunmamıştır.

Kararda ayrıca, bilirkişi raporlarının yetersiz olduğu yolundaki iddia da geçerli bulunmamıştır. Yargıtay bilirkişilerin kendi alanlarında ve bu konuda uzman olan kişiler olduğu, bu bakımdan raporlara itibar edildiği, zaten sorunun çözümünün tamamen bilirkişilerin raporlarına dayandırılması gereken, bilimsel ve teknik incelemeyi gerektiren bir konu olduğu, yargıcın teknik bir konuda bilirkişi incelemesine başvurması ve bilirkişi tarafından konuyla ilgili olarak sunulan düşünce, başka teknik bir görüşle etkisiz hale

bildirildiğini belirterek istasyonların kaldırılmasına ve uyuşmazlığın bu şekilde giderilmesine karar verilmiştir. Ankara 9. Asliye Hukuk Hakimliğinin 13.5.2003 tarih ve E.2002/574, K.2003/341 sayılı Kararı.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

getirilmedikçe uyması gerektiği belirtilmiştir⁸⁰.

Bütün bu açıklamalar ve bilirkişi raporları çerçevesinde, söz konusu istasyonun konumu itibariyle uzun süre sonunda kişi ve çevreye zarar verdiği, bu nitelikteki bir istasyonun halen bulunduğu yerde kullanılmasının sakıncalı bulunduğu, bunun daha uygun ve yerleşim çevresinden daha uzakta kurulması gerektiği ifade edilecek, bu belirlemeler itibariyle dar anlamda ve para ile ölçülebilen bir zarar yok ise de, çevre binalarda ve bu bağlamda davacının çalışmakta olduğu Yargıtay binasında çalışanlar için sağlık bakımından büyük endişeler taşıdığı, hatta yakın yıllara kadar istasyondan yansıyan radyasyonlardan kaynaklanan hastalıkla ölen kişiler olmamasına arşın son 3-4 yıl içerisinde ve tesise yakın binada çalışan beş kişinin ölmesi, halen çalışmakta olan bazı kişilerin bu hastalığa tutulması, bu yerde çalışanları psikolojik olarak yaşamını olumsuz biçimde etkilemekte olduğu ve bunun da psikolojik yapısında terdirginlik ve ümitsizlik yaratacağı, bu haliyle de yaşamdaki sağlık değerleri düşünüldüğünde o yerde çalışmasının olumsuz hale geleceği göz önünde tutulduğunda, davacının, zarar gördüğünün kabul edilmesi gerektiği sonucuna⁸¹ varılmıştır.

Yargıtay'ın baz istasyonlarına ilişkin olarak verdiği kararların⁸² hemen hepsi insan sağlığı ve çevrenin korunmasına da vurgu yapmakta ve bazı belirlemeler getirmektedir. Kararların genelinde yer alan gerekçeler aşağıdaki şekilde belirtilebilir:

"Bu belirlemeler itibariyle dar anlamda ve para ile ölçülebilen bir zarar yok ise de, çevre binalarda ve bu bağlamda davacının oturmakta olduğu binada yaşayanlar için sağlık bakımından büyük endişeler taşıdığı, bu yerde oturanların psikolojik olarak yaşamını olumsuz biçimde etkilemekte ve bunun da psikolojik yapısında te-

⁸⁰ Aslında çevre ile ilgili davalarda bilirkişilik sistemi doğru ve yeterli biçimde işletilememektedir. Davalar, genellikle teknik konularda uyumsuzluklara dayandığından bu hususun önemi artmaktadır.

⁸¹ 4. HD. 29.01.2004 E.16434, K.971

⁸² Yargıtay'ın son dönemde verdiği kararlardan bazıları şunlardır: 4. HD. 06.11.2008 E.14402, K. 13542; 4. HD. 05.05.2009 E.3119, K.6329; 4. HD. 02.06.2009 E. 4606, K. 7402; 4. HD. 12.07.2010 E.7568, K. 8483; 4. HD. 16.03.2010 E.667, K. 2876; 4. HD. 02.03.2010 E.14603, K. 2139; 4. HD. 11.02.2010 E. 14825, K. 1200; 4. HD. 21.03.2011 E.2802 K.2956.

dirginlik ve ümitsizlik yaratacağı, bu haliyle de yaşamdaki sağlık değerleri düşünülduğünde o yerde oturmanın olumsuz hale geleceği göz önünde tutulduğunda, davacının, zarar gördüğü kabul edilmeli ve davanın kabulüne karar verilmelidir. ... Dava konusu olan tesisin cep telefonlarının kullanımı için zorunlu olduğu ve bu tesisin geniş bir kitleyi ilgilendirmesi itibariyle de kamuya hizmet vermeyi amaçladığı da tartışmasızdır. Ne var ki bu hizmetin verilmesinde ve tesisin kullanılması sonucu hukuk kurallarının bir gereği olarak doğan zararlardan da tesis sahibi sorumludur. Hatta bu sorumluluk kusura dayanmayan, tehlike sorumluluğu olarak da kabul edilmek gerekir. Bu özelliği itibariyle tesisini kullanan ve onu işletenin yüksek özen yükümlülüğü bulunmaktadır. Aksi halde, en küçük bir özensizliğin maddi değerlerle ölçülemeyecek kadar ağır sonuçlar doğurması kaçınılmazdır. Bunun için zarar görenin zararını değil, tesis ve işletme sahibinin tesisini işletilmesinden dolayı kişilere, bu bağlamda çevreye bir zarar vermediği ve herhangi bir olumsuz sonuç yaratmadığının kanıtlanması gerekir. ... davalı tarafından bu ve benzeri tesislerin işletilmesi sonucu geniş bir halk kitlesinin yarar sağladığı bilinen bir olgudur. Ne var ki, bu yararın sağlanması karşısında kişilerin zarar görmesi hoş görülemez. Bu bakımdan hizmetten elde edilen yarar ve bunun karşısında verilen zararın dengelenmesi gerekmektedir”

Yargıtay’a göre hiçbir hizmet, insan yaşamı kadar öncelik ve önem taşımaz. Diğer bir anlatımla, yararlı bir hizmetin karşılığı olarak insanın ölümü uygun bir sonuç olarak kabul edilemez. İnsan yaşamında tehlike yaratan bir hizmetin, kişi yaşamının önüne geçmesi ve ona üstünlük tanınması doğru bir yaklaşım olarak düşünülemez.

4.Çevre Kanunu ile Türk Medeni Kanunu Hükümlerinin Karşılaştırılması

Medeni Kanunda düzenlenen ve mülkiyet hakkının aşkın kullanılmasından doğan sorumluluk ile 2872 sayılı Çevre Kanunu'nda düzenlenen sorumluluk arasında hukuki nitelikleri, şartları ve uygulama alanı yönünden farklılıklar bulunmaktadır⁸³. Çevreyi kirleten veya bozan bir faaliyete hem Çevre Kanunu hem de Medeni Kanun'un ilgili maddeleri uygulanabilecek midir? Yoksa özel bir sorumluluk alanı olarak düzenlenmiş bulunan Çevre Kanunu'nun ilgili maddesi Medeni Kanun'un ilgili maddesinden doğan sorumluluğu bertaraf edecek midir? Bu konuda yargısal ve bilimsel içtihatlarla farklı görüşler bulunmaktadır.

Çevre sorunlarından doğan uyuşmazlıklarda, özellikle tazminat davalarına ilişkin olarak, Çevre Kanunu dava ve taraf ehliyeti ile hukuki yarara ilişkin yeni ve açık bir düzenleme getirmemiştir. Kanunun 28 inci maddesinin 2 nci fıkrası, “genel hükümlere göre tazminat sorumluluğu” öngördüğünden, çevre sorunları ile ilgili özel hukuk uyuşmazlıklarında kimin kime karşı dava açabileceği ve dava hakkı konuları genel hükümlere göre belirlenmektedir.

2872 sayılı Çevre Kanunu'nun yürürlüğe girmesinden önce, taşınmaz malikinin sorumluluğu hakkında Medeni Kanun hükümleri genişletici bir yorumla çevre kirliliği sorununu çözmek için uygulanmış ve çevre kirliliğinden dolayı sorumluluk Medeni Kanun'un ilgili hükümlerine dayandırılmıştır. Ancak Çevre Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle başka kritere gerek olmaksızın “kirleten öder” ilkesi getirilmiş ve bununla çevrenin kirlenmesinden doğan davalarda “hukuki yarar” kirlenmeden etkilenen herkes için söz

⁸³ Konu ile ilgili olarak bkz. *Tandoğan H.*: “Medeni Hukuk Açısından Çevre Kanunu”, Çevre Kanunu'nun Uygulanması, TÇSV Yayını, Ankara, 1987, s.17-65. Ve “2872 Sayılı Çevre Kanunu'na Göre Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumluluk”, *Yargıtay Dergisi*, 1986, c.XII, sa.1-2, s.31-56. *Çörtoğlu, S.*:“Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumlulukla Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılmasından Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması”, *Yargıtay Dergisi*, c. 12, 1986, sa.1-2, s.77-98. *Sirmen, L.*:“Çevre Kanunu'na Göre Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumluluk”, *Ank BD* 1990, sa.1, s. 22-30.

konusu olmuştur. Çünkü, Çevre Kanunu'nun amacı⁸⁴; “bütün vatandaşların ortak varlığı olan çevrenin korunması, iyileştirilmesidir⁸⁵. Böylece, çevre kirliliğinden dolayı kirletenin sorumluluğu ayrı ve özel bir sorumluluk türü olarak değerlendirilmeye başlanmıştır⁸⁶.

Fabrikaların bacalarından çıkan yakıcı ve kurutucu gaz ve dumanlar nedeniyle üründe hasıl olan zararın tazminine ilişkin olarak Çevre Kanunu hükümleri ile Medeni Kanun hükümleri arasındaki ilişkiyi açıklayan bir Yargıtay Kararında;

“Davalılar vekilleri olayda 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 3 üncü maddesinin (f) bendi ve 28 inci maddesinin birlikte ve birbirleriyle ilgili yanları gözetilerek uygulanması gerektiğini, müvekkillerinin sorumlu tutulamayacağını bildirmiş ve davanın reddini savunmuştur. Dava Türk Medeni Kanunu'nun 656 ve 661 inci maddelerine (eski kanun) dayanılarak açılmıştır. 2872 sayılı Çevre Kanunu'nun 28 inci maddesinin 2 nci fıkrası “kirletenin, meydana getirdiği zarardan ötürü genel hükümlere göre tazminat sorumluluğu saklıdır” hükmünü getirmiştir. Bu hükümden de açıkça anlaşıldığı gibi anılan Çevre Kanunu ile kirletenin sorumluluğu hakkında getirilen hükümler, diğer sorumlulukları bertaraf edecek nitelikte değildir. Burada sorumlulukların yarışması (telahuk ilkesi) söz konusudur, zarar gören somut olayda hangi şartları kendisi lehine görüyorsa ona göre bir seçim yapıp davasını Çevre Kanunu'nun 3 üncü maddesinin (f) bendine veya Medeni Kanunun 656 ncı maddesine yahut koşulları bulunduğu takdirde Borçlar Kanunu'nun 58 nci maddesine dayandırma hakkına sahiptir.”

belirlemesi yapılarak, zarar ile kirletme fiilinin arasındaki nedensellik bağının bulunmasına bakarak kusur oranında sorumluluğa hükmetmiştir.

⁸⁴ 2006 yılında yapılan değişiklikle Çevre Kanunu'nun amacı; “bütün canlıların ortak varlığı olan çevrenin, sürdürülebilir çevre ve sürdürülebilir kalkınma ilkeleri doğrultusunda korunmasını sağlamaktır.” şeklinde değiştirilmiştir.

⁸⁵ Konuralp, H.: “Yargıtay Kararlarında Çevre Sorunları”, Mahkeme Kararlarında Çevre Sorunları”, TÇSV Yayını, Ankara, 1986, s.72.

⁸⁶ Yongalık, s.5.

5. Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun

Bilindiği üzere petrol yüklü tankerlerin yaptığı deniz kazaları nedeniyle çok sayıda petrolün deniz çevresine yayılması veya sızması neticesinde, önemli deniz kirliliği sorunları doğmuş ve oluşan deniz kirliliği kıyı devletleriyle sınırlı kalmamıştır. Meydana gelen deniz kirliliği sonucu uğranılan zararların tazmini, zarardan sorumlu olacak tarafların belirlenmesi, sorumluluğun sınırlandırılması, sigorta veya mali güvence gibi konularda uluslararası seviyede kabul edilmiş bir metin mevcut değildir.

Petrol ve diğer zararlı maddelerle deniz çevresinin kirlenmesinde tazmin konusunu düzenleyen 5312 sayılı Deniz Çevresinin Petrol Ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale Ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun⁸⁷ ve Kanunun Uygulama Yönetmeliği⁸⁸, uluslar arası sistemi benimsemiştir. Bir olayda geminin Türkiye'nin taraf olduğu uluslar arası sözleşmelere tabi olması durumunda ilgili sözleşme hükümleri uygulanacaktır. Kanun bu Sözleşmelerden somut olarak bahsetmemekte, sadece taraf olunan uluslararası sözleşmelere genel olarak atıfta bulunmaktadır. Kanun ayrıca sorumluluğu ilgili uluslar arası sözleşme hükümlerine uygun olarak sınırlamıştır. Bu nedenle, Çevre Kanunu, ilgili uluslararası sözleşmelerin ve 5312 sayılı Kanunun uygulama bulmadığı durumlarda geçerli olacak, dolayısıyla, açıkta kalan ve düzenlenmeyen bir hukuki sorumluluk alanı bulunmayacaktır⁸⁹.

Türk Boğazlarından geçen ve petrol ve diğer zararlı madde taşıyarak bir kaza durumunda bu maddelerle kirlenmeye neden

⁸⁷ RG. Tarih:11.03.2005, Sayı: 25752.

⁸⁸ RG, Tarih: 21.10.2006, Sayı: 26326.

⁸⁹ Demir, İ.: "Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Esasları Açısından Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanunun Değerlendirilmesi", İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.2 sa.1, 2011, s.288, <http://iys.inonu.edu.tr/webpanel/dosyalar/1225/file/demir%20tam.pdf> Erişim tarihi; (20.08.2011)

olabilecek gemilerin hemen tamamının bu kapsamda olması nedeniyle, Türk Boğazlarında petrol ve diğer zararlı maddelerle kirlenme olaylarının tazmininde sadece ilgili uluslar arası sözleşmelerle oluşturulmuş uluslar arası sistemin getirdiği hükümler geçerli olacaktır. İstisnai durumlarda uluslar arası tazmin sözleşmelerine tabi olmayan bir geminin karıştığı veya neden olduğu bir kazadan kaynaklanan petrol ve diğer zararlı madde kirliliğinin tazmininde 5312 sayılı Kanun ve Çevre Kanunu hükümleri uygulanacaktır.

5312 sayılı Kanunun amacı, deniz emniyetinin sağlanması ve deniz kirliliğinin önlenmesi konusundaki uluslararası hukuk ve iç hukuktan doğan hak ve yükümlülükler göz önünde bulundurularak;

a) Acil durumlarda gemilerden ve kıyı tesislerindeki faaliyetlerden kaynaklanan kirlenme tehlikesini ortadan kaldırmak veya kirlenmeyi azaltmak, sınırlamak ve gidermek üzere uygulanacak müdahale ve hazırlıklı olma esaslarını,

b) Olay sonucu ortaya çıkan zararların tespit ve tazmin esaslarını,

c) Uluslararası yükümlülüklerin yerine getirilmesi esaslarını,

d) Kanun kapsamına giren kişilerle kurum, kuruluş, gemi ve tesislerin Kanunda belirtilen ilgililerinin yetki, görev ve sorumluluklarını,

belirlemektir.

Kanun kapsamına giren zararlar oldukça çeşitlidir. Gemi ve kıyı tesislerinin sorumlu tarafları, uygulama alanlarında gemi ve kıyı tesislerinden kaynaklanan olay sonucu ortaya çıkan bu zararları tazmin etmekle müteselsilen sorumludur. Hangi zararlar Kanun kapsamında yer almaktadır?

1-kirlenmenin veya kirlenme tehlikesinin neden olduğu; temizleme masrafları,

2- koruyucu önlemlere ilişkin masraflar,

3- canlı kaynaklar ve deniz yaşamına verilen zararlar,

4- bozulan çevrenin yeniden oluşturulması, toplanan atıkların taşınması ve bertarafı için yapılacak masraflar,

5- geçim için kullanılan doğal ve canlı kaynaklarda meydana gelen zararlar,

6- özel mallardaki zararlar,

7-şahısların yaralanması ve ölümünden kaynaklanan zararlar,
8- gelir kayıplarını, gelir ve kazanç kapasitelerine verilen zararlar ve

9-diğer kamu zararları.

Yukarıda belirtilen zararlar ile zararın tespit, tazmin ve uyuşmazlıkların giderilmesine ilişkin masrafları, Kanunda “zarar”⁹⁰ olarak tanımlanmıştır. Deniz çevresinin petrol ve diğer zararlı maddelerle kirlenmesinde acil durumlarda müdahale ve zararların tazmini konusunda, taraf olduğumuz uluslararası düzenlemelerle üstlenilen yükümlülükler ile hak ve yetkilerin iç hukuk düzenlemelerine yansıtılması bir zorunluluktur. Üç tarafı denizlerle çevrili ve petrol veya diğer zararlı maddeleri taşıyan gemi trafiğinden muzdarip olan ülkemiz için bu konu ayrı bir önem taşımaktadır. Ancak yukarıda belirtilen ve tazmin kapsamına giren zararlar listesinin uygun olmadığı hususunda farklı görüşler mevcuttur. Sorumluluğun sınırlanması hakkı öngörülmeden gelir kayıpları, canlı kaynaklara verilen zararlar gibi mali boyutu oldukça yüksek olan zararların listeye dahil edilmiş olması, uygulamada önemli sorunlar yaratabilecektir. Gemiler için benzer bir mali sorumluluk sistemi oluşturan “Petrol Kirliliğinden Doğan Zararın Hukuki Sorumluluğu İle İlgili Uluslararası Sözleşme 1992” bu konuda daha sınırlı ve daha temkinli hükümler içermektedir. Bu sistemde sadece gemiden sızan veya boşaltılan petrolün, petrolü taşıyan geminin dışında neden olduğu zarar ve kayıplar ile önleyici tedbirlerin masrafları tazmin kapsamındadır. Bunun dışında “gelir, kayıplar, kazanç kapasitelerine verilen zararlar, doğal ve canlı kaynaklarda meydana gelen zararlar, bozulan çevrenin yeniden oluşturulması” gibi somut olarak ölçülmesi ve değerlendirmesi çok zor olan zararlar tazmin kapsamında değildir. 5312 sayılı Kanun’da sorumlu kişilerin oluşan zarardan hangi miktarda ne kadar sorumlu olduğuna yani sorumluluğun sınırlandırılabilmesine ilişkin dair ayrıntılı hükümler bulunmamakta, sadece 7 nci maddede, “gemi başına sorumlu taraf yükümlülüğünün toplamı ve sorumlu tarafa yüklenecek azami tazmi-

⁹⁰ Kanun’un “canlı kaynaklar ve deniz yaşamına verilen zararları” da içine alacak biçimde çok kapsamlı bir zarar tanımı getirdiği dikkat çekmektedir.

nat miktarı konusunda Türkiye'nin taraf olduğu uluslararası sözleşme hükümleri saklıdır." hükmü öngörülmüştür⁹¹. Bu nedenle, Kanun kapsamında hukuki sorumluluk ve tazminata ilişkin uygulanabilecek bir uluslararası sözleşme ve bu sözleşmede sorumluluğun sınırlandırılmasına dair bir hüküm mevcutsa, ancak bu takdirde sorumlu kişiler, bu sözleşme kapsamında sorumluluklarını sınırlandırma hakkına sahip olabileceklerdir⁹². Bu zarar nasıl belirlenecektir? 10 uncu maddeye göre oluşturulacak bir Komisyonu zarar tespit edecektir. Komisyon Çevre ve Şehircilik Bakanlığının başkanlığında Denizcilik Müsteşarlığı, Sahil Güvenlik Komutanlığı, Kıyı Emniyeti ve Gemi Kurtarma İşletmeleri Genel Müdürlüğü ile ilgili valilik ve belediyelerin temsilcilerinden oluşturulacaktır. Komisyon gerek görürse ilgili diğer kurum ve kuruluşların temsilcilerini ve uzmanlarını da komisyona çağırabilecek ve zararların tamamının veya bir kısmının tespitini, bu konuda uzman Türk veya yabancı kişi ve kuruluşlara yaptırabilecektir. Bu şekilde tespit edilen zarar miktarı, komisyon tarafından onaylanması üzerine geçerlilik kazanacaktır.

5312 sayılı Kanun kapsamına giren tüm kıyı tesisleri, yukarıda belirtilen zararların tazminini önceden garanti amacıyla "Mali Sorumluluk Sigortası" yaptırmak zorundadırlar. Bu yükümlüklerin yerine getirilmemesinin yaptırımını tesisin faaliyetinin durdurulması veya yeni tesisler için faaliyete başlanmasına izin verilmemesidir. Kanuna göre; kıyı tesisleri, mali sorumluluk garantileri konusundaki yükümlülüklerini Hazine Müsteşarlığı tarafından belirlenecek sigorta şirketlerine sigorta yaptırarak veya bu şirketlerin aralarında kuracakları bir havuza prim ödeyerek karşılayacaklardır.

Bu Kanun nerelerde uygulanacaktır? Türkiye'nin iç suları, karasuları, kıta sahanlığı ve münhasır ekonomik bölgesinden oluşan deniz yetki alanları öncelikle uygulama alanıdır. Diğer taraftan bu Kanunda öngörülen acil durumlarda, bu durumlara müdahale ve zararların tazmini amaçlarıyla sınırlı kalmak kaydıyla, Çevre ve Şehircilik Bakanlığı, Dışişleri Bakanlığı ve ilgili diğer kamu kurum

⁹¹ Demir, İ.: s.294.

⁹² Demir, İ.: s.294.

ve kuruluşlarının görüşleri alınarak Denizcilik Müsteşarlığı'nın vereceği karara bağlı olarak karasularının ötesindeki açık deniz alanlarında da uygulanabilir. Kanun kapsamındaki tüm gemi ve kıyı tesislerinin sorumlu tarafları; olayın meydana gelmesinin önlenmesi, olayın meydana geldiği durumlarda ise zararın azaltılması, giderilmesi, sınırlandırılması amacıyla hazırlıklı olma ve koruyucu önlemler de dahil uluslararası hukukun öngördüğü ve seyir, can, mal ve çevre emniyetinin gerektirdiği yükümlülüklerle ilişkin tüm tedbirleri almakla yükümlüdürler.

Söz konusu kanunun uygulanmasına dayanan bir yargı kararı bulunmamakla birlikte, deniz kirliliğinden dolayı oluşan zarara ilişkin olarak Yargıtay'ın eski tarihli bir kararı incelenmeye değerdir. İki tankerın çatması ve denizi kirletmesi sonucu oluşan çevresel zararların tazmini için T.C. Devleti adına Maliye ve Gümrük Bakanlığı, Başbakanlık Çevre Müsteşarlığı, Tarım, Orman ve Köy İşleri Bakanlıkları adına Hazine tarafından açılan tazminat davasında hükme bağlanan Yargıtay Kararında⁹³;

“Davaya konu olan olay, davalı donatanlara ait tankerlerin (Yunan- İngiliz) İstanbul Boğazı Rumelikavağı önlerinde çarpışmasıyla oluşmuştur. Davacı Türkiye Cumhuriyeti Devletince, olayda denize dökülen petrol ürününün, Boğaz ve çevresinde (Türk karasuları) ekolojik yapıya verdiği zararın karşılığı olarak 66.650.000 TL nin davalulardan tahsili istenilmiştir.

Bilindiği gibi ülkenin yer üstü ve yer altı (göller ve denizler dahil) varlıkları, devletin malvarlığının önemli bir kısmını, kısaca zenginliğini oluşturur. Endüstri devriminin ortaya çıkardığı teknik gelişmeler ve işletmeler; insanlığa hizmetleri, faydaları yanında; kontrolden çıktığı anda çok geniş kapsamlı zararlar meydana getirebilecek niteliğe de sahip bulunmaktadır.

Bunların ülke topraklarında meydana getirebileceği zararların kapsamı ile sorumluluğun belirlenmesinde; sorumluluk hukukunun kişiler için kabul ettiği klasik görüşlere yer verilmemelidir. Aksi halde mal varlığında eksilmenin (örneğin balıkların devlet tarafından tutulmadığı olgusuyla veya en azından tutulup tutu-

⁹³ 4. HD. 15.05.1984 E.792, K.4746.

lamayacağı bilinemediğinden) veya uygun illiyet bağının bulunmadığı (devletin vergilendirememeden doğan zararının olay içinde doğrudan değil de eylemin etkilerinin yayılması, sıçramasıyla oluştuğu) kolaylıkla kabul edilebilir. Bu durum, devletin fakirleşmesine ve zarar verenin (hukuka aykırı davranan ve hukukça korunmaması gerekenin) zenginleşmesine (sorumluluktan kurtulmakla) yol açar.

Yasalarda zarar ve illiyet bağı kavramları açıkça tanımlanmamıştır. O halde, bu gibi zararların belirlenmesinde ve sorumluluğun kurulmasında; sorumluluk hukuku kuralları (zarar- illiyet bağı) amaçsal yorumla ele alınmalı; ekolojik kayıplar zarar kavramı içinde kabul edilmelidir. Bu hal, devletin sübjektif bir nitelendirme veya yorumla korunması değil; fakat sorumluluk hukukunun genel ve temel kurallarına (zarar görenin korunması vb.) hukukun temel amacına (hak-adalet) uygun düşen objektif bir yorum tarzıdır. Aksi halde, "içinde bulunduğumuz çağa, insan aklının ve bilimin verdiği teknik imkanların doğa üzerinde meydana getirebileceği geniş kapsamlı ekolojik nitelikteki zararları" ödetme olanağı ortadan kalkmış olur.

Dava konusu olayda, denize dökülen petrol ürünü 644.016 ton kerosenin (gazyağı) çok hızlı bir şekilde deniz suyu ile karışarak (solüsyon hali) İstanbul Boğazı, Marmara denizi ve hatta Karadeniz'in derinliklerine kadar yayıldığı, gözlemler ve ilmi verilere dayanılarak tespit edilmiştir. Bu yayılma, özellikle İstanbul Boğazı içinde tehlike sınırının tabanını aşarak 3.9-1 ppm toksik konsantrasyonu oluşturmuştur. Bu durum denizin oksijen dengesini ve besin zincirinin en önemli halkasını oluşturan bitkisel plankton toplumu; balıkların besin zincirinin ilk hayvansal halkasını oluşturan zooplanktonları ve nihayet su ürünlerini (balık vb.) olumsuz yönde etkileyerek, öldürerek ekolojik zarar meydana getirmiştir. (Dosya içerisinde bulunan tüm bilirkişi raporları)

Son bilirkişi raporunda zarar 44.000.000. TL olarak değerlendirilmiştir; hakim yasaların kendisine verdiği takdir hakkını (BK. md. 42) kullanarak bu miktarı aynen kabul etmiştir. Ekolojik niteliği itibariyle bu takdirde açık hata görülmemiştir. O halde;

sorumluluğun kurulması, zarar kapsamının belirlenmesinde mahkemenin vardığı sonuç usul ve yasalara uygundur.”

gerekçesine dayanılmıştır. Söz konusu karar, “ekolojik zarar” kavramına yer vermesi ve geleneksel sorumluluk kurallarını tartışması nedeniyle çok önemlidir. Kararda, “ülke topraklarında meydana gelebilecek zarar” ile “sorumluluk hukukunun kişiler için kabul ettiği klasik görüşlerin” karşılaştırıldığı dikkat çekmektedir. Kanaatimizce günümüzde bile bu görüşlerin yerleşmesinin çok zor olduğu göz önüne alındığında, anılan Yargıtay Kararı 1980’li yıllarda verilmiş çevre zararı açısından oldukça önemli ve ileri bir karar olarak kabul edilmelidir.

SONUÇ

Çevre sorunlarının artması nedeniyle çevreye verilen zararlar, doğanın kendini yenileyebilme sınırını zorlamaktadır. Doğanın kendini yenileyebilme kapasitesi, aşırı kirlenme ve tahrip sonucunda bozulmuş ve doğa kendini yenileyemez hale gelmiştir. Bu nedenle önlem alma konusunda hukukun gücünden yararlanma zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Birçok hukuk dalı çevrenin korunmasına ilişkin ilke ve kurallar içermektedir. Çalışmamızda çevrenin kirlenmesi sonucunda doğabilecek özel hukuk sorumluluğuna ilişkin ulusal mevzuatımız incelenmiş ve yargı kararlarından örnekler verilmiştir. Bunun yanı sıra uyumlaştırılarak ulusal mevzuatımıza aktarılması gereken ve Avrupa Birliği mevzuatına yeni katılmış olan, AB Çevresel Sorumluluk Direktifi üzerinde durularak yeni çevresel sorumluluk anlayışı açıklanmaya çalışılmıştır. Çevresel sorumluluk, çevresel zararın telafi edilmesine ilişkin sorumluluğun zarara sebep olanlara aktarılması sürecini anlatmak için kullanılan bir kavramdır. Bu sorumluluk kavramı geleneksel sorumluluk kavramından ayrılmakta ve ortak doğal kaynakların korunmasına ilişkin yeni sorumluluk ve yükümlülük kuralları getirmektedir. Bu anlamda gelecek kuşaklar için bu günkü kuşakların emanet olarak yaşadıkları çevrenin sürdürülebilir şekilde korunması gerekmektedir. Neden yeni çevresel sorumluluk kurallarına gereksinim duyulmuştur? Avrupa Birliği ülkelerinde olduğu gibi Türkiye’de de kişi ve malvarlığı zararlarını içeren hukuki sorumluluk rejimi bulun-

maktadır. Fakat bu rejim genel olarak doğanın zararını karşılamayı öngörmemektedir. Ulusal sorumluluk hukukumuz açısından yalnızca mal varlığı zararları (ürün zararı) çevresel zarar olarak kabul edilmekte, ancak su, toprak, hava gibi çevresel değerlerin bozulmasına ve zarar görmesine ilişkin bir değerlendirme yapılmamaktadır. Bu nedenle bu eksikliğin hem mevzuat açısından giderilmesi hem de yargı kararları ile desteklenmesi önem taşımaktadır. Sorumluluk hukuku kuraları kapsamında çevresel zararların tazmininde adli yargının önem ve işlevini ortaya koyan inceleme konusu yargısal içtihat, Çevre Kanunu, Türk Medeni Kanunu ve Türk Borçlar Kanunu'nun hükümleri çerçevesinde tartışılmıştır. Bu aşamada, Avrupa Birliği Çevresel Sorumluluk Direktifi'nin ülkemiz açısından da önemli bir düzenleme olduğu ve uyumlaştırılmasıyla bu eksikliğin giderileceği düşünülmektedir. Bu çerçevede çevresel sorumluluk kurallarının açık ve net bir biçimde yer aldığı ve AB Çevre mevzuatı uyumu kapsamında çıkarılması konusunda taahhütte bulunduğumuz "Çevresel Sorumluluk Hakkında Kanun"un yürürlüğe konulmasında büyük yarar bulunmaktadır. Bunun yanı sıra çevresel sorumluluk konusunda önemli hükümler getiren Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanun incelenmiştir. Anılan Kanun yürürlükte olmasına rağmen memnuniyet verici bir sonuç olarak, henüz uygulanmasına gerek duyulmamıştır.

Yukarıdaki sorunlar göz önüne alındığında, çevreyi kimin koruyacağı sorusuna verilecek yanıt önem kazanmaktadır. Anayasa, çevrenin korunmasında, devleti ve vatandaşları görevli kılmıştır. Ayrıca Anayasa, devlete doğal servetler ve kaynaklar üzerinde hüküm ve tasarrufta bulunma yetkisi de vermiştir. Bütün bu değerler "ortak mal" olarak kabul edildiğinden, bunların toplumsal yarar gözetilerek korunması gerektiği kuşkusuzdur. Esasen yasaların her şeyi çözemeyeceği ve her olayı çözecek şekilde bir yasal düzenleme yapmanın da mümkün olamayacağı bilinmektedir. Özellikle çevre sorunlarının gittikçe yoğunlaştığı, teknolojik gelişmenin çok hızlı bir ivme kazandığı, doğa koruma konusunda yasal ve kurumsal yapının etkisizleştiği son yıllarda yargıya, sorunlar ve uyuşmazlıklar karşısında, geniş yorum yaparak çevreyi koruma ve içtihat

yaratma sorumluluğu düşmektedir. Bilindiği üzere kanunlar soyut kurallar olup, bu kurallara işlerlik ve içerik kazandırmak ise yargının görevidir. Bu nedenle, yargının bu sorunları iyi algılaması, “çevre” ile ilgili farklı disiplinleri izleyebilmesi gerekmektedir. Bütün bu değerlendirmelerin yapılabilmesi hakimın hukuki bilgi birikimi ile mümkün olamayacağından, çevre davalarında bilirkişilik sisteminin çok iyi işlemesi gerektiği açıktır. Çalışmamızda ele aldığımız yargı kararlarının pek çoğunda teknik bilirkişinin raporlarına dayanılarak karar verildiği göz önüne alındığında, çevre ile ilgili uyuşmazlıklarda tarafsız ve objektif bir bilirkişilik sisteminin oluşturulmasının önemi ortaya çıkmaktadır. Bu konuya daha kökten bir çözüm getirebilmek amacıyla çevre davalarında uzmanlaşmaya yönelik olarak “ihtisas mahkemeleri”nin kurulması önerilebilir. Yargının en büyük sorunlarından biri olan “iş yükünün fazla olması” sorunu da böylece biraz olsun aşılmış, çevre sorunlarını yakından takip edebilen, çevre mevzuatını ve bilimsel içtihatları izleyebilen ihtisas mahkemelerinin daha hızlı karar verebilmesi mümkün olabilecektir. Yargıya bu hızı kazandırabilmenin bir başka yolu da çevreye ilişkin davalarda farklı usul hükümlerinin getirilmesi olabilir⁹⁴. Kanaatimizce çevresel zararların geri dönüşü olmayan, çok büyük zararlar olması bu önerilerin getirilmesini zorunlu kılmaktadır.

⁹⁴ Çevreye ilişkin yargılama usullerinin oluşturulmasına dair öneriler için bkz. “Çevre Hakkı ve Yargının Rolü” Başlıklı 5. Komisyonun Sonuç Raporu, IV. Çevre Şurası Sonuç Raporları, 6-8 Kasım 2000, İzmir.

KISALTMALAR

A.K.	Aynı kaynak
Ank BD	Ankara Barosu Dergisi
BK.	Borçlar Kanunu
bkz.	Bakınız
C.	Cilt
Dr.	Doktor
E.	Esas
EU	European Union
EC.	European Commission
EEC.	European Economic Community
GSM	Global System for Mobile
HD.	Hukuk Dairesi
K.	Karar
md.	Madde
RG.	Resmi Gazete
s.	Sayfa
sa.	Sayı
TÇSV	Türkiye Çevre Sorunları Vakfı

KAYNAKÇA

Alca, Süheyla: “Avrupa Birliği’nde Çevresel Sorumluluk Alanında Yaşanan Gelişmeler”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, (28-29- Mayıs 2009), Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayını, s.347-375.

Basse, Ellen Margrethe: Environmental Liability – Modern Developments, s. 31-32, http://www.estig.ipbeja.pt/-ac_direto/41-2.pdf Windows Internet Explorer (01.06.2011).

Çörtoğlu, Sahir: “Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumlulukla Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılmasından Doğan Sorumluluğun Karşılaştırılması”, Yargıtay Dergisi 1986, c.XII, sa.1-2, s.77-100.

Çörtoğlu, Sahir: “Kirleten Öder İlkesi ve Ekolojik Zarar Kavramı” Yeni Türkiye Der. 1995, sa.5, s.347-356.

Çörtoğlu, Sahir: “Çevre Kanunu’na Göre Çevreyi Kirletenlerin Hukuki Sorumluluğunun Şartları”, 1995, Ankara, Yayınlanmamış Tez.

Çörtoğlu, Sahir: Komşuluk Hukukunda Taşınmaz Mülkiyetinin Kullanılmasının Çevreye Etki ve Sonuçları, Ankara, 1982.

Çörtoğlu, Sahir: Taşınmaz Mülkiyetinin Aşkın Kullanılması, (Kavram- Unsurlar- Uygulama Alanı) Dayındarlı Yayını Ankara, 1988.

Demir, İsmail: “Hukuki Sorumluluk ve Tazminat Esasları Açısından Deniz Çevresinin Petrol ve Diğer Zararlı Maddelerle Kirlenmesinde Acil Durumlarda Müdahale ve Zararların Tazmini Esaslarına Dair Kanunun Değerlendirilmesi”, İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c.2 sa.1, 2011, s.239-325. <http://iys.inonu.edu.tr/webpanel/dosyalar/1225/file/demir%20tam.pdf> Erişim tarihi; (20.08.2011)

Eren, Fikret: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Beta Yayınları, İstanbul, Eylül 2010.

Erişgin, Nuri: Çevre Kirletenin Hukuksal Sorumluluğunda İlliyet Bağı, Ankara 2005.

Environmental Liability:

<http://ec.europa.eu/environment/images/border-singelcal-bottom2.gif>, Erişim tarihi (01.05.2011)

EU Water Framework Directive:

http://ec.europa.eu/environment/water/water-framework/index_en.html, Erişim tarihi (29.05.2011)

Hatemi/Gökyayla: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2011.

Kantar, Elvend: “Çevre Hukukunda Sorumluluk Kavramı”, İstanbul Barosu Dergisi, C.58, sa.1-2-3, 1984, s. 33 vd.

Kılıçoğlu, Ahmet: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 14. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara 2011,

Konuralp, Haluk: “Yargıtay Kararlarında Çevre Sorunları”, Mahkeme Kararlarında Çevre Sorunları”, TÇSV Yayını, Ankara, 1986, s.65-96.

Korkusuz, Refik: “Hukukumuzda Tehlikeli Sorumluluğu Uygulanması ve Yeni Borçlar Kanunu Tasarısındaki Düzenlemesi”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, 2009, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, s.147-208.

Kuntalp, Erden: “Medeni Hukuk Açısından Çevre Kanunu’na Bakış”, Çevre Kanunu’nun Uygulanması, TÇSV Yayını, Ankara, 1999, s.12-31.

Oğuz, Cemal: “Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi Uyarınca Taşınmaz Malikin Sorumluluğu”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s.209-215.

Oğuzman, Kemal/Öz, M.Turgut: Borçlar hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, Vedat Yayıncılık.

Sirmen, Lale: “Çevre Kanunu’na Göre Çevrenin Kirletilmesinden Doğan Sorumluluk”, Ankara Barosu Dergisi 1990, sa. I, s.22-30.

Ulusan, İlhan: “Çevre Kirlenmesinden Doğan Sorumlulukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi”, Yargıtay Dergisi, c.12, Ocak-Nisan 1986, sa:1-2, s.57-76.

Ulusan, İlhan: Medeni Hukukta Fedakarlığın Denkleştirilmesi İlkesi ve Uygulama Alanı, 1977, İstanbul.

Üçışık, Güzin: “Tehlike Sorumluluğu’nun Genel Kural İle Düzenlenmesi”, Sorumluluk ve Tazminat Hukuku Sempozyumu, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Ankara 2009, s. 127-143.

Ünver, Yener – Nuhoğlu, Ayşe: Federal Almanya Çevre Ceza Hukuku, Genel Bilgiler- Atık Madde Ceza Hukuku, Atık Su Ceza Hukuku- Ekler, Beta Yayınları, İstanbul, Nisan 1999.

Tandoğan, Haluk: Kusura Dayanmayan Sözleşme Dışı Sorumluluk Hukuku, Ankara, 1981.

Tandoğan, Haluk:“Medeni Hukuk Açısından Çevre Kanunu”, Çevre Kanunu’nun Uygulanması, TÇSV Yayını, Ankara, 1987, Tartışmalar, s.177-232.

Turgut, Nükhet: Çevre Hukuku, Yenilenmiş İkinci Bası, Savaş Yayınevi, 2001.

Turgut, Nükhet: “Kirlenen Öder İlkesi ve Çevre Hukuku”,
<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/38/298/2776.pdf>-Windows
Internet Explorer (01.06.2011)

Turgut Nükhet: “Çevre Hukukunun Temel Kavram ve İlkelere”, Çevre Hukuku Sempozyumu, Türkiye Adalet Akademisi Yayınları, Ankara 2006.

Tümbaş, Yaşar: “Çevreye Zarar Verici ve Kirlenmeye Yol Açan Rızikoların Sigortası”, Sigorta Dünyası Dergisi, 1983, c.XXIV, sa.281, s.7-37.

Türk Dil Kurumu Türkçe Sözlüğü

Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun ve Gerekçeleri, Adalet Bakanlığı, Ankara, 2002.

Yongalık, Aynur: Çevre Sorumluluk Sigortası, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara 1998.

Council Directive 79/409/EEC

http://europa.eu/legislation_summaries/environment/nature_and_biodiversity/128046_en.htm, Erişim tarihi (31.05.2011)

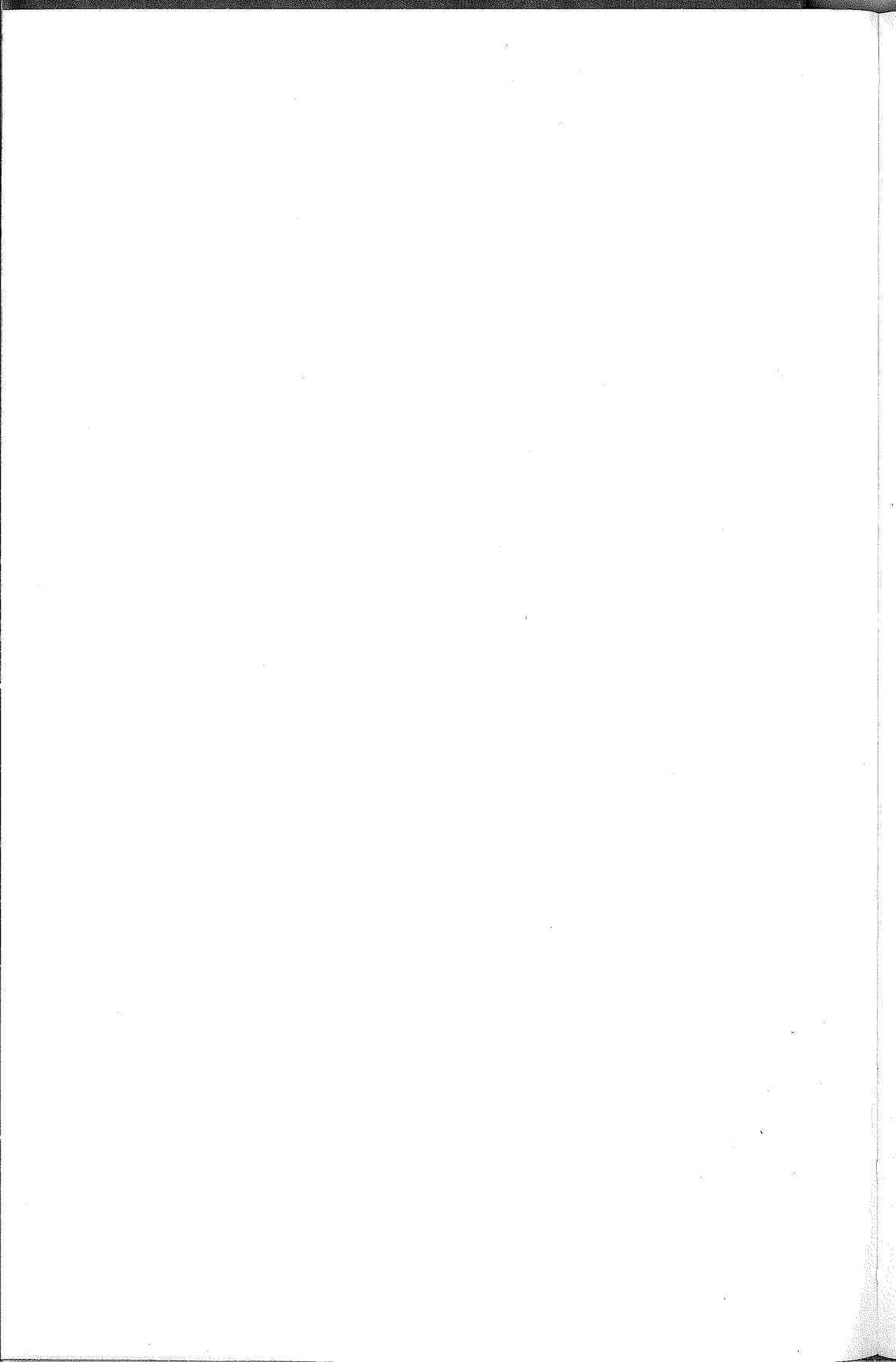
Council Directive 92/43/EEC

http://ec.europa.eu/environment/nature/legislation/habitatsdirective/index_en.htm, Erişim tarihi (31.05.2011)

Rapid- Pres releases EUROPA,

<http://europa.eu/rapid/images/nav/rapid-register.png>, Erişim tarihi (20.05.2009)

IV. Çevre Şurası Sonuç Raporları, 6-8 Kasım 2000, İzmir.



**AVOIDANCE UNDER THE CISG AND
TERMINATION UNDER ENGLISH LAW IN
DOCUMENTARY SALES**

*(BELGEYE DAYALI SATIMLARDA CISG'A GÖRE SÖZLEŞMENİN SONA
ERDİRİLMESİ İLE İNGİLİZ HUKUKUNDA SÖZLEŞMENİN FESHİ)*

Araş. Gör. / Res. Asst. Efe DİRENİSA*

ÖZET

Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması'nda ("CISG") değişik tipteki satım sözleşmelerine ilişkin hükümlerin yer almaması, CISG'in kapsam ve uygulama alanını ilgilendiren önemli sorunlardan biridir. Aynı sorun İngiliz hukukunda gözlenmemektedir. Bu makalede, CISG'da düzenlenen satım sözleşmesinin sona erdirilmesi beyanı (iptali) ile İngiliz hukukunda satım sözleşmesinden dönme hakkının kullanılması hukuki imkânları, emtia borsalarında menkul kıymet alım-satımı bakımından incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Antlaşması, emtia satışı, belgelere dayalı satım, dönme hakkı, sözleşmenin sona erdirilmesi, belgelerin verilmesi yükümlülüğü, belgelerin verilmesi yükümlülüğünün ihlali, emtia borsası.

ABSTRACT

The absence of special provisions regulating different types of sale contracts, is one of the most remarkable problems of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods ("CISG") related to its scope and application, a problem

* Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Civil Procedure and Insolvency Law, e-mail: efe.direnisa@yeditepe.edu.tr

which is not observed in English law. In this essay, avoidance of contract under the CISG and right of termination under English law as remedies in case of documentary sales of commodities are considered.

Keywords: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, CISG, commodity sales, documentary sales, right of termination, avoidance of contract, documentary obligations, breach of documentary obligations, commodity market.

A. INTRODUCTION

The United Kingdom has not ratified the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) yet. Although most of the commentators find the CISG beneficial, the argument of ‘a further erosion of our own excellent municipal law’ is still present.¹ The main difference between the CISG and English law is the *underlying philosophies*. Whilst English law seeks for certainty and predictability in international sales, the CISG tries to protect transactions from termination in order to state flexibility. As an important harmonizing instrument, the CISG has many problems related to its scope and application. Among these problems, the absence of special provisions regulating different types of sale contracts, is the most remarkable one which is not observed in English law. The vast majority of English cases concerning international sale of goods, arise from commodity sales. The historical development of English international sales law, finds its basis on documentary sales of commodities. There is over one hundred years of case law and codified instruments regulating international documentary sales. On the other hand, the CISG does not include any special provisions regarding commodity transactions. General principles of the CISG that anticipate an extremely

¹ RG Lee ‘The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: ok for the UK’ [1993] Journal of Business Law 131, 145.
YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

different system than English system, may govern such transactions. In this sense, application of CISG to documentary commodity sales, may pose several problems for English traders and among those problems, the remedial provisions of the CISG relatively take the first place. The right of termination or avoidance of contracts is probably the most important remedy of the parties under documentary sales. For the purposes of this essay, in order to stress the importance of commodity sales for English traders, firstly, the structure of commodity markets will be defined; then the right of the buyer to reject nonconforming documents tendered by the seller and in turn, termination of contract by the buyer will be discussed. While doing those analyses, both English law and the Convention approaches will be considered.

B. INTERNATIONAL SALES OF COMMODITIES

1. Generally

Commodities cover several types of agricultural products and raw materials such as grain, feedstuffs, sugar, coffee, tea, oils, copper and the others.² English law has a great importance in the international sale of commodities. International commodity traders, usually select English law as the governing law of their contracts whether or not their transaction has a connection with the United Kingdom. Standard form contracts, such as GAFTA's (Grain and Feed Trade Association) and FOSFA's (Federation of Oil Seeds and Fat Association) are widely used in CIF and FOB overseas sales of commodities and these contracts are generally governed by English law.³ Although the CISG is ratified by most of the trading countries, international traders in terms of commodity sales still prefer English law. Furthermore, as *Mullis* points out:

² K Takahashi 'Right to Terminate (Avoid) International Sales of Commodities' (2003) JBL 102, 102.

³ *ibid.*

When an English lawyer thinks of international sales he thinks of documentary sales of commodities, carried by sea and sold on c.i.f. or f.o.b. terms. Indeed, it is primarily in relation to the latter type of contract that the English law of international trade as been developed.⁴

2. Characteristics of International Sales of Commodities

The special requirements of commodity sales give rise to a necessity of special provisions. In the first place, such transactions require a high degree of certainty and predictability. This makes commodity sales different from other type of international sales. Buyers and sellers in commodities market need to know exactly their rights in case of a breach. Since '[V]olatile market conditions can drastically alter the value of the goods in a short space of time and because the amount stake can be enormous in the case of bulk shipment'.⁵ Secondly, documentary obligations are of great significance in sales of commodities. In contrast to sales of complex machinery or other goods, sales of commodities mostly involve *string trading* in which only the end buyer takes physical delivery, the intermediate buyers deal with documents and their interest is 'financial speculation'.⁶ As *Friedman* puts it 'Many traders expect to use [commodities] market neither for delivery nor for hedging; rather they are pure speculators. They are essential, too, for the market would not have sufficient liquidity without them'.⁷

Time is a further important factor both for a fair market and in terms of promptly determining rights of a party in case of default. As mentioned above, commodity sales are mostly made in CIF or FOB terms under English law. In a CIF contract, seller has to *tender documents* and give notice of appropriation in certain *time limits*, in addition to his physical delivery obligation. The buyer can

⁴ A Mullis 'Termination for Breach of Contract in C.I.F. Contracts under the Vienna Convention and English Law; Is There a Substantial Difference?' <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mullis.html>> (20 April 2009).

⁵ *ibid* 104.

⁶ Mullis (n 4).

⁷ RD Friedman 'Stalking the Squeeze: Understanding Commodities Market Manipulation' (1990) 89 Michigan Law Review 30, 33.
YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

be able to 'determine his rights immediately he becomes aware of any discrepancy in the documents' and also because the commodity markets are subject to wild fluctuations, such documents should be *passed down immediately* until they find the end buyer.⁸ Otherwise, traders may delay passing on notices, 'to secure the best possible match of purchase and resale commitments' so that, market may subject to 'manipulative behaviour' of the traders seeking profits.⁹ Only provisions that stipulate strict time limits can avoid such a result. In string sales, there is more than one contract and there is more than one buyer and seller. A buyer may become a seller. As a result, all the traders in the string should be treated equally. This can be possible, if law relating to commodity sales is 'capable of producing consistent results' in its application to string sales.¹⁰

Another important feature of commodity sales is, in any event, buyers are keen to terminate the contract, even if the breach of a seller is insignificant. This is because, sellers have numerous and complicated obligations in such sales, which increase risk of breach; many traders do not concern with the physical goods; 'price fluctuations are more transparent in international sales of commodities'; and if the market has fallen 'the liquid market provides good opportunities of repurchase to cover [buyer's] position'.¹¹ Buyers exercise their right of termination in majority of cases. This situation excludes documentary sales of commodities from other types of sales.

⁸ Mullis (n 4).

⁹ M Bridge 'Uniformity and Diversity in the Law of International Sale' (2003) 15 Pace IntlLRev 55, 63.

¹⁰ Takahashi (n 2) 104.

¹¹ *ibid* 105, 106.

C. DOCUMENTARY OBLIGATIONS OF THE SELLER

1. Generally

Although FOB seller has some documentary obligations in the two types¹² of FOB contracts, the documents in FOB contracts are not a *substitute* for a physical duty to load.¹³ In a CIF contract, however, seller has a number of very important documentary duties. He should tender the conforming shipping documents to the buyer on time or he has to cure defects¹⁴ in the documents within the time stipulated by the main contract in order to prevent termination. The buyer is obliged to make payment only against documents. In order to deter buyers from 'terminating on technical grounds' CIF contracts impose the buyer commercial risk of 'having to pay before exercising rights to recover the price when the goods are non-conforming' by requiring payment of the buyer before the delivery of the goods.¹⁵ Tender of the documents should be made 'as soon as possible after the goods have been shipped or after the seller has "destined the cargo to the particular vendee or consignee"' where there is no provision in the contract concerning time of delivery.¹⁶ If the buyer justifiably rejects the documents, the seller will commit a *repudiatory breach* and in this case, question of the rejection of goods will not arise, since the buyer does not have the documents.¹⁷ If the goods are destroyed after the contract, obligation of the seller to tender the documents is still present, since he is not entitled to receive *excess insurance price*, when the goods are insured for a higher amount than the contract price.¹⁸ The documents are non-conforming; firstly, when *on their face* they are not in conformity with the contract such as an unclean bill of lad-

¹² *Pyrene v Scindia Navigation Co. Ltd.* [1954] 2 QB 402, Per Devlin J at 424.

¹³ M Bridge *The International Sale of Goods* (OUP Oxford 1999) [4.85].

¹⁴ *The Kanchenjunga* [1990] 1 Lloyd's Rep 391.

¹⁵ Bridge (n 13) [9.26].

¹⁶ AG Guest (ed) *Benjamin's the Sale of Goods* (6th edn Sweet & Maxwell London 2002) [19-064].

¹⁷ RM Goode *Commercial Law* (3rd edn Penguin Books London 2004) 944.

¹⁸ Guest (n 16) [19-058].

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

ing; secondly when the documents are *defective* such as a non-genuine bill of lading that includes false statements.¹⁹

2. Breach of Documentary Obligations and Right of Termination under English Law

English law has 'systemic certainty' in two ways; Firstly, 'hard and vigorous law educates merchants about their standing in the event of future breach' this enables reduction of legal and transaction costs; and secondly 'furthers the remission of liability to the original source of defective performance' in string trading.²⁰ In the light of these basic principles, under English law, tendering of non-conforming documents give rise to a breach of condition of the contract and therefore confers right of termination upon the buyer.²¹

Section 15 of 1979 Sale of Goods Act states that if breach is *so slight* and it is unreasonable for the buyer to reject; the buyer does not have a right to terminate the contract. However, this *recently adopted* provision is not applied to documentary obligations, even if the breach is slight, and this situation clearly indicates the determined conduct of English law in documentary sales by insisting on a very strict approach.

So far as the *time* of tendering documents are concerned, a time provision concerning *tendering time* in the contract is a *condition* and the buyer can reject a late tender. If there is no stipulation in the contract as to time of tender or in the absence of a *precise time*, the buyer is not entitled to reject documents due to a slight delay.²² A similar approach is suggested in application of the CISG, if there is no fixed date in the contract, 'a fundamental breach of contract [with regard to failure of tendering documents] should be

¹⁹ *ibid* [19-076].

²⁰ M Bridge 'The Bifocal World of International Sales' in R Cranston (ed) *Making Commercial Law* (Clarendon Press Oxford 1997) 279.

²¹ Roskill LJ in *The Hansa Nord* [1976] QB 44, 70.

²² Guest (n 16) [19-065].

held to exist only if the seller fails to cure his performance (Article 48) within a reasonable time'.²³

3. Breach of Documentary Obligations and Right of Avoid the Contract under the CISG

Article 34 of the CISG reads: 'If the seller is bound to hand over documents relating to the goods, he must hand them over at the time and place and in the form required by the contract'. Article 49, however, does not lay down special provisions regulating documentary obligations of the seller in CIF contracts. Article 49(1)(a) states that: '[The buyer may declare the contract avoided] if the failure by the seller to perform any of his obligations under the contract or this Convention amounts to a *fundamental breach* of contract' (emphasis added). Article 25 attempts to define the fundamental breach concept as a breach is fundamental 'if it results in such detriment to the other party as *substantially to deprive him of what he is entitled to expect* under the contract' and unless the party in breach and a *reasonable person*²⁴ in the same circumstances did not *foresee* such a result.

Under the CISG, a breach may amount to a *fundamental breach*, when the two preconditions are fulfilled on the part of one party. In terms of *foreseeability*, there is no specific time determined under the CISG. This concept may be interpreted as foreseeability of a party at the conclusion of contract²⁵ or foreseeability at the time of breach²⁶. The other concept, *substantially to deprive*, is ambiguous as well. *Fundamental breach* doctrine was overruled in England, and the test of *Diplock LJ in Hongkong Fir Shipping v*

²³ P Schlechtriem *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (2nd edn Oxford University Press Oxford 1998) 420.

²⁴ This is a *hypothetical merchant* with similar 'business practices', 'socio-economic background including religion, language, average professional standard', CM Bianca and MJ Bonell *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè Milano 1987) 219.

²⁵ P Schlechtriem *Uniform Sales Law: the UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Manzsche Verlags Vienna 1986) 60.

²⁶ JO Honnold *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Sales Convention* (3rd edn The Kluwer Law Hague 1999) 183.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

*Kawasaki Kisen*²⁷ as 'deprive the party ... substantially the whole benefit which it was the intention of the parties as expressed in the contract' is merely remained for determining the importance of an innominate term. *Ziegel* finds *substantially to deprive* concept in the CISG very strict and points out that it has 'a quantitative as well as a qualitative meaning' and he calls it as 'quasi-fundamental breach test'.²⁸ The problem is, in the CISG there is no classification of contractual terms, *fundamental breach* principle applies to terms, which are conditions under English law, such as perfect tender of the documents. The consequence is 'right of termination for "minor" breach of a term classified as a condition has been removed from international sale of goods transactions governed by the [CISG]'.²⁹

Huber makes a distinction that is only the defect in *important* documents may amount to fundamental breach, such as *documents of title or cash against documents*.³⁰ However, German Federal Supreme Court stated that:

Delivery of contractually stipulated documents can be an essential contractual obligation, which, if breached, may entitle the buyer to declare the contract avoided according to Art. 49(1) ... The [buyer] herself would have been able to obtain the correct Certificate of Origin ... In such a case it cannot be said that the essential interest in the contract ceases to exist.³¹

²⁷ [1962] 2 QB 26, 66. Also see: *Bunge Corp v Tradax* [1981] 2 Lloyd's LR1 (HL).

²⁸ JS Ziegel 'The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives' <<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ziegel6.html>> (20 April 2009) 9-14, 9-15.

²⁹ JW Carter 'Party Autonomy and Statutory Regulation: Sale of Goods' (1993) 6 *Journal of Contract Law* 93, 101.

³⁰ Schlechtriem (n 23) 420.

³¹ Bundesgerichtshof VIII ZR 51/95 (3 April 1996).

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960403g1.html>> (20 April 2009).

The Supreme Court, as a national court, interpreted the CISG; however, its approach is inconsistent with strict English approach in case of documentary obligations.

The buyer entitles to expect, not 'nearly right' but 'effectively marketable' documents; so that in case of a letter of credit the banks will accept the documents; where there is no letter of credit, sub-buyers may accept the documents without any problem.³² In order to get feasible results, *fundamental breach* concept of the CISG should be applied strictly to the documentary sales and a non-conforming tender should give the buyer right to avoid the contract. This effect stems from the *buyers intention* in the contract that is one of the main concepts of English documentary sales law. However, this intention can merely be determined objectively, by taking into account 'type of the contract', 'commercial background' and 'all the terms of the contract'; it is clear that CISG encourages 'continuation rather than termination' but buyer's *intention* is not always in favour of continuation in documentary sales.³³

Undoubtedly, it is the duty of national courts to apply CISG, and struck a fair balance between the parties. There is no international legal framework to apply and interpret the CISG. Despite the fact that parties can exclude ambiguous provisions of the CISG pursuant to Article 6, this will not solve the problem embedded in the CISG efficiently and one cannot expect from an unwary trader to exclude such provisions while making the contract.

³² A Mullis 'Avoidance for Breach under the Vienna Convention; A Critical Analysis of Some of the Early Cases' (1998) in Andreas and Jarborg (eds) *Anglo-Swedish Studies in Law* (Lustus Forlag 1998) 349.

³³ *ibid* 348, fn 107.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

D. CONCLUSION

It is obvious that, in the application of the CISG to documentary sales there is a need to establish a presumption to enable the breach of documentary obligations to be accepted as fundamental breach so that the breach of a condition approach of English law will be given effect.³⁴ Creation of certainty and predictability in documentary sales depends on a strict approach taken against breach of documentary obligations. If this is done, the application of the CISG will not pose any difficulty to unwary English traders when the breach of documentary obligations occurs.

Mullis points out that 'with sensitive application' the CISG can be successfully applied to documentary sales.³⁵ *Goode* suggests that, harmonizing instruments should have *limited scope* in order to achieve harmonization.³⁶ The two ideas tend to a common conclusion; the CISG, as a harmonizing instrument, does not regulate documentary sales, however, it lay down general principles that may govern such transactions by means of a sensitive application. Therefore, towards harmonization the CISG has an important role in terms of international sale of goods. As far as the international documentary sales are concerned, an effective harmonization can be achieved when the experience of English law is taken into account while applying the CISG to such sales. By this way, English traders may not need to exclude provisions of the CISG, and other traders of different nations may benefit from the English experience.

³⁴ Takahashi (n 2) 129; this presumption may be created under Art 9(2).

³⁵ Mullis (n 32) 354.

³⁶ RM Goode 'Contracts and Commercial Law; the Logic and Limitations of Harmonisation' <<http://www.ejcl.org/74/art74-1.html>> (20 April 2009) 5.

I. TABLE OF CASES

Bundesgerichtshof VIII ZR 51/95 (3 April 1996)

<<http://cisgw3.law.pace.edu/cases/960403g1.html>> (20 April 2009).

Bunge Corp New York v Tradax Export SA Panama [1981] 2 Lloyd's LR1 (HL).

Cehave NV v Bremer Handelsgesellschaft MBH (The Hansa Nord) [1976] QB 44.

Hongkong Fir Shipping v Kawasaki Kisen [1962] 2 QB 26.

Motor Oil Hellas (Corinth) Refineries SA v Shipping Corporation of India (The Kanchenjunga) [1990] 1 Lloyd's Rep 391.

Pyrene v Scindia Navigation Co. Ltd. [1954] 2 QB 402.

II. BIBLIOGRAPHY

1. Texts

RM Goode *Commercial Law* (3rd edn Penguin Books London 2004).

M Bridge *The International Sale of Goods* (Oxford University Press Oxford 1999).

M Bridge 'The Bifocal World of International Sales' in R Cranston (ed) *Making Commercial Law* (Clarendon Press Oxford 1997).

AG Guest (ed) *Benjamin's the Sale of Goods* (6th edn Sweet & Maxwell London 2002).

JO Honnold *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Sales Convention* (3rd edn The Kluwer Law Hague 1999).

CM Bianca and MJ Bonell *Commentary on the International Sales Law* (Giuffrè Milano 1987).

P Schlechtriem *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods* (2nd edn Oxford University Press Oxford 1998).

P Schlechtriem *Uniform Sales Law: the UN-Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (Manzsche Verlags Vienna 1986).

2. Articles

M Bridge 'Uniformity and Diversity in the Law of International Sale' (2003) 15 *Pace International Law Review* 55.

JW Carter 'Party Autonomy and Statutory Regulation: Sale of Goods' (1993) 6 *Journal of Contract Law* 93.

RD Friedman 'Stalking the Squeeze: Understanding Commodities Market Manipulation' (1990) 89 *Michigan Law Review* 30.

RM Goode 'Contracts and Commercial Law; the Logic and Limitations of Harmonisation'
<<http://www.ejcl.org/74/art74-1.html>> (20 April 2009).

RG Lee 'The UN Convention on Contracts for the International Sale of Goods: ok for the UK' [1993] *Journal of Business Law* 131.

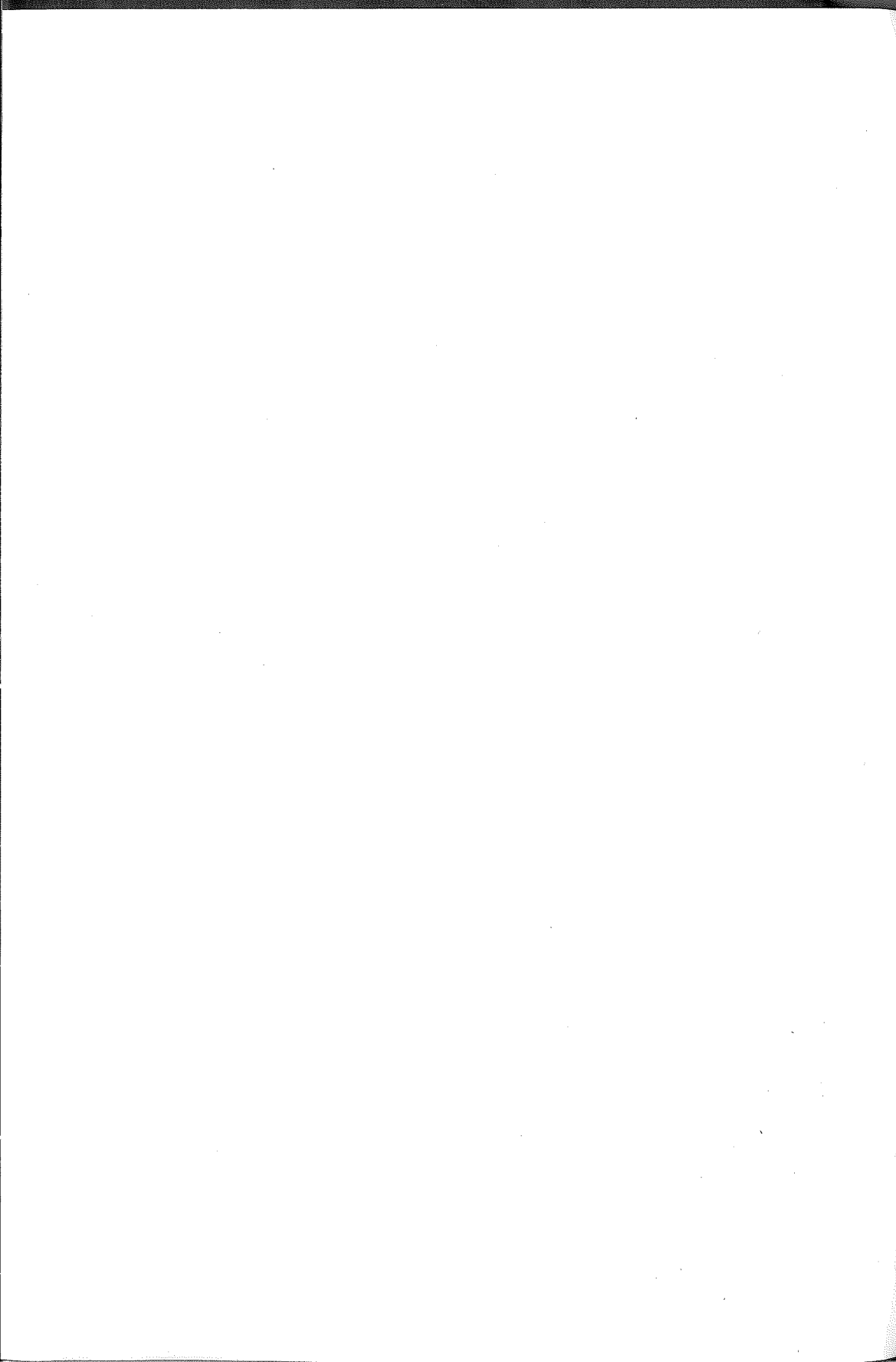
A Mullis 'Avoidance for Breach under the Vienna Convention; A Critical Analysis of Some of the Early Cases' (1998) in Andreas and Jarborg (eds) *Anglo-Swedish Studies in Law* (Lustus Forlag 1998).

A Mullis 'Termination for Breach of Contract in C.I.F. Contracts under the Vienna Convention and English Law; Is There a Substantial Difference?'

<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/mullis.html>> (20 April 2009).

K Takahashi 'Right to Terminate (Avoid) International Sales of Commodities' (2003) *JBL* 102.

JS Ziegel 'The Remedial Provisions in the Vienna Sales Convention: Some Common Law Perspectives'
<<http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/ziegel6.html>> (20 April 2009).



THE LEGITIMATE EXPECTATIONS IN FAIR AND EQUITABLE TREATMENT

(ADİL VE HAKKANİYETE UYGUN DAVRANIŞ YÜKÜMLÜLÜĞÜNDE YATIRIMCININ MEŞRU BEKLENTİLERİ)

Araş. Gör. / Res. Asst. Hüseyin Afşın İLHAN*

ÖZET

Yatırımlar için yapılan sözleşmelerde tarafların hak ve yükümlülüklerinin belirlenmesi ve uyuşmazlık çözüm metodunun tanımlanması önem taşır. Bu hak ve yükümlülükler ile uyuşmazlık çözüm methodları hakkında çift taraflı veya çok taraflı uluslararası yatırım anlaşmalarına da bulunmaktadır. “Adil ve hakkaniyete uygun davranma yükümlülüğü”, bu alandaki sözleşme boşluklarını doldurmak ve yatırımcının yabancı devlette yatırım yapmaktaki meşru beklentilerini korumak için yaratılmış çok fonksiyonlu bir araçtır.

Anahtar Kelimeler: Adil ve hakkaniyete uygun davranış, meşru beklentiler, yatırım tahkimi, metalclad, PSEG, NAFTA, Avrupa Enerji Şartı Anlaşması.

ABSTRACT

Like any basic transaction protection, an investment also begins with a carefully drafted framework. That's why, solid construction of obligations of parties and defining a dispute resolution method is of significant importance for investment protection. These obligations and dispute settlement methods cumulatively are subject to bilateral and multilateral international investment treaties. Among these obligations, fair and equitable treatment stan-

* Yeditepe University Faculty of Law, Dept. of Private International Law,
e-mail: afsin.ilhan@yeditepe.edu.tr

dard is a multi-functional device, which is designed to patch all possible deficiencies in the treaties and protect legitimate expectations of an investor in investing in a particular foreign state.

Keywords: *Fair and equitable treatment, legitimate expectations, investment arbitration, metalclad, PSEG, NAFTA, European Energy Charter Treaty.*

I- INTRODUCTION¹

Fair and equitable treatment (FET) standard is a result of growing concerns among states with respect of investment protection. As the amount of investments grew bigger, the amount of money transferred from one state to another state increased significantly. First, some states have mass labor force for cheap, while some others have to pay major amounts of salaries to their workers, which results with increasing costs. Furthermore, some states have mass amount of natural sources but do not have capital to produce it, while some states are deprived of those sources although they have more than enough capital to produce and process those sources. Or basically some states have the product and in need of selling it, while some others have the market, without the product. As a result, new era witnessed the emergence of capital exporting countries and capital importing countries and we called the legal interactions between those states as "Globalization".

World now depends on that new order, because of the invisible financial linkages covering all around. So, in order to avoid from some kind of "domino effect", health and continuity of these transactions are subject to strict protection. And it started with replacement of the old and ineffective "diplomatic protection" with a new and effective investment protection system.

¹ This article was originally submitted to Prof. Jan Paulsson as an LL.M research paper at University of Miami School Law, Workshop on International Arbitration Class in 2009 and revised in accordance with his precious comments. *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)*

Like a basic transaction protection, investment is also begins with carefully drafted framework. That's why, solid construction of obligations of the parties and defining a dispute resolution method is of significant importance for investment protection. These obligations and dispute settlement methods cumulatively are subject to bilateral and multilateral treaties. Among these obligations, FET standard is a multi-functional device, which is designed to patch all possible deficiencies in the treaties and protect legitimate expectations of an investing in a foreign state.

The ambiguous character of FET standard is derived from its name. Fair and equitable, are the words, which are already far from having some solid meanings in our daily lives, let alone government and investor relations. Because what is fair and what is equitable, changes to person to person, culture to culture and state to state². That's why in order to provide a common international definition, the investment arbitration tribunals and scholars spend considerable amount of their time.

The cases in which tribunals try to define FET standard generally arise out of three different legal frameworks, namely bilateral investment treaties (BITs), North American Free Trade Agreement (NAFTA) and European Energy Charter Treaty (ECT). In order to come forward with a worldwide FET understanding, related provisions in those treaties need a closer look, and a finding whether FET standard provided in those legal frameworks can be placed on common ground.

²See R. Doak Bishop, James Crawford , et al, *Chapter 9 - Violation of Investor Rights Under Investment Treaties, II. Absolute Standards* in., *Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary* 1011 (Kluwer Law International 2005)

II – COMPARISON OF THE FET STANDARD PROVISIONS INCLUDED IN THE MAIN TREATIES

1- FET Standard under NAFTA

FET protection is accorded under Article 1105 (1). The article is entitled “Minimum Standard of Treatment” and read as follows:

“Each Party shall accord to investments of the investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.”

Federal Trade Commission of NAFTA, in July 2001, published an official interpretation, also covering the matter included in Article 1105. The binding interpretation is read as follows:

“B. Minimum Standard of Treatment in Accordance with International Law

1. Article 1105(1) prescribes the customary international law minimum standard of treatment of aliens as the minimum standard of treatment to be afforded to investments of investors of another Party.

2. The concepts of ‘fair and equitable treatment’ and ‘full protection and security’ do not require treatment in addition to or beyond that which is required by the customary international law minimum standard of treatment of aliens.

3. A determination that there has been a breach of another provision of the NAFTA, or of a separate international agreement, does not establish that there has been a breach of Article 1105(1).”

Refining the article and the binding interpretation thereof, minimum standard of treatment proscribed in the article is the customary international law minimum standard of treatment of aliens. No treatment more than that.

At this point, one has to look for a solid meaning for customary international law. Customary law basically stands for “Law consisting of customs that are accepted as legal requirements or obligatory rules of conduct; practices and beliefs

that are so vital and intrinsic a part of a social and economic system that they are treated as if they were laws."³

Taking this definition as a starting point, it is not hard to come to the conclusion that in international area, practices and beliefs are shaped through respected decisions of investment arbitration tribunals. It almost starts with the widely cited *Neer* case⁴, in which it was decided that "*the treatment of an alien ... should amount an outrage, to bad faith, to willful neglect of duty, or to an insufficiency of governmental action so far short of international standards that every reasonable man would readily recognize its insufficiency.*"⁵, and continues with modern decisions like widely-cited *Mondev*, which eases the threshold for state responsibility accorded by *Neer* and concludes that customary international law evolves⁶.

2. FET Standard under ECT

FET standard is located in Article 10(1) of ECT. Along with the other main obligations, it provides that: "*Such conditions shall include a commitment to accord at all times to investments of investors of another Contracting Parties fair and equitable treatment. ... In no case shall such Investments be accorded treatment less favorable than that required by international law, including treaty obligations.*"

³ Black's Law Dictionary, p. 172 (3th Pocket Ed.2006)

⁴ Meg N. Kinnear , Andrea K. Bjorklund , et al, *Article 1105 - Minimum Standard of Treatment in Investment Disputes under NAFTA An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, Last updated: March 2008 Supplement No. 11105-10 (Kluwer Law International 2006)

⁵ *USA (L. F. Neer) v. United Mexican States*, decision of the General Claims Commission, United States-Mexico, 15 October 1926, *Opinions of Commissioners, 1927*, p.1, reproduced in the *American Journal of International Law 1927*, pp.555, 556; 3 ILR 213.

⁶ *Mondev International Limited v. Unites States of America*, (ICSID Case no. ARB(AF)/99/2) Award of October 11, 2002 (42 ILM 85 (2003)) p.40

Contrary to NAFTA's FET standard, ECT, which is mostly derived from United States and United Kingdom BITs⁷, provides the international law threshold as a minimum level of treatment. International law basically corresponds to "*the legal system governing the relationships between nations; more modernly, the law of international relations, embracing not only the nations but also such participants as international organizations and individuals (such as those who invoke their human rights or commit war crimes).*"⁸

According to the definition given above, rules of international law to be applied to investment issues include all international conventions, treaties and related court decisions regardless of whether they have commercial character or not. That's why, according to the ECT framework, it is quite possible to take the decisions of European Court of Human Rights into consideration or to make reference to United Nations Convention on Human Rights, along with NAFTA framework and decisions made accordingly by NAFTA Tribunals.

3. FET Standard under BITs

FET clauses provided under BITs (approximately 2000 treaties) varies depending on whether there is reference to international law or not. While US Model BITs include a reference to international law, some European States like Germany do not include international law reference in their model BITs.⁹

Article II (3) of the BIT¹⁰ which constituted the legal ground for PSEG v. Turkey¹¹ case provides that "*Investments shall at all*

⁷ Thomas W. Waelde, *International Investment Under the 1994 Energy Charter Treaty*, in the Energy Charter Treaty: an East-West Gateway for investment and Trade 288 (Thomas W. Waelde ed., Kluwer Law International 1996)

⁸ Supra note 1 p.376

⁹ Katia Yannaca-Small, *Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments*, in Standards of Investment Protection 113 notes 12, 15 (August Reinisch ed., Oxford University Press, 2008)

¹⁰ The Treaty Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, U.S. – TR, December 3, 1985
YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

times be accorded fair and equitable treatments ... in a manner consistent with international law." Standard model agreements without a reference to international law only impose the following: "Investors and investments of each contracting party shall at all times be accorded fair and equitable treatment in the territory of another contracting party."¹²

Now the question at hand is whether there is any difference between these two types of FET clauses regarding their legal consequences. In other words, does it really important whether there is a reference to international law?

An answer can be given to this question by using a basic principle of civil law, according to which judges can make their decision in accordance with the customs that regulate interactions between players of that specific area. This brings us to the customary law definition given above with regard to the Article 1105 (1) of NAFTA.

As a proof to that approach, Vienna Convention on the Law of Treaties (1969) (Vienna Convention) provides in Article 31 (3) (c) that along with the ordinary meaning given to its terms, any relevant rules of international law applicable to relations between the parties will be taken into account when interpreting a treaty.

Tribunals also concluded that regardless of whether there is a reference to international law; it automatically involves in adjudications of FET violations.¹³ The *Tecmed v. Mexico*¹⁴ and the *Siemens v. Argentina*¹⁵ tribunals are examples to the courts which made a reference to international law during their efforts to give a meaning to "fair" and "equitable". *Vivendi v. Argentina*¹⁶ tribunal

¹¹ *PSEG Global et al. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No.ARB/02/5, Award, 19 January 2007.

¹² *Supra* note 5

¹³ *Id.* at 115

¹⁴ *Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No.ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003. *Id.*

¹⁵ *Siemens A.G. v. Argentina*, ICSID Case No.ARB/02/08, Award, 6 February 2007. *Id.* at 116

¹⁶ *Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No.ARB/97/3, Award, 20 August 2007. *Id.*

even went further and concluded that a reference to international law can only be a starting point, not a limiting component.

4. Conclusion of the Comparison

What is regulated with FET standard is conduct of states, which echoes in international world. In other words, whatever a particular conduct is, that conduct has transnational results. that may affect the order of international business. Every individual on international investment platform has some interest in preserving smooth-running international business. That's why regardless of whether a particular provision references to international law or not, fair and equitable standard is a matter of international law, and thus it is possible to conclude to a worldwide common formula to apply the standard.

III – LEGITIMATE EXPECTATIONS

The reasoning under the creation of investment treaties and BIT's is the need for security and continuity of cross-border investments. Capital exporting states simply want to create new and secure markets for its nationals, while capital importing states want to ensure that their markets attract investors and money flows into their borders. When there is some kind of an agreement between its home state and a host state, an investor simply **expects** that its investments will be **treated** by the host state in accordance with the agreement. Therefore any kind of breach of such agreement, whether its expropriation or discrimination or any obligation else, amounts to a frustration of the expectations of an investor. It also makes it hard to draw a distinction between particular obligations because those obligations simply overlap. For example, when there is an illegal expropriation, it naturally amounts to a highly unfair and inequitable treatment. Because no one can claim that a host state may still be in compliance with FET standard while illegally expropriating an investment. The only way for a host state to treat a particular investor fairly and equitably is to comply with obligations created by its undertakings.

As indicated above, every investor reasonably and legitimately expects that a host state will comply with its undertakings. These undertakings may be express or implied. Simply put, investment treaties, particular contracts between an investor and a host state (if there is one), and any declarations directed to a particular investor constitute express undertakings. Implied undertakings, on the other hand, are derived from the law (statutory and/or case law) of an host state, from findings that an investor concluded at the end of reasonable due-diligence efforts or from acts or statements of a government official which makes an investor to reasonably believe that such acts or statements are indicators of a code of conduct. Wälde's dissenting opinion in *Thunderbird v. Mexico* is helpful in identifying such statements that binds the governments: "*the expectation must also have been "legitimate", i.e. it must have been created by government officials in an official way (i.e. attributable to the government of Mexico), they must have been competent (or at least appeared, credibly, to be competent) for the trust-inspiring action.*"¹⁷

1. Creation of Legitimate Expectations

First contradiction arises when it comes to creation of legitimate expectations. In PSEG arbitration case, the tribunal concluded that legitimate expectations require a promise of administration on which claimants rely to assert a right that needs to be observed.¹⁸ From this statement one may think that the tribunal required an express promise for doing or avoiding from specific type of act, but to the contrary, the tribunal relied on implied undertakings, which is reasonable to expect from a competent authority. First, the tribunal concluded that the investment was not actively requested by the Turkish Government, the investor sought for a chance to make an investment.¹⁹ From the adverse reading, the tribunal suggested that a higher level of

¹⁷ *International Thunderbird Gaming Corporation v. Mexico*, Separate Opinion (dissent in part) by Thomas Wälde, 26 January 2006, para. 21.

¹⁸ *Supra* note 7, para. 241

¹⁹ *id* at para. 243-244

expectation would be created if the government actively requested the investment from that particular investor. Tribunal went further and stated that “*the claimants indeed entitled to expect that negotiations would be handled competently and professionally...*”²⁰ No government would expressly promise to handle negotiations professionally. A government becomes obliged to do it when it signs an investment treaty in order to seek investments generally.

In case of *Plama*, the tribunal also concluded that legitimate expectations would include “*the observations by the host state of such well-established fundamental standards as good faith, due process, and non-discrimination*” as well as specific conditions that were offered by the host state”²¹

In *Saluka v. Czech Republic*, the tribunal also held that in order to create legitimate expectations, there is no need for express undertakings: “*The Tribunal finds that the Claimant’s reasonable expectations to be entitled to protection under the Treaty need not be based on an explicit assurance from the Czech Government. It is sufficient that Nomura (and subsequently Saluka), when making its investment, could reasonably expect that, should serious financial problems arise in the future for all of the Big Four banks equally and in case the Czech Government should consider and provide financial support to overcome these problems, it would do so in a consistent and even-handed way.*”²²

On the other hand tribunal in *ADF v. USA* tribunal concluded that “*Moreover, any expectations that the Investor had with respect to the relevancy or applicability of the case law it cited were not created by any misleading representations made by authorized officials of the U.S. Federal Government but rather, it appears probable, by legal advice received by the Investor from private*

²⁰ id at para. 246

²¹ *Plama Consortium v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No.ARB/03/24, Award, 27 August 2008, para. 176

²² *Saluka BV v. Czech Republic*, UNCITRAL Rules Partial Award Permanent Court of Arbitration, 17 March 2006, para.329, available at <http://www.pca-cpa.org/upload/files/SAL-CZ%20Partial%20Award%20170306.pdf>
YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

U.S. counsel.”²³ While this holding seems to require express representations by a state, modification in or amendments to law would easily be deemed to be a breach of FET standard if such amendment or medication is **shocking or disturbing the sense of justice**.

2. Interactions between Types of Breaches

a. Transparency

An investor pursues due diligence when he intends to invest. According to results, it makes its decisions whether to invest or not, or at least modifies its expectations accordingly. During this period, state officials are obliged to keep relevant record accessible, to handle communications affectively and to correct any possible misunderstandings.

In *Metalclad v. Mexico*, the tribunal held that “*the absence of a clear rule as to the requirement or not of a municipal construction permit, as well as the absence of any established practice or procedure as to the manner of handling applications for a municipal construction permit, amounts to a failure on the part of Mexico to ensure the transparency required by NAFTA.*”²⁴ Later, the tribunal linked the transparency obligations with legitimate expectations of Metalclad: “*Metalclad was entitled to rely on the representations of federal officials and to believe that it was entitled to continue its construction of the landfill. In following the advice of these officials, and filing the municipal permit application on November 15, 1994, Metalclad was merely acting prudently and in the full expectation that the permit would be granted.*”²⁵

Similarly, in compliance with Metalclad tribunal, *PSEG v. Turkey* tribunal concluded that “*the fact that key points of disagreement went unanswered and were not disclosed in a timely*

²³ *ADF Group v. United States of America*, ICSID Case No.ARB(AF)/00/1, 09 January 2003, para. 189

²⁴ *Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No.ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000, para. 88

²⁵ *id* at para. 89

manner, that silence was kept when there was evidence of such persisting and aggravating disagreement, that important communications were never looked at, and that there was a systematic attitude not to address the need to put an end to negotiations that were leading nowhere, are all manifestations of serious administrative negligence and inconsistency. The Claimants were indeed entitled to expect that the negotiations would be handled competently and professionally, as they were on occasion."²⁶

UNCTAD survey provides the following reasoning, supporting the idea that the duty to provide transparency safeguards legitimate expectations of investors: *"the investor will need to ascertain the pertinent rules concerning the state action; the degree of transparency in the regulatory environment will therefore affect the ability of the investor to assess whether or not fair and equitable treatment has been made available.."*²⁷

On the other hand, business risks taken by an investor constitute the other side of the medallion. As long as a host state provides transparency, the risk passes to an investor. It means that an investor is under obligation to perform due diligence, find out any business risks and establish his expectations accordingly. Expectations formed under such scrutiny become **reasonable and legitimate expectations** and that kind of expectations are subject to protection. Tribunals recognized this fact in many cases. In *Thunderbird v. Mexico*, tribunal concluded that based on the legal opinion provided by the Mexican Government, *Thunderbird* cannot create legitimate expectation because representations it made to the officials were inaccurate and incomplete.²⁸ Furthermore, the

²⁶ supra note 7 at para. 246

²⁷ UNCTAD, Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Volume III, UNCTAD/ITE/IIT/11 (1999) at p. 51, in supra note 13, at para.39

²⁸ *International Thunderbird Gaming v. The United Mexican States*, Award, 26 January 2006, para. 152-155 available at:

http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/Controversias/Casos_Mexico/Thunderbird/laudos/award.pdf

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

tribunal underlined the importance of efficient due-diligence performed by Thunderbird: "...it also knew that operators of similar machines (*Guardia*) had encountered legal resistance from *SEGOB*. Hence, *Thunderbird* must be deemed to have been aware of the potential risk of closure of its own gaming facilities and it should have exercised particular caution in pursuing its business venture in Mexico." ²⁹

b. Duty to Provide Stable Legal Environment

Once an investment is made, it is entitled to function under the legal environment of the host state. After this point, the scrutiny observed with regard to legitimate expectations may get loose due to the weight given to the discretion of an investor. As mentioned in the foregoing paragraphs, tribunals reasonably considered that an investor who invested in a particular host state is bearing the risks he found out according to the due diligence pursued by her.

Mainly, the problem arises when a host state changes its laws dramatically. The *PSEG v. Turkey* tribunal called it **the roller coaster effect**: "*the Tribunal also finds that the fair and equitable treatment obligation was seriously breached by what has been described above as the "roller-coaster" effect of the continuing legislative changes. This is particularly the case of the requirements relating, in law or practice, to the continuous change in the conditions governing the corporate status of the Project, and the constant alternation between private law status and administrative concessions that went back and forth.*"³⁰ Tribunal considered this situation as a breach of FET standard since it frustrated the legitimate expectations of *PSEG*, the investor.

But, a tribunal would penalize changes in the law as long as it believes that those changes are material enough to frustrate the reasonable legitimate expectations of an investor. In other words, FET standard does not protect against all changes in the law of a

²⁹ id at para. 164

³⁰ supra note 7 at para. 250

host state: “However, the tribunal believes that the ECT does not protect investors against any and all changes in the host countries’ laws. Under the fair and equitable treatment standard the investor is only protected if (at least) **reasonable and justifiable expectations** were created in that regard. It does not appear that Bulgaria made any promises or other representations to freeze its legislation on environmental law to the Claimant or at all.”³¹

c. Denial of Justice

Tribunals are reluctant when it comes to analyze host state’s juridical system. They want to draw a line between being an appellate court and measuring the compliance of host state’s juridical system with FET standard. That’s why; tribunals apply a higher threshold for the legitimate expectations. For example *Amto v. Ukraine* tribunal held that “the Claimant’s submissions demonstrate **unrealistic expectations** of a simple and rapid result, in a juridical structure where there were many other interests and competing rights to be considered by the Ukraine courts. ... *EYUM-10’s* experience of Ukrainian bankruptcy proceedings may have been a frustrating process but its submissions suggest that **its expectations were unrealistic**, and its evidence fails to prove any legal error, abuse, undue delay or interference in the process by the Ukrainian courts. Accordingly, the allegations of a denial of justice with respect to the bankruptcy proceedings are rejected in their entirety.”³² As it can be understood from this reasoning, threshold for denial of justice is higher, so in order to honor investors’ expectations, tribunals mostly look for a state action which offends international legal commonsense³³.

³¹ supra note 17 at para.219

³² *Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, Arbitration Institute of the SCC, Case No.080/2005, Award, 26 March 2008. para. 84

³³“Manifest injustice in the sense of a lack of due process leading to an outcome which offends a sense of judicial propriety is enough, even if one applies the Interpretation according to its terms.” *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No.ARB(AF)/98/3, Award, June 26, 2003 at para. 132

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

d. Arbitrariness

When a state action is arbitrary, it means that it is “*founded on prejudice or preference rather than a reason or fact.*”³⁴ It usually frustrates legitimate expectations of an investor because it is rather an idiosyncratic discretion, used against the sake of an investment. That’s why a host state that acts arbitrary has to be negligent at least, even if there is not enough evidence to support the existence of bad faith.

An important example to an arbitrary state action is abuse of authority and inconsistent administrative practices was existed in *PSEG v. Turkey*: “*Various examples of the breach of fair and equitable treatment obligation are to be found in the record of this case. ... An abuse of authority by MENR, in particular with respect to the latter’s demands for renegotiation in connection with the Claimants’ application under Law 4501, and the numerous changes in the legislation and inconsistencies in the administration’s practice, in particular with respect to the corporate status of the Project Company and the legal status of the concession.*”³⁵ Similarly in *Metalclad v. Mexico*, the tribunal provided an example for abuse of authority: “*Even if Mexico is correct that a municipal construction permit was required, the evidence also shows that, as to hazardous waste evaluations and assessments, the federal authority’s jurisdiction was controlling and the authority of the municipality only extended to appropriate construction considerations. Consequently, the denial of the permit by the Municipality by reference to environmental impact considerations in the case of what was basically a hazardous waste disposal landfill was improper, as was the municipality’s denial of the permit for any reason other than those related to the physical construction or defects in the site.*”

In compliance with the aforementioned examples, arbitrary state actions are capable of frustrating legitimate expectations of investors without a direct representation from an host state.

³⁴ supra note 1 at p. 42

³⁵ supra note 4, at para. 252

Because basically what an investor has to rely on is his own due diligence and arbitrary actions are usually intentional or negligent practices that cannot be observed by due diligence because of their idiosyncratic character. The Saluka tribunal reached to a similar conclusion: *“Furthermore, whatever the scope of Nomura’s due diligence may have been, it could not possibly lead to a reliable forecast as to which policies future governments would adopt should an aggravation of the bad debt problem occur as it did after Nomura had made its investment. Therefore, the Claimant cannot be said to have assumed the risk of being treated differently when the Czech Government in fact decided to step in with financial assistance.”*³⁶

III- CONCLUSION

The direct link between FET standard and legitimate expectations of an investor makes legitimate expectations something more than a basic kind of a breach. Rather it is placed right at the center of protection. In *Saluka v. Czech Republic*, the tribunal drew that direct link: *“The standard of “fair and equitable treatment” is therefore closely tied to the notion of legitimate expectations which is the dominant element of that standard. By virtue of the “fair and equitable treatment” standard included in Article 3.1 the Czech Republic must therefore be regarded as having assumed an obligation to treat foreign investors so as to avoid the frustration of investors’ legitimate and reasonable expectations.”*³⁷ Accordingly the tribunal, after concluding that legitimate expectations of the investor were frustrated, held that: *“The Czech Republic has furthermore violated its “fair and equitable treatment” obligation by unreasonably frustrating IPB’s and its shareholders’ good faith efforts to resolve the bank’s crisis. ... The Czech Government’s conduct lacked even-handedness, consistency and transparency and the Czech Government has refused adequate communication with IPB and its major*

³⁶ supra note 18 at para. 332

³⁷ id at para. 302

shareholder, Saluka/Nomura. This made it difficult and even impossible for IPB and Saluka/Nomura to identify the Czech Government's position and to accommodate it. The Respondent has not offered a reasonable justification for its treatment of Saluka."³⁸

Although they are not expressly listed in the latter excerpt from the Saluka award, the host state breached at least two types of duties, namely duty to provide transparency and duty to avoid from being arbitrary, however, only one fact made the tribunal to conclude that there was a breach of FET standard, which was the **frustration of legitimate and reasonable expectations of the investor**. This would be true even if there is direct or indirect expropriation or breach of an umbrella clause. Because an investor reasonably believes, at the time of making the investment, by being a party a multinational investment treaty, host state is inviting investors and expropriating the premises after convincing the world to invest in its territory would even amount a fraudulent inducement. Or even legitimate expectations may function as an umbrella clause, because reasonably and legitimately investor believes that host state will honor its obligations under the contract with an investor. This type of expectations would be justified by a general principle of law, which is called **pacta sunt servanda**.

Therefore, frustration of legitimate expectations of investors may provide a better roadmap when it comes to breach of FET standards. The test at hand should have two stages:

(1) Whether an investor has reasonable and legitimate expectations with respect to a particular conduct of host state: On this stage the tribunals should check whether there are any implied or express assurances given the host state. The threshold may change from claim to claim and business risks may be needed to be allocated between investor and host state. But the threshold may never be higher than what an investor can find out by a reasonable due diligence. Because an investor can take the risks as long as those risks are ascertainable.

³⁸ id at para. 499

If the answer to the first stage is affirmative, a tribunal may proceed to the second step:

(2) Whether a particular conduct of the host state frustrated the legitimate expectations of investor: In order to provide an affirmative answer at this stage, tribunals has to find out that the investor was affected by the particular conduct of the host state. It is important because "*the disappointment of legitimate expectations must be sufficiently serious and material.*"³⁹ and simple illegality does not result with violation of FET standard.⁴⁰

BIBLIOGRPHY

Books

Black's Law Dictionary (3th Pocket Ed.2006)

Meg N. Kinnear , Andrea K. Bjorklund , et al Investment Disputes under NAFTA An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11, Last updated: March 2008 Supplement No. 1 (Kluwer Law International, 2006)

R. Doak Bishop , James Crawford , et al, Foreign Investment Disputes: Cases, Materials and Commentary 1011 (Kluwer Law International 2005)

Standards of Investment Protection (August Reinisch ed., Oxford University Press, 2008)

The Energy Charter Treaty: an East-West Gateway for Investment and Trade (Thomas W.Waelde ed., Kluwer Law International 1996)

Cases

-*ADF Group v. United States of America*, ICSID Case No.ARB(AF)/00/1, 09 January 2003

-*Compania de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic*, ICSID Case No.ARB/97/3, Award, 20 August 2007.

³⁹ supra note 13 at para. 14

⁴⁰ see supra note 10 at para. 190

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

-*International Thunderbird Gaming v. The United Mexican States*, Award, 26 January 2006,

-*International Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, Separate Opinion (dissent in part) by Thomas Wälde, 26 January 2006

-*Limited Liability Company Amto v. Ukraine*, Arbitration Institute of the SCC, Case No.080/2005, Award, 26 March 2008

-*Metalclad Corporation v. The United Mexican States*, ICSID Case No.ARB(AF)/97/1, Award, 30 August 2000,

-*Mondev International Limited v. Unites States of America*, (ICSID Case no. ARB(AF)/99/2) Award, 11 October 2002

-*Plama Consortium v. Republic of Bulgaria*, ICSID Case No.ARB/03/24, Award, 27 August 2008

-*PSEG Global et al. v. Republic of Turkey*, ICSID Case No.ARB/02/5, Award, 19 January 2007

-*Saluka BV v. Czech Republic*, UNCITRAL Rules Partial Award Permanent Court of Arbitration, 17 March 2006

-*Siemens A.G. v. Argentina*, ICSID Case No.ARB/02/08, Award, 6 February 2007

-*Tecnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States*, ICSID Case No.ARB(AF)/00/2, Award, 29 May 2003

-*The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America*, ICSID Case No.ARB(AF)/98/3, Award, June 26, 2003

-*USA (L. F. Neer) v. United Mexican States*, decision of the General Claims Commission, United States-Mexico, 15 October 1926, *Opinions of Commissioners, 1927*, p.1, reproduced in the *American Journal of International Law 1927*

Other

-The European Energy Charter Treaty (1994)

-The North American Free Trade Agreement (1994)

- The Treaty Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investments, U.S. – TR, December 3, 1985

-The Vienna Convention on the Law of Treaties (1969)

-UNCTAD, Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, Volume III, UNCTAD/ITE/IIT/11 (1999)

**TÜRK MEDENİ KANUNU'NDA KABUL EDİLEN
YASAL MAL REJİMİNİN YÜRÜRLÜĞÜ**
(*THE TIME OF ENTRY INTO FORCE OF MATRIMONIAL PROPERTY
REGIME DETERMINED UNDER NEW TURKISH CIVIL CODE*)

Araş. Gör. / Res. Asst. Tuğçe TEK BEN*

ÖZET

Bu makalenin konusu, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren Yeni Türk Medeni Kanunu ile aile hukukumuzda reform sayılabilecek köklü değişikliklerden biri olarak, yeni yasal mal rejimi olarak kabul edilen “edinilmiş mallara katılma rejimi”nin zaman açısından yürürlüğüdür. Özellikle, yürürlük tarihinden önce evlenen ya da boşanma veya iptal davası açan eşlerin tabi olacakları rejim, Yürürlük Kanunu maddeleri çerçevesinde, Yargıtay kararlarıyla da örneklendirerek incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Kanunların zaman açısından yürürlüğü, aile hukuku, yasal mal rejimi, mal ayrılığı, edinilmiş mallara katılma rejimi, mal rejimi hükümlerinin geriye yürümesi, boşanma.

ABSTRACT

This essay considers the time of entry into force of system of “joinder in after acquired property” in Turkish family law according to the New Turkish Civil Code, which entered into force on 01.01.2002. This new system is one of the fundamental changes that can be considered as a reform in Turkish family law. Determination of the law applicable to matrimonial property regime for spouses who married or started divorce proceedings or brought an

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
e-posta: tugce.tekben@yeditepe.edu.tr

action to set aside the marriage before the date of entry into force of the New Turkish Civil Code is discussed by using examples from court decisions within the scope of transitory provisions.

Keywords: *Transitory provisions, family law, family property, separation system, joinder in after-acquired property, retroaction, divorce.*

A. Giriş

Bu çalışmada, 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren 4721 Sayılı Yeni Türk Medeni Kanunu (TMK) ile hukukumuzda yasal mal rejimi olarak yerini bulan edinilmiş mallara katılma rejiminin zaman açısından yürürlüğü konusu ele alınmıştır. Çalışmada ilk olarak, kanunların genel olarak yürürlüğü konusu incelenmiş, daha sonra ise zaman açısından yürürlük konusu ile bağlantılı olarak, mal rejimi, yasal ve seçimlik mal rejimleri konularına değinilmiştir. Mal rejiminin tarihsel boyutu ve kanunda düzenlenme şekillerine de yer verilen bu çalışmada eşlerin evlenme, boşanma davası açma, açılan davanın reddedilmesi ve benzeri ihtimallerde tabi olacakları rejim, 4722 Sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama şekli Hakkında Kanunun (TMK Yürürlük Kanunu'nun) ilgili maddeleri çerçevesinde, Yargıtay kararlarıyla da örneklendirerek açıklanmaya çalışılmıştır.

B. Kanunların Genel Anlamda ve Zaman Açısından Yürürlüğü

Bir hukuk kuralının varlık kazanabilmesi için, normatif (biçimsel ve sistematik¹), sosyolojik (toplumsal çerçevede uygulanabilirlik) ve felsefi olarak yürürlüğe girmesinden, dolayısıyla üç aşamalı bir sistemden söz edilmektedir². Kanunların zaman açısından yürürlüğü hususuna gelmeden önce, genel anlamda yürürlük sisteminin üç aşamasından biri olan ve normatif yürürlüğün kapsamında yer alan biçimsel yürürlüğün, kısaca açıklanması gerekmektedir. Esasen biçimsel (şekli) yürürlük ile kastedilen, resmi yürürlük ya da kâğıt üzerindeki yürürlük olup³, yetkili makamlar tarafından kabul edilen hukuk kurallarının, durumun ilgililere ilan edilmesi ile öngörülen zamanda yürürlük kazanmalarındır⁴. Bu hukuk kurallarının yürürlüğü ise, belirli usule göre kaldırılmadıkça ya da kalkmış sayılmadıkça devam eder⁵.

Yazılı hukuk kurallarının, yayımlanma (ilgililere duyurulma) şekli ile ilgili olmak üzere; kanunlar, kanun hükmünde kararnameler ve tüzüklerin Resmi Gazete'de yayımlanmaları mecburi iken; yönetmeliklerin, hangilerinin yayımlanması gerektiği Kanunda gösterilmektedir. Resmi Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmesi zorunlu olan yazılı hukuk kurallarının, ne zaman yürürlüğe gireceği ise, yürürlük maddesinde gösterilir⁶. Eğer gösterilmemişse, *Kanunların ve Nizamnamelerin Sureti ve Neşir ve İlanı ve Meriyet Tarihi*

¹ Sistematik yürürlük, normlar hiyerarşisi sistemine dayanan yürürlük olarak ifade edilmiştir. *Dinçkol*, Abdullah, *Hukuka Giriş, Hukukun Temel Kavramları*, Der Yaynevi, 6.Basım, İstanbul 2009, s.124.

² *Dinçkol*, a.g. e. s.125.

³ *Dinçkol*, a.g. e. s.126.

⁴ *Gözler*, Kemal, *Hukuka Giriş*, 3.Baskı, Ekin Kitabevi Yayınları, Bursa 2006, s.191; *Bilge*, Necip, *Hukuk Başlangıcı Dersleri*, Sevinç Matbaası, Ankara 1975, s. 240; *Keyman*, Selahattin, *Hukuka Giriş*, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005, s.54.

⁵ *Dinçkol*, a.g. e. s.126,127. Ayrıca bkz; *Gözler*, a.g.e. s.193,194; *Bilge*, a. g. e. s. 244,245; *Keyman*, a.g. e. s.55; *Ildr*, Gülgün, *Hukuka Giriş*, Mkm Yayıncılık, 3. Baskı, Bursa 2008, s.130.

⁶ *Dinçkol*, a. g. e. s.126; *Bilge*, a.g. e. s.242; *Gözler*, a. g. e. s.192; *Keyman*, a.g. e. s.54; *Ildr*, a.g. e.s.130.

hakkındaki 28 Mayıs 1928 ve 1322 sayılı Kanunun 3. maddesi uyarınca kanunlar, Resmi Gazete yayımını izleyen günden itibaren 45 gün sonra yürürlüğe girer.

Kanunların zaman açısından yürürlüğü hususu ise, Fransız hukukunda *Droit transitoire*, Alman hukukunda ise *Intertemporales Recht* terimi ile ifade edilmekte olup, intikal (geçiş) devresi hukuku veya çağlararası hukuk diye de isimlendirilmektedir⁷. *Hatemi* tarafından, “bir kanunun veya nizamın yerine yenisi konulduğu vakit eski ve yeni kanunlar ve nizamlar arasındaki irtibat, insicam ve intikal şartlarını tayin etmek üzere konulan kaidelerin hepsidir” şeklinde tanımlanmakta olan intikal devresi hukuku kurallarına, yürürlüklerinin geçiciliği veya bir rejimden başka bir rejime geçişi sağlamaları nedeniyle, *yürürlük ve uygulama kuralları* veya *zaman arası hukuku* isimlerinin verildiği de görülmektedir⁸.

TMK Yürürlük Kanunu m.1’in kenar başlığı da “*geçmişe etkili olmama*” kuralı olup üç fıkradan oluşan madde metni şu şekildedir:

“Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önceki olayların hukuki sonuçlarına, bu olaylar hangi kanun yürürlükte iken gerçekleşmişse kural olarak o kanun hükümleri uygulanır. Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten önce yapılmış olan işlemlerin hukuken bağlayıcı olup olmadıkları ve sonuçları, bu tarihten sonra dahi, yapıldıkları sırada yürürlükte bulunan kanunlara göre belirlenir. Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten sonra gerçekleşen olaylara, Kanunda öngörülmüş ayırık durumlar saklı kalmak kaydıyla, Türk Medeni Kanunu hükümleri uygulanır.”

TMK Yürürlük Kanununun 2. maddesi ise: “Türk Medeni Kanununun kamu düzeni ve genel ahlakı sağlamaya yönelik kuralları, haklarında ayırık bir hüküm bulunmayan bütün olaylara uygulanır. Bu bakımdan eski hukukun Türk Medeni Kanununa göre, kamu düzeni ve genel ahlaka aykırı olan kuralları, bu kanun yürür-

⁷ *Hatemi*, Hüseyin, Geçiş (İntikal) Dönemi Hukuku, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s.1.

⁸ *Hatemi*, a.g. e. s.2.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

lûge girdikten sonra hiçbir suretle uygulanmaz” şeklinde olup, madde “geçmişe etkili olma” başlığını taşımaktadır. *Hatemi*'ye göre; burada asıl ifade edilmek istenen, kanunun geçmişe etkili olması değil, eski Kanun döneminde gerçekleşmiş olaylar ile bu olayların o dönemde oluşan hukuki sonuçlarının, eski Kanuna tabi kalması gerekliliği ve bunların oluşum koşullarının tekrardan ele alınıp da yeni Kanun'un aradığı koşullara aykırı olduğu için *gerçekleşmemiş* ya da *geçersiz* sayılmaması gerektiğidir. Fakat bunların yeni Kanun'un yürürlüğe girmesinden sonra oluşacak sonuçları için yeni Kanunun emredici hükümleri uygulanmalıdır. Yeni Kanunun uygulanması ise, ileriye yönelik olduğundan, burada da tam bir geçmişe etkiden bahsetmek mümkün olmayacaktır⁹.

C. Yasal Mal Rejimi

I- Kavram Olarak Mal Rejimi

Mal rejimi kavramı ile önceden, eşlerin birbirleri ile yaptıkları hukuki işlemler, evlilik birliğinin temsili, birliğin yönetimi, korunması, eşlerin bakım ve giderlere katılması gibi evliliğin genel hükümleri kapsamında malvarlığı hukuku ifade edilmekteydi. Sonraları aile kavramının ve beraberinde aile hukukunun süreç içindeki değişimiyle birlikte, mal rejimi hukuku, evlilik birliğinin eşlerin malvarlıkları üzerindeki etkisini, eşlerin mülkiyet, yönetim, yararlanma ve tasarruf etme yetkilerini, evlilik birliğinin sona ermesi halinde de evlilik süresince biriken değerlerin paylaşımını düzenler hale gelmiştir¹⁰.

⁹ *Hatemi*, a.g. e. s.19,20; *Keyman*, a.g. e. s.57; *Bilge*, a.g. e. s.250. Örneğin, 04.10.1926 tarihinden önce bir erkek, ikinci kez, o dönemdeki evlenme koşullarını da sağlayarak evlenmişse, 04.10.1926 tarihinden sonra bu ikinci evliliğin butlanı davası edilemez. Fakat Eski Kanun döneminde kurulan bu evliliğin sebep olduğu mirasçılık, boşanma, evliliğin genel hükümleri gibi yeni Kanun'un yürürlüğünden sonra oluşacak sonuçlar için Yeni Kanun'un emredici hükümleri uygulama alanı bulacaktır. Örnek için bkz; *Hatemi*, a.g. e.s.19,20. Ayrıca bkz; *Aybay*, Aydın/*Aybay*, Rona, Hukuka Giriş, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3. Baskı, İstanbul 2006, s.328; *Gözler*, a.g. e. s.195.

¹⁰ *Zeytin*, Zafer, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, 2008, s.25.

Mal rejimi doktrinde çeşitli şekillerde tanımlanmıştır. Örneğin, *Gençcan*; “eşlerin evlilik öncesi ve sonrasında edindikleri mallar üzerindeki hak ve yükümlölükleri ile evlilik sona erdiğindeki paylaşıma yönelik kurallar toplamı” olarak adlandırmıřtır¹¹. *Acabey* ise eşler arasında mal rejimini; “malları dolayısıyla eşler arasında ve eşler ile üçüncü kişiler arasında ortaya çıkan ilişkileri düzenleyen hükümlerden oluşan bir sistem” şeklinde tanımlamıřtır¹². *Kılıçoğlu* ise mal rejimini, “eşlerin gerek evlilik süresince, gerekse evlilik son bulduğunda malvarlıkları üzerindeki hak ve yükümlölüklerini tayin eden kurallar topluluğu” şeklinde tanımlamaktadır¹³.

Moroğlu'na göre mal rejimi; “eşlerin evlenmeden önce sahip oldukları ve evlilik süresinde edindikleri (taşınır, taşınmaz ve para gibi) malvarlıklarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde her türlü işlem yapma usullerini belirleyen hukuk kurallarıdır”¹⁴.

Hayran ise mal rejimini; “evlenme ile aile birliği kuran eşlerin, evliliklerinden önce malik oldukları malvarlığı değerleriyle, evlilikleri süresince edindikleri malvarlığı değerlerini idare, istifade ve tasarruf esaslarıyla birlikte evliliğin sona ermesi halinde ne suretle ayrıştırılacağını hüküm altına alan esaslar bütünü” olarak tanımlamıřtır¹⁵.

Sonsuzoğlu'na göre ise mal rejimi;

“Eşlerin evlenmeden önce veya evlenmeden sonra kazançları ile elde ettikleri ya da kendilerine miras veya bağışlama yoluyla geğmiş olan tüm malvarlıklarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde her türlü işlem yapma hakları ile eşlerin her ikisine

¹¹ *Gençcan*, Uğur, Ömer, Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklamalar, İçtihatlar, Cilt II, Yetkin Yayıncılık, 2.Bası, Ankara 2007, s. 1807.

¹² *Acabey*, Beşir, “Medeni Kanun Tasarısının Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Hayri Domaniç'e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt II, İstanbul 2001, s.780.

¹³ *Kılıçoğlu*, Ahmet, Medeni Kanunumuzun Aile, Miras, Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Turhan Kitabevi, 2.Bası, Ankara 2004, s.173.

¹⁴ *Moroğlu*, Nazan, Medeni Kanunda Mal Rejimleri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2002, s.13.

¹⁵ *Hayran*, Burhan, Mal Rejimleri şerhi, Ankara 2004, s. 2.

ait olan mallar dolayısıyla birbirlerine veya üçüncü kişilere karşı sorumluluklarını belirleyen kurallardır”¹⁶.

Akıntürk'e göre ise mal rejimi;

“Eşlerin evlenme sözleşmesinin yapılmasından önce veya yapıldıktan sonra evlilik devam ederken aralarında bir mal rejimi sözleşmesi yapmak ya da evlenme başvurusu sırasında yazılı olarak bildirimde bulunmak suretiyle kanunun öngördüğü başka bir mal rejimi seçmemiş olmaları halinde, mallarının yönetimi bakımından kanundan ötürü tabi olacakları rejimdir”¹⁷.

Doktrinde birçok tanımı yapılmış olan mal rejimini genel olarak, evliliğin devamı ve sona ermesi halinde eşlerin ya kanunen belirlenen ya da belli şartlar altında sözleşmeyle belirlenmek suretiyle, mallarının yönetimiyle ilgili tabi olacakları hak ve yükümlülükleri düzenleyen kurallar bütünü olarak tanımlayabiliriz.

II- Mal Rejiminin Tarihsel Gelişimi ve Kanunda Düzenleme Biçimi

Aile hukukunda evliliğin başlaması, sona ermesi ve eşlerin malvarlığı değerlerine ilişkin düzenlemeler ile birlikte, aile hukukuna özel bir mülkiyet rejimi sistemi yaratılması ihtiyacı, bu çerçevede birtakım hukuksal düzenlemeler yapılması ihtiyacını da beraberinde getirmiştir¹⁸. Esasen mal rejimlerine ilişkin düzenlemeler, eskiden de önemli yer tutmaktaydı. Bu konuda, 19. yüzyılda, Almanya'da iki yüz farklı mal rejimi sisteminin mevcut olması ile Alman Medeni Kanunu'nun eski metninde mal rejimlerine ilişkin iki yüzden fazla maddenin yer alması örnek verilebilir¹⁹.

Karşılaştırmalı hukuk bakımından getirilen düzenlemelere bakılacak olursa; örneğin, Alman Medeni Kanunu'nun kabulüne kadar olan dönemde, Alman şehirlerinde eşler arasında mal ortaklığı rejimi geçerliydi. Fakat bu rejim, kadın aleyhine sakıncalar do-

¹⁶*Sonsuzoğlu*, Elif, *Medeni Kanunda Mal Rejimleri Düzenlemeleri ve Vergi Hukukundaki Etkileri*, Legal Yayınevi, İstanbul 2006, s.7.

¹⁷ *Akıntürk*, Turgut/ *Karaman*, Ateş, Derya, *Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku*, Cilt II, Beta Yayınevi, 13.Bası, İstanbul 2011, s. 144.

¹⁸ *Hayran*, a.g. e. s.2.

¹⁹ *Zeytin*, a.g. e. s.27.

ğurduğu gerekçesiyle yasal mal rejimi olarak kabul edilmemiş, Eşit Haklar Kanunu ile Alman Medeni Kanunu'nun mal rejimlerine ilişkin hükümleri değiştirilmiştir. 01.07.1958 tarihinden itibaren yasal mal rejimi, kazanç ortaklığı; seçimlik rejimler ise mal ayrılığı ve mal ortaklığı olarak kabul edilmiştir. 1965 yılında Fransız Medeni Kanunu'nda yapılan değişikliklerle, eşlere önceden mevcut olmayan mal rejimine ilişkin değişiklik yapma hakkı tanınmış olup, edinilmiş mal ortaklığı rejimi, yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. İtalyan Medeni Kanunu ise, yasal mal rejimi olarak mal ayrılığını; seçimlik rejim olarak ise mal ortaklığını kabul etmişti. Ancak 1975 yılında mal ortaklığı rejimi, yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir. İngiltere'de ise, eşlerin mal rejimi sözleşmesi yapmalarını halinde, yani yasal mal rejimi olarak aralarında mal ayrılığının geçerli olacağı kabul edilmiştir.²⁰

TMK'nın sistematüğını dikkate aldığımızda, malvarlığına ilişkin hükümlerin sadece İkinci Kitap olan Aile Hukuku'nun, Evlilik Hukukuna İlişkin Birinci Kısmı içerisinde bulunan Dördüncü Bölümde, “Eşler Arasındaki Mal Rejimi” başlığı altında yer almadığı; bunun yanı sıra evliliğin genel hükümleri arasında da malvarlığını ilgilendiren birtakım hükümlerin mevcut olduğu belirtilmelidir. Keza evlilik birliğine ilişkin genel hükümlerin kapsamına, eşlerin şahsi ilişkilerinin yanı sıra ekonomik ilişkileri de girmektedir.²¹

²⁰ Zeytin, a.g. e. s. 32-33; Yetik, Nurten, Açıklama ve Yargıtay Kararları ile Boşanma, Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri, Bilge Yayınevi, 3. Bası, Ankara 2008, s. 90; Kılıçoğlu, Ahmet, Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 2002, s.2-8; Sonsuzoğlu, a.g. e. s.11,12. Alman ve Avusturya hukukunda mal rejimleriyle ilgili olarak ayrıca bkz; Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 174-180.

²¹ Örneğin, TMK m.186/III hükmüne göre eşler birliğin giderlerine güçleri oranında emek ve malvarlıkları ile katılırlar. TMK m.195/I hükmüne göre evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi halinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler. TMK m.403/I hükmüne göre ise vasi eş kısıtlı eşin malvarlığı ile ilgili bütün menfaatlerini korumak ve hukuki işlemlerde onu temsil etmekle yükümlüdür. Gençcan, Mal Rejimleri Hukuku, Yetkin Yayınları, Ankara 2010, s. 75. Ceylan, Ebru, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu'nun Mal Rejimleri İle İlgili Getirdiği Yeni Düzenlemeler, Ömer Teoman'a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt II, Beta Yayıncılık, İstanbul 2002, s.1020.

D. Türkiye Uygulamasında Mal Rejimleri

Türk hukukunda mal rejimi sistemleri, gerek 743 sayılı Türk Kanunu Medenisine (TKM), gerekse 4721 sayılı TMK' ya göre ayrı ayrı değerlendirilmelidir. 01.01.2002 tarihinde yürürlüğe giren TMK ile TKM' de değişiklikler yapılmış ve özellikle aile hukukuna ilişkin önemli yenilikler getirilmiştir²². TMK'nın aile hukuku alanında getirdiği yeniliklerle, aile içinde "eşlerin eşitliği" ilkesi hayata geçirilmeye çalışılırken²³; evlilik birliğinin huzurunu, sıhhatini ve ekonomik geleceğini koruma ve sağlama gayesi kapsamında, kanun koyucunun ve hâkimin aileye müdahalesi de etkin bir şekilde düzenleme altına alınmıştır. Devletin, anayasa ve kanunlar çerçevesinde aileyi koruma görevi²⁴ dikkate alındığında, bu düzenlemelerle birlikte, müdahalenin de haklılığı ve yerindeligi kabul edilmektedir²⁵.

²² Şipka, Şükran, "Yeni Aile Hukukumuz ve Aile Mahkemeleri" (www.ailehukuku.org); Yağcıoğlu, Haydar, Ali, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, İzmir 2007, s.17; Ceylan, a.g. m. s.1019-1020; Yetik, a.g. e.s.100

²³ T.C. Anayasası m.41: "Aile, Türk toplumunun temelidir. "şeklinde olup, 03.10.2001 kabul tarihli, 4709 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun m.17 ile değişiklik yapılarak bu fıkra "[...]ve eşler arasında eşitliğe dayanır" ibaresi eklenmiştir. Resmi Gazete: 17.10.2001 - 24556 Mükerrer. (www.resmigazete.gov.tr).

²⁴ T.C. Anayasası, 3. bölümde, "Ailenin Korunması ve Çocuk Hakları" başlığı altında yer alan 41.Madde'nin 2. Fıkrası: "Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar" şeklindedir. 4. Fıkra ise: (Ek fıkra: 12/9/2010-5982/4.md.) "Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır" şeklindedir. Ayrıca 23233 sayılı, 14.01.1998 kabul tarihli ve 17.01.1998 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 4320 Sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun da bu konuya ilişkin düzenlemeler getirmiştir.

²⁵ Şipka, a.g. m. (www.ailehukuku.org).

I- Türk Kanunu Medenisi'nde Mal Rejimleri

Yasal mal rejimi olarak, mal ayrılığını kabul eden TKM, 1926 yılında, yasal mal rejimi olarak mal birliğini kabul eden İsviçre Medeni Kanunu'ndan iktibas edilmiştir. Esasen İsviçre Medeni Kanunu'ndan farklı bir rejim benimsenmesinin nedeni, mal ayrılığı sistemi ile kadınların ekonomik özgürlüklerini daha kolay sağlayabileceği düşüncesinin ve toplumun örf ve adetlerine göre, erkeklerin, eşlerinin parasını kullanmak istememesi yönündeki düşüncelerinin mevcudiyeti olmuştur²⁶.

17.02.1926 tarihinde kabul edilen ve 04.04.1926 tarihinden 31.12.2001 tarihine kadar yürürlükte kalan TKM'de yasal mal rejimi, mal ayrılığı olarak kabul edilmiş; seçimlik rejimler ise mal birliği ile mal ortaklığı rejimi olarak belirlenmişti²⁷.

TKM'de yasal mal rejimini düzenleyen 170. madde: “Karı koca, evlenme mukavelenamesi ile kanunda muayyen diğer usullerden birini kabul etmedikleri takdirde veya kabul edipte kanunda gösterilen sebeplerden birinin hudüsü halinde, aralarında mal ayrılığı cereyan eder” şeklindeydi.

Mal ayrılığı rejiminde her eşin, mülkiyetinde bulunan malları yönetmekte ve yararlanmakta diğerinden bağımsız olması; kadının, malvarlıkları üzerinde, eşlerinin yönetme isteği karşısında korunmasını sağlıyordu. Sistemin bu özelliği, evliliğin son bulması durumunda, malların tasfiyesini diğer mal rejimlerine göre daha basit ve pratik hale getirmekteydi²⁸.

²⁶Şıpka, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Yasalaşma Süreci İle Yürürlüğüne İlişkin Sorunlar”, (<http://www.turkhukuk sitesi.com>) ; Ceylan, a.g. m. s.1025.

²⁷Kılıçoğlu, Yenilikler, s.180; Gençcan, Mal Rejimleri, s.194; Şahin, Emin, Aile Hukuku Davaları, Kartal Yayınevi, Ankara 2004, s. 1388; Zeytin, a.g. e. s.22. TKM'nin uygulandığı dönemde, eşlerin seçimlik mal rejimi olan mal birliğine ve mal ortaklığına yönelik sözleşme yapmalarının örneğine ise hiç rastlanmamıştır. Moroğlu, a.g.e. s.14.

²⁸Şıpka, a.g. m. (<http://www.turkhukuk sitesi.com>).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

II- Mehaz Kanundan İktibas

1. İsviçre Medeni Kanunu (ZGB) Öncesi Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi

ZGB öncesi İsviçre’de, kantonların her birinde ayrı bir yasal mal rejimi uygulanırdı. Yasal mal rejimi olarak, bazı kantonlarda sınırlı mal ortaklığı, bazılarında genel mal ortaklığı, bazı kantonlarda ise edinilmiş mallara ortaklık rejimi yürürlükteydi²⁹.

2. İsviçre Medeni Kanunu Sonrası Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi

1907 tarihli İsviçre Medeni Kanunu, yasal mal rejimi olarak mal birliği rejimini kabul etmiş; mal ayrılığı ve mal ortaklığı ise seçimlik olarak düzenlenmişti. Fakat 05.10.1984’de yapılan ve 01.01.1988 yılında yürürlüğe giren değişikliklerle (Aile Reformu Kanunu), mal birliği Kanundan çıkarılmış ve edinilmiş mallara katılma rejimi, yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir³⁰. Bununla birlikte, mal ayrılığı rejimi ve sınırlı ortaklık ile kazanılmış mallarda ortaklık şeklinde ikili bir ayırım benimsenen mal ortaklığı rejimi, seçimlik olarak düzenlenmiş; cihaz usulü de yürürlükten kaldırılmıştır³¹.

TMK’nın henüz kanun olarak kabul edilmeden önceki döneminde, Komisyonun³² hazırladığı taslakta, İsviçre Hukuku’ndaki

²⁹ Kılıçoğlu, Yenilikler, s.177.(dn.75); Gençcan, Mal Rejimleri, s.193.

³⁰ Kılıçoğlu, Yenilikler, s.178,179; Gençcan, Mal Rejimleri, s.193,194; Ceylan, a.g. m. s.1022; Gümüş, Alper, Mustafa, Teoride ve Uygulamada Evlilik Birliğinin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008, s.251; Moroğlu, a.g. e. s.7; Şıpka, a.g.m. (<http://www.turkhukuksitesi.com>).

³¹ Ceylan, a.g. m. s.1023. Cihaz usulüyle ilgili hüküm olan TKM m.236 ise: “Karı koca evlenme mukavelesiyle cihaz usulünü kabul edebilirler. Bu usul karının kendi mallarının bir kısmını aile masrafına medar olmak üzere kocasına terk etmesinden ibarettir. Cihaz olarak karının kocasına terk ettiği malların mal ortaklığı usulüne göre müşterek mal olacağı veya koca cihazın mülkiyetine dahi müstakil olarak malik bulunacağı evlenme mukavelesinde tasrih edilmiş olmadıkça cihaz ittihaz olunan mallar hakkında, mal birliği usulünde karının şahsi mallarının tabi olduğu hükümler cari olur” şeklindeydi.

³² 21.Dönem, 3.Yasama Yılı, TBMM S.Sayı: 723, Esas Komisyon Raporu. 30.12.1999 tarihli Türk Medeni Kanunu Tasarısı ile Türk Kanunu Medenisinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun Tasarısı ve Aynı Kanunda Değişiklik

edinilmiş mallara katılma rejiminden³³ ilham alınmış ve paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, yasal mal rejimi olarak düzenlenmişti. Edinilmiş mallara katılma rejimine ilişkin ise herhangi bir düzenleme mevcut olmayan taslağa, daha sonra bu rejime ilişkin düzenlemeler eklenmiş ve edinilmiş mallara katılma rejimi, yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir³⁴.

Paylaşmalı mal ayrılığı rejiminde evlilik sonrası edinilen tüm malların değil, sadece ailenin kullanımına özgülenen mallar ve aile için yapılan yatırımların (TMK m.250) paylaşılması söz konusu iken; edinilmiş mallara katılma rejiminde, kural olarak, eşlerin evlilik süresince karşılığını vermek suretiyle sahip oldukları bütün malvarlığı değerlerinin, mal rejiminin sonunda yarı yarıya payla-

Yapılması Hakkında Kanun Teklifleri ve Adalet Komisyonu. (1/611, 1/425, 2/361, 2/680). Bkz;

(<http://www.tbmm.gov.tr/sirasayi/donem21/yil01/ss723m.htm>).

³³ İsviçre hukukunda edinilmiş mallara katılma rejimi, içeriğinde yer alan kavramlar(birlik mallarının edinilmiş mal ve kişisel mal gruplarından oluşması, malların deftere kaydı vb.) açısından olduğu kadar, uygulama şekli bakımından da, önceki rejim olan mal birliği ile benzerlik gösteriyordu. Bu durum, İsviçre için yeni rejimin alt yapısının mevcut olduğu ve uyum sağlamakta güçlük yaşanmayacağı anlamına geliyordu. Buna rağmen, İsviçre’de bu sistemin uygulanmasının basit olmadığı ve uygulamada zorluklar doğuracağı ifade edilmiştir. Edinilmiş mallara katılma rejimi, uzun yıllar mal ayrılığının yürürlükte olduğu Türk hukuku mal rejimi sistemleri bakımından ise, tamamen yeni, hiçbir hazırlığın ve alt yapının bulunmadığı bir rejimdi. Bkz; *Moroğlu*, a.g. e. s.15, 114, 125-127. (19.03.2001 tarihli, TBMM Adalet Komisyonuna gönderilen yazı için ayrıca bkz; *Moroğlu*, a.g. e. s.109-115.). *Şıpka*, a.g. m.

(<http://www.turkhukuksitesi.com>).

³⁴ *Kılıçoğlu*, Yenilikler, s.180-181; *Dural*, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Alper, Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, Cilt III, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005, s.418; *Şıpka*, a.g. m. (<http://www.turkhukuksitesi.com>). Ayrıca bkz; *Gümüş*, a.g. e. s.251; *Ceylan*, a.g. m. s.1023-1025; *Demir*, Özlem, Pınar, Yeni Medeni Kanunda Evli Kadının Hukuki Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004, s.42; *Yetik*, a.g. e. s.95; *Özdamar*, Demet, Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002, s.304; *Sonsuzoğlu*, a.g. e. s.8; *Ceylan*, a.g. m. s.1023; *Hayran*, a.g. e. s. 3; *Moroğlu*, a.g. e.s.15; *Yetik*, a.g. e. s.91; *Gençcan*, Mal Rejimleri, s. 194; *Şimşek*, Mustafa, Aile Mahkemelerinin Görevine Giren Davalar ve Yargılama Usulü, Ankara 2005, s. 101.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

şılması söz konusudur³⁵. *Moroğlu*'na göre, paylaşmalı mal ayrılığı rejimi, sistem olarak edinilmiş mallara katılma rejimine benzemek-
te olup, onun avantajlı yönlerine sahiptir. Ayrıca tasfiye usulü ba-
kımından da, uzun süren nakdi tasfiye değil, daha kısa süren aynı
tasfiye modeline sahip olan bir rejimdir. Ayrıca, edinilmiş mallara
katılma rejiminde, tasfiyeyi düzenleyen onbir adet hüküm mevcut
iken, paylaşmalı mal ayrılığı sisteminde paylaşma daha kısa sürede
ve uzun hesaplamalara girilmeden gerçekleştirilmektedir. Yazar, bu
gerekçelerle, mevcut evlilikler için de evlenme tarihinden başlaya-
rak uygulanabilecek paylaşmalı mal ayrılığı rejiminin, edinilmiş
mallara katılma rejimine tercih edilmesi gerektiği görüşündedir³⁶.

III- Türk Medeni Kanunu'nda Mal Rejimleri

TMK, 01.01.2002 tarihinden itibaren kurulmuş bulunan me-
deni hukuk ilişkilerini düzenlemektedir. Kanun'un dördüncü bölü-
münün birinci ayrımında, 202 ila 217. maddelerinde mal rejimleri-
ne ilişkin genel hükümler yer almaktadır. Yeni düzenlemeye göre,
eşler arasında, edinilmiş mallara katılma rejimi, mal ayrılığı, pay-
laşmalı mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimleri geçerli olabilmekte-
dir³⁷.

Mal ayrılığı rejimi, süreçle birlikte erkeklerle eşit çalışma fir-
satına sahip olmayan kadınların aleyhine işleyen bir rejim haline
gelmiştir. Özellikle yaşantısını ev işlerini tamamlamaya ve çocuk-
ların bakımına adayan ve bir işte çalışmayan kadının, evliliğin sona
ermesi halinde mağduriyeti herkes tarafından kabul edilebilen bir
gerçektir. Bu şekilde esasen eşlerine yardımcı olan ve mal kaza-
nımlarına önemli katkısı ve emeği olan kadınların, bu katkının kar-
şılığı olarak, boşanma durumunda adeta sokakta kalmaları ve sem-
bolik bir nafakaya 'hak kazanmaları', söz konusu rejimin kadını

³⁵ *Acabey*, a.g. m. s.785.

³⁶ *Moroğlu*, a.g. e. s.15, 42, 110,115 ve 131; Aynı görüş için bkz; *Du-
ral/Öğüz/Gümüş*, Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İs-
tanbul 2011, s.233. Paylaşmalı mal ayrılığı rejimiyle edinilmiş mallara katılma
rejimi arasındaki farklar için bkz; *Kılıçoğlu*, Katılma Rejimi, s.83-89.

³⁷ *Zeytin*, a.g. e. s.31; *Hayran*, a.g. e. s.3; *Şimşek*, a.g. e. s.101.

koruyucu yanının zayıfladığını göstermektedir³⁸. Uzun süredir uygulanmakta olan ve mal paylaşımı öngörmeyen mal ayrılığı rejiminin yarattığı haksızlıklar, batıda mal rejimleri konusunda yapılan değişiklikler ve kadınların iş gücü ve emeğinin karşılanması gerektiğine yönelik inanç ve eğilim, bu konunun değerlendirilmesini zorunlu hale getirmiştir³⁹. Bu gerekçelerle, TMK m.202 ile⁴⁰ edinilmiş mallara katılma rejimi, evlilik birliğinde geçerli yasal mal rejimi olarak kabul edilmiştir⁴¹.

Edinilmiş mallara katılma rejimi, sistem olarak, tasfiye aşamasına kadar mal ayrılığı rejimine benzemektedir. Eşlerin her birinin, kendi malı üzerinde yönetme, tasarruf etme ve malından yararlanma yetkisi vardır. Fakat evlilik birliğinin herhangi bir nedenle sona ermesi ya da eşlerin başka bir mal rejimi tercih etmesi durumunda, yasal mal rejimi sona erecek ve tasfiyesi gündeme gelecektir. İşte edinilmiş mallara katılma rejimi, tasfiye aşamasında kendine has bir sisteme sahip olup, (TMK m.225-241) bu noktada mal ayrılığı rejiminden ayrılmaktadır⁴².

O halde, TMK' ya göre mal rejimleri, yasal mal rejimi ve seçimlik mal rejimi olmak üzere iki grupta düzenlenmiştir. Yasal mal rejimi, edinilmiş mallara katılma rejimidir. (TMK m.202.) Seçimlik

³⁸ Bkz; Şıpka, a.g. m. (<http://www.turkhukuksitesi.com>).

³⁹ Yetik, a.g. e.s.92; Moroğlu, a.g. e. s.15,40; Özdamar, a.g. e. s.304; Sonsuzoğlu, a.g. e. s.10.

⁴⁰ TMK m.202 : "Eşler arasındaki edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır. Eşler mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirtilen diğer rejimlerden birini kabul edebilirler."; Gençcan'a göre; "Eşler arasında oluşacak çekişmelerin çözümlenebilmesi amacıyla kanun koyucunun bir kural mal rejimini düzenlemesi zorunludur."Yazar, ayrıca, seçimlik rejimlerin de yasal olduğunu gerekçe göstermek suretiyle, yasal mal rejimi yerine *kural mal rejimi* ifadesini tercih etmektedir. Gençcan, TMK, s.1808.

⁴¹ Dural/Öğüz/Gümüş, s.188 (Aile, 2011); Akıntürk/Karaman, a.g. e. s.144; Şıpka, a.g.m.(www.ailehukuku.org); Sonsuzoğlu, a.g. e. s. 8; Gümüş, a.g. e. s.251; Zeytin, a.g. e. s.22; Sarı, Suat, Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimi Olarak Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Beşir Yayinevi, İstanbul 2007, s.5; Gençcan, Mal Rejimleri, s.194; Şahin, a.g. e. s.1388; Özkan, Hasan,Açıklamalı-İçtihatlı Aile Hukuku Davaları ve Tatbikatı, Legal Yayıncılık,2. Basım, İstanbul 2005,s.1009; Şimşek, a.g.e.s.101.

⁴² Demir, a.g. e. s. 42.

(tercihe bağlı) mal rejimleri⁴³ ise; mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimleridir⁴⁴.

TMK hükümlerine göre, eşlerin bir mal rejimi sözleşmesi yapma mecburiyetleri yoktur⁴⁵. Mal rejimleri konusunda TMK da sınırlı sayı ilkesi geçerlidir. Eşlerin mal rejimi sözleşmesini Kanun'da seçimlik rejim olarak gösterilen rejimler arasından⁴⁶ ve Kanunda yazılı sınırlar içinde⁴⁷ yapmaları zorunludur. Bu nedenle, eşler özel bir mal rejimi sözleşmesi yapamazlar ve karma bir mal

⁴³ *Hatemi*' ye göre, "kadının gerçekten 'korunmuş' sayılabilmesi için mal rejimleri 'seçimlik' olmamalı, kadın eşin erkek eş üzerinde görünen malları Aile Mahkemesi tarafından kadına sağlandıktan sonra, boşanmanın yan sonuçları açısından sadece kadın yararına boşanma tazminatı düzenlenmeli idi." *Hatemi*, a.g. e. s. 40.

⁴⁴ *Kılıçoğlu*, Katılma Rejimi, s.28; *Akıntürk/Karaman*, a.g. e. s.146; *Dural/Öğüz/Gümüş*, s.188 (Aile, 2011); *Acar*, Faruk, Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Seçkin Yayıncılık, 2.Baskı, Ankara, 2010, s.17; *Helvacı*, Serap/ *Erlüle*, Fulya, Medeni Hukuk, Legal Yayıncılık, 2.Bası İstanbul 2011, s.171; *Özdamar*, a.g. e. s.303; *Ceylan*, a.g. m. s.1023; *Ergün*, Zafer, Boşanma Davaları, Adalet Yayınevi, 3. Basım, Ankara 2004, s. 957; *Şahin*, a.g.e, s.1388; *Özuğur*, İhsan, Ali, Mal Rejimleri, Seçkin Yayınevi, 5. Baskı, Ankara 2008, s. 21; *Gençcan*, Mal Rejimleri, s.96; *Hayran*, a.g. e. s.3; *Moroğlu*, a.g. e. s. 17; *Şimşek*, a.g.e. s. 102; *Sonsuzoğlu*, a.g.e. s. 2.

⁴⁵ Eşlerin bir mal rejimi sözleşmesi yapmadıklarında bağlı olacakları rejim de yasal mal rejimi olacaktır. *Kılıçoğlu*, Yenilikler, s.187; *Moroğlu*, a.g. e. s.14; *Helvacı/Erlüle*, a.g. e. s.171; *Şahin*, a.g. e. s.1388; *Özkan*, a.g.e. s.1009; *Demir*, a.g.e. s.41; *Gençcan*, TMK, s. 1808. Nitekim Yargıtay da bir kararında "yasal mal rejimi edinilmiş mallara katılma rejimidir. Davacı akdi mal rejimi sözleşmesi olan paylaşmalı mal ayrılığı rejimini seçtiklerine ilişkin bir belge ve kanıt getirmemiştir. Edinilmiş mallara katılma rejiminde ev eşyalarının mülkiyet hakkını istem hakkı sadece sağ kalan eşe tanınmıştır. Boşanma veya evliliğin iptali halinde bu rejimde herhangi bir düzenleme yapılmamıştır. Bu nedenle aile konutundaki ev eşyalarının kanuna aykırı olarak boşanan eşe ve çocuğa ömür boyu özgülenmesi bozmayı gerektirmiştir" şeklinde bu hususu ifade etmiştir. Yargıtay 2. HD. E.7632, K.8691, T.12.06.2003. Karar için bkz; *Gençcan*, TMK, s.1812; *Hayran*, a.g. e. s.4.

⁴⁶ TMK m. 202/2: "[...] kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini kabul edebilirler [...]" şeklindedir.

⁴⁷ TMK m.203,cümle 2: "Taraflar, istedikleri mal rejimini ancak kanunda yazılı sınırlar içinde seçebilir, kaldırabilir veya değiştirebilirler" şeklindedir.

rejimi de yaratamazlar⁴⁸. TMK m.203 hükmü, eşlere, mal rejimi sözleşmesi yaparak seçimlik mal rejimlerinden birini seçebilmek ve seçilmiş mal rejimini değiştirebilmek imkânını vermektedir. Bu seçim hakkının kullanılması ile yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması da engellenmiş olur⁴⁹.

Mal rejimi sözleşmesi, TMK m.203 hükmü uyarınca, evlenme töreninin yapılması sırasında yazılı olarak bildirilmek suretiyle yapılabileceği gibi, noterde re'sen düzenleme veya düzenlenmiş mal rejimi sözleşmesinin noterde onaylanması şeklinde de yapılabilir. Mal rejimi sözleşmesi yapabilmek için ayırt etme gücüne sahip olmak yeterlidir. Ancak sınırlı ehliyetsizler, sözleşmeyi yapabilmek için yasal temsilcilerinin izin ya da icazetine ihtiyaç duyar⁵⁰.

E. Yasal Mal Rejiminin Yürürlüğü

TKM, 01.01.2002 tarihinde yürürlükten kalkmıştır. Bu Kanunun yerine yürürlüğe giren 4721 Sayılı TMK'nın 202.maddesine göre yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejiminin başlama tarihine ilişkin düzenleme de, 4722 sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkındaki Kanunun (TMK Yürürlük Kanunu'nun) 10. maddesinde yer almaktadır.

⁴⁸Eş deyişle burada tipe bağlılık ilkesi geçerlidir. *Acar*, a.g. e. s.17; *Dural/Öğüz/Gümüş*, a.g. e.s.301; *Sonsuzoğlu*, a.g.e. s.9.Sınırlı sayı ilkesi doktrinde kapalı sayı ilkesi olarak da adlandırılmaktadır. *Gençcan*, Uğur, Ö, 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununa göre Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler ve Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2002, s.51. Ayrıca bkz; T.C. Adalet Bakanlığı, TMK'nın Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, (www.adalet.gov.tr).

⁴⁹ *Sarı*, a.g. e.s.5,6; *Kılıçoğlu*, *Yenilikler*, s. 187; *Moroğlu*, a.g. e.s.14; *Ergün*, a.g. e.s.957; *Yetik*, a.g. e.s.90; *Özuğur*, a.g. e.s.21.

⁵⁰ *Kılıçoğlu*, *Yenilikler*, s.193; *Helvacı/Erlüle*, a.g. e. s. 171; *Acar*, a.g.e.s.25; *Zeytin*, a.g. e, s. 39; *Ergün*, a.g. e. s. 957; *Moroğlu*, a.g. e. s. 17; *Kılıçoğlu*, *Katılma Rejimi*, s.21. TMK m.204: "Mal rejimi sözleşmesi, ancak ayırt etme gücüne sahip olanlar tarafından yapılabilir. Küçükler ile kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızasını almak zorundadırlar." Ayrıca TMK m.16/I, cümle 1: "Ayırt etme gücüne sahip küçükler ve kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızası olmadıkça, kendi işlemleriyle borç altına giremezler" şeklindedir.

I- 01.01.2002 Tarihinden Önceki Evlilikler Açısından Mal Rejiminin Değerlendirilmesi

TMK Yürürlük Kanunu m.10, “mal rejimleri” başlığını taşımakta olup ilk fıkrası; TMK’nın yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında, bu tarihe kadar tabi oldukları mal rejiminin devam edeceğine, eşlerin Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde ise bu tarihten geçerli olmak üzere, yasal mal rejimini seçmiş sayılacaklarına ilişkin bir düzenleme içermektedir.

Eşler, TMK’nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren en geç bir yıl içinde (yani 01.01.2003 tarihine kadar) mal rejimlerinden birini seçmedikleri takdirde, 01.01.2002 tarihine kadar elde edilen malvarlıkları TKM’ye, -yani bu durumda önceden başka bir mal rejimi seçmemişlerse mal ayrılığı rejimine, seçmişler ise sözleşmesel rejimler olan mal birliği veya mal ortaklığına- tabi; 01.01.2002 tarihinden sonra elde edilen malvarlıkları ise, edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olacaktır⁵¹. Mal rejimi hükümlerinin her birinin, kendi yürürlük zamanındaki olaylara uygulanması gereklidir⁵².

Yargıtay, bir kararında: “Davacı, ziynet eşyalarının aynen, bulunmadığı halde bedellerinin kendisine verilmesini istemiştir. Tarafların 14.11.2002’de boşandıkları, kararın 19.11.2003’te kesinleştiği, eşler arasında evlendikleri tarihten, 4721 sayılı Medeni Kanunun yürürlüğe girdiği 1.1.2002 tarihine kadar mal ayrılığı, bu tarihten boşanmalarına kadar da edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulandığı” şeklinde bir sonuca varmıştır⁵³.

⁵¹ Kılıçoğlu, Katılma Rejimi, s.100; Hatemi, a.g. e. s. 41; Acar, a.g. e. s.15; Gümüş, a.g. e. s. 252; s.14; Özdamar, a.g. e. s.294; Sonsuzoğlu, a.g. e. s.8; Ceylan, a.g. m. s.1022; Demir, a.g.e. s.61; Şimşek, a.g. e. s.103; Şahin, a.g.e. s.1390; Özüğür, a.g.e. s.23; Moroğlu, a.g. e. s.53; Gençcan, Katılma Rejimi, s.106,107; Ergün, a.g. e.s.957.

⁵² Gümüş, a.g. e. s.252. Keza Gümüş’e göre; “TMK’nın mal rejimine ilişkin hükümleri incelendiğinde, 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”. Gümüş, Alper, Mustafa, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinden Kaç Tane Katılma Alacağı Doğar?” YÜHFD, Cilt VI/I. 2009, s.112.(dn.30).

⁵³ Yargıtay. 2. HD. E. 2005/1218, K. 2005/4529, T. 23.3.2005. (Kazancı)

Başka bir uyuşmazlıkta ise: ‘‘Taraflar 24.12.1987’de evlenmişlerdir. 27.08.2003’te boşanma davası aılımiş, 30.03.2004’de boşanmişlardır. Davanın konusunu oluşturan taşınmaz 24.07.1998’de alınmiş bu dava ise 30.09.2003’te aılımtır. Davacı taşınmazın alınması sırasında katkıda bulunduğunu ileri surerek 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 hukme bağlamıştır. Yargıtay, mahkemece bu isteğin Medeni Kanununun 202-241 maddeleri çerçevesinde değerlendirilip sonucu uyarınca karar verilmesi gerekirken, yazılı şekilde ret kararı verilmesi usul ve yasaya aykırıdır’’ şeklinde karar vermiřtir⁵⁴.

TMK Yürürlük Kanunu m.10/I’in ikinci cümlesinde geçen ‘‘[...]bu tarihten geçerli olmak üzere[...]’’ifadesindeki ‘tarihten’ anlaşılması gereken, kanunun yürürlüğe girdiği tarihtir. Bu hüküm uyarınca yasal mal rejimi, bir yıl içinde şayet notere gidilmez ve mal rejimi sözleşmesi yapılmaz ise, Kanunun yürürlüğe girdiği tarih olan 01.01.2002’den itibaren başlar. Maddedeki bu bir yıllık

⁵⁴ Yargıtay bu uyuşmazlıkta; ‘‘TMK’nın yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden önce evlenmiş olan eşler arasında bu tarihe kadar tabi oldukları rejim devam eder. Eşler Kanununun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içerisinde başka bir mal rejimi seçemedikleri takdirde bu tarihten geçerli olmak üzere yasal mal rejimi seçilmiş sayılır. (Yürürlük Kanunu. m.10/I) Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır.(TMK. m.202) Boşanma ile mevcut mal rejimi sona erer. (TMK. m.214/II) hükümleri gereğince karar vermiştir.’’ Yargıtay. 2. HD. E.2005/252, K. 2005/3306,T. 07.3.2005.(Kazancı). Doktrinde bu kararla ilgili olarak bir görüş; ‘‘Yargıtay, [...] kararda eşler arasında Emk’nın [Eski Kanun’un] yürürlüğü sırasında mal ayrılığı rejimi geçerli iken yapılan katkılara ilişkin katkı alacağının,1.1.2002 tarihinden sonra devam eden evliliklerde ancak değer artış payı alacağı olarak, edinilmiş mallara katılma rejiminin sona ermesinden sonra istenebileceğini kabul etmiştir. Yargıtay’ın gözden kaçırdığı nokta, eşlerin eMK [Eski Kanun] döneminde yapılan katkıya dayalı tazminatı, mal ayrılığı rejiminin sona ermesi ile doğan bir alacak hakkı olarak ileri srdğdr. 1.1.2002 tarihinden önce kurulan evliliklerde eşler arasındaki yasal mal rejimi olan mal ayrılığı rejimi, 1.1.2002 tarihinde TMK’ nın yürürlüğe girmesiyle sona ermiştir ve sona eren talepler, başka şart aranmaksızın her zaman için ileri sürülebilir. [...]’’ şeklinde dir. *Gümüş*, a.g. m. s.112.(dn.30).

süre içerisinde eşlerden birinin ölmesi durumunda ne olacağı konusunda ise bir açıklık yoktur. Bu noktada bir mal rejimi sözleşmesi yapma imkânı kalmamış olduğu için, 01.01.2002 tarihinden, ölüm tarihine kadar geçen süre zarfında eşler için yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanacağı fikri isabetlidir⁵⁵.

Sonuç olarak; TKM döneminde evlenen eşlerin, iki yönde davranması beklenebilir: Eşler ya belirtilen bir yıllık süre içerisinde seçimlik mal rejimlerinden birisini tercih edebilir ya da TMK Yürürlük Kanunu m.10/III gereğince edinilmiş mallara katılma rejiminin evliliklerinin başından itibaren uygulanmasını kararlaştırabilirler⁵⁶. Eşler arasında bir yıllık süre içerisinde; mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı ve mal ortaklığı rejimlerinden birinin seçilmesine yönelik mal rejimi sözleşmesi yapılmış fakat sözleşmede rejimin başlangıç tarihi belirtilmemiş ise, yeni mal rejimi TMK' nın yürürlüğe girdiği tarih olan 01.01.2002 itibariyle yürürlüğe girer. Fakat eşler, sözleşmenin, sözleşme tarihinden itibaren yürürlüğe girmesini kararlaştırmış iseler, 01.01.2002 tarihinden itibaren aralarında geçerli olan eski mal rejimi sona erer, 01.01.2002 tarihinden başlayarak sözleşme tarihine kadar yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanır ve sözleşme tarihinden başlayarak seçilen rejim uygulanmaya başlar⁵⁷.

II- 01.01.2002 Tarihinden Önce Boşanma veya Evliliğin İptali Davaları Açılmış Olması Halinde Mal Rejiminin Değerlendirilmesi

TMK Yürürlük Kanunu 10/ II' deki düzenleme şu şekildedir; "Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce açılmış olan boşanma veya iptal davaları sonuçlanıncaya kadar eşler arasında tabi oldukları mal rejimi devam eder. Dava boşanma veya iptal kararıyla sonuçlanırsa, bu mal rejiminin sona ermesine ilişkin

⁵⁵ Gençcan, Katılma Rejimi, s. 108.

⁵⁶ Doktrinde, birinci durum için, yasal mal rejimi aleyhine istisna, ikinci durum içinse yasal mal rejimi lehine istisna terimleri kullanıldığı görülmektedir. Kılıçoğlu, Katılma Rejimi, s.100-101; Demir, a.g. e. s.61. Bkz; Aşağıda IV. 'Katılma Rejiminin Geriye Yürütülmesi'.

⁵⁷ Gençcan, Katılma Rejimi, s.107.

hükümler uygulanır. Davanın retle sonuçlanması halinde eşler, kararın kesinleşmesini izleyen bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, Kanunun yürürlük tarihinden geçerli olmak üzere, yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar.”

Anılan düzenleme ile; eşlerin, TMK yürürlüğe girmeden önce açtıkları bir boşanma ya da evliliğin iptali davasının sonuçlanmasına kadar, aralarında geçerli olan rejimin devam edeceği; davanın boşanma ya da iptal ile sonuçlanması halinde, tabi oldukları rejimin sona ermesi nedeniyle o rejime ait hükümlerin uygulama alanı bulacağı; davanın reddedilmesi halinde ise eşlerin bu kararın kesinleşmesini izleyen bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmemeleri durumunda, 01.01.2002 tarihinden itibaren edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olacakları hüküm altına alınmıştır.

1. Davanın Boşanma ile Sonuçlanması Halinde

Eşler arasında 01.01.2002 tarihinden önce açılmış fakat sonuçlanmamış evliliğin iptali veya boşanma davası varsa, bu dava sonuçlanana kadar eşlerin tâbi oldukları mal rejimi, yani başka bir mal rejimi seçmemişlerse TKM'ye göre yasal mal rejimi olan mal ayrılığı rejimi geçerli olur. Mal ayrılığı esasına göre, eşler arasında herhangi bir paylaşım söz konusu olmaz, her eş kendi üzerinde kayıtlı olan malın sahibi olmaya devam eder⁵⁸. Eşler, başka bir mal rejimi seçmişlerse, sözleşmesel mal rejimi olan mal ortaklığı ya da mal birliği rejimi geçerli olmaya devam eder⁵⁹.

Örneğin, eşler arasında 11.11.2001 tarihinde açılan boşanma davası, 11.01.2002 tarihinde kabul edilmiş ve 30.01.2002 tarihinde karar kesinleşmiştir. Söz konusu evlilik, Kanun'un yürürlüğe girdiği 01.01.2002 tarihinden, 30.01.2002 tarihine kadar devam etmiştir. Bu durumda eşler için, TMK'nın getirdiği yasal mal rejiminin uygulanması söz konusu olmaz⁶⁰. Keza, 20 yıllık evli olan eşlerden

⁵⁸ Moroğlu, a.g. e. s.58. Ayrıca bkz; Acar, a.g. e. s.15; Kılıçoğlu, Katılma Rejimi, s.102; Özdamar, a.g. e. s.294; Ceylan, a.g. m. s.1022; Ergün, a.g. e. s.958; Şimşek, a.g. e. s.103; Şahin, a.g. e. s.1390; Özüğür, a.g. e. s.23; Gençcan, Katılma Rejimi, s.109.

⁵⁹ Moroğlu, a.g. e. s.58-59.

⁶⁰ Örnek için bkz; Kılıçoğlu, Katılma Rejimi, s.102.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

birinin, 2001 yılı Aralık ayında açtığı boşanma davasında hâkim, 2002 yılı Mart ayında boşanmaya karar verirse, eşler TKM'deki mal ayrılığı rejimine tâbi olur ve aralarında mal paylaşımı söz konusu olmaz. Her bir eş kendi adına kayıtlı olan malı alır.

Nitekim Yargıtay da bir kararında, taraflar arasında 14.09.2001 tarihinde açılan, 13.06.2002 tarihinde kesin hüküm ile son bulan bir boşanma davasında eşler arasındaki mal rejiminin, mal ayrılığı olduğunu hükme bağlamıştır⁶¹.

2. Boşanma Davasının Reddedilmesi Halinde

Kural olarak, 01.01.2002 tarihinden önce açılan evliliğin iptali veya boşanma davası reddedilmiş, ret kararı da kesinleşmişse, yani evlilik birliği devam ediyorsa, eşler ret kararının kesinleştiği tarihten itibaren bir yıl içinde mal rejimi sözleşmesi yaparak başka bir mal rejimi seçebilirler. Böyle bir seçim yapmazlarsa, 01.01.2002 tarihinden önce edindikleri mallar, mal ayrılığı rejimine; 01.01.2002 tarihinden sonra edindikleri mallar ise edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olur⁶².

Eşler, örneğin, 1985 yılında evlenmişlerse ve aralarında mal ayrılığı rejimi geçerliyse, 01.01.2002 tarihine kadar, kural olarak bu mal rejimine tabi olmaya devam ederler. Eşlerden birinin 2001 yılında açtığı boşanma veya evlenmenin iptali davası, 2003 yılında reddedilirse ve bu karar 2004 yılında (örneğin 05.05.2004 tarihinde) kesinleşirse, bu tarihten 05.05.2005 tarihine kadar, başka bir mal rejimi seçimi yapılmadığı takdirde, eşler 01.01.2002 tarihinden itibaren edinilmiş mallara katılma rejimine tâbi olurlar⁶³. *Kılıçoğlu* ise, TMK Yürürlük Kanunu m.10/II, cümle 3'de yer alan, Kanunun yürürlük tarihinden geçerli olmak üzere, yasal mal rejiminin uygulanacağı yönündeki hükmün, *kararın kesinleşmesinden itibaren*,

⁶¹ Yargıtay 2. HD. E.16426, K.2509, T.21.02. 2005. *Gençcan*, TMK, s.1810.

⁶² *Moroğlu*, a.g. e. s.58; *Ceylan*, a.g. m. s.1022; *Ergün*, a.g. e. s. 958; *Şimşek*, a.g. e. s.103; *Şahin*, a.g. e. s.1390; *Özüğür*, a.g. e. s.23; *Özdamar*, a.g. e. s.294.

⁶³ Örnek için bkz; *Şimşek*, a.g. e. s.104.

eşler arasında yasal mal rejiminin uygulanacağı şeklinde anlaşılması gerektiği görüşündedir⁶⁴.

Eşler, ret kararının kesinleşmesini izleyen bir yıl içinde, mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı ya da mal ortaklığı rejimlerinden birinin seçilmesine ilişkin mal rejimi sözleşmesinde, rejimin başlangıç tarihini belirtmemişse, yeni mal rejimi, aralarında ret kararının kesinleştiği tarihten başlayarak yürürlüğe girer. Fakat sözleşmenin, yapıldığı tarihten itibaren yürürlüğe girmesini kararlaştırmışlarsa, ret kararının kesinleştiği tarihten başlayarak aralarında geçerli olan eski mal rejimi sona erer; ret kararının kesinleştiği tarihten, sözleşme tarihine kadar yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanır. Sözleşme tarihinden başlamak üzere de, seçilen rejim uygulanmaya başlar⁶⁵.

Örneğin, 20 yıldır evli olan eşlerden birinin 05.12.2001'de açtığı boşanma davası, 06.03.2002'de reddedilmişse, eşler bu ret kararının kesinleşmesinden itibaren 1 yıl içinde bir mal rejimi seçimi yapabilirler. Eşler bu şekilde bir mal rejimi seçimi yapmazlarsa, TMK'nın yürürlüğe girdiği tarih olan 01.01.2002'den itibaren, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimini seçmiş sayılırlar⁶⁶.

TMK m.166 hükmü gereği, boşanma davası reddedilmiş ise ret kararının kesinleştiği tarihten itibaren üç yıl geçmesi halinde hâkim, her ne sebeple olursa olsun, eşler arasında ortak hayat yeniden kurulamamışsa, eşlerden birinin talebi ile boşanmaya karar

⁶⁴Yazar, edinilmiş mallara katılma rejiminin eşlerin ortak emekleriyle edinilen mallarda hak sahipliğine dayandığını ve boşanma davasının devam ettiği süre boyunca, eşlerin ayrı yaşamaları nedeniyle bu durumda edindikleri mallarda herhangi bir emeğe de sahip olmadıklarını ileri sürmektedir. Bu çerçevede 01.01.2002'den önce açılan boşanma davasının, reddine ilişkin kararın kesinleşmesine kadarki süre içinde edinilen mallarda ortak emekler ile edinilmiş malların dolayısıyla hak sahipliğinin gündeme gelemeyeceğini ifade etmiştir. Yazar, TMK m.225 de yer alan, mahkemece[...]boşanma sebebiyle sona erdirilmesin[...]karar verilmesi hallerinde mal rejiminin dava tarihinden itibaren sona ereceğini hükmünü de görüşüne dayanak olarak göstermektedir. *Kılıçoğlu, Katılma Rejimi*, s.103.

⁶⁵ *Gençcan, Katılma Rejimi*, s.110.

⁶⁶ Örnek için bkz; *Moroğlu*, a.g. e. s.59.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

vermek zorundadır. Örneğin, boşanma davasına ilişkin ret kararı 15.06.2002 tarihinde kesinleşmişse, eşler, yeniden boşanma davasını 15.06.2005 tarihinde açabileceklerdir. 15.06.2005'e kadar, eşler herhangi bir mal rejimi seçmemişlerse, üç yıl boyunca yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine tâbi olurlar⁶⁷.

III- 01.01.2002 ile 01.01.2003 Tarihleri Arasında Boşanma veya Evliliğin İptali Davalarının Açılmış Olması Halinde Mal Rejiminin Değerlendirilmesi

Kanunun yürürlük tarihi olan 01.01.2002 ile 01.01.2003 tarihi arasında boşanma ya da evliliğin iptali davası açılmış olabilir. Bu davanın davacısı, katılma alacağı⁶⁸ talep edebileceği gibi, böyle bir talepte bulunmayabilir. Davacı taraf, katılma alacağı talep etmemişse, mahkeme sadece açılan boşanma veya evliliğin iptali davasını inceleyip, karar verir. Fakat davacı, açtığı davayla beraber katılma alacağı da talep etmişse, doktrinde ikili bir ayırım yapılmaktadır.

Kılıçoğlu'na göre, davacının katılma alacağı talep etmesi, edinilmiş mallara katılma rejimini seçip, davalı eşle başka bir mal rejimi için sözleşme yapmayacağı yönünde iradesini ortaya koyması anlamına gelmektedir. Yazar, bu birinci ihtimalde, eşlerin, evliliğin sona erdirilmesini de talep etmeleri nedeniyle, tekrar bir araya gelip, başka mal rejimi sözleşmesi yapmalarını beklemenin, hayatın olağan akışına uygun olmadığını, fakat yine de eşlere bir yıllık süre içinde başka bir mal rejimini seçme hakları olduğunun hatırlatılması gerektiğini ifade etmektedir. Bildirim neticesinde, davacının, davalı ile başka mal rejimi sözleşmesi yapmayacağını belirtmesi durumunda ise eşler arasında, 01.01.2002 tarihinden itibaren edinilmiş mallara katılma rejiminin geçerli olacağı kabul edilmektedir⁶⁹. Bu noktada, ikinci ihtimal ise, davacı tarafından, ancak edinilmiş mallara katılma rejiminde söz konusu olan katılma alacağı-

⁶⁷ Örnek için bkz; *Moroğlu*, a.g. e. s.59.

⁶⁸ Katılma alacağı, (TMK m.239/I.) edinilmiş mallara katılma rejiminde, rejimin tasfiyesi sonucunda eşlerin veya mirasçılarının hesaplanan artık değer üzerinden belli oranda sahip oldukları alacak hakkıdır. *Akıntürk/Karaman*, a.g. e. s.172.

⁶⁹ *Kılıçoğlu*, Katılma Rejimi, s.103.

nın talep edilmesine rağmen, bu talebiyle örtüşmeyecek şekilde başka bir mal rejimi sözleşmesi yapacağını da beyan edilmiştir⁷⁰.

Esasen, belirtilen tarihler arasında açılan evliliğin sona erdirilmesine yönelik bir davada, katılma alacağı talep edilmiş ve bu talebe uygun düşmeyecek şekilde başka bir mal rejimi sözleşmesi yapılacağına yönelik bir beyanda bulunulmamışsa; katılma alacağının talep edilmesi, edinilmiş mallara katılma rejiminin benimsendiğine yönelik örtülü bir irade beyanı olarak kabul edilmeli fakat yine de, eşlere seçim haklarının olduğunun mahkemece bildirilip cevap alındıktan sonra, eşlerin Kanunun yürürlük tarihinden itibaren edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olmaları gerektiği kabul edilmelidir. Fakat katılma alacağı talebine rağmen, başka bir rejime yönelik irade beyanında da bulunulmuşsa, bu durumda doktrinde de isabetle belirtildiği üzere; davacıyla, beyanı arasında bir çelişki oluşacağından davanın reddedilmesi gerekmektedir⁷¹.

IV- Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Geriye Yürütülmesi

TMK Yürürlük Kanunu m.10/III hükmü: “Şu kadar ki eşler, yukarıdaki fıkralarda öngörülen bir yıllık süre içinde mal rejimi sözleşmesiyle yasal mal rejiminin evlenme tarihinden geçerli olacağını kabul edebilirler” şeklinde olup eşlere seçim tarihi itibarıyla bir imkân tanımaktadır.

Bu hükme göre eşler, 01.01.2002 tarihi ile 01.01.2003 tarihi arasında bir mal rejimi sözleşmesi yapmışlar ve edinilmiş mallara katılma rejiminin evlenme tarihlerinden itibaren elde edilmiş malvarlıkları için de geçerli olduğunu kabul etmişlerse, eşler arasında evlenme tarihinden itibaren edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olur. Başka bir deyişle, eşler yasal mal rejiminin geçmişe yürütülmesini kabul etmiş sayılırlar. TMK Yürürlük Kanunu m.10/III hükmünün olumsuz anlamından ise, hâlihazırda evli olan eşler için, 01.01.2002 ile 01.01.2003 tarihleri arasında buna yönelik bir söz-

⁷⁰ Kılıçoğlu, Katılma Rejimi, s.104.

⁷¹ Kılıçoğlu, Katılma Rejimi, s.104. Ayrıca mal rejimlerinin yürürlüğü ile ilgili genel tablo için bkz; Kılıçoğlu, Yenilikler, s. 378.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

leşme yapmamışlarsa, edinilmiş mallara katılma rejiminin, evliliklerinin başından itibaren uygulanamayacağı sonucu çıkmaktadır⁷².

Örneğin, 1985 yılında evlenen ve aralarında mal ayrılığı rejimi geçerli olan eşler, 01.01.2002 tarihine kadar kural olarak bu mal rejimine tabi olmaya devam ederler. Eşler, 01.01.2002 tarihinden 01.01.2003 tarihine kadar mal rejimi sözleşmesiyle TMK' daki seçimlik rejimlerden birini seçmedikleri takdirde 01.01.2002 tarihinden itibaren, edinilmiş mallara katılma rejimine tâbi olurlar. Eşler isterlerse, bu bir yıl içinde bir mal rejimi sözleşmesi yapmak suretiyle, evlenme yılı olan 1985'ten itibaren edinilmiş mallara katılma rejimine tâbi olacaklarını da kararlaştırabilirler. Bu bir yıllık süre geçtikten sonra ise, örneğin, 05.01.2003 tarihinden sonra artık evlenme tarihinden başlayacak şekilde mal rejimi sözleşmesi yapamazlar ve süre geçtikten sonra eğer sözleşme yapılırsa, yapılacak sözleşme ancak yapıldığı tarihten itibaren sonuçlarını doğurur⁷³.

Keza, 1985'de evlenen eşler, 2001'de boşanma davası açmış olsalar ve dava, 2003'de ret kararı ile sonuçlansa, bu karar ise 05.05.2004 tarihinde kesinleşmiş olursa, eşlerin, 05.05.2005 tarihine kadar başka bir mal rejimi seçmemeleri, 01.01.2002 tarihinden itibaren edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olmaları sonucunu doğurur. Eşler, 05.05.2004 ile 05.05. 2005 tarihleri arasında, bir mal rejimi sözleşmesi yapmak suretiyle, evlendikleri yıl olan 1985'ten itibaren edinilmiş mallara katılma rejimine tâbi olacaklarını da kararlaştırabilirler. 05.05.2005 tarihinden sonra ise eşler artık evlenme tarihinden itibaren geçerli olacak şekilde sözleşme yapamazlar. Örneğin, 16.05.2005 tarihinde mal rejimi sözleşmesi yaparlarsa, sözleşmenin yapıldığı tarihten itibaren seçilen rejime tâbi olurlar⁷⁴.

⁷² Hatemi, a.g. e. s.41; Kılıçoğlu, Katılma Rejimi, s.100 ;Özdamar, a.g. e. s.295; Demir, a.g. e. s. 61; Şimşek, a.g. e. s.103; Şahin, a.g.e. s.1390; Özüğür, a.g.e. s. 23; Ceylan, a.g.m. s.1051; Moroğlu, a.g.e. s.53; Gençcan, Katılma Rejimi, s. 109.

⁷³ Örnek için bkz; Şimşek, a.g. e. s.104.

⁷⁴ Bkz; Şimşek, a.g. e. s.104.

Esasen, TMK Yürürlük Kanunu m.10/III hükmünde iki önemli husus mevcuttur. Bunlardan ilki doktrinde farklı yorumlamaları olan, Kanundaki bir yıllık sürenin geçirilmesinden sonra da sözleşmenin yapılıp yapılamayacağıdır. Diğer husus ise, evlenme tarihinden başlayacak şekilde geçerli olması kabul edilecek mal rejiminin, sadece edinilmiş mallara katılma rejiminin mi olması gerektiğidir⁷⁵.

TMK Yürürlük Kanunu m.10/III'ün öngördüğü olumsuz çözümden hareket eden doktrindeki hâkim görüş⁷⁶, eşlerin, bir yıllık süre içerisinde, mal rejimi sözleşmesiyle, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejiminin, evlenme tarihinden itibaren geçerli olacağını kararlaştırmamaları durumunda, bu sürenin geçmesinden sonra, bir daha yasal mal rejiminin yürürlük tarihinin, evlenme tarihine kadar çekilmesi hususunda bir anlaşma yapamayacakları yönündedir. Yani evlenme tarihinden itibaren geçerli olacak ve sonuç doğuracak mal rejimi sözleşmesi ancak bu süre geçmedikçe yapılabilecektir. Doktrinde isabetle belirtildiği üzere, Kanun koyucunun mal rejimi sözleşmesi yapmaya ilişkin açık ve net bir yıllık süre sınırlaması mevcut olup, sonradan yapılacak bir sözleşmeyle geçmişe etkinin kabul edilmesi halinde, eşlerle işlem yapan üçüncü kişilerin durumu, işlem güvenliği ilkesi ve yeni rejimin tasfiye zorlukları göz önünde tutulmalıdır⁷⁷.

Kanundaki bir yıllık sürenin geçmesinden sonra, katılma rejiminin geriye yürümesine imkân verecek sözleşmelerin kurulmasının kabul edilmemesine ve bu sebeple, TMK'nın yürürlük tarihinden önce evlenmiş olan eşlerin mal ayrılığı rejimine tabi olmaya devam etmesine yönelik görüşe, kadına yönelik korumanın çerçevesini daraltacağı gerekçesiyle; "Yürürlükteki Kanunda yasal mal rejimi olan mal ayrılığının ülkemizde eşler arasında yol açtığı haksızlıkların, özellikle bu açıdan kadınların yaşadığı mağduriyetin

⁷⁵ Şimşek, a.g. e.s.103.

⁷⁶ Eşler sadece bu halde, mal rejiminin başlangıcını evlendikleri tarihe kadar geriye yürütebilecektir. Bkz; Zeytin, a.g. e. s.37 ve 77; Acar, a.g. e. s.19; Sarı, a.g. e. s.39 ve 40; Şimşek, a.g. e. s.103; Özüğür, a.g. e. s.21; Kılıçoğlu, Katılma Rejimi, s. 96,97.

⁷⁷ Acar, a.g. e. s. 20.(dn.25).

giderilmesi ve evlilik süresince edinilen malların eşit paylaşımının sağlanması amacıyla değişiklik yapılıyor. İşte bu amacın gerçekleşmesi için eşit paylaşımı sağlayan hükümlerin mevcut evlilikleri evlenme tarihinden itibaren kapsamaması gerekir”⁷⁸ denilmek suretiyle karşı çıkılmakta ve bu durumda,yeni yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejimi ile hukukumuzda giren eşler arası eşitliği sağlamaya yönelik hükümlerin, mağduriyetin giderilmesi konusunda beklenen amacı sağlayamamakla beraber bir anlamı da kalmayacağı ifade edilmektedir⁷⁹.

Aynı doğrultuda olmak üzere doktrinde, TMK'nın yürürlüğe girmesinden sonraki dönemde kurulan evlilikler bakımından, eşlerin, yasal mal rejimi dışında seçtikleri rejimin, evliliğin kurulduğu tarihe çekilebilmesi mümkün ise, 10.maddede belirtilen süre geçtikten sonra eşler arasındaki yeni yasal mal rejiminin de, evliliğin kurulduğu veya yeni yasal mal rejiminin yürürlüğe girdiği tarihten daha önceki diğer bir tarihe kadar geçmişe etkili uygulanması yönünde anlaşma yapılmasının mümkün olması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşün gerekçesi,10.maddenin üçüncü fıkrasının amacından hareket edilip şu şekilde açıklanmaktadır:

“[...]Madde 10/III' ün amacı, TMK'nın yürürlüğe girmesinden önceki mal rejimini 'bir menfi çözüm ile' dokunulmaz kılmak değil, eşlere yeni TMK yürürlüğe girerken yeni yasal mal rejiminin geçmişe etkili olarak uygulayabilme olanağının varlığını açıklamaktır. Yürürlük Kanunu m.10/III düzenlemesi bakımından kanunların geriye yürümezliği ilkesi üzerinde, dolayısıyla hükmün emredici niteliği üzerinde dayatmayı gerektiren bir kamusal menfaat de söz konusu değildir.[...]”⁸⁰.

⁷⁸ *Moroğlu*, a.g.e.s.120.

⁷⁹ *Moroğlu*, a.g.e. s.54, 55; *Demir*, a.g.e. s.61; *Şıpka*, Şükran, “Yeni Medeni Kanun’ da Kabul Edilen Yasal Mal Rejiminin Yürürlük Maddesinin Anayasaya Aykırılığı”, İsviçre Medeni ve Borçlar Kanunu’nun Almışının 80.Yılı Sempozyumu, İstanbul Ticaret Odası-Türkiye Araştırmaları Vakfı, İstanbul 2007, s. 67-70. (Yürürlük Kanunu Tasarısı m.10 hakkında İstanbul Barosu Kadın Hakları Komisyonu adına hazırlanan yazı için bkz; *Moroğlu*, a.g. e.s.120-122.)

⁸⁰ *Gümüş*, a.g. e. s.226.

Bu durumda, TMK Yürürlük Kanunu'nda yer alan "[...]bir yıllık süre içinde mal rejimi sözleşmesiyle yasal mal rejiminin evlenme tarihinden geçerli olacağını kabul edebilirler" hükmüne rağmen, eşler arasında sözleşme serbestisi ilkesi gereğince, TMK Yürürlük Kanunu m.10/III' de belirtilen süre geçmiş olsa bile, (01.01.2003 tarihinden sonra) yapılacak bir mal rejimi sözleşmesi ile yeni yasal mal rejimi hükümlerinin (edinilmiş mallara katılma rejiminin), evliliğin kurulduğu tarihten itibaren geçerli olacağına veya yasal mal rejiminin yürürlüğe girdiği tarihten daha önceki bir tarihe kadar geçmişe etkili uygulanabileceğine yönelik mal rejimi sözleşmesine dayanan anlaşmaların geçerli olabileceği ileri sürülmektedir⁸¹.

Esasen İsviçre Medeni Kanunu'nda, 1984 yılında yapılan değişiklik, yasal mal rejiminin, mevcut evlilikleri, evlenme tarihinden itibaren kapsayacağına ilişkindi. Türk hukukunda da, TMK yürürlüğe girmeden önce evlenen kadınların sayıca fazla olduğu düşünülürse, eşleriyle anlaşma yapmak suretiyle paylaşımı sağlayabilen kadınlardan ziyade, anlaşmayı sağlamayan ve mağdur olan kadınların durumunun dikkate alınması gerektiği ve bu nedenle, özellikle anlaşmayı sağlayamayan eşler bakımından Kanun gereği bir çözüm getirilmiş olması gerektiği ifade edilmiştir⁸².

TMK'nın taslak çalışmaları sırasında da, yeni rejimin geçmişe etkili olarak uygulanması gerektiği; yani Kanunun yürürlük tarihinden önceki evlilikleri de evlenme tarihinden itibaren kapsaması gerektiği çözümü benimsenmişti⁸³. Ancak söz konusu 10. madde, "mevcut evlilikler için eşit paylaşımın, yeni kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren geçerli olacağı şeklinde değiştirilerek kabul edilmiştir"⁸⁴.

Hükümetin teklif ettiği metinde, maddenin birinci fıkrası İsviçre düzenlemesine de uygun olarak aynen şöyle idi:

⁸¹ Gümüş, a.g. e. s.226; Ergün, a.g. e. s.958; Dural/Öğüz/Gümüş, a.g. e. s.301.

⁸² Moroğlu, a.g. e. s.120,121; Şıpka, a.g. m. s.70.

⁸³ Moroğlu, a.g. e. s.121; Demir, a.g. e. s.62; Şıpka, a.g. m. s.69.

⁸⁴ Moroğlu, a.g. e. s.120; Demir, a.g. e.s.62; Şıpka, a.g. m. s.69.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

“Türk Medeni Kanunu’nun yürürlüğe girdiği tarihten önce mal rejimi sözleşmesi yapmamış olan eşler, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak 6 ay içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde *evlenme tarihinden geçerli olmak üzere*, yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar”⁸⁵. (Vurgu eklenmiştir).

Bu madde ile getirilen çözümün, geçmişe etkili bir kanun çıkarmak olacağı, geçmişe etkili kanun çıkarılması halinde ise, kanunların geçmişe etkili olmayacağı yönündeki temel hukuk ilkesinin ihlal edilmiş olacağı ifade edilmiştir. Yapılan tartışmalar sonucunda, geçmişe etkili yürürlük hükmü kabul edilmemekle birlikte, TMK’nın yürürlüğe girdiği tarihten itibaren rejime yönelik seçme süresi olan altı ay, bir yıla çıkarılmak suretiyle anılan maddenin birinci fıkrası değiştirilmiştir⁸⁶. Yapılan düzenleme, TMK Yürürlük Kanunu’nun birinci maddesinin kenar başlığı olan “*geçmişe etkili olmama*” kuralına⁸⁷ da uygundur.

Bu noktada, zaman açısından yürürlük; fiilen yürürlük kazanmış kuralların, yürürlükten kalkana veya kaldırılana kadar uygulanmaya devam etmesini ve bu çerçevede, kanunların ancak yürürlüğe girdikten sonraki olay ve ilişkilere uygulanmasını (yürürlük tarihinden önceki olay ve ilişkilere uygulanmamasını) ifade eder. Başka bir deyişle kural, geriye yürümezliktir⁸⁸. Geçmişe etkili olmama kuralının istisnası ise TMK Yürürlük Kanunu m.2 ile getirilmiştir. Hüküm, TMK’nın kamu düzeni ve genel ahlaka ilişkin kurallarının geçmişe etkili olacağını düzenlemektedir⁸⁹.

⁸⁵4722 Sayılı Türk Medeni Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanunun 10. Maddesinin Değiştirilmesi Hakkında Kanun Teklifi, Dönemi ve Yasama Yılı: 21/4, Esas Numarası: 2/857, Tarih: 24/12/2001. Bkz; <http://www2.tbmm.gov.tr/d21/2/2-0857.pdf>.

⁸⁶ Kılıçoğlu, Katılma Rejimi, s. 93-98.

⁸⁷ Bkz; Yukarıda, B. Kanunların Genel Anlamda ve Zaman Açısından Yürürlüğü.

⁸⁸ Dinçkol, a.g. e. s.130; Hatemi, a.g. e. s.18; Akıncı, Şahin, “Yeni Medeni Kanunun Zaman Bakımından Uygulanması ve Bu Alanda Karşılaşılabilecek Bazı Sorunlar”, 18.05.2002 tarihli Türk Medeni Kanunu Sempozyumu, Konya Barosu Tebliği. (www.sahinakinci.com/teblig2.html); Gözler, a.g. e.s.195; Aybay/Aybay, a.g.e.s.327. İldr, a.g. e.s.131; Keyman, a.g. e.s.57.

⁸⁹ Bkz; Yukarıda B. Kanunların Genel Anlamda ve Zaman Açısından Yürürlüğü.

Geçmişe etkili olmanın zorunlu olduğu halleri düzenleyen TMK Yürürlük Kanunu'nun ikinci, üçüncü⁹⁰ ve dördüncü⁹¹ maddelerinin tam olarak mal rejimlerine uygun bulunduğunu ifade eden *Kayar*'a göre;

“Mal rejimlerinin sınırlı sayıda düzenlenmesi ve içeriklerinin sadece kanun tarafından düzenlendiği açıktır. Taraflar karma bir mal rejimi seçemeyeceklerdir. Bu nedenle 4721 sayılı Kanunun mal rejimine ilişkin düzenlemeleri derhal ve geçmişe etkili biçimde uygulanmalıdır”⁹².

Doktrinde bu doğrultuda; kamu düzeninin söz konusu olduğu hallerde, kazanılmış hakkın⁹³ söz konusu olmayacağı ve TMK'nın, TKM döneminde başlayan ve devam etmekte olan hukukî ilişkilere de uygulanacağı ifade edilmek suretiyle, evliliğin, kamu düzenini

⁹⁰ TMK Yürürlük Kanunu m.3 şu şekilde bir düzenleme getirmektedir: “İçerikleri tarafların istek ve iradeleri gözetilmeksizin doğrudan doğruya kanunla belirlenmiş işlem ve ilişkilere, bunlar Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden önce kurulmuş olsalar bile, bu Kanun hükümleri uygulanır.” *Hatemi*'ye göre, söz konusu hüküm, TMK'nın emredici nitelikteki kurallarının, yalnız TMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra kurulan ve gerçekleşen işlem ve ilişkilere ve bunların sonuçlarına uygulanmayıp, TKM döneminde kurulan ve gerçekleşen işlem ve ilişkilerin yürürlükten sonra meydana gelen sonuçlarına da uygulanacağı ifade etmektedir. *Hatemi*, a.g. e. s.23.

⁹¹ TMK Yürürlük Kanunu m.4 hükmü ise: “Eski Hukuk yürürlükte iken gerçekleşmiş olup da Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girdiği sırada henüz herhangi bir hak doğurmamış olaylara, bu Kanun hükümleri uygulanır” şeklindedir. *Hatemi*, söz konusu hükme göre, TKM zamanında gerçekleşen işlemlerin sonuçlarının da TKM zamanında doğmuş olabileceğini, bu durumda kazanılmış hak olgusunun gündeme geleceğini ifade etmiştir. Fakat bu işlemlerin, TMK'nın yürürlüğü sırasında henüz bir hak doğurmayan sonuçlarına, yürürlükten sonra doğmuş olmaları koşuluyla yeni Kanun hükümleri uygulanacaktır. *Hatemi*, a.g. e. s. 24.

⁹² *Kayar*, Yılmaz, H, “4722 Sayılı Kanunun Mal Rejimleri Hakkındaki 10 Md'sinin Anayasaya Ve Uluslararası Sözleşmelere Aykırılığı Sorunu” (<http://www.turkhukuk sitesi.com>).

⁹³ *Hatemi*'ye göre, yeni bir kanun yürürlüğe girdiğinde, yürürlük kurallarında da kişiler arasında ayrımcılık yapılması, eşitlik adaletinin ihlali anlamına gelir. Yürürlük hukuku sorunlarında uyulması gereken adalet ilkesi ise, eşitlik ve hakkaniyet ilkelerini kapsar. Yürürlük hukuku alanında ‘kazanılmış haklar’a uygun davranılması da doğrudan doğruya adalet ilkesinin gereğidir. *Hatemi*, a.g. e. s. 6-7.

yakından ilgilendiren bir kurum olduğu, evliliğin hüküm ve sonuçlarına da bu evlilik, TKM döneminde kurulmuş olsa bile, TMK hükümlerinin uygulanacağı⁹⁴; keza mal rejimleriyle ilgili hükümlerin de kamu düzeniyle ilgili olup, söz konusu hükümlerin evlenme tarihinden, yani kanunun yürürlüğe girdiği tarihten geriye doğru uygulanması gerektiği ileri sürülmüştür⁹⁵.

Kılıçoğlu ise, “eşlerin katılma rejimi yerine, mal ayrılığı rejimine ilişkin sözleşme yapabildiği rejimde, değer artış payına ya da kişisel malların gelirlerine ilişkin olarak Kanunda öngörülen çözüm tarzı yerine çözümler getirebildikleri hükümlerin, kamu düzeniyle ilgili olduğunu ileri sürmenin olanaklı olmadığı” düşüncesinden hareketle kamu düzeninin⁹⁶, mal rejimlerine ilişkin hükümlerin geçmişe uygulanmasının gerekçesi olamayacağını ifade etmektedir⁹⁷.

⁹⁴ *Akıncı*, a.g. m. (www.sahinakinci.com/teblig2.html).

⁹⁵ *Şipka*’ya göre; “Mal rejimi ile ilgili düzenleme aile kurumuna dairdir. Böylece toplumsal kurumlardan en önemlisi olan aile kurumunu derinden etkileyen bu düzenleme, kamu düzeniyle doğrudan ilgilidir. Bu nedenle yeni Medeni Kanun’daki yasal mal rejimi ile ilgili düzenlemenin önceki evliliklere de uygulanması bir zorunluluktur.” Bkz; *Şipka*, a.g. m. (<http://www.turkhukuksitesi.com>). Aynı görüş için bkz; *Kayar*, a.g. m. (<http://www.turkhukuksitesi.com>).

⁹⁶ Kamu düzeni, “taraf iradesinin etkili olmadığı, sözleşme konusu olamayan, Devlet’in re’sen düzenleme yetkisi bulunduğu hak ve yükümlülüklerle ilgili” bir alan olarak tanımlanmakta ve mal rejimleriyle ilgili hükümlerin tarafların serbestçe sözleşme yapabildikleri, söz ve irade sahibi olabildikleri hak ve yükümlülüklerle ilgili olduğu ifade edilmektedir. Bkz; *Kılıçoğlu*, *Katılma Rejimi*, s. 97.

⁹⁷ *Kılıçoğlu*, a.g.e. s. 97, 98. Yazar, yasal mal rejiminin eşlerin evlenme tarihinden itibaren uygulanması hakkındaki öneriye kanunların geriye yürümezliği ilkesine aykırı olduğu savunması ile karşı çıkmasının yanı sıra şu gibi toplumsal gerekçeler de ileri sürmektedir: 01.01.2002 tarihine kadar eşler, yasal mal rejiminin mal ayrılığı olduğunu düşünerek hak ve yükümlülüklerini belirledikleri için, bu kanun yürürlüğe girerek, eşleri birbirlerine hiç düşünmedikleri ve bilmedikleri bir mal rejimi sistemi nedeniyle borçlu hale getirmiş olacak, birtakım haksızlıkları önlemek için getirilen yeni TMK hükümleri, yeni haksızlıklara yol açmış olacaktır. 04.10.1926’dan bu yana eşlerin günün birinde edinilmiş mallara katılma rejiminin yürürlüğe konacağını düşünerek deliller toplayıp, hesaplamalar yapmadıklarını, yıllar öncesine gidilip, katılma alacağı hesaplamalarının yapılmaya çalışılmasının yargının içinden çıkılması zor sorunlarla baş etmek zorunda kalmasına neden olacağını unutulmaması gerekir. Yasal mal rejimi hükümlerinin geçmişe etkili olarak uygulanması durumunda, borçlu durumdaki erkeklerin,

Mal rejimlerine ilişkin yürürlük maddesi, TBMM'de onaylanmadan önce, TMK Yürürlük Kanunu m.10'a ilişkin getirilen bir değişiklik önerisi ise şu şekildedir:

"Türk Medeni Kanunu'nun yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş ve mal rejimi sözleşmesi yapmamış olan eşler, Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten başlayarak bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmedikleri takdirde, *evlenme tarihinden geçerli olmak üzere yasal mal rejimini seçmiş sayılırlar*"⁹⁸. (Vurgu eklenmiştir)

Öneri sahipleri, söz edilen şekilde değişiklik yapılmaması halinde, aile içinde eşlerin eşitliği ilkesinin sadece 2002 tarihinden sonra yapılan evlilikler için geçerli olacağını ve mevcut evliliklere uygulanmaması nedeniyle, Kanunun yürürlüğünden önceki ve sonraki evlilikler için, eşitlik ilkesine aykırılık oluşturacağını ileri sürmektedir⁹⁹.

Aynı zamanda, İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi de yaklaşık on yedi milyon kadını mağdur eden TMK Yürürlük Kanunu'nun 10. maddesinin değiştirilmesi talebiyle hazırlanan dilekçelerin TBMM'ye gönderilmesine ilişkin kampanya başlatmıştır. Bu durumun, sadece kadınlar ve erkekler arasında değil, TKM'ye tâbi olan kadınlar ve TMK'ya tâbi olan kadınlar arasında yeni bir eşitsizlik ve ayrımcılık yarattığını ve Anayasa'nın eşitlik ilkesi ile "*Kadınlara Karşı Her türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi*" nin iç hukuka dâhil olmuş bulunan hükümlerinin, yeni mal

1 yıl içinde mal ayrılığı rejiminin seçilmesini sağlamaya çalışacağı ve bunun gerçekleştirilememesi durumunda, mallarını elden çıkarmak suretiyle muvazaalı işlemler gerçekleştirebileceği, bu durumun da, kanunun amacını zarara uğratacağı ifade edilmelidir. Bkz; *Kılıçoğlu*, Katılma Rejimi, s. 93-98.

⁹⁸ *Moroğlu*, a.g. e. s.118.

⁹⁹ Ayrıca, ülkemizde edinilen malların önemli bir kısmının erkeklerin üzerine kayıtlı olduğu gerçeği karşısında, eşlerin bir yıl içinde seçim yapmamış olmaları halinde, 2002 öncesi için mal ayrılığı rejimine tabi olacak çok sayıda evli kadının geçmişteki emeklerine haksızlık yapılmış olacağı ifade edilmiştir. *Moroğlu*, a.g. e. s.118,119. *Şipka*, a.g. m. s.71; *Acabey*, a.g. m. s.785-786.

rejiminin eşlerin evlenme tarihinden itibaren uygulanmasını gerektirmekte olduğunu belirtmişlerdir¹⁰⁰.

Eklemek gerekir ki, TMK Yürürlük Kanunu'nun 10. maddesinin Anayasaya (2.10. ve 41. maddelere) aykırı olduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi'ne (AYM) de başvurulmuştur¹⁰¹. *Kayar*, ülkemizdeki taşınmazların büyük çoğunluğunun erkeklerin üzerine kayıtlı olduğunun bilindiğini, bu bilginin uluslararası sözleşmelerin eşitlik ruhu ile birlikte değerlendirildiğinde mevcut durumun adaletsizliğinin anlaşılabilirliğini ve Kanunun mevcut şekliyle Anayasanın ikinci maddesinin ihlâli niteliğinde olduğunu ifade etmektedir. Yazar ayrıca, 10. maddenin, Anayasanın 2. maddesinde yer alan Cumhuriyetin niteliklerine aykırı olduğunu, söz konusu Kanunun, mevcut adaletsizliği pekiştirdiğini, adaletsizliğin olduğu bir ortamda ise insan haklarına saygıdan ve sosyal bir hukuk devletinin varlığından söz etmenin mümkün olmadığını belirtmiştir¹⁰².

AYM ise, kanunların ve kanunlarla getirilen kuralların "genel" nitelikli olduğunu, aynı hukuki durumda bulunan kişilere ayırım gözetilmeksizin uygulanabilir olması gerektiğini ifade etmiştir. AYM, itiraza konu kuralla, TMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten önce evlenmiş olan eşler arasında ayırım yapan bir düzenleme getirilmediği, her iki eşe de eşit haklar tanınarak objektif hukuki durumlar yaratıldığı gerekçesiyle 10. maddenin Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiş, bu yöndeki itirazları reddetmiştir.

Anayasaya aykırılık iddiaları yanında, 10. madde ile getirilen düzenlemenin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesine (AİHS) de aykırı olduğu ifade edilmiştir. Bunun gerekçesi olarak ise, AİHS m.14'ün ayrımcılık yasağını düzenlemesi ve burada aynı hukuki durumda bulunan kişilerin, evlenme tarihlerine göre farklı hukuki

¹⁰⁰ İstanbul Barosu Kadın Hakları Uygulama Merkezi "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi Tüm Evliliklere Başından İtibaren Uygulansın" isimli duyuru ve imza kampanyası için bkz; (<http://www.turkhukuk sitesi.com>).

¹⁰¹ Anayasa Mahkemesi Esas ve Karar Sayısı: 2006/37, 2008/141, Tarih: 18.08.2008. Esasen AYM'ne başvuru gerekçelerinde söz edilen kavramların da, "eşitlik", "ayrımcılık yasağı", "kamu yararı", "sosyal hukuk devleti" vb. kavramlar olduğu görülmektedir.

¹⁰² *Kayar*, a.g. m. (<http://www.turkhukuk sitesi.com>).

sonuçlarla karşılaşması gösterilmiştir. Ayrıca “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi” de (kısa adıyla, Cedaw) kadına karşı her türlü ayrımı yasaklamaktadır¹⁰³.

Kılıçoğlu ise, mal rejimleri ile ilgili 10. maddenin evlenme tarihinden itibaren, yani geçmişe etkili olarak uygulanacak şekilde değiştirilecek olması halinde, eşlerin “nasıl olsa evlendiğim tarihten itibaren edinilen mallarda hak sahibi oldum, artık bu evliliği sürdürmem de gerekmez, boşanma davası açıp hakkımı alayım” düşüncesiyle hareket edebileceklerini ve bunun da istenmeyen sonuçlara yol açabileceğini ileri sürmüştür. Bu cümleden olmak üzere, yazar, TMK yürürlüğe girer girmez boşanma davalarında büyük bir patlama olacağını, oysa Kanunun amacının bunun aksine, “evliliklerin daha sağlam ve mutlu temellere dayandırılması” yönünde olduğunu eklemiştir¹⁰⁴.

Esasen TMK Yürürlük Kanunu 10. madde hükmü, taslak aşamasındayken yasal mal rejiminin TMK'nın yürürlüğe girdiği tarihten önceki evliliklere de uygulanması gerekliliği benimsenmiş ve bu gereklilik çerçevesinde bir gerekçe hazırlanmıştı. Maddenin gerekçesinde: “[K]anunun yürürlük tarihinden önce evli olan çiftler için de yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimi uygulanır” denmekte idi¹⁰⁵. Yürürlükte olan madde metni ise son şekli ile, TMK'da benimsenmiş olan yasal mal rejimi yani edinilmiş mallara katılma rejimi; eski evliliklere, eşlerin Kanunun yürürlük tarihinden itibaren bir yıl içinde başka bir mal rejimi seçmemeleri durumunda, bu tarihten itibaren (kanunun yürürlüğe girdiği 01.01.2002'den) ileriye etkili olarak uygulanabilecek olup, mal rejimi de ancak 01.01.2002 tarihinden sonra edinilen mallara yönelik sınırlı bir koruma getirmiş olacaktır¹⁰⁶. Yasal mal rejimi, esasen eşlerin bir sözleşme yapmalarına gerek olmayan, kendiliğinden

¹⁰³Bu konu hakkında açıklamalar için bkz; *Kayar*, a.g. m.

(<http://www.turkhukuk sitesi.com>).

¹⁰⁴ *Kılıçoğlu*, Katılma Rejimi, s.95,96.

¹⁰⁵ *Demir*' e göre, eğer bir değişiklik yapılacaksa; “maddenin gerekçesini değiştirmeden, gerekçeye uygun olarak maddenin içeriğinin değiştirilmesi daha yerinde olacaktır.” *Demir*, a.g. e. s.62.

¹⁰⁶ *Şipka*, a.g. m. s.69; Ayrıca bkz; *Demir*, a.g. e.s.62.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

uygulan bir rejim olmasına rağmen, TMK Yürürlük Kanunu m.10/III hükmü gereği, eşlerin yasal mal rejiminin yürürlük tarihi ile ilgili olarak sözleşme yapmaları da olanaklı hale getirilmiştir¹⁰⁷.

Sonuç olarak; TMK'da kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejiminin, tasfiye aşamasındaki hesaplama zorluklarına, birtakım noksanlıklarına ve değiştirilmesi gerekliliğinden söz edilen hususlarına rağmen, genel anlamda, eşler arasındaki ekonomik adaleti sağladığı ifade edilebilir¹⁰⁸.

V- Mal Birliği ya da Mal Ortaklığının Yasal Mal Rejimine Dönüşmesi

Mal birliği veya mal ortaklığı rejiminin tasfiyesi ile ilgili olan TMK Yürürlük Kanunu'nun 10.maddesinin son fıkrası ise şu şekildedir: "Yukarıdaki hükümler uyarınca mal birliği veya mal ortaklığı rejiminin yasal mal rejimine dönüşmesi halinde, Türk Kanunu Medenisinin ilgili mal rejiminin sona ermesine ilişkin hükümleri uygulanır."

TMK'da mal birliği rejimi mevcut değildir. Eşlerin mal birliği rejiminden, yasal mal rejimine geçmeleri durumunda tasfiye, yürürlükten kaldırılan TKM'nin ilgili hükümlerine göre yapılacaktır. Aynı şekilde, eşlerin mal birliği rejimi yerine, TMK'da yer alan seçimlik rejimlerden birini seçmeleri durumunda, mal birliği rejiminin tasfiyesi, TKM hükümleri çerçevesinde gerçekleşecektir¹⁰⁹. Yani, bu maddeye göre, TKM'ye göre belirlenmiş olan mal birliği veya mal ortaklığı rejimi, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine dönüşürse, TKM'nin mal birliği veya mal ortaklığının sona ermesine ilişkin hükümleri uygulanmalıdır.

TMK Yürürlük Kanunu m.10/I'egöre, 01.01.2002 tarihinden önce yapılan evliliklerde, 01.01.2002 tarihine kadar, TKM'ye göre belirlenmiş olan sözleşmesel mal rejimleri (mal birliği, mal ortaklığı) geçerli ise, eşler de, 01.01.2002 ile 01.01.2003 tarihleri arasında yaptıkları sözleşmede, yeni yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara

¹⁰⁷ Kılıçoğlu, Katılma Rejimi, s.100.

¹⁰⁸ Zeytin, a.g. e. s. 27-29.

¹⁰⁹ Özdamar, a.g. e. s. 295; Kaçak, Nazif, Açıklamalı-İçtihatlı Boşanma, Nafaka, Mal Rejimleri, Velayet, Seçkin Yayınevi, 2. Bası, Ankara 2004, s. 538.

katılma rejiminin evliliğin başından itibaren geçerli olacağını kabul etmemişler, yani geriye yürütmemişlerse ve sözleşmesel mal rejimi (mal ortaklığı ya da mal birliği rejimi) yasal mal rejimine (eskiden mal ayrılığına ancak artık edinilmiş mallara katılma rejimine) dönüşüyorsa, o zaman TKM'nin mal ortaklığı veya mal birliği rejiminin sona ermesine ilişkin hükümleri uygulanır. Aynı şekilde, boşanma veya iptal davasının varlığı durumunda, eşler arasında TKM'ye göre sözleşmesel mal rejimi olan mal ortaklığı veya mal birliği rejimi geçerli ise ve bu rejim yasal mal rejimine dönüşüyorsa, TKM'nin mal birliği veya mal ortaklığı rejiminin sona ermesine yönelik hükümleri uygulanır¹¹⁰.

VI- 01.01.2002 Tarihinden Sonraki Evlilikler Açısından Mal Rejiminin Değerlendirilmesi

01.01.2002 tarihi dâhil olmak üzere, sonraki tarihlerde yapılan evlilikler için eşlerin iki türlü davranması söz konusu olabilir. İlki, henüz nişanlı iken, noterde mal rejimi sözleşmesi yaparak, seçimlik mal rejimlerinden birisini seçmeleridir. İkinci yol ise eşlerin, Evlendirme Memurluğu'na evlenme başvurusunda bulunurken, seçtikleri mal rejimini de yazılı şekilde bildirmeleridir. Eğer Kanun yürürlüğe girdikten sonra evlenen eşler, herhangi bir bildirim veya mal rejimi sözleşmesi yapmamışlarsa, yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olurlar¹¹¹.

Nitekim bir Yargıtay kararında da belirtildiği üzere, 25.06.2003 tarihinde evlenmiş ve mal rejimi sözleşmesi yapmamış eşler arasında yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olacaktır. Bu kararda asıl mesele ise, TMK m.225/II gereğince, mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi halinde mal rejiminin dava tarihinden geçerli olmak üzere sona ermesi ile ilgilidir. TMK m.226/II'ye göre mal rejiminin sona ermesi ve tasfiye halinde her eş, diğer eşte bulunan mallarını geri alır. Daha

¹¹⁰ Özdamar, a.g. e. s. 296; Gençcan, Katılma Rejimi, s.109.

¹¹¹ Moroğlu, a.g. e. s.56; Kılıçoğlu, Katılma Rejimi, s.16-22; Gençcan, Katılma Rejimi, s.111; Hatemi, a.g. e. s.40; Acar, a.g. e. s.16; Ergün, a.g. e. s.958; Şahin, a.g. e. s.1390; Demir, a.g. e. s.110; Sonsuzoğlu, a.g. e. s.8.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

sonra 15.04.2004'de açılan boşanma davası sonucu tarafların boşanmalarına karar verilmiş ve bu karar 19.04.2005'te kesinleşmiştir. Mal rejimi ise Kanunun açık hükmü gereği, boşanma davasının açıldığı 15.04.2004 tarihinde sona ermiştir¹¹².

TMK m.208/I hükmüne göre, eşlerin her zaman, yeni bir mal rejimi sözleşmesiyle önceki veya başka bir mal rejimini kabul etmeleri mümkündür. 01.01.2002 tarihinden sonra evlenen eşler, mal rejimi sözleşmesi yaparak Kanunda gösterilen diğer mal rejimlerinden (mal ayrılığı, paylaşmalı mal ayrılığı, mal ortaklığı) birini seçmişlerse, o rejim, Kanunun yürürlüğe girdiği tarih olan 01.01.2002 tarihinden itibaren değil, sözleşme tarihinden başlayarak uygulanır, önceki rejim de aynı anda sona erer. Eşler, eğer seçimlik rejimden vazgeçmişler, yeni bir mal rejimi de kararlaştırmamışlarsa, bu durumda vazgeçmeye yönelik yaptıkları sözleşme tarihinden başlayarak, yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi, TMK m.202/I gereğince kendiliğinden yürürlüğe girer¹¹³.

VII- Üçüncü Kişilerin Hakları

TMK Yürürlük Kanununun 11. maddesinde yer alan¹¹⁴ ve üçüncü kişilerin haklarına ilişkin olan düzenleme şu şekildedir: "Eşler arasında mal rejimleriyle ilgili değişiklikler sebebiyle, üçüncü kişilerin haklarını korumaya yönelik sorumluluk hükümleri Türk Medeni Kanununun yürürlüğe girmesinden sonraki değişiklikler hakkında da uygulanır."

Eşler arasında mal rejiminde değişiklik meydana geldiğinde, üçüncü kişilerin haklarının zarar görebileceği düşünülmüş ve üçüncü kişilerin korunması hususu hükme bağlanmıştır. Buna göre, eşler

¹¹²Yargıtay. 2. HD. E.12451, K.14803. T.25.10.2005. Karar için bkz; *Uyar, Talih/Uyar, Cüneyt/Uyar, Alper, Gereççeli-İçtihatlı TMK, Cilt I, Adalet Yayınevi, Ankara 2005, s.1304; Gençcan, TMK, s.1811.*

¹¹³ Bkz; *Gençcan, Katılma Rejimi, s.111,112; Kılıçoğlu, Katılma Rejimi, s.34.*

¹¹⁴ 864 Sayılı Kanunu Medeninın Sureti Mer'iyet ve Şekli Hakkında Kanunun, "Üçüncü şahısların hukukunu siyanet" başlığım taşıyan 12. Maddesi şu şekildedir: "Karı koca mallarının idaresinde vukua gelen tadiller hakkında, üçüncü şahısların hukukunu siyanet için tatbik eden hükümler yeni kanunun meriyeti neticesi olarak vukua gelen tadiller hakkında dahi caridir."

arasında TKM döneminde geçerli olan mal rejimi, TMK'nın yürürlüğe girmesini izleyen bir yıl içinde eşlerin seçim hakkını kullanmaları ya da bu haklarını kullanmadıkları için, TMK da öngörülen edinilmiş mallara katılma rejimine tabi olmaları durumunda, üçüncü kişilerin haklarının korunmasıyla ilgili sorumluluk hükümleri, TMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra da uygulanmaya devam edecektir¹¹⁵.

TMK m.224'e göre, eşlerden her biri, evlenmeden önce veya evlenmeden sonra edinilen kendi borçlarından bütün malvarlığı ile sorumludur. Buna göre, kural, her eşin sadece kendi borçlarından sorumlu olmasıdır. Bu kuralın istisnasını ise, TMK m.189/I de yer alan eşlerin, evlilik birliğini temsilen yaptığı borçlardan üçüncü kişilere karşı müteselsilen sorumlu olmaları oluşturmaktadır¹¹⁶. Örneğin, mal ortaklığı ile ilgili TMK m.268, eşlerin üçüncü kişilere karşı ortaklık borçları ve kişisel borçları ile ilgili sorumluluğunu düzenlemektedir. Buna göre eşler, Kanunda dört bent halinde sayılan hallerde¹¹⁷ kişisel malları ve ortaklık mallarıyla sorumludur. Ortaklık borçları dışındaki borçlar ise kişisel borçlardır. Eşler, ortaklık borçları dışındaki bütün borçlardan kendi kişisel mallarıyla ve ortaklık mallarının değerinin yarısı ile sorumlu tutulmaktadır¹¹⁸.

Sorumlulukla ilgili TMK m.213/1: "Mal rejiminin kurulması, değiştirilmesi veya önceki rejimin tasfiyesi, eşlerden birinin veya ortaklığın alacaklılarının, üzerinden haklarını alabilecekleri malları sorumluluk dışı bırakamaz" hükmü, gerekçesinde de belirtildiği gibi esasen alacaklıların haklarını teminat altına alan bir maddedir. Bu madde ile alacaklıların tatminine konu olabilecek malların, mal

¹¹⁵ Kaçak, a.g. e. s.538.

¹¹⁶ Özdamar, a.g. e. s.328; Ceylan, a.g. m. s.1032; Hayran, a.g. e. s.199.

¹¹⁷ 1-Evlilik birliğini temsil veya ortaklık mallarını yönetme yetkisine dayanarak yapılan borçlardan, 2- Ortaklık mallarını veya ortaklık mallarına giren gelirleri kullanarak bir meslek veya sanatın icra edilmesi nedeniyle yapılan borçlardan, 3- Diğer eş için de kişisel sorumluluk doğuran borçlardan, 4-Kişisel mal yanında ortaklık mallarının da sorumlu olacağı hususunda eşlerin üçüncü kişilerle anlaşarak yaptığı borçlardan, eşler kişisel malları ve ortaklık mallarıyla sorumludur.

¹¹⁸ TMK m.269/II gereğince, ortaklığın zenginleşmesinden kaynaklanan istemlerin saklı tutulması, sorumluluğun sınırlarının da genişlemesine neden olur. Ceylan, a.g. m. s.1047; Hayran, a.g. e. s.605.

rejiminde meydana gelen değişiklikler nedeniyle alacaklıların tatminine konu olmaktan çıkarılması önlenmiştir.

Sonuç itibariyle, anılan düzenlemenin amacının, mal rejimi sözleşmesiyle, tasfiyeyle veya mal rejimi dönüşümüyle gerçekleşen mal rejimi değişikliklerinin¹¹⁹, eşlerin alacaklılarının haklarını ihlal etmesinin engellenmesi olduğunu belirtebiliriz¹²⁰. Kanunda yer alan alacaklıların haklarını korumaya yönelik getirilmiş bu ve benzeri hükümler, TMK Yürürlük Kanunu m.11 hükmü uyarınca, Yeni TMK döneminde meydana gelecek değişiklikler hakkında da uygulanacaktır.

F. Sonuç

Yasal mal rejimi olarak TKM döneminde mal ayrılığı geçerli iken, 01.01.2002'de yürürlüğe giren TMK' da, kaynak Kanun olan İsviçre Medeni Kanunu'nun da etkisiyle yasal mal rejimi olarak edinilmiş mallara katılma rejimi kabul edilmiştir. TMK, yürürlüğe girdikten sonra evlenenler, aksine sözleşme yapmadıkları sürece mal ayrılığı rejimine nazaran eşler arası eşitlik ilkesini daha çok gözeten edinilmiş mallara katılma rejimine tâbi olacaklardır. Asıl sorun ve tartışma konusu ise, TMK yürürlüğe girmeden önce evlenmiş olanların durumudur. Zira TMK yürürlüğe girmeden önce evlenmiş olanlar, TMK Yürürlük Kanunu gereğince, yürürlük tarihinden itibaren bir yıl içinde mal rejimi sözleşmesi yapmazlarsa, yürürlük tarihinden itibaren yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimine tâbi olacaklardır. Oysa TMK'nın yürürlüğe girmesinden sonra evlenmiş olanlar bakımından, evliliklerinin başından itibaren edinilmiş mallara katılma rejimi geçerli olacaktır.

¹¹⁹ TMK m.203'e göre taraflar istedikleri mal rejimini ancak kanunda yazılı sınırlar içinde seçebilir, kaldırabilir veya değiştirebilir. TMK m.208'e göre eşler her zaman yeni bir mal rejimi sözleşmesi ile önceki veya başka bir mal rejimini kabul edebileceklerdir. TMK m.209' a göre mal ortaklığını kabul etmiş olan eşlerden birinin iflasına karar verildiği takdirde, ortaklık kendiliğinden mal ayrılığına dönüşür. TMK m.210 ise, mal ortaklığını kabul etmiş eşlerden birine karşı icra takibinde bulunan alacaklı, haczin uygulanmasında zarara uğrarsa, hâkimden mal ayrılığına karar verilmesini isteyebilir demektir. Bu hükümlerin ortak noktası mal rejimi dönüşümünü öngörüyor olmalarıdır.

¹²⁰ Hayran, a.g. e. s.47.

Yeni yasal düzenlemeyle, her Őeyden önce bir işte çalışmayan, emeğiyle evlilik birliğine katkı sağlayan kadının, birliğe sağladığı uzun süreli emeğinin gözetilmesi amaçlanmıŐtır. Kadının boşanma ya da ölüm gibi sebeplerle evliliğinin son bulması halinde mağdur durumda kalması veya Şiddete maruz kalması halinde buna ses çıkaramaması gibi kendisini eŐine ekonomik bakımdan bağlı hissetmesinin yarattığı olumsuz sonuçların önüne geçilmek istenmektedir. Doktrinde, önceki düzenlemenin, eski evliler ile yeni evliler arası eşitsizlik yarattığı belirtilmiştir.¹²¹ EŐitliĐin sağlanması için, eski evlilerin de evliliklerinin başından itibaren edinilmiş mallara katılma rejimine tâbi olmaları istenmektedir. Bu nedenle Kanunda (TMK Yürürlük Kanunu m.10/III) eski evlilerin bu konuda bir sözleşme yapabilmelerine fırsat verilmiştir. Söz konusu düzenleme ise, eşlere rejimin geriye yürütülmesine yönelik sözleşme yapmaları için açık ve net bir yıllık süre sınırı getirmiştir. Türkiye’de mal rejimleri konusunda, TMK’nın yürürlük tarihine kadar mal ayrılığına tâbi olduğu için mağdur olan kadınların, eŐlerini bu konuda sözleşme yapmaya ikna edememeleri de toplumsal bir gerçek olarak görülmektedir. Arzu edilen eŐitliĐin sağlanması için, bunun ihtiyari değil, kanun gereği zorunlu olması gerektiği fikri benimsenebilirse de; bu durumda, malların hangi gruba dâhil olduğunun tespit edilmesi başta olmak üzere, edinilen her mal için belge tutulması gerekliliği, uzun süren tasfiyenin zorluğu ve eşlerle işlem yapan üçüncü kişilerin hakları gibi konuların da göz önünde tutulması gerektiği unutulmamalıdır.

¹²¹ *Zeytin*’e göre; “TMK’ nın getirdiği edinilmiş mallara katılma rejimi eksiklikleri olduğu halde birçok yönüyle tatmin edici bir düzenlemedir. Eski kanun döneminde yasal mal rejimi olan mal ayrılığında evliliğin sona ermesiyle eşlerin paylı mülkiyet konusu malları dışındaki malları üzerinde evlilik birliğinden doğan ayni ya da Şahsi bir hakkı söz konusu değildi. Çünkü bu rejimde karı ve kocanın malvarlığı değerleri birbirlerinden bağımsız olarak varlıklarını sürdürmekteydi. Eski kanuna göre mal ortaklığı ve mal birliği kadın erkek eŐitliĐine aykırı görülmediği gibi mal ayrılığı da eşitliğe aykırı görülüyordu. Fakat yukarıda bahsi geçen nedenlerden dolayı evlilik birliğinin sona ermesi halinde kadının eli boş olarak hayatına devam etmek zorunda kalması haksız bir durum yaratmaktaydı.” *Zeytin*, a.g. e. s. 28.

TMK Yürürlük Kanunu'nun 10.maddesinin son fıkrası ile getirilen düzenlemeye göre ise, TKM'de yer alan mal birliği veya mal ortaklığı rejiminin yasal mal rejimine dönüşmesi halinde, TKM'nin ilgili mal rejiminin sona ermesine ilişkin hükümleri uygulanacaktır. Ayrıca TMK Yürürlük Kanunu'nda eşler arasındaki bu gibi nedenlerle gerçekleşen mal rejimi değişikliklerinden olumsuz etkilenmemeleri için, üçüncü kişilerin haklarını korumaya yönelik bir hüküm de sevk edilmiştir.

KISALTMALAR

- a. g. e. : adı geçen eser
a. g. m. : adı geçen makale
AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
AYM : Anayasa Mahkemesi
Bkz : Bakınız
C. : Cilt
Cedaw : Kadına Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi
Sözleşmesi
dn. : Dipnot
E. : Esas
HD. : Hukuk Dairesi
K. : Karar
m. : Madde
s. : sayfa
TKM : 743 Sayılı Türk Kanunu Medenisi
TMK : 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu
TMK Yürürlük Kanunu: 4722 Sayılı Türk Medeni
Kanununun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkın
da Kanun
T. : Tarih
vb. : ve benzeri
YÜHFD: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
ZGB : Schweizerisches Zivilgesetzbuch
(İsviçre Medeni Kanunu)

KAYNAKÇA**1.Kitaplar ve Süreli Yayınlar**

ACABEY, Beşir: “Medeni Kanun Tasarısının Evlilik Birliğinde Yasal Mal Rejimine İlişkin Hükümlerinin Değerlendirilmesi”, Hayri Domaniç’e 80. Yaş Günü Armağanı, Cilt II, İstanbul 2001.(s.777-798).

ACAR, Faruk: Aile Hukukumuzda Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı, Seçkin Yayıncılık, 2. Baskı, Ankara 2010.

AKINCI, Şahin: “Yeni Medeni Kanunun Zaman Bakımından Uygulanması”, Konya Barosu Tebliği, 18.05.2002 Tarihli Türk Medeni Kanunu Sempozyumu Notları.

(www.sahinakinci.com/teblig2.htm.) (Erişim Tarihi:25.3.2009).

AKINTÜRK, Turgut: Türk Medeni Hukuku, Cilt II, Aile Hukuku, Beta Yayınları,13. Bası, İstanbul 2011.

AYBAY, Aydın/AYBAY, Rona; Hukuka Giriş, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, 3.Baskı, İstanbul 2006.

BİLGE, Necip; Hukuk Başlangıcı Dersleri, Sevinç Matbaası, Ankara 1975.

CEYLAN, Ebru: “4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu’nun Mal Rejimleri ile İlgili Getirdiği Yeni Düzenlemeler”, Ömer Teoman’a 55. Yaş Günü Armağanı, Cilt II, Beta Yayıncılık, İstanbul 2002. (s.1019-1053).

DEMİR, Özlem, Pınar: Yeni Medeni Kanunda Evli Kadınların Hukuki Durumu ile İlgili Yenilik ve Değişiklikler, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.

DİNÇKOL, Abdullah: Hukuka Giriş, Hukukun Temel Kavramları, Der Yayınevi, 6.Bası, İstanbul 2009.

DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ, Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2005.

DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ Tufan/GÜMÜŞ, Alper: Türk Özel Hukuku, Cilt III, Aile Hukuku, Filiz Kitabevi, İstanbul 2011.(Atıf şekli: Aile, 2011).

ERGÜN, Zafer: Boşanma Davaları, Adalet Yayınevi, 3. Basım, Ankara 2004.

GENÇCAN, Uğur, Ömer: 4721 Sayılı Türk Medeni Kanununa göre Mal Rejimine İlişkin Genel Hükümler ve Edinilmiş Mal-

lara Katılma Rejimi, Yetkin Yayınevi, Ankara 2002.(Atıf şekli: Katılma Rejimi).

GENÇCAN, Uğur, Ömer: Mal Rejimleri Hukuku, Yetkin Yayınevi, Ankara 2010.(Atıf şekli: Mal Rejimleri).

GENÇCAN, Uğur, Ö: Türk Medeni Kanunu, Bilimsel Açıklamalar, İçtihatlar, Cilt II, Yetkin Yayınevi, 2. Baskı, Ankara 2007.(Atıf Şekli: TMK).

GÖZLER, Kemal; Hukuka Giriş, Ekin Kitabevi Yayınları, 3.Baskı, Bursa 2006.

GÜMÜŞ, Alper, Mustafa: Teoride ve Uygulamada Evlilik Birliğinin Genel Hükümleri ve Mal Rejimleri, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2008.

GÜMÜŞ, Alper, Mustafa: “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinden Kaç Tane Katılma Alacağı Doğar?”,Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi (YÜHFD), Cilt VI/I. 2009,(s.85-115.)

HATEMİ, Hüseyin: İntikal (Geçiş) Dönemi Hukuku (Zaman Yönünden Yürürlük Hukuku),Vedat Kitapçılık, İstanbul 2004.

HAYRAN, Burhan: Mal Rejimleri Şerhi, Ankara 2004.

HELVACI, Serap/ERLÜLE, Fulya: Medeni Hukuk, Legal Yayıncılık, 2. Bası, İstanbul 2011.

ILDIR, Gülgün; Hukuka Giriş, MKM Yayıncılık,3. Baskı, Bursa 2008.

KAÇAK, Nazif: Açıklamalı-İçtihatlı Boşanma, Nafaka, Mal Rejimleri, Velayet, Seçkin Yayınevi, 2. Bası, Yayın no:14, Ankara 2004.

KAYAR, Yılmaz, Habibe: “4722 Sayılı Kanunun Mal Rejimleri Hakkındaki 10 Md.Sinin Anayasaya Ve Uluslararası Sözleşmelere Aykırılığı Sorunu”, (<http://www.turkhukuksitesi.com>.) (Erişim Tarihi:20.03.2009).

KEYMAN, Selahattin; Hukuka Giriş, 3. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2005.

KILIÇOĞLU, M, Ahmet: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi, Turhan Kitabevi, 2. Bası, Ankara 2002.(Atıf şekli: Katılma Rejimi).

KILIÇOĞLU, M, Ahmet: Medeni Kanun'umuzun Aile, Miras, Eşya Hukukuna Getirdiği Yenilikler, Turhan Kitabevi, 2.Bası, Ankara 2004.(Atıf şekli: Yenilikler).

MOROĞLU, Nazan: Medeni Kanun'da Mal Rejimleri, Beta Yayıncılık, İstanbul 2002.

ÖZDAMAR, Demet: Türk Hukukunda Özellikle Türk Medeni Kanunu Hükümleri Karşısında Kadının Hukuki Durumu, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2002.

ÖZKAN, Hasan: Açıklamalı-İçtihatlı Aile Hukuku Davaları ve Tatbikatı, Legal Yayıncılık, 2. Basım, İstanbul 2005.

ÖZUĞUR, İhsan, Ali: Mal Rejimleri, Seçkin Yayınevi, 5. Bası, Ankara 2008.

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

SONSUZOĞLU, Elif: Medeni Kanunda Mal Rejimleri Düzenlemeleri ve Vergi Hukukundaki Etkileri, Legal Yayınevi, İstanbul 2006.

ŞAHİN, Emin: Aile Hukuku Davaları, Kartal Yayınevi, Ankara 2004.

ŞİPKA, Şükran: "4721 Sayılı Kanun Ne Kadar Yeni? Yeni Medeni Kanun'da Kabul Edilen Yasal Mal Rejiminin Yürürlük Maddesinin Anayasaya Aykırılığı", İsviçre Medeni ve Borçlar Kanunu'nun Alınışının 80. Yılı Sempozyumu, İstanbul Ticaret Odası, İsviçre-Türkiye Araştırmaları Vakfı, Editör: Ali Çivi, Editör Yardımcısı: Denise Unkan, İstanbul 2007.(s.67-73.)

ŞİPKA,Şükran: "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Yasalaşma Süreci İle Yürürlüğüne İlişkin Sorunlar", (<http://www.turkhukuksitesi.com>). (Erişim Tarihi:20.03.2009).

ŞİPKA,Şükran:Yeni Aile Hukukumuz ve Aile Mahkemeleeri, (www.ailehukuku.org). (Erişim Tarihi:26.03.2009.)

ŞİMŞEK, Mustafa: Aile Mahkemelerinin Görevine Giren Davalar ve Yargılama Usulü, Ankara 2005.

UYAR, Talih/UYAR, Alper/UYAR, Cüneyt: Gerekçeli, İçtihatlı Türk Medeni Kanunu, Cilt I, Adalet Yayınevi, Ankara 2005.

YAĞCIOĞLU, Haydar, Ali: Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Eşlerin Yasal Alım Hakkı, Yayın no:26, İzmir 2007.

YETİK, Nurten: Anlaşma ve Yargıtay Kararları ile Boşanma, Anlaşmalı Boşanma ve Mal Rejimleri, Bilge Yayınevi, 3. Bası, Ankara 2008.

ZEYTİN, Zeytin: Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi, Seçkin Yayıncılık, 2.Baskı, Ankara 2008.

2. Yararlanılan Veritabanları ve Diğer İnternet Sayfaları

- <http://www.kazanci.com>

- <http://www.turkhukuksitesi.com> (Erişim Tarihi:

20.03.2009)

- <http://www.ailehukuku.org> (Erişim Tarihi:26.03.2009)

- <http://www.sahinakinci.com> (Erişim Tarihi: 25.03.2009)

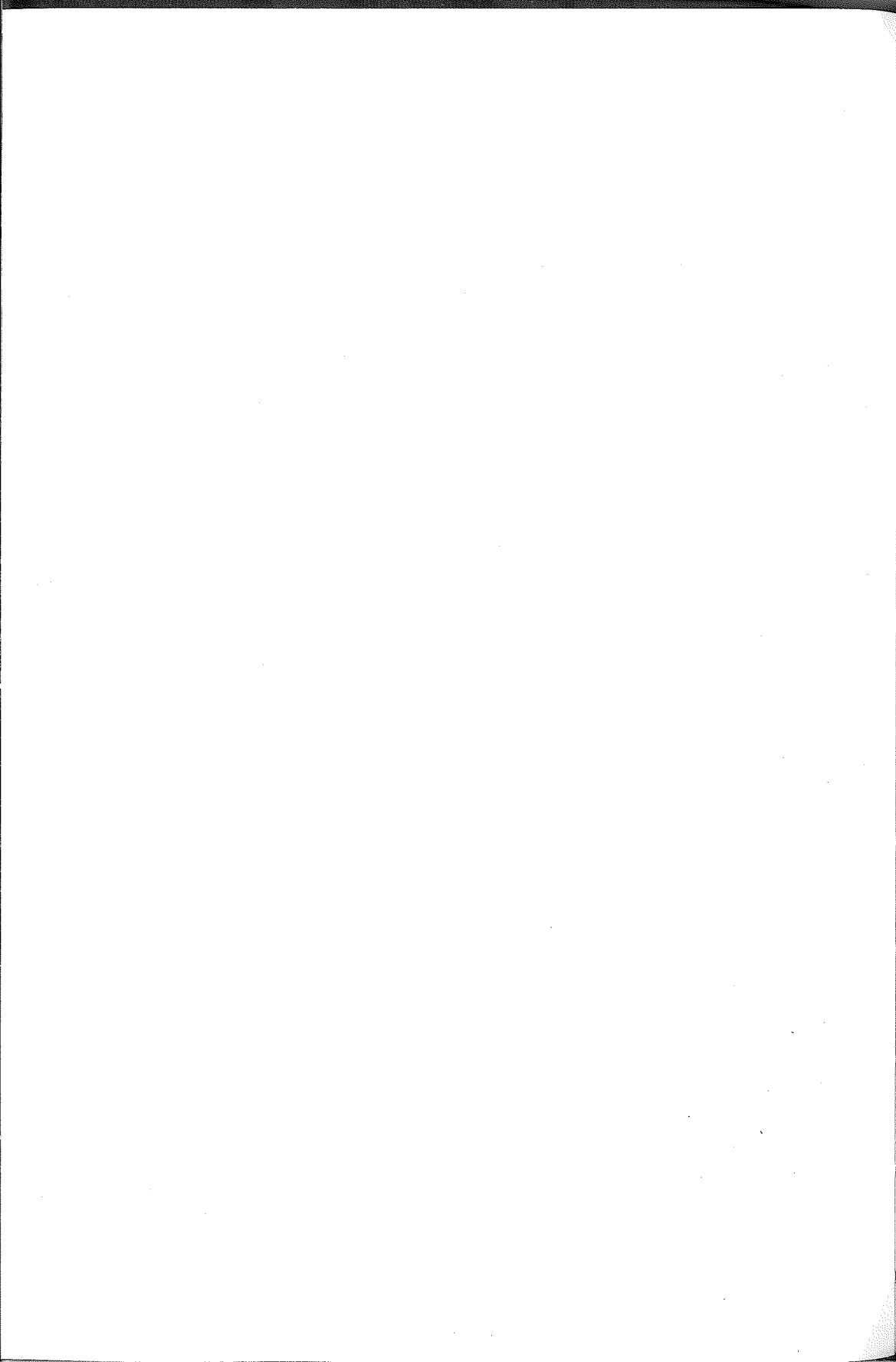
-www.adalet.gov.tr (Türk Medeni Kanun ve Türk Medeni Kanunu'nun Yürürlüğü ve Uygulama Şekli Hakkında Kanun, Ankara 2002)

-<http://www.tbmm.gov.tr/>

<http://www.resmigazete.gov.tr>

“Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Yasalaşma Süreci İle Yürürlüğüne İlişkin Sorunlar” başlıklı makalenin tüm hakları yazarı Doç.Dr. Şükran Şıpka'ya aittir ve makale, yazarı tarafından Türk Hukuk Sitesi (<http://www.turkhukuksitesi.com>) kütüphanesinde yayımlanmıştır.

“4722 Sayılı Kanunun Mal Rejimleri Hakkındaki 10 Md.Sinin Anayasaya Ve Uluslararası Sözleşmelere Aykırılığı Sorunu”, başlıklı makalenin tüm hakları yazarı Av. Habibe Yılmaz Kayar'a aittir ve makale, yazarı tarafından Türk Hukuk Sitesi (<http://www.turkhukuksitesi.com>) kütüphanesinde yayımlanmıştır.



İŞ KAZASINDAN DOĞAN MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT DAVALARI

(PECUNIARY DAMAGES AND DAMAGES FOR PAIN AND SUFFERING
RESULTING FROM AN INDUSTRIAL ACCIDENT)

Araş. Gör. / Res. Asst. İpek KOCAGİL*

ÖZET

Bu makalede, işverenlerin iş kazalarından doğan yasal sorumluluğu değerlendirilmektedir. Çalışmanın amacı, Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nda tanımlanan iş kazalarından, işverenin sorumlu tutulduğu durumları incelemektir. Ayrıca işverenin iş kazasından doğan sorumluluğu, maddi ve manevi tazminat davaları genel hatları ile incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: İş kazası, iş kazasından doğan maddi tazminat davaları, iş kazasından doğan destekten yoksun kalma tazminatı, iş kazasından doğan manevi tazminat davaları, tazminat davalarında yargılama usulü.

ABSTRACT

This essay concerns legal liability of employers from the industrial accident. In the Social Insurance and Universal Health Insurance Law, industrial accident is defined. This study aims to define the industrial accident, for which employers can be held liable. After a discussion on pecuniary damages; damages for pain and suffering are considered.

Keywords: Industrial accident, pecuniary compensation, damages for pain and suffering, proceedings of civil suit for damages.

A. İŞ KAZASI

I. Tanımı

5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu'nun 13. maddesinde iş kazası ile ilgili düzenlemeye yer verilmiştir. Madde metnine baktığımızda, 506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'nun 11. maddesinde olduğu gibi, iş kazasının tanımına yer verilmemiş, hangi hal ve durumlarda meydana gelen kazanın iş kazası sayılacağı düzenlemiştir. Kanun'daki düzenlemeye göre iş kazası sadece iş sözleşmesiyle çalışanları (4/I, a) değil aynı zamanda bağımsız çalışanları (4/I, b) da hükmün kapsamına almıştır. Ancak esas itibariyle yapılan düzenleme iş sözleşmesine tabi çalışanları kapsamaktadır, bağımsız çalışanlar ancak yürüttükleri iş nedeniyle bir kazaya uğramaları halinde bu kaza iş kazası sayılabilecektir. Kamu görevlileri ise (4/I, c) 5510 sayılı yasanın kısa vadeli sigorta kolları bakımından kapsam dışı bırakılmışlardır.¹

İş Kanunu'nun 13. maddesine göre;

“iş kazası;

- a) Sigortalının işyerinde bulunduğu sırada,
- b) İşveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle sigortalı kendi adına ve hesabına bağımsız çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle,
- c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, görevli olarak işyeri dışında başka bir yere gönderilmesi nedeniyle asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda,
- d) Bu Kanun'un 4. maddesinin 1. fıkrasında (a) bendi kapsamındaki emziren kadın sigortalının, iş mevzuatı gereğince çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanda,

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, İş ve Sosyal Güvenlik Hukuku Ana Bilim Dalı, e-posta: ipek.kocagil@yeditepe.edu.tr

¹ Güzel, Ali/Okur, Ali Rıza/Caniklioğlu, Nursen, Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. Bası, 2010, İstanbul, 325-326; Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer, Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2. Bası, 2009, İstanbul, 263; Güneren, Ali, İş Kazası veya Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları, 2010, Ankara, 342.

e) *Sigortalıların, işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında, meydana gelen ve sigortalıyı hemen veya sonradan bedenen ya da ruhen özüre uğratan olaydır.*"

Borçlar Kanunu kapsamında tanımlanan kazaya nazaran 5510 sayılı Kanun işçiyi zarara uğratan kazanın maddede sayılan hallerden birinde meydana gelmesi halinde kazayı iş kazası olarak kabul etmektedir.²

II. İş Kazasının Unsurları

Kanun'un 13. maddesindeki düzenlemeye bakıldığında, iş kazasının unsurları olarak şunlara yer verildiğini görmekteyiz;

1. Kazaya uğrayanın 5510 sayılı Kanun kapsamında bir sigortalı olması

Kanun'un 4. maddesinde tüm sigorta kolları açısından sigortalı sayılanlar düzenlenmiştir. Kanun'un 5. maddesinde ise bazı sigorta dalları bakımından sigortalı sayılanlar düzenlenmiştir. İş kazasının gerçekleşmesi için kazaya uğrayanın madde 4 ya da madde 5'te iş kazası ve meslek hastalığı sigortası bakımından sigortalı sayılan kişilerden biri olmalıdır³.

Kanun'un 3. maddesinde yapılan tanımlarda "*sigortalı, kısa veya uzun vadeli sigorta kolları açısından adına prim ödenmesi gereken veya kendi adına prim ödemesi gereken kişiyi ifade eder.*" Buna göre, iş ilişkisinin başlamasıyla beraber, zorunlu sigortalılık da başladığından sigortalının Kurum'a bildirilmemiş olması olayın iş kazası olmasını engellemez (İş K. m. 92). Kanun'daki düzenleme iş kazasının meydana gelmesinde herhangi bir süre sigortalı bulunmayı veya herhangi bir süre prim ödenmesi koşullarını aramaktadır.⁴

² Akin, Levent, İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, 2001, Ankara, 24.

³ Tuncay/Ekmekçi, 264.

⁴ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 328; Tuncay/Ekmekçi, 264.

2. Sigortalının Kazaya Uğraması

Sosyal Sigortalar uygulaması bakımından kaza, Borçlar Hukukundan farklı bir özellik taşımaktadır. Buna göre, iş kazası, işverenin otoritesi altında, işçinin mesleki faaliyet alanı içinde gerçekleşmektedir. İş kazasının 3 unsuru vardır. Bunlar: iş kazasının dıştan gelen bir etken olması, istenilmeyen bir olay olması ve ani olmasıdır⁵.

Kazanın iş kazası olarak kabul edilebilmesi için, Kanun'da sayılan hallerden birinde gerçekleşmiş olması gerekmektedir.

a) Kazanın İşyerinde Gerçekleşmesi

Kanun'un 13. maddesindeki düzenlemeye göre işçinin işyerinde bulunduğu sırada uğradığı kaza iş kazasıdır. İşyerinde uğranılan kaza her ne sebeple olursa olsun iş kazası kabul edilmektedir.⁶ Sosyal Güvenlik Kurumunun Kısa Vadeli Sigorta Kollarına İlişkin 2008/108 sayılı Uygulama Genelgesinde, sigortalının iş yerinde meydana gelen kazaların, yaptığı işle ilgisinin bulunup bulunmadığına bakılmaksızın iş kazası kabul edilmesi gerektiği açıklanmıştır⁷. Ancak, Sosyal Güvenlik Kurumunun 13.6.2011 tarihli, 2011/50 sayılı Kısa Vadeli Sigorta Kollarına Uygulama Genelgesi ile, 2008/108 sayılı Genelge yürürlükten kaldırılmıştır. 2011/50 sayılı Genelgede de, sigortalının işyerinde bulunduğu sırada meydana gelen olayların yapılan işle ilgili olup olmadığına bakılmaksızın iş kazası sayılması gerektiği açıklanmıştır. Ancak Genelgede, dışarıdan bir etki veya herhangi bir olayla ilgili olmaksızın işyerinde geçirdiği bir kalp krizi veya başka bir hastalık nedeniyle vefat eden sigortalının ölümünün iş kazası olarak kabulüne imkân bulunmadığı belirtilmiştir.

İşyeri, Kanun'un 11. maddesinde tanımlanmıştır. Buna göre, *"işyeri, sigortalı sayılanların maddi olan veya olmayan unsurları ile birlikte işlerini yaptıkları yerdir."*

⁵ Tuncay/Ekmekçi, 265-266; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, 1975, Ankara, 9-10.

⁶ Akın, 26-27; Güneren, 370.

⁷ Güneren, 371.

“İşyerinde üretilen mal veya verilen hizmet ile nitelik yönünden bağıllığı bulunan ve aynı yönetim altında örgütlenen işyerine bağıllı yerle, dinlenme, çocuk emzirme, yemek, uyku, yıkanma, muayene ve bakım, beden veya meslek eğitimi yerleri, avlu ve büro gibi diğer eklentiler ile araçlar da işyerinden sayılır.”

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ve Yargıtay 21. Hukuk Dairesi işçinin işyerinde kalp krizi geçirmesi sonucu ölümünü iş kazası kabul etmektedir.⁸ İşçinin işyerinde intihar etmesi yine Yargıtay tarafından işyerinde meydana gelmesi nedeniyle iş kazası olarak kabul edilmiştir.⁹

b) Sigortalının işveren tarafından yürütülmekte olan iş nedeniyle, sigortalı kendi adına ve hesabına çalışıyorsa yürütmekte olduğu iş nedeniyle kazaya uğraması

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu'ndan farklı olarak bu düzenleme ile bağımsız çalışanlar da iş kazası bakımından Kanun'un kapsama alınmışlardır. Burada iş kazasının işyeri dışında, işin yapılması sırasında meydana gelmesi durumu düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye göre de kazanın hangi sebeple gerçekleştiğinin bir önemi yoktur. Yargıtay 10. Hukuk Dairesi 27.1.2003 tarihli E. 2003/10290, K. 2003/298 sayılı kararında belediye temizlik işçisinin çöp toplama görevi sırasında terörist saldırı sonucu ölmesini iş kazası kabul etmiştir.¹⁰ Ancak, işçinin iş yeri dışında yürütülmekte olan bir iş nedeniyle bu kazayı geçirmiş olması gerekmektedir. Yargıtay, başka bir iş yerinde çıkan kavgayı izlemeye giden işçinin bu kavgada yaralanmasını iş kazası kabul etmemektedir¹¹.

⁸ Yarg. HGK, 13.10.2004, E. 2004/ 21- 529, K. 2004/ 527; Yarg. 21. HD, 3.11.2004, 8871/ 9254 (www.kazanci.com). Ancak, Sosyal Güvenlik Kurumunun 2011/50 sayılı Kısa Vadeli Sigorta Kolları Uygulama Genelgesinde, kalp krizi sonucu işçinin vefat etmesi durumunun iş kazası olarak kabul edilemeyeceği belirtilmiştir.

⁹ Yarg. 10 HD. 29.3.1979, 8413/ 2759 (Akn, 29); Yarg. 10. HD. 5.7.2004, 4465/6429 (Güneren, 372).

¹⁰ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 334, dipnot 64.

¹¹ Güneren, 393.

c) Bir işverene bağlı olarak çalışan sigortalının, işveren tarafından görev ile başka bir yere gönderilmesi yüzünden asıl işini yapmaksızın geçen zamanlarda kazaya uğraması

Yukarıdaki düzenleme ile işçinin yürütmekte olduğu iş nedeniyle işyeri dışında kazaya uğraması iş kazası kabul edilmişken, buna ek olarak görevli olarak gönderilen işçinin asıl işini yapmaksızın geçen sürelerde karşılaşılabileceği kazalar da iş kazası olarak kabul edilmiştir. Bir işverene bağlı olarak çalışan ifadesi ile bu hükmün kapsamına sadece iş sözleşmesi ile çalışanlar dahil edilmiştir. Burada asıl işini yapmaksızın geçen zamanda her ne yapılsa bunun iş kazası sayılıp sayılmayacağı konusunda Yargıtay bir kriter getirmiştir. Yargıtay, sigortalının görevli olarak gittiği yerde “normal yaşantı içerisinde kalmak koşuluyla” boş zamanlarında yaptığı faaliyetler sonucu uğradığı kazayı iş kazası kabul etmektedir.¹² Ancak, Sosyal Güvenlik Kurumunun 2011/50 sayılı Genelgesinde bu konuda, “görevli olarak gönderilen sigortalının görev konusu ile ilgili olmayan ve görevinin dışında meydana gelen kazalar iş kazası sayılmaz. Bu nedenle görevli gönderilen sigortalının işi dışında eğlenmek için gittiği sinema veya gece kulübünde herhangi bir nedenden dolayı uğradığı kazanın iş kazası olarak kabul edilmesi mümkün değildir” açıklaması yer almaktadır.

d) Emziren kadın sigortalının çocuğuna süt vermek için ayrılan zamanlarda kazaya uğraması

4857 sayılı İş Kanunu'nun 74. maddesine göre, “kadın işçilere bir yaşından küçük çocuklarını emzirmeleri için günde toplam birbuçuk saat süt izni verilir. Bu sürenin hangi saatler arasında ve kaç bölünerek kullanılacağını işçi kendisi belirler. Bu süre günlük çalışma süresinden sayılır.” Bu sürede meydana gelen kazalar, SSGSSK'nda iş kazası sayılmıştır. Kazanın meydana geldiği yer önemli değildir.¹³ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu sigortalının süt

¹² Yarg. 10. HD. 2.6.1983, 2601/ 3302 (Güzel/Okur/Caniklioğlu, 335); Yarg. 21. HD. 29.4.2002, 2036/3535 (Güneren, 403).

¹³ Akm, 34.

izni süresi içinde işyerine gelirken karşıdan karşıya geçtiği sırada uğradığı kazayı iş kazası kabul etmiştir.¹⁴

e) Sigortalının işverence sağlanan bir taşıtla işin yapıldığı yere gidiş geliş sırasında kazaya uğraması

506 sayılı Sosyal Sigortalar Kanunu, işçilerin işverence sağlanan taşıtla toplu olarak götürülüp getirilmeleri sırasında uğranılan kazayı iş kazası kabul etmekteydi. Ancak, Yargıtay uygulamada amaca yönelik yorum ilkesine dayanarak, önüne gelen bir olayda, üst düzey görev yapan sigortalının işverence sağlanan makam aracı ile işe geldiği sırada uğradığı silahlı saldırıyı (e) bendi kapsamında, toplu taşıma ile ilgili düzenlemeye bireysel taşımayı da çoğun içinde az da vardır gerekçesine dayanarak gireceğini belirterek, olayın iş kazası olduğuna karar vermiştir.¹⁵

5510 sayılı Kanunda Yargıtay'ın bu görüşüne uygun olarak toplu taşıma koşulu çıkarılarak, işveren tarafından sağlanan taşıtla işyerine gidiş gelişler sırasında uğranılan kaza şeklinde bir düzenlemeye yer verilmiştir. Maddedeki düzenleme uğranılan kaza bakımından bir sınırlama getirmediğinden, trafik kazaları dışındaki kazalar da iş kazası olarak kabul edilmektedir.¹⁶ Yargıtay, işçinin servis beklediği sırada uğradığı kazayı da iş kazası saymaktadır.¹⁷ Sosyal Güvenlik Kurumunun 2011/50 sayılı Genelgesinde, sigortalının işe gitmek için bindiği servis aracından indikten sonra yolun karşı tarafında bulunan işyerine geçmek için yolu geçerken uğradığı trafik kazasının, sigortalının getirilip götürülme halinin sona ermesi nedeniyle iş kazası sayılmayacağı belirtilmiştir.

¹⁴ Yarg. HGK. 10.6.1983, 328/ 652 (Güzel/Okur/Caniklioğlu, 336).

¹⁵ Yarg. 10 HD. 19.6.1992, 15658/ 6893 (Güzel/Okur/Caniklioğlu, 336 dipnot 75); Güneren, 407.

¹⁶ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 337.

¹⁷ Yarg. 21. HD. 14.5.1996, 2674/ 2738 (Akn, 37).

3. Zarar Görme

Sigortalının iş kazası sonucu bedensel veya ruhsal bir zarara uğraması gerekmektedir. Dar anlamda zararın tanımı insan vücudunun zarar görmesi yani ölüm veya vücut bütünlüğünün bozulması anlamındadır. Bedensel veya ruhsal zararın hemen kaza anında ortaya çıkması zorunlu değildir. Kaza ve zarar arasında illiyet bağı bulunduğu sürece, kazadan bir süre sonra ortaya çıkan bedensel veya ruhsal bozukluklar da iş kazası sayılacaktır. Eşyaya ilişkin zararlar maddi zarar olsa bile iş kazası olarak kabul edilmezler¹⁸.

Meydana gelen kazanın dıştan gelen bir etken sonucu gerçekleşmesi gerekir. Kazanın sigortalının kusuruyla meydana gelmesi sonucu değiştirmez. Bu durumda yaptırım olarak sigortalıya SGK tarafından yapılacak ödemelerden kesintiler yapılır (SSGSK m. 22).

Kaza sonucu sigortalının organ görevi gören protezinin zarar görmesi durumunda kazanın iş kazası sayılıp sayılmayacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş bu durumda uğranılan kazayı iş kazası kabul etmemektedir. Diğer görüş ise, takılan protezin vücudun bir parçası olması sebebiyle kazayı iş kazası kabul etmektedir.¹⁹

4. Kaza ile sigortalının uğradığı zarar arasında nedensellik bağının bulunması

Sigortalının uğradığı zarar ile kaza arasında bir neden sonuç ilişkisinin bulunması gerekmektedir. Burada aranan illiyet uygun illiyettir. Olayların normal akışına ve genel yaşam deneyimlerine göre bir nedenin meydana getirmesi muhtemel sonuçları arasındaki bağa uygun illiyet bağı denilmektedir. İlliyet bağının belirlenmesinde bir başka kriter ise işverenin otoritesinin altında bulunma kriteridir. Ancak her somut olayın özellikleri dikkate alınarak neden ve sonuç arasındaki nedensellik bağı tespit edilmelidir.²⁰ Yar-

¹⁸ Tuncay/Ekmekçi, 273; Eren, 6-8; *Ulusan*, İlhan, Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hüküki Sorumluluğu, 1990, İstanbul, 79.

¹⁹ Akın, 38; Güzel/Okur/Canıklıoğlu, 338.

²⁰ Güzel/Okur/Canıklıoğlu, 338-339; Tuncay/Ekmekçi, 272; Güneren, 418; Eren, 12.

gıtay, kararlarında neden ve sonuç arasında nedensellik bağına ara-
maktadır.²¹

Sonuç olarak, bir kazanın iş kazası olarak kabul edilebilmesi için 5510 sayılı Kanun'un 4. maddesine göre sigortalı sayılan ya da Kanun'un 5. maddesine göre iş kazası ve meslek hastalığı sigortasının kapsamına giren bir kişi olmalı ve bu kişi 13. maddede sayılan hallerden birinde bir kazaya uğramalı ve bu kaza sonucu bedenen veya ruhen özüre uğramalı ve son olarak da kaza ve uğranılan zarar arasında nedensellik bağı bulunmalıdır.

III. İşverenin İş Kazasını Kuruma Bildirme Yükümlülüğü

Sigortalının, iş kazası sonucu Sosyal Güvenlik Kurumunun yapacağı yardımlardan yararlanabilmesi için, kazanın Kuruma bildirilmesi ve Kurumca iş kazası olarak kabul edilmesi gerekmektedir. İşverene karşı açılan tazminat davalarında, Kurumca karşılanan zararların tazminattan düşülmesi gerekeceğinden, kazanın öncelikle Kuruma bildirilmesi ve iş kazası olarak tespit edilmesi gerekmektedir. Bu bildirim yapılmadan işverene karşı tazminat davası açılması durumunda, davada sigortalı ve hak sahiplerine önel verilerek Kuruma başvurmaları ve olayın iş kazası olarak tespit edilip, sürekli iş göremezlik oranının tespit edilmesi halinde davaya devam edilmesine, aksi takdirde Kurum ve işveren aleyhine tespit davası açılması için önel verilerek, açılacak bu tespit davasının tazminat davasında bekletici mesele yapılmasına karar verilecektir.²²

5510 sayılı Kanun'un 13. maddesine göre, işveren iş kazasını 4. maddenin 1. fıkrasının (a) bendi kapsamında sigortalı olanlar ile 5. madde kapsamında sigortalı sayılanlar bakımından o yer yetkili kolluk kuvvetlerine ve Kuruma en geç kazadan sonraki üç işgünü içinde,

²¹ Yarg 10 HD. 10.12.1976, 4160/ 8438; Yarg HGK. 7.3.1190, 10-40/ 147; Yarg. HGK. 16.11.1994, 9-489/ 688 (www.kazanci.com).

²² Güneren, 473-474; Yarg. 21. HD. 31.1.2008, E:2007/8887, K:2008/1328 (Güneren, 475-476).

(b) bendi kapsamında sigortalı bulunanların ise bir ayı geçmemek şartıyla rahatsızlığın bildirim yapmaya engel olmadığı günden sonra üç işgünü içinde Kuruma bildirmesi gerekmektedir.

İşveren ya da bağımsız çalışanlar iş kazası ve meslek hastalığı bildirdesini doldurarak elden veya taahhütlü posta ile bu bildirgeyi Kurum'a göndermek zorundadır (SSGSK m. 13/III).

İş kazası ve meslek hastalığı bildirdesinin ne şekilde doldurulacağı, içeriği, verilme usulü, ile maddenin uygulanmasına ilişkin esas ve usuller Kurum tarafından çıkarılacak yönetmelikte düzenlenecektir (m.13/IV).²³

İşverenin bu yükümlülüğüne aykırı davranmasının yaptırımını bildirim zamanına kadar geçen sürede sigortalıya ödenen geçici iş göremezlik ödeneğinin işverenden tahsil edilmesidir (m. 21/2). İşverenin iş kazasının meydana gelmesinde kusurunun bulunup bulunmaması bu ödemeyi etkilemez²⁴.

İş kazasının Kuruma bildirilmesinin ardından, Kurum gerekli gördüğü takdirde müfettişleri vasıtasıyla işyerinde soruşturma yapabilir. Yapılan soruşturma sonucunda gerçeğe aykırı bilgi verildiği ve olayın iş kazası olmadığı anlaşılırsa, gerçeğe aykırı bilgi veren Kurum, o güne kadar yapmış olduğu ödemeleri BK 96 uyarınca tahsil eder.²⁵

²³ Sosyal Sigorta İşlemleri Yönetmeliği, RG: 12.5.2010, 27579.

²⁴ Tuncay/Ekmekçi, 285.

²⁵ Güzel/Okur/Caniklioğlu, 343.

B. İŞVERENE KARŞI AÇILACAK İŞ KAZASINDAN DOĞAN MADDİ VE MANEVİ TAZMİNAT DAVALARI

I. İşverenin Tazminat Sorumluluğunun Hukuki Dayanağı

1. İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu

İş kazalarının meydana gelmesini engellemek için İş Kanun'u işverenin, işyerinde iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili önlemleri almasını işçiyi gözetme borcu olarak düzenlemiştir. İşverenin işçiyi gözetme borcu hem özel hukuk hem kamu hukuku hükümleri ile düzenlenmiştir. Özel hukuk hükmü olarak iş sözleşmesi işverene tarafların kişiliklerinin önem taşıdığı bir sözleşme tipi olması nedeniyle gözetme borcu yüklemektedir. İşçinin işverene ekonomik ve kişisel bakımdan bağımlı olarak çalışması, ve çalışma koşullarının işçinin sağlığını ve yaşamını tehdit etmesi sonucu, işçiyi gözetme borcu, iş sözleşmesinin bir özelliği gereği olarak doğmuştur. Gözetme borcunun sınırları MK. m. 2 uyarınca, iyiniyet ve dürüstlük kurallarına göre belirlenmektedir.²⁶ Bunun yanında Borçlar Kanunu'nun 332. maddesinde²⁷ de işverenin işçiyi koruma borcuna yer verilmiştir. Bk. m. 332 ile getirilen düzenleme, işçinin yaşamını ve sağlığını koruma altına almayı amaçladığından emredici niteliktedir ve taraflar bunun aksine anlaşma yapamazlar, yapılan anlaşmalar kişilik haklarına aykırılık oluşturacağından batıldır.²⁸ İşçiyi gözetme borcunun kamu hukuku dayanakları ise, İş Kanunu'nun 77. maddesi ve Anayasadır²⁹. İş Kanunu'nun 77. maddesi emredici bir

²⁶ Seratlı, Gaye Burcu, İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, 2003, Ankara, 20.

²⁷ BK. Madde 332: "İş sahibi, akdin hususi halleri ve işin mahiyeti noktasından hakkaniyet dairesinde kendisinden istenilebileceği derecede çalışmak dolayısıyla maruz kaldığı tehlikelere karşı icap eden tedbirleri ittihaz ve münasip ve sıhhi çalışma mahalleri ile, işçi birlikte ikamet etmekte ise sıhhi yatacak bir yer tedarikine mecburdur.

(Ek fıkra: 29/06/1956 - 6763/41 md.) İş sahibinin yukarıdaki fıkra hükmüne aykırı hareketi neticesinde işçinin ölmesi halinde onun yardımından mahrum kalanların bu yüzden uğradıkları zararlara karşı isteyebilecekleri tazminat dahi akde aykırı hareketten doğan tazminat davaları hakkındaki hükümlere tabi olur."

²⁸ Seratlı, 21.

²⁹ Akın, Levent, "İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun İhlali ve Kusurun Takdiri", Sicil, Mart 2006, 152; Ulusan, 36.

düzenleme ile işvereni, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğini sağlamak için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmakla yükümlü kılmıştır. İşveren sadece Kanunda sayılan önlemleri değil, bilim ve tekniğin o anda gerektirdiği tüm önlemleri alması gerekmektedir. İşverenin ekonomik olarak yetersiz olması ya da tecrübesizliği ve bilgisizliği bu yükümlülüğünü yerine getirmemesinde haklı neden olamaz³⁰. İşverenin alacağı önlemlerin hakkaniyetle bağdaşıp bağdaşmadığına bakılmayacaktır. İşverenin alması gereken önlemler işverenin durumuna veya hakkaniyete göre değil, bilim ve tekniğin gereklerine göre belirlenecektir.³¹ İşçiler de iş sağlığı ve güvenliği ile ilgili olarak alınan önlemlere uymakla yükümlüdürler. Sadece İş Kanunu ile değil Borçlar Kanunu'nun 332. maddesinde de iş sahibi, işin özelliklerine göre kendisinden beklenilebilecek önlemleri almakla yükümlü kılınmıştır.³² BK. m. 332'de, işverenin gözetme borcunun içinde iş güvenliği önlemleri almasına işverenin yükümlülüğü olarak yer vermiştir.³³ Ancak, BK. m. 332 uyarınca işverenin önlem alan yükümlülüğü işin mahiyeti ve hakkaniyet derecesinde sınırlandırılmıştır.³⁴ Anayasanın 49. maddesinde³⁵ de, çalışanları korumak ve onların hayat seviyesini yükseltmek için devletin önlem alması gerektiği hükmüne yer verilmiştir. Yeni Borçlar Kanunu işçinin kişiliğinin korunması başlığı altında 417. maddesinde işverenin işçinin kişiliğini koruma borcuna yer vermiştir³⁶.

³⁰ Akın, Gözetme Borcu, 153; Seratlı, 23; Yarg. HGK. 8.11.2006, E:2006/10-969, K:2006/704 (Güneren, 556).

³¹ Ulsan, 48.

³² Çelik, Nuri, İş Hukuku Dersleri, 23. Bası, 2010, İstanbul, 165-166.

³³ Ulsan, 37.

³⁴ Ulsan, 42.

³⁵ AY. MADDE 49: "Çalışma, herkesin hakkı ve ödevidir.

(Değişik: 3/10/2001-4709/19 md.) Devlet, çalışanların hayat seviyesini yükseltmek, çalışma hayatını geliştirmek için çalışanları ve işsizleri korumak, çalışmayı desteklemek, işsizliği önlemeye elverişli ekonomik bir ortam yaratmak ve çalışma barışını sağlamak için gerekli tedbirleri alır."

³⁶ YBK MADDE 417: "İşveren, hizmet ilişkisinde işçinin kişiliğini korumak ve saygı göstermek ve işyerinde dürüstlük ilkelerine uygun bir düzeni sağlamakla, özellikle işçilerin psikolojik ve cinsel tacize uğramamaları ve bu tür tacizlere YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

İş sağlığı ve güvenliğine ilişkin düzenlemeler, işyerinde çalışan çarık ve stajyerler için de uygulanacaktır (İş K. m.77/son).

İşverenin gerekli önlemleri almasının yanında Kanun'un 77. maddesinin 2. fıkrasına göre alınan önlemlere uyulup uyulmadığını denetlemesi gerekmektedir. Yargı kararlarında da işverenin önlem almakla yetinmemesi işçilerin bu önlemlere uyup uymadıklarını denetlemesi gerektiği belirtilmektedir.³⁷ İşverenin işçiyi karşılayabileceği riskler bakımından bilgilendirmesi, işçilere iş sağlığı ve güvenliği eğitimi vermesi gerekmektedir. Bu eğitimin usul ve esasları Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığının çıkarttığı Çalışanların İş Sağlığı ve Güvenliği Eğitimlerinin Usul ve Esasları Hakkında Yönetmelik'te³⁸ düzenlenmiştir. Yönetmeliğin 12. maddesinde işverenin, işçilere yaptıkları işle ilgili bilgileri içeren bir eğitim sağlamasını zorunlu tutmuştur. Bu eğitim gerektiğinde tekrarlanmak suretiyle yeni ortaya çıkan riskler konusunda işçi bilgilendirilmelidir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararında işçiye sadece bilgi verilmesini yeterli görmemiş, "*eylemli olarak bu bilginin aktarılmasıyla öneminin kavratılmasını*" aramıştır.³⁹ İşyerinde çalışan işçiler bu eğitimlere katılmak zorundadır.⁴⁰ İşçilerin iş sağlığı ve güvenliği hükümlerinden vazgeçmeleri ya da bu eğitimleri veya önlemleri istemedikleri yönünde bir irade beya-

uğramış olanların daha fazla zarar görmemeleri için gerekli önlemleri almakla yükümlüdür.

İşveren, işyerinde iş sağlığı ve güvenliğinin sağlanması için gerekli her türlü önlemi almak, araç ve gereçleri noksansız bulundurmak; işçiler de iş sağlığı ve güvenliği konusunda alınan her türlü önleme uymakla yükümlüdür.

İşverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir."

³⁷ Mollamahmutoğlu, Hamdi, İş Hukuku, 3. Bası, 2008, Ankara, 969; Akın, Gözetme Borcu, 153; Ulusan, 48-49.

³⁸ RG: 7.04.2004, 25426.

³⁹ Çelik, 166; Yarg. HGK, 16.6.2004, 21-365/ 369 (www.kazanci.com); Akın, Gözetme Borcu, 151.

⁴⁰ Süzek, Sarper, İş Hukuku, 5. Bası, 2009, İstanbul, 799-801.

nında bulunmaları mümkün değildir.⁴¹ Düzenlenen bu eğitimlere işçinin katılmaması, iş kazasında kusurun tespitinde işçi açısından kusur olarak kabul edilmelidir.⁴² Yargıtay işçinin önlemlere uymaması durumunda işverenin iş sözleşmesini haklı nedenle feshedebileceğini kabul etmektedir.⁴³

Asıl işveren-alt işveren ilişkisinin kurulduğu hallerde, alt işverenin işçilerinin eğitiminden asıl işveren alt işveren ile birlikte sorumludur. Geçici iş ilişkisi kurulduğu hallerde de, geçici işveren geçici iş ilişkisi kurduğu işçilere gerekli eğitimi vermek yükümlülüğü altındadır.⁴⁴

Kanun'un 78. maddesinde, ayrıca çıkarılan yönetmelikte hangi işyerleri için işyeri kurma izni ve işletme izni alınacağı belirlenecektir. Bu işyerlerinin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini aldıklarını Çalışma ve Sosyal Güvenlik Bakanlığı'na bildirerek bu belgeleri de almaları gerekmektedir.

2. İş Sağlığı ve Güvenliği Hükümlerine Aykırılığın Yaptırımı

İş Kanunu'nun sekizinci bölümünde idari para cezalarını düzenleyen 105. maddenin 2. fıkrası uyarınca, iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine uymayan işverene bir miktar idari para cezası öngörülmüştür.⁴⁵

İdari para cezalarının dışında işin durdurulması ve işyerinin kapatılması bir başka yaptırımdır. İş Kanunu'nun 79. maddesinde işyerinin işçiler için tehlike oluşturduğu tespit edilirse bu tehlikelik hali son bulana kadar iş sağlığı ve güvenliği denetimine yetkili iki müfettiş, bir işçi ve işveren temsilcisi ile Bölge Müdüründen oluşan komisyon kararı ile, iş kısmen veya tamamen durdurularak işyeri kapatılır.

Yine Kanun'un 83. maddesindeki düzenlemeye göre, işçi iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine uyulmadığının tespitini iş sağlığı

⁴¹ Akyiğit, Ercan, İş Kanunu Şerh, 2. Bası, 2006, Ankara, 1918.

⁴² Akın, Gözetme Borcu, 155; Ulusan, 49.

⁴³ Yarg. 9. HD. 16.10.2006, 19157/ 27128 (www. hukukturk.com).

⁴⁴ Akın, Gözetme Borcu, 154; Güneren, 558; Eren, 17.

⁴⁵ Akyiğit, 1940.

ve güvenliği kurulundan isteyebilir. Kurul işçi lehine bir karar verirse, işçi bu durum düzelene kadar, işveren tarafından gerekli önlemler alınana kadar iş görme bocunun ifasından kaçınabilir. İşçi çalışmadığı bu dönemde ücrete hak kazanır.⁴⁶

İş sağlığı ve güvenliği hükümlerine uymamak hem işveren hem de işçi açısından haklı nedenle fesih sebebidir. İşçi, Kanun'un 24. maddesinde belirtilen sağlık sebepleri ile ahlak ve iyiniyete uymayan hallere dayanarak iş sözleşmesini derhal fesh edebilir (İş K. m.24/I ve 24/II-f). İşveren ise almış olduğu önlemlere uymayan işçinin iş sözleşmesini 25. maddede belirtilen ahlak ve iyiniyet kurallarına aykırılıktan derhal fesh edebilir (İş K. m.25/II-i).

Bizim konumuz açısından işverenin iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine uymamasının en önemli sonucu aşağıda ele alacağız, işverenin maddi ve manevi tazminat sorumluluğunun doğmasıdır. Yargıtay işverenin iş kazası sonucu tazminat sorumluluğunun belirlenmesinde işte bu yükümlülüklerine uyup uymadığı kriterini kullanmaktadır. İşverenin bu önlemleri almaktaki eksikliği, iş kazasından doğan maddi ve manevi tazminat davalarında kusur oranının belirlenmesinde ve sorumluluğunun doğmasında önem taşımaktadır.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 18.04.2005 tarihli, E. 2005/2162, K. 2005/3880 sayılı kararında "İşyerinde uygulanması gereken iş sağlığı ve iş güvenliği tüzüğüne ilgili maddelerini incelemek suretiyle işverenin işyerinde alması gereken önlemlerin neler olduğu, hangi önlemleri aldığı, hangi önlemleri almadığı, alınan önlemlere işçinin uyup uymadığı gibi hususlar ayrıntılı bir biçimde incelenmek sureti ile kusurun aidiyeti ve oranı belirlendikten sonra tazminat konusunda karar verilmelidir." şeklinde iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine uymanın tazminat davalarındaki önemini belirtmiştir⁴⁷.

İşçiyi gözetme borcuna aykırı davranan işveren, işçi tarafından açılacak SGK tarafından giderilmemiş maddi zararları ile ma-

⁴⁶ Seratlı, 26.

⁴⁷ www.kazanci.com.

nevi zararları için tazminat davasının yanında, SGK tarafından açılacak rücu davasıyla da karşı karşıya kalacaktır (SSGSSK M.21).⁴⁸

II. İşverenin Hukuki Sorumluluğunun Niteliği

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırı davranması halinde, işçinin veya ölümü halinde yakınlarının SGK tarafından karşılanmayan zararlarının tümünden sorumlu olduğu belirtilmişti. İşverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun niteliği doktrinde tartışmalıdır. Esas itibariyle doktrinde iki görüş vardır. Bir görüş işverenin sorumluluğunu kusursuz sorumluluk olarak nitelendirirken, diğer görüş bu sorumluluğun kusur sorumluluğu olduğunu kabul etmektedir.

1. Kusursuz Sorumluluk

Kusursuz sorumluluğun doğması için belli bir olayın gerçekleşmesi ve bu olay ve meydana gelen zarar arasında illiyet bağının bulunması yeterlidir. İşverenin sorumlu olması için kusurunun bulunması gerekmez. İşveren ancak arada illiyet bağının kesildiğini kanıtlayarak bu sorumluluktan kurtulur. Doktrinde kusursuz sorumluluk görüşünü savunan yazarların gerekçeleri birbirinden farklıdır.⁴⁹

İlk görüş kusursuz sorumluluğun Kanun'daki boşluktan kaynaklandığını kabul etmektedir. Bu görüşe göre, İş Kanunu işçiyi gözetme borcunun ihlalden doğan zararların tazmini konusunda bir düzenleme getirmemiştir. Buna göre, Borçlar Kanunu'nun 96. ve 332. maddelerinin uygulanması İş Hukukunun işçiyi koruyucu yapısına ters düşmektedir. Hakim, MK m.1'deki yetkisine dayanarak Kanun'daki boşluğu kusursuz sorumluluk esasını kabul ederek doldurmalıdır.⁵⁰

Kusursuz sorumluluk niteliğini kabul eden bir diğer görüş, iş sağlığı ve güvenliğini düzenleyen 77. maddede işverenin işçiyi koruyucu her türlü önlemi alması öngörüldüğünden ve işverenin

⁴⁸ Süzek, 351; Tuncay/Ekmekçi, 288.

⁴⁹ Akın, 85-86; Güneren, 555-557; Görüşler konusunda ayrıntı için bkz. Ulusan, 103 vd.

⁵⁰ Ulusan, 125; Eren, 89.

kusurundan maddede bahsedilmediğinden, madde metninin yorumu ile kusursuz sorumluluk esasının kabul edilmesi gerektiğini savunmaktadır.⁵¹

Bir başka görüş, BK m. 332’de geçen hakkaniyet kriteri işverenin sorumluluğunun belirlenmesinde esas olduğunu ve buna göre işverenin sorumluluğunun hakkaniyet sorumluluğu olduğu şeklinde kusursuz sorumluluğu açıklamaktadırlar.⁵²

Kusursuz sorumluluğu savunan bir diğer görüş, gelişmekte olan ülkelerde, sosyal güvenlik kurumlarının kaynak yetersizliği sebebiyle gideremediği zararlarla işçinin başbaşa kalması, adalet duygusunu incitir düşüncesiyle kusur sorumluluğunun kabul edilmemesi gerektiğini savunmaktadır.⁵³

Son olarak kusursuz sorumluluğu kabul eden bir diğer görüşe göre işverenin buradaki sorumluluğu tehlike sorumluluğudur.⁵⁴ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1987 yılında vermiş olduğu bir kararında işverenin sorumluluğunun kusursuz tehlike sorumluluğu esasına dayandığını kabul etmektedir.⁵⁵ Yargıtay vermiş olduğu bir kararında “*davalı işverene verilen sorumluluk tehlike sorumluluğuna dayanmaktadır. Bu tür sorumluluklar işverenin kastı, kusuru, işçi sağlığı iş güvenliği kurallarına aykırı davranışından kaynaklanmayıp doğrudan iş hukukunun çeşitli tehlikelere karşı çalışma durumunda bulunan işçiyi koruma düşüncesine dayanır*” şeklinde işverenin sorumluluğunun tehlike esasına dayanan kusursuz sorumluluk olduğunu kabul etmiştir.⁵⁶

Yargıtay kusursuz sorumluluk esasına kabul etmekle beraber, işverenin tazminat sorumluluğunda kusur oranını dikkate almaktadır. Tehlike sorumluluğuna göre işverenin kusursuz olsa bile zararın tümünden sorumlu olması gerekirken, Yargıtay kusursuz işverenin zararın tümünden sorumlu tutulmasını adalet duygusuyla

⁵¹ Mollamahmutoglu, 993; Ulusan 125.

⁵² Akın, 87; Mollamahmutoglu, 994 dipnot 71’deki yazarlar; Süzek, 352 dipnot 15’deki yazarlar.

⁵³ Mollamahmutoglu, 994 dipnot 74.

⁵⁴ Ulusan, 119-120; Seatlı 48, dipnot 79’daki yazarlar.

⁵⁵ Yarg. HGK. 18.3.1987, 9-722/203 (Akyiğit, 1988).

⁵⁶ Yarg. 21. HD. 9.10.2001, 6379/ 6579 (www.kazanci.com); Süzek, 353.

bağdaşmaması sebebiyle kabul etmemektedir. Bununla beraber kusursuz sorumluluk hali kanuni dayanağı olmadan yargı içtihadı ile oluşturulmuştur.⁵⁷

2. Kusur Sorumluluğu

İşverenin sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğunu savunan görüş, BK sisteminde esas olanın kusur sorumluluğu olduğu, kusursuz sorumluluğun ancak bir kanun hükmünden kaynaklanabileceğini, bu yönde bir kanun hükmü olmadan kusursuz sorumluluğun kabul edilemeyeceğini savunmaktadır⁵⁸. Bir başka gerekçe ise, BK m.332'de işverenin sorumluluğunun hakkaniyet derecesinde olduğu belirtildiğinden burada kusur sorumluluğunun kabul edilmesi gerektiridir. İş Kanunu m. 77 kusursuz sorumluluk getirmemiştir. Ancak, şartların oluşması halinde işveren BK m. 55 ve 100 uyarınca kusursuz sorumlulukla karşı karşıya kalabilmektedir.⁵⁹

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi, 12.2.2007 tarihinde E. 2007/14258, K. 2007/ 1770 sayılı kararında ise işverenin sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğu yönünde bir karar vermiştir. Karara göre, "işverenin iş kazası sonucu meydana gelen zarar nedeniyle hukuki sorumluluğu yasa ve içtihatlarla belirlenmiş ayırık haller dışında ilke olarak, iş akdinden doğan işçiyi gözetme borcuna aykırılıktan kaynaklanan kusura dayalı sorumluluktur."⁶⁰

Doktrindeki işverenin sorumluluğunun niteliğine ilişkin tartışmalar Yargıtay uygulamasına da yansımış, Yargıtay farklı görüşlerden etkilenmiştir. Yargıtay işverenin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğunu kabul etmekte, tazminatın hesabında işverenin kusurlu olup olmamasına göre tazminat miktarını belirlemektedir⁶¹. Ancak, Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin son yıllarda ilke nite-

⁵⁷ Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, 2005, İstanbul, 674-675.

⁵⁸ Oğuzman/Öz, 675; Mollamahmutoğlu, 995; Süzek, 354; Serathı, 55.

⁵⁹ Süzek, 353; Güneren, 595; Görüşler konusunda ayrıntılı bilgi için bkz. Ulusan, 97 vd.

⁶⁰ Süzek, 355.

⁶¹ Eren, 95.

liğindeki görüşüne göre⁶², işverenin sorumluluğunun kusur sorumluluğu olduğu kabul edilmektedir. Yargıtay iş kazasından doğan tazminat davalarında bilirkişi raporunda işverenin iş sağlığı ve güvenliği hükümlerine aykırı davranıp davranmadığının tespitini ve aykırı davranması halinde kusurunun tespitini aramaktadır. Yeni Borçlar Kanununun 417. maddesinin 3. fıkrasında “işverenin yukarıdaki hükümler dâhil, kanuna ve sözleşmeye aykırı davranışı nedeniyle işçinin ölümü, vücut bütünlüğünün zedelenmesi veya kişilik haklarının ihlaline bağlı zararların tazmini, sözleşmeye aykırılıktan doğan sorumluluk hükümlerine tabidir.” şeklinde bir düzenlemeye yer vererek, kusur sorumluluğu görüşünü kabul etmiştir⁶³.

3. İşverenin Sorumluluğunda Akdi Sorumluluk ve Haksız Fiil Sorumluluğunun Yarışması

İşverenin sorumluluğu akdi sorumluluk ve haksız fiil sorumluluğu olarak kabul edilebilir. Bu durumda hakların yarışması söz konusudur. İşçi talebini haksız fiil hükümlerine de dayandırabilir.⁶⁴

İşverenin işçiyi gözetme borcuna yakırı davranması iş sözleşmesine aykırılık teşkil etmektedir ve işveren sözleşmeye aykırılıktan sorumlu olur. Bu durumda işveren iş güvenliği önlemlerini gerektiği gibi aldığını ya da kaza ile zarar arasında illiyet bağının kesildiğini ileri sürerek sorumluluktan kurtulabilir. İşverenin sorumluluğu haksızfiil hükümlerine de dayandırılabilir. “İşverenin işçiyi koruyucu önlemleri almaması, kişi varlıklarını doğrudan doğruya korumayı amaçlayan emredici davranış kurallarına aykırılık oluşturmaktadır.” Ancak, haksız fiil sorumluluğunda işçinin işverenin kusurunu ispatlaması gerekmektedir ve zamanaşımı da sözleşmeden doğan sorumluluğa nazaran daha kısadır.⁶⁵

⁶² Yarg. 21. HD. 1.12.2008, 5624-18632; Yarg. 21. HD. 3.7.2008, 3513-10415; Yarg. 21. HD. 22.4.2008, E:2007/21368, K:2008/6355, Yarg. 21. HD. 2.2.2007, E:2006/14176, K:2007/1768; Yarg. 21 HD. 11.12.2006, 10129-1438 (Güneren, 599-605).

⁶³ Güneren, 596-597.

⁶⁴ Mollamahmutoğlu, 993; Ulusan, 127.

⁶⁵ Akın, 94-95; Süzek, 358; Ulusan, 127; Seratlı, 57.

III. İşverenin Sorumluluğunun Sosyal Güvenlik Kurumunun Sorumluluğundan Ayrılmasında İlliyet Bağının Önemi

İşverenin sorumluluğunun doğmasına sebep olan iş kazaları bireysel iş hukuku anlamında kaza olarak adlandırılmakta ve farklı özellikler taşımaktadır.⁶⁶ Sosyal Güvenlik Kurumu'nun hangi hallerde iş kazasından sorumlu olduğu yukarıda SSGSSK m.13 kapsamında açıklanmıştır. Kanunu'un 13. maddesinde belirtilen yerlerde meydana gelen kaza iş kazasıdır ve kaza ve zarar arasında uygun illiyet bağı aranmaktadır. İşçinin işyerinde geçirdiği kaza iş kazasıdır. Burada kazanın sebebi önemli değildir, kaza ve zarar arasında uygun illiyet bağının varlığı kabul edilmektedir. Ancak, Sosyal Güvenlik Hukuku açısından, işçinin korunması amacıyla iş kazası geniş olarak düzenlenmiştir. İşverenin sorumluluğunun doğması bakımından ise, iş kazası ve yapılan iş arasında illiyet bağının bulunması gerekmektedir. Böylece, 5510 sayılı Kanun bakımından iş kazası sayılması için zarar ve olay arasında illiyet bağının bulunması yeterliyken, işverenin iş kazasından sorumlu tutulabilmesi için zarar verici olay ve yapılan iş arasında da illiyet bağının bulunması gerekmektedir.⁶⁷ Nedensellik bağı, SSGSSK anlamında iş kazası ile, bireysel iş hukuku anlamında iş kazasını birbirinden ayıran temel farktır.⁶⁸

İşverenin tazminat sorumluluğunun doğması için ise, kaza ile yapılan iş arasında illiyet bağının bulunması gerekir. İşçinin işverenden tazminat talebinde bulunabilmesi için olay ile kaza arasında illiyet bağı bulunması yetmez.⁶⁹ Olayın SSGSSK kapsamında iş kazası sayılması ve SGK'nın sorumluluğunun doğması her zaman işverenin tazminat sorumluluğunu doğurmaz. İşverenin sorumluluğu için kazanın işyerinde olması yetmez, kaza ve işin yürütülmesi arasında da illiyet bağının bulunması gerekmektedir.⁷⁰ İşverenin

⁶⁶ Seratlı, 31.

⁶⁷ Ulusan, 75.

⁶⁸ Seratlı, 31.

⁶⁹ Şahbaz, Zübeyde Başboğa, "İşverenin İş Kazası ve Meslek Hatalığından Doğan Hukuki Sorumluluğu ile Maddi Zararın Hesabına İlişkin Esaslar", 2010, İstanbul, 81.

⁷⁰ Süzek, 362; Seratlı, 35; Yarg. HGK. 3.3.1971, 9-874/121 (Akyiğit, 1991).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

sorumluluğunun doğmasına sebep olan kaza, ancak işin görülmesinin gereği nedeniyle meydana gelen iş kazalarıdır.⁷¹ Öğreti ve uygulamada, aksi ispat edilinceye kadar bazı durumlarda meydana gelen kazaların iş kazası sayılacağı yönünde karineler mevcuttur. Bu karineler, işin yürütüldüğü sırada meydana gelen kazalar, iş süresi içinde meydana gelen kazalar, yürütülen işin yarattığı tehlike sonucu meydana gelen kazalar ve iş sağlığı ve güvenliği önlemlerinin alınmaması sonucu meydana gelen kazaların iş kazası sayılması şeklindedir.⁷²

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 1987 tarihli bir kararında işyerine gitmek için servis aracına binerken karşıdan gelen bir başka aracın çarpması sonucu işçinin ölmesini SSGSSK m.13 anlamında iş kazası sayılmakta ancak burada işçinin üçüncü bir kişinin kusuru sonucu ölmesi sebebiyle arada illiyet bağının kesilmesi sonucu işverenin tazminat sorumluluğu doğmamaktadır şeklinde karar vermiştir.⁷³

IV. İlliyet Bağının Kesilmesi

İşverenin iş kazasından doğan sorumluluğu uygun illiyet bağının ortadan kalkması sonucu son bulur. Bu durumda kaza 5510 sayılı Kanun anlamında iş kazası olarak kabul edilmesine rağmen işçi SGK tarafından yapılan yardımlardan yararlanabilir ancak işverenin tazminat sorumluluğu söz konusu olmaz. Uygun illiyet bağı üç şekilde son bulur. Bunlar, mücbir sebep, üçüncü şahsın kusuru ve zarar görenin kusurudur.

İlk neden işçinin ağır kusurunun bulunmasıdır. İş kazası işçinin ağır kusuru ya da kastı sonucu meydana gelmişse artık işveren sorumlu tutulamaz. İşçinin illiyet bağı kesmeyecek derecede kusuru varsa bu işverence ödenecek tazminattan indirim nedeni olabilir.⁷⁴ Zarar görenin kendi kusurundan yararlanamayacağı yönünde-

⁷¹ Güneren, 435.

⁷² Ayrıntı için bkz. Güneren, 439-441; Eren, 14.

⁷³ Oğuzman/Öz, 673.

⁷⁴ Akın, 49-50; Eren, 107.

ki genel hukuk kuralı uyarınca, işçinin ağır kusuru illiyet bağımlı kesmektedir.⁷⁵

İlliyet bağımlı kesen ikinci neden üçüncü kişinin kusurlu davranışdır. Üçüncü kişi işverenin tanımadığı biri de olabilir, istihdam ettiği bir başka işçisi de olabilir. Önemli olan işverenin sorumluluğunu ortadan kaldıracak derecede kusurlu bir davranış olmasıdır.⁷⁶

Ancak Yargıtay bazı kararlarında bu nedenleri dikkate almaksızın işvereni sorumlu tutmaktadır. Örneğin işçinin görevli olarak çalışmaya gittiği sırada binmiş olduğu uçağın düşmesi sonucu ölmesi halinde illiyet bağımlı kesilmediğini kabul ederek işverenin işçiyi koruma borcuna dayalı olarak sorumlu olduğuna karar vermiştir.⁷⁷

Üçüncü şahsın kusurlu davranışının, işvereni sorumluluktan kurtarabilmesi için bu şahsın ayırt etme gücüne sahip olması gerekmektedir. Aksi takdirde, bu şahsın davranışı kusurlu bir davranış olarak kabul edilemeyeceğinden, işveren zarardan tek başına sorumlu olacaktır. Ancak, hakkaniyet gereği ayırt etme gücü bulunmayan şahıs sorumlu tutulabilir. Örneğin, bu şahsın ödeme gücü işverenden fazlaysa, ekonomik durumu işverenden daha iyi durumdaysa⁷⁸.

Üçüncü kişinin kusurlu davranışının illiyet bağımlı kesebilmesi için, üçüncü kişinin temyiz kudretine sahip olması gerekmektedir. Temyiz kudretine sahip olmaması durumunda sorumlu olması ancak işverenden ekonomik açıdan daha üstün olması durumunda hakkaniyet gereği mümkündür.⁷⁹

İlliyet bağımlı kesen son sebep mücbür sebeptir. *Mücbir sebep dış kuvvetlerin sonucu olan, önceden görülemeyen, kaçınılmaz ve mutlak gerçekleşen ve zararı oluşturan olaydır*⁸⁰

“İşveren gereken tüm yükümlülüklerini yerine getirmesine rağmen, elde olmayan ve aynı zamanda da engelleyemeyeceği çe-

⁷⁵ Seratlı, 37.

⁷⁶ Şahbaz, 94.

⁷⁷ Yarg. 9 HD. 29.12.1981, 11284/ 15904 (Akın, 53); Seratlı, 51.

⁷⁸ Eren, 124.

⁷⁹ Şahbaz, 94.

⁸⁰ Adal, Erhan, Hukukun Temel İlkeleri, 10. Bası, 2009, İstanbul, 639; Şahbaz, 88-89.

şitli nedenlerden dolayı zararın meydana geldiğini kanıtlayarak sorumluluktan kurtulabilir.”⁸¹ Örneğin; depresyon, sel vb.

Mücbir sebep, olay ve zarar arasındaki illiyet bağına kestiğinden, işvereni sorumluluktan kurtarmaktadır. İşveren mücbir sebebi ispat ederek iş kazasından doğan zararlardan sorumlu olmaz. Ancak, taraflar iş sözleşmesinde mücbir sebebin varlığına rağmen işverenin sorumlu olacağını kararlaştırabilirler. Bu durumda, mücbir sebebin varlığına rağmen işverenin sorumluluğu devam edecektir.⁸²

V. İşverenin Hukuki Sorumluluğunun Kapsamı

İşçi, iş güvenliği önlemlerini almayan işverene karşı uğradığı zarar sebebiyle BK m. 46 ve 47 uyarınca maddi ve manevi tazminat davası açabilir. İşçinin ölmesi halinde BK m.45 ve 49 uyarınca yakınları destekten yoksun kalma ve manevi tazminat davası açabilirler.⁸³

İşçi SGK tarafından karşılanmayan zararlarını işverenden isteyebilir. Aynı şekilde SSGSSK m. 21⁸⁴ uyarınca SGK ödemiş olduğu masrafları kusur sorumluluğu ilkesine göre işverenlerden rücu yolu ile tahsil etmektedir.

⁸¹ Bigat, Şevket Güney, “İşverenin İş Kazaları ve Meslek Hastalığından Sorumluluğu”, www.bigat.av.tr, 22.5.2010; Yarg. 21. HD. 3.10.2002, 7848/8013; Yarg. 21. HD. 6.3.2003, 1465/1721 (Güneren, 442).

⁸² Eren, 102-103.

⁸³ Akın, 100.

⁸⁴ SSGSSK MADDE 21/1: “İş kazası ve meslek hastalığı, işverenin kastı veya sigortalıların sağlığını koruma ve iş güvenliği mevzuatına aykırı bir hareketi sonucu meydana gelmişse, Kurumca sigortaya veya hak sahiplerine bu Kanun gereğince yapılan veya ileride yapılması gereken ödemeler ile bağlanan gelirin başladığı tarihteki ilk peşin sermaye değeri toplamı, sigortalı veya hak sahiplerinin işverenden isteyebilecekleri tutarlarla sınırlı olmak üzere, Kurumca işverene ödetirilir. İşverenin sorumluluğunun tespitinde kaçınılmazlık ilkesi dikkate alınır.”

VI. Maddi Tazminat Davası

İşverenin iş sağlığı ve güvenliği önlemlerini almaması ya da eksik önlem alması, işçinin iş kazası sonucu ölmesi veya sakatlanması sonucunu doğurabilmektedir. İşçi bu durumda SGK tarafından karşılanmayan maddi zararlarını BK m. 46⁸⁵ uyarınca işverence tahsilini talep edebilmektedir. İşveren işin niteliği itibarıyla hakkaniyet gereği tüm önlemleri almakla yükümlüdür.⁸⁶ İşverenin hukuki sorumluluğunun niteliği bakımından tartışma olduğu yukarıda belirtilmişti. Yargıtay, işverenin sorumluluğunun kusursuz sorumluluk olduğunu kabul ettiğinden, işveren yukarıda açıklanan sorumluluğu doğduktan sonra, hiç kusuru olmasa da, işçinin uğradığı maddi zararlardan sorumlu olacaktır. Ancak, işverenin kusurunun bulunmaması ya da kusur oranı tazminattan indirim sebebi olarak gözönünde bulundurulur.⁸⁷

1. Maddi Taminatın Kapsamı

İş kazasından doğan zararların giderilmesi için işçinin maddi tazminat talebi İş Kanunu'nda düzenlenmediğinden genel hüküm olan BK m. 46 uyarınca işçinin talep edebileceği maddi zararlar belirlenmektedir. Düzenlemeye göre, işçinin yapmış olduğu masrafları ile işçinin çalışma gücünün azalması ya da kalkması sonucu uğradı ve ekonomik geleceğinin sarsılmasından doğan zararlar maddi zarar kapsamındadır.⁸⁸

⁸⁵ BK. Madde 46: "Cismani bir zarara düçar olan kimse külliyen veya kısmen çalışmaya muktadir olamamasından ve ileride iktisaden maruz kalacağı mahrumiyetten tevellüt eden zarar ve ziyasını ve bütün masraflarını isteyebilir."

⁸⁶ Çelik, 170-171; Mollamahmutoğlu, 995; Akyiğit, 1951; Akın, 103.

⁸⁷ Yarg. HGK. 27.3.1957, 1/3 sayılı İBK (Çelik, 172); Eren, 93.

⁸⁸ Süzek, 364; Akyiğit, 1951.

a) Çalışma Gücünün Kaybından Doğan Zararlar

İş kazası sonucu işçinin bedensel veya ruhsal bir zarara uğraması sonucu çalışma gücünü kaybetmesinden doğan zararlar maddi tazminata konu olmaktadır. Örneğin, işçinin elinin kopması, yaralanması, bacağına kırılması gibi. İşçinin ruhsal zararına örnek olarak göçük altında kalan işçide kapalı yer fobisi oluşması ve bu sebeple işini sürdürememesi gösterilebilir.⁸⁹

Kişinin vücudunun bir parçası haline gelmiş protez organlara verilecek zararlar da vücut bütünlüğüne verilen maddi zarar olarak kabul edilmelidir.⁹⁰

b) Ekonomik Geleceğin Sarsılmasından Doğan Zararlar

İşçinin çalışma gücünün azalması ve ekonomik geleceğinin sarsılması birbirinden ayrı değerlendirilmelidir. İşçinin iş gücünün azalması her zaman ekonomik geleceğinin sarsılmasına yol açmaz. Örneğin işçinin ayağının kırılması sonucu bir süre çalışmaması ekonomik geleceğini etkileyen bir durum değildir. Ancak bazı hal-lerde işçinin uğradığı kaza onun çalışma gücünün azalmasına sebep olmasının yanında, gelecekteki kariyerini de etkileyebilmektedir. Bu nedenle, bu zarar kavramları ayrı ayrı ele alınmalıdır.⁹¹

c) Tedavi Masrafları

İşçinin iş kazası sebebiyle yapmış olduğu tüm tedavi masrafları BK m. 46 uyarınca işverenden tahsil edilebilir. Ancak, işçi SGK tarafından karşılanan sağlık yardımlarını ikinci kez işverenden isteyemez. Bu durumda, işçi ancak SGK tarafından karşılanmayan sağlık masrafı varsa bunu işverenden talep edebilir.⁹² İşçi iyiniyet kurallarına uygun olarak yaptığı masrafları isteyebilir. İşvereni zarara sokmak için durumun gereklerine aykırı yapılan masraflar istenemez.⁹³

⁸⁹ Süzek, 365; Mollamahmutoğlu, 995.

⁹⁰ Oğuzman/Öz, 558.

⁹¹ Süzek, 365; Karahasan, Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku Maddi Tazminat, 6. Bası, 2001, İstanbul, 264.

⁹² Mollamahmutoğlu, 906; Süzek, 367; Güneren, 622.

⁹³ Kılıçoğlu, Mustafa, Tazminat Hukuku, 2. Bası, 2005, İstanbul, 410-411.

2. Maddi Tazminatın Belirlenmesinde Kullanılan Esaslar

a) Genel Esaslar

İş kazası sonucu işçinin bu kazaya uğramasaydı ne durumda olması gerekiyorsa o durumun sağlanması amacıyla uğradığı tüm gelir kaybı tazminat olarak işverence ödenir. Amaç işçinin iş kazasından doğan zararlarının tümünün giderilmesidir.⁹⁴

Ancak uğranılan zararlar her duruma ve işçinin özelliklerine göre farklılık gösterdiğinden, Yargıtay bir takım kriterler üzerinden bu hesaplamaları yapmaktadır. İş kazası sonucu işçinin uğrayacağı zararlar daha sonra da ortaya çıkabileceğinden, işçinin meslekte kazanma gücü kayıp oranı, iş görebilme süresinin uzunluğu, yaşam süresi, kaza anındaki ücreti ve müterafik kusur gözönüne alınarak tazminat hesaplanır. Bunların yanında işçinin kazaya uğramasaydı hangi işlerde çalışacağı, kariyerinin ne şekilde devam edeceği belli olmadığından tazminat hesaplanırken, Yargıtay bazı varsayımları kabul etmiş, bazı değişkenleri sabit kabul etmiştir.⁹⁵

b) Meslekte Kazanma Gücü Kaybının Belirlenmesi

İşçinin uğradığı iş kazası sonucu çalışma gücünde meydana gelen azalma meslekte kazanma gücü kaybıdır ve tazminatın hesaplanmasında işçinin meslekte kazanma gücü kayıp oranının bilinmesi gerekir. İşçinin meslekte kazanma gücü kayıp oranı belirlenirken kazaya uğradığı anda yapmakta olduğu mesleği dikkate alınır.⁹⁶

Sosyal Sigortalar Sağlık İşlemleri Tüzüğünde⁹⁷ belirlenmiş cetveller doğrultusunda işçinin kaybettiği organa göre ne oranda meslekte kazanma gücünü kaybettiği tespit edilir. SGK'nın yardım yapmadan önce bu cetveller doğrultusunda yapmış olduğu hesaplama tazminat davalarında da işçinin meslekte kazanma gücü kayıp oranı bakımından esas kabul edilir.⁹⁸

İşçinin meslekte kazanma gücü kayıp oranı zamanla değişebilir. Yargıtay bu konuda bir içtihatında tazminat davası sürerken

⁹⁴ Süzek, 366.

⁹⁵ Akın, 103-104.

⁹⁶ Süzek, 367; Akın, 107-108.

⁹⁷ RG: 22.06.1972, 14223.

⁹⁸ Kılıçoğlu, 425; Süzek, 367.

işçinin maluliyet oranı değişirse bunun hesap sırasında dikkate alınması gerektiğini, maluliyetin artmasının karara esas alınmasının iddianın genişletilmesi sayılmayacağına karar vermiştir.⁹⁹

Borçlar Kanunu'nun 46. maddesinin son fıkrasına göre, tazminat hükmü anında işçinin uğradığı zararların belirlenmesi mümkün değilse hakim iki yıl içinde konuyu yeniden incelemeye yetkilidir. Bu düzenlemeye göre, iki yıl içinde işçinin maluliyet oranının artması sebebiyle, ek tazminat kararıyla, iş kazası tazminatı arttırılabilir.¹⁰⁰

Yargıtay meslekte kazanma gücü kaybı oranının belirlenmesinde çok titiz davranmaktadır. Bu konuda uzman bilirkişinin inceleme yapmasını kabul etmekte ve Adli Tıp Genel Kurulu'nu en üst merci kabul etmektedir.¹⁰¹ Yargıtay ayrıca meslekte kazanma gücü kaybının genel hükümler çerçevesinde hesaplanmasını kabul etmemektedir.¹⁰²

c) İş Görebilme Çağının ve Yaşam Süresinin Belirlenmesi

Maddi tazminatın hesaplanmasında işçinin ne kadar süre çalışma hayatının süreceği ve sonrasında da ne kadar yaşayacağı belirlenmesi önem taşımaktadır.¹⁰³

İş görebilme çağı işçinin fiilen çalışabileceği zamanı ifade eder. İşçinin belli bir süre çalıştıktan sonra hayatının kalan kısmını ise çalışmadan emekli olarak geçireceği kabul edilir. Yargıtay iş görebilme süresinin belirlenmesinde işçinin yapmakta olduğu işin özelliklerine, işçinin sağlık durumuna dikkat edilmesi gerektiğini, yasal emeklilik yaşının kabul edilmemesi gerektiğini vurgulamaktadır.¹⁰⁴ Yargıtay iş görebilme yaşını kural olarak 60 yaş olarak

⁹⁹ Yarg. 9 HD. 7.5.1964, 2782 (Akn, 117).

¹⁰⁰ Akn, 117.

¹⁰¹ Yarg. 21 HD. 1.2.2001, 112/605; Yarg. 21 HD. 17.10.2000, 6458/ 6949; Yarg. 21 HD. 26.10.2000, 7107/ 7266 (Kılıçoğlu, 425-427).

¹⁰² Yarg. 21. HD. 5.6.2001, 4151/4444 (Kılıçoğlu, 443).

¹⁰³ Süzek, 367.

¹⁰⁴ Yarg. 9 HD. 21.1. 1971, 14304/479 (Akn, 120).

kabul etmektedir.¹⁰⁵ İş görebilme yaşını 60 yaş kabul eden Yargıtay maden işçileri açısından maden işinde çalışmaları bakımından iş görme yaşını 50 yaş kabul etmektedir.¹⁰⁶

Yargıtay iş görme çağının kesintisiz geçirileceğini kabul etmekte, ancak askerlik sebebiyle bu sürenin kesilebileceğini kabul etmektedir.¹⁰⁷

Yaşam süresinin hesaplanması bakımından ise PMF yaşam tablosunda belirlenen esaslar kullanılmaktadır. İşçinin iş kazasına uğradığı andaki yaşı dikkate alınarak PMF tablosundaki verilere uyarlanarak yaşam süresi hesaplanmaktadır.¹⁰⁸ Bu hesaplama yapıldıktan sonra işçinin 60 yaşından sonra yaşlılık aylığı olarak kaç yıl yaşayacağı belirlenmiş olur.

d) İşçinin Ücretinin Belirlenmesi

Maddi tazminatın belirlenmesinde işçinin mahrum kaldığı ücretin saptanmasının önemi büyüktür. İşçinin iş kazasına uğradığı anda almış olduğu ücret dikkate alınır. İşçinin kazanç olasılığı dikkate alınmaz. Henüz gelir getiren bir meslekte çalışmayanlar için seçecekleri meslekte ne kadar ücret alacakları hesaplanır.¹⁰⁹ Maddi tazminatın hesabında kullanılan işçinin ücreti geniş anlamda ücrettir. Yani işçinin ücretinin içine prim, komisyon, ikramiye gibi ücret ekleri de girer.¹¹⁰ Olay tarihi ve dava tarihi arasında, ücrette meydana gelen artışların da dikkate alınması gerekir.¹¹¹

Yargıtay işçinin ücretinin belirlenmesinde ücretin bordroda düşük olarak gösterilmesi durumunda, ilgili meslek odasına ücretin sorulmasını ve karara geçek ücretin esas alınmasını aramaktadır.¹¹²

¹⁰⁵ Yarg. 21 HD. 21.1.1997, 126/132; Yarg. 21 HD. 15.10.1996, 4414/5666 (Süzek, 367); Güneren, 627.

¹⁰⁶ Akın, 120; Uluşan, 157.

¹⁰⁷ Yarg. 9 HD. 5.5.1975, 1068/2601 (Akın, 120).

¹⁰⁸ Süzek, 367.

¹⁰⁹ Kılıçoğlu, 413.

¹¹⁰ Süzek, 368; Kılıçoğlu, 414.

¹¹¹ Uluşan, 156.

¹¹² Yarg. 21 HD. 11.12.2001, 8370/8557 (Süzek, 368); Yarg. HGK. 3.12.2008, E:2008/9-719, K:2008/731 (Güneren, 685).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

İşçinin ücretinin bordrolardan tespit edilememesi durumunda Yargıtay emsal işçi kriterini kullanmaktadır. Yargıtay 12. Hukuk Dairesi 12.4.2004 tarihinde E. 2004/ 2885, K. 2004/ 3535 sayılı kararında “Davacının günlük ücretini işyeri kayıtlarından giderek ücret tediye bordrolarından saptamak, bordrolardan tesbit edilememesi durumunda işçinin yaşı, kıdemi, meslek durumu nazara alınarak emsal işi yapan işçilerin aldığı ücret gözönünde tutularak tazminat saptanmalıdır.” şeklinde karar vermiştir.¹¹³

Ücretin belirlenmesinde kullanılacak bir başka düzenleme de Uluslararası Çalışma Örgütüncü 1949 yılında kabul edilen ve Türkiye’nin de onayladığı 94 sayılı sözleşmedir. Buna göre, bir kamu kurumu ile anlaşma yapan özel kişilerce işlerin yürütülmesi durumunda, aynı işte kamu kurumunda çalışan işçilerden daha az ücret ile özel kişiler işçi çalıştıramazlar.¹¹⁴

İşçinin hüküm tarihinden iş görme çağının sonuna kadarki sürede içinde alacağı ücret bilinmediğinden, bu dönem için de işçinin kaza öncesi hesaplanan almış olduğu ücret esas alınır. Yargıtay kararları da işçinin almış olduğu son ücretin dikkate alınması yönündedir.¹¹⁵

İşçinin maddi tazminata esas ücreti belirlenirken, dava sürecinde yeni bir toplu iş sözleşmesi imzalanması durumunda, Yargıtay 21. Hukuk Dairesi’nin yerleşmiş içtihatına göre işçinin bu yeni sözleşme ile getirilen ücrete ilişkin düzenlemeden yararlanması gerekir. Yargıtay burada toplu iş sözleşmesinin kamu düzeninden olması gerekçesine dayanmaktadır.¹¹⁶

Maddi tazminatın hesabında kullanılacak ücret net ücrettir. Giydirilmiş ücret bulunduktan sonra bunun net ücrete dönüştürülmesi gerekmektedir. İşçinin brüt ücretinden, sigorta primi, gelir

¹¹³ Karakaş, İsa, İş ve Meslek Hastalıkları ihtilaf ve Çözüm Yolları, 2006, Ankara, 162-163.

¹¹⁴ Akın, 129; Kılıçoğlu, 423.

¹¹⁵ Yarg. 9 HD. 25.4.1980, 4586/5040 (Akın, 131).

¹¹⁶ Yarg. 21 HD. 28.11.2000, 8538/8519; Yarg. 21 HD. 26.11.2002, 9377/10143 (Kılıçoğlu, 418-420).

vergesi, damga vergisi ve sendika üyesi ise sendika aidatı çıkarılarak net ücret bulunmalıdır.¹¹⁷

e) Tarafların Kusurunun Belirlenmesi, Kaçınılmazlık Durumunun ve Hakkaniyetin Tazminata Etkisi

İş kazasından doğan maddi tazminatın belirlenmesinde tarafların kusur oranlarının etkisi büyüktür. Yargıtay yukarıda belirttiğimiz üzere, işverenin sorumluluğunu kusursuz sorumluluk olarak nitelendirmesine rağmen, ödenecek tazminatın hesabında işverenin kusur oranını dikkate almaktadır.¹¹⁸ İşverenin kusur oranı belirlenirken objektif ölçütlerin kullanılması gerekmektedir. Objektif ölçüt olarak, benzer şartlarda, işçi veya işverenin bulunduğu çevrede, normal bir insanın, zararın doğmasını önlemek için göstereceği özen dikkate alınmalıdır¹¹⁹.

Kusur oranları uzman bilirkişiler tarafından saptanmaktadır. Yargıtay'ın bu yönde bir çok kararı bulunmaktadır.¹²⁰ Ancak, mahkemeler aldıkları raporlarla bağlı değildir. Hakim gerekli gördüğü takdirde yeni bilirkişi heyeti oluşturup, kusur incelemesini tekrar yaptırabilir¹²¹. Borçlar Kanunu'nun 43. maddesi uyarınca, tazminatı hakim belirleyecektir. Hakim hal ve şartların durumuna göre, kusurun ağırlığına göre tazminatın çeşidini ve kapsamını belirleyecektir.¹²²

Kusurun hem işçi hem işverende olması durumunda BK m. 44 uyarınca müterafik kusur hükümleri uygulanacaktır¹²³.

İşverenin kusuru iş güvenliği hükümlerine aykırı davranmasıyla yani gerekli önlemleri almaması, işçileri denetlememesi,

¹¹⁷ Kılıçoğlu, 424; Akın, 134.

¹¹⁸ Yarg. HGK. 16.6.2004, 21-365/359; Yarg. 21 HD. 9.5.2005, 2228/4779; Yarg. 21 HD. 28.6.2005, 5047/6878; Yarg. 21 HD. 16.5.2005, 2109/5095 (Süzek, 369).

¹¹⁹ Akın, Gözetme Borcu, 156.

¹²⁰ Yarg. 21 HD. 7.7.2006, 7203/7547; Yarg. 21 HD. 5.2.2007, 19857/1345; Yarg. 21 HD. 1.5.2006, 3236/4481; Yarg. 21 HD. 25.1.2007, 20218/544 (Süzek, 369).

¹²¹ Akın, Gözetme Borcu, 157.

¹²² Oğuzman/Öz, 574.

¹²³ Ayrıntı için bkz. Karahasan, Maddi Tazminat, 530 vd.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

eğitmemesi durumunda söz konusu olur. Yargıtay da işverenin kusurunun belirlenmesinde iş sağlığı ve güvenliği önlemlerine uyup uymadığını ölçüt kabul etmektedir.¹²⁴ İşçi açısından kusur ise, işverenin aldığı önlemlere uymaması ve bu yöndeki talimatlarına aykırı davranması durumunda ortaya çıkar. İşçi ve işverenin kusuru kaza sonrası davranışlarıyla zararın artmasına sebebiyet vermeleri şeklinde de gerçekleşebilir.¹²⁵

İşçi ya da işveren tazminat davası sonucu verilen kararı temyiz etmeleri durumunda kararın kendi lehine bozulan taraf açısından kusur oranı usuli kazanılmış hak oluşturur. Yani müterafik kusur oranının yeniden görülen davada kusur oranının lehine bozulan taraf aleyhine değiştirilmesi mümkün değildir.¹²⁶

İş kazasının kaçınılmazlık halinde meydana gelmesi durumunda tazminatın hakkaniyet ölçüsüne göre belirlenmesi gerekir. Kaçınılmazlık, işveren tarafından iş güvenliği önlemlerinin tümü alınmış olmasına rağmen zararın kısmen veya tüm olarak meydana gelmesinin engellenememesi durumudur.¹²⁷ Kaçınılmazlık sonucu meydana gelen iş kazasında işçinin de kusurunun bulunması durumunda, öncelikle müterafik kusur hükümlerine göre işçinin kusur oranına göre tazminattan indirim yapıldıktan sonra, kalan zararın hakkaniyet ölçüsüne göre işverene yükletilmesi gerekmektedir.¹²⁸ Yargıtay işçinin işverene karşı daha güçsüz olmasını dikkate alarak ve işçiyi koruma, sosyal devlet ilkesi gibi nedenlerle, kaçınılmazlık durumunda işverenin daha fazla sorumlu tutulması gerektiğini kabul ederek, %60 oranında işvereni zarardan sorumlu tutmaktadır.¹²⁹

¹²⁴ Yarg. 21 HD. 18.4.2005, 2162/3880 (www.kazanci.com).

¹²⁵ Akın, 141-142.

¹²⁶ Akın, 146.

¹²⁷ Tuncay/Ekmekçi, 289.

¹²⁸ Yarg. 21. HD. 15.4.1997, 2612/2669 (Süzek, 371); Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 13.5.2004 tarihli 4063/4889 sayılı kararında olayın kaçınılmazlık olarak nitelendirilmesinin manevi tazminat takdir edilmesine engel olmayacağını belirtmektedir. (Güneren, 1353).

¹²⁹ Güneren, 572; Yarg. 21 HD. 26.4.2004, 3015/4094 (Güneren, 589-590).

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 26.2.2004 tarihli E. 2004/899, K. 2004/1629 sayılı kararında şu şekilde ifade edilmiştir; “Bir olayın tamamen kaçınılmazlık sonucu meydana geldiğinin saptanması halinde hakim, işverenin sorumluluğunu, BK m. 42 uyarınca hakkaniyet ölçüsünde saptamalıdır... İşverene %50-60 oranında bir sorumluluk takdir etmek hakkaniyete uygun düşecektir... İşverene biraz daha fazla sorumluluk verilmesi, sosyal hukuk devleti ilkesi gereği düşünülebilir.”¹³⁰

Yargıtay iş kazası sonucu işverenin sorumlu olacağı tazminat miktarı belirlenirken, işverenin ekonomik durumunun da göz önüne alınması gerektiğini kabul etmektedir. Yargıtay, tazminat karşı tarafı zenginleştirme aracı olmadığı gibi, diğer tarafın “ticari yaşamdan silinmesi” sonucunu da yaratmaması gerektiğini karara bağlamıştır.¹³¹

3. Maddi Tazminatın Hesaplanması

a) Tazminatın Hesaplanma Tarihi

İş kazası sonucu meydana gelen zararların bir kısmı kaza anında (işlemiş zarar) bir kısmı ise gelecekte ortaya çıkacağından (işleyecek zarar) hesaplamalarda iki ayrı zaman dilimi gözönüne alınmalıdır. Uygulamada hesap tarihi olarak hüküm tarihi kabul edilmektedir. BK m. 46’da “hüküm anında zarar hakkında yeterli kannaatin oluşmaması” ifadesine yer verilmesiyle zararın hüküm anında hesaplandığı kabul edilmiştir. İşçinin özellikleri bakımından hüküm tarihindeki durum nazara alınarak hesaplar yapılırsa da, işçinin ücreti bakımından kaza anındaki ücret hesaplara esas alınır. Gelecekte gerçekleşmesi beklenen zararlar açısından ise sermayeleştirme, “gelecekte gerçekleşecek zararların hüküm tarihinde ifade ettikleri değerler belirlenerek iş kazası tazminatı içinde zarar olarak yer almalarının sağlanması”, hüküm tarihinde yapılmaktadır.¹³²

¹³⁰ Karakaş, 203-204; Şahbaz, 91-92.

¹³¹ Yarg. 21 HD. 17.3.1998, 815/1867 (Süzek, 371-372).

¹³² Akın, 183-185.

b) Zararın Belirlenmesi

İşçinin zararının hesaplanmasında işlemiş ve işleyecek zararlar ayrı ayrı ele alınmaktadır. İleride gerçekleşmesi varsayılan zararlar da iki bölüme ayrılmaktadır; işçinin iş görebilme çağı içindekiler (aktif dönem) ve işçinin çalışma çağının bitimi ve yaşam süresinin sonuna kadarki dönem (pasif dönem) içindekiler.¹³³

İşçinin maddi zararının hesaplanmasında öncelikle, kaza tarihinden hüküm tarihine kadar çalışmamasından doğan maddi kayıplar dikkate alınır. Burada, yukarıda açıklandığı üzere işçinin ücretinin tayin edilmesi ve çalışmadan geçen süre için alamadığı ücretlerin ve sosyal hakların hesaplanması gerekir. Bu hesaplama ile işçi çalışabilseydi ne durumda olacaksa, işçinin o duruma getirilmesi amaçlanır.¹³⁴

Kazalanan işçinin çalışma gücünün azalması durumunda, işçi çalışma gücünün tümünü yitirmediğinden, işçinin çalışma gücü kayıp oranı ile hesaplanan maddi tazminat oranı çarpılarak işçinin uğradığı ve uğrayacağı zarar hesaplanır.¹³⁵

İşçinin sakat kalması durumunda, ileride çalışamayacak olması sebebiyle, hüküm tarihindeki son ücreti üzerinden yoksun kalacağı maddi menfaatler hesaplanır. Burada Yargıtay Daireleri¹³⁶, işçinin iş görebilme çağının sonuna kadar enflasyonun etkisi dikkate alınarak işçinin son ücretinin %10 oranında arttırılması gerektiğini, ancak işçinin ücretini her ay çalışma sonucu aldığını ancak maddi tazminat olarak işçiye bu ücretlerin tek seferde ödendiğinin de dikkate alınması ve sebepsiz zenginleşmeye sebep olmaması için %10 oranında indirimle gidilmesi gerektiğini ortak görüş olarak kabul etmektedir.¹³⁷

İşçinin kaza sonucu sürekli bakıma muhtaç olması durumunda ise, işçi Kurum tarafından kendisine bağlanan sürekli tam veya kısmi iş göremezlik gelirin %50 oranında arttırılmış haliyle karşılanamayan zararları için işverenden maddi tazminat davası ile ba-

¹³³ Süzek, 372.

¹³⁴ Süzek, 372.

¹³⁵ Akm, 210.

¹³⁶ Yarg. 13. HD. 16.6.2000, E. 1999/6625, K. 2000/5604 (Kılıçoğlu, 439).

¹³⁷ Kılıçoğlu, 439; Süzek, 373-374.

kiye zararının karşılanması talep edebilir. Yargıtay, işçinin sürekli bakıma muhtaç olması durumunda SGK tarafından bağlanan gelirlerde yapılan %50'lik artışın maddi tazminatın miktarında da uygulanması gerektiğini kabul etmektedir.¹³⁸ Hesaplanacak maddi tazminatın ne şekilde %50 arttırılacağı konusunda Yargıtay, işçinin hesaba esas kabul edilen ücretinin %50 arttırılmasıyla bunun sağlanmasını kabul etmiştir. Ancak işçinin ücreti asgari ücretin üstünde ise %50 artışın asgari ücrete uygulanacağını kabul etmiştir.¹³⁹ Tabii işçinin SGK'dan almış olduğu yardımlar maddi tazminatın hesabında tazminattan düşülür.¹⁴⁰

İşçinin iş görebilme çağının bitimi ile yaşam süresinin sonuna kadar geçecek süre maddi tazminatın hesaplanmasındaki üçüncü dönemdir. Bu dönem işçinin artık yaşlılık aylığına hak kazandığının varsayıldığı dönemdir. İşçinin bu dönemdeki maddi zararı, işçinin 60 yaşına geldiği tarihte 5510 sayılı Kanun kapsamında olması gereken yaşlılık aylığı hesaplanarak ve bunun yıllığa çevrilmesiyle üzerine sosyal yardım zammının eklenmesiyle bulunan miktar işçinin yaşam süresine göre her yıl için %10 artırım ve %10 indirim oranları uygulanarak hesaplanır.¹⁴¹ İşçinin iş kazası davası sırasında ölmesi durumunda Yargıtay hesaplamaların ölüm tarihine kadar yapılması gerektiğini çünkü ihtimali ölüm olayının gerçekleşmiş olduğunu kabul etmektedir.¹⁴²

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 1.2.2001 tarihli, E. 2001/231, K. 2001/601 sayılı kararında yukarıda açıkladığımız esasların maddi tazminatın hesabında kullanılacak ilkeler olduğuna yer vermektedir.¹⁴³

Yukarıda açıklanan şekilde hesaplanan zararlar, işçinin bürüt zararıdır. İşçinin bürüt zararı gelir stopaj vergisinin, damga vergisi-

¹³⁸ Yarg. 9 HD. 23.6.1987, 4540/6291 (Akm, 221).

¹³⁹ Yarg. 9 HD. 27.12.1988, 12132/12586 (Akm, 222).

¹⁴⁰ Akm, 221-222.

¹⁴¹ Süzek, 374.

¹⁴² Yarg. 21. HD. 14.11.2000, 8089/7972 (Kılıçoğlu, 441).

¹⁴³ Kılıçoğlu, 437.

nin, sigorta primleri işçi payının ve sendika aidatının düşülmesiyle netleştirilir.¹⁴⁴

İş kazasında maddi zarar hesaplamaları bilirkişiler tarafından yapılmaktadır (HUMK m. 275). Ancak hakim bu hesaplamayı kendisi de yapabilir. Yargıtay da hakimin matematiksel hesaplamalar için bilirkişinin görüşünü alabileceğini ancak bilirkişi raporunun hakim tarafından denetlenmesi gerektiğini kabul etmektedir.¹⁴⁵

c) İndirimler

Tazminat karşı tarafı zenginleştirme aracı olarak kullanılmaz. Borçlar Kanununda denkleştirmeye ilişkin genel bir hükme yer verilmemiş olmasına rağmen Öğreti ve Yargıtay tarafından bu kurum kabul edilmektedir. Bu sebeple işçinin uğradığı zararları talep etmesi durumunda, sağlamış olduğu yararların da hesaplanan bu brüt zarar miktarından indirilmesi gerekir¹⁴⁶.

Yukarıda açıkladığımız üzere öncelikle işçinin brüt maddi zararı maluliyet oranı %100 olması durumunda uğrayacağı zararı göstermektedir. Bu nedenle, işçinin maluliyet oranı ve bulunan brüt zarar çarpılarak işçinin gerçekte iş kazası sonucu uğradığı zarar bulunur.¹⁴⁷

Bunun dışında, işçiye SGK tarafında sağlanan sağlık yardımları, geçici veya sürekli iş göremezlik geliri bağlanması veya malullük aylığı bağlanması ile elde ettiği yararlar hesaplanan miktardan düşülür.¹⁴⁸ Yargıtay mükerrer ödemeye yer verilmemesi gerektiğini kararlarında da belirtmektedir.¹⁴⁹ SGK sigortalının tedavi masraflarını ve tedavi süresince gerekli ilaç masraflarını karşılar ve iyileştirme araçlarını sağlar. Hangi sağlık yardımlarının Kurumca sağlanacağı SSGSSK m. 63'te belirtilmiştir. İşçi işte ancak SGK tarafından karşılanmayan sağlık yardımları için işverenden maddi tazminat talebinde bulunabilir.

¹⁴⁴ Akın, 222-223; Süzek, 375.

¹⁴⁵ Yarg. 21 HD. 6.6.2002, 4702/5437 (Kılıçoğlu, 442).

¹⁴⁶ Karahasan, Maddi Tazminat, 133-134.

¹⁴⁷ Süzek, 376.

¹⁴⁸ Akın, 186-197; Süzek, 376.

¹⁴⁹ Yarg. 21 HD. 13.5.2002, 3320/4317 (Kılıçoğlu, 444).

SGK tarafından sağlanan parasal yardımlara gelince, sigortalının iş kazası sonucu çalışmadığı her gün için Kurum tarafından yapılan parasal yardıma geçici iş göremezlik ödeneği denir. Burada amaç sigortalının çalışmadığı süre içinde mahrum kaldığı ücret gelirinden doğan kaybının telafi edilmesidir.¹⁵⁰ Geçici iş göremezlik ödeneğinin miktarı ayakta tedavilerde işçinin günlük ücretinin 2/3'ü, yatarak tedavilerde ise yarısıdır (SSGSSK m. 18/III ve m. 17). İşçi iş göremez duruma düşmüşse Kurum, sigortalıya sürekli iş göremezlik geliri bağlar. Sürekli iş göremezlik geliri alabilmek için sigortalının meslekte kazanma gücü kaybının en az %10 olması gerekir.¹⁵¹ Bunların dışında, meslekte kazanma gücünü en az %60 oranında kaybeden sigortalıya koşulları gerçekleşmişse Kurumca malullük aylığı bağlanır (SSGSSK m. 25). Sigortalı hem malullük aylığı hem de sürekli iş göremezlik geliri almaya hak kazanmışsa, bunlardan yüksek olanın tamamını, düşük olanın ise yarısını alabilir (SSGSSK m. 54/II).

Bir başka brüt zarardan yapılacak indirim, yukarıda açıklanıldığı üzere Borçlar Kanunu'nun 43. ve 44. maddeleri uyarınca müterafik kusura ve hakkaniyete göre hakimın takdir edeceği indirimdir.¹⁵²

Yargıtay kararlarına da bakıldığında brüt maddi zararın hesaplanmasının ardından işçinin sağlanmış olduğu yararların indirilmesi gerektiği ve bu indirim kalemleri belirtilmiştir.¹⁵³

¹⁵⁰ Güzel/Okur/Canıklıoğlu, 352; Ekmekçi, 279.

¹⁵¹ Güzel/Okur/Canıklıoğlu, 360; Ekmekçi, 280.

¹⁵² Ayrıntı için bkz. Güneren, 779 vd.

¹⁵³ Yarg. 21. HD. 29.3.2001, 2071/2372; Yarg. 21 HD. 1.2.2001, 231/601; Yarg. 21 HD. 29.11.2001, 8033/8189 (Süzek, 377).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

d) Faiz

İşçi iş kazası sonucu uğradığı maddi zararlarının tazminini isterken bu zararları için faiz isteme hakkına da sahiptir. Ancak iş kazası sonucu doğan zararlar için istenecek faizin niteliği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüş buradaki faizin temerrüt faizinin bir türü olduğunu kabul ederken, bir başka ve çoğunluk görüşü bunun tazminat faizi olduğunu savunmaktadır.¹⁵⁴

İşçi açmış olduğu maddi tazminat davasında faiz istememiş veya bu hakkını saklı tutmamışsa, hakim sadece tazminata hükmedebilir. İşçinin yargılama sırasında tazminat isteyebilmesi bu durumda işverenin kabulüne bağlıdır.¹⁵⁵

İş kazalarında bütün zarar kazanın meydana geldiği anda doğmamakta, zamanla zarar ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle faizin hangi tarihten başlayacağı tartışma konusu olmuştur. Yargıtay da farklı uygulamalara gitmiştir. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu¹⁵⁶ faizin kaza anından başlatılmasını kabul etmektedir.¹⁵⁷

4. Zararın Tazmin Şekli

Beden bütünlüğünün ihlali, ekonomik geleceğin sarsılması ve gelecekte yapılacak tedavi masraflarına ilişkin maddi zararların nakden ödenmesi gerekmektedir. Ancak ödeme irat veya sermaye şeklinde yapılabilir.¹⁵⁸

Borçlar Kanunu'nun 43. maddesinin 2. fıkrasında "*zarar ve ziyan irat şeklinde tayin olunduğu takdirde borçludan icabeden teminat alınır*" ifadesini kullanarak zararın irat şeklinde tanzim edilebileceği de kabul edilmiştir. Hakim durumun şartlarına göre irat şeklinde ya da kapital şeklinde tazminatın ödenmesine karar verebilir.¹⁵⁹ Ancak irat şeklinde ödemeye karar verilmesi durumun-

¹⁵⁴ Akın, 150; Yarg. 9 HD. 14.1.1982, 11606/207 (Akyiğit, 1983-1984); Görüşler konusunda ayrımı için bkz. Karahasan, Maddi Tazminat, 82 vd.

¹⁵⁵ Şahbaz, 208; Karahasan, Maddi Tazminat, 130; Güneren, 1016.

¹⁵⁶ HGK, 28.6.1995, E:1994/9-690, K:1995/691 (Şahbaz, 211).

¹⁵⁷ Yarg. 21 HD. 1.5.1995, 518/2002 (Süzek, 377); Akın, 155; Şahbaz, 211; Güneren, 1012-1013.

¹⁵⁸ Şahbaz, 203.

¹⁵⁹ Akın, 265.

da, işçinin alacağını güvence altına almak için işverenin teminat göstermesi gerekmektedir (BK m. 43/II).

Ancak Yargıtay uygulamasında iş kazası tazminatlarının ödenmesinde sermaye sistemi benimsenmiştir. İrat sistemine hemen hemen hiç başvurulmamaktadır. Hakimin irat sistemini seçmesinde bir engel yoktur, ancak uygulama bu yönde değildir. Sermaye şeklinde ödenecek tazminatın taksite bölünüp bölünemeyeceği de tartışmalıdır.¹⁶⁰ Doktrinde de tazminatın sermaye şeklinde ödenmesini savunan görüş ağır basmaktadır. İşçinin zararlarına ilişkin tazminatı tek seferde alması onun lehine sonuçlar doğurmaktadır.¹⁶¹

5. Destekten Yoksun Kalma Tazminatı

İşverenin işçiyi gözetme borcuna aykırı davranması sonucu, iş kazasına uğrayan işçinin ölmesi halinde, işçinin ölümü ile onun desteğinden yoksun kalanlar işverenden destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilirler. BK. m. 45/2'de¹⁶² destekten yoksun kalanların zararlarının tazmin edilmesi gerektiği düzenlenmiştir. BK. m. 332/II'de ise, destek yoksun kalanların tazminat taleplerinin de akdi sorumluluk esasına tabi olduğuna yer verilmiştir.¹⁶³ Destekten yoksun kalanların uğradıkları zararlar aslında yansıma zararlarıdır bu nedenle BK. m. 45/II hükmüne yer verilmeseydi bu zararların tazmini sözkonusu olamayacaktı. BK. m. 45/II'de yapılan düzenleme ile bu zararların tazmini imkanı doğmuştur ve destekten yoksun kalma tazminatı talep hakkı, haksız fiile doğrudan muhatap olmayan fakat doğrudan destekten yoksun kalanların şahsında doğmaktadır.¹⁶⁴ Destekten yoksun kalma tazminatı talep hakkı, mirasçılık sıfatından bağımsız bir hak olduğundan, ölen işçiden hak sahiplerine geçen bir hak değildir. Bu nedenle, ölen işçinin, ölmeden önce dava hakkından feragat etmesi, işverenle sulh anlaş-

¹⁶⁰ Akın, 266.

¹⁶¹ Şahbaz, 207.

¹⁶² BK. MADDE 45/II: "Ölüm neticesi olarak diğer kimseler müteveffanın yardımından mahrum kaldıkları takdirde, onların bu zararını da tazmin etmek lazımgelir."

¹⁶³ Süzek, 378; Mollamahmutoglu, 997; Eren, 159-160.

¹⁶⁴ Oğuzman/Öz, 564; Seratlı, 64.

ması yapması ya da işvereni affetmesi, destekten yoksun kalanların tazminat taleplerini etkilemez.¹⁶⁵

Destekten yoksun kalma tazminatının amacı, destekten yoksun kalan kişinin, iş kazası sonucu ölüm gerçekleşmeseydi, ne kadar yardım görecekse bu zararının tazminat olarak peşin ve toptan ödeme yoluyla karşılanmasıdır.¹⁶⁶

İşçi ve işveren arasında BK. m. 99 uyarınca sorumsuzluk anlaşması yapılması durumunda, destekten yoksun kalma tazminatı talep edilip edilemeyeceğinin de incelenmesi gerekir. BK. m. 99 uyarınca, işveren hafif kusuru halinde sorumlu olmayacağına dair sorumsuzluk anlaşması yapabilir. Ancak, bedensel zarar, ölüm ve manevi zararlar bakımından sorumsuzluk anlaşması, bunların kişilik haklarıyla ilgili olması nedeniyle geçersiz kabul edilmelidir.¹⁶⁷ Ayrıca, sorumsuzluk anlaşmalarının geçerli olmayacağına ilişkin bir başka görüş, BK. m. 332 ve İş K. m. 77 emredici nitelik taşıdığından bunlara aykırı sorumsuzluk anlaşmaları da yapılamayacaktır gerekçesine dayanmaktadır.¹⁶⁸

Destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilmek için öncelikle iş kazası sonucu ölen işçinin, geride kalanların desteği olduğunun belirlenmesi gerekmektedir.¹⁶⁹ İş kazası sonucu ölen işçi, geride kalanların geçimini kanunen zorunlu olmasa bile kısmen veya tamamen sağlayacak şekilde fiilen ve düzenli olarak yardımda bulunuyorsa ve ölüm olayı gerçekleşmeseydi bu yardımlarını sürdüreceği konusunda güçlü bir olasılık bulunuyorsa, destek sayılır.¹⁷⁰ Ancak sürekli ve düzenli yapılan yardımların ölümden sonra da devam edeceği kabul edilebilir.¹⁷¹ Destek olan işçinin bu desteği yapmaktaki amacının ahlaka aykırı olması durumunda, yapılan yardımlar destekten yoksun kalma tazminatı talebine dayanak ola-

¹⁶⁵ Seratlı, 74; Karahasan, Maddi Tazminat, 282-283.

¹⁶⁶ Süzek, 384; Seratlı, 64; Yarg. HGK. 25.5.1984, E: 982/9-301, K:1984/619 (Karahasan, Maddi Tazminat, 281).

¹⁶⁷ Seratlı, 77 dipnot 51'deki yazarlar.

¹⁶⁸ Seratlı, 78 dipnot 52'deki yazarlar.

¹⁶⁹ Mollamahmutoğlu, 997.

¹⁷⁰ Süzek, 378; Eren, 161; Seratlı, 83; Karahasan, Maddi Tazminat, 284.

¹⁷¹ Oğuzman/Öz, 565.

maz.¹⁷² Ölen işçinin desteğinin yasadan veya sözleşmeden kaynaklanan bakma yükümlülüğü olması da şart değildir.¹⁷³ Destek kavramı bakımından bir başka özellik, bir kişinin destek sayılması için ölüm anında yardımda bulunuyor olması zorunlu değildir. İleride kurulacak bir yardım ilişkisinin varlığı halinde de, bu yardımdan mahrum kalan kimse destekten yoksun kalma tazminatı talep edebilir.¹⁷⁴ Destek, para ya da ayni yardım şeklinde olabileceği gibi hizmet şeklinde de gerçekleşebilir.¹⁷⁵

Destekten yoksun kalma tazminatı talep edilebilmesinin diğer koşulu, ölen işçinin bakım gücü, desteklenenin ise bakım ihtiyacının bulunmasıdır. Ölen işçinin, destekten yoksun kalan kimseye bakacak ekonomik güce sahip olması gerekmektedir. Ancak, ölen işçinin, desteklediği kimsenin tüm ihtiyaçlarını karşılayacak düzeyde ekonomik gücünün bulunması gerekmez. Desteklenen kişinin ihtiyaçlarının bir bölümünü karşılaması yeterlidir.¹⁷⁶ Destekten yoksun kalanlar bakımından ise, ölüm yüzünden hayat seviyelerinin düşmüş olması gerekmektedir. Desteklenen kimsenin sıkıntı içine düşmesi aranmaz, yaşam düzeyinin azalması tazminat talebinde bulunabilmek için yeterlidir. Normal sosyal düzeye uygun yaşantı tarzının dışında kalan aşırı giderleri gerektiren yaşam tarzı bakım ihtiyacı olarak kabul edilemez.¹⁷⁷ Ancak, desteklenen kişi, ölüm sayesinde veya başka sebeple, işçinin ölümü nedeniyle mahrum kaldığı destek ihtiyacını karşılamaktaysa artık destek ihtiyacı devam etmediğinden, destekten yoksun kalma tazminatı da sözkonusu olmaz.¹⁷⁸ Ancak Yargıtayın 6.3.1978 tarihli ve 1/3 sayılı İBK'na göre, destekten yoksun kalma tazminatının saptanmasında

¹⁷² Seratlı, 83.

¹⁷³ Süzek, 379; Mollamahmutoğlu, 998; Yarg. HGK 18.4.2007, 4/222-222 (Güneren, 945).

¹⁷⁴ Eren, 162; Seratlı, 65.

¹⁷⁵ Güneren, 946.

¹⁷⁶ Mollamahmutoğlu, 998, Süzek, 379; Eren, 167; Seratlı, 90.

¹⁷⁷ Mollamahmutoğlu, 998; Süzek, 379; Oğuzman/Öz, 568.

¹⁷⁸ Oğuzman/Öz, 567.

T.C. Emekli Sandığına sağlanan gelirlerin indirilmemesi gerekmektedir.¹⁷⁹

Destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanırken, iş kazası sonucu işçi ölmeydi, desteklenenlere ne kadar süre yardımda bulunacağı belirlenmesi gerekmektedir. Sürenin hesabında, ölen işçinin yardım sağlayacağı süre ve desteklenenin destek ihtiyacının devam ettiği süre tesbit edilecektir. Destek ihtiyacı desteklenen kişiye göre değişebilmektedir. İşçinin, destek sağlayacağı süre, ölüm olayı gerçekleşmeseydi muhtemel yaşam süresi kadardır. İşçinin yaşam süresi PMF tablosuna göre belirlenir ve bu süre için destekten yoksun kalma tazminatı hesaplanır.¹⁸⁰ Hesaplanan tazminat, tazminat alacaklısının zenginleşmesini engellemek için bir takım indirimlere de tabi tutulur. Destekten yoksun kalma tazminatında amacın, desteği yitiren kişinin hayat seviyesini aynı derecede tutabilmek olduğuna değinilmişti. Bu nedenle, ölüm sonucu desteğini yitiren kişinin elde ettiği çıkarların zarardan indirilmesi gerekmektedir.¹⁸¹ Bunlar, desteklenen kimse ölenin mirasçısı ise elde ettiği miras, sağ kalan eşin evlenme şansı, özel sigortadan elde edilen tazminatlar, destek için artık yapılması gerekmeyen giderler, Sosyal Güvenlik Kurumu tarafından bağlanan giderlerin peşin sermaye değeri, varsa ölen işçinin BK. m. 44 uyarınca müterafik kusura ve BK. m. 43 uyarınca hakimin hakkaniyet gereği yapacağı indirimlerdir.¹⁸²

¹⁷⁹ Oğuzman/Öz, 568.

¹⁸⁰ Süzek, 380; Oğuzman/Öz, 569; Mollamahmutoğlu, 998.

¹⁸¹ Karahasan, Maddi Tazminat, 324.

¹⁸² Süzek, 385; Eren, 176 vd.

VII. Manevi Tazminat Davası

1. Manevi Tazminatın Hukuki Dayanağı

Vücut bütünlüğünün ihlal edilmesi veya adam ölmesi durumunda manevi tazminat Borçlar Kanunu'nun 47. maddesinde¹⁸³ özel olarak düzenlenmiştir. Bu hükme göre bir insanın öldürülmesi veya cismani zarara uğraması durumunda hakim, olayın şartlarını dikkate alarak zarara uğrayan kişiye veya ölen kişinin yakınlarına manevi tazminat olarak bir miktar para ödenmesine karar verebilir. Hakimin manevi tazminata hükmedebilmesi için davada talep edilmesi gerekmektedir.¹⁸⁴ Yargıtay dava dilekçesinde manevi tazminat talebinde bulunmayan davacının dava sırasında ıslah yolu ile manevi tazminat talebinde bulunmasını kabul etmemektedir.¹⁸⁵

İş kazasında da işçi bedensel veya ruhsal bir zarara uğramaktadır ya da iş kazası sonucu işçi ölmektedir. Bu durumda, manevi tazminatın koşulları gerçekleşmişse, işçi ya da işçinin ölümü halinde yakınları maddi tazminat yanında manevi tazminat da talep edebilirler.¹⁸⁶ İşverenin manevi tazminat sorumluluğu, kusuru bulunmadığı durumlarda da devam etmektedir. İşveren illiyet bağı bulunması şartıyla, kusuru olmasa bile kusursuz sorumluluğu söz konusu olduğu hallerde manevi tazminattan sorumludur¹⁸⁷.

Manevi tazminatla karşılanmak istenen zarar, işçinin cismani zarar nedeniyle duyduğu elem ve acılardır. Örneğin, işçinin iş kazası sonucu yüzünde meydana gelen değişiklik sonucu duyduğu üzüntü.¹⁸⁸

¹⁸³ BK. Madde 47: "*Hakim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara düşer olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir.*"

¹⁸⁴ Oguzman/Öz, 696; Karahasan, Mustafa Reşit, Tazminat Hukuku Manevi Tazminat, 6. Bası, 2001, İstanbul, 74.

¹⁸⁵ Yarg. 21. HD. 21.9.2006, 9647/8783; Yarg. 21 HD. 27.6.2006, 5897/7047 (www.kazanci.com).

¹⁸⁶ Süzek, 386.

¹⁸⁷ Güneren, 1348.

¹⁸⁸ Mollamahmutoğlu, 1000; Karahasan, Manevi Tazminat, 56. *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)*

Olayın işçinin kişilik haklarına saldırı niteliğini taşıması durumunda da işçi BK m. 49 uyarınca manevi tazminat talep edebilir.¹⁸⁹

2. Manevi Tazminat İsteyebilecek Kişiler

a) İş Kazası Ölümle Sonuçlanmamışsa

İş kazası ölümle sonuçlanmamışsa, manevi tazminatı kural olarak, iş kazası sonucu elem ve acı duyan işçinin talep etmesi gerekir. Öğretide bazı yazarlar bu hakkın kişiye bağlı haklardan olduğunu ve bu nedenle ancak zarara uğrayan işçi tarafından kullanılabilceğini işçinin yakınları tarafından kullanılamayacağını kabul etmektedirler.¹⁹⁰

Kanun'un metnine bakıldığında, işçinin ölümü halinde yakınlarının manevi tazminat talebinde bulunabilecekleri, işçi ile beraber böyle bir talep haklarının olmadığı şeklinde bir yaklaşım görülmekte ise de, işçinin yakınlarının uygun illiyet bağı içinde normun koruma alanına giren zararları için işçi ile birlikte manevi tazminat talep etmeleri mümkündür.¹⁹¹ Yargıtay da işçi ile birlikte yakınlarının da duydukları acı ve elem sebebiyle manevi tazminat isteminde bulunabileceklerini kabul etmektedir.¹⁹²

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi 7.10.1997 tarihli E. 1997/6111, K. 1997/6174 sayılı kararında eş ve çocukların manevi tazminat talep edebileceklerini şu gerekçeyle kabul etmiştir; "*İş kazası sonucu meydana gelen cismani zarar durumunda manevi tazminatı ancak doğrudan doğruya cismani zarara uğrayan kişi isteyebilir. Kuşkusuz olay nedeniyle cismani zarara uğrayan davacının eş ve çocuklarının da ruhsal sağlıkları ağır biçimde bozularak tedavi olmak zorunda kalmaları durumunda, illiyet bağı gerçekleşmiş olacağından, onların da manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmelidir.*"¹⁹³

¹⁸⁹ Akyiğit, 1952.

¹⁹⁰ Süzek, 386 dipnot 107'deki yazarlar.

¹⁹¹ Mollamahmutoğlu, 999.

¹⁹² Yarg. HGK. 26.4.1995, 122/430 (Mollamahmutoğlu, 999); Yarg. 21 HD. 27.10.2004, 8116/9009; Yarg. HGK. 22.9.1987, 9-183/655 (Kılıçoğlu, 888).

¹⁹³ www.kazanci.com.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 14.2.2002 tarihli E. 2002/286, K. 2002/1057 sayılı kararında işçinin yakınlarının da manevi tazminat talep edebilecekleri benzer şu gerekçelerle kabul edilmiştir; “Manevi tazminat isteme hakkı doğrudan doğruya cismani zarara uğrayan kişiye aittir. Yansıma yoluyla aynı elem nedeniyle manevi üzüntü duyanlar manevi tazminat isteyemezler. Ancak cismani zarar kavramına ruhsal bütünlüğün ihlali, sinir bozukluğu veya hastalığı gibi hallerin girdiği bu maddelerde sadece maddi sağlık bütünlüğünün değil ruhsal ve sinirsel bütünlüğün de korunduğu öğretide ve Yargıtay kararlarında kabul edilmektedir. Öyleyse bir kişinin cismani zarara uğraması durumunda, onun (ana, baba, karı, koca gibi) çok yakınlarından birinin de aynı elen nedeniyle ruhsal ve sinirsel sağlık bütünlüğü ağır şekilde bozulmuşsa (örneğin eleme uğrayan yakın kişi % 100 iş göremez duruma gelmişse) onların da manevi tazminat isteyebilecekleri kabul edilmelidir. Bu durumda onların zararları ile haksız eylem arasında uygun illiyet bağı mevcut olduğundan yansıma yoluyla değil, doğrudan zarara uğrama sözkonusudur. ”¹⁹⁴

Yargıtay iş kazası sonucu işçinin maluliyet oranının düşük olduğu durumlarda, işçinin yakınlarının ruhsal sağlıklarının ağır bir şekilde bozulduğunu kabul etmeyerek manevi tazminat taleplerini reddetmektedir.¹⁹⁵

¹⁹⁴ www.kazanci.com; Aynı yönde, Yarg. 21 HD. 31.10.2000, 6997/7408; Yarg. HGK. 26.4.1995, 11-122/430 (Kılıçoğlu, 890-892).

¹⁹⁵ Yarg. 21. HD. 8.10.2001, 5926/6527 (Süzek, age, 388); Yarg. 21 HD. 15.6.2000, 4730/4833 (Kılıçoğlu, 891).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

b) İş Kazası Ölümle Sonuçlanmışsa

İş kazası ölümle sonuçlanmışsa, Borçlar Kanunu'nun 47. maddesine göre, ölenin ailesi manevi tazminat talebinde bulunabilir. Madde metninde ölenin ailesi ifadesine yer verilmesine rağmen, öğretide aile ifadesi ölenin yakınları olarak yorumlanmaktadır. Burada ifade edilmek istenen işçiyle duygusal yakınlık içinde olanlardır.¹⁹⁶

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi de 16.4.2003 tarihli E. 2003/3677, K. 2003/3463 sayılı kararında aile kavramını geniş yorumlayarak davacı işçinin annesinin ve kardeşinin manevi tazminat talebini şu gerekçeyle kabul etmiştir; *"Davacılar murisinin iş kazası sonucu ölümünden doğan maddi ve manevi tazminatın ödetilmesine karar verilmesini istemiştir. Ölen sigortalının annesi ve kardeşi davacıların Borçlar Kanunu'nun 47. maddesine göre aile kapsamına girdikleri, sigortalının ölümü ile acı ve ızdırap duyacakları doğaldır. Öte yandan, sözkonusu davacıların ölen işçi ile manevi tazminatı gerektirecek ölçüde duygusal yakınlıklarının bulunmadığını kanıtlayacak herhangi bir delil de yoktur."*¹⁹⁷

Her somut olayda kimlerin manevi tazminat isteyebilecekleri, ölen işçi ile olan duygusal yakınlıklarına göre belirlenecektir. Ölen işçinin eşinin manevi tazminat istemesi duygusal bağın varlığının karene olarak kabul edilmesi sebebiyle mümkündür. Arada evlilik bağı bulunmamasına rağmen beraber yaşayanlar açısından da Yargıtay arada duygusal bağ bulunması sebebiyle manevi tazminat talep hakkının olduğunu kabul etmektedir.¹⁹⁸

İş kazası sonucu ölen işçinin çocukları da doğal olarak manevi tazminat talep hakkına sahiptirler. Çocuğun küçük olması ya da henüz ana rahmine düşmüş olması bu hakkını kaldırmaz.¹⁹⁹ Çocukların ölüm anında küçük olmaları, babalarının ölümünden üzüntü duymalarına engel oluşturmaz. Yargıtay 9. HD., 5.12.1967 tarihli,

¹⁹⁶ Kılıçoğlu, 893; Süzek, 388; Mollamahmutoglu, 999; Karahasan, Manevi Tazminat, 90-92.

¹⁹⁷ www.yargitay.gov.tr; Aynı yönde, Yarg. 4 HD. 30.3.1988, 10916/3254; Yarg. 9 HD. 1.12.1986, 99/87/10842 (Kılıçoğlu, 893).

¹⁹⁸ Yarg. 9 HD. 16.1.1996, 12216/270 (Süzek, 389).

¹⁹⁹ Süzek, 389.

E:1967/8571, K:1967/11541 sayılı kararında, çocuğun ölümden sonra doğması durumunun, aile kavramına dahil olmasına engel olmayacağını belirterek, manevi zararın sonradan doğmasının mümkün olması sebebiyle, çocuk için manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine karar vermiştir²⁰⁰.

Manevi tazminat talebinin bölünmesi veya daha sonra istenmek için bir kısmının saklı tutulması mümkün değildir.²⁰¹ Yargıtay da manevi tazminatın “niteliği itibariyle bölünemeyeceğini” kabul etmektedir.²⁰²

3. Manevi Tazminatın Koşulları

İşçinin ya da işçinin ölümü halinde yakınlarının manevi tazminat talebinde bulunabilmeleri için öncelikle manevi bir zarara uğramış olmaları gerekmektedir. Manevi zarardan kasıt, bedensel veya ruhsal bütünlüğün bozulmasıdır. Manevi tazminat talebinde bulunulabilmesinin bir diğer koşulu da meydana gelen manevi zarar ve iş kazası arasında illiyet bağının bulunması ve iş kazasının hukuka aykırı bir eylem sonucu meydana gelmiş olmasıdır. Bu unsurlar haksız fiil ve sözleşmeye aykırılığın oluşmasında aranan unsurlarla aynıdır.²⁰³

BK. m. 47 uyarınca, manevi tazminatla sorumlu tutulabilmek için ya kişinin kusuru olmalı ya da bir kusursuz sorumluluk hali sözkonusu olmalıdır²⁰⁴. İş kazasında işverenin sorumluluğu kusursuz sorumluluk olarak kabul edilirse, manevi tazminat sorumluluğunun doğması için kusur şartı aranmayacaktır. Öğretide kabul edilen çoğunluk görüşüne göre manevi tazminat hakkının doğması için işverenin kusurlu olması şart değildir. Ancak kusur tazminatın

²⁰⁰ Karahasan, Manevi Tazminat, 93.

²⁰¹ Çelik, 176.

²⁰² Yarg. 21 HD. 5.4.2004, 2048/3276; Yarg. 21 HD. 6.3.2008, E. 2007/15057, K. 2008/3597 (www.kazanci.com).

²⁰³ Süzek, 390; Güneren, 1348-1349; Yargıtay iş kazası sonucu iş göremezlik oranı %0 olsa bile, bedensel zarara uğrama durumunda manevi tazminata hükmetmektedir. Yarg. 21 HD. 3.7.2006, 4815/7231; Yarg. 21 HD. 2.10.2006, 8339/9319 (Güneren, 1370-1371).

²⁰⁴ Oğuzman/Öz, 697-698; Güneren, 1349.

takdirinde dikkate alınmaktadır.²⁰⁵ Borçlar Kanunu'nun 47. maddesine baktığımızda, maddede kusur şartı aranmamıştır. Bu nedenle hakim, olaydaki özel şartları dikkate alarak işverenin sorumlu tutulup tutulmayacağına karar verecektir.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesinin 14.12.1995 tarihli E. 1995/7761, K. 1995/7528 sayılı kararında manevi tazminata karar verilebilmesinin koşulları "*İş kazası maluliyetinden dolayı, manevi tazminata karar verebilmek için; işçinin beden tamlığının bozulup bozulmadığının, bozulmuş ise uygun illiyet bağının, eylemin hukuka aykırılığının, cismani zararın hiç bir kuşkuya ve duraksamaya yer vermeyecek şekilde belirlenmesi gerekmektedir.*" şeklinde ifade edilmiştir²⁰⁶.

1966 tarihli Yargıtay İçtihadı Birleştirme kararında da manevi tazminata karar verilebilmesinin özel koşullarının her olaya göre belirlenmesi gerektiği ve özel koşul olarak iş kazasının oluş şeklinin, tarafların karşılıklı ekonomik ve sosyal durumlarının ve ölen işçi ile davacı arasındaki ilişkinin niteliğinin dikkate alınması gerektiğini hükme bağlanmıştır.²⁰⁷

4. Manevi Tazminatın Belirlenmesi

İşverenin iş kazasından doğan sorumluluğunun niteliğinin kusursuz tehlike sorumluluğu olarak kabul edildiğini belirtmiştik. BK m. 47'de manevi tazminata hükmedilebilmesi için kusur şartı da aranmadığından, işveren kusuru bulunmasa da manevi tazminat ile sorumlu tutulabilir. Ancak kusur hakim tarafından takdir edilecek tazminatın miktarının belirlenmesinde önemli bir rol oynamaktadır.²⁰⁸

Maddi tazminata ilişkin hükümler manevi tazminata da kıyas yoluyla uygulanır. Ancak manevi tazminatın takdirinde malvarlığındaki bir eksilmeden söz edemeyeceğimiz için hakimin takdiri

²⁰⁵ Mollamahmutoğlu, 1000; Karahasan, Manevi Tazminat, 96; Oğuzman/Öz, 674; Ulusan, 186.

²⁰⁶ www.yargitay.gov.tr; Yarg. HGK. 31.12.2001, E:2001/4-10 K:2001/23 (Güneren, 1372-1373).

²⁰⁷ YİBK, 22.6.1966, 7/7, RG, 28.7.1966, 12360 (Süzek, 391); Ulusan, 183-184.

²⁰⁸ Kılıçoğlu, 896.

çok önemli bir yer tutar.²⁰⁹ Hakim manevi tazminatı, MK. m. 4²¹⁰ uyarınca hukukla ve hakkaniyetle sınırlı olarak tayin edecektir²¹¹.

Yargıtay 21. Hukuk Dairesi manevi tazminatın belirlenmesinde 10.4.2003 tarihli E. 2003/3410, K. 2003/3173 sayılı kararında “*Olayın oluş şekline, müterafik kusur oranlarına, husule gelen elem ve ızdırabın derecesine, tarafların sosyal ve ekonomik durumuna, paranın alım gücüne, özellikle 26.6.1966 gün ve 1966/7-7 sayılı İBK’nın içeriğine ve öngördüğü koşulların somut olayda gerçekleşme biçimine, oranına, niteliğine hak ve adalet kurallarına*” ölçütlerine dikkat edilmesi gerektiğini belirtmektedir.²¹²

İş kazasının oluşumunda kusur tamamen işçiye aitse, işçi ve yakınları manevi tazminat talep edemezler. İşçinin kusurunun işverenin kusuruna oranla çok daha ağır olması durumunda da işçi veya yakınları manevi tazminat talep edemezler.²¹³ Yargıtay da “*kimse kendi kusurunda yararlanamaz*” kuralına dayanarak bu durumlarda manevi tazminat talebini reddetmektedir.²¹⁴

VIII. Tazminat Davalarında Yargılama Usulü

1. Tazminat Davalarında Görevli Mahkeme

İş mahkemeleri iş uyuşmazlıklarını çözmekle görevli mahkemelerdir. Nitekim 5521 sayılı Kanun m.1/f.1’de iş mahkemelerinin görev alanına giren hukuk uyuşmazlıkları, “*İş Kanunu’na göre işçi sayılan kimselerle ... işveren veya işveren vekilleri arasında iş akdinden veya İş Kanunu’na dayanan her türlü hak iddialarından doğan hukuk uyuşmazlıkları...*” olarak belirtilmektedir. İş mahkemesi ile asliye veya sulh hukuk mahkemesi arasındaki ilişki görev ilişkisidir. İş mahkemesi bulunmayan yerlerde, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulunca o yerde iş davalarına bakmakla görevlendirir-

²⁰⁹ Mollamahmutoğlu, 1000.

²¹⁰ BK. MADDE 4: “*Kanunun takdir yetkisi tanıdığı veya durumun gereklerini ya da haklı sebepleri göz önünde tutmayı emrettiği konularda hâkim, hukuka ve hakkaniyete göre karar verir.*”

²¹¹ Karahasan, Manevi Tazminat, 100-101.

²¹² Karakaş, 177-178.

²¹³ Süzek, 393; Mollamahmutoğlu, 1000.

²¹⁴ Yarg. 21 HD. 27.4.1995, 2143/1921 (Akyiğit, 1981).

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

len asliye hukuk mahkemesinin, bu davalara “iş mahkemesi sıfatıyla” bakması gerekmektedir.²¹⁵

5510 sayılı Kanun’un 101. maddesine göre, kanunda aksine hüküm bulunmayan hallerde, bu kanunun uygulanmasından doğan uyuşmazlıklarda da iş mahkemesi görevli kılınmıştır.

Şu halde açılacak tazminat davaları İş Kanunun’dan (İş K. m.77) ve aynı zamanda iş sözleşmesinden doğmaları sebebiyle görevli mahkeme iş mahkemeleridir. Yargıtay da iş kazasından doğan tazminat davalarında iş mahkemelerinin görevli olduğunu kabul etmektedir.²¹⁶ Görevin taraf unsuru açısından, halefiyet esası gereği, işçinin haleflerinin işverene karşı açacağı tazminat davaları bakımından da iş mahkemeleri görevlidir.

2. Tazminat Davalarında Yetkili Mahkeme

Yetkili mahkeme, davalının davanın açıldığı tarihteki ikametgahında veya işçinin işini yaptığı işyerinin bulunduğu yerdeki iş mahkemesidir (5521 sy. K. m. 5).

Maddedeki düzenleme Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanunu’nun 9. maddesindeki genel yetki kuralını kabul ederek bunun yanında ayrıca özel yetki kuralı getirmektedir. Davalının ikametgahı gerçek kişiler için MK m. 19 uyarınca bir kimsenin sürekli kalmak niyetiyle oturduğu yerdir, tüzel kişiler içinse MK m. 51 hükümlerine göre kuruluş bölgesinde başka bir hüküm bulunmadıkça işlerinin yönetildiği yerdir.

5521 sayılı Kanunu’nun 5. maddesinde açıkça buradaki yetki kuralının kamu düzeninden olduğunu ve aksine yetki sözleşmesi yapılamayacağını düzenlemiştir²¹⁷. Bu nedenle yetki itirazı ilk itiraz olmasına rağmen burada yapılan düzenleme sonucu yetki kuralı kamu düzenine ilişkin olduğundan yetki itirazının da ilk itirazlar-

²¹⁵ Kuru, Baki, Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, 21. Bası, 2010, Ankara, 810-811; Güneren, 26.

²¹⁶ Yarg. 21 HD. 06.10.2003, 7160/ 7452 (www.kazanci.com); Yarg. 21. HD. 4.6.2002, 4570/5268; Yarg. 21. HD. 17.11.2005, 11015/11720; Yarg. 21 HD 25.4.2005, 91/4504 (Güneren, 63-74).

²¹⁷ Yarg. 9. HD. 25.2.2008, 245/2294; Yarg. 9 HD. 5.6.2007, 12043/17765; Yarg. 9 HD. 23.11.2006, 24084/30971 (Güneren, 101-105).

dan olmadığı, tarafların her aşamada yetki itirazında bulunulabileceği ve mahkemenin de yetkisizliğini re'sen nazara alabileceği öğretisi tarafından kabul edilmiştir.²¹⁸ Yargıtay eski kararlarında, yetki itirazının ilk itiraz olduğunu ve en geç ilk oturumda yapılması gerektiğini kabul ederken, yüksek mahkeme daha sonraki kararlarında bu görüşünden dönmüştür.²¹⁹

Yargıtay 9. Hukuk Dairesi, 23.6.2003 tarihli, E. 2003/11081, K. 2003/11772 sayılı kararında "yetkinin kamu düzenine ait olduğu hallerde yetki itirazı ilk itiraz değildir. Taraflar her zaman bu itirazda bulunabilecekleri gibi mahkeme de her zaman kendiliğinden yetkili olup olmadığını inceler. Mahkeme buna göre yetkisizlik kararı vermek zorundadır." şeklinde karar vermiştir²²⁰.

3. Yargılama Usulü ve Kanun Yolu

5521 sayılı Kanun m.7/f.1 hükmüne göre iş mahkemelerinde sözlü yargılama usulü uygulanır. Kanun'un 15. maddesine göre Kanun'da açıklık bulunmayan hallerde HUMK hükümleri uygulanacaktır. Sözlü yargılama usulünün özelliği, lahiyalar safhası olmaması, tarafların iddia ve savunmalarını ilk oturumda sözlü olarak yapmalarına imkan tanınmasıdır.²²¹

İş mahkemelerinde verilen nihai kararlara karşı, tefhim tarihinden itibaren sekiz gün içinde temyiz başvurusu yapılabilir (İMK m.8/f.1). Sözlü yargılama usulü uygulandığından kararın, tarafların yüzüne tevhim edilmesiyle temyiz süresi başlar.

5521 sayılı İş Mahkemeleri Kanunu'nda 2 Mart 2005 kabul tarihli ve 5308 sayılı Kanunla değişiklik yapılarak iş mahkemelerinin verdiği kararlara karşı istinaf yolu tanınmıştır.²²² Ancak istinaf mahkemelerinin (Bölge Adliye Mahkemeleri) kurulamamış olması

²¹⁸ Kuru, 811; Güneren, 90.

²¹⁹ Süzek, 104.

²²⁰ www.kazanci.com; Aynı yönde: Yarg. 21 HD. 27.12.2008, 2007/23615, 2008/16624 (Güneren, 97-98).

²²¹ Kuru, 486, 811.

²²² 5308 sayılı Kanun madde 8'e göre para ile değerlendirilemeyen, miktar veya değeri bin lirayı geçmeyen davalar hakkında verilen nihai kararlar hariç, iş mahkemelerinin verdiği nihai kararlara karşı istinaf yoluna başvurulabilir.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

sebebiyle iş mahkemesi kararlarına karşı başvurulacak temyiz yolu Yargıtaydır.

5. Zamanaşımı

*“Zamanaşımı, alacak hakkının belli bir zaman içerisinde kullanılmaması nedeniyle alacağın dava edilebilme niteliğini geniş ölçüde zayıflatan, ancak hakkın dava edilebilmesini engellemeyen, davada def-i olarak ileri sürüldüğünde borcu sona erdiren bu özelliğiyle de hak düşürücü süreden farklı olan hukuki mahiyeti itiraz olan bir haktır.”*²²³

Zamanaşımında, dava veya istem hakkının zamanında kullanılmaması sonucu, borçlu borcunu ifa etmekten kaçınabilir. Borçluya bir def-i hakkı tanınmıştır.²²⁴

Borçlar Kanunu'nun 125. maddesine göre, Kanun'da başka bir süre öngörülmediği durumlarda her alacak on yıllık zamanaşımına tabidir. Yargıtay da tazminat davalarında zamanaşımını BK m.125 uyarınca olay tarihinden itibaren on yıl olarak kabul etmektedir.²²⁵

Yeni Borçlar Kanununun 417. maddesinin 3. fıkrasında işverenin tazmin borcunun sözleşmeye aykırılıktan doğan hükümlere tabi olacağının düzenlendiğini belirtmiştik. Böylece, işverenin sorumluluğu zamanaşımı bakımından sözleşmeye aykırılıkta uygulanan zamanaşımına tabi olacaktır.

Borca aykırılık sonucu tazminat alacağının zamanaşımı, bu alacağın doğduğu tarihte başlar.²²⁶ Ancak iş kazasında zarar devreler halinde meydana geldiğinden, uygulamada güçlük çıkmaması için BK m. 128'in alacak hakkının doğduğu tarih olarak yorumlanması ve iş kazasının meydana geldiği tarih itibarıyla zamanaşımı süresinin işlemeye başlaması gerekir.²²⁷

²²³ Kılıçoğlu, 464.

²²⁴ Adal, 690.

²²⁵ Yarg. 21 HD. 10.11.2003, 7272/9077; Yarg. HGK. 15.11.2000, E. 2000/21-1609, K. 2000/ 1699 (www.kazanci.com); Güneren, 1129.

²²⁶ Oğuzman/Öz, 467-470.

²²⁷ Şahbaz, 219.

Yargıtay 10. Hukuk Dairesi'nin bir kararında zamanaşımı def-i ancak bunu ileri süren borçlu hakkında hüküm ifade edeceğini bu sebeple diğer borçlular bakımından sorumluluğun devam edeceğini belirtmiştir.²²⁸

5. Ceza Davalarının Tazminat Davalarına Etkisi

Borçlar Kanunu'nun 53. maddesine göre hukuk hakimi, ceza yasasındaki hükümlerle ve ceza hakiminin kararıyla bağlı değildir. Hukuk hakimi, ceza mahkemesince verilen beraat kararı ile bağlı olmadığı gibi onun kusur takdiriyle de bağlı değildir. Yargıtay da ceza hakiminin tespit ettiği kusur oranı esas alınarak hüküm kurulmasını kabul etmemektedir.²²⁹

Ceza hakimleri ve Hukuk hakimleri kusur oranını belirlemede farklı kriterler kullandıklarından, ceza hakimlerinin kusur oranları hukuk hakimlerini bağlamamaktadır.²³⁰

KAYNAKÇA

- Adal, Erhan*: Hukukun Temel İlkeleri, 10. Bası, İstanbul 2009
- Akın, Levent*: İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat, Ankara 2001
- Akın, Levent*: "İşverenin İşçiyi Gözetme Borcunun İhlali ve Kusurun Takdiri", Sicil, Mart 2006 (Gözetme Borcu)
- Akyiğit, Ercan*: İş Kanunu Şerhi, 2. Bası, Ankara 2006
- Bigat, Şevket Güneş*: "İşverenin İş Kazaları ve Meslek Hastalığından Sorumluluğu", www.bigat.av.tr
- Çelik, Nuri*: İş Hukuku Dersleri, Yenilenmiş 23. Bası, İstanbul 2010
- Eren, Fikret*: Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Sorumluluğu, Ankara 1974

²²⁸ Yarg. 10 HD. 28.9.2004, 5924/8105 (www.kazanci.com).

²²⁹ Yarg. 9. HD. 7.5.1982 3758/4603 (Akın, 146-147).

²³⁰ Akın, 147.

Güneren, Ali: İş Kazası veya Meslek Hastalığından Kaynaklanan Maddi ve Manevi Tazminat Davaları, Ankara 2010

Güzel, Ali /Okur, Ali Rıza/ Caniklioğlu, Nurşen: Sosyal Güvenlik Hukuku, 13. Bası, İstanbul 2010

Karahasan, Mustafa Reşit: Tazminat Hukuku Maddi Tazminat, 6. Bası, İstanbul 2001

Karahasan, Mustafa Reşit: Tazminat Hukuku Manevi Tazminat, 6. Bası, İstanbul 2001

Karakaş, İsa: İş Kazası ve Meslek Hastalıkları İhtilafları ve Çözüm Yolları, Ankara 2006

Kılıçoğlu, Mustafa: Tazminat Hukuku, 2. Bası, İstanbul 2005

Kuru, Baki: Medeni Usul Hukuku Ders Kitabı, Değiştirilmiş 21. Bası, Ankara 2010

Mollamahmutoğlu, Hamdi: İş Hukuku, Gözden Geçirilmiş ve Yenilenmiş 3. Bası, Ankara 2008

Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut: Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Gözden Geçirilmiş ve Genişletilmiş 4. Bası, İstanbul 2005

Serathı, Gaye Burcu: İş Kazasından Doğan Destekten Yoksun Kalma Tazminatı, Ankara 2003

Süzek, Sarper: İş Hukuku, 5. Bası, İstanbul 2009

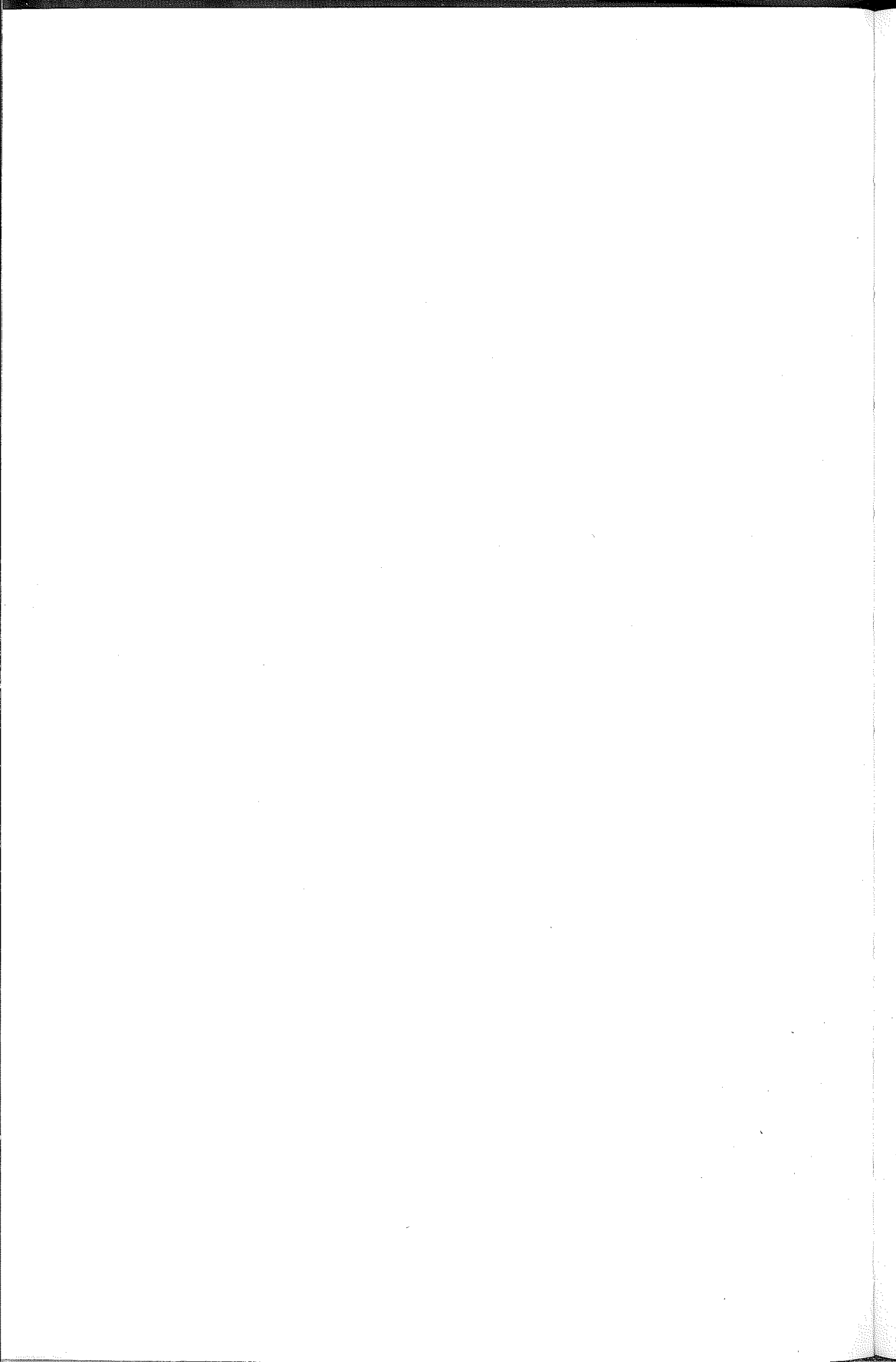
Süzek, Sarper: "İş Kazasından Doğan Maddi Tazminat", Prof. Dr. Ali Güzel'e Armağan, İstanbul 2010

Şahbaz, Zübeyde Başboğa: İşverenin İş Kazası ve Meslek Hastalığından Doğan Hukuki Sorumluluğu ile Maddi Zararın Hesabına İlişkin Esaslar, İstanbul 2010

Tuncay, A. Can/Ekmekçi, Ömer: Yeni Mevzuat Açısından Sosyal Güvenlik Hukukunun Esasları, 2. Bası, İstanbul, 2009

Ulusan, İlhan: Özellikle Borçlar Hukuku ve İş Hukuku Açısından İşverenin İşçiyi Gözetme Borcu Bundan Doğan Hukuki Sorumluluğu, İstanbul 1990

www.hukukturk.com ve www.kazanci.com içtihat programları



**LIQUIDATED DAMAGES AND CONSTRUCTION
CONTRACTS: ENGLISH AND U.S. PERSPECTIVE**
(AMERİKAN VE İNGİLİZ HUKUKU PERSPEKTİFİNDEN İNŞAAT
SÖZLEŞMELERİNDE CEZAI ŞART)

Av. / Aal. Duygu YAVUZTÜRK*

ÖZET

Cezai şart, temel olarak, sözleşme ihlali halinde ödenmesi önceden taraflarca kararlaştırılan belirli bir meblağdır. Geçerli bir cezai şart hükmünün varlığı, sözleşme ihlalinin etkilenen tarafın sadece ihlalin varlığını kanıtlayarak önceden belirlenmiş bu meblağ hak kazanmasını sağlar. Cezai şart hükümleri, inşaat hukukunda yaygın olarak kullanılmaktadır. Bu çalışmanın temel amacı İngiltere ve ABD hukuk sistemlerinde cezai şartların inşaat hukuku alanındaki özel önem arz eden veya tartışmalı olan yönlerini ortaya koymaktır. Bu amaç doğrultusunda, çalışmanın ilk bölümü cezai şartların Anglo-Sakson Hukuku ve Kıta Avrupası Hukukundaki görünüşleri arasında bir ayırım yapmakta, bunun yanı sıra da cezai şartların genel olarak ABD ve İngiltere'deki uygulaması hakkında bilgi vermektedir. İkinci bölüm ise, münhasıran ABD ve İngiltere'de inşaat sözleşmelerindeki cezai şartlar üzerinde durmakta, bu konuyu çeşitli başlıklar altında incelemektedir: (i) Ara terminlerde cezai şart, (ii) Gerçek zararın tazminin önlenmesi, (iii) Gecikmeye yol açan birden fazla nedenin varlığı halinde cezai şartın takdiri, (iv) Alt sözleşmelerin varlığı halinde ortaya çıkabilecek sorunlar, (v) Cezai şart hükmünün sona ermesi, (vi) Sözleşmenin sona ermesinden sonra cezai şart talepleri ve son olarak (vii) Erken teslim ikramiyesi.

* LL.B at Yeditepe University Faculty of Law; LL.M at Erasmus University Rotterdam – Erasmus School of Law; Attorney at Law, registered to Istanbul Bar Association, e-mail: dyavuzturk@gmail.com

Anahtar Kelimeler: Sözleşme cezası, cezai şart, inşaat sözleşmeleri, gecikme, alt sözleşme, Anglo-Sakson hukuku, Amerika Birleşik Devletleri, İngiltere.

ABSTRACT

Liquidated damages are, basically, a sum pre-set in a contract by parties as an amount to be paid in case of breach. Including a valid liquidated damages clause in a contract enables the party, affected by a breach, to enforce his claim only by proving that the breach in question has occurred. Liquidated damages clauses are frequently inserted into construction contracts. The aim of this paper is to present liquidated damages in the field of construction law, with its critical or controversial issues, under the English and the United States legal systems. In order to achieve this aim, the first chapter distinguishes the common law and civil law application of liquidated damages and penalty clauses, as well as it provides a brief introduction to liquidated damages under English and the U.S. law. The second chapter separately describes and discusses the following issues regarding the construction practice of liquidated damages in the United States and England: (i) The possibility to insert a liquidated damages clause for milestones, (ii) Prevention of the recovery of the actual loss, (iii) Assessment of liquidated damages in case of concurrency, (iv) Problems with subcontracts, (v) Termination of a liquidated damages clause, (vi) Assessment of liquidated damages after the termination of the contract and finally (vii) Early completion bonuses.

Keywords: *Liquidated damages, penalty clauses, construction contracts, delay, subcontract, common law, United States, England.*

INTRODUCTION¹

Every contract has a potential to cause a breach, and every breach has a potential to cause a dispute. Because of these reasons, in commercial practice there is a tendency to include clauses in contracts to deal with the breaches most likely to occur. Having a liquidated damages clause in the contract is a considerable option to deal, in the future, with total non-performance, defective performance and especially delay in performance.

Liquidated damages are, basically, a sum pre-set in the contract by the parties as the amount to be paid in case of any breach or in case of a certain breach only. Including a valid liquidated damages clause in the contract enables the party affected by the breach to enforce his claim in a simple and quick way: by proving that the breach in question has occurred. Since there is no need to prove that he has suffered a loss as a result of the breach, the litigation (or arbitration) procedure is shorter. In addition, the amount recoverable is not subject to the court's discretion as the sum is fixed in the contract beforehand, which is a preferable situation for both parties. These benefits encourage parties to include a liquidated damages provision in their contracts.

The aim of this paper is to present liquidated damages in the field of construction law, with its critical or controversial issues, under the English and the United States legal systems. The reason not all common law countries were involved is that liquidated damages is a very wide topic with various problematic issues, especially in construction contracts, needed to be discussed broadly under each jurisdictions. Because of this reason, this paper limits its scope with the most popular common law legal systems: England and the U.S. Since the rules and their implementation differ from state to state, it might be seen inappropriate to deal with the U.S. in general. However in the field of construction law, it is possible to say that there is no fundamental difference between states. Nevertheless, in the U.K. there are several differences especially with regard

¹ This article was originally submitted to Erasmus University Rotterdam as an LL.M thesis in 2011.

to Scottish law, which resulted in the narrowing of the scope from the U.K. in general to English law.

As “liquidated damages” is a common law concept whereas the civil law jurisdictions prefer “penalty clauses” under similar circumstances, the first chapter distinguishes the common law and civil law application of those clauses, as well as it provides a brief introduction to liquidated damages in general under English and U.S. jurisdictions.

The second chapter separately describes and discusses certain issues of the construction practice of liquidated damages in England and the U.S. Starting with the U.S., this paper describes and discusses seven relevant issues: the possibility to insert a liquidated damages clause for milestones, prevention of the recovery of the actual loss, assessment of liquidated damages in case of concurrency, problems with subcontracts, termination of liquidated damages clause, assessment of liquidated damages after the termination of the contract and finally early completion bonuses. In the part on English law, this paper does not repeat what had said before in the U.S. part but discusses the same issues with different implications and also other problematic issues arising as a result of the presence of a liquidated damages clause: assessment of liquidated damages for part of the work, whether general damages can exceed liquidated damages, concurrency, problems with subcontracts, termination of liquidated damages clause and the assessment of liquidated damages after the termination of the contract. Early completion bonuses are not repeated in the part on England as its implications and legal groundings were the same as in the U.S.

This paper concludes by outlining the issues dealt previously and their brief comparison under English and U.S. law.

1. LIQUIDATED DAMAGES IN BRIEF

1.1. THE COMMON LAW APPROACH

1.1.1. The United States

United States legal system approaches liquidated damages carefully, and tries to draw a bright line between liquidated damages and a penalty because a clause that is formulated to use liquidated damages as a penalty for the other party is automatically rejected by courts. Behind this anti-penalty policy relies the fact that damages is to put the plaintiff in the same position he would have been in had the contract been fulfilled, not a better one. In *Wassenaar v. Panos*², the court explains the idea relying under the policy against penalty clauses:

*“Public law, not private law, ordinarily defines the remedies of the parties. Stipulated damages are an exception to this rule. Stipulated damages allow private parties to perform the judicial function of providing the remedy in breach of contract cases, namely, compensation of the non-breaching party, and courts must ensure that the private remedy does not stray too far from the legal principle of allowing compensatory damages. Stipulated damages substantially in excess of injury may justify an inference of unfairness in bargaining or an objectionable in terrorem agreement to deter a party from breaching the contract, to secure performance, and to punish the breaching party if the deterrent is ineffective.”*³

Restatement (second) of contracts defines liquidated damages in compliance with the mentioned policy:

*“Damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount that is reasonable in the light of the anticipated or actual loss caused by the breach and the difficulties of proof of loss. A term fixing unreasonably large liquidated damages is unenforceable on grounds of public policy as a penalty.”*⁴

² *Wassenaar v. Panos*, 111 Wis.2d 518, 331 N.W.2d 357, Wis., 1983. See also John D. Calamari et al, *Cases and Problems on Contracts*, 4th edition (New York: Aspen Publishers, 2004), p.711

³ Id. at 528-529

⁴ REST 2d CONTR § 356

Reflecting the long standing judicial policy on the matter, the Restatement requires a clause to meet two important criteria to be deemed valid as a liquidated damages clause, which are reasonableness and difficulty of proving or calculating actual loss.

However, it is not surprising to see that intent of the parties is not mentioned by the Restatement as a part of the test, though many cases ruled that intent of the parties is an indicative of whether a particular clause is a liquidated damages or a penalty clause, but it is never conclusive.⁵ In 1900, the *Seeman v. Biemann*⁶ court held that a clause included in contract for carpentry work was an invalid penalty even though it was denominated as "liquidated damages". Under the contract subject to the dispute, the defendant was obliged to perform certain carpentry work and join work for the plaintiff by a certain date and pay \$10.00 as liquidated damages for each day's delay. The court reasoned that the rental value of the property as a whole was \$38.00 after completion and therefore damages of \$10.00 are "*first, the amount the parties say they agreed upon is grossly in excess of the actual damages sustained or that could have been reasonably apprehended at the time of making*

⁵ Comment (c) of the Restatement explains the role of intent: Under the rule stated in this Section, the validity of a term providing for damages depends on the effect of that term as interpreted according to the rules stated in Chapter 9. Neither the parties' actual intention as to its validity nor their characterization of the term as one for liquidated damages or a penalty is significant in determining whether the term is valid. Sometimes parties attempt to disguise a provision for a penalty by using language that purports to make payment of the amount an alternative performance under the contract, that purports to offer a discount for prompt performance, or that purports to place a valuation on property to be delivered. Although the parties may in good faith contract for alternative performances and fix discounts or valuations, a court will look to the substance of the agreement to determine whether this is the case or whether the parties have attempted to disguise a provision for a penalty that is unenforceable under this Section. In determining whether a contract is one for alternative performances, the relative value of the alternatives may be decisive.

⁶ *Wassenaar v. Panos*, 111 Wis.2d 518, 331 N.W.2d 357, Wis., 1983. See also John D. Calamari et al, *Cases and Problems on Contracts*, 4th edition (New York: Aspen Publishers, 2004), p.711

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

*the contract; second, the damages actually sustained are readily ascertainable”.*⁷

One of the most favorite test is however established by the Wassenaar court. According to the case, in determining whether a particular liquidated damages clause is valid, three factors must exist: (1) whether the parties intended to provide for damages or penalty, (2) whether injury was caused by the breach of or is incapable of accurate estimate at the time of contract, (3) whether the stipulated damages were a reasonable forecast of the harm caused by breach.⁸

The court, citing Biemann, disregarded first test reasoning that *“the label the parties apply to the clause, which might indicate their intent, has some evidentiary value, but it is not conclusive.”*⁹ After discarding the first factor, the test become almost identical with the test imposed by the Restatement which requires a damages clause to be reasonable and the probable damage to be difficult to calculate.

a) Reasonableness: The first criterion is that an amount stipulated in a liquidated damages clause must be reasonable in the light of the anticipated or actual loss. The test applied by the Biemann court was a typical reasonableness test, by comparing the amount of liquidated damages and the fair rental value of the completed project. The court found that \$10.00 as liquidated damages for breach of obligation to perform carpentry work was unreasonably high where the rental value of the whole project was \$38.00.

The Wassenaar court presented the so-called “retrospective approach”, which basically takes actual loss into account to judge the reasonableness of a liquidated damages clause and formulated a test which requires a court to consider both parties’ estimation of probable damages at the time of contracting and actual damages

⁷ Id. at 493

⁸ Supra note 1 at 529-530 and 363

⁹ Id.

occurred after the breach.¹⁰ This approach is obviously useful when no loss occurs as a result of breach:

In *Norwalk Door Closer Co. v. Eagle Lock & Screw Co.*¹¹, the defendant agreed to produce door closers exclusively for the plaintiff for a certain time and agreed to pay the plaintiff \$100,000 if it went out of business. After a certain time, the defendant sold all of its assets to a third party and the plaintiff sued for the amount cited in the damages clause. The defendant claimed and proved that the third party was willing to occupy the same premises under a similar name with the defendant, work with the same management and ready to produce the same door closers for the plaintiff so that no interruption in the plaintiff business would occur. The court adopted an approach similar to the approach that *Wasenaar* court adopted 17 years later, evaluated reasonableness of a liquidated damages clause using the retrospective approach and ruled that the clause was invalid due to reason that the plaintiff actually suffered no harm so that the liquidated damages clause was unreasonable. The court stated that the fact whether the amount of damages calculated at the time of contracting was reasonable does not have a conclusive effect:

“The circumstances which the parties might reasonably foresee at the time of making a contract could, in any given case, be vastly different from the circumstances which actually exist when a court is called upon to enforce the contract. It is not the function of the court to determine by hindsight the reasonableness of the expectation of the parties at the time the contract was made, but it is the function of the court at the time of enforcement to do justice. In the ordinary contract action the court determines the just damages from evidence offered. In a valid contract for liquidated damages, the parties are permitted, in order to avoid the uncertainties and

¹⁰ *Id* at 532, 364. The court here rejects the so called propective approach which only takes parties estimations of probable damages at the time of contracting in deciding whether a particular liquidated damages clause is reasonable.

¹¹ *Norwalk Door Closer Co. v. Eagle Lock & Screw Co.* 153 Conn. 681, 220 A.2d 263, Conn. 1966. See also Steven Emanuel and Steven Knowles, *Contracts*, 2nd edition (New York: Emanuel Law Outlines Inc. ,1979) p.255

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

time-consuming effort involved, to estimate in advance the reasonably probable foreseeable damages which would arise in the event of a default. Implicit in the transaction is the premise that the sum agreed upon will be within the fair range of those just damages which would be called for and provable had the parties resorted to proof. Consequently, if the damage envisioned by the parties never occurs, the whole premise of their agreed estimate vanishes, and, even if the contract was to be construed as one for liquidated damages rather than one for a penalty, neither justice nor the intent of the parties is served by enforcement."¹²

However it should also be noted that the Restatement allows the party seeking to enforce a liquidated damages clause to rely on either the anticipated (parties' estimations at the time of contracting) or actual harm caused by the breach when proving the reasonableness of the clause. Although the courts are not bound by the Restatement, some courts may be forced adopt this approach for the cases governed by the Uniform Commercial Code (UCC) due to the fact that UCC adopts the same approach.¹³

b) Difficulty in Calculating Probable Loss: While courts try to protect the public benefit in forbidding penalty clauses¹⁴, it is also true that parties would want to allocate risks that they cannot foresee beforehand. As was stated above, a liquidated damages clause is normally only valid if, at the time of contracting it reasonably appears to the parties that damages are hard to predict with certainty.¹⁵

In *Truck Rent -A- Center, Inc. v. Puritan Farms 2nd, Inc.*¹⁶ case, the court closely scrutinized this factor: Defendant, a milk

¹² Id. at 689, 268

¹³ Supra note 4. See also Steven Emanuel and Steven Knowles, *Contracts*, 2nd edition (New York: Emanuel Law Outlines Inc. ,1979) p.255-256

¹⁴ Supra note 1.

¹⁵ See Steven Emanuel and Steven Knowles, *Contracts*, 2nd edition (New York: Emanuel Law Outlines Inc. ,1979) p.256

¹⁶ *Truck Rent-A-Center, Inc. v. Puritan Farms 2nd, Inc.*, 41 N.Y.2d 420, 361 N.E.2d 1015, N.Y. 1977

distributor, leased a milk truck from the plaintiff and according to the contract the defendant would pay the plaintiff 50% of the rentals as a re-rent value. The court found this amount reasonable considering that the plaintiff's loss would not be easily calculated at the time of contracting and found that the liquidated damages clause was enforceable:

*"Looking forward from the date of the lease, the parties could reasonably conclude, as they did, that there might not be an actual market for the sale or re-rental of these specialized vehicles in the event of the lessee's breach. To be sure, plaintiff's lost profit could readily be measured by the amount of the weekly rental fee. However, it was permissible for the parties, in advance, to agree that the re-rental or sale value of the vehicles would be 50% of the weekly rental. Since there was uncertainty as to whether the trucks could be re-rented or sold, the parties could reasonably set, as they did, the value of such mitigation at 50% of the amount the lessee was obligated to pay for rental of the trucks. This would take into consideration the fact that, after being used by the lessee, the vehicles would no longer be 'shiny, new trucks', but would be used, possibly battered, trucks, whose value would have declined appreciably. The parties also considered the fact that, although plaintiff, in the event of Puritan's breach, might be spared repair and maintenance costs necessitated by Puritan's use of the trucks, plaintiff would have to assume the cost of storing and maintaining trucks idled by Puritan's refusal to use them. Further, it was by no means certain, at the time of the contract, that lessee would peacefully return the trucks to the lessor after lessee had breached the contract."*¹⁷

¹⁷ Id. at 426-426, 1019

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

c) Liquidated Damages under the UCC: In states where the UCC is adopted, liquidated damages clauses in sale contract have to be scrutinized in accordance with 2-718 (1) of UCC which states that:

“damages for breach by either party may be liquidated in the agreement but only at an amount which is reasonable in the light of the anticipated or actual harm caused by the breach, the difficulties of proof of loss, and the inconvenience or nonfeasibility of otherwise obtaining an adequate remedy. A term fixing unreasonably large liquidated damages is void as a penalty.”

As stated in section (a), the UCC adopts the same approach as the Restatement in evaluating reasonableness of a liquidated damages clause by allowing parties to use either the “retrospective” or the “prospective” approach as opposed to the Wassenaar court. Apart from this fact, the test is not substantially different from the one applied under the common law.

A three part test is introduced by *Kvassay v. Murray*¹⁸: a seller of baklava, plaintiff, contracted to sell defendant baklava at \$9.00 per case. The contract included a clause stating that plaintiff would be entitled to damages in the amount of \$5.00 per case. When defendant stopped buying baklava, plaintiff brought a suit to enforce the liquidated damages clause. According to the test that the court applied, there are three criteria by which to measure reasonableness of liquidated damages clauses: (1) anticipated or actual harm caused by breach; (2) difficulty of proving loss; and (3) difficulty of obtaining an adequate remedy¹⁹. The court here determined the calculation method of actual damage under sale contracts by allowing parties to stipulate lost profits in a liquidated damages clause. Considering the fact that lost profits are difficult or almost impossible to calculate and prove at the time of contracting, lost profits can be liquidated at the time of contracting and reasonable-

¹⁸ *Kvassay v. Murray*, 15 Kan.App.2d 426, 808 P.2d 896, Kan.App.,1991. See also John D. Calamari et al, *Cases and Problems on Contracts*, 4th edition (New York: Aspen Publishers, 2004), p.716

¹⁹ *Id.* at 430, 900

ness of such liquidated damages clause can be proved by the actual damage calculated at the time of a suit.

1.1.2. England

In the same way as in the United States, English law distinguishes between penalty clauses and liquidated damages clauses. A contractual clause providing for the payment by a defaulting party of a sum which is a genuine pre-estimate of loss is enforceable as liquidated damages while a clause which is predominantly deterring a party from breaking the contract is unenforceable since it is a penalty.²⁰ Whether a sum stipulated is a penalty or a liquidated damages clause depends on the construction of each individual contract. One has to consider all the relevant circumstances at the time of the conclusion of the contract, not those at the time of the breach.²¹

“In English law, a fixed sum payable on breach of contract may either be liquidated damages or a penalty. It is the former if the contract, upon its proper construction, reveals the intention of the parties genuinely to pre-estimate the damages suffered by the breach of contract. It is the latter if the intention of the parties is to secure the performance of the contract by the imposition of a fine or penalty...²²”

The main criterion on the distinction between liquidated damages and penalties comes from the case of *Dunlop Pneumatic Tyre Company Ltd v. New Garage & Motor Company Ltd*²³, in which Lord Dunedin basically stated the distinction as “*the essence of a penalty is a payment of money stipulated as in terrorem of the*

²⁰ See R. Kelly, ‘Liquidated Damages or Penalty? Beware the Difference’, *Mondaq Business Briefing* (2011) available at

<http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=127384> accessed 6 June 2011

²¹ See *Guide to Penalty and Liquidated Damages Clauses* (Paris: ICC Publishing S.A., 1990), p.44

²² C. Murray, D. Holloway and D. Timson-Hunt, *Schmitthoff's Export Trade* (London: Sweet&Maxwell, 2007), p.91

²³ *Dunlop Pneumatic Tyre Company Ltd v. New Garage & Motor Company Ltd* *Dunlop* [1915] A.C. 79

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

*offending party; the essence of liquidated damages is a genuine covenanted pre-estimate of damage.”*²⁴

Dunlop and its customer New Garage entered into a price maintenance agreement, binding New Garage not to sell below list prices, which contained the following clause: ‘We agree to pay to the Dunlop Pneumatic Tyre Company, Ltd. the sum of £5 for each and every tyre, cover or tube sold or offered in breach of this agreement; as and by way of liquidated-damages, and not as a penalty’. The legal issue in *Dunlop* case was whether this clause was a liquidated damages or penalty clause. The stipulated sum was found to be liquidated damages by the trial master, reversed by the Court of Appeal and eventually went to the House of Lords. The unanimous opinion of the House of Lords was that the stipulated sum in question was liquidated damages (even though they agreed that usage of the words “penalty” or “liquidated damages” in the clauses is not conclusive for the court).²⁵ More important than the outcome of the case is that in the *Dunlop* case, four rules were formulated by Lord Dunedin in order to determine whether or not a clause is a penalty:

“(a) It will be held to be penalty if the sum stipulated for is extravagant and unconscionable in amount in comparison with the greatest loss that could conceivably be proved to have followed from the breach.

(b) It will be held to be a penalty if the breach consists only in not paying a sum of money, and the sum stipulated is a sum greater than the sum which ought to have been paid. (...)

(c) There is a presumption (but no more) that it is penalty when ‘a single lump sum is made payable by way of compensation, on the occurrence of one or more or all of several events, some of which may occasion serious and others but trifling damage’. (d) It is no obstacle to the sum stipulated being a genuine pre-estimate of damage, that the consequences of the breach are such as to make precise pre-estimation almost an impossibility. On the con-

²⁴ Id.

²⁵ See Brian Egglestone, *Liquidated Damages and Extensions of Time in Construction Contracts*, 3rd edition (Great Britain: Wiley-Blackwell, 2009) p. 81-82

trary, that is just the situation when it is probable that pre-estimated damage was the true bargain between the parties.”²⁶

After the *Dunlop* case in 1915, different approaches developed by the courts on the application of the *Dunlop* rules. Some judgments put emphasis on freedom of contract and the upholding of commercial agreements whereas others emphasising pre-estimation of loss considerations. In 1993 another important case, *Philips Hong Kong*²⁷ case reasserted the application of the genuine pre-estimate of loss test, arose from *Dunlop* case, although it moved away from the in terrorem aspect of distinguishing between liquidated damages and penalties. After 1993, some courts moved away from in terrorem and genuine pre-estimate of loss tests towards compensatory/comparison tests. In 2003 the Court of Appeals in the *Jeancharm*²⁸ case re-emphasised the application of the pre-estimate of loss rule. In *Murray v. Leisureplay*²⁹ case of 2005, Lord Justices Buxton and Clarke, citing the *Lordsvale*³⁰ case, both stated that the modern approach to the *Dunlop* case in terrorem test is:

“whether a provision is to be treated as a penalty is a matter of construction to be resolved by asking whether at the time the contract was entered into the predominant contractual function of the provision was to deter a party from breaking the contract or to compensate the innocent party for breach”³¹.

The general picture is that, although attempts have been made to shift the focus of examination from whether there is a genuine pre-estimate of loss and towards examination of the commercial agreement between the parties, there still remains great respect for the ruling in the *Dunlop Pneumatic Tyre Company v. New Garage and Motor Company Ltd*, given in 1915.³²

²⁶Supra note 22

²⁷*Philips Hong Kong Ltd v. Attorney General of Hong Kong* (1993), 61 BLR 41

²⁸*Jeancharm Limited v. Barnet Football Club Limited* [2003] EWCA Civ 58.

²⁹*Murray v. Leisureplay Plc* [2005] EWCA Civ 963

³⁰*Lordsvale Finance Plc v. Bank of Zambia* [1996] QB 752

³¹*Id.* See also Supra note 24 at p.102-103

³² See Supra note 24 at p.80

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

1.2. THE CIVIL LAW APPROACH

In the civil law legal systems, there is no need to distinguish penalty clauses from liquidated damages clauses, as they are both enforceable. Although in principle penalty clauses are valid, there are different approaches within the civil law legal systems on excessive penalty clauses.

One approach considers excessive penalty clauses against good morals and violation of good morals leads to invalidity of the clause. However what is accepted as an "excessive amount" remains uncertain. In other words, according to an uncertain criterion, the penalty clause in the contract may become null and void. Penalty clauses can be separated from the contract, therefore it does not necessarily lead the contract to be invalid also. Inserting a severability clause is always helpful to save the contract when the penalty clause is invalid.³³

In most civil law countries, excessive penalty clauses are subject to judicial intervention but only if it is asked for. This judicial intervention is limited with reduction of the amount in some of these countries, whereas the court's discretion might be either reduction or increasing in the rest.

In the German Civil Code (BGB), the power of the judge to limit excessive penalty doctrine exists. According to §343 BGB³⁴, when the reasonableness of a penalty clause is judged by the courts, non-pecuniary losses and idiosyncratic values should be taken into consideration.³⁵ According to §348 HGB, this power of the court does not apply in commercial contracts between businessmen. However there is a good faith exception based on §242 BGB in order to avoid extreme cases. §343 BGB does not apply to consum-

³³ Marcel Fontaine and Filip De Ly, *Drafting International Contracts* (New York: Transnational Publishers Inc., 2006), p.342-343

³⁴ Although there has been major changes in BGB in 2002, this clause remained the same.

³⁵ A. Hatzis, 'Having the Cake and Eating it too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law' 22 *International Review of Law and Economics* (2002) p.400

er contracts either, as there is another special control mechanism for such contracts.

Under French law, the judge can at his discretion “reduce or increase the agreed penalty if it is either derisory or manifestly excessive”. However, in making this decision the judge should take into account, as in the *BGB* the purpose of the penalty clauses as stated by the parties and he should state the reason for the reduction.³⁶ This rule only applies to consumer contracts and it can be claimed only by a consumer against a businessman.³⁷

In Turkish law³⁸, excessive penalty clauses are subject to judicial intervention. Code of Obligations does not clarify what amount is excessive and therefore needs to be reduced. Courts have the discretion to reduce excessive penalty to a reasonable amount.³⁹ “Judge should consider interest of the creditor, damage itself, degree of the debtor’s fault in breach and economic conditions of both parties in case of a claim for reduction.”⁴⁰ However, if it is obvious that the amount of this excessive penalty, rather than putting a pressure on the debtor to perform, aims to destroy him in an economic sense in case of a breach of the contract, it is accepted to be against good morals and therefore null and void.⁴¹

³⁶ Id.

³⁷ Id.

³⁸ Turkey has adopted Swiss Code of Obligations in April 22nd, 1926. That was an identical translation providing a uniformity between Swiss and Turkish law of obligations. That code entered into force on October 4th, 1926 and will be abolished on July 1st, 2012, after the new Code of Obligations of Turkey will enter into force. However, the new Code has similar provisions on penalty clauses. Switzerland has not changed its relevant articles on penalty clauses either.

³⁹ Turkish Code of Obligations article 161 paragraph 3

⁴⁰ Judgement of Turkish Court of Appeals, *Y.HGK.*, 12.4.2000T., 2000/13-749 E. – 2000/758 K.

⁴¹ Turkish Code of Obligations article 20
YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

2. LIQUIDATED DAMAGES IN CONSTRUCTION CONTRACTS

Considering owner's failure to make payments as a more exceptional situation, disputes mostly arise out of a contractor's delay in performance or defective performance and sometimes total non-performance in construction contracts. As stated above, having a liquidated damages clause is an option to deal with these issues in a less complicated way. Besides, especially in delayed completion of work, it can be difficult for an owner to calculate his actual loss or sometimes link his loss to the delayed completion. In consequence, liquidated damages clauses are inserted in construction contracts.⁴²

2.1. The United States

2.1.1. Liquidated damages clause can be inserted for milestones as well as the whole project

In some construction contracts, the owner wants certain parts of the work to be finished before certain dates and therefore sets completion dates for both the whole project and those specific parts of work. These specific parts are commonly referred as 'milestones'. When there is a certain date set beforehand, there is always a risk for late completion. Therefore in construction contracts, a liquidated damages clause might be inserted for milestone dates as well as for the final completion date.⁴³ California Public Contract Code⁴⁴ §10226 provides an example:

"Every contract shall contain a provision in regard to the time when the whole or any specified portion of the work contemplated shall be completed, and shall provide that for each day completion

⁴² E. V. Caplicki III and R. A. Guidry, 'Liquidated Damages For Delay In Construction Contracts' 16.5 *Construction Accounting & Taxation* (2006) p.14

⁴³ R. K. Allen, 'The Estimation of Construction Contract Liquidated Damages', available at <http://library.findlaw.com/1995/Jan/1/129415.html> accessed 6 June 2011

⁴⁴ The aim of California Public Contract Code is described in its §100: "The Legislature finds and declares that placing all public contract law in one code will make that law clearer and easier to find."

See, <http://law.onecle.com/california/public-contract/100.html> accessed 6 June 2011

*is delayed beyond the specified time, the contractor shall forfeit and pay to the state a specified sum of money, to be deducted from any payments due or to become due to the contractor. The sum so specified is valid as liquidated damages unless manifestly unreasonable under the circumstances existing at the time the contract was made. (...)*⁴⁵

California Government Code §53069.85 has a similar provision:

*“The legislative body of a city, county, or district may include or cause to be included in contracts for public projects a provision establishing the time within which the whole or any specified portion of the work contemplated shall be completed. The legislative body may provide that for each day completion is delayed beyond the specified time, the contractor shall forfeit and pay to the agency involved a specified sum of money, which may be deducted from any payments due or to become due to the contractor. The sum so specified is valid as liquidated damages unless manifestly unreasonable under the circumstances existing at the time the contract was made. (...)*⁴⁶

2.1.2. Liquidated damages clause prevents the recovery of actual loss

Unless the contract explicitly permits the recovery of both liquidated damages and actual damages⁴⁷, a liquidated damages clause prevents the owner to claim actual damages in addition to liquidated damages. This fact is stated in the *Metropolitan Dade County v. Frank J. Rooney* case of 1993:

“The Contract contained a Liquidated Damages provision for the benefit of the COUNTY [the owner] which provided that the COUNTY recover from ROONEY [the contractor] \$2,500/day for

⁴⁵ <http://law.onecle.com/california/public-contract/10226.html> accessed 6 June 2011

⁴⁶ <http://law.onecle.com/california/government/53069.85.html> accessed 6 June 2011

⁴⁷ The validity of such a liquidated damages clause will probably be problematic though.

each day the project was delayed by ROONEY. Liquidated damages are in lieu of actual delay damages and an owner cannot elect to seek actual delay damages simply because the actual damages are greater than the liquidated damages. The COUNTY drafted and executed the Contract and agreed to accept the liquidated amount and should not have been permitted to present evidence with respect to the actual damages.”⁴⁸

It should be noted that, although the existence of a liquidated damages clause precludes the owner to claim his actual losses, the owner might claim his actual losses for damages not covered by the liquidated damages clause.⁴⁹ In other words, a liquidated damages clause should not necessarily cover all the possible damages, and if a damage excluded by the clause occurs, the owner might claim his actual losses with no doubt.

The most significant feature of the liquidated damages clauses is their simplicity as it enables the owner to prove only the existence of breach and not the existence of the mentioned amount of damage to earn compensation. That feature appears to be disadvantageous to the contractor and it generally is. However if the actual loss is higher than the liquidated damage, this type of clauses become in favour of the contractor.

*Saturn Construction Company Inc. v. State Department of Public Works*⁵⁰ case⁵¹ is an example of that. Saturn Construction Company Inc. (Saturn) and the State of Connecticut (State) entered into the subject contract on October 24, 1989. Under the contract, Saturn agreed to perform the “work” (construction of the foundation for the new facility, erection of all structural framing for the facility, performance of all masonry work on the Project, construction and installation of all security for the building and completion

⁴⁸ *Metropolitan Dade County v. Frank J. Rooney Inc.*, 627 So.2d 1248

⁴⁹ See *Supra* note 41 at p.19

⁵⁰ *Saturn Construction Company Inc. v. State of Connecticut Department of Public Works*, 1994 WL 590604 (Conn.Super.)

⁵¹ Although the word “case” is used, this is actually a declaratory judgment of the court, asked by Saturn to determine the lawful scope of a pending arbitration proceeding between itself and State.

of the building envelope) for the sum of \$17,650,000.00 within 470 days, following the notification of the State's chief of construction that it could begin work. Parties agreed that if Saturn fails to perform within the specified period, it will pay \$1000 for each additional day beyond the time agreed for the completion of the contract.

Even though there is a liquidated damages clause in the contract, the State sought its actual losses in the arbitration process. Saturn, at this point, chose to ask the court for a declaratory judgment arguing that the claims of the State are barred by the liquidated damages clause in the subject contract and by including such a clause in the contract, State waived any right it might otherwise have had to recover its damages as a result of Saturn's delay. State insisted that the liquidated damages clause was only intended to apply to losses and expenses which State would predictably suffer and this clause does not cover all the damages:

*"When parties to a contract decide to liquidate their damages, they give up their right to collect actual damages for their underlying losses. However, parties need not liquidate all of their damages. Instead, they may choose to liquidate only some damages, thereby preserving their rights to seek actual damages for the rest of their losses."*⁵²

The court agrees that although a liquidated damages clause, if unrestricted, functions as a bar to the recovery of all actual damages in case of a breach of a contract, parties may choose to narrow the scope of their liquidated damages clause by clearly expressing this intention.⁵³ However the court did not get the impression that parties intended to narrow the scope of the liquidated damages clause in this case since, with no exception, the clause provided that liquidated damages were to be assessed for Saturn's delay in completion of its work:

"In conclusion, the Court finds that there is no basis in the contract to support the inference that the parties intended only to li-

⁵² Supra note 49

⁵³ See Id.

*quidate damages for loss of use of the new Newtown correctional facility. To the contrary, the actual damages herein sought by the State clearly fall within the narrow scope of the liquidated damages clause, for they are damages 'for each additional day beyond the time agreed for completion of the contract [...]...'.*⁵⁴

As it is seen in this case, if an unrestricted liquidated damages clause exists or the damage in question falls within the narrow scope of the liquidated damages clause, compensation of the actual damages cannot be claimed by the owner. However there is a situation that the owner can still recover his actual losses despite the parties have a liquidated damages clause in their contract and that situation occurs when the liquidated damages clause is found invalid. In such a situation, the owner can claim his actual losses as he could have claimed if there were no liquidated damages clause inserted into the contract in the first place. Because of that reason, an owner is always suggested to keep the records of the costs he has to face as a result of the delay of the contractor in completion, as he will have to prove his damages to receive compensation in case the liquidated damages clause in the contract is found invalid.⁵⁵

2.1.3. Whether liquidated damages are recoverable in case of owner's contribution to the delay

In most of the delay claims in construction projects, it can be observed that delay on the completion of work is caused by the contractor. This is the same when the problem in question is defective performance and even total non-performance. However, in some situations delay is caused by both the contractor and the owner. In other words, the contractor and the owner contribute to the delay in different ways. Although parties are free to allocate such risks, the liquidated damages clauses inserted in construction contracts generally do not cover what is going to be done in such a situation.

⁵⁴ Id.

⁵⁵ Supra note 41 at p.20

The general rule about delays caused by both the contractor and the owner is that, if there is a concurrent delay, the contractor is entitled to an extension of time to complete the work and neither the owner nor the contractor is entitled to monetary completion.⁵⁶

“...Concurrent delays occur when there are two or more independent causes of delay during the same time period. The ‘same’ time period from which the concurrency is measured, however, is not always literally within the exact period of time. For delays to be considered concurrent, most courts do not require that the periods of concurrent delay precisely match. The period of ‘concurrency’ of the delays can be related by circumstances, even though the circumstances may not have occurred during exactly the same time period...”⁵⁷

U.S. case law has developed two points of view for situations where the delay is caused by both parties: “rule against apportionment” and “clear apportionment rule”. The *PCL* case⁵⁸, provides a good guidance on these different views citing several cases.

PCL Construction Services Inc. has entered into a contract with the US government for the construction of a Visitor’s Center and Parking Structure at the Hoover Dam on September 5, 1991. Eventually *PCL* filed two complaints against the United States, seeking to recover amounts retained by the government as liquidated damages and for uncompleted punch list items, claiming that the government contributed to the delay of both the Parking Structure and Visitor’s Center.⁵⁹ In order to reach a conclusion regarding those claims, the court defined both the rule against apportionment and the clear apportionment rule with citations to various

⁵⁶ See *Id.* See also *William F. Klingensmith, Inc. v. U.S.* (731 F. 2d 805): “The general rule is that ‘where both parties contribute to the delay neither can recover damages, unless there is in the proof a clear apportionment of the delay and expense attributable to each party’.”

⁵⁷ Barry B. Bramble and Michael T. Callahan, *Construction Delay Claims* (New York: Aspen Law and Business, 2000), p.1-16 – 1-17.

⁵⁸ *PCL Construction Services, Inc. v. United States*, 53 Fed.Cl. 479.

⁵⁹ *Id.*

cases and judged the government's contribution to delay in light of these rules.

There are two main cases cited in the *PCL* case: *Acme Process Equipment*⁶⁰ for the rule against apportionment and *Sauer*⁶¹ for the clear apportionment rule.

a) Rule Against Apportionment: In *Acme Process Equipment*, the plaintiff (Acme Process Equipment Co.) entered into a contract with the Army for the production of elevating and traversing assemblies, that included a liquidated damages clause for late completion. From the beginning, Acme faced serious production delays because of a number of reasons, including its own inexperience, defaults by subcontractors⁶², and defects in some of the government-furnished machines. Although the government forgave many delinquent deliveries, it assessed liquidated damages on others. Before any deliveries were made, the Army terminated the contract for its own convenience. Acme made a termination claim for itself and its secondary subcontractors and another claim on behalf of its principal subcontractor (All Metals Industries Inc.). The Armed Services Board of Contract Appeals decided that a balance⁶³ was due on each claim. However the court held that the Board's decision is not conclusive as "*Wunderlich Act, 41 U.S.C.A. §§ 321*⁶⁴ and *322*⁶⁵ forbids use of court as means of automatically

⁶⁰ *Acme Process Equipment Co. v. United States*, 171 Ct. Cl. 251, 347 F.2d 538

⁶¹ *Sauer Incorporated v. Richard J. Danzig*, 224 F.3d 1340

⁶² "This project was largely subcontracted, leaving for Acme only the final finishing and assembly of components, and the earlier job of fashioning the rifle barrels from rough forgings with machines furnished by the Government under a separate facilities contract." See *Supra* note 59

⁶³ "The Board decided that a net balance of \$21,518.73 was due on the Acme claim after crediting a part payment of \$20,000, and that All Metals was entitled to an additional \$32,879.01, after crediting partial payments of \$50,040.28. on motions for reconsideration, the Board reduced the net amount due on the All Metals claim to \$18,096.38." See *Supra* note 59

⁶⁴ "No provision of any contract entered into by the United States, relating to the finality or conclusiveness of any decision of the head of any department or agency or his duly authorized representative or board in a dispute involving a question arising under such contract, shall be pleaded in any suit now filed or to be
YUHFD Vol. VIII No. 1 (2011)

*enforcing administrative decisions in favour of government contractor.”*⁶⁶

The court found that some of the delays were the result of the inexperience and incompetence of the contractor’s personnel, whereas some of them were caused by defects in equipment furnished by the government. As the court found that both parties contributed to delay, it held that the liquidated damages clause of the contract should be annulled, by quoting a previous case, 1940 *Schmoll v. U.S.*⁶⁷:

“...where delays are caused by both parties to a government contract the court will not attempt to apportion them, but will simply hold that the provisions of the contract with reference to liquidated damages will be annulled.”⁶⁸

Therefore, the court in *Acme Process Engineering* stated and followed the rule against apportionment and dismissed the government’s claims regarding liquidated damages, concluding that the liquidated damages clause in the contract should be annulled as both parties contributed to the delay.⁶⁹

b) Clear Apportionment Rule: In February 1986, the US Government and Sauer entered into a fixed-price construction contract for the completion of the interior of a building at a submarine base. The contract required work to be concluded by March 15, 1987 and liquidated damages for late completion were set at \$1725

filed as limiting judicial review of any such decision to cases where fraud by such official or his said representative or board is alleged: *Provided, however,* That any such decision shall be final and conclusive unless the same is fraudulent or capricious or arbitrary or so grossly erroneous as necessarily to imply bad faith, or is not supported by substantial evidence.”

⁶⁵ “No Government contract shall contain a provision making final on a question of law the decision of any administrative official, representative, or board.”

⁶⁶ *Supra* note 59.

⁶⁷ *Dewey Schmoll v. United States*, 91 Ct. Cl. 1, 1940 WL 4133 (Ct. Cl.). And also cites other cases including *United States v. United Engineering & Construction Co.*, 234 U.S. 236, 34 S. Ct. 843.

⁶⁸ *Dewey Schmoll v. United States*, 91 Ct. Cl. 1, 1940 WL 4133 (Ct. Cl.).

⁶⁹ *Supra* note 59.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

per day. During performance of the contract, another contractor was installing cranes inside of the building and during the performance of a part of the work, the Navy stored a large crane inside of the building. Eventually, Sauer was failed to complete the work by the required completion period and the government assessed liquidated damages for 9 days. Sauer filed an appeal with the Armed Services Board of Contract Appeals (ASBCA), seeking remission of the liquidated damages assessed by the government, claiming that there were government caused delays involved. Both of the parties argued that the other party was responsible for at least some part of the delay. The Board found that the storage of the large crane disrupted Sauer's work and therefore Sauer is entitled to an additional contract extension of two days and accordingly the Board granted Sauer a "*commensurate remission of liquidated damages*"⁷⁰. At the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, Sauer claimed that the Board should have remitted a larger portion of the liquidated damages by recognizing a longer period of excusable delay. Nevertheless, the Federal Circuit rejected this argument by stating that:

*"As a general rule, a party asserting that liquidated damages were improperly assessed bears the burden of showing the extent of the excusable delay to which it is entitled. (...) We have affirmed the Board's finding that Sauer proved only two days of excusable delay. As a result, Sauer has not shown that it is entitled to a remission of liquidated damages greater than the remission already granted by the Board."*⁷¹

By citing two earlier cases⁷² of the United States Court of Appeals, Federal Circuit, Sauer claimed that the burden of proof was on Navy to establish Sauer's responsibility for the delay in performance. The court, however, considered those claims inapposite, emphasising that, in both of these cases, the government's

⁷⁰ Supra note 60.

⁷¹ Id.

⁷² See *William F. Klingensmith, Inc. v. United States*, 731 F.2d 805 (Fed. Cir. 1984) and *Blinderman Construction Co. v. United States*, 695 F.2d 552 (Fed.Cir.1982).

fault for delays had been established and the courts applied the rule stated in *Coath & Goss, Inc. v. United States*⁷³:

“...Where both parties contribute to a delay neither can recover damage, unless there is in the proof a clear apportionment of the delay and the expense attributable to each party. ...”⁷⁴

However in this case, Sauer failed to show more than two days of government caused delay, which makes those cases inapplicable according to the court. Consequently, in *Sauer*, despite the fact that the government has contributed to the delay, the Court awarded the government liquidated damages. In this case, the court did not followed the rule against apportionment and accordingly refused to annul the liquidated damages clause but it supported the clear apportionment rule.

“...Prior to *Sauer*, however, the clear apportionment rule generally was applied to situations in which the contractor was attempting to recover for delays for which it was not responsible, not to situations in which the government was seeking to recover liquidated damages. ...”⁷⁵

c) Whether “rule against apportionment” is replaced with “clear apportionment rule” The *PCL* case also discusses the question whether *Sauer* overruled *Acme Process Equipment* and therefore whether the rule against apportionment is replaced by the clear apportionment rule in the liquidated damages context:

“In considering whether *Sauer* overruled *Acme Process Equipment*, replacing the rule against apportionment with the clear apportionment rule in the liquidated damages context, the court

⁷³ *Coath & Goss, Inc., A Corporation v. the United States*, 101 Ct. Cl. 702, 1944 WL 3694 (Ct. Cl.).

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ *PCL Construction Services, Inc. v. United States*, 53 Fed.Cl. 479. See *William F. Klingensmith, Inc. v. United States*, 731 F.2d 805 (Fed. Cir. 1984); *Blinderman Construction Co. v. United States*, 695 F.2d 552 (Fed.Cir.1982); *Coath & Goss, Inc., A Corporation v. the United States*, 101 Ct. Cl. 702, 1944 WL 3694 (Ct. Cl.).

as examples cited for prior applications of the clear apportionment rule.
YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

*notes that opinions from the United States Court of Claims serve as binding precedent until overturned by the United States Court of Appeals for the Federal Circuit, en banc, the United States Supreme Court, or intervening statutory change. (...) Sauer was a ruling from a three judge panel, not the Federal Circuit en banc. Thus, the rule against apportionment would appear to remain viable in the Federal Circuit. Moreover, there is insufficient proof to find that Sauer clearly overruled Acme Process Equipment because the court in Sauer did not include a discussion of the rule against apportionment, nor cite to any of the cases discussing the rule."*⁷⁶

As to the outcome of the *PCL* case, the court ruled that the government was not entitled to liquidated damages for delay in completion of the work under either the rule against apportionment or the clear apportionment rule. Government's contribution to the delay results in the annulment of the liquidated damages provision in the contract under the rule against apportionment. In the alternative, under the clear apportionment rule, the court denies the government's assessment of liquidated damages since no clear apportionment of delay is established. Consequently, contractor PCL Construction Services was entitled to amounts retained by the government as liquidated damages for the failure to complete work.⁷⁷

2.1.4. The necessity to insert a liquidated damages clause in the subcontracts

A contractor's delay in completing the project may occur because of many reasons. One of these reasons is the subcontractor's delay in performance if a part or whole of the project is subcontracted. If the main contract, the construction contract between the owner and the contractor, includes a liquidated damages clause, it will be for the contractor's benefit to insert a liquidated damages clause mentioning a reasonably higher amount in the subcontract. In this way, the contractor may recover his loss resulting from the

⁷⁶ Supra note 57

⁷⁷ Id.

owner's assessment of liquidated damages and his other losses resulting from the subcontractor's delay. Accordingly, the contractor's assessment of liquidated damages from the subcontractor depends on the owner's assessment of liquidated damages from him.⁷⁸ The compulsion to draft the liquidated damages clause in the subcontract as a pass-through obligation is stated in *Pierce Associates, Inc. v. the Nemours Foundation*⁷⁹:

*"The subcontract liquidated damages provision makes sense only if it is construed, as Pierce and Federal contend, as a pass-through obligation, providing that in the event a subcontractor caused delay in completing the project Nemours [the owner] could collect \$3,000 per day from Gilbane [the contractor], which in turn could pass-through that obligation to the subcontractor. ..."*⁸⁰

This point of view might be considered as contradicting with the basic function of liquidated damages: its function enabling assessment of a pre-set sum, without proving that this is the actual amount suffered because of the delay or any such breach. This debate occurred in *Mattingly Bridge Co. v. Holloway & Son Construction Co.*⁸¹ The court's conclusion on this issue with majority vote was the following:

*"In short, while we respect the right of the parties here to fix liquidated damages by contract, we do not abandon our previous rule that forbids their award when nothing more than a penalty or forfeiture."*⁸²

This conclusion resulted in Justice Stephenson's filing of a separate dissenting opinion, who disagreed with the majority:

"In my opinion, the majority opinion misses the point. The fact that the Department [the owner] treated Holloway [the contractor]

⁷⁸ See Supra note 41 at p.21

⁷⁹ *Pierce Associates, Inc. and Federal Insurance Co. v. the Nemours Foundation, Gilbane Building Company and the Aetna Casualty & Surety Company*, 865 F.2d 530

⁸⁰ Id.

⁸¹ *Mattingly Bridge Co. Inc. v. Holloway & Son Construction Co.*, 694 S.W.2d 702

⁸² Id.

leniently is irrelevant to the contract between Holloway and Mattingly Bridge [the subcontractor]. The advantage of the liquidated damage clause is that it was not necessary for Holloway to produce exact evidence of loss of profits sustained by reason of the delay of Mattingly Bridge in completing its contract. I cannot say that the full amount claimed by Holloway occasioned by the delay in completion date is unreasonable in any respect.”⁸³

2.1.5. Termination of liquidated damages clause

The two concepts of construction law, “final completion” and “substantial completion” of project, indicate different meanings and accordingly point out different periods in time. A project is substantially completed at the time when the owner is able to use the project in the way that he intended to use according to the contract. In other words, the purpose of the project has to be achieved for a project to be substantially completed, although every single piece of work stated in the contract has not been finished yet.⁸⁴

⁸³ Id.

⁸⁴ Substantial completion is also defined by certain statutes of states. See Kentucky Revised Statutes (KRS) §371.410: “...For purposes of this subsection, ‘substantial completion’ is the point at which, as certified in writing by the contracting entity, a project is at the level of completion, in strict compliance with the contract, where: (a) Necessary approval by public regulatory authorities has been given; (b) The owner has received all required warranties and documentation; and (c) The owner may enjoy beneficial use or occupancy and may use, operate, and maintain the project in all respects, for its intended purpose. Partial use or occupancy shall not necessarily result in the project being deemed substantially complete and shall not be evidence of substantial completion. ...” ; KRS §413.135: “The term ‘substantial completion’ shall be construed to mean the date upon which the owner of the structure, project, or facility first entered upon the occupancy or commenced the use thereof.” Massachusetts General Law Chapter 30 Section 39G: “Substantial completion, for the purposes of this section, shall mean either that the work required by the contract has been completed except for work having a contract price of less than one per cent of the then adjusted total contract price, or substantially all of the work has been completed and opened to public use except for minor incomplete or unsatisfactory work items that do not materially impair the usefulness of the work required by the contract.”

“Substantial completion does not relieve the contractor of completing the project in its entirety, nor does it obligate the owner to pay the entire contract price. Substantial completion however, does entitle the contractor to be paid the contract balance minus the value of the work which remains to be completed, usually referred to as ‘punchlist’.”⁸⁵

Following the completion of punchlist items, the project will be 100 percent completed and therefore final completion will be achieved. Substantial completion is defined by the American Institute of Architects as such:

“Substantial Completion is the stage in the progress of the Work when the Work or designated portion thereof is sufficiently complete in accordance with the Contract Documents so that the Owner can occupy or use the Work or a portion thereof for its intended use.”⁸⁶

As it can be concluded from the definition above, substantial completion dates can be indicated for both the entire project and certain milestones of the project.

“...If substantial completion as it relates to milestone portions of the work falls on or before the contract milestone dates as adjusted by contract changes, the milestone work has been completed on time. Similarly, if the substantial completion date of the entire project falls on or before the contract completion date as adjusted by contract changes, the project has been completed on time.”⁸⁷

Regarding liquidated damages, the period between the substantial completion and final completion of a construction project might be problematic. Liquidated damages are basically, pre-estimation of losses the owner is going to or might suffer if he cannot efficiently use the project in or after a certain time. Since sub-

⁸⁵ R. K. Allen, ‘The Estimation of Construction Contract Liquidated Damages’, available at <http://library.findlaw.com/1995/Jan/1/129415.html> accessed 6 June 2011.

⁸⁶ The American Institute of Architects (AIA) General Conditions § A.9.8.1

⁸⁷ R. K. Allen, ‘The Estimation of Construction Contract Liquidated Damages’, available at <http://library.findlaw.com/1995/Jan/1/129415.html> accessed 6 June 2011.

stantial completion provides the owner efficient usage of the project in question, the owner's assessment of liquidated damages for delay in the completion of punchlist items will not be considered equitable under the common law sense. Therefore without specific language to the contrary, a liquidated damages clause in a construction contract will be considered to be ceased after substantial completion.⁸⁸ However, it is still possible to draft a contract containing a liquidated damages clause, covering the period between substantial completion and final completion. Although the risk of courts' consideration as a penalty clause remains; by reducing the daily liquidated damages amount to a reasonable amount between substantial completion and final completion, and proving actual damages being suffered during that period, the owner might have the right to be assessed liquidated damages even after the substantial completion.

*"The termination point for liquidated damages must be carefully considered. If final completion is used as the cut off for liquidated damages rather than substantial completion, the owner should be prepared to prove that the damages were actually sustained during the period between substantial and final completion. Although it can be irritating to an owner to have unresolved punchlist items, it can be extremely difficult to prove actual damages sustained after substantial completion has been reached. It may be appropriate, in drafting a provision, to have liquidated damages that are reduced as milestones are reached or as substantial completion allowing occupancy is reached for portions of the facility, or to be reduced between substantial or final completion."*⁸⁹

*Rowland Construction*⁹⁰ constitutes an example of the importance of proper liquidated damages clause drafting. The contractor entered into a contract with the city of Everett to install a portion of a water pipeline, which will replace the city's old pipeline. The city

⁸⁸ See Supra note 41 at p. 20.

⁸⁹ William Schwartzkopf and John J. McNamara, *Calculating Construction Damages* (United States: Aspen Law & Business; 2001), p. 263-264.

⁹⁰ *S.L. Rowland Construction Company v. Beall Pipe and Tank Corporation*, 14 Wash. App. 297, 540 P.2d 912.

inserted a liquidated damages clause in the contract, which sets the liquidated damages at \$150 per day. The new pipeline was placed in full service by the city in February 1968. However final completion of the work was not accomplished within the following four and a half months. City sought recovery of liquidated damages indicated by the contract for the period between the date the pipeline was put in full service and the final completion of the project.⁹¹ The court reached the conclusion that, since the pipeline was in full service, the assessment of the entire liquidated damages clause would have the *in terrorem* effect which aims to force to contractor to perform, rather than compensation of the damages. The clause was held to be a penalty clause and therefore invalidated.

*"A liquidated damage clause in a pipeline construction contract, which required the contractor to pay the same \$150 daily rate of damages after the pipeline was put into full operation as before, amounted to a penalty after the pipeline was put into full use. The clause was therefore invalid insofar as it purported to determine damages after the line was put into full use by the municipality."*⁹²

Finally, the Court emphasized the importance of proper drafting of the liquidated damages clause for such situations by stating that:

*"In drafting liquidated damages clauses, care should be taken to see that, if the clause applies to breaches of varying seriousness, the amount to be paid is adjustable to fit the probable damage."*⁹³

2.1.6. Assessment of liquidated damages after the contract is terminated

It is clear that the contractor should be entitled to pay liquidated damages for his inexcusable delays in completion of the project, in case of existence of a valid liquidated damages clause. This clear statement may not be sufficient enough to provide a solution for the problem regarding the assessment of the owner of

⁹¹ See Supra note 41 at p.21.

⁹² Supra note 89.

⁹³ Id.

liquidated damages if the contract is terminated before the completion of the project. Such termination may occur in two ways: termination by the owner for default of the contractor or abandonment of the project by the contractor.

It would be wrong to consider owner's termination of the contract in case of default and owner's right to assess liquidated damages in case of delay as alternatives to one another. Owner's assessment of liquidated damages does not preclude the owner from resorting his other contractual rights, including termination of the contract. If the project is not finished by the time of the completion date and/or it is not likely that it will be finished in a reasonable time following the scheduled completion date, in case of absence of an excusable delay the owner may both terminate the contract and assess liquidated damages.⁹⁴

In most of the cases, following the termination of the contract for delay in performance, the owner seeks a new contractor who can complete the project. Although the work is performed by the replacement contractor, not by the original contractor anymore; the owner might still recover liquidated damages from the original contractor for the period between the scheduled completion date in the original contract and the substantial completion date of the replacement contractor, if the replacement contractor completes the work late.⁹⁵ However it is expected from the owner to act reasonably in procuring the work in two senses. First one regards the time that the owner spends to find a replacement contractor.⁹⁶ If the owner spends unreasonably too much time to find a new contractor, this period might reduce the liquidated damages period.⁹⁷ Second one regards the qualifications of the replacement contractor, as the inexcusable delays caused by the replacement contractor can not be recovered by the original contractor.⁹⁸ (However the owner may

⁹⁴ See Barry B. Bramble and Michael T. Callahan, *Construction Delay Claims* (New York: Aspen Publishers: 2000), p. 2-75.

⁹⁵ See *Supra* note 41 at p.21 and *Id.*

⁹⁶ See *Supra* note 41 at p. 21.

⁹⁷ See *Supra* note 93

⁹⁸ See *Supra* note 95

claim liquidated damages for these delays from the replacement contractor.) In the same way, the original contractor will benefit a remittance for excusable delays of the replacement contractor.⁹⁹

The contractor may abandon the work as well as the owner may terminate the contract for default. If this is the case, mostly the problem is whether a liquidated damages clause inserted for delay in performance will give the right to the owner to assess liquidated damages for the contractor's partial non-performance as a result of the abandonment. Even though there are various cases reaching different conclusions, this issue mostly depends on how the liquidated damages clause is drafted.

In *City of Elmira v. Larry Walter Inc.*¹⁰⁰, the court held that a liquidated damages clause for delay is not applicable to the case if the contractor abandons the work completely instead of completing it after the scheduled time:

*"...a liquidated damages clause for delay which is reasonable--and the reasonableness of the clause here is not at issue--does not apply when the contractor abandons work prior to the stipulated completion date. ..."*¹⁰¹

In *Austin-Griffith v. Goldberg*¹⁰², the court assessed liquidated damages in the event of abandonment after the scheduled completion time:

*"...where the contractor abandons the work after the time fixed for completion, the clause providing for liquidating damages applies from the time fixed for completion until the work is abandoned, and for a further period of time reasonably necessary to complete the job. ..."*¹⁰³

⁹⁹ See *Olympic Painting Contractors*, ASBCA No. 15773, 72-2 BCA P 9549, 1972 WL 1410 (A.S.B.C.A.)

¹⁰⁰ *City of Elmira v. Larry Walter Inc. and Newman & Doll Consulting Engineers*, 150 A.D.2d 129, 546 N.Y.S.2d 183

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² *Austin-Griffith, Inc. v. Goldberg et al.*, 224 S.C. 372, 79 S.E.2d 447

¹⁰³ *Id.*

In *Town of Hempstead v. Sea Crest Constr.*¹⁰⁴, the court entitled the owner both the damages for the abandonment and liquidated damages:

“...The liquidated damage clause in the parties' contract appears to apply to situations in which damages were sustained due to delays in Sea Crest's full performance of the construction contract. The clause does not, however, specifically limit the amount of actual damages that the plaintiff may recover upon Sea Crest's abandonment of the contract. ...”¹⁰⁵

As it can be concluded from the examples above, drafting of the liquidated damages clause is critical for the court to decide whether the owner is entitled to liquidated damages or his actual damages or both. Therefore, in order to ensure the applicability of the liquidated damages clause in case of any termination for default or abandonment of the contractor, an additional clause which expressly indicates it should be inserted when drafting the liquidated damages clause.¹⁰⁶

2.1.7. Early completion bonuses

In a practical sense, liquidated damages clauses in the contracts function as a motivation for the contractor to complete the project before the scheduled time. There is another type of financial motivation to achieve the same result: early completion bonuses.

Although the main point in both of those appears to be same, sometimes the situations they are chosen may differ from each other. Early completion bonuses usually are chosen to be included in the construction contract when the owner has a benefit in the completion before the scheduled time. For instance certain public work projects, especially those which aims to bring back on line the fa-

¹⁰⁴ *Town of North Hempstead v. Sea Crest Construction Corp. et al*, 119 A.D.2d 744, 501 N.Y.S.2d 156.

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ See Barry B. Bramble and Michael T. Callahan, *Construction Delay Claims* (New York: Aspen Publishers: 2000), p. 2-76.

cilities that were damaged due to a disaster.¹⁰⁷ California has codified the use of early completion bonuses in public contracts¹⁰⁸:

*"...A contract for a road project, flood control project, or project involving facilities of the State Water Resources Development System may also provide for the payment of extra compensation to the contractor, as a bonus for completion prior to the specified time, the provision, if used, to be included in the specifications and to clearly set forth the basis for the payment."*¹⁰⁹

Florida has a similar provision:

*"If the department determines and adequately documents that the timely completion of any project will provide a substantial benefit to the public health, safety, or welfare; will limit the disruptive effect of construction on the community; or is cost beneficial on a revenue-producing project, the contract for such project may provide for an incentive payment payable to the contractor for early completion of the project or critical phases of the work and for additional damages to be assessed against the contractor for the completion of the project or critical phases of the work in excess of the time specified. ..."*¹¹⁰

An early completion clause can be drafted in three different ways: as a fixed amount (without concerning how many days before the scheduled completion date the project was actually finished), a sum for every day between the actual completion date and the scheduled completion date or both (a fixed amount, plus a sum per day of early completion).¹¹¹ AIA, in its guide for Supplementary Conditions, suggests the following bonus clause:

¹⁰⁷ See Supra note 41 at p. 21.

¹⁰⁸ See footnote 87 of E. V. Caplicki III and R. A. Guidry, 'Liquidated Damages For Delay In Construction Contracts' 16.5 *Construction Accounting & Taxation* (2006) p. 24.

¹⁰⁹ See California Public Contract Code §10226, available at <http://law.onecle.com/california/public-contract/10226.html>.

¹¹⁰ See Florida Statutes §337.18(4)(a), available at http://www.myfloridahouse.gov/filestores/web/statutes/fs07/CH0337/Section_0337.18.HTM accessed 6 June 2011

¹¹¹ See Arthur O'Learly, 'Consequences of Late Completion: Liquidated Damages and Bonus Clauses in Construction Contracts', available at *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)*

*"Bonus: The Owner shall pay as a bonus to the Contractor a sum of _____ Dollars (\$ _____) for each calendar day preceding the date established for Substantial Completion in the Contract Documents that the Work is determined to be substantially complete by the Architect."*¹¹²

Although liquidated damages clauses and early completion clauses may appear to be alternatives to one another, this conclusion is not necessarily true. A construction contract may include both clauses.

2.2. England

2.2.1. Liquidated damages can be claimed for all or part of the work

Dividing the work into stages and creating certain milestones for the project benefits both the contractor and the employer¹¹³: The contractor will certainly relieve some of his contractual obligations and the employer will be able to use some of the parts rather than waiting for completion of the whole project.¹¹⁴ Therefore, provisions regarding milestone completion dates are being inserted in construction contracts in England as well as in the U.S.

Where the employer has benefits on the completion of a certain milestone, in most cases he will have damages as a result of the contractor's failure to complete them before the mentioned date. In the absence of a special liquidated damages provision applicable to these milestone completion dates, the employer has no option other

http://www.dcd.com/oleary/oleary_jf_2002.html accessed 6 June 2011

¹¹² American Institute of Architects Guide for Supplementary Conditions (for use with General Conditions of the Contract for Construction, AIA document A201-1997, and Instructions to Bidders, AIA Document A701-1997), AIA document A511-1999. Article 9.12. See Arthur O'Learly, 'Consequences of Late Completion: Liquidated Damages and Bonus Clauses in Construction Contracts', available at http://www.dcd.com/oleary/oleary_jf_2002.html accessed 6 June 2011

¹¹³ In English cases and hence legal doctrine, the term "employer" is being used instead of "owner".

¹¹⁴ See Brian Egglestone, *Liquidated Damages and Extensions of Time in Construction Contracts*, 3rd edition (Great Britain: Wiley-Blackwell, 2009) p. 175

than seeking for his general damages¹¹⁵ resulting thereof. In order to avail the convenience of a liquidated damages clause also in cases of delays in milestone completion, separate liquidated damages amounts may be inserted into the contract for each milestone.¹¹⁶ As liquidated damages must be a reasonable pre-estimate of loss, the employer may be challenged to demonstrate it when claiming for liquidated damages in such a situation. Usually it is hard for an employer to demonstrate his benefit in completion of a part of the work before a certain date and thus his loss when the contractor failed to complete it. The stipulated amount in the liquidated damages clause should be estimated carefully since otherwise the clause will be considered as a penalty clause and as a result of that held invalid.¹¹⁷

2.2.2. Whether general damages can exceed liquidated damages

A valid liquidated damages clause prevents the recovery of the employer's general damages. There is always a risk for liquidated damages clauses to be found excessive and therefore invalidated by courts. If the employer suffers damages as a result of the contractor's delay in performance and if the liquidated damages inserted in the construction contract between the parties held invalid, the employer will seek general damages. When this is the case, the question, whether the stipulated amount in the invalidated liquidated damages clause will constitute a limit to the amount recoverable as general damages, arises.

Although this issue came into question in a number of cases, there is no judgment yet in English case law that clearly provides an answer to this issue. In *Wall v. Rederiaktiebolaget Luggude*¹¹⁸ it was held that, if a liquidated damages clause found inappropriate,

¹¹⁵ In English cases and hence legal doctrine, the term "general damages" is being used instead of "actual damages".

¹¹⁶ See Roger Knowles, *150 Contractual Problems and Their Solutions*, 2nd edition (Singapore: Blackwell Publishing, 2005) p.85-86.

¹¹⁷ Id.

¹¹⁸ *Wall v Rederiaktiebolaget Luggude* [1915] 3 KB 66.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

the general damages that proved to have been incurred could be levied in full even if they exceed the sum stipulated in the liquidated damages clause.¹¹⁹ In *Rapid Building v. Ealing Family Housing* a different decision came up:

“Counsel has argued that although the liquidated damages clause has ceased, ... the defendants will be entitled to recover more than the amount they would have recovered under Clause 22, if clause 22 had continued to be applicable.”¹²⁰

In some cases, such as *Cellulose Acetate Silk Co Ltd v. Widnes Foundry*¹²¹, the issue whether a general damages claim is limited to the stipulated sum as liquidated damages in the contract came into question but left open.¹²²

In a recent case, *Steria v. Sigma*¹²³, the judge stated his opinion (although that was not a dispute in question) on whether a cap on the amount of liquidated damages (for instance in that case the cap was 10% of the contractual price) provides a limit to general damages recoverable as a result of the invalidation of the clause:

“... it is unnecessary for me to consider the further argument as to whether the cap in those provisions would also apply to cap the alternative claim for general damages. ... If I had needed to decide the point, I would have inclined to the view that if the liquidated damages provision is held to be penal, then it prevents either party from relying on it, so that the cap also disappears.”

Although this opinion is from a 2007 case, since that was not the dispute in question and therefore the judge was only stating his opinion on an irrelevant issue, this opinion still does not solve the legal uncertainty in English case law as it was *obiter dictum* and does not constitute precedent. It should be noted that, the English legal doctrine appears to be against the recovery of general damag-

¹¹⁹See Supra note 115 at p. 84.

¹²⁰*Rapid Building Group Ltd. v. Ealing Family Housing Association Ltd.*, [1984] 29 BLR 5. See Supra note 113 at p. 58.

¹²¹*Cellulose Acetate Silk Co Ltd v Widnes Foundry (1925) Ltd* [1933] AC 20.

¹²²See Supra note 115 at p. 84.

¹²³*Steria Ltd. v. Sigma Wireless Communications Ltd.* (2007) (TCC) 6 BM 50037.

es exceeding the liquidated damages amount stipulated in the contract.

2.2.3. Employer's assessment of liquidated damages in case of concurrent delays

Not all delays are a result of the contractor's failure to perform; sometimes the employer causes the delay, as well as a neutral event might. However, in some cases there is more than one reason causing the delay, each has sufficient effect to delay the completion without the other. This is called a 'concurrent delay'. Although there is no hard and fast rule yet to resolve this issue, there are many views arguable in English law regarding the contractor's and the employer's entitlements in such a situation. The most widely recognised views are the Devlin approach, the dominant cause approach and apportionment, which all have arisen from cases not relevant to construction law but considered as applicable to them also. The least popular lines of thought regarding concurrency can be named as follows: the burden of proof approach, the 'but-for' test, the first-in-line approach and the first-past-the-post approach.

a) The Devlin Approach: This approach arises from the judgment of Mr. Justice Devlin in a shipping case *Heskell v. Continental Express Ltd* (1950)¹²⁴:

*"Whatever the rule of causation may be I am satisfied that if a breach of contract is one of two causes, both co-operating and both of equal efficacy, as I find in this case, it is sufficient to carry judgment for damages. ..."*¹²⁵

Although there was an attempt to widen the scope of this approach in *Plant Construction Plc v. Clive Adams Associates*¹²⁶, the Devlin approach does not work satisfactorily in construction cases because of the existence of counterclaims according to many legal commentators.¹²⁷

¹²⁴ *Heskell v. Continental Express Ltd* [1950] 1 All ER 1033

¹²⁵ *Id.*

¹²⁶ *Plant Construction Plc v. Clive Adams Associates* (2000) BLR 137.

¹²⁷ See *Supra* note 113 at p. 290; and *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1* (2011)

“...The difficulty is that it must be applied to both the claim of the contractor for loss and expense or damages and the counterclaim of the Employer for liquidated damages. In those circumstances, one could have the absurd position that the Contractor’s claim for direct loss and expense succeeded in relation to a period of delay and the Employer’s claim for liquidated damages succeeded in respect of exactly the same period of delay.”¹²⁸

b) Dominant Cause Approach: This approach is widely taken to be the correct approach as to concurrency.¹²⁹ Similar to the Devlin approach, this approach also arises from a shipping case.

In *Leyland Shipping*¹³⁰ case, a ship was torpedoed by a German submarine and taken into the harbour of Le Havre. When a gale sprang up she was moved to a berth inside the outer breakwater, where she took the ground at each ebb tide. Ultimately her bulkheads gave way and she sank. She was insured against perils of the sea, but excluding the consequences of hostilities. It was held that the proximate cause of the loss was the damage inflicted by the torpedo, which fell within the exclusion.¹³¹ From this decision of Lord Shaw in *Leyland Shipping* case, a general rule can be restated:

“If there are two causes, one the contractual responsibility of the Defendants and the other the contractual responsibility of the Claimant, the Claimant succeeds if he establishes that the cause for which the Defendant is responsible is the effective, dominant cause. Which cause is dominant is a question of fact, which is not

http://www.keatingchambers.co.uk/resources/publications/2005/aw_concurrency_construction_delays.aspx accessed 6 June 2011.

¹²⁸http://www.keatingchambers.co.uk/resources/publications/2005/aw_concurrency_construction_delays.aspx accessed 6 June 2011.

¹²⁹ See *Supra* note 113 at p. 291.

¹³⁰ *Leyland Shipping Co. Ltd v. Norwich Union Fire Insurance Society Ltd* [1918] AC 350.

¹³¹ See *John Doyle Construction Ltd v. Laing Management (Scotland) Ltd* (2004) SC 713 for the summary of *Leyland Shipping* case.

*solved by the mere point of order in time, but is to be decided by applying common sense standards.”*¹³²

Unlike the Devlin approach, the dominant cause approach can be applied equally both to the claim and the counterclaim, as there might be only one dominant cause in a particular event. Therefore the main criticism to the Devlin approach cannot be alleged here. If the dominant cause is attributable to the employer, the contractor gets loss and expense and the employer cannot assess liquidated damages for delay. If the dominant cause is attributable to the contractor, the employer can assess liquidated damages and the contractor's claim for loss and expense fails. Even though it appears to be sufficient enough to end this discussion from one point of view, this approach is also criticised.

*“The problem with the dominant cause approach is that although it works well in insurance cases it is not always suited to construction cases where there are time and money claims and it seems to be at odds with other rulings on extension of time claims. ...”*¹³³

The dominant cause approach was rejected by the court in the case of *H Fairweather & Co. Ltd v. London Borough of Wandsworth*¹³⁴. This judgment has been widely reported as signalling the end of the dominant cause approach, however generally it continues to receive judicial support.¹³⁵

¹³² *Keating on Building Contracts*, 5th edition (London: Sweet & Maxwell, 1991), p. 195.

¹³³ *Supra* note 113 at p.292; see also *Wells v. Army & Navy Co-operative Society* (1902) 86 LT 764.

¹³⁴ *Fairweather (H) & Co. Ltd v. London Borough of Wandsworth* (1987) 39 BLR 106.

¹³⁵ *Supra* note 113 at p. 292; see also *Galoo Ltd v. Bright Grahame Murray* [1994] 1 WLR 1360.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

c) **Apportionment:** When delays are concurrent, apportionment might be an appropriate way. This approach first mentioned in *Tenant Radiant Heat Ltd v. Warrington Development Corporation*¹³⁶ where a warehouse roof collapsed due to an accumulation of rainwater and the landlord had a liability for damages where the tenant has the responsibility to repair. As both of these causes may have caused the collapse, the court apportioned the loss between those causes.¹³⁷ Although this case was not related to a construction contract, the legal doctrine seemed to be in favour of apportionment in construction contracts:

*"Where the loss or damage suffered by the plaintiff results partly from his own conduct and partly from the defendant's breach of contract, it is correct in principle for the damages to be apportioned."*¹³⁸

The first case mentioning apportionment in a construction related dispute came in 2004, from Scotland. In *Doyle v. Laing*¹³⁹, the court mentioned that if the dominant cause approach cannot be applied, then apportionment may be considered appropriate:

"... even if it cannot be said that events for which the employer is responsible are the dominant cause of the loss it may be possible to apportion the loss between the cause for which the employer is

¹³⁶ *Tenant Radiant Heat Ltd v. Warrington Development Corporation* (1988) 1 E.G.L.R. 41 (C.A.).

¹³⁷ *"The problem which this court faces on the claim and the counterclaim alike is in my judgment a problem of causation of damages. On the claim the question is how far the damage to its goods which the lessee has suffered was caused by the corporation's negligence notwithstanding the lessee's own breach of covenant. On the counterclaim the question is how far the damage to the corporation's building which the corporation has suffered was caused by the lessee's breach of covenant notwithstanding the corporation's own negligence. The effect is that on each question apportionment is permissible."* See *Tenant Radiant Heat Ltd v. Warrington Development Corporation* (1988) 1 E.G.L.R. 41 (C.A.). See also *Supra* note 115 at p.50-51.

¹³⁸ *Keating on Building Contracts*, 6th edition (London: Sweet & Maxwell, 1996), p. 213. See also Roger Knowles, *150 Contractual Problems and Their Solutions*, 2nd edition (Singapore: Blackwell Publishing, 2005) p. 50.

¹³⁹ *John Doyle Construction Ltd v. Laing Management (Scotland) Ltd* (2004) SC 713

responsible and other causes. In such a case it is obviously necessary that the event or events for which the employer is responsible should be a material cause of the loss. Provided that condition is met however we are of the opinion that apportionment of loss between the different causes is possible in an appropriate case. Such a procedure may be appropriate in the case where the causes of the loss are truly concurrent in the sense that both operate together at the same time to produce a single consequence.”¹⁴⁰

Although the phrase “liquidated damages” was not involved in this decision, it would not be wrong to conclude that if a court holds that apportionment is the most appropriate way in such a case, the employer cannot assess the full amount of liquidated damages. However, it is hard to say whether the liquidated damages cannot be recovered at all and therefore the employer has to seek his general damages or there will be a reduction in the amount of liquidated damages. Unlike the U.S., in England case law is not sufficiently clear to solve this issue yet.

2.2.4. Inserting a liquidated damages clause in the sub-contracts

In many construction works, the contractor makes contracts with subcontractors. In order to minimize the risks for the contractor, the general tendency is to insert into the subcontract similar clauses as in the main contract.¹⁴¹ If the same thing is done for liquidated damages clauses, the effect is to restrict the contractor’s liability under the main contract with the recovery with the liquidated damages amount in the subcontract.¹⁴² However the contractor might face other losses because of the late performance of the subcontractor such as accommodation, supervisory staff and plant retained on site during delay.¹⁴³ Besides, claims from other subcontractors (such as costs resulting from late entrance in the construc-

¹⁴⁰ Id.

¹⁴¹ See Supra note 113 at p.181.

¹⁴² Id.

¹⁴³ See Supra note 115 at p. 87.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

tion site to perform their work) may arise against the main contractor because of the subcontractor in delay.

These may all possibly happen in connection with the subcontractor's delay, however the contractor's own losses and other subcontractor's claims cannot be predicted easily at the beginning, when the contractor and the subcontractor were drafting the liquidated damages clause. Also, not every delay of the subcontractor directly results in the contractor's delay at the end or losses of other subcontractors'. Especially if the delay of the subcontractor does not cause the main contractor's late performance, assessing liquidated damages to the subcontractor based on the liquidated damages clause in the same amount would be excessive and result in a windfall profit for the main contractor, which might raise difficulties in enforcement.¹⁴⁴ These are the reasons why making the pre-estimate of the loss difficult to assess.

On the other hand, inserting a liquidated damages clause and claiming for liquidated damages and general damages for the exceeding losses is not permitted under English law practice as it leads to "duplication". In *Gleeson v. Taylor Woodrow*¹⁴⁵, the contractor (Taylor Woodrow) claimed from the subcontractor (Gleeson) who was in delay, £36,400 for liquidated damages and £95,360 for set-off claims from ten other subcontractors. Gleeson applied for summary judgment in respect of £95,360 and was successful:

*"On the evidence before me, therefore, TWL's course of action against Gleeson in respect of set-offs is for delay in completion. It follows that it is included in the set-off for liquidated damages, and to allow it to stand would result in what can be metaphorically described as a double deduction."*¹⁴⁶

Because of these reasons, every single case should be considered separately with its own conditions and possible challenges when it comes to the questions whether a liquidated damages

¹⁴⁴ See Id.

¹⁴⁵ *Gleeson (M J) plc v. Taylor Woodrow Construction Ltd* (1989), 49 BLR 95. See also Supra note 113 at p.179-180.

¹⁴⁶ *Gleeson (M J) plc v. Taylor Woodrow Construction Ltd* (1989), 49 BLR 95.

clause should be inserted in the subcontract and, if it should be, what would be the appropriate amount.

“Not surprisingly in view of these difficulties in making a genuine pre-estimate of loss, and in view of the limiting effect of that pre-estimate if stipulated as liquidated damages, most of the better known standard forms of subcontract used in the construction industry omit provisions for liquidated damages payable by the subcontractor and do no more than draw attention to the rate of such damages in the main contract.”¹⁴⁷

2.2.5. Termination of liquidated damages clauses

Whereas U.S. case law and legal doctrine use the terminology “final completion” and “substantial completion”, in England there are 3 terms regarding completion: “completion” (here referring the completion of the entire project), “practical completion” and “substantial completion”.¹⁴⁸

The English concept of “practical completion” has more or less the same meaning with the U.S. “substantial completion”. Following the practical completion of the project, liquidated damages clause ceases.¹⁴⁹ In other words, the contractor no longer has an obligation to pay the pre-estimated sum in the liquidated damages clause after that day. As to the question ‘what exactly is a practical completion’, English case law does not give a definite answer. In *J. Jarvis & Sons v. Westminster Corporation*¹⁵⁰ Lord Justice Salmon stated that:

“I take these words [practical completion] to mean completion for all practical purposes, that is to say for the purposes of allowing the employer to take possession of the works and use them as intended. If completion in clause 21 meant completion down to the

¹⁴⁷ Supra note 113 at p. 181.

¹⁴⁸ See Supra note 113 at p. 191.

¹⁴⁹ See Supra note 115 at p. 206.

¹⁵⁰ *J. Jarvis & Sons v. Westminster Corporation* (1970) 7 BLR 67. See Supra note 115 at p. 203.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

last detail, however trivial and unimportant, than clause 22 would be a penalty clause and as such unenforceable."¹⁵¹

Lord Justice Salmon defined the term practical completion in favour of the contractors.¹⁵² However in the same case Lord Dilhorne stated in his dissenting judgment that:

*"...One would normally say that a task was practically completed when it was almost but not entirely finished, but practical completion such as that that is not the intended meaning and what is meant is the completion of all the construction that has to be done."*¹⁵³

The need to define the term practical completion became relevant once again in *H.W. Nevill (Sunblest) Ltd v. William Press & Son Ltd*¹⁵⁴. The judge apparently seemed to be agreed with the statement of Lord Dilhorne, however no clear definition of practical completion was given in this case either. In *Emson Eastern Ltd v. EME Developments Ltd*¹⁵⁵ the judge made a clear reasoning and chose to stand between the two opinions stated in *J. Jarvis & Sons v. Westminster Corporation*:

*"I think the most background fact which I should keep in mind is that building construction is not like the manufacture of goods in a factory. The size of the project, site conditions, the use of many materials and the employment of various kinds of operatives make it virtually impossible to achieve the same degree of perfection that a manufacturer can. It must be a rare new building in which every screw and brush of paint is absolutely correct."*¹⁵⁶

¹⁵¹ *J. Jarvis & Sons v. Westminster Corporation* (1970) 7 BLR 67.

¹⁵² See Supra note 115 at p. 204.

¹⁵³ *J. Jarvis & Sons v. Westminster Corporation* (1970) 7 BLR 67.

¹⁵⁴ *H.W. Nevill (Sunblest) Ltd v. William Press & Son Ltd* (1981) 20 BLR 78. See Supra note 113 at p. 204.

¹⁵⁵ *Emson Eastern Ltd v. EME Developments Ltd* (1991) 55 BLR 114. See Supra note 115 at p.204-205.

¹⁵⁶ *Emson Eastern Ltd v. EME Developments Ltd* (1991) 55 BLR 114.

Although the term “substantial completion” appears to be used in ICE¹⁵⁷ forms only, comparing with practical completion there seems to be little difference in the meaning.¹⁵⁸

*“The phrase ‘substantial completion’ is probably a more flexible concept than ‘practical completion’ and the provisions dealing with the outstanding works in ICE forms suggest that it is not the de minimis principle which applies to such works but whatever is acceptable to the engineer.”*¹⁵⁹

2.2.6. Assessment of liquidated damages after the contract is terminated

It is an employer’s right to terminate the contract in case of the contractor’s delay in performance. It is also his right to demand recovery of his damages resulting from that delay. However, in the presence of a liquidated damages clause in the contract, it is a debatable issue whether the employer will recover liquidated damages or general damages.

Until 2010, the winner of this debate was clearly general damages. Case law consistently held that the employer cannot assess liquidated damages after termination. In order to enable the employer to recover liquidated damages after termination of the contract, a reasonable solution was inserting a clause that expressly permits it. However even the presence of such a clause was not sufficient enough for recovery of liquidated damages in every case. In the *City of Moncton v. Aprile*¹⁶⁰ case, for instance, the court rejected the employer’s right to assess liquidated damages even though the contract contained an express clause stating that termination will in no way affect any contractual obligations of the contractor related to delay. Legal doctrine is mostly a supporter of this view¹⁶¹. The general idea behind this point of view was that as-

¹⁵⁷ Institution of Civil Engineers, <http://www.ice.org.uk/> accessed 6 June 2011.

¹⁵⁸ See Supra note 115 at p.205.

¹⁵⁹ Supra note 113 at p. 194.

¹⁶⁰ *Moncton v. Aprile* (1980) 29 N.B.R. 631.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

assessment of liquidated damages will punish the contractor after he lost the control over the project, following termination.¹⁶²

Considering this situation in England, it is obvious that the 2010 case *Hall v. Van Der Heiden*¹⁶³ decided by the Technology and Construction Court is a total game changer. Ms. Hall and Mr. Shivers had engaged Van Der Heiden to carry out internal refurbishment and remodelling works at their flat. The contract included a liquidated damages clause. The contractor's work was defective and in delay. Although the contractor was given an additional time extension, eventually he left the work site because of the rejection of an additional sum by the employers. Thus, Ms. Hall and Mr. Shivers terminated the contract and made a new one with a replacement contractor. Employers' claim for liquidated damages was rejected by the contractor claiming that termination of the contract ceased the employers' right for recovery of the liquidated damages. Coulson J, however, disagreed:

"I reject the suggestion that the defendant's liability to pay liquidated damages somehow came to an end when his employment under the contract was terminated. There is no such provision in the contract. Any such term would reward the defendant for his own default. Take the example of a contractor who has wholly failed to comply with the contract, is in considerable delay, and is facing a notice of termination. The defendant's case would mean that such a contractor was only liable to pay liquidated damages for delay before the decision was taken to terminate, thereby penalizing the employer for trying to get the works completed by another contractor, and rewarding the contractor for sitting on his

¹⁶¹ See Duncan Wallace, *Hudson's Building and Engineering Contracts*, 11th edition (London: Sweet&Maxwell, 1995), para. 10.047-10.053. See also Stephen Furst QC and The Hon Sir Vivian Ramsey, *Keating on Construction Contracts*, 8th edition (London: Sweet&Maxwell, 2008), para. 9-028. Both suggest that liquidated damages are recoverable until the termination of the contract; general damages are recoverable after the termination of the contract.

¹⁶² See 'Liquidated Damages after termination of a contract' available at <http://www.buildingdisputestribunal.co.nz/site/buildingdisputes/files/BuildLaw/Issue%207/LIQUIDATED%20DAMAGES.pdf> accessed 6 June 2011.

¹⁶³ *Hall & Shivers v. Van Der Heiden* No.2, [2010] EWHC 586 (TCC).

hands and failing to carry out the works in accordance with the program. If the defendant was right, the contractor would be better off not coming back on site to carry out the works because, if he refused to do so, the contract would then be terminated and his liability to pay liquidated damages would automatically come to an end. That would not be a commonsense interpretation of this (or any) construction contract."¹⁶⁴

Hall v. Van Der Heiden is the most recent case in England on this issue. It is not yet clear whether other decisions will follow this point of view or choose the traditional one. Although there are some concerns in English legal doctrine regarding the employer's promptness to engage a replacement contractor and the additional delay that may be caused by the replacement contractor¹⁶⁵ and considering the cases in the U.S., it can be argued that these are not difficult issues to be taken into consideration by courts while deciding the amount of the liquidated damages recoverable.

CONCLUSION

Under common law legal systems, liquidated damages clauses are respected whereas penalty clauses are unenforceable. Because of this reason, both England and the U.S. set their own criteria in order to determine whether a stipulated sum is a liquidated damages or penalty. In the United States for a pre-estimation of loss to be enforceable, there are two criteria: reasonableness of the stipulated sum and difficulty to calculate the actual loss. In England, the rules presented by the *Dunlop* case are still respected. Under civil law jurisdictions, penalty clauses are permitted and thus there is no need to set a bunch of criteria in order to determine whether it is a liquidated damages or penalty clause. Even though the penalty clauses are enforceable under civil law jurisdictions, there are different approaches on the issue of excessive penalty clauses.

¹⁶⁴ Id.

¹⁶⁵ See 'Liquidated Damages after termination of a contract' available at <http://www.buildingdisputestribunal.co.nz/site/buildingdisputes/files/BuildLaw/Issue%207/LIQUIDATED%20DAMAGES.pdf> accessed 6 June 2011.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

Both the U.S. and England approve liquidated damages clauses for certain part of the work as well as for the whole work; accordingly the same criteria apply as to liquidated damages clauses for the whole work.

A valid liquidated damages clause prevents the recovery of the actual losses. In the U.S., this fact led to legal discussions as to whether actual damages can be claimed for losses that are not covered by the liquidated damages clause. The outcome of this discussion, which has also been supported by case law, is that recovery of actual damages can be claimed only for the losses that are explicitly excluded from the context of the liquidated damages clause. In England, the same fact led to legal discussions from a quite different point: if the liquidated damages clause is held invalid, will stipulated sum in the invalidated liquidated damages clause constitute a limit to the amount recoverable as general damages. Although the issue came into question in a number of cases, there is no judgment yet in English case law that clearly provides an answer to this issue. However the English legal doctrine appears to be against the recovery of general damages exceeding the liquidated damages amount stipulated in the contract.

In some cases there is more than one reason causing the delay, each has a sufficient effect to delay the completion without the other. This is often referred as a concurrent delay. In the U.S., there are two different views that may result in two different outcomes: the rule against apportionment and the clear apportionment rule. Although different views were adopted by courts in different cases, neither of these rules clearly overruled one another yet. In England, there are many views regarding the contractor's and the employer's entitlements in such situations. However, there is no hard and fast rule yet to resolve this issue.

Another split between those two jurisdictions appears when it comes to subcontracts. In the U.S. it is suggested to insert a liquidated damages clause in the subcontract in the same amount as the one in the main contract. The only critical point is that the contractor's assessment of liquidated damages from the subcontractor depends on the owner's assessment of liquidated damages. Although

there are some oppositions to this view claiming that it is contradicting the rationale of liquidated damages clauses, case law supports to draft the liquidated damages clause in subcontracts as a pass-through obligation. English law, however, accepts that there might be some other damages of the contractor, resulting from the delay of the subcontractor, rather than the employer's assessment of liquidated damages. Inserting a liquidated damages clause mentioning the same amount with the one in the main contract will prevent the contractor to recover all his loss in such situations. Besides, it may not be easy to consider every possible loss that the contractor might suffer in case of the subcontractor's delay while drafting the liquidated damages clause. Lastly, inserting a liquidated damages clause and claiming for liquidated damages and general damages for the exceeding losses is not permitted under English law practice as it leads to duplication. Because of all these reasons, inserting into the subcontracts the same liquidated damages clause with the main contract is by and large not adopted under English law. However, there might be less complicated issues that the same amount would not harm anybody. Therefore, every single case should be considered separately with its own conditions and possible challenges when it comes to the questions whether a liquidated damages clause should be inserted in the subcontract and, if it should be, what would be the appropriate amount.

The completion of work has two stages: final completion and substantial completion (or practical completion in England). A project is substantially completed at the time when the owner is able to use the project in the way that he intended to use according to the contract, although every single piece of work stated in the contract has not been finished yet. Following the completion of a punchlist items, the project will be 100% completed and therefore final completion will be achieved. Both in the U.S. and England, following the substantial (practical) completion, the liquidated damages clause ceases and therefore the contractor no longer has an obligation to pay the stipulated sum in the liquidated damages clause between the substantial completion and final completion dates.

Termination of a contract including a liquidated damages clause by either party might be problematic when damages are claimed after termination. In the U.S., drafting of the liquidated damages clause is critical for the court to decide whether the owner is entitled to liquidated damages or his actual damages or both. In England, general (actual) damages were accepted to be claimed after termination of the contract. However, in a very recent case, the court held otherwise. It is not yet clear whether other decisions will follow this new point of view or choose the traditional one.

Early completion bonuses are not alternatives to liquidated damages clauses, but another type of financial motivation for the contractor to complete the work before the scheduled time. They are usually included when the owner has a benefit in the completion before the scheduled time. A construction contract may include both of these clauses. Early completion bonus clauses are valid in both jurisdictions.

BIBLIOGRAPHY

Books

BRAMBLE, Barry B, and CALLAHAN, Michael T, *Construction Delay Claims* (New York: Aspen Law and Business, 2000)

CALAMARI, John D. et al, *Cases and Problems on Contracts* (New York: Aspen Publishers, 2004), 4th edition

CARNELL, Nicholas J, *Causation and Delay in Construction Disputes* (Cornwall: Blackwell Publishing, 2005), 2nd edition

CHAPPELL, David, *The JCT Intermediate Building Contracts 2005* (Cornwall: Blackwell Publishing, 2006), 3rd edition

DUMAN, Ilker H, *Insaat Hukuku* [Construction Law] (Istanbul: Legal Kitabevi, 2006)

EGGLESTONE, Brian, *Liquidated Damages and Extensions of Time in Construction Contracts* (Great Britain: Wiley-Blackwell, 2009), 3rd edition

EMANUEL, Steven and KNOWLES, Steven, *Contracts* (New York: Emanuel Law Outlines Inc, 1979), 2nd edition

FONTAINE, Marcel and DE LY, Filip, *Drafting International Contracts* (New York: Transnational Publishers, 2006)

FURST, Stephen and RAMSEY, Vivian, *Keating on Construction Contracts* (London: Sweet&Maxwell, 2008), 8th edition

KNOWLES, Roger, *150 Contractual Problems and Their Solutions* (Singapore: Blackwell Publishing, 2005), 2nd edition

KOSTAKOGLU, Cengiz, *İctihatli Insaat Hukuku ve Kat Karsiligi Insaat Sozlesmeleri* [Construction law with Related Cases and Construction Contracts on Flat for Ownership Basis] (Istanbul: Beta, 1995)

MAY, Sir A, *Keating on Building Contracts* (London: Sweet & Maxwell, 1996), 6th edition

MAY, Sir A, *Keating on Building Contracts* (London: Sweet & Maxwell, 1991), 5th edition

MURRAY, Carole et al, *Schmitthoff's Export Trade* (London: Sweet&Maxwell, 2007), 11th edition

SCHWARTZKOPF, William and McNAMARA, John J, *Calculating Construction Damages* (USA: Aspen Publishers, 2001), 2nd edition

The International Chamber of Commerce, *Guide to Penalty and Liquidated Damages Clauses* (Paris: ICC Publishing S.A., 1990)

WALLACE, Duncan, *Hudson's Building and Engineering Contracts*, (London: Sweet&Maxwell, 1995), 11th edition

WICKWINE, Jon M. et al, *Construction Scheduling: Preparation, Liability and Claims* (USA: Aspen Publishers, 2006)

Articles

ALLEN, R.K, 'The Estimation of Construction Contract Liquidated Damages', available at <http://library.findlaw.com/1995/Jan/1/129415.html>

CAPLICKI, E.V. and GUIDRY, R.A, 'Liquidated Damages For Delay In Construction Contracts', Vol. 16.5, *Construction Accounting & Taxation* (2006)

HATZIS, A, 'Having the Cake and Eating it too: Efficient Penalty Clauses in Common and Civil Contract Law', Vol. 22, *International Review of Law and Economics* (2002)

KELLY, R, 'Liquidated Damages or Penalty? Beware the Difference', *Mondaq Business Briefing* (2011) available at <http://www.mondaq.com/article.asp?articleid=127384>

O'LEARLY, Arthur, 'Consequences of Late Completion: Liquidated Damages and Bonus Clauses in Construction Contracts', available at http://www.dcd.com/oleary/oleary_jf_2002.html

The Building Disputes Tribunal, 'Liquidated Damages after termination of a contract' available at <http://www.buildingdisputestribunal.co.nz/site/buildingdisputes/files/BuildLaw/Issue%207/LIQUIDATED%20DAMAGES.pdf>

Cases

Acme Process Equipment Co. v. United States, 171 Ct. Cl. 251, 347 F.2d 538

Austin-Griffith, Inc. v. Goldberg et al., 224 S.C. 372, 79 S.E.2d 447

Blinderman Construction Co. v. United States, 695 F.2d 552 (Fed.Cir.1982)

Cellulose Acetate Silk Co Ltd v Widnes Foundry (1925) Ltd [1933] AC 20

City of Elmira v. Larry Walter Inc. and Newman & Doll Consulting Engineers, 150 A.D.2d 129, 546 N.Y.S.2d 183

Coath & Goss, Inc., A Corporation v. the United States, 101 Ct. Cl. 702, 1944 WL 3694 (Ct. Cl.)

Dewey Schmoll v. United States, 91 Ct. Cl. 1, 1940 WL 4133 (Ct. Cl.)

Dunlop Pneumatic Tyre Company Ltd v. New Garage & Motor Company Ltd Dunlop [1915] A.C. 79

Emson Eastern Ltd v. EME Developments Ltd (1991) 55 BLR 114

Fairweather (H) & Co. Ltd v. London Borough of Wandsworth (1987) 39 BLR 106

Galoo Ltd v. Bright Grahame Murray [1994] 1 WLR 136

Gleeson (M J) plc v. Taylor Woodrow Construction Ltd (1989), 49 BLR 95

Group Ltd. v. Ealing Family Housing Association Ltd., [1984] 29 BLR 5

H.W Nevill (Sunblest) Ltd v. William Press & Son Ltd (1981) 20 BLR 78

Hall & Shivers v. Van Der Heiden No.2, [2010] EWHC 586 (TCC)

Heskell v. Continental Express Ltd [1950] 1 All ER 1033

J. Jarvis & Sons v. Westminster Corporation (1970) 7 BLR 67

Jeancharm Limited v. Barnet Football Club Limited [2003] EWCA Civ 58

John Doyle Construction Ltd v. Laing Management (Scotland) Ltd (2004) SC 713

Kvassay v. Murray, 15 Kan.App.2d 426, 808 P.2d 896, Kan.App., 1991

Leyland Shipping Co. Ltd v. Norwich Union Fire Insurance Society Ltd [1918] AC 350

Lordsvale Finance Plc v. Bank of Zambia [1996] QB 752

Mattingly Bridge Co. Inc. v. Holloway & Son Construction Co., 694 S.W.2d 702

Metropolitan Dade County v. Frank J. Rooney Inc, 627 So.2d 1248

Moncton v. Aprile (1980) 29 N.B.R. 631

Murray v. Leisureplay PLC [2005] EWCA Civ 963

Norwalk Door Closer Co. v. Eagle Lock & Screw Co. 153 Conn. 681, 220 A.2d 263, Conn. 1966

Olympic Painting Contractors, ASBCA No. 15773, 72-2 BCA P 9549, 1972 WL 1410 (A.S.B.C.A.)

PCL Construction Services, Inc. v. United States, 53 Fed.Cl. 479

Philips Hong Kong Ltd v. Attorney General of Hong Kong (1993), 61 BLR 41

Pierce Associates, Inc. and Federal Insurance Co. v. the Nemours Foundation, Gilbane Building Company and the Aetna Casualty & Surety Company, 865 F.2d 530

Plant Construction Plc v. Clive Adams Associates (2000) BLR 137

S.L. Rowland Construction Company v. Beall Pipe and Tank Corporation, 14 Wash. App. 297, 540 P.2d 912

Saturn Construction Company Inc. v. State of Connecticut Department of Public Works, 1994 WL 590604 (Conn.Super.)

Sauer Incorporated v. Richard J. Danzig, 224 F.3d 1340

Steria Ltd. v. Sigma Wireless Communications Ltd. (2007) (TCC) 6 BM 50037

Tenant Radiant Heat Ltd v. Warrington Development Corporation (1988) 1 E.G.L.R. 41 (C.A.)

Town of North Hempstead v. Sea Crest Construction Corp. et al, 119 A.D.2d 744, 501 N.Y.S.2d 156

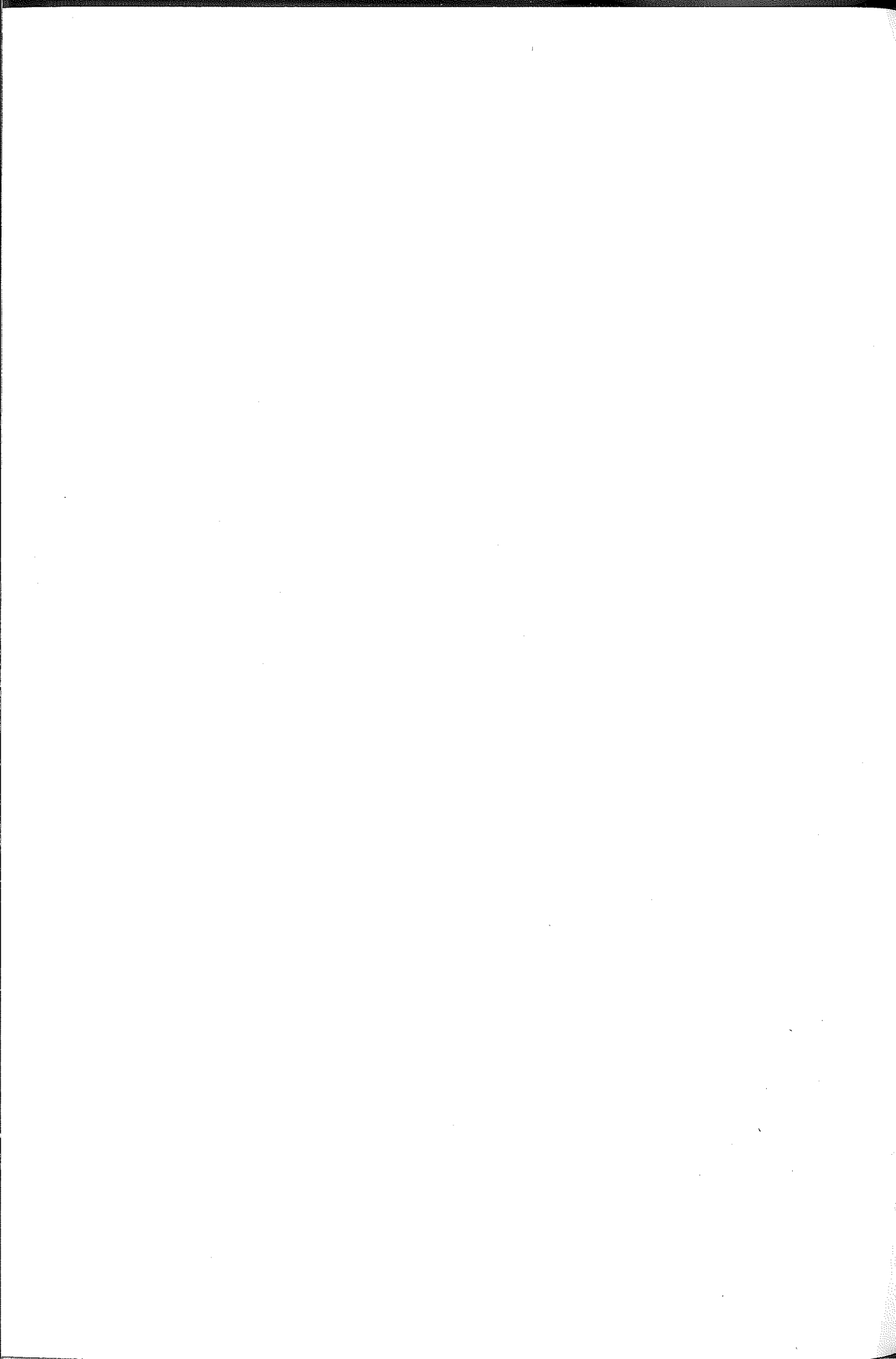
Truck Rent-A-Center, Inc. v. Puritan Farms 2nd, Inc., 41 N.Y.2d 420, 361 N.E.2d 1015, N.Y. 1977

Wall v Rederiaktiebolaget Luggude [1915] 3 KB 66.

Wassenaar v. Panos, 111 Wis.2d 518, 331 N.W.2d 357, Wis., 1983

Wells v. Army & Navy Co-operative Society (1902) 86 LT 764

William F. Klingensmith, Inc. v. United States, 731 F.2d 805 (Fed. Cir. 1984)



TAKASIN HÜKÜM VE SONUÇLARI
(*PROVISIONS AND CONSEQUENCES OF SET-OFF*)

Araş. Gör. / Res. Asst. Tuğçe TEK BEN*

ÖZET

Bu çalışmada, 818 sayılı Borçlar Kanunu'nda, 118 ile 124. maddeler arasında düzenlenmiş olan takas kurumu incelenmiştir. Bu çerçevede, takas hakkının hukuki niteliği ile benzer kurumlardan farkı, takas hakkının kullanılmasının koşulları, dava içinde ve dava dışında kullanılması ve takas hakkının kullanılmasının sonuçları incelenmiştir. Ek olarak, takasa ilişkin koşulların sözleşme ile değiştirilmesi ve takastan feragat sözleşmesi ele alınmıştır. Son olarak, 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'ndaki takasa ilişkin hükümler de, mevcut hükümler ile karşılaştırılmak suretiyle incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Takas, takas hakkının kullanılması, mahsup, hapis hakkı, ödemezlik def'i, trampa, muacceliyet, takastan feragat sözleşmesi.

ABSTRACT

In this essay, set-off, as regulated in Articles 188 and 124 of the Code Of Obligation no. 818, is examined. Legal nature of and differences from similar concepts of set-off requirements for and consequences of set-off are also discussed. Additionally, contracts relating to set-off are considered. Finally, regulations about set-off in the Turkish Code Of Obligation no. 6098 are compared with the legal provisions that are presently in force.

* Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı,
e-posta: tugce.tekben@yeditepe.edu.tr

Keywords: *Set-off, exercise of right of set-off, deduction, lien, defense of non-performance (exceptio non adimpleti contractus), barter, maturity, agreement to waive set-off*

A. Tanımı ve Hukuki Niteliği

818 Sayılı Borçlar Kanunu'nda (BK) m. 113 ile başlayan ve "Borçların Sukutu" başlığını taşıyan 3.bapta, takasa ilişkin düzenlemeler 118 ile 124. maddeler arasında yer almaktadır. BK' da takasın tanımı yapılmamıştır. Takasın koşullarını içeren BK m. 118/I hükmü şu şekildedir: "İki şahıs karşılıklı bir miktar meblağı veya yekdiğerine mümasil başka malları birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise iki taraftan her biri borcunu alacağı ile takas edebilir."

Doktrinde takasın, aynı cinsten, karşılıklı ve muaccel iki borcun, borçlulardan birinin tek taraflı irade beyanıyla sona erdirilmesi¹ veya "birbirine karşı aynı cinsten edimleri borçlanan tarafları, bu karşılıklı borçları fiilen ödemek külfetinden kurtaran bir yol" olarak tanımlandığı görülmektedir². Bir başka tanıma göre ise takas, "bir borcun bir karşı alacağın feda edilmesi suretiyle sona erdirilmesi, bir borcun diğeriyle denge haline getirilmesi"³ anlamına gelmektedir. Doktrindeki tanımlardan ve BK m. 118 hükmünde yer alan koşullardan yararlanarak takası; aynı cinsten ve karşılıklı alacaklılık ilişkisine sahip olan taraflar arasında, borcunu ifa edebilir halde olup, karşı alacağı da muaccel olan tarafın irade beyanıyla

¹ Aral, Fahrettin, Türk Borçlar Hukukunda Takas, 2. Bası, Ankara 2010, s. 21; Eren, Fikret, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2010, s. 1226; Oğuzman, Kemal/Öz, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2010, s. 452; Kaplan, İbrahim, Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, 3. Bası, Ankara 2003, s. 116; Akıncı, Şahin, Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Konya 2000, s. 228.

² Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1988, s. 1358.

³ Tunçomağ, Kenan, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C. I, 4. Bası, İstanbul 1969, s. 699.

sonuç doğuracak şekilde, borcun tamamının ya da bir kısmının sona erdirilme şekli olarak tanımlamak mümkündür.

Takasın ilk amacı iktisadidir. Örneğin (A), (B)'ye haksız fiil nedeniyle 100.000 TL tazminat ödeme borcu altında; (B) ise (A)'ya aralarındaki kira sözleşmesi nedeniyle 100.000 TL borçlu ise, hem (A), (B)'ye; hem de (B), (A)'ya borçlu oldukları miktarı ödemek zorundadır. Taraflardan biri, karşı tarafa olan borcu ile karşı tarafa olan alacağını takas edeceğini beyan etmek suretiyle, borcu sona erdirme imkânına sahiptir. Esasen takas, tarafları birbirlerine ayrı ayrı ifade bulunma külfet ve zahmetinden kurtardığı için, gereksiz ifa işlemlerini ortadan kaldıran bir yol olarak görülmektedir⁴. Ödemede kolaylık ve hızlilik sağlama işlevi de olan takas, ayrıca alacaklının kendi alacağını elde edebilmesinin güvencesini de temin etmektedir⁵.

Takasın hukuki niteliği konusunda doktrinde farklı görüşler ileri sürülmüştür⁶. Hâkim görüş, takasın bir ifa ikamesi olduğu yönündedir⁷. Bu görüşün tercih edilmesinin gerekçesi olarak, takasın kanun sistematığı bakımından dâhil olduğu bölüm ve BK m.122 hükmünde takas eden sıfatının borçluya verilmiş olması gösterilmektedir⁸. *Tunçomağ* ise, takasın ifa ve ifa yerini tutan edimden farklı nitelendirilmesi gerektiğini ileri sürmekte olup, alacaklının takas yoluyla elde edeceği şeyin, alacağına eşit bir değer olması sebebiyle takası “özel neviden borcu sona erdiren bir sebep” olarak

⁴ *Oğuzman/Öz*, s.452; *Aral*, s.26; *Kılıçoğlu*, Ahmet, *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Bası, Ankara 2004, s.633.

⁵ *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s.1358; *Oğuzman/Öz*, s. 452; *Eren*, s. 1225.

⁶ Takasın, borçlu sıfatıyla yapıldığı görüşünü savunanlar, takasın farazi bir ödeme, bir seçimlik yetki ya da bir ifa ikamesi olduğunu; takasın alacaklı sıfatıyla yapıldığını savunanlar ise, takasın özel bir cebri icra veya paraya çevirme şekli veyahut kişinin kendi borcu üzerinde rehin hakkı olduğunu ileri sürmektedirler. Karma teori ise takasın bir havale ya da kendine özgü bir borcu sona erdirme şekli olduğu yönündedir. Bu konu hakkında ayrıntılı bilgi için bkz; *Aral*, s. 33-39.

⁷ *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 1359; *Aral*, s. 39; *Aybay*, Erdem, “Takas Kurumu ve Takasın Davada Savunma Olarak İleri Sürülmesi”, *Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı: 2005/2, s. 259.

⁸ *Aral*, s. 39.

nitelendirmektedir⁹. Esasen takas da, ifa gibi borcun sona ermesi sonucunu sağlaması nedeniyle, ifa benzeri bir hukuki işlemdir. Fakat takas, hem ifadan hem de ifa ikamesi olan ifa yerini tutan edimden ayrıdır. Öncelikle ifa, borçların genel olarak sona erme şekli olup, ifa edilecek borcun konusu, borçlunun bir şeyi vermesi, yapması veya yapmamasına ilişkindir. Takas ise, niteliği gereği sadece bir şeyin teslimine ilişkin borçlarda söz konusu olabilmektedir. İfa yerini tutan edimde ise, başlangıçta kararlaştırılan edim yerine, ifa sırasında onun yerini tutan başka bir edimin ifa edileceği konusunda taraflar anlaşmakta ve o edim ifa edilmektedir. Bu edimlerin ayniyeti ise koşul değildir; oysa takasın en önemli koşullarından biri edimlerin nitelik itibariyle aynı olmasıdır. (A)'ya 10.000 TL borçlanan (B)'nin bunun yerine (A)'ya arabasını teslim etmesi durumunda, borcu sona erecektir. Bu örnekte, (A)'nın da (B)'ye bir şeyin teslimini borçlanmış olması mümkündür. Fakat ifa yerine edim anlaşması gereği, (B)'nin arabasını teslim etmek suretiyle borcunu sona erdirebilmesi için, takasta olduğu gibi karşı alacağının da aynı cinsten olma zorunluluğu bulunmamaktadır.

B. Takas Hakkının Kullanılması

Takasa ilişkin koşulların¹⁰ oluşmasından sonra, takas hakkının kullanılmasına ilişkin açıklamalar, aşağıda ayrı başlıklar altında yer almaktadır.

⁹ Tunçomağ, s. 699.

¹⁰ Bkz; Aşağıda, E.Takasın Koşulları.
YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

I- Dava Dışında Kullanılması

Takas, varması gereken ve tek taraflı irade beyanıyla sonuç doğuran bozucu yenilik doğuran bir haktır¹¹. Bu hakkın kullanılması ile yenilik doğurucu işlem gerçekleşmiş olmakta, borçlar az olanı oranında sona ermektedir. Bu nedenle, “İki şahıs karşılıklı bir miktar meblağı veya yekdiğerine mümasil başka malları birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise iki taraftan her biri borcunu alacağı ile takas edebilir” şeklindeki BK m.118/I’ hükmündeki “takas edebilir” ifadesi, “takas hakkını kullanabilir” veya “takas hakkı ileri sürülebilir” şeklinde anlaşılmalıdır. Esasen sözü geçen hükmü, BK m.122 hükmü ile birlikte ele alıp değerlendirmek daha uygun olur. Çünkü BK m.122 hükmü: “Takas, ancak borçlunun takası dermeyan etmek kastını alacaklıya bildirmesiyle vaki olur” şeklinde olup, takasın ileri sürülme suretiyle gerçekleşeceğini açıkça ifade etmektedir. BK m.118 hükmündeki ifade, takasa ilişkin koşulların gerçekleşmesiyle takasın kendiliğinden gerçekleşeceği izlenimini uyandırır da, takas için kural olarak ayrıca taraflardan birinin irade beyanında bulunması zorunludur¹². Takasla ilgili irade açıklaması, Kanunda herhangi bir şekle tabi tutulmamış olup, açık ya da zımni olabilmektedir¹³. Takasa yönelen irade açık-

¹¹ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1358; von Tuhr, Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C. I-II, Ankara 1983, (Çeviren: Cevat Edege), s. 680; Oğuzman/Öz, s. 452; Ayan, Mehmet, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Konya 2007, s. 313; Reisoğlu, Safa, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, İstanbul 2008, s. 372; Önen, Turgut, Borçlar Hukuku Genel Kurallar, Ankara 1974, s. 222; Akıncı, s. 228; Kılıçoğlu, s. 639; Tunçomağ, s. 708; Aybay, s. 263. Doktrinde, takasın, bir sözleşme olmayıp, geçerliliğinin de karşı tarafın onayına bağlı olmadığı ayrıca ifade edilmiştir. Eren, s. 1226. Yargıtay’a göre: “Takas hakkı, bozucu yenilik doğuran haklardandır. Takas defî karşı tarafa ulaştığında hukuki hüküm ve sonuçlarını doğurur.” Yarg. 4.HD, E. 2277, K. 2886, T. 01.04.1986. (Kazanıcı).

¹² Fransız Hukukunda ayrıca beyana gerek olmaksızın, koşulların gerçekleşmesi takas için yeterli görülürken, Roma hukukunda takas, hâkim kararı ile gerçekleştirilirdi. Oğuzman/Öz, s. 452; Tunçomağ, s. 707; von Tuhr, s. 665,679; Önen, s. 221. İsviçre Borçlar Kanunu ile Alman Medeni Kanunu’nda ise takasın bir bildirimle gerçekleşeceğini öngörülmüştür. Aybay, s. 263, (dn.27); Oğuzman/Öz, s. 452.

¹³ Kılıçoğlu, s. 640; Önen, s. 221. Doktrinde, takasla ilgili irade açıklamasının zımni olabileceğine ilişkin, borçlunun alacaklısına bir fatura göndermesi ve bu YUHFD Vol. VIII No. 1 (2011)

lamasında takas iradesi şüpheye yer bırakmayacak şekilde belirtilmelidir¹⁴. Yenilik doğuran bir işlem olan takas beyanı, karşı tarafa varmakla hüküm ifade eder ve bu beyandan dönmek de mümkün değildir. Fakat doktrinde, BK m.9 hükmünün¹⁵ kıyasen uygulanması suretiyle karşı tarafın takas beyanını öğrenme anına kadar, beyanın geri alınması imkânının varlığı ileri sürülmektedir¹⁶. Bu noktada, karşı tarafa ulaşmakla hüküm ifade edecek olan takas beyanının, beyanda bulunan tarafından geri alınabilmesi imkânının varlığı kabul edilmelidir. Bu maddenin uygulanacağı kabul edildiği zaman, takas beyanı kullanılmış olsa bile, BK m.9'daki koşullardan birinin sağlanması halinde, takas beyanı hükümlerini doğurmaya-caktır. Buna göre, takas beyanında bulunan taraf, takası geri aldığı yönündeki beyanını muhataba takas beyanından önce ulaştırırsa veya bu koşul sağlanmamakla birlikte¹⁷, geri alma yönündeki beyanını karşı taraf, takas beyanından daha önce öğrenirse, takas hüküm ifade etmeyecektir. Karşı tarafın, geri alma beyanını takas beyanından daha önce öğrenmiş olması, yenilik doğuran hakların

faturada borcundan karşı tarafın alacağını düşmesi hali, örnek verilmiştir. *Tunçomağ*, s. 708; *von Tuhr*, s. 679. Yargıtay'a göre: "Karşı tarafa ulaştığı anda hukuki hüküm ve sonuç doğuracak bu tek taraflı irade beyanını (takas beyanını) yasa hükümleri bir geçerlik şekline tabi tutmamıştır." Yarg. 4. HD, E. 1979/8998, K. 1980/5070, T. 17.04.1980. (*Kazanıcı*).

¹⁴ "(...)davalının takas mahsup savunması olmadığı da gözönüne alınarak (...) davalının yönetim kurulu başkanı olarak aldığı huzur hakkı üzerinden dolayı sorumlu olduğu miktar belirlenerek denildiği halde, işbu kararda da, yeniden takas işlemi yapılarak davalının reddine karar verilmesi doğru görülmemiş ve kararın bu nedenle bozulması gerekmiştir." Yarg. HGK, E. 11-829, K. 839, T. 25.11.1998. (*Kazanıcı*).

¹⁵ Söz konusu hükme göre, icabın geri alındığına ilişkin beyan, icap beyanından önce ya da icap beyanı ile aynı zamanda karşı tarafa ulaşırsa ya da sonradan ulaşmakla beraber icap beyanından önce diğer taraf bunu öğrenirse, icap yapılmamış sayılmaktadır. *Oğuzman/Öz*, s. 52; *von Tuhr*, s. 178; *Ayan*, s. 123; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 120; *Eren*, s. 232.

¹⁶ *Oğuzman/Öz*, s. 459. Aksi görüş, takas beyanından dönülebilmesine rağmen bunun hukuki işlemlerde güven ve istikrar ilkelerine zarar vereceği yönündedir. *Aral*, s. 183, (dn.41 'de zikredilen yazarlar).

¹⁷ Takas beyanı ile geri alma yönündeki beyan muhataba aynı anda varabilir veya geri alma beyanı geç ulaşabilir; ancak her iki halde de muhatap tarafından daha önce okunmuş olabilir.

bir kez kullanıldıktan sonra geri alınamayacağı yönündeki ilkeye de aykırılık oluşturmamaktadır. Zira karşı tarafın, borcun takas yoluyla sona erdirilmesi yönündeki istek ve iradeyi bilmediği ve karşılıklı borçların henüz sona ermeyip, takas beyanında bulunan tarafın hala takas hakkını kullanma imkânının devam ettiği söylenebilir. Kaldı ki, BK m. 9'un, yine yenilik doğuran hak niteliğinde olan kabul beyanı için uygulanacağı öngörülmüş olduğundan, burada da uygulanmasında, muhatap açısından herhangi bir mahzur bulunmamaktadır. Zaten, muhatabın kendisi, takasın sonuçlarını istediği takdirde, kendi koşullarını sağlayarak, yine bu sonucu sağlama imkânı bulacaktır.

Takas beyanında bulunmak, yenilik doğuran bir hakkın kullanılması ise de, yenilik doğuran hakların tüm özelliklerinin aynen uygulanabilirliğinden bahsedemeyiz. Zira takas beyanının da şarta ve vadeye bağlanamayacağı, hak düşürücü süre ya da zamanaşımına tabi tutulamayacağı ifade edilmektedir¹⁸. Bilindiği üzere, yenilik doğuran hakların kullanılması da şart ve vadeye tabi tutulamaz¹⁹; fakat yenilik doğuran hakların kullanılması genellikle hak düşürücü sürelerle tabi tutulmuştur²⁰.

BK m. 122'de yer alan kuralın bir istisnasını oluşturan TMK m.236/I hükmü: "Her eş veya mirasçıları, diğer eşe ait artık değer yarısı üzerinde hak sahibi olurlar. Alacaklar takas edilir" şeklinde olup, 01.01.2002 tarihinden itibaren yasal mal rejimi olarak kabul edilen edinilmiş mallara katılma rejimi bakımından, eşlerin artık

¹⁸ Aral, s. 178,189; Tunçomağ, s. 709; von Tuhr, s. 680.

¹⁹ Serozan, Rona, Medeni Hukuk Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2008, s. 224; Oğuzman, Kemal /Barlas Nami, Medeni Hukuk, 16. Bası, İstanbul 2010, s. 155. Doktrinde istisnai hallerde, yenilik doğuran hakların kullanılması beyanının şarta bağlanabileceği kabul edilmektedir. Örneğin, işçinin işe devamsızlık gösterdiği durumda, işverenin fesih hakkını kullanmasını, işçinin bir gün daha gelmemesi şartına bağlaması halinde, şartlı işlemin geçerli sayılması gerektiği ifade edilmiştir. Oğuzman/Öz, s. 883.

²⁰ Örneğin TMK m. 161 (6 ay ve 5 yıl), TMK m. 559 (1 yıl,10 yıl ve 20 yıl), TMK m. 571 (1 yıl ve 10 yıl), TMK m. 735(10 yıl), BK m. 21 (1 yıl), BK m. 31(1 yıl).

değer üzerindeki katılma alacaklarının²¹, bir irade beyanına ihtiyaç olmaksızın (rejimin tasfiyesine karar veren mahkeme tarafından, katılma alacağı talep eden eşin, diğerine olan borcunun) “kendiliğinden” takas edileceği düzenlenmiştir²². Hükümde her ne kadar takas ibaresi kullanılmış olsa da, doktrinde, artık değer alacakları arasındaki takas işleminin, esasen teknik anlamda bir takas ya da mahsup olmayıp, *yasal bir hesap (bakiye) artığı teorisi* uygulaması olduğu ifade edilmiştir²³.

Son olarak değinilmesi gerekir ki, BK m. 122/II hükmünde yer alan; “Bu takdirde iki borç takas edilebilecekleri andan itibaren en az olan borcun miktarı nispetinde sakıt olmuş addolunur” ifadesinden anlaşılması gereken, takas beyanının sonuçlarını doğurmasının, koşulların gerçekleştiği andan itibaren mümkün olacaktır. O halde, borçların sona ermesi, taraflardan birinin ileri sürmesiyle

²¹ “Katılma alacağı, (TMK m.239/I) edinilmiş mallara katılma rejiminde, rejimin tasfiyesi sonucunda eşlerin veya mirasçılarının hesaplanan artık değer üzerinden belli oranda sahip oldukları alacak hakkıdır.” *Akıntürk*, Turgut, Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C.II, 13. Bası, İstanbul 2011, s. 172. “TMK m. 236’ya göre yasal olarak karının artık değerinin yarısı ‘kocanın artık değer alacağı’ iken, kocanın artık değerinin yarısı ‘karının artık değer alacağıdır.’” *Dural*, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Alper, M. Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C. III, 4. Bası, İstanbul 2011, s. 222.

²² Örneğin (A), boşandığı eşi (B)’den katılma alacağı talep etmiş ve tasfiye sonunda (A)’nın (B)’den 20.000 TL alacaklı olduğu görülmüş; ancak (B)’nin de (A)’dan 10.000 TL katılma ya da değer artış alacağı sahibi olması durumunda bunların resen takası gerçekleştirilecek ve (A)’nın (B)’den 10.000 TL alacaklı olduğuna karar verilecektir. *Kılıçoğlu*, s. 640. *Nomer*, Haluk, Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 2008, s. 173. TMK m.236/II’deki “alacaklar takas edilir” hükmü hakkında Yargıtay’ın görüşü ve Türk- İsviçre doktrinine göre hükmün nasıl yorumlandığı ve sonuçlarının ne olduğu konusunda ayrıntılı bilgi için bkz; *Gümüş*, Alper, M, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinden Kaç Tane ‘Katılma Alacağı’ Doğar?”, YÜHFD, C. VI, Sayı:1, Yıl: 2009, s. 93-112.

²³ *Dural/Öğüz/Gümüş*, s. 223. *Gümüş*, TMK m. 236/II’deki takasın kendiliğinden gerçekleşen özel türde bir takas olmadığını ve hesap artığı teorisinin uygulanması gerektiğini ileri sürmektedir. Bu teori, sebepsiz zenginleşme kaynaklı olup, karşılıklı tasfiye ilişkilerinde iki tarafın da malvarlıklarındaki kaymaların aynı ilişkiden meydana geldiğini ve bu gerekçeyle iki ayrı sebepsiz zenginleşme talebi yerine zenginleşmelerin birbirlerine mahsup edilmek suretiyle taleplerin teke indirilmesi şeklinde açıklanmaktadır. *Gümüş*, *Katılma Alacağı*, s. 106.

mümkün olmakla beraber, takas geçmişe etkili olarak koşulların tamamlandığı andan itibaren hüküm ifade edecektir²⁴. Doktrinde, takasa ilişkin koşulların gerçekleşmesi ile takas bildirimini yapılması arasındaki sürecin bir askı dönemi olduğu ifade edilmiştir. Bunun neticesinde, koşulların gerçekleştiği anda son bulmuş borcun, askı dönemi içinde faiz doğurmayacağı, askı dönemi için faiz ödenmişse sebepsiz zenginleşme kuralları çerçevesinde talep edilebileceği; keza askı dönemi içinde borçlu temerrüdü halinde, mütemerrit borçlunun takas beyan etmesine bağlı olarak, geçmişe etkili olacak şekilde borcun ortadan kalkmasıyla temerrüdün hiç oluşmamış sayılacağı ifade edilmiştir²⁵.

II- Dava İçinde Kullanılması

Takasın, karşı tarafın kendi alacağı için açtığı davayı reddetmek amacıyla, mahkemede de ileri sürülmesi mümkündür²⁶. Esasen, açılmış bulunan bir davadan daha önce takas hakkı kullanılmışsa, bunun mahkemede ileri sürülmesi mümkün olduğu gibi; mahkeme dışında bir takas beyanında bulunulmaksızın, açılan bir davada da, takas hakkının kullanılması mümkündür.

²⁴ Oğuzman/Öz, s. 453; Tunçomağ, s. 713; von Tuhr, s. 682; Önen, s. 223. Takas beyanının geriye etkili sonuç doğurmasının isabetli bir çözüm olup olmadığı sorunu hakkında bkz; Buz, Vedat, "Takas beyanının Geriye Etkisi Üzerine", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000, s. 229-257. Doktrinde, takasın koşullarının oluşma zamanının, takas beyanının karşı tarafa ulaştığı zaman ile aynı anda gerçekleştiği durumda, geçmişe etkiden bahsedilemeyeceği ifade edilmiştir. Aybay, s. 264.

²⁵ Tunçomağ, s. 714; von Tuhr, s. 683; Buz, s. 234. Keza, takasa ilişkin koşullar gerçekleştikten sonra alacak üzerinde rehin, intifa ve haciz işlemleri yapılması halinde takas beyanıyla beraber, alacağın geriye etkili olarak sona ermesi sonucunda rehin, intifa hakları ortadan kalkacak, haciz de hükümsüz kalacaktır. Oğuzman/Öz, s. 462. Fakat temerrüde düşen borçlunun takas beyan etmemesi ve karşı tarafın da sözleşmeden dönme seçimlik hakkını kullanması durumunda, daha sonraki takas beyanının, dönmenin sonuçlarını ortadan kaldırmayacağı ifade edilmelidir. Tunçomağ, s. 714; Buz, s. 235.

²⁶ Oğuzman/Öz, s. 459; Topuz, Gökçen/Topuz, Seçkin, "Takasın Davada İleri Sürülmesi", AÜHFHD, C. 57, S. 3, Yıl: 2008, s. 721.

(Erişim adresi: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/>).

1. Mahkeme Dışında Yapılan Takasın Davada İleri Sürülmesi

Hâkim görüşü, mahkemede, daha önce yapılmış bir takasın ile-ri sürülmesinin borcun sona erdiğine yönelik bir itiraz teşkil ettiği yönündedir²⁷. Bu konuda bir başka görüş, takas iddiasını ileri süren davalının, maddi hukuk anlamında itiraz yapmakla beraber; geniş anlamda, def'i hakkını kullandığı yönündedir. Bu görüşe göre, takas beyanı aslında bir def'i niteliğindedir²⁸. Esasen taraflardan birinin, uyuşmazlık mahkeme önüne gitmeden önce borcu, takas hakkını ileri sürmek suretiyle sona erdirmesi halinde, önceden mevcut olan bir hakkın sonradan ortadan kalkmış olduğuna yönelen bir itiraz söz konusu olur ve hâkim tarafından resen dikkate alınır. Burada tarafların aslında borçlu olmalarına rağmen, özel bir sebebe dayanarak borcu ödemekten kaçınmalarına imkân veren bir durumdan, yani def'i hakkını kullandıklarından²⁹ bahsedilmesi söz konusu değildir. Bu gerekçeyle, biz de hâkim görüşü isabetli bulmaktayız.

²⁷ Oğuzman/Öz, s. 459; Aybay, s. 266; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1378; Aral, s. 204; von Tuhr, s. 33; “Davalı bir alacağını takasta kullanırsa bu, dava konusu alacağın ifa edildiğinin ileri sürülmesi anlamını taşır ve borcun fiilen ifa edildiği iddiasına benzeyip, onun gibi değerlendirilmesi gerekir”. Bucher, Eugen, “Yargılamada Takas: Maddi Hukuka Dönüş”, Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp’e Armağan, C.II, İstanbul 2003,(Çeviren: Vedat Buz), s. 614.

²⁸ Üstündağ, Saim, “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Takas ve Davada Kullanılmasının Arz Ettiği Özellikler” İÜHF Mecmuası, C. XXV,1960, s. 214. Doktrinde, takasın bu şekilde mahkemede ileri sürülmesinin esasen bir itiraz teşkil etmekle beraber, aynı zamanda bir usul işlemi olduğu, zira usul işlemi olarak nitelendirilen işlemlerin hüküm ve sonuçlarının da usul hukukuna ilişkin olması gerektiği ileri sürülmüştür. Topuz/Topuz, s. 721.

²⁹ Eren, s. 67-72; von Tuhr, s. 27-33; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 22; Tekben, Tuğçe, “Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Açısından Def'iler”, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Mezuniyet Projesi, Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul 2010.

2. Takasın İlk Defa Davada İleri Sürülmesi

Takas beyanının ilk defa mahkemede ileri sürülmesi konusu, doktrinde çok tartışmalı olup, maddi hukuka ve usul hukukuna yönelik iki farklı görüş bulunmaktadır:

Maddi hukuka ilişkin görüş, takas beyanında bulunan tarafın yargılamada maddi bir işlem yürüttüğünü, bu nedenle borçlar hukuku kurallarının uygulanması gerektiğini; fakat buna rağmen, bu işlemin usul işlemi boyutlarının da bulunduğu yönündedir³⁰. Doktrinde bu görüşün eleştirilmesi üzerine usul hukukuna ilişkin görüş ortaya çıkmıştır.

Usul hukukuna ilişkin görüş, davada ileri sürülen takasın yargısal bir işlem olduğu yönündedir. Bu nedenle takas, usuli işlemler (vekil tarafından da ileri sürülebilme, geri alınabilme vb.) hakkındaki kurallara tabi olmalıdır. Bu görüşe göre, medeni hukuk anlamında var olan bir takasın yanında, usul hukuku anlamında özel bir takas çeşidi de mevcut olup; karşılıklı iki alacağın sona ermesi beyanla değil, mahkeme hükmü ile mümkün olacaktır³¹. Ayrıca, usul işlemi olarak kabul edilen takas beyanının karşı tarafa değil, mahkemeye yöneltildiği ileri sürülmektedir³². *Üstündağ* ise takasın bir def'i olduğu yönündeki görüşünü, şu gerekçeyle açıklamaktadır: "Davada takas, davanın reddini temin etmek için davalı tarafından ileri sürülmüş bir iddia olup, bunun ile davalı, kendisine ait olan bir karşı alacağın mevcut olduğunu ve bu alacağını dava alacağının sukutu için kullanmak istediğini açıklamaktadır"³³. İleri sürülme

³⁰ *Aral*, s. 211; *Aybay*, s. 268; *Üstündağ*, s. 218.

³¹ *Aral*, s. 213. *Üstündağ*'a göre, takas beyanı davanın reddi ya da geri alınması nedeniyle mahkemece dikkate alınmaz ise özel hukuk bakımından da hüküm ifade etmez. Yazar bu görüşün gerekçesini ise, BK m.133 hükmü gereği takasın davada ileri sürülmesiyle, dayandığı alacak hakkına ilişkin zamanaşımının kesilmesine bağlamaktadır. Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz; *Üstündağ*, s. 217-223. Karşı görüşte olanlara göre ise, davadaki takas bildiriminin takasa ilişkin alacağın zamanaşımını kesmesi nedeniyle, def'i sayılmaması gerektiği, BK m.133'de zikredilen def'ilerin, borçlunun özel bir sebebe dayanarak borcu ödemekten kaçınma hakkı olan teknik anlamda def'ilerden olmadığı kabul edilmelidir. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp*, s. 1379; *Aral*, s. 215-217.

³² *Aral*, s. 213; *Topuz/Topuz*, s. 723.

³³ *Üstündağ*, s. 220.

şekli bakımından ise HUMK m.204, karşılık dava şeklinde ileri sürülme imkânından söz etmekte ise de, süresinde verilen cevap dilekçesinde de ileri sürülmesinin mümkün olduğu ifade edilmektedir. Cevap dilekçesi süresinde verilmediyse, takas savunmasının sonradan yapılması ise savunmanın genişletilmesi yasağına tabidir³⁴. Doktrinde, davalının davada karşı alacağının, dava alacağına karşı takasını def'i yoluyla ileri sürülebilmesi mümkün olduğu gibi, karşılık dava yoluyla da ileri sürülebilmesi kabul edilmektedir³⁵.

³⁴ Aybay, s. 270; Aral, s. 218; Topuz/Topuz, s. 722.

³⁵ Üstündağ, s. 222; Tunçomağ, s. 708,709; Aral, s. 217. "Takas ve mahsup istemi karşılık dava açılmadan da savunma (def'i) olarak ileri sürülebilir." Yarg. 11.HD, E. 1974/5353, K. 1975/1362, T. 27.02.1975. (Kazancı). "Bu irade beyanı, dava dışı bir yolla karşı tarafa ulaştırılabileceği gibi; dava içinde de iki yol (karşı bir dava yolu savunma yolu) ile karşı tarafa ulaştırılabilir. Ancak her iki yol ile vaki takas taleplerinin doğuracağı hukuksal sonuçlar) özellikle BK118/III. maddenin uygulanması) yönünden bir fark gözetilmemiştir." Yarg. 4. HD, E. 1979/8998, K. 1980/5070, T. 17.04.1980. (Kazancı). "Takas talebi karşılık dava olarak ileri sürülebileceği gibi defi olarak da ileri sürülebilir. Kural olarak defi olarak ileri sürüldüğü durumlarda değer savunmaların tabi olduğu yasa ve usul bükümlerine tabidir. Bu nedenle 10 günlük cevap süresi içinde ileri sürülmelidir. Cevap süresinde yapılmayan takas defi savunmanın genişletilmesi yasağına tabidir. Ne var ki süresinde yapılmayan takas defi için karşı tarafın (davacı) takas definin süresinde yapılmadığından bahisle karşı koyması gerekir." Yarg. 13. HD, E.762, K.7235, T.12.05.2004. (Kazancı). "Ödeme ve indirim [takas ve mahsup] istemi karşılık dava olarak ileri sürülebileceği gibi savunma [def'i] yoluyla da böyle bir istemde bulunabilir." Yarg. 15. HD, E. 393, K. 501, T.29.02.1980. (Kazancı). "Bir kimsenin alacağı ile diğer bir kimseye olan borcunu karşılaştırıp ve gerek alacağının gerekse borcunun eşit değerinde olan kiralarnın sona ermesi isteğini diğer tarafa ulaştırmasıyla o kimse BK'nun 118. maddesi hükmünce takas beyanında bulunmuş olur ki, karşılık davada mahiyette böyle bir beyan vardır." Yarg.HGK, E.6,K.662-53,T.11.11.1959.Karar için bkz;Son içtihatlar,1960,s. 153, sn.4591, naklen: Aral, s. 185). "Burada üzerinde durulması gereken bir sorun, karşılık davanın takas iradesi olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğidir. Bilindiği gibi takas iradesi, karşı tarafa dava yoluyla ulaştırılabileceği gibi, bir savunma olarak da ileri sürülebilir. Takas iradesi karşılık davayla ileri sürülürken, 'alacağın ileri sürülen borçtan doğrudan doğruya takas edilmesi' şeklinde yapılması zorunlu değildir; karşı alacağın tahsil isteği içinde bir takas iradesi mevcuttur, karşılık davacı kendi alacağının tahsilini istemekle en azından bu alacağı ile borcun takas edilmesini istemektedir. Bu nedenle, davacının isteği takasla eş tutulmalıdır." Yarg. 4. HD, E. 8998, K. 5070, T.17.4.1980,(Kazancı).Yarg. 4. HD, E.4871, K.6375,T.22.9.1986. Karar için YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

Üstündağ, maddi hukukla ilgili görüşe çifte vakıa³⁶ niteliğini uygun görmektedir. Yazara göre, bu teoriden çıkan en önemli sonuç; takasın usul işlemi olarak yapılması, fakat yenilik doğuran hak niteliğini koruması ve bu nedenle de, işlemin ortadan kaldırılmasının medeni hukuk esaslarına tabi olması gerekliliğidir. Bu teoriye göre, takasın yapılması ve koşullarının oluşup oluşmaması maddi hukuk hükümlerine; ileri sürülme şekli ve zamanı usul hükümlerine tabi olacak; usule ilişkin sebeplerle davanın reddi halinde ise takas, maddi hukuk bakımından da hüküm ifade etmemiş olacaktır³⁷.

Esasen takas, daha önce de ifade edildiği üzere³⁸, tek taraflı irade beyanıyla kullanılmakla hüküm ifade eden yenilik doğuran bir haktır. Yenilik doğuran hakların kullanılması, kural olarak bir şekilde bağlı olmamakla beraber, istisnai hallerde³⁹ dava yoluyla kullanılması gerekir⁴⁰. Bu durumda, kural olarak dava yoluyla kullanılması gerekmeyen yenilik doğuran hak niteliğindeki takasın, karşılık dava yoluyla ileri sürülmesi de gerekmez. Ek olarak, karşı tarafa varmakla hüküm ifade edecek ve sonuçlarını doğuracak olan

bkz; *Karahasan*, Reşit, Mustafa, Türk Borçlar Hukuku, C. 3, İstanbul 1992, s. 1047.

³⁶ Üstündağ, s. 219. Bu teoriden anlaşılan, davada ileri sürülecek olan takas beyanında, hem medeni hukuk hem de usul hukukuna ilişkin kuralların uygulanması gerekliliğidir. *Karşılı*'ya göre ise; hem usul hukuku hem de maddi hukuk alanında etkili olabilen çifte karakterli işlemler, dava konusu üzerinde maddi hukuka ilişkin tasarrufları da içeren kabul, feragat, sulh gibi işlemlerdir. Eğer bir işlem, usul hukuku alanında düzenlenmiş, etkilerini usul hukuku alanında doğuruyor ise, usul hukuku şartlarına tabi ise usuli işlem; işlem etkilerini, maddi hukuk alanında doğuruyorsa maddi hukuk işlemidir. İşlemin birden çok alanda etkileri varsa, ağırlıklı etkilerini doğurduğu hukuk alanına dâhil edilecektir. *Karşılı*, Abdurrahim, Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul 2001, s. 129. Bu teoriden anlaşılan, davada ileri sürülecek olan takas beyanında, hem medeni hukuk hem de usul hukukuna ilişkin kuralların uygulanması gerekliliğidir.

³⁷ Üstündağ, s. 218; *Topuz/Topuz*, s. 724; *Aral*, s. 213.

³⁸ Bkz; Yukarıda, B.Takas Hakkının Kullanılması, I.Dava Dışında Kullanılması.

³⁹ Boşanma davası açma hakkının kullanılması, kanuni ön alım hakkının kullanılması (TMK m.734/I), bir ölüme bağlı tasarrufun iptal edilmesi (TMK m.557) vb.

⁴⁰ *Serozan*, s. 224; *Oğuzman/Barlas*, s. 154; *Ayan*, Mehmet, Medeni Hukuka Giriş, 4. Baskı, Konya 2007, s. 98.

takas beyanının, usul hukukuna ilişkin görüş çerçevesinde kabul edildiği üzere karşı tarafa değil, mahkemeye yöneltilmesi halinde dahi, karşı tarafa ulaşıp hüküm ve sonuçlarını doğuracağı kabul edilmelidir. Aynı gerekçeyle, takasın sonuç doğurması için mahkemenin karar vermesi gerekli olmayıp⁴¹, bu gerekliliğin kabul edilmesiyle, karşı tarafa ulaşmakla hüküm ve sonuç doğuran yenilik doğuran hakların bünyesine aykırı bir istisnai durum yaratılacağı ifade edilmelidir. Son olarak eklemek gerekir ki, Kanunda yenilik doğuran hakların kullanılması, çoğunlukla hak düşürücü sürelerle tabi tutulmuştur⁴². Fakat takas hakkı için böyle bir süre öngörülmediğinden, takas hakkının bir süreye tabi olmadan her zaman kullanılabilmesi kabul edilmelidir.

C. Takas Hakkının Kullanılmasının Alacaklının Kabulüne Bağlı Olduğu Haller

Kural, her ne kadar takasın tek taraflı bir beyan ile kullanılması ise de bazı hallerde, takas bildiri karşı tarafın onayına ihtiyaç duyar. BK m.123'de alacaklının kabulü olmadan borçlunun takas hakkını kullanamayacağı haller, üç bent halinde düzenlenmiştir. Aşağıda, BK m.123'de ifade edilen haller, ayrı başlıklar altında irdelenecektir.

⁴¹ Fakat "Dava yolu ile kullanılan yenilik doğuran hakların yöneldiği sonucun sağlanması, ancak mahkemenin talebi kabul ederek karara bağlamasıyla olur." *Oğuzman/Barlas*, s. 154.

⁴² *Serozan*, s. 225; *Hatemi*, Hüseyin, *Medeni Hukuka Giriş*, 4. Bası, İstanbul 2010, s. 137; *Oğuzman/Barlas*, s. 155; *Ayan, Medeni*, s. 98. Bkz; B.Takas Hakkının Kullanılması, I. Dava Dışında Kullanılması.

I- Tevdi Edilmiş, Haksız Olarak Alınmış veya Hile ile Alıkonulmuş Olan Şeyin İadesine veya Bedeline Yönelik Alacaklar

Konuyu düzenleyen BK m.123, bent 1: “Tevdi edilmiş veya haksız olarak alınmış veya hile ile alıkonulmuş bulunan bir şeyin iadesine veya bedeline taalluk eden mütalebeler” şeklinde olup, bendin kapsamına; tevdi edilmiş bir şey, haksız olarak alınmış bir şey, hile ile alıkonulmuş bir şeyin geri verilmesi veya bu şeyler geri verilemeyecek ise tazminine ilişkin borçlar girmektedir. Eğer geri verilmesi talep edilen şey, bir parça borcu niteliğinde ise borçların aynı cinsten olma koşulu gerçekleşmeyeceği için esasen takas mümkün değildir⁴³.

1. Tevdi Edilmiş Bir Şey

Söz konusu düzenlemenin “tevdi edilmiş şey” ifadesi ile alacaklının kendi iradesiyle borçluya teslim etmiş olduğu şeylerin, borçlunun kendisine teslim edenden olan bir alacağıyla takası engellenmek, teslim edenin “borçluya olan güveni korunmak” istenmiştir⁴⁴. Doktrinde kabul edildiği üzere, “emanet olarak bırakılan mallara ilişkin olan takas yasağı, iş hayatındaki güvenin korunmasını sağlamak” amacıyla getirilmiştir⁴⁵. Genellikle vedia sözleşmesi kapsamında bir tarafın diğerine emanet olarak bıraktığı şeyler, bu bent kapsamında değerlendirilir. Misli eşya veya bir miktar paranın saklanması özel olarak kararlaştırıldığı usulsüz vedia sözleşmesi⁴⁶ kapsamında emanet bırakılan şeylerin iadesini borçlu olan kim-

⁴³ Oğuzman/Öz, s. 460; Aral, s. 111. Bucher’e göre, “Hüküm, kanun koyucunun, sadece yasama sürecinin tarihçesi ile izah edilebilecek talihsiz bir hatasını teşkil etmektedir.[...]; zira bir malın iadesine veya aynen tazminine ilişkin bir alacağın, aynı türden olan, dolayısıyla takas edilebilecek bir alacakla karşılaşması mümkün değildir.” Bucher, s. 630. Ayrıca, BK m.123/I hükmünde yer alan “bedeline” ifadesinden, nakden tazminin söz konusu olabildiği durumlar anlaşılmalıdır.

⁴⁴ Kılıçoğlu, s. 637; Önen, s. 221.

⁴⁵ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1375.

⁴⁶ Bankalar Kanunu m. 35: “[...] mevduat sahiplerinin mevduatlarını diledikleri anda geri alma hakları hiçbir surette sınırlandırılmaz. Mevduat sahibi ile banka arasında vade ve ihbar süresi hakkında kararlaştırılan şartlar saklıdır” hükmü çerçevesinde vadesiz mevduatların usulsüz tevdi olduğu kabul edilmektedir.

senin, bu borcunu, alacaklının rızası olmadan takas etmesi BK m.123 anlamında mümkün olmayacaktır⁴⁷.

Örneğin (A), (B)'ye emanet olarak bir buzdolabı bırakmış ve (B) de buzdolabına zarar verdiği için, tazminat olarak (A)'ya 2.000 TL ödemekle yükümlü olmuştur. Ayrıca (B)'nin de, (A)'dan 2.500 lira alacağı vardır. İşte bu durumda (B), 2.000 TL borcunu, (A)'nın rızası olmadan karşılıklı alacağıyla takas edemez. Ama (A)'nın bu karşılıklı alacakları takas etmesi mümkündür⁴⁸.

2. Haksız Olarak Alınmış Bir Şey

Hükümde “haksız olarak alınmış bir şey” ile kastedilen, gasp ya da hırsızlık başta olmak üzere haksız bir fiil ile ele geçirilen⁴⁹ ve genellikle çeşit borcuna konu teşkil eden misli şeylerdir⁵⁰. Esasen bir şeyin kusurlu olarak alınması durumunda, şeyin iadesi mümkün değilse, haksız surette alınmış şey için bir tazmin borcu söz konusu olur⁵¹.

Rıza dışı elden çıkmış olan mala zilyet olan kimse, baştan itibaren haksız zilyettir. Ancak, malın kendisinde olmamasını gerektiren sebebi bilmiyor veya bilebilecek durumda değilse (TMK m.3)

Vadeli mevduatta ise, mevduat sahiplerinin, mevduatlarını diledikleri anda geri alma haklarının ortadan kalktığı hallerde karz akdinin bulunduğu söz edilmektedir. *Aral*, s. 113-115; *Feyzioğlu*, Necmettin, Feyzi, Borçlar Hukuku, II. Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C.I, 3. Bası, İstanbul 1978, s. 732-733.

⁴⁷ *Aral*, s. 112; *von Tuhr*, s. 674; *Tunçomağ*, s. 710; *Bucher*, s. 640.

⁴⁸ Örnek için bkz; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 1375.

⁴⁹ *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 1375. TMK m. 982/I: “Başkasının zilyed bulunduğu şeyi gasbeden kimse, o şey üzerinde üstün bir hakka sahip olduğunu iddia etse bile onu geri vermekle yükümlüdür. (II) Davalı, o şeyi davacıdan geri almasını gerektirecek üstün bir hakka sahip olduğunu derhal ispat ederse onu geri vermekten kaçınabilir. (III) Dava, o şeyin geri verilmesine ve zararın giderilmesine yönelik olur.” şeklindedir. *Tunçomağ*, alacaklının kendisine borçlanılan ya da teslim edilmesi gereken şeyi zorla alması durumunda haksız surette almadan bahsedileceğini, alacaklının onu geri vermek, bu mümkün olmazsa tazmin etmek zorunda olacağını ifade etmiştir. *Tunçomağ*, s. 710.

⁵⁰ *Oğuzman/Öz*, s. 460. Parça borcu söz konusu ise aynı cinsten olma koşulu gerçekleşmediği için takas söz konusu olmaz ve söz konusu bent, tazmin borcu bakımından uygulama alanı bulur.

⁵¹ *von Tuhr*, s. 674.

o zaman iyiniyetli haksız zilyet, aksi hâlde kötüniyetli haksız zilyet sayılır. Aralarındaki fark, malın iade edilmesinin zorunlu olmasında değil, iadenin kapsamı ve masraflarda karşımıza çıkar. Haksız zilyedin, şeyi iade borcu veya iade edememesi halinde tazminat borcuna yönelik takas bildiriminde bulunması mümkün değildir. Zira alacaklının rızası olmaksızın takasın yapılamamasının gerekçesi, başkasına ait bir malı hukuka aykırı olarak elinde bulunduran şahsı değil, malına kavuşmayı talep eden maliki (alacaklıyı) korumaktır. Bu anlamda hükmün amacı, hukuka aykırı fiilleri ödüllendirmemektir⁵². Kabul edilen sonuç, temelinde dürüstlük kuralı (TMK m.2) bulunan ve hiç kimsenin kendi hukuka aykırı davranışından hak elde edemeyeceği yönündeki ilkeye de uygun düşer. Aynı gerekçeden yola çıkarak kabul edilmelidir ki, haksız zilyede karşı şeyin geri verilmesine veya geri verilmemesi halinde tazminatına yönelik alacak hakkı sahibi olan tarafın, takas beyan etmesine engel bulunmamaktadır⁵³. Örneğin, (A)'dan başka bir borç ilişkisi nedeniyle 10.000 TL alacaklı olan ve (A)'nın pahalı bir marka saatini çalan hırsız (H), kötüniyetli haksız zilyettir. TMK m. 995/I' de iyiniyetli olmayan zilyedin geri vermekle yükümlü olduğu şeyi haksız olarak alıkoymuş olması nedeniyle, hak sahibine verdiği zararlar ile, elde ettiği veya elde etmeyi ihmal ettiği ürünlerin karşılığında tazminat borcu düzenlenmektedir. İşte (A)'nın (H)'ye olan 10.000 TL borcunu, (H)'nin kendisine olan tazminat borcu ile takas etmesine bir engel bulunmamaktadır. Fakat (H)'nin (A)'ya ödemesi gereken tazminat borcunu, (A)'nın kendisine olan 10.000 TL borcuyla takas etmesi, ancak (A)'nın rızası ile mümkün olacaktır.

⁵² Kılıçoğlu, s. 637. Bucher'e göre de, "Alacaklıların alacaklarını bir tür ihkaki hak yoluyla elde etmelerinin, iade taleplerine takas hakkını kullanarak karşı koymalarının önüne geçilmiştir." Bucher, s. 630.

⁵³ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1375.

3. Hile ile Alıkonulmuş Bir Şey

Takas hakkının kullanılmasının, alacaklının kabulüne bağlandığı halleri düzenleyen BK m.123/I, bent 1’de hile ile alıkonulmuş bir şeyin iadesine ilişkin talepler de yer almaktadır.

Hükümde yer alan “hile ile” ifadesi, İsviçre Borçlar Kanunu’nun almanca metnine uygun olarak, (*İsviçre BK m.125, bent 1; “böswillig”*) “kötüniyetle” şeklinde anlaşılmalıdır⁵⁴. Bu ifadeye göre, bir şahsın malı geri vermesi gerekmekte ve malı geri vermesi gerektiğini bilmesine rağmen geri vermemektedir⁵⁵. Örneğin, vekâlet sözleşmesi (BK m.386 vd.) kapsamında vekile, vekâleti ifa edebilmesi için verilen şeyler, belli bir surette kullanmak ve sonra iade etmek amacıyla verilmiş olmasına rağmen, vekil tarafından müvekkile haklı sebebi olmadan iade edilmemekte ise, Kanunun ifadesiyle hile ile alıkoymadan bahsedilir⁵⁶. Bu durumda vekil, şeyi iade veya tazmin borcunu, müvekkilden olan başka bir alacağı ile takas edemez.

II- Fiilen Alacaklının Eline Verilmesi İcap Eden Alacaklar

Takas edilmesi, alacaklının kabulüne bağlanan alacakların ikinci grubunu ise, fiilen alacaklının eline verilmesi gereken alacaklar oluşturmaktadır. BK m.123,bent 2 hükmü: “Nafaka ve iş ücreti gibi borçlunun ve ailesinin iâşesi için mutlak surette zaruri olup hususi mahiyeti itibariyle fiilen alacaklının eline verilmesi icap eden alacaklar” şeklindedir. Metinde “borçlunun ve ailesinin” ifadesi kullanılmış olsa da; anlaşılması gereken, “alacaklının ve ailesinin” bakımı için fiilen eline verilmesi gereken borçların, alacaklının rızası olmadan takas edilemeyecek olmasıdır⁵⁷. Söz konusu düzenlemenin amacı, alacaklının hayatını idame ettirebilmesi

⁵⁴ Aral, s. 117. Doktrinde ayrıca, alıkoymanın kötüniyetle olup olmadığının belirlenmesinde, takas beyanında bulunma zamanının esas alınması gerektiği ifade edilmiştir. Aral, s. 119.

⁵⁵ Oğuzman/Öz, s. 460; Aral, s. 117.

⁵⁶ Tunçomağ, s. 710.

⁵⁷ Oğuzman/Öz, s. 460, (dn.147); Aral, s. 119.

için gerekli olan alacakların, takasla sona erdirilmeyip, alacaklıya fiilen ifasının sağlanmasıdır⁵⁸.

Örneğin (A), aile konutunu terk etmek suretiyle eşi (B)'ye ve çocuklarına karşı bakım yükümlülüğünü yerine getirmemiş olduğundan, (B), (A)'ya nafaka davası açmıştır. Mahkemenin (A)'nın aylık 3.000 TL nafaka ödemesi gerektiğine dair verdiği karar kesinleşmiştir. (B), birikmiş nafakanın (3.000 TL) tahsili için (A) aleyhine icra takibi yapmış, (A) ise buna karşılık, eşinin üye olduğu kooperatife aidat borçlarını ödediğini ve ondan 5.000 TL alacaklı olduğunu ileri sürmüştür. İşte (A)'nın (B)'den olan alacağına karşılık, ona olan nafaka borcunu ileri sürerek, takas hakkını kullanması mümkün değildir⁵⁹.

Alacaklının ve ailesinin iâşesi için zorunlu olan borçlara, Kanunda örnek olarak nafaka ve iş ücreti⁶⁰ verilmiştir. Hükümde kullanılan "nafaka ve iş ücreti gibi" ifadesi her iki alacağı da kapsayacak şekilde yorumlanmalı ve nafaka ile iş ücreti dışında bunlara benzer borçlar da bu kapsamda değerlendirilmelidir⁶¹. Örneğin,

⁵⁸ Oğuzman/Öz, s. 460; Eren, s. 1230.

⁵⁹ Örnek için bkz; Kılıçoğlu, s. 638.

⁶⁰ İş Kanunu m.32 hükmüne göre ücret: "bir kimseye bir iş karşılığında işveren veya üçüncü kişiler tarafından sağlanan ve para ile ödenen tutar" olarak tanımlanmaktadır. Ayrıca BK' da düzenlenirse de, Avukatlık Kanunu m.164/V'de avukatların vekâlet ücretlerinin de, vekâlet verenin borcu nedeniyle takas edilemeyeceği öngörülmüştür. Yargıtay da, bu konuya ilişkin olarak, "Avukatlık Yasası'ndaki, "vekâlet ücreti avukata aittir" biçimindeki düzenleme hükmü kuran mahkemeye değil, vekil ile vekil edene yönelik bir kuraldır. Bu yorum ve varılan sonuç aynı maddedeki "bu ücret, iş sahibinin borcu nedeniyle takas ve mahsup edilemez, haczedilemez" biçimindeki düzenleme ile de doğrulanmaktadır. Açıklanan nedenlerle, taraf sıfatı bulunmayan vekil yararına vekâlet ücretine hükmedilmesi de doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir." şeklinde karar vermiştir. Yarg. 4. HD, E. 2496, K. 13878, T. 7.12.2004. (Kazancı).

⁶¹ Anlaşılması gereken nafaka gibi alacaklar, iş ücreti gibi alacaklardır. Aral, s. 121; Kılıçoğlu, s. 637; Tunçomağ, s. 711; von Tuhr, s. 675. Doktrinde, bir alacağın bu kapsamda değerlendirilip değerlendirilemeyeceğinin hâkim tarafından tayin edileceği, İİK'da sayılan haczi caiz olmayan veya bir kısmı haczi caiz olmayan malların ise, bu bent için bir karine teşkil edebileceği ifade edilmiştir. Oğuzman/Öz, s. 461; Eren, s. 1230; Aral, s. 121. Aksi görüşte bkz; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 1376. Keza, Yargıtay da bir kararında; "Köy Kanununda köy işleri için salma suretiyle köy sandığında biriken paraların borç

ölünceye kadar bakma sözleşmesinde bakım alacaklısının alacağı, BK m.45 ve devamına göre vücut bütünlüğünün ihlalinin doğan tazminat alacağı, bir şahsın öldürülmesinden doğan destekten yoksun kalma alacağı bu çerçevede düşünülmeli ve alacaklının rızası olmaksızın tek taraflı beyanla takas edilemeyeceği kabul edilmelidir⁶².

III- Kamu Hukukundan Doğan Alacaklar

Takas edilmesi alacaklının kabulüne bağlanan alacakların son grubunu ise kamu hukukundan doğan alacaklar oluşturmaktadır. BK m.123, bent 3 hükmü: “Devlet ve vilayet ve köyler lehine olarak hukuku ammeden neşet eden alacaklar” şeklinde olup, maddede sayılmış olan kamu kuruluşlarına borçlu olan şahıslar, borçlarını bu kuruluşlara karşı olan alacakları ile takas edemezler.

Söz konusu kanuni düzenleme, kamu alacaklarının takas yoluyla sona erdirilmesi durumunda, kamu hizmetlerinde aksaklık olacağı gerekçesine dayanmaktadır⁶³. Kamu kuruluşlarının, üçüncü şahıslara borçlanması durumunda bu borçlar ile alacakların takas edilmesine ise bir engel bulunmamaktadır⁶⁴.

için haczi caiz olmaması ve bu gibi varidatın Devlet mallarından addedilmesi [...] Köy Kanununun 8. maddesinde bu orta malların kanun karşısında Devlet malı gibi korunacağı hükmü [...] hukuk ammeden neşet eden köy alacaklarının köyün arzusu hilafında takas ile ıskat edilemeyeceğine dair Borçlar Kanununun 123. maddesinde mevzu hüküm aynı zamanda bu alacakların haciz edilemeyeceğini göstermektedir.[...] Sonuç olarak; köyün salma parası haciz edilemez. Bu hususta takas da olanaksızdır” demek suretiyle, benzer gerekçeden hareket etmiştir. Yarg. İBK, E. 1938/21, K. 1939/36, T. 19.04.1939.(*Kazancı*). İsviçre Federal Mahkemesi, manevi tazminat, tedavi masrafları ve destekten yoksun kalma tazminatının takas yoluyla sona erdirilmesi için kuraldan yararlanmak isteyen kimsenin bu alacakların kendisi için ‘zorunlu’ olduğunu ispatlaması koşuluna bağlamıştır. Federal Mahkeme, I. Hukuk Dairesi, 6/7/1962, Chardonnens et consorts- La Zürich. BGE. 88 II. 299. *Kaneti*, Selim, İsviçre Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları (1955-1964), I. Borçların Genel Hükmüleri, Ankara 1968. s. 225.

⁶² Oğuzman/Öz, s. 460; Eren, s. 1230; von Tuhr, s. 675; Aral, s. 122; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1376; Tunçomağ, s. 711.

⁶³ Kılıçoğlu, s. 638.

⁶⁴ Eren, s. 1230.

Bir kimse, vergi borcunu ya da para cezasını, Devletten başka sebeple doğmuş olan bir para alacağı ile takas edemez⁶⁵. Fakat hükümdeki yasak, sadece kamu hukuku ilişkilerinden doğmuş alacaklar içindir. Dolayısıyla, bir kamu kuruluşu ile özel hukuk ilişkisinden doğan alacakların takası mümkündür⁶⁶. Örneğin, Devlete ait olan bir binanın (A)'ya kiraya verilmesi durumunda, (A), kira borcu ile Devletten olan başka bir alacağını takas edebilecektir.

D. Takasın Benzer İşlemlerden Ayırt Edilmesi

I- Mahsup

Mahsup⁶⁷, “bir alacağı doğuran olayla ilgili olarak alacaklının elde ettiği bazı menfaatlerin ya da borçlunun katlandığı bazı külfetlerin bu alaktan indirilmesini” ifade eder⁶⁸. Takasta alacaklar karşılıklı olmasına rağmen, mahsupta alacaklar karşılıklı değildir⁶⁹.

⁶⁵ Oğuzman/Öz, s. 461; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1376; Eren, s. 1230; Tunçomağ, s. 711; von Tuhr, s. 676. Ayrıca bu kişinin bir kamu idaresine olan vergi borcu ile diğer bir kamu idaresinden olan vergi alacağının birbiriyle takas edilmesi de mümkün değildir. Aral, s. 123. Ayrıca bkz; Danıştay 7. D, E. 1340, K. 540, T. 24.02.1975.(Kazancı).

⁶⁶ Oğuzman/Öz, s. 461; Eren, s. 1231; Aral, s. 122;

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1376; Tunçomağ, s. 712; von Tuhr, s. 676.

⁶⁷ BK' da, “borçların hükmü”nü düzenleyen ikinci bapta, “borçların ifası”yla ilgili fasılda yer alan ve tediyeye ilgili 84, 85 ve 86.maddelerin başlığı “mahsup”tur. BK m.84 hükmü ile borçlunun faiz ya da masrafları ödemede gecikmemesi halinde kısmen yaptığı ödemeyi anaparaya mahsup edebileceği; alacaklının da alacağının bir kısmı için rehin, kefalet ve benzeri teminat alması durumunda, borçlunun kısmen yaptığı ödemeyi teminat altına alınan veya teminatı daha iyi olan kısma mahsup etme hakkına sahip olmadığı, hüküm altına alınmıştır. Taraflar arasında birden çok borç bulunması halinde yapılan ifanın hangi borca ait olduğu, borçlu ile alacaklının anlaşmasına göre belirlenmektedir. Anlaşma olmaması halinde ise (para borçları için), ifanın hangi borç için yapılmış sayılacağı da (kanunda mahsup edileceği şeklinde ifade edilmiştir) BK m. 85 ve 86 hükümleri çerçevesinde belirlenecektir.

⁶⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1359.

⁶⁹ von Tuhr, s. 685; Kaplan, s. 116. Yargıtay, bir kararında: “Takas, birbirine karşı aynı cinsten edimleri borçlanan tarafları, bu karşılıklı borçları fiilen ödemek külfetinden kurtaran bir yoldur; bu niteliği ve özelliği itibariyledir ki takas, mahsuptan ayrılır.” demek suretiyle takas ile mahsup ayrımını ifade etmiştir. Yarg. 4.HD, E.1979/8998, K. 1980/5070, T. 17.04.1980.(Kazancı). Yargıtay'ın YUHFD Vol. VIII No. 1 (2011)

Daha doğru bir deyişle, takas için her iki tarafın da birbirlerinden farklı borç ilişkileri nedeniyle hem alacaklı, hem de borçlu olmasından bahsedilmelidir. Oysa mahsupta, iki tarafın birbirlerine karşı hem alacaklı hem borçlu olduğundan bahsediliyor ise, bu durum, aynı borç ilişkisinden kaynaklanacak ve taraflardan biri borcundan, alacağını mahsup edecektir.

Bir kimsenin haksız fiilden doğan tazminat alacağının miktarı belirlenirken, uğradığı maddi ve manevi zararının hesaplanmasında, haksız fiil mağdurunun zarar verici olaydan elde ettiği faydaların indirilmesi, mahsup için örnek oluşturur. Zira sebepsiz zenginleşme miktarından, zenginleşenin yaptığı giderlerin; kiralanan maldan faydalanmadığı halde kira ödemek zorunda kalan kiracının, ödeyeceği miktardan, kiralayanın malı başka şekilde değerlendirerek elde etmiş olduğu faydaların indirilmesi halinde de mahsup söz konusudur⁷⁰. Keza BK m.325 hükmüne göre işçinin iş sahibinin işi kabulde alacaklı temerrüdüne düşmesi halinde, işi yapmaya mecbur olmasa da, ücreti isteyebileceği ve fakat işi yapamamasından dolayı tasarruf ettiği, ayrıca başka bir iş yaparak kazandığı şeyleri mahsup etmeye mecbur olduğu düzenlenmiştir. TMK m.994 hükmü ise iyiniyetli zilyedin elde ettiği ürünlerin, zilyetliğinde bulundurduğu şeye yaptığı masraflar sebebiyle doğan alacaklarına mahsup edileceğini düzenlemektedir.

hatalı olarak takas ve mahsup kavramlarını birbiriyle beraber ya da birbirinin yerine kullandığı da görülmektedir. Örneğin: “Takas mahsup talebi yargılamanın her aşamasında ileri sürülebilir.” Yarg. 12.HD, E. 7510, K. 15723, T.14.07.2009.(*Kazancı*). Keza Yargıtay başka bir kararında da “Takas ve mahsup istemi karışıklık dava açılmadan da savunma olarak ileri sürülebilir.” demektedir. Yarg. 11.HD, E. 1974/5353, K. 1975/1362, T. 27.02.1975. (*Kazancı*). “Somut olayda davalı cevap dilekçesinde takas mahsup definde bulunarak icra takibine konu 2272 TL’nin dava konusu isteklerden takas ve mahsubunu istemiştir. Mahkemece söz konusu isteğin değerlendirilmemiş olması hatalıdır.” Yarg. 9.HD, E. 2007/36213 K. 2009/2239, T.12.02.2009. (*Kazancı*). “Davacı ve davalı tarafından sunulan avans ve avans iadesi makbuzları ile 11.6.2008 tarihinde yapılan toplam 1. 349,76 YTL fark ihbar ve kıdem tazminatı ödeme belgesindeki miktarların değerlendirilerek takas ve mahsubu sonucu, dava konusu alacakları belirlenmelidir. Bu nedenle kararın bozulması gerekmiştir.” Yarg. 9. HD, E. 2008/37378, K. 2009/12271, T. 30.04.2009.(*Kazancı*).

⁷⁰ *Tunçomağ*, s. 701; *von Tuhr*, s. 685.

Örneklerden de anlaşılacağı üzere mahsup, sadece alacağın hesaplanmasına ilişkin bir husus olup⁷¹, bir karşı alacağın sona ermesi değil, sadece indirilmesi (düşürülmesi)⁷² söz konusudur. Ayrıca yenilik doğuran bir hakkın kullanılması olarak değerlendirilmeyen mahsup talebinin, sadece alacaklı ya da borçlu sıfatına sahip olanlar tarafından değil; bir itiraz niteliğinde olmak suretiyle, ilgili herkes tarafından ileri sürülebileceği de kabul edilmektedir⁷³.

II- Ödemezlik Def'i

Konuyu düzenleyen BK m. 81 hükmü: “Mütekabil taahhütleri muhtevi olan bir akdin ifasını talep eden kimse, akdin şartlarına ve mahiyetine nazaran bir ecelden istifade hakkını haiz olmadıkça kendi borcunu ifa etmiş veya ifasını teklif etmiş olmak lazımdır” şeklindedir. Buna göre, karşılıklı borç doğuran bir sözleşmede taraflardan birinin edimini ifa ya da ifasını teklif etmeden, karşı taraftan ediminin ifasını istediğinde, kendisine karşı ödemezlik def'i (akdin ifa edilmediği def'i) ileri sürülebilecektir. Doktrinde; şahsi hapis hakkı olarak da nitelendirilen⁷⁴ ödemezlik def'inin ileri sürülmesi için, edimlerin aynı cins olması koşul değildir. Ayrıca, BK m.81, bir def'i imkânı öngörürken, takas beyanı bir yenilik doğuran hakkın kullanılmasıdır. Amaçları ve sonuçları göz önüne alındığında, def'i hakkını kullanan taraf, karşı edimin ifa edileceği ana kadar geçici bir süre için borcunu ödemekten kaçınmak isterken; takas

⁷¹ *Aybay*, s. 260; *Aral*, s. 24. *Tunçomağ*, mahsubun, alacağın gerçek miktarını tespit etmek için yapıldığını, mahsup talebinin ise alacağın miktarını ilgilendiren bir olayın öne sürülmesi olduğunu ifade etmiştir. *Tunçomağ*, s. 701.

⁷² Kanun tarafından alacağın indirilmesinin öngörüldüğü hallerde ise, mahsup söz konusu olmaz. Örneğin, BK m. 161/III: “Hâkim, fahiş gördüğü cezaları tenkis ile mükellefdir” şeklindedir. Muaccel olmuş, henüz ifa edilmemiş ve fahiş cezai şartın hâkim tarafından takdir hakkına göre indirilmesi mümkündür. Fakat burada kendisinden indirilmesi gereken bir alacak söz konusu değildir. Somut olayın özellikleri ve hakkaniyet ilkesi hâkim için indirimde belirleyici olmaktadır. Esasen indirim iddiası halinde, borçlunun sözleşmenin değiştirilmesine yönelen yenilik doğuran hakkını kullanmak için hâkime başvurduğu kabul edilmektedir. *von Tuhr*, s. 685; *Oğuzman/Öz*, s. 463.

⁷³ *Oğuzman/Öz*, s. 463; *Aral*, s. 24; *von Tuhr*, s. 685; *Tunçomağ*, s. 701.

⁷⁴ *von Tuhr*, s. 686; *Aral*, s. 25, (dn. 18'de zikredilen yazarlar).

beyanını ileri süren taraf, o edimi teslim suretiyle ifa etmeden, ifa sonucunu (yani borcun sona ermesini) istemektedir⁷⁵.

III- Trampa

Trampa sözleşmesi BK m.232 ve BK m. 233'de düzenlenmiş, fakat tanımı yapılmamıştır. Doktrinde; trampa sözleşmesi, " taraflardan birinin diğer tarafa bir ya da birkaç şeyin mülkiyetini geçirmeyi, diğer tarafın aynı şekilde başka bir veya birkaç şeyin teslim ve mülkiyetini geçirmeyi taahhüt etmesi karşılığında borçlandığı bir sözleşme" şeklinde tanımlanmaktadır⁷⁶. Takas, varmakla hüküm ifade eden ve karşılıklı borçları daha azı oranında sona erdiren tek taraflı bir hukuki işlem iken; trampa bir malın, diğeri ile değişimini hedef tutan iki taraflı bir hukuki işlem, yani bir sözleşmedir⁷⁷. Hukuki işlemler sınıflandırması içinde, sonuçlarını doğurması bakımından ihtiyaç duyulan irade beyanı açısından iki kurum arasındaki fark açıktır.

Doktrindeki tanımdan da anlaşılacağı üzere; trampa sözleşmesinde taraflar birbirlerine paradan başka bir şeyin mülkiyetinin naklini taahhüt etmektedirler. Trampa sözleşmesinde esas olan, bir malın başka bir malla değişimidir⁷⁸. Değişime tabi olan malların, takasta olduğu gibi aynı cinsten olması da koşul değildir⁷⁹. Her ne kadar trampa sözleşmesinin konusu paradan başka bir şey olsa da, takas yoluyla sona erdirilen borçların genellikle ve en çok para

⁷⁵ Aral, s. 25.

⁷⁶ Yavuz, Cevdet /Acar, Faruk/ Özen, Burak, Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2009, s. 235.

⁷⁷ "Buna karşılık eski öğretilerde Becker, tarafların aynı sözleşmede aynı anda hem alıcı hem de satıcı konumundan hareketle akdettikleri trampa sözleşmesini çifte tipli karma sözleşme olarak nitelendirmektedir. Bunun dışında trampa sözleşmesi bileşik sözleşme ilişki[si] içinde yer alan iki satım sözleşmesine dayalı hukuksal yapıdan, doğrudan malların mübadelesine yönelik tek bir sözleşme olarak ayrılır". Gümüş, Alper, M, Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, İstanbul 2008, s. 270 ve 271.

⁷⁸ Gümüş, s. 270. Doktrinde, paranın para ile değişimi ya da bir malın hizmet ile değiştirilmesinin trampa olarak nitelendirilmeyip, bir karma sözleşmenin ya da satım sözleşmesinin mevcut olacağı ifade edilmiştir. Yavuz/Acar/Özen, s. 236.

⁷⁹ Örneğin süt karşılığı yem mübadele edilebilir. Yarg. 3. HD, E. 6249, K. 6692, T. 1.7.1997. (naklen: Gümüş, s. 271).

borçları olduğu görülmektedir. Esasen trampada da, taraflardan birinin, diğerine ayrıca bir miktar para (denklik parası) ödemesinin kararlaştırılması mümkün olsa da; bu husus, bir tür yan edim niteliğinde görülmelidir⁸⁰.

IV- Hapis Hakkı

Konuyu düzenleyen TMK m. 950/I: “Alacaklı, borçluya ait olup onun rızasıyla ziyedi bulunduğu taşınırı veya kıymetli evrakı, borcun muaccel olması ve niteliği itibariyle eşyanın alacak ile bağlantısı bulunması halinde, borç ödeninceye kadar hapsedebilir” şeklindedir. Doktrinde hapis hakkı; “Alacaklının alacağı ödeninceye kadar ziyeliğindeki borçluya ait bir malı elinde tutmak ve gerektiğinde onu paraya çevirtmek hakkı” olarak tanımlanmıştır⁸¹.

Sözü geçen hükme göre; hapis hakkının kullanılabilmesi için borcun muaccel olması ve nitelik itibariyle, hapsedilen eşyanın alacak ile maddi bir bağlantısının bulunması yeterli olup; takastaki gibi alacakların aynı cinsten olması zorunlu değildir. Yani, alacaklar farklı olay ve sebeplerden doğmuşlarsa, aynı cinsten olmak koşuluyla takas edilebilirler; fakat hapis hakkına konu olamazlar. Örneğin, (A) karz akdinden doğan alacağını bir haksız fiil nedeniyle (B)’ye olan borcu ile takas edebilir⁸². Keza maddi bağlantıyla beraber, aynı cins iki alacak karşılıklı olarak bulunuyorsa, borçlu dilerse hapis hakkını, dilerse takası ileri sürebilir. Beyanın anlamının şüpheli olması halinde, doktrinde takas lehine yorumun tercih edilmesi gerektiği ifade edilmekte; bu yorumun tercih edilmesinin gerekçesi olarak da, takasın hapis hakkına göre daha basit sonuçlara sahip olması ve muhatabı için daha az külfet getirmesi gösterilmektedir⁸³. Gerçekten de, hapis hakkı sahibi esasen, karşı edimi elde etme koşulu ile borcunu ifaya hazır iken, takasta taraflar aynen ifa isteği taşımayıp⁸⁴, kısa yoldan borcun sona erdirilmesi amacını güderler.

⁸⁰ Yavuz/Acar/Özen, s. 236; Gümüş, s. 271.

⁸¹ Tunçomağ, s. 702.

⁸² von Tuhr, s. 672.

⁸³ Aral, s. 25; von Tuhr, s. 686.

⁸⁴ Tunçomağ, s. 702; Aral, s. 25.

E. Takasın Koşulları

I- Alacaklar Karşılıklı Olmalı

Takas için, iki tarafın da birbirlerinden aynı zamanda hem alacaklı hem de birbirlerine borçlu olmaları gereklidir⁸⁵; fakat tarafların, alacaklı ve borçlu sıfatlarını aynı borç ilişkisi nedeniyle edinmiş olması aranmaz⁸⁶. Örneğin, taraflardan birinin bir sözleşme ilişkisinden doğan borcu için, karşı tarafın kendisine haksız fiil nedeniyle verdiği zararı tazmin borcunun alacaklısı olarak takas beyanında bulunabilmesi mümkün olduğu gibi; her iki tarafın da birbirlerine farklı sözleşme ilişkileri nedeniyle borçlanmaları durumunda, bu borçlarını sona erdirmek için takas beyanında bulunmaları mümkündür. Aynı esas, borçların haksız fiilden, sebepsiz zenginleşmeden veyahut vekâletsiz iş görme vb. kurumlardan kaynaklanması halinde de geçerlidir. (A), (B)'ye bir vekâlet sözleşmesi nedeniyle borçlu, (B) ise (A)'ya bir kira sözleşmesi nedeniyle borçlu olabilir. Bu durumda (A)'nın vekâlet ücreti ödeme borcunu (B)'den olan kira alacağı ile takas etmesi mümkündür. Benzer şekilde, (A)'nın (B)'ye vekâlet ücreti ödeme borcu bulunuyor, (A) ise, (B) ile aralarındaki satım sözleşmesi nedeniyle semeni ödeme borcunu yerine getirmişse ve fakat satım sözleşmesi bir sebeple geçersiz olmuşsa, (A), (B)'den sebepsiz zenginleşme alacaklısı olacaktır. Bu ihtimalde de borç kaynakları farklı olmasına rağmen, (B)'ye karşı hem alacaklı hem de borçlu olan (A)'nın, takas hakkını kullanarak borcu sona erdirmesi mümkündür.

Alacak veya borçların üçüncü şahıslara ait olması halinde ise takas mümkün olmayacaktır⁸⁷. Örneğin, (A), (B)'ye bir vekâlet sözleşmesi nedeniyle 10.000 TL borçlu, (B) de (C)'ye bir satım

⁸⁵ Oğuzman/Öz, s. 453; Eren, s. 1226; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1361; von Tuhr, s. 666; Kılıçoğlu, s. 634; Aral, s. 42; Ayan, s. 311; Akıncı, s. 229; Tunçomağ, s. 702; Önen, s. 219. Aynı gerekçeyle, karı kocadan birine borçlu, diğerinden alacaklı olan kişi de takas hakkını kullanamayacaktır. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1362.

⁸⁶ Esasen, taraflardan birinin borcunun para borcu olması, diğerinin ise sonradan para borcuna dönüşmesi ihtimalinde, ancak böyle bir durumla karşılaşılır. Onun haricinde takas edilecek aynı cinsten alacakların, aynı borç ilişkisinden doğmuş olması çok zordur. Bkz; Aral, s. 42; Oğuzman/Öz, s. 453 (dn.118).

⁸⁷ Kılıçoğlu, s. 634; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1361; Önen, s. 219. YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

ilişkisi nedeniyle 10.000 TL semeni ödeme borcu altında olsun. (C) de (A)'nın evinin kapı ve penceresini kırmış olduğu için 10.000 TL tazminat borçlusunu ise, (A)'nın (C)'den olan tazminat alacağına dayanarak, (B)'ye vekâlet sözleşmesi nedeniyle ödemesi gereken borcu sona erdirmeye ilişkin takas beyanını ileri sürmesi mümkün değildir. Zira (A), (C)'den haksız fiil nedeniyle alacaklı olmasına rağmen, herhangi bir borç ilişkisi nedeniyle (C)'ye borçlu değildir. Fakat (B)'nin, (A) ile yapacağı bir borcun nakli sözleşmesi neticesinde, (C)'nin (A)'ya olan para borcunu üzerine alması durumunda; (B), (A)'ya 10.000 TL borçlu olacak ve (A) da vekâlet sözleşmesi nedeniyle 10.000 TL borçlu olduğu (B)'ye karşı takas hakkını kullanmak suretiyle borcu sona erdirebilecektir.

Karşılıklı borçlardan birinin faiz getirmemesi, diğerinin ise faiz getirmesi ya da borçlardan birinin aynı ya da şahsi teminata bağlanmaması veyahut karşılıklı ve aynı cins borçların ifa yerlerinin farklı olması, takas için engel oluşturan durumlar değildir⁸⁸. Alman Medeni Kanununda, aynı husus (ifa yerlerinin farklı olmasının takasa engel teşkil etmeyeceği) tekrar edilmekle beraber⁸⁹, tarafların edimlerinin ifa yerlerinin farklılığından dolayı, takas edinin, karşı tarafın (edimini belli bir ifa yerinde alamaması ya da ifada bulunamaması nedeniyle) uğradığı zararı tazmin edeceği hususu da ayrıca düzenlenmiştir⁹⁰.

Eğer karşılıklı alacaklılık ilişkisine sahip olan taraflar arasında, takası mümkün olan birden fazla borç var ise; takas beyanında

⁸⁸ Eren, s. 1228. *Tunçomağ*, borçların ifa yerinin farklılığının, takasa engel oluşturmamakla beraber, takas hakkını kullananın borcun ifa yerinde borcunu ifa etmesinin, karşı taraf için ifasından kurtulduğu borçtan daha fazla bir değer taşınması durumunda, zararını tazmin ettirebileceğini; ama takas hakkının kullanılmasını nedeniyle zarara uğrayanın karşı taraf olmayıp, takas hakkını kullanan olması durumunda, kendisinin bu zarara katlanmak zorunda olacağını ifade etmiştir. *Tunçomağ*, s. 706.

⁸⁹ BGB § 391, "Aufrechnung bei Verschiedenheit der Leistungsorte" (İfa Yerlerinin Farklı Olması Durumunda Takas) başlığını taşımaktadır.

⁹⁰ *Aral*, s. 58. Örneğin, (A), İsviçre'de (B)'ye kömür teslimi ile yükümlü, (B) de (A)'ya Almanya'da kömür teslimi ile yükümlü ise, (A) kendi borcunu (B)'nin borcu ile takas edebilir. (A) duruma göre yani fark mevcut ise, Almanya ve İsviçre'deki kömür fiyatları arasındaki farkı ödemek zorunda kalır. *von Tuhr*, s. 669, (dn. 32).

bulunan tarafın, hangi borcunu karşı tarafın hangi alacağı ile takas etmek istediğini açıkça belirtmesi gerekmektedir. Doktrinde, böyle bir belirleme yapılmamışsa, takasın konusu belli olmadığı için, takas beyanının hüküm ifade etmeyeceği ileri sürülmüştür⁹¹. Zira benzer durumda, bir an için tarafların takas yerine borcu ifa ile sona erdirecekleri düşünülecek olursa, ifanın hangi borca ilişkin olduğu da tarafların anlaşmasına göre tespit edilecektir⁹². Fakat para borçları bakımından, Kanunda bu konuya ilişkin özel düzenlemeler de mevcuttur. Buna göre, borçlu, alacaklıya karşı birden çok para borcuna sahipse, BK m.85 hükmü gereği hangi borcu ödemek istediğini bildirmiş olabilir. Ancak böyle bir bildirim yapılmadan para ödenmiş ise, BK m.85 gereği alacaklının verdiği makbuzda gösterdiği borç, ifa edilmiş sayılacaktır. Eğer bildirim yapılmamış, makbuz verilmemiş ya da verilen makbuzda ödemenin hangi borca ilişkin olduğu belirtilmemişse, bu durumda mahsubun, BK m.86'da gösterilen esaslar çerçevesinde yapılacağı kabul edilmektedir⁹³. İşte bu noktada, takas beyan eden tarafın da, hangi borcuna yönelik takas hakkını kullandığı açıkça belirtilmemişse, BK m.86 hükmünün kıyasen uygulanmak suretiyle bir çözüme ulaşılabileceği kabul edilmelidir⁹⁴. Bu çözüm tarzı ile, irade beyanlarının geçerli sayılarak, sonuç doğurması sağlanmış olacaktır.

⁹¹ Tunçomağ, s. 710; von Tuhr, s. 681; Oğuzman/Öz, s. 459.

⁹² Oğuzman/Öz, s. 211.

⁹³ Buna göre, bildirim yapılmamış, makbuz da verilmemişse, tediye, muaccel borç için yapılmış sayılacaktır. Fakat birden çok borç muaccel ise, tediye, alacaklının ilk takip ettiği borca mahsup edilecek; alacaklı hiçbir borç için takip yapmamışsa, tediye, ilk muaccel olan borca mahsup edilecek; birden çok borç aynı anda muaccel hale gelmişse, mahsup, bu borçlar için orantılı bir şekilde yapılacak; hiçbir borcun vadesi gelmemişse, tediye, alacaklı için en az teminata sahip olan borca mahsup edilecek, yani o borç için yapılmış sayılacaktır.

⁹⁴ Oğuzman/Öz, s. 459. Doktrinde, birden çok takas alacağının mevcudiyeti halinde bu alacakların borçlusuna, yani kendisine karşı takas ileri sürülen tarafa, borçlunun bir ifa fiilini gerektiren BK m.85 hükmünün kıyasen uygulanarak belirleme yetkisinin tanınmayacağı ileri sürülmüştür. Fakat birden çok takas edilebilir alacağın mevcudiyeti halinde, bunlardan hangisinin esas alacak olarak kullanıldığına karar verme yetkisinin takas hakkını ileri süren tarafa ait olduğu ve ancak bu ihtimalde BK m.85 hükmünün kıyasen uygulanabileceği ileri sürül-
YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

Benzer bir şekilde, takas hakkına sahip her iki tarafın da karşılıklı olarak takas haklarını kullanmaları, fakat irade beyanlarında hangi borçlara ya da alacaklara ait olduğunu açıklığa kavuşturmaları durumunda, tarafların gerçek irade beyanları tespit edilmeye çalışılır. Eğer bu şekilde bir belirleme yapılamıyor ise, tarafların birbirlerinin irade beyanlarına verdikleri anlam, “güven teorisi” çerçevesinde yorumlanır. Tarafların farazi iradelerinden aynı borçların kastedilmiş olduğu sonucuna varılabiliyor ise, bu durumda taraf iradelerine uygun alacak ve borçların takas edilmiş sayılması gerektiği düşünülebilir. Fakat taraflar esasen farklı alacakları kastedmişlerse, doktrinde beyanlardan zaman itibarıyla önce varana üstünlük tanımak gerektiği savunulmuştur⁹⁵. Oysa takas hakkının kullanılması bir tasarruf işlemi niteliğinde olduğundan, öncelikle varan beyan, sonuçlarını doğurduktan (kastedilen borç sona erdikten) sonra, daha sonra varan beyanın herhangi bir hukuki sonucu olamaz.

Karşılıklılık esasının olmamasına rağmen, somut olayın özellikleri dolayısıyla üçüncü şahısların korunması ihtiyacını hisseden kanun koyucu, çeşitli istisnai düzenlemelerle bu şahısları tamamen veya kısmen koruma yoluna gitmiştir. Diğer koşullara geçmeden önce aşağıda bu hususlar ayrı başlıklar altında irdelenecektir.

mektedir. Bu konudaki diğer görüşler ve ayrıntılı açıklamalar için bkz; *Aral*, s. 186-188.

⁹⁵ *von Tuhr*, s. 682; *Tunçomağ*, s. 710, (dn.34 ve orada zikredilen yazarlar). Farklı alacaklara ilişkin, iki irade beyanının aynı zamanda ulaşması durumunda ise, her iki beyanın da hükümsüz sayılacağı ifade edilmiştir. *von Tuhr*, s. 682.

YUHFD Vol. VIII No. 1 (2011)

1. Kefalet Halinde

Kefil de, borçlunun alacaklıya karşı sahip olduğu bir alacağını, kefalet ilişkisinden doğan borcu ile takas edemez. Fakat kefilin kendisi, alacaklıya karşı bir alacağa sahip ise, bu alacağı ile kefaletten doğan borcuna yönelik takas hakkını kullanması mümkündür⁹⁶. BK m.119 hükmü, kefilin korumak maksadıyla kefile, asıl borçlunun alacaklısına karşı takas ileri sürme hakkının devam ettiği süre boyunca, alacaklıya ödemede bulunmaktan kaçınma imkânını vermektedir⁹⁷. Bu madde kefile, alacağın kendisi tarafından takas edilebilmesi imkânı verecek şekilde yorumlanmamalıdır⁹⁸. Bu noktada geçici bir süre için özel bir sebebe dayanarak borcu ödemekten kaçınma hakkına sahip olan kefil, asıl borçluya ait olan takas ileri sürme hakkından faydalanmaktadır. Örneğin, (A) bankası, (B) şahsına kredi vermiş, krediyi verirken (K) ile de kefalet sözleşmesi akdetmiştir. Bankanın kredi alacağı muaccel hale geldiği halde (B) ödememeyi gerçekleştirmemiştir. (B)'nin ödeme yapmamasının sebebi ise, bankaya satmış olduğu malzemelerin bedelinin kendisine ödenmemiş olmamasıdır. (A) bankası, (B)'den alacağını talep ettiğinde, (B) ona karşı takası ileri sürebilecektir. (A) bankası, (B) yerine, kefil (K)'dan alacağı talep ettiğinde, kefil de, (B)'nin takas ileri sürme hakkına sahip olduğunu belirtip borcu ifadan kaçınabilecektir.⁹⁹

⁹⁶ Oğuzman/Öz, s. 454, (dn.121); Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1362.

⁹⁷ Aral, s. 127-141; Kihçoğlu, s. 635; Oğuzman/Öz, s. 454; Eren, s. 1227; Reisoğlu, s. 374.

⁹⁸ Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1362.

⁹⁹ Örnek için bkz; Kihçoğlu, s. 635.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

2. Müteselsil Borçluluk Halinde

Alacaklının, aynı ya da farklı hukuki sebepler dolayısıyla, birden fazla borçlusunun bulunduğu hallerde, borçlulardan dilediğine ya da dilediklerine borcun tamamı ya da bir kısmı için başvurulabilme imkânı varsa, müteselsil borçluluk ilişkisi mevcuttur. Doktrinde, isabetli olarak belirtildiği üzere, müteselsil borçlulardan birinin, diğer bir müteselsil borçlunun borcunu, alacaklının alacağı ile takas etme imkânı bulunmamaktadır¹⁰⁰. Çünkü beyanı kullanan borçlu, her ne kadar diğer müteselsil borçlu ile aynı borçtan alacaklıya karşı sorumluyduysa da, ondan alacaklı olan o olmadığından, karşılıklı alacaklılık-borçluluk ilişkisi söz konusu olmaz ve buna bağlı olarak da takas hakkı doğmaz. Diğer bir borçlunun sahip olduğu bir hakkı da, diğerinin kullanması mümkün değildir.

3. Üçüncü Şahıs Yararına Sözleşme Halinde

Üçüncü şahıs yararına sözleşme BK m. 111'de düzenlenmiş olup¹⁰¹, bu sözleşme ile borçlu, alacaklıya, üçüncü şahıs yararına bir edimde bulunmayı taahhüt etmektedir¹⁰². Üçüncü şahıs yararına sözleşmede vaad ettiren (alacaklı taraf), vaad eden (borçlu taraf) ve yararlanan, lehdar (üçüncü şahıs) bulunmaktadır. Eksik üçüncü şahıs yararına sözleşmede üçüncü şahıs, sunulan ifayı kabul etme hakkına sahip olsa da, borçludan doğrudan edimin ifasını talep edemez; sadece vaad ettiren alacaklı lehine, bir alacak hakkı doğar. Tam üçüncü şahıs yararına sözleşmede ise, lehdar konumundaki üçüncü şahıs, vaad edenden (borçludan), borcun ifasını tek başına talep ve sunulan ifayı da kabul hakkına sahip bulunmaktadır¹⁰³.

BK m. 120 hükmü gereğince, üçüncü şahıs yararına taahhütte bulunan kimse, borcunu, diğer tarafın kendisine borçlu bulunduğu

¹⁰⁰ Oğuzman/Öz, s. 454; Eren, s. 1227; Tunçomağ, s. 703; von Tuhr, s. 667.

¹⁰¹ BK m. 111/I: "Kendi namına akit yapan bir kimse, üçüncü şahıs lehine bir borç şart etmiş ise, o borcun ifasını talep etmek hakkını haizdir" şeklindedir.

¹⁰² Eren, s. 1095.

¹⁰³ Eren, s. 1100; Aral, s. 142-147.

şeyle takas edemez¹⁰⁴. Örneğin, (A) motorlu aracı için (B) isimli sigorta şirketiyle zorunlu sorumluluk sigortası yapmıştır. Henüz (B) isimli sigorta şirketine 5.000 TL sigorta prim borcu varken, aracıyla (Ü)'ye zarar vermiştir. (Ü) zararının tazminini (B)'den talep etmiştir. Bu arada, (A)'nın prim borcunu ödeme zamanı gelmiş, (B) şirketi (A)'dan primleri ödemesini talep etmiştir. Bu durumda (A), (B)'ye karşı "sigorta tazminat alacağı bulunduğunu" ileri sürüp takas beyan edemez¹⁰⁵. Ancak her ne kadar madde metninden sözleşmenin tarafı olan vaad ettirenin, her zaman bu hakkı varmış gibi gözüксе de, doktrinde kabul edildiği üzere bu düzenleme BK m. 111/III ile birlikte değerlendirilmelidir¹⁰⁶. Lehdar, borçluya ifayı kabul edeceğine ilişkin ihbarı yapana kadar, vaad ettirenin (alacaklının) tasarruf yetkisi devam ettiği için, tasarruf işlemi niteliğindeki takas beyanında da bulunabilir. Ne zaman ki, ihbarla birlikte alacak üzerindeki tasarruf yetkisi sona erer; o zaman nasıl ki, ibra, ikale gibi diğer tasarruf işlemlerini yapamayacaksa, diğer bir tasarruf işlemi olan takası da yapamayacaktır. Eş deyişle, bu durumda bu düzenleme devreye girecektir.

Eksik üçüncü şahıs yararına sözleşmede, üçüncü şahsın talep hakkının bulunmaması ve BK m. 111/III'ün, sadece talep hakkının olduğu tam üçüncü şahıs yararına sözleşmelere uygulanacak olması nedeniyle, eksik üçüncü şahıs yararına sözleşmede vaad ettiren hiçbir zaman alacak üzerinde tasarruf yetkisini kaybetmeyecek; buna bağlı olarak da takas hakkının kullanılması, borç, herhangi bir sebeple sona erene kadar her zaman mümkün olacaktır.

¹⁰⁴ Oğuzman/Öz, s. 454; Eren, s. 1227; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1362; Reisoğlu, s. 373; Aral, s. 49 ve 142-147; Nomer, s. 173; Tunçomağ, s. 703; von Tuhr, s. 667.

¹⁰⁵ Örnek için bkz; Kılıçoğlu, s. 635.

¹⁰⁶ Aral, s. 145; Oğuzman/Öz, s. 832. BK m. 111/III hükmü şu şekildedir: "Bu takdirde üçüncü şahıs veya onu istihlaf edenler bu hakkı kullanmak istediklerini borçluya beyan ettiklerinden itibaren alacaklının borçluyu ibraya hakkı kalmaz." YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

4. Birden Fazla Şubesi Olan İşletmenin Varlığı Halinde

Bir işletmenin, örneğin bir giyim mağazasının (A) şubesine, aldığı bir elbise nedeniyle 100 TL borçlu, (B) şubesinden ise başka bir sebeple 100 TL alacaklı olan bir şahsın, takas beyanında bulunmak suretiyle, (A) şubesine olan borcunu sona erdirmesi mümkündür. Aynı şekilde bir bankanın şubeleri bağımsız tüzel kişiliğe sahip olmadıkları sürece¹⁰⁷ şubelerden birine borçlu, diğerine karşı da alacaklı olan bir şahsın, banka ile karşılıklı alacaklılık-borçluluk ilişkisinde olduğu kabul edilmekte ve takas mümkün görülmektedir¹⁰⁸.

5. Temsilcinin Üçüncü Şahsa Borçlu Olması Halinde

Kendi adına, temsil olunan hesabına işlem yapan dolaylı temsilcinin üçüncü şahsa borçlu olması durumunda; temsil olunanın üçüncü şahıstan alacaklı olması, temsilciye takas hakkı vermemektedir. Zira temsil olunan ile üçüncü şahıs arasında, ayrı bir borç ilişkisi; temsilci ile üçüncü şahıs arasında da ayrı bir borç ilişkisi mevcut olup karşılıklılık koşulu gerçekleşmez¹⁰⁹. Böyle bir durumda temsil olunanın inandığı dolaylı temsilcinin, takas beyanında bulunması ihtimalinde, temsilci ile temsil olunan arasındaki vekâlet sözleşmesine aykırı bir davranış söz konusu olacağından; temsilci, temsil olunana tazminat ödemek zorunda kalır. Örneğin (M), (V)'yi her ay faturalarını (A)'ya ödemesi konusunda yetkilendirmiştir. (M)'nin (A)'ya olan bu ayki fatura borcu 150 TL olup, aynı zamanda (A)'dan karz akdi nedeniyle 100 TL alacaklıdır. Temsilci (V), (M)'nin 150 TL'lık borcu için takas beyanında bulunabilir ve borç 100 TL oranında sona erer; 50 TL'lık kısmı için, (M)'nin borcu devam eder. Fakat (V)'nin kendisinin de (A)'ya 50 TL'lık fatura ödeme borcu söz konusu ise, (V), (M)'nin karz akdi nedeniyle do-

¹⁰⁷ İsviçre Federal Mahkemesi, bir anonim şirketin tek hissedar ve idarecisine karşı olan alacağın, o anonim şirketin tüzel kişiliğine karşı olan borçla takas edilemeyeceğine, çünkü anonim şirketin tüzel kişiliği ile hissedarın kişiliğinin birbirinden ayrı olduğuna hükmetmiştir. Federal Mahkeme 1. Hukuk Dairesi, 12/5/1959, Muri-Lebedkin. BGE. 85 II 111=JdT.1960 I 19. *Kaneti*, s. 223.

¹⁰⁸ *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 1362; *Eren*, s. 1227.

¹⁰⁹ *Eren*, s. 1227; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 1362.

ğan alacağını ileri sürerek takas beyanında bulunamaz. Şayet bulunursa, vekâlet sözleşmesinde, vekil, müvekkilin talimatına aykırı hareket etmiş olduğundan, BK m. 389/II gereği temsilci-vekil (V), temsil olunanın-müvekkilin (M'nin) bu yüzden uğradığı zararı (50 TL) tazmin etmiş olmadığı sürece, vekâlet sözleşmesinden doğan borcunu ifa etmiş sayılmayacaktır.

6. Alacağın Temlik Halinde

Alacağın temlik halinde de takas hakkının kullanılmasının karşılıklı alacaklı olma koşuluna, BK m. 167 ile istisna getirilmiştir. BK m. 167/I hükmü şu şekildedir: “Borçlu, temlike vakıf olduğu zaman; temlik edene karşı haiz olduğu def’ileri, temellük edene karşı dahi dermeyan edebilir.” Hükümdeki def’i kavramı, doktrinde itirazları da kapsayacak şekilde geniş yorumlanmaktadır¹¹⁰. Bu durumda, öncelikle, takas hakkının, alacağın temlikinden önce kullanılmış olduğuna ve bu nedenle borcun sona erdiğine yönelik itirazın, yeni alacaklıya karşı ileri sürülmesi mümkündür. İkinci olarak, alacak temlik edilmiş olmasına rağmen, bundan henüz haberdar olmayan borçlunun, eski alacaklıya karşı takas hakkını kullanmak suretiyle borcunu sona erdirdiğine yönelik itirazın, sözü edilen hüküm çerçevesinde, yeni alacaklıya ileri sürülmesi mümkündür¹¹¹. Esasen, borçlunun, temlik öğrenmesinden önce elde edilmiş olup, borcun tüm sona erme hallerini kapsayacak savunmaların, yeni alacaklıya ileri sürülebileceğini kabul eden BK m. 167/I’ in; alacağın temlikinden haberdar olmayan borçlunun, eski alacaklıya yapacağı ifa ile borcundan kurtulacağını düzenleyen BK m. 165 ile birlikte değerlendirilmesi uygun olacaktır. O halde, alacağın temlikinden sonra fakat, borçlunun temlik öğrenmesinden önce, borçlunun, yeni alacaklıya karşı, eski alacaklıya borcunu ifa ettiği için borcunun sona ermiş olduğuna yönelik savunmayı yapabilmesi gibi; alacağın temlikinden sonra fakat, borçlunun temlik öğrenmesinden önce, borçlunun, yeni alacaklıya, eski alacaklıya karşı takas hakkı kullanılmak suretiyle borcunun sona ermiş olduğuna yönelik sa-

¹¹⁰ Aral, s. 51; Oğuzman/Öz, s. 945; von Tuhr, s. 27; Eren, s. 68; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 333; Üstündağ, s. 214; Aybay, s. 266.

¹¹¹ Aral, s. 51; Oğuzman/Öz, s. 946; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 337. *YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)*

vunmayı da yapabilmesi mümkündür. Doktrinde, bu çözümün, alacağın temlikinden borçlunun zarar görmemesi esasına da uygun düştüğü ifade edilmektedir¹¹².

Konuyu düzenleyen ve takasa ilişkin karşılıklı alacaklı olma şartına istisna getiren hüküm olan BK m. 167/II ise “Borçlunun alacağı temlik eden zimmetinde temlike vakıf olduğu zaman müccel bir alacağı varsa bu alacağın temlik edilen alacaktan sonra muacceliyet iktisap etmiş olmaması şartıyla borç ile takas edilmesini talep edebilir” şeklindedir.

Kural olarak, alacağın temlikinde borçlunun rızasına ihtiyaç bulunmamaktadır. Fakat borçlunun rızası alınmadan yapılan temlikten de borçlunun zarar görmemesi gerekir. Bu nedenle borçlunun, temlik eden karşısındaki alacağını, temlikten sonra ve temlik edilene karşı takas etmesine izin verilmiştir¹¹³.

Örneğin; (A), (B)’de olan ve 15.05.2011 tarihinde muaccel olacak alacağını 15.03.2011’de (T)’ye temlik etmişse ve (B)’nin de (A)’dan 15.04.2011 tarihinde muaccel olacak bir alacağı varsa (B), (A)’ya karşı sahip olduğu alacağını, (T)’ye olan borcu ile takas etme hakkına sahip olacaktır¹¹⁴. Keza (B)’nin temliki öğrendiği 15.03.2011 tarihinde (A)’dan henüz vadesi gelmemiş bir alacağı mevcuttur; bu alacak, (T)’ye temlik edilen ve vadesi 15.05.2011 tarihinde gelecek alacaktan daha önce (15.04.2011’de) muaccel olacaktır. Bu durumda (B)’nin 15.04.2011’de muaccel olacak bu alacağını, 15.05.2011 de muaccel olacak borcuyla takas etmesi mümkündür.

Görüldüğü üzere; borçlu, temlik edilen alacak ile kendi alacağını takas etme imkânına sahip olmaktadır. “Hatta borçlunun henüz temliki öğrenmemiş olmak şartıyla, temlikten sonra elde ettiği alacağın takasını da temlik edilene karşı bildirme yetkisi bulunmaktadır. Bu durumda borçlunun temlik eden karşısındaki ala-

¹¹² Oğuzman/Öz, s. 946; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 341.

¹¹³ Tunçomağ, s. 703; Oğuzman/Öz, s. 455; Aral, s. 50 vd.; Eren, s. 1227; Nomer, s. 173; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altıp, s. 337.

¹¹⁴ Oğuzman/Öz, s. 455.

çağının vadesi gelmemiş ise, bu alacağın takası için, temlik edilene devredilen alacaktan önce muacceliyet kazanması da gereklidir¹¹⁵”.

7. Halefiyet halinde

BK m. 109 alacaklıya halef olmak başlığı altında, başkasının borcu için rehnedilen bir şeyi rehinden kurtardığı ve bu şey üzerinde mülkiyet veya başka bir aynı hakka sahip olduğu takdirde, alacaklıya ödeme yapan üçüncü şahsın ödediği miktar oranında, alacaklının haklarına kanunen halef olacağını düzenlemektedir. Doktrinde bir kısım yazar, üçüncü şahsın, rehinle temin edilmiş alacağın alacaklısına karşı, başka bir ilişkiden doğan kendi alacağını takas etmesinin mümkün olduğu ve bu şekilde kurulan rehnin sona erceği görüşündedir¹¹⁶. Örneğin; (B)'nin borcu için taşınmazını rehnedenden (M), (A)' dan aynı zamanda başka bir borç ilişkisi nedeniyle alacaklı olabilir. Bu durumda (M)'nin (A)'ya taşınmazını rehinden kurtarmak maksadıyla, borçlu (B)'nin borcunu ödemesi ve onun haklarına halef olması mümkündür. (M)'nin, (B)'nin (A)'ya olan borcunu ödeme yolu ile sona erdirmek yerine borcu, (A)'dan diğer ilişki nedeniyle olan alacağı ile takas etmesine bir engel bulunmamaktadır. Bu durum da takasın, alacakların karşılıklı olma koşuluna bir istisna getirmektedir. Buna karşın, bazı yazarlar bu görüşe karşı çıkmakta ve üçüncü şahsın ancak ifa ile borcu sona erdirmeye yetkisinin bulunduğunu ve kendi alacağı ile borçlunun borcunu takas hakkının bulunmadığını ileri sürmektedirler¹¹⁷.

Üçüncü şahsın borcu ifa edebildiği hallerde¹¹⁸, bu borcu kendi alacağı ile takas ederek sona erdirmeye imkânı bulunmamaktadır.

¹¹⁵ *Tunçomağ*, s. 704.

¹¹⁶ *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 1361,(dn. 4); *von Tuhr*, s. 668; *Aral*, s. 54, (dn. 67 ve 68'da zikredilen yazarlar). *Tunçomağ* da, TMK m.799 hükmü kapsamında, taşınmaz rehniyle ilgili olarak başkasının borcu için kendi şeyini rehnedenden malike, bu şeyi rehinden kurtarması için, rehnalan karşısındaki alacağını takas etmesine izin verildiğini ve bunun kıyasen taşınır rehinlerinde de uygulanması gerektiği görüşündedir. *Tunçomağ*, s. 703.

¹¹⁷ *Aral*, s. 54, (dn. 69 ve 70'de zikredilen yazarlar).

¹¹⁸ BK m. 67'ye göre borcun bizzat borçlu tarafından ifa edilmesinde alacaklının menfaati bulunmuyorsa, borçlu borcunu şahsen ifaya mecbur olmayıp, borcun üçüncü şahıs tarafından ifası da mümkün olmaktadır.

Kabul edilmelidir ki, eğer başkasının borcu takas edilmek istenirse, takas isteyen, alacağını üçüncü şahsa temlik etmesi ve takası da onun yapması gerekir¹¹⁹. Çünkü alacak ve borç aynı şahsın malvarlığında toplanmadan, takas beyan etmek mümkün değildir. Ekleme gerekir ki, tarafların, takas hakkının ileri sürülebilme koşulları ile ilgili, bu noktada takasta alacakların karşılıklı olma koşuluna istisna oluşturabilecek şekilde, BK m. 19 ve 20'ye de aykırı olmak kaydıyla farklı düzenlemeler getirebilmeleri de mümkündür¹²⁰.

II- Alacakların Konusu Aynı Cins Olmalı

Takas için, tarafların birbirlerine karşı borçlandıkları edimlerin niteliklerinin aynı olması gereklidir. Bu koşul, doktrinde mümasalet¹²¹ ya da borçlarda özdeşlik¹²² olarak da ifade edilmektedir. Doktrinde, aynı cinsten olmayan borçlara yönelik takas hakkının kullanılmasının zorluklara sebep olabileceği gerekçesiyle, takas edilemeyeceğinin kabul edildiği ifade edilmiştir¹²³. Örneğin, (A), (B)'ye 10 kilo elma, (B) de (A)'ya 7 kilo elma göndermeyi borçlanmış iseler, bu çeşit borçlar arasında takasa engel yoktur. Zira borçların miktar olarak eşit olması, takasın bir koşulu değildir¹²⁴. Fakat (A)'nın (B)'ye 10 kilo Amasya elması, (B)'nin (A)'ya Golden Delicious elması¹²⁵ göndermeyi borçlandığı durumda, her iki alacağın konusu aynı cinsten olmakla beraber, niteliklerinin farklı olması takası imkânsız hale getirmektedir¹²⁶. Edimlerin nite-

¹¹⁹ Tunçomağ, s. 703; von Tuhr, s. 668.

¹²⁰ Bkz; Aşağıda, F. Takasa İlişkin Koşulların Sözleşme ile Değiştirilmesi.

¹²¹ Oğuzman/Öz, s. 455; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1363; Önen, s. 219.

¹²² Ayan, s. 311; Reisoğlu, s. 374.

¹²³ Kılıçoğlu, s. 636.

¹²⁴ von Tuhr, s. 669; Aral, s. 96; Eren, s. 1228; Kılıçoğlu, s. 636; Tunçomağ, s. 705; Aybay, s. 258.

¹²⁵ "Golden Delicious elması, kışlık çeşittir. Meyvesi orta iri, yuvarlak koniktir. Sapı çok uzundur. Kabuğu donuk sarı-yeşil, çok paslı ve seyrek beneklidir. Eti sıkı, az mayhoş, çok sulu ve hoş kokuludur. Ortalama ağırlığı 136 gramdır". (Erişim adresi: <http://tr.wikipedia.org/wiki/Elma>)

¹²⁶ Benzer örnekler için bkz; Oğuzman/Öz, s. 455; Reisoğlu, s. 374; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1363; Aybay, s. 260.

liğinin aynı olması bakımından, takasın en güzel örneği para borçlarında görülmektedir¹²⁷. Hâkim görüşe göre; taraflardan biri yabancı para, diğeri ise TL ile borçlanmış ise, takas mümkün olmamalıdır¹²⁸. Aksi görüş ise; bu sorunun BK m. 83/II hükmünün farklı yorumlanmasından kaynaklandığı, hükmün dar yoruma tabi tutulması halinde taraf iradelerine aykırılık oluşabileceği; geniş yorumlandığında ise, gereksiz ifa işlemlerini de ortadan kaldıracığı gerekçesiyle takasın, yabancı para borçlarına ilişkin de olsa kabul edilmesi gerektiği yönündedir¹²⁹.

Esasen, yabancı para borcu doğuran sözleşmenin aynen ödeme kaydı içermemesi halinde, memleket parasıyla ödenebileceği imkânını getiren BK m. 83/II hükmü gereği, yabancı para borcunun takası mümkün kabul edilmelidir. Doktrinde bu noktada iki görüş¹³⁰ önem kazanmaktadır: Birinci görüş, farklı memleket parasıyla belirtilen alacaklar arasında, kambiyo rayıcı mevcutsa, takas edilebilecekleri yönündedir. Çünkü önemli olan, alacakların niteliklerinin aynı olmasıdır ki, her ikisi de para borcudur; meblağ olarak farklı olmalarının, sonuca bir etkisi yoktur. İkinci görüş ise; borçlardan biri TL, diğeri yabancı para ise, sadece yabancı para borçlusunun, BK m. 83/II çerçevesinde edimi değiştirme yetkisini kullanarak takas hakkını kullanabileceği yönündedir. Fakat her iki borç da yabancı para borcu ise, her iki alacaklının da takas hakkına sahip olmadığı belirtilmiştir.

Taraflardan birinin borcu, ferden belirlenmiş bir eşyanın teslimine ilişkinse; yani bir parça borcu söz konusu ise, karşı tarafın da, bu borç konusu ile aynı nitelikte bir edimi borçlanması mümkün olmadığından, takas gerçekleştirilemez¹³¹. Ayrıca, önemle be-

¹²⁷ Eren, s. 1227; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1363; Oğuzman/Öz, s. 455.

¹²⁸ Oğuzman/Öz, s. 455; Eren, s. 1227; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1363; Aral, s. 63.

¹²⁹ Aybay, s. 261.

¹³⁰ Bu konudaki görüşler ve ayrıntılı açıklamalar için bkz; Aral, s. 61-63.

¹³¹ Aral, s. 64; Eren, s. 1228; Tunçomağ, s. 704; Önen, s. 220. Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1363. Oğuzman, bu kuralın istisnasını, örneklendirmek suretiyle şu şekilde ifade etmiştir: kendisini satım sözleşmesinden dolayı borçlu sanan (A)'nın esasen bağışladığı malını (B)'ye vermekle borçlu olması durumunda malı (B)'nin mülkiyetine geçirdikten sonra hatasını ispatla-
YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

lirtmek gerekir ki takas, sadece bir şeyin teslimini öngören verme borçları için mümkün olup, yapma ya da yapmama borçları için geçerli değildir¹³².

Borçların aynı türden olma koşulu, takas beyanının yapıldığı ana göre belirlenmekte olup, borçların doğum anında aynı nitelikte olmaları aranmaz¹³³. Örneğin, (A)'nın borçlandığı edimi teslim borcu, kusuruyla imkânsızlaşmış ve tazminat borcuna dönüşmüşse; (B)'nin ise başlangıçtan beri (A)'ya eser teslimi karşılığında ödemesi gereken bir para borcu bulunmakta ise, bu durumda sözleşmenin kurulduğu sırada, nitelik itibariyle farklı olan borçların, daha sona aynı niteliğe bürünmüş olması takası mümkün hale getirmektedir. Keza borçlunun iflası halinde, tüm borçları para borcuna dönüşeceğinden, müflise aynı zamanda borçlanmış olanların takas beyanını ileri sürme hakları doğar¹³⁴.

Somut olayın özellikleri gereği, çeşitli istisnai hallerde, alacakların konusu aynı cins olmamasına rağmen, takas mümkün kabul edilmektedir. Bu hususlar aşağıda ayrı başlıklar altında irdelenecektir.

1. Müteselsil Borçluluk Halinde

Müteselsil borçluluk ilişkisinde borçluların tümünün ya da bazılarının, alacaklı ile arasında takas hakkının doğmasına imkân verecek şekilde, karşılıklı alacaklı olma koşulunu sağlaması mümkündür. Böyle bir durumda, takas hakkının kullanılmasının diğer bir koşulu olan, alacakların aynı cinsten olma esası da tüm borçlular için gerçekleşmiş olabileceği gibi, borçlulardan sadece biri ya da birkaçı için gerçekleşmiş olabilir. İşte müteselsil borçlulardan

ması durumunda malı geri almaya yönelik sebepsiz zenginleşme alacağı doğacaktır. (B)'nin malın bağış sözleşmesinden doğan alacak hakkı ise halen devam etmektedir. Bu durumda taraflardan birinin takas bildirimini ile aynı eşyanın teslimine ilişkin alacaklar sona erecek ve mülkiyet (B)'ye bırakılacaktır. *Oğuzman/Öz*, s. 456.

¹³² *Aral*, s. 64; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 1363; *Eren*, s. 1228.

¹³³ *Eren*, s. 1228; *Aral*, s. 56 ve 65; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 1364; *Reisoğlu*, s. 374; *Ayan*, s. 311; *Tunçomağ*, s. 704; *von Tuhr*, s. 669.

¹³⁴ *Oğuzman/Öz*, s. 457; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 1364; *Eren*, s. 1228.

(M1) ve (M2)'nin, (A) ile karşılıklı alacakları doğmuş olmakla beraber, sadece (M1)'in alacağı aynı cinsten ise, (M2)'nin takas hakkını kullanıp kullanamayacağı konusu tartışmalıdır. Doktrinde, borçlulardan (M1)'in, (M2)'nin (A)'ya olan borcunu ödemesi durumunda, hem kendini hem de (M2)'yi borçtan kurtarabileceği ifade edilmiştir¹³⁵.

2. Seçimlik Borçların Varlığı Halinde

Borcun konusu tek bir edimden değil, birden fazla edimden oluşuyor; fakat bunlardan sadece bir tanesi, taraflardan birinin değiştirici yenilik doğuran bir beyanı ile ifası gereken edim haline dönüşüyor ise, seçimlik borçlardan söz edilir. BK m. 71 hükmü gereğince işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça seçme hakkı borçluya aittir. Seçim hakkına sahip olan borçlunun, karşı tarafın alacağı ile aynı cinsten olan borcunu takas etmesi mümkündür. Fakat borçlu, seçme hakkını kullanmadığı sürece, diğer tarafın takas hakkı bulunmamaktadır¹³⁶. Eğer seçme hakkı alacaklıdaysa, borçlunun takas hakkını ileri sürebilmesi için, aynı şekilde alacaklının seçim hakkını kullanması gerekmektedir.

III- Karşı Alacak Muaccel Olmalı

Konuyu düzenleyen BK m. 118/I: “[...]her iki borç muaccel ise” ifadesini kullansa da, doktrinde isabetli olarak belirtildiği üzere, takas için her iki borcun da muaccel olması şart değildir. Sadece takası ileri sürecek kimsenin alacağı muaccel ve borcunun da ifa edilebilir olması gerekli ve yeterlidir. Bu noktada alacağı henüz muaccel olmayan taraf, takası ileri süremeyecektir¹³⁷. Örneğin, (A) ve (B) birbirlerine karşı 10.000 TL borçlanmış iseler, (A)'nın alacağı muaccel hale gelmiş; fakat (B)'nin alacağı henüz muaccel hale gelmemiş ise, 10.000 TL borcunu ifa edebilir durumda olan (A),

¹³⁵ Örnek için bkz; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 1364.

¹³⁶ *Aral*, s. 59; *Tunçomağ*, s. 704.

¹³⁷ *Oğuzman/Öz*, s. 456; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 1364; *von Tuhr*, s. 670; *Eren*, s. 1229; *Reisoğlu*, s. 375; *Aral*, s. 65; *Akıncı*, s. 229; *Kılıçoğlu*, s. 636; *Tunçomağ*, s. 706; *Aybay*, s. 261; *Önen*, s. 220; *Nomer*, s. 174.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

(B)'ye karşı takas bildiriminde bulunabilmesine rağmen, (B)'nin (A)'ya karşı takas bildiriminde bulunma imkânı yoktur.

BK m. 74 hükmü gereği kural olarak her borç doğumu anında muaccel olur. Muacceliyet, borcun istenebilir hale geldiği, eş deyişle alacaklı açısından talep hakkının doğduğu anı ifade eder. Sözü edilen kuralın istisnası ise, borçların muaccel hale gelmesinin, geciktirici şarta veya vadeye bağlanmış olmasıdır. Bu noktada, şarta ya da vadeye bağlanmamış borçların ifası hemen talep edilebilir. Vadeye bağlanma, tarafların anlaşması, işin niteliği ya da kanun hükmüne¹³⁸ dayanabilir. Taraflar, sözleşmede bir vade kararlaştırabilecekleri gibi, daha sonradan borcu vadeye bağlayabilirler¹³⁹. Sözleşmede kararlaştırılan eserin yapılması için geçmesi gereken süre boyunca alacaklının ifa talep edemeyeceği de, işin niteliği gereği borcun vadeye bağlılığına örnek teşkil eder. Vadeyi belirleme yetkisinin taraflardan birine bırakılmış olması, eş deyişle muacceliyet ihbarına bağlanmış olması halinde de, ihbarın yapılmasıyla vade belirlenmiş olacaktır.

İfa edilebilirlik de, muacceliyet gibi ifa zamanına yönelik bir husus olup, borçlunun borçlandığı edimi ifa edebileceği zamanı ifade eder¹⁴⁰. Ancak, borcun muacceliyeti ve ifa edilebilirliği vadeye bağlı borçlarda farklı zamanlarda gerçekleşmektedir. Vadeye bağlı olmayan borçlarda, borç hemen muaccel olduğundan alacaklı derhal ifa talep edebileceği gibi, borçlu da derhal borcu ifa edebilir.

¹³⁸ Örneğin, BK m. 257 (...mahalli adet ile muayyen olan zamanda tediye mecburdur.), BK m. 281 (...mahalli adet ile taayyün eden zamanda, beher senenin mürurundan sonra...), BK m.308 (karzın alındığı zaman ve mekânda...), BK m.326 (...hizmet akdinin hitamiyle ücret herhalde muacceliyet kesbeder).

¹³⁹ Sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde; taraflar, borcun ifasının talep edilebileceği anı daha ileriye öteleyecek tarzda bir anlaşma yapabilirler. Borcun bu şekilde sonradan vadeye bağlanması esasen erteleme anlaşmasıdır. Erteleme anlaşmasında taraflardan birine tek taraflı irade beyanıyla vadeyi değiştirme yetkisi de verilebilir. Sözleşmedeki ifa zamanı unsuruna yönelik değişiklik getiren bu anlaşma, BK m. 12 hükmüne göre, değişiklik getirdiği sözleşme ile aynı şekilde yapılmadıkça hüküm ifade etmez. *Aral*, takas alacağının muacceliyet anının ertelenmesine ilişkin yapılan erteleme anlaşması süresince takasın ileri sürülemeyeceğini ifade etmiştir. *Aral*, s. 71.

¹⁴⁰ *Oğuzman/Öz*, s. 248; *Eren*, s. 907; *Aral*, s. 79;

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1064; *von Tuhr*, s. 506.

Oysa vadeye bağlı borçlarda, borçlunun vadeden önce ifası mümkün olmasına rağmen¹⁴¹, alacaklı vadeden önce ifa talep edemez¹⁴². Bu cümleden olmak üzere, vadeden önce ifa ile borcunu sona erdirebilme yetkisine sahip borçlunun, vadeden önce takas hakkını kullanmak suretiyle de, borcunu sona erdirme imkânının varlığı kabul edilmelidir¹⁴³.

Takas ileri sürecek tarafın alacağıının muaccel olması koşulu- na BK m. 121 bir istisna getirmekte olup, hüküm: “Borçlunun iflası halinde alacaklılar, muaccel olmasa bile alacaklarını müflisin kendilerinde olan alacağı ile takas edebilirler” şeklindedir. Bu hükmün, İİK m. 195 ile birlikte değerlendirilmesi istisnanın anlamını kavramayı kolaylaştırır. Zira iflas eden kimsenin taşınmaz rehni ile teminat altına alınmış borçları hariç, müaccel olan borçları, iflasın açılması ile muaccel hale geleceğinden; iflas masasına ifa ile yükümlü olan borçlunun, müflisten henüz vadesi gelmemiş alacakları için de takas ileri sürebilmesine engel bulunmayacak; hatta iflas, alacaklı- nın takas yapmasını kolaylaştıracaktır¹⁴⁴.

¹⁴¹ BK m. 80, cümle 1: “Akdin hükmünden veya mahiyetinden veya hal icabından iki tarafın hilafını kasedtikleri anlaşılmadığı takdirde borçlu borcunu vadesinden evvel ifa edebilir” şeklindedir.

¹⁴² Oğuzman/Öz, s. 248.

¹⁴³ Vadenin borçlu lehine olmayıp, alacaklı lehine sonuç doğurduğu hallerde ise, borçlunun borcunu vadeden önce ifa edebilmesi nasıl mümkün olmuyor ise, takas beyan etmesi de mümkün olmayacaktır. Aral, s. 80; Oğuzman/Öz, s. 249.

¹⁴⁴ Oğuzman/Öz, s. 457; Eren, s. 1229; von Tuhr, s. 677; Reisoğlu, s. 375; Kılıçoğlu, s. 637; Nomer, s. 174. İİK m. 200 ve m. 201 takas yetkisinin kötüye kullanılmasını önlemek için kısıtlamalar öngörmektedir.

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1366; Tunçomağ, s. 706; Aybay, s. 261. İsviçre BK’da ise aynı hükmün 2. fıkrası, borçlunun iflası halinde, takasın imkânsızlığı veya takasa itirazın İİK hükümlerine göre yapılacağını düzenlemiştir. Funk, Fritz, Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumi Hükümler, Üniversite Kitabevi, İstanbul 1972, (Çeviren: Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Cemal Hakkı Selek), s. 190. YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

IV- Alacaklardan Her Biri Mevcut ve Dava Edilebilir Olmalı

Takas beyanının borcun sona ermesini sağlaması, tarafların birbirlerine karşı olan borçlarının ve alacaklarının mevcudiyetini gerektirir. Bu cümleden olmak üzere, ilk olarak alacak ve borcun mevcudiyeti için geçerli bir hukuki işlem olmalıdır; borçların kaynağı hukuki işlem dışı bir ilişki ise, o ilişkiye özgü tüm kanuni koşullar gerçekleşmiş olmalıdır. Daha önce de değinildiği üzere, borç kaynaklarının farklı olması takasa engel teşkil etmemektedir. Örneğin, borç kaynağı sözleşme ise geçerli bir şekilde kurulmuş ve hüküm doğurmuş olmalı; borç kaynağı haksız fiil, sebepsiz zenginleşme ya da vekâletsiz iş görme ise her biri için, tüm kanuni koşullar gerçekleşmiş olmalıdır. Yeter ki farklı borç ilişkilerinden doğan borçların niteliği aynı olsun. (A), (B)'den geçerli bir borç ilişkisi nedeniyle alacaklı, diğer geçerli bir borç ilişkisi nedeniyle de (B)'ye borçlu ise; (B) de, aynı şekilde (A)'ya, ilk ilişki nedeniyle borçlu; ikinci ilişki nedeniyle de, (A)'dan alacaklı olmalıdır ki; takas beyanıyla beraber, borçlar daha azı oranında sona ersin.

Muacceliyet kavramı, alacağın dava edilebilir nitelikte olmasını da gerektirir¹⁴⁵. Bu nedenle takas beyan eden tarafın alacağı, dava edilebilir bir alacak olmalıdır. Örneğin kumar ve bahis borçları, evlenme tellallığından doğan borçlar, ifası mümkün olan, hukuk âleminde varlığını sürdüren, ifa edildikleri zaman da geçerli bir ifanın tüm sonuçlarını doğurmakta olmalarına rağmen; alacaklının talep hakkı ve buna bağlı olarak da dava etme yetkisi mevcut olmayan eksik borçlardır. Bu nedenle (A), (B)'den olan kumar alacağını, (B)'ye bir kira sözleşmesi dolayısıyla ödemesi gereken kira borcu ile takas edemez. Fakat bunun tam tersi mümkündür. Yani (A), (B)'ye olan kumar borcu ile ondan kira sözleşmesi dolayısıyla doğan alacağını takas edebilecektir. Bu ayrımın sebebi, eksik bir borcun ifası nasıl mümkün ise, ifaya benzer sonuç doğuracak eksik borca yönelik takas bildiriminin de mümkün ve geçerli olması gerekliliğidir¹⁴⁶.

¹⁴⁵ Tunçomağ, s. 706; von Tuhr, s. 670.

¹⁴⁶ Eren, s. 1229; Tunçomağ, s. 707.

Zamanaşımına uğramış borçlar, yukarıdakiler gibi talep hakkının olmadığı borçlardan ise de, burada kanun koyucu BK m. 118/III ile bir istisna öngörmektedir. Hükme göre, zamanaşımına uğrayan alacağın, takasın ileri sürülebileceği tarihte zamanaşımına uğramamış olması koşuluyla, takas mümkün olmaktadır¹⁴⁷. Örneğin, birbirlerinden 20.000 TL alacaklı olan (A) ve (B)'den, (A)'nın alacağı 10.10.2010 tarihinde zamanaşımına uğramıştır. Fakat (A), (B)'ye karşı takasa ilişkin koşullara 10.09.2010 tarihinde sahip idiye, yine takas beyanında bulunabilecektir. Görüldüğü üzere, burada muhtemel bir zamanaşımı def'inin, takas karşısında geçerliliğini kaybettiği istisnai bir durum söz konusudur¹⁴⁸. Buna karşılık, diğer koşulların mevcudiyeti halinde zamanaşımına uğrayan bir borcun, normal bir alacak ile takasına engel bulunmamaktadır¹⁴⁹.

Haklarında def'i ileri sürülebilecek borçların ifası nasıl mümkün ise, bu borçlara yönelik takas hakkını ileri sürmek de mümkün olmalıdır. Fakat def'inin ileri sürülmesi halinde takas hükümsüz kalır¹⁵⁰. Örneğin, taraflardan birinin, önce ifa ile yükümlü olmadığı bir halde, karşı taraftan gelen ifa talebine karşı ödemezlik def'ini ileri sürmesi, kendisine o borcu ifa etmekten belirli bir süre kaçınma imkânı sağlar. Aynı şekilde satıcının, alıcıdan satış sözleşmesi nedeniyle 20.000 TL alacaklı olması, başka bir borç ilişkisi nedeniyle de alıcıya 20.000 TL borçlanmış olması durumunda; bu 20.000 TL' nin takası mümkündür. Alıcının satış sözleşmesinden doğan borcu için ödemezlik def'i ileri sürmesi, takasa engel oluşturmamakla beraber, alıcı, takasa karşı, ödemezlik def'i ileri sürülürse, bu borca ilişkin takas beyanı da bir hüküm ifade etmeyecek-

¹⁴⁷ Eren, s. 1229; Oğuzman/Öz, s. 456; von Tuhr, s. 671;

Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1366; Kılıçoğlu, s. 636; Tunçomağ, s. 706, Önen, s. 220; Nomer, s. 174. Yargıtay'a göre: "Dava fark kıdem tazminatının ödetilmesine ilişkindir. Davacının alacağının doğduğu tarihte henüz zamanaşımına uğramamış olan davalı taraf alacağı sonradan zamanaşımına uğrasa bile takas yoluyla karşı alacak olarak ileri sürülebilir." Yarg. 9.HD, E.15365, K.15665, T.21.05.2007. (Kazancı).

¹⁴⁸ Aybay, s. 262.

¹⁴⁹ Oğuzman/Öz, s. 456.

¹⁵⁰ Oğuzman/Öz, s. 456; Tunçomağ, s. 707; von Tuhr, s. 671; Kılıçoğlu, s. 635.

tir¹⁵¹. Keza, kefile karşı öne sürülmüş bir takas, kefilin peşin dava def'i ile hükümsüzleşir; iradesi fesada uğrayan kimseye karşı ileri sürülen takas da onun irade fesadı halini ileri sürmesiyle hükümsüz hâle gelir¹⁵².

Karşılıklı alacak ve borçların ihtilaflı olmasının takasa engel oluşturmayacağı¹⁵³, BK m. 118/II hükmünde: "Alacaklardan biri, münazaalı olsa bile takas dermeyan olunabilir" şeklinde ifade edilmiştir. Bu durumda, takasın istenen sonuçları doğurup doğurmaması, alacağa ilişkin mahkeme kararının sonucuna göre şekillenecektir. Mahkeme kararı, alacağın varlığına yönelik kesin hüküm ile sonuçlanırsa, takas da geçerli olur ve karşılıklı borçlar az olan miktarınca sona erer. Fakat mahkeme, alacağın varlığını kabul etmeyen bir karar verirse, olmayan bir alacağın takası da geçerli olmayacağından takas hükümsüz kalır¹⁵⁴. Doktrinde karşılıklı alacaklardan biri ihtilaflı olsa bile, takas beyanının yapılabilmesine imkân veren kanuni düzenlemenin amacı, takas hakkını kullananın, karşı tarafça ihtilaf çıkarılmak ya da itiraz edilmek suretiyle bu hakkı kullanmasının engellenmesinin önüne geçmek olarak açıklanmıştır¹⁵⁵.

¹⁵¹ Örnek için bkz; Oğuzman/Öz, s. 457.

¹⁵² Tunçomağ, s. 707.

¹⁵³ Oğuzman/Öz, s. 457; Eren, s. 1229; Aral, s. 98; Tunçomağ, s. 705; Kılıçoğlu, s. 635; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 1367, 1368; Reisoğlu, s. 374; Nomer, s. 174, Önen, s. 222. Keza Yargıtay kararlarında da aynı hususa değinilmiştir: "Alacak anlaşmazlık konusu olsa dahi, takas savunması ileri sürülebilir." Yarg. 11.HD, E. 1974/5353, K. 1975/1362, T. 27.02.1975. (Kazancı). "Alacaklardan biri çekişmeli olsa bile ödeme ileri sürebilir." Yarg. 15.HD, E. 779, K. 969, T. 25.04.1977. (Kazancı).

¹⁵⁴ Oğuzman/Öz, s. 457; Reisoğlu, s. 374; Tunçomağ, s. 705.

¹⁵⁵ Aral, s. 98; Oğuzman/Öz, s. 457.

F. Takasa İlişkin Koşulların Sözleşme ile Değiştirilmesi

Takasa ilişkin hükümler, BK m. 118 ve devamında düzenlenmiştir. Takas hakkının bu hükümler çerçevesinde kullanılması durumunda, yasal takastan bahsedilebilir. Sözü geçen hükümler emredici nitelikte düzenlenmediği için¹⁵⁶, tarafların dilerlerse sözleşme serbestisi ilkesi çerçevesinde aksini kararlaştırmaları ve kendilerine özgü düzenlemeler meydana getirmeleri mümkündür. Doktrinde, takas sözleşmesi ya da sözleşmeye dayanan takas¹⁵⁷ şeklinde isimlendirilen bu sözleşme, BK m. 11 düzenlemesi gereğince herhangi bir şekle tabi değildir. Bu sözleşme ile taraflar takas hakkının ileri sürülebilmesinin koşulları olarak sayılan muacceliyet, aynı cinsten olma ve karşılıklılık esasını değiştirebilirler. Örneğin, (A), (B)'ye 10 kilo Amasya elması göndermeyi, (B) ise (A)'ya 10 kilo Golden Delicious elması ya da 10 kilo mantar göndermeyi borçlanmış ise; takasın aynı cinsten ya da aynı cins olmakla beraber aynı nitelikten olma koşulu gerçekleşmese bile, (A) veya (B)'nin karşılıklı borçların sona ermesine yönelik takas beyanında bulunabileceği, önceden sözleşme ile kararlaştırılabilir. İfade etmek gerekir ki, taraflar borcun konusunda, ifa edilmezden önce değişiklik yapmışlar ise, bu halde daha önceki borç ilişkisini değiştiren bir sözleşme söz konusu olur¹⁵⁸ ve bu sözleşme BK m. 12 hükmü gereği, değiştirmiş olduğu sözleşmenin şekil şartlarını taşımadıkça geçerli olmaz.

(A), (B)'ye bir vekâlet sözleşmesi nedeniyle 10.000 TL borçlu, (B)'de (C)'ye bir satım ilişkisi nedeniyle 10.000 TL semeni ödeme borcu altında olsun. (C)'de (A)'nın evinin kapı ve penceresini kırmış olduğu için 10.000 TL tazminat borçlusu ise, (A)'nın (C)'den olan tazminat alacağına dayanarak (B)'ye vekâlet sözleşmesi nedeniyle ödemesi gereken borcu sona erdirmeye ilişkin takas beyanını ileri sürmesi mümkün değildir. Zira (A), (C)'den haksız

¹⁵⁶ Oğuzman/Öz, s. 462; Aral, s. 28.

¹⁵⁷ Aral, s. 28; Tunçomağ, s. 700. Bazı yazarlar bu sözleşmeyi takas anlaşması diye de isimlendirmektedir: Tekinay/Akman/ Burcuoğlu /Altop, s. 1377; Aybay, s. 258. Doktrinde, akdi takas terimi de kullanılmaktadır: von Tuhr, s. 664; Eren, s. 1226; Oğuzman/Öz, s. 453; Ayan, s. 310.

¹⁵⁸ Oğuzman/Öz, s. 217.

fiil nedeniyle alacaklı olmasına rağmen herhangi bir borç ilişkisi nedeniyle (C)'ye borçlu değildir. (A)'nın (B) ile -(B)'nin farklı bir borç ilişkisi nedeniyle borçlu olduğu- üçüncü şahıstan olan (C'den olan) alacağını, (B)'ye olan borcuyla takas edebileceğine yönelik bir anlaşma yapması halinde takasın Kanunda belirtilen karşılıklılık koşuluna bir istisna getirilmiş olabilir.

Zira taraflar, karşı alacağın muaccel olması koşulunun, takas hakkının kullanılması bakımından zorunlu olmayacağına yönelik de anlaşabilirler. Örneğin, karşı alacak muaccel değil; sadece ifa edilebilir durumda ise, takas hakkının ileri sürüleceğini kararlaştırabilirler¹⁵⁹.

Takas sözleşmesinde taraflar, takasın, ne zaman borcu sona erdireceğini kararlaştırabilirler¹⁶⁰. Taraflar takas sözleşmesinde, takasın, beyan edilmeden sonuç doğurabileceğini¹⁶¹, beyan edilse bile ancak daha sonraki bir zamanda ya da belli bir şart gerçekleştiğinde sonuç doğuracağını da kararlaştırabilirler. Böyle bir durumda takasa ilişkin koşulların gerçekleştiği anda değil, sözleşmede belirlenen anda, takasın sonuçlarını doğurması kabul edilmiş olacaktır.

Takas sözleşmesi, hukuki nitelik itibarıyla karşılıklı ibra anlaşması olarak da nitelendirilmektedir¹⁶². İbra, temelde sözleşme ilişkisine dayanan ve borcu sona erdiren bir tasarruf işlemi olup, karşılıklı alacaklı olma hali söz konusu değildir. İbrada bir sözleşme ile yani iki taraflı hukuki işlemle, bir tarafın borcu sona ermekte iken; takasta tek taraflı irade beyanı ile iki tarafın borcu sona ermektedir. Bu noktada, ibrada karşı tarafın menfaati olmayıp, ibranın tek taraflı kazandırıcı işlem; takasın ise her iki tarafın da menfaatini sağladığı için iki taraflı kazandırıcı işlem olduğunu belirtebi-

¹⁵⁹ Aral, s. 29.

¹⁶⁰ Aral, s. 31; von Tuhr, s. 684; Tunçomağ, s. 700; Eren, s. 1226.

¹⁶¹ Taraflar arasında ileride doğacak alacakları için takas sözleşmesi yapılmışsa, karşılıklı alacaklar, sözleşme gereği doğar doğmaz, yani tarafların takas beyanında bulunmalarına ihtiyaç olmaksızın, ortadan kalkacaktır. Tunçomağ, s. 700; Oğuzman/Öz, s. 453, 462; Aral, s. 30.

¹⁶² Tekinay/Akman/ Burcuoğlu /Altop, s. 1377. Takas, borcu maddi olarak sona erdirirken, şekli işlem olan ibradan ayrılması gerektiği ve takas için karşılıklı ibra nitelemesinin doğru olmadığı yönünde bkz; Tunçomağ, s. 699.

liriz. İki kurum arasındaki ortak nokta ise, her iki kurumun da borcun sona ermesini sağlamasıdır.

TTK m. 87’de tanımlanan¹⁶³ cari hesap sözleşmesi, takas sözleşmesine örnek oluşturabilecek olup, takas sözleşmesinin konusunu henüz doğmamış alacaklar¹⁶⁴ oluşturmaktadır. Burada taraflar, aralarında anlaşmak suretiyle cari hesabın dönem sonlarında birbirlerinden olan taleplerinden vazgeçmektedir; hesap döneminin sonunda ortaya çıkan alacaklar ise toptan takas edilmektedir¹⁶⁵.

BK m. 122/III: “Hesabı cari meselesinde ticarete müteallik hususi teamüller bakidir” şeklinde olup, TTK’nın cari hesap mukavelesini düzenleyen m. 88 hükmünde ise, BK hükümlerinin saklı olduğu belirtilmektedir. Bu durumda, cari hesapta yer alan alacak ve borçların takasının ne zaman hüküm doğuracağını tayinde; ilk olarak ticari teamüller, eğer bir çözüm bulunamıyor ise, TTK hükümleri uygulama alanı bulacaktır¹⁶⁶.

Takas sözleşmesi, karşılıklı alacaklılık-borçluluk ilişkisine sahip olan iki şahıs tarafından gerçekleştirilse de, ikiden fazla şahıs arasında takas sözleşmesi yapılması da mümkündür. “İkame yolu ile başka borçlu ve alacaklıları da temsil eden en az üç kişinin kar-

¹⁶³ TTK m. 87’de cari hesap şu şekilde tanımlanmıştır: “İki kimsenin para, mal, hizmet ve diğer hususlardan dolayı birbirlerindeki alacaklarını ayrı ayrı istemekten karşılıklı olarak vazgeçip bunları kalem kalem zimmet ve matlup şekline çevirerek hesabın kesilmesinden çıkacak bakiyeyi isteyebileceklerine dair bulunan mukaveleye cari hesap mukavelesi denir.”

¹⁶⁴ *Aral*, s. 30; *Aybay*, s. 259. Bkz. Yukarıda, F. Takasa İlişkin Koşulların Sözleşme ile Değiştirilmesi.

¹⁶⁵ *Aybay*, s. 259; *Oğuzman/Öz*, s. 462; *von Tuhr*, s. 684; *Kılıçoğlu*, s. 642. *Bucher*’e göre, cari hesap anlaşması mevcutsa, bir alacağın münferit olarak talebi imkânını ortadan kaldıran bir takas zorunluluğu söz konusudur. *Bucher*, s. 620. Doktrinde her cari hesap sözleşmesinin, bir takas anlaşmasını içinde barındırdığı ve cari hesap devreleri sonunda bakiyenin taraflarca tanınmasının, sözleşmesel takasın özel bir tipi sayıldığı ifade edilmiştir. *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 1373-1377; *Tunçomağ*, s. 700; *Oğuzman/Öz*, s. 462.

¹⁶⁶ *Oğuzman/Öz*, s. 462; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 1373; *Reisoğlu*, s. 376.

şıklı borç ve alacaklarını takas amacıyla yaptıkları anlaşmaya ikiden çok kişiler arasındaki takas sözleşmesi” adı verilmektedir¹⁶⁷.

G. Takastan Feragat Sözleşmesi

Borçlar Kanunu’nun takasa ilişkin hükümleri daha önce de değinildiği üzere, emredici nitelikte değildir. Bu nedenle, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince; taraflar takasa ilişkin belli durumları belirlemek ve düzenlemek üzere, diledikleri şekil ve içerikte sözleşme yapabilirler. İşte, tarafların; kanun gereği takası mümkün olan bir alacağın takas edilemeyeceğini kararlaştırmaları, doktrinde, takasın olumsuz koşullarından biri olarak ifade edilmiştir¹⁶⁸.

BK m. 124’e göre: “Borçlu, iptidaen takastan feragat edebilir.” Hükme göre, takastan önceden feragat edilebileceği düzenlenmişse de koşulların gerçekleşerek takas hakkı doğduktan sonra da, takas hakkının kullanılmasından feragat mümkün olacaktır. Bu durum da, takas hakkını sona erdirir¹⁶⁹.

Hükümde, “borçlu” ifadesinin kullanılmış olması, takastan feragat işleminin tek taraflı bir feragat gibi algılanmasına neden olmakta ise de; doktrinde baskın görüş, alacaklı ile borçlu arasında, bu konuda bir sözleşme ilişkisinin var olması gerektiği yönündedir¹⁷⁰. Feragat konusunda, açık ya da zımni olabilen taraf iradeleri, bir sözleşme hükmünde yer alabileceği gibi, genel işlem şartları çerçevesinde de somutlaşabilir¹⁷¹. Esasen her iki tarafın da, hem alacaklı hem borçlu olduğu bir durumda, hangi tarafın takastan feragat etmeye yönelik icapta bulunduğu önem taşımamaktadır.

¹⁶⁷ Örnek olarak ise, bankalar arası takas odalarının kurulması verilmiştir. *Tunçomağ*, s. 701.

¹⁶⁸ *Eren*, s. 1230; *Aral*, s. 102; *Ayan*, s. 312.

¹⁶⁹ *Oğuzman/Öz*, s. 458; *Nomer*, s. 174. İsviçre Borçlar Kanunu m. 126’da, “iptidaen” yerine “peşinen” (*zum voraus*) ifadesi mevcuttur. *Kılıçoğlu*, s. 639.

¹⁷⁰ *Oğuzman/Öz*, s. 458; *Eren*, s. 1230; *Aral*, s. 103; *Ayan*, s. 312; *Kılıçoğlu*, s. 639; *Buz*, s. 642. *Tunçomağ*, “takas hakkının yenilik doğuran hak olması nedeniyle, borçlunun bundan tek taraflı hukuki işlem ile vazgeçebilmesinin mümkün olduğunu” savunmaktadır. *Tunçomağ*, s. 712. Tek taraflı beyan ile yapılan feragatin yeterli olduğu hakkında bkz. *von Tuhr*, s. 673.

¹⁷¹ *Kılıçoğlu*, s. 639.

Keza, karşı tarafın icaba uygun kabul iradesini açıklaması ile her iki taraf için takas hakkının ortadan kalkması söz konusu olur¹⁷².

1881 tarihli İsviçre BK m. 139/II de, “Borçlu, bir karşı alacağa sahip olduğunu bilmesine rağmen nakden ödeme taahhüdünde bulunmuşsa bu takastan feragat olarak kabul edilir” hükmü mevcuttur¹⁷³. *Oğuzman*’a göre de; “bir borcu nakden ödeme taahhüdü, takas ihtimali düşünülerek yapılmışsa, bunun takastan feragat anlamına gelebileceği” kabul edilmelidir¹⁷⁴. *Tunçomağ* ise, paranın başka bir para cinsi ile değiştirilmek üzere verildiği halde ya da bina inşaatında kullanılmak üzere bir miktar paranın ödünç verildiği halde veyahut bir para borcunun belli bir yer ve zamanda ödenmesinin kararlaştırıldığı halde, takastan zımnen feragat edildiği sonucuna varmaktadır¹⁷⁵.

H. Takas Hakkının Kullanılmasının Sonucu

Takas, bu yöndeki iradenin açıklanmasıyla borçları daha azı miktarında, koşulların gerçekteştiği andan itibaren geçmişe etkili olarak sona erdirir. Örneğin, (A), (B)’ye 1. 500 TL borçlu, (B)’den 1.800 TL alacaktır. (A)’nın takas beyanında bulunmasıyla, az olan borç miktarınca sona erme gerçekteşeceğinden, (A)’nın borcunun tamamı sona erecek; (B)’nin borcunun ise 1.500 TL’lik kısmı sona erecek, böylece (B), (A)’ya 300 TL borçlu kalmaya devam edecektir. Normal şartlar altında BK m. 68 uyarınca alacaklının, kısmi ifayı reddetme yetkisi olduğu halde; takas hakkının kullanıl-

¹⁷² *Aral*, s. 107.

¹⁷³ *Aral*, s. 104. İsviçre Federal Mahkemesi dürüstlük kuralına göre, ödeme vaa-dinden borçlunun takastan vazgeçmek istediği anlamı çıkarılabiliyorsa, vazgeçmenin gerçekteşmiş sayılacağını kabul etmektedir. Federal Mahkeme, I. Hukuk Dairesi, 19/2/1957, Wurm- K. Bürge-Tobler und Co. BGE. 83 II 26= JdT. 1957 I, 286. *Kaneti*, s. 226. Federal Mahkeme, borçlunun bilmeden yaptığı ödeme vaa-dinin ise takastan vazgeçme olarak nitelendirilemeyeceği yönünde karar vermiştir. I.Hukuk Dairesi, 29/11/1957, Gautshi- Bellaria, BGE. 83 II 395= JdT. 1958 II 239. *Kaneti*, s. 228.

¹⁷⁴ *Oğuzman/Öz*, s. 458; Aksi görüşte bkz; *Tunçomağ*, s. 712, (dn. 42’de zikredilen yazarlar).

¹⁷⁵ *Tunçomağ*, s. 712.

ması sonucunda, alacağının kısmi olarak sona erdirilmesine ve kalanı kabul etmeye katlanmak zorundadır¹⁷⁶.

Her iki ihtimalde de, tarafların alacakları üzerinde bir tasarrufün gerçekleşmesi nedeniyle, takasın bir tasarruf işlemi¹⁷⁷ olduğu sonucuna varılabilir¹⁷⁸. Takasın tasarruf işlemi olması nedeniyle, takas beyanında bulunacak olan tarafın, alacağı üzerinde tasarruf yetkisine sahip olması gerekir. Takas hakkını kullanan şahıs, hem kendi alacağını, hem de borçlusu ve alacaklısı bulunduğu kimsenin alacağını ortadan kaldıracığından¹⁷⁹ takası ileri sürme hakkının tek başına başkasına devri de mümkün değildir¹⁸⁰. Ayrıca takas bildiriminde bulunan şahsın fiil ehliyetine de sahip olması gereklidir¹⁸¹.

Müteselsil borçlulukta da borcun sona ermesi ile ilgili olarak BK m. 145 hükmü ise şu şekildedir:

“Tediyesi ile veya yaptığı takas ile borcun tamamını veya bir kısmını iskat etmiş olan müteselsil borçlulardan biri, sakit olan borç nispetinde, diğer borçluları halas etmiş olur. Eğer müteselsil borçlulardan biri borç tediye olunmamış iken ondan tahallüs etmiş ise, diğer borçlular ancak halin veya borcun mahiyetinin irae ettiği nispette bu beraetten istifade edebilirler.”

Hükme göre, takas ve ifa, alacaklıyı tatmin etmek ve borcu sona erdirmek bakımından, eş tutulmuştur¹⁸². Buna göre; müteselsil

¹⁷⁶ *Tunçomağ*, s. 705.

¹⁷⁷ Hukuk işlemler sınıflandırması içinde, malvarlığına yaptıkları etki açısından, borçlandırıcı işlemler malvarlığının pasifine, tasarruf işlemleri ise tasarrufta bulunanın malvarlığının aktifine etki eden işlemlerdir. *Oğuzman/Barlas*, s. 170; *Serozan*, s. 303; *Ayan, Medeni*, s. 125. *Hatemi*, tasarruf işlemlerini, harcama işlemleri olarak isimlendirmekte olup, “bir hakkı doğrudan doğruya etkileyen, bir aynı hak veya alacak hakkını ortadan kaldıran, başkasına aktaran (...) hukuki işlemlerdir.” şeklinde tanımlamaktadır. *Hatemi*, s. 152. Zira takas sonucunda, malvarlığının aktifinde yer alan haklar da kısmen ya da tamamen ortadan kalkmaktadır.

¹⁷⁸ *Eren*, s. 1226; *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 1359; *von Tuhr*, s. 665; *Ayan*, s. 310; *Kılıçoğlu*, s. 639.

¹⁷⁹ *Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop*, s. 1359.

¹⁸⁰ *Aral*, s. 183

¹⁸¹ *Kılıçoğlu*, s. 639.

¹⁸² *Eren*, s. 1165. Yargıtay’a göre: “Borçluların borçtan tamamen veya kısmen kurtulabilmeleri, alacaklının bilfiil tatmin edilmiş bulunması halinde mümkündür
YUHFD Vol. VIII No. 1 (2011)

borçlulardan birinin ya da birkaçının borcu ifa ederek veya takas beyanında bulunmak suretiyle, borcun bir kısmını veya tamamını sona erdirmeleri mümkündür. Eğer, takas suretiyle borcun kısmen sona erdirilmesi söz konusu ise, alacaklı, tam olarak tatmin edilmediği için, sona ermeyen borç kısmının ifasını bütün borçlulardan müteselsilen isteyebilecektir¹⁸³.

İ. 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda Takasa İlişkin Hükümler

6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu'nda¹⁸⁴ yer alan m. 139 hükmündeki düzenleme şu şekildedir:

“İki kişi, karşılıklı olarak bir miktar para veya özdeş diğer edimleri birbirine borçlu oldukları takdirde, her iki borç muaccel ise her biri alacağını borcuyla takas edebilir. Alacaklardan biri çekişmeli olsa bile takas ileri sürülebilir. Zamanaşımına uğramış bir alacağın takası, ancak takas edilebileceği anda henüz zamanaşımına uğramamış olması koşuluyla ileri sürülebilir.”

Esasen yeni metnin, 818 sayılı BK m. 118 hükmü ile metnin dilinde yapılan sadeleştirme dışında, bir farklılığı bulunmamaktadır. Fakat “yekdiğerine mümasil başka mallar” ifadesinin “özdeş diğer edimler” şeklinde değiştirilmesi, doktrinde hükmün anlamını genişlettiği gerekçesiyle eleştirilmektedir¹⁸⁵. Esasen eski hükümde yer alan ve benzer anlamındaki “mümasil” yerine, “özdeş” terimi-

(ifa ve takas). Bunun aksinin kabul edilebilmesi ya alacaklının teselsülden açıkça feragat etmiş olmasına, ya da böyle bir feragatin durumdan kesin olarak anlaşılmasına bağlıdır.” Yarg. 4.HD, E. 1978/8214, K. 1979/2031, T. 16.02.1979. (*Kazancı*).

¹⁸³ *Eren*, s. 1165.

¹⁸⁴ 6098 Sayılı Türk Borçlar Kanunu, “Yürürlük” başlığını taşıyan m.648 düzenlemesi gereğince, 1 Temmuz 2012 tarihinde yürürlüğe girecektir. Resmi Gazete Tarihi: 04.02.2011, Resmi Gazete Numarası:27836. (Erişim Adresi: <http://www.resmigazete.gov.tr>)

¹⁸⁵ *Kuntalp/Barlas/Moralı/Işintan/İpek/Yaşar/Koç*, Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005. (TBK m.136-166 hükümlerine ilişkin değerlendirme için bkz; Mert Yaşar, s. 85.)

nin kullanılması bir sakınca oluşturmamakla birlikte¹⁸⁶; eski hükümde yer alan “mallar” ifadesi yerine, yeni hükmün “edimler” ifadesi için aynısını söylemek pek mümkün gözükmemektedir. Bilindiği üzere edim, borcun konusunu ifade eder. Bu çerçevede edim, eş deyişle; “borçlunun yerine getirmekle yükümlü olduğu davranış¹⁸⁷”, verme (*dare*), yapma (*facere*) ya da yapmama (*non-facere*) şeklinde ortaya çıkar. Daha önce de değinildiği üzere¹⁸⁸, takas ancak bir şeyin teslimine ilişkin borçlarda söz konusu olabilir. Bu durumda TBK’ da takasın koşullarını genel olarak düzenleyen 139.maddede, takas için, yapma ve yapmamaya ilişkin borçları da içeren, edim teriminin kullanılması, isabetli olmamıştır.

“Kefalet halinde”, kenar başlığını taşıyan TBK m. 140 hükmü ise şu şekildedir: “Asıl borçlunun takası ileri sürme hakkı bulundukça, kefil de alacaklıya ifade bulunmaktan kaçınabilir.” Görüldüğü üzere; hüküm, yürürlükte bulunan BK m. 119’a karşılık gelmekte olup, esasa yönelik herhangi bir değişiklik içermemektedir.

Üçüncü şahıs yararına sözleşme halinde TBK m 141: “Üçüncü kişi yararına borçlanan kişi, bu borcu ile sözleşmenin diğer tarafından olan alacağını takas edemez” şeklindedir. 818 sayılı BK m. 120’de öngörülen “bir üçüncü şahıs lehine taahhütte bulunan kimse” ifadesi, üçüncü kişi yararına borçlanan kişi şeklinde değiştirilmiştir.

Esasen, vaad ettirenin, sadece bahsi geçen sözleşme ile değil, başka bir sebeple de vaad edene karşı takası mümkün olan bir borcu bulunuyorsa, taraflar üçüncü şahsın alacak hakkını takas konusu yapamayacaktır. Fakat yeni hükümde, vaad ettirenin, sadece bu sözleşme çerçevesinde üstlendiği borcun takasını ileri süremeyece-

¹⁸⁶ Bkz. Yukarıda, E. Takasın Koşulları, II. Alacakların Konusu Aynı Cins Olmalı.

¹⁸⁷ Oğuzman/Öz, s. 5; Tekinay/Akman/Burcuoğlu/Altop, s. 8; Ayan, s. 20; Eren, s. 30. Roma hukukunda edim ve edim tipleri için bkz; Rado, Türkan, Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 2006, s. 19-23.

¹⁸⁸ Bkz. Yukarıda, A.Tanımlı ve Hukuki Niteliği. Ayrıca, E.Takasın Koşulları, II. Alacakların Konusu Aynı Cins Olmalı.

ği öngörülme suretiyle hükmün kapsamının daraltıldığı ifade edilmiştir¹⁸⁹.

“Borçlunun iflası halinde” kenar başlığını taşıyan TBK m. 142: “Borçlunun iflası hâlinde alacaklılar, muaccel olmasalar bile, alacaklarını, müflise olan borçları ile takas edebilirler” şeklindedir. Esasen BK m. 121 hükmü¹⁹⁰ ile ifade tarzı bakımından küçük bir fark yaratılsa da, anlam itibarıyla bir değişiklik içermemektedir. Takasın hükümlerini düzenleyen TBK m. 143 ise şu şekildedir: “Takas, ancak borçlunun takas iradesini alacaklıya bildirmesiyle gerçekleşir. Bu durumda her iki borç, takas edilebilecekleri anda daha az olan borç tutarınca sona erer. Cari hesapla ilgili ticarete ilişkin özel teamüller saklıdır.” Söz konusu hüküm, BK m. 122’ye göre esasa yönelik bir değişiklik içermemektedir. Sadece düzenlemenin dilinde sadeleştirme yapılmıştır.

BK m. 123 kenar başlığı, “takası kabil olmayan alacaklar” iken, “alacaklının rızasıyla takas edilebilen alacaklar” şeklinde, isabetli olarak değiştirilmiştir. Zira hükümde sayılan hallerde, mutlak bir takas yasağı söz konusu olmayıp, takasın hüküm ifade etmesi, alacaklının rızasına bağlanmıştır. “Alacaklının rızasıyla takas edilebilir alacaklar” başlığını taşıyan TBK m. 144 hükmü şu şekildedir:

“Aşağıdaki alacaklar takas haklarının doğumundan sonra, ancak alacaklıların rızasıyla takas edilebilir:

1. Tevdi edilmiş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar.

2. Haksız olarak alınmış veya aldatma sonucunda alıkonulmuş eşyanın geri verilmesine veya bedeline ilişkin alacaklar.

3. Nafaka ve işçi ücreti gibi, borçlunun ve ailesinin bakımı için zorunlu olup, özel niteliği gereği, doğrudan alacaklıya verilmesi gereken alacaklar.”

“Takastan feragat” başlığını taşıyan TBK m. 145: “Borçlu, takas hakkından önceden de feragat edebilir” şeklindedir. Doktrinde BK m. 124’te yer almayan ve “önceden” kelimesinden sonra

¹⁸⁹ Yaşar, s. 86.

¹⁹⁰ BK m. 121: “Borçlunun iflası halinde alacaklılar, muaccel olmasa bile alacaklarını müflisin kendilerinde olan alacağı ile takas edebilirler.” şeklindedir.

YÜHFD Cilt: VIII Sayı: 1 (2011)

getirilen “de” bağlacının gereksiz olduğu ifade edilmiştir¹⁹¹. Esasen mevcut metin çerçevesinde de; önceden olduğu gibi, takas hakkı doğduktan sonra da takas hakkından feragat edilebileceği kabul edilmektedir¹⁹². Bu nedenle yeni düzenleme makul olup, söz konusu bu durum, netliğe kavuşturulmuştur.

KISALTMALAR

- AÜHFD: Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
BGB: Bürgerliches Gesetzbuch (Alman Medeni Kanunu)
BK: 818 Sayılı Türk Borçlar Kanunu
Bkz.: Bakınız
C.: Cilt
dn.: Dipnot
E.: Esas
HD.: Hukuk Dairesi
HGK.: Hukuk Genel Kurulu
HUMK.: Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanunu
İBK.: İctihadı Birleştirme Kararı
İİK.: İcra ve İflas Kanunu
İş K.: 4857 sayılı İş Kanunu
İÜHF.: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi
K.: Karar
m.: Madde
MÜHFD: Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi
S.: Sayı
s.: sayfa
TMK: Türk Medeni Kanunu
T.: Tarih
TBK: 6098 Sayılı Yeni Türk Borçlar Kanunu
TTK: Türk Ticaret Kanunu
vb.: ve benzeri
vd.: ve devamı

¹⁹¹ Yaşar, s. 86.

¹⁹² Bkz. Yukarıda, G. Takastan Feragat Sözleşmesi.

Yarg.: Yargıtay

YÜHFD: Yeditepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi

KAYNAKÇA

1.Kitaplar ve Süreli Yayınlar

AKINCI, Şahin; Borçlar Hukuku Bilgisi, Genel Hükümler, Konya 2000.

AKINTÜRK, Turgut; Türk Medeni Hukuku, Aile Hukuku, C.II, 13. Bası, İstanbul 2011.

ARAL, Fahrettin; Türk Borçlar Hukukunda Takas, 2.Bası, Ankara 2010.

AYAN, Mehmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 5. Bası, Konya 2007.

AYAN, Mehmet; Medeni Hukuka Giriş, 4. Bası, Konya 2007.(Atıf Şekli: Medeni)

AYBAY, Erdem; "Takas Kurumu ve Takasın Davada Savunma Olarak İleri Sürülmesi" Maltepe Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Sayı: 2005/2. (s.252-272).

BUCHER, Eugen; "Yargılamada Takas: Maddi Hukuka Dönüş", Bilgi Toplumunda Hukuk, Ünal Tekinalp'e Armağan, C.II. İstanbul 2003. (s.613-650).(Çeviren: Vedat Buz).

BUZ, Vedat; "Takas beyanının Geriye Etkisi Üzerine", Prof. Dr. Kemal Oğuzman'ın Anısına Armağan, İstanbul 2000. (s.229-257).

DURAL, Mustafa/ ÖĞÜZ, Tufan/ GÜMÜŞ, Alper, M; Türk Özel Hukuku, Aile Hukuku, C.III, İstanbul 2011.

EREN, Fikret; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 12.Bası, İstanbul 2010.

FEYZİOĞLU, Necmettin, Feyzi; Borçlar Hukuku, II. Kısım, Akdin Muhtelif Nevileri, C.I, 3. Bası, İstanbul 1978.

FUNK, Fritz; Borçlar Kanunu Şerhi I, Umumi Hükümler, İstanbul 1972.(Çeviren: Hıfzı Veldet Velidedoğlu, Cemal Hakkı Selek.)

GÜMÜŞ, Alper, Mustafa; Borçlar Hukuku Özel Hükümler, C.I, İstanbul 2008.

GÜMÜŞ, Alper, M; "Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesinden Kaç Tane 'Katılma Alacağı' Doğar?" YÜHFD. , C.VI, S:1,Yıl:2009, (s.91-115). (Atıf Şekli: Katılma Alacağı).

HATEMİ, Hüseyin; Medeni Hukuka Giriş, 4.Bası, İstanbul 2010.

KANETİ, Selim; İsviçre Mahkemesinin Borçlar Hukuku Kararları, (1955-1964), I.Borçların Genel Hükümleri, Ankara 1968.

KAPLAN, İbrahim; Borçlar Hukuku Dersleri, Genel Hükümler, 3.Bası, Ankara 2003.

KARAHASAN, Reşit, Mustafa; Türk Borçlar Hukuku, C.3, İstanbul 1992.

KARSLI, Abdurrahim; Medeni Usul Hukukunda Usuli İşlemler, İstanbul 2001.

KILIÇOĞLU, Ahmet; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 4. Bası, Ankara 2004.

KUNTALP/BARLAS/MORALI/İŞINTAN/İPEK/YAŞAR /KOÇ; Türk Borçlar Kanunu Tasarısı'na İlişkin Değerlendirmeler, Galatasaray Üniversitesi Yayınları, İstanbul 2005.(TBK m. 136-166 hükümlerine ilişkin değerlendirme için; Mert Yaşar; s. 85 ve 86).

NOMER, Haluk; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6.Bası, İstanbul 2008.

OĞUZMAN, Kemal/**BARLAS** Nami; Medeni Hukuk, 16. Bası, İstanbul 2010.

OĞUZMAN, Kemal/**ÖZ**, Turgut; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2010.

ÖNEN, Turgut; Borçlar Hukuku, Genel Kurallar, Ankara 1974.

RADO, Türkan; Roma Hukuku Dersleri, Borçlar Hukuku, İstanbul 2006.

REİSOĞLU, Safa; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 20. Bası, İstanbul 2008.

SEROZAN, Rona; Medeni Hukuk Genel Bölüm, 2. Bası, İstanbul 2008.

TEKBEN, Tuğçe; “Medeni Hukuk ve Usul Hukuku Açışından Def’iler”.(Yeditepe Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Mezuniyet Projesi, İstanbul, 2010)

TEKİNAY/AKMAN/BURCUOğLU/ALTOP;

Borçlar Hukuku Genel Hükümler, 6. Bası, İstanbul 1988.

TOPUZ, Gökçen/**TOPUZ**, Seçkin; “Takasın Davada İleri Sürülmesi”, AÜHFD, C.57, S. 3, Yıl: 2008, (s.720-731). (Erişim Adresi: <http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/>)

TUNÇOMAğ, Kenan; Borçlar Hukuku Genel Hükümler, C.I, 4. Bası, İstanbul 1969.

ÜSTÜNDAğ, Saim; “Borçlar Kanunu Hükümlerine Göre Takas ve Davada Kullanılmasının Arz Ettiği Özellikler”, İÜHF Mecmuası, C. XXV, 1960.(s.214-224).

von TUHR; Borçlar Hukukunun Umumi Kısmı, C.I-II, Ankara 1983. (Çeviren: Cevat Edege)

YAVUZ, Cevdet /**ACAR**, Faruk /**ÖZEN**, Burak; Türk Borçlar Hukuku Özel Hükümler, 8. Bası, İstanbul 2009.

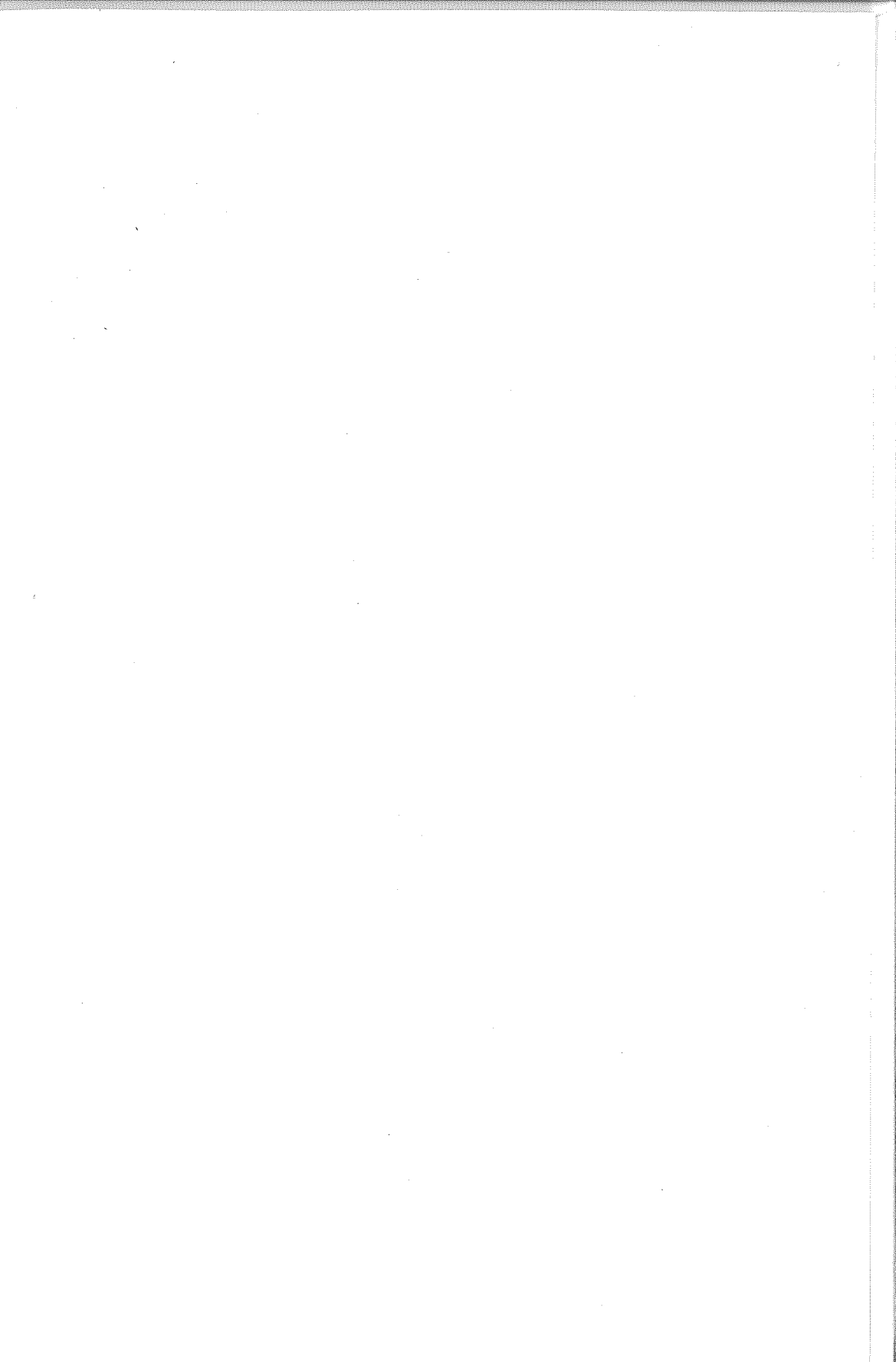
2.Yararlanılan Veritabanları ve Diğer İnternet Sayfaları

<http://www.resmigazete.gov.tr>

www.kazancihukuk.com. (*Kazancı*)

<http://dergiler.ankara.edu.tr/dergiler/>.

<http://tr.wikipedia.org/wiki/Elma> - Erişim Tarihi: 09.04.2011.





YEDİTEPE ÜNİVERSİTESİ

Yeditepe Üniversitesi, Hukuk Fakültesi

İnönü Mah. Kayışdağı Cad.

26 Ağustos Yerleşimi

34755 Ataşehir - İstanbul